



universität
wien

DISSERTATION / DOCTORAL THESIS

Titel der Dissertation /Title of the Doctoral Thesis

Das Entsendeverfahren nach dem
Bauarbeiter- Urlaubs- und Abfertigungsgesetz

verfasst von / submitted by

Mag. Vera NOSS

angestrebter akademischer Grad / in partial fulfilment of the requirements for the
degree of

Doktorin der Rechtswissenschaften (Dr. iur.)

Wien, 2020 / Vienna 2020

Studienkennzahl lt. Studienblatt /
degree programme code as it appears on the
student record sheet:

UA 783 101

Dissertationsgebiet lt. Studienblatt /
field of study as it appears on the student
record sheet:

Rechtswissenschaften

Betreut von / Supervisor:

Univ. Prof. MMag. Dr. Michaela Windisch-Graetz

Inhalt

I.	EINLEITUNG	1
II.	DAS BAUARBEITER- URLAUBS- UND ABFERTIGUNGSGESETZ	3
1.	Urlaubsregelungen nach dem BUAG	5
2.	Bauarbeiter- Urlaubs- und Abfertigungskasse (BUAK)	6
3.	Entsendebestimmungen des BUAG	7
4.	Das Entsendeverfahren nach dem BUAG im Überblick	8
4.1.	Entsendebegriff des BUAG	8
4.2.	Der Arbeitnehmerbegriff nach dem BUAG	11
4.3.	Sachlicher Anwendungsbereich: Betriebsbegriff versus Arbeitnehmerbegriff	12
4.4.	Ablauf des Urlaubskassenverfahrens	16
III.	AUF ENTSENDESACHVERHALTE ANWENDBARES RECHT	24
5.	Arbeitsvertragsstatut (Artikel 8 ROM I-VO)	24
5.1.	Rechtswahl (Artikel 8 Abs 2 ROM I-VO)	25
5.2.	Gewöhnlicher Arbeitsort (Artikel 8 Abs 2 ROM I-VO)	27
5.3.	Vorübergehende Entsendung	28
5.4.	Einstellende Niederlassung (Art 8 Abs 3 ROM I-VO)	30
5.5.	Engere Beziehung (Art 8 Abs 4 ROM I-VO)	31
6.	Eingriffsnorm (Artikel 9 ROM I-VO)	33
6.1.	Definition	33
6.2.	BUAG als Eingriffsnorm	34
IV.	DIE ENTSENDERICHTLINIE	36
7.	Kompetenzgrundlage	36
8.	Durchsetzungsrichtlinie zur Entsenderichtlinie	37
9.	Änderungsrichtlinie zur Entsenderichtlinie	37
10.	Ziel der Entsenderichtlinie	38
11.	Sonderkollisionsrecht	39
12.	Sperrwirkung der Entsenderichtlinie	40
13.	Geltungsbereichsabgrenzung Entsenderichtlinie - BUAG	42
13.1.	Räumlicher Geltungsbereich	42
13.2.	Sachlicher Geltungsbereich	42
13.3.	Zeitlicher Geltungsbereich	45
13.4.	Persönlicher Geltungsbereich	46
14.	Mindestarbeitsbedingungen	49

14.1.	Bezahlter Mindestjahresurlaub	51
14.2.	Mindestlohnsätze bzw Entlohnung einschließlich Überstundensätze	51
14.3.	Zugänglichmachung von Mindestlohnsätzen	57
14.4.	Zuschläge nach dem BUAG	57
15.	Günstigkeitsvergleich	58
15.1.	Anwendungsbereich des Günstigkeitsvergleichs	58
15.2.	Aspekte des Günstigkeitsvergleichs	60
16.	Zwischenergebnis	62
V.	Dienstleistungsfreiheit (Art 56-62 AEUV).....	63
17.	Grundsatz der Dienstleistungsfreiheit.....	63
18.	Beschränkungsverbot des Art 56 AEUV.....	64
19.	Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit durch das Urlaubskassensystem	65
20.	EuGH-Rechtsprechung zur Dienstleistungsfreiheit	66
20.1.	EuGH-Judikatur zum Urlaubskassenverfahren	69
21.	Rechtfertigung für das Urlaubskassensystem nach dem BUAG	74
21.1.	Schutz der Arbeitnehmer	76
21.2.	Unlauterer Wettbewerb - Sozialdumping	85
22.	Herkunftslandprinzip	88
23.	Verhältnismäßigkeit.....	90
24.	Nicht diskriminierende Anwendung.....	91
24.1.	Entstehen des Anspruchs auf Urlaubsentgelt erst mit Einzahlung der Zuschläge durch den Arbeitgeber (§ 33f Abs 2 BUAG).....	92
24.2.	Direkte Auszahlung des Urlaubsentgelts an die Arbeitnehmer (§ 33f Abs 3 BUAG)	93
24.3.	Anrechnung direkt geleisteter Zahlungen (§ 33h Abs 1a BUAG)	94
24.4.	Beweislastumkehr des § 33h Abs 2a BUAG.....	99
24.5.	Gem § 33h Abs 2b BUAG geschuldete Zuschläge	100
24.6.	Durchsetzung im Gerichtsweg (§ 33h Abs 3 BUAG)	107
24.7.	Befreiung aufgrund der Teilnahme an einem entsprechenden ausländischen Urlaubskassenverfahren (§ 33i BUAG)	107
25.	Zwischenergebnis	107
VI.	Arbeitnehmerfreizügigkeit (Art 45-47 AEUV)	110
26.	Grundsatz der Arbeitnehmerfreizügigkeit.....	110
27.	Arbeitnehmerfreizügigkeit – Schutz entsandter Arbeitnehmer.....	112
28.	Urlaubskassenverfahren und Arbeitnehmerfreizügigkeit	115
VII.	Durchsetzung von Ansprüchen nach dem BUAG.....	117

29.	(Brüssel Ia-VO – Lugano-Übereinkommen (LGVÜ II)).....	117
29.1.	Zivilrechtssache	117
29.2.	Besondere Zuständigkeiten nach der Brüssel Ia-VO	123
30.	Klage gegenüber Drittstaatsangehörigen.....	127
VIII.	CONCLUSIO.....	128
IX.	ZUSAMMENFASSUNG.....	133
X.	ABSTRACT	134
XI.	LITERATUR- UND JUDIKATURVERZEICHNIS	135
1.	Literaturverzeichnis.....	135
2.	Aufsätze	138
3.	Websites	140
4.	Judikaturverzeichnis	141
4.1.	Europäischer Gerichtshof	141
4.2.	Schlussanträge.....	145
4.3.	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte	145
4.4.	Oberster Gerichtshof.....	146
4.5.	Oberlandesgericht Wien.....	150
4.6.	Entscheidungen des VfGH	150
4.7.	Verwaltungsgerichtshof.....	150
4.8.	Deutsche Gerichte	150
4.9.	Schweizer Bundesgericht.....	151

Abkürzungsverzeichnis

AB	Ausschussbericht
ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch
ABl	Amtsblatt der Europäischen Union, Reihe C: Mitteilungen und Bekanntmachungen, Reihe L: Rechtsvorschriften, Reihe S: Ausschreibungen
Abs	Absatz
AEntG	(deutsches) Arbeitnehmer-Entsendegesetz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
aF	alte Fassung
AMPFG	Arbeitsmarktpolitik-Finanzierungsgesetz
Anm	Anmerkung
Arb	Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen
ArbVG	Arbeitsverfassungsgesetz
ARG	Arbeitsruhegesetz
Art	Artikel
ASG	Arbeits- und Sozialgericht
ASoK	Arbeits- und Sozialrechtskartei (Zeitschrift)
ASRÄG	Arbeits- und Sozialrechtsänderungsgesetz
ASVG	Allgemeines Sozialversicherungsgesetz
AÜG	Arbeitskräfteüberlassungsgesetz
AVRAG	Arbeitsvertragsrechtsanpassungsgesetz
AZG	Arbeitszeitgesetz
BAG	(deutsches) Bundesarbeitsgericht
BMSVG	Betriebliches Mitarbeiter- und Selbständigenvorsorgegesetz
BGBI	Bundesgesetzblatt
Blg	Beilage(n)
BlgNR	Beilage(n) zu den stenographischen Protokollen des Nationalrates
Bspw	beispielsweise
BUAG	Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungsgesetz
BUAG-V	BUAG-Zuschlagsverordnung
BUAK	Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse
B-VG	Bundes-Verfassungsgesetz
bzw	beziehungsweise
ca	circa
dh	das heißt

DRdA	Das Recht der Arbeit (Zeitschrift)
DZWir	Deutsche Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EG	Europäische Gemeinschaft
EGV	Vertrag über die Europäische Gemeinschaft
ELR	European Law Reporter (Zeitschrift)
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
ErläutRV	Erläuterungen zur Regierungsvorlage
etc	et cetera
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGVÜ	Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommen
EvBl	Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen (Zeitschrift)
EVÜ	Europäisches Schuldvertragsübereinkommen
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
EU	Europäische Union
GewO	Gewerbeordnung
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GP	Gesetzgebungsperiode
grds	grundsätzlich
hL	herrschende Lehre
hM	herrschende Meinung
Hrsg	Herausgeber
iA	im Allgemeinen
IA	Initiativantrag
idF	in der Fassung
idR	in der Regel
IEF	Insolvenz-Entgelt-Fonds
IESG	Insolvenz-Entgeltsicherungsgesetz
IMI	Binnenmarkt-Informationssystem
Inkl	inklusive
Insb	insbesondere
IPRG	Internationales Privatrechtsgesetz
iS	in Sachen
iSd	im Sinne des/der
iSv	im Sinne von
iVm	in Verbindung mit

iZm	im Zusammenhang mit
Jud	Judikatur
KollV	Kollektivvertrag
krit	kritisch
leg cit	legis citatae
lit	litera
Lit	Literatur
LSD-BG	Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz
Mat	Materialien
mE	meines Erachtens
mind	mindestens
mwN	mit weiteren Nachweisen
Nov	Novelle
Nr	Nummer
OGH	Oberster Gerichtshof
OLG	Oberlandesgericht
pa	per anno
RdW	Recht der Wirtschaft (Zeitschrift)
Rom I-VO	Verordnung (EG) über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht
RL	Richtlinie
Rn	Randnummer
Rs	Rechtssache
Rsp	Rechtsprechung
Rz	Randziffer
Sog	so genannte/r
stRsp	ständige Rechtsprechung
SV	Sozialversicherung
SZ	Sammlung zivilrechtlicher Entscheidungen
taxlex	Fachzeitschrift für Steuerrecht
tw	teilweise
u	und
ua	unter anderem
uä	und Ähnliche(s)
UrlG	Urlaubsgesetz
uU	unter Umständen
uvm	und viele(s) mehr

va	vor allem
vgl	vergleiche
VfGH	Verfassungsgerichtshof
VO	Verordnung
VTV	(deutscher) Tarifvertrag über das Sozialkassenverfahren im Baugewerbe
VwGH	Verwaltungsgerichtshof
wbl	Wirtschaftsrechtliche Blätter (Zeitschrift)
Z	Ziffer
ZAS	Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht
zB	zum Beispiel
ZfRV	Zeitschrift für Europarecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung
ZRB	Zeitschrift für das Recht des Bauwesens
ZPO	Zivilprozessordnung
zT	zum Teil

I. Einleitung

Durch seine Geschichte und Lage fungierte Österreich lange Zeit als Brückenkopf zwischen Ost und West. Der Fall des Eisernen Vorhangs im Jahr 1989 katapultierte Österreich nicht nur geographisch, sondern auch politisch und wirtschaftlich ins Zentrum Europas. Schon mit dem Inkrafttreten des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum (EWR-Abkommens)¹ per 1. 1. 1994 vertiefte Österreich seine Beziehungen zu den übrigen EFTA-Staaten und den damaligen Mitgliedern der Europäischen Gemeinschaft. Im Jahr 1995 trat Österreich der Europäischen Gemeinschaft (jetzt: Europäischen Union) bei und profitiert seither von deren Grundfreiheiten. Das Verhältnis zu Island, Liechtenstein und Norwegen wird nach wie vor durch das EWR-Abkommen beherrscht. Durch die Erweiterungsrounden der Europäischen Union in den Jahren 2004, 2007 und 2013 wurden die Wirtschaftsbeziehungen mit den damaligen Beitrittsländern Estland, Lettland, Litauen, Malta, Polen, Slowakei, der Tschechischen Republik, Ungarn, Zypern und Slowenien (2004), Rumänien und Bulgarien (2007) sowie Kroatien (2013) intensiviert. Für einige geschützte Wirtschaftsbereiche, darunter das Baugewerbe, öffnete Österreich seinen Arbeitsmarkt erst nach einer 7-jährigen Übergangsfrist für die Staaten der Beitrittsrunde 2004 (mit Ausnahme von Malta und Zypern) mit dem 1. 5. 2011, sowie für Rumänien und Bulgarien mit dem 1. 1. 2014 und für Kroatien mit dem 1. 7. 2020. Bis dahin musste für Arbeitnehmer aus den genannten Staaten eine Beschäftigungsbewilligung beigebracht werden.

Der Zuwachs an wirtschaftlicher Freiheit und die damit einhergehenden Vorteile werfen auf der anderen Seite Fragen auf, die sich aus dem Aufeinandertreffen verschiedener Rechtsordnungen, unterschiedlicher sozialer Standards und eines ungleichen Lohnniveaus ergeben.

In der Regierungsvorlage aus dem Jahr 2005, welche der Einführung der Entsendebestimmungen des BUAG zugrunde lag, wird unter dem Punkt „*Finanzielle Auswirkungen*“ festgehalten, dass aus den Erfahrungen mit Meldungen nach § 7b AVRAG im Beobachtungszeitraum Mai bis September 2004 weniger als 400 Arbeitnehmer in allen Branchen betroffen waren.² Dies entspricht rund 1000 Arbeitnehmern pro Jahr. Nach einer von der Europäischen Kommission in Auftrag gegebenen Studie von *Jozef Pacolet* und *Frederic De Wispelaere* über

¹ BGBl 910/1993

² ErläutRV 972 BlgNR 22. GP 4.

Entsendungen im Jahr 2014³ wurden in diesem Jahr 101.034 Arbeitnehmern A1-Sozialversicherungsbestätigungen für eine Entsendung nach Österreich ausgestellt.⁴ Im Jahr 2015 gab es einen Anstieg auf 108.627 ausgestellte Bestätigungen⁵ und im Jahr 2016 einen weiteren Anstieg auf 120.150 Bestätigungen.⁶ Mehr als 50% dieser Personen waren in der Baubranche beschäftigt.⁷ Allein zwischen 2010 und 2013 kam es zu einem Anstieg der Entsendungen nach Österreich im Ausmaß von 69,4%.⁸ Zwischen 2013 und 2014 stieg die Anzahl der Entsendungen nach Österreich um weitere 14% an.⁹ Der Großteil, nämlich rund 80% der entsandten Personen, stammten aus unmittelbaren Nachbarländern.¹⁰

Diese Zahlen unterstreichen die Relevanz von Regelungen für den grenzüberschreitenden Einsatz von Arbeitnehmern. Solange man nur lokal arbeiten und Dienstleistungen ausführen konnte, spielte die Frage, welche Rechtsnormen auf ein Vertragsverhältnis zur Anwendung kommen und wie ein Staat sein Lohnniveau und seine sozialen Standards aufrechterhalten kann, eine untergeordnete Rolle. Eine geringe Zahl ausländischer Anbieter, welche zudem einen erheblichen bürokratischen Parcourslauf in Kauf nehmen mussten, um ihre Waren oder Dienstleistungen im Inland anzubieten, konnte für einheimische Wirtschaftstreibende keine echte Konkurrenz darstellen und die sozialen Standards des Staates auch nicht gefährden. Durch die Öffnung der Grenzen und den Abbau bürokratischer Hürden für ausländische Anbieter entstand die Notwendigkeit, sich mit den dadurch auftretenden Fragen und Problemen auseinanderzusetzen.

Die Baubranche ist ein sensibler Bereich. Sie ist sehr arbeitsintensiv und die Lohnkosten stellen meist den größten Kostenfaktor dar. Kurzfristige, projektbezogene Beschäftigungsverhältnisse prägen diesen Wirtschaftszweig. Den Besonderheiten der Baubranche wird in Österreich ua mit dem Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungsgesetz (BUAG)¹¹ Rechnung getragen. Dieses Gesetz wurde über die Jahrzehnte sukzessive erweitert, und die Bauarbeiter-Urlaubs- und

³ *Pacolet/De Wispelaere*, Posting of workers – Report on A1 portable documents issued in 2014.

⁴ *Pacolet/De Wispelaere*, Posting of Workers 2014, 19.

⁵ *Pacolet/De Wispelaere*, Posting of Workers – Report on A1 portable documents 2015, 23.

⁶ *Pacolet/De Wispelaere*, Posting of Workers – Report on A1 portable documents 2016, 21.

⁷ *Pacolet/De Wispelaere*, Posting of Workers – Report 2014, 26-27.

⁸ *Gagawczuk* in *Resch* (Hrsg) Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz (2012) 27.

⁹ *Pacolet/De Wispelaere*, Posting of Workers – Report 2014, 22; Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie des Europäischen Parlament und des Rates zur Änderung der Richtlinie 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. 12. 1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, COM (2016) 128 final, 2.

¹⁰ *Pacolet/De Wispelaere*, Posting of Workers – Report 2014, 19.

¹¹ BGBl 414/1972, zuletzt geändert durch BGBl 1987/618 idF BGBl I 2020/160.

Abfertigungskasse (BUAK) wurde mit immer mehr Aufgaben, Rechten und Pflichten ausgestattet. Das Kernstück des BUAG bilden die Urlaubsregelungen für Arbeitnehmer der Baubranche, welche in einem Urlaubskassensystem organisiert sind. Im Rahmen der vorliegenden Arbeit soll dieses Urlaubskassensystem des BUAG, welches gem dessen Abschnitt VIb auch auf nach Österreich entsandte Arbeitnehmer zur Anwendung gelangt, im internationalen Kontext untersucht werden.

Hier wird zunächst zu prüfen sein, welcher Rechtsordnung die vom BUAG erfassten Entsendetatbestände, welche ja zwangsläufig Berührungspunkte mit mehreren Staaten aufweisen, überhaupt unterliegen. Kommt man zur Anwendbarkeit ausländischen Rechts, wird weiter zu erörtern sein, ob und aufgrund welcher kollisionsrechtlicher Regelungen Österreich seine nationalstaatlichen Gesetze überhaupt auf ausländische Rechtsverhältnisse ausweiten kann und darf.

Soweit die Regelungen des BUAG kollisionsrechtlich zum Tragen kommen, soll die Vereinbarkeit des österreichischen Urlaubskassensystems mit den europäischen Grundfreiheiten, insb der Dienstleistungsfreiheit und der Arbeitnehmerfreizügigkeit, diskutiert werden. Vor dem Hintergrund dieser Freiheiten sind die Grenzen der Zulässigkeit des Urlaubskassensystems und die Voraussetzungen für dessen Anwendbarkeit abzustecken. In diesem Zusammenhang wird auch der Entsenderichtlinie und den einschlägigen Entscheidungen des EuGH zum Spannungsverhältnis zwischen Dienstleistungsfreiheit und Arbeitnehmerschutz bzw Schutz vor unlauterem Wettbewerb näheres Augenmerk zu schenken sein. Neben dem Kassensystem als Ganzem sollen auch einzelne Gesetzesbestimmungen des Abschnittes VIb BUAG unter die Lupe genommen werden; dies insbesondere dann, wenn die Regelungen bei Entsendesachverhalten von jenen rein innerstaatlicher Sachverhalte abweichen. Hier wird zu prüfen sein, ob sich derartige Abweichungen sachlich rechtfertigen lassen.

Abschließend soll untersucht werden, wie das österreichische Urlaubskassensystem gegenüber ausländischen Dienstleistungserbringern durchgesetzt werden kann. Diesbezüglich werden die nationalen und internationalen Gerichtsstands- und Vollstreckungsregeln zu analysieren sein.

II. DAS BAUARBEITER- URLAUBS- UND ABFERTIGUNGSGESETZ

Die Entstehungsgeschichte des BUAG zeigt, dass das Urlaubskassensystem aus kollektivvertraglichen Regelungen hervorging. Bereits seit

dem Jahr 1946¹² gibt es ein eigenes gesetzliches Urlaubsrecht für Bauarbeiter, welches den Besonderheiten dieser Branche Rechnung trägt. Das Bauarbeiter-Urlaubsgesetz 1946 (im Folgenden: BARbUG 1946), als Vorgängergesetz des heutigen BUAG, goss die zuvor bestehenden kollektivvertraglichen Regelungen in eine gesetzliche Form.¹³ Das BARbUG 1946 verpflichtete den Arbeitgeber, Urlaubsmarken zu kaufen und in ein Urlaubsbuch einzukleben.

Die Baubranche ist geprägt durch eine hohe Fluktuation der Arbeitskräfte¹⁴ und kurzfristige Arbeitsverhältnisse.¹⁵ Im Jahr 1972 trat das Bauarbeiter-Urlaubsgesetz¹⁶ als Sonder-Urlaubsrecht für Bauarbeiter in Kraft. 1987 wurde das Gesetz um den Sachbereich der Abfertigungsregelungen erweitert und erhielt als Bundesgesetz betreffend den Urlaub und die Abfertigung für Arbeitnehmer in der Bauwirtschaft (Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungsgesetz - BUAG)¹⁷ einen neuen Namen. Die Bauarbeiter-Urlaubskasse wurde in Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse (BUAK) umbenannt.¹⁸

Nach den Regeln des Bundesgesetzes vom 7. 7. 1976 betreffend die Vereinheitlichung des Urlaubsrechtes und die Einführung einer Pflegefreistellung (Urlaubsgesetz - UrlG),¹⁹ welches – insbesondere in seiner Urfassung – Wartezeiten von sechs Monaten vor dem Entstehen von Urlaubsansprüchen vorsah, hätten Arbeiter vielfach überhaupt keinen Urlaubsanspruch erworben. Diese Gefahr ist nach der aktuellen Gesetzeslage nicht mehr gegeben. § 2 Abs 2, 1. Satz UrlG wurde mit BGBl 1993/502 insofern geändert, als nunmehr der Urlaubsanspruch in den ersten sechs Monaten des ersten Arbeitsjahres im Verhältnis zu der im Arbeitsjahr zurückgelegten Dienstzeit entsteht.

Während somit der Urlaubsanspruch auch durch das UrlG grundsätzlich gewährleistet wäre, ermöglicht es auch die aktuelle Fassung dieses Gesetzes Arbeitern in kurzfristigen Beschäftigungsverhältnissen zu verschiedenen Arbeitgebern nicht, einen längeren Urlaub am Stück zu konsumieren, da die bei den einzelnen Arbeitgebern im Rahmen solcher kurzfristiger Beschäftigungsverhältnisse erworbenen Urlaubsansprüche jeweils nur wenige Tage ausmachen würden. Dem trägt das BUAG Rechnung, welches durch die Zusammenrechnung der

¹² BGBl 81/1946.

¹³ *Wiesinger*, Der Geltungsbereich des BUAG, ZRB 2016/1.

¹⁴ EuGH 25. 10. 2001, C-49/98 ua, *Finalarte* Rz 5.

¹⁵ *Löschnigg*, Arbeitsrecht¹³ (2017) Rz 4/064 und Rz 6/732

¹⁶ BGBl 1972/414/.

¹⁷ BGBl 1987/618.

¹⁸ *Martinek/Widorn*, Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungsgesetz – BUAG (1988) 12.

¹⁹ BGBl 390/1976 idF 3/2013.

Urlaubsansprüche aus verschiedenen Beschäftigungsverhältnissen sicherstellt, dass ein längerer, zusammenhängender Erholungsurlaub *in natura* in Anspruch genommen werden kann.²⁰ Dies wird bewirkt, indem der einzelne Arbeitgeber die Beträge für Urlaubsanwartschaften in Form von Zuschlägen zum Lohn an die Urlaubskasse zahlt und der Arbeitnehmer Urlaubsansprüche nicht gegen den Arbeitgeber, sondern gegen die BUAK erwirbt.

Für den Arbeitgeber bringt das Urlaubskassensystem insofern einen Vorteil, als er Zahlungen (in Form von Zuschlägen) nur für jene Beschäftigungszeiten entrichten muss, in denen der Arbeitnehmer auch tatsächlich für ihn arbeitet. Gäbe es kein Kassensystem, dann müsste zur Ermöglichung eines längeren zusammenhängenden Urlaubs jener Arbeitgeber den gesamten Urlaubsaufwand tragen, bei dem der Arbeitnehmer im Zeitpunkt der Urlaubshaltung gerade beschäftigt ist.

1. Urlaubsregelungen nach dem BUAG

Um den Bauarbeitern einen zusammenhängenden Urlaub zu gewährleisten, sieht § 22 BUAG vor, dass ein Arbeitgeber, der Bauarbeiter iSd § 1 Abs 1 BUAG beschäftigt, dies bei Aufnahme der Tätigkeit der BUAK unter Bekanntgabe aller für die Berechnung der Zuschläge maßgebenden Lohnabgaben zu melden hat. In der Folge hat der Arbeitgeber für jeden Zuschlagszeitraum von jedem beschäftigten Arbeitnehmer alle für die Berechnung der Zuschläge maßgebenden Lohnangaben und deren Veränderungen, einschließlich des allfälligen Beginns und Endes des Arbeitsverhältnisses zwischen dem 1. und 15. des dem Zuschlagszeitraum folgenden Monats bekannt zu geben (§ 22 Abs 2 BUAG). Auf Grundlage dieser Meldungen errechnet die BUAK auf Basis der kollektivvertraglichen Mindestgehälter Zuschläge zum Lohn, welche dem Arbeitgeber monatlich im Nachhinein vorgeschrieben werden (§ 21a, § 25 BUAG). Die Formel zur Berechnung der Zuschläge ist in § 21a Abs 3 BUAG und in § 1 der Verordnung des Bundesministers für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz betreffend die Lohnzuschläge für die Urlaubsregelung, Abfertigungsregelung und Winterfeiertagsregelung sowie die Nebenleistungen nach dem Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungsgesetz (BUAG-Zuschlagsverordnung - BUAG-V)²¹ geregelt. Gem § 25 BUAG hat der Arbeitgeber für jeden beschäftigten Arbeitnehmer die so errechneten Zuschläge zum Lohn bis zum 15. des zweitfolgenden Monats zu bezahlen.

²⁰ Martinek/Widorn, BUAG (1988) 14, Windisch-Graetz/Schrammel (Hg), Arbeitsrecht II¹⁰, 221 ; OGH 23. 5. 1990, 9 ObA 116/90 = RdW 1991, 20.

²¹ BGBl II 419/2010 idF 362/2018.

Für jeden vom Arbeitgeber für den Sachbereich Urlaub zu leistenden Zuschlag zum Lohn erwirbt der Arbeitnehmer eine Anwartschaft auf das Urlaubsentgelt (§ 4 Abs 2 BUAG).

Möchte ein Arbeitnehmer Urlaub konsumieren, so hat er zunächst den Zeitpunkt des Urlaubsantrittes einvernehmlich mit dem Arbeitgeber festzulegen (§ 7 Abs 2 BUAG). Der Arbeitgeber hat dann bei der BUAK um Überweisung des entsprechenden Urlaubsentgeltes anzusuchen, und die BUAK zahlt das Urlaubsentgelt entsprechend den erworbenen Anwartschaften aus. Die Auszahlung des Urlaubsentgeltes erfolgt im Inlandsverfahren auf ein speziell vom Arbeitgeber einzurichtendes Konto (§ 8 BUAG).²² Im Entsendeverfahren (Abschnitt VIb BUAG) erfolgt die Auszahlung direkt an die Arbeitnehmer (§ 33f Abs 3 BUAG).

2. Bauarbeiter- Urlaubs- und Abfertigungskasse (BUAK)

Bei der BUAK handelt es sich um eine Körperschaft öffentlichen Rechts (§ 14 Abs 2 BUAG). Das Aufgabengebiet der BUAK ist über die Jahre sukzessive angewachsen. Über die BUAK werden nicht nur die Urlaubsansprüche der Bauarbeiter, sondern auch die Abfertigungsansprüche (Abschnitt III BUAG) und die Winterfeiertagsvergütung (Abschnitt IIIa BUAG) abgewickelt. Die BUAK führt eine betriebliche Vorsorgekasse im Sinne des Betrieblichen Mitarbeiter- und Selbständigenvorsorgegesetzes (BMSVG).²³ Die entsprechenden Regelungen finden sich in Abschnitt IVa BUAG. Darüber hinaus wurden durch die Nov BGBl I Nr 94/2014 die Kompetenzen der BUAK iZm Maßnahmen gegen Lohn- und Sozialdumping erweitert. So erhielt die BUAK Parteistellung entsprechend ihren Kontrollbefugnissen in Strafverfahren nach § 7i Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz (AVRAG),²⁴ die Meldeverpflichtungen (§ 33g Abs 1 und 2 BUAG) wurden ausgedehnt,²⁵ die Strafbestimmungen des BUAG (§ 32 BUAG) wurden auf Arbeitgeber mit Sitz außerhalb Österreichs erstreckt und an jene des AVRAG angepasst.²⁶ Mit dem Bundesgesetz, mit dem ein Gesetz zur Bekämpfung von Lohn- und Sozialdumping erlassen wurde (Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz - LSD-BG)²⁷ wurden der BUAK ua Kontroll- und Anzeigebefugnisse iZm Unterentlohnungen (§ 29 LSD-BG), Meldepflichtverletzungen (§ 26 Abs 1 LSD-BG) und der Pflicht zur Bereithaltung

²² Löschnigg, Arbeitsrecht¹³ (2017) Rz 6/734.

²³ BGBl I 100/2002 idF 73/2016.

²⁴ BGBl I 459/1993 idF 100/2018; ErläutRV 319 BlgNr 25. GP 13.

²⁵ ErläutRV 319 BlgNr 25. GP 21.

²⁶ ErläutRV 319 BlgNr 25. GP 20.

²⁷ BGBl I 44/2016 idF 100/2018.

von Unterlagen (§ 27 LSD-BG) übertragen. Der BUAK fallen in Hinblick auf die von ihr festgestellten Unterentlohnungen die Aufgaben des Kompetenzzentrums LSDB zu (§ 15 LSD-BG).²⁸

3. Entsendebestimmungen des BUAG

Mit BGBl I 2005/104 wurde der Abschnitt VIb (§§ 33d bis 33i) – Sonderbestimmungen für den Urlaub bei Entsendung – in das BUAG eingefügt. Damit sollten die Vorgaben der Richtlinie 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen (Entsenderichtlinie)²⁹ umgesetzt und der Anwendungsbereich des Gesetzes auf nach Österreich entsandte Arbeitnehmer ausgeweitet werden.³⁰ Ziel war eine Gleichstellung entsandter oder nach Österreich überlassener Arbeitnehmer mit jenen Arbeitnehmern, deren Arbeitsverhältnisse schon bisher dem BUAG unterlagen.³¹ Da gem Art 1 Abs 4 der Entsenderichtlinie Unternehmen aus Drittstaaten nicht günstiger gestellt werden dürfen als solche aus EWR-Mitgliedstaaten, erfassen die Entsendebestimmungen des BUAG sowohl Arbeitgeber mit als auch solche ohne Sitz in einem EWR-Mitgliedstaat.³²

Ogleich die Entsendebestimmungen des BUAG auf die Entsenderichtlinie zurückzuführen sind, geht deren Anwendungsbereich über jenen der Richtlinie hinaus, da § 33d Abs 2 BUAG die Sonderbestimmungen für den Urlaub bei Entsendung auch auf Arbeitnehmer ausdehnt, die ihren gewöhnlichen Arbeitsort in Österreich haben, sofern nur der Sitz des Arbeitgebers außerhalb Österreichs liegt.

Zwischenzeitig gab es mehrere Novellen, mit welchen einzelne Bestimmungen des Abschnittes VIb abgeändert bzw ergänzt wurden.³³

²⁸ Kozak, Kurzkomentar zum Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz - LSD-BG (2016) § 15 Rz 24-26; Schrank F./Schrank V./Lindmayr, LSD-BG – Kommentar (2017) § 15 Rz 1.

²⁹ ABI L 1997/18, 1.

³⁰ ErläutRV 972 BlgNR 22. GP 1.

³¹ ErläutRV 972 BlgNR 22. GP 1.

³² ErläutRV 972 BlgNR 22. GP 1.

³³ BGBl I 2007/35: Änderung des § 33g Abs 1 Z 10 BUAG; BGBl I 2009/70: Änderung des § 33d Abs 2, § 33f Abs 3, § 33g Abs 1 Z 5, § 33 h Abs 1 BUAG; BGBl I 2011/51: Ergänzung des § 33g um einen Abs 5 und Änderung des § 33h Abs 1 BUAG; BGBl I 2012/117: Änderung des § 33h Abs 1 und Ergänzung um § 33h Abs 2a BUAG; BGBl I 2013/137: Ergänzung des § 33f Abs 2 BUAG; BGBl I 2014/94 : Änderung und Ergänzung des § 33d Abs 1 Z 1 und Abs 2 sowie des § 33g Abs 1, 2 und 4 BUAG; BGBl I 2015/113: Änderung und Ergänzung des § 33h Abs 1 BUAG; BGBl I 2016/72: Ergänzung um einen neuen § 33h Abs 2a BUAG und

Die Bezeichnung „Sonderbestimmungen für den Urlaub bei Entsendung“ könnte indizieren, dass die allgemeinen Bestimmungen der §§ 1 bis 33c und 34 ff BUAG auch für Entsendefälle gelten und die im Abschnitt VIb festgelegten Besonderheiten zusätzlich zu beachten sind. Aus der Systematik des Gesetzes ergibt sich aber, dass in den Fällen einer Entsendung iSd § 33d BUAG ausschließlich die §§ 33d bis 33i BUAG zu berücksichtigen sind, soweit die übrigen Bestimmungen nicht kraft Verweises (§ 33e, § 33g, § 33h BUAG) zur Anwendung kommen. Diese Verweise des Abschnitts VIb BUAG auf diverse Bestimmungen der übrigen Teile wären andernfalls gar nicht notwendig.

4. Das Entsendeverfahren nach dem BUAG im Überblick

Nach der aktuellen Fassung des § 33d Abs 1 BUAG gelten die Entsendebestimmungen des BUAG für die Beschäftigung von Arbeitnehmern der Baubranche ohne gewöhnlichen Arbeitsort in Österreich, die von einem Arbeitgeber zur Arbeitsleistung oder im Rahmen einer Arbeitskräfteüberlassung nach Österreich entsandt werden. Als Entsendung iSd BUAG gilt auch die Beschäftigung von Arbeitnehmern mit gewöhnlichem Arbeitsort in Österreich, wenn die Beschäftigung im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses zu einem Arbeitgeber mit Sitz außerhalb Österreichs erfolgt (§ 33d Abs 2 BUAG).

4.1. Entsendebegriff des BUAG

Nach den Materialien³⁴ zu § 33d BUAG orientiert sich der dort verwendete Begriff der Entsendung „*einerseits an der Begriffsbildung der österreichischen Dogmatik und andererseits an der Definition in der Entsenderichtlinie.*“ Die Materialien³⁵ zu § 7b AVRAG idF vor der Nov BGBl I 2014/94 hatten den dort verwendeten Entsendebegriff, welcher der Urfassung des § 33d Abs 1 BUAG entsprach, mit denselben Worten umschrieben und hierbei einerseits auf die Ausführungen von *Schwimann*³⁶ und andererseits auf den Wortlaut des Art 1 Abs 3 lit a der Entsenderichtlinie sowie die Ausführungen im Ratsprotokoll zur Entsenderichtlinie verwiesen.³⁷ Daraus ist zu schließen, dass unter den

Umbenennung des § 33h Abs 2a BUAG in § 33h Abs 2b BUAG; BGBl I 2018/32: Anpassung einer Verweisungsnorm in § 33g Abs 1 BUAG.

³⁴ ErläutRV 972 BlgNR 22. GP 6.

³⁵ IA 1103/A BlgNr 20. GP 12.

³⁶ *Schwimann*, Grundriss des internationalen Privatrechts (1982) 13.

³⁷ IA 1103/A BlgNR 20. GP; AB 1970 BlgNR 20. GP 2; *Windisch-Graetz*, Grenzüberschreitende Arbeitsverhältnisse im Spannungsfeld von Rom I und Entsenderichtlinie, ZfRV 2015/24.

Anwendungsbereich des § 7b AVRAG idF vor der Nov BGBl I 2014/94 und somit auch unter jenen des gleichlautenden § 33d Abs 1 BUAG in dessen Stammfassung nicht nur Dienstleistungsentsendungen iSd Entsenderichtlinie fielen, sondern darüber hinaus auch sonstige Entsendungen, welche nicht dem Geltungsbereich der Entsenderichtlinie unterliegen.³⁸ Anders sah dies der VwGH, welcher unter einer Entsendung gem § 7b AVRAG idF vor der Nov BGBl I 2014/94 nur Dienstleistungsentsendungen im Rahmen der Entsenderichtlinie und damit nur „Entsendungen im engeren Sinn“ verstehen wollte.³⁹ Diese Entscheidung des VwGH wurde von *Windisch-Graetz*⁴⁰ zu Recht kritisiert, zumal sie auch dem Schutzgedanken der Norm nicht Rechnung trägt. Im Initiativantrag⁴¹ zur Neufassung des § 33d BUAG wird die Entsendung gem § 33d Abs 1 BUAG als „klassischer Entsendefall“ bezeichnet, welcher seit jeher Arbeitsverhältnisse erfassen sollte, die „nach ihrem Arbeitsvertragsstatut (weil ihr gewöhnlicher Arbeitsort nicht in Österreich gelegen ist) nicht dem österreichischen Arbeitsvertragsrecht unterliegen.“⁴² Damit wird deutlich, dass der Gesetzgeber den Begriffen „gewöhnlicher Arbeitsort“ und „Entsendung“ die Bedeutung zugrunde legte, die ihnen nach dem Kollisionsrecht, insbesondere nach Artikel 8 der Verordnung (EG) Nr 592/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anwendbare Recht (ROM I-VO) zukommt.

Die aktuelle Fassung des § 33d BUAG entspricht nicht dessen ursprünglichem Wortlaut, welcher insbesondere nur Arbeitgeber mit Sitz außerhalb Österreichs erfasste. Der Wortlaut des § 33d Abs 1 BUAG wurde erstmals vor dem Hintergrund der Entscheidung des OGH zu 9 ObA 43/09b mit der Nov BGBl I Nr 70/2009 geändert. In dem dieser Entscheidung zugrunde liegenden Fall unterhielt eine GmbH mit Sitz in Österreich eine Zweigniederlassung in Deutschland, welche die gewerbsmäßige Vermittlung und Überlassung von Arbeitskräften nach Österreich betrieb. Die BUAK machte für die nach Österreich überlassenen Arbeiter Zuschläge gem § 33h iVm § 22 BUAG im Gerichtsweg geltend. Die beklagte Partei wendete daraufhin die Unzulässigkeit des Rechtswegs ein. Der OGH folgte der Rechtsansicht der beklagten Partei und wies die Klage zurück. Laut den Materialien zum BUAG sei „der Sitz des Arbeitgebers das ausschlaggebende Kriterium dafür, ob die allgemeinen Bestimmungen des BUAG (Inlandsverfahren) oder die Sonderbestimmungen bei

³⁸ *Windisch-Graetz*, ZfRV 2015/24.

³⁹ VwGH 26. 2. 2015, 2014/11/0100 bis 0102.

⁴⁰ *Windisch-Graetz*, ZfRV 2015/24.

⁴¹ IA 674/A BlgNR 24. GP 12.

⁴² IA 674/A BlgNR 24. GP.

*Entsendung (Auslandsverfahren) zur Anwendung kommen.*⁴³ Die Anwendung des Inlandsverfahrens war aber insofern problematisch, als die Arbeitsverhältnisse ausländischem (deutschem) Recht unterlagen.

Durch die Änderung des Wortlautes des § 33d Abs 1 BUAG im Jahr 2009 sollte die durch die OGH-Entscheidung 9 ObA 43/09b aufgezeigte Lücke im Anwendungsbereich geschlossen werden.⁴⁴ Im Initiativantrag wird festgehalten, dass im Sinne der Entsenderichtlinie seit jeher Arbeitsverhältnisse von Arbeitnehmern erfasst werden sollten, die *„nach ihrem Arbeitsvertragsstatut nicht dem österreichischen Arbeitsvertragsrecht unterliegen.“*⁴⁵

Abs 2 des § 33d BUAG wurde mit der Nov 2009 ebenfalls neu gefasst. Ursprünglich stellte der zweite Halbsatz des § 33d Abs 2 BUAG darauf ab, dass Arbeitnehmer *„von einem Arbeitgeber ohne Sitz in Österreich zur Arbeitsleistung in Österreich aufgenommen werden.“* Nunmehr muss die Beschäftigung nur noch *„im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses zu einem Arbeitgeber mit Sitz außerhalb Österreichs“* erfolgen. Die Novellierung sollte die Intention des Gesetzgebers klarer zum Ausdruck bringen, auch solche Arbeitsverhältnisse (inklusive Überlassungen) dem Entsendeverfahren des BUAG zu unterstellen, bei denen eine Einbeziehung in das *„Inlandsverfahren“* trotz Vorliegens eines gewöhnlichen Arbeitsortes in Österreich nicht möglich ist, weil es sich beim Arbeitgeber um kein in Österreich gelegenes Unternehmen handelt.⁴⁶ Arbeitsverhältnisse gem § 33d Abs 2 BUAG fallen nicht in den Anwendungsbereich der Entsenderichtlinie 96/71/EG.⁴⁷

Mit der Neufassung des § 33d Abs 1 BUAG durch das Bundesgesetz, mit dem das Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz, das Arbeitskräfteüberlassungsgesetz, das ArbeitnehmerInnenschutzgesetz, das Arbeitszeitgesetz, das Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungsgesetz und das Arbeitslosenversicherungsgesetz 1977 geändert werden (Arbeits- und Sozialrechtsänderungsgesetz - ASRÄG 2014)⁴⁸ wurde das Wort *„fortgesetzt“* in Ziffer 1 gestrichen. Den Erläuternden Bemerkungen zur Regierungsvorlage ist zu entnehmen, dass der Terminus *„fortgesetzte Arbeitsleistung“* in der Stammfassung ursprünglich das Vorliegen einer gewissen Kontinuität der Arbeitsleistung zum Ausdruck bringen sollte. Da der Begriff

⁴³ OGH 22. 12. 2009, 9 ObA 43/09b.

⁴⁴ AB 248 BlgNR 24. GP.

⁴⁵ IA 675/A BlgNR 24. GP 12; *Wiesinger*, Der Geltungsbereich des BUAG, ZRB 2016/1.

⁴⁶ IA 675/A BlgNR. 24. GP 12.

⁴⁷ ErläutRV 972 BlgNR 22. GP.

⁴⁸ BGBl I 2014/94.

„fortgesetzt“ dahingehend interpretiert werden könnte, dass nur Entsendungen von einer gewissen Mindestdauer dem BUAG unterliegen, wurde er weggelassen.⁴⁹

Ergänzt wurde der § 33d Abs 1 durch das ASRÄG um seinen letzten Satz, welcher dem ausländischen Beschäftiger die Stellung eines Arbeitgebers in Bezug auf die §§ 23, 23a und 33g BUAG zuweist. Bei den genannten Bestimmungen handelt es sich um die Pflicht, der Urlaubskasse Einsicht in die Lohnaufzeichnungen, Geschäftsunterlagen, uä zu gewähren (§ 23 BUAG), die Pflichten iZm Baustellenkontrollen (§ 23a BUAG) sowie Meldepflichten (§ 33g BUAG).

Der Geltungsbereich der Entsendebestimmungen umfasst somit nunmehr einerseits Arbeitnehmer, die ihren gewöhnlichen Arbeitsort im Ausland haben und nach ihrem Arbeitsvertragsstatut nicht dem österreichischen Arbeitsvertragsrecht unterliegen.⁵⁰ Hierbei ist irrelevant, wer der Arbeitgeber ist, wo dieser seinen Sitz hat und ob es sich um eine grenzüberschreitende Dienstleistungsentsendung oder Überlassung handelt.⁵¹ Anknüpfungselement für die Anwendbarkeit der Entsendebestimmungen ist das Arbeitsverhältnis, wobei als Arbeitgeber auch Betriebsstätten oder Niederlassungen auftreten können („echte Entsendung“).⁵² Andererseits werden auch solche Arbeitnehmer von den Entsendebestimmungen des BUAG erfasst, die gewöhnlich in Österreich arbeiten, deren Arbeitgeber ihren Sitz aber im Ausland haben („unechte Entsendung“).⁵³

4.2. Der Arbeitnehmerbegriff nach dem BUAG

Für die Abgrenzung des persönlichen Geltungsbereichs verweist § 33d BUAG auf die Definitionen des Abschnittes I (§§ 1 bis 3b BUAG). Gem § 1 Abs 1 gelten die Bestimmungen dieses Gesetzes für Arbeitnehmer (Lehrlinge), deren Arbeitsverhältnisse auf einem privatrechtlichen Vertrag beruhen und die in Betrieben (Unternehmungen) gem § 2 *leg cit* beschäftigt werden. In § 1 Abs 2 werden Ausnahmen für Angestellte (lit a), Vertragsbedienstete (lit b), Landarbeiter (lit c) und Praktikanten (lit d) normiert.

Gem Artikel 2 Abs 2 der Entsenderichtlinie ist „*der Begriff des Arbeitnehmers in dem Sinne zu verwenden, in dem er im Recht des Mitgliedstaats, in dessen Hoheitsgebiet der Arbeitnehmer entsandt wird, gebraucht wird.*“ Wer als Arbeitnehmer iSd BUAG gilt, ist demnach anhand des in Österreich gebräuchlichen

⁴⁹ ErläutRV 319 BlgNr 21. GP; *Wiesinger*, Der Geltungsbereich des BUAG, ZRB 2016/1.

⁵⁰ IA 674/A BlgNR 24. GP 11.

⁵¹ *Wiesinger*, BUAG (2017) § 33d Rz 7.

⁵² IA 674/A BlgNR 24. GP 11; *Wiesinger*, BUAG (2017) § 33 Rz 5 ff.

⁵³ *Wiesinger*, BUAG (2017) § 33 Rz 12.

Arbeitnehmerbegriffs zu beurteilen.⁵⁴ Dies ist insbesondere bei der Beurteilung, ob es sich um eine selbständige oder unselbständige Tätigkeit handelt, ob somit ein echter Dienstvertrag, ein freier Dienstvertrag oder ein Werkvertrag vorliegt, von Bedeutung. Während nämlich echte Dienstverhältnisse dem BUAG unterliegen, ist dies bei Leistungen im Rahmen eines Werkvertrages, aber auch im Rahmen eines freien Dienstvertrags nicht der Fall.⁵⁵ Im Unterschied zum echten Dienstvertrag finden nämlich auf freie Dienstverhältnisse die arbeitsrechtlichen Schutzbestimmungen, wie insbesondere der Anspruch auf Erholungsurlaub, keine Anwendung. Da es sich bei den Urlaubszuschlägen nach dem BUAG trotz des „systembedingten Leistungsumwegs“⁵⁶ um ein vom Arbeitgeber geschuldetes Urlaubsentgelt handelt, muss die Anwendbarkeit des BUAG ausscheiden, wenn auch außerhalb des BUAG kein Urlaubsanspruch bestünde.

Nach der gängigen österreichischen Judikatur⁵⁷ ist das entscheidende Kriterium für die Abgrenzung von Dienstvertrag sowohl zum- Werkvertrag als auch zum freien Dienstvertrag die persönliche Abhängigkeit des Arbeitnehmers.⁵⁸ Die *„für das Vorliegen einer persönlichen Abhängigkeit sprechenden Merkmale sind vor allem Weisungsgebundenheit, die persönliche, auf Zeit abgestellte Arbeitspflicht des Arbeitnehmers, die Fremdbestimmtheit der Arbeit, deren wirtschaftlicher Erfolg dem Arbeitgeber zukommt, die funktionelle Autorität des Arbeitgebers, die sich in organisatorischer Gebundenheit, insbesondere hinsichtlich Arbeitszeit, Arbeitsort und Kontrolle auswirkt und schließlich die Beistellung des Arbeitsgerätes durch den Arbeitgeber.“*⁵⁹ Diese Bestimmungsmerkmale der persönlichen Abhängigkeit müssen nicht alle gemeinsam vorliegen und können in unterschiedlich starker Ausprägung bestehen. *„Entscheidend ist, ob bei einer Gesamtbetrachtung die Merkmale der persönlichen Abhängigkeit ihrem Gewicht und ihrer Bedeutung nach überwiegen.“*⁶⁰

4.3. Sachlicher Anwendungsbereich: Betriebsbegriff versus Arbeitnehmerbegriff

Die sachliche Anwendbarkeit des BUAG hängt im Inlandsverfahren von der Art des Betriebes ab. Die für den Sachbereich Urlaub relevanten Betriebe sind in § 2

⁵⁴ *Kühteubl/Kozak*, Arbeitnehmerentsendung (2010) Rz 21.

⁵⁵ Wiesinger, BUAG (2017) § 1 Rz 6.

⁵⁶ OLG Wien 25. 6. 2020, 9 Ra 94/19p; OGH 25. 10. 2011, 8 ObA 2/11v.

⁵⁷ OGH 13. 11. 2003, 8 ObA 86/03k; OGH 8. 7. 1999, 8 ObA 26/99b.

⁵⁸ OGH 13. 11. 2003, 8 ObA 86/03k.

⁵⁹ OGH 9. 9. 2004, 21 Cga 203/03f; OGH 4. 7. 2002, 8 ObS 273/01g; OGH 5. 7. 2001, 8 ObA 163/01 f; OGH 17. 3. 1999, 9 ObA 8/99p; *Jabornegg/Resch/Födermayr*, Arbeitsrecht⁶ (2017) Rz 33-34.

⁶⁰ OGH 13. 11. 2003, 8 ObA 86/03k; OGH 4. 7. 2002, 8 ObS 273/01g; OGH 5. 7. 2001, 8 ObA 163/01 f; *Jabornegg/Resch/Födermayr*, Arbeitsrecht⁶ (2017) Rz 33.

Abs 1 lit a bis h BUAG angeführt. Zu diesen Betrieben zählen zB Baumeister-, Maurermeister-, Steinmetzmeister-, Dachdecker-, Hafner-, Brunnenmeister-Zimmererbetriebe uvm.

Werden in einem Betrieb sowohl Tätigkeiten verrichtet, die ihrer Art nach in den Tätigkeitsbereich der Betriebe gem § 2 BUAG fallen, als auch andere Tätigkeiten, die nicht in diese Tätigkeitsbereiche fallen, dann kommt die Mischbetriebsregelung des § 3 BUAG zur Anwendung.⁶¹ Bei dieser ist zu unterscheiden, ob der Betrieb eine organisatorische Trennung zwischen buag-pflichtigen und nicht-buag-pflichtigen Betriebsabteilungen aufweist. Gibt es eine derartige organisatorische Trennung, dann unterliegen alle Arbeitnehmer dem BUAG, die in Betriebsabteilungen, welche unter § 2 BUAG fallen, beschäftigt oder für solche Abteilungen aufgenommen wurden. Gibt es keine organisatorische Trennung im Betrieb, dann wird darauf abgestellt, welche Tätigkeit der Arbeitnehmer überwiegend ausübt.⁶² *Klinger*⁶³ nennt als Beispiele für einen Mischbetrieb den „*Baumeisterbetrieb, der zusätzlich einen Baustoffhandel eingerichtet hat, den Erdbeweger, der auch ein Transportunternehmen betreibt oder den Dachdecker, der zusätzlich einen Spenglerbetrieb führt.*“

Soweit ein Betrieb oder bei Mischbetrieben eine Betriebsabteilung unter die Betriebsarten des § 2 BUAG fällt, unterliegen im Inlandsverfahren sämtliche Arbeitsverhältnisse iSd § 1 BUAG⁶⁴ dieses Betriebes bzw dieser Betriebsabteilung unabhängig von der von einzelnen Arbeitnehmern individuell ausgeübten Tätigkeit dem Urlaubskassenverfahren.⁶⁵ Anders verhält es sich im Entsendeverfahren. Die §§ 33d ff BUAG stellen nämlich nicht auf den Betriebsbegriff ab, sondern verweisen auf den Arbeitnehmerbegriff des Abschnittes I BUAG, welcher sich allerdings aus der Betriebszugehörigkeit ergibt.⁶⁶ Mit der Regelung sollte entsprechend den Ausführungen des EuGH in der Rs *Finalarte*⁶⁷ vermieden werden, dass eine isolierte Betrachtung nur der in Österreich ausgeübten Tätigkeit zu einer Diskriminierung ausländischer Unternehmen führt.⁶⁸

⁶¹ *Martinek/Widorn*, BUAG (1988) 76.

⁶² *Martinek/Widorn*, BUAG (1988) 79.

⁶³ *Klinger*, BUAG (2006) § 3 Anm 1.

⁶⁴ Dies gilt nicht für die durch § 1 Abs 2 BUAG ausgenommenen Arbeitsverhältnisse (zB Angestellte). Bei Mischbetrieben gem § 3 BUAG wird darauf abgestellt, welchem Betriebsteil der Arbeitnehmer überwiegend zuzuordnen ist.

⁶⁵ *Wiesinger*, Der Geltungsbereich des BUAG, ZRB 2016/1.

⁶⁶ *Klinger*, Praxiskommentar zum BUAG (2006) § 33d BUAG Anm 2.

⁶⁷ EuGH C-49/98 ua, *Finalarte*, ECLI:EU:C:2001:564, Rn 83.

⁶⁸ *Klinger*, BUAG (2006) § 33d BUAG Anm 2.

Der Gesetzgeber erläutert die Bestimmung des § 33d BUAG in den Materialien wie folgt: *„Bei der Prüfung der Frage, ob eine Beschäftigung im Sinne des Abschnittes I vorliegt, ist zunächst an die konkrete in Österreich entfaltete Tätigkeit anzuknüpfen. Verrichtet das entsendende oder überlassende Unternehmen sowohl Tätigkeiten, die von ihrer Art her in den Geltungsbereich des BUAG fallen, als auch solche, auf die dies nicht zutrifft, so kommt die Mischbetriebsregelung des § 3 BUAG zur Anwendung, insbesondere die Regelung des § 3 Abs 2, wonach bei organisatorischer Trennung die Arbeitnehmer in jenen Betriebsteilen, die Bautätigkeiten verrichten, in das BUAG einbezogen werden, weiters die Regelung des § 3 Abs 3, wonach bei fehlender organisatorischer Trennung jene Arbeitnehmer in das BUAG einbezogen werden, die überwiegend Bautätigkeiten verrichten. Die Entsendung oder Überlassung von Arbeitnehmern zu Bautätigkeiten wird regelmäßig jedenfalls letzteren Tatbestand erfüllen.“*⁶⁹

Nach dem Willen des Gesetzgebers sollen somit alle nach Österreich entsandten Arbeitnehmer, soweit sie hier Bauleistungen iSd § 2 BUAG erbringen, in das Urlaubskassensystem einbezogen werden.⁷⁰ Es wird eine Parallele zur Mischbetriebsregelung des § 3 BUAG als Argument für die Europarechtskonformität gezogen.⁷¹

In Hinblick auf die Aussagen des EuGH in seiner Entscheidung zur Rs *Finalarte*⁷² ist bei der Zuordnung entsandter Arbeitnehmer zum BUAG allerdings Vorsicht geboten. Der EuGH hatte in der genannten Entscheidung die Regelung des (mittlerweile geänderten) § 1 Abs 4 des deutschen Gesetzes über zwingende Arbeitsbedingungen für grenzüberschreitend entsandte und für regelmäßig im Inland beschäftigte Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen (deutsches Arbeitnehmer-Entsendegesetz – dAEntG)⁷³ gerügt, welche vorsah, dass *„alle von einem außerhalb Deutschlands ansässigen Arbeitgeber nach Deutschland entsandten Arbeitnehmer – aber auch nur diese – als ein Betrieb gelten, obwohl für in Deutschland ansässige Arbeitgeber ein abweichender Betriebsbegriff gilt, der in bestimmten Fällen zu einer abweichenden Abgrenzung der Betriebe führt.“*⁷⁴ Hierzu ist anzumerken, dass gem Abschnitt VI des deutschen Tarifvertrags über das Sozialkassenverfahren im Baugewerbe vom 3. 5. 2013 idF 28. 9. 2018 (VTV) nur solche Betriebe dem

⁶⁹ ErläutRV 972 BlgNr 22. GP 6.

⁷⁰ ErläutRV 972 BlgNR 22 GP 6.

⁷¹ ErläutRV 972 BlgNR 22 GP 6; *Klinger*, BUAG (2006) § 33d BUAG Anm 2; *Wiesinger*, Der Geltungsbereich des BUAG, ZRB 2016/1.

⁷² EuGH C-49/98 ua, *Finalarte*, ECLI:EU:C:2001:564, Rn 82.

⁷³ Deutsches Arbeitnehmer-Entsendegesetz (dAEntG) v 20. 4. 2009, BGBl I S 799.

⁷⁴ EuGH C-49/98 ua, *Finalarte*, ECLI:EU:C:2001:564, Rn 76.

deutschen Urlaubskassenverfahren unterliegen, die überwiegend (zu mehr als 50%) Bauleistungen im Sinne des VTV erbringen. Ein Betrieb unterliegt daher entweder zur Gänze dem deutschen Urlaubskassenverfahren oder überhaupt nicht.⁷⁵ Eine Mischbetriebsregelung wie jene des § 3 BUAG kennt der VTV nicht.

Der Entscheidung des EuGH zur Rs *Finalarte*⁷⁶ ist aber jedenfalls zu entnehmen, dass unterschiedliche Anknüpfungspunkte für den Geltungsbereich des Gesetzes eine gegen die Dienstleistungsfreiheit verstoßende Ungleichbehandlung begründen können. Insofern ist es zu kurz gegriffen, bei entsandten Arbeitnehmern nur auf deren Tätigkeit in Österreich abzustellen. Dies wird vom Gesetzgeber auch dadurch zum Ausdruck gebracht, dass laut den zuvor zitierten Materialien „zunächst“ auf die in Österreich entfaltete Tätigkeit abzustellen sei.⁷⁷ Offenbar geht der Gesetzgeber selbst davon aus, dass die Tätigkeit des Arbeitnehmers in dessen Heimatstaat nicht ganz außer Acht gelassen werden kann. Er tut dies dann aber doch, indem er die in Österreich entfaltete Tätigkeit unabhängig von den Umständen der Entsendung als solche im Rahmen eines Mischbetriebs qualifiziert.

Diese sowohl vom Gesetzgeber,⁷⁸ als auch von *Wiesinger*⁷⁹ und von *Klinger*⁸⁰ aufgestellte Prämisse, wonach die in Österreich entfaltete Betriebstätigkeit jedenfalls als Mischbetrieb zu werten oder zumindest analog einem Mischbetrieb zu behandeln sei, wäre nur dann zutreffend, wenn man, wie *Martinek/Widorn* dies tun,⁸¹ auch einzelne Baustellen unter den Betriebsbegriff des BUAG subsumieren würde. Dies lehnt *Wiesinger* aber ab und stützt seine Argumentation gerade auf die Entsendebestimmungen der §§ 33d-33i BUAG, welche nicht notwendig wären, wenn entsandte Arbeitnehmer schon aufgrund der allgemeinen Regel des § 2 unter den Anwendungsbereich des BUAG fielen.⁸² Wenn aber einzelne Baustellen den Betriebsbegriff des BUAG nicht generell erfüllen (fehlt eine übergeordnete Struktur, so kann im Einzelfall auch eine einzelne Baustelle einen Betrieb darstellen⁸³), dann sind bei der Bewertung, ob es sich bei der in Österreich entfalteten Tätigkeit um eine solche im Rahmen eines Mischbetriebes handelt, die gleichen Kriterien heranzuziehen wie bei inländischen Unternehmen. Denn auch bei der Beurteilung, ob ein Mischbetrieb vorliegt, kann eine unterschiedliche Handhabung je nachdem, ob es

⁷⁵ Arbeitsgericht Berlin vom 4. 8. 2005, 62 Ca 64134/04.

⁷⁶ EuGH C-49/98 ua, *Finalarte*, ECLI:EU:C:2001:564, Rn 76 ff.

⁷⁷ ErläutRV 972 BlgNr 22. GP 6; *Wiesinger*, BUAG (2017) § 33d, Rz 9.

⁷⁸ ErläutRV 972 BlgNr 22. GP 6.

⁷⁹ *Wiesinger*, BUAG (2017) § 33d, Rz 9.

⁸⁰ *Klinger*, BUAG (2006) § 33d BUAG Anm 2.

⁸¹ *Martinek/Widorn*, BUAG (1988) 61.

⁸² *Wiesinger*, BUAG (2017) § 2, Rz 8.

⁸³ VwGH 9. 6. 2015, Ra 2014/08/0069.

sich um ein ausländisches oder um ein inländisches Unternehmen handelt, zu unterschiedlichen Ergebnissen führen und insofern diskriminierend und unzulässig sein. Im Ergebnis wird bei der Beurteilung der BUAG-Zugehörigkeit eines Arbeitnehmers zwar zunächst auf die konkret in Österreich entfaltete Tätigkeit abzustellen sein;⁸⁴ dabei kann aber nicht unberücksichtigt bleiben, welche Betriebsarten der Arbeitgeber führt.

4.4. Ablauf des Urlaubskassenverfahrens

4.4.1. Meldepflichten

Ein Arbeitgeber, welcher einen Arbeitnehmer im Sinne des Abschnittes I BUAG zur Verrichtung von Bauarbeiten aus dem Ausland nach Österreich entsendet, hat dies der BUAK gem § 33g iVm § 22 BUAG binnen zwei Wochen zu melden. Während die zu meldenden Tatsachen im Inlandsverfahren gem § 22 Abs 1 BUAG nur abstrakt umschrieben sind („*alle für die Berechnung der Zuschläge maßgeblichen Lohnangaben*“), führt 33g Abs 1 BUAG für das Entsendeverfahren die Tatsachen, welche der BUAK im Rahmen der Erstmeldungen mitzuteilen sind, einzeln an.

Demnach hat die Meldung gem § 33g Abs 1 BUAG Angaben zu enthalten zu: Name, Anschrift, Umsatzsteueridentifikationsnummer, Gewerbebefugnis oder Unternehmensgegenstand des Arbeitgebers, Namen und Anschrift des Beschäftigers (wenn die Entsendung im Rahmen einer Arbeitskräfteüberlassung erfolgt), Name des weisungsberechtigten Beauftragten, Name und Anschrift des inländischen Auftraggebers (Generalunternehmers), Name, Anschrift, Geburtsdatum, Sozialversicherungsnummer, zuständiger Sozialversicherungsträger und Staatsbürgerschaft der nach Österreich entsandten Arbeitnehmer, Zeitraum der Entsendung, Beginn und voraussichtliche Dauer der Beschäftigung in Österreich sowie Dauer und Lage der vereinbarten Normalarbeitszeit, tatsächliche Beendigung der Beschäftigung in Österreich, Höhe des dem einzelnen Arbeitnehmer gebührenden Entgelts und Beginn des Arbeitsverhältnisses beim Arbeitgeber, den genauen Ort der Beschäftigung in Österreich (Einsatzorte) und die Art der Tätigkeit und Verwendung des Arbeitnehmers unter Berücksichtigung des maßgeblichen österreichischen Kollektivvertrages.

Die Meldungen an die BUAK gem § 33g Abs 1 BUAG gelten als Erstmeldungen gem § 19 Abs 7 LSD-BG oder § 17 Abs 2 und 3 des Bundesgesetzes vom 23. März 1988, mit dem die Überlassung von Arbeitskräften geregelt wird

⁸⁴ ErläutRV 972 BlgNr 22. GP 6; *Wiesinger*, BUAG (2017) § 33d, Rz 9.

(Arbeitskräfteüberlassungsgesetz – AÜG).⁸⁵ Andererseits gelten Meldungen nach den zitierten Bestimmungen des LSD-BG oder AÜG auch als Erstmeldungen im Sinne des BUAG. Für die Behörden besteht eine gegenseitige Informationspflicht (§ 33g Abs 3 BUAG).⁸⁶

Die Meldepflicht des § 33g Abs 1 BUAG umfasst neben der Pflicht zur Abgabe von Erstmeldungen auch die Pflicht zur Erstattung von Folgemeldungen gem § 22 Abs 2 bis 3 BUAG.⁸⁷ Dies wird seit der Nov BGBl I 94/2014 in § 33g Abs 2 BUAG ausdrücklich festgehalten. Mit dieser Nov wurde einerseits einer Neufassung des § 22 BUAG Rechnung getragen und es wurde andererseits klargestellt, dass Arbeitgeber mit Sitz außerhalb von Österreich auch allfällige Änderungen betreffend Ausmaß und Lage der Arbeitszeit bei Teilzeitbeschäftigung und die Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu melden haben.⁸⁸

In den Folgemeldungen, welche jeweils zwischen dem 1. und dem 15. des einem Zuschlagszeitraum folgenden Monats einzureichen sind, müssen für jeden entsandten Arbeitnehmer alle für die Berechnung der Zuschläge maßgebenden Lohnangaben und deren Veränderung einschließlich des allfälligen Beginns und Endes des Arbeitsverhältnisses bekannt gegeben werden (§ 33g Abs 1 iVm § 22 Abs 2 BUAG). Werden Arbeitnehmer in Teilzeit oder nur fallweise beschäftigt, so ist dies samt Ausmaß und Lage der Arbeitszeit sowie dem Einsatzort spätestens bei Aufnahme der Tätigkeit zu melden. Jede Änderung des Ausmaßes der Arbeit, der Lage der Arbeitszeit und des Einsatzortes eines Arbeitnehmers ist der BUAK vorab bekannt zu geben (§ 33g Abs 1 iVm § 22 Abs 2a BUAG). Beschäftigt (entsendet) der Arbeitgeber keine Arbeitnehmer mehr, so ist auch dieser Umstand zu melden. Werden nur vorübergehend keine Arbeitnehmer mehr beschäftigt (entsandt), so ist dies in Form einer „Leermeldung“ bis zur Dauer von vier Zuschlagszeiträumen weiter bekannt zu geben (§ 33g Abs 1 iVm § 22 Abs 2b und 3 BUAG). Gem § 33g Abs 6 BUAG sind Folgemeldungen (ebenso wie Urlaubsentgeltanmeldungen) seit 1. 1. 2014 verpflichtend auf elektronischem Weg über die automationsunterstützte Webanwendung der BUAK einzureichen.⁸⁹ Die Pflicht zur Abgabe der Folgemeldungen ist mit jener im Inlandsverfahren identisch.⁹⁰

⁸⁵ BGBl 196/1988 idF 100/2018.

⁸⁶ ErläutRV 972 BlgNR 22. GP 8.

⁸⁷ ErläutRV 972 BlgNR 22. GP 8.

⁸⁸ ErläutRV 319 BlgNR 25. GP.

⁸⁹ ErläutRV 1221 BlgNR 24. GP 6.

⁹⁰ ErläutRV 972 BlgNR 22. GP 8-9.

4.4.2. Zuschlagsvorschreibung und Entrichtung

Auf Grundlage der erstatteten Meldungen schreibt die BUAK gem § 33h Abs 1 iVm §§ 21a, 22 Abs 4 bis 5, 23, 23a, 23b Abs 2 bis 4, 25 Abs 1 und 2 BUAG die Zuschläge zum Lohn vor, welche bis zum 15. des auf den Zuschlagszeitraum zweitfolgenden Monats zu bezahlen sind. Die genaue Höhe der Zuschläge wird – wie im Inlandsverfahren – gem § 21a Abs 3 BUAG iVm § 1 BUAG-V berechnet.

Demnach wird (seit 1. 1. 2015) als Basis der Berechnung der um 20% erhöhte kollektivvertragliche Stundenlohn herangezogen.⁹¹ Der kollektivvertragliche Stundenlohn wird dann mit dem sogenannten „Urlaubsfaktor“ multipliziert. Der Urlaubsfaktor richtet sich nach der wöchentlichen Normalarbeitszeit und wird vom Bundesministerium für Arbeit und Soziales ebenfalls mit der BUAG-V festgesetzt. Bei einer wöchentlichen Normalarbeitszeit von 39 Stunden beträgt der Urlaubsfaktor derzeit „11,55“ (§ 1 BUAG-V). Als Ergebnis erhält man den Wochenzuschlag, welcher durch 5 zu teilen und mit der Anzahl der Arbeitstage zu multiplizieren ist.

Verletzt der Arbeitgeber seine Meldepflicht, so kann die BUAK die Zuschläge gem § 33h Abs 1 iVm § 22 Abs 5 BUAG unter Zugrundelegung der letzten erstatteten Meldung oder auf Grund eigener Ermittlungen errechnen. Eigene Ermittlungen kann die BUAK beispielsweise in Form von Baustellenkontrollen gem § 23a BUAG oder Auskunftersuchen an inländische Auftraggeber gem § 23b BUAG anstellen. § 23 b Abs 1 BUAG regelt die Auskunftspflicht des Unternehmers im Fall der Weitergabe von Bauleistungen. § 23 b Abs 2 BUAG hat die Auskunftspflicht von Beschäftigten im Rahmen einer Arbeitskräfteüberlassung gem § 3 AÜG zum Inhalt. Beschäftigter haben demzufolge die Identität der überlassenen Arbeitnehmer sowie deren konkrete Tätigkeit im Rahmen der Überlassung bekannt zu geben und allenfalls mit Unterlagen zu belegen. Darüber hinaus verpflichtet § 23 c BUAG die Arbeitnehmer selbst dazu, der Urlaubskasse Auskünfte über das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses und die für die Zuschlagsverrechnung maßgeblichen Angaben zu erteilen und dies durch Unterlagen zu belegen.

§ 23 d BUAG ermächtigt die Urlaubskasse dazu, die Angaben in den Meldungen und die sonstigen Auskünfte der Arbeitgeber, Arbeitnehmer und Dritter zu überprüfen und allenfalls anhand der eigenen Erhebungsergebnisse zu korrigieren. Gem § 33h Abs 2b BUAG sind die aufgrund eigener Ermittlungen errechneten

⁹¹ Bis 31. 12. 2013 war der Kollektivvertragslohn um 25% und von 1. 1. 2014 bis 31. 12. 2014 um 22% zu erhöhen.

Zuschläge jedenfalls „*geschuldet*“ und deren Zahlung wird sofort fällig (§ 25 Abs 1 BUAG).

Werden die vorgeschriebenen Zuschläge nicht fristgerecht bezahlt, dann sind sie zunächst gem § 33g iVm § 25 Abs 2 BUAG einzumahnen und schließlich einzuklagen (§ 33 h Abs 2 BUAG), wobei zuständiges Gericht das Arbeits- und Sozialgericht Wien ist (§ 33 h Abs 3 BUAG). Das Entsendeverfahren unterscheidet sich in diesem Punkt erheblich vom Inlandsverfahren, welches eine Einbringlichmachung der Zuschläge im Wege des Verwaltungsverfahrens vorsieht.⁹² Grund für die unterschiedlichen Verfahrensarten ist, dass Rückstandsausweise als Akte der Verwaltung, von wenigen Ausnahmen abgesehen,⁹³ im Ausland nicht vollstreckbar wären.⁹⁴

Gem § 25 Abs 2 BUAG schuldet der Arbeitgeber Verzugszinsen ab dem Zeitpunkt der Fälligkeit. Bis 31. 12. 2017 betrug der Verzugszinssatz gem § 25 Abs 2 BUAG 7% pa. Seit 1. 1. 2018 gilt ein variabler Zinssatz: Die Zinsen werden jeweils für ein Kalenderjahr auf Grundlage des per 31. Oktober des Vorjahres geltenden Basiszinssatzes gem Art I § 1 Abs 1 des Bundesgesetzes, mit dem im Zivilrecht begleitende Maßnahmen für die Einführung des Euro getroffen werden,⁹⁵ berechnet.⁹⁶ Dieser Basiszinssatz wird um 4 Prozentpunkte erhöht.⁹⁷ Derzeit beträgt der so errechnete Verzugszinssatz 3,38% pa.

4.4.3. Anspruch auf Urlaub und Urlaubsentgelt

Wurden die Zuschläge vom Arbeitgeber bezahlt, so hat der Arbeitnehmer gem § 33e BUAG „*unbeschadet des auf das Arbeitsverhältnis anzuwendende Recht zwingend Anspruch auf bezahlten Urlaub.*“ Der entsandte Arbeitnehmer soll damit für die Dauer der Entsendung so gestellt werden wie vergleichbare inländische Arbeitnehmer bzw Arbeitnehmer, deren Arbeitgeber ihren Sitz in Österreich haben.⁹⁸ Konkret bedeutet dies, dass nach Österreich entsandte Arbeitnehmer für 52 im Kalenderjahr (Urlaubsjahr) zurückgelegte Anwartschaftswochen

⁹² Im Inlandsverfahren ist die BUAK befugt, Rückstandsausweise zu erlassen (§ 25 Abs 3 BUAG). Der Arbeitgeber kann dagegen einen Einspruch bei der Bezirksverwaltungsbehörde einbringen, welche mittels Bescheides entscheidet (§ 25 Abs 4 BUAG). Gegen diesen Bescheid ist eine Beschwerde an das Landesverwaltungsgericht möglich (§ 25 Abs 7 BUAG). Die Erkenntnisse oder Beschlüsse des Landesverwaltungsgerichts können allenfalls mittels Revision an den VwGH bekämpft werden (§ 25 Abs 7 BUAG).

⁹³ Ein entsprechendes Abkommen gibt es mit Deutschland, BGBl II 358/1990.

⁹⁴ ErläutRV 972 BlgNR 22. GP 8.

⁹⁵ BGBl I 125/1998.

⁹⁶ OLG Wien 26. 2. 2019, 7 Ra 13/19m.

⁹⁷ BGBl I 114/2017.

⁹⁸ ErläutRV 972 BlgNR 22. GP 6.

(Anwartschaftsperiode) einen Urlaubsanspruch von 30 Werktagen erwerben. Wurden Beschäftigungszeiten von insgesamt 1.150 Anwartschaftswochen geleistet, erhöht sich der Anspruch auf 36 Werktage (§ 4 BUAG).⁹⁹

Während des Urlaubs hat der Arbeitnehmer gem § 33f Abs 1 BUAG Anspruch auf Urlaubsentgelt, bestehend aus Urlaubsgeld und Urlaubszuschuss. Dieser Anspruch ist hinsichtlich des Ausmaßes und der Höhe ident mit jenem inländischer Arbeitnehmer.¹⁰⁰ Die Höhe des Urlaubsentgelts wird auf Grundlage von § 2 der BUAG-V errechnet. Demnach erwirbt ein Arbeitnehmer bei einem Urlaubsausmaß von 30 Werktagen 649,35/1000 und bei einem Urlaubsausmaß von 36 Werktagen 779,22/1000 der in der Anwartschaftsperiode geleisteten Zuschläge.

Anders als im Inlandsverfahren kann ein Arbeitnehmer Ansprüche gegen die BUAK auf Auszahlung von Urlaubsentgelt allerdings erst dann stellen, wenn der Arbeitgeber die Zuschläge entrichtet hat und auch die Höhe der Arbeitnehmeransprüche richtet sich danach, in welchem Ausmaß der Arbeitgeber Zuschläge bezahlt hat (§ 33 f Abs 2 BUAG). Grund für die Ungleichbehandlung inländischer und entsandter Arbeitnehmer sind finanzielle Erwägungen. Die BUAK ist ein Selbstverwaltungskörper, der durch die Zuschlagsleistungen der Arbeitgeber finanziert wird. Wie *Klinger* in seinem Praxiskommentar festhält, handelt es sich um ein „*grundsätzlich abgeschlossenes System innerhalb des Wirtschaftszweiges der Baubranche*“, bei dem die BUAK als „*clearing-Stelle*“ fungiert.¹⁰¹ Müsste die BUAK, ohne entsprechende Zuschläge eingehoben zu haben, für alle nach Österreich entsandten Arbeitnehmer das Urlaubsentgelt bezahlen, wären die hierfür erforderlichen Mittel von den am System beteiligten Arbeitgebern aufzubringen. Es würden sich entweder die Beiträge für die beteiligten Arbeitgeber drastisch erhöhen oder die Leistungen der BUAK müssten gekürzt werden.¹⁰² Da die zahlungsbereiten Arbeitgeber nicht nur für die uneinbringlichen Zuschläge der säumigen, sondern auch für jene der ausländischen insolventen Unternehmen aufkommen müssten, würde eine unbedingte Leistungspflicht der BUAK das Urlaubskassensystem letztendlich sprengen.

Sowohl der Arbeitgeber als auch der Arbeitnehmer erhalten laufend Informationen über das Urlaubskonto. Will ein Arbeitnehmer Urlaub konsumieren, so hat er zunächst eine Urlaubsvereinbarung mit dem Arbeitgeber zu treffen. Unter

⁹⁹ § 4 Abs 1 BUAG idF BGBl I Nr 59/2010; ErläutRV 774 BlgNR 24. GP.

¹⁰⁰ ErläutRV 972 BlgNR 22. GP 6.

¹⁰¹ *Klinger*, BUAG (2006) § 33f BUAG Anm 1.

¹⁰² *Klinger*, BUAG (2006) § 33f BUAG Anm 1.

Nachweis dieser Vereinbarung kann er bzw der Arbeitgeber für ihn die Auszahlung des Urlaubsentgeltes geltend machen (§ 33f Abs 3 BUAG). Die BUAK stellt hierfür auf ihrer Website Formulare in allen gängigen Sprachen der wesentlichen Entsenderstaaten zur Verfügung.¹⁰³

Mit der – im Unterschied zum Inlandsverfahren – direkten Auszahlung des Urlaubsentgeltes soll sichergestellt werden, dass die Leistung tatsächlich dem Arbeitnehmer zugutekommt und nicht vom Arbeitgeber einbehalten wird.¹⁰⁴ Die BUAK führt daneben auch die Sozialversicherungsbeiträge beim zuständigen (ausländischen) Sozialversicherungsträger ab. Für die Berechnung und Abfuhr dieser Beiträge bzw für die Berechnung des an den einzelnen Arbeitnehmer netto auszuzahlenden Urlaubsentgeltes benötigt die BUAK Informationen (insbesondere über die Sozialversicherungsnummer des Arbeitnehmers, den Sozialversicherungsträger, die Dauer des Urlaubsanspruchs), welche der Arbeitgeber zur Verfügung zu stellen hat.¹⁰⁵

Schließlich entrichtet die BUAK auch die in Österreich anfallende Lohnsteuer an das Finanzamt; dies unabhängig von der Dauer der Entsendung. Insofern kann es sein, dass den Arbeitnehmer, wenn er insgesamt nur kurze Zeit in Österreich beschäftigt war, hier überhaupt keine Lohnsteuerpflicht trifft. Der Arbeitnehmer kann in einem solchen Fall eine Arbeitnehmerveranlagung durchführen und die zu viel abgeführte Lohnsteuer vom Finanzamt zurückfordern.¹⁰⁶

Der entsandte Arbeitnehmer kann gem § 33f Abs 4 und 5 BUAG den Urlaub nach dem BUAG entweder während der Dauer der Entsendung nach Österreich oder noch innerhalb von sechs Monaten ab Rückkehr in seinen Heimatstaat als Naturalurlaub verbrauchen, sofern er noch bei seinem bisherigen Arbeitgeber beschäftigt ist.¹⁰⁷ Konsumiert der Arbeitnehmer keinen Naturalurlaub nach dem BUAG, so hat er nach einer sechsmonatigen Wartefrist Anspruch auf Abfindung der in Österreich erworbenen Anwartschaften.¹⁰⁸ Wird der Arbeitnehmer während der sechs Monate ab Rückkehr in seinen Heimatstaat neuerlich nach Österreich entsandt, oder verlegt er seinen gewöhnlichen Arbeitsplatz nach Österreich, sodass das BUAG aus diesem Grund auf das neue Arbeitsverhältnis anwendbar ist, werden

¹⁰³ www.buak.at.

¹⁰⁴ ErläutRV 972 BlgNR 22. GP 6-7.

¹⁰⁵ IA 674/A BlgNR 24. GP 11.

¹⁰⁶ ErläutRV 972 BlgNR 22. GP 7.

¹⁰⁷ ErläutRV 972 BlgNR 22. GP 7.

¹⁰⁸ ErläutRV 972 BlgNR 22. GP 7.

die Ansprüche gegenüber der Urlaubskasse zusammengerechnet (§ 33f Abs 5 BUAG). In einem solchen Fall besteht kein Anspruch auf Abfindung.

4.4.4. Verfall

Gem § 33f Abs 2 BUAG verfällt der Anspruch, wenn der Arbeitnehmer den Urlaub nicht bis zum 31. März des drittfolgenden Jahres nach dem Kalenderjahr, in dem der Urlaubsanspruch entstanden ist, verbraucht hat. Diese Verjährungsbestimmung des § 33f Abs 2 BUAG trat erst mit 1. 1. 2015¹⁰⁹ in Kraft. Zuvor war eine eigene Verfallsbestimmung im Abschnitt VIb des BUAG (Sonderbestimmungen für den Urlaub bei Entsendung) nicht enthalten gewesen. Es galt kraft des in § 33f Abs 1 BUAG enthaltenen Verweises auf Abschnitt II BUAG die allgemeine Verfallsfrist des § 11 iVm § 7 Abs 6 BUAG.

Fraglich ist, wann der Anspruch dem Grunde nach entsteht, und wann somit die Verjährung eintritt, wenn der ausländische Arbeitgeber die Zuschläge verspätet abführt. Muss der ausländische Arbeitgeber beispielsweise erst auf Leistung geklagt werden, kann sich ein solches Gerichtsverfahren über mehrere Jahre ziehen. Allenfalls ist zum Zeitpunkt der Einbringlichmachung der Zuschläge die Dreijahresfrist bereits abgelaufen.

Dem Wortlaut des ersten Satzes des § 33f Abs 2 (*„Der Anspruch entsteht im Ausmaß jener Anwartschaften, für die der Arbeitgeber die Zuschläge gemäß § 21 BUAG entrichtet“*) lässt sich eine eindeutige Aussage nicht entnehmen. Die Bestimmung könnte sich auch nur auf die Höhe der Ansprüche beziehen. Aus den Gesetzesmaterialien ist zu ersehen, dass sich die Verfallsregelungen für den Bereich der Entsendung an der Grundregelung der Bestimmung für Inlandssachverhalte orientieren soll.¹¹⁰

Für das Inlandsverfahren normiert § 4 Abs 1a BUAG, dass der Anspruch auf Urlaub *„im Verhältnis zu den im Urlaubsjahr zurückgelegten Beschäftigungswochen bzw Teilen von Beschäftigungswochen entsteht.“* Dieser Formulierung ist zu entnehmen, dass der Anspruch im Inlandsverfahren bereits durch die Beschäftigung *„entsteht“*. Gem dem mit Nov BGBl I Nr 68/2014 umformulierten § 4a BUAG *„entstehen“* allerdings auch im Inlandsverfahren Urlaubsansprüche für weiter zurückliegende Beschäftigungszeiten erst durch Zahlung der Zuschläge. Ursprünglich war in § 4a BUAG davon die Rede gewesen, dass der Arbeitnehmer einen Anspruch *„erwirbt.“* In den Materialien zu der Nov BGBl I Nr 68/2014 hält der Gesetzgeber

¹⁰⁹ BGBl I Nr 94/2014.

¹¹⁰ AB 2511 BlgNR 24. GP.

ausdrücklich fest, dass sich durch die Verwendung des Begriffs „*entstehen*“ die Verfallsbestimmungen nach hinten verschieben.¹¹¹ Dasselbe muss auch für das Entsendeverfahren gelten. Auch dort würde ein Abstellen auf die Beschäftigung bedeuten, dass ein (hypothetischer) Anspruch oftmals bereits verjährt wäre, noch ehe er überhaupt konsumiert werden könnte. Eine solche Interpretation kann man dem Gesetzgeber nicht unterstellen. Insofern ist die Verfallsbestimmung des § 33f Abs 2 BUAG so zu verstehen, dass der Beginn der Verfallsfrist durch eine verspätete Zuschlagszahlung des Arbeitgebers hinausgeschoben wird.

¹¹¹ ErläutRV 167 BlgNR 25. GP 4.

III. AUF ENTSENDESACHVERHALTE ANWENDBARES RECHT

Bei grenzüberschreitender Entsendung eines Arbeitnehmers ins Ausland kommt es zu Berührungspunkten sowohl mit der Rechtsordnung des Herkunftsstaates als auch mit jener des aufnehmenden Staates. Daher ist zunächst zu prüfen, welches Arbeitsrechtsstatut auf das Arbeitsverhältnis des entsandten Arbeitnehmers zur Anwendung gelangt. Diesbezüglich ist auf die Kollisionsnormen und insbesondere auf die Verordnung (EG) Nr 592/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anwendbare Recht (ROM I-VO)¹¹² zurückzugreifen.

Bei der Prüfung des anwendbaren Rechts ist zu beachten, dass § 33d BUAG zwei unterschiedliche Sachverhalte regelt: einerseits sind von Abs 1 *leg cit* jene Fälle einer „*echten Entsendung*“ erfasst, in denen der gewöhnliche Arbeitsort des Arbeitnehmers im Ausland liegt. Gem § 33d Abs 2 BUAG finden die Entsendebestimmungen des BUAG aber auch auf solche Fälle einer „*unechten Entsendung*“ Anwendung, bei denen der Arbeitnehmer seine Arbeit gewöhnlich in Österreich verrichtet, sofern nur der Arbeitgeber seinen Sitz außerhalb Österreichs hat.

5. Arbeitsvertragsstatut (Artikel 8 ROM I-VO)

Die ROM I-VO ist auf Arbeitsverhältnisse anwendbar, die nach dem 17. 12. 2009 abgeschlossen wurden.¹¹³ Ältere Arbeitsverhältnisse sind nach dem Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht vom 19. Juni 1980 (Europäisches Schuldvertragsübereinkommen – EVÜ)¹¹⁴ zu beurteilen, welches inhaltlich aber im Wesentlichen mit der ROM I-VO ident ist.¹¹⁵ Art 288 Abs 2 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV)¹¹⁶ verleiht der ROM I-VO unmittelbare Wirkung. Sie gilt sowohl für Sachverhalte innerhalb der EU als auch in Bezug zu Drittstaaten.¹¹⁷

¹¹² ABI L 2008/177, 6, ber. Abl L 2009/309, 87.

¹¹³ Schratlbauer in *Urnik/Pfeil* (Hrsg), Internationale Personalentsendungen (2015) 33; *Kühnteubl/Kozak*, Arbeitnehmerentsendung (2010) Rz 93.

¹¹⁴ ABI L 1980/266, 1; konsolidierte Fassung ABI 1998/27, 34; BGBl III 1998/208.

¹¹⁵ Verträge, die vor dem 1. 12. 1998 abgeschlossen wurden, sind nach dem österreichischen IPRG zu beurteilen.

¹¹⁶ BGBl III 86/1999 zuletzt geändert durch BGBl III 132/2009.

¹¹⁷ *Schrenk*, Grenzüberschreitende Arbeitsverträge, *taxlex* (2010) 338.

5.1. Rechtswahl (Artikel 8 Abs 2 ROM I-VO)

Individualarbeitsverträge sind in Art 8 Abs 1 ROM I-VO geregelt. Demnach unterliegen Individualarbeitsverträge dem von den Parteien ausdrücklich oder schlüssig gewählten Recht (Art 8 Abs 1 Satz 1 ROM I-VO). Im Fall einer schlüssigen Rechtswahl muss sich der Parteiwille eindeutig aus den Bestimmungen des Vertrages oder aus den Umständen des Falles ergeben (Art 3 Abs 1 ROM I-VO).¹¹⁸ Es darf „kein vernünftiger Grund übrig bleiben, am Rechtswahlwillen der Parteien zu zweifeln.“¹¹⁹ Der Umstand, dass Leistungen an einem bestimmten Ort zu erbringen sind, stellt noch keine schlüssige Rechtswahl dar.¹²⁰ Die Verwendung der Rechtsterminologie, typischer Klauseln, Fachausdrücke¹²¹ oder der Verweis auf Rechtsnormen eines Staates hingegen schon.¹²²

5.1.1. Günstigkeitsvergleich

Um einen Missbrauch der Rechtswahl zu vermeiden, werden dieser durch Art 8 Abs 1 Satz 2 Schranken gesetzt.¹²³ Die Rechtswahl der Parteien darf demzufolge nicht dazu führen, dass dem Arbeitnehmer der Schutz entzogen wird, der ihm durch zwingende Bestimmungen jener Rechtsordnung gewährt wird, die mangels einer Rechtswahl anzuwenden wäre (Art 8 Abs 1 Satz 2 ROM I-VO).¹²⁴ Dies bedeutet nicht, dass das gewählte Recht grundsätzlich unanwendbar ist. Es treten lediglich die günstigeren Regeln des mangels Rechtswahl anwendbaren Rechts an die Stelle der Vorschriften des gewählten Rechts.¹²⁵ Demzufolge ist ein Günstigkeitsvergleich anzustellen.¹²⁶ Das ohne Rechtswahl anzuwendende Recht ist nur insoweit anzuwenden, als es zwingend anwendbar und gegenüber dem gewählten Recht günstiger ist.¹²⁷ Da Art 8 Abs 1 Satz 2 ROM I-VO dem Arbeitnehmerschutz dient,

¹¹⁸ Löschnigg, Arbeitsrecht¹³ (2017) RZ 2/024

¹¹⁹ OGH 9. 7. 1998, 2 Ob 2364/96b.

¹²⁰ OGH 25. 11. 2014, 8 ObA 34/14d; OGH 2. 7. 1969, 5 Ob 122/69.

¹²¹ OGH 14. 1. 1981, 1 Ob 733/80.

¹²² OGH 25. 11. 2014, 8 ObA 34/14d; OGH 21. 11. 1985, 8 Ob 533/85; Hein in Rauscher (Hrsg) Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht - EuZPR/EuIPR⁴ (2016) Art 8 Rom I-VO Rz 23.

¹²³ Schratlbauer in Urnik/Pfeil (Hrsg) 35.

¹²⁴ Löschnigg, Arbeitsrecht¹³ RZ 2/024; Windisch-Graetz/Schrammel (Hg), Arbeitsrecht II¹⁰, 366; OGH 17. 12. 2008, 9 ObA 19/08x.

¹²⁵ Krebber in Franzen/Gallner/Oetker (Hrsg), Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht (2018) VO 593/2008/EG Art 3,8 Rz 32; Hein in Rauscher (Hrsg) EuZPR-EuIPR, Art 8 Rom I-VO Rz 12.

¹²⁶ Krebber in Franzen/Gallner/Oetker (Hrsg), EUArb (2018) VO 593/2008/EG Art 3,8 Rz 2.

¹²⁷ Velikova, Arbeitnehmerentsendung und Kollektivvertragssystem (2012) 22; Zipperling, Arbeitnehmerentsendung im Spannungsfeld von nationalem und europäischem Recht (2006) 12, Kührteubl/Kozak, Arbeitnehmerentsendung (2010) Rz 251 ff; OGH 2. 6. 2009, 9 ObA 19/08x; OGH 17. 12. 2008, 9 ObA 158/07m.

bedeutet „*zwingend*“ in diesem Zusammenhang „*einseitig zwingend*“, dh dass zum Nachteil des Arbeitnehmers davon nicht abgewichen werden darf.¹²⁸

Nach hL ist der Günstigkeitsvergleich weder in Form eines Einzel- noch eines Gesamtvergleichs, sondern in Form eines Gruppenvergleichs vorzunehmen.¹²⁹ Das bedeutet, dass die „*im rechtlichen und sachlichen Zusammenhang stehenden Normen*“,¹³⁰ also Normen, die den „*gleichen Regelungsgegenstand betreffen*“¹³¹ zu vergleichen sind.

5.1.2. Anwendbarkeit des BUAG

Für die Anwendbarkeit des BUAG bedeutet dies, dass zunächst zu prüfen ist, ob die Parteien des Arbeitsvertrages eine Rechtswahl getroffen haben. Hier sind folgende Fälle zu unterscheiden:

- Es wurde eine Rechtswahl für österreichisches Recht getroffen:

Eine Rechtswahl für österreichisches Recht umfasst auch das BUAG. Durch die Wahl österreichischen Rechts dürfen allerdings nicht zwingende Bestimmungen einer allenfalls nach Art 8 Abs 2 bis 4 ROM I-VO anzuwendenden Rechtsordnung umgangen werden. Insofern wäre zu prüfen, welche Rechtsordnung mangels Rechtswahl zur Anwendung gelangt und ob diese Rechtsordnung zwingende Bestimmungen enthält, welche der Anwendung des BUAG – auch nach Vornahme eines Günstigkeitsvergleichs – zuwiderlaufen.

- Es wurde eine Rechtswahl für ausländisches Recht getroffen:

Wurde zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer die Anwendbarkeit ausländischen Rechts vereinbart, ist in einem weiteren Schritt zu prüfen, ob sich nach Art 8 Abs 2 bis 4 ROM I-VO die Anwendbarkeit österreichischen Rechts ergibt. Bejahendenfalls wäre wiederum ein Günstigkeitsvergleich durchzuführen, indem die ausländischen Normen jenen des BUAG gegenüber gestellt werden.

¹²⁸ *Hein* in *Rauscher* (Hrsg) EuZPR-EuIPR, Art 8 Rom I-VO Rz 29.

¹²⁹ *Krebber* in *Franzen/Gallner/Oetker* (Hrsg), EUArb (2018) VO 593/2008/EG Art 3, 8 Rz 21; *Kühteubl/Kozak*, Arbeitnehmerentsendung (2010) Rz 260; *Hein* in *Rauscher* (Hrsg) EuZPR-EuIPR, Art 8 Rom I-VO Rz 30.

¹³⁰ OGH 23. 1. 2002, 9 ObA 285/01d; OGH 23. 5. 2001, 9 ObA 224/00g; OGH 7. 10. 1998, 9 ObA 241/98a.

¹³¹ OGH 23. 5. 2001, 9 ObA 224/00g; *Kühteubl/Kozak*, Arbeitnehmerentsendung (2010) Rz 260.

5.2. Gewöhnlicher Arbeitsort (Artikel 8 Abs 2 ROM I-VO)

Wurde keine Rechtswahl getroffen, unterliegt der Arbeitsvertrag dem Recht des Staates, in dem oder andernfalls von dem aus der Arbeitnehmer in Erfüllung des Vertrages gewöhnlich seine Arbeit verrichtet.

Der Begriff des gewöhnlichen Arbeitsortes ist autonom auszulegen.¹³² Nach der Rsp des EuGH zu Art 5 Nr 1 des Übereinkommens vom 27. September 1968 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen in der Fassung des Übereinkommens vom 26. Mai 1989 über den Beitritt des Königreichs Spanien und der Portugiesischen Republik (EuGVÜ)¹³³ „*ist darunter jener Ort zu verstehen, an dem der Arbeitnehmer die mit seinem Arbeitgeber vereinbarten Tätigkeiten tatsächlich ausübt.*“¹³⁴ Die zitierte Rsp bezieht sich zwar nicht auf die ROM I-VO, sondern auf das EuGVÜ, welches die Bestimmung der gerichtlichen Zuständigkeit regelt. Im EuGVÜ werden allerdings ähnliche Begriffe wie in Art 8 ROM I-VO verwendet und ebenfalls Sachverhalte mit Auslandsbeziehung umfasst, sodass die Rsp auf die Auslegung des Art 8 ROM I-VO umgelegt werden kann.¹³⁵ Verrichtet der Arbeitnehmer seine Tätigkeiten in mehreren Vertragsstaaten, ist nach ständiger Judikatur als Erfüllungsort jener Ort anzusehen, „*an dem oder von dem aus der Arbeitnehmer seine Pflichten gegenüber seinem Arbeitgeber hauptsächlich erfüllt*“¹³⁶ bzw jener Ort, „*mit dem der Rechtsstreit die engste Verknüpfung aufweist.*“¹³⁷ Bei der Beurteilung, welcher Ort das ist, sind nach der Rsp des EuGH Kriterien wie das Schutzerfordernis des Arbeitnehmers als sozial schwächerer Vertragspartei,¹³⁸ das zeitliche Überwiegen der Tätigkeit in einem Vertragsstaat,¹³⁹ wo sich die Arbeitsmittel befinden, von wo aus der Arbeitnehmer seine Anweisungen erhält und die Frage, von wo aus die Arbeiten, insbesondere die

¹³² EuGH 29/10, *Koelzsch*, ECLI:EU:C:2011:151, Rn 32; EuGH C-383/95, *Rutten/Cross Medical*, ECLI:EU:C:1997:7, Rn 12-13; EuGH C-125/92, *Mulox IBC*, ECLI:EU:C:1883:306, Rn 10-16.

¹³³ BGBl III 1998/209.

¹³⁴ EuGH C-383/95, *Rutten/Cross Medical*, ECLI:EU:C:1997:7, Rn 15; EuGH C-125/92, *Mulox IBC*, ECLI:EU:C:1883:306, Rn 20.

¹³⁵ EuGH 29/10, *Koelzsch*, ECLI:EU:C:2011:151, Rn 33; OGH 4. 8. 2009, 9 ObA 52/08z.

¹³⁶ EuGH C-37/00, *Weber*, ECLI:EU:C:2002:122, Rn 2; EuGH C-125/92, *Mulox IBC*, ECLI:EU:C:1883:306, Rn 24; EuGH C-383/95, *Rutten/Cross Medical*, ECLI:EU:C:1997:7, Rn 15.

¹³⁷ EuGH C-384/10, *Voogsgeerd*, ECLI:EU:C:2011:842, Rn 32, 35; EuGH 29/10, *Koelzsch*, ECLI:EU:C:2011:151, Rn 44; EuGH C-383/95, *Rutten/Cross Medical*, ECLI:EU:C:1997:7, Rn 22.

¹³⁸ EuGH 29/10, *Koelzsch*, ECLI:EU:C:2011:151, Rn 41; EuGH C-437/00, ECLI:EU:C:2003:219, Rn 18; EuGH C-383/95, *Rutten/Cross Medical*, ECLI:EU:C:1997:7, Rn 22.

¹³⁹ EuGH C-384/10, *Voogsgeerd*, ECLI:EU:C:2011:842, Rn 37; EuGH C-37/00, *Weber*, ECLI:EU:C:2002:122, Rn 2.

Geschäftsreisen organisiert werden, zu berücksichtigen.¹⁴⁰ Mangels anderer Kriterien ist auf die zeitliche Komponente abzustellen, wobei bei der Beurteilung derselben die gesamte Dauer des Arbeitsverhältnisses zu bewerten ist.¹⁴¹

Der OGH hat unter Verweis auf die EuGH-Judikatur den gewöhnlichen Arbeitsort als jenen Ort bezeichnet, „an dem der Arbeitnehmer unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls den wesentlichen Teil seiner Verpflichtungen gegenüber seinem Arbeitgeber tatsächlich erfüllt.“¹⁴² Die von Kühtheubl/Kozak für den Begriff „wesentlicher Teil“ definierte Marke von „zumindest 60%“¹⁴³ lässt sich den zitierten Entscheidungen des OGH allerdings nur insoweit entnehmen, als der OGH eine von der Lehre entwickelte „Faustregel“ in seiner Entscheidung zu 8 ObA 33/08y erwähnt. In dem dieser Entscheidung zugrunde liegenden Fall hatte der Arbeitnehmer seine Tätigkeit in Österreich mit 63% quantifiziert; allerdings lag der Schwerpunkt seiner Tätigkeit (Büro, von dem aus die Reisen organisiert wurden, etc) ebenfalls im Inland.

5.3. Vorübergehende Entsendung

Wenn der Arbeitnehmer vorübergehend in einen anderen Staat entsandt wird, unterliegt das Arbeitsverhältnis gem Art 8 Abs 2 S 2 ROM I-VO weiterhin dem Recht des gewöhnlichen Arbeitsortes.

Für die Beurteilung, ob das Arbeitsverhältnis gem Art 8 Abs 2 S 2 ROM I-VO ohnehin österreichischem Recht (und somit dem BUAG) unterliegt oder ob das Recht des Herkunftsstaates anzuwenden ist, muss daher geklärt werden, wann eine „vorübergehende Entsendung“ vorliegt und wann man von einer „dauerhaften Verlagerung des Arbeitsortes und somit eines Wechsels des Arbeitsrechtsstatuts“¹⁴⁴ sprechen kann. Ein solcher Wechsel wirkt *ex nunc*.¹⁴⁵

Dem Entsendebegriff wird in verschiedenen Quellen jeweils unterschiedliche Bedeutung beigemessen. Beispielsweise kennt das Sozialversicherungsrecht einen Entsendebegriff, welcher iA eine Höchstgrenze für die Dauer einer Entsendung von

¹⁴⁰ EuGH C-384/10, *Voogsgeerd*, ECLI:EU:C:2011:842, Rn 38-40; EuGH C-383/95, *Rutten/Cross Medical*, ECLI:EU:C:1997:7, Rn 22, 27.

¹⁴¹ EuGH C-384/10, *Voogsgeerd*, ECLI:EU:C:2011:842, Rn 37; EuGH 29/10, *Koelzsch*, ECLI:EU:C:2011:151, Rn 45; OGH 4. 8. 2009, 9 ObA 52/08z; OGH 10. 7. 2008, 8 ObA 33/08y; EuGH C-37/00, *Weber*, ECLI:EU:C:2002:122, Rn 2.

¹⁴² OGH 4. 8. 2009, 9 ObA 52/08z; OGH 10. 7. 2008, 8 ObA 33/08y.

¹⁴³ *Kühtheubl/Kozak*, Arbeitnehmerentsendung (2010) Rz 118.

¹⁴⁴ *Zipperling*, Arbeitnehmerentsendung (2006) 13.

¹⁴⁵ *Hein in Rauscher* (Hrsg) *EuZPR-EuIPR*, Art 8 ROM I-VO Rz 46; *Krebber in Franzen/Gallner/Oetker* (Hrsg), *EUArb* (2018) VO 593/2008/EG Art 3, 8 Rz 45.

24 Monaten vorsieht.¹⁴⁶ Eine solche starre Höchstgrenze kennt Art 8 ROM I-VO¹⁴⁷ nicht.

Nach der Rsp des OGH ist Voraussetzung für das Vorliegen einer Entsendung, dass „*zuvor ein gewöhnlicher Arbeitsort im Entsendungsstaat bestand und weiters die Absicht beider Parteien, die Arbeit in absehbarer Zeit im Ausgangsstaat fortzusetzen.*“¹⁴⁸ Der VwGH sieht als Voraussetzung für das Vorliegen einer Entsendung, dass „*von vorneherein klar ist, dass die Beschäftigung im Ausland nur für eine bestimmte Zeit oder einen bestimmten, vorübergehenden Zweck gedacht ist*“ und sie „*auf Rechnung und Gefahr*“ des entsendenden Arbeitgebers verrichtet wird.¹⁴⁹ Ähnlich definiert *Wolfsgruber* den Begriff „*vorübergehende Entsendung*“ als einen *von vornherein zeitlich befristeten, für einen bestimmten Zweck beschränkten Auslandseinsatz.*“ Eine Entsendung liege „*nur dann nicht vor, wenn der Arbeitnehmer auf Dauer ins Ausland wechselt.*“¹⁵⁰ Nach *Kühteubl/Kozak* ist „*selbst bei einer vorübergehenden Entsendung eine nicht bloß lose Bindung an den gewöhnlichen Arbeitsort im Entsendestaat für eine Beibehaltung des gewöhnlichen Arbeitsortes notwendig.*“¹⁵¹ *Schrattbauer* betont, dass nicht auf die Dauer der Entsendung, sondern darauf abzustellen sei, ob das Arbeitsverhältnis seinen Schwerpunkt im Entsenderstaat behalte. Es sei entscheidend, ob seitens des Arbeitnehmers ein Rückkehrwille bzw seitens des Arbeitgebers ein Rückholwille bestehe.¹⁵² Auch für *Pfeil* sind eine vorausgegangene Beschäftigung im Inland und ein Rückkehrwille bzw ein Rückholwille an den gewöhnlichen Arbeitsort entscheidend.¹⁵³ *Zipperling* vertritt die Ansicht, dass im Sinne eines funktionalen Verständnisses die Entsendung jedenfalls nicht endgültig sein dürfe.¹⁵⁴ Nach *Velikova* setzt eine „*Entsendung*“ im Sinne der ROM I-VO „*jedenfalls eine Vor- oder Nachbeschäftigung*“ im Entsenderstaat voraus.¹⁵⁵ Der Rückkehrwille ist auch für *Drs* das entscheidende Kriterium.¹⁵⁶

¹⁴⁶ Verordnung (EG) 2004/883 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. 4. 2004 über die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, ABI L 166 samt Verordnung (EG) 2009/987 vom 16. 9. 2009 zur Festlegung der Modalitäten für die Durchführung der Verordnung (EG) 2014/883, in Kraft getreten am 1. 5. 2010.

¹⁴⁷ *Wolfsgruber* in *Neumayr/Reissner* (Hrsg), Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht³, Art 8 Rom I-VO Rz 20.

¹⁴⁸ OGH 8. 4. 1992, 9 ObA 61/92; *Burger*, Arbeitszeit- und Entgeltrecht bei kurzzeitigen Auslandsdienstreisen, ZAS 2012/2.

¹⁴⁹ VwGH 20. 4. 2016, Ra 2016/08/0067.

¹⁵⁰ *Wolfsgruber* in *Neumayr/Reissner* (Hrsg) Art 8 Rom I-VO Rz 20.

¹⁵¹ *Kühteubl/Kozak*, Arbeitnehmerentsendung (2010) Rz 140.

¹⁵² *Schrattbauer* in *Urnik/Pfeil* (Hrsg) 35.

¹⁵³ *Pfeil*, Grenzüberschreitender Einsatz von Arbeitnehmern, DRdA 2008, 10.

¹⁵⁴ *Zipperling*, Arbeitnehmerentsendung (2006) 13.

¹⁵⁵ *Velikova*, Arbeitnehmerentsendung (2012) 25.

¹⁵⁶ *Drs* in *Resch* (Hrsg), Grenzüberschreitender Personaleinsatz (2007) 27.

Wie sowohl der zitierten Judikatur als auch den Lehrmeinungen zu entnehmen ist, wird die Prüfung, ob eine vorübergehende Entsendung vorliegt, im Rahmen einer Gesamtbeurteilung der Situation nach Maßgabe der oben erwähnten Kriterien zu beurteilen sein, wobei dem Rückkehr- bzw Rückholwillen eine wesentliche Bedeutung zukommen wird. Daneben sind aber auch sonstige tatsächliche Umstände zu berücksichtigen. Jedenfalls wird dann keine vorübergehende Entsendung vorliegen, wenn ein Arbeitnehmer ausschließlich oder hauptsächlich für die Arbeit im Aufnahmemitgliedstaat eingestellt wird.¹⁵⁷ In diesem Fall liegt nämlich der gewöhnliche Arbeitsort in letzterem, sodass für eine Entsendung kein Raum bleibt.¹⁵⁸

5.4. Einstellende Niederlassung (Art 8 Abs 3 ROM I-VO)

Verrichtet der Arbeitnehmer seine Arbeit in mehreren Staaten und kann das anzuwendende Recht daher nicht durch den gewöhnlichen Arbeitsort bestimmt werden, so unterliegt der Vertrag dem Recht des Staates, in dem sich die Niederlassung befindet, die den Arbeitnehmer eingestellt hat (Art 8 Abs 3 ROM I-VO).

Dieser Anknüpfungspunkt wirkt gegenüber jenem des Art 8 Abs 2 ROM I-VO subsidiär.¹⁵⁹ Er kommt dann zum Tragen, wenn der Arbeitnehmer „*an ständig wechselnden, in mehreren Staaten gelegenen Einsatzorten tätig wird*“ oder ein gewöhnlicher Arbeitsort aus den Arbeitsumständen nicht ableitbar ist und insbesondere auch kein zeitliches Überwiegen vorliegt.¹⁶⁰ Wird ein Arbeitnehmer beispielsweise in Portugal für gleichmäßig wechselnde Einsätze in Österreich, Deutschland und Frankreich eingestellt, so käme gem Art 8 Abs 3 ROM I-VO portugiesisches Recht zur Anwendung. Da die Entsendebestimmungen des BUAG gerade solche Arbeitsverhältnisse abdecken sollen, bei denen die einstellende Niederlassung im Ausland liegt, kommt man über diesen Anknüpfungspunkt stets zur Anwendung ausländischen Rechts.

¹⁵⁷ OGH 8. 4. 1992, 9 ObA 61/92; *Kühteubl/Kozak*, Arbeitnehmerentsendung (2010) Rz 140; *Zipperling*, Arbeitnehmerentsendung (2006) 14.

¹⁵⁸ OGH 4.8.2009, 9 ObA 52/08z; OGH 10.7.2008, 8 ObA 33/08y; OGH 8. 4. 1992, 9 ObA 61/92; *Velikova*, Arbeitnehmerentsendung (2012) 25-26.

¹⁵⁹ *Hein* in *Rauscher* (Hrsg) EuZPR-EuIPR, Art 8 Rom I-VO Rz 48; EuGH C-64/12, *Schlecker*, ECLI:EU:C:2013:551, Rn 25; EuGH C-384/10, *Voogsgeerd*, ECLI:EU:C:2011:842, Rn 26; OGH 10. 7. 2008, 8 ObA 33/08y zur vergleichbaren Regelung des Art 19 Abs 2 lit b EuGVVO.

¹⁶⁰ *Kühteubl/Kozak*, Arbeitnehmerentsendung (2010) Rz 154; EuGH 29/10, *Koelzsch*, ECLI:EU:C:2011:151, Rn 43

5.5. Engere Beziehung (Art 8 Abs 4 ROM I-VO)

Ergibt sich aus der Gesamtheit der Umstände, dass der Arbeitsvertrag eine engere Verbindung zu einem anderen Staat als jenem des gewöhnlichen Arbeitsortes oder der einstellenden Niederlassung aufweist, gilt das Recht des Staates mit der engeren Verbindung (Art 8 Abs 4 ROM I-VO).¹⁶¹

5.5.1. Ausweichklausel

Die Regelung des Art 8 Abs 4 ROM I-VO wird als „Ausweichklausel“ bezeichnet.¹⁶² Diese soll im Rahmen von Gerechtigkeitsabwägungen als Korrektiv dienen, wenn die Gesamtumstände die Anwendbarkeit einer anderen Rechtsordnung als durch Art 8 Abs 1 bis 3 ROM I-VO indiziert, geboten erscheinen lassen.¹⁶³ Tatsächlich schränkt das Abstellen auf diverse, im Einzelnen nicht determinierte Kriterien, die Vorhersehbarkeit in Hinblick auf das anzuwendende Recht eher ein, weshalb die Regelung in der Lehre auch kritisiert wird.¹⁶⁴ Ein Teil der Lehre will die Ausweichklausel aus diesem Grund als subsidiäre Regelung verstehen, welche dann heranzuziehen ist, wenn die Kriterien des gewöhnlichen Arbeitsortes und der einstellenden Niederlassung keine eindeutige Zuordnung zulassen.¹⁶⁵

In seinem Urteil in der Rs *Schlecker* befasste sich der EuGH ausführlich mit dem Verhältnis des Art 8 Abs 4 ROM I-VO zu Abs 2 *leg cit.*¹⁶⁶ Demnach ist „das Recht des Staates der Verrichtung der Arbeit auszuschließen, wenn ein Vertrag enger mit einem anderen Staat als dem der gewöhnlichen Verrichtung der Arbeit verbunden ist.“¹⁶⁷ Der EuGH lässt die Ausweichklausel somit nicht subsidiär, sondern neben den Anknüpfungspunkten des gewöhnlichen Arbeitsortes und der einstellenden Niederlassung zum Tragen kommen.¹⁶⁸ Diese Rechtsansicht des EuGH ist im Sinne der Rechtssicherheit rechtspolitisch allenfalls nicht wünschenswert, de

¹⁶¹ *Windisch-Graetz*, ZfRV 2015/24; *Schrammel/Windisch-Grätz*, Europäisches Arbeits- und Sozialrecht² (2018) 92; EuGH 12. 9. 2013, C-64/12, *Schlecker* Rz 26; EuGH C-384/10, *Voogsgaard*, ECLI:EU:C:2011:842, Rn 27; OGH 2. 6. 2009, 9 ObA 19/08x.

¹⁶² *Windisch-Graetz*, ZfRV 2015/24; *Schrammel/Windisch-Graetz*, Europäisches Arbeits- und Sozialrecht² (2018) 94.

¹⁶³ *Schrammel/Windisch-Graetz*, Europäisches Arbeits- und Sozialrecht² (2018) 94; *Krebber in Franzen/Gallner/Oetker* (Hrsg), EUArb (2016), VO 593/2008/EG, Art 8 Rz 34; *Velikova*, Arbeitnehmerentsendung (2012) 29.

¹⁶⁴ *Hein in Rauscher* (Hrsg) EuZPR-EulPR, Art 8 Rom I-VO Rz 66; *Schrammel/Windisch-Graetz*, Europäisches Arbeits- und Sozialrecht² (2018) 95.

¹⁶⁵ *Windisch-Graetz*, ZfRV 2015/24.

¹⁶⁶ EuGH C-64/12, *Schlecker*, ECLI:EU:C:2013:551, Rn 36-39.

¹⁶⁷ EuGH C-64/12, *Schlecker*, ECLI:EU:C:2013:551, Rn 39.

¹⁶⁸ *Windisch-Graetz*, ZfRV 2015/24; *Kühteubl/Kozak*, Arbeitnehmerentsendung (2010) Rz 165; *Zipperling*, Arbeitnehmerentsendung (2006) 14; *Velikova*, Arbeitnehmerentsendung (2012) 25-26; BAG 9. 7. 2003, 10 AZR 593/02.

lege lata aber insofern überzeugend, als der Wortlaut des Art 8 Abs 4 ROM I-VO wenig Spielraum lässt, indem er ausdrücklich auch auf dessen Abs 2 verweist.

5.5.2. Kriterien

Bei der Beurteilung, ob eine engere Verbindung iSv Art Abs 4 ROM I-VO zu einem anderen Land als jenem der gewöhnlichen Verrichtung der Arbeit vorliegt, ist nach der Rsp des EuGH auf „*die Gesamtheit der Umstände*“ abzustellen.¹⁶⁹ Das nationale Gericht muss „*sämtliche Gesichtspunkte berücksichtigen, die das Arbeitsverhältnis kennzeichnen, und den- oder diejenigen würdigen, die seiner Ansicht nach am maßgeblichsten sind.*“¹⁷⁰

Als Anknüpfungspunkte nennt der EuGH beispielhaft „*das Land, in dem der Arbeitnehmer Steuern und Abgaben auf Einkünfte aus seiner Tätigkeit entrichtet, das Land, in dem er der Sozialversicherung und diversen Renten-, Gesundheits- und Erwerbsunfähigkeitsregelungen angeschlossen ist.*“¹⁷¹ Außerdem müsse „*das nationale Gericht auch die gesamten Umstände des Falles, wie ua die Parameter, die mit der Bestimmung des Gehalts und der Arbeitsbedingungen zusammenhängen, berücksichtigen*“¹⁷² Auf den Parteiwillen kommt es hingegen nicht an.¹⁷³

Ob somit trotz Vorliegen eines gewöhnlichen Arbeitsortes in Österreich (wenn beispielsweise ein Arbeitnehmer ausschließlich oder überwiegend zur Arbeitsleistung in Österreich eingestellt wurde) ausländisches Recht aufgrund einer engeren Beziehung zum ausländischen Arbeitsvertragsstatut anzuwenden ist, wird im Einzelfall im Rahmen einer Gesamtabwägung zu prüfen sein.¹⁷⁴ Derartige Umstände können, neben den vom EuGH in seiner Entscheidung zur Rs *Schlecker* explizit angeführten Anknüpfungspunkten, die Staatsangehörigkeit der Vertragsparteien, der Sitz des Arbeitgebers und der Wohnsitz des Arbeitnehmers, die Vertragssprache und die Währung, in der die Vergütung bezahlt wurde, sein.¹⁷⁵

¹⁶⁹ EuGH C-64/12, *Schlecker*, ECLI:EU:C:2013:551, Rn 44.

¹⁷⁰ EuGH C-64/12, *Schlecker*, ECLI:EU:C:2013:551, Rn 40.

¹⁷¹ EuGH C-64/12, *Schlecker*, ECLI:EU:C:2013:551, Rn 41.

¹⁷² EuGH C-64/12, *Schlecker*, ECLI:EU:C:2013:551, Rn 41.

¹⁷³ *Krebber in Franzen/Gallner/Oetker* (Hrsg), EUArb (2018), VO 593/2008/EG, Art 8 Rz 42.

¹⁷⁴ *Windisch-Graetz*, ZfRV 2015/24; EuGH C-64/12, *Schlecker*, ECLI:EU:C:2013:551, Rn 41.

¹⁷⁵ BAG 9. 7. 2003, 10 AZR 593/02.

6. Eingriffsnorm (Artikel 9 ROM I-VO)

6.1. Definition

Kommt in den Fällen einer echten Entsendung iSv § 33d Abs 1 BUAG gem Artikel 8 ROM I-VO ausländisches Recht zur Anwendung, so kann die Anwendbarkeit des BUAG als sogenannte Eingriffsnorm in Betracht kommen.¹⁷⁶ In diesem Zusammenhang ist Art 9 Abs 1 ROM I-VO von Bedeutung, welcher anordnet, dass bestimmte Mindeststandards des Aufnahmestaates als Eingriffsnormen auch dann anwendbar sein sollen, wenn das Arbeitsverhältnis grundsätzlich ausländischem Recht unterliegt.¹⁷⁷

Nach der Definition des Art 9 ROM I-VO ist eine Eingriffsnorm *„eine zwingende Vorschrift, deren Einhaltung von einem Staat als so entscheidend für die Wahrung seines öffentlichen Interesses, insbesondere seiner politischen, sozialen oder wirtschaftlichen Organisation angesehen wird, dass sie ungeachtet des sonst anzuwendenden Rechts auf alle Sachverhalte anzuwenden ist, die in ihren Anwendungsbereich fallen.“*

Eingriffsnormen unterscheiden sich von sonstigen zwingenden Normen durch ihren internationalen Geltungsanspruch, der einen generellen Anwendungswillen gegenüber dem ansonsten zuständigen Recht erkennen lässt. Eingriffsnormen müssen darüber hinaus eine *„überindividuelle Zielrichtung“*¹⁷⁸ aufweisen, dh sie müssen über den Individualschutz des Arbeitnehmers hinaus auch Gemeinwohlinteressen verfolgen.¹⁷⁹ Das Gemeinwohlinteresse kann sich aus staats- und wirtschaftspolitischen, aber auch aus sozialpolitischen Gründen ergeben.¹⁸⁰

Der OGH definiert Eingriffsnormen als *„staatliche Lenkungsmaßnahmen in Form von Zwangsvorschriften, die im öffentlichen Interesse auf Privatrechtsverhältnisse einwirken.“* Eingriffsnormen *„kommen unabhängig vom gesetzlichen oder vereinbarten Schuldstatut und dieses durchbrechend zum Tragen.“*¹⁸¹ Da es sich bei Art 9 ROM I-VO um eine europarechtliche Norm handelt, ist diese allerdings vom EuGH autonom auszulegen.¹⁸² Nach der Rsp des EuGH

¹⁷⁶ *Krebber* in *Franzen/Gallner/Oetker* (Hrsg), EUArb (2018), VO 593/2008/EG Art 9 Rz 13.

¹⁷⁷ *Velikova*, Arbeitnehmerentsendung (2012) 38; *Schrenk*, Grenzüberschreitende Arbeitsverträge, taxlex 339.

¹⁷⁸ *Thorn* in *Rauscher* (Hrsg) EuZPR-EuIPR, Art 9 Rom I-VO Rz 10.

¹⁷⁹ *Schrottbauer* in *Urnik/Pfeil* (Hrsg) 36.

¹⁸⁰ OGH 29. 3. 2006, 3 Ob 230/05b; OGH 11. 7. 1990, 1 Ob 648/90; OGH 19. 11. 1986, 8 Ob 575/86; *Velikova*, Arbeitnehmerentsendung (2012) 40.

¹⁸¹ OGH 19. 11. 1986, 8 Ob 575/86.

¹⁸² *Thorn* in *Rauscher* (Hrsg), EuZPR-EuIPR, Art 9 ROM I-VO Rz 20.

handelt es sich bei Art 9 ROM I-VO um eine Regelung, welche ob ihres Ausnahmecharakters eng auszulegen ist.¹⁸³

Typische Eingriffsnormen sind beispielsweise der technische Arbeitnehmerschutz, die Bestimmungen des Arbeitszeit- und Arbeitsruhegesetzes oder der Frauen- und Mutterschutz nach dem Mutterschutzgesetz.¹⁸⁴

6.2. BUAG als Eingriffsnorm

Es stellt sich die Frage, ob dem Urlaubskassenverfahren nach dem BUAG eine so erhebliche, über den Individualschutz des entsandten Arbeitnehmers hinausgehende Bedeutung zukommt, dass es als Eingriffsnorm iSd Art 9 ROM I-VO zu qualifizieren ist. Insbesondere kann man argumentieren, dass das Urlaubskassenverfahren nach dem BUAG, wenn ihm ein so erhebliches öffentliches Interesse zukommt, als Eingriffsnorm bereits vor dem Inkrafttreten der Entsendebestimmungen des Art VIb BUAG auf entsandte Arbeitnehmer anzuwenden gewesen wäre. Dies war aber nach übereinstimmender Rsp und Lehre nicht der Fall: *Martinek/Widorn* stellen unter Verweis auf die Erläuterungen zur Regierungsvorlage des BArbUG 1972¹⁸⁵ fest, dass der räumliche Geltungsbereich des BUAG (vor Inkrafttreten der Entsendebestimmungen des Abschnittes VIb) „*sich nach dem Territorialitätsprinzip auf das gesamte Bundesgebiet erstreckt.*“¹⁸⁶ Der OGH erwähnte in seiner Entscheidung vom 22. 12. 2009, dass „*Arbeitnehmer bei Entsendung durch einen ausländischen Arbeitgeber vor Einführung der Entsendebestimmungen aufgrund des Territorialitätsprinzips nicht vom allgemeinen Geltungsbereich des BUAG erfasst*“¹⁸⁷ waren. Unter „*Territorialitätsprinzip*“ verstand der OGH hierbei offenbar gerade nicht die Ausdehnung des BUAG auf alle – auch nur vorübergehend – in Österreich beschäftigten Arbeitnehmer, sondern vielmehr das Abstellen auf den gewöhnlichen Arbeitsort als Anknüpfungspunkt an die österreichische Rechtsordnung.¹⁸⁸ Das deutsche Bundesarbeitsgericht erklärte in einem Urteil vom 9. 7. 2003 zur vergleichbaren Lage in Deutschland, dass es sich „*bei den für allgemeinverbindlich erklärten Tarifnormen über das Sozialkassenverfahren im Baugewerbe um keine Eingriffsnormen* [handle], weil der *erforderliche öffentliche*

¹⁸³ EuGH C-135/15, *Nikiforidis*, ECLI:EU:C:2016:774, Rn 44.

¹⁸⁴ *Schrenk*, Grenzüberschreitende Arbeitsverträge, taxlex, 339; *Wolfgruber* in *Neumayr/Reissner* (Hrsg), Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht³ Art 8 Rom I-VO Rz 33; *Drs* in *Resch* (Hrsg), Grenzüberschreitender Personaleinsatz (2007) 31.

¹⁸⁵ ErläutRV 426 BlgNR 13. GP 13.

¹⁸⁶ *Martinek/Widorn*, BUAG (1988) 64.

¹⁸⁷ OGH 22. 12. 2009, 9 ObA 43/09b.

¹⁸⁸ *Klinger*, BUAG (2006) § 1 Anm 5.

*Gemeinwohlbezug fehle. Verfassungsrechtlich geschützte Belange der Allgemeinheit [seien] nicht betroffen.*¹⁸⁹

Mit der Entsenderichtlinie im Jahr 1996 wurde allerdings eine neue Grundlage für die Beurteilung des Urlaubskassensystems als Regelung im Rahmen des Art 9 ROM I-VO geschaffen. Durch die Entsenderichtlinie wurden „*weite Bereiche des Arbeitnehmerschutzes zu international zwingenden Bestimmungen erklärt.*“¹⁹⁰ Der EuGH, welchem die autonome Auslegung des Art 9 ROM I-VO obliegt,¹⁹¹ betonte in seiner Entscheidung *Schultz-Hoff/Deutsche Rentenversicherung* vom 20. 1. 2009, dass „*der Mindesturlaub der Sicherstellung eines wirksamen Schutzes der Sicherheit und Gesundheit der Arbeitnehmer dient*“¹⁹² und „*als ein besonders bedeutsamer Grundsatz des Sozialrechts der Union anzusehen ist.*“¹⁹³ In der Lehre wird dies so gedeutet, dass der EuGH damit die Bestimmungen über den Mindesturlaub und die Mindestlöhne als Eingriffsnormen iSd Art 9 ROM I-VO qualifiziert hat.¹⁹⁴ Somit hat der europäische Gesetzgeber durch die Erlassung der Entsenderichtlinie den in der Richtlinie angeführten, von den Staaten zu garantierenden Beschäftigungsbedingungen den Charakter einer Eingriffsnorm iSd Art 9 ROM I-VO verliehen.

¹⁸⁹ BAG 9. 7. 2003, 10 AZR 593/02.

¹⁹⁰ *Thorn in Rauscher (Hrsg) EuZPR-EuIPR*, Art 9 Rom I-VO Rz 27.

¹⁹¹ *Thorn in Rauscher (Hrsg)*, Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht (2016) Art 9 ROM I-VO Rz 20.

¹⁹² EuGH C-350/06, *Schultz-Hoff/Deutsche Rentenversicherung*, ECLI:EU:C:2009:18, Rn 22.

¹⁹³ EuGH C-350/06, *Schultz-Hoff/Deutsche Rentenversicherung*, ECLI:EU:C:2009:18, Rn 54.

¹⁹⁴ *Velikova*, Arbeitnehmerentsendung (2012) 43-44.

IV. DIE ENTSENDERICHTLINIE

Die Entsenderichtlinie in ihrer ursprünglichen Fassung 96/71/EG wurde 1996 erlassen,¹⁹⁵ nachdem der bereits im Jahr 1991 präsentierte Vorschlag der Kommission¹⁹⁶ mehrfach überarbeitet und ergänzt worden war.¹⁹⁷

7. Kompetenzgrundlage

Bemerkenswert ist, dass als Rechtsgrundlage für die Erlassung der Entsenderichtlinie die Art 47 Abs 2 und Art 55 EGV¹⁹⁸ (nunmehr Art 53 Abs 1 und Art 62 AEUV) herangezogen wurden. Diese Bestimmungen berechtigen den Rat, Richtlinien zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten auf dem Gebiet der Dienstleistungsfreiheit zu erlassen, um dadurch die Ausübung der Dienstleistungsfreiheit zu erleichtern. Die Heranziehung der Art 47 Abs 2 und Art 55 EGV als Kompetenzgrundlage wurde insbesondere in der deutschen Literatur kritisiert.¹⁹⁹ Die Entsenderichtlinie legt nämlich arbeitsrechtliche Mindeststandards für die im Rahmen der Erbringung grenzüberschreitender Dienstleistungen entsandten Arbeitnehmer fest. Die verpflichtende Einhaltung solcher Mindeststandards führe für die Dienstleister zu einem zusätzlichen bürokratischen und finanziellen Aufwand und somit zu einer Erschwernis. Damit würde die Entsenderichtlinie die Dienstleistungserbringung behindern statt diese zu erleichtern.²⁰⁰

Andere Autoren rechtfertigen die Wahl der Kompetenzgrundlage damit, dass die Entsenderichtlinie Rechtssicherheit darüber schaffe, welche arbeitsrechtlichen Bestimmungen bei der Erbringung grenzüberschreitender Dienstleistungen auf die Arbeitsverhältnisse entsandter Arbeitnehmer Anwendung finden. Dies mache die Kosten einer Entsendung leichter kalkulierbar und stelle demnach eine Erleichterung für den Dienstleister dar.²⁰¹ Schließlich könne auch der Schutz vor Wettbewerbsverzerrungen als Argument für die gewählte Kompetenzgrundlage

¹⁹⁵ ABI L 1997/18, 1.

¹⁹⁶ Vorschlag der Kommission vom 1. 8. 1991, KOM (91) 230 endg. – SYN 346.

¹⁹⁷ *Wolfgruber*, Die grenzüberschreitende Entsendung von Arbeitnehmern (2001) 31.

¹⁹⁸ Vorschlag der Kommission 1. 8. 1991 Rz 27.

¹⁹⁹ EUArbR/*Windisch-Graetz* RL 96/71/EG Art 1 Rz 3.

²⁰⁰ *Grundmann*, Europäisches Schuldvertragsrecht (1999) 545; *Koenigs*, Rechtsfragen des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes und der EG-Entsenderichtlinie, DB 1997, 225 (228); *Franzen*, DZWir 1996, 89 und 92; *Eichenhofer*, Arbeitsbedingungen bei Entsendung von Arbeitnehmern, ZIAS 1996, 55 (74).

²⁰¹ *Velikova*, Arbeitnehmerentsendung (2012) 95; *Wolfgruber*, Die grenzüberschreitende Entsendung von Arbeitnehmern (2001) 36; *Rebhahn*, Entsendung von Arbeitnehmern in der EU – arbeitsrechtliche Fragen zum Gemeinschaftsrecht, DRdA 1999, 180 f, 185 ff.

herhalten. Von einer echten Förderung des grenzüberschreitenden Wettbewerbs könne nämlich nur dann gesprochen werden, wenn dies nicht gleichzeitig zu einer Senkung des Arbeitnehmerschutzniveaus führe.²⁰²

8. Durchsetzungsrichtlinie zur Entsenderichtlinie

Im Jahr 2014 trat die Richtlinie 2014/67/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Mai 2014 zur Durchsetzung der Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen und zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 1024/2012 über die Verwaltungszusammenarbeit mit Hilfe des Binnenmarkt-Informationssystems (Durchsetzungsrichtlinie)²⁰³ in Kraft, deren Umsetzungsfrist am 18. 6. 2016 auslief. Mit der Durchsetzungsrichtlinie sollen Umgehungspraktiken bekämpft und die Zusammenarbeit zwischen den Behörden der Mitgliedstaaten verbessert werden. Die Durchsetzungsrichtlinie beschäftigt sich insbesondere mit zulässigen Kontrollmaßnahmen, wie der Abgabe von Entsendungserklärungen (Art 9 Abs 1 lit a) oder der Bereithaltung von Unterlagen und Übersetzungen (Art 9 Abs 1 lit b).²⁰⁴ Weiters wird die Zusammenarbeit der staatlichen Behörden über das Binnenmarkt-Informationssystem (IMI)²⁰⁵ angesprochen.

9. Änderungsrichtlinie zur Entsenderichtlinie

Am 8. 3. 2016 legte die Kommission einen Entwurf für eine Änderung der Entsenderichtlinie²⁰⁶ vor. Erklärtes Ziel dieses Änderungsvorschlags war die Verhinderung unlauterer Praktiken und die Förderung des Grundsatzes der „*gleichen Entlohnung für gleiche Arbeit am gleichen Ort*“.²⁰⁷ Mit der Richtlinie vom 28. Juni 2018 zur Änderung der Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen (Änderungsrichtlinie)²⁰⁸ wurde die Entsenderichtlinie schließlich reformiert, wobei die neuen bzw überarbeiteten Punkte der Richtlinie von den Mitgliedstaaten bis 30. 7. 2020 umzusetzen waren. Österreich ist aktuell säumig (30.7.2020).

²⁰² Velikova, Arbeitnehmerentsendung (2012) 95.

²⁰³ ABI L 2014/159, 11.

²⁰⁴ Schratlbauer in *Urnik/Pfeil* (Hrsg) 45.

²⁰⁵ Eingerichtet mit Verordnung (EU) Nr. 1024/2012.

²⁰⁶ Vorschlag der Kommission vom 8. 3. 2016, COM (2016) 128 final 2.

²⁰⁷ Vorschlag vom 8. 3. 2016 für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 96/71/EG, COM (2016) 128 final.

²⁰⁸ ABI L 2018/173, 17.

10. Ziel der Entsenderichtlinie

Die grenzüberschreitende Entsendung von Arbeitnehmern hat in den letzten Jahren immer mehr an Bedeutung gewonnen. Zwischen den Jahren 2006 und 2010 hat sich die Zahl der Entsendungen ausländischer Arbeitnehmer nach Österreich mehr als verdoppelt,²⁰⁹ wobei ein erheblicher Teil der Entsendungen die Baubranche betrifft.²¹⁰

Die Kommission verweist in den Erläuterungen zum Entwurf der Entsenderichtlinie darauf, dass vor allem Arbeitnehmer von der mit der grenzübergreifenden Mobilität verbundenen Problematik betroffen sind. Diese Problematik ergebe sich aus der Schwierigkeit festzustellen, welches Recht für ein Arbeitsverhältnis maßgebend sei.²¹¹ Die Kommission spricht auch das Problem von Wettbewerbsverzerrungen an, die daraus resultieren, dass Unternehmen mit Mitbewerbern aus Ländern mit niedrigerem Lohnniveau konfrontiert sind.²¹² Im Erwägungsgrund 5 der Richtlinienbegründung werden in diesem Sinn ein fairer Wettbewerb sowie Maßnahmen zur Wahrung der Arbeitnehmerrechte als Voraussetzungen für die Entwicklung der grenzüberschreitenden Dienstleistungserbringung aufgeführt.²¹³ Zur Beseitigung von Diskriminierungen bei der Anwendung bestimmter Arbeitsbedingungen und im Interesse der Rechtssicherheit²¹⁴ und des fairen Wettbewerbs sollte die Entsenderichtlinie einen „harten Kern“ zwingender Bestimmungen schaffen, die speziell auf die Situation der ins Ausland entsandten Arbeitnehmer abzielt.²¹⁵ In der Rs *Rüffert* betonte der EuGH, dass die Entsenderichtlinie dazu diene, die Dienstleistungsfreiheit zu verwirklichen.²¹⁶ Die Entsenderichtlinie wurde mit dem Ziel geschaffen, unlauteren Wettbewerb zu verhindern sowie Arbeitnehmer zu schützen.²¹⁷ Entsprechend wird auch in der Literatur als Ziel der Entsenderichtlinie ausdrücklich die Verhinderung eines Sozial-

²⁰⁹ Gagawczuk in Resch (Hrsg) Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz (2012) 27.

²¹⁰ Gagawczuk in Resch 28.

²¹¹ Vorschlag der Kommission 1. 8. 1991 Rz 9.

²¹² Vorschlag der Kommission 1. 8. 1991 Rz 9a; Velikova, Arbeitnehmerentsendung (2012) 95.

²¹³ Schlussanträge des Generalanwalts Colomer vom 14. 12. 2006 zu C-490/04, *Kommission/Deutschland*, ECLI:EU:C:2006/778, Rn 5.

²¹⁴ Mitteilung der Kommission vom 25. 7. 2003, KOM (2003) 458, 3.

²¹⁵ Vorschlag der Kommission vom 1. 8. 1991 Rz 17-18; Erwägungsgrund 13 und 14 der Entsenderichtlinie; EuGH C-522/12, *Isbir*, ECLI:EU:C:2013:711, Rn 33.

²¹⁶ EuGH C-346/06, *Rüffert*, ECLI:EU:C:2008:189, Rn 36.

²¹⁷ *Tscherner*, Arbeitsbeziehungen und Europäische Grundfreiheiten (2012) 291.

und Lohndumpings genannt.²¹⁸ In Art 1 der aufgrund der Änderungsrichtlinie neu gefassten Entsenderichtlinie wird der Schutz entsandter Arbeitnehmer im Verhältnis zur Dienstleistungsfreiheit nunmehr ausdrücklich festgeschrieben.

11. Sonderkollisionsrecht

Der EuGH hatte es den Mitgliedstaaten in seinen Entscheidungen vor Inkrafttreten der Entsenderichtlinie stets freigestellt, ihre Rechtsvorschriften auf entsandte Arbeitnehmer zu erstrecken,²¹⁹ sofern der Vertrag, insbesondere die Dienstleistungsfreiheit, nicht verletzt würden. Dem Wortlaut des Art 3 Abs 1 der Entsenderichtlinie ist zu entnehmen, dass die Entsenderichtlinie anders als der EuGH in seiner Judikatur nicht nur eine Erlaubnis zur Ausdehnung eigenen Rechts auf entsandte Arbeitnehmer begründet. Vielmehr legt sie den Mitgliedstaaten eine entsprechende Verpflichtung auf.²²⁰ Die Mitgliedstaaten *müssen* ihre Regelungen in Bezug auf die in der Richtlinie genannten Arbeitsbedingungen auf entsandte Arbeitnehmer erstrecken.²²¹

Methodisch harmonisiert die Entsenderichtlinie nicht den materiell-rechtlichen Inhalt der nationalen Vorschriften,²²² sondern es werden – wie in den Erwägungsgründen ausgeführt – die mitgliedstaatlichen Gesetze *„koordiniert, um einen Kern zwingender Bestimmungen über ein Mindestmaß an Schutz festzulegen, das im Gastland von Arbeitgebern zu gewährleisten ist, die Arbeitnehmer entsenden.“*²²³

Bei der Entsenderichtlinie handelt es sich insofern um Sonderkollisionsrecht für entsandte Arbeitnehmer.²²⁴ Die Mitgliedstaaten sind nicht verpflichtet, bestimmte

²¹⁸ *Gagawczuk* in Resch (Hrsg) Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz (2012) 19; *Klinger*, BUAG (2006) § 33d BUAG Anm 1; *Kühteubl/Kozak*, Arbeitnehmerentsendung (2010) Rz 18.

²¹⁹ EuGH 62/81 und 63/81, *Seco*, ECLI:EU:C:1982:34, Rn 14; EuGH C-113/89, *Rush Portuguesa*, ECLI:EU:C:1990:142, Rn 18.

²²⁰ *Windisch-Graetz* in Resch (Hrsg) Grenzüberschreitender Personaleinsatz (2007) 64; EuGH C-490/04, *Kommission/Deutschland*, ECLI:EU:C:2007:430, Rn 17.

²²¹ EuGH C-319/06, *Kommission/Luxemburg*, ECLI:EU:C:2008:350, Rn 25; EuGH C-490/04, *Kommission/Deutschland*, ECLI:EU:C:2007:430, Rn 18; *Tscherner*, Arbeitsbeziehungen (2012) 258-259.

²²² EuGH C-396/13, *Sähköalojen Ammattiliitto*, ECLI:EU:C:2015:86, Rn 31; *Velikova*, Arbeitnehmerentsendung (2012) 96.

²²³ Erwägungsgründe 24 und 27 der Richtlinie; EuGH C-341/05, *Laval*, ECLI:EU:C:2007:809, Rn 59; EuGH C-319/06, *Kommission/Luxemburg*, ECLI:EU:C:2008:350, Rn 24; Schlussanträge des Generalanwalts *Colomer* vom 14.12.2006 zu C-490/04, *Kommission/Deutschland*, ECLI:EU:C:2006:778, Rn 27; *Windisch-Graetz* in Resch (Hrsg) Grenzüberschreitender Personaleinsatz (2007) 64.

²²⁴ OGH 20. 1. 2012, 8 ObA 74/11g.

Mindestarbeitsbedingungen einzuführen. Sie haben vielmehr ihre bestehenden Arbeitsbedingungen, soweit sie die in Art 3 Abs 1 der Richtlinie angeführten Aspekte betreffen, auf die Individualarbeitsverträge vorübergehend entsandter Arbeitnehmer auszudehnen.²²⁵

In der Literatur werden die Vorschriften der Entsenderichtlinie überwiegend als Eingriffsnormen qualifiziert.²²⁶ ZT werden sie auch als Anwendungsfälle des Art 23 Rom I-VO angesehen, wonach die Verordnung Kollisionsnormen für vertragliche Schuldverhältnisse in besonderen Bereichen nicht berühre.²²⁷

12. Sperrwirkung der Entsenderichtlinie²²⁸

Der EuGH hatte in seiner Rsp zur Dienstleistungsfreiheit vor Auslaufen der Umsetzungsfrist der Entsenderichtlinie regelmäßig erklärt, dass das Gemeinschaftsrecht „den Mitgliedstaaten nicht verwehrt, ihre Rechtsvorschriften oder die Tarifverträge der Sozialpartner über die Mindestlöhne 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.“²²⁹

Dieser Grundsatz scheint nach der neueren Rsp überholt zu sein. Den Entscheidungen in den Rs *Kommission/Luxemburg*,²³⁰ *Laval*²³¹ und *Rüffert*²³² ist zu entnehmen, dass der EuGH die Aufzählung des Art 3 Abs 1 der Entsenderichtlinie abschließend versteht.²³³ Damit wird ein maximales Schutzniveau festgelegt, das der Aufnahmemitgliedstaat vorschreiben darf.²³⁴ Der OGH folgt dem EuGH in seiner Entscheidung 8 ObA 74/11g vom 20. 1. 2012,²³⁵ wenn er festhält, dass „die Aspekte, hinsichtlich derer der Aufnahmemitgliedstaat von den entsendenden Unternehmen

²²⁵ *Tscherner*, Arbeitsbeziehungen (2012) 259, 276.

²²⁶ *Kühteubl/Kozak*, Arbeitnehmerentsendung (2010) Rz 20; *Burger*, Arbeitszeit- und Entgeltrecht bei kurzzeitigen Auslandsdienstreisen, ZAS 2012/2.

²²⁷ *Burger*, ZAS 2012/2.

²²⁸ *Rebhahn*, Entsendung von Arbeitnehmern in der EU – arbeitsrechtliche Fragen zum Gemeinschaftsrecht, öRdA 1999, 173 (177); *Burger*, Arbeitszeit- und Entgeltrecht bei kurzzeitigen Auslandsdienstreisen, ZAS 2012/1; *Schrattbauer* in *Urnik/Pfeil* (Hrsg) 42.

²²⁹ EuGH 43/93, *Vander Elst*, ECLI:EU:C1994:310, Rn 23.

²³⁰ EuGH C-319/06, *Kommission/Luxemburg*, ECLI:EU:C:2008:350, Rn 26.

²³¹ EuGH C-341/05, *Laval*, ECLI:EU:C:2007:809, Rn 81.

²³² EuGH C-346/06, *Rüffert*, ECLI:EU:C:2008:189, Rn 34.

²³³ *Tscherner*, Arbeitsbeziehungen (2012) 275.

²³⁴ *Tscherner*, Arbeitsbeziehungen (2012) 274.

²³⁵ ECLI:AT:OGH0002:2012:RS0127639

die Einhaltung seiner Rechtsvorschriften verlangen kann, in Art 3 Abs 1 abschließend aufgezählt“ seien.

Für andere als die in Art 3 Abs 1 genannten Aspekte dürfen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen nach der vor Inkrafttreten der Änderungsrichtlinie geltenden Fassung nur dann vorgeschrieben werden, wenn es sich gem Art 3 Abs 9 der Entsenderichtlinie um Leiharbeitsunternehmen iSd Art 1 Abs 3 lit c der Richtlinie oder wenn es sich gem Art 3 Abs 10 erster Gedankenstrich der Entsenderichtlinie um Vorschriften aus dem Bereich der öffentlichen Ordnung handelt.²³⁶ Der Begriff der öffentlichen Ordnung wird vom EuGH dabei sehr eng ausgelegt.²³⁷ Er versteht darunter „*Polizei- und Sicherheitsgesetze, deren Einhaltung als so entscheidend für die Wahrung der politischen, sozialen oder wirtschaftlichen Organisation dieses Mitgliedstaats angesehen wird, dass ihre Beachtung für alle Personen, die sich im Hoheitsgebiet dieses Mitgliedstaats befinden, und für jedes dort lokalisierte Rechtsverhältnis vorgeschrieben wird.*“²³⁸ Qualifiziert ein Mitgliedstaat eine Vorschrift als Regelung der öffentlichen Ordnung, so unterliegt dies der nachprüfenden Kontrolle durch den EuGH.²³⁹ Eine Rechtfertigung des Urlaubskassenverfahrens als derartiges Polizei- und Sicherheitsgesetz ist auszuschließen.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Aufnahmemitgliedstaat außer zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und im Bereich der Leiharbeit nach der ursprünglichen Fassung der Entsenderichtlinie (sofern keine andere ausdrückliche Grundlage, wie beispielsweise die Richtlinie 2003/88/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. November 2003 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung (Arbeitszeit-Richtlinie besteht)²⁴⁰ keine Möglichkeit hat, außerhalb der Ermächtigungen des Art 3 Abs 1 der Entsenderichtlinie Arbeitsbedingungen für entsandte Arbeitnehmer festzulegen. Die Entsenderichtlinie entfaltet insofern eine Sperrwirkung.²⁴¹ Diese wird mit Inkrafttreten der Änderungsrichtlinie zur Entsenderichtlinie insofern aufgeweicht worden, als für Entsendungen, die einen Zeitraum von 12 Monaten übersteigen, nunmehr im Sinne einer Gleichbehandlung entsandter Arbeitnehmer gem Art 3 Abs 1a der aufgrund der Änderungsrichtlinie konsolidierten Fassung der Entsenderichtlinie auch andere Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen zu garantieren sein werden.

²³⁶ EuGH C-341/05, *Laval*, ECLI:EU:C:2007:809, Rn 82.

²³⁷ EuGH C-319/06, *Kommission/Luxemburg*, ECLI:EU:C:2008:350, Rn 29-32; *Tscherner*, *Arbeitsbeziehungen* (2012) 279.

²³⁸ EuGH C-319/06, *Kommission/Luxemburg*, ECLI:EU:C:2008:350, Rn 29.

²³⁹ EUArbR/*Windisch-Graetz*, RL 96/71/EG Art 3 Rz 41.

²⁴⁰ ABI L 2003/299, 9; die Richtlinie ersetzte die Richtlinie 93/104/EG des Rates vom 23. November 1993 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung, ABI L 1993/307, 18.

²⁴¹ EUArbR/*Windisch-Graetz*, RL 96/71/EG Art 3 Rz 2.

13. Geltungsbereichsabgrenzung Entsenderichtlinie - BUAG

Die Entsenderichtlinie gilt gem ihrem Art 1 für Unternehmen mit Sitz in einem Mitgliedstaat, die im Rahmen der länderübergreifenden Erbringung von Dienstleistungen Arbeitnehmer in das Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaates entsenden.

13.1. Räumlicher Geltungsbereich

Räumlich ist der Anwendungsbereich der Entsenderichtlinie auf Entsendungen innerhalb der EU bzw des EWR²⁴² und der Schweiz begrenzt.²⁴³ Entsendungen aus einem Drittstaat in das Gebiet der EU fallen genauso wenig unter die Bestimmungen der Entsenderichtlinie wie Entsendungen aus der EU bzw dem EWR in einen Drittstaat.²⁴⁴ Art 1 Abs 4 der Entsenderichtlinie untersagt allerdings eine Besserstellung von Drittstaatsangehörigen. Nach der genannten Bestimmung darf einem Unternehmen mit Sitz in einem Nichtmitgliedstaat *„keine günstigere Behandlung zuteilwerden, als Unternehmen mit Sitz in einem Mitgliedstaat.“* Durch dieses Diskriminierungsverbot werden auch Entsendungen aus einem Nichtmitgliedstaat in den Regelungsgehalt der Entsenderichtlinie einbezogen.²⁴⁵

Das BUAG trifft keine Unterscheidung dahingehend, von wo der Arbeitnehmer entsandt wird oder wo das entsendende Unternehmen seinen Sitz bzw seine Niederlassung hat. Im Sinne des in der Richtlinie statuierten Diskriminierungsverbotes werden aus Drittstaaten entsandte Arbeitnehmer grundsätzlich gleichgestellt.²⁴⁶

13.2. Sachlicher Geltungsbereich

Sachlich gilt die Entsenderichtlinie im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen. So sind in Art 1 Abs 3 der Entsenderichtlinie Entsendungen zur

²⁴²Beschluss des Gemeinsamen EWR-Ausschusses Nr 37/98 vom 30. 4. 1998 über die Änderung des Anhangs XVIII (Sicherheit und Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz, Arbeitsrecht sowie Gleichbehandlung von Männern und Frauen) des EWR-Abkommens, ABI 19. 11. 1998, L 310/25; OGH 20. 1. 2012, 8 ObA 74/11g; *Drs in Resch* (Hrsg), *Grenzüberschreitender Personaleinsatz* (2007) 35.

²⁴³Art 22 Abs 2 Anhang I des Abkommens zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Schweizerischen Eidgenossenschaft andererseits über die Freizügigkeit, ABI Nr I 114 vom 30. 4. 2002 S. 0006-0072; *Wolfsberger*, *Die grenzüberschreitende Entsendung von Arbeitnehmern* (2001) 36; *Zipperling* *Arbeitnehmerentsendung* (2006) 72.

²⁴⁴ *Wolfsberger*, *Die grenzüberschreitende Entsendung von Arbeitnehmern* (2001) 36.

²⁴⁵ *Windisch-Graetz*, *Arbeitsrecht II*¹⁰, 372.

²⁴⁶ ErläutRV 972 BlgNR 22. GP 5.

Erbringung von klassischen Dienstleistungen, zB in Erfüllung eines „Dienstleistungsvertrages“ (in Österreich: eines Werkvertrags) zwischen dem Unternehmer und einem dritten Dienstleistungsempfänger genannt (lit a *leg cit*).²⁴⁷

Die Entsenderichtlinie erwähnt darüber hinaus auch konzerninterne Entsendungen (Art 1 Abs 3 lit b) sowie Entsendungen im Rahmen der grenzüberschreitenden Arbeitskräfteüberlassung (Art 1 Abs 3 lit c).

Diese drei in der Richtlinie genannten Fallgruppen einer Entsendung sind von den Entsendebestimmungen des BUAG ebenfalls umfasst, wobei das BUAG – anders als die Entsenderichtlinie – eine Unterscheidung, welchem Zweck die Arbeitsleistung dient (der Erfüllung eines Werkvertrags, der konzerninternen Entsendung oder der Überlassung) nicht kennt und auch keine unterschiedlichen Rechtsfolgen an die verschiedenen Entsendesachverhalte knüpft.²⁴⁸ Während Art 3 Abs 5 der Entsenderichtlinie es den Mitgliedstaaten bei geringem Umfang der zu verrichtenden Arbeiten ermöglicht, in den in Art 1 Abs 3 lit a) und b) genannten Fällen (Erfüllung eines Dienstleistungsvertrags und konzerninterne Entsendung) Ausnahmen von den Garantien des bezahlten Mindestjahresurlaubs und der Mindestlohnsätze vorzusehen, erlaubt die Richtlinie derartige Ausnahmen bei grenzüberschreitenden Überlassungen nicht. Für Leiharbeitnehmer gewährt Art 3 Abs 9 der Entsenderichtlinie außerdem die Möglichkeit, weitere für innerstaatliche Leiharbeitsverhältnisse geltende Arbeitsbedingungen auf grenzüberschreitend überlassene Arbeitnehmer zu erstrecken. Zur Abgrenzung zwischen einer grenzüberschreitenden Arbeitskräfteüberlassung und sonstigen Entsendungen hat der EuGH in der Rs *Vicoplus* Stellung genommen. Das wesentliche Merkmal der Arbeitskräfteüberlassung besteht demnach darin, dass *„der Wechsel des Arbeitnehmers in den Aufnahmemitgliedstaat der eigentliche Gegenstand der Dienstleistung des erbringenden Unternehmens ist und dass der Arbeitnehmer seine Aufgaben unter der Aufsicht und Leitung des verwendenden Unternehmens wahrnimmt.“*²⁴⁹

Das BUAG hat in seinen Entsendebestimmungen die Unterscheidung in grenzüberschreitende Entsendung und Überlassung nicht aufgegriffen. Gem § 33 d Abs 1 BUAG gelten die Entsendebestimmungen in gleichem Umfang und in gleicher Weise für Arbeitnehmer, die *„zur Arbeitsleistung“* wie für solche, die *„im Rahmen*

²⁴⁷ Drs in Resch (Hrsg), Grenzüberschreitender Personaleinsatz (2007) 36; *Rebhahn*, DRdA 1999, 176; *Schrammel/Windisch-Graetz*, Europäisches Arbeits- und Sozialrecht² (2018) 101.

²⁴⁸ *Wiesinger*, BUAG (2017) § 33d Rz 7.

²⁴⁹ EuGH C-307/09 *Vicoplus*, ECLI:EU:C:2011:64, Rn 52.

einer Arbeitskräfteüberlassung“ nach Österreich entsandt werden. Für die Belange des BUAG, nämlich der Gewährleistung eines entsprechenden Urlaubsanspruchs des Arbeitnehmers, ist es auch ohne Belang, ob das Arbeitsverhältnis als Entsendung oder als Überlassung ausgestaltet ist. Besondere Regelungen für Arbeitskräfteüberlasser gibt es in den Entsendebestimmungen des BUAG nur insofern, als gem § 33d Abs 1 Z 2 BUAG der ausländische Beschäftigte, welcher an ihn überlassene Arbeitskräfte nach Österreich entsendet, im Zusammenhang mit der Führung von Arbeitszeitaufzeichnungen und im Rahmen von (Baustellen-)Kontrollen als Arbeitgeber gilt und ihn die Meldepflichten des § 33g BUAG treffen. Daneben regelt § 21a BUAG die (schuldbefreiende) Bezahlung der Zuschläge durch den Beschäftigten und § 23b Abs 3 BUAG sieht eine Auskunftspflicht des Beschäftigten mit entsprechenden Strafbestimmungen in § 32 BUAG vor. Arbeitskräfteüberlassungsbetriebe sind darüber hinaus in § 2 Abs 1 lit h BUAG als eigene Betriebsart angeführt. Demnach unterliegen derartige Betriebe dem BUAG bezüglich jener Arbeitnehmer, die zur Überlassung von Tätigkeiten, welche ihrer Art nach in den Tätigkeitsbereich der Betriebe nach lit a bis g fallen, aufgenommen werden oder tatsächlich überwiegend zu solchen Tätigkeiten überlassen werden. Damit wird – was im Entsendeverfahren generell die Regel ist – bei der Arbeitskräfteüberlassung auch im Inlandsverfahren an die Tätigkeit des einzelnen Arbeitnehmers und nicht an die Betriebsart angeknüpft.

Laut *Wiesinger* orientiert sich der Begriff der *Arbeitskräfteüberlassung* des BUAG an jenem des AÜG.²⁵⁰ Sowohl § 3 Abs 1 AÜG als auch § 135 Abs 1 GewO definieren die Überlassung von Arbeitskräften als „*die Zurverfügungstellung von Arbeitskräften zur Arbeitsleistung an Dritte.*“ Beide Gesetze kennen Ausnahmetatbestände für ihren jeweiligen Anwendungsbereich, wobei das AÜG den Ausnahmetatbestand der konzerninternen Überlassung etwas enger fasst. Während nämlich eine konzerninterne Arbeitskräfteüberlassung überhaupt keiner Gewerbeberechtigung bedarf, sind die Bestimmungen des AÜG auf die konzerninterne Überlassung sehr wohl anwendbar, sofern diese nicht nur vorübergehender Natur ist. *Wiesinger* argumentiert, dass der Gesetzgeber Umgehungen des BUAG dem Grunde nach ausschließen wollte und insofern (nicht die GewO, sondern) das AÜG mit seinem weiteren Anwendungsbereich zum Tragen kommen solle.²⁵¹ Der Argumentation von *Wiesinger* ist nur insofern zu folgen, als auch für das BUAG die Definition der Arbeitskräfteüberlassung des § 3 Abs 1 AÜG heranzuziehen ist. Dies entspricht dem Willen des Gesetzgebers, welcher mit Nov

²⁵⁰ *Wiesinger*, BUAG (2017) § 2 Rz 49.

²⁵¹ *Wiesinger*, BUAG (2017) § 2 Rz 49.

BGBl I 1998/113 den zuvor verwendeten Begriff „*Personalbereitstellungsbetriebe*“ in ausdrücklicher Anlehnung an das AÜG durch den Begriff „*Arbeitskräfteüberlassungsbetriebe*“ ersetzt hat.²⁵² Entgegen der Ansicht von *Wiesinger*²⁵³ sind allerdings mE die Ausnahmetatbestände des § 1 Abs 2 bis 4 AÜG im Rahmen des BUAG nicht zu übernehmen. Dies folgt aus der Systematik des AÜG, welches die Ausnahmetatbestände nicht in die Definition der „*Arbeitskräfteüberlassung*“ einfließen lässt, sondern in seinem § 1 Abs 2 bis 4 die Anwendbarkeit des Gesetzes bzw einzelner Teile desselben in bestimmten Fällen ausschließt, obwohl grundsätzlich eine „*Arbeitskräfteüberlassung*“ iSd § 3 Abs 1 AÜG vorliegt. Das BUAG verwendet aber nur den Begriff „*Arbeitskräfteüberlassung*“ (wie in § 3 Abs 1 AÜG oder § 135 Abs 1 GewO definiert) ohne irgendwelche Einschränkungen. Des Weiteren wurden Arbeitskräfteüberlasser bereits mit der Nov BGBl 1976/393, allerdings unter der Terminologie „*Personalbereitstellungsbetriebe*“, lange vor In-Kraft-Treten des AÜG im Jahr 1988 als eigene Betriebsart in das BUAG aufgenommen.²⁵⁴ Den Mat zur Nov BGBl I 1998/113 ist nicht zu entnehmen, dass der Gesetzgeber durch die Unbenennung in „*Arbeitskräfteüberlasser*“ auch eine inhaltliche Neuausrichtung vornehmen wollte.

13.3. Zeitlicher Geltungsbereich

Als entsandter Arbeitnehmer gilt gem Art 2 Abs 1 der Entsenderichtlinie jeder Arbeitnehmer, der „*während eines begrenzten Zeitraums seine Arbeitsleistung im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaates als demjenigen erbringt, in dessen Hoheitsgebiet er normalerweise arbeitet.*“ Im Erwägungsgrund 9 der Änderungsrichtlinie zur Entsenderichtlinie wird der vorübergehende Charakter der Entsendung betont: Entsandte Arbeitnehmer kehren demnach „*nach Abschluss der Arbeiten, für die sie entsandt worden sind, idR in den Mitgliedstaat, aus dem sie entsandt wurden, zurück.*“ Bei längerfristigen Entsendungen (von über 12 Monaten bzw in Ausnahmefällen über 18 Monaten) sollen gem Art 3 Abs 1a der aufgrund der Änderungsrichtlinie konsolidierten Neufassung der Entsenderichtlinie die Mitglieder dafür Sorge tragen, dass aufgrund der Gleichbehandlung sämtliche anwendbaren Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen des Aufnahmemitgliedstaates garantiert werden. Ausdrücklich wird in dem Vorschlag aber darauf hingewiesen, dass „*die mögliche Dauer einer vorübergehenden Dienstleistungserbringung davon unberührt*“ bleibt.

²⁵² ErläutRV 1233 BlgNr 20. GP 5.

²⁵³ *Wiesinger*, BUAG (2017) § 2 Rz 49.

²⁵⁴ *Wiesinger*, BUAG (2017) § 2 Rz 49.

Der EuGH erklärte in der Rs *Mazzoleni*, dass eine Mindestdauer für eine Entsendung nicht vorliegen muss. Auch wenn Arbeitnehmer tageweise in einem anderen Staat tätig werden, handelt es sich um eine Entsendung.²⁵⁵ Umgekehrt kann eine Entsendung auch Jahre dauern.

Im Hinblick auf die Dauer der Entsendung weicht die Definition des entsandten Arbeitnehmers in der Entsenderichtlinie von jener des BUAG deutlich ab. Während die Entsenderichtlinie nämlich nur dann von einer Entsendung ausgeht, wenn diese auf einen begrenzten Zeitraum beschränkt ist, kommen die Entsendebestimmungen des BUAG gem § 33d Abs 2 BUAG sogar dann zur Anwendung, wenn ein Arbeitnehmer seinen gewöhnlichen Arbeitsplatz in Österreich hat. In den Materialien zu § 33d Abs 2 BUAG wird ausdrücklich festgehalten, dass ein Arbeitsverhältnis zu einem derartigen Arbeitnehmer mit gewöhnlichem Arbeitsort in Österreich nicht in den Anwendungsbereich der Entsenderichtlinie fällt.²⁵⁶

13.4. Persönlicher Geltungsbereich

13.4.1. Arbeitgeber

Gem Art 1 der Entsenderichtlinie muss der entsendende Arbeitgeber seinen Sitz in einem anderen Mitgliedstaat haben als jenem, in welchen der Arbeitnehmer entsandt wird. Diese Einschränkung kennt das BUAG nur für den Fall, dass der Arbeitnehmer seinen gewöhnlichen Arbeitsplatz im Inland hat. Liegt also der gewöhnliche Arbeitsort des entsandten Arbeitnehmers im Ausland, dann schadet es nach dem BUAG nicht, wenn sich der Sitz des Arbeitgebers in Österreich befindet.

13.4.2. Arbeitnehmer

Der Begriff des Arbeitnehmers wird gem Art 2 Abs 2 Entsenderichtlinie „für die Zwecke der Richtlinie in dem Sinne verwendet, in dem er im Recht des Mitgliedstaats, in dessen Hoheitsgebiet der Arbeitnehmer entsandt wird, gebraucht wird.“²⁵⁷ Da die Qualifizierung als „Arbeitnehmer“ und damit die Abgrenzung, ob der Vertrag einer nach Österreich entsandten Person als Arbeitsvertrag, freier Dienstvertrag oder als Werkvertrag eines Selbständigen zu beurteilen ist, nach österreichischem Recht erfolgt, kann es diesbezüglich keine Diskrepanzen zwischen dem Begriff des Arbeitnehmers iSd BUAG und der Entsenderichtlinie geben.

14.4.2.1. Scheinselbständige

²⁵⁵ EuGH C-165/98, *Mazzoleni*, ECLI:EU:C:2001:162, Rn 20.

²⁵⁶ ErläutRV 972 BlgNr 22. GP 6.

²⁵⁷ *Kühteubl/Kozak*, Arbeitnehmerentsendung (2010) Rz 21.

Die Abgrenzung zwischen Arbeits- und Werkvertrag ist für die Anwendbarkeit des BUAG insofern von Bedeutung, als immer wieder Bauarbeiter als „Selbständige“ zur Verrichtung von Bauarbeiten nach Österreich entsandt werden, wobei diese „Selbständigen“ nach den Kriterien des österreichischen Rechts als Arbeitnehmer zu qualifizieren sind („Scheinselbständige“).²⁵⁸ Insbesondere hat beispielsweise der VwGH seiner ständigen Rsp folgend in seinem Judikat 2009/09/0150 vom 16. 9. 2010 ausgesprochen, dass die Verrichtung von Bauhilfsarbeiten bzw einfachen manipulativen Tätigkeiten kein Werk darstellen kann und die Begründung eines anderen als eines echten Dienstverhältnisses damit ausgeschlossen ist.²⁵⁹ Art 2 Abs 2 der Entsenderichtlinie bietet die rechtliche Handhabe, um derartige Versuchen, die Schutznormen des österreichischen Arbeitsrechts, insb des BUAG, durch den Abschluss von „Werkverträgen“ mit Scheinselbständigen auszuhebeln, einen Riegel vorzuschieben.²⁶⁰

14.4.2.2. Baubranche

Ausdrücklich ausgenommen vom persönlichen Geltungsbereich der Entsenderichtlinie sind gem deren Art 1 Abs 2 Schiffsbesatzungen von Unternehmen der Handelsmarine. Derartige Unternehmen sind aber vom BUAG ohnehin nicht umfasst. Die Entsendebestimmungen des BUAG sind vielmehr auf Arbeitsverhältnisse in der Baubranche (gem § 2 Abs 1 BUAG) beschränkt.

In Artikel 3 Abs 2 der Entsenderichtlinie wird das sog Montageprivileg statuiert, wonach bestimmte Aspekte der Richtlinie nicht gelten, wenn die Entsendung nicht länger als acht Tage dauert. Dieses Montageprivileg ist allerdings auf „Bauarbeiten“, welche im Anhang zur Richtlinie näher definiert werden, nicht anzuwenden. Die Entsenderichtlinie versteht demnach unter „Bauarbeiten“ solche Arbeiten, die der Errichtung, der Instandsetzung, der Instandhaltung, dem Umbau oder dem Abriss von Bauwerken dienen und zählt bestimmte Arten von Tätigkeiten (Aushub, Erdarbeiten, Umbau, Renovierung, etc) beispielhaft auf.

Demgegenüber verweist § 33d Abs 1 BUAG bezüglich der unter das BUAG fallenden Bautätigkeiten auf die Definition des Abschnittes I und hier insbesondere auf die §§ 1 Abs 1 und 2 Abs 1 BUAG. Gem § 1 Abs 1 BUAG gelten die Bestimmungen des BUAG für Arbeitnehmer (Lehrlinge), deren Arbeitsverhältnisse auf

²⁵⁸ Gagawczuk, Erscheinungsformen von Lohndumping in Resch (Hrsg), Lohn- und Sozialdumping- Bekämpfungsgesetz (2012) 26.

²⁵⁹ VwGH 16. 9. 2010, 2009/09/0150; VwGH 2. 2. 2010, 2009/15/0191; VwGH 19. 9. 2007, 2007/13/0071vgl auch OGH 9 ObA 96/06t.

²⁶⁰ IZm mit ähnlich gelagerten Problemen Deutschlands: Zipperling Arbeitnehmerentsendung (2006) 74.

einem privatrechtlichen Vertrag beruhen und die in Betrieben (Unternehmungen) gem § 2 beschäftigt werden.²⁶¹

In § 2 Abs 1 werden bestimmte Betriebsarten (wie Baumeisterbetriebe, Steinmetzbetriebe, Dachdeckerbetriebe, Hafnerbetriebe, Brunnenmeisterbetriebe, Zimmererbetriebe, etc) aufgezählt. § 2 Abs 1 lit g BUAG erwähnt „Spezialbetriebe“, die Tätigkeiten verrichten, die ihrer Art nach in den Tätigkeitsbereich der Betriebe nach lit a bis f fallen. § 2 Abs 1 lit h nennt Arbeitskräfteüberlassungsbetriebe bezüglich jener Arbeitnehmer, die zur Überlassung für Tätigkeiten, die ihrer Art nach in den Tätigkeitsbereich der Betriebe nach lit a bis g fallen, aufgenommen werden. Die Aufzählung ist taxativ; der Begriff „Bauwirtschaft“ ist allerdings nach der Judikatur des OGH vergleichsweise weit zu verstehen.²⁶²

Vergleicht man nun den Begriff des „Bauarbeiters“ iSd BUAG mit jenem der Entsenderichtlinie, so fällt auf, dass es hier Abweichungen einerseits in der Systematik und andererseits auch in inhaltlicher Hinsicht gibt. Während das BUAG nämlich Betriebsarten nennt, welche sich an Kategorien der Gewerbeordnung anlehnen,²⁶³ werden im Anhang zur Entsenderichtlinie Tätigkeiten angeführt, ohne dass eine gewerbliche Zuordnung getroffen wird.

Inhaltlich kann es dann zu Abweichungen kommen, wenn Arbeiten, die nach der Entsenderichtlinie als Bauarbeiten zu qualifizieren wären, mangels Aufzählung in § 2 Abs 1 BUAG nicht unter das BUAG fallen. Beispielsweise werden im Anhang zur Entsenderichtlinie Malerarbeiten ausdrücklich angeführt. Auch Spenglerarbeiten können der Errichtung, Instandsetzung, etc eines Bauwerks dienen. Weder Maler- noch Spenglerbetriebe sind aber von der Aufzählung in § 2 Abs 1 BUAG umfasst. Dies hat zur Folge, dass für derartige Arbeiten keine Zuschläge an die BUAK zu leisten sind und die Arbeitnehmer auch keinen Anspruch gegenüber der BUAK erwerben können. Der Staat hat hier in anderer Weise (zB durch die Regelungen der §§ 3 und 4 LSD-BG) dafür zu sorgen, dass die betroffenen Arbeitnehmer von den durch Art 3 Abs 1 lit b) und c) der Entsenderichtlinie garantierten Arbeitsbedingungen profitieren. Dabei ist einerseits zu beachten, dass (auch bereits vor Inkrafttreten der Änderungsrichtlinie) die in allgemein verbindlich erklärten Tarifverträgen oder Schiedssprüchen iSd Art 3 Abs 3 der Richtlinie festgelegten Arbeitsbedingungen zu

²⁶¹ Ausgenommen sind Angestelltentätigkeiten, Arbeitsverhältnisse, die dem Vertragsbedienstetengesetz, dem Landarbeitsgesetz unterliegen oder die bis zur Höchstdauer von drei Monaten zu Ausbildungszwecken geschlossen werden (§ 1 Abs 2 BUAG).

²⁶² OGH 27. 11. 2014, 9 ObA 120/14h,

ECLI:AT:OGH0002:2014:009OBA00120.14H.1127.000; OGH 9 OBA 150/11s,

ECLI:AT:OGH0002:2012:009OBA00150.11S.0620.000.

²⁶³ OGH 20. 6. 2012, 9 ObA 150/11s = ARD 6261/5/2012 = wbl 2012,640/245 = wbl 2012/245

garantieren sind. Des Weiteren darf das Montageprivileg des Art 3 Abs 2 der Entsenderichtlinie auf Arbeitnehmer aus den betreffenden Branchen nicht angewendet werden.

14. Mindestarbeitsbedingungen

Gem Art 3 der Entsenderichtlinie haben die Mitgliedstaaten dafür Sorge zu tragen, dass Arbeitgeber unabhängig von dem auf das jeweilige Arbeitsverhältnis anwendbaren Recht, den in ihr Hoheitsgebiet entsandten Arbeitnehmern bezüglich bestimmter Aspekte die Mindestarbeits- und Beschäftigungsbedingungen garantieren, die im Beschäftigerstaat einzuhalten sind.²⁶⁴

Zu diesen Mindestbedingungen zählen Höchstarbeitszeiten und Mindestruhezeiten, bezahlter Mindestjahresurlaub, Mindestlohnsätze bzw (in der Neufassung) Entlohnung inkl Überstundensätze, Bedingungen für die Überlassung von Arbeitskräften, Sicherheit, Gesundheitsschutz und die Hygiene am Arbeitsplatz, Schutzmaßnahmen iZm den Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen von Schwangeren, Wöchnerinnen, Kindern und Jugendlichen, Antidiskriminierungsbestimmungen.²⁶⁵ Mit der Änderungsrichtlinie wurde die Liste der zu garantierenden Mindestarbeitsbedingungen des Art 3 um die Unterpunkte h) und i) ergänzt, welche einerseits die Bedingungen für die vom Arbeitgeber zur Verfügung gestellten Unterkünfte bei Entsendungen, andererseits Zulagen oder Reiseaufwandsentschädigungen regeln.

Neben den in Art 3 Abs 1 lit a) bis g) bzw i) der Entsenderichtlinie aufgezählten zwingend zu beachtenden Mindestarbeits- und Beschäftigungsbedingungen kennt die Richtlinie auch Bedingungen, welche optional auf entsandte Arbeitnehmer erstreckt werden dürfen. Dies betrifft insbesondere Fälle kurzfristiger Entsendungen oder kollektivvertraglich geregelte Beschäftigungsbedingungen, welche nicht die Baubranche betreffen.²⁶⁶

Soweit es sich um Bauarbeiten iS des Anhangs zur Entsenderichtlinie handelt,²⁶⁷ sind gem Art 3 Abs 1 der Richtlinie in ihrer ursprünglichen Fassung die in

²⁶⁴ Drs in Resch (Hrsg) *Grenzüberschreitender Personaleinsatz* (2007) 36-37; *Windisch-Graetz, Arbeitsrecht II*¹⁰, 372; *Schrammel/Windisch-Graetz, Europäisches Arbeits- und Sozialrecht*² (2018) 102.

²⁶⁵ Drs in Resch (Hrsg), *Grenzüberschreitender Personaleinsatz* (2007) 37.

²⁶⁶ *Burger, Arbeitszeit- und Entgeltrecht bei kurzzeitigen Auslandsdienstreisen*, ZAS 2012/1.

²⁶⁷ Für andere Branchen eröffnet Art 3 Abs 10 der Richtlinie die Möglichkeit, die in Tarifverträgen oder Schiedssprüchen enthaltenen Beschäftigungsbedingungen auf entsandte

diesem Artikel aufgezählten Mindestarbeitsbedingungen nicht nur dann zu garantieren, wenn sie in Rechts- und Verwaltungsvorschriften (Gesetzen, Verordnungen) festgelegt sind, sondern auch dann, wenn sie sich aus für allgemein verbindlich erklärten Tarifverträgen (Kollektivverträgen) oder Schiedssprüchen ergeben.²⁶⁸ Was unter „für allgemein verbindlich erklärten Tarifverträgen und Schiedssprüchen“ zu verstehen ist, wird in Art 3 Abs 8 der Richtlinie erläutert. Es sind dies all jene Tarifverträge, „die von allen in den jeweiligen geographischen Bereich fallenden und die betreffende Tätigkeit oder das betreffende Gewerbe ausübenden Unternehmen einzuhalten sind.“ Die Änderungsrichtlinie sieht vor, dass die maßgeblichen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen, soweit sie in für allgemein verbindlich erklärten oder sonst nach Maßgabe von Art 3 Abs 8 geltenden Tarifverträgen oder Schiedssprüchen festgelegt wurden, nicht mehr nur für „Bauarbeiter“ iSd Anhangs zur Entsenderichtlinie, sondern nunmehr für alle Arbeitsverhältnisse gelten.

In Österreich ist durch das System der flächendeckenden Pflichtmitgliedschaft zur Wirtschaftskammer als kollektivvertragsfähige Partei auf Arbeitgeberseite sowie durch die in § 12 Abs 1 des Bundesgesetzes vom 14. Dezember 1973 betreffend die Arbeitsverfassung (Arbeitsverfassungsgesetz – ArbVG)²⁶⁹ normierte Außenseiterwirkung eine Allgemeinverbindlichkeit der meisten Kollektivverträge gegeben.²⁷⁰

Von den nach den Bestimmungen der Entsenderichtlinie zu gewährleistenden Beschäftigungsbedingungen sind für das Urlaubskassenverfahren der in Art 3 Abs 1 lit b angeführte Aspekt des Mindestjahresurlaubs sowie der in Art 3 Abs 2 lit c der Richtlinie angeführte Aspekt der Mindestlohnsätze bzw Entlohnung einschließlich der Überstundensätze (Art 3 Abs 2 lit c) von Relevanz. Auf diese Begriffe wird daher im Folgenden näher eingegangen.

Arbeitnehmer zu erweitern: Der österreichische Gesetzgeber hatte bereits in der ursprünglichen Fassung des § 7 Abs 2 AVRAG (BGBl Nr 459/1993) einen Anspruch ausländischer Arbeitnehmer auf zumindest jenes gesetzliche oder kollektivvertragliche Entgelt statuiert, welches am Arbeitsort vergleichbaren Arbeitnehmern von vergleichbaren Arbeitgebern gebührt. Mit der Nov BGBl I Nr 120/1999 wurden die Bestimmungen des AVRAG an die Vorgaben der Entsenderichtlinie angepasst und auf den in Art 3 Abs 1 der Richtlinie genannten „harten Kern“ der Beschäftigungsbedingungen erweitert.

²⁶⁸ Drs in Resch (Hrsg) Grenzüberschreitender Personaleinsatz (2007) 37.

²⁶⁹ BGBl. Nr 22/1974 idF BGBl. I Nr. 104/2017.

²⁷⁰ Burger, Arbeitszeit- und Entgeltrecht bei kurzzeitigen Auslandsdienstreisen, ZAS 2012/1.

14.1. Bezahlter Mindestjahresurlaub

Gem Art 7 der Richtlinie 2003/88/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. November 2003 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung (Arbeitszeit-Richtlinie)²⁷¹ hat jeder Arbeitnehmer einen Anspruch auf bezahlten Mindestjahresurlaub von vier Wochen. Da die genannte Richtlinie aber nur eine Mindesturlaubslänge festlegt²⁷² und die Entsenderichtlinie nicht den materiellrechtlichen Inhalt der Mindestarbeitsbedingungen harmonisiert,²⁷³ ist für die Dauer der Beschäftigung in Österreich ein Mindesturlaub in dem durch § 4 BUAG vorgeschriebenen Ausmaß zu garantieren.

Der Urlaubsanspruch nach § 4 Abs 1a BUAG²⁷⁴ entsteht im Verhältnis zu den im Urlaubsjahr (Kalenderjahr) zurückgelegten Beschäftigungswochen bzw Teilen von Beschäftigungswochen.²⁷⁵ Der Anspruch beträgt gem § 4 Abs 1 BUAG bei einer Anwartschaftsperiode von 52 Anwartschaftswochen 30 Werktage. Bei Erreichen von 1.150 Anwartschaftswochen erhöht sich der Urlaubsanspruch auf 36 Werktage.

Während das BUAG die finanziellen Ansprüche des Arbeitnehmers während und für die Urlaubshaltung absichern soll, schafft es keine Garantie dafür, dass ein Urlaub auch tatsächlich als Naturalurlaub konsumiert wird, da die Urlaubshaltung nach wie vor zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer zu vereinbaren ist.

14.2. Mindestlohnsätze bzw Entlohnung einschließlich Überstundensätze

In seiner Entscheidung in der Rs *Sähköalojen Ammattiliitto* erklärte der EuGH: „Die Vergütung, die den entsandten Arbeitnehmern für die Dauer des bezahlten Mindestjahresurlaubs zu gewähren ist, entspricht dem Mindestlohn, auf den diese Arbeitnehmer im Referenzzeitraum Anspruch haben.“²⁷⁶ Bezahlter Mindestjahresurlaub bedeutet daher nicht nur, dass ein Anspruch auf Urlaub dem Grunde nach besteht, sondern auch, dass für die Dauer des durch die Tätigkeit in Österreich erworbenen Urlaubs ein Urlaubsentgelt zumindest auf Basis des österreichischen Lohnniveaus zu gewähren und zu gewährleisten ist.

²⁷¹ ABI L 2003/299, 9; die Richtlinie ersetzte die Richtlinie 93/104/EG des Rates vom 23. November 1993 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung, ABI L 1993/307, 18.

²⁷² EuGH C-49/98 ua, *Finalarte*, ECLI:EU:C:2001:564, Rn 57.

²⁷³ EuGH C-396/13, *Sähköalojen Ammattiliitto*, ECLI:EU:C:2015:86, Rn 31.

²⁷⁴ Eingefügt durch BGBl I 2000/44 und BGBl I 2010/59.

²⁷⁵ Diese Regelung gilt – anders als im allgemeinen Urlaubsrecht – nicht nur im ersten Beschäftigungsjahr, sondern während der gesamten Dauer der Beschäftigung im Rahmen des BUAG (ErläutRV 774 BlgNR 24. GP 4).

²⁷⁶ EuGH C-396/13, *Sähköalojen Ammattiliitto*, ECLI:EU:C:2015:86, Rn 70.

Das dem Arbeitnehmer nach dem BUAG zu zahlende Urlaubsentgelt umfasst einerseits das Urlaubsgeld (Lohnfortzahlung während der Freizeit), andererseits den Urlaubszuschuss (13. Monatsgehalt).²⁷⁷ Die Höhe des Urlaubsentgelts nach dem BUAG ergibt sich aus den erworbenen Anwartschaften und aus dem Zuschlagswert gem § 4 Abs 2 BUAG iVm §§ 1 und 2 der BUAG-V. Die Anwartschaft beträgt derzeit gem § 2 Z 1 BUAG-V bei einem Urlaubsausmaß von 30 Werktagen 649,35/1000 der in der Anwartschaftsperiode geleisteten Zuschläge. Die Höhe der Zuschläge errechnet sich nach § 1 BUAG-V, wobei als Grundlage der jeweilige kollektivvertragliche Stundenlohn herangezogen wird. Die „Baubranche“ gem § 2 BUAG kennt dabei eine Vielzahl an Kollektivverträgen,²⁷⁸ wobei jeder Kollektivvertrag bei derlohneinstufung wiederum Unterscheidungen nach Beschäftigungsgruppen trifft.²⁷⁹ ZT umfasst der Anwendungsbereich eines Kollektivvertrages nicht einmal das ganze Bundesgebiet,²⁸⁰ sodass Arbeitnehmer je nachdem, wo sie eingesetzt sind, unterschiedliche Mindestlohnansprüche haben.

Für die Baubranche sind gem Art 3 Abs 1 der Entsenderichtlinie (auch bereits vor der Umsetzung der Änderungsrichtlinie) grundsätzlich auch solche Mindestbeschäftigungsbedingungen beachtlich, welche sich aus allgemein verbindlich erklärten Kollektivverträgen ergeben.²⁸¹ Fraglich ist zum einen, ob Lohnansätze als „*allgemein verbindlich*“ eingestuft werden können, welche nicht im gesamten Bundesgebiet anzuwenden sind und zum anderen, ob Abstufungen nach der Beschäftigungsgruppe getroffen werden dürfen. Weiters stellt sich die Frage, ob der im Urlaubsentgelt enthaltene Urlaubszuschuss als Mindestlohn anzusehen ist.

Artikel 3 Abs 1 letzter Satz der Entsenderichtlinie sieht vor, dass der Begriff der Mindestlohnsätze durch die Rechtsvorschriften und/oder Praktiken des Mitgliedstaats bestimmt wird, in dessen Hoheitsgebiet der Arbeitnehmer entsandt wird. Zutreffend schließt *Rebhahn* aus dem Wortlaut dieser Bestimmung, dass sich nicht nur die konkrete Festlegung der Mindestlohnsätze nach dem Recht des Aufnahmemitgliedstaates richtet, sondern schon die Frage, was unter

²⁷⁷ *Klinger*, BUAG (2006) § 4 BUAG Anm 5.

²⁷⁸ ZB Kollektivvertrag für Baugewerbe und Bauindustrie, Kollektivvertrag für Zimmerergewerbe, Kollektivvertrag für Dachdeckergewerbe uvm.

²⁷⁹ Die dem Kollektivvertrag für das Baugewerbe und die Bauindustrie als Anhang I angeschlossene Lohnordnung kennt beispielsweise sieben verschiedene Beschäftigungsgruppen (Vizepolier, Facharbeiter, angelernter Arbeiter, Hilfsarbeiter, sonstiges Hilfspersonal, Lehrling, Praktikant).

²⁸⁰ ZB: Kollektivvertrag für Platten- und Fliesenlegergewerbe in Wien, Oberösterreich, Kärnten; Kollektivvertrag für Brunnenmeister- und Tiefbohrergewerbe Österreich außer Steiermark; Kollektivvertrag der Salzburger Marmorindustrie; Kollektivvertrag der Stuckateure-, Gips-, Fassadengewerbe und Trockenausbauer Wien.

²⁸¹ *Drs* in Resch (Hrsg), Grenzüberschreitender Personaleinsatz (2007) 37.

„Mindestlohnsätzen“ zu verstehen ist, nach dessen Recht zu beurteilen ist.²⁸² Die Festlegung des Begriffs „Mindestlohn“ durch den Aufnahmemitgliedstaat darf allerdings nicht zu einer Behinderung des freien Dienstleistungsverkehrs zwischen den Mitgliedstaaten führen, sodass dem EuGH diesbezüglich eine Kontrollfunktion zukommt.²⁸³

Der EuGH hat zum Begriff des Mindestlohns insbesondere iZm den Rs *Kommission/Deutschland*²⁸⁴, *Laval*²⁸⁵, *Rüffert*²⁸⁶, *Isbir*²⁸⁷ und *Sähköalojen Ammattiliitto*²⁸⁸ Stellung genommen.

Kommission/Deutschland

Der EuGH hatte zu klären, ob und welche Zulagen und Zuschläge als Bestandteile des Mindestlohns anzusehen sind. Er stellte zunächst klar, dass auf den Bruttolohn abzustellen ist.²⁸⁹ In der Folge hielt der Gerichtshof fest, dass „Zulagen und Zuschläge, die nicht durch die Rechtsvorschriften oder Praktiken [des Aufnahmemitgliedstaates] als Bestandteile des Mindestlohns definiert werden und die das Verhältnis zwischen der Leistung des Arbeitnehmers und der von ihm erhaltenen Gegenleistung verändern“, nicht als Bestandteil des Mindestlohns iSd Entsenderichtlinie zu betrachten seien.²⁹⁰ Der EuGH schloss solchermaßen Qualitätsprämien, Schmutz-, Erschwernis- oder Gefahrenzulagen als Bestandteil des Mindestlohns aus.²⁹¹

Laval

Dem Fall *Laval* lag die Entsendung lettischer Arbeitnehmer auf eine Baustelle in Schweden zugrunde. Schweden hatte weder Mindestlohnsätze in Form von Rechtsvorschriften festgelegt noch entsprechende Tarifverträge für allgemein verbindlich erklärt.²⁹² Der EuGH erklärte, dass Mindestlohnsätze, die nicht auf eine

²⁸² EUArbR/*Rebhahn* RL 96/71/EG, Art 3 Rz 13; EuGH C-341/05, *Laval*, ECLI:EU:C:2007:809, Rn 60.

²⁸³ EuGH C-396/13, *Sähköalojen Ammattiliitto*, ECLI:EU:C:2015:86, Rn 34; EuGH C-522/12, *Isbir*, ECLI:EU:C:2013:711, Rn 37.

²⁸⁴ EuGH C-341/02, *Kommission/Deutschland*, ECLI:EU:C:2005:220.

²⁸⁵ EuGH C-341/05, *Laval*, ECLI:EU:C:2007:809.

²⁸⁶ EuGH C-346/06, *Rüffert*, ECLI:EU:C:2008:189.

²⁸⁷ EuGH C-522/12, *Isbir*, ECLI:EU:C:2013:711.

²⁸⁸ EuGH C-396/13, *Sähköalojen Ammattiliitto*, ECLI:EU:C:2015:86.

²⁸⁹ EuGH C-341/02, *Kommission/Deutschland*, ECLI:EU:C:2005:220, Rn 29.

²⁹⁰ EuGH C-341/02, *Kommission/Deutschland*, ECLI:EU:C:2005:220, Rn 39.

²⁹¹ EuGH C-341/02, *Kommission/Deutschland*, ECLI:EU:C:2005:220, Rn 38.

²⁹² EuGH C-341/05, *Laval*, ECLI:EU:C:2007:809, Rn 67.

der beiden genannten Weisen bestimmt werden, drittstaatsangehörigen Unternehmen nicht abverlangt werden könnten.²⁹³

Rüffert

In seiner Entscheidung in der Rs *Rüffert* sah es der EuGH als unzulässig an, den Arbeitgeber zur Einhaltung von Lohnansätzen zu verpflichten, wenn diese Lohnansätze nur für öffentliche, nicht aber für private Aufträge gelten.²⁹⁴ Ein Tarifvertrag, der nur für öffentliche, nicht aber für private Aufträge gelte, könne nicht als *“für alle in den jeweiligen geografischen Bereich fallenden oder die betreffende Tätigkeit oder das betreffende Gewerbe ausübenden gleichartigen Unternehmen allgemein wirksam“* angesehen werden.²⁹⁵

Aus dem vom EuGH verwendeten Wortlaut *„jeweiligen geografischen Bereich“* lässt sich ableiten, dass unterschiedliche Lohnansätze in verschiedenen geografischen Bereichen grundsätzlich nicht schaden.

Isbir

Der EuGH unterstrich zunächst, dass die Definition des Begriffs *„Mindestlohn“* sich nach dem Recht des Aufnahmemitgliedstaates richte.²⁹⁶ Er wiederholte seine im Urteil zur Rs *Kommission/Deutschland*²⁹⁷ geäußerte Ansicht, dass *„Zulagen und Zuschläge, welche das Verhältnis zwischen der Leistung des Arbeitnehmers auf der einen und der ihm erbrachten Gegenleistung auf der anderen Seite nicht verändern“*, nicht als Bestandteil des Mindestlohns zu betrachten seien.²⁹⁸ Regelmäßig wiederkehrende Zahlungen wie Weihnachtsremuneration oder Urlaubsgeld würden aber eine Gegenleistung für die normale Tätigkeit des betreffenden Arbeitnehmers darstellen und seien daher als Mindestlohn zu qualifizieren.²⁹⁹

Sähköalojen Ammattiliitto

Generalanwalt *Nils Wahl* vertrat in seinen Schlussanträgen vom 18. 9. 2014 zur Rs *Sähköalojen Ammattiliitto*³⁰⁰ die Auffassung, dass als Mindestlohn iSd Entsenderichtlinie lediglich der niedrigste in den Tarifverträgen vorgesehene

²⁹³ EuGH C-341/05, *Laval*, ECLI:EU:C:2007:809, Rn 71.

²⁹⁴ EuGH C-346/06, *Rüffert*, ECLI:EU:C:2008:189, Rn 43.

²⁹⁵ EuGH C-346/06, *Rüffert*, ECLI:EU:C:2008:189, Rn 28.

²⁹⁶ EuGH C-522/12, *Isbir*, ECLI:EU:C:2013:711, Rn 37, 40.

²⁹⁷ EuGH C-341/02, *Kommission/Deutschland*, ECLI:EU:C:2005:220, Rn 40.

²⁹⁸ EuGH C-522/12, *Isbir*, ECLI:EU:C:2013:711, Rn 38.

²⁹⁹ EuGH C-522/12, *Isbir*, ECLI:EU:C:2013:711, Rn 41.

³⁰⁰ EuGH C-396/13, *Sähköalojen Ammattiliitto*, ECLI:EU:C:2015:86.

Lohnansatz herangezogen werden dürfe. Dieser Lohn gelte auch für einige inländische Arbeitnehmer, sodass er einen angemessenen Schutz darstelle. Alles, was über diesen Schutz hinausgehe, sei zwangsläufig nicht mit Art 56 AEUV vereinbar.³⁰¹

Der EuGH schloss sich dieser Rechtsansicht nicht an. Er hielt vielmehr fest, dass *„die Art und Weise der Berechnung des Mindestlohnansatzes und die dafür herangezogenen Kriterien in die Zuständigkeit des Aufnahmemitgliedstaates fallen“* würden.³⁰² Dessen Vorschriften über die Einteilung der Arbeitnehmer in Lohngruppen anhand von *„Qualifikation, Ausbildung, Erfahrung, Art der ausgeübten Tätigkeit treten an Stelle der Vorschriften, die im Herkunftsmitgliedstaat anwendbar sind.“*³⁰³ Um dem entsendenden Arbeitgeber entgegengehalten werden zu können, müsse die Einteilung in Lohngruppen transparent, dh zugänglich und klar sein.³⁰⁴

Analyse und Rechtsfolgen der zitierten Entscheidungen

Der zitierten Rsp ist einerseits zu entnehmen, dass nationale Mindestlohnsätze auf ausländische Arbeitgeber nur übertragbar sind, wenn die Mindestlohnsätze auch für vergleichbare inländische Arbeitsverhältnisse verbindlich sind.³⁰⁵ Für die Baubranche konnte gem Art 3 Abs 1 der Entsenderichtlinie vor Inkrafttreten der Änderungsrichtlinie zur Entsenderichtlinie die Verbindlichkeit entweder durch entsprechende Rechts- oder Verwaltungsvorschriften (gesetzliche Mindestlöhne) hergestellt werden oder sie konnte aufgrund von allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträgen oder Schiedssprüchen beruhen. Die Änderungsrichtlinie hat die Möglichkeiten, in Tarifverträgen enthaltende Mindestlohnbedingungen auf ausländische Arbeitgeber zu übertragen, erweitert. So können – immer unter der Voraussetzung der Gleichbehandlung inländischer und ausländischer Arbeitgeber - mangels eines Systems zur Allgemeinverbindlicherklärung Tarifverträge oder Schiedssprüche auch dann auf Arbeitsverhältnisse entsandter Arbeitnehmer übertragen werden, wenn *„die Tarifverträge oder Schiedssprüche für alle in den jeweiligen geographischen Bereich fallenden und die betreffende Tätigkeit oder das betreffende Gewerbe ausübenden gleichartigen Unternehmen allgemein wirksam sind“* bzw *„wenn die Tarifverträge, die von den auf nationaler Ebene repräsentativsten*

³⁰¹ Schlussanträge des Generalanwalts *Nils Wahl* vom 18. 9. 2014 zu C-396/13, *Sähköalojen Ammattiliitto*, ECLI:EU:C:2014:2236, Rn 82.

³⁰² EuGH C-396/13, *Sähköalojen Ammattiliitto*, ECLI:EU:C:2015:86, Rn 39, 45.

³⁰³ EuGH C-396/13, *Sähköalojen Ammattiliitto*, ECLI:EU:C:2015:86, Rn 43.

³⁰⁴ EuGH C-396/13, *Sähköalojen Ammattiliitto*, ECLI:EU:C:2015:86, Rn 44.

³⁰⁵ EuGH C-341/05, *Laval*, ECLI:EU:C:2007:809, Rn 71, *Rebhahn*, Entsendung von Arbeitnehmern in der EU – arbeitsrechtliche Fragen zum Gemeinschaftsrecht, DRdA 1999, 173.

Organisationen der Tarifvertragsparteien geschlossen werden, innerhalb des gesamten nationalen Hoheitsgebietes zur Anwendung kommen.“

Den dargestellten Entscheidungen ist außerdem zu entnehmen, dass nicht ein abstrakter Mindestlohn zu garantieren ist, sondern dass sich die Ansprüche eines entsandten Arbeitnehmers in Art und Umfang an jenen orientieren, welche einem vergleichbaren inländischen Arbeitnehmer zukommen. Hierbei ist sehr konkret auf die individuellen Verhältnisse, wie insbesondere den Ort der Arbeitserbringung,³⁰⁶ die Qualifikation des Arbeitnehmers, die Art der Tätigkeit, etc abzustellen.³⁰⁷ Für das Urlaubskassenverfahren des BUAG bedeutet dies, dass der Berechnung der Zuschläge zunächst jener Kollektivvertrag zugrunde zu legen ist, der zur Anwendung käme, wenn die Arbeitsleistung im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses zu einem österreichischen Unternehmen erbracht worden wäre. Dabei sind auch lokal unterschiedliche Kollektivverträge oder Ansätze in Kollektivverträgen zu berücksichtigen. (Beispielsweise kennt der Kollektivvertrag für Hafner, Platten-/Fliesenleger, Keramiker eine unterschiedliche Lohnordnung für Kärnten und Restösterreich). *Rebhahn* weist allerdings zurecht darauf hin, dass bspw ein Kärntner Bauunternehmer, wenn er Arbeiten in Wien durchführen lässt, dadurch nicht Mitglied der Wiener Wirtschaftskammer wird und für ihn die (allenfalls höheren) Wiener Tarife uU nicht gelten.³⁰⁸ Da der Wiener Kollektivvertrag in diesem Fall gerade nicht allgemeinverbindlich ist, dürfte er auch auf ausländische Arbeitnehmer nicht angewendet werden, sondern es müsste jener Tarif zur Anwendung gelangen, der für jeden inländischen Anbieter verbindlich ist. Innerhalb des ermittelten Kollektivvertrags ist jedenfalls eine Einstufung des entsandten Arbeitnehmers nach Art der Tätigkeit und Qualifikation (zB Hilfsarbeiter, angelernter Arbeiter, Facharbeiter) vorzunehmen.

Dieses Abstellen auf die konkreten Umstände ist mE sachgemäß und entspricht dem Grundgedanken der Entsenderichtlinie, welche Lohn- und Sozialdumping sowie unlauteren Wettbewerb verhindern will. Die gegenteilige Auffassung des Generalanwalts Nils Wahl³⁰⁹ in der Rs *Sähköalojen Ammattiliitto*, der die Meinung vertritt, unter „*Mindestlohn*“ sei nur der niedrigste in den Tarifverträgen vorgesehene Lohnansatz zu verstehen, überzeugt dagegen nicht. Es stellt nämlich auch einen Wettbewerbsvorteil dar, wenn ein Arbeitgeber einen qualifizierten Facharbeiter zum Lohn eines unqualifizierten Hilfsarbeiters beschäftigen kann. Ein

³⁰⁶ EuGH C-346/06, *Rüffert*, ECLI:EU:C:2008:189, Rn 28.

³⁰⁷ EuGH C-396/13, *Sähköalojen Ammattiliitto*, ECLI:EU:C:2015:86, Rn 43.

³⁰⁸ *Rebhahn*, Entsendung von Arbeitnehmern in der EU – arbeitsrechtliche Fragen zum Gemeinschaftsrecht, DRdA 1999, 173.

³⁰⁹ Schlussanträge des Generalanwalts *Nils Wahl* vom 18. 9. 2014 zu C-396/13, *Sähköalojen Ammattiliitto*, ECLI:EU:C:2014:2236, Rn 82.

solcher Arbeitgeber könnte seine Leistungen billiger anbieten als ein vergleichbarer inländischer Arbeitgeber, der die Tarife und Lohnordnungen zur berücksichtigen hat. Darüber hinaus würde für inländische qualifizierte Facharbeiter ein Lohndruck entstehen, wenn Arbeitnehmer mit vergleichbarer Qualifikation wesentlich günstiger (nämlich zum Lohn eines Hilfsarbeiters) beschäftigt werden könnten.

14.3. Zugänglichmachung von Mindestlohnsätzen

Die in der Rs *Sähköalojen Ammattiliitto*³¹⁰ vom EuGH geforderte Transparenz und öffentliche Zugänglichkeit von Mindestlohnbestimmungen wurde in der Änderungsrichtlinie zur Entsenderichtlinie aufgegriffen und wird in Art 3 Abs 1 der Entsenderichtlinie in ihrer konsolidierten Fassung positiv normiert, wobei sämtliche Informationen auf einer einzigen offiziellen nationalen Website abrufbar sein müssen. Eine solche zentrale Website wurde von der BUAK in Zusammenarbeit mit dem Bundesministerium für Arbeit, Familie und Jugend unter der Web-Adresse www.entsendeplattform.at geschaffen.

§ 7 LSD-BG verpflichtete in diesem Zusammenhang zuvor schon die Kollektivvertragsparteien, die von ihnen abgeschlossenen Kollektivverträge in elektronischer Form zugänglich zu machen. Für den Baubereich trifft die BUAK eine diesbezügliche Informations- und Auskunftspflicht. Problematisch war die früher in manchen Bereichen gängige Praxis der kollektivvertragsfähigen Parteien, die Kollektivverträge nur für ihre Mitglieder kostenlos zur Verfügung zu stellen. Art 5 Abs 1 der Durchsetzungsrichtlinie sieht vor, dass die Informationen über Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen im Aufnahmemitgliedstaat allgemein und kostenlos zur Verfügung zu stellen sind. Seit 2016 sind dementsprechend auf der Website www.kollektivvertrag.at alle Kollektivverträge gratis abrufbar.

14.4. Zuschläge nach dem BUAG

IZm der Berechnung der Zuschläge nach dem BUAG ist zusammenfassend festzuhalten, dass gegen den kollektivvertraglichen Stundenlohn im Sinne eines Bruttobetrag als Ausgangsbasis der Berechnung der Zuschläge keine Bedenken bestehen. Auch die Einstufung der Arbeitnehmer nach deren Qualifikation, Ausbildung, Erfahrung und Art der ausgeübten Tätigkeit entspricht den Vorgaben des EuGH³¹¹, ebenso eine geografische Differenzierung.³¹² Die rechnerische

³¹⁰ EuGH C-396/13, *Sähköalojen Ammattiliitto*, ECLI:EU:C:2015:86, Rn 44.

³¹¹ EuGH C-396/13, *Sähköalojen Ammattiliitto*, ECLI:EU:C:2015:86, Rn 43; *Rebhahn* EUArb, RL 96/71/EG, Art 3 Rz 17.

³¹² EuGH C-346/06, *Rüffert*, ECLI:EU:C:2008:189, Rn 28.

Einbeziehung des Urlaubszuschusses in die Zuschlagshöhe ist vom Begriff des „*Mindestlohn*“ gem Art 3 Abs 1 lit b und c der Entsenderichtlinie ebenso gedeckt, da es sich hierbei um eine Gegenleistung für die normale Tätigkeit des betreffenden Arbeitnehmers handelt, welche Leistung und Gegenleistung verändert und iSd Rsp iS *Isbir* als Mindestlohn zu qualifizieren ist.³¹³ Darüber hinaus unterscheidet sich die Berechnung der Zuschläge im Inlandsverfahren nicht von jener bei Entsendungen. Auch im Inlandsverfahren wird der Urlaubszuschuss rechnerisch einbezogen.

15. Günstigkeitsvergleich

In Art 3 Abs 7 sieht die Entsenderichtlinie einen Günstigkeitsvergleich vor. Demnach stehen die vorgenannten Absätze 1 bis 6 der Anwendung von für den Arbeitnehmer günstigeren Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen nicht entgegen. Art 3 Abs 7 ist nach der Rsp des EuGH nicht als Erlaubnis weitreichender Entsendungsvoraussetzungen, somit nicht so zu verstehen, dass die Aufnahmemitgliedstaaten über den in der Richtlinie festgelegten Mindestschutz hinausgehende Voraussetzungen für die Entsendung von Arbeitern festlegen dürfen.³¹⁴ Vielmehr bedeutet Art 3 Abs 7 der Richtlinie, dass für den Arbeitnehmer vorteilhaftere Regelungen des Heimatstaates beachtet werden müssen.³¹⁵

15.1. Anwendungsbereich des Günstigkeitsvergleichs

Preis/Temming leiten aus den Ausführungen des EuGH in den Entscheidungen *Guiot*,³¹⁶ *Arblade*³¹⁷ und *Finalarte*³¹⁸ ab, dass sich das Günstigkeitsprinzip des Art 3 Abs 7 der Entsenderichtlinie iZm Urlaubskassen auf ein Doppelbelastungsverbot bzw Anrechnungsgebot von im Heimatstaat direkt erbrachten Leistungen beziehe.³¹⁹ Der OGH folgt dieser Rechtsansicht, wenn er gestützt auf § 33 i BUAG einen Günstigkeitsvergleich in jenen Fällen von Vorneherein ausschließt, in denen im Herkunftsstaat keine Urlaubskassen existieren. Nach Ansicht des OGH reichen „*individuelle gesetzliche, kollektivvertragliche oder*

³¹³ EuGH C-522/12, *Isbir*, ECLI:EU:C:2013:711, Rn 41.

³¹⁴ EuGH C-341/05, *Laval*, ECLI:EU:C:2007:809, Rn 80-81; *Schrattbauer* in *Urnik/Pfeil* (Hrsg) 42.

³¹⁵ *Drs in Resch* (Hrsg), *Grenzüberschreitender Personaleinsatz* (2007) 38.

³¹⁶ EuGH C-272/94, *Guiot*, ECLI:EU:C:1996:147.

³¹⁷ EuGH C-369/96 ua, *Arblade*, ECLI:EU:C:1999:575.

³¹⁸ EuGH C-49/98 ua, *Finalarte*, ECLI:EU:C:2001:564.

³¹⁹ *Preis/Temming*, *Die Urlaubs- und Lohnausgleichskasse im Kontext des Gemeinschaftsrechts* (2006) 188.

*einzelvertragliche Urlaubsansprüche der Arbeitnehmer im Sitzstaat [...] nicht aus, um eine Ausnahme von der Zuschlagspflicht zu bewirken.*³²⁰

Diese Rechtsansicht des OGH ist in Hinblick auf die Entscheidungen des EuGH, insbesondere in den Rs *Finalarte*³²¹ und *Kommission/Deutschland*³²² zu hinterfragen. In seinem Urteil in der Rs *Finalarte* erklärt der EuGH die Einbeziehung entsandter Arbeitnehmer in ein Urlaubskassensystem nur unter der Voraussetzung für zulässig, dass „die Arbeitnehmer nach den Rechtsvorschriften des Niederlassungsmitgliedstaats ihres Arbeitgebers keinen im Wesentlichen vergleichbaren Schutz genießen, sodass die Anwendung der nationalen Regelung des ersten Mitgliedstaats ihnen einen tatsächlichen Vorteil verschafft, der deutlich zu ihrem sozialen Schutz beiträgt [...]“³²³ Der EuGH spricht in der zitierten Entscheidung sogar andere Möglichkeiten an, den sozialen Schutz der Arbeitnehmer zu gewährleisten. Das nationale Gericht habe zu prüfen, ob der Vorteil für den Arbeitnehmer durch weniger einschneidende Vorschriften erreicht werden könne.³²⁴

Die Kommission sah in der Regelung des § 1 Abs 3 Nr 1 und 2 des dAEntG, welche eine Befreiung vom Urlaubskassensystem nur in jenen Fällen vorsieht, in denen der ausländische Arbeitgeber im Herkunftsmitgliedstaat einem vergleichbaren Urlaubskassensystem unterliegt, einen Verstoß gegen die Dienstleistungsfreiheit und erhob Klage gegen die Bundesrepublik Deutschland. Das deutsche Bundesarbeitsgericht führt regelmäßig einen Günstigkeitsvergleich durch und wendet das Urlaubskassenverfahren dort nicht an, wo die materiell-rechtlichen Regelungen des Sitzstaates für den Arbeitnehmer günstiger sind.³²⁵ Kriterien für diesen Günstigkeitsvergleich sind dabei einerseits die Anzahl der Urlaubstage, andererseits die Höhe des auf einen Urlaubstag entfallenden Entgeltanspruchs, die Dauer der Wartezeit, die Möglichkeit der Übertragung von Urlaubsansprüchen in das Folgejahr und der Mitnahme von Urlaubsansprüchen zu einem neuen Arbeitgeber.³²⁶ Aufgrund dieser einschränkenden Gesetzesanwendung stellte der EuGH in dem Vertragsverletzungsverfahren der Kommission gegen die Bundesrepublik Deutschland keinen Verstoß gegen die Dienstleistungsfreiheit fest.³²⁷

³²⁰ OGH 28. 3. 2019, 9 ObA 111/18 s; OGH 25. 10. 2011, 8 ObA 2/11 v.

³²¹ EuGH C-49/98 ua, *Finalarte*, ECLI:EU:C:2001:564.

³²² EuGH C-490/04, *Kommission/Deutschland*, ECLI:EU:C:2007:430.

³²³ EuGH C-49/98 ua, *Finalarte*, ECLI:EU:C:2001:564, Rn 53.

³²⁴ EuGH C-49/98 ua, *Finalarte*, ECLI:EU:C:2001:564, Rn 51-52.

³²⁵ *Velikova*, Arbeitnehmerentsendung (2012) 195.

³²⁶ BAG 20. 7. 2004, 9 AZR 343/03; *Velikova*, Arbeitnehmerentsendung (2012) 196.

³²⁷ EuGH C-490/04, *Kommission/Deutschland*, ECLI:EU:C:2007:430, Rn 54.

Der dargestellten Judikatur des EuGH ist zu entnehmen, dass entgegen der Rsp des OGH ein Günstigkeitsvergleich auch dann vorzunehmen ist, wenn im Niederlassungsmitgliedstaat kein Urlaubskassensystem eingerichtet ist. Bietet das System des Heimatmitgliedstaates zumindest den gleichen oder einen im Wesentlichen vergleichbaren Schutz wie das österreichische Urlaubskassensystem, dann ist die Einbeziehung des Arbeitsverhältnisses in das System des BUAG von Vorneherein ausgeschlossen und die Frage der Anrechnung stellt sich gar nicht. Dies ist im Hinblick auf den Grundsatz der Dienstleistungsfreiheit konsequent. Da Eingriffe in die Dienstleistungsfreiheit nach der Rsp des EuGH³²⁸ nur insoweit zulässig sind, als sie durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses, zu denen der soziale Schutz der Arbeitnehmer gehört, gerechtfertigt sind, kommt eine Einbeziehung in das Urlaubskassensystem dann nicht in Betracht, wenn dieses dem Arbeitnehmer keinen zusätzlichen Vorteil verschafft.

Der Günstigkeitsvergleich ist somit schon ganz grundsätzlich vorzunehmen, um überhaupt eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit rechtfertigen zu können.³²⁹ Nur wenn die Regeln des Aufnahmestaates für den entsandten Arbeitnehmer günstiger sind als jene des Entsendestaates, dürfen diese überhaupt Anwendung finden.³³⁰

15.2. Aspekte des Günstigkeitsvergleichs

Ob beim Günstigkeitsvergleich auf einzelne Gesetzesbestimmungen abzustellen ist oder ob Regelungsgruppen zu vergleichen sind, ist Gegenstand wissenschaftlicher Diskussionen:

Nach *Tscherner*, welche von „*Rosinentheorie*“ spricht, ist der Günstigkeitsvergleich für alle der in Art 3 Abs 1 lit a bis g der Richtlinie genannten Aspekte gesondert vorzunehmen.³³¹ Andere Autoren halten einen Sachgruppenvergleich für angebracht, da ein Einzelvergleich durch eine „*Kumulation der Vorteile*“ zu einer Benachteiligung der entsendenden Arbeitgeber führen würde.³³² Dieser Rechtsansicht ist der Vorzug zu geben, zumal der Entscheidung des EuGH iS *Sähkoalojen Ammatilitto* zu entnehmen ist, dass es sich beim Anspruch auf Jahresurlaub und jenem auf Zahlung des Urlaubsentgelts um „*zwei Aspekte eines*

³²⁸ EuGH C-60/03, *Wolff & Müller*, ECLI:EU:C:2004:610, Rn 35.

³²⁹ *Velikova*, Arbeitnehmerentsendung (2012) 177.

³³⁰ EuGH C-49/98 ua, *Finalarte*, ECLI:EU:C:2001:564, Rn 45.

³³¹ *Tscherner*, Arbeitsbeziehungen (2012) 260, 276.

³³² *Velikova*, Arbeitnehmerentsendung (2012) 189

einzigem Anspruchs“ handelt,³³³ dass somit diese beiden Aspekte gemeinsam zu evaluieren sind. Auch aus der Entscheidung in der Rs *Mazzoleni*³³⁴ geht hervor, dass ein Abstellen auf einzelne Kriterien zu kurz gegriffen ist. Tatsächlich würde es eine Diskriminierung darstellen, müsste ein Arbeitgeber, der Personen entsendet, jeweils die für seine Arbeitnehmer günstigeren (und für ihn beschwerlicheren) Bestimmungen einhalten, während Arbeitgeber des Aufnahmemitgliedstaates nur an die Bedingungen eines einzigen Staates gebunden wären.

Zu beachten ist, dass im Rahmen des Günstigkeitsvergleichs nicht nur die Anzahl der Urlaubstage und die Höhe des Urlaubsgeldes zu vergleichen sind. Zu berücksichtigen sind neben den vom BAG³³⁵ herangezogenen Kriterien der Wartezeit, der Möglichkeit der Übertragung von Urlaubsansprüchen in das Folgejahr und der Mitnahmemöglichkeit zu einem neuen Arbeitgeber auch der soziale Schutz, den die Urlaubskasse generell bietet.³³⁶ *Preis/Temming* argumentieren, dass „*die Institution des Urlaubskassenverfahrens bereits für sich genommen einen möglichen Vorteil*“ darstellt, sodass sich „*die Waagschale von vorneherein zugunsten*“ dieses Systems neige.³³⁷ Der zusätzliche soziale Schutz des Urlaubskassensystems kann beispielsweise dadurch gegeben sein, dass es dem einzelnen Arbeitnehmer erspart bleibt, seine Ansprüche selbst gerichtlich geltend zu machen und so das Klags(kosten)risiko zu tragen.³³⁸ Der nach Österreich entsandte Arbeitnehmer wird vielfach gar nicht wissen, welche Ansprüche er nach österreichischem Recht hat und schon deshalb nicht in der Lage sein, diese durchzusetzen. Auch ist eine Kontrolle, ob ein Arbeitgeber die seinen Arbeitnehmern nach österreichischem Recht zustehenden Ansprüche im Ausland tatsächlich gewährt, für den Staat abseits des Urlaubskassensystems (derzeit) praktisch nicht möglich. Insofern stellt das Urlaubskassensystem bis zu einem gewissen Grad neben den materiell-rechtlichen Ansprüchen auch deren Durchsetzung sicher.

Vergleichbar könnte ein Urlaubssystem in Hinblick auf die Durchsetzung der Ansprüche allenfalls dann sein, wenn eine institutionalisierte Kontrolle im Entsendestaat existiert, welche die Arbeitnehmeransprüche (uzw auch die nach österreichischem Niveau zustehenden Ansprüche) einerseits materiell prüft und andererseits formell (zB durch enge Kontrollen kombiniert mit Strafen oder Entzug

³³³ EuGH C-396/13, *Sähköalojen Ammattiliitto*, ECLI:EU:C:2015:86, Rn 67.

³³⁴ EuGH C-165/98, *Mazzoleni*, ECLI:EU:C:2001:162, Rn 33.

³³⁵ BAG 20. 7. 2004, 9 AZR 343/03; *Velikova*, Arbeitnehmerentsendung (2012) 196.

³³⁶ EuGH C-49/98 ua, *Finalarte*, ECLI:EU:C:2001:564, Rn 42.

³³⁷ *Preis/Temming*, Die Urlaubs- und Lohnausgleichskasse im Kontext des Gemeinschaftsrechts (2006) 190.

³³⁸ OGH 25. 10. 2011, 8 ObA 2/11v.

der Berufsausübungsberechtigung) sicherstellt. Gewährleistet das System im Herkunftsmitgliedstaat zumindest die gleichen materiell-rechtlichen Ansprüche und dasselbe Maß an Rechtssicherheit bei der Durchsetzung der Ansprüche, dann bringt das Urlaubskassensystem des BUAG im Einzelfall uU keinen zusätzlichen Vorteil, sodass es von Vorneherein nicht zur Anwendung gelangt.

16. Zwischenergebnis

Die Entsenderichtlinie soll weder eine Harmonisierung der nationalen Vorschriften noch der Verfahren zur Schaffung von Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen herbeiführen.³³⁹ Vielmehr soll ein Kernbestand an Arbeitsbedingungen festgelegt werden, hinsichtlich derer ein entsendender Arbeitgeber seinen Arbeitnehmern die Arbeitsbedingungen des Aufnahmemitgliedstaates garantieren muss.³⁴⁰ Der EuGH räumt den Mitgliedstaaten ein weites Ermessen bei der Festlegung der Form und der Art und Weise der Verfahren zur Durchsetzung der Verpflichtungen aus der Entsenderichtlinie ein.

Die Art 3 Abs 1 lit b) und c) der Entsenderichtlinie, wonach die Mitgliedstaaten aus dem Ausland entsandte Arbeitnehmer bezüglich der Aspekte des bezahlten Mindestjahresurlaubs und des Mindestlohns bzw der Entlohnung inländischen Arbeitnehmern gleichstellen müssen, bieten Grundlagen für die Ausweitung des Urlaubskassenverfahrens auf nach Österreich entsandte Arbeitnehmer. Bei Erstreckung des Urlaubskassenverfahrens sind jedoch die Grundfreiheiten, insbesondere die Dienstleistungsfreiheit und die Arbeitnehmerfreizügigkeit zu beachten.³⁴¹

³³⁹ *Tscherner*, *Arbeitsbeziehungen* (2012) 269; EuGH C-341/05, *Laval*, ECLI:EU:C:2007:809, Rn 68.

³⁴⁰ *Schrattbauer* in *Urnik/Pfeil* (Hrsg) 37.

³⁴¹ *Tscherner*, *Arbeitsbeziehungen* (2012) 269; EuGH C-341/05, *Laval*, ECLI:EU:C:2007:809, Rn 68; EuGH C-60/03, *Wolff & Müller*, ECLI:EU:C:2004:610, Rn 30.

V. DIENSTLEISTUNGSFREIHEIT (Art 56-62 AEUV)

17. Grundsatz der Dienstleistungsfreiheit

Die Dienstleistungsfreiheit als fundamentaler Grundsatz des Vertrages³⁴² ist in den Art 56 – 62 AEUV geregelt. Gem Art 56 AEUV sind Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs innerhalb der Union für Angehörige der Mitgliedstaaten, die in einem anderen Mitgliedstaat als demjenigen des Leistungsempfängers ansässig sind, nach Maßgabe der Bestimmungen der Art 56-62 AEUV verboten. Die Dienstleistungsfreiheit erlaubt es dem Leistenden, seine Tätigkeit vorübergehend in einem anderen Mitgliedstaat auszuüben, uzw unter den Voraussetzungen, welche dieser Staat für seine eigenen Angehörigen vorschreibt. Zur Dienstleistungsfreiheit gehört das Recht des Dienstleisters, sich zu ihrer Erbringung vorübergehend im Empfängerstaat aufzuhalten.³⁴³ Nach der Rsp des EuGH stellt die Arbeitskräfteüberlassung eine Dienstleistung dar und genießt somit den Schutz der Dienstleistungsfreiheit gem Art 56 – 62 AEUV.³⁴⁴ Da der Dienstleister seine Leistungen nicht selbst erbringen muss, gehört zur Dienstleistungsfreiheit aber auch das Recht, seine Arbeitnehmer zur Leistungserbringung in den Empfängerstaat zu entsenden.³⁴⁵

Art 56 Satz 1 AEUV verbietet Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs innerhalb der Union für Angehörige der Mitgliedstaaten, die in einem anderen Mitgliedstaat als demjenigen des Leistungsempfängers ansässig sind. Verboten sind demnach jedenfalls direkte Diskriminierungen aufgrund der Staatsangehörigkeit.³⁴⁶ Eine direkte oder unmittelbare Diskriminierung liegt vor, wenn für Angehörige eines anderen Mitgliedstaates unterschiedliche Regeln gelten als für Inländer. Derartige direkte Diskriminierungen sind nur in sehr eingeschränkter Weise einer Rechtfertigung zugänglich. Die Rechtfertigungsgründe müssen auf primärrechtlichen Ausnahmetatbeständen beruhen.³⁴⁷

³⁴²EuGH C-222/95, *Parodi*, ECLI:EU:C:1997:345, Rn 21.

³⁴³*Riesenhuber*, Europäisches Arbeitsrecht (2009) Rz 57.

³⁴⁴ EuGH 279/80, *Webb*, ECLI:EU:C:1981:314, Rn 9.

³⁴⁵Erwägungsgrund 2 der Änderungsrichtlinie RL (EU) 2018/957; *Schrammel/Windisch-Grätz*, Europäisches Arbeits- und Sozialrecht² (2018) 98; *Mair*, Mindestlohn und Gemeinschaftsrecht, JBI 2009, 88; *Windisch-Graetz* in *Resch* (Hrsg) Grenzüberschreitender Personaleinsatz (2007) 61-62.

³⁴⁶*Budischowsky* in *Jaeger/Stöger* (Hrsg), Kommentar zu EUV und AEUV, Art 57 AEUV Rz 23.

³⁴⁷*Budischowsky* in *Jaeger/Stöger* (Hrsg), Kommentar zu EUV und AEUV, Art 57 AEUV Rz 28; EuGH C-302/97, *Konle*, ECLI:EU:C:1999:271, Rn 24.

Neben derartigen direkten Ungleichbehandlungen fallen auch indirekte oder mittelbare Diskriminierungen nach der Rsp des EuGH unter das Diskriminierungsverbot des Art 56 AEUV. Hier sind zwei Arten von Diskriminierung denkbar:

(1) Zum einen kann es Regelungen geben, welche eine unterschiedliche Behandlung von Personengruppen vorsehen, wobei diese Regelungen zwar nicht an die Staatsbürgerschaft anknüpfen, aber doch an solche Kriterien, welche überwiegend Ausländer treffen (zB den Wohnsitz).³⁴⁸

(2) Zum anderen sind Normen oder Maßnahmen denkbar, welche unterschiedslos sowohl für Inländer als auch für Ausländer gelten, aber in ihrer Wirkung die Dienstleistungsfreiheit einschränken, weil sie ausländische Anbieter stärker belasten (zB Meldepflichten, Gebühren, etc). Derartige Maßnahmen können zu einer Doppelbelastung und dadurch zu einer Diskriminierung des ausländischen Anbieters führen.

18. Beschränkungsverbot des Art 56 AEUV

Ursprünglich war die Dienstleistungsfreiheit des Art 59 EGV (Art 56-62 AEUV) als Diskriminierungsverbot ausgestaltet.³⁴⁹ Der EuGH hat das Diskriminierungsverbot zunehmend zu einem absoluten Beschränkungsverbot ausgebaut.³⁵⁰ Der Beschränkungs-begriff wird dabei vom EuGH sehr weit verstanden. Unzulässig sind selbst solche Maßnahmen, die - obwohl sie gleichermaßen für einheimische und ausländische Dienstleister gelten - geeignet sind, die Tätigkeit des Dienstleisters mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat „zu unterbinden oder zu behindern oder weniger attraktiv zu machen.“³⁵¹

³⁴⁸EuGH C-224/97, *Ciola*, ECLI:EU:C:1999:212, Rn 14.

³⁴⁹ *Windisch-Graetz* in *Resch* (Hrsg) Grenzüberschreitender Personaleinsatz (2007) 62.

³⁵⁰ *Burger*, Arbeitszeit- und Entgeltrecht bei kurzzeitigen Auslandsdienstreisen, ZAS 2012/2.

³⁵¹ EuGH C-76/90, *Säger*, ECLI:EU:C:1991:331, Rn 12; EuGH C-43/93 *Vander Elst*, ECLI:EU:C:1994:319, Rn 15; EuGH C-272/94, *Guiot*, ECLI:EU:C:1996:147, Rn 10; EuGH C-49/98 ua, *Finalarte*, ECLI:EU:C:2001:564, Rn 28; EuGH C-369/96 ua, *Arblade*, ECLI:EU:C:1999:575, Rn 33; EuGH C-445/03, *Kommission/Luxemburg*, ECLI:EU:C:2004:655, Rn 20; EuGH C-60/03, *Wolff & Müller*, ECLI:EU:C:2004:610, Rn 31; *Mair*, Mindestlohn und Gemeinschaftsrecht, JBl 2009, 89; *Franzen*, Die europarechtlichen Grundlagen der grenzüberschreitenden Arbeitnehmerüberlassung, ZAS 2011/42; *Borchardt*, Die rechtlichen Grundlagen der Europäischen Union⁶ (2015) Rz 1089; *Burger*, Arbeitszeit- und Entgeltrecht bei kurzzeitigen Auslandsdienstreisen, ZAS 2012/2.

Bei Art 56 – 62 AEUV handelt es sich um zwingendes Recht, welches unmittelbar und unbedingt anwendbar ist.³⁵² Die Dienstleistungsfreiheit der Art 56 – 62 AEUV entfaltet im Fall eines Widerspruchs zu nationalem Recht vorrangige Wirkung, dh nationale Rechtsakte, die der Dienstleistungsfreiheit entgegenstehen, sind von Gerichten und Behörden nicht anzuwenden.³⁵³ Weder administrative Erwägungen noch rein wirtschaftliche Gründe sind geeignet, eine Behinderung der Dienstleistungsfreiheit zu rechtfertigen.³⁵⁴ Mittelbare Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit sind nur dann zulässig, wenn sie ein im Allgemeininteresse liegendes Ziel verfolgen, der intendierte Schutz nicht bereits durch Maßnahmen des Herkunftslandes gewährleistet ist und die Beschränkungen zur Erreichung des angestrebten Zieles geeignet und verhältnismäßig sind.³⁵⁵

19. Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit durch das Urlaubskassensystem

Dass die Pflicht zur Teilnahme am Urlaubskassenverfahren nach dem BUAG grundsätzlich geeignet ist, die Dienstleistung in Österreich „weniger attraktiv zu machen“³⁵⁶ und den ausländischen Arbeitgeber potentiell von der Erbringung seiner Dienstleistung abzuhalten, ist nicht anzuzweifeln. Die grenzüberschreitenden Dienstleister haben nicht nur die Zuschläge, welche auf Grundlage der in Österreich geltenden Kollektivvertragslöhne errechnet werden, zu bezahlen, wobei mit den vom Arbeitgeber zu leistenden Zuschlägen auch ein Verwaltungskostenbeitrag im Ausmaß von 1-2 Prozent abgedeckt wird.³⁵⁷ Auch die Meldepflichten sowie die unterschiedlichen Entlohnungsarten³⁵⁸ und der damit verbundene Verwaltungsaufwand sind geeignet, einen ausländischen Dienstleistungserbringer abzuschrecken.³⁵⁹ Fraglos führen die Entsendebestimmungen des BUAG somit zu

³⁵² EuGH C-224/97, *Ciola*, ECLI:EU:C:1999:212, Rn 27; EuGH 279/80, *Webb*, ECLI:EU:C:1981:314, Rn 13, 14.

³⁵³ *Budischowsky* in *Jaeger/Stöger* (Hrsg) Kommentar zu EUV und AEUV, Art 57 AEUV Rz 3.

³⁵⁴ *Borchardt*, Die rechtlichen Grundlagen der Europäischen Union⁶ (2015) 1092.

³⁵⁵ *Schrammel/Windisch-Graetz*, Europäisches Arbeits- und Sozialrecht (2018) 97; *Borchardt*, Die rechtlichen Grundlagen der Europäischen Union⁶ (2015) 1092.

³⁵⁶ *Temming*, Deutsches Arbeitnehmerentsendungsrecht im europäischen Visier, ELR 9/2007, 326

³⁵⁷ Gem § 2 BUAG-V idF BGBl. II Nr 419/2010 erwirbt der Arbeitnehmer bei einem Urlaubsausmaß von 30 Werktagen als Anwartschaft 649,35/1000 und bei 36 Werktagen 779,22/1000 der in der Anwartschaftsperiode geleisteten Zuschläge. Daneben erbringt die BUAK gem § 3 BUAG-V Nebenleistungen (Sozialversicherungsbeiträge, Lohnsteuern) von bis zu 30,1% des Urlaubsentgelts. Je nach Höhe der abzuführenden Beiträge bleibt ein Verwaltungskostenbeitrag von 1-2% des Zuschlagswertes.

³⁵⁸ *Mair*, Mindestlohn und Gemeinschaftsrecht, JBI 2009, 88.

³⁵⁹ Schlussanträge des Generalanwalts *Siebert Alber* vom 29. 9. 1999 zu C-165/98, *Mazzoleni*, ECLI:EU:C:1999:461, Rn 18.

einer Beschränkung und Behinderung der Dienstleistungsfreiheit im Sinne der EuGH-Judikatur.³⁶⁰ Zu prüfen ist somit, ob dieser Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit einer Rechtfertigung zugänglich ist.

20. EuGH-Rechtsprechung zur Dienstleistungsfreiheit

Der EuGH nahm in zahlreichen Entscheidungen zum Spannungsverhältnis zwischen Dienstleistungsfreiheit und Arbeitnehmerschutz Stellung. Bereits im Jahr 1981 in seinem Urteil in der Rs *Webb* erklärte der EuGH, dass der durch Art 59 EWG-Vertrag gewährleistete freie Dienstleistungsverkehr als fundamentaler Grundsatz des Vertrags grundsätzlich „das Gebot der Beseitigung sämtlicher Diskriminierungen des Leistungserbringers aufgrund seiner Staatsangehörigkeit oder des Umstands, dass er in einem anderen Mitgliedstaat als demjenigen ansässig ist, in dem die Dienstleistung erbracht werden soll“³⁶¹ umfasse. Der freie Dienstleistungsverkehr könne aber durch Regelungen beschränkt werden, die durch das Allgemeininteresse gerechtfertigt sind, wobei diese weder diskriminierend angewandt werden, noch zu einer Doppelbelastung führen dürften.³⁶²

In seinen Entscheidungen in den weiteren Rs *Seco*³⁶³, *Rush Portuguesa*³⁶⁴, *Vander Elst*³⁶⁵, *Guiot*³⁶⁶, *Arblade und Leloup*³⁶⁷, *Mazzoleni und ISA*³⁶⁸, *Wolff & Müller*³⁶⁹ bestätigte und konkretisierte der EuGH seine Judikaturlinie, wobei er näher ausführte, dass der soziale Schutz der Arbeitnehmer einen solchen, Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit rechtfertigenden „*zwingenden Grund des Allgemeininteresses*“ darstelle.³⁷⁰ In der Entscheidung *Seco* erklärte der EuGH, dass es den Mitgliedstaaten grundsätzlich „*nicht verwehrt sei, ihre Rechtsvorschriften über Mindestlöhne oder die hierüber geschlossenen Tarifverträge auf alle Personen auszudehnen, die in ihrem Staatsgebiet, und sei es auch nur vorübergehend, eine unselbständige Erwerbstätigkeit ausüben. [...] Ebensovienig verbietet es das Gemeinschaftsrecht den Mitgliedstaaten, die Einhaltung dieser Regeln mit den*

³⁶⁰ EuGH C-49/98 ua, *Finalarte*, ECLI:EU:C:2001:564, Rn 30; EuGH C-369/96 ua, *Arblade*, ECLI:EU:C:1999:575, Rn 52, 56.

³⁶¹ EuGH 279/80, *Webb*, ECLI:EU:C:1981:314, Rn 14.

³⁶² EuGH 279/80, *Webb*, ECLI:EU:C:1981:314, Rn 17.

³⁶³ EuGH 62/81 und 63/81, *Seco*, ECLI:EU:C:1982:34, Rn 8-12.

³⁶⁴ EuGH C-113/89, *Rush Portuguesa*, ECLI:EU:C:1990:142.

³⁶⁵ EuGH C-43/93 *Vander Elst*, ECLI:EU:C:1994:319.

³⁶⁶ EuGH C-272/94, *Guiot*, ECLI:EU:C:1996:147, Rn 11.

³⁶⁷ EuGH C-369/96 ua, *Arblade*, ECLI:EU:C:1999:575.

³⁶⁸ EuGH C-165/98, *Mazzoleni*, ECLI:EU:C:2001:162.

³⁶⁹ EuGH C-60/03, *Wolff & Müller*, ECLI:EU:C:2004:610.

³⁷⁰ EuGH C-60/03, *Wolff & Müller*, ECLI:EU:C:2004:610, Rn 35.

*geeigneten Mitteln durchzusetzen.*³⁷¹ In weiterer Folge weitete der EuGH das Recht zur Ausdehnung der eigenen Rechtsvorschriften iZm dem Arbeitnehmerschutz ganz allgemein auf Vorschriften des Aufnahmemitgliedstaates aus, ohne eine Einschränkung auf Vorschriften über Mindestlöhne vorzunehmen.³⁷² Die Erfüllung aller Bedingungen einer Niederlassung dürften für grenzüberschreitende Dienstleister allerdings nicht verlangt werden.³⁷³ In seinem Urteil zur Rs *Arblade und Leloup* stellte der EuGH auch noch die Forderung auf, dass jene tarifvertraglichen Mindestvergütungen, welche auf Arbeitnehmer ausländischer Unternehmen erstreckt werden sollen, hinreichend genau determiniert und leicht zugänglich sein müssten.³⁷⁴

Während der EuGH also einerseits die Anwendung der Rechtsvorschriften des Aufnahmemitgliedstaates in weiten Bereichen zuließ, statuierte er als Voraussetzung, dass diese Regelungen für alle im Hoheitsgebiet tätigen Personen gleichermaßen zu gelten hätten und ihnen nicht bereits durch Rechtsvorschriften des Herkunftsstaates Rechnung getragen werde.³⁷⁵

Den Entscheidungen des EuGH *Seco*³⁷⁶, *Vander Elst*³⁷⁷ und *Guiot*³⁷⁸ ist zu entnehmen, dass eine unzulässige Diskriminierung jedenfalls dann vorliegt, wenn die Maßnahme den entsandten Arbeitnehmern keinen sozialen Vorteil bringt. So bringt beispielsweise eine Beitragspflicht zum Sozialversicherungssystem des Aufnahmemitgliedstaates dem entsandten Arbeitnehmer keinen sozialen Vorteil und stellt somit eine unzulässige Diskriminierung dar, wenn der Arbeitgeber für denselben Arbeitnehmer und dieselben Zeiträume Beiträge in vergleichbarer Weise bereits im Heimatstaat zu tragen hat.³⁷⁹ Die Frage, welcher Vergleichsmaßstab bei der Beurteilung, ob ein gleichwertiger Schutz im Heimatstaat besteht, heranzuziehen ist, wurde in der Rs *Mazzoleni* thematisiert.³⁸⁰ Der EuGH hatte sich zu der Frage zu äußern, ob den Mindestlohnbestimmungen auch dann Rechnung getragen wird, wenn sich der Arbeitnehmer nicht allein in Bezug auf den Mindestlohn, sondern in seiner Gesamtsituation in einer vergleichbaren Lage befindet wie ein Arbeitnehmer des Aufnahmestaates. Der Gerichtshof wollte hier alle maßgeblichen Elemente, wie

³⁷¹ EuGH 62/81 und 63/81, *Seco*, ECLI:EU:C:1982:34, Rn 14.

³⁷² EuGH C-113/89, *Rush Portuguesa*, ECLI:EU:C:1990:142, Rn 18.

³⁷³ EuGH C-43/93 *Vander Elst*, ECLI:EU:C:1994:319, Rn 17.

³⁷⁴ EuGH C-369/96 ua, *Arblade*, ECLI:EU:C:1999:575, Rn 43.

³⁷⁵ EuGH C-165/98, *Mazzoleni*, ECLI:EU:C:2001:162, Rn 39; EuGH C-369/96 ua, *Arblade*, ECLI:EU:C:1999:575, Rn 34; EuGH C-272/94, *Guiot*, ECLI:EU:C:1996:147, Rn 11, 22; EuGH C-43/93 *Vander Elst*, ECLI:EU:C:1994:319, Rn 16.

³⁷⁶ EuGH 62/81 und 63/81, *Seco*, ECLI:EU:C:1982:34, Rn 10.

³⁷⁷ EuGH C-43/93 *Vander Elst*, ECLI:EU:C:1994:319, Rn 16.

³⁷⁸ EuGH C-272/94, *Guiot*, ECLI:EU:C:1996:147, Rn 11, 22.

³⁷⁹ EuGH 62/81 und 63/81, *Seco*, ECLI:EU:C:1982:34, Rn 9.

³⁸⁰ EuGH C-165/98, *Mazzoleni*, ECLI:EU:C:2001:162, Rn 37.

den Umstand einer Teilzeit-Entsendung, die Dauer der Arbeit, die Höhe der Sozialabgaben und die steuerliche Belastung berücksichtigt wissen.³⁸¹ Weiters dürfe die soziale Komponente nicht vernachlässigt werden, wenn Arbeitnehmer des Entsendebetriebs, welche im Heimatstaat die gleiche Arbeit verrichten wie entsandte Arbeitnehmer, einen niedrigeren Lohn erhalten und somit ungleich behandelt würden.³⁸²

Der EuGH hatte in den Rs *Arblade und Leloup*³⁸³, *Wolff & Müller*³⁸⁴ nicht nur zur Anwendung materiell-rechtlicher Vorschriften des Aufnahmemitgliedstaates, sondern auch zu Kontroll-, Zwangsmaßnahmen und Verfahrensmodalitäten zur Durchsetzung dieser materiell-rechtlichen Vorschriften Stellung zu nehmen. Sofern die materiell-rechtlichen Bestimmungen einer Regelung aus Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt sind, können sie laut EuGH auch die Verfahrensmodalitäten rechtfertigen, die erforderlich sind, um die Beachtung dieser Bestimmung sicherzustellen.³⁸⁵ Derartige Verfahrensmodalitäten dürfen allerdings nicht überschießend und müssen für eine effektive Kontrolle notwendig sein. Sie müssen „*bei objektiver Betrachtung den Schutz der entsandten Arbeitnehmer gewährleisten*.“³⁸⁶ So stellt beispielsweise die Bürgenhaftung des Auftraggebers keine unzulässige Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit dar.³⁸⁷ Auch steht die Verpflichtung zum Bereithalten von Unterlagen auf der Baustelle oder einem anderen zugänglichen Ort im Aufnahmemitgliedstaat nicht im Widerspruch zur Dienstleistungsfreiheit. Hingegen ist die Verpflichtung zur Aufbewahrung der Personalunterlagen für die Dauer von fünf Jahren am Wohnsitz einer natürlichen Person im Aufnahmemitgliedstaat³⁸⁸ mit der Dienstleistungsfreiheit ebenso wenig in Einklang zu bringen wie ein dem inländischen Auftraggeber aufgetragener Zahlungsstopp bzw die Verpflichtung zur Leistung einer Sicherheit in Höhe des noch ausstehenden Werklohns für Verwaltungsstrafen zur Durchsetzung von Arbeitgeberpflichten.³⁸⁹

In seiner Entscheidung zur Rs *Wolff & Müller* anerkannte der EuGH neben dem sozialen Schutz der Arbeitnehmer auch die Verhinderung unlauteren

³⁸¹ EuGH C-165/98, *Mazzoleni*, ECLI:EU:C:2001:162, Rn 39.

³⁸² EuGH C-165/98, *Mazzoleni*, ECLI:EU:C:2001:162, Rn 36.

³⁸³ EuGH C-369/96 ua, *Arblade*, ECLI:EU:C:1999:575, Rn 38.

³⁸⁴ EuGH C-60/03, *Wolff & Müller*, ECLI:EU:C:2004:610, Rn 38.

³⁸⁵ EuGH C-369/96 ua, *Arblade*, ECLI:EU:C:1999:575, Rn 37.

³⁸⁶ EuGH C-60/03, *Wolff & Müller*, ECLI:EU:C:2004:610, Rn 38.

³⁸⁷ EuGH C-60/03, *Wolff & Müller*, ECLI:EU:C:2004:610, Rn 45.

³⁸⁸ EuGH C-369/96 ua, *Arblade*, ECLI:EU:C:1999:575, Rn 38.

³⁸⁹ EuGH C-33/17, *Cepelnik*, ECLI:EU:C:2018:896, Rn 50.

Wettbewerbs als zwingendes Erfordernis des Allgemeininteresses, welches eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit rechtfertigen könne.³⁹⁰

20.1. EuGH-Judikatur zum Urlaubskassenverfahren

Den Entscheidungen des EuGH in den Rs *Finalarte*³⁹¹ sowie *Kommission/Deutschland*³⁹² lag jeweils das in vielen Bereichen mit dem Verfahren nach dem BUAG vergleichbare Urlaubskassenverfahren der deutschen Urlaubs- und Lohnausgleichskassen zugrunde. Da die Entscheidungen *Finalarte* und *Kommission/Deutschland* somit für die Beurteilung des österreichischen BUAG von besonderer Bedeutung sind, werden sie eingehend erörtert. Die Entscheidung des EuGH *Korana* vom 28. 2. 2019 betrifft unmittelbar die BUAK.³⁹³ In diesem Verfahren stand allerdings nur die Frage der Durchsetzbarkeit eines österreichischen Urteils, somit eine prozessuale Frage zur Diskussion, weshalb die genannte Entscheidung an anderer Stelle erörtert wird.

20.1.1. Finalarte

In den verbundenen Rs *Finalarte* gegen die deutsche Urlaubs- und Lohnausgleichskasse der Bauwirtschaft legte das *Arbeitsgericht Wiesbaden* dem EuGH Fragen nach der Auslegung der Artikel 48, 59 und 60 EG-Vertrag iZm dem deutschen Urlaubskassenverfahren zur Vorabentscheidung vor.

Bei den zugrunde liegenden nationalen Verfahren vor dem Amtsgericht Wiesbaden handelte es sich zu einem Teil um Aktivverfahren der deutschen Urlaubskasse auf Zahlung der Beiträge und Erteilung von Auskünften. In drei negativen Feststellungsverfahren war die Kasse andererseits beklagte Partei. Von den insgesamt neun Arbeitgebern hatten acht ihren Sitz in Portugal und eines seinen Sitz im Vereinigten Königreich.

Die erste Vorlagefrage zielte auf die Zulässigkeit der Einbeziehung ausländischer Arbeitnehmer in das Urlaubskassenverfahren generell ab.

Mit der zweiten Vorlagefrage erkundigte sich das nationale Gericht, ob es zulässig sei, die Bestimmungen über einen längeren als den in der Richtlinie 93/104/EG des Rates vom 23. November 1993 über bestimmte Aspekte der

³⁹⁰ EuGH C-60/03, *Wolff & Müller*, ECLI:EU:C:2004:610, Rn 41.

³⁹¹ EuGH C-49/98 ua, *Finalarte*, ECLI:EU:C:2001:564.

³⁹² EuGH C-490/04, *Kommission/Deutschland*, ECLI:EU:C:2007:430.

³⁹³ EuGH C-579/17, *Korana*, ECLI:EU:C:2019:162.

Arbeitszeitgestaltung³⁹⁴ statuierten Mindestjahresurlaub auf ausländische Arbeitnehmer zu erstrecken.

Die dritte Vorlagefrage beschäftigte sich mit jenen Regelungen des Auslandsverfahrens, welche vom Inlandsverfahren abweichen. Es handelte sich dabei einerseits um eine Regelung, wonach entsandte Arbeitnehmer im Gegensatz zu inländischen Arbeitnehmern einen Direktanspruch gegen die Kasse erwarben. Weiters waren die Auskunftspflichten ausländischer Arbeitgeber umfangreicher als jene deutscher Arbeitgeber. Schließlich unterschied sich der Betriebsbegriff für ausländische Unternehmen vom Betriebsbegriff inländischer Unternehmen: während für ausländische Unternehmer alle nach Deutschland entsandten Arbeitnehmer in ihrer Gesamtheit als Betrieb galten, war für deutsche Unternehmen die organisatorische Einheit, von der aus Arbeitnehmer auf Baustellen entsandt wurden, maßgeblich.

Die vierte Vorlagefrage betraf die Entsenderichtlinie 96/71/EG. Da zu dem in den Ausgangsverfahren maßgeblichen Zeitpunkt die Frist zur Umsetzung der Entsenderichtlinie noch nicht abgelaufen war, lehnte der EuGH es ab, sich mit dieser Frage zu befassen.

Der EuGH zitierte zunächst seine laufende Rsp zur Dienstleistungsfreiheit, wonach die Dienstleistungsfreiheit *„als fundamentaler Grundsatz des Vertrages nur durch Regelungen beschränkt“* werden dürfe, die *„durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt sind und für alle im Hoheitsgebiet des Aufnahmemitgliedstaates tätigen Personen oder Unternehmen gelten, soweit dieses Interesse nicht durch die Vorschriften geschützt wird, denen der Dienstleistende in dem Mitgliedstaat unterliegt, in dem er ansässig ist.“*³⁹⁵ Die Maßnahmen müssten *„geeignet sein“*, das verfolgte Ziel zu erreichen und dürfe *„nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Zieles erforderlich ist.“*³⁹⁶

Der EuGH hielt darüber hinaus fest, dass die Erstreckung des Urlaubskassensystems auf Unternehmer aus anderen Mitgliedstaaten aufgrund der Steigerung der Kosten, der administrativen und wirtschaftlichen Belastungen grundsätzlich zu einer Beeinträchtigung der Dienstleistungsfreiheit führe.³⁹⁷ Es müsse

³⁹⁴ ABI L 1993/307, 18.

³⁹⁵ EuGH C-49/98 ua, *Finalarte*, ECLI:EU:C:2001:564, Rn 31; EuGH C-165/98, *Mazzoleni*, ECLI:EU:C:2001:162, Rn 25; EuGH C-369/96 ua, *Arblade*, ECLI:EU:C:1999:575, Rn 34 .

³⁹⁶ EuGH C-49/98 ua, *Finalarte*, ECLI:EU:C:2001:564, Rn 32; EuGH C-165/98, *Mazzoleni*, ECLI:EU:C:2001:162, Rn 26; EuGH C-369/96 ua, *Arblade*, ECLI:EU:C:1999:575, Rn 35.

³⁹⁷ Schlussanträge des Generalanwalts *Colomer* vom 14. 12. 2006 zu C-490/04, ECLI:EU:C:2006:778, Rn 62.

daher geprüft werden, ob die deutschen Regelungen aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt seien, wobei als Rechtfertigungsgrund Gründe wirtschaftlicher Art, wie insbesondere der Schutz des deutschen Baugewerbes gegen den steigenden Wettbewerbsdruck ausdrücklich ausgeschlossen wurden.

Die deutschen Regelungen seien nur dann europarechtskonform, wenn sie dem Schutz der Arbeitnehmer dienen, wenn sie somit den entsandten Arbeitnehmern „*einen tatsächlichen zusätzlichen Schutz gewährleisten und wenn die Anwendung dieser Rechtsvorschriften im Hinblick auf die Verwirklichung des Ziels des sozialen Schutzes dieser Arbeitnehmer verhältnismäßig*“ ist.³⁹⁸ Das vorliegende Gericht müsse daher prüfen, ob die in Frage stehende Regelung „*bei objektiver Betrachtung den Schutz der entsandten Arbeitnehmer fördere*“. Der EuGH erklärte, es sei durchaus möglich, dass die deutsche Regelung für den entsandten Arbeitnehmer vorteilhaft sei, indem der Arbeitnehmer ein höheres Urlaubsgeld pro Tag erhalte und ihm mehr Urlaubstage zustünden. Außerdem könne es Vorteile für Arbeitnehmer haben, wenn diese zu einem in Deutschland ansässigen Unternehmen wechseln möchten.

Somit ließ der EuGH die Frage offen, ob das Urlaubskassenverfahren als solches zulässig ist und übertrug die Entscheidung dem nationalen Gericht, welches die Belastungen für den Arbeitgeber gegen den zusätzlichen sozialen Schutz abzuwägen habe. Weiters habe das nationale Gericht zu prüfen, ob das Ziel (mehr Urlaubstage und ein höheres Urlaubsgeld) auch mit weniger einschneidenden Mitteln zu erreichen wäre.

Zur Frage, ob die Richtlinie 93/104/EG des Rates vom 23. November 1993 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung,³⁹⁹ wonach die Mitgliedstaaten jedem Arbeitnehmer einen Mindestjahresurlaub von 20 Tagen zu gewährleisten haben, schon ausreichend das im Allgemeininteresse liegende Ziel sicherstelle, hielt der EuGH fest, dass es an den Mitgliedstaaten liege, die Urlaubslänge zu bestimmen.⁴⁰⁰

Gegen die unterschiedliche Behandlung deutscher und ausländischer Unternehmen in Hinblick auf die Auszahlung des Urlaubsentgelts (an den Arbeitgeber oder direkt an den Arbeitnehmer) hatte der EuGH keine Einwände, wenn die

³⁹⁸ EuGH C-490/04, *Kommission/Deutschland*, ECLI:EU:C:2007:430, Rn 46.

³⁹⁹ ABI L 1993/307, 18.

⁴⁰⁰ EuGH C-49/98 ua, *Finalarte*, ECLI:EU:C:2001:564, Rn 57.

unterschiedliche Behandlung keinen Nachteil für den ausländischen Arbeitgeber darstellt und wenn sie durch objektive Unterschiede gerechtfertigt ist.⁴⁰¹

Die zusätzlichen Auskunftspflichten hielt der EuGH nur dann für zulässig, wenn sie sachlich gerechtfertigt und erforderlich sind, um den Schutz der Arbeitnehmer effektiv zu gewährleisten.⁴⁰²

Die Zugrundelegung eines unterschiedlichen Betriebsbegriffs, je nachdem, ob es sich um ein inländisches oder ausländisches Unternehmen handelt, sah der EuGH sehr wohl als diskriminierend an, da dies zu einer Beitragspflicht eines ausländischen Unternehmens in Fällen führen könnte, in denen für vergleichbare deutsche Unternehmen kein Beitrag zu leisten wäre.⁴⁰³

20.1.2. Kommission/Deutschland

Während in der Rs *Finalarte*⁴⁰⁴ das Urlaubskassenverfahren als Ganzes zur Diskussion stand, zweifelte die Europäische Kommission in ihrer Klage gegen die Bundesrepublik Deutschland nicht mehr das System an sich an, sondern wollte nur einzelne Punkte des deutschen Urlaubskassensystems überprüft wissen.

Mit der Klage beantragte die Kommission festzustellen, dass die Bundesrepublik Deutschland gegen die Verpflichtungen aus Art 49 EG (den freien Dienstleistungsverkehr) verstoßen habe, indem sie ausländische Unternehmen gem § 1 Abs 3 dAEntG verpflichtete, für ihre entsandten Arbeitnehmer Beiträge an die deutsche Urlaubskasse abzuführen, auch wenn diese Arbeitnehmer nach den Rechtsvorschriften des Niederlassungsstaates ihres Arbeitgebers einen im Wesentlichen vergleichbaren Schutz genießen. Eine Befreiung von der Beitragspflicht war im dAEntG nur dann vorgesehen, wenn der Niederlassungsstaat ein vergleichbares Urlaubskassensystem hatte. Eine Doppelbelastung müsse nach Ansicht der Kommission aber auch dann ausgeschlossen sein, wenn es Regelungen gäbe, die zwar auf keinem vergleichbaren Kassensystem beruhen, den Arbeitnehmern aber dennoch einen dem deutschen Niveau entsprechenden Schutz seiner Urlaubsansprüche böten.⁴⁰⁵

Deutschland rechtfertigte sich damit, dass die deutschen Behörden und Gerichte in der praktischen Anwendung der Bestimmungen des dAEntG stets dafür

⁴⁰¹ EuGH C-49/98 ua, *Finalarte*, ECLI:EU:C:2001:564, Rn 60.

³⁷¹ EuGH C-49/98 ua, *Finalarte*, ECLI:EU:C:2001:564, Rn 73.

⁴⁰³ EuGH C-49/98 ua, *Finalarte*, ECLI:EU:C:2001:564, Rn 76-83.

⁴⁰⁴ EuGH C-49/98 ua, *Finalarte*, ECLI:EU:C:2001:564.

⁴⁰⁵ EuGH C-490/04, *Kommission/Deutschland*, ECLI:EU:C:2007:430, Rn 41.

gesorgt hätten, dass diese nur angewandt werden, wenn sie für den Arbeitnehmer günstiger sind als die Vorschriften im Heimatstaat des Arbeitnehmers.⁴⁰⁶

Der EuGH gab der Klage in diesem Punkt nicht statt, da die Kommission nicht nachweisen konnte, dass es tatsächlich in irgendwelchen Fällen zu einer Doppelbelastung gekommen wäre. Nicht nur der Wortlaut des Gesetzes, sondern auch dessen Umsetzung durch Gerichte und Behörden eines Landes seien zu berücksichtigen.⁴⁰⁷

In einem zweiten Klagspunkt meinte die Kommission, es sei mit der Dienstleistungsfreiheit unvereinbar, dass ausländische Unternehmen verpflichtet seien, den Arbeitsvertrag und sonstige Arbeitsunterlagen (Lohnabrechnungen, Arbeitszeitnachweise, Lohnzahlungsnachweise ins Deutsche übersetzen zu lassen. Damit würde dem ausländischen Arbeitgeber eine unverhältnismäßige Belastung auferlegt werden, welche mit der Dienstleistungsfreiheit unvereinbar sei.⁴⁰⁸ Deutschland rechtfertigte sich damit, dass eine effektive Kontrolle nur dann möglich sei, wenn die Kontrollbehörden die Unterlagen lesen und verstehen könnten.⁴⁰⁹

In der Rs *Arblade* hatte der EuGH noch die Pflicht zur Aufbewahrung umfangreicher Personalunterlagen für die Dauer von fünf Jahren im Beschäftigerstaat als mit der Dienstleistungsfreiheit unvereinbar angesehen.⁴¹⁰ Anders als in der Rs *Arblade*⁴¹¹ handle es sich bei den in § 2 Abs 3 dAEntG angeführten Unterlagen aber um solche, welche Kontrollen der Baustellen in der Praxis ermöglichen sollen und nicht um allgemeine Überwachungsaufgaben.⁴¹² Auch hatte der EuGH schon in der Rs *Arblade* das Bereithalten bestimmter Arbeitsunterlagen, soweit diese für eine effektive Kontrolle erforderlich sind, während der Dauer der Entsendung für zulässig erachtet.⁴¹³

Der EuGH führte zur Klage der Kommission zunächst aus, dass die nationalen Regelungen eines Mitgliedstaates und deren Anwendung auf die in anderen Mitgliedstaaten ansässigen Dienstleistenden geeignet sein müssten, die mit ihnen verfolgten Ziele zu gewährleisten und nicht über das hinausgehen dürfe, was zur Erreichung dieser Ziele erforderlich sei.⁴¹⁴ Weiters hielt der EuGH fest, dass die

⁴⁰⁶ EuGH C-490/04, *Kommission/Deutschland*, ECLI:EU:C:2007:430, Rn 44.

⁴⁰⁷ EuGH C-490/04, *Kommission/Deutschland*, ECLI:EU:C:2007:430, Rn 50, 54.

⁴⁰⁸ EuGH C-490/04, *Kommission/Deutschland*, ECLI:EU:C:2007:430, Rn 56-58.

⁴⁰⁹ EuGH C-490/04, *Kommission/Deutschland*, ECLI:EU:C:2007:430, Rn 60.

⁴¹⁰ EuGH C-369/96 ua, *Arblade*, ECLI:EU:C:1999:575, Rn 80.

⁴¹¹ EuGH C-369/96 ua, *Arblade*, ECLI:EU:C:1999:575, Rn 77-78.

⁴¹² EuGH C-490/04, *Kommission/Deutschland*, ECLI:EU:C:2007:430, Rn 74.

⁴¹³ EuGH C-369/96 ua, *Arblade*, ECLI:EU:C:1999:575, Rn 74.

⁴¹⁴ EuGH C-490/04, *Kommission/Deutschland*, ECLI:EU:C:2007:430, Rn 65.

Verpflichtung der Übersetzung der Unterlagen eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs darstelle. Diese Beschränkung sei allerdings durch den sozialen Schutz der Arbeitnehmer des Baugewerbes und die Kontrolle der Gewährleistung dieses Schutzes gerechtfertigt.⁴¹⁵ „Solche Kontrollen vor Ort würden in der Praxis übermäßig erschwert, wenn nicht gar unmöglich gemacht, wenn diese Unterlagen in der Sprache des Sitzstaates des Arbeitgebers vorgelegt werden könnten, die die Beamten des Aufnahmemitgliedstaats womöglich nicht beherrschen.“⁴¹⁶ Der EuGH vertrat die Ansicht, dass der Aufwand für die Übersetzung der Unterlagen keinen großen administrativen oder finanziellen Aufwand verursachen würde und die Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit somit nicht unverhältnismäßig sei.⁴¹⁷ Weniger einschränkende Maßnahmen gäbe es auch keine.⁴¹⁸ Die Verpflichtung des ausländischen Arbeitgebers, die Arbeitsunterlagen in deutscher Übersetzung bereit zu halten, wurde somit als europarechtskonform beurteilt.

Schließlich wurde in der Rs *Kommission/Deutschland* von der Kommission in einem weiteren Klagspunkt gerügt, dass ausländische Zeitarbeitsunternehmen – anders als entsprechende inländische Unternehmer – nicht nur die Überlassung eines Arbeitnehmers an einen Entleiher, sondern auch den Wechsel eines Arbeitnehmers von einer Baustelle zur anderen melden mussten.⁴¹⁹ Der Gerichtshof sah darin eine Verletzung des freien Dienstleistungsverkehrs. „Innerstaatliche Rechtsvorschriften, die nicht unterschiedslos auf alle Dienstleistungen ohne Rücksicht auf deren Ursprung anwendbar sind“ seien „mit dem Gemeinschaftsrecht nur dann vereinbar, wenn sie unter eine ausdrückliche Ausnahmebestimmung fallen, wie zB Art 46 EG.“⁴²⁰ Auf eine derartige Ausnahmebestimmung hatte sich die Bundesrepublik Deutschland nicht gestützt, sodass der Kommission in diesem Punkt Recht gegeben wurde.

21. Rechtfertigung für das Urlaubskassensystem nach dem BUAG

Der Rsp des EuGH insb iS *Finalarte*⁴²¹ und *Kommission/Deutschland*⁴²² ist zu entnehmen, dass ein Urlaubskassensystem nicht grundsätzlich gegen die

⁴¹⁵ EuGH C-490/04, *Kommission/Deutschland*, ECLI:EU:C:2007:430, Rn 72.

⁴¹⁶ EuGH C-490/04, *Kommission/Deutschland*, ECLI:EU:C:2007:430, Rn 71.

⁴¹⁷ EuGH C-490/04, *Kommission/Deutschland*, ECLI:EU:C:2007:430, Rn 76.

⁴¹⁸ EuGH C-490/04, *Kommission/Deutschland*, ECLI:EU:C:2007:430, Rn 77.

⁴¹⁹ EuGH C-490/04, *Kommission/Deutschland*, ECLI:EU:C:2007:430, Rn 81.

⁴²⁰ EuGH C-490/04, *Kommission/Deutschland*, ECLI:EU:C:2007:430, Rn 86.

⁴²¹ EuGH C-49/98 ua, *Finalarte*, ECLI:EU:C:2001:564.

⁴²² EuGH C-490/04, *Kommission/Deutschland*, ECLI:EU:C:2007:430.

Dienstleistungsfreiheit verstößt und formelle Maßnahmen, auch wenn sie eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit bedeuten, insoweit zulässig sind, als sie der Durchsetzung der materiell-rechtlichen Allgemeininteressen dienen. So wurde beispielsweise die der Rs *Wolff & Müller* zugrunde liegende Regelung über die Auftraggeberhaftung gem § 14 des dAEntG als eine mögliche Maßnahme zur Durchsetzung von Arbeitnehmeransprüchen gem Art 5 der Entsenderichtlinie beurteilt.⁴²³

Auch der Europäische Gesetzgeber will am System der Urlaubskassen nicht rütteln: Im Bericht der Kommissionsdienststellen zur Durchführung der Entsenderichtlinie vom 4. 4. 2006 werden Urlaubskassensysteme angesprochen.⁴²⁴ Die Kommission hält in diesem Bericht fest: „Bei Erlass der Richtlinie hatten Rat und Kommission festgestellt, dass sich die Buchstaben b und c auf Beitragszahlungen an nationale, durch Tarifvertrag oder Rechtsvorschrift eingerichtete Sozialkassen sowie auf die Leistungen aus solchen Systemen erstrecken [...]“⁴²⁵ In der Durchsetzungsrichtlinie wird im Erwägungsgrund 36 ausdrücklich auf „Beiträge zu gemeinsamen Fonds oder Einrichtungen der Sozialpartner“ Bezug genommen.

Grundvoraussetzung für jede formelle Maßnahme (und somit auch des Urlaubskassensystems) ist aber jedenfalls, dass sie dem Schutz der Allgemeininteressen dient. Ausdrücklich erklärte der EuGH in der Rs *Finalarte* die Erstreckung von Urlaubskassensystemen auf entsandte Arbeiter für zulässig, soweit es sich dabei um ein geeignetes Mittel handelt, um die Durchsetzung der Arbeitnehmerinteressen zu gewährleisten.⁴²⁶

In der Folge gilt es daher zu untersuchen, inwiefern die Entsendebestimmungen des BUAG den durch die Rsp des EuGH und die Entsenderichtlinie zu entnehmenden Grundsätzen gerecht werden; insbesondere, ob sich die durch das Urlaubskassenverfahren bedingten Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit durch den Arbeitnehmerschutz oder den Schutz vor unlauterem Wettbewerb als zwingende Gründe des Allgemeininteresses rechtfertigen lassen.

Weitere Voraussetzung für die Zulässigkeit des Urlaubskassensystems ist, dass dieses für alle im Hoheitsgebiet des Bestimmungsstaats tätigen Personen oder

⁴²³ EuGH C-60/03, *Wolff & Müller*, ECLI:EU:C:2004:610, Rn 36; *Thüsing*, Europäisches Arbeitsrecht² (2011) Rz 72.

⁴²⁴ KOM (2006) 159 endg 17.

⁴²⁵ KOM (2006) 159 endg 17.

⁴²⁶ EuGH C-49/98 ua, *Finalarte*, ECLI:EU:C:2001:564, Rn 42 ff.

Unternehmen gleichermaßen gilt und verhältnismäßig ist. Außerdem darf dem Allgemeininteresse nicht bereits durch die Rechtsvorschriften Rechnung getragen sein, denen der Dienstleistende in dem Staat unterliegt, in dem er ansässig ist.⁴²⁷

Es ist daher zunächst zu prüfen, ob das Urlaubskassensystem geeignet ist, zum sozialen Schutz der Arbeitnehmer beizutragen und unlauteren Wettbewerb zu verhindern.⁴²⁸

21.1. Schutz der Arbeitnehmer

Bei der Prüfung der Rechtfertigungsgründe des Arbeitnehmerschutzes ist entscheidend, ob die Norm bei objektiver Betrachtung dem Arbeitnehmer einen tatsächlichen Vorteil verschafft.⁴²⁹ Der Gerichtshof gibt in seiner Entscheidung zur Rs *Finalarte* die Ziele – nämlich mehr Urlaubstage und ein höheres Urlaubsentgelt als im Heimatstaat und eine Übertragbarkeit der Urlaubsansprüche auf einen neuen Arbeitgeber – vor.⁴³⁰ Inwieweit das Urlaubskassensystem nach dem BUAG nach Österreich entsandten Arbeitnehmern diese Vorteile verschafft, soll in der Folge untersucht werden.

21.1.1. Urlaubsentgelt

Eine wesentliche Komponente des sozialen Schutzes der Arbeitnehmer stellt die Höhe des Urlaubsentgelts dar. Bei den typischen Entsendestaaten im Baugewerbe⁴³¹ liegt das Lohnniveau deutlich unter jenem in Österreich. So betrug nach einer von der Europäischen Kommission in Auftrag gegebenen Studie im Jahr 2012 der monatliche Mindestlohn in Ungarn EUR 323,00, in Polen EUR 353,00, in Portugal EUR 566,00, in Rumänien EUR 157,00, in der Slowakei EUR 327,00, in der Tschechischen Republik EUR 312,00, in Slowenien EUR 763,00. Der Durchschnittslohn in diesen Ländern betrug im selben Jahr in Ungarn EUR 640,00, in Polen EUR 767,00, in Portugal EUR 1.244,00, in Rumänien EUR 358,00, in der

⁴²⁷ EuGH C-49/98 ua, *Finalarte*, ECLI:EU:C:2001:564, Rn 31; EuGH C-369/96 ua, *Arblade*, ECLI:EU:C:1999:575, Rn 34; EuGH C-272/94, *Guiot*, ECLI:EU:C:1996:147, Rn 11 EuGH C-43/93 *Vander Elst*, ECLI:EU:C:1994:319, Rn 16; EuGH C-76/90, *Säger*, ECLI:EU:C:1991:331, Rn 15; EuGH 279/80, *Webb*, ECLI:EU:C:1981:314, Rn 17.

⁴²⁸ EuGH C-49/98 ua, *Finalarte*, ECLI:EU:C:2001:564, Rn 38-39.

⁴²⁹ *Thüsing*, *Europäisches Arbeitsrecht*² (2011) Rz 71.

⁴³⁰ EuGH C-49/98 ua, *Finalarte*, ECLI:EU:C:2001:564, Rn 51-52.

⁴³¹ *Pacolet/De Wispelaere*, *Posting of workers*, Report on A1 portable documents issued in 2016, 24.

Slowakei EUR 764,00, in der Tschechei EUR 904,00 und in Slowenien EUR 1.354,00.⁴³²

Österreich lag bei dieser Studie mit einem Durchschnittseinkommen von EUR 2.968,00 pro Monat weit über diesem Einkommensniveau.⁴³³

Anders könnte sich die Lage allerdings bei Hochlohnländern wie Deutschland, oder der Schweiz darstellen. Zwar handelt es sich bei dem zuletzt genannten Staat um keinen EU-Mitgliedstaate. Dienstleister aus der Schweiz sind allerdings zur grenzüberschreitenden Erbringung von Dienstleistungen im Rahmen des *Abkommens zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Schweizerischen Eidgenossenschaft andererseits über die Freizügigkeit (FZA)*⁴³⁴ berechtigt. Die sich aus der Dienstleistungsfreiheit ergebenden Rechte in Bezug auf die Entsendung von Arbeitnehmern sind in beiden Fällen parallel zum EG-Vertrag ausgestaltet.⁴³⁵ Während das Lohnniveau in Deutschland im Jahr 2012 mit durchschnittlich EUR 2.426,00 monatlich etwas unter jenem Österreichs lag, wies die Schweiz mit EUR 4.906,00 ein wesentlich höheres Durchschnittseinkommen auf.⁴³⁶ Bei diesem Hochlohnland könnte es daher sein, dass ein Anspruch des Arbeitnehmers auf Urlaubsentgelt nach dem österreichischen BUAG zu keiner Besserstellung gegenüber dem ihm nach seinem Heimatrechtstatut zustehenden Entgelt führt. Allerdings wird man nicht auf das Durchschnittseinkommen, sondern vielmehr auf das Mindesteinkommen eines Landes abstellen müssen. Das Durchschnittseinkommen sagt nämlich nichts darüber aus, wie viel ein Arbeitnehmer mindestens verdient.

In Österreich sind für die Baubranche durch ein flächendeckendes Kollektivvertragssystem Lohnuntergrenzen verankert. Seit 01.05.2019 beträgt beispielsweise der Mindestlohn für Bauhilfsarbeiter gem dem Kollektivvertrag für die Bauindustrie und das Baugewerbe EUR 11,46 pro Stunde, der Stundensatz für Facharbeiter beträgt EUR 14,68.⁴³⁷ In der Bundesrepublik Deutschland wurde im Jahr 2015 ein gesetzlicher Mindestlohn eingeführt, welcher seit 01.01.2020 EUR 9,35 pro

⁴³² *De Wispelaere/Pacolet*, An ad hoc statistical analysis on short term mobility – economic value of posting of workers (2016) 14.

⁴³³ *De Wispelaere/Pacolet*, Statistical analysis (2016) 14.

⁴³⁴ ABI L 2002/114, 6-72.

⁴³⁵ *Epiney/Zbinden*, Freiburger Schriften zum Europarecht Nr 8 (2009).

Arbeitnehmerentsendung und Freizügigkeitsabkommen Schweiz – EG, 22.

⁴³⁶ *De Wispelaere/Pacolet*, Statistical analysis (2016) 14.

⁴³⁷ www.kollektivvertrag.at (Österreichischer Gewerkschaftsbund).

Stunde beträgt.⁴³⁸ Anders verhält es sich in der Schweiz. Dort gibt es einen gesetzlichen Mindestlohn nur in den Kantonen Jura und Neuenburg. Mit 20,02 Franken (ca EUR 18,95) pro Stunde liegt dieser über dem Mindestlohn des österreichischen Kollektivvertrags. Sonst sind die Gewerkschaften in der Schweiz bemüht, Gesamtarbeitsverträge für Branchen oder Betriebe abzuschließen, um so Mindestlöhne festzulegen.⁴³⁹ Allerdings ist die Abdeckung mit derartigen Gesamtarbeitsverträgen gering.⁴⁴⁰ Nach Angaben der deutschen Statista GmbH beträgt der gesetzliche Mindeststundenlohn (Stand Jänner 2020) in Ungarn EUR 2,85, in Polen EUR 3,50, in Portugal EUR 3,83, in Rumänien EUR 2,81, in der Slowakei EUR 3,33, in der Tschechischen Republik EUR 3,40 und in Slowenien EUR 5,44.⁴⁴¹

Den dargestellten Daten ist zu entnehmen, dass die Entgeltansprüche auf Grundlage eines österreichischen Kollektivvertrags überwiegend betragsmäßig über den nach dem Heimatrechtstatut gewährleisteten Mindestentgelten liegen. Obwohl nicht das Urlaubsentgelt, sondern der Lohn für geleistete Arbeitsstunden wiedergegeben wurde, ist davon auszugehen, dass das Ungleichgewicht beim Urlaubsentgelt ähnlich ist. Für Arbeitnehmer aus den klassischen Entsendestaaten des Baugewerbes bedeutet der Anspruch auf Urlaubsentgelt nach österreichischem Niveau daher eine deutliche Besserstellung.

21.1.2. Anzahl der Urlaubstage

Der gesetzliche Urlaubsanspruch in Österreich beträgt gem § 4 BUAG für Beschäftigungszeiten von 52 Anwartschaftswochen in einem Kalenderjahr 30 Werktage und erhöht sich auf 36 Werktage, wenn Beschäftigungszeiten von mindestens 1.150 Anwartschaftswochen erreicht wurden.

Zu prüfen ist, ob der Urlaubsanspruch nach dem österreichischen BUAG höher ist als nach den Rechtsordnungen der „klassischen Entsendestaaten“, ob also durch die Anwendbarkeit des BUAG den Arbeitnehmern in Bezug auf die Dauer des Urlaubsanspruchs ein zusätzlicher Vorteil erwächst. Gem Artikel 7 der Arbeitszeit-Richtlinie 2003/88/EG haben die Europäischen Staaten zu gewährleisten, dass Arbeitnehmer einen jährlichen Mindesturlaubsanspruch von 20 Tagen erhalten. Es ist

⁴³⁸ www.arbeitsrechte.de (VFR Verlag für Rechtsjournalismus GmbH); Roß-Kirsch in Rödl & Partner (Hrsg) Handbuch Internationales Arbeitsrecht² (2019) 178.

⁴³⁹ Boede in Rödl & Partner (Hrsg) Handbuch Internationales Arbeitsrecht² (2019) 423.

⁴⁴⁰ www.unia.ch.

⁴⁴¹ <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/37401/umfrage/gesetzliche-mindestloehne-in-der-EU/>.

daher davon auszugehen, dass Arbeitnehmer aus dem EU-Ausland jedenfalls diesen Mindestanspruch von 20 Urlaubstagen pro Jahr genießen.

Sieht man sich die Rechtslage in den „klassischen Entsendestaaten“ der Baubranche⁴⁴² und nach Schweizer Recht beispielhaft an, so ergibt sich folgendes Bild:

Der Urlaubsanspruch beträgt in Polen zunächst 20 Arbeitstage und erhöht sich nach zehn Beschäftigungsjahren auf 26 Arbeitstage. Als Beschäftigungszeiten gelten auch Zeiten, die bei einem anderen Arbeitgeber zugebracht wurden; außerdem werden gewisse Ausbildungszeiten angerechnet. Als Urlaubsjahr gilt das Kalenderjahr. Bei unterjährigem Eintreten/Ausscheiden wird der Urlaubsanspruch anteilig erworben.⁴⁴³ In Portugal beträgt der Urlaubsanspruch 22 Werktage (ohne Samstage, Sonntage oder Feiertage) und kann sich auf maximal 25 Werktage erhöhen. Als Urlaubsjahr gilt das Kalenderjahr; ein Übergang ist bis spätestens 30. Juni des Folgejahrs möglich. Es gibt eine Wartefrist von sechs Monaten. Bei vorzeitigem Ausscheiden erwirbt der Arbeitnehmer zwei Urlaubstage pro Monat.⁴⁴⁴ Der Urlaubsanspruch in der Slowakei beträgt vier Wochen im Kalenderjahr. War ein Arbeitnehmer nach dem Ende des Kalenderjahres mindestens 15 Jahre nach seinem vollendeten 18. Lebensjahr beschäftigt, erhöht sich der Urlaubsanspruch auf fünf Wochen.⁴⁴⁵ Arbeitnehmer, die das ganze Kalenderjahr hindurch besonders schwere oder gesundheitsschädliche Arbeiten ausüben, haben Anspruch auf Zusatzurlaub in Höhe von einer Woche.⁴⁴⁶ Der Anspruch entsteht, wenn der Arbeitnehmer bei einem Arbeitgeber mindestens 60 Tage gearbeitet hat. Bei kürzerer Beschäftigung bei einem Arbeitnehmer steht für je 21 Beschäftigungstage Urlaub im Ausmaß von einem Zwölftel des Jahresanspruchs zu.⁴⁴⁷ In Ungarn beträgt der Urlaubsanspruch mindestens 20 Werktage und erhöht sich ab Erreichen des 45. Lebensjahres kontinuierlich auf 30 Werktage.⁴⁴⁸ Fünf zusätzliche Urlaubstage können aufgrund von persönlichen Umständen (Kinder, Blindheit) oder der Schwere der Tätigkeit (Strahlenbelastung, unterirdische Arbeitsverrichtung) erworben werden. Urlaubsjahr ist das Kalenderjahr, wobei der Urlaub mit wenigen Ausnahmen auch innerhalb des

⁴⁴² *Pacolet/De Wispelaere*, Posting of workers - Report 2016, 27.

⁴⁴³ *Zimoch-Tucholka/Malinowska-Hyla*, Arbeitsrecht in Polen, in *Henssler/Braun* (Hrsg) Arbeitsrecht in Europa³ (2011) Rz 53, 54.

⁴⁴⁴ *Fedtke/Fedtke*, Arbeitsrecht in Portugal, in *Henssler/Braun* (Hrsg) Arbeitsrecht in Europa³ (2011) Rz 71.

⁴⁴⁵ *Markechová/Klimanová*, Arbeitsrecht in der Slowakischen Republik, in *Henssler/Braun* (Hrsg), Arbeitsrecht in Europa³ (2011) Rz 63.

⁴⁴⁶ *Markechová/Klimanová*, Arbeitsrecht in der Slowakischen Republik, Rz 62.

⁴⁴⁷ *Markechová/Klimanová*, Arbeitsrecht in der Slowakischen Republik, Rz 60.

⁴⁴⁸ *Gobert/Krisch*, Arbeitsrecht in Ungarn, in *Henssler/Braun* (Hrsg), Arbeitsrecht in Europa³ (2011) Rz 43.

Kalenderjahres verbraucht werden muss.⁴⁴⁹ Deutsche Arbeitnehmer haben einen gesetzlichen Anspruch auf zumindest 24 Urlaubstage, wobei Samstage mitgerechnet werden. In einer 5-Tage-Woche beträgt der Urlaubsanspruch 20 Tage.⁴⁵⁰ Für Arbeitsverhältnisse, welche dem deutschen Bundesrahmentarifvertrag für das Baugewerbe⁴⁵¹ und somit dem deutschen Sozialkassenverfahren (dem Pendant zum österreichischen Urlaubskassenverfahren) unterliegen, legt der Tarifvertrag in seinem § 8 einen jährlichen Urlaubsanspruch von 30 Arbeitstagen fest, wobei hier Samstage nicht als Arbeitstage gelten. Der gesetzliche Ferienanspruch in der Schweiz beträgt mindestens 20 Tage.⁴⁵² Arbeitnehmer unter 20 Jahren haben einen Anspruch auf mindestens fünf Ferienwochen. Ferienjahr ist das Dienstjahr, wobei eine Umstellung auf das Kalenderjahr vertraglich vereinbart werden kann. Ferienansprüche verjähren nach 5 Jahren.⁴⁵³

Wie den Darstellungen zu den einzelnen Ländern zu entnehmen ist, liegen die gesetzlichen Urlaubsansprüche in den klassischen Entsendestaaten, aber auch in der Schweiz, etwas unter den Ansprüchen nach österreichischem Recht. Das Urlaubskassensystem nach dem BUAG bietet den entsandten Arbeitnehmern aus diesen Ländern also insofern einen Vorteil, als der abstrakte Urlaubsanspruch höher ist. Arbeitnehmern aus Deutschland steht nach dem dortigen Sozialkassenverfahren zwar ein höherer Urlaubsanspruch zu als nach dem österreichischen BUAG. Soweit Arbeitsverhältnisse dem deutschen Sozialkassenverfahren unterliegen, sind sie aber im Allgemeinen ohnehin nach § 33i Abs 1 BUAG vom österreichischen Urlaubskassenverfahren befreit.

21.1.3. Übertragbarkeit der Urlaubsansprüche

Ein Ziel des Urlaubskassensystems nach dem BUAG ist es, dem Arbeitnehmer zu ermöglichen, einen längeren, zusammenhängenden Urlaub zu konsumieren.⁴⁵⁴ Ist ein Bauarbeiter beispielsweise immer nur drei Monate bei ein und demselben Arbeitnehmer beschäftigt, so könnte er jeweils nur Urlaub im Ausmaß von einer Woche in Anspruch nehmen. Das Urlaubskassensystem ermöglicht es, bei verschiedenen Dienstgebern erworbene Urlaubsansprüche zusammenzuzählen.

⁴⁴⁹ *Gobert/Krisch*, Arbeitsrecht in Ungarn, Rz 44; *Sárközy* in *Rödl & Partner* (Hrsg) Handbuch internationales Arbeitsrecht² (2019) 510.

⁴⁵⁰ *Roß-Kirsch* in *Rödl & Partner* (Hrsg) Handbuch internationales Arbeitsrecht² (2019) 178.

⁴⁵¹ Bundesrahmentarifvertrag für das Baugewerbe (BRTV) vom 4.7.2002 idF 10.12.2014.

⁴⁵² *Gadient*, Arbeitsrecht in der Schweiz, in *Henssler/Braun* (Hrsg), Arbeitsrecht in Europa³ (2011) Rz 44.

⁴⁵³ *Gadient*, Arbeitsrecht in der Schweiz, Rz 46.

⁴⁵⁴ *Martinek/Widorn*, BUAG (1988) 14.

Der – immer nur kurzfristig beschäftigte – Arbeitnehmer kann so dennoch einen mehrwöchigen Urlaub konsumieren.⁴⁵⁵

Auch für den Arbeitgeber kann das Urlaubskassensystem vorteilhaft sein: Die Zusammenrechnung der bei verschiedenen Arbeitgebern erworbenen Urlaubsansprüche ohne Zwischenschaltung einer Urlaubskasse würde zu einer erheblichen finanziellen Belastung desjenigen Arbeitgebers führen, in dessen Beschäftigungsverhältnis die Urlaubshaltung fällt.⁴⁵⁶ Dieser Arbeitgeber müsste dem Arbeitnehmer das Urlaubsentgelt auch für jene Urlaubstage zahlen, welche der Arbeitnehmer bei anderen Arbeitgebern erworben hat.⁴⁵⁷

Ob der Vorteil einer Zusammenrechnung zum Tragen kommt, ist jeweils im Einzelfall zu prüfen. Dem Arbeitnehmer gebührt gem § 4 BUAG für 52 Anwartschaftswochen pro Kalenderjahr ein Urlaubsanspruch von 30 Werktagen. Gem § 4 Abs 1a BUAG⁴⁵⁸ entsteht der Anspruch auf Urlaub im Verhältnis zu den im Urlaubsjahr zurückgelegten Beschäftigungswochen bzw Teilen von Beschäftigungswochen.⁴⁵⁹ Dies bedeutet, dass der Arbeitnehmer erst nach 1,74 Beschäftigungswochen (dies entspricht 10 Arbeitstagen) Anspruch auf einen Urlaubstag erwirbt ($52 : 30 = 1,7333$).

Wird ein Arbeitnehmer für weniger als 10 Arbeitstage nach Österreich entsandt, erwirbt er somit keinen Anspruch nach dem BUAG. Insofern bringt die Teilnahme am Urlaubskassenverfahren für den Arbeitnehmer zunächst auch keinen Vorteil. Die Besonderheit des Urlaubskassensystems liegt aber – wie dargelegt – gerade darin, dass nicht zusammenhängende Beschäftigungszeiten zusammengezählt werden.⁴⁶⁰

Bei kurzfristigen Entsendungen ist bei der ersten Entsendung unter Umständen noch nicht feststellbar, ob der Arbeitnehmer tatsächlich Ansprüche erwerben wird. Gem § 33f Abs 4 BUAG hat ein Arbeitnehmer Anspruch auf Urlaubsabfindung im Ausmaß der erworbenen Anwartschaftswochen, wenn er seit mindestens sechs Monaten in keinem Arbeitsverhältnis mehr steht, auf welche das BUAG Anwendung findet. Wenn innerhalb dieser sechs Monate eine neuerliche

⁴⁵⁵ OGH 25. 10. 2011, 8 ObA 2/11v.

⁴⁵⁶ *Martinek/Widorn*, BUAG (1988) 14.

⁴⁵⁷ EuGH C-49/98 ua, *Finalarte*, ECLI:EU:C:2001:564, Rn 6.

⁴⁵⁸ Eingefügt durch BGBl I 2000/44 und BGBl I 2010/59.

⁴⁵⁹ Diese Regelung gilt – anders als im allgemeinen Urlaubsrecht – nicht nur im ersten Beschäftigungsjahr, sondern während der gesamten Dauer der Beschäftigung im Rahmen des BUAG (ErläutRV 774 BlgNR 24. GP 4).

⁴⁶⁰ *Martinek/Widorn*, BUAG (1988) 14.

Entsendung erfolgt, werden die Anwartschaften zusammengerechnet.⁴⁶¹ Gerade im grenznahen Bereich werden Arbeiter häufig und auch von verschiedenen Arbeitgebern nach Österreich entsandt, sodass hier in vielen Fällen sehr wohl ein Vorteil für den Arbeitnehmer gegeben ist. Wird ein Arbeitnehmer im Fall einer kurzfristigen Entsendung von weniger als 10 Tagen nicht neuerlich nach Österreich entsandt, so kommt es zu keiner Zusammenrechnung nach § 33f Abs 4 BUAG. Zwar zahlt die BUAK in diesem Fall die Teilanwartschaften als Abfindung aus (sodass das Urlaubskassenverfahren einen finanziellen Vorteil für die Arbeitnehmer mit sich bringen kann); der Vorteil einer Zusammenrechnung der Anwartschaftszeiten und somit der Möglichkeit, einen längeren, zusammenhängenden Urlaub konsumieren zu können, verwirklicht sich aber nicht.

Während somit die Zusammenrechnung von Anwartschaften aus verschiedenen Beschäftigungsverhältnissen grundsätzlich ein Vorteil des Urlaubskassensystems ist, wird dieser Vorteil bei echten Entsendungen gem § 33d Abs 2 BUAG, welche ja nur für einen beschränkten Zeitraum stattfinden, unter Umständen nicht zum Tragen kommen. Bei ganz kurzfristigen Entsendungen von weniger als 10 Tagen entsteht nicht einmal ein Anspruch auf Naturalurlaub nach dem BUAG. Hier kann der Vorteil des BUAG-Systems nur in der finanziellen Besserstellung des Arbeitnehmers aufgrund der Auszahlung der Abfindung liegen.

21.1.4. Sicherstellung der faktischen Auszahlung des Urlaubsentgelts

Wenn die Entsenderichtlinie vorschreibt, dass der Aufnahmestaat seine Regelungen über den Mindestjahresurlaub und das Mindestentgelt auf entsandte Arbeitnehmer erstrecken darf bzw im Sinn einer „Garantie“ auch muss, sind damit grundsätzlich die materiell-rechtlichen Bedingungen gemeint. Die Entsenderichtlinie schreibt nicht vor, in welcher Weise die Beschäftigungsbedingungen zu garantieren sind, insbesondere, dass dies durch Einbeziehung in das Urlaubskassensystem zu erfolgen hat. Der Gesetzgeber könnte auch einfach den in Österreich zustehenden Mindesturlaubsanspruch und den kollektivvertraglichen Mindestlohn auf entsandte Arbeitnehmer erstrecken und damit dem Arbeitnehmer den zivilrechtlichen Anspruch auf Urlaub und ein entsprechendes Urlaubsentgelt zukommen lassen.

Das Problem stellt sich allerdings regelmäßig bei der Durchsetzung der Arbeitnehmer-Ansprüche. In der Entscheidung zur Rs *Wolff & Müller* hielt der EuGH fest: „*Wenn [...] der Anspruch auf den Mindestlohn Teil des Arbeitnehmerschutzes ist, müssen die Verfahrensmodalitäten zur Durchsetzung dieses Anspruchs [...]*

⁴⁶¹ ErläutRV 972 BlgNR 22. GP 7.

*ebenfalls als geeignet angesehen werden, diesen Schutz zu gewährleisten.*⁴⁶²
Wesentlich ist, ob eine nationale Regelung bei objektiver Betrachtung geeignet ist, den sozialen Schutz der Arbeitnehmer zu gewährleisten.⁴⁶³

Auch formelle Aspekte (Maßnahmen zur Durchsetzung der materiell-rechtlichen Ansprüche) sind daher unter dem Gesichtspunkt zu prüfen, ob sie dem Arbeitnehmer bei objektiver Betrachtung einen tatsächlichen Vorteil verschaffen.⁴⁶⁴

22.1.4.1. Durchsetzung der Urlaubs- und Entgeltansprüche gegenüber dem Arbeitgeber

Gem § 33h Abs 2 BUAG hat die Urlaubs- und Abfertigungskasse die offenen Zuschläge im Gerichtsweg einzuklagen, wenn der Arbeitgeber diese nicht leistet. Die Kasse ist nach dieser Vorschrift berufen, alle zur Einbringung der Zuschlagsleistungen erforderlichen und zweckmäßigen Maßnahmen zu treffen.

Indem nicht der Arbeitnehmer, sondern die BUAK die Ansprüche gegenüber dem Arbeitgeber geltend macht, wird vom einzelnen Arbeitnehmer der Druck genommen, seinen eigenen Arbeitgeber klagen zu müssen. Vielfach werden Arbeitnehmer ihre theoretischen Ansprüche nicht geltend machen, da sie fürchten müssten, zukünftig nicht mehr beschäftigt zu werden.⁴⁶⁵ Darüber hinaus ist eine Klagsführung auch mit einem erheblichen zeitlichen und finanziellen Aufwand und mit einem Klagsrisiko verbunden, was Arbeitnehmer oft von einer Klagsführung abhalten wird.

Der OGH fasst diese Vorteile in seiner Entscheidung 8 ObA 2/11v wie folgt zusammen: *„Die überbetriebliche Urlaubskasse bietet schon abstrakt ein höheres Schutzniveau, als gesetzliche Urlaubsansprüche gegen den individuellen Arbeitgeber. Den Arbeitnehmern steht eine Institution zur Verfügung, die durch Eintreibung der Beiträge dafür sorgt, dass die Urlaubsansprüche auch tatsächlich gewährt werden, weil sie es für Arbeitgeber unattraktiv machen, sich ihnen zu entziehen. Den Arbeitnehmern wird erspart, ihre Ansprüche in gerichtlichen Verfahren gegen den Arbeitgeber durchsetzen zu müssen.“*⁴⁶⁶

Würde man die Arbeitnehmeransprüche nur als zivilrechtliche Ansprüche ausgestalten, für deren Durchsetzung der einzelne Arbeitnehmer selbst zu sorgen hat, hätte Österreich als Aufnahmestaat keine Kontrolle darüber, ob die geschuldeten

⁴⁶² EuGH C-60/03, *Wolff & Müller*, ECLI:EU:C:2004:610, Rn 37.

⁴⁶³ EuGH C-60/03, *Wolff & Müller*, ECLI:EU:C:2004:610, Rn 38.

⁴⁶⁴ *Thüsing*, *Europäisches Arbeitsrecht*² (2011) Rz 71.

⁴⁶⁵ *Velikova*, *Arbeitnehmerentsendung* (2012) 52.

⁴⁶⁶ OGH 25. 10. 2011, 2 ObA 2/11 v.

Ansprüche durchgesetzt werden konnten.⁴⁶⁷ Dasselbe Problem stellt sich allerdings bei sonstigen zivilrechtlichen Ansprüchen des Arbeitnehmers dem ausländischen Arbeitgeber gegenüber, wie beispielsweise beim laufenden Entgelt. Im Gegensatz zum Urlaubsentgelt wird das laufende Entgelt nicht über ein Kassensystem abgesichert. Als Alternative zur Urlaubskasse wären daher wie bei laufenden Lohnansprüchen verstärkte Kontrollen und Strafen bei Unterentlohnung (wie im LSD-BG vorgesehen) vorstellbar. Diese Vorgehensweise ist allerdings mit erheblichen Nachteilen verbunden: Abgesehen davon, dass die Durchsetzung derartiger Strafen im Ausland nach wie vor mit Schwierigkeiten verbunden ist, führen sie bei finanziell schlecht ausgestatteten Arbeitgebern unter Umständen dazu, dass diese nach Zahlung einer Strafe über noch weniger finanzielle Mittel verfügen und insofern noch weniger in der Lage sind, die Löhne ihrer Arbeitnehmer zu bezahlen.

Für die Beurteilung, ob tatsächlich Urlaub im Ausmaß wie in Österreich gewährt und Urlaubsentgelt in entsprechender Höhe bezahlt wird, müssten darüber hinaus sämtliche Lohnunterlagen, bzw. nicht nur jene der Entsendung, geprüft werden, da andernfalls nicht beurteilt werden kann, ob es sich bei dem gewährten Urlaub um einen in Österreich erarbeiteten handelt und ob mit den Zahlungen der Arbeitgeber Urlaubsentgelt und nicht Arbeitsleistungen für andere Zeiträume abgegolten wurden. Eine derartige Prüfung würde nicht nur für die österreichischen Kontrollorgane einen Mehraufwand bedeuten. Auch die entsendenden Unternehmer wären mit einem erheblichen administrativen Aufwand konfrontiert, welcher den freien Dienstleistungsverkehr uU stärker beschränken würde, als dies beim Urlaubskassenverfahren der Fall ist.

De facto wäre es nahezu unmöglich, sicherzustellen, dass die rein materiell-rechtlich zustehenden Arbeitnehmeransprüche im Herkunftsmitgliedstaat tatsächlich gewährt werden.⁴⁶⁸ Die Regelungen des BUAG schaffen demnach nicht nur einen Urlaubsanspruch; sie dienen auch und vor allem der Durchsetzung desselben und sie bieten dem entsandten Arbeitnehmer jedenfalls eine zusätzliche Sicherheit, das Urlaubsentgelt entsprechend dem österreichischen Standard, ausbezahlt zu erhalten.

22.1.4.2. Urlaubskonsumation durch den Arbeitnehmer

Neben der Zweckmäßigkeit des Urlaubskassenverfahrens bei der Durchsetzung der Ansprüche gegenüber dem Arbeitgeber ist auch zu hinterfragen,

⁴⁶⁷ OGH 25. 10. 2011, 8 ObA 2/11v.

⁴⁶⁸ OGH 25. 11. 2011, 8 ObA 2/11v.

ob und in welcher Weise Arbeitnehmer nach ihrer Rückkehr in ihr Heimatland überhaupt in der Lage sind, ihre Ansprüche bei der Urlaubskasse einzureichen.⁴⁶⁹

Gem § 33 Abs 3 BUAG kann der Anspruch unter Nachweis der Urlaubsvereinbarung sowohl vom Arbeitnehmer selbst als auch vom Arbeitgeber für diesen geltend gemacht werden. Vorzulegen ist ein Nachweis über die Urlaubsvereinbarung. Daneben hat der Arbeitgeber der Kasse die für die korrekte Abrechnung des Urlaubsentgeltes notwendigen Informationen zu übermitteln. Für Arbeitnehmer, insbesondere wenn sie der deutschen Sprache nicht mächtig sind, stellen derartige Formalitäten uU eine Hürde dar, die sie von der Geltendmachung der ihnen zustehenden Ansprüche abhalten. Um daher die faktischen Vorteile des Urlaubskassensystems zu gewährleisten, ist der Arbeitnehmer bei der Geltendmachung seiner Urlaubsansprüche entsprechend zu unterstützen.

Die BUAK stellt auf ihrer Homepage Informationen über das Urlaubskassensystem und über die Auszahlung der Urlaubsansprüche nicht nur auf Deutsch und Englisch, sondern auch in den Sprachen der relevanten Entsendestaaten⁴⁷⁰ zur Verfügung.⁴⁷¹ Formulare für die Urlaubseinreichung und für den Antrag auf Abfindung findet man ebenfalls online. Eine Urlaubseinreichung sollte daher auch aus dem Heimatland der Arbeitnehmer möglich sein.

Der OGH betonte zudem in seiner vorzitierten Entscheidung 8 ObA 2/11v, dass der Arbeitgeber im Rahmen seiner arbeitsvertraglichen Fürsorgepflicht den Arbeitnehmer bei der Geltendmachung seiner Ansprüche gegenüber der Kasse zu unterstützen hat. Einschränkend ist hier anzumerken, dass die vom OGH angesprochene Fürsorgepflicht des Arbeitgebers dem § 1157 ABGB entspringt. Sie kommt damit nur insofern zum Tragen, als das Arbeitsverhältnis österreichischem Arbeitsrecht unterliegt oder es nach dem jeweils anwendbaren ausländischen Recht eine vergleichbare Verpflichtung des Arbeitgebers gibt.

21.2. Unlauterer Wettbewerb - Sozialdumping

Neben dem sozialen Schutz der Arbeitnehmer stellt auch die Verhinderung unlauteren Wettbewerbs einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses dar, welcher Maßnahmen rechtfertigt, die per se zu einer Behinderung der

⁴⁶⁹ EuGH C-49/98 ua, *Finalarte*, ECLI:EU:C:2001:564, Rn 48.

⁴⁷⁰ Slowenisch, serbisch, slowakisch, ungarisch, kroatisch, portugiesisch, polnisch, tschechisch, italienisch, türkisch, spanisch, rumänisch, bulgarisch.

⁴⁷¹ Abrufbar unter: www.buak.at.

Dienstleistungsfreiheit führen können.⁴⁷² Dies ergibt sich nicht nur aus der Judikatur des EuGH.⁴⁷³ Ein fairer Wettbewerb als Voraussetzung für eine Förderung des länderübergreifenden Dienstleistungsverkehrs wird auch in der fünften Begründungserwägung der Entsenderichtlinie 96/71/EG ausdrücklich erwähnt.⁴⁷⁴ Eines der Ziele der Durchsetzungsrichtlinie ist „*der Umgehung und dem Missbrauch der geltenden Bestimmungen durch Unternehmen, die die im AEUV verankerte Dienstleistungsfreiheit und/oder die Anwendung der Richtlinie 96/71/EG missbräuchlich oder in betrügerischer Absicht nutzen, vorzubeugen sowie diese zu verhindern und zu bekämpfen.*“⁴⁷⁵

Wie der Rsp des EuGH, insbesondere zur Rs *Wolff & Müller* zu entnehmen ist, stellen das Ziel der Sicherstellung des Arbeitnehmerschutzes auf der einen Seite und die Verhinderung unlauteren Wettbewerbs auf der anderen Seite keinen Gegensatz, sondern zwei Seiten derselben Medaille dar.⁴⁷⁶ Unlauter ist der Wettbewerb ausländischer Dienstleistungserbringer daher nicht einfach nur deswegen, weil diese sich allenfalls Beiträge ersparen, welche inländische Unternehmer zu leisten haben.⁴⁷⁷

Gerade in der Baubranche stellt die Höhe der Lohnkosten (wozu auch das Urlaubsgeld zählt) ein entscheidendes Wettbewerbskriterium dar, da sie bei Bauleistungen rund 50% der Gesamtkosten ausmachen.⁴⁷⁸ Dies kann zu der von *Velikova* beschriebenen Situation führen, dass „*neben dem Wettbewerb der besseren Leistungen auch ein solcher der schlechteren Arbeitsbedingungen bzw der niedrigeren Arbeitskosten*“⁴⁷⁹ entsteht. Unternehmen aus Niedriglohnländern beschäftigen Arbeitnehmer zu den Bedingungen des Herkunftsstaates und entsenden sie in ein Hochlohnland, um hier – entsprechend preiswerte – Leistungen zu erbringen. Dies kann einen Abbau der arbeitsrechtlichen und sozialen Standards im Aufnahmemitgliedstaat nach sich ziehen.⁴⁸⁰ Der EuGH erwähnt den Schutz inländischer Arbeitnehmer vor Sozialdumping (ohne diesen Begriff zu erwähnen) bereits in einer Entscheidung aus dem Jahr 1973 in der Rs *Kommission/Frankreich*.⁴⁸¹ Demnach bezwecke der Grundsatz der

⁴⁷² EuGH 167/73, *Kommission/Frankreich*, ECLI:EU:C:1974:35; EuGH C-60/03, *Wolff & Müller*, ECLI:EU:C:2004:610, Rn 41.

⁴⁷³ EuGH C-60/03, *Wolff & Müller*, ECLI:EU:C:2004:610, Rn 41.

⁴⁷⁴ EuGH C-60/03, *Wolff & Müller*, ECLI:EU:C:2004:610.

⁴⁷⁵ Erwägungsgrund 7 der Richtlinie 2014/67/EU.

⁴⁷⁶ EuGH C-60/03, *Wolff & Müller*, ECLI:EU:C:2004:610, Rn 42.

⁴⁷⁷ EuGH C-49/98 ua, *Finalarte*, ECLI:EU:C:2001:564, Rn 39.

⁴⁷⁸ *Zipperling*, Arbeitnehmerentsendung (2006) 5.

⁴⁷⁹ *Velikova*, Arbeitnehmerentsendung (2012) 51.

⁴⁸⁰ *Zipperling*, Arbeitnehmerentsendung (2006) 5.

⁴⁸¹ EuGH 167/73, *Kommission/Frankreich*, ECLI:EU:C:1974:35.

Arbeitnehmerfreizügigkeit, „Inländer vor den Nachteilen zu bewahren, die sich daraus ergeben können, dass Angehörige anderer Mitgliedstaaten ungünstigere Arbeitsbedingungen oder Entlohnung anbieten oder annehmen, als das geltende nationale Recht sie vorsieht.“⁴⁸² In der Entscheidung zur Rs *Kommission/Luxemburg* anerkennt der EuGH „das Bemühen, Störungen auf dem Arbeitsmarkt zu verhindern“, als zwingenden Grund des Allgemeininteresses.⁴⁸³

Auf der anderen Seite schloss der EuGH in der Entscheidung *Finalarte* den Schutz inländischer Unternehmer gegen den steigenden Wettbewerbsdruck durch europäische Billiglohnunternehmen ausdrücklich als Rechtfertigungsgrund für ein Urlaubskassensystem aus.⁴⁸⁴ Vielmehr liegt eine unlautere Wettbewerbshandlung dann vor, wenn Unternehmer (zB durch Verlagerung von Standorten oder Schaffung anderer formeller Voraussetzungen) versuchen, auf Kosten der Arbeitnehmerrechte Wettbewerbsvorteile zu erzielen. Der unlautere Wettbewerb, den es zu verhindern gilt, liegt somit vor, wenn Unternehmer aktiv Sozialdumping oder Sozialbetrug betreiben.

In der Durchsetzungsrichtlinie sind beispielhaft Umstände angeführt, welche einen derartigen Missbrauch des freien Dienstleistungsverkehrs darstellen: wenn ein Unternehmen in einem Staat mit niedrigerem arbeitsrechtlichen Schutz dort tatsächlich keine Tätigkeit ausübt, sondern als sog „Briefkastenfirma“ nur zu dem Zweck gegründet wird, Arbeitnehmer zu entsenden und so das Schutzniveau des Aufnahmemitgliedstaates zu umgehen;⁴⁸⁵ wenn daher keine tatsächliche Entsendung vorliegt, sondern Arbeitnehmer ausschließlich für die Tätigkeit im Aufnahmemitgliedstaat aufgenommen werden („Scheinentsendung“);⁴⁸⁶ wenn Arbeitnehmer fälschlicherweise als selbständig gemeldet werden („Scheinselbständige“);⁴⁸⁷ wenn keine Bescheinigung über die anwendbaren Rechtsvorschriften im Bereich der sozialen Sicherheit gem der Verordnung (EG) Nr 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates („A1-Bestätigung“) ausgestellt wurde.⁴⁸⁸ Indizien für einen Missbrauch der Dienstleistungsfreiheit und für unlautere Wettbewerbshandlungen werden neben den in der Durchsetzungsrichtlinie angeführten Umständen auch der Verstoß gegen Meldepflichten iSd Art 9 Abs 1a der

⁴⁸² EuGH 167/73, *Kommission/Frankreich*, ECLI:EU:C:1974:35, Rn 45.

⁴⁸³ EuGH C-445/03, *Kommission/Luxemburg*, ECLI:EU:C:2004:655, Rn 38; *Windisch-Graetz*, Lohn- und Sozialdumping bei grenzüberschreitenden Entsendungen, RdA 2008, 231.

⁴⁸⁴ EuGH C-49/98 ua, *Finalarte*, ECLI:EU:C:2001:564, Rn 38-39.

⁴⁸⁵ Erwägungsgrund 8 sowie Art 4 Abs 2 der Durchsetzungsrichtlinie.

⁴⁸⁶ Erwägungsgrund 11 sowie Art 4 Abs 1 der Durchsetzungsrichtlinie.

⁴⁸⁷ Erwägungsgrund 10 der Durchsetzungsrichtlinie.

⁴⁸⁸ Erwägungsgrund 12 der Durchsetzungsrichtlinie.

Richtlinie, die Verweigerung von Kontrollen und der Verstoß gegen die Pflicht zur Bereithaltung von Unterlagen gem Art 9 Abs 1b der Durchsetzungsrichtlinie sein.

Die angeführten Missbrauchstatbestände sind deswegen verpönt, weil und wenn sie zum Ziel haben, sich Wettbewerbsvorteile auf Kosten der Arbeitnehmer zu sichern. Die BUAK verfügt gem § 23 Abs 2 BUAG und § 15 LSD-BG über diverse Kontroll- und Einsichtsrechte. So hat sie gem § 23a und § 23b BUAG die Möglichkeit, Baustellenkontrollen durchzuführen, Arbeitnehmer zu befragen, Unterlagen anzufordern. Schließlich kommt ihr gem § 15 LSD-BG Parteistellung im Verwaltungsstrafverfahren zu. Derartige Kontrollbefugnisse und Parteirechte stehen in keinem direkten Zusammenhang mit dem Urlaubskassenverfahren und wären auch in einem anderen System zur Durchsetzung von Urlaubsansprüchen (etwa über Verwaltungsstrafen bei nicht ausreichender Urlaubsgewährung) denkbar. Dies ist daran erkennbar, dass andere Institutionen, insb das Kompetenzzentrum LSDB (§ 13 LSD-BG), aber auch die Abgabenbehörden (§ 12 LSD-BG) oder die Träger der Sozialversicherung (§ 14 LSD-BG) für ihre jeweiligen Bereiche über Kontrollrechte verfügen, welche mit jenen der BUAG vergleichbar sind. Dass das Urlaubskassenverfahren im Hinblick auf die Schwierigkeit, Verwaltungsstrafen im Ausland durchzusetzen, gerade für ausländische Arbeitnehmer im Allgemeinen eine erhöhte Sicherheit bietet, Urlaubsentgelt entsprechend dem österreichischen Standard zu erhalten, wurde bereits an anderer Stelle dargelegt. Insbesondere die zivilrechtliche Ausgestaltung der Urlaubszuschläge und die durch § 33h Abs 3 BUAG eröffnete Möglichkeit, die Zuschläge im Gerichtsweg einzuklagen und im Ausland zu exekutieren, bietet einen zusätzlichen Schutz vor Missbrauchstatbeständen. Ein unabhängiger österreichischer Richter kann beispielsweise beurteilen, ob es sich bei einem „selbständigen Auftragnehmer“ nicht tatsächlich um einen Arbeitnehmer handelt. Fehlende Unterlagen und Meldepflichtverletzungen gehen im Rahmen der Regeln zur Beweislastverteilung gem § 33h Abs 2a und 2b BUAG zu Lasten des Arbeitgebers.

Auch wenn Missbrauchstatbestände sich durch das Urlaubskassensystem nicht zur Gänze verhindern lassen, so leistet dieses System immerhin einen Beitrag, um unlauteren Wettbewerb einzudämmen.

22. Herkunftslandprinzip

Das von der Rsp entwickelte so genannte „*Herkunftslandprinzip*“ besagt, dass Erfordernisse des Bestimmungsstaates, denen bereits durch entsprechende

Vorschriften des Herkunftsstaates Genüge getan ist, unter das Verbot des Art 57 AEUV fallen.⁴⁸⁹ Dadurch sollen Doppelbelastungen für den Arbeitgeber vermieden werden.⁴⁹⁰ *Rebhahn* spricht vom „*Verbot eines Doppelschutzes*.“⁴⁹¹

Zur Vermeidung einer Doppelbelastung ist die BUAK gem § 33i BUAG ermächtigt, mit vergleichbaren, auf Gesetz oder Kollektivvertrag beruhenden Urlaubs- oder Sozialkassen anderer Länder Vereinbarungen über eine gegenseitige Befreiung vom Urlaubskassensystem für jene Personen, die dem Urlaubskassensystem im jeweils anderen Land unterliegen, abzuschließen. Wurde keine derartige Vereinbarung zwischen den Urlaubskassen abgeschlossen, kann eine Befreiung vom BUAG-System gem § 33g Abs 4 BUAG im Einzelfall erfolgen, wenn es im Herkunftsmitgliedstaat eine vergleichbare Urlaubskasse gibt und Arbeitgeber sowie Arbeitnehmer dieser unterliegen.

Der Oberste Gerichtshof vertrat in seiner Entscheidung vom 25. 10. 2011, gestützt auf den Wortlaut des § 33i BUAG die Ansicht, dass eine Befreiung vom Urlaubskassensystem des BUAG nicht in Betracht kommt, wenn die Urlaubsansprüche des Arbeitnehmers im Herkunftsmitgliedstaat auf andere Weise als durch ein Urlaubskassensystem geschützt werden.⁴⁹² Das Herkunftslandprinzip wollte der OGH in der zitierten Entscheidung 8 ObA 2/11v dadurch umgesetzt wissen, dass er eine Anrechnungsmöglichkeit von direkt ausbezahlten Urlaubsentgelten verlangte. Der OGH nahm sich dabei das dAEntG zum Vorbild, welches eine Anrechnung derjenigen Leistungen des ausländischen Arbeitgebers vorsieht, die er zur Erfüllung des Urlaubsanspruches seiner Arbeitnehmer bereits erbracht hat.

Wie bereits zum Günstigkeitsvergleich im Rahmen der Entsenderichtlinie diskutiert, ist die dargestellte Rechtsansicht des OGH in Hinblick auf die Rsp des EuGH⁴⁹³ problematisch. Der EuGH verlangt nämlich nur, dass die Verpflichtungen des Herkunftsmitgliedstaates „*im Hinblick auf ihren Zweck vergleichbar*“ sind.⁴⁹⁴ Technische Unterschiede bei der Verwaltung von Systemen können eine Beschränkung nicht rechtfertigen.⁴⁹⁵

⁴⁸⁹ EuGH C-165/98, *Mazzoleni*, ECLI:EU:C:2001:162; EuGH C-369/96 ua, *Arblade*, ECLI:EU:C:1999:575; EuGH C-43/93 *Vander Elst*, ECLI:EU:C:1994:319.

⁴⁹⁰ *Zipperling*, Arbeitnehmerentsendung (2006) 9.

⁴⁹¹ EUArbR/*Rebhahn*, AEUV Art 56, 15.

⁴⁹² OGH 25. 2. 2011, 8 ObA 2/11v.

⁴⁹³ EuGH C-369/96 ua, *Arblade*, ECLI:EU:C:1999:575, Rn 48 EuGH C-49/98 ua, *Finalarte*, ECLI:EU:C:2001:564, Rn 53.

⁴⁹⁴ EuGH C-369/96 ua, *Arblade*, ECLI:EU:C:1999:575, Rn 48.

⁴⁹⁵ EuGH C-272/94, *Guiot*, ECLI:EU:C:1996:147, Rn 21.

In der Rs *Kommission/Deutschland*⁴⁹⁶ war gerade die dem § 33i BUAG vergleichbare Regelung des § 1 Abs 3 Satz 1 dAEntG, welche eine Befreiung von der Beitragspflicht nur bei der Teilnahme an einem Urlaubskassensystem im Herkunftsmitgliedstaat vorsieht, Gegenstand der Prüfung durch den EuGH. Dieser gab in diesem Punkt der Klage der Kommission allerdings nicht statt; dies mit der Begründung, die deutschen Gerichte würden die Regelungen über das deutsche Urlaubskassenverfahren nur dann anwenden, wenn sie für den Arbeitnehmer günstiger als die in seinem Heimatstaat geltenden Vorschriften seien.⁴⁹⁷

Der Entscheidung des EuGH ist zu entnehmen, dass nicht schlichtweg und ohne jede Prüfung das BUAG anzuwenden ist, wenn es im Heimatstaat keine Urlaubskasse gibt. Vielmehr ist zunächst im Rahmen eines Günstigkeitsvergleichs zu entscheiden, ob die Bestimmungen des BUAG in materieller (in Bezug auf die Höhe des Urlaubs- und Entgeltanspruchs) und formeller Hinsicht (in Bezug auf die Durchsetzung der materiellen Ansprüche) für den Arbeitnehmer günstiger sind als jene der Herkunftsmitgliedstaates, und ob somit überhaupt das österreichische Urlaubskassenverfahren zur Anwendung gelangt. Bejaht man dies, kann die Befreiungsbestimmung des § 33i BUAG entsprechend ihrem Wortlaut eng ausgelegt werden.

23. Verhältnismäßigkeit

Rechtfertigungsgründe müssen den Ansprüchen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes genügen. Sie müssen zur Verfolgung des Schutzzweckes erforderlich sein und dürfen nicht durch weniger restriktive Regelungen ersetzbar sein.⁴⁹⁸

In seinem Urteil zur Rs *Finalarte* erklärte der EuGH, die deutschen Regelungen seien nur dann europarechtskonform, wenn sie den entsandten Arbeitnehmern „*einen tatsächlichen zusätzlichen Schutz gewährleisten* [und] *wenn die Anwendung dieser Rechtsvorschriften im Hinblick auf die Verwirklichung des Ziels des sozialen Schutzes dieser Arbeitnehmer verhältnismäßig*“ ist.⁴⁹⁹ Bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit ist nach ständiger Rsp des EuGH darauf Bedacht zu nehmen, dass der Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit „*zur Erreichung des verfolgten*

⁴⁹⁶ EuGH C-490/04, *Kommission/Deutschland*, ECLI:EU:C:2007:430, Rn 41.

⁴⁹⁷ EuGH C-490/04, *Kommission/Deutschland*, ECLI:EU:C:2007:430, Rn 44.

⁴⁹⁸ *Borchardt*, Die rechtlichen Grundlagen der Europäischen Union⁶ (2015) 1093.

⁴⁹⁹ EuGH C-49/98 ua, *Finalarte*, ECLI:EU:C:2001:564, Rn 45, 49 und 53; EuGH C-490/04, *Kommission/Deutschland*, ECLI:EU:C:2007:430, Rn 46.

*Zieles geeignet ist und nicht über das hinausgeht, was zur Erreichung des Zieles erforderlich ist.*⁵⁰⁰

Die Verhältnismäßigkeit wurde in der Rs *Mazzoleni*⁵⁰¹ noch unter einem anderen Aspekt thematisiert. Der genannten Entscheidung ist zu entnehmen, dass nicht nur die Notwendigkeit der Maßnahmen zur Erreichung des Zieles zu prüfen ist. Vielmehr ist in einem nächsten Schritt auch zu evaluieren, ob der ansonsten aus Gründen des Allgemeinwohls gerechtfertigte und notwendige Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit unter Berücksichtigung aller maßgeblichen Elemente angemessen ist.⁵⁰²

Konkret wird der Vorteil, den das BUAG gegenüber dem Heimatrechtsstatut bietet, mit den Nachteilen für den Dienstleistungserbringer abzuwägen sein.

Gerade bei ganz kurzfristigen Entsendungen insb aus Hochlohnländern könnte sich aus einem Vergleich der Urlaubsansprüche und der Urlaubsentgeltansprüche nach dem Recht des Herkunftsmitgliedstaates einerseits und jenem des BUAG andererseits unter Umständen nur ein geringfügiger Vorteil für den Arbeitnehmer, der dem Urlaubskassensystem unterliegt, ergeben. Steht diesem geringfügigen Vorteil aber ein unverhältnismäßig hoher administrativer und finanzieller Aufwand des Arbeitgebers gegenüber, so wird diese Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit sich durch den geringfügigen Vorteil nicht rechtfertigen lassen.

24. Nicht diskriminierende Anwendung

Maßnahmen, welche die Dienstleistungsfreiheit beschränken, sind nur dann zulässig, wenn sie in nicht diskriminierender Weise angewandt werden.⁵⁰³ Dies bedeutet nicht, dass unterschiedliche Regelungen für inländische und ausländische Dienstleistungserbringer generell verboten wären. Beispielsweise lässt der EuGH bei Prüfungs- und Kontrollrechten unterschiedlich weite Verpflichtungen zwischen ausländischen und inländischen Unternehmen zu, sofern solche Sonderregelungen

⁵⁰⁰ EuGH C-294/00, *Gräbner*, ECLI:EU:C:2002:442, Rn 39.

⁵⁰¹ EuGH C-165/98, *Mazzoleni*, ECLI:EU:C:2001:162.

⁵⁰² EuGH C-165/98, *Mazzoleni*, ECLI:EU:C:2001:162, Rn 37 ff.

⁵⁰³ *Budischowsky* in *Jaeger/Stöger* (Hrsg), Kommentar zu EUV und AEUV Art 57 AEUV Rz 25.

für eine effektive Kontrolle notwendig sind.⁵⁰⁴ Unterschiedliche Regelungen sind damit dann erlaubt, wenn sie auf objektiven Unterschieden beruhen.⁵⁰⁵

Das Urlaubskassensystem nach dem BUAG gilt grundsätzlich gleichermaßen für inländische Arbeitgeber als auch für solche, die ihren Sitz im Ausland haben. In folgenden Punkten weicht das Entsendeverfahren nach Art VIb BUAG allerdings vom Inlandsverfahren ab:

24.1. Entstehen des Anspruchs auf Urlaubsentgelt erst mit Einzahlung der Zuschläge durch den Arbeitgeber (§ 33f Abs 2 BUAG)

Anders als im Inlandsverfahren, erwerben Arbeitnehmer, welche dem Entsendeverfahren des BUAG unterliegen, Urlaubsentgelt-Ansprüche erst dann und nur in dem Umfang, als die Zuschläge vom Arbeitgeber bezahlt wurden. Diese Bestimmung ist der Finanzierbarkeit des Systems geschuldet.⁵⁰⁶ Ein Nachteil für den entsendenden Arbeitgeber ist damit nicht verbunden, da dieser es durch seine Zahlung in der Hand hat, das Entstehen des Urlaubsanspruchs zu bewirken.

Für den entsandten Arbeitnehmer stellt sich die Regelung des § 33f Abs 2 BUAG allerdings sehr wohl nachteilig dar. Während nämlich der Arbeitnehmer eines österreichischen Arbeitgebers sein Urlaubsentgelt auch dann von der Urlaubskasse ausbezahlt erhält, wenn sein Arbeitgeber aus welchen Gründen auch immer keine Zahlungen leistet, fällt der Arbeitnehmer eines zahlungsunfähigen bzw zahlungsunwilligen ausländischen Arbeitgebers um diese Ansprüche um bzw erhält sie allenfalls erst Jahre später, wenn die Zuschläge einbringlich gemacht werden konnten. Eine derartige Ungleichbehandlung von Arbeitnehmern, deren Arbeitgeber ihren Sitz im Ausland haben, kann eine mittelbare Diskriminierung darstellen. Es ist daher nach einer Rechtfertigung für diese Ungleichbehandlung zu fragen.

Grund für die Regelung des § 33f Abs 2 BUAG ist der Umstand, dass es dem Urlaubskassensystem nicht nur finanzielle Lasten aufbürden, sondern dieses wohl sprengen würde, müsste die BUAK, ohne entsprechende Zuschläge eingehoben zu haben, für alle nach Österreich entsandten Arbeitnehmer das Urlaubsentgelt bezahlen.⁵⁰⁷ Der EuGH schließt nicht aus, dass eine erhebliche Gefährdung des finanziellen Gleichgewichts des Systems der sozialen Sicherheit als möglicher

⁵⁰⁴ EuGH C-49/98 ua, *Finalarte*, ECLI:EU:C:2001:564, Rn 72-75; *Thüsing*, Europäisches Arbeitsrecht (2011)² Rz 80.

⁵⁰⁵ EuGH C-49/98 ua, *Finalarte*, ECLI:EU:C:2001:564, Rn 73.

⁵⁰⁶ *Klinger*, BUAG (2006) § 33f BUAG Anm 1.

⁵⁰⁷ *Klinger*, BUAG (2006) § 33f BUAG Anm 1.

zwingender Grund des Allgemeininteresses und somit als Rechtfertigungsgrund anzuerkennen ist.⁵⁰⁸

Zu beachten ist zudem, dass die BUAK für Arbeitnehmer, welche in Österreich sozialversichert sind, die Zuschläge im Fall der Insolvenz des Arbeitgebers vom Insolvenzentgeltsicherungsfonds (IESF) erhält. Dieser Fonds wird größtenteils aus Beiträgen der Arbeitgeber finanziert. Es handelt sich gem § 12 Abs 1 Z 4 IESG um einen Zuschlag zu dem vom Dienstgeber zu leistenden Anteil des Arbeitslosenversicherungsbeitrags gem § 2 des Arbeitsmarktpolitik-Finanzierungsgesetzes (AMPFG).⁵⁰⁹ Eine Ungleichbehandlung von Arbeitnehmern, welche der inländischen Sozialversicherung unterliegen (und deren Zuschläge somit im Fall der Insolvenz des Arbeitgebers der IESF trägt) einerseits gegenüber Arbeitnehmern, die im Ausland sozialversichert sind, hat damit eine objektive Grundlage. Der Arbeitgeber hat durch seine Beiträge an den österreichischen Sozialversicherungsträger die Leistungen des IESF ja mitfinanziert.

24.2. Direkte Auszahlung des Urlaubsentgelts an die Arbeitnehmer (§ 33f Abs 3 BUAG)

Die Auszahlung des Urlaubsentgelts durch die BUAK erfolgt – anders als im Inlandsverfahren – direkt an den Arbeitnehmer. Damit soll sichergestellt werden, dass die Leistung tatsächlich dem Arbeitnehmer zugutekommt und nicht vom Arbeitgeber einbehalten wird.⁵¹⁰

Der EuGH hat in seiner Entscheidung in der Rs *Finalarte* zur vergleichbaren deutschen Regelung Stellung genommen und diese für zulässig erklärt.⁵¹¹ Er rechtfertigt die Regelung der Direktauszahlung mit objektiven Unterschieden zwischen Unternehmen mit Sitz im Inland und solchen mit Sitz im Ausland. Insbesondere gäbe es für die Behörden des Aufnahmemitgliedstaates nach Beendigung der Entsendung keine Möglichkeit der Kontrolle, ob die Urlaubsvergütungen tatsächlich an die entsandten Arbeitnehmer gezahlt werden.⁵¹² Die Aussagen des EuGH sind mE zutreffend. Gerade zur Vermeidung von Sozialdumping ist die Direktauszahlung ein ganz wesentlicher Faktor. Würde das Urlaubsentgelt an den Arbeitgeber treuhändig ausgezahlt werden, müsste der Arbeitnehmer allenfalls im Ausland den Gerichtsweg beschreiten, um die Auszahlung

⁵⁰⁸ EuGH C-346/06, *Rüffert*, ECLI:EU:C:2008:189, Rn 42; EuGH C-372/04, *Watts*, ECLI:EU:C:2006:325, Rn 103.

⁵⁰⁹ BGBl Nr 315/1994.

⁵¹⁰ ErläutRV 972 BlgNR 22. GP 6.

⁵¹¹ EuGH C-49/98 ua, *Finalarte*, ECLI:EU:C:2001:564, Rn 60-65.

⁵¹² EuGH C-49/98 ua, *Finalarte*, ECLI:EU:C:2001:564, Rn 63.

zu erwirken. Der Arbeitgeber könnte Gegenforderungen, Bevorschussungen oder sonstige Gründe behaupten, um eine Auszahlung an den Arbeitnehmer zu vermeiden. Gerade die Kontrolle darüber, dass dem Arbeitnehmer das in Österreich erworbene Urlaubsentgelt auch tatsächlich zukommt, ist aber wesentlicher Zweck sowohl der Entsenderichtlinie als auch des darauf basierenden Entsendeverfahrens nach dem BUAG.

Zudem führt nach Ansicht des EuGH die direkte Auszahlung von Urlaubsentgelten zu keinem Nachteil für die ausländischen Unternehmen.⁵¹³ Der österreichische Gesetzgeber sieht in der Auszahlungsmodalität sogar einen Vorteil für den ausländischen Arbeitgeber, da sich der Verwaltungsaufwand für diesen verringere. Der Arbeitgeber müsse nur die Zuschläge bezahlen. Die Abwicklung der Urlaubsentgeltansprüche inklusive der Abfuhr der Lohnabgaben erfolge durch die BUAK.⁵¹⁴ Diese Argumentation ist vielleicht überschießend, da dem Vorteil einer Abwicklung durch die BUAK der Nachteil gegenübersteht, dass die Ansprüche nach dem BUAG mit den im Heimatland erworbenen Ansprüchen abzugleichen und zu kombinieren sind, was ebenfalls einen Verwaltungsaufwand bedeutet.

Insgesamt lässt sich ein allenfalls etwas höherer Verwaltungsaufwand beim Arbeitgeber aber durch die zusätzliche Sicherheit der Ansprüche der Arbeitnehmer rechtfertigen.

24.3. Anrechnung direkt geleisteter Zahlungen (§ 33h Abs 1a BUAG)

Die Anrechnungsbestimmung des § 33h Abs 1a BUAG dient der Vermeidung von Doppelbelastungen ausländischer Unternehmer, welche aufgrund der einzuhaltenden Vorschriften des Heimatlandes allenfalls verpflichtet sind, Leistungen an den Arbeitnehmer zu erbringen, noch ehe ein Anspruch nach dem BUAG entstanden ist. Im Inlandsverfahren gibt es vergleichbare Anrechnungsbestimmungen nicht. Der OGH erklärte mehrfach, dass im System des BUAG ein Urlaubsvorgriff nicht vorgesehen sei.⁵¹⁵ Wird im Inlandsverfahren zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer ein Urlaub vereinbart, der nicht durch das BUAG abgedeckt ist, so sei dies als „*freiwillige vertragliche Vereinbarung über die Freistellung des Arbeitnehmers von der Arbeitsleistung unter Fortzahlung des Entgelts*“ anzusehen.⁵¹⁶ Anders verhält es sich im Entsendeverfahren, für welches aufgrund des Zusammentreffens mehrerer

⁵¹³ EuGH C-49/98 ua, *Finalarte*, ECLI:EU:C:2001:564, Rn 62.

⁵¹⁴ ErläutRV 972 BlgNr 22. GP 6.

⁵¹⁵ OGH 25. 10. 2011, 8 ObA 86/10w; OGH 19. 5. 2009, 8 ObA 85/08w.

⁵¹⁶ OGH 25. 10. 2011, 8 ObA 86/10w; OGH 19. 5. 2009, 8 ObA 85/08w.

Rechtsordnungen die Anrechnung des Urlaubsvorgriffs in § 33h Abs 1a BUAG ausdrücklich normiert wurde.

Die zitierte Bestimmung wurde als Folge der Entscheidung des OGH zu 8 ObA 2/11v vom 25. 10. 2011 in das BUAG eingefügt.⁵¹⁷ In dieser Entscheidung erklärte der OGH, dass eine „*mögliche Konkurrenz von Urlaubsansprüchen gegen die Urlaubskasse mit weitergehenden Ansprüchen gegenüber dem Arbeitgeber nach dem Vertragsstatut ohne Korrektiv zu systemwidrigen Doppelansprüchen bzw Doppelbelastungen führen*“ könne.

Der OGH erblickte im Fehlen von Anrechnungsregelungen im BUAG eine planwidrige Gesetzeslücke. Dies ist insofern bemerkenswert, als der Gesetzgeber, wie den Materialien zu § 33e BUAG zu entnehmen ist, davon ausging, dass das BUAG das grundsätzliche Arbeitsrechtsstatut des Herkunftsstaates des Arbeitnehmers zur Gänze verdrängt.⁵¹⁸ Auch *Klinger* vertritt in seinem Kommentar die Auffassung, dass „*für den Zeitraum der Entsendung das (Urlaubs-)recht des Heimatstaates von den zwingenden Bestimmungen des BUAG überlagert*“ werde und eine „*Bevorschussung damit eine rechtsgrundlose Leistung darstellen*“ würde.⁵¹⁹ Da die Kasse keine Möglichkeit habe, die Lohnunterlagen im Heimatstaat zu kontrollieren, finde eine Anrechnung von Leistungen des Arbeitgebers nicht statt.⁵²⁰

Ausdrücklich verwarf der OGH in der zitierten Entscheidung vom 25. 10. 2011 die Lösung, dem Problem der Doppelbelastung durch Nichtanwendung der Entsendebestimmungen des BUAG entgegenzuwirken,⁵²¹ dies wäre mit der Entsenderichtlinie unvereinbar. Vielmehr verwies der OGH auf die Bestimmung des § 8 Z 13 des deutschen Bundesrahmen-Tarifvertrags Baugewerbe (BRTV-Bau).⁵²² Dieser sieht vor, dass „*Urlaubstage und Urlaubsvergütungen, die ein außerhalb Deutschlands ansässiger Arbeitgeber bereits vor der Entsendung für das laufende Kalenderjahr gewährt hat, auf die während der Entsendezeit bis zum jeweiligen Zeitpunkt der Anrechnung entstandenen Urlaubsansprüche [...] angerechnet*“ werden. Gewährter Urlaub ist, soweit er nicht rechnerisch auf Zeiten des Bestehens des Arbeitsverhältnisses vor der Entsendung fällt, auf den Urlaubsanspruch nach dem BRTV-Bau anzurechnen. Der österreichische Gesetzgeber hat die Vorgaben

⁵¹⁷ ErläutRV 2012 BlgNR 24. GP 5.

⁵¹⁸ ErläutRV 972 BlgNR 22. GP 6.

⁵¹⁹ *Klinger*, BUAG (2006) § 33f BUAG Anm 2.

⁵²⁰ *Klinger*, BUAG (2006) § 33f BUAG Anm 2.

⁵²¹ OGH 25. 10. 2011, 8 ObA 2/11v.

⁵²² Bundesrahmentarifvertrag für das Baugewerbe – BRTV vom 4.7.2002 idF 10.12.2014, abgeschlossen vom Zentralverband des Deutschen Baugewerbes e.V., dem Hauptverband der Deutschen Bauindustrie e.V. und der Industriegewerkschaft Bauen-Agrar-Umwelt.

des OGH in Anlehnung an § 8 Z 13 BRTV-Bau in § 33 h Abs 1 a, 1. Satz BUAG umgesetzt.

Damit wurde in eingeschränktem Rahmen eine Differenzregelung, also die Einbeziehung von Arbeitnehmern in das BUAG nur im Hinblick auf den allfälligen höheren österreichischen Urlaubsanspruch, für Urlaubsvorgriffe verwirklicht. Wie den Erläuternden Bemerkungen zu entnehmen ist, hat der Gesetzgeber von einer generellen Differenzregelung bewusst „aus Praktikabilitätsgründen und in Hinblick auf die zusätzliche Qualität des Urlaubskassensystems, die dem Arbeitnehmer einen wesentlichen sozialen Vorteil garantiert, Abstand genommen.“⁵²³

24.3.1. Anrechnung gem § 33h Abs 1a BUAG

Nach dem Wortlaut des § 33h Abs 1a BUAG ist eine Anrechnung nur dort möglich, wo ein Arbeitnehmer einen „Urlaubsvorgriff“ genommen hat. „Urlaubsvorgriff“ ist dabei ein Urlaub, der konsumiert wird, obwohl er rechnerisch erst zu einem späteren Zeitpunkt entsteht (erarbeitet wird). Die österreichischen Gerichte verwarfen ausdrücklich die Rechtsansicht, wonach alle Zahlungen an Urlaubsentgelt für Urlaubstage, die während der Entsendezeit von Arbeitnehmern konsumiert wurden, von der Höhe der zu zahlenden BUAG-Zuschläge schlechthin abzuziehen seien.⁵²⁴ Dem ist insofern zuzustimmen, als der Zeitpunkt des Urlaubskonsums bzw der Auszahlung von Urlaubsentgelt keinen Hinweis darauf gibt, wann der zugrunde liegende Urlaubsanspruch erarbeitet wurde.

Beispiel:

Ein Arbeitnehmer hat nach seinem Heimatrechtsstatut Anspruch auf einen Jahresurlaub im Ausmaß von 20 Tagen (= 1,67 Tage pro Monat), wobei als Urlaubsjahr das Kalenderjahr gilt. Nimmt er bereits im Jänner des Jahres 10 Tage Urlaub in Anspruch, so hat er damit den Urlaub konsumiert, den er in den Monaten Jänner bis Juni erarbeitet.

Eine Anrechnung ist demnach wie folgt zu berechnen:

➤ Zunächst ist festzustellen, wann und in welchem Ausmaß ein Arbeitnehmer vor der Entsendung nach Österreich jeweils Urlaub konsumiert (Urlaubsvorgriff genommen) hat, und ob und in welchem Ausmaß er nach dem Recht des Heimatstaates überhaupt schon Anspruch auf diesen Urlaub hatte;

⁵²³ ErläutRV 972 BlgNR 22. GP 6.

⁵²⁴ OGH 9 ObA 111/18s; OLG Wien, 23. 4. 2014, 8 Ra 18/14x.

- Zu prüfen ist, inwieweit der Anspruch auf den so konsumierten Urlaub durch die Arbeit im Heimatland, einem Drittstaat oder im Vorjahr entstanden ist;
- Es ist weiters zu prüfen, ob und in welcher Höhe Urlaubsentgelt pro einem als Urlaubsvorgriff konsumierten Tag bezahlt wurde;
- Anrechenbar sind maximal so viele Urlaubstage, wie während der Entsendung entstanden wären.⁵²⁵

Die Beweislast für die eine Anrechnung begründenden Umstände trifft gem § 33h Abs 1a BUAG den entsendenden Arbeitgeber (arg: „*nachweislich*“).⁵²⁶

In dem oben dargestellten Beispiel könnte im Fall einer Entsendung nach Österreich im Februar des Jahres eine Anrechnung stattfinden. Diese wäre allerdings begrenzt mit dem Anspruch, den der Arbeitnehmer durch seine Tätigkeit in Österreich nach dem BUAG erwirbt.⁵²⁷

Gem § 33h Abs 1a sind sohin nur Urlaubsvorgriffe anrechenbar, und diese nur in dem Umfang, als der Arbeitnehmer nach dem Recht seines Heimatstaates Anspruch auf Urlaub bereits erworben hat, den er nach den Bestimmungen des BUAG erst später (durch seine Arbeit in Österreich) erwerben wird. Zahlungen für einen nach der Entsendung konsumierten Urlaub sind damit ebenso wenig anrechenbar wie Äquivalentzahlungen. Letztere können nämlich niemals einen Urlaubsvorgriff darstellen, da solche Zahlungen immer im Nachhinein geleistet werden.⁵²⁸

24.3.2. Während und nach der Entsendung gewährte Urlaube

Fraglich ist, ob § 33h Abs 1a BUAG ausreichend ist, um eine europarechtswidrige Doppelbelastung zu vermeiden. Nach dem Wortlaut der Gesetzesstelle ist die Anrechnung von Direktzahlungen ausgeschlossen, wenn diese während oder nach der Entsendung geleistet wurden. Gewährt ein Arbeitgeber seinen entsandten Arbeitnehmern während oder nach der Entsendung bezahlten Urlaub und handelt es sich dabei um Urlaubsansprüche, welche im Rahmen der Entsendung erworben wurden, so muss er dennoch die Zuschläge in voller Höhe leisten und ist doppelt belastet.

⁵²⁵ OLG Wien, 23. 4. 2014, 8 Ra 18/14x.

⁵²⁵ OLG Wien 25. 2. 2015, 10 Ra 122/14f; OGH 19. 5. 2009, 8 ObA 85/08w.

⁵²⁶ OLG Wien 23. 4. 2014, 8 Ra 18/14x.

⁵²⁷ Gem § 4 BUAG erwirbt der Arbeitnehmer für Beschäftigungszeiten von 52 Anwartschaftswochen Anspruch auf 30 Werktage Urlaub.

⁵²⁸ OLG Wien, 30. 7. 2018, 8 Ra 21/18v.

Bei der Beurteilung der Frage, ob es sich um eine unzulässige Doppelbelastung iSd Art 57 AEUV handelt, ist mE zu differenzieren, ob in derartigen Fällen ein Urlaubsanspruch nach dem BUAG bereits gegeben wäre oder nicht:⁵²⁹

Hat der Arbeitnehmer noch keinen Urlaubsanspruch nach dem BUAG, sehr wohl aber einen Anspruch nach seinem Heimatrechtstatut erworben, so ist der entsendende Arbeitgeber verpflichtet, dem Arbeitnehmer Urlaub zu gewähren. Es kommt damit zwangsweise zu einer Doppelbelastung, ohne dass es dem Arbeitgeber möglich wäre, diese zu vermeiden. Insofern müssten derartige Direktleistungen angerechnet werden, um eine Doppelbelastung zu vermeiden. In Wahrheit handelt es sich auch in diesen Fällen um einen Urlaubsvorgriff, da auch hier ein Urlaub konsumiert wird, welcher erst später entsteht. Insofern § 33h Abs 1a BUAG ausdrücklich nur die Anrechnung von vor dem Beginn der Beschäftigung in Österreich gewährten Urlauben vorsieht, ist die Anrechnungsmöglichkeit zu eng und verstößt insofern gegen die Dienstleistungsfreiheit des Art 57 AEUV.

Anders stellt sich die Situation dar, wenn ein Urlaub während oder nach der Entsendung konsumiert wird, und der Arbeitnehmer aufgrund seiner Beschäftigung in Österreich bereits Urlaubsansprüche gem § 4 BUAG erworben hätte. In diesem Fall könnte der Arbeitgeber die Doppelbelastung vermeiden, indem er die Zuschläge bezahlt und den Urlaubsanspruch des Arbeitnehmers bei der BUAK einreicht. Fraglich ist, ob er dies tun muss oder eine Anrechnung auch solcher Direktzahlungen gestützt auf Art 57 AEUV verlangen kann. Im Ergebnis käme eine derartige Anrechnung einer Differenzregelung gleich, bei der die Einbeziehung in das Urlaubskassensystem nur hinsichtlich des höheren österreichischen Urlaubsanspruchs erfolgt.⁵³⁰

Würde man die Anrechnung von Direktzahlungen auch in jenen Fällen anerkennen, in denen bereits Urlaubsansprüche nach dem BUAG entstanden sind, läge es im Ergebnis im Ermessen des entsendenden Unternehmers, ob er Zahlungen direkt an die Arbeitnehmer leistet oder entsprechend dem Urlaubskassenverfahren Zuschläge an die BUAK abführt. Damit wäre das Urlaubskassensystem seines zwingenden Charakters beraubt und die praktische Umsetzung wäre durch eine überbordende Bürokratie gefährdet.⁵³¹ Vielfach hätte die BUAK gar nicht die

⁵²⁹ Ein solcher Fall kann eintreten, wenn der Arbeitnehmer nach nur wenigen Einsatztagen in Österreich einen Urlaub antritt.

⁵³⁰ ErläutRV 972 BlgNR 22. GP 6.

⁵³¹ Es müsste in jedem Entsendefall festgestellt werden, wann und in welcher Höhe im Einzelnen Urlaubsansprüche erworben wurden und welche Entgeltbestandteile auf Urlaubshaltungen entfallen.

(rechtlichen und faktischen) Möglichkeiten zu kontrollieren, ob der Arbeitgeber seinen Arbeitnehmern im Heimatstaat deren Ansprüche tatsächlich zur Gänze gewährt.⁵³² Zutreffend hat der OGH daher geurteilt, dass Direktzahlungen dann nicht anzurechnen sind, wenn dem Arbeitgeber die Einhaltung der sich aus dem BUAG ergebenden Vorschriften möglich und zumutbar war.⁵³³

24.4. Beweislastumkehr des § 33h Abs 2a BUAG

Gem § 33h Abs 2a BUAG hat der Arbeitgeber, welcher behauptet, dass seine inhaltlichen Meldungen unrichtig sind, dies zu beweisen. Eine entsprechende Bestimmung kennt das Inlandsverfahren nicht, da sich die Bestimmung auf das gerichtliche Verfahren bezieht, welches es nur im Entsendeverfahren gibt.

Die betreffende Bestimmung wurde mit der Nov BGBl I 72/2016 in das BUAG aufgenommen. Hintergrund ist eine Entscheidung des OGH aus dem Jahr 2015,⁵³⁴ mit der dieser die Beweislast für die Richtigkeit der von den Arbeitgebern erstatteten Meldungen der BUAK zuordnete.⁵³⁵ Der OGH erklärte in der zitierten Entscheidung im Sinne der ständigen Rechtsprechung,⁵³⁶ dass es sich bei den Meldungen lediglich um Wissenserklärunen handle, an welche der Arbeitgeber nicht gebunden sei. Da jede Partei die für ihren Rechtsstandpunkt günstigen Tatsachen zu beweisen habe, obliege es der BUAK die Voraussetzungen für die Einbeziehung von Arbeitnehmern in das BUAG nachzuweisen.⁵³⁷

Der Nachweis dafür, dass die Meldungen des Arbeitgebers richtig sind, ist in der Praxis insbesondere in der Vielzahl der Fälle nur sehr schwer zu erbringen und führt zu einem erheblichen Verwaltungsaufwand. Insofern wurde die Beweislast für die Unrichtigkeit der Entsendungsmeldungen nach § 33g BUAG auf den Arbeitgeber überbunden.⁵³⁸

Mit der Beweislastumkehr wurde die Rechtslage dem Inlandsverfahren angepasst. Im Inlandsverfahren ist die Berichtigung von Zuschlagsvorschreibungen aufgrund von fehlerhaften Meldungen des Arbeitgebers gem § 25 Abs 1b BUAG unter der Voraussetzung möglich, dass die Richtigkeit der Einwendungen festgestellt wird.

⁵³² *Klinger*, BUAG (2006) § 33f Anm 2; EuGH C-49/98 ua, *Finalarte*, ECLI:EU:C:2001:564, Rn 63.

⁵³³ OGH 28. 3. 2019, 9 ObA 111/18s.

⁵³⁴ OGH 25. 5. 2015, 8 ObA 39/14i.

⁵³⁵ ErläutRV 1185 BlgNR 25. GP.

⁵³⁶ OGH 11. 2. 2002, 7 Ob 15/02k; OGH 21. 10. 1998, 9 ObA 215/98b; OGH 27. 3. 1997, 8 ObA 2319/96d; OGH 14. 11. 1996, 8 ObA 2313/96x.

⁵³⁷ OGH 25. 5. 2015, 8 ObA 39/14i.

⁵³⁸ ErläutRV 1185 BlgNR 25. GP.

Aus dem Wortlaut dieser Bestimmung folgt, dass im Fall eines Berichtigungsantrages eben nicht die Richtigkeit der Meldungen, sondern die Richtigkeit der Einwendungen zu überprüfen ist und somit die Beweislast den Arbeitgeber trifft.

Der mit der Nov BGBl I 72/2016 neu gefasste § 33h Abs 2a BUAG enthält auch eine Regelung, wonach im Fall von Falschmeldungen durch den entsendenden Unternehmer die Urlaubskasse unabhängig von der Entscheidung in der Hauptsache einen Anspruch auf Prozesskostenersatz hat. In den Erläuternden Bemerkungen wird hierzu festgehalten, dass der Urlaubskasse im Fall ihres auf ursprünglichen Falschmeldungen beruhenden Unterliegens wegen des Schikaneverbots einen Schadenersatzanspruch gegen den Arbeitgeber hätte, welcher in einem neuerlichen Verfahren geltend gemacht werden könnte.⁵³⁹ Durch die Kostentragungsregelung des § 33h Abs 2a BUAG sollte dieser Anspruch direkt befriedigt werden.⁵⁴⁰ Eine Diskriminierung ist in dieser Regelung nicht zu erkennen, da es der ausländische Arbeitgeber in der Hand hat, richtige Meldungen zu erstatten.

24.5. Gem § 33h Abs 2b BUAG geschuldete Zuschläge

§ 33 h Abs 2b BUAG besagt, dass die nach § 22 Abs 5, 2. Satz BUAG aufgrund eigener Ermittlungen der BUAK vorgeschriebenen Zuschläge geschuldet sind. Die Bestimmung des § 33h Abs 2b BUAG war in der Stammfassung der Entsendebestimmungen nicht enthalten. Sie wurde mit der Nov BGBl I 117/2012 als § 33h Abs 2a BUAG geschaffen. Durch die Nov BGBl I 72/2016 erhielt § 33h Abs 2a BUAG einen neuen Inhalt und der bisherige Abs 2a wurde zu Abs 2b. Eine entsprechende Regelung findet sich im Inlandsverfahren nicht.

Hintergrund des § 33h Abs 2b BUAG ist folgender: Die Zuschlagsleistungen werden von der Urlaubskasse grundsätzlich aufgrund der laufenden Meldungen des Arbeitgebers errechnet. Im Fall einer Meldepflichtverletzung ist die Urlaubskasse gem § 22 Abs 5 BUAG berechtigt, die Zuschlagsleistungen auf Grund der letzten erstatteten Meldung oder aufgrund eigener Ermittlungen zu errechnen. Die solchermaßen aufgrund eigener Ermittlungen errechneten Zuschläge sollen gem § 33h Abs 2b BUAG nunmehr *geschuldet* sein.

Bemerkenswert ist, dass § 33h Abs 2b BUAG nur für jene Fälle gilt, in denen die BUAK die Zuschläge gem § 22 Abs 5 BUAG aufgrund eigener Ermittlungen

⁵³⁹ Diese Ausführungen sind in Hinblick auf die Aussagen des OGH in seiner Entscheidung 9 ObA 215/98b vom 21.10.1998 zu hinterfragen. In der genannten Entscheidung hat der OGH einen Schadenersatzanspruch wegen unrichtiger Meldungen zurückgewiesen.

⁵⁴⁰ ErläutRV 1185 BlgNR 25. GP; OLG Wien 28. 6. 2018, 10 Ra 28/18p.

vorschreibt. Nicht erwähnt sind jene Fälle, in denen die Zuschläge unter Zugrundelegung der letzten erstatteten Meldung errechnet werden. § 33h Abs 2b BUAG verweist nämlich auf diesen Fall des § 22 Abs 5 BUAG nicht.

Zweck des im Jahr 2012 ergänzten Abs 2b war es, das Meldeverhalten der entsendenden Arbeitgeber zu verbessern. In der Regierungsvorlage wird die Regelung des § 33 Abs 2b BUAG (in der Vorlage noch als Abs 2a bezeichnet) wie folgt erläutert:

„Erst im Zuge eines gerichtlichen Verfahrens haben ausländische Arbeitgeber/innen Meldungen abgegeben. Mit der Neuregelung des § 33 h Abs 2a [nunmehr § 33h Abs 2b] sollen Arbeitgeber/innen angehalten werden, korrekt zu melden. Kommen sie dieser Pflicht nicht nach, so schulden sie in jedem Fall (auch wenn die Zuschläge bei korrekter Meldung tatsächlich höher wären) die von der BUAK ermittelten Zuschläge.“⁵⁴¹

Die Bestimmung des § 33 h Abs 2b BUAG wirft zahlreiche Fragen auf. Was ist unter „*eigenen Ermittlungen*“ zu verstehen? Was bedeutet „*geschuldet*“? Wird damit eine konstitutive Wirkung der Ermittlungsergebnisse geschaffen? Welchen anderen Regelungsgehalt weist die Bestimmung allenfalls auf?

24.5.1. Eigene Ermittlungen

„*Eigene Ermittlungen*“ können nach *Klinger* (für das Inlandsverfahren) „*in einem Abgleich mit den bei der Gebietskrankenkasse gespeicherten Daten bestehen oder sich aus sonstigen Unterlagen ergeben, die eine BUAG-pflichtige Beschäftigung vermuten lassen.*“⁵⁴² Im Entsendeverfahren ist ein Abgleich der Versicherungsdaten nur bedingt zielführend, weil der entsandte Arbeitnehmer im Allgemeinen in seinem Heimatstaat versichert sein wird.⁵⁴³ Hier können allenfalls Angaben in den A1-Versicherungsbestätigungen des ausländischen Sozialversicherungsträgers⁵⁴⁴ Hinweise auf die Dauer der Entsendung bieten.

Auch Ergebnisse von Einsichtnahmen in Lohnunterlagen gem § 23 BUAG, Baustellenkontrollen gem § 23a BUAG, Auskunftersuchen (an Auftraggeber) gem § 23b BUAG und die Befragung von Arbeitnehmern gem § 23c BUAG fallen unter

⁵⁴¹ ErläutRV 2012 BlgNR 25. GP 5.

⁵⁴² *Klinger*, BUAG (2006) § 22 BUAG Anm 7.

⁵⁴³ Sofern es sich nicht um einen Arbeitnehmer mit gewöhnlichem Arbeitsort in Österreich handelt, welcher dem BUAG gem § 33d Abs 2 unterliegt.

⁵⁴⁴ Bescheinigung über die Rechtsvorschriften der sozialen Sicherheit, die auf den/die Inhaber/in anzuwenden sind gem Verordnung (EG) Nr 883/2004, Art 11 bis 16 und Verordnung (EG) Nr 987/2009 Art 19.

„eigene Ermittlungen“ iSd § 33 h Abs 2a BUAG. Wie konkret aber die Ergebnisse solcher Ermittlungen sein müssen, wird im Gesetz nicht klargelegt. Wird ein Arbeitnehmer beispielsweise im Zuge einer Baustellenkontrolle angetroffen, stellt das einen Nachweis dafür dar, dass er am Tag der Kontrolle in Österreich gearbeitet hat. Schon für den Vortag und insbesondere für die Zeiten nach der Kontrolle wird damit kein definitiver Entsendenachweis erbracht werden können.

Fraglich ist auch, ob Daten aus Meldungen, insbesondere Meldungen gem § 19 Abs 3 und 4 LSD-BG, welche an die Zentrale Koordinationsstelle des Bundesministeriums für Finanzen für die Kontrolle illegaler Beschäftigung erstattet werden, „Ermittlungsergebnisse“ iSd § 33h Abs 2b BUAG darstellen. Sowohl in den Erstmeldungen an die BUAK gem § 33g BUAG als auch in den Meldungen an die Zentrale Koordinationsstelle gem § 19 Abs 3 und 4 LSD-BG ist eine voraussichtliche Entsendedauer anzugeben.

Aus dem Umstand, dass § 33h Abs 2b BUAG Zuschläge, welche aufgrund der *letzten erstatteten Meldung* errechnet wurden, gerade nicht erwähnt, kann man schließen, dass derartige Meldungen keine Ermittlungsergebnisse im Sinne dieser Bestimmung sein sollen. Laut *Klinger* handelt es sich bei „*Verrechnungen anhand der letzten erstatteten Meldung*“ um sogenannte „*Regieverrechnungen*“, bei denen die „*Berechnungsgrößen des Vormonats herangezogen*“ werden.⁵⁴⁵ Derartige Meldungen für die Vormonate stellen somit keine Ermittlungsgrundlagen für weiterverrechnete Zuschläge dar.

Der OGH hat in mehreren Entscheidungen festgestellt, dass die BUAK nicht an die Meldungen des Dienstgebers gebunden ist.⁵⁴⁶ Zuletzt hielt der OGH in seiner Entscheidung 8 ObA 39/14i fest, dass auch der Arbeitgeber nicht an seine Meldungen gebunden sei, da es sich bei diesen Meldungen nur um „*Wissenserklärungen*“ handle, mit welchen der Arbeitgeber „*idR keinen Willen dahingehend äußere, mit der Erklärung bestimmte Rechtsfolgen bewirken zu wollen.*“ Die zitierte Entscheidung basierte allerdings auf der Rechtslage vor Inkrafttreten des § 33h Abs 2b BUAG.

Aufgrund des Wortlautes des § 33h Abs 2b BUAG ist mE auszuschließen, dass es sich bei Erstmeldungen nach § 33g und § 7b AVRAG um „eigene

⁵⁴⁵ *Klinger*, BUAG (2006) § 22 BUAG Anm 6.

⁵⁴⁶ OGH 14.11.1996, 8 ObA 2313/96x; OGH 27.3.1997, 8 ObA 2319/96d; OGH 27.5.2015, 8 ObA 39/14i.

Ermittlungen“ handelt. Meldungen sind nämlich eben gerade keine „eigenen“ Ermittlungen, sondern Angaben, welche vom Arbeitgeber selbst stammen.

24.5.2. Konstitutive Wirkung des § 33 Abs 2b BUAG

Klagt die BUAK gem § 22 Abs 5 BUAG errechnete Zuschläge gegen ausländische Arbeitgeber ein, so werden die Ansprüche vom Gericht dem Grunde und der Höhe nach geprüft. Der Wortlaut des § 33 Abs 2b BUAG indiziert eine konstitutive Wirkung der auf Grundlage von eigenen Ermittlungen der BUAK erstellten Zuschlagsvorschreibungen. Folgt man dieser Ansicht, so wäre eine Prüfung der Entsendezeit durch das Gericht nicht mehr zulässig, sofern die Zuschläge eben aufgrund eigener Ermittlungen der BUAK errechnet wurden. Das Gericht wäre somit an die Ermittlungsergebnisse der BUAK gebunden.

24.5.2.1. Erläuterungen der Regierungsvorlage

Der Wortlaut in der Regierungsvorlage scheint die konstitutive Wirkung zu bestätigen. Die Erläuterungen der Regierungsvorlage werfen allerdings mehr Fragen auf, als sie klären. Insbesondere bei dem Satz: *„Kommen sie dieser Pflicht nicht nach, so schulden sie in jedem Fall (auch wenn die Zuschläge bei korrekter Meldung tatsächlich höher wären) die von der BUAK ermittelten Zuschläge“*⁵⁴⁷ scheint es sich um ein Versehen in den Erläuternden Bemerkungen zu handeln. Soweit die Regelung des § 33 h Abs 2b BUAG eingeführt wurde, um dem Problem fehlender Meldungen entgegenzuwirken, ist der Halbsatz *„auch wenn die Zuschläge bei korrekter Meldung tatsächlich höher wären“* nicht nachvollziehbar. Es müsste vielmehr heißen: *„auch wenn die Zuschläge bei korrekter Meldung tatsächlich niedriger wären.“* Andernfalls wäre derjenige Arbeitgeber, der seiner Meldepflicht nicht nachkommt, erst recht begünstigt, wenn er durch die (niedrigere) Berechnung der Zuschläge durch die BUAK von seiner Pflicht zur Bezahlung allfälliger höherer Zuschläge befreit wäre.

Gegen eine konstitutive Wirkung der aufgrund eigener Ermittlungen der BUAK erstellten Zuschlagsvorschreibungen sprechen die Ausführungen in den Mat.⁵⁴⁸ Dort wird festgehalten:

„Die BUAK ist gemäß § 22 Abs 5 verpflichtet, die Zuschläge auf Grundlage der vom Arbeitgeber gemachten Angaben zu bemessen und vorzuschreiben. Unterlässt der Arbeitgeber die Meldung, kann die BUAK die Zuschläge nach eigenen Erhebungen festsetzen.“

⁵⁴⁷ ErläutRV 2012 BlgNR 24. GP 5.

⁵⁴⁸ ErläutRV 692 BlgNR 25. GP.

Kommt die BUAK auf Grund eigener Erhebungen, beispielsweise im Zuge von Baustellenkontrollen, zur Feststellung, dass die Angaben des Arbeitgebers unrichtig sind, passt sie die Zuschlagsforderungen auf Grund ihrer Kontrollbefugnisse an. Diese gängige Praxis soll nunmehr in den §§ 22 Abs 5 und 23d BUAG aus Rechtssicherheitsgründen klargestellt werden. Ist der Arbeitgeber anderer Auffassung als die BUAK, ist – wie bisher – ein Einspruchsverfahren einzuleiten oder es hat im Entsendeverfahren das Arbeits- und Sozialgericht Wien darüber zu entscheiden.“

Laut diesen Erläuterungen hat das Gericht im Entsendeverfahren somit zu prüfen und darüber zu entscheiden, ob die aufgrund eigener Ermittlungen der BUAK verrechneten Zuschläge geschuldet sind. Das Gericht ist demnach nicht an die Ermittlungen der BUAK gebunden.

24.5.2.2. Art 6 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (Europäische Menschenrechtskonvention - EMRK)⁵⁴⁹

Unterstellt man der Bestimmung des § 33 h Abs 2b BUAG eine konstitutive Wirkung, so wirft dies auch Bedenken iZm den Verfahrensgarantien des Art 6 EMRK auf. Art 6 Abs 1 Satz 1 EMRK statuiert:

„Jedermann hat Anspruch darauf, dass seine Sache in billiger Weise öffentlich und innerhalb einer angemessenen Frist gehört wird, und zwar von einem unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gericht, das über zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen [...] zu entscheiden hat.“

Im Sinne der Rsp des EGMR sind die von der BUAK eingeklagten Ansprüche als zivilrechtliche Ansprüche zu beurteilen: Die Ansprüche sind vermögensrechtlicher Natur; sie betreffen das Eigentum des geklagten Arbeitgebers.⁵⁵⁰ Selbst Fragen der Abwägung zwischen privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Aspekten gelten als zivilrechtliche Fragen iSd EMRK.⁵⁵¹

§ 6 EMRK verlangt die Entscheidung durch ein unabhängiges, unparteiisches, auf Gesetz beruhendes Gericht. Laut Rsp des EGMR ist die Bindung eines Gerichts an eine verwaltungsbehördliche Vorfragenentscheidung nur dann mit

⁵⁴⁹ BGBl 1958/210 idF BGBl III 2018/139.

⁵⁵⁰ *Klaushofer*, Grundrechtliche Organisations- und Verfahrensgarantien, in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer* (Hrsg), Handbuch der Grundrechte² (2014) § 18 Rz 41.

⁵⁵¹ EGMR *Feldbrugge/Niederlande A-99*; EGMR *Deumeland/Deutschland A-100*.

Art 6 EMRK vereinbar, wenn die Parteien die Vorfragenentscheidung gerichtlich überprüfen lassen konnten.⁵⁵²

Während das Arbeits- und Sozialgericht die Kriterien des Art 6 EMRK grundsätzlich erfüllt,⁵⁵³ trifft dies auf die BUAK nicht zu. Letztere ist kein *Tribunal* im Sinne der EMRK. Eine Bindung des Arbeits- und Sozialgerichts an die aufgrund einseitiger Ermittlungen erlassenen Vorschriften der BUAK würde daher wesentliche Verfahrensgarantien des Art 6 EMRK verletzen.

24.5.2.3. Ordnungsfunktion in Analogie zu § 56 Abs 1 ASVG

Die in Frage stehende Bestimmung des § 33h Abs 2b BUAG könnte als Strafsanktion verstanden werden (Ordnungsfunktion). Meldepflichtverletzungen nach dem BUAG sollen insofern „geahndet“ werden, als vom Arbeitgeber Zuschläge zu bezahlen sind, welchen unter Umständen keine Arbeitseinsätze gegenüber stehen. Eine ähnliche Bestimmung enthält das ASVG in seinem § 56 Abs 1. Demnach sind *„für Versicherte, die vom Dienstgeber nicht oder nicht rechtzeitig abgemeldet werden, die allgemeinen Beiträge bis zum Zeitpunkt der schriftlichen Abmeldung durch den Dienstgeber, längstens aber für die Dauer von drei Monaten nach dem Ende der Versicherung, weiter zu entrichten.“* Der VfGH hielt diese Regelung des § 56 Abs 1 ASVG für unbedenklich und sah darin insbesondere keinen Verstoß gegen das Determinierungsgebot.⁵⁵⁴ In seiner Entscheidung vom 7. 3. 1991 führte der VfGH eine Ordnungsfunktion des § 56 Abs 1 ASVG zwar ins Treffen. Die Zulässigkeit von Vorschriften als Folge der unterlassenen Abmeldung wurde allerdings angeführt, dass die Sozialversicherung aus der Pflichtversicherung weiterhin Leistungen für den ausgeschiedenen Arbeitnehmer zu erbringen habe, sofern keine Abmeldung desselben erfolgte. Die Sozialversicherungsbeiträge sollen daher einen nicht auszuschließenden Leistungsaufwand abdecken.

Diese Rechtfertigung kann bei den Zuschlägen nach dem BUAG im Entsendeverfahren insoweit nicht greifen, als gem § 33f Abs 2 BUAG Urlaubsansprüche nur dann entstehen, wenn die Zuschläge tatsächlich auch entrichtet wurden. Ein Leistungsaufwand der BUAG allein aus dem Umstand, dass keine Abmeldung erfolgte, ist im Entsendeverfahren somit auszuschließen.

⁵⁵² EGMR *Obermeier/Österreich* A-179 Rz 70; EGMR *British-American Tobacco Company Ltd/Niederlande* A-331 Rz 82.

⁵⁵³ *Klaushofer*, Verfahrensgarantien § 18 Rz 54.

⁵⁵⁴ VfGH 7. 3. 1991, G75/90.

24.5.2.4. Diskriminierung gegenüber inländischen Arbeitgebern

Die Bestimmung des § 33 Abs 2b BUAG findet nur im Entsendeverfahren Anwendung. Eine entsprechende Bestimmung im Inlandsverfahren existiert nicht. Das Inlandsverfahren kennt hingegen als „Pauschalersatz“ bezeichnete Strafzahlungen (§ 25 Abs 1b BUAG),⁵⁵⁵ welche wiederum im Entsendeverfahren nicht zur Anwendung gelangen. Darüber hinaus kann der Arbeitgeber im Inlandsverfahren, wenn Einwendungen direkt an die BUAK unberücksichtigt bleiben, gegen den von der BUAK mangels Zahlung erlassenen Rückstandsausweis (§ 25 Abs 3 BUAG) Einspruch bei der Bezirksverwaltungsbehörde erheben (§ 25 Abs 5 BUAG). Die Bezirksverwaltungsbehörde ist bei der Prüfung der Beschäftigungszeiten der Arbeitnehmer nicht an die Feststellungen der BUAK gebunden.

Würde man den gem § 22 Abs 5 BUAG aufgrund einer Meldepflichtverletzung errechneten Zuschlagsvorschreibungen eine konstitutive Wirkung zuerkennen, so wäre der ausländische Arbeitgeber gegenüber dem inländischen Arbeitgeber diskriminiert. Während ersterer jedenfalls die Zuschläge bezahlen müsste, hätte letzterer die Möglichkeit, deren Höhe zu bekämpfen.

Eine Rechtfertigung für eine diesbezügliche Ungleichbehandlung ausländischer Arbeitgeber gegenüber inländischen ist nicht auszumachen.

24.5.2.5. Sonstige Wirkung des § 33 Abs 2b BUAG

Spricht man dem § 33 Abs 2b BUAG eine konstitutive Wirkung ab, dann stellt sich die Frage, welchen Sinn man dieser Bestimmung sonst beimessen kann. Es kann nicht davon ausgegangen werden, dass § 33 Abs 2b BUAG überhaupt keine Bedeutung zukommen soll. Nach dem Willen des Gesetzgebers soll mit der Bestimmung des § 33 Abs 2b BUAG „das korrekte Meldeverhalten gefördert“ werden.⁵⁵⁶

Im Sinne dieses gesetzgeberischen Willens wird § 33 Abs 2b BUAG so zu interpretieren sein, dass er eine gesetzliche Vermutung für die Richtigkeit der von der BUAK ermittelten Beschäftigungszeiten und –arten und der darauf basierenden Zuschläge aufstellt. Dieses Ergebnis ist insofern auch sachgerecht, als damit die Beweislast gleich verteilt wird wie im Inlandsverfahren. Dort hat nämlich im Fall eines Einspruchs gegen eine auf Ermittlungsergebnissen der BUAK beruhende

⁵⁵⁵ Der Pauschalersatz beträgt 800 Euro pro Prüfeinsatz und 500 Euro je von der Meldepflichtverletzung betroffenen Arbeitnehmer.

⁵⁵⁶ ErläutRV 2012 BlgNR 24. GP 5.

Vorschreibung ebenfalls der – Einspruch erhebende – Arbeitgeber nachzuweisen, dass die Vorschreibungen der BUAK unrichtig sind.

24.6. Durchsetzung im Gerichtsweg (§ 33h Abs 3 BUAG)

Gem § 33h Abs 3 BUAG ist für die Einforderung der Zuschläge durch die BUAK im Entsendeverfahren das Arbeits- und Sozialgericht Wien zuständig. Zuschläge gegen inländische Arbeitgeber werden demgegenüber gem § 25 Abs 3 bis 7 BUAG im Verwaltungsweg einbringlich gemacht.⁵⁵⁷

Die unterschiedliche Art der Durchsetzung der Zuschlagsforderungen gegen inländische und ausländische Unternehmen soll Probleme mit der Durchsetzung der Ansprüche im Ausland vermeiden helfen. Soweit nämlich keine entsprechenden zwischenstaatlichen Vollstreckungsabkommen vorliegen, können die Rückstandsausweise im Ausland nicht vollstreckt werden.⁵⁵⁸

Die Regelung ist insofern sachlich gerechtfertigt. Eine Überprüfung durch ein unabhängiges Gericht bietet dem ausländischen Dienstleistungserbringer darüber hinaus einen zumindest ebenso großen Schutz wie ein Verwaltungsverfahren. Die Regelung der Gerichtszuständigkeit ist somit nicht zu beanstanden.

24.7. Befreiung aufgrund der Teilnahme an einem entsprechenden ausländischen Urlaubskassenverfahren (§ 33i BUAG)

Auch diese Bestimmung dient der Vermeidung von Doppelbelastungen ausländischer Unternehmer, welche aufgrund der einzuhaltenden Vorschriften des Heimatstaates allenfalls verpflichtet sind, Leistungen an Urlaubskassen des Heimatstaates zu erbringen. Da im Inlandsverfahren keine konkurrierenden ausländischen Bestimmungen zu berücksichtigen sind, ist die Befreiungsbestimmung nur im Entsendeverfahren sinnvoll.

25. Zwischenergebnis

Bereits vor Inkrafttreten der Entsenderichtlinie 96/71/EG sah der EuGH den sozialen Schutz der Arbeitnehmer als zwingenden Grund des Allgemeininteresses an, welcher die Anwendung bestimmter Regelungen des Aufnahmestaats für die Dauer einer Entsendung und eine dadurch bedingte Behinderung der

⁵⁵⁷ OGH 16. 9. 2011, 9 ObA 106/10v, ECLI:AT:OGH0002:2011:009OBA00106.10V.0916.000.

⁵⁵⁸ *Klinger*, BUAG (2006) § 33h BUAG Anm 1.

Dienstleistungsfreiheit rechtfertige.⁵⁵⁹ Das Recht der Mitgliedstaaten, für bestimmte arbeitsrechtliche Aspekte ihre eigenen Arbeitsbedingungen auf entsandte Mitarbeiter zu erstrecken, wurde durch die Entsenderichtlinie in eine Pflicht umgewandelt.⁵⁶⁰ Für das Urlaubskassenverfahren relevant sind die in Art 3 Abs 1 lit b und c der Entsenderichtlinie festgeschriebenen Garantien des bezahlten Mindesturlaubs sowie der Mindestlohnsätze.

In mehreren Entscheidungen anerkannte der EuGH auch die Verhinderung unlauteren Wettbewerbs als zwingenden Grund des Allgemeininteresses.⁵⁶¹ Unlauter ist der Wettbewerb ausländischer Dienstleistungserbringer, wenn er auf Kosten der Arbeitnehmerrechte geführt wird und sich unlauterer Methoden bedient.⁵⁶²

Gerechtfertigt sind Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit somit nur dann, wenn sie objektiv zum sozialen Schutz der Arbeitnehmer beitragen,⁵⁶³ wenn die zwingenden Gründe des Allgemeininteresses nicht bereits durch Vorschriften geschützt sind, denen der Dienstleister im Herkunftsstaat unterliegt,⁵⁶⁴ wenn die Regeln verhältnismäßig sind⁵⁶⁵ und wenn sie in einer nicht diskriminierenden Art angewendet werden.⁵⁶⁶

Da die Zulässigkeit des Urlaubskassenverfahrens voraussetzt, dass den Arbeitnehmern tatsächlich ein höherer Urlaubsanspruch und ein höheres Urlaubsentgelt bleiben, könnten kurzfristige Entsendungen aus Ländern mit einem hohen Mindestlohn allenfalls problematisch sein. So kennt das BUAG, um eine Doppelbelastung im Sinne des Herkunftslandprinzips zu vermeiden, in seinem § 33h Abs 1a eine Anrechnungsbestimmung. Demzufolge sind Urlaubsentgelte, welche im Rahmen eines Urlaubsvorgriffes gewährt wurden und rechnerisch auf die Entsendezeiten entfallen, anzurechnen. Bei Entsendungen aus Hochlohnländern könnte die Anrechnung theoretisch dazu führen, dass keine Urlaubsansprüche der Arbeitnehmer übrigbleiben, sondern der Arbeitgeber nur noch den

⁵⁵⁹ EuGH C-76/90, *Säger*, ECLI:EU:C:1991:331; EuGH C-165/98, *Mazzoleni*, ECLI:EU:C:2001:162; EuGH C-49/98 ua, *Finalarte*, ECLI:EU:C:2001:564; EuGH C-43/93 *Vander Elst*, ECLI:EU:C:1994:319; EuGH C-113/89, *Rush Portuguesa*, ECLI:EU:C:1990:142; EuGH 62/81 und 63/81, *Seco*, ECLI:EU:C:1982:34; EuGH 279/80, *Webb*, ECLI:EU:C:1981:314; uva.

⁵⁶⁰ Schlussanträge des Generalanwalts *Jean Mischo* zu C-49/98 ua, *Finalarte* Rn 149.

⁵⁶¹ EuGH C-60/03, *Wolff & Müller*, ECLI:EU:C:2004:610, Rn 41; EuGH 167/73, *Kommission/Frankreich*, ECLI:EU:C:1974:35, Rn 45.

⁵⁶² EuGH C-49/98 ua, *Finalarte*, ECLI:EU:C:2001:564, Rn 39.

⁵⁶³ *Thüsing*, *Europäisches Arbeitsrecht*² (2011) Rz 71.

⁵⁶⁴ EuGH C-43/93 *Vander Elst*, ECLI:EU:C:1994:319; EuGH C-369/96 ua, *Arblade*, ECLI:EU:C:1999:575; EuGH C-165/98, *Mazzoleni*, ECLI:EU:C:2001:162.

⁵⁶⁵ EuGH C-165/98, *Mazzoleni*, ECLI:EU:C:2001:162, Rn 37 ff.

⁵⁶⁶ *Budischowsky* in *Jaeger/Stöger* (Hrsg) EUV und AEUV Rz 25 zu Art 57 AEUV.

Verwaltungskostenbeitrag zu bezahlen hat. Dies würde aber – weil ein sozialer Schutz der Arbeitnehmer in diesem Fall nicht gegeben wäre – einen nicht gerechtfertigten Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit darstellen.

Erwirbt ein Arbeitnehmer aufgrund einer kurzfristigen Entsendung nach Österreich keinen Urlaubsanspruch in natura nach dem BUAG, so besteht der Vorteil, den er aus der Anwendbarkeit dieses Gesetzes zieht, allenfalls aus einer im Verhältnis zum Lohnniveau des Heimatlandes hohen Abfindung. Auch dieser Vorteil könnte allenfalls bei Entsendungen aus Hochlohnländern nicht zum Tragen kommen. Die Abfindung ist zudem ins Verhältnis zu setzen mit den finanziellen und administrativen Nachteilen, die der Arbeitgeber durch die Anwendbarkeit des Urlaubskassenverfahrens erleidet.

Die Voraussetzungen, ob und inwiefern das Urlaubskassensystem des BUAG einem Arbeitnehmer tatsächliche Vorteile verschafft, sind jeweils im Einzelfall zu prüfen, wobei auch der Gesichtspunkt der Durchsetzbarkeit der Ansprüche zu berücksichtigen ist. Durch das Urlaubskassenverfahren übernimmt die BUAK das Klagsrisiko und dem Arbeitnehmer bleibt es erspart, seinen Arbeitgeber vor Gericht zu ziehen. Weiters kann in gewissem Ausmaß missbräuchlichem Agieren und unlauteren Wettbewerbshandlungen Vorschub geleistet werden. Da das BUAG nicht nur Ansprüche begründet, sondern diese zusätzlich absichern soll, müsste für eine Befreiung vom Urlaubskassenverfahren gewährleistet sein, dass die Ansprüche der Arbeitnehmer auf andere Weise sichergestellt werden.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Dienstleistungsfreiheit der Art 56-62 AEUV dem Urlaubskassenverfahren nach dem BUAG nicht grundsätzlich entgegensteht. Bei Entsendungen aus klassischen Niedriglohnländern werden die Voraussetzungen für die Zulässigkeit des Urlaubskassensystems nach dem BUAG regelmäßig vorliegen.

VI. ARBEITNEHMERFREIZÜGIGKEIT (Art 45-47 AEUV)

26. Grundsatz der Arbeitnehmerfreizügigkeit

Bei der Entsendung von Arbeitnehmern ins Ausland im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen sind sowohl die Interessen des entsendenden Arbeitgebers als auch die Interessen der entsandten Arbeitnehmer betroffen. Als Prüfungsmaßstab bieten sich daher neben der Dienstleistungsfreiheit der Art 56 bis 62 AEUV auch die Arbeitnehmerfreizügigkeit der Art 45 bis 47 AEUV an.

Die Arbeitnehmerfreizügigkeit stellt ebenso wie die Dienstleistungsfreiheit einen fundamentalen Grundsatz der Union dar.⁵⁶⁷ Sie soll gewährleisten, dass Arbeitnehmer gleich welcher Nation auf einem europäischen Arbeitsmarkt ihre Arbeitskraft anbieten und Arbeitgeber diese Arbeitskraft nachfragen können.⁵⁶⁸ Art 45 Abs 1 besagt, dass innerhalb der Union die Freizügigkeit der Arbeitnehmer gewährleistet ist. Art 45 Abs 2 AEUV enthält das Verbot jeder auf der Staatsangehörigkeit beruhenden unterschiedlichen Behandlung von Arbeitnehmern anderer Mitgliedstaaten in Bezug auf Beschäftigung, Entlohnung und sonstige Arbeitsbedingungen.⁵⁶⁹ Art 45 AEUV ist unmittelbar anwendbar⁵⁷⁰ und richtet sich sowohl an die Mitgliedstaaten als auch an private Arbeitgeber,⁵⁷¹ aber auch an sonstige privatrechtliche Vereinigungen.⁵⁷² Das Verbot der unterschiedlichen Behandlung erstreckt sich „*nicht nur auf Akte der staatlichen Behörden*“, sondern auch auf „*sonstige Maßnahmen, die eine kollektive Regelung im Arbeits- und Dienstleistungsbereich enthalten*.“⁵⁷³

Art 45 AEUV verbietet nach der stRsp des EuGH nicht nur eine unmittelbare Diskriminierung aufgrund der Staatsbürgerschaft,⁵⁷⁴ sondern auch solche

⁵⁶⁷ EuGH 15. 10. 1987, 222/86, *Heylens*, ECLI:EU:C:1987:442, Rn 12; EuGH 7. 7. 1976, 118/75, *Watson/Belmann*, ECLI:EU:C:1976:106; *Windisch-Graetz* in *Jaeger/Stöger* (Hrsg) Kommentar zu EUV und AEUV (2019) Art 45 AEUV Rz 1.

⁵⁶⁸ *Thüsing*, *Europäisches Arbeitsrecht*² (2011) 35.

⁵⁶⁹ *Thüsing*, *Europäisches Arbeitsrecht*² (2011) 35-36, 44.

⁵⁷⁰ EuGH 4. 12. 1974, 41/74, *van Duyn*, eCLI:EU:C:1974:133, Rn 4-8.

⁵⁷¹ EuGH 15. 10. 1987, 222/86, *Heylens*, ECLI:EU:C:1987:442, Rn 14; *Windisch-Graetz* in *Jaeger/Stöger* (Hrsg), EUV/AEUV (2019) Art 45 AEUV Rz 2-3.

⁵⁷² EuGH 15. 12. 1995, C-415/93, *Bosman*, ECLI:EU:C:1995:463, Rn 84; EuGH 12. 12. 1974, 36/74, *Walrave/Koch*, ECLI:EU:C:1974:140, Rn 16-19.

⁵⁷³ EuGH 12. 12. 1974, 36/74, *Walrave/Koch*, ECLI:EU:C:1974:140, Rn 16-19.

⁵⁷⁴ EuGH 4. 9. 2014, C-474/12, *Schiebel Aircraft*, ECLI:EU:C:2014:2139, Rn 39; EuGH 2. 7. 1996, C-290/94, *Kommission/Griechenland*, ECLI:EU:C:1996:265, Rn 39; EuGH 2. 7. 1996, C-173/94, *Kommission/Belgien*, ECLI:EU:C:1996:264, Rn 24; EuGH 2. 7. 1996, C-473/93, *Kommission/Luxemburg*, ECLI:EU:C:1996:263, Rn 50; EuGH 16. 6. 1987, 225/85, *Kommission/Italien*, ECLI:EU:C:1987:284, Rn 14; EuGH 3. 6. 1986, 307/84,

Regelungen und Maßnahmen, die zu einer faktischen Ungleichbehandlung zwischen Staatsangehörigen und Ausländern führen.⁵⁷⁵ Wenn der Regelungsgehalt somit so ist, dass er sich in irgendeiner Form auf ausländische Arbeitnehmer nachteilig auswirkt, stellt dies eine indirekte (mittelbaren) Diskriminierung dar.⁵⁷⁶ Ähnlich wie beim Grundsatz der Dienstleistungsfreiheit wurde auch der Grundsatz der Arbeitnehmerfreizügigkeit vom EuGH zu einem Beschränkungsverbot weiterentwickelt. Das bedeutet, dass auch vollkommen neutral formulierte Regelungen den Grundsatz der Arbeitnehmerfreizügigkeit verletzen können, wenn sie geeignet sind, Staatsangehörige eines Mitgliedsstaates davon abzuhalten, von ihrer Freizügigkeit Gebrauch zu machen.⁵⁷⁷

Konkretisiert wird Art 45 AEUV durch die Verordnung 492/2011/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. 4. 2011 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Union (Freizügigkeits-VO).⁵⁷⁸ Deren Art 7 Abs 1 schreibt vor, dass ein Arbeitnehmer hinsichtlich der Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen, insbesondere im Hinblick auf Entlohnung, Kündigung und im Hinblick auf berufliche Wiedereingliederung oder Wiedereinstellung nicht anders behandelt werden darf als die inländischen Arbeitnehmer. Verboten sind auch nach der Freizügigkeits-VO nicht nur Akte offener Diskriminierung, sondern auch mittelbar diskriminierende Regelungen, die „*sich ihrem Wesen nach eher auf Wanderarbeitnehmer als auf inländische Arbeitnehmer auswirken*“ können.⁵⁷⁹

Solche mittelbar diskriminierenden Regelungen sind einer Rechtfertigung aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses zugänglich, sofern der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewahrt bleibt und nicht gegen anerkannte Grundrechte des

Kommission/Frankreich, ECLI:EU:C:1986:222, Rn 17; *Windisch-Graetz*, Kommentar zum EUV und AEUV (2019) Art 45 AEUV Rz 60.

⁵⁷⁵ *Thüsing*, *Europäisches Arbeitsrecht*² (2011) 46; *EUArbR/Steinmeyer* Art 45 AEUV Rz 61.

⁵⁷⁶ EuGH 6. 6. 2000, C-281/98, *Angonese*, ECLI:EU:C:2000:296, Rn 46; EuGH 7. 5. 1998, C-350/96, *Clean Car Autoservice*, ECLI:EU:C:1998:205, Rn 43; EuGH 30. 5. 1989, 33/88, *Allué/Coonan*, ECLI:EU:C:1989:222, Rn 19; EuGH 12. 2. 1974, 152/13 *Sotgiu*, ECLI:EU:C:1974:13, Rn 13;

⁵⁷⁷ EuGH 26. 1. 1999, C-18/95, *Terhoeve*, ECLI:EU:C:1999:22, Rn 39; EuGH 15. 12. 1995, C-415/93, *Bosman*, ECLI:EU:C:1995:463, Rn 114; EuGH 7. 3. 1991, C-10/90, *Masgio*, ECLI:EU:C:1991:107, Rn 18; *Windisch-Graetz* in *Jaeger/Stöger* (Hrsg), *EUV/AEUV* (2019) Art 45 AEUV Rz 66-67.

⁵⁷⁸ ABI L 2011/141, 1.

⁵⁷⁹ *Windisch-Graetz* in *Jaeger/Stöger* (Hrsg), *EUV/AEUV* (2019) Art 45 AEUV Rz 63.

Unionsrechts verstoßen wird.⁵⁸⁰ Administrative Schwierigkeiten, finanzielle Lasten⁵⁸¹ und rein wirtschaftliche Motive⁵⁸² stellen keinen Rechtfertigungsgrund dar.

27. Arbeitnehmerfreizügigkeit – Schutz entsandter Arbeitnehmer

Grundsätzlich kommt die Arbeitnehmerfreizügigkeit innerhalb der Hoheitsgebiete der Mitgliedsstaaten allen Unionsbürgern zugute, die in irgendeiner Weise Zugang zum Arbeitsmarkt eines anderen Mitgliedsstaates anstreben.⁵⁸³ Dies ist nach der Rsp des EuGH aber dann nicht der Fall, wenn es sich um einen bloß vorübergehenden Ortswechsel von Arbeitnehmern handelt.⁵⁸⁴ Werden Arbeitnehmer in einen anderen Mitgliedstaat entsandt, um dort im Rahmen von Dienstleistungen ihres Arbeitgebers Arbeiten auszuführen, so ist nur die Dienstleistungsfreiheit, nicht aber die Arbeitnehmerfreizügigkeit betroffen.⁵⁸⁵ Solche Arbeitnehmer treten nämlich zu keinem Zeitpunkt auf dem Arbeitsmarkt des Aufnahmemitgliedstaates auf.⁵⁸⁶

Die dargestellte Rechtsansicht äußerte der EuGH erstmals in seiner Entscheidung in der Rs *Rush Portuguesa* vom 27. 3. 1990.⁵⁸⁷ Weder in dieser Rs noch in der Entscheidung *Vander Elst*,⁵⁸⁸ in welcher das Argument des „*Auftretens auf dem Arbeitsmarkt*“ aufgegriffen wurde, waren die Interessen der entsandten Arbeitnehmer ein Thema. In beiden Fällen ging es um das Recht des Arbeitgebers, drittstaatsangehörige Arbeitnehmer zur Erbringung von grenzüberschreitenden Dienstleistungen heranzuziehen. In der Rs *Finalarte*⁵⁸⁹ bezog das vorliegende Amtsgericht Wiesbaden seine Anfrage ausdrücklich auch auf die Arbeitnehmerfreizügigkeit gem Art 48 EG-Vertrag (nunmehr Art 45 AEUV). Die Chancen der Arbeitnehmer, eingestellt und ins Ausland entsandt zu werden, würden sich verringern, „*wenn ein Arbeitgeber sich aufgrund der Ausdehnung der Urlaubsregelung davon abhalten lasse, im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit eine*

⁵⁸⁰ EuGH C-109/04, *Kranemann*, ECLI:EU:C:2005:187, Rn 33; *Windisch-Graetz* in *Jaeger/Stöger* (Hrsg), EUV/AEUV (2019) Art 45 AEUV Rz 65.

⁵⁸¹ EuGH C-400/02, *Merida*, ECLI:EU:C:2004:537, Rn 30.

⁵⁸² EuGH C-109/04, *Kranemann*, ECLI:EU:C:2005:187, Rn 34; *Thüsing*, *Europäisches Arbeitsrecht*² (2011) 36.

⁵⁸³ *Windisch-Graetz* in *Jaeger/Stöger* (Hrsg), EUV/AEUV (2019) Art 45 AEUV Rz 6.

⁵⁸⁴ EuGH C-113/89, *Rush Portuguesa*, ECLI:EU:C:1990:142, Rn 13-15; EuGH C-43/93 *Vander Elst*, ECLI:EU:C:1994:319, Rn 21; EuGH C-49/98 ua, *Finalarte*, ECLI:EU:C:2001:564, Rn 21-23.

⁵⁸⁵ EuGH C-49/98 ua, *Finalarte*, ECLI:EU:C:2001:564, Rn 21-23; *Binder*, *Die Arbeitnehmerentsendung aus EU-/EWR-Staaten nach Österreich unter besonderer Berücksichtigung eines möglichen Sozialdumpings*, RdA 1999, 1

⁵⁸⁶ EuGH C-49/98 ua, *Finalarte*, ECLI:EU:C:2001:564, Rn 21-23; EuGH C-43/93 *Vander Elst*, ECLI:EU:C:1994:319, Rn 21; EuGH C-113/89, *Rush Portuguesa*, ECLI:EU:C:1990:142, Rn 13-15; Mitteilung der Kommission, KOM (2003) 458 endg 3.

⁵⁸⁷ EuGH C-113/89, *Rush Portuguesa*, ECLI:EU:C:1990:142.

⁵⁸⁸ EuGH C-43/93 *Vander Elst*, ECLI:EU:C:1994:319.

⁵⁸⁹ EuGH C-49/98 ua, *Finalarte*, ECLI:EU:C:2001:564.

*Tätigkeit in Deutschland auszuüben.*⁵⁹⁰ Sowohl in der Rs *Finalarte* als auch in weiterer Folge ist der EuGH in seinen Entscheidungen zu Arbeitnehmerentsendungen auf die Arbeitnehmerfreizügigkeit nicht mehr eingegangen, sondern hat als Prüfungsmaßstab jeweils nur die Dienstleistungsfreiheit herangezogen.⁵⁹¹ Dies wird von *Preis/Temming* kritisiert, welche auch Dienstleistungsentsendungen unter den Schutz der Arbeitnehmerfreizügigkeit stellen wollen. Sie argumentieren ua damit, dass es einerseits lang andauernde Dienstleistungsentsendungen über ein Jahr hinaus gebe und andererseits der Schutzbereich der Freizügigkeit auch kurz andauernde Arbeitsverhältnisse umfasse.⁵⁹² Darüber hinaus berühre jede abhängige Beschäftigung im EU-Ausland zwangsläufig den fremden Arbeitsmarkt, da die in Frage stehende Tätigkeit auch von einem inländischen Arbeitnehmer ausgeübt werden könne. Als Beispiel nennen *Preis/Temming* hier die Baubranche in Deutschland, in welcher im Jahr 1994 122.016 Arbeitslosen ca 150.000 aus Mitgliedsstaaten entsandte Arbeitnehmer gegenübergestanden seien.⁵⁹³ Die Ausführungen von *Preis/Temming* überzeugen mE nicht. Es treten nämlich nicht unmittelbar die entsandten Arbeitnehmer in Konkurrenz zu inländischen Arbeitskräften, sondern vielmehr ausländische Unternehmer in Konkurrenz zu inländischen Anbietern. Dabei bedienen sich die ausländischen Unternehmer ihrer eigenen Arbeitnehmer, welche sie vorübergehend grenzüberschreitend einsetzen. Der ausländische Arbeitnehmer konkurriert hier nicht mit dem inländischen Arbeitnehmer, sondern mit anderen potenziellen Arbeitnehmern des Herkunftsmitgliedstaates. Bedient sich ein ausländischer Arbeitgeber eines inländischen Arbeitnehmers oder setzt er den Arbeitnehmer nicht nur vorübergehend, sondern überwiegend oder sogar ausschließlich im Inland ein, sodass der gewöhnliche Arbeitsort im Inland liegt, dann kommt die Arbeitnehmerfreizügigkeit ohnehin zum Tragen. Ob ein Arbeitnehmer grenzüberschreitend eingesetzt wird, liegt darüber hinaus nicht im Ermessen des Arbeitnehmers selbst, sondern in der Entscheidungsgewalt des Arbeitgebers. Somit können Regelungen oder Maßnahmen des Aufnahmemitgliedstaates den Arbeitnehmer auch nicht davon abhalten, seine Arbeiten im Rahmen einer Entsendung in diesem Staat zu leisten.

⁵⁹⁰ EuGH C-49/98 ua, *Finalarte*, ECLI:EU:C:2001:564, Rn 21.

⁵⁹¹ EuGH C-49/98 ua, *Finalarte*, ECLI:EU:C:2001:564; EuGH C-369/96 ua, *Arblade*, ECLI:EU:C:1999:575; EuGH C-272/94, *Guiot*, ECLI:EU:C:1996:147.

⁵⁹² *Preis/Temming*, Die Urlaubs- und Lohnausgleichskasse im Kontext des Gemeinschaftsrechts (2006) 118.

⁵⁹³ *Preis/Temming*, Die Urlaubs- und Lohnausgleichskasse im Kontext des Gemeinschaftsrechts (2006) 118.

Anders stellt sich die Sache bei der Arbeitskräfteüberlassung dar, da hier der Arbeitnehmer sehr wohl auf dem Arbeitsmarkt des Aufnahmemitgliedsstaates auftreten⁵⁹⁴ und in Konkurrenz zu den Arbeitnehmern des Aufnahmemitgliedsstaates tritt und oftmals gerade für die grenzüberschreitende Überlassung aufgenommen wird. Vom EuGH wurde offengelassen, ob im Rahmen einer Arbeitskräfteüberlassung entsandte Arbeitnehmer den Schutz der Arbeitnehmerfreizügigkeit der Art 45-47 AEUV genießen. In der Rs *Webb* wurde die Arbeitskräfteüberlassung als Dienstleistung im Sinne des Art 60 Abs 1 EWG-Vertrag (nunmehr Art 57 Abs 1 AEUV) qualifiziert. Für den Bereich der Arbeitskräfteüberlassung besteht nach Ansicht des EuGH die „*Dienstleistung*“ gerade darin, dem Arbeitsmarkt des Aufnahmemitgliedsstaates Arbeitnehmer zuzuführen.⁵⁹⁵ Laut *Rebhahn* können auf Leiharbeitsverhältnisse daher auch die Art 45-48 AEUV anwendbar sein.⁵⁹⁶ Anders sieht dies der OGH, welcher in seiner Entscheidung zu 8 ObA 74/11g eine Prüfung auf Konformität mit dem Grundsatz der Arbeitnehmerfreizügigkeit mit der Begründung ablehnte, dass die Arbeitnehmer „zur *Erbringung einer Dienstleistung*“ entsandt worden seien.⁵⁹⁷ In dem dieser Entscheidung des OGH zugrunde liegenden Fall hatte ein Liechtensteiner Leiharbeitsunternehmen Arbeitskräfte nach Österreich verliehen. ME sprechen gewichtige Argumente dafür, den Schutz der Arbeitnehmerfreizügigkeit auf grenzüberschreitend überlassene Arbeitnehmer auszudehnen. Dies kann aus der Rs des EuGH abgeleitet werden. Einerseits anerkennt der EuGH, dass überlassene Arbeitskräfte in direkter Konkurrenz zu inländischen Arbeitnehmern stehen.⁵⁹⁸ Wie der EuGH in *Vicoplus* darlegte, wird der im Rahmen einer Arbeitskräfteüberlassung „entsandte Arbeitnehmer während des Zeitraums der Überlassung typischerweise auf einem Arbeitsplatz im verwendenden Unternehmen verwendet [...], der sonst mit einem Arbeitnehmer dieses Unternehmens besetzt worden wäre.“⁵⁹⁹ An anderer Stelle verweist der EuGH darauf, „dass ein Mitgliedstaat – unter Wahrung der unionsrechtlichen Grenzen – in der Lage sein muss, zu prüfen, ob eine Dienstleistung nicht in Wirklichkeit auf die Überlassung von Arbeitnehmern abzielt, die keine Arbeitnehmerfreizügigkeit genießen.“⁶⁰⁰ Dem ist zu entnehmen, dass – als Ausfluss der Arbeitnehmerfreizügigkeit – die Überlassung von Arbeitnehmern aus Mitgliedstaaten, im Gegensatz zu jener von Arbeitnehmern aus Drittstaaten, an keine

⁵⁹⁴ EuGH C-113/89, *Rush Portuguesa*, ECLI:EU:C:1990:142, Rn 16.

⁵⁹⁵ EuGH C-307/09, *Vicoplus*, ECLI:EU:C:2011:64, Rn 30; VwGH 31. 7. 2009, 2008/09/0261; VwGH 15. 5. 2009, 2006/09/0157.

⁵⁹⁶ EUArbR/*Rebhahn* Art 56 AEUV, Rz 20.

⁵⁹⁷ OGH 20. 1. 2012, 8 ObA 74/11g.

⁵⁹⁸ EuGH C-307/09, *Vicoplus*, ECLI:EU:C:2011:64, Rn 31.

⁵⁹⁹ EuGH C-307/09, *Vicoplus*, ECLI:EU:C:2011:64, Rn 31.

⁶⁰⁰ EuGH C-307/09, *Vicoplus*, ECLI:EU:C:2011:64, Rn 37; EuGH C-168/04, *Kommission/Österreich*, ECLI:EU:C:2006:595, Rn 56.

zusätzlichen Voraussetzungen wie bspw eine Arbeitserlaubnis geknüpft werden darf.⁶⁰¹ Insofern bestätigte der EuGH die Anwendbarkeit der Arbeitnehmerfreizügigkeit auf Leiharbeitsverhältnisse.

Neben den Leiharbeitsverhältnissen fallen unter den Anwendungsbereich des BUAG gem dessen § 33d Abs 2 auch solche Arbeitskräfte, deren gewöhnlicher Arbeitsort im Inland gelegen ist, deren Arbeitgeber allerdings ihren Sitz im Ausland haben. Hier handelt es sich um keine vorübergehende Entsendung. Vielmehr treten diese Arbeitnehmer offensichtlich auf dem österreichischen Arbeitsmarkt auf. Jedenfalls in Hinblick auf diese Arbeitnehmer wären die Entsendebestimmungen des BUAG auch unter dem Gesichtspunkt des Art 45 AEUV zu prüfen. Auf die Arbeitnehmerfreizügigkeit können sich nicht nur Arbeitnehmer, sondern auch deren Arbeitgeber berufen.⁶⁰²

28. Urlaubskassenverfahren und Arbeitnehmerfreizügigkeit

Die Arbeitnehmerfreizügigkeit umfasst gem Art 45 Abs 2 AEUV „*die Abschaffung jeder auf der Staatsangehörigkeit beruhenden unterschiedlichen Behandlung der Arbeitnehmer der Mitgliedsstaaten in Bezug auf Beschäftigung, Entlohnung und sonstige Arbeitsbedingungen.*“

Grundsätzlich ist es gerade Zweck der Entsendebestimmungen des BUAG, ausländische Bauarbeiter bzw Bauarbeiter mit ausländischen Arbeitgebern hinsichtlich ihrer Urlaubsansprüche österreichischen Arbeitnehmern gleichzustellen und insofern eine Schlechterstellung der ausländischen Arbeitskräfte zu verhindern.

Von manchen Autoren wird das – auch vom vorlegenden Gericht in der Rs *Finalarte*⁶⁰³ angesprochene – Argument ins Treffen geführt, dass gerade die einzuhaltenden Mindestarbeitsbedingungen des Aufnahmemitgliedstaates und das Beseitigen des Lohnkostenvorteils dem Arbeitnehmer eine Marktzutrittschance nehmen würden, da Arbeitgeber sich dadurch davon abhalten lassen, ihre Leistungen grenzüberschreitend anzubieten.⁶⁰⁴ Würde man dieses Argument konsequent

⁶⁰¹ EuGH C-445/03, *Kommission/Luxemburg*, ECLI:EU:C:2004:655, Rn 38-39, *Rebhahn*, Entsendung von Arbeitnehmern in der EU – arbeitsrechtliche Fragen zum Gemeinschaftsrecht, DRdA 1999, 173.

⁶⁰² EuGH 30. 5. 1989, 33/88, *Allué/Coonan*, ECLI:EU:C:1989:222, Rn 25.

⁶⁰³ EuGH C-49/98 ua, *Finalarte*, ECLI:EU:C:2001:564, Rn 21.

⁶⁰⁴ *Rieble/Lessner* Arbeitnehmer-Entsendegesetz, Nettolohnhaftung und EG-Vertrag, ZfA 2002, 29 (46-47), *Rebhahn*, Entsendung von Arbeitnehmern in der EU – arbeitsrechtliche Fragen zum Gemeinschaftsrecht, DRdA 1999, 173.

weiterdenken, dann müsste dies zu einer Beseitigung aller Mindeststandards und Schutzvorschriften für Arbeitskräfte ausländischer Arbeitgeber führen, da fast jeder arbeitsrechtliche Standard eine Erschwernis für den Arbeitgeber darstellt. Ein so weit verstandenes Beschränkungsverbot würde mit dem Diskriminierungsverbot kollidieren und ist mE abzulehnen.⁶⁰⁵

Da der Fokus der Arbeitnehmerfreizügigkeit auf den Rechten des Arbeitnehmers liegt, ist im Rahmen des aus Art 45 AEUV erfließenden Beschränkungsverbots zu untersuchen, inwieweit die Bestimmungen des BUAG für nach Österreich überlassene Arbeitnehmer bzw für Arbeitnehmer ausländischer Arbeitgeber mit gewöhnlichem Arbeitsort in Österreich iSd § 33d Abs 2 BUAG beschwerlich sind und diese allenfalls davon abhalten, entsprechende Beschäftigungsverhältnisse einzugehen. Eine Erschwernis kann darin liegen, dass der Arbeitnehmer seine Urlaubswünsche nicht nur gegenüber dem eigenen Arbeitgeber äußern muss, sondern ein entsprechender Antrag auch bei der BUAK einzureichen ist. Zwar ist der Vorgang im Inlandsverfahren derselbe, bei ausländischen Arbeitnehmern kommt aber allenfalls noch eine Sprachbarriere dazu. Der bürokratische Mehraufwand ist den bereits iZm der Dienstleistungsfreiheit dargestellten Vorteilen gegenüberzustellen, welche einem Arbeitnehmer durch das Urlaubskassenverfahren zuteil werden.

Neben dem Beschränkungsverbot schützt die Arbeitnehmerfreizügigkeit auch vor Diskriminierung. Da diese Prüfung im Wesentlichen zum selben Ergebnis führen wird wie die Prüfung auf Basis der Dienstleistungsfreiheit, wird an dieser Stelle nicht näher darauf eingegangen.

⁶⁰⁵ *Preis/Temming*, Die Urlaubs- und Lohnausgleichskasse im Kontext des Gemeinschaftsrechts (2006) 123.

VII. DURCHSETZUNG VON ANSPRÜCHEN NACH DEM BUAG

§ 33h Abs 3 BUAG erklärt das Arbeits- und Sozialgericht Wien zum zuständigen Gericht für die Einforderung der Zuschläge zum Lohn durch die Urlaubskasse. Aus der Regelung des BUAG ergibt sich allerdings noch nicht die internationale Zuständigkeit des genannten Gerichts bzw eines Gerichtsstandes in Österreich. Da es sich bei den beklagten Arbeitgebern stets um ausländische Unternehmen oder Personen handelt, liegt deren allgemeiner Gerichtsstand regelmäßig im Ausland.

29. (Brüssel Ia-VO⁶⁰⁶ – Lugano-Übereinkommen (LGVÜ II)⁶⁰⁷

Die internationale Zuständigkeit der Gerichte und die Vollstreckung der Urteile in Zivil- und Handelssachen sind innerhalb der EU in der Verordnung (EU) Nr 1215/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2012 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Brüssel Ia-VO) geregelt. Im Verhältnis zu den Staaten Island, Norwegen und der Schweiz ist auf das Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung in Zivil- und Handelssachen (LGVÜ II)⁶⁰⁸ zurückzugreifen. Die internationale Zuständigkeit sowie die Vollstreckung von Entscheidungen gegenüber Personen mit Sitz in einem Drittstaat richten sich nach dem Inhalt allenfalls bestehender bilateraler Abkommen.

29.1. Zivilrechtssache

Zunächst stellt sich die Frage, ob es sich bei den Klagen der BUAK, einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft, gegen einen Arbeitgeber überhaupt um eine zivilrechtliche Sache handelt. Der sachliche Anwendungsbereich der Brüssel Ia-VO bzw des LGVÜ II ist gem deren Art 1 nämlich nur dann gegeben, wenn eine Zivil- oder Handelssache vorliegt bzw wenn ein individueller Arbeitsvertrag oder Ansprüche aus einem individuellen Arbeitsvertrag den Gegenstand des Verfahrens bilden.⁶⁰⁹

⁶⁰⁶ Verordnung (EU) Nr 1215/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2012 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ABI L 351, 1). Bis 31. 12. 2014 war die Verordnung (EG) Nr 44/2001 (Brüssel I-VO) anwendbar.

⁶⁰⁷ ABI EU L 2007/339, 3.

⁶⁰⁸ LGVÜ BGBl 1996/448 idF BGBl III 2001/136.

⁶⁰⁹ *Kühteubl/Kozak*, Arbeitnehmerentsendung (2010) Rz 335.

Das Schweizer Bundesgericht lehnte in einer Entscheidung aus dem Jahr 2014 in Hinblick auf Art 1 LGVÜ⁶¹⁰ den zivilrechtlichen Charakter der Zuschlagsforderungen verneint und die Vollstreckung eines Urteils ab.⁶¹¹ Das Urlaubskassenverfahren sei durch Subordination geprägt. Allein der Umstand, dass für die Einbringlichmachung der Zuschläge der Gerichtsweg eröffnet werde, könne die Natur der Forderung als öffentlich-rechtlicher Anspruch nicht ändern. Das Schweizer Bundesgericht argumentierte in seiner Entscheidung damit, dass die BUAG-Zuschläge neben einem Verwaltungskostenbeitrag unter anderem Steuern und Sozialversicherungsbeiträge enthielten. Weiters würde die Höhe der Lohnzuschläge durch ministerielle Verordnung festgelegt werden. Außerdem würden den Arbeitgeber diverse Verfahrens-, Verhaltens- und Auskunftspflichten treffen.

Anders entschied der EuGH in der Rs *Korana* in Hinblick auf die Brüssel Ia-VO, welcher im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens am 28. 2. 2019 zur Frage der Rechtsnatur der Zuschlagsforderungen Stellung nahm und die zivilrechtliche Natur des BUAG grundsätzlich bejahte.⁶¹²

Dem Vorabentscheidungsverfahren war eine Klage der BUAK gegen ein slowenisches Unternehmen vor dem Arbeits- und Sozialgericht Wien auf Zahlung von Zuschlägen nach dem BUAG vorausgegangen. Da das slowenische Unternehmen sich in den Rechtsstreit nicht einließ, erging ein Versäumungsurteil. Das Verfahren auf Ausstellung einer Vollstreckbarbescheinigung gem Art 53 der Brüssel Ia-VO wurde vom zuständigen Richter des Arbeits- und Sozialgerichts Wien wegen Zweifeln am zivilrechtlichen Charakter der Zuschlagsforderung und damit an der Anwendbarkeit dieser Verordnung unterbrochen. Generalanwalt Yves Bot nahm in seinen Schlussanträgen vom 25. 8. 2018 zur Anwendbarkeit der Brüssel Ia-VO überhaupt nicht Stellung, sondern beschäftigte sich ausschließlich mit der Frage, ob ein Vorabentscheidungsersuchen überhaupt zulässig sei. Er kam zu dem Ergebnis, dass sich die Frage, was eine Zivilsache iSd Art 1 Brüssel Ia-VO ist, nicht nach der *lex fori* richte, sondern vom EuGH verordnungsautonom zu beurteilen sei.⁶¹³

⁶¹⁰ Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 16. September 1988, BGBl 1996/448 = ABI EG L 319, 9. Das Übereinkommen wurde durch das LGVÜ II ersetzt.

⁶¹¹ Schweizer Bundesgericht, Urteil vom 19. 11. 2014, 5A_249/2014.

⁶¹² EuGH C-579/17, *Korana*, ECLI:EU:C:2019:162, Rn 71.

⁶¹³ Schlussanträge des Generalanwalts Yves Bot vom 25. 10. 2018 zu C-579/17, *Korana*, ECLI:EU:C:2018:863, Rn 57.

Der EuGH bejahte zunächst ebenso wie der Generalanwalt die Zulässigkeit der Vorlage⁶¹⁴ und erklärte in seinem Urteil vom 28. 2. 2019, „*dass eine Klage auf Begleichung einer Forderung einer Körperschaft öffentlichen Rechts gegen einen Arbeitgeber betreffend Zuschläge für das Urlaubsentgelt*“ gem den Entsendebestimmungen des BUAG in den Anwendungsbereich der Brüssel Ia-VO fallen würden, „*soweit die Modalitäten der Erhebung dieser Klage nicht von den allgemeinen Regelungen abweichen und es dem angerufenen Gericht dadurch insbesondere nicht verwehrt wird, die Richtigkeit der Daten, auf denen die Bestimmung dieser Forderung beruht, zu prüfen.*“⁶¹⁵ Es sei Sache des vorlegenden Gerichts, dies zu überprüfen. Bemerkenswert ist, dass der EuGH die materiellrechtliche Seite der Zuschlagsforderungen – anders als das Schweizer Bundesgericht⁶¹⁶ – kaum diskutierte, sondern sein Hauptaugenmerk auf die Modalitäten der Eintreibung legte. Materiell-rechtlich reichte es dem EuGH aus, dass der Anspruch des entsandten Arbeitnehmers gegenüber der Urlaubskasse auf Urlaubsentgelt jenen Anwartschaften entspricht, für die der Arbeitgeber Zuschläge entrichtet⁶¹⁷ und dass dieses mit den Zuschlägen finanzierte Urlaubsentgelt einen Teil der laut Arbeitsvertrag geschuldeten Entgelts bildet.⁶¹⁸

Die Entscheidung schließt an die frühere Rsp des EuGH an und ist – anders als das Urteil des Schweizer Bundesgerichts⁶¹⁹ - überzeugend.

29.1.1. Materiellrechtliche Beurteilung

In der Rs *Baten* vom 14. 11. 2002⁶²⁰ erklärte der EuGH, dass bei der Beurteilung, ob eine Zivilrechtssache oder eine öffentlich-rechtliche Sache vorliegt, darauf abzustellen sei, ob der Rechtsstreit in Ausübung hoheitlicher Befugnisse geführt wird. Ob dies der Fall ist, müsse anhand der Grundlage der Klage und der Modalitäten ihrer Erhebung bestimmt werden. In dem vorliegenden Fall hatte Herr Baten mit seiner geschiedenen Frau vor einem Notar in Belgien einen Vertrag geschlossen, wonach sie sich gegenseitig keinen Unterhalt schulden. Die Frau ließ sich in den Niederlanden nieder und erhielt dort Sozialhilfeleistungen. Die niederländischen Behörden forderten die Leistungen von Herrn Baten zurück. Laut

⁶¹⁴ EuGH C-579/17, *Korana*, ECLI:EU:C:2019:162, Rn 46; EuGH C-551/15, *Pula Parking*, ECLI:EU:C:2017:193, Rn 33.

⁶¹⁵ EuGH C-579/17, *Korana*, ECLI:EU:C:2019:162, Rn 72.

⁶¹⁶ Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 16. September 1988, BGBl 1996/448 = ABI EG L 319, 9. Das Übereinkommen wurde durch das LGVÜ II ersetzt.

⁶¹⁷ EuGH C-579/17, *Korana*, ECLI:EU:C:2019:162, Rn 52.

⁶¹⁸ EuGH C-579/17, *Korana*, ECLI:EU:C:2019:162, Rn 53.

⁶¹⁹ Schweizer Bundesgericht, Urteil vom 19. 11. 2014, 5A_249/2014.

⁶²⁰ EuGH C-271/00, *Baten*, ECLI:EU:C:2002:656.

EuGH handle es sich dann um eine Zivilsache, wenn für die Grundlagen und Modalitäten der Rückgriffsklage die allgemeinen Vorschriften über Unterhaltsverpflichtungen gälten. Stützt sich die Rückgriffsklage hingegen auf eigene, besondere Befugnisse, dann handle es sich um keine Zivilsache.

Nach *Simotta* handelt die Behörde dann hoheitlich, wenn der Rechtsstreit die „*Eintreibung von Gebühren betrifft, die eine Privatperson einer öffentlichen Stelle für die Inanspruchnahme von deren Diensten und Einrichtungen schuldet, insbesondere wenn diese Inanspruchnahme zwingend und ausschließlich ist. Dies umso mehr, wenn die Gebührensätze, die Art ihrer Berechnung und das Erhebungsverfahren einseitig gegenüber den Benutzern festgesetzt werden.*“⁶²¹

Zwar liegen einige der aufgezählten Merkmale bei den BUAG-Zuschlägen vor. So sind die Beiträge nach dem BUAG zwingend und ausschließlich der BUAK geschuldet. Auch ist die Art der Berechnung gesetzlich bzw durch Verordnung festgelegt. Nichtsdestotrotz überwiegen die Argumente, dass es sich bei den Zuschlägen nach dem BUAG um zivilrechtliche Ansprüche handelt: Nach Lehre und Literatur liegen nämlich im Innenverhältnis Entgeltzahlungen des Arbeitgebers für die vom Arbeitnehmer geleistete Arbeit vor.⁶²²

So stellen *Martinek/Widorn* unter Verweis auf die Rsp des OGH vom 6. 9. 1983⁶²³ und vom 2. 4. 1985⁶²⁴ fest, dass es sich bei dem Urlaubsentgelt „*in Wahrheit um einen vom Arbeitgeber entrichteten Teil des Arbeitsentgeltes handle, welcher allerdings erst nach einem Umweg über die Urlaubskasse ausgezahlt werde.*“ Es sei „*nur formell eine Leistung der Urlaubskasse, tatsächlich aber eine Entgeltzahlung des Arbeitgebers für die vom Arbeitnehmer geleistete Arbeit.*“⁶²⁵ Der OGH betonte mehrfach, dass es sich bei den zu entrichtenden Zuschlägen bei materiell-rechtlicher Betrachtung um einen Teil des dem Arbeitnehmer geschuldeten Entgelts handelt.⁶²⁶

Ein im Wesentlichen gleiches System wie jenes nach dem BUAG wird in Deutschland durch die Urlaubs- und Lohnausgleichskasse der Bauwirtschaft (ULAK) und die Zusatzversorgungskasse des Baugewerbes (ZVK-Bau) als gemeinsame

⁶²¹ *Simotta*, Die Rechtsprechung des EuGH und OGH zur EuGVVO, Vorlesungsunterlage WS 2013/2014

⁶²² OGH 8 ObA 2/11v; *Martinek/Widorn*, BUAG (1988) 59-60.

⁶²³ Arb 10.292.

⁶²⁴ Arb 10.435.

⁶²⁵ *Martinek/Widorn*, BUAG (1988) 60.

⁶²⁶ OGH 11. 2. 2002, 7 Ob 15/02k; OGH 17. 3. 1994, 8 Ob 20/93; EuGH 29-76 *LTU/Eurocontrol*, ECLI:EU:C:1976:137, Rn 5.

Einrichtung der Tarifvertragsparteien der Arbeitgeber und Arbeitnehmer geführt.⁶²⁷ Bei dieser handelt es sich um keine öffentlich-rechtliche Einrichtung. Das deutsche Bundesarbeitsgericht qualifizierte die Beiträge als zivilrechtliche Ansprüche.⁶²⁸ Es hielt fest:

„Die Beitragsklage betrifft zivilrechtliche Ansprüche, nicht aber die vom sachlichen Anwendungsbereich der Verordnung ausgenommene soziale Sicherheit iSv Art 1 Abs 2 Buchst c EuGVVO. [...] Dieses Verständnis entspricht der Rechtsprechung des Unionsgerichtshofs und des Bundesarbeitsgerichts (EuGH 14. November 2002 – C271/00 [Baten] Rn 45, Slg 2002 I-10489; BAG 2. Juli 2008 – 10 AZR 355/07 – Rn 12, BAGE 127, 111).“

Für das deutsche Bundesarbeitsgericht bestand demnach kein Zweifel, dass es sich bei der Beitragsforderung der deutschen Urlaubs- und Lohnausgleichskasse um einen zivilrechtlichen Anspruch handelt, obgleich auch darin Verwaltungskosten enthalten sind und die Höhe der Beiträge von der Urlaubskasse festgelegt wird.⁶²⁹ Dies muss in gleicher Weise für die Zuschläge nach dem BUAG gelten. Für die Beurteilung, ob ein zivilrechtlicher oder ein öffentlich-rechtlicher Anspruch vorliegt, kommt es nach der Rsp des EuGH nämlich gerade nicht darauf an, ob Partei eine öffentliche Einrichtung ist, soweit diese nicht auch hoheitlich handelt.⁶³⁰

Die Höhe der Zuschläge wird zwar nach Maßgabe des § 21a BUAG sowie der Bestimmungen der BUAG-V berechnet. Sie ist aber abhängig von den kollektivvertraglichen Mindestlöhnen. Diese werden von den Kollektivvertragsparteien (Arbeitgebervertreter und Arbeitnehmervertreter) ausgehandelt und sind auch für die Vertragsparteien selbst in Bezug auf den vertraglich vereinbarten Lohn (einseitig) verbindlich. Der Zuschlag nach dem BUAG wird für jeden einzelnen entsandten Arbeitnehmer für jeden Tag der Entsendung, abhängig insbesondere von der Art der Tätigkeit, der Qualifikation als Hilfs- oder Facharbeiter, der wöchentlichen Arbeitszeit berechnet. § 21a BUAG und die BUAG-V legen lediglich die Berechnungsmethode fest. Für welchen Zeitraum ein Arbeitnehmer für den Arbeitgeber tätig wird und in welcher Funktion (wie er somit in den jeweils anwendbaren Kollektivvertrag einzustufen ist), unterliegt aber ebenso wie die Art der zu leistenden Arbeiten ausschließlich der Vereinbarung zwischen den Vertragsparteien.

⁶²⁷ § 3 des Tarifvertrags über das Sozialkassenverfahren im Baugewerbe (VTV) vom 3. 5. 2013 idF 24. 11. 2015.

⁶²⁸ BAG 15. 2. 2012, 10 AZR 711/10 Rz 22.

⁶²⁹ § 15 des Tarifvertrags über das Sozialkassenverfahren im Baugewerbe (VTV) vom 3. 5. 2013 idF 24. 11. 2015.

⁶³⁰ EuGH C-172/91, *Sonntag/Waidmann*, ECLI:EU:C:1993:144.

Gerade im Entsendeverfahren kommt es auch zu keiner Urlaubsentgeltleistung durch die BUAK, wenn dieser nicht Zahlungen durch den Arbeitgeber gegenüber stehen (§ 33f Abs 2 BUAG). Insofern steht die Leistungspflicht des Arbeitgebers in direkter Relation zur Leistungspflicht der Urlaubskasse. *Klinger* spricht in diesem Zusammenhang von der Urlaubskasse als „*Clearing-Stelle*“.⁶³¹

Richtig ist (wie dies das Schweizer Bundesgericht argumentierte⁶³²), dass die Zuschläge auch Steuern und Sozialversicherungsbeiträge einschließen. Allerdings enthält auch das laufende Bruttoarbeitsentgelt, wie es zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer vereinbart wird, derartige Lohnnebenkosten. Der EuGH schloss daher zu Recht die Subsumierung der Urlaubszuschläge nach dem BUAG unter den Begriff „*soziale Sicherheit*“ gem Art 1 Abs 2 lit c der Brüssel Ia-VO aus.⁶³³

Der Verwaltungsbeitrag der Urlaubskasse von 1-2% des Zuschlagswertes ist so gering, dass allein daraus kein öffentlich-rechtlicher Charakter abgeleitet werden kann.⁶³⁴

29.1.2. Eintreibungsmodalitäten

Wesentlich zur Beurteilung, ob eine Zivilrechtssache iSd Brüssel Ia-VO vorliegt, erschienen dem EuGH die Modalitäten der Eintreibung der Zuschläge.⁶³⁵ Der Gerichtshof bezog sich insbesondere auf die Bestimmung des § 33h Abs 2b BUAG, wonach bei Verletzung der Meldepflicht, die auf Grund eigener Ermittlungen der BUAK errechneten Zuschläge geschuldet sind. Nur wenn dieser Bestimmung eine konstitutive Wirkung zukomme, sodass eine inhaltliche Prüfung der Richtigkeit der Zuschlagsvorschriften dem innerstaatlichen Gericht verwehrt wäre, würde es sich um keine Zivilrechtssache iSd Brüssel Ia-VO handeln.⁶³⁶ Es sei Sache der österreichischen Gerichte, die Auslegung des § 33h Abs 2b BUAG zu beurteilen.⁶³⁷

Wie bereits an früherer Stelle diskutiert, ist die Bestimmung des § 33h Abs 2b BUAG zwar missverständlich formuliert; eine konstitutive Wirkung dieser

⁶³¹ *Klinger*, BUAG (2006) § 33f BUAG Anm 1.

⁶³² Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 16. September 1988, BGBl 1996/448 = ABI EG L 319, 9. Das Übereinkommen wurde durch das LGVÜ II ersetzt.

⁶³³ EuGH C-579/17, *Korana*, ECLI:EU:C:2019:162, Rn70.

⁶³⁴ EuGH C-579/17, *Korana*, ECLI:EU:C:2019:162, Rn 62.

⁶³⁵ EuGH C-579/17, *Korana*, ECLI:EU:C:2019:162, Rn 57.

⁶³⁶ EuGH C-579/17, *Korana*, ECLI:EU:C:2019:162, Rn 71.

⁶³⁷ EuGH C-579/17, *Korana*, ECLI:EU:C:2019:162, Rn 59.

Bestimmung ist aber auszuschließen. Das vorlegende Gericht sah dies auch so und stellte im fortgesetzten Verfahren die Bescheinigung gem Art 53 Brüssel Ia-VO aus.⁶³⁸

29.2. Besondere Zuständigkeiten nach der Brüssel Ia-VO

Sowohl die Brüssel Ia-VO als auch das LGVÜ II sehen vor, dass Personen grundsätzlich an ihrem allgemeinen Gerichtsstand (Sitz, Wohnsitz) zu klagen sind (Art 4 Abs 1 Brüssel Ia-VO; Art 2 Abs 1 LGVÜ II). Die Gerichte eines anderen (Mitglied-)Staates sind gem Art 5 Abs 1 Brüssel Ia-VO und Art 3 LGVÜ II nur dann zuständig, wenn dies in den jeweiligen Abschnitten 2 bis 7 ausdrücklich vorgesehen ist.

Besondere Zuständigkeiten, welche für Klagen nach dem BUAG in Frage kommen, sind in Art 20 Brüssel Ia-VO bzw Art 19 Abs 1 LGVÜ II und in Art 67 Brüssel Ia-VO geregelt:

29.2.1. Gerichtsstand nach Art 20 Brüssel Ia-VO, Art 5 Abs 1 LGVÜ II

Die besondere Zuständigkeit für Klagen aus Arbeitsverhältnissen, dh wenn ein individueller Arbeitsvertrag oder Ansprüche aus einem individuellen Arbeitsvertrag den Gegenstand des Verfahrens bilden, sind in Abschnitt 5 (Art 20 bis 23) Brüssel Ia-VO gesondert geregelt.⁶³⁹ Gem Art 21 Abs 1 lit b (i) kann ein Arbeitgeber, der seinen Wohnsitz im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats hat, in einem anderen Mitgliedstaat „vor dem Gericht des Ortes, an dem der Arbeitnehmer gewöhnlich seine Arbeit verrichtet oder zuletzt gewöhnlich verrichtet hat“, geklagt werden. Eine gleichlautende Regelung findet sich in Art 19 Abs 2 lit a) LGVÜ II.

Durch die Regelung des Art 21 Abs 1 lit b (i) Brüssel Ia-VO bzw Art 19 Abs 2 lit a) LGVÜ II werden jene Fälle des § 33d Abs 2 BUAG abgedeckt, in denen die Entsenderichtlinie nicht anwendbar ist, weil der Arbeitnehmer seinen gewöhnlichen Arbeitsort im Inland hat.

Fälle einer „echten Entsendung“ können hingegen nicht auf Art 20 Abs 1 lit b (i) Brüssel Ia-VO bzw Art 19 Abs 2 lit a) LGVÜ II gestützt werden: Gerade im Fall der echten Entsendung hat der Arbeitnehmer seinen gewöhnlichen Arbeitsort nämlich nicht im Aufnahmestaat. Der EuGH hat zwar in der Rs *Giulia Pugliese*⁶⁴⁰ bereits einmal eine Klage an einem Arbeitsort zugelassen, welcher nicht der gewöhnliche

⁶³⁸ ASG Wien 24 Cga 109/16y.

⁶³⁹ *Kühteubel/Kozak*, Arbeitnehmerentsendung (2010) Rz 330.

⁶⁴⁰ EuGH C-437/00, ECLI:EU:C:2003:219.

Arbeitsort nach dem Arbeitsvertrag war. Die klagende Arbeitnehmerin hatte dort allerdings ihren gewöhnlichen Arbeitsort iZm einem weiteren Arbeitsvertrag (zu einem anderen Arbeitgeber). Der EuGH begründete seine Entscheidung damit, dass der „sozial schwächeren Partei ein angemessener Schutz“ zu gewährleisten sei.⁶⁴¹ Außerdem hatte der geklagte Arbeitgeber selbst ein Interesse an der Erfüllung der Leistung aus dem zweiten Arbeitsvertrag.⁶⁴² Eine Umlegung dieses Urteil auf die Zuschlagsforderungen der BUAK, ist aufgrund des spezifischen Sachverhalts, welcher der Rs *Giulia Pugliese* zugrunde lag, mE unzulässig.

29.2.2. Art 67 Brüssel Ia-VO

Gem ihrem Art 67 berührt die Brüssel Ia-VO „nicht die Anwendung derjenigen besonderen Bestimmungen, die für bestimmte Rechtsgebiete die gerichtliche Zuständigkeit regeln und in gemeinschaftlichen Rechtsakten oder in dem in Ausführung dieser Akte harmonisierten einzelstaatlichen Recht enthalten sind.“⁶⁴³ Als solcher Rechtsakt ist jedenfalls die Entsenderichtlinie zu qualifizieren.

Die Kommission der Europäischen Union stellte in einer Mitteilung vom 25. 7. 2003 ebenfalls klar, dass es sich bei der Vorschrift des Art 6 der Entsenderichtlinie um eine „zulässige Bestimmung zur Regelung der gerichtlichen Zuständigkeit für besondere Rechtsgebiete im Sinne von Artikel 67 der Verordnung Nr 44/2001“ handle.⁶⁴⁴

Das OLG Wien führte entsprechend in einer Entscheidung aus dem Jahr 2010 Folgendes aus:⁶⁴⁵

„Nach Art 67 EuGVVO haben Vorrang vor der Zuständigkeitsordnung und dem Anerkennungsregime der Verordnung (EG) Nr 44/2001 Regelungen für besondere Rechtsgebiete durch Rechtssetzungsakte der EU-Organe oder durch die nationalen Gesetzgeber in Ausführung von EG-Richtlinien (vgl. Gmeiner/Schütze EuZVR A 1/Art 67 EuGVVO Rz 1). [...] Die internationale Zuständigkeit des angerufenen Gerichts ergibt sich vielmehr aus Art 6 der Richtlinie 96/71/EG (Entsende-RL). Danach kann zur Durchsetzung des Rechts auf die in Art 3 gewährleisteten Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen eine Klage in dem

⁶⁴¹ EuGH C-437/00, ECLI:EU:C:2003:219, Rn 18.

⁶⁴² EuGH C-437/00, ECLI:EU:C:2003:219, Rn 23.

⁶⁴³ BAG 15. 2. 2012, 10 AZR 711/10 Rz 26.

⁶⁴⁴ Mitteilung der Kommission an den Rat, das Europäische Parlament, den Europäischen Wirtschaft- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, KOM 2003) 458 endgültig 7.

⁶⁴⁵ OLG Wien 7. 10. 2010, 8 Ra 100/10 z; OLG Wien 25. 2. 2015, 10 Ra 122/14f; OGH 2. 6. 2009, 9 ObA 43/09b.

Mitgliedstaat erhoben werden, in dessen Hoheitsgebiet der Arbeitnehmer entsandt ist oder war; wobei dies nicht die Möglichkeit berührt, gegebenenfalls gemäß den geltenden internationalen Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit in einem anderen Staat Klage zu erheben.“

Bei der Verordnung (EG) Nr 44/2001 des Rates vom 22. 12. 2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Brüssel I-VO)⁶⁴⁶ handelt es sich um die Vorgängerregelung der Brüssel Ia-VO. Die Verweise auf die Brüssel I-VO können uneingeschränkt auf die gleichlautenden Bestimmungen der Brüssel Ia-VO umgelegt werden.⁶⁴⁷

Art 6 der Entsenderichtlinie legt fest, dass unbeschadet der sonstigen Regelungen über die internationale Zuständigkeit, *„zur Durchsetzung des Rechts auf die in Art 3 gewährten Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen eine Klage in dem Mitgliedstaat erhoben werden kann, in dessen Hoheitsgebiet der Arbeitnehmer entsandt ist oder war.“* Es wird somit zum Schutz der entsandten Arbeitnehmer ein Wahlgerichtsstand begründet.⁶⁴⁸

Fraglich ist, ob dieser Wahlgerichtsstand nur dem Arbeitnehmer selbst oder auch der BUAK als Urlaubskasse zugutekommt. Der österreichische Gesetzgeber ist davon jedenfalls ausgegangen, da er in § 33h Abs 3 BUAG die Zuständigkeit des Arbeits- und Sozialgerichts Wien für die Geltendmachung der Zuschläge durch die BUAK festlegte. Auch der deutsche Gesetzgeber hat gestützt auf Art 6 der Entsenderichtlinie in § 15 dAEntG eine Klagemöglichkeit in Deutschland für eine gemeinsame Einrichtung der Tarifvertragsparteien in Bezug auf die ihr zustehenden Beiträge iZm der Gewährung von Urlaubsansprüchen normiert.⁶⁴⁹ Das deutsche Bundesarbeitsgericht erklärte zur inhaltsgleichen Vorgängerregelung des § 8 dAEntG mit Urteil vom 15. 2. 2012,⁶⁵⁰ es sei *„offenkundig, dass diese Regelung mit Art 6 der Entsenderichtlinie in Einklang steht. Die gegenteilige Auffassung sei bisher nicht vertreten worden.“* Ob diese Rechtsansicht des österreichischen und des deutschen Gesetzgebers bzw des deutschen Bundesarbeitsgerichts vertretbar ist, gilt es zu prüfen.

⁶⁴⁶ ABI 2001, L 12, S 1.

⁶⁴⁷ EuGH C-579/17, *Korana*, ECLI:EU:C:2019:162, Rn 45.

⁶⁴⁸ *Velikova*, Arbeitnehmerentsendung (2012) 81.

⁶⁴⁹ *Velikova*, Arbeitnehmerentsendung (2012) 80, *Gebauer* in *Wieczorek/Schütze*, ZPO⁴ (2019) Bd 13/2, Brüssel Ia-VO Rz 166.

⁶⁵⁰ BAG 15. 2. 2012, 10 AZR 711/10.

Wie eingangs erwähnt, ist dem Wortlaut des Art 6 der Entsenderichtlinie eine Einschränkung dahingehend, dass ein Arbeitnehmer selbst klagen müsste, nicht zu entnehmen.⁶⁵¹ Vielmehr fallen alle Klagen unter Art 6 der Entsenderichtlinie, die der „Durchsetzung des Rechts auf die in Art 3 der Entsenderichtlinie gewährleisteten Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen“ (dem „harten Kern“ der einzuhaltenden Normen) dienen.

Genau die Durchsetzung dieser Rechte (nämlich der in Art 3 der Richtlinie genannten Rechte auf – nach österreichischem Niveau bezahltem – Urlaub) bezwecken aber Klagen auf Zuschlagsbezahlung nach dem BUAG: Es werden nämlich Urlaubszuschläge für die einzelnen Arbeitnehmer geltend gemacht, welche unmittelbar zu Urlaubsansprüchen der Arbeitnehmer gegen die Urlaubskasse führen. Dass es sich bei den Urlaubszuschlägen nach dem BUAG indirekt um Urlaubsentgelt der Arbeitnehmer handelt, ist sowohl der Judikatur des OGH zu entnehmen und wurde vom EuGH in der Rs *Korana* auch bestätigt.⁶⁵² Es war dies der Grund dafür, die Zuschlagsforderungen als zivilrechtliche Ansprüche zu qualifizieren. Der EuGH hat im Übrigen in jenen Verfahren, welche das Urlaubskassenverfahren zum Gegenstand hatten, niemals grundsätzlich deren Klagerecht in Frage gestellt.⁶⁵³

Es entspricht darüber hinaus sowohl dem Willen der Normsetzer als auch der Judikatur des EuGH, dass Regelungen über eine Urlaubs-/Sozialkasse zum „harten Kern“ der einzuhaltenden Normen des Aufnahmemitgliedstaates gehören.⁶⁵⁴ Im Bericht der Kommissionsdienststellen zur Durchführung der Entsenderichtlinie vom 4. 4. 2006 werden Urlaubskassensysteme angesprochen.⁶⁵⁵ Die Kommission hält in diesem Bericht fest: „Bei Erlass der Richtlinie hatten Rat und Kommission festgestellt, dass sich die Buchstaben b und c auf Beitragszahlungen an nationale, durch Tarifvertrag oder Rechtsvorschrift eingerichtete Sozialkassen sowie auf die Leistungen aus solchen Systemen erstrecken [...]“⁶⁵⁶ In der Durchsetzungsrichtlinie zur Entsenderichtlinie wird im Erwägungsgrund 36 ausdrücklich auf „Beiträge zu gemeinsamen Fonds oder Einrichtungen der Sozialpartner“ Bezug genommen.

⁶⁵¹ OLG Wien 7.10. 2010, 8 Ra 100/10z; OLG Wien 25. 2. 2015, 10 Ra 122/14f, OGH 2.6. 2009, 9 ObA 43/09b

⁶⁵² EuGH C-579/17, *Korana*, ECLI:EU:C:2019:162, Rn 54; OGH 25. 10. 2011, 8 ObA 2/11v.

⁶⁵³ EuGH C-579/17, *Korana*, ECLI:EU:C:2019:162; EuGH C-60/03, *Wolff & Müller*, ECLI:EU:C:2004:610, Rn 19; EuGH C-490/04, *Kommission/Deutschland*, ECLI:EU:C:2007:430; EuGH C-49/98 ua, *Finalarte*, ECLI:EU:C:2001:564, Rn 10, 53.

⁶⁵⁴ EUArbR/*Rebhahn* RL 96/71/EG Art 3, Rn 27; *Preis/Temming*, Die Urlaubs- und Lohnausgleichskasse im Kontext des Gemeinschaftsrechts (2006) 185; *Velikova*, Arbeitnehmerentsendung (2012) 89.

⁶⁵⁵ KOM (2006) 159 endg. 17.

⁶⁵⁶ KOM (2006) 159 endg. 17.

Daraus lässt sich der Schluss ziehen, dass die Zuständigkeitsregel des § 33 h Abs 3 BUAG wirksam auf Art 6 der Entsenderichtlinie gestützt werden kann. Mit Art 6 der Entsenderichtlinie wird somit die internationale Zuständigkeit für all jene Fälle begründet, welche unter die Entsenderichtlinie fallen, bei denen also eine „echte Entsendung“ ohne gewöhnlichen Arbeitsort in Österreich vorliegt.

30. Klage gegenüber Drittstaatsangehörigen

Bei Klagen gegenüber Drittstaatsangehörigen kann die internationale Zuständigkeit nicht auf Art 6 der Entsenderichtlinie gestützt werden, da die materiellrechtlichen Vorschriften der Entsenderichtlinie nur aufgrund des Verbots der Besserstellung Drittstaatangehöriger diesen gegenüber eine Wirkung entfalten. Als Grundlage für die Zuständigkeitsbegründung eines Gerichts kommt Art 6 der Entsenderichtlinie aber mangels Anwendbarkeit im Verhältnis zu einem Drittstaat⁶⁵⁷ nicht in Betracht.

Offen bleiben somit jene Fälle, bei denen weder der Arbeitnehmer seinen gewöhnlichen Arbeitsort in Österreich hat, noch die Entsenderichtlinie anwendbar ist und bei denen die internationale Zuständigkeit des Arbeits- und Sozialgerichts Wien somit nicht auf deren Artikel 6 gestützt werden kann. Hier richtet sich die Zuständigkeit und Vollstreckbarkeit nach den einschlägigen bilateralen Abkommen.

⁶⁵⁷ *Kühnleubell/Kozak, Arbeitnehmerentsendung (2010) Rz 19.*

VIII. CONCLUSIO

Die vorliegende Untersuchung hat gezeigt, dass Abschnitt VIb BUAG verschiedene Entsendetatbestände umfasst. Einerseits „*echte Entsendungen*“ im Sinne der Entsenderichtlinie, andererseits „*unechte Entsendungen*“, bei denen lediglich der Sitz des Arbeitgebers im Ausland liegt, der gewöhnliche Arbeitsort des Arbeitnehmers sich aber in Österreich befindet. Während bei „*unechten Entsendungen*“ die Kollisionsnormen des Art 8 ROM I-VO die Anwendbarkeit der zwingenden Bestimmungen des österreichischen Rechts und somit des BUAG indizieren, ist dies bei „*echten Entsendungen*“ nicht der Fall. Bei Letzteren unterliegen die Arbeitsverhältnisse grundsätzlich dem Recht des Herkunftsstaates. Die Entsendebestimmungen des BUAG bedürfen daher einer kollisionsrechtlichen Grundlage, welche durch die Entsenderichtlinie geschaffen wurde.⁶⁵⁸ Im Anwendungsbereich der Entsenderichtlinie sind somit die Vorschriften des BUAG zu berücksichtigen.

Diese Arbeit hat weiters gezeigt, dass das Urlaubskassensystem nicht grundsätzlich den Vorgaben der Dienstleistungsfreiheit der Art 56-62 AEUV und der Arbeitnehmerfreizügigkeit der Art 45-47 AEUV zuwiderläuft.

Die in der Entsenderichtlinie verankerte Verpflichtung eines ausländischen Arbeitgebers, seinen grenzüberschreitend entsandten Arbeitnehmern die im Empfangsstaat übliche Entlohnung bzw kollektivvertraglich festgelegten Entgelte zu zahlen oder den im Empfangsstaat üblichen Urlaub zu gewähren, führt gerade bei der Entsendung von einem Mitgliedstaat mit niedrigem Lohnniveau und niedrigen arbeitsrechtlichen Schutzstandards in einen Mitgliedstaat mit höheren Standards zu einer Steigerung der Kosten, welche die Arbeitgeber für ihre Arbeitnehmer aufwenden müssen und dadurch auch zur Schmälerung ihres größten Wettbewerbsvorteils. Die Entsenderichtlinie kann somit die Entsendung von Arbeitnehmern teilweise behindern und eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit darstellen.⁶⁵⁹

Diese Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit war den Verfassern der Entsenderichtlinie sehr wohl bewusst. Sie haben aber dem von der Entsenderichtlinie garantierten Arbeitnehmerschutz größeres Gewicht beigemessen als dem Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit.⁶⁶⁰ Die durch die Entsenderichtlinie gegebene Einschränkung der Dienstleistungsfreiheit wird auch von der Rsp des EuGH als

⁶⁵⁸ *Thorn in Rauscher (Hrsg)*, EuZPR-EuIPR, Art 9 Rom I-VO Rz 27.

⁶⁵⁹ *Görres*, Arbeitnehmerentsendung 170.

⁶⁶⁰ *Görres*, Arbeitnehmerentsendung 220.

angemessen angesehen, da die Entsenderichtlinie ein von der EU angestrebtes Ziel - nämlich den sozialen Schutz - verfolgt.

Bereits in den (vor Inkrafttreten der Entsenderichtlinie ergangenen) Entscheidungen des EuGH in den Rs *Webb*,⁶⁶¹ *Seco*⁶⁶² und *Rush Portuguesa*⁶⁶³ anerkannte der EuGH den Schutz der entsandten, aber auch der heimischen Arbeitnehmer als zwingenden Grund des Allgemeininteresses und hielt fest, dass zwingende Gründe des Allgemeininteresses zu einer Einschränkung der Dienstleistungsfreiheit führen könnten.

In seiner Entscheidung *Kommission/Luxemburg*⁶⁶⁴ sprach der EuGH aus, dass innerstaatliche Regelungen, welche Störungen des heimischen Arbeitsmarktes zu unterbinden suchen, auch unter den Rechtfertigungstatbestand der zwingenden Gründe des Allgemeininteresses subsumiert werden könnten. In der Entscheidung *Kommission/Deutschland*⁶⁶⁵ war ausdrücklich von der gerechtfertigten Einschränkung eines drohenden Lohn- und Sozialdumpings durch Ausdehnung der Rechtsvorschriften betreffend Mindestlöhne oder Tarifverträge auf alle im Mitgliedstaat tätigen Personen die Rede.

In der Rs *Laval* betonte der EuGH schließlich, dass die Europäische Gemeinschaft nicht nur den Binnenmarkt zu fördern habe, sondern in gleichem Umfang die Sozialpolitik zu berücksichtigen sei. Daraus folgte der EuGH, dass Maßnahmen des Empfangsstaats, die dem Schutz vor Lohn- und Sozialdumping dienen, aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein können.⁶⁶⁶

Der an sich zulässige Schutz vor Lohn- und Sozialdumping bedeutet aber nicht automatisch, dass dieser Schutz durch die Einbeziehung entsandter Arbeitnehmer in ein Urlaubskassenverfahren zu erfolgen hat. In dieser Arbeit wurde diese Frage untersucht und aufgezeigt, dass die Umsetzung des Arbeitnehmerschutzes durch Einbeziehung entsandter Arbeitnehmer in ein Urlaubskassenverfahren des BUAG im Allgemeinen europarechtskonform ist. Weiters wurden in dieser Arbeit die Voraussetzungen einer Einbeziehung in das Urlaubskassensystem des BUAG geprüft. Die Rechtsansicht des OGH,⁶⁶⁷ welcher generell eine Befreiung vom österreichischen Urlaubskassensystem nur für solche Fälle zulässt, in denen es im Entsenderstaat eine vergleichbare Urlaubs- oder

⁶⁶¹ EuGH279/80, *Webb*, ECLI:EU:C:1981:314.

⁶⁶² EuGH 62/81 und 63/81, *Seco*, ECLI:EU:C:1982:34.

⁶⁶³ EuGH C-113/89, *Rush Portuguesa*, ECLI:EU:C:1990:142.

⁶⁶⁴ EuGH C-445/03, *Kommission/Luxemburg*, ECLI:EU:C:2004:655.

⁶⁶⁵ EuGH C-244/04, *Kommission/Deutschland*, ECLI:EU:C:2006:49, Rn 61.

⁶⁶⁶ EuGH C-341/05, *Laval*, ECLI:EU:C:2007:809, Rn 103.

⁶⁶⁷ 8 Ob 2/11v.

Sozialkasse gibt, wurde kritisch hinterfragt. Anders als der OGH dies meint, wird in dieser Arbeit aufgezeigt, dass zunächst ein Günstigkeitsvergleich zwischen dem Urlaubssystem des Entsenderstaates und jenen des BUAG vorzunehmen ist. Sind die entsprechenden Regelungen des Entsenderstaates für den Arbeitnehmer günstiger als jene nach dem BUAG, kommt es für eine Befreiung vom Urlaubskassensystem nach dem BUAG nicht mehr darauf an, ob Urlaubsansprüche der Arbeitnehmer im Entsenderstaat in Form eines Kassensystems organisiert sind.

Bei der Abwägung, ob das Urlaubssystem des Entsenderstaates günstiger ist als jenes nach dem BUAG, sind insbesondere die Anzahl der Urlaubstage, die Höhe des Mindestentgelts und die rechtliche und faktische Absicherung der Urlaubsleistungen zu berücksichtigen. Eine Analyse der Ansprüche in den wichtigsten Herkunftsstaaten wie beispielsweise der Slowakei, Portugal, Ungarn, Slowenien oder Polen hat ergeben, dass diese durchwegs ein erheblich niedrigeres Lohnniveau und meist auch geringfügig niedrigere Urlaubsansprüche kennen als dies in Österreich der Fall ist. Selbst die Schweiz, welche grundsätzlich ein hohes Durchschnittseinkommen aufweist, kennt mit wenigen kantonalen Ausnahmen keine Mindestlohnvorschriften und die Urlaubsansprüche sind niedriger als nach österreichischem Recht. Außerhalb vom Sozialkassenverfahren ist ein Arbeitnehmer auch nach deutschem Recht schlechter gestellt als nach dem BUAG. Die Vereinbarkeit der Ausweitung des Urlaubskassensystems auf Entsendungen aus den genannten Staaten mit den europarechtlichen Vorgaben ist daher im Allgemeinen zu bejahen. Befreiungen kann es nichtsdestotrotz geben, wenn es im Entsenderstaat eine mit der BUAK vergleichbare Urlaubskasse gibt, wie dies beispielsweise in Deutschland der Fall ist. Hier ist ein Vergleich (der Urlaubskassensysteme) im Sinn der oben zitierten OGH-Entscheidung⁶⁶⁸ angebracht.

In Einzelfällen kann auch bei genereller Anwendbarkeit des österreichischen Urlaubskassensystems bei ganz kurzen Entsendungen eine Verhältnismäßigkeitsprüfung im Sinne der Entscheidung des EuGH in der Rs *Mazzoleni*⁶⁶⁹ vorzunehmen sein. Wenn ein Arbeitnehmer beispielsweise nur für einen Tag nach Österreich entsandt wird und der finanzielle Vorteil des Arbeitnehmers in keiner Relation zu dem Aufwand steht, der dem Arbeitgeber erwächst, wird von einer Einbeziehung ins Urlaubskassensystem abzusehen sein.

Darüber hinaus kann es auch zu einem teilweisen Entfall der Beitragspflicht nach dem BUAG kommen, wenn diese aufgrund der Zahlungsverpflichtungen, die

⁶⁶⁸ 8 Ob 2/11v.

⁶⁶⁹ EuGH C-165/98, *Mazzoleni*, ECLI:EU:C:2001:162.

den Arbeitgeber nach dem Heimatrechtstatut treffen, eine Doppelbelastung mit sich bringen würde. Mit Nov BGBl I 2012/117 wurde § 33h Abs 1a BUAG in Kraft gesetzt, durch welchen mithilfe der Anrechnung von Direktzahlungen vermieden werden soll, dass ein Arbeitgeber für im selben Zeitraum erwirtschafteten Urlaub doppelt Urlaubsentgelt leisten muss (einmal durch Direktzahlungen an den Arbeitnehmer und einem durch Zuschlagszahlungen an die BUAK). In einer europarechtkonformen Auslegung des § 33h Abs 1a BUAG sind all jene Direktzahlungen des Arbeitgebers nach seinem Heimatrechtsstatut anzurechnen, welche bei rechtskonformem und zumutbarem Verhalten des Arbeitgebers zu einer Doppelbelastung führen würden. Generelle Anrechnungen aller Direktzahlungen sind hingegen nicht notwendig; andernfalls wäre der zwingende Charakter des Urlaubskassensystems nicht mehr gegeben.

In der Arbeit wurde nicht nur das Urlaubskassensystem als Ganzes auf seine Vereinbarung mit europarechtlichen Vorgaben geprüft. Es wurden auch einzelne Bestimmungen untersucht. Aufgezeigt wurde dabei die Problematik der Regelung des § 33h Abs 2b BUAG. Dieser Bestimmung ist nicht zu entnehmen, welche Bedeutung ihr zuzumessen ist. Eine dem Wortlaut entsprechende Bedeutung liefe Art 6 EMRK zuwider. Sinnerhaltend kann § 33h Abs 2b BUAG in eine Beweislastregel umgedeutet werden, wobei auch hierbei unklar ist, welche Ermittlungsergebnisse der BUAK überhaupt eine solche Beweislastumkehr bewirken.

Zuletzt wurde die nationale und internationale Zuständigkeit des durch § 33h Abs 3 BUAG für die Eintreibung der BUAG-Beiträge für zuständig erklärten Arbeits- und Sozialgerichts Wien diskutiert. Im Ergebnis sind die internationale Zuständigkeit des Arbeits- und Sozialgerichts Wien und die Vollstreckbarkeit der Entscheidungen dieses Gerichts im Rahmen der Brüssel Ia-VO⁶⁷⁰ zu bejahen, da im Lichte der Entscheidungen des EuGH in den Rs *Finalarte*⁶⁷¹ und *Kommission/Deutschland*⁶⁷² das Urlaubskassensystem als System der Sicherung von Arbeitnehmer-Urlaubsansprüchen iSd Art 3 Abs 1 lit b und c der Entsenderichtlinie anzusehen ist und Urlaubsansprüche von Arbeitnehmern zivilrechtliche Ansprüche iSd Brüssel Ia-VO darstellen.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Bedeutung des Urlaubskassenverfahrens des BUAG bei Entsendungen aus dem Ausland weniger

⁶⁷⁰ Verordnung (EU) Nr 2015/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2012 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ABI L 2012/351, 1).

⁶⁷¹ EuGH C-49/98 ua, *Finalarte*, ECLI:EU:C:2001:564.

⁶⁷² EuGH C-490/04, *Kommission/Deutschland*, ECLI:EU:C:2007:430.

darin liegt, den Arbeitnehmern Ansprüche auf längeren, zusammenhängenden Urlaub zu verschaffen.⁶⁷³ Vielmehr ist vorrangiges Ziel der Sonderbestimmungen des Abschnittes VIb BUAG die Absicherung des österreichischen Lohnniveaus und die Verhinderung eines Sozial- und Lohndumpings.⁶⁷⁴

⁶⁷³ *Martinek/Widorn*, BUAG (1988) 14.

⁶⁷⁴ *Klinger*, BUAG (2006) § 33d Anm 1.

IX. ZUSAMMENFASSUNG

Die vorliegende Studie widmet sich den Entsendebestimmungen des Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungsgesetzes (BUAG), die in Abschnitt VIb dieses Gesetzes geregelt sind. Da in den meisten Fällen die Kollisionsnormen des Art 8 Rom I-VO die Anwendbarkeit der Gesetze des Herkunftslandes des entsandten Arbeitnehmers indizieren, erfordern die Entsendebestimmungen der BUAG eine kollisionsrechtliche Grundlage, welche durch die Entsenderichtlinie 96/71/EG geschaffen wurde. Der an sich zulässige Schutz vor Lohn- und Sozialdumping bedeutet nicht automatisch, dass dieser Schutz durch die Einbeziehung entsandter Arbeitnehmer in ein Urlaubskassenverfahren erfolgen muss. Inwieweit die Bestimmungen des BUAG in der Entsenderichtlinie eine Grundlage finden, ist eines der Themen dieser Arbeit.

Die Verfasser der Entsenderichtlinie waren sich der möglichen Einschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs sehr wohl bewusst. Innerhalb bestimmter Grenzen legten sie dem durch die Entsenderichtlinie garantierten Schutz der Arbeitnehmer mehr Gewicht bei als der Dienstleistungsfreiheit.

Das Ausloten dieser Grenzen und die Vereinbarkeit der Entsendebestimmungen des BUAG mit dem Grundsatz des freien Dienstleistungsverkehrs gem Art 56-62 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) und mit dem Grundsatz der Freizügigkeit der Arbeitnehmer gem Art 45-47 AEUV ist das zentrale Thema dieser Arbeit. Diese Studie zeigt, dass das Urlaubskassensystem nicht grundsätzlich gegen diese beiden Grundsätze verstößt.

X. ABSTRACT

The present study is devoted to the posting provisions of the Construction Worker's Annual Leave and Severance Pay Act (Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungsgesetz - BUAG) which are regulated in Section VIb of said Act. This study is devoted to the posting provisions of the Construction Workers' Holiday and Clearance Act (BUAG), which are regulated in Section VIb of this Act. Since, in most cases, the conflict-of-law rules of Article 8 Rome I Regulation indicate the applicability of the laws of the country of origin of the posted worker, BUAG's posting provisions require a conflict-of-law basis established by the Posting of Workers Directive 96/71/EC. The protection against wage and social dumping which is in itself permissible does not automatically mean that this protection must be provided by the inclusion of posted workers in a leave fund procedure. The extent to which the provisions of the BUAG are based on the Posting of Workers Directive is one of the themes of this work.

The authors of the Posting of Workers Directive were well aware of the possible restriction of the freedom to provide services. Within certain limits, they placed more emphasis on the protection of workers guaranteed by the Posting of Workers Directive than on the freedom to provide services.

The exploration of these limits and the compatibility of BUAG's posting provisions with the principle of the free movement of services in accordance with Article 56-62 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) and with the principle of the free movement of workers in accordance with Art 45-47 TFEU is the central theme of this work. This study shows that the holiday fund system does not fundamentally violate these two principles.

XI. LITERATUR- UND JUDIKATURVERZEICHNIS

1. Literaturverzeichnis

Bedoe, Andras in Rödl & Partner (Hrsg) Handbuch Internationales Arbeitsrecht² (2019) 421.

Borchardt, Klaus, Die rechtlichen Grundlagen der europäischen Union⁶ (2015)

Budischowsky, Jens in *Jaeger/Stöger* (Hrsg) Kommentar zu EUV und AEUV (2020) Art 56, 57 AEUV.

Drs, Monika in *Resch* (Hrsg), Grenzüberschreitender Personaleinsatz (2007) 27

Egger, Johann, Das Arbeits- und Sozialrecht in der EU und die österreichische Rechtsordnung² (2006)

Fedtke, Eberhard/Fedtke, Jorg Johannes, Arbeitsrecht in Portugal, in *Henssler/Braun* (Hrsg) Arbeitsrecht in Europa³ (2011) 1053

Franzen, Martin/Gallner, Inken/Oetker, Hartmut (Hrsg), Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht² (2018)

Fuchs, Maximilian/Marhold, Franz, Europäisches Arbeitsrecht⁵ (2018)

Gadient, Niklaus, Arbeitsrecht in der Schweiz, in *Henssler/Braun* (Hrsg) Arbeitsrecht in Europa³ (2011) 1267

Gagawczuk, Walter, in *Resch* (Hrsg) Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz (2012) 27

Gobert, Arne/Krisch, Imre, Arbeitsrecht in Ungarn, in *Henssler/Braun* (Hrsg) Arbeitsrecht in Europa³ (2011) 1555

Görres, Steffen, Grenzüberschreitende Arbeitnehmerentsendung in der EU (2003)

Grabitz, Eberhard/Hilf, Meinhard/Nettesheim, Martin, Das Recht der Europäischen Union⁷⁰ (2020)

Grundmann, Stefan, Europäisches Schuldvertragsrecht (1999)

Hein, Jan, Art 8 Rom I-VO, in *Rauscher* (Hrsg) Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht EuZPR/EuIPR⁴ (2016) 380

- Henssler, Martin/Braun, Axel* (Hrsg), *Arbeitsrecht in Europa*³ (2011)
- Jabornegg, Peter/Resch, Reinhard/Födermayr, Barbara*, *Arbeitsrecht*⁶ (2017)
- Jaeger, Thomas/Stöger, Karl* (Hrsg), *Kommentar zu EUV und AEUV* (2020)
- Klamert, Marcus*, *EU-Recht*² (2018)
- Klaushofer, Reinhard*, *Grundrechtliche Organisations- und Verfahrensgarantien*, in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer* (Hrsg), *Handbuch der Grundrechte*² (2014) 681
- Klinger, Christian*, *Praxiskommentar zum BUAG* (2006)
- Kozak, Wolfgang*, *Kurzkommentar zum Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz* (2016)
- Krebber, Sebastian*, *Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I)* in *Franzen/Gallner/Oetker* (Hrsg), *Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht*² (2018) 645.
- Kühteubl, Stefan/Kozak, Wolfgang*, *Arbeitnehmerentsendung* (2010)
- Löschnigg, Günther*, *Arbeitsrecht*¹³ (2017)
- Markechová, Jana/Klímanová, Katarína*, *Arbeitsrecht in der Slowakischen Republik*, in *Henssler/Braun* (Hrsg) *Arbeitsrecht in Europa*³ (2011) 1327
- Martinek, Oswin/Widorn, Thomas*, *Bauarbeiter- Urlaubs- und Abfertigungsgesetz: BUAG* (1988)
- Mayr, Klaus* in *FS Cerny* (2001), *Arbeitsrechtliche Fragestellungen bei der Entsendung von BauarbeiterInnen*
- Merten, Detlef/Papier, Hans-Jürgen/Kucsko-Stadlmayer, Gabriele* (Hrsg), *Handbuch der Grundrechte*² (2014)
- Müller-Glöge, Rudi/Preis, Ulrich/Schmidt, Ingrid* (Hrsg), *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*¹⁹ (2018)
- Neumayr, Matthias/Reissner, Gert P.* (Hrsg), *Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht*³ (2018)
- Preis, Ulrich/Temming, Felipe*, *Die Urlaubs- und Lohnausgleichskasse im Kontext des Gemeinschaftsrechts* (2006)

Rauscher, Thomas (Hrsg), Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht EuZPR/EuIPR⁴ (2016)

Rebhahn, Robert, in *Franzen/Gallner/Oetker* (Hrsg), Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht² (2018) 95.

Resch, Reinhard (Hrsg), Grenzüberschreitender Personaleinsatz (2007)

Resch, Reinhard (Hrsg), Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz (2012)

Riesenhuber, Karl, Europäisches Arbeitsrecht (2009)

Rödl & Partner, internationale Gesellschaft von Rechtsanwälten, Steuerberatern und Wirtschaftsprüfern (Hrsg), Handbuch internationales Arbeitsrecht² (2019)

Rolfs, Christian/Giesen, Richard/Kreikebohm, Ralf/Udsching, Peter, (Hrsg), Beck'scher Online-Kommentar Arbeitsrecht⁵⁴ (2019)

Roß-Kirsch, Nadja in Rödl & Partner (Hrsg) Handbuch Internationales Arbeitsrecht² (2019) 177.

Runggaldier, Ulrich, Grundzüge des europäischen Arbeitsrechts und des europäischen Sozialrechts⁴ (2014)

Sárközy, Sándor, in Rödl & Partner (Hrsg) Handbuch Internationales Arbeitsrecht² (2019) 508.

Schlachter, Monika, in *Müller-Glöge, Preis, Schmidt* (Hrsg) Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht¹⁹ (2018) 2471.

Schrank, Franz/Schrank, Veronika/Lindmayr, Manfred, Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz – Kommentar (2017)

Schrammel, Walter/Windisch-Graetz, Michaela, Europäisches Arbeits- und Sozialrecht² (2018)

Schrattbauer, Birgit, Unionsrechtlicher Rahmen der Arbeitnehmerentsendung, in *Urnik/Pfeil* (Hrsg) Internationale Personalentsendungen (2015) 27.

Sellin, Jessica, Arbeitnehmermobilität und Entsenderecht (2011)

Steiner, Robert, Dienstleistungserbringung und Mitarbeiterentsendung nach Deutschland (2010)

Steinmeyer, Heinz-Dietrich, in *Franzen/Gallner/Oetker* (Hrsg), Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht² (2018) 25.

Thorn, Karsten, Art 9 Rom I-VO, in *Rauscher* (Hrsg) Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht EuZPR/EuIPR⁴ (2016) 432

Thüsing, Gregor, Europäisches Arbeitsrecht³ (2017)

Tscherner, Eva Maria, Arbeitsbeziehungen und Europäische Grundfreiheiten (2012)

Urnik, Sabine/Pfeil, Walter J. (Hrsg), Internationale Personalentsendungen (2015)

Velikova, Silvia, Arbeitnehmerentsendung und Kollektivvertragssystem (2012)

Wieczorek, Bernhard/Schütze, Rolf A. (Hrsg), ZPO⁴ (2017)

Wiesinger, Christoph, Kommentar zum BUAG Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungsgesetz sowie Bauarbeiter-Schlechtwetterentschädigungsgesetz (2017)

Wiesinger, Christoph, Arbeitsrecht in der Bauwirtschaft² (2014)

Windisch-Graetz, Michaela, Arbeitsrecht II¹⁰ (2017)

Windisch-Graetz, Michaela, in *Jaeger/Stöger* (Hrsg) Kommentar zu EUV und AEUV (2020) Art 45-47 AEUV.

Wolfgruber, Claudia, Die grenzüberschreitende Entsendung von Arbeitnehmern (2001)

Wolfgruber-Ecker, Claudia, in *Neumayr/Reissner* (Hrsg), Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht³, Art 8 Rom I-VO

Zimoch-Tucholka, Julita/Malinowska-Hyla, Monika, Arbeitsrecht in Polen, in *Henssler/Braun* (Hrsg) Arbeitsrecht in Europa³ (2011) 995

Zipperling, Manuela, Arbeitnehmerentsendung im Spannungsfeld von nationalem und europäischem Recht (2006)

2. Aufsätze

Binder, Martin, Die Arbeitnehmerentsendung aus EU-/EWR-Staaten nach Österreich unter besonderer Berücksichtigung eines möglichen Sozialdumpings, DRdA 1999, 1.

Burger, Florian G, Arbeitszeit- und Entgeltrecht bei kurzzeitigen Auslandsdienstreisen, ZAS 2012/2, 4.

De Wispelaere Frederic/Pacolet Jozef, An ad hoc statistical analysis on short term mobility – economic value of posting of workers (2016),

Eichenhofer, Eberhard, Arbeitsbedingungen bei Entsendung von Arbeitnehmern, ZIAS 1996, 55.

Epiney, Astrid/Zbinden, Patrizia, Freiburger Schriften zum Europarecht Nr 8 (2009) Arbeitnehmerentsendung und Freizügigkeitsabkommen Schweiz – EG, 22.

Franzen, Martin, Die europarechtlichen Grundlagen der grenzüberschreitenden Arbeitnehmerüberlassung, ZAS 2011/5, 255.

Franzen, Martin, „Gleicher Lohn für gleiche Arbeit am gleichen Ort?“, DZWir 1996/6, 89.

Gerhartl, Andreas, Entsendung von Arbeitskräften aus neuen EU-Mitgliedstaaten, ecolex 2010, 479.

Koenigs, Folkmar, Rechtsfragen des Arbeitnehmer- Entsendegesetzes und der EG-Entsenderichtlinie, DB 1997, 225.

Lettner, Harald, Die grenzüberschreitende Dienstleistungserbringung mit entsandten Arbeitskräften auf dem europäischen Prüfstand, ELR 9/2007, 321.

Mair, Andreas, Mindestlohn und Gemeinschaftsrecht, JBI 2009, 86.

Pacolet, Jozef/De Wispelaere, Frederic, Posting of Workers – Report on A1 portable documents issued in 2016.

Pacolet, Jozef/De Wispelaere, Frederic, Posting of Workers – Report on A1 portable documents issued in 2015.

Pacolet, Jozef/De Wispelaere, Frederic, Posting of Workers – Report on A1 portable documents issued in 2014.

Pfeil, Walter J., Grenzüberschreitender Einsatz von Arbeitnehmern, DRdA 2008, 3.

Rebhahn, Robert, Entsendung von Arbeitnehmern in der EU – arbeitsrechtliche Fragen zum Gemeinschaftsrecht, DRdA 1999, 173.

Rieble, Volker/Lessner, Jan, Arbeitnehmer-Entsendegesetz, Nettolohnhaftung und EG-Vertrag, ZfA 2002, 29.

Schrammel Walter, Dienstleistungsfreiheit und Sozialdumping, EuZA 2009, 36

Schrenk, Friedrich, Grenzüberschreitende Arbeitsverträge, taxlex 9/2010, 338.

Simotta, Daphne-Ariane, Die Rechtsprechung des EuGH und OGH zur EuGVVO, Vorlesungsunterlage WS 2013/2014.

Temming, Felipe, Deutsches Arbeitnehmerentsendungsgesetz im europäischen Visier, ELR 9/2007, 326.

Wiesinger, Christoph, Der Geltungsbereich des BUAG, ZRB 2016/1, 3.

Windisch-Graetz, Michaela, Grenzüberschreitende Arbeitsverhältnisse im Spannungsfeld von Rom I und Entsenderichtlinie, ZfRV 2015/24, 192.

Windisch-Graetz, Michaela, Lohn- und Sozialdumping bei grenzüberschreitenden Entsendungen, DRdA 2008, 228.

Mitteilung der Kommission vom 4. 4. 2006 KOM (2006) 159 endg.

Mitteilung der Kommission an den Rat, das Europäische Parlament, den Europäischen Wirtschaft- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen vom 25. 7. 2003, KOM (2003) 458 endg.

Vorschlag der Europäischen Kommission vom 8. 3. 2016 für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen COM (2016) 128 final.

Vorschlag der Kommission vom 1. 8. 1991, KOM (91) 230 endg. – SYN 346.

3. Websites

www.buak.at.

www.kollektivvertrag.at

<https://de.statista.com/statistik/daten/studie/37401/umfrage/gesetzliche-mindestloehne-in-der-EU/>.

www.unia.ch.

4. Judikaturverzeichnis

4.1. Europäischer Gerichtshof

EuGH 28.02.2019, C-579/17, *Korana*, ECLI:EU:C:2019:162 = EuZW 2017, 686.

EuGH 9. 3. 2017, C-551/15, *Pula Parking*, ECLI:EU:C:2017:193.

EuGH 18. 10. 2016, C-135/15, *Nikiforidis*, ECLI:EU:C:2016:774 = NJW 2017, 141 = EuZW 2016, 940 = NZA 2016, 1389

EuGH 12. 2. 2015, C-396/13, *Sähköalojen ammattiliitto*, ECLI:EU:C:2015:86 = EuZW 2015, 308 = NZA 2015, 345.

EuGH 4. 9. 2014, C-474/12, *Schiebel Aircraft*, ECLI:EU:C:2014:2139.

EuGH 7. 11. 2013, C-522/12, *Isbir*, ECLI:EU:C:2013:711 = NJW 2014, 2019 = EuZW 2014, 102 = NZA 2013, 1359 = DB 2013, 2804.

EuGH 12. 9. 2013, C-64/12, *Schlecker*, ECLI:EU:C:2013:551 = NJW 2014, 1363 = ZIP 2013, 2119 = ZIP 2013, 75 = EuZW 2013, 825 = NZA 2013, 1163 = BB 2013, 3006.

EuGH 15.12.2011, C-384/10, *Voogsgeerd*, ECLI:EU:C:2011:842 = Slg 2011, I-13275 = NJW 2012, 597 = ZIP 2012, 143 = EuZW 2012, 61 = NZA 2012, 227.

EuGH 15. 3. 2011, C-29/10, *Koelzsch*, ECLI:EU:C:2011:151 = Slg 2011, I-01595 = NJW 2011, 1578 = ZIP 2011, 974 (Ls.) = EuZW 2011, 302 = NZA 2011, 625 = NJ 2011, 302.

EuGH 10. 2. 2011, C-307/09 *Vicoplus*, ECLI:EU:C:2011:64 = EuZW 2011, 347 = EuZW 2011,348 = NZA 2011, 283 = DÖV 2011, 409.

EuGH 20. 1. 2009, C-350/06, *Gerhard Schultz-Hoff/Deutsche Rentenversicherung*, ECLI:EU:C:2009:18 = Slg 2009, I-179 = NJW 2009,495 = EuZW 2009, 147 = NZA 2009, 134 = BB 2009, 504 = DB 2009, 234.

EuGH 3. 4. 2008, C-346/06, *Rüffert*, ECLI:EU:C:2008:189 = Slg 2008, I-01989 = NJW 2008, 3485 = ZIP 2006, 1908 = ZIP 2008, 1288 = NVwZ 2008, 542 (Ls.) = EuZW 2008, 306 = NZBau 2008, 332 = NZA 2008, 537 = DVBI 2008, 932 (Ls.) = BB 2008, 1236 = BB 2008, 834 = DB 2008, 1045 = DÖV 2008, 552 = BauR 2008, 1195 = BauR 2008, 1295 = VergabeR 2008, 478.

EuGH 19. 6. 2008, C-319/06, *Kommission/Luxemburg*, ECLI:EU:C:2008:350 = Slg 2008, I-04323 = NZA 2008, 865.

EuGH C-438/05, *Viking*, ECLI:EU:C:2007:772 = Slg 2007, I-10779 = EuZW 2008, 246 = NZA 2008, 124 = DVBI 2008, 400 (Ls.) = BB 2008, 75 = DB 2008, 298.

EuGH 18. 12. 2007, C-341/05, *Laval*, ECLI:EU:C:2007:809 = Slg 2007, I-11767

EuGH 18. 7. 2007, C-490/04, *Kommission/Deutschland*, ECLI: EU:C:2007:430, Slg 2007, I-06095 = EuZW 2007, 540 = NZA 2007, 917 = DVBI 2007, 1169 = BB 2007, 607.

EuGH 21. 9. 2006, C-168/04, *Kommission/Österreich*, ECLI:EU:C:2006:595 = Slg 2006, I-09041 = NJW 2007, 827 (Ls.) = EuZW 2007, 89 = NZBau 2007, 31.

EuGH 16. 5. 2006, C-372/04, *Watts*, ECLI:EU:C:2006:325 = Slg 2006, I-04325 = DVBI 2006, 965.

EuGH 19. 1. 2006, C- 244/04, *Kommission/Deutschland*, ECLI:EU:C:2006:49 = Slg 2006, I-00885 = NJW 2006, 1499 (Ls.) = ZIP 2006, 348 = NVwZ 2006, 313 = EuZW 2006, 145 = NZBau 2006, 166 = NZA 2006, 199 = DVBI 2006, 364 = DB 2006, 222.

EuGH 17. 3. 2005, C-109/04, *Kranemann*, ECLI:EU:C:2005:187 = Slg 2005, I-02421 = NJW 2005, 1481 = EuZW 2005, 305 = NZA 2005, 1053 (Ls.) = DVBI 2005, 633 = DÖV 2005, 647.

EuGH 21. 10. 2004, C-445/03, *Kommission/Luxemburg*, ECLI:EU:C:2004:655 = Slg 2004, I-10191 = EuZW 2005,90 = NZA 2005, 99 = BB 2005, 618.

EuGH 12. 10. 2004, C-60/03, *Wolff & Müller*, ECLI:EU:C:2004:610 = Slg 2004, I-09553 = NJW 2005, 1036 (Ls.) = EuZW 2005, 93 = NZBau 2004, 670 = NZBau 2004, 671 = NZA 2004, 1211 = DVBI 2005, 45 = BB 2005, 622 = DB 2005, 167 (Ls.).

EuGH 16. 9. 2004, C-400/02, *Merida*, ECLI:EU:C:2004:537 = Slg 2004, I-08471

EuGH 10. 4. 2003, C-437/00, *Pugliese*, ECLI:EU:C:2003:219 = Slg 2003, I-03573 = NJW 2003, 2224 (Ls.) = EuZW 2003, 412 = NZA 2003, 711 = BB 2003, 619.

EuGH 14. 4. 2005, C-341/02, *Kommission/Deutschland*, ECLI:EU:C:2005:220 = Slg 2005, I-02733 = EuZW 2005, 402 = NZBau 2005, 333 = NZA 2005, 573 = DVBI 2005, 838 = BB 2005, 533 = DB 2005, 948.

EuGH 14. 11. 2002, C-271/00, *Baten*, ECLI:EU:C:2002:656 = Slg 2002, I-10489 = NJW 2003, 1923 (Ls.) = EuZW 2003, 30 = FamRZ 2003, 85.

EuGH 11. 7. 2002, C-294/00, *Gräbner*, ECLI:EU:C:2002:442 = Slg 2002, I-06515 = DVBI 2002, 1566 (Ls.).

EuGH 27. 2. 2002, C-37/00, *Weber*, ECLI:EU:C:2002:122 = Slg 2002, I-02013 = NJW 2002, 1635 = NVwZ 2003, 67 (Ls.) = EuZW 2002, 220 = NZA 2002, 459.

EuGH 24. 1. 2002 C-164/99, *Portugaia Construções*, ECLI:EU:C:2002:40 = Slg 2002, I-00787 = ZIP 2002, 273 = EuZW 2002, 245 = NZBau 2002, 147 = NZA 2002, 207 = DVBI 2002, 399 = BB 2002, 624 = BB 2002, 625 = BB 2002, 795 = DB 2002, 430.

EuGH 25.10.2001, C-49/98 ua, *Finalarte*. ECLI:EU:C:2001:564 = Slg 2001, I-07831 = NJW 2001, 3769 (Ls.) = EuZW 2001, 759 = NZBau 2002, 48 = NZA 2001, 1377 = DVBI 2002, 108 = DVBI 2002, 109 = BB 2001, 2648 = BB 2002, 392 = DB 2001, 2723.

EuGH 15. 3. 2001, C-165/98, *Mazzoleni und ISA*, ECLI:EU:C:2001:162 = Slg 2001, I-02189 = ZIP 2001, 581 = EuZW 2001, 315 = NZBau 2001, 491 = NZA 2001, 554 = BB 2001, 698.

EuGH 6. 6. 2000, C-281/98, *Angonese*, ECLI:EU:C:2000:296 = NJW 2000, 3634 (Ls.) = NVwZ 2001, 901 = EuZW 2000, 468 = DVBI 2000, 1268 = BB 2000, 619 = NZA-RR 2001,20.

EuGH 1. 6. 1999, C-302/97, *Konle*, ECLI:EU:C:1999:271 = Slg 1999, I-03099 = NJW 2000, 2493 (Ls.) = NVwZ 2000, 303 = EuZW 1999, 635.

EuGH 29. 4. 1999, C-224/97, *Ciola*, ECLI:EU:C:1999:212 = Slg 1999, I-02517 = NJW 1999, 2355 = NVwZ 1999, 977 (Ls.) = EuZW 1999, 405 = DB 1999, 1445.

EuGH 26. 1. 1999, C-18/95, *Terhoeve*, ECLI:EU:C:1999:22 = EuZW 1999, 380.

EuGH 9. 7. 1997, C- 222/95, *Parodi*, ECLI:EU:C:1997:345 = Slg 1997, I-03899 = EuZW 1998, 320 (Ls.) = WM 1997, 1697.

EuGH 9. 1. 1997, C-383/95, *Rutten/Cross Medical*, ECLI:EU:C:1997:7 = Slg 1997, I-00057 = NJW 1997, 2668 (Ls.) = EuZW 1997, 143 = NZA 1997, 225.

EuGH 7. 5. 1998, C-350/96, *Clean Car Autoservice*, ECLI:EU:C:1998:205 = NJW 1999, 1699 (Ls.) = EuZW 1998, 601 = NZG 1998, 809.

EuGH 23. 11. 1999, C-369/96 ua, *Arblade*, ECLI:EU:C:1999:575 = Slg 1999, I-08453 = NJW 2000, 1553 (Ls.) = ZIP 1999, 2168 = EuZW 2000, 88 = NZA 2000, 85 = BB 2000, 137 = DB 1999, 2570.

- EuGH 2. 7. 1996, C-290/94, *Kommission/Griechenland*, ECLI:EU:C:1996:265.
- EuGH 2. 7. 1996, C-173/94, *Kommission/Belgien*, ECLI:EU:C:1996:264 = EuZW 1996, 768.
- EuGH 2. 7. 1996, C-473/93, *Kommission/Luxemburg*, ECLI:EU:C:1996:263 = NJW 1996, 3199 = NVwZ 1997, 157 (Ls.).
- EuGH 28. 3. 1996, C-272/94, *Guiot u. Climatec*, ECLI:EU:C:1996:147 = Slg 1996, I-01905.
- EuGH 15. 12. 1995, C-415/93, *Bosman*, ECLI:EU:C:1995:463 = NJW 1996, 505 = NJW 2017, 3060 = ZIP 1996, 42 = MDR 1996, 288 = NVwZ 1996, 365 (Ls.) = EuZW 1996, 82 = NZA 1996, 191 = WM 1996, 910 = DVBI 1996, 17 (Ls.) = DB 1996,98.
- EuGH 9. 8. 1994, C-43/93, *Vander Elst*, ECLI:EU:C:1994:310 = Slg 1994, I-3803 = EuZW 1994, 600.
- EuGH 13. 7. 1993, C-125/92, *Mulox IBC/Geels*, ECLI:EU:C:1993:306 = Slg 1993, I-04075.
- EuGH 21. 4. 1993, C-172/91, *Sonntag/Waidmann*, ECLI:EU:C:1993:144 = Slg 1993, I-01963 = NJW 1993, 2091 = DB 1993, 1569.
- EuGH 25. 7. 1991, C-76/90, *Säger*, ECLI:EU:C:1991:331 = Slg 1991, I-04221 = NJW 1991, 2693 = GRUR Int. 1991, 807 = AnwBl 1992, 33.
- EuGH 7. 3. 1991, C-10/90, *Masgio*, ECLI:EU:C:1991:107 = Slg 1991, I-1119 = NZA 1991, 446 (Ls.).
- EuGH 27. 3. 1990, C-113/89, *Rush Portuguesa*, ECLI:EU:C:1990:142 = Slg 1990, I-01417 = NZA 1990, 653.
- EuGH 30. 5. 1989, 33/88, *Allué/Coonan*, ECLI:EU:C:1989:222 = NJW 1990, 3069 (Ls.) = NVwZ 1990, 851.
- EuGH 15. 10. 1987, 222/86, *Heylens*, ECLI:EU:C:1987:442 = NJW 1989, 657.
- EuGH 16. 6. 1987, 225/85, *Kommission/Italien*, ECLI:EU:C:1987:284 = NJW 1988, 1441 = NVwZ 1989, 347 (Ls.)
- EuGH 3. 6. 1986, 307/84, *Kommission/Frankreich*, ECLI:EU:C:1986:222.
- EuGH 3. 2. 1982, 62/81 ua, *Seco*, ECLI:EU:C:1982:34 = Slg 1982, 00223 = NJW 1982, 1935.

EuGH 17. 12. 1981, 279/80, *Webb*, ECLI:EU:C:1981:314 = Slg 1981, 03305 = NJW 1982, 1203.

EuGH 14. 10. 1976, 29/76, *LTU/Eurocontrol*, ECLI:EU:C:1976:137 = Slg 1976, 01541 = NJW 1977, 489.

EuGH 7. 7. 1976, 118/75, *Watson/Belmann*, ECLI:EU:C:1976:106 = NJW 1976, 2067 (Ls.) = DVBl 1977, 97 = DÖV 1976, 820.

EuGH 12. 12. 1974, 36/74, *Walrave/Koch*, ECLI:EU:C:1974:140 = NJW 1975, 1093.

EuGH 4. 12. 1974, 41/74, *van Duyn*, ECLI:EU:C:1974:133 = NJW 1975, 2165.

EuGH 4. 4. 1974, 167/73, *Kommission/Frankreich*, ECLI:EU:C:1974:35 = Slg 1974, 00359.

EuGH 12. 2. 1974, 152/13 *Sotgiu*, ECLI:EU:C:1974:13 = BAGE 25, I.

4.2. Schlussanträge

Schlussanträge des Generalanwalts Yves Bot zu C-579/17, *Korana* vom 25. 10. 2018, ECLI:EU:C:2018:863.

Schlussanträge des Generalanwalts *Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer* zu C-490/04, *Kommission/Deutschland*, vom 14. 12. 2006, ECLI:EU:C:2006:778.

Schlussanträge des Generalanwalts *Siegbert Alber* zu C-165/98, *Mazzoleni*, vom 29. 9. 1999, ECLI:EU:C:1999:461.

Schlussanträge des Generalanwalts *Jean Mischo* zu C-49/98 u.a. *Finalarte*, vom 13. 7. 2000, ECLI:EU:C:2000:395.

4.3. Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte

EGMR *Feldbrugge/Niederlande* A-99

EGMR *Deumeland/Deutschland* A-100

EGMR *Obermeier/Österreich*, A-179

EGMR *British-American Tobacco Company Ltd/Niederlande* A-331

4.4. Oberster Gerichtshof

OGH 28. 3. 2019, 9 ObA 111/18s

(ECLI:AT:OGH0002:2019:009OBA00111.18S.0328.000) = ARD 6650/7/2019 =
ecolex 2019/280 S 625 – ecolex 2019, 625.

OGH 30. 1. 2018, 9 ObA 145/17i

(ECLI:AT:OGH0002:2018:009OBA00145.17I.0130.000) = ZfRV-LS 2018/18 = ARD
6607/9/2018 = ecolex 2018/322 S 754 – ecolex 2018, 754 = Arb 13.473.

OGH 27. 5. 2015, 8 ObA 39/14 I,

ECLI:AT:OGH0002:2015:008OBA00039.14I.0527.000 = ARD 6469/8/2015 = RdW
2015/678 S 793 – RdW 2015, 793.

OGH 27. 11. 2014, 9 ObA 120/14h,

ECLI:AT:OGH0002:2014:009OBA00120.14H.1127.000 = ARD 6439/12/2015 = Jus-
Extra OGH-Z 5755 = ZAS-Judikatur 2015/50 = ecolex 2015/166 S 414 – ecolex 2015,
414 = DRdA-infas 2015/106 S 135 – DrdA-infas 2015, 135 = DRdA 2015, 285/39
(Wiesinger) – DRdA 2015/39 (Wiesinger) = RdW 2015/408 S 446 – RdW 2015,446 =
Arb 13.189 = ZAS 2016/31 S 186 (Kerschbaumer) – ZAS 2016, 186 (Kerschbaumer).

OGH 25. 11. 2014, 8 ObA 34/14d,

ECLI:AT:OGH0002:2014:008OBA00034.14D.1125.000 = ZAS-Judikatur 2015/31 =
JBI 2015, 261 = DRdA-infas 2015/52 S 61 – DrdA-infas 2015,61 = ecolex 2015/128 S
322 – ecolex 2015,322 = ARD 6450/6/2015 = ZAS 2015/36 S 229 (Kozak) – ZAS
2015,229 (Kozak) = RdW 2015/447 S 503 – RdW 2015,503 = Arb 13.182 = DrdA
2015, 334/43 (Burger) – DrdA 2015/43 (Burger) = IPRax 2016, 174/15 (Temming,
IPRax 2016, 181).

OGH 20. 6. 2012, 9 Oba 150/11s

(ECLI:AT:OGH0002:2012:009OBA00150.11S.0620.000) = ARD 6261/5/2012 = wbl
2012,640/245 – wbl 2012/245.

OGH 20. 1. 2012, 8 ObA 74/11g,

ECLI:AT:OGH0002:2012:008OBA00074.11G.0120.000 = Jus-Extra OGH-Z 5142 =
ZAS-Judikatur 2012/61 = RdW 2012/174 S 164 – RdW 2012, 164 = ARD
6240/4/2012 = Thöny, ARD 6240/5/2012 = wbl 2012,338/124 (Grillberger) – wbl
2012/124 (Grillberger) = EvBI 2012/85 S 602 – EvBI 2012,602 = ZfRV-LS 2012/23 =
ecolex 2012/189 S 424 – ecolex 212, 424 = RZ 2012,183 EÜ157 – RZ 2012 EÜ157 =

ZAS 2013/13 S 81 (Windisch-Graetz) – ZAS 2013, 81 (Windisch-Graetz) = infas 2012, 138/A53 – infas 2012 A53 = Arb 13.042.

OGH 25. 10. 2011, 8 ObA 2/11v,
 ECLI:AT:OGH0002:2011:008OBA00002.11V.1025.000 = ZAS-Judikatur 2012/4 = EvBl-LS 2012/33 = bbl 2012, 96/58 – bbl 2012/58 = ZfRV-LS 2012/12 = ARD 6227/1/2012 = RZ 2012,97 EÜ69, 70 – RZ 2012 EÜ69 – RZ 2012 EÜ70 = Arb 13.026 = IPRax 2013,450/42 – IPRax 2013/42 = Krebber, IPRax 2013,474 = SZ 2011/128.

OGH 25. 10. 2011, 8 ObA 86/10w,
 ECLI:AT:OGH0002:2011:008OBA00086.10W.1025.000 = ecolex 2012/72 S 166 – ecolex 2012,166 = infas 2012,71/A29 – infas 2012 A29 = ZfRV-LS 2012/13 (Ofner) = ARD 6227/2/2012 = DRdA 2012,355 = Arb 13.025.

OGH 16. 9. 2011, 9 ObA 106/10v,
 ECLI:AT:OGH0002:2011:009OBA00106.10V.0916.000 = Jus-Extra OGH-Z 5124 = Arb 13.016.

OGH 22. 12. 2009, 9 ObA 43/09b,
 ECLI:AT:OGH0002:2009:009OBA00043.09B.0602.000 = wbl 2009,558/239 – wbl 2009/239 = ARD 6013/10/2009 = ecolex 2009/315 S 791 = ecolex 2009,791 = RZ 2009,244 EÜ331 – RZ 2009 EÜ331 = Arb 12.818 = RdW 2010/9 S 2 (Info aktuell) – RdW 2010,2 (Info aktuell) = DRdA 2011,270/24 (Mayr) – DrdA 2011/24 (Mayr).

OGH 2. 6. 2009, 9 ObA 19/08x,
 ECLI:AT:OGH0002:2009:009OBA00019.08X.0602.000 = ZfRV-LS 2009/53 = Arb 12.814.

OGH 4. 8. 2009, 9 ObA 52/08z, ECLI:AT:OGH0002:009OBA00052.08Z.0804.000 = ecolex 2009/428 S 1084 – ecolex 2009,1084 = ZAS-Judikatur 2010/1 = ZfRV-LS 2009/61 (Ofner) = ARD 6076/6/2010 = DRdA 2010,67 = DRdA 2010,446 (Kozak) = Arb 12.831 = RdW 2010/107 S 102 – RdW 2010,102 = infas 2010,36/A19 – infas 2010 A19.

OGH 19. 5. 2009, 8 ObA 85/08w,
 ECLI:AT:OGH0002:2009:008OBA00085.08W.0519.000 = ARD 5972/4/2009 = exolex 2009/278 S 703 – ecolex 2009,703 = wbl 2009,511/220 – wbl 2009/220 = ZAS 2009/50 S 318 (Reiner, tabellarische Aufzählung) – ZAS 2009,318 (Reiner, tabellarische Aufzählung) = ZAS-Judikatur 2009/141 = DRdA 2009,534 = ZAS 2010/22 S 125 (Schrank, tabellarische Aufzählung) – ZAS 2010,125 (Schrank,

tabellarische Aufzählung) = Arb 12.811 = RdW 2009/606 S 597 – RdW 2009,597 = infas 2009, 187/A69 – infas 2009 A69.

OGH 10. 7. 2008, 8 ObA 33/08y,

ECLI:AT:OGH0002:2008:008OBA00033.08Y.0710.000 = ARD 5926/2/2009 = ecolex 2008/424 S 1152 - ecolex 2008,1152 = wbl 2008,597/285 - wbl 2008/285 = ZfRV-LS 2008/67 = DRdA 2009,148 = RdW 2009/239 S 293 - RdW 2009,293 = Temming, IPRax 2010,59 = IPRax 2010,71/2 -IPRax 2010/2 = HS 39.403.

OGH 18. 10. 2006, 9 ObA 96/06t,

ECLI:AT:OGH0002:2006:009OBA00096.06T.1018.000.

OGH 13. 11. 2003, 8 ObA 86/03k,

ECLI:AT:OGH0002:2003:008OBA00086.03K.1113.000 = ARD 5479/9/04 = ecolex 2004,201 = infas 2004,58/A24 - infas 2004 A24 = RdW 2004,426 (Naderhirn, RdW 2004,422) = wbl 2004,386 = ZAS-Judikatur 2004/26 = Arb 12.379 = SZ 2003/145

OGH 4. 7. 2002, 8 ObS 273/01g,

ECLI:AT:OGH0002:2002:008OBS00273.01G.0704.000 = Arb 12.248 = ARD 5420/1/2003 = SZ 2002/92.

OGH 11. 2. 2002, 7 Ob 15/02k,

ECLI:AT:OGH0002.2002:0070OB00015.02K.0211.000 = SZ 2002/19.

OGH 23. 1. 2002, 9 ObA 285/01d,

ECLI:AT:OGH0002:2002:009OBA00285.01D.0123.000.

OGH 5. 7. 2001, 8 ObA 163/01f,

ECLI:AT:OGH0002:2001:008OBA00163.01F.0705.000.

OGH 23. 5. 2001, 9 ObA 224/00g,

ECLI:AT:OGH0002:2001:009OBA00224.00G.0523.000.

OGH 1. 12. 1999, 9 ObA 181/99d,

ECLI:AT:OGH002:1999:009OBA00181.99D.1201.000.

OGH 8. 7. 1999, 8 ObA 26/99b,

ECLI:AT:OGH0002:1999:008OBA00026.99B.0708.000.

OGH 17. 3. 1999, 9 ObA 8/99p,

ECLI:AT:OGH0002:1999:009OBA00008.99P.0317.000.

OGH 21. 10. 1998, 9 ObA 215/98b,

ECLI:AT:OGH0002:1998:009OBA00215.98B.1021.000.

OGH 7. 10. 1998, 9 ObA 241/98a,

ECLI:AT:OGH0002:1998:009OBA00241.98A.1007.000.

OGH 27. 3. 1997, 8 ObA 2319/96d,

ECLI:AT:OGH0002:1997:008OBA02319.96D.0327.000 = SZ 69/257.

OGH 14. 11. 1996, 8 ObA 2313/96x,

ECLI:AT:OGH0002:1996:008OBA02313.96X.1114.0000 = ARD 4823/2/97.

OGH 17. 3. 1994, 8 Ob 20/93, ECLI:AT:OGH0002:1994:0080OB00020.93.0317.000.

OGH 8. 4. 1992, 9 ObA 61/92, ECLI:AT:OGH0002:1992:009OBA00061.92.0408.000
= SZ 65/55 = EvBl 1992/191 S 835 = WBl 1992, 381 = DRdA 1993, 21 (Rebhahn) =
Arb 11035.

OGH 23. 5. 1990, 9 ObA 116/90,

ECLI:AT:OGH0002:1990:009OBA00116.9.0523.000 = ZAS 1992, 198 (Reinhard
Resch).

OGH 9. 7. 1998, 2 Ob 2364/96b,

ECLI:AT:OGH0002:1998:0020OB02364.96B.0709.000.

OGH 21. 11. 1985, 8 Ob 533/85,

ECLI:AT:OGH0002:1985:0080OB00533.85.1121.000 = EvBl 1987/2 S 15 = ZfRV
1988, 215 (Hoyer).

OGH 2. 4. 1985, 4 Ob 43/85, ECLI:AT:OGH0002:1985:0040OB00043.85.0402.000 =
Arb 10.435 = REDOK 621 = RdW 1985, 350 = ARD-HB 1986, 150.

OGH 6. 9. 1982, 4 Ob 158/82, ECLI:AT:OGH0002:1983:RS0028603 = Arb 10.292 =
RdW 1984, 150.

OGH 14. 1. 1981, 1 Ob 733/80, ECLI:AT:OGH0002:1981:0010OB00733.8.0114.000
= SZ 54/5.

OGH 2. 7. 1969, 5 Ob 122/69, ECLI:AT:OGH0002:1969:0050OB00122.69.0702.000
= SZ 42/103.

4.5. Oberlandesgericht Wien

OLG Wien, 25. 6. 2020, 9 Ra 94/19 p.

OLG Wien, 26. 2. 2019, 7 Ra 13/19m.

OLG Wien, 28. 6.2018, 10 Ra 27/18p.

OLG Wien 25. 2. 2015, 10 Ra 122/14f.

OLG Wien, 23. 4. 2014, 8 Ra 18/14x.

4.6. Entscheidungen des VfGH

VfGH 7. 3. 1991, G75/90, ECLI:AT:VFGH:1991:G75.1990.

4.7. Verwaltungsgerichtshof

VwGH 20. 4. 2016, Ra 2016/08/0067, ECLI:AT:VWGH:2016:RA2016080067.L01

VwGH 26. 2. 2015, Ra 2014/11/0100 bis 0102,
ECLI:AT:VWGH:2015:RA2015110019.L01 = VwSlg 19062 A/2015.

VwGH 9. 6. 2015, Ra 2014/08/0069, ECLI:AT:VWGH:2015:RA2014080069.L01 = Arb
13.231.

VwGH 31. 7. 2009, 2008/09/0261, ECLI:AT:VWGH:2009:2008090261.X01.

VwGH 15. 5. 2009, 2006/09/0157, ECLI:AT:VWGH:2009:2006090157.X01 = VwSlg
17697 A/2009.

VwGH 19. 9. 2007, 2007/13/0071, ECLI:AT:VWGH:2007:2007130071.X01.

4.8. Deutsche Gerichte

BAG 15. 2. 2012, 10 AZR 711/10.

BAG 9. 7. 2003, 10 AZR 593/02.

BAG 25. 6. 2002, 9 AZR 406/00.

Arbeitsgericht Berlin 4. 8. 2005 62 Ca 64134/04.

LAG Düsseldorf, 28. 5. 2014, Az 12 Sa 1423/13.

4.9. Schweizer Bundesgericht

Urteil vom 19. 11. 2014, 5A_249/2014.