

# Entsende-Richtlinie neu

*Helwig Aubauer und Marta Glowacka, Wien*

Übersicht:

- I. Einleitung
- II. Entwicklung
- III. Überblick über die Neuerungen
- IV. Wesentliche Neuerungen im Detail
  - A. Harter Kern der Arbeitsbedingungen des Aufnahmestaates
  - B. Langzeitentsendung
  - C. Leiharbeitnehmer
  - D. Durchsetzung
- V. Conclusio

## I. Einleitung

Dieser Beitrag widmet sich der novellierten Entsende-Richtlinie (EU) 2018/957 und versucht den nationalen Umsetzungsbedarf aufzuzeigen. Die Themenwahl für den vorliegenden Beitrag spiegelt sich in der besonderen Aktualität der Materie sowie der Bedeutung für den österreichischen Standort wider. Nicht zuletzt soll hierdurch Prof. *Rebhahn*, dem Verfasser zahlreicher Beiträge zum internationalen Privatrecht sowie der ausgezeichneten Kommentierung<sup>1)</sup> der ursprünglichen Entsende-Richtlinie 96/71/EG, Tribut gezollt werden.

## II. Entwicklung

Die ursprüngliche EntsendeRL 96/71/EG,<sup>2)</sup> die die Dienstleistungsfreiheit spezifiziert,<sup>3)</sup> hatte zum Ziel, die Förderung der Dienstleistungsfreiheit und Sicherstellung gleicher Wettbewerbsbedingungen für die grenzüberschreitende Erbringung von Dienstleistungen zum einen und den

---

1) *Rebhahn* in *Franzen/Gallner/Oetker*, Kommentar zum Europäischen Arbeitsrecht<sup>2</sup> (2018) 460.

2) 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, ABl L 1997/18, 1.

3) Vgl *Heuschnid/Schierle* in *Preis/Sagan*, Europäisches Arbeitsrecht (2015) § 5 Rz 62 f; EuGH 3. 4. 2008, C-346/06, *Rüffert*, ECLI:EU:C:2008:189.

Schutz der entsandten AN vor einer unfairen Behandlung sowie die Verhinderung der Schaffung eines kostengünstigen Arbeitskräftepools zum anderen, in ein regulatorisches Gleichgewicht zu bringen.<sup>4)</sup> Zur Sicherstellung einer einheitlichen Umsetzung, Anwendung und Durchsetzung der EntsendeRL, insb zur Bekämpfung und Sanktionierung von Umgehungspraktiken sowie Verbesserung der Verwaltungszusammenarbeit wurde 2014 eine DurchsetzungsRL 2014/67/EU<sup>5)</sup> erlassen. Nichtsdestotrotz wurden Unzulänglichkeiten bei der Gewährleistung der ursprünglichen Ziele – fairer Wettbewerb und AN-Schutz – geortet. Es wurde teilweise die Auffassung vertreten, dass die knapp 20 Jahre alte EntsendeRL 96/71/EG den seit 1996 vorangeschrittenen Entwicklungen und den spezifischen Herausforderungen des Arbeitsmarktes (insb zunehmende Lohngefälle zwischen den MS, aber auch wachsende Rechtsunsicherheit in Anbetracht einiger Regelungslücken) nicht mehr gewachsen sei. Daher nahm sich die Europäische Kommission zur Aufgabe, den Grundsatz der gleichen Entlohnung für gleiche Arbeit am gleichen Ort zu fördern sowie gegen unlautere Praktiken vorzugehen und legte am 8. 3. 2016 einen Vorschlag zur gezielten Überarbeitung der EntsendeRL 96/71/EG vor,<sup>6)</sup> noch bevor die Auswirkungen der DurchsetzungsRL, die die MS erst zum 18. 6. 2016 umzusetzen hatten, feststanden.<sup>7)</sup> Daher richteten die sog CEE-Staaten (ua Polen, Slowakei, Tschechien, Ungarn) ein Schreiben an die Kommission, in dem sie den Zeitpunkt der Überarbeitung monierten sowie Bedenken äußerten, ob der Grundsatz des „gleichen Entgelts für gleiche Arbeit am gleichen Ort“ mit dem Binnenmarkt vereinbar sei. Dahingegen sicherten die westlichen MS (ua Österreich, Deutschland, Frankreich) ihre Unterstützung für die Modernisierung der EntsendeRL zu.<sup>8)</sup>

Über den Vorschlag der Kommission wurde mehr als eineinhalb Jahre diskutiert. Im Oktober 2017 fanden sowohl der Beschäftigungsausschuss des Europaparlaments als auch der Rat eine allgemeine Ausrichtung zur Überarbeitung der Entsenderichtlinie, wodurch der Weg für die Trilogverhandlungen zwischen dem Rat, der Europäischen Kommission und dem Europäischen Parlament geebnet wurde, die dann am 19. 3. 2018 ein Ergebnis fanden. Nach einer finalen Abstimmung im Europäischen Parlament

4) Kurzdarstellungen über die Europäische Union 2018, Arbeiten in der Europäischen Union, PE 600.417, 18.

5) Richtlinie 2014/67/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. 5. 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 („IMI-Verordnung“) Text von Bedeutung für den EWR, ABl L 2004/159, 11.

6) Siehe nur *Risak*, Die Dinge anders angehen? DRdA 2016, 306.

7) Siehe auch Stellungnahme des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses vom 10. 3. 2017, ABl C 2017/75, 81 (83).

8) Commission Staff Working Document: Impact Assessment, SWD(2016) 52 final, 50 ff.

am 29. 5. 2018 und der Verabschiedung beim BESO-Rat am 21. 6. 2018, wurde die neue EntsendeRL (EU) 2018/957<sup>9)</sup> am 28. 6. 2018 von den Präsidenten des Europäischen Parlaments und des Rates unterzeichnet und am 9. 7. 2018 veröffentlicht. Die MS haben die Rechts- und Verwaltungsvorschriften, die erforderlich sind, um dieser Richtlinie nachzukommen bis 30. 7. 2020 zu erlassen und zu veröffentlichen. Bis zu diesem Zeitpunkt ist die Richtlinie 96/71/EG weiterhin in der Fassung anwendbar, die vor den mit dieser Richtlinie eingeführten Änderungen galt. Durch die neugefasste RL soll „ein ausgeglichener Rahmen für die Dienstleistungsfreiheit und den Schutz entstandener AN eingerichtet [werden], der diskriminierungsfrei, transparent und verhältnismäßig ist“ (Erw 24).<sup>10)</sup> Damit scheint die ÄnderungsRL die Diskussion vorwegnehmen zu wollen, ob die RL mit der Dienstleistungsfreiheit vereinbar ist.<sup>11)</sup> Diese finale Einschätzung obliegt allerdings dem EuGH.

### III. Überblick über die Neuerungen

Die EntsendeRL wurde in folgenden Punkten geändert:

- In einem neuen Art 1 Abs 1a wird – Art 1 Abs 2 DurchsetzungsRL entsprechend – klargestellt, dass die EntsendeRL in keiner Weise die Ausübung der anerkannten Grundrechte (insb Freiheit zum Streik) berührt.<sup>12)</sup>
- In Art 1 Abs 3 lit c wird ein neuer UAbs eingefügt, der eine Regelung für Kettenentsendungen von überlassenen Arbeitskräften trifft (s IV.C.).
- Der harte Kern der Arbeitsbedingungen des Aufnahmestaates iSd Art 3 Abs 1 erfährt iZm der Entlohnung eine Änderung und wird um Unterbringungsbedingungen und Kostenerstattung ergänzt.

9) Richtlinie (EU) 2018/957 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. 6. 2018 zur Änderung der Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, ABl L 2018/173, 16.

10) Siehe Stellungnahme des Europäischen Ausschusses der Regionen, ABl C 2017/185, 75.

11) Dies wurde im Schrifttum bereits iZm der ursprünglichen EntsendeRL 96/71/EG thematisiert, obwohl diese deutlich weniger in die Dienstleistungsfreiheit einzugreifen scheint als die neue Fassung 2018/957. Bereits durch die ursprüngliche EntsendeRL wurde der AN-Schutz innerhalb der Union als in ausreichender Weise gewährleistet erachtet, weshalb weitergehende Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit unter Verweis auf den zwingenden Grund des Allgemeininteresses des AN-Schutzes nicht gerechtfertigt werden können (Tscherner, Arbeitsbeziehung und Europäische Grundfreiheiten [2012] 283 ff).

12) Vgl die von der Kommission vorgeschlagene und im Endeffekt zurückgezogene Verordnung über die Ausübung des Rechts auf Durchführung kollektiver Maßnahmen im Kontext der Niederlassungs- und der Dienstleistungsfreiheit, COM(2012) 130 endg (Monti II), die klarstellen sollte, dass das Streikrecht und die Dienstleistungsfreiheit gleichrangig sind.

Des Weiteren fällt die Beschränkung der Anwendung von in KollV festgelegten Arbeitsbedingungen auf die im Anhang genannten Bauarbeiten (s IV.A.).

- In einem neuen Art 3 Abs 1a wird eine Regelung für Langzeitentsendungen getroffen (s IV.B.).
- In einem neuen Art 3 Abs 1b wird die zwingende Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes iSd Art 5 LeiharbeitsRL geregelt (s IV.C.).
- Die Regelung der Entsendungszulagen des Art 3 Abs 7 wird um eine Zahlungsverpflichtung und eine Zweifelsregel ergänzt (s IV.A.).
- Die Beschränkung des Art 3 Abs 8, wonach nur MS, die kein System zur Allgemeinverbindlicherklärung haben, andere KollV mit Breitenwirkung anwenden können, fällt.
- Die Möglichkeit des Art 3 Abs 9, günstigere Bestimmungen für Leih-AN zur Anwendung gelangen zu lassen, wird an die Neuerungen des Art 3 Abs 1b angepasst (s IV.C.).
- Die Abweichungsermächtigung des Art 3 Abs 10 zugunsten von Vorschriften im Bereich der öffentlichen Ordnung wird daran angepasst, dass in KollV festgelegte Arbeitsbedingungen für alle Sektoren Geltung haben sollen.
- Die Regelung der Zusammenarbeit im Informationsbereich gem Art 4 Abs 2 wird derart ergänzt, dass für den Fall, dass die zuständige Behörde im Entsendestaat die vom Aufnahmestaat erbetenen Informationen nicht bereit hat, sie diese Informationen von anderen Stellen oder Behörden beschaffen muss; anderenfalls die EK unterrichtet wird und entsprechende Maßnahmen ergreift.
- Es kommt zu einer Verschärfung der geforderten Maßnahmen für den Fall der Nichteinhaltung der EntsendeRL sowie im Fall sog non-genuine-postings (s IV.D.).

Abschließend ist zu erwähnen, dass der Kommissionsvorschlag<sup>13)</sup> eine Regelung enthielt, wonach die MS Unternehmen dazu verpflichten konnten, Unteraufträge nur an Unternehmen zu vergeben, die AN bestimmte, für den Hauptauftragnehmer geltende Entlohnungsbedingungen einräumen, einschließlich jener, die sich aus nicht allgemein verbindlichen Tarifverträgen ergeben. Während die DurchsetzungsRL die Haftung für ausstehende Löhne entsandter AN in Unterauftragsketten behandelt (s Art 12 und Erw 36), befasst sie sich jedoch nicht mit der Frage, welchen Lohn ein entsandter AN in einer Unterauftragskette hat.<sup>14)</sup> Obwohl diese Regelung den Trilogverhandlungen nicht standgehalten hat, sehen die Erw (25) vor, dass MS iSd Art 12 DurchsetzungsRL geeignete Maßnahmen ergreifen sollen, um die Haftung bei Unteraufträgen sicherzustellen, um

13) KOM(2016) 128 endg.

14) Commission Staff Working Document: Impact Assessment, SWD(2016) 52 final, 15.

Missbräuche im Fall der Unterauftragsvergabe zu bekämpfen und die Rechte entsandter AN zu schützen. Die Bewertung, ob in diesem Kontext weitere Maßnahmen notwendig werden, hat die Kommission in einem Bericht über die Anwendung und Umsetzung der RL, der fünf Jahre nach Inkrafttreten der ÄnderungsRL zu erfolgen hat, dh bis 30. 7. 2023, zu protokollieren. Dasselbe gilt auch für den Straßenverkehrssektor, für den bis zur Anwendung einer *lex specialis*<sup>15)</sup> die RL 96/71/EG in Geltung bleibt (Art 3 Abs 3). Von der genauen Ausgestaltung dieser *lex specialis* wird ein etwaiger Anpassungsbedarf der Transitausnahme iSd § 1 Abs 5 Z 7 LSD-BG abhängen.<sup>16)</sup>

## IV. Wesentliche Neuerungen im Detail

### A. Harter Kern der Arbeitsbedingungen des Aufnahmestaates

Die EntsendeRL aF beschränkte die dem entsandten AN zu garantierenden Mindestarbeits- bzw. Beschäftigungsbedingungen auf einen abschließenden Katalog.<sup>17)</sup> Vor allem in Anbetracht der Rsp des EuGH in der Rs *Laval*<sup>18)</sup> wurde im Schrifttum die Ansicht vertreten, dass die in Art 3 Abs 1 lit a bis g aufgezählten Schutzbestimmungen gleichzeitig als Höchstarbeitsbedingungen handzuhaben sind und eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit ausschließlich innerhalb dieses „harten Kerns“ der EntsendeRichtlinie gerechtfertigt ist.<sup>19)</sup> Dabei wurde lediglich auf die durch Rechts- oder Verwaltungsvorschriften festgelegten Bedingungen abgestellt,

15) Siehe Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 2006/22/EG bezüglich der Durchsetzungsanforderungen und zur Festlegung spezifischer Regeln im Zusammenhang mit der Richtlinie 96/71/EG und der Richtlinie 2014/67/EU für die Entsendung von Kraftfahrern im Straßenverkehrssektor, KOM(2017) 278 endg.

16) Krit Schrank in *Schrank/Schrank/Lindmayr*, LSD-BG (2017) § 1 Rz 84.

17) EuGH 19. 6. 2008, C-319/06, *Kommission/Luxemburg*, ECLI:EU:C:2008:350, Rz 26; *Fuchs/Marhold*, Europäisches Arbeitsrecht<sup>5</sup> (2018) 600 mwN.

18) EuGH 18. 12. 2007, C-341/05, *Laval*, ECLI:EU:C:2007:809, Rz 81. Siehe auch EuGH 12. 2. 2015, C-396/13, *Elektrobudowa*, ECLI:EU:C:2015:86, Rz 29 und 3. 4. 2008, C-346/06, *Rüffert*, ECLI:EU:C:2008:189, Rz 34.

19) Benecke in *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der Europäischen Union, Art 153 EGV Rz 59; idS auch Deinert, Internationales Arbeitsrecht, § 10 Rz 69 mwN; vgl auch Franzen, Grenzüberschreitende Arbeitnehmerüberlassung – Überlegungen aus Anlass der Herstellung vollständiger Arbeitnehmerfreizügigkeit zum 1. 5. 2011, EuZA 2011, 451 (459 ff); Hantel, Der Schutz arbeitsrechtlicher Mindeststandards bei einem grenzüberschreitenden Arbeitnehmer Einsatz innerhalb der EU (Teil II), ZESAR 2014, 313 (315); Karl, Grenzüberschreitende Entsendungen – Das Spannungsfeld zwischen Dienstleistungsfreiheit, Rom I-VO, EntsendeRL und nationalem Recht, ZAS 2015, 196 (198); vgl Heuschmid/Schierle in *Preis/Sagan*, Europ AR § 5 Rz 155; Tscherner, Arbeitsbeziehung 273 ff, wonach die EntsendeRL nicht „klassisch maximalharmonisierend“ ist, da sie keine inhaltliche Harmonisierung der AN-Schutzbestimmungen vornimmt. Abgesehen von der Ausdehnung des Katalogs bleibt die Qualifizierung trotz der Forderung des Europäischen Wirtschafts- und Sozial-

KollV oder Schiedssprüche galten nur für die im Anhang genannten Bauarbeiten (iZm Errichtung, Instandsetzung, Instandhaltung, Umbau oder Abriss von Bauwerken). Nachdem entsprechend dem Kommissionsvorschlag der Verweis auf die im „Anhang genannten Tätigkeiten“ gestrichen wurde, gelangen künftig kollV festgelegte Arbeitsbedingungen in allen Wirtschaftszweigen bzw Sektoren zur Anwendung, sofern ihnen eine gewisse Breitenwirkung zukommt. Nunmehr haben MS unabhängig davon, ob sie ein System zu Allgemeinverbindlicherklärung von KollV haben, die Möglichkeit, auch andere allgemein wirksame KollV anzuwenden (s Art 3 Abs 8 neu). Wie bisher betrifft das repräsentative regionale oder Branchen-KollV, dh solche „die für alle in den jeweiligen geographischen Bereich fallenden und die betreffende Tätigkeit oder das betreffende Gewerbe ausübenden gleichartigen Unternehmen allgemein wirksam sind“ oder solche, „die von den auf nationaler Ebene repräsentativsten Organisationen der Tarifvertragsparteien geschlossen werden und innerhalb des gesamten nationalen Hoheitsgebiets zur Anwendung kommen“.<sup>20)</sup>

Eine der bedeutendsten Neuerungen der überarbeiteten EntsendeRL betrifft den Lohn, auf den entsandte AN Anspruch haben. Während bisher die Gewährung lediglich der „Mindestlohnsätze“ vorgeschrieben war, wird fortan iSd Art 3 Abs 1 lit c auf die „Entlohnung“ abgestellt. Dieser Begriff bestimmt sich nach den nationalen Rechtsvorschriften und/oder Gepflogenheiten des Aufnahmestaates und umfasst alle aufgrund von Rechts- oder Verwaltungsvorschriften, für allgemeinverbindlich erklärt KollV oder Schiedssprüchen (bzw solchen nach Abs 8) zwingend vorgeschriebenen Bestandteile. Besonders betont wird, dass die Festlegung von Löhnen und Gehältern in die alleinige Zuständigkeit der MS und der Sozialpartner fällt und dieses Prinzip nicht untergraben werden soll (Erw 17). Der Güntigkeitsvergleich zwischen der Entlohnung des Entsendestaates und der des Aufnahmestaates ist anhand der gesamten Bruttobeträge zu ermitteln und nicht auf die einzelnen Bestandteile aufzuschlüsseln, wodurch einer ansonsten möglichen „Rosinenpickerei“ entgegengewirkt wird. Die Ermittlung der einzelnen Bestandteile dient lediglich der Transparenz, die es auch den nationalen Behörden erleichtern soll, Prüfungen und Kontrollen durchzuführen (Erw 18). Entsendungszulagen, die nicht der Kostenerstattung zuzuordnen sind (Erw 20), dh die keine „echten Aufwandsentschädigungen“ sind, sind als Teil der Bruttoentlohnung zu berücksichtigen. Die die Entlohnung ausmachenden Bestandteile müssen auch auf der bereits iSd Art 5 DurchsetzungsRL einzurichtenden Website veröffentlicht werden.

Abgesehen davon wird dieser Katalog – über den Kommissionsvorschlag hinaus – um zwei Schutzbestimmungen erweitert. Zum einen sollen für entsandte AN auch die „Bedingungen für die Unterkünfte“ gelten,

ausschuss (EWSA) zur Klarstellung, dass die EntsendeRL keine Maximal- sondern ein Minimalstandard ist, unberührt (Stellungnahme des EWSA vom 10. 3. 2017, ABl C 2017/75, 81 [82]).

20) Siehe dazu Rebhahn in Franzen/Gallner/Oetker, Europ AR<sup>2</sup> 460 Art 3 Rz 6 ff.

wenn diese vom AG für AN, die außerhalb ihres regelmäßigen Arbeitsplatzes arbeiten, bereitgestellt werden (Art 3 Abs 1 lit h).<sup>21)</sup> Die zuständigen Behörden und Stellen sollten in der Lage sein zu überprüfen, ob die Verhältnisse der Unterkünfte, die von den AG für entsandte AN entweder direkt oder indirekt zur Verfügung gestellt werden, mit den einschlägigen nationalen Vorschriften des Aufnahme-MS, im Einklang stehen (Erw 7). Des Weiteren zählen zum harten Kern nunmehr „Zulagen oder Kostenerstattungen zur Deckung von Reise-, Unterbringungs- und Verpflegungskosten“ für entsandte AN, wenn sie zu und von ihrem regelmäßigen Arbeitsplatz im Aufnahmestaat reisen müssen oder von ihrem AG vorübergehend an einen anderen Arbeitsplatz entsandt werden (Art 3 Abs 1 lit i).<sup>22)</sup> Gem Art 3 Abs 7 UAbs 2 Satz 2 neu werden AG verpflichtet, die infolge der Entsendung tatsächlich entstandenen Kosten wie zB Reise-, Unterkunfts- und Verpflegungskosten AN im Einklang mit den nationalen Rechtsvorschriften und/oder Gepflogenheiten des auf den Arbeitsvertrag anwendbaren Rechts zu erstatten,<sup>23)</sup> wobei die Unterbringungsbedingungen gem Art 3 Abs 1 lit h hiervon unberührt bleiben. Es obliegt den MS Erstattungsvorschriften festzulegen (Erw 19). Doppelzahlungen von Reise-, Verpflegungs- und Unterbringungskosten sollen vermieden werden (Erw 8).

Alle Elemente des Entgelts, die bisher als Mindestlohn qualifiziert wurden, sind künftig als Teil der Entlohnung handzuhaben.<sup>24)</sup> Der Kommissionsvorschlag verweist idZ auf die Rsp des EuGH<sup>25)</sup> in der Rs *Elektrobudowa*. Hier wurde festgehalten, dass die Vergütung, die dem AN für die Dauer des bezahlten Mindestjahresurlaubs zu gewähren ist (dh nach österreichischem Verständnis das Urlaubsentgelt), dem Mindestlohn ent-

21) Diese Erweiterung wurde vom slowakischen Vorsitz initiiert, der vorschlug, den harten Kern um eine Bestimmung über Sammelunterkünfte für AN zu ergänzen („Wohnverhältnisse in Gemeinschaftsunterkünften der Arbeitnehmer“), um für entsandte AN und lokale mobile AN gleichwertige Bedingungen zu gewährleisten. Derart sollte sichergestellt werden, dass der Standard der Unterkunft, die den entsandten AN vom AG zur Verfügung gestellt wird, dem durch innerstaatliches Recht oder nationale Gepflogenheiten festgelegten Standard der Unterkunft für lokale mobile AN entspricht. In den Erw sollte verankert sein, dass von entsandten AN verlangt werden kann, für ihre Unterkunft Miete zu zahlen (s Erörterungen im Rat oder seiner vorbereitenden Dienststellen vom 25. 11. 2016, 14368/16).

22) Siehe Erörterungen im Rat oder seiner vorbereitenden Dienststellen vom 9. 6. 2017, 9882/17, 4.

23) Siehe Erörterungen im Rat oder seiner vorbereitenden Dienststellen vom 15. 6. 2018, 9383/18, 1f.

24) Discussions within the Council or its preparatory bodies 22. 4. 2016, 7894/16, 9. Laut Stellungnahme des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses (vom 10. 3. 2017, ABl C 2017/75, 81 [84]) könnte „Entlohnung“ auch einige Elemente umfassen, die nicht im „Mindestlohnsatz“ enthalten sind, wie Dienstalterszulagen, Schmutz-, Erschwerungs- oder Gefahrenzulagen, Qualitätsboni, 13. Monatsgehalt, Reisekosten, Essensgutscheine (s auch Erörterungen im Rat oder seiner vorbereitenden Dienststellen vom 9. 6. 2017, 9882/17, 3).

25) EuGH 12. 2. 2015, C-396/13, *Elektrobudowa*, DRdA 2015/47 (Windisch-Graetz).

spricht.<sup>26)</sup> Des Weiteren seien Tagegelder und Wegezeitentschädigungen, die nicht als Erstattung für infolge der Entsendung tatsächlich entstandene Kosten gezahlt werden, als Bestandteile des Mindestlohns anzusehen.<sup>27)</sup> Pauschalierte Zulagen bzw. sog. Diäten, die nicht den tatsächlichen Aufwand abgeln, dürften demnach beim zustehenden Lohn Berücksichtigung finden. Unterbringungskosten und Essensgutscheine, die der Erstattung der infolge der Entsendung tatsächlich entstandenen Lebenshaltungskosten dienen, können dahingegen im Hinblick auf den Zweck des Art 3 Abs 7 nicht auf den Mindestlohns angerechnet werden.<sup>28)</sup> Gem Art 3 Abs 7 UAbs 3 nF gilt im Zweifel – dh wenn die Erstattungsvorschriften nicht vorsehen, welche Elemente einer Entsendungszulage der Kostenerstattung zuzurechnen sind und welche der Entlohnung – die gesamte Entsendungszulage als Kostenerstattung und kann daher im Rahmen eines Günstigkeitsvergleichs zwischen der Entlohnung des Entsendestaates und der des Aufnahmestaates keine Berücksichtigung finden (Erw 20). Der EuGH verweist dabei auf vergangene Rsp<sup>29)</sup>, in der er festgehalten hatte, dass die Zulagen und Zuschläge, die das Verhältnis zwischen der Leistung des AN und der von ihm erhaltenen Gegenleistung verändern (dh innerhalb des bestehenden Synallagmas erfolgen),<sup>30)</sup> nicht als Bestandteile des Mindestlohns betrachtet werden.<sup>31)</sup> IdS verändern (kollv) Weihnachts- und Urlaubsgelder das Verhältnis genausowenig wie (kollv) dienstalterabhängige Vorrückungen (dem Anciennitätsprinzip entsprechend), wohingegen Schmutz- und Erschwerniszulagen das Gegenleistungsverhältnis verändern, da sie einen anderen Zweck verfolgen.<sup>32)</sup> Ob Einmalzahlungen des KollV als Bestandteil des Mindestlohns zu werten sind bzw. auf diesen angerechnet werden können, hängt von der Intention der KollV-Parteien ab, diese als Gegenleistung für die Leistungen der AN (zB iS einer pauschalen Abgeltung der kollv Lohnerhöhung) zu gewähren oder vielmehr ein sozialpolitisches Ziel zu verfolgen (zB Bildung von Vermögen für den AN).<sup>33)</sup> Jahresprämien verändern das Gegenleistungsverhältnis idR nicht und können daher auf den Mindestlohn angerechnet werden. Die im Regierungsprogramm 2017 bis 2022 vorgesehene Klarstellung, dass Jahresprämien auf allfällige Unterentlohnungen während des Jahres anzurechnen

26) Rz 64 ff.

27) Rz 46 ff und 53 ff.

28) Rz 58 ff und 61 ff. Die damit einhergehende Erhöhung der Lohnkosten für den Entsender bewirkt eine Wettbewerbsverzerrung (*Windisch-Graetz*, Anspruch auf und Durchsetzung von Mindestlöhnen bei grenzüberschreitenden Entsendungen, DRdA 2015/47, 514f; vgl *Rebhahn*, Entsendung von AN in der EU – arbeitsrechtliche Fragen zum Gemeinschaftsrecht, DRdA 1999, 173).

29) EuGH 14. 4. 2005, C-341/02, *Kommission/Deutschland*, ECLI:EU:C:2005:220; 7. 11. 2013, C-522/12, *Isbir*, ECLI:EU:C:2013:711.

30) *Heuschnid/Schierle* in *Preis/Sagan*, Europ AR § 5 Rz 133.

31) Siehe krit *Windisch-Graetz*, DRdA 2015/47.

32) Vgl aber *Discussions within the Council or its preparatory bodies* 22. 4. 2016, 7894/16, 10.

33) EuGH C-522/12, *Isbir*, ECLI:EU:C:2013:711, Rz 40 ff, ZAS-Judikatur 2014/13.

sind, könnte auch in Anbetracht der neuen EntsendeRL vorgenommen werden (vgl § 13 Abs 4 letzter Satz und § 29 Abs 1 dritter bzw vierter Satz LSD-BG). Immerhin trifft die EntsendeRL keine Aussagen zum Bezugszeitraum, sie verweist vielmehr auf die nationalen Regelungen, die für Inländer und Entsandte in gleichem Maße zur Anwendung gelangen sollen.<sup>34)</sup>

Nachdem das LSD-BG idgF bereits auf den weiten Entgeltbegriff (dh inkl Zulagen, Zuschlägen, Sonderzahlungen, dienstalterabhängige Vorrückungen etc) abstellt,<sup>35)</sup> bedarf diese – die Rsp des EuGH kodifizierende – Neuerung soweit ersichtlich keiner nationalen Umsetzung. Umgekehrt erscheint der Spielraum für die im Regierungsprogramm 2017 bis 2022 vorgesehene Maßnahme „Beibehaltung des Entgeltbegriffs für die hauptsächlich betroffene Baubranche, ansonsten Prüfung der Entbürokratisierung durch Einschränkung auf Grundlohn plus Sonderzahlungen“ deutlich begrenzt. Abgesehen davon werden gem § 3 Abs 3 LSD-BG, der den Mindestentgeltanspruch von nach Österreich entsandten AN regelt, Beiträge nach § 6 BMSVG sowie Beiträge oder Prämien nach BPG vom Entgeltbegriff ausgenommen. Während die Ausnahme von Beiträgen oder Prämien nach BPG sowohl bei kurzfristiger als auch langfristiger Entsendung Deckung in der neuen EntsendeRL findet (Art 3 Abs 3 lit c bzw Abs 1 a UAbs 2 lit b), ist die Frage aufzuwerfen, ob Beiträge nach § 6 BMSVG hiervon auch erfasst sein können. So umfasst das Abfertigungsrecht neu neben Elementen einer Überbrückungshilfe zwischen zwei Arbeitsverhältnissen auch die mit der Reform neu hinzugekommene Funktion der zusätzlichen Altersvorsorge iSd § 17 BMSVG.<sup>36)</sup>

## B. Langzeitentsendung

Die EntsendeRL aF hatte im Hinblick auf die Dauer der Entsendung keine klar definierte Grenze vorgesehen, es wurde vielmehr auf den Rückkehr- bzw Wiederaufnahmewillen der Arbeitsvertragsparteien abgestellt.<sup>37)</sup> Es wurden die Kriterien der durchgehenden Fortführung des Arbeitsverhältnisses und der engen Bindung an das entsendende Unternehmen herangezogen; die zeitliche Grenze iSd Art 12 Verordnung zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit<sup>38)</sup> im Ausmaß von 24 Monaten stellte lediglich ein Indiz für die Abgrenzung einer vorübergehenden von

34) Schrank in *Schrank/Schrank/Lindmayr*, LSD-BG § 3 Rz 10f und § 29 Rz 73; Wiesinger, Der Durchrechnungszeitraum beim Lohn- und Sozialdumping, ASoK 2017, 60ff.

35) Kozak, LSD-BG (2016) § 3 Rz 5 ff; Schrank in *Schrank/Schrank/Lindmayr*, LSD-BG § 3 Rz 16 ff.

36) Vgl Ritzberger-Moser, Rechtspolitischer Hintergrund und geplante Änderungen, in Drs, Abfertigungsrecht (2012) 23 (24f).

37) Burger in *Reissner/Neumayr*, ZellHB AV-Klauseln 16.05.

38) Verordnung (EG) 883/2004, ABl L 2004/166, 1ff; geändert durch Verordnung (EU) 465/2012.

einer dauerhaften Entsendung dar.<sup>39)</sup> In Art 4 DurchsetzungsRL wurden Kriterien aufgelistet, die die Ermittlung, ob eine Person unter die Definition eines entsandten AN subsumiert werden kann, erleichtern sollen. Der ursprüngliche Vorschlag der Kommission hatte vorgesehen, dass für den Fall, dass die Entsendung 24 Monate überschreitet, der Aufnahme-MS zum gewöhnlichen Arbeitsort wird (Art 2a). Derart würde grds das gesamte Arbeitsrecht des Aufnahme-MS iSd Art 8 Rom I-VO zur Anwendung gelangen,<sup>40)</sup> sofern die Parteien sich nicht iSd Art 3 Rom I-VO auf die Anwendung eines anderen Rechts geeinigt haben;<sup>41)</sup> in diesem Fall würden nur die günstigeren zwingenden Bestimmungen<sup>42)</sup> des Aufnahmestaates zur Anwendung gelangen, zu denen auch Normen kollektiver Rechtsgestaltung wie KollIV und Betriebsvereinbarungen zu zählen sind, sofern die allgemeinen Anwendungsvoraussetzungen (insb § 36 ArbVG) erfüllt sind.<sup>43)</sup>

Nunmehr wird gem Art 3 Abs 1a EntsendeRL nF eine klare zeitliche Grenze eingezogen: Wenn die tatsächliche Entsendungsdauer mehr als 12 Monate beträgt, gilt der AN als langzeitentsendet; für eine Verlängerung auf 18 Monate genügt die Vorlage einer mit Begründung versehenen Mitteilung. Begründet wird diese Befristung mit der Verbindung zwischen dem Arbeitsmarkt des Aufnahmestaates und den längerfristig entsandten AN (Erw 9). Um Umgehungen dieser Befristung auszuschließen, muss die Entsendedauer zusammengerechnet werden, wenn ein entsandter AN durch einen anderen entsandten AN ersetzt wird, der die gleiche Tätigkeit am gleichen Ort ausführt; dabei ist auf die Art der zu erbringenden Dienstleistung oder der durchzuführenden Arbeit und der Anschrift(en) des Arbeitsplatzes abzustellen.<sup>44)</sup> Im Hinblick auf die Begriffsdefinition iSd

39) Siehe bereits *Glowacka* in *Drs*, Handbuch Betriebspensionsrecht (2013) Rz 9.10 mwN; vgl EuGH 12. 9. 2013, C-64/12, *Schlecker*, ECLI:EU:C:2013:551, Rz 40 f.

40) Siehe Stellungnahme des Europäischen Ausschusses der Regionen, ABl C 2017/185, 75.

41) Siehe Discussions within the Council or its preparatory bodies 22. 4. 2016, 7894/16, 6 und 11529/16, 5.

42) Die Rom I-VO selbst definiert die „zwingenden Bestimmungen“ nicht näher. Der EuGH legt die Begriffe des Art 8 idR zugunsten des AN relativ weit aus. Die zwingenden Bestimmungen erfassen alle Normen, die den Schutz des AN bezeichnen und von denen durch vertragliche Vereinbarung nicht abgewichen werden kann. Das bedeutet, dass dispositivo Regelungen hiervon grds nicht erfasst sind. Es entspricht der österreichischen und auch deutschen Lehre, darunter die einseitig zwingenden Bestimmungen zu subsumieren, die dem AN-Schutz iW s dienen, dh, hierunter fallen sowohl AN-Schutzgesetze ieS (wie zB das AZG), aber auch das überwiegend einseitig zwingende Arbeitsvertragsrecht. Strittig ist, ob hiervon auch die Bestimmungen des allgemeinen Vertragsrechts (wie zB § 879 ABGB) erfasst sind (s bereits *Glowacka*, ASoK 2013, 300 [301]).

43) Siehe bereits *Glowacka*, Betriebliche Altersvorsorge bei grenzüberschreitender Arbeitskräfteüberlassung, ASoK 2014, 426 (431) mwN; *Martiny* in MünchKomm X<sup>6</sup>, Art 8 Rom I-VO Rz 34 ff; *Pfeil*, Grenzüberschreitender Einsatz von Arbeitnehmern (Teil I), DRdA 2008, 3 (7).

44) Siehe Stellungnahme des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses vom 10. 3. 2017, ABl C 2017/75, 81 (86).