

Albert Scheiblauber

Entsendungen

Arbeitsrechtliche
Darstellungen von
Entsendungen
nach Österreich mit
Schwerpunkt
Bauwirtschaft

LESEPROBE

Studien und Berichte



Entsendungen

LESEPROBE

Albert Scheiblauner

Entsendungen

**Arbeitsrechtliche Darstellung
von Entsendungen nach Österreich
mit Schwerpunkt Bauwirtschaft**

LESEPROBE

OGB VERLAG

Alle Angaben in diesem Band sind vom Autor und vom Verlag sorgfältig erwogen und geprüft, dennoch kann eine Garantie nicht übernommen werden. Eine Haftung des Autors bzw. des Verlages und seiner Beauftragten für Personen-, Sach- und Vermögensschäden ist ausgeschlossen.

Verlag des Österreichischen Gewerkschaftsbundes GmbH
Johann-Böhm-Platz 1
1020 Wien

Tel. Nr.: 01/662 32 96-0

Fax Nr.: 01/662 32 96-39793

E-Mail: office@oegbverlag.at

Web: www.oegbverlag.at

Umschlaggestaltung: Thomas Jarmer

Medieninhaber: Verlag des ÖGB GmbH, Wien

© 2018 by Verlag des Österreichischen

Gewerkschaftsbundes GmbH, Wien

Hersteller: Verlag des ÖGB GmbH, Wien

Verlags- und Herstellungsort: Wien

Printed in Austria

ISBN 978-3-99046-400-7

Inhaltsverzeichnis

| | |
|---|-----------|
| Abkürzungsverzeichnis | 9 |
| 1. Einleitung | 11 |
| 1.1 Eine arbeitsmarktpolitische Annäherung | 11 |
| 1.2 Eine erweiterte Betrachtung des österreichischen Arbeitsrechts..... | 13 |
| 1.3 Probleme in der Praxis | 14 |
| 2. Das europäische Arbeitsrecht | 17 |
| 2.1 Das Rechtssystem der europäischen Union | 17 |
| 2.1.1 Vorrang des europäischen Rechts | 17 |
| 2.1.2 Die Europäischen Grundfreiheiten | 18 |
| 2.1.3 Die Warenverkehrsfreiheit | 19 |
| 2.1.4 Die Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit | 20 |
| 2.1.5 Die Niederlassungsfreiheit | 20 |
| 2.1.6 Arbeitnehmerfreizügigkeit | 21 |
| 2.1.7 Die Dienstleistungsfreiheit | 23 |
| 3. Die ArbeitnehmerInnenentsendung | 27 |
| 3.1 Gewährleistung durch Grundfreiheiten | 27 |
| 3.2 Anzuwendendes Recht | 28 |
| 3.3 Die Entsenderichtlinie als teilweise Durch- brechung des Herkunftslandprinzips | 30 |
| 3.3.1 Die drei Entsendungsarten | 30 |
| 3.3.2 Die materiellrechtlichen Bestimmungen der Entsenderichtlinie | 32 |
| 3.4 Rechtsfortbildung durch maßgebliche Entscheidungen des EuGH..... | 33 |
| 3.4.1 Rush Portuguesa | 33 |
| 3.4.2 Vander Elst | 34 |
| 3.4.3 Finalarte | 34 |
| 3.4.4 Wolff und Müller | 35 |
| 3.4.5 Laval | 36 |
| 3.4.6 Vicoplus und Meat | 37 |
| 3.4.7 Isbir | 38 |

| | | |
|-----------|---|----|
| 3.5 | Anwendung österreichischer Mindestlohn- | |
| | vorschriften | 39 |
| 3.5.1 | Der Entgeltanspruch im Einzelnen | 39 |
| 3.6 | Feststellung des anzuwendenden Kollektivvertrags | 41 |
| 3.6.1 | Ein Fallbeispiel | 42 |
| 3.6.2 | Fazit | 43 |
| 3.7 | Das Günstigkeitsprinzip bei Entsendungen | 44 |
| 3.8 | Einschränkung der Dienstleistungsfreiheit | |
| | bei Entsendungen..... | 44 |
| 3.8.1 | De Clerq | 45 |
| 3.9 | Dauer von Entsendungen | 47 |
| 3.9.1 | Der Änderungsvorschlag der Kommission..... | 47 |
| 3.9.2 | Verhandlungsergebnis im März 2018 | 48 |
| 3.10 | Die Durchsetzungs-Richtlinie | 48 |
| 3.11 | Die IMI-Verordnung | 49 |
| 4. | Das Urteil Sähköalojen ammattiliitto und seine | |
| | Auswirkungen | 51 |
| 4.1 | Der Sachverhalt | 51 |
| 4.2 | Klageabtretung an die Gewerkschaft..... | 55 |
| 4.3 | Anspruch auf Lohnbestandteile | 56 |
| 4.3.1 | Anrechnung von Vordienstzeiten? | 58 |
| 4.3.2 | Fazit | 58 |
| 4.3.3 | Tagegeldanspruch | 59 |
| 4.3.4 | Anspruch auf Wegezeitentschädigung | 61 |
| 4.3.5 | Unterbringungskosten | 61 |
| 4.3.6 | Essensgutscheine..... | 61 |
| 4.3.7 | Lohnfortzahlung während des Urlaubs | 62 |
| 4.4 | Neuerungen durch das Urteil | 62 |
| 4.4.1 | Einordnung in die Lohnordnung des | |
| | Empfangsstaates | 62 |
| 4.4.2 | Festlegung des Urlaubsentgelts..... | 62 |
| 4.4.3 | Das Taggeld als Mindestlohnbestandteil | |
| | gem. Entsende-RL | 64 |
| 4.5 | Auswirkungen auf Österreich | 65 |
| 4.5.1 | Mindestentgeltkontrolle | 65 |
| 4.5.2 | Fazit | 66 |

| | |
|---|-----------|
| 5. Urlaub bei Entsendungen in der Bauwirtschaft..... | 67 |
| 5.1 Erfasste Tätigkeit | 67 |
| 5.2 Urlaubsanspruch nach dem BUAG | 67 |
| 5.3 Vereinbarungen mit anderen Sozial- oder Urlaubskassen | 68 |
| 5.3.1 Verstoß gegen EU-Recht? | 70 |
| 5.3.2 Fazit | 72 |
| 6. Entsendungen und das LSD-BG | 73 |
| 6.1 Ausgewählte Straftatbestände | 73 |
| 6.1.1 Meldungen im Zusammenhang mit Entsendung und grenzüberschreitender Überlassung | 73 |
| 6.1.2 Nichtbereithalten von Lohnunterlagen | 74 |
| 6.1.3 Unterentlohnung | 75 |
| 6.2 Die Bürgenhaftung im LSD-BG | 75 |
| 6.3 Wesen der Bürgschaft | 76 |
| 6.4 Haftung vondrittstaatsangehörigen Arbeit- geberInnen | 76 |
| 6.5 Haftung bei Entsendung – erweiterte Auftrag- geberhaftung | 76 |
| 6.6 Haftung bei ungemeldeter Subunternehmer- vergabe..... | 77 |
| 7. Rechtsdurchsetzung bei Entsendungen | 79 |
| 7.1 Neues Urteil des EuGH zur Sozialbetrugs- bekämpfung bei Entsendungen | 80 |
| 7.1.1 Die Rechtslage vor dem Urteil | 81 |
| 7.1.2 Das Urteil | 81 |
| 7.1.3 Die Auswirkungen des Urteils | 81 |
| 7.2 Europäische Arbeitsbehörde | 82 |
| 7.3 Exkurs: Öffentliche Listen über rechtskräftig sanktionierte Arbeitgeber in der Schweiz | 82 |
| 8. Fazit | 85 |
| 9. Literaturverzeichnis | 89 |
| 9.1 Selbstständige Werke | 89 |

| | | |
|------------|--|-----------|
| 9.2 | Zeitschriftenaufsätze | 90 |
| 9.3 | Internetveröffentlichungen | 90 |
| 10. | Quellenverzeichnis | 93 |
| 10.1 | Urteile des EuGH | 93 |
| 10.2 | Europarechtliche Primär- und Sekundärquellen | 94 |
| 10.3 | Nationale Rechtsquellen | 95 |
| 10.4 | Urteile nationaler Gerichte | 95 |

LESEPROBE

Abkürzungsverzeichnis

| | |
|---------|--|
| AEUV | Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union |
| AVRAG | Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz |
| BUAG | Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungsgesetz |
| BUAK | Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse |
| B-VG | Bundes-Verfassungsgesetz |
| EFBH | Europäische Föderation der Bau- und Holz- arbeiterInnen |
| EU | Europäische Union |
| EuGH | Europäischer Gerichtshof |
| EURATOM | Europäische Atomgemeinschaft |
| EUV | Vertrag über die Europäische Union |
| EWG | Europäische Wirtschaftsgemeinschaft |
| KV | Kollektivvertrag |
| LSD-BG | Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz |
| ÖGB | Österreichischer Gewerkschaftsbund |
| OGH | Oberster Gerichtshof |
| VwGH | Verwaltungsgerichtshof |
| WKO | Wirtschaftskammer Österreich |

LESEPROBE

1. Einleitung

1.1 Eine arbeitsmarktpolitische Annäherung

Der Beitritt Österreichs zur Europäischen Union 1995 läutet das Ende des weitgehend isolierten nationalen Arbeitsmarkts ein. Die Integration Österreichs in den Binnenmarkt der Europäischen Union brachte mit sich, dass Unternehmen anderer Mitgliedstaaten ihre Produkte und Dienstleistungen in Österreich anbieten durften. Diese zentrale Idee der Europäischen Union traf einige Branchen der österreichischen Wirtschaft mehr als andere. Speziell die österreichische Bauwirtschaft, und somit auch die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer österreichischer Unternehmen, steht seit über zwei Jahrzehnten in Konkurrenz zu Unternehmen europäischer Mitgliedstaaten, die im Wesentlichen gleiche Leistung zu günstigeren Konditionen anbieten können. Dabei arbeitet die Konkurrenz mit Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern, die auf österreichischen Baustellen für eine bestimmte Dauer tätig werden, aber im EU-Ausland beim Entsendeunternehmen beschäftigt bleiben. Es besteht somit kein Beschäftigungsverhältnis zu einem österreichischen Dienstgeber oder einer Dienstgeberin. Man spricht von einer Entsendung.

Hauptgrund für die Schwierigkeiten der Branche ist mit Sicherheit das im Vergleich zu den östlichen und südöstlichen Nachbarstaaten sehr hohe Lohnniveau, das durch den Kollektivvertrag für Arbeiter und Arbeiterinnen in der Bauindustrie und im Baugewerbe normiert wird. Im Vergleich zu ihren osteuropäischen Kolleginnen und Kollegen verdienen Arbeiterinnen und Arbeiter österreichischer Bauunternehmen fürstlich. Der kollektivvertragliche Mindeststundenlohn eines Facharbeiters liegt in Österreich bei 13,84 Euro brutto.¹ Im Vergleich dazu liegt der gesetzliche Mindestlohn in Ungarn bei 2,35 Euro brutto, in

1 Vgl. Gewerkschaft Bau-Holz; Beilage zum Kollektivvertrag Bauindustrie/Baugewerbe 1. Mai 2017, Verlag des österreichischen Gewerkschaftsbundes, Wien 2017 4.

Polen bei 2,65 Euro und in Slowenien bei 4,65 Euro brutto.² Hinzu kommt noch der in Österreich bestehende Anspruch auf Weihnachtsremuneration und Urlaubsentgelt. Eine vergleichbare Zuordnung zu einzelnen Kollektivverträgen gibt es in diesen Ländern nicht, dennoch gibt es für die Baubranche höhere Stundenlöhne. Die Internetseite constructionworkers.eu, eine Seite der Europäischen Bau-Holz Gewerkschaft EFBH und ihrer nationalen Gewerkschaften, weist für Ungarn einen Mindestlohn von 3,03 Euro brutto pro Stunde aus, für Polen 3,07 Euro brutto pro Stunde und für Slowenien 4,65 Euro brutto.³ Die genaue Feststellung eines Mindestbruttolohnes bleibt aber schwierig. Es gibt Unterscheidungen zwischen nicht qualifizierten und qualifizierten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern, die Bewertungskriterien von Mindestlöhnen sind national unterschiedlich geregelt. Klar ist aber, dass Österreich ein ungleich höheres Lohnniveau als andere Mitgliedstaaten zu verteidigen hat.

Diese Tatsache hat die österreichische Bauwirtschaft in den vergangenen Jahrzehnten verändert. Die Zahl der Entsendungen steigt seit Jahren und steht auf einem Rekordniveau. Im Jahr 2015 wurden mehr als 133.000 Entsendungen registriert, wobei es sich hierbei nicht automatisch um die Zahl der entsendeten Personen handelt, denn eine Person kann mehr als einmal im Betrachtungszeitraum entsandt worden sein.⁴ Das traditionell wichtige Standbein der österreichischen produzierenden Wirtschaft, die Lehrlingsausbildung, ist gleichzeitig auf einem Zehnjahrestief angelangt. Wurden 2007 in dem BUAG unterliegenden Betrieben rund 8.000 Lehrlinge ausgebildet, so waren es 2016

2 Hans-Böckler-Stiftung, WSI-Mindestlohndatenbank, Gesetzliche Mindestlöhne in Europa, https://www.boeckler.de/wsi-tarifarchiv_43610.htm (Stand Jänner 2017).

3 Europäische Föderation der Bau- und Holzarbeiter, Bauarbeiter: Tarife und Rechte in Europa, <https://www.constructionworkers.eu/de> (Stand 2017).

4 Arbeitsmarktservice, Spezialthema Februar 2016, http://www.ams.at/docs/001_spezialthema_0216.pdf (Stand Februar 2016).

nur noch rund 6.000.⁵ Natürlich kann für diese Entwicklung nicht ausschließlich die Öffnung des österreichischen Arbeitsmarktes verantwortlich gemacht werden, ein Zusammenhang ist aber nicht von der Hand zu weisen.

1.2 Eine erweiterte Betrachtung des österreichischen Arbeitsrechts

Entsendungen sind also, und das ist statistisch belegbar, im österreichischen Arbeitsalltag keine Randerscheinung mehr. Allein schon diese Tatsache lässt eine arbeitsrechtliche Auseinandersetzung mit dem Thema lohnend erscheinen. Durch das „Hineinarbeiten“ von Bürgerinnen und Bürgern aus europäischen Mitgliedstaaten ist ein neues Zeitalter für das österreichische Arbeitsrecht angebrochen. Unproblematisch, weil rechtlich gleich zu behandeln, sind hierbei Menschen, die aus anderen Mitgliedstaaten nach Österreich kommen, um im Zuge der Arbeitnehmerfreizügigkeit hier zu arbeiten.⁶ In diesen Fällen greift das österreichische Arbeitsrecht und die Zuordnung zu einem Kollektivvertrag über die Gewerbeberechtigung des österreichischen Dienstgebers oder der Dienstgeberin. Neu und systematisch „störend“ sind Entsendungen. Hier bietet ein Unternehmer oder eine Unternehmerin eines anderen EU-Mitgliedstaates im Zuge der Dienstleistungsfreiheit Dienstleistungen in Österreich an. Zur Vollbringung dieser Dienstleistung entsendet er oder sie Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer nach Österreich, die aber beim Entsendeunternehmen beschäftigt bleiben. Auf diese Menschen ist somit österreichisches Arbeitsrecht grundsätzlich

5 Bauarbeiter Urlaubs- und Abfertigungskasse, Lehrlinge nach Betriebsarten und Bundesländern, <https://www.buak.at/cs/Satellite?blobcol=urldata&blobheadername1=content-type&blobheadername2=content-disposition&blobheadervalue1=application%2Fpdf&blobheadervalue2=inline%3B+filename%3D%22Lehrlinge.pdf%22&blobkey=id&blobnocache=false&blobtable=MungoBlobs&blobwhere=1342622257503&ssbinary=true&site=BUAK> (Stand 12.1.2017).

6 Krimphove, Europarecht, 2. Auflage, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart 2014, 72–73.

nicht anwendbar, da kein Beschäftigungsverhältnis zu einem österreichischen Unternehmen vorliegt und auch sonst kein Anhaltspunkt für eine Einordnung in die österreichische Arbeitsrechtssystematik vorliegt.

Obwohl also eine unselbstständige Tätigkeit in Österreich stattfindet, gilt österreichisches Arbeitsrecht nicht. Diese Tatsache wurde, vor allem was die Entlohnung betrifft, als unbefriedigend empfunden. Nicht nur sinnbildlich gesprochen bedeutete dies in der Ausgangssituation, dass auf einer Baustelle zwei Menschen, die die gleiche Tätigkeit ausführen, vollkommen unterschiedlich hohe Mindestlohnansprüche haben. Mit der Entsende-Richtlinie⁷ hat der europäische Normengeber klargestellt, dass entsendeten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern unabhängig von dem auf das jeweilige Arbeitsverhältnis anwendbare Recht bestimmte Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen, insbesondere auch bezugnehmend auf ihre Entlohnung, garantiert werden müssen.⁸ Somit werden bestimmte Elemente des österreichischen Arbeitsrechts über den Umweg des europäischen Arbeitsrechts für die rechtliche Betrachtung von Entsendungen wieder relevant.⁹

1.3 Probleme in der Praxis

Für viele Anwenderinnen und Anwender sind Entsendungen schwer durchschaubar. Vor allem Sonderfragen der österreichischen Bauwirtschaft stellen die Verantwortlichen vor Probleme. So stellt sich die Frage, ob die Gleichhaltung einiger ausländischer Bauarbeiter- Urlaubs- und Abfertigungskassen mit der

7 Richtlinie 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 1996 über die Entsendung von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen.

8 Art. 3 Abs. 1 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.

9 Siehe u.a. Wiesinger, Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz, Linde Verlag, Wien 2016, 24–25.

österreichischen BUAK in Bezug auf den Urlaubserwerb bei Entsendungen eine, eventuell rechtswidrige, Durchbrechung des Günstigkeitsprinzips bei der Frage des anzuwendenden Urlaubsrechts darstellt.¹⁰

Auch die Bewertung des Taggeldanspruchs bei Entsendungen stellt vor allem für österreichische Anwender und Anwenderinnen ein Problem dar. Ob Taggelder Entgeltbestandteile sind oder nicht muss in einer europarechtlichen Betrachtung vor allem nach der Entscheidung des EuGH im Fall *Sähköalojen*¹¹ neu bewertet werden. Die traditionelle österreichische Ansicht, dass es sich bei Taggeldern um einen Aufwendersatz handelt, der nicht Entgeltbestandteil ist, muss kritisch hinterfragt werden.

Ein in der Praxis sehr relevantes Thema ist die Feststellung des auf die Entsendung anzuwendenden österreichischen Kollektivvertrags. Hier passieren die meisten Fehler, die für Unternehmen teuer werden können. Vor allem das seit 2013 existierende, mehrmals nachjustierte LSD-BG¹² ahndet Unterentlohnungsvergehen rigoros. Die Strafdrohung richtet sich in solchen Fällen nicht automatisch nur gegen den unterentlohnenden ausländischen Beschäftigungsbetrieb, sondern im Rahmen der Auftraggeberhaftung auch gegen das inländische auftraggebende Unternehmen. Somit müssen auch österreichische Unternehmen, die im Zuge der Subvergabe auf ausländische Betriebe zurückgreifen, ein Interesse an der Einhaltung der bei Entsendung geltenden arbeitsrechtlichen Vorschriften haben.

10 § 33i Bundesgesetz betreffend den Urlaub und die Abfertigung für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in der Bauwirtschaft BGBl 414/1972 idgF.

11 EuGH 12.2.2015, C-396/13, *Sähköalojen ammatiliitto*.

12 Bundesgesetz, mit dem ein Gesetz zur Bekämpfung von Lohn- und Sozialdumping erlassen wird, BGBl. I. Nr. 44/2016.

VERFASST VON

Albert Scheiblauber, MLS

Bundesjugendsekretär Gewerkschaft Bau-Holz

Fachexperte in der Interessenvertretung KV, Jugend, Datenschutz

Dieses Handbuch stellt die arbeitsrechtlichen Ansprüche bei Entsendungen nach Österreich dar. Nach einem kurzen Einblick über das Wesen des europäischen Rechts und einer Darstellung der vier Grundfreiheiten wird auf die Systematik bei Entsendungen und den ständigen Konflikt zwischen der Dienstleistungsfreiheit des Arbeitgebers auf der einen und der arbeitsrechtlichen Ansprüche des Arbeitnehmers durch die Entsende-RL auf der anderen Seite eingegangen.

Danach wird auf die maßgebliche EU-Judikatur, die Leitentscheidung Sähköalojen und die Auswirkungen auf das österreichische Arbeitsrecht eingegangen. Am Ende werden spezifische Fragen der Haftung nach LSD-BG, des BUAG und der Rechtsdurchsetzung behandelt.

www.oegbverlag.at

ISBN 978-3-99046-400-7

