

Rechtsgutachten über Entsendungen im Schienenverkehr

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

Wien, am 14.6.2013

1.	Fragestellung	2
2.	Sachverhaltsgruppen.....	2
3.	Rechtliche Beurteilung	3
3.1.	Arbeitskräfteüberlassung oder eigene betriebliche Leistung?	3
3.2.	Ein österreichisches Unternehmen setzt im österreichischen Schienennetz Personal eines im Ausland niedergelassenen Arbeitgebers ein (Arbeitskräfteüberlassung)	5
3.2.1.	Kollisionsrechtliche Beurteilung	5
a)	Gewöhnlicher Arbeitsort in Österreich.....	6
b)	Gewöhnlicher Arbeitsort im Ausland - Entsendung	6
3.2.2.	Erstreckung österreichischer Löhne bei Entsendungen	7
a)	Echte Arbeitskräfteüberlassung.....	7
b)	Konzernüberlassung	8
3.3.	Ein im Ausland niedergelassenes Unternehmen wirtschaftet mit seinem eigenen Personal auf österreichischen Strecken	10
3.3.1.	Arbeitnehmer mit gewöhnlichem Arbeitsort in Österreich	10
3.3.2.	Arbeitnehmer mit gewöhnlichem Arbeitsort im Ausland	11
a)	Entsende-RL - Dienstleistungsentsendung	11
b)	Sachverhaltsgruppen	12
c)	Dienstleistungsentsendungen.....	12
d)	Keine Dienstleistungsentsendung	15
4.	Zusammenfassung.....	17

1. Fragestellung

Auf Österreichs Schienen kommen in verschiedensten Sachverhaltskonstellationen Arbeitnehmer von im Ausland niedergelassenen Arbeitgebern zum Einsatz. Diese Arbeitnehmer werden in der Praxis regelmäßig nach den im Ausland geltenden Entgeltregelungen entlohnt. Handelt es sich um Arbeitnehmer aus den östlichen Nachbarstaaten liegen ihre Löhne in der Regel weit unter den österreichischen Kollektivvertragslöhnen.

Im folgenden Gutachten soll untersucht werden, in welchen Sachverhaltskonstellationen auf diese Arbeitnehmer für ihre Tätigkeit im österreichischen Schienennetz die österreichischen Rechtsvorschriften, allen voran die kollektivvertraglichen Mindestlohnregelungen, anzuwenden sind.

Die angeführten Beispiele orientieren sich an Sachverhaltsdarstellungen der Gewerkschaft VIDA. Ziel ist es nicht, konkrete Einzelverträge spezifischer Unternehmer konkret zu beurteilen. Das vorliegende Gutachten baut auf einem grundsätzlichen Gutachten über die Anwendbarkeit der Entsenderichtlinie auf die Transportwirtschaft auf. Dieses wurde in der Zeitschrift Das Recht der Arbeit (DRdA 2013, 13) veröffentlicht.

2. Sachverhaltsgruppen

Folgende im internationalen Schienenverkehr typische Sachverhaltskonstellationen wurden der Gutachterin zur Kenntnis gebracht:

- a) Ein **österreichisches Unternehmen** setzt auf österreichischen Strecken **Personal eines im Ausland** niedergelassenen Arbeitgebers ein (Bsp: Rail Cargo Austria Personal der Rail Cargo Hungaria).

- b) Ein **im Ausland niedergelassenes Unternehmen** erbringt mit seinem eigenen Personal **Dienstleistungen im österreichischen Schienennetz** (zB Betrieb von Bordrestaurants, sowie Liege- und Schlafwagen)
- c) Ein **im Ausland niedergelassenes Unternehmen** fährt mit seinem eigenen Personal **auf österreichischen Strecken im Transit** (keine Zwischenhalte in Österreich)

3. Rechtliche Beurteilung

3.1. Arbeitskräfteüberlassung oder eigene betriebliche Leistung?

Die ersten beiden Sachverhaltskonstellationen unterscheiden sich dadurch, dass im ersten Fall ein in Österreich niedergelassenes Unternehmen Arbeitskräfte eines im Ausland niedergelassenen Unternehmens für betriebseigene Aufgaben einsetzt. Im zweiten Fall erbringt ein im Ausland niedergelassenes Unternehmen selbst Dienstleistungen in Österreich, und zwar unter Einsatz seiner eigenen Arbeitskräfte. Die Regelungen für die beiden Fälle sind sowohl nach europäischer als auch nach nationaler Rechtslage unterschiedlich, weshalb diese Sachverhaltskonstellationen klar unterschieden werden müssen.

§ 3 Abs 1 AÜG definiert Arbeitskräfteüberlassung als **Zurverfügungstellung von Arbeitskräften zur Arbeitsleistung an Dritte**. Ein Überlasser verpflichtet seine eigenen Arbeitskräfte zur Arbeitsleistung an einen Beschäftiger; der Beschäftiger setzt die Arbeitskräfte des Überlassers zur Arbeitsleistung für betriebseigene Aufgaben ein. Arbeitgeber der überlassenen Arbeitskräfte ist also der Überlasser. Zwischen dem Beschäftiger und der überlassenen Arbeitskraft entsteht kein weiteres Vertragsverhältnis. Typisch für solche Sachverhalte ist die Eingliederung der überlassenen Arbeitskraft in den Betrieb des Beschäftigers.

§ 4 Abs 2 AÜG hält fest, dass Arbeitskräfteüberlassung auch vorliegt, wenn die Arbeitskräfte ihre Arbeitsleistung im Betrieb eines Werkbestellers **in Erfüllung von**

Werkverträgen erbringen, sofern sie kein von den Produkten und Dienstleistungen des Werkbestellers unterscheidbares und dem Werkbesteller zurechenbares Werk herstellen; oder die Arbeit nicht vorwiegend mit Material und Werkzeug des Werkunternehmers leisten; oder organisatorisch in den Betrieb des Werkbestellers eingegliedert sind ; oder der Werkunternehmer nicht für den Erfolg der Werkleistung haftet. Für die Beurteilung, ob in diesem Sinn eine Arbeitskräfteüberlassung oder eine eigenständige Werkleistungserbringung eines Unternehmers vorliegt, ist gem § 4 Abs 1 AÜG der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend.

Bsp: Werden daher etwa Zugbegleiter von einem Unternehmen (als DG) einem Eisenbahnverkehrsunternehmens (EVU) zur Verfügung gestellt, die in den Betrieb des EVU insofern eingegliedert werden, als sie Anweisungen vom Personal des EVU bekommen, dessen Uniform zu tragen haben, von diesem Pausenräume und Spinde an den Bahnhöfen zur Verfügung gestellt bekommen, ist ein Fall von Arbeitskräfteüberlassung gegeben. Das überlassende Unternehmen erbringt außer der Zurverfügungstellung von Arbeitnehmern keine eigenständige betriebliche Leistung, die von jener des EVU abgrenzbar wäre.

Im Fall ÖBB – DO&CO- Henry am Zug (österr. oder ungarische Niederlassung) ist zu unterscheiden, welches Unternehmen den Betrieb der Zugrestaurants führt und in welcher Form dort die Arbeitnehmer welchen Unternehmens eingesetzt werden. Sollte Henry am Zug Österreich den Betrieb der Zugrestaurants führen und dafür Arbeitskräfte des Konzernunternehmens Henry am Zug Ungarn einsetzen, läge ein Fall von konzerninterner Arbeitskräfteüberlassung vor. Würde der Betrieb der Zugrestaurants dagegen von Henry am Zug Ungarn geführt und setzte diese dazu ihre eigenen Arbeitnehmer ein, läge kein Fall von Arbeitskräfteüberlassung sondern ein Fall von grenzüberschreitender Dienstleistungserbringung unter Entsendung der eigenen Arbeitnehmer vor.

3.2. Ein österreichisches Unternehmen setzt im österreichischen Schienennetz Personal eines im Ausland niedergelassenen Arbeitgebers ein (Arbeitskräfteüberlassung)

3.2.1. Kollisionsrechtliche Beurteilung

Zunächst ist wie bei allen grenzüberschreitenden Sachverhalten nach allgemeinem Kollisionsrecht zu entscheiden, **welche Arbeitsrechtsordnung** grundsätzlich auf die grenzüberschreitend eingesetzten Arbeitnehmer anzuwenden ist. Haben die Parteien keine Rechtswahl getroffen, ist gem Art 8 Abs 2 VO 593/2008 (Rom I-VO) das Recht des Staates, in dem oder allenfalls von dem aus der Arbeitnehmer in Erfüllung des Vertrages gewöhnlich seine Arbeit verrichtet (**gewöhnlicher Arbeitsort**) anzuwenden.

Die maßgeblichen Kriterien für die Prüfung des „gewöhnlichen Arbeitsortes“ gibt der EuGH in der Entscheidung Koelzsch¹ vor: Wird die Arbeit in mehreren Mitgliedstaaten verrichtet, ist das Kriterium des Staates, in dem die **Arbeit gewöhnlich verrichtet** wird, weit auszulegen und so aufzufassen, dass es sich auf den **Ort** bezieht, **an dem oder von dem aus** der Arbeitnehmer seine berufliche Tätigkeit tatsächlich ausübt, und, **in Ermangelung eines Mittelpunkts** der Tätigkeit, auf den Ort, an dem er den **größten Teil** seiner Arbeit ausübt. In der Rs Koelzsch hat der EuGH festgehalten, dass der Staat, in dem ein AN in Erfüllung des Vertrags gewöhnlich seine Arbeit verrichtet, derjenige ist, in dem oder von dem aus er unter **Berücksichtigung sämtlicher Gesichtspunkte**, die diese Tätigkeit kennzeichnen, seine Verpflichtungen gegenüber seinem Arbeitgeber im Wesentlichen erfüllt. Dabei muss dem **Wesens** der Arbeit im **internationalen Transportsektor** sowie der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden sämtlichen Gesichtspunkten Rechnung getragen werden, die die Tätigkeit des Arbeitnehmers kennzeichnen. Es ist insb zu ermitteln, in welchem Staat sich der **Ort befindet, von dem aus** der Arbeitnehmer seine Transportfahrten durchführt, **Anweisungen** zu diesen Fahrten erhält und seine **Arbeit organisiert** und an dem sich die **Arbeitsmittel**

¹ EuGH 15.3.2011, C-29/10, Slg 2011, I-0000.

befinden. Es ist auch zu prüfen, **an welche Orte die Waren** hauptsächlich transportiert werden, **wo sie entladen** werden und wohin der Arbeitnehmer nach seinen Fahrten **zurückkehrt.**

a) **Gewöhnlicher Arbeitsort in Österreich**

Stellt sich nach dieser Prüfung heraus, dass die in Österreich eingesetzten Arbeitnehmer ihren **gewöhnlichen Arbeitsort in Österreich** haben, ist **österreichisches Arbeitsrecht** anzuwenden. Selbst bei Rechtswahl einer anderen Rechtsordnung sind gem Art 8 Abs 1 Rom I - VO jedenfalls die zwingenden Bestimmungen der Rechtsordnung anzuwenden, die ohne Rechtswahl zur Anwendung käme.

Setzt ein österreichisches Unternehmen Arbeitnehmer ein, die ihm von einem im Ausland niedergelassenen Unternehmen überlassen worden sind, sind die Regelungen des **Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes (AÜG)** anzuwenden.

Gem § 10 AÜG hat der Arbeitnehmer Anspruch auf ein angemessenes, ortsübliches Entgelt. Bei der Beurteilung der Angemessenheit ist für die Dauer der Überlassung auf das im Beschäftigterbetrieb **vergleichbaren Arbeitnehmer für vergleichbare Tätigkeiten zu zahlende kollektivvertragliche Entgelt** Bedacht zu nehmen.

b) **Gewöhnlicher Arbeitsort im Ausland - Entsendung**

Liegt der **gewöhnliche Arbeitsort** des Arbeitnehmers dagegen **im Ausland** – etwa weil der Arbeitnehmer zu einem Großteil seiner Gesamtarbeitszeit in ausländischen Schienennetzen eingesetzt wird – liegt für die Zeit seiner Tätigkeit in Österreich eine **Entsendung** vor.

In diesem Fall sind die sonderkollisionsrechtlichen Regelungen der **Entsende-RL** maßgeblich: Die Entsende-RL findet Anwendung,

- wenn ein Unternehmen einen Arbeitnehmer in eine Niederlassung oder ein der Unternehmensgruppe angehörendes Unternehmen im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates entsendet, sofern für die Dauer der Entsendung ein

Arbeitsverhältnis zwischen dem entsendenden Unternehmen und dem Arbeitnehmer besteht (**Konzernüberlassung**);

Dies wäre der Fall, wenn die Rail Cargo Austria im österreichischen Schienennetz ungarisches Personal der Rail Cargo Hungaria einsetzt.

Dies könnte der Fall sein, wenn etwa die "Henry am Zug Hungaria" Arbeitnehmer an die "Henry am Zug Österreich" überlässt, die ihrerseits die Zugrestaurants aufgrund eines Vertrages mit der ÖBB betreibt.

- oder wenn ein Unternehmen als Leiharbeitsunternehmen oder als Arbeitnehmer zur Verfügung stellendes Unternehmen einen Arbeitnehmer in ein verwendendes Unternehmen entsendet, das seinen Sitz im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates hat oder dort seine Tätigkeit ausübt, sofern für die Dauer der Entsendung ein Arbeitsverhältnis zwischen dem verleihenden Unternehmen und dem Arbeitnehmer besteht (**echte Arbeitskräfteüberlassung**).

Der österreichische Gesetzgeber hat die Entsende-RL für die Fälle der Konzernüberlassung und der (echten) Arbeitskräfteüberlassung **im AÜG umgesetzt**.

3.2.2. Erstreckung österreichischer Löhne bei Entsendungen

a) Echte Arbeitskräfteüberlassung

Für den Fall der (**echten**) **Arbeitskräfteüberlassung** ermächtigt Art 3 Abs 9 Entsende-RL die Mitgliedstaaten unbedingt, den aus dem Ausland überlassenen Arbeitnehmern diejenigen Bedingungen zu garantieren, die im Empfangsstaat für Leiharbeiter gelten. In diesem Fall gelten sämtliche Bestimmungen des AÜG. Setzt somit ein österreichisches Unternehmen Personal eines ausländischen Arbeitgebers, der in keinem Konzernverhältnis zum österreichischen Unternehmen steht, ein, sind **sämtliche Regelungen des AÜG, inklusive der Verpflichtung des § 10 zur Zahlung vergleichbarer Löhne**, anzuwenden.

Bsp: Dem Feststellungsantrag in der Rechtssache 9 ObA 147/05s lag ein Sachverhalt zugrunde, in dem in den Zügen des CAT Zugbegleiter eines Arbeitskräfteüberlassers eingesetzt worden sind. Häufiger scheinen in der Praxis jedoch Fälle von Konzernüberlassungen vorzukommen, in denen im Ausland niedergelassene Töchter Arbeitnehmer an die in Österreich tätige Muttergesellschaft überlassen (dazu gleich).

b) Konzernüberlassung

Im Fall einer **Konzernüberlassung** steht die Ermächtigung der Mitgliedstaaten gem Art 3 Abs 10 Entsende-RL, ihre kollektivvertraglichen Mindestlohnbestimmungen in der Transportwirtschaft auch auf aus dem Ausland entsandte Arbeitnehmer auszudehnen, unter der **Bedingung**, dass dadurch die **Dienstleistungsfreiheit** gem Art 56 AEUV **nicht verletzt** wird.

§ 10 AÜG, der für die Dauer der Überlassung einen **Anspruch auf das kollektivvertragliche Entgelt, das im Beschäftigetrieb vergleichbaren Arbeitnehmern für vergleichbare Tätigkeiten zu zahlen ist**, normiert, ist somit **grundsätzlich anwendbar**. Allerdings wäre diese Erstreckung der österreichischen Mindestlöhne gem § 10 AÜG unionsrechtlich **unzulässig**, wenn aufgrund der Gesamtumstände eine **Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit** des ausländischen Unternehmens nicht gerechtfertigt werden kann.

Die Judikatur des EuGH macht deutlich, dass die Erstreckung kollektivvertraglicher Entgeltbestimmungen des Aufnahmestaates auf Arbeitnehmer aus den Entsendestaaten grundsätzlich als **Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit** zu sehen ist. Eine solche Beschränkung kann jedoch durch das Allgemeininteresse am Schutz der entsandten Arbeitnehmer gerechtfertigt werden. In seiner jüngeren Rsp akzeptiert der EuGH als weitere **Rechtfertigungsgründe** Maßnahmen des Aufnahmestaates zum Schutz seiner Unternehmen vor unlauterem Wettbewerb² und zum Schutz der Arbeitnehmer des Aufnahmemitgliedstaates gegen ein etwaiges Sozialdumping³. Die

² EuGH 12.10.2004, C-60/03 Wolff & Müller, Slg 2004, I-9553, Rn 41, 42;

³ EuGH 18.12.2007, C-341/05 Laval, Slg 2001, I-11767, Rn 103.

zur Erreichung dieser Ziele getroffenen Maßnahmen müssen allerdings dem **Verhältnismäßigkeitsgrundsatz** entsprechen. Die Anwendung von Mindestlohnbestimmungen darf von einem ausländischen Unternehmer etwa nur dann verlangt werden, wenn diese hinreichend genau und zugänglich sind. Die Einhaltung solcher Verpflichtungen darf für den ausländischen Unternehmer nicht unmöglich oder übermäßig schwer sein.⁴

Das Urteil Mazzoleni (EuGH C-165/98) zeigt, dass etwa im Fall kurzfristiger, grenzüberschreitender Einsätze abzuwägen ist, ob dem erhöhten Verwaltungsaufwand für den ausländischen Arbeitgeber überhaupt ein nennenswerter Nutzen für die entsandten Arbeitnehmer gegenübersteht, wenn zB das Lohnniveau im Entsende- und im Aufnahmestaat im Großen und Ganzen gleich ist (vgl zu diesem Urteil und seinen Konsequenzen unter Beachtung der Folgejudikatur ausführlich unten S. 14).

Die Einhaltung österreichischer Mindestlohnnormen darf aber beim Einsatz ausländischer Arbeitskräfte im Rahmen einer Konzernüberlassung dann zu Recht verlangt werden, wenn die Konstruktion der Konzernüberlassung dazu dient, österreichische Unternehmen und/oder österreichische Arbeitnehmer unter Ausnutzung des niedrigen Lohnniveaus im Entsendestaat vom Markt zu verdrängen. Dies wäre etwa der Fall, wenn Speisewagenpersonal eines im Ausland niedergelassenen Subunternehmers in das Schwester- oder Mutterunternehmen in Österreich überlassen wird, welches dadurch Wettbewerbsvorteile durch sog. Lohndumping gegenüber Unternehmen hat, die den österreichischen Kollektivverträgen unterworfen sind und dementsprechend wesentlich höhere Löhne zahlen müssen.

⁴ EuGH 23.11.1999, C-369/96 Arblade, Slg 1999, I-8453.

3.3. Ein im Ausland niedergelassenes Unternehmen wirtschaftet mit seinem eigenen Personal auf österreichischen Strecken

Im österreichischen Schienennetz sind im Ausland niedergelassene Unternehmen tätig, die für diese eigene betriebliche Tätigkeit eigenes Personal einsetzen.

Bsp: Deutsche Bahn Bistro Wagen zwischen Salzburg und Graz; möglicherweise Henry am Zug Ungarn, das mit eigenen Arbeitskräften Bordrestaurants in Österreich betreibt ; im Ausland niedergelassene Unternehmen, die im österreichischen Schienennetz Schlaf- und Liegewagen einsetzen; ein tschechisches Schienenverkehrsunternehmen befährt mit eigenen ZugbegleiterInnen eine Strecke von der tschechischen Grenze bis Linz und zurück.

Auch in diesen Fällen ist der **Anknüpfungspunkt** für die Frage nach dem anwendbaren Recht und insb der österreichischen Mindestlohnvorschriften der **einzelne Arbeitnehmer**. Für jeden einzelnen Arbeitnehmer muss zunächst wiederum gem Art 8 VO Rom I - VO festgestellt werden, in welchem Staat sein gewöhnlicher Arbeitsort liegt.

3.3.1. Arbeitnehmer mit gewöhnlichem Arbeitsort in Österreich

Wird ein Arbeitnehmer überwiegend (vgl für die Kriterien im Einzelnen oben, Rs Koelzsch) im österreichischen Schienennetz eingesetzt, liegt sein gewöhnlicher Arbeitsort in Österreich, womit **auf diesen Arbeitnehmer österreichisches Recht** zur Anwendung kommt. Selbst wenn im Arbeitsvertrag eine Rechtswahl zugunsten einer ausländischen Rechtsordnung getroffen worden wäre, würden gem Art 8 Abs 1 Rom I – VO die zwingenden Bestimmungen des österreichischen Arbeitsrechts zur Anwendung kommen.

Eine solche zwingende Bestimmung ist **§ 7 AVRAG**. Da ein im Ausland niedergelassener Arbeitgeber nicht Mitglied der Wirtschaftskammer ist und daher auch nicht dem Kollektivvertrag für Eisenbahnunternehmen angehört, erstreckt § 7 AVRAG die Kollektivvertragslöhne für Arbeitnehmer solcher Arbeitgeber: Beschäftigt ein Arbeitgeber ohne Sitz in Österreich einen Arbeitnehmer mit gewöhnlichem Arbeitsort in Österreich, so hat dieser Arbeitnehmer zwingend Anspruch zumindest auf jenes

kollektivvertragliche Entgelt, das am Arbeitsort vergleichbaren Arbeitnehmern von vergleichbaren Arbeitgebern gebührt.

3.3.2. Arbeitnehmer mit gewöhnlichem Arbeitsort im Ausland

a) Entsende-RL - Dienstleistungsentsendung

Liegt der gewöhnliche Arbeitsort der in Österreich teilweise eingesetzten Arbeitnehmer im Ausland, käme nach Art 8 Abs 2 Rom I - VO grds ausländisches Recht zur Anwendung. Allerdings gehen die sonderkollisionsrechtlichen Regelungen der **Entsende-RL 96/71** vor, sofern der konkrete grenzüberschreitende Sachverhalt in den Geltungsbereich der Entsende-RL fällt.

Setzt ein im Ausland ansässiges Unternehmen seine eigenen Arbeitskräfte im Rahmen seiner eigenen betrieblichen Tätigkeit in Österreich ein, liegt weder eine Konzern- noch eine echte Arbeitskräfteüberlassung iSd Art 1 Abs 3 lit b und c Entsende-RL vor. Ein solcher Sachverhalt kann daher nur dann in den Geltungsbereich der Entsende-RL fallen, wenn gem Art 1 Abs 3 lit a Entsende-RL eine sog **Dienstleistungsentsendung** vorliegt. Eine Dienstleistungsentsendung liegt vor, wenn ein ausländisches Unternehmen einen Arbeitnehmer in seinem Namen und unter seiner Leitung in das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates **im Rahmen eines Vertrages entsendet**, der zwischen dem entsendenden Unternehmen und dem **in diesem Mitgliedstaat tätigen Dienstleistungsempfänger** geschlossen wurde, sofern für die Dauer der Entsendung ein Arbeitsverhältnis zwischen dem entsendenden Unternehmen und dem Arbeitnehmer besteht.

Es ist daher für verschiedene **Sachverhalte** zu prüfen, ob das im Ausland niedergelassene Unternehmen seine eigenen Arbeitnehmer vorübergehend entsendet, um Leistungen gegenüber in Österreich aufhältigen Dienstleistungsempfängern zu erfüllen.

b) Sachverhaltsgruppen

Entfaltet ein im Ausland niedergelassenes Unternehmen im österreichischen Schienennetz unter Einsatz seiner eigenen Arbeitskräfte eine eigene betriebliche Tätigkeit, so sind aus rechtlicher Sicht zwei grundlegende Sachverhaltsgruppen zu unterscheiden:

- Das ausländische Unternehmen setzt seine Arbeitnehmer in Österreich zur Erfüllung von **Dienstleistungsverträgen** ein. Dienstleistungsempfänger kann entweder ein anderes Schienenverkehrsunternehmen sein, oder aber die Fahrgäste und andere Kunden.
- Das ausländische Unternehmen befährt Teile des österreichischen Schienennetzes, **ohne** dass dabei **Dienstleistungen gegenüber einem in Österreich tätigen Dienstleistungsempfänger** erbracht würden (insb Transit ohne Zwischenhalte in Österreich)

c) Dienstleistungsentsendungen

Verpflichtet sich ein im Ausland niedergelassenes Unternehmen in einem Vertrag mit einem in Österreich niedergelassenen (Schienenverkehrs)unternehmen für diese Dienstleistungen zu erbringen, liegt eine Dienstleistungsentsendung iSd Art 1 Abs 3 lit a Entsende-RL vor. In diesem Fall lässt sich von einem Generalunternehmer – **Subunternehmer** – Verhältnis sprechen.

Grundsätzlich sich könnte ein Unternehmen wie Henry am Zug Ungarn gegenüber den ÖBB verpflichten, in bestimmten Zügen die Bordrestaurants zu betreiben. Dieselbe Konstellation ist bei Schlaf-/Liegewagen denkbar. Der Auftraggeber, die ÖBB, sind Dienstleistungsempfänger iSd Entsende-RL. Zusätzlich sind jedenfalls in den Bordrestaurants die Kunden Dienstleistungsempfänger.

Eine Dienstleistungsentsendung liegt aber auch vor, wenn ein in Österreich tätiger **Letztverbraucher**, also der Bahnkunde, Empfänger der Dienstleistung ist.

Sollten im Ausland niedergelassene Schienenverkehrsunternehmen – wie etwa ein tschechisches Bahnunternehmen die Strecke Summerau – Linz oder Sopron – Wien befahren – und liegen auf der Strecke Zwischenhalte werden jedenfalls Beförderungsverträge gegenüber den in Österreich zusteigenden Bahnkunden erfüllt.

Sind im Ausland niedergelassene Unternehmen berechtigt, ihre Waggons - wie etwa Schlafwagen - ohne Dienstleistungsverpflichtung gegenüber einem in Ö niedergelassenen Schienenverkehrsunternehmen an Züge anzuhängen, und können in Österreich aufhältige Kunden die Tickets direkt beim Zugbegleiter erwerben, sind die Kunden Dienstleistungsempfänger.

Art 3 Abs 10 iVm Art 3 Abs 1 **Entsende-RL ermächtigt** die Mitgliedstaaten, die Mindestlohnsätze aus allgemein verbindlichen Kollektivverträgen, die nicht die Bauwirtschaft betreffen, auf entsandte Arbeitnehmer auszudehnen.

Österreich hat von dieser Ermächtigung in **§ 7b AVRAG** Gebrauch gemacht. Danach hat ein Arbeitnehmer, der von einem Arbeitgeber mit Sitz in einem anderen EWR-Mitgliedstaat zur Erbringung fortgesetzter Arbeitsleistungen nach Österreich entsandt wird, zwingend Anspruch auf zumindest **jenes kollektivvertragliche Entgelt, das am Arbeitsort vergleichbaren Arbeitnehmern von vergleichbaren Arbeitgebern** gebührt.

Zu berücksichtigen ist allerdings auch hier, dass die Ermächtigung des Art 3 Abs 10 Entsende-RL die Einschränkung enthält, dass es durch die Ausdehnung der Mindestlöhne auf entsandte Arbeitnehmer zu **keiner Verletzung des AEUV, allen voran der Dienstleistungsfreiheit** kommen darf (vgl schon oben). Jede Erstreckung inländischer Arbeitsbedingungen auf entsandte Arbeitnehmer ist eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit, die allerdings gerechtfertigt werden kann. Wie bereits zur Konzernüberlassung festgehalten, anerkennt der EuGH als Rechtfertigungsgründe traditionell den **sozialen Schutz** der entsandten Arbeitnehmer,⁵ in seiner jüngeren Rsp aber auch Maßnahmen des Empfangsstaates zum Schutz seiner Unternehmen vor

⁵ Ua EuGH 28.3.1996, Rs C-272/94 Guiot, Slg 1996, I-1905; 25.10.2001, Rs C-49/98 ua, Finalarte, Slg 2001, I-7831.

unlauterem Wettbewerb⁶ und zum Schutz der Arbeitnehmer des Empfangsstaates gegen ein etwaiges **Lohn- und Sozialdumping**⁷.

Von Bedeutung ist im vorliegenden Zusammenhang das Urteil des EuGH in der Rs Mazzoleni⁸. Es ist das bisher einzige Urteil des EuGH zum Entsenderecht, das nicht die Bauwirtschaft betrifft. Es ging es um kurzfristige grenzüberschreitende Entsendungen von französischem Bewachungspersonal nach Belgien. Die belgischen Behörden wollten einem in Frankreich niedergelassenen Unternehmen die Bezahlung belgischer Mindestlöhne für die Zeiten der Entsendung vorschreiben. Der EuGH entschied, dass gerade im Fall **kurzfristiger, grenzüberschreitender Einsätze abzuwägen** ist, ob dem erhöhten Verwaltungsaufwand für den ausländischen Arbeitgeber überhaupt ein nennenswerter Nutzen für die entsandten Arbeitnehmer gegenübersteht, wenn das **Lohnniveau im Entsende- und im Aufnahmestaat im Großen und Ganzen gleich** ist. Man müsse berücksichtigen, dass eine Ausdehnung der Mindestlöhne des Empfangsstaates zum einen zu **unverhältnismäßig hohen zusätzlichen Verwaltungskosten** des AG führen könne, etwa für eine stundenweise Berechnung des angemessenen Entgelts für jeden Arbeitnehmer, je nachdem, ob er während seiner Arbeit die Grenze zu einem anderen Mitgliedstaat überschritten hat, und zum anderen zur Zahlung unterschiedlich hoher Entgelte an die Beschäftigten, die **alle derselben Operationsbasis** angehören und die gleiche Arbeit leisten. Die zuletzt genannte Auswirkung könne wiederum **Spannungen zwischen den Beschäftigten** zur Folge haben und sogar die Kohärenz der im Niederlassungsmitgliedstaat geltenden Tarifverträge bedrohen.⁹

Das Urteil Mazzoleni stammt allerdings aus der Zeit vor dem Beitritt der Mittel- und Osteuropäischen Staaten zur EU. Seit deren Beitritt im Jahr 2004 und damit dem akuten Auftreten der Problematik grenzüberschreitenden Wettbewerbs durch das Ausnutzen niedriger Löhne akzeptiert der EuGH als Rechtfertigungsgrund für die

⁶ EuGH 12.10.2004, C-60/03 Wolff & Müller, Slg 2004, I-9553, Rn 41, 42;

⁷ EuGH 18.12.2007, C-341/05 Laval, Slg 2001, I-11767, Rn 103.

⁸ EuGH C-165/98, Slg 2001, I-2189.

⁹ EuGH 15.3.2001, C-165/98 Mazzoleni.

Erstreckung der Mindestlöhne durch die Empfangsstaaten auch den Schutz der Wirtschaft und des Arbeitsmarktes der Empfangsstaaten vor Lohn- und Sozialdumping.

Die Entscheidung in der Rs Mazzoleni muss daher relativiert und zusätzliche Gesichtspunkte miteinbezogen werden. Wesentlich ist die Frage, ob durch den Einsatz von aus Niedriglohnstaaten nach Österreich entsandten Arbeitnehmern österreichische Unternehmen und deren Arbeitnehmer durch Wettbewerb über Lohndumping verdrängt werden.

Umgelegt auf Sachverhaltskonstellationen in österreichischen Grenzregionen hieße das, dass bei **kurzfristigen grenzüberschreitenden Entsendungen** zwischen zwei **Hochlohnstaaten** wie Deutschland und Österreich eine Erstreckung der Mindestlöhne möglicherweise **nicht zulässig** ist, in Grenzregionen zu Tschechien, Ungarn oder der Slowakei dagegen schon. Im letzteren Fall würde das Ziel der Vermeidung von Lohn- und Sozialdumping im Interesse der Arbeitnehmer und Unternehmer des Aufnahmestaates die Erstreckung der Mindestlöhne rechtfertigen. Diese aus der Rsp des EuGH ableitbare Differenzierung spiegelt wider, welche Art von Wettbewerb aus unionsrechtlicher Sicht erwünscht bzw unerwünscht ist. Könnte ein ausländisches Unternehmen **über die Lohndifferenz inländische Unternehmen unlauter konkurrenzieren**, lassen sich **Eingriffe in die Dienstleistungsfreiheit rechtfertigen**.

d) Keine Dienstleistungsentsendung

Die letzte Sachverhaltskonstellation betrifft den Einsatz von ausländischen Arbeitskräften durch im Ausland niedergelassene Unternehmen im österreichischen Schienennetz, ohne dass dadurch Dienstleistungsverträge mit in Österreich tätigen Dienstleistungsempfängern erfüllt würden. Dies ist insb dann der Fall, wenn ein Zug Österreich lediglich im Transit passiert ("Korridorzug"). Aber auch wenn lediglich Personen an einen Endbahnhof gebracht werden (Skizug aus Belgien ins Bundesland Salzburg) ist möglicherweise kein in Österreich tätiger Dienstleistungsempfänger auszumachen (Bei diesem Zug werden ausschließlich belgische Skiurlauber nach

Österreich und wieder zurück transportiert, ohne dass Dienstleistungen für in Österreich aufhältige Kunden erbracht werden.)

Die Entsende-RL ist auf Entsendungen, die keine Dienstleistungsentsendungen und keine Fälle der Arbeitskräfteüberlassung sind, nicht anzuwenden. Es bleibt bei der Anwendbarkeit der **allgemein kollisionsrechtlichen Regelung des Art 8 Rom I - VO**. Danach bleibt auch für den Fall der vorübergehenden Entsendung von Arbeitnehmern in Ausland das Recht des gewöhnlichen Arbeitsortes¹⁰ anwendbar.

Allerdings könnten die österreichischen Mindestlohnregelungen als **Eingriffsnormen** iSd Art 9 Rom I – VO zu qualifizieren sein und damit zusätzlich zum Recht des gewöhnlichen Arbeitsortes Anwendung finden. Eingriffsnormen sind nunmehr **unionsrechtlich definiert**, das Auslegungsmonopol hat der EuGH. Gem Art 9 Rom I – VO sind Eingriffsnormen zwingende Vorschriften, deren Einhaltung vom Staat als so entscheidend für die Wahrung seines **öffentlichen Interesses**, insbesondere seiner politischen, sozialen oder wirtschaftlichen Organisation, angesehen wird, dass sie ungeachtet des nach Maßgabe der Rom I – VO auf den Vertrag anzuwendenden Rechts auf alle Sachverhalte anzuwenden sind, die in ihren Anwendungsbereich fallen.

Seit der Einführung der Strafbestimmungen für Unterbezahlung durch Unterschreitung des Grundlohnes durch das Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz kann kein Zweifel bestehen, dass ein verstärktes öffentliches Interesse in Österreich daran besteht, dass Arbeitgeber für die Ausführung bestimmter Tätigkeiten auf österreichischem Territorium ein bestimmtes, an den österreichischen Kollektivvertragslöhnen orientiertes Entgelt bezahlen. Das öffentliche Interesse beruht auf sozialpolitischen, arbeitsmarktpolitischen und wettbewerbspolitischen Gründen, insb zur Verhinderung von Lohn- und Sozialdumping. **§ 7b AVRAG ist daher als Eingriffsnorm** zu qualifizieren, die zusätzlich zum Recht des gewöhnlichen Arbeitsortes zur Anwendung kommt.

¹⁰ Im Fall der Rechtswahl einer anderen Rechtsordnung nur die zwingenden Regelungen.

Zu berücksichtigen ist aber auch hier, dass die Anwendung einer Norm als Eingriffsnorm zu **keiner Verletzung** von EU-Primärrecht, insb der **Dienstleistungsfreiheit** führen darf. Es ist im Einzelfall zu prüfen, ob die Anwendung einer österreichischen Norm als Eingriffsnorm die darin liegende Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit rechtfertigen kann. Daher könnte gerade im Fall von **kürzeren Entsendetatbeständen**, wie etwa bei Reisebewegungen ausländischer Arbeitnehmer auf österreichischem Territorium im **Transit**, in denen es zu keiner Verdrängung österreichischer Unternehmen vom Markt kommt und keine wesentlichen sozialen Interessen der österreichischen Arbeitnehmer verletzt werden, die Anwendbarkeit des § 7b als Eingriffsnorm zu verneinen sein.

4. Zusammenfassung

1. Setzt ein **österreichisches Unternehmen** auf österreichischen Strecken **Personal eines im Ausland niedergelassenen Arbeitgebers** ein, liegt ein Fall grenzüberschreitender Arbeitskräfteüberlassung vor. Handelt es sich um echte Arbeitskräfteüberlassung, haben die überlassenen AN gem § 10 AÜG Anspruch auf für die Dauer der Überlassung **Anspruch auf das kollektivvertragliche Entgelt, das im Beschäftigterbetrieb vergleichbaren Arbeitnehmern für vergleichbare Tätigkeiten zu zahlen ist.**
2. Dasselbe gilt grundsätzlich für **Konzernüberlassungen**, es sei denn, es wäre im Einzelfall keine Rechtfertigung für eine solche Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit gegeben. Die Anwendung der österreichischen Mindestlöhne ist insb dann gerechtfertigt, wenn die Konzernüberlassung zu unfairem Wettbewerb über Lohn- und Sozialdumping führt.
3. Wirtschaftet ein **ausländisches Unternehmen mit seinem eigenen Personal** im österreichischen Schienennetz, ist zunächst am einzelnen Arbeitnehmer anzuknüpfen:

- a. Liegt der **gewöhnliche Arbeitsort des Arbeitnehmers in Österreich**, hat der Arbeitnehmer gem **§ 7 AVRAG** zwingend Anspruch zumindest auf jenes kollektivvertragliche Entgelt, das am Arbeitsort vergleichbaren Arbeitnehmern von vergleichbaren Arbeitgebern gebührt.
 - b. Liegt der **gewöhnliche Arbeitsort** des entsandten Arbeitnehmers **im Ausland**, ist die Entsende-RL und deren Umsetzung in § 7b AVRAG anzuwenden, sofern eine **Dienstleistungsentsendung** vorliegt. Die entsandten Arbeitnehmer haben Anspruch auf die österreichischen **Mindestlöhne gem § 7b AVRAG**.
4. In diesen Fällen ist jedoch abzuwägen, ob die Erstreckung österreichischer Mindestlöhne auf entsandte Arbeitnehmer als Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit gerechtfertigt werden kann. Je intensiver der Aspekt **unfairen Wettbewerbs durch Lohn- und Sozialdumping** ist, desto eher ist die Ausdehnung der Mindestlöhne **gerechtfertigt**.
5. Befahren ausländische Eisenbahnunternehmen das österreichische Schienennetz dagegen **ausschließlich im Transit**, und erfüllt das im Ausland niedergelassene Unternehmen damit keine Dienstleistungsverträge mit Dienstleistungsempfängern in Österreich, sind die österreichischen Löhne auf die dabei tätigen ausländischen Dienstnehmer mangels Dienstleistungsentsendung **nicht zu erstrecken**.