

Zeitschrift für

ARBEITS-**ZAS** UND SOZIALRECHT

Schriftleitung Theodor Tomandl, Martin Risak
Redaktion Helwig Aubauer, Rolf Gleißner, Bernhard W. Gruber,
Harald Kaszanits, Thomas Neumann,
Michael Reiner, Franz Schrank

Jänner 2012 **01**

1 – 48

Schwerpunktbeiträge

Grenzüberschreitende Arbeitsleistung

Arbeitszeit- und Entgeltrecht bei kurzzeitigen Auslandsdienstreisen

Florian G. Burger ➔ 4

Zur Bindungswirkung der Entsendebescheinigung A1

Manfred Pörtl ➔ 12

Beitrag

Rs Küçükdeveci: Der EuGH an der Grenze zur Willkür

Jasmin Pačić ➔ 20

Rechtsprechung kommentiert

Auslandsentsendung und Entgelt Dritter

Florian G. Burger ➔ 33

Facharbeiter ohne Lehrabschlussprüfung?

Christoph Wiesinger ➔ 40

Muster

Verständigung vom Betriebsübergang

Andreas Gerhartl ➔ 47

Arbeitszeit- und Entgeltrecht bei kurzzeitigen Auslandsdienstreisen

ZAS 2012/2

Art 8, 9, 23
Rom I-VO;
Entsende-RL
96/71/EG;
§ 7 b Abs 1
AVRAG

Auslands-
dienstreise;
Entsendung;
Eingriffsnorm

„Es ist Deutschland hier!“⁽¹⁾ „Qui si parla italiano!“⁽²⁾ – Wer eine Staatsgrenze überschreitet, ist mit einer anderen nationalen Rechtsordnung konfrontiert. Bei dauerhaft im Ausland beschäftigten Arbeitnehmern überrascht dies nicht. Doch gilt dies auch für eintägige Dienstreisen? Muss der Arbeitgeber auch hier die fremde Rechtsordnung beachten?

Von Florian G. Burger

Inhaltsübersicht:

- A. Einleitung
- B. Gemeinsames aus österreichischer und deutscher Sicht
- C. Dienstreise von Österreich nach Deutschland
- D. Dienstreise von Deutschland nach Österreich
- E. Zusammenfassung

A. Einleitung

In einer fortschreitend globalisierten Arbeitswelt, in der Staaten – ganz iSd Art 3 EUV – näher rücken und ihre Grenzen an Bedeutung verlieren, ist es nicht selten, dass AN für ein oder zwei Tage ins Ausland reisen, um dort an einer Besprechung mit einem Kunden, an einer Verkaufsmesse, an einer Tagung oder gar an einer Fortbildungsmaßnahme teilzunehmen. Unbedarft setzt sich der AN in den Zug oder in das Flugzeug, um seine Dienstreise zu beginnen, ohne zu überlegen, wie sich die Grenzüberschreitung arbeitsrechtlich für ihn auswirkt. Nur der Jurist, im Völkerrecht geschult, ahnt die Herrschaftsgewalt des fremden Staats und fragt, ob nicht schon der bloße Überflug neben sozial- und steuerrechtlichen Verwerfungen, aufenthalts- und arbeitsmarktrechtlichen Schwierigkeiten auch eine Erschütterung arbeitsrechtlicher Ansprüche nach sich ziehen könnte. Mit der Kundenbesprechung, der Messestandbetreuung, aber auch der Kongress- und Schulungsteilnahme erfüllt der AN seinen Arbeitsvertrag, erbringt er dadurch doch seine bedungene Arbeitsleistung gegenüber seinem AG. Bereits während der Reisebewegungszeit verfügt der AG über die Arbeitskraft des AN, wenngleich in geringerer Intensität. Ob der AN mit einem Laptop bewaffnet die Verkaufspreise kalkuliert oder sich bei einem guten Kriminalroman entspannt, betrifft zwar die Unterscheidung der aktiven von der passiven Reisezeit nach § 20 b AZG,⁽³⁾ nicht aber die grundsätzliche Frage, ob auch jenseits der Staatsgrenze – und sei es auch nur im Korridorzug über das Deutsche Eck – das AZG überhaupt anzuwenden bleibt.

Sobald das österr Hoheitsgebiet verlassen wird, endet die Staatsgewalt des österr Souveräns und muss jener des ausländischen weichen.⁽⁴⁾ Trotzdem kann grundsätzlich der nationale Gesetzgeber seine Rechtsordnung auch auf ausländische Sachverhalte erstrecken, wodurch sie mit der ausländischen Rechtsordnung zu kollidieren beginnt. Gelöst wird dieses Aufei-

landerprallen mithilfe des – nationalen – Kollisionsrechts, womit ein Staat nach seinem Willen die rechtliche Beurteilung eines Sachverhalts einer bestimmten Rechtsordnung zuweist. Diese Zuweisung kann mit den Staatsgrenzen deckungsgleich sein, was dem Territorialitätsprinzip entspricht, indem strikt auf die geografische Position des verwirklichten Sachverhalts abgestellt wird; das andere Extrem ist die Weltgeltung der nationalen Rechtsordnung, das auch dem österr Recht nicht fremd ist.⁽⁵⁾ Das Kollisionsrecht selbst bleibt aber nationales Recht, weshalb sein Ergebnis wiederum vom Standort des Rechtsanwenders abhängt. Befindet sich dieser in Österreich, gilt österr Kollisionsrecht, mit Passieren der Staatsgrenze wechselt es aber instantan zum ausländischen Kollisionsrecht. Damit ist der notwendige Prüfungsablauf schon vorgezeichnet:

- 1. Zuerst wird der nationale Standort des Rechtsanwenders festgelegt.
- 2. Anschließend wird anhand jenes Kollisionsrechts, dem der Rechtsanwender unterliegt, das jeweilige Sachrecht eruiert.
- 3. Schließlich erfährt der Rechtsanwender anhand des Sachrechts, was als rechtens gilt.

Für die Rechtspraxis entscheidend ist aber nicht die willkürliche Auswahl des Standorts des Rechtsanwenders (der ins Ausland reisende AN oder im Inland verbleibende AG?), sondern des zur Streitentscheidung zuständigen Gerichts. Denn aus seinem Standort folgt das jeweilige Kollisionsrecht. Hier hat auch das beliebte „forum shopping“ seinen Ursprung, dem übernationale Vorschriften Einhalt gebieten möchten.

B. Gemeinsames aus österreichischer und deutscher Sicht

Anhand zweier Beispiele – einer eintägigen Dienstreise von Österreich nach Deutschland und umgekehrt – soll hier nachgezeichnet werden, welche arbeitszeit- und entgeltrechtlichen Wirkungen sich im Falle einer Auslands-

1) Späterer deutscher Bundesminister des Auswärtigen Amts *Guido Westerwelle* am 28. 9. 2009, nachdem ihm auf einer Pressekonferenz in Berlin eine Frage auf Englisch gestellt wurde.

2) Text der 1924 zur Verdeutlichung der Italianisierung aufgehängten Wandtafeln in Südtiroler Amtsstuben.

3) Vgl zB *Pfeil* in *Neumayr/Reissner* (Hrsg), Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht² (2011) §§ 20 – 23 AZG Rz 17 ff.

4) Vgl *Seidl-Hohenveldern/Hummer* in *Neuhold/Hummer/Schreuer*, Österreichisches Handbuch des Völkerrechts I⁴ (2004) Rz 752 ff.

5) Vgl zB § 64 StGB.

dienstreise entfalten. Unter Dienstreise wird hier eine kurzzeitige Reise eines AN verstanden, der seine Arbeitsstätte, in der er sonst regelmäßig seine Arbeitsleistung erbringt, verlässt; nicht gemeint soll damit etwa Bordpersonal von Flugzeugen oder Eisenbahnzügen sein, die gemeinsam mit ihrer Arbeitsstätte die Grenze überschreiten.

Die Wahl Deutschlands als konkretes Beispiel für die Auslandsdienstreise vereinfacht die Fragen nach dem international zuständigen Gericht und dem anwendbaren Kollisionsrecht. Denn sowohl in Österreich als auch in Deutschland sind aufgrund der europäischen Integration ein und dieselben Rechtsgrundlagen heranzuziehen:

- **EuGVVO**, auch „**Brüssel I-Verordnung**“⁶⁾, die die internationale Zuständigkeit der Gerichte regelt, in Art 18 ff speziell für Arbeitsverträge, und
- „**Rom I-Verordnung**“⁷⁾, die für ab 17. 12. 2009 abgeschlossene Verträge gilt und in Art 8 eine einheitliche Kollisionsnorm vorsieht.

Führt diese kurzzeitige Auslandsdienstreise zu arbeitszeit- oder entgeltrechtlichen Streitigkeiten aus dem Arbeitsvertrag, so kann sowohl aus österr als auch aus deutscher Sicht gem Art 19 Z 1 EuGVVO der AG vor den Gerichten jenes Staats verklagt werden, in dem er seinen Wohnsitz – bzw gem Art 60 Abs 1 EuGVVO seinen Sitz als juristische Person – hat. Art 19 Z 2 lit a EuGVVO räumt dem AN die Möglichkeit ein, den AG auch vor dem Gericht jenes Staats zu klagen, in dem der AN (zuletzt) gewöhnlich seine Arbeit verrichtet (hat). Beide Tatbestände leiten zum Herkunftsstaat. Die Zuständigkeitsprüfung nach EuGVVO kann hier für die Frage, welches Arbeitszeit- und Entgeltrecht bei kurzzeitigen Auslandsdienstreisen anwendbar ist, aber deshalb cursorisch erfolgen, weil das Kollisionsrecht mithilfe der Rom I-VO zu ermitteln ist, die im Interesse eines reibungslos funktionierenden Binnenmarkts das Kollisionsrecht in allen Mitgliedstaaten der EU – mit Ausnahme Dänemarks⁸⁾ – vergemeinschaftet und so sicherstellt, dass die Kollisionsnormen unabhängig von dem Staat, in dem sich das Gericht befindet, bei dem der Anspruch geltend gemacht wird, dasselbe Sachrecht bestimmen.⁹⁾

Für Arbeitsverträge sieht Art 8 Abs 2 Rom I-VO das Recht jenes Staats als Sachrecht vor, „*in dem oder andernfalls von dem aus der Arbeitnehmer in Erfüllung des Vertrags gewöhnlich seine Arbeit verrichtet*“. Anders als die Grundregel des Art 4 kommt es nicht auf den gewöhnlichen Aufenthalt des AN an, sondern auf den Ort, an dem die Arbeitsleistung tatsächlich regelmäßig erbracht wird.¹⁰⁾ Verrichtet der AN vorübergehend seine Arbeit in einem anderen Staat, wechselt der Staat, in dem die Arbeit gewöhnlich geleistet wird, nicht. Damit betont Art 8 Abs 2 Satz 2 Rom I-VO, dass im Falle einer bloß vorübergehenden Arbeitsleistung im Ausland – also im Falle einer **Auslandsentsendung** – kein Wechsel der Rechtsordnung erfolgt. Vorübergehend ist der Auslandseinsatz dann, wenn vom AN erwartet wird, dass er nach seinem Arbeitseinsatz im Ausland seine Arbeit im Herkunftsstaat wieder aufnimmt.¹¹⁾ Dafür ist ein Rückkehrwille des AN und ein Rückrufwille des AG maßgebend. Beides steht im Falle einer kurzzeitigen Auslandsdienstreise außer Zweifel. Art 8 Abs 2 Satz 2 Rom I-VO bestimmt für die Auslandsentsen-

dung nicht nur keine konkrete zeitliche Höchstgrenze, er kennt auch **keine Untergrenze!** Dies überrascht aber auch nicht, denn wenn schon eine mehrmonatige Entsendung zu keinem Wechsel des gewöhnlichen Arbeitsorts führt, vermag dies eine ein- bis zweitägige Auslandsdienstreise noch weniger. Auch während der Dauer der Dienstreise bleibt es daher beim Arbeitsrecht des Herkunftsstaats als Vertragsstatut.¹²⁾

Allerdings ist zu klären, ob zusätzlich zum Arbeitsrecht des Herkunftsstaats nicht auch Vorschriften des Empfangsstaats berücksichtigt werden müssen, die in das – nach deren Standpunkt ausländische – Vertragsverhältnis korrigierend eingreifen, weil dies aus öffentlichem Interesse geboten erscheint. Diese zwingende Wirkung der sog „**Eingriffsnormen**“ ist unionsrechtlich nicht unproblematisch, weil der AG durch die Arbeitstätigkeit seines AN im Ausland eine Dienstleistung erbringt. Grenzüberschreitende Dienstleistungen, die in der Regel gegen Entgelt erbracht werden, sind innerhalb der EU durch die **Dienstleistungsfreiheit** der Art 56 ff AEUV aber geschützt. Die Dienstleistungsfreiheit verbietet nicht nur die offene Diskriminierung, die personen- oder produktbezogen an die Staatsangehörigkeit anknüpft, sondern sie wurde zu einem absoluten Beschränkungsverbot weiterentwickelt, wonach auch Maßnahmen unzulässig sind, die zwar formal nicht zwischen Inländern und sonstigen Normadressaten unterscheiden, bei denen aber aufgrund der getroffenen Regelung und in Anbetracht der sachlichen Umstände zu erwarten ist, dass sie für Ausländer mit nachteiligen Auswirkungen bzw Behinderungen verbunden sind.¹³⁾ Dabei fasst der EuGH den Beschränkungs-begriff sehr weit und ordnet ihm nicht nur das Unterbinden und Behindern von Dienstleistungen zu, sondern bereits den Fall, dass aufgrund der betreffenden Regelung die Erbringung der Dienstleistung weniger attraktiv gemacht wird.¹⁴⁾ Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit sind jedoch zulässig, wenn sie aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt und verhältnismäßig sind.¹⁵⁾ Als zwingender Grund ist auch der Schutz

6) Verordnung (EG) 2001/44 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ABi L 2001/12, 1 idF ABi L 2010/328, 36.

7) Verordnung (EG) 2008/593 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht, ABi L 2008/177, 6 idF ABi L 2009/309, 87.

8) Aus dänischer Sicht gilt immer noch das EVÜ, das inhaltlich – zumindest für das hier gewählte einfache Beispiel – zum selben Ergebnis kommt.

9) Vgl ErwGr 6 Rom I-VO.

10) Vgl von Hejn in Rauscher (Hrsg), EuZPR/EuIPR (2011) Art 8 Rz 41.

11) ErwGr 36 Rom I-VO.

12) Vgl Kühnleub/Kozak, Arbeitnehmerentsendung (2010) Rz 519. In Deutschland wird idR die Entsendung bis zu drei Monaten als „Dienstreise“ bezeichnet (vgl zB Laws/Koziner/Waldenmaier, Mitarbeiter ins Ausland entsenden [2008] 30), wobei dieses Verständnis dem Steuerrecht entstammt (Heuser/Heidenreich/Förster, Auslandsentsendung und Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer³ [2009] Rz 3).

13) Vgl Megyomez, Die Entsenderichtlinie – Europarechtliche Vorgaben für den österreichischen Gesetzgeber, in Resch (Hrsg), Arbeitnehmerentsendung (1999) 13 (17); Wolfgruber, Die grenzüberschreitende Entsendung von Arbeitnehmern (2001) 18.

14) Borgmann, Die Entsendung von Arbeitnehmern in der Europäischen Gemeinschaft (2001) 66 ff; Kluth in Callies/Ruffert (Hrsg), EUV/AEUV⁴ (2011) Art 56 AEUV Rz 57 mwN.

15) ZB Obwexer, Primärrechtliche Rahmenbedingungen für die Erbringung von Dienstleistungen im Binnenmarkt, in Wachter/Burger (Hrsg), Die Dienstleistungsrichtlinie (2008) 11 (31 ff); Schweitzer/Hummer/Obwexer, Europarecht (2007) Rz 1517.

der AN anerkannt.¹⁶⁾ Das Unionsrecht hindert daher die Mitgliedstaaten nicht, ihre Rechtsvorschriften oder die von den Sozialpartnern geschlossenen Tarifverträge/KollV auf sämtliche Personen anzuwenden, die – wenn auch nur vorübergehend – in ihrem Hoheitsgebiet als AN beschäftigt werden, und ihre Einhaltung durchzusetzen.¹⁷⁾ Auch wenn der Schutz der AN als zwingender Grund anerkannt ist, ist hier noch vor der Verhältnismäßigkeit zu prüfen, ob dem Schutz der AN nicht schon durch die Rechtsvorschriften des Herkunftsstaats Rechnung getragen wird;¹⁸⁾ gewähren aber bereits die Vorschriften des Herkunftsstaats einen gleichen oder im Wesentlichen vergleichbaren Schutz,¹⁹⁾ liegt eine unzulässige Doppelbelastung vor.

Das Auslaufen des Übergangsrechts in Folge der Beitritte Portugals und Spaniens 1986 mit ihrem günstigeren Lohnniveau im Verhältnis zu den übrigen EG-Mitgliedstaaten sowie die Rsp des EuGH insb in der Rs *Rush Portuguesa* führte 1991 zu einem Vorschlag der Kommission für eine **RL über die Entsendung von Arbeitnehmern**,²⁰⁾ der jedoch auf politischen Widerstand mehrerer Mitgliedstaaten stieß und erst als Folge nationaler Alleingänge sowie der EU-Erweiterung 1995 und den damit einhergehenden geänderten Mehrheitsverhältnissen im Dezember 1996 angenommen wurde.²¹⁾ In der Debatte über die Entsende-RL, die durch die Festlegung eines Mindestmaßes an Schutz des AN die Dienstleistungsfreiheit in zulässiger Weise eingrenzt, trat das Spannungsfeld zwischen Niedrig- und Hochlohnländern offen zutage, denn die Möglichkeit des Exports niedriger Lohnkosten setzt Dienstleistungserbringer in Empfangsstaaten mit höherem Lohnniveau unter Druck.²²⁾ Freilich bezweckt die Entsende-RL keine Marktabschottung, sondern möchte bestimmte Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen auf dem Niveau des Empfangsstaats auch für entsandte AN gewährleisten. Dabei werden nicht die einzelnen mitgliedstaatlichen Schutznormen harmonisiert, also unionsrechtlich inhaltlich aneinander angepasst, sondern nur koordiniert, dh die Grenzen ihrer Anwendbarkeit auch für entsandte AN abgesteckt. Daher ist die Entsende-RL kein arbeitsrechtliches Instrument, sondern ein Instrument des Internationalen Privatrechts.²³⁾

Inhaltlich unterteilt die Entsende-RL die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen in drei Schichten:

→ **„Muss-Schicht“:** Die Mitgliedstaaten haben jedenfalls dafür zu sorgen, dass ein „harter Kern“ ihrer Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen auch für zu ihnen entsandte AN anwendbar ist. Zu diesem harten Kern, der in Art 3 Abs 1 Entsende-RL definiert wird, gehören auch Mindestlohnsätze einschließlich der Überstundensätze sowie Höchstarbeits- und Mindestruhezeiten. Damit ausländische Dienstleistungserbringer nicht entgegen Art 56 ff AEUV diskriminiert werden, werden sie nur solchen Vorschriften des harten Kerns unterworfen, die im Inland durch Gesetz oder Verordnung („Rechts- oder Verwaltungsvorschriften“)²⁴⁾ oder durch für allgemein verbindlich erklärte Tarifverträge (nach österr Terminologie „Kollektivverträge“) oder Schiedssprüche festgelegt sind. Während Gesetz und Verordnung per se allgemein verbindlich sind, ist die Allgemeinverbindlicherklärung für Tarifverträge er-

forderlich, weil es sonst inländische AG geben kann, die wegen der Anknüpfung der Tarifverträge an die Mitgliedschaft der tarifvertragsschließenden Parteien nicht dem Tarifvertrag unterworfen sind. Zur „Muss-Schicht“ gehören darüber hinaus nur solche für allgemein verbindlich erklärte Tarifverträge/Schiedssprüche, die Tätigkeiten des Bausektors iS des Anhangs der Entsende-RL betreffen, nicht jedoch andere Branchen. Schließlich wird die „Muss-Schicht“ noch durch Art 3 Abs 2 bis 5 Entsende-RL weiter aufgeweicht:²⁵⁾ Zum einen besteht in Abs 2 eine Ausnahme im Hinblick auf Erstmontagen und Einbauarbeiten, zum anderen können die Mitgliedstaaten noch weiter von den Ausnahmen der Abs 3 bis 5 Gebrauch machen.

→ **„Darf-Schicht“:** Über die „Muss-Schicht“ hinaus dürfen die Mitgliedstaaten Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen unter den Voraussetzungen des Art 3 Abs 8 und 10 Entsende-RL für zu ihnen entsandte AN vorschreiben. Auch die oben erwähnten Ausnahmen der „Muss-Schicht“ gehören hierher. Soweit das Primärrecht nicht verletzt wird, insb soweit keine Ungleichbehandlung von ausländischen mit inländischen Dienstleistungserbringern ausgelöst wird, müssen diese Erlaubnisse nicht zur Gänze, sondern dürfen auch nur zum Teil ausgeschöpft werden. Je weniger die Mitgliedstaaten davon Gebrauch machen, desto unbeschränkter wirkt die Dienstleistungsfreiheit in ihrem Hoheitsgebiet.

→ **„Darf-nicht-Schicht“:** Soweit die Ausdehnung nationaler Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen auf entsandte AN wider die Dienstleistungsfreiheit des AG verstößt, dürfen sie nicht von den Mitgliedstaaten auf entsandte AN für anwendbar erklärt werden. Die Existenz der Erlaubnisse in der Entsende-RL legt nach *Rebhahn* eine Sperrwirkung der Entsende-RL nahe,²⁶⁾ mit der Folge, dass eine weitere

16) Vgl ua EuGH 17. 12. 1981, 279/80, *Webb*, Slg 1981, 3305; bspw auch *Windisch-Graetz*, Lohn- und Sozialdumping bei grenzüberschreitenden Entsendungen, öRdA 2008, 228 (231).

17) ZB EuGH 27. 3. 1990, C-113/89, *Rush Portuguesa*, Slg 1990, I-1417; auch ErwGr 12 Entsende-RL.

18) *Feuerborn*, EAS B2500 Rz 63.

19) Vgl EuGH 25. 10. 2001, C-49/98 ua, *Finalarte*, Slg 2001, I-7831.

20) KOM(91) 230 endg.

21) Entsende-RL 96/71/EG, ABI L 1997/18, 1. Zur Entstehungsgeschichte bspw *Borgmann*, Entsendung 197 ff; *Görres*, Grenzüberschreitende Arbeitnehmerentsendung in der EU (2003) 103 f; *Rieble/Lessner*, Arbeitnehmer-Entsendegesetz, Nettolohnhaftung und EG-Vertrag, ZfA 2002, 29 (37 ff).

22) Vgl etwa *Mair*, Mindestlohn und Gemeinschaftsrecht, JBl 2009, 86 (88) mZn.

23) A. Müller, Die Entsendung von Arbeitnehmern in der Europäischen Union (1997) 48, 106 ff; vgl auch *Fetsch*, Eingriffsnormen und EG-Vertrag (2002) 301.

24) Vgl zur Interpretation etwa *Rebhahn*, Entsendung von Arbeitnehmern in der EU – arbeitsrechtliche Fragen zum Gemeinschaftsrecht, öRdA 1999, 173 (177).

25) Krit dazu A. Müller 180 ff.

26) *Rebhahn*, öRdA 1999, 173 (177); auch *Blätterbinder/Ganglberger/Hutterer* in *Shubshizky* (Hrsg), Praxisleitfaden zum internationalen Personaleinsatz (2003) 51; *Khan/Eisenhut* in *Vedder/Heintschel v. Heinegg* (Hrsg), Europäisches Unionsrecht (2012) Art 62 AEUV Rz 3; *Runggaldier/Sacherer*, Arbeitsrechtliche Fragen im Zusammenhang mit grenzüberschreitendem Arbeitskräfteeinsatz am Beispiel des geplanten Brennerbasistunnelbaus, ZESAR 2005, 363 (371); *Schrammel*, Dienstleistungsfreiheit und Sozialdumping, EuZA 2009, 36 (45 f); *Winkler v. Mohrenfels/Block*, EAS B3000 Rz 180; *Wolfsgruber*, Entsendung 41 f. Ebenso EuGH 18. 12. 2007, C-341/05, *Laval*, Slg 2007, I-11845, Rz 81; 3. 4. 2008, C-346/06,

Ausdehnung des nationalen Arbeitsrechts außerhalb der Gebote und Erlaubnisse der Entsende-RL die Dienstleistungsfreiheit verletzt.

Die Dienstleistungsfreiheit schützt freilich auch ganz kurzzeitige Entsendungen, die als Auslandsdienstreisen wahrgenommen werden. Dem folgend kennen die Tatbestände des Art 1 Abs 3 Entsende-RL, die neben der AN-Entsendung zum Dienstleistungsempfänger einschließlich eines konzerninternen Unternehmens auch die AN-Überlassung umfassen, ebenfalls wie Art 8 Abs 2 Satz 2 Rom I-VO keine zeitliche Mindestdauer.²⁷⁾ Auslandsdienstreisen werden daher von der Entsende-RL erfasst, weshalb nationale Normen, die auch entsandte AN unabhängig vom auf das Arbeitsverhältnis anwendbaren Recht erfassen möchten, sich an der Entsende-RL messen lassen müssen.

Diese nationalen Normen wirken jedenfalls auf das Arbeitsverhältnis ein. Sowohl die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen der „Muss-Schicht“ wie auch jene der von der Entsende-RL erlaubten „Darf-Schicht“ sind zwingende Vorschriften, deren Einhaltung von einem Staat als entscheidend für die Wahrung seines öffentlichen Interesses, insb seiner politischen, sozialen oder wirtschaftlichen Organisation, angesehen wird. Damit sind die Umsetzungsnormen der Entsende-RL als **international zwingende Normen** zu qualifizieren; sie können vom jeweiligen Sachrecht nicht verdrängt werden. Zum Teil werden sie als Eingriffsnormen iSd Art 9 Rom I-VO angesehen,²⁸⁾ wofür die nationale Entscheidungskraft für die „Darf-Schicht“ spricht, weil dort die Eingriffsnorm von der Bedeutsamkeit für den normerlassenden Mitgliedstaat zeugt. Zum Teil werden sie als Anwendungsfälle des Art 23 Rom I-VO wahrgenommen,²⁹⁾ wofür wiederum die Normen der „Muss-Schicht“ sprechen, die für den normerlassenden Staat nicht unbedingt als für die Wahrung seiner öffentlichen Interessen entscheidend angesehen werden. Fallen sie unter Art 9 Rom I-VO, eröffnen sich durch die Kompromissregel³⁰⁾ des Art 9 Abs 3 Rom I-VO Schwierigkeiten: Während nach Art 9 Abs 2 Rom I-VO das angerufene Gericht inländische Eingriffsnormen jedenfalls zu berücksichtigen hat, kennt Art 9 Abs 3 leg cit bloß die Anwendung ausländischer Eingriffsnormen – eingeschränkt auf den Staat, in dem der Vertrag erfüllt wird – in Form eines Ermessenstatbestands.³¹⁾ Zur Lö-

sung bietet sich die Annahme einer Anwendungspflicht innerhalb der EU³²⁾ oder die praktische Flucht zum ausländischen Gericht an, denn Art 6 Entsende-RL verlangt die Schaffung eines eigenen Wahlgerichtsstands im Empfangsstaat,³³⁾ sodass die Eingriffsnorm wieder zum zwingenden *lex fori* gehört. Zu beachten ist aber auch, dass nach Art 3 Abs 7 Entsende-RL die zwingenden Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen des Empfangsstaats der Anwendung von für den AN günstigeren Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen des Herkunftsstaats nicht entgegenstehen. Die Eingriffsnorm basierend auf der Entsende-RL verdrängt daher nicht das nach Art 8 Rom I-VO anwendbare Sachrecht, sondern steht dazu im Günstigkeitsvergleich.

C. Dienstreise von Österreich nach Deutschland

Für die eintägige Dienstreise eines AN, der seine regelmäßige Arbeitsleistung am Sitz des österr AG erbringt, nach Deutschland, ergibt sich in aller Kürze aus der EuGVVO, dass der Standort des entscheidungsbefugten Gerichts auch für arbeitsrechtliche Fragen aus der Auslandsdienstreise in Österreich gelegen ist, weshalb in weiterer Folge auf österr Kollisionsrecht abzustellen ist. Art 8 Abs 2 Rom I-VO weist auch für die Zeit dieser Dienstreise dem **österr Recht** die Rolle als Vertragsstatut zu, weil der gewöhnliche Arbeitsort in Österreich verbleibt.

Auch wenn das deutsche Kollisionsrecht (ebenfalls Rom I-VO) die Dienstreise ebenso dem österr Arbeitsrecht zuweist, sichert § 2 des deutschen **Arbeitnehmer-Entsendegesetzes** (AEntG) auch jenem AN, der von einem außerhalb von Deutschland ansässigen AG in Deutschland beschäftigt wird, ua das **Mindestentgelt einschließlich der Überstundensätze** zu, welche in deutschen Rechts- oder Verwaltungsvorschriften enthalten sind. § 2 AEntG wird als **Eingriffsnorm** gelesen,³⁴⁾ weshalb ihre Zusicherung unabhängig des nach Art 8 Rom I-VO geltenden Rechts wirkt. Die Beschäftigung in Deutschland, woran § 2 AEntG anknüpft, erfordert keine Mindestzeiten, weshalb nicht nur der dauerhaft in Deutschland Beschäftigte, der meist seinen gewöhnlichen Arbeitsort in Deutschland hat, sondern auch der bloß vorübergehend in Deutschland Beschäftigte, der lediglich nach Deutschland entsandt wurde, von dieser Zusicherung erfasst wird. Damit gilt das AEntG auch für eine kurzzeitige Entsendung in Form einer Auslandsdienstreise. Der vollumfängliche persönliche Anwendungsbereich des § 2 AEntG wird im Hinblick auf das Mindestentgelt jedoch dadurch getrübt, dass in Deutschland weder ein gesetzlicher Mindestlohn noch eine gesetzliche Regelung zu Überstundensätzen existiert. Dies ist mit der bloß koordinierenden Funktion der Entsende-RL kompatibel, weil Art 3 Entsende-RL die Mitgliedstaaten nur verpflichtet, Mindestlohnsätze, die inländischen AN zugutekommen, auch auf entsandte ausländische AN auszudehnen, nicht aber generelle Min-

Rüffert, Slg 2008, I-1989, Rz 34; 19. 6. 2008, C-319/06, *Kommission/Luxemburg*, Slg 2008, I-4323, Rz 26.

27) Vgl A. Müller 178. Die Schwellenfrist war während des Willensbildungsprozesses einer der umstrittensten Punkte der Entsende-RL, in der Endfassung ist hingegen grundsätzlich keine mehr vorgesehen, es bestehen aber Ausnahmen; vgl Görres, *Arbeitnehmerentsendung* 116; *Piffi-Pavelec*, Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit (Richtlinien-Entwurf), *öRdA* 1995, 292 (295).

28) *Thorn in Rauscher*, *EuZPR/EuIPR* Art 9 Rz 50; für Deutschland zB *Winkler von Mohrenfels/Block*, *EAS* B3000 Rz 21, 182 f; für Österreich zB *Verschraegen in Rummeß* (2004) Art 6 EVÜ Rz 16.

29) Vgl *Thorn in Rauscher*, *EuZPR/EuIPR* Art 23 Rz 6; *Leible/Lehmann*, Die Verordnung über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („Rom I“), *RIW* 2008, 528 (531). Im Vorschlag der Kommission zur Rom I-VO, KOM(2005) 650 endg, wurde die Entsende-RL noch ausdrücklich erwähnt.

30) Vgl zur Entstehung *Leible/Lehmann*, *RIW* 2008, 528 (542); *Thorn in Rauscher*, *EuZPR/EuIPR* Art 9 Rz 5.

31) *Deinert*, *Neues Internationales Arbeitsvertragsrecht*, *RdA* 2009, 144 (151); *Martiny in Säcker/Rixecker* (Hrsg), *Münchener Kommentar zum BGB*⁵ (2010); Art 9 VO (EG) 2008/593 Rz 118; *Pfeiffer*, *Neues Internationales Vertragsrecht*, *EuZW* 2008, 622 (628); *Rühl*, *Rechts-*

wahlfreiheit im europäischen Kollisionsrecht, in FS Kropholler (2008) 187 (206 f).

32) So *Kühnleub/Kozak*, *Arbeitnehmerentsendung* Rz 291.

33) Für Österreich § 4 Abs 1 Z 1 lit e ASGG.

34) Argum „zwingend“; vgl *Thüsing in ders* (Hrsg), AEntG (2010) § 2 Rz 2; *Winkler v. Mohrenfels/Block*, *EAS* B3000 Rz 21.

destlohnsätze zu schaffen. § 2 Z 1 AEntG ist aber nicht inhaltsleer, denn § 138 dBGB, der mit der Rsp wenigstens ein auffälliges Missverhältnis zwischen Arbeitsleistung und Entgelt bei sonstiger Sittenwidrigkeit verhindert, gilt als von § 2 AEntG erfasste Rechtsvorschrift. Auch Festsetzungen von Mindestarbeitsentgelten nach dem Mindestarbeitsbedingengesetz (MiArbG), das jedoch seit 1952 praktisch nicht wahrgenommen wird,³⁵⁾ sind von § 2 AEntG erfasst, sie werden aber ohnehin in § 8 Abs 1 MiArbG zu Eingriffsnormen bestimmt.

§ 3 AEntG verspricht eine praktisch größere Bedeutung, weil er die Mindestentgeltsätze einschließlich der Überstundensätze, welche in **Tarifverträgen** angeordnet werden, auch auf bloß vorübergehend in Deutschland beschäftigte AN ausdehnt. Wird der Mindestlohnsatz nicht durch Gesetz oder Verordnung, sondern durch Tarifvertrag gewährt, erfordert Art 3 Abs 1 Entsende-RL, dass dieser Tarifvertrag allgemein verbindlich erklärt wurde, damit keine inländischen Unternehmen bevorzugt werden können. Dementsprechend verlangt § 3 AEntG, dass der zu erstreckende Tarifvertrag gem § 5 Tarifvertragsgesetz für allgemein verbindlich erklärt oder als Rechtsverordnung gem § 7 AEntG erlassen wurde. Die Ausdehnung des „harten Kerns“, der durch Tarifverträge gewährt wird, ist gem Art 3 Abs 1 Entsende-RL aber nur für den Bausektor iSd Anhangs der Entsende-RL gefordert. Art 3 Abs 10 Spiegelstrich 2 Entsende-RL erlaubt hingegen auch eine Erstreckung allgemein verbindlich erklärter Tarifverträge anderer Branchen. In Deutschland sind derzeit von der Einbeziehung entsandter AN in den „harten Kern“ neben der Baubranche nur acht weitere Branchen betroffen.³⁶⁾ Erbringt daher ein entsandter AN eine Tätigkeit außerhalb dieser Branchen oder wurde kein Tarifvertrag für allgemein verbindlich erklärt oder als Rechtsverordnung erlassen, so steht ihm kein weiteres Entgelt als jenes nach seinem Heimatrecht zu.

§§ 2 ff AEntG garantieren auch **Höchstarbeits- und Mindestruhezeiten**, soweit sie in deutschen Rechts- oder Verwaltungsvorschriften – bzw in allgemeinverbindlich erklärten oder als Rechtsverordnung erlassenen Tarifverträgen der neun betroffenen Branchen – günstiger sind als nach dem auf das Arbeitsverhältnis anzuwendenden Recht. Unter Höchstarbeits- und Mindestruhezeiten wird nur der äußerste, gesetzlich zwingende Rahmen des Arbeitsschutzrechts verstanden, wie er im deutschen Arbeitszeitgesetz (ArbZG) und Nebengesetzen festgelegt ist.³⁷⁾ Dabei unterscheidet aber das ArbZG nicht wie das österr AZG zwischen Normal- und Höchstarbeitszeiten und lässt kurzzeitig ohne weitere Voraussetzungen auch eine 60-Stunden-Woche zu.³⁸⁾ Sofern kein Tarifvertrag nach § 3 AEntG zu berücksichtigen ist, ist eine kurzzeitige Dienstreise mit einem 10-Stunden-Arbeitstag aus Sicht des deutschen Rechts ohne Weiteres zulässig.

Doch bleiben nicht auch die arbeitszeitrechtlichen Vorschriften des AZG beachtlich? Die verwaltungsstrafrechtlichen bewährten Regelungen des AZG unterliegen als Normen des öffentlichen Rechts nicht der Rom I-VO mit ihren Zuweisungsvorschriften zum jeweiligen Vertragsstatut, sondern dem Territorialitätsprinzip. Sie können daher im Ausland verwirklichte Sachverhalte grundsätzlich nicht erfassen,³⁹⁾ es sei denn,

die im Ausland erbrachte Arbeitsleistung steht mit jenen im Inland in einem engen Zusammenhang, so zB bei der Beschäftigung von Fernfahrern mit Fahrten ins Ausland.⁴⁰⁾ Die Grenzen dieses geforderten Zusammenhangs, der zu einer Ausstrahlung losgelöst vom Territorialitätsprinzip führt, sind aber weitgehend unerschlossen,⁴¹⁾ und eine Gleichsetzung einzelner Dienstreisen mit der Arbeitssituation von Fernfahrern, die regelmäßig ins Ausland fahren, ist nicht zwingend geboten.⁴²⁾ Meist kann aber eine Lösung auf vertraglicher Ebene gefunden werden: Was das Ausmaß der zu leistenden Arbeitszeit betrifft, ist diese gem § 1153 S 2 ABGB vertraglich vereinbart und begleitet im Rahmen des Arbeitsvertragsstatuts den AN ins Ausland.⁴³⁾ Die öffentlich-rechtlichen Höchstarbeits- und Mindestruhezeiten hingegen können durch das Einfallstor der Fürsorgepflicht Inhalt des Arbeitsvertrags und so ebenfalls in das Ausland erstreckt werden. Dies allerdings nicht unreflektiert schrankenlos,⁴⁴⁾ sondern nur soweit dies der eigene räumliche Anwendungswille der Norm fordert. Dieser orientiert sich am beschäftigungs-, gesundheits- oder sozialpolitischen Zweck der Norm.⁴⁵⁾ Dabei gebietet die Fürsorgepflicht die Berücksichtigung etwa des § 9 AZG dann, wenn der ausländische Schutzstandard im Verhältnis zu den österr Grenzen der Höchstarbeitszeit nur „grob unterdurchschnittlich“⁴⁶⁾, „rückständig“⁴⁷⁾ oder nicht „vergleichbar“⁴⁸⁾ ist.⁴⁹⁾ In-

35) Zur jüngsten Ausweitung des MiArbG vgl zB *Bayreuther*, Die Novellen des Arbeitnehmerentsende- und des Mindestarbeitsbedingengesetzes, DB 2009, 678; *Eichenhofer*, Mindestarbeitsbedingungen in Deutschland, RdW 2011/698, 679 (681); *Sodan/Zimmermann*, Tarifvorrangige Mindestlöhne versus Koalitionsfreiheit, NJW 2009, 2006.

36) § 4 und § 10 AEntG; *Winkler v. Mohrenfels/Block*, EAS B3000 Rz 167, 175. Vgl auch die Übersichten von *Leitner*, Aktuelles zur Dienstleistungserbringung in Deutschland, ASoK 2010, 403; *dens*, Deutschland: Neue Arbeitnehmerentsenderegulungen und Mindestlöhne im Baugewerbe, ASoK 2009, 254; *dens*, Einhaltung der Mindestlöhne in Deutschland, ASoK 2008, 386; *dens*, Arbeitnehmer-Entsendegesetz und Mindestlöhne, ASoK 2007, 348, sowie *Steiner*, Dienstleistungserbringung und Entsendung nach Deutschland (2010) 139 ff.

37) So *Junker*, Arbeitnehmerentsendung aus deutscher und europäischer Sicht, JZ 2005, 481 (483).

38) Vgl *Baeck/Deutsch*, Arbeitszeitgesetz² (2004) § 3 Rz 25; *Kock in Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching* (Hrsg), Beck'scher Online-Kommentar Arbeitsrecht²¹ (2011) ArbZG § 3 Rz 4; *Wank in Müller-Glöge/Preis/Schmidt* (Hrsg), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht¹² (2012) § 3 ArbZG Rz 1 ff.

39) *Kühteubl/Kozak*, Arbeitnehmerentsendung Rz 136.

40) VwGH 26. 6. 1997, 95/11/0409 VwSlg 14.708/A = ASoK 1998, 221 = infas 1998 A 10; *Heilegger in Klein/Heilegger/Schwarz*, Arbeitszeitgesetz³ (2011) § 1 Erläut 5; *Wolfsgruber*, Der Geltungsbereich des Arbeitszeitgesetzes, in *Resch* (Hrsg), Arbeitszeitrecht (2001) 13 (14).

41) Vgl *Andexlinger*, Arbeitszeit und Arbeitsruhe bei Auslandsverwendung, RdW 1985, 311.

42) Auf Basis des § 28 Abs 10 und 11 AZG spricht sich *Schrank*, Arbeitszeitgesetz Kommentar I (2008) § 1 Rz 61, für die territoriale Ausstrahlung auch im Fall der Dienstreise aus.

43) Darauf hinweisend *Resch*, EAnm zu OGH 31. 1. 1990, 9 ObA 345/89 öRdA 1991/25, 240 (242 f).

44) Vgl schon grundlegend *Grillberger*, Auslandsarbeit und österreichisches Arbeitszeitrecht, in FS Schwarz (1991) 69 (81 ff).

45) OGH 27. 1. 1987, 14 Ob 180/86 SZ 60/11 Arb 10.623 = ZAS 1988, 56 (*Hoyer*); RIS-Justiz RS0077356. Vgl auch *Kühteubl/Kozak*, Arbeitnehmerentsendung Rz 442; *Pfeil*, Grenzüberschreitender Einsatz von Arbeitnehmern, öRdA 2008, 3, 124 (9).

46) *Runggaldier*, Eine Auslandsentsendung, öRdA 1992, 469 (475).

47) *Geppert*, Arbeitsverhältnis und arbeitsbezogene Vorschriften im Internationalen Privatrecht, öRdA 1970, 124, 259 (269).

48) *Rebhahn*, Österreichisches Arbeitsrecht bei Sachverhalten mit Auslandsberührung, in FS Strasser (1983) 59 (86).

49) Ähnlich auch *Resch*, öRdA 1991/25, 240 (242), wenn er der nur geringfügig schlechteren ausländischen Eingriffsnorm Vorrang einräumt.

nerhalb des EWR harmonisiert aber die Arbeitszeit-RL 2003/88/EG die Höchstarbeits- und Mindestruhezeiten, weshalb im Verhältnis zu Deutschland kein unverhältnismäßig geringerer Schutzstandard zu erwarten ist. Hier zeigt sich auch, dass die Entsende-RL nicht harmonisiert, sondern bloß koordiniert.

Im System des ArbZG sind zwar keine Überstunden vorgesehen, weshalb nach deutschem Recht auch kein **Überstundenzuschlag** gebührt, doch folgen die privatrechtlichen Bestimmungen des österr AZG dem Vertragsstatut.⁵⁰⁾ Damit bleibt § 10 AZG auch bei Entsendungen anwendbar,⁵¹⁾ sodass dem AN ein Zuschlag auch für in Deutschland geleistete Stunden über der österr Normalarbeitszeit zusteht.⁵²⁾

D. Dienstreise von Deutschland nach Österreich

Reist hingegen ein AN, der seine regelmäßige Arbeitsleistung am Sitz des deutschen AG erbringt, für einen Tag zu Arbeitszwecken nach Österreich, vielleicht um hier an einer Fortbildungsmaßnahme teilzunehmen, ergibt sich sowohl aus deutscher Sicht auf Basis des Art 19 Z 1 EuGVVO als auch aus österr Sicht auf Basis des § 4 Abs 1 Z 1 lit e ASGG das anwendbare Vertragsstatut nach Art 8 Rom I-VO. Wiederum ist die Dienstreise eine **kurzzeitige Entsendung**, die den gewöhnlichen Arbeitsort unverändert in Deutschland lässt. Damit unterliegt der AN auch für die Zeit dieser Fortbildungsmaßnahme in Österreich dem **deutschen Arbeitsvertragsrecht**. Und wiederum steigt die Frage nach Eingriffsnormen auf – diesmal jedoch nach österr, die das deutsche Recht ergänzen. Diese Eingriffsnormen dürfen in Österreich die Dienstleistungsfreiheit des deutschen AG nicht in unzulässiger Weise einschränken. Zwar tritt hier der Dienstleistungsempfänger – und nicht der Dienstleistungserbringer – grenzüberschreitend auf, doch ist auch die passive Dienstleistung von Art 56ff AEUV geschützt, denn ihre Einbeziehung in die Dienstleistungsfreiheit ist notwendige Ergänzung zur Liberalisierung jeder gegen Entgelt geleisteten grenzüberschreitenden Tätigkeit.⁵³⁾ Dementsprechend genießt auch der Bildungsempfänger Dienstleistungsfreiheit.⁵⁴⁾

Ähnlich wie Deutschland reagierte auch Österreich als Hochlohnland schon vor Erlassung der Entsende-RL mit einer Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit, die sich im Zuge des Beitritts zum EWR eröffnete, indem dem ausländischen AG jener Vorteil genommen wird, den er aus seiner fehlenden KollV-Angehörigkeit als Folge der Nichtmitgliedschaft zur Wirtschaftskammer zieht. Ab 1. 7. 1993 statuierte § 7 Abs 2 AVRAG der Stammfassung kurzerhand einen Anspruch auch des entsandten AN zumindest auf jenes gesetzliche oder kollektivvertragliche Entgelt, das am Arbeitsort vergleichbaren AN von vergleichbaren AG gebührt. Umgesetzt wurde die Entsende-RL am 1. 10. 1999 mit der Novelle BGBl I 1999/120, die den gesetzlichen Mindeststandard richtliniengemäß auf jenen harten Kern definierter Schutzbestimmungen erweiterte, die nicht ohnehin als Eingriffsnorm bereits unabhängig von dem auf das Arbeitsverhältnis anzuwendenden Recht wirken, so zB auf einen Urlaubsanspruch nach österr Standard. Ein **Mindestentgelt**, das nunmehr auch durch

Verordnung festgelegt werden kann, wird seitdem in § 7b Abs 1 Z 1 AVRAG zugesichert. Sowohl als Umsetzungsnorm der Entsende-RL als auch aus ihrem erklärten Anwendungswillen lässt sich ihre Rechtsqualität als Eingriffsnorm unschwer leugnen.

Die Ausdehnung des kollektivvertraglichen Entgelts auch auf nach Österreich entsandte AN erscheint auf den ersten Blick nicht unproblematisch, weil die Entsende-RL auf einen für allgemein verbindlich erklärten Tarifvertrag abstellt. Das gesetzlich gestaltete System der Pflichtmitgliedschaft zur kollektivvertragsfähigen Wirtschaftskammer gepaart mit der Außenseiterwirkung des § 12 ArbVG auf AN-Seite führt dazu, dass KollV innerhalb ihres räumlichen und fachlichen Geltungsbereichs alle die betreffende Tätigkeit oder das betreffende Gewerbe ausübenden gleichartigen Unternehmen erfassen, sofern sie selbst sich in ihrem persönlichen Geltungsbereich nicht zurücknehmen. Für eine Allgemeinverbindlicherklärung in Form der Erklärung des KollV zur Satzung bleibt gem § 18 Abs 1 ArbVG diesfalls aber kein Raum mehr. Diese KollV sind nach Art 3 Abs 8 UAbs 2 Spiegelstrich 1 Entsende-RL den für allgemein verbindlich erklärten Tarifverträgen oder Schiedssprüchen gleichgestellt.⁵⁵⁾ Nicht mehr richtlinienkonform ist die Formulierung des § 7b Abs 1 Z 1 AVRAG aber in jenem sehr schmalen Bereich, in dem der KollV von einer freiwilligen Interessenvereinigung der AG abgeschlossen und nicht auch zur Satzung erklärt wurde. Denn diesfalls wird der ausländische AG zu einer Mindestentlohnung gezwungen, der nicht jeder vergleichbare inländische Unternehmer unterliegt – die geforderte Gleichbehandlung ist nicht mehr gegeben.

Anders als nach dem deutschen AEntG ist die Erstreckung der kollektivvertraglichen Mindestlohnsätze auf nach Österreich entsandte AN **nicht auf einzelne Branchen beschränkt**; insofern schöpft Österreich Art 3 Abs 10 Spiegelstrich 2 Entsende-RL voll aus. Für den Beispielfall der kurzzeitigen Dienstreise schränkt § 7b Abs 1 AVRAG die Erstreckung jedoch auf einer anderen Art ein, die dem AEntG wiederum fremd ist: Dem AN gebührt nur dann die in § 7b Abs 1 AVRAG gewährten Mindestansprüche, wenn er „zur Erbringung einer fortgesetzten Arbeitsleistung nach Österreich entsandt wird“. Nach *Binder* sind damit „bloß punktuelle [...] Einsätze (zB Durchführung kurzfristiger Einschü-

50) Vgl *Rebhahn* in FS Strasser 76, der jedenfalls die entgeltbezogenen Arbeitszeitsvorschriften allein dem Arbeitsstatut entnimmt. Ebenfalls aus deutscher Sicht zB *Winkler v. Mohrenfels/Block*, EAS B3000 Rz 209 mwN.

51) *Grillberger* in *ders* (Hrsg), Arbeitszeitgesetz³ (2011) § 1 Rz 10 mwN; *Pfeil* in *ZellKomm*² § 1 AZG Rz 3; *Rebhahn* in FS Strasser 85.

52) Ebenso *Heilegger* in *Klein/Heilegger/Schwarz*, Arbeitszeitgesetz³ § 1 Erl 5; *Kühteubl/Kozak*, Arbeitnehmerentsendung Rz 445.

53) Vgl dazu grundlegend EuGH 31. 1. 1984, 286/82 und 26/83, *Luisi und Carbone*, Slg 1984, 377.

54) *Khan/Eisenhut* in *Vedder/Heintschel v. Heinegg*, Unionsrecht Art 57 AEUV Rz 23; vgl weiters *Kluth* in *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV Art 57 AEUV Rz 30; *Randelzhofer/Forsthoef* in *Grabitz/Hilf* (Hrsg), Das Recht der Europäischen Union (LoseblSlg 2009) Art 50 EG Rz 51.

55) Vgl *Binder*, Die Arbeitnehmerentsendung aus EU-/EWR-Staaten nach Österreich unter besonderer Berücksichtigung eines möglichen Sozialdumpings, öRdA 1999, 1 und 100 (5 FN 25); *Mayr*, Die Umsetzung der Entsenderichtlinie in das österreichische Recht, in *Resch* (Hrsg), Arbeitnehmerentsendung (1999) 33 (42). Bei regionalen KollV stellt dies *Rebhahn*, öRdA 1999, 173 (177), infrage.

lungen und Reparaturen)⁵⁶⁾, „[g]anz kurzfristige, in sich geschlossene Aufträge“⁵⁷⁾ auszugliedern.⁵⁸⁾ Der Entsendungsbegriff des § 7b AVRAG – wie auch des § 7a AVRAG für AG ohne Sitz innerhalb des EWR – erhält so eine zeitliche Untergrenze, ohne dass sie konkret gezogen wird. Die eintägige Dienstreise zu einer Fortbildungsmaßnahme in Österreich vermag jedenfalls diese Untergrenze nicht zu überschreiten.⁵⁹⁾ Diese Einschränkung des Entsendungsbegriffs ist der Entsende-RL selbst fremd – doch ist sie nicht unzulässig: Einerseits gehört zur „Muss-Schicht“ der Entsende-RL die Erstreckung bestimmter Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen in Tarifverträgen nur der Baubranche und gem Art 3 Abs 10 Spiegelstrich 2 Entsende-RL darf in anderen Branchen eine Erstreckung auch nur zum Teil erfolgen. Andererseits können die Mitgliedstaaten gem Art 3 Abs 5 Entsende-RL für Mindestlohnsätze und Mindestjahresurlaub dann eine Ausnahme vorsehen, „wenn der Umfang der zu verrichtenden Arbeiten gering ist“. Was als Arbeiten von geringem Umfang gilt, bestimmen die Mitgliedstaaten, indem sie selbst die Modalitäten festlegen. Das Ausrichten dieser Modalitäten allein auf die zeitliche Dimension der Arbeit während der Entsendung ist mE zulässig.⁶⁰⁾ Damit besitzt der AN für die Dauer der eintägigen Dienstreise nach Österreich zulässigerweise keinen Anspruch auf das durch Gesetz, Verordnung oder KollV festgelegte Entgelt, das am Arbeitsort vergleichbaren AN von vergleichbaren AG gebührt, sondern nur auf das Entgelt nach deutschem Sachrecht. Weil der Entgeltbegriff des § 7b Abs 1 AVRAG dem weiten arbeitsvertragsrechtlichen Entgeltbegriff entspricht und auch den Überstundenzuschlag nach § 10 AZG erfasst, § 10 AZG als rein privatrechtlicher Norm selber keine Kraft als Eingriffsnorm zukommt und so nur über die Eingriffsnorm des § 7b Abs 1 AVRAG in das ausländische Arbeitsverhältnis Eingang findet, steht dem deutschen AN im Rahmen dieser kurzzeitigen Entsendung auch kein österreichischer Überstundenzuschlag zu.

Wie oben schon erwähnt, folgen die strafbewährten öffentlich-rechtlichen Bestimmungen des Arbeitszeitrechts dem Territorialitätsprinzip und schützen im öffentlichen Interesse die Gesundheit des AN als Eingriffsnormen.⁶¹⁾ Weil sie neben § 7b Abs 1 AVRAG bestehen, gelten sie auch für ganz punktuelle Arbeitseinsätze, die sonst von § 7b AVRAG ausgeklammert sind. Doch nicht jede Bestimmung im AZG muss eine Eingriffsnorm sein.⁶²⁾ So steht zwar das Überschreiten der Höchstarbeitszeit gem § 28 Abs 2 Z 1 AZG unter Strafdrohung, die Überschreitung der Normalarbeitszeit gem § 3 Abs 1 AZG hingegen führt lediglich zu Überstunden, die bloß in Geld oder Zeit auszugleichen sind;⁶³⁾ § 3 Abs 1 AZG ist daher keine Eingriffsnorm. Ebenso ist bei kollektivvertraglichen Regelungen der Arbeitszeit zu differenzieren: Bricht der KollV zulässigerweise gesetzliche Eingriffsnormen auf, indem zB die Höchstzahl erlaubter Überstunden gem § 7 Abs 2 AZG aufgestockt oder der Durchrechnungszeitraum des § 9 Abs 4 AZG verlängert wird, sind diese Vorschriften Teil des Arbeitnehmerschutzes und zählen zu Art 3 Abs 1 lit a Entsende-RL („Höchstarbeitszeiten und Mindestruhezeiten“), lässt der KollV lediglich eine andere Verteilung der Normalarbeitszeit zu,⁶⁴⁾ verhin-

dert dies bloß das Entstehen sonst zuschlagspflichtiger Überstunden, was Art 3 Abs 1 lit c Entsende-RL („Mindestlohnsätze einschließlich der Überstundensätze“) zuzuordnen ist.⁶⁵⁾ Freilich kann die kollektivvertragliche Norm auch beide Tatbestände betreffen.⁶⁶⁾ Anders als AZG und ARG können beide Kategorien nicht als eigenständige Eingriffsnormen auf das ausländische Arbeitsverhältnis einwirken, weil die Notwendigkeit der KollV-Angehörigkeit nicht übersehen werden darf, die der ausländische AN aber nicht besitzt. Diese Notwendigkeit muss erst mittels § 7b Abs 1 AVRAG übersprungen werden, indem er seit BGBl I 1999/120 dem entsandten AN zwingend Anspruch auf „die Einhaltung der kollektivvertraglich festgelegten Arbeitszeitregelungen“ zubilligt. Nur: Ganz kurzzeitige Entsendungen sind von ihm nicht erfasst. Soweit die kollektivvertraglich festgelegten Arbeitszeitregelungen nur für das Entstehen zuschlagspflichtiger Überstunden relevant und daher Art 3 Abs 1 lit c Entsende-RL zuordenbar sind, ist die Sonderstellung punktueller Arbeitseinsätze von Art 3 Abs 5 Entsende-RL mE gedeckt. Problematisch sind aber jene kollektivvertraglich festgelegten Arbeitszeitregelungen, die (auch) die zulässige Höchstarbeitszeit verändern, denn für Höchstarbeits- und Mindestruhezeiten iSd Art 3 Abs 1 lit a Entsende-RL räumt die Entsende-RL keinerlei Ausnahmen ein – andererseits gehören nur Tarifverträge der Baubranche zur „Muss-Schicht“. Damit besteht nur für punktuelle Arbeitseinsätze im Bausektor ein Umsetzungsdefizit. Außerhalb der Baubranche hat der AN, der eine eintägige Dienstreise nach Österreich unternimmt, nur die öffentlich-rechtlichen Bestimmungen des AZG und

56) Binder, AVRAG² (2010) § 7 a Rz 8; ihm folgend Holzer/Reissner, AVRAG² (2006) § 7 a Rz 6.

57) Binder, AVRAG² § 7 b Rz 5.

58) Kritisch Pfeil, öRdA 2008, 3, 124 (127). Vgl auch Kirschbaum, Billig-Arbeitskräfte aus EU-Staaten? öRdA 1995, 533 (536 ff); für Borgmann, Entsendung 185, besteht keine Mindestdauer mehr, er blickt aber nur auf den Wegfall der 1-Monats-Frist in § 7 Abs 2 AVRAG der Stamfassung.

59) Freudhofmeier in Endfellner/Exell/Freudhofmeier/Kopecek, Personalentsendung kompakt² (2011) 15 (FN 3) stellt – allerdings losgelöst vom AVRAG – die bloße Auslandsdienstreise „(zB mehrere Wochen)“ der Entsendung gegenüber.

60) AA Pfeil, öRdA 2008, 3, 124 (127); nach Sellin, Arbeitnehmermobilität und Entsenderecht (2006) ist der Umfang „im Umsetzungsakt definitiv festzulegen“ (256), räumt aber den Mitgliedstaaten „einen wirklichen Gestaltungsspielraum“ ein (258); A. Müller 182 weist auf die Korrelation zwischen geringem Umfang und geringer Dauer hin. Der Rat der EU hat sich bezüglich der Nichtanwendung bestimmter Bedingungen auf Entsendungen von kurzer Dauer dafür entschieden, diese Nichtanwendung fakultativ zu halten (außer bei Erstmontage- und/oder Einbauarbeiten). Die Möglichkeit einer Nichtanwendung ist auch im Falle von Arbeiten geringen Umfangs ohne zeitliche Auflage vorgesehen; vgl Gemeinsamer Standpunkt 32/96/EG, ABLC 1996/220, 1 (7).

61) Vgl statt vieler Spielbüchler in Floretta/Spielbüchler/Strasser, Arbeitsrecht I⁴ (1998) 110.

62) Zu undifferenziert daher Binder, AVRAG² § 7 b Rz 13; Blätterbinder/Ganglberger/Hutterer in Shubshizky 61. Rebhahn, öRdA 1999, 173 (183) weist darauf hin, dass das AZG deutlich über das hinausgeht, was man sinnvollerweise noch unter Gesundheitsschutz verstehen kann.

63) Vgl zur ökonomischen Funktion bspw Schrank, Arbeitszeitgesetze I § 10 Rz 2.

64) Vgl zu den vielfältigen Möglichkeiten zB Burger, Neue Möglichkeiten der Flexibilisierung im Arbeitszeitgesetz, in Wachter/Burger (Hrsg), Aktuelle Entwicklungen im Arbeits- und Sozialrecht 2008 (2008) 37; Gärtner/Klein/Lutz, Arbeitszeitmodelle³ (2008).

65) Mayr, Umsetzung 41 unterstellt diese kollektivvertraglichen Regelungen auch den Höchstarbeits- und Mindestruhezeiten.

66) ZB bei Schichtarbeit gem § 4 a Abs 3 und 4 iVm § 9 Abs 2 AZG.

ARG zu beachten, nicht aber jene Arbeitszeitvorschriften im einschlägigen KollV vergleichbarer inländischer Arbeitsverhältnisse.

E. Zusammenfassung

Auch eine kurzzeitige Dienstreise in das Ausland ist eine Entsendung, die den gewöhnlichen Arbeitsort im Herkunftsstaat belässt. Eine Wechsel des Arbeitsvertragsstatuts erfolgt gem Art 8 Abs 2 Satz 2 Rom I-VO daher nicht. Zur Konkretisierung der Dienstleistungsfreiheit verfügt die Entsende-RL, welche Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen der Empfangsstaat auch für zu ihm entsandte AN zwingend auferlegen muss und darf. Diese Ausdehnung seiner Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen erfolgt mittels Eingriffsnormen, die für die Dauer der Dienstreise auch dann zu beachten sind, wenn das Arbeitsvertragsstatut nicht wechselt. Günstigere Regelungen des Herkunftsstaats bleiben unberührt.

So gilt bei kurzzeitigen Dienstreisen nach Deutschland das österr Arbeitsvertragsrecht weiter. Vereinbarungen zwischen AN und AG über das Ausmaß und die Lage der Arbeitszeit bleiben ebenso aufrecht wie die Zuschlagspflicht für Überstunden nach § 10 AZG.

Das österr Vertragsstatut wird aber durch deutsche Eingriffsnormen zur Umsetzung der Entsende-RL ergänzt. Zu diesen gehört das deutsche ArbZG, das Höchstarbeits- und Mindestruhezeiten regelt. Mindestlohnsätze, die deutsche Tarifverträge versprechen, sind nach Maßgabe des AEntG – ebenfalls eine deutsche Eingriffsnorm – vom österr AG zu berücksichtigen. Das AEntG erstreckt Tarifverträge auf nach Deutschland entsandte AN aber nur in einzelnen Branchen – und dann auch nur, wenn der Tarifvertrag für allgemein verbindlich erklärt oder als Rechtsverordnung erlassen wurde. Außerhalb dieser Branchen besteht kein deutsches Mindestentgelt, das dem entsandten AN während seiner Dienstreise zusteht.

Für eintägige Dienstreisen nach Österreich bleibt spiegelbildlich das ausländische Arbeitsvertragsrecht bestehen. Österr Eingriffsnormen wie die öffentlich-rechtliche Festlegung der Höchstarbeitszeit im AZG sind aber zu beachten. Weil eintägige Dienstreisen als bloß punktuelle Arbeitseinsätze von der Eingriffsnorm des § 7b AVRAG nicht erfasst werden, können Mindestlohnsätze nach österr KollV ebenso außer Acht bleiben wie der privatrechtliche Überstundenzuschlag nach § 10 AZG oder kollektivvertragliche Regelungen der Normalarbeitszeit.

→ In Kürze

Zwar bleibt auch für die Dauer einer Auslandsdienstreise das Heimatrecht weiterhin Grundlage für das Arbeitsverhältnis, doch sind Eingriffsnormen des Empfangsstaats zu beachten, die von der Entsende-RL begrenzt werden. Sowohl Österreich als auch Deutschland schöpfen – in unterschiedlicher Weise – die Möglichkeiten der Entsende-RL nicht vollständig aus.

→ Zum Thema

Über den Autor:

Dr. Florian G. Burger ist Universitätsassistent am Institut für Arbeits- und Sozialrecht, Wohn- und Immobilienrecht und Rechtsinformatik der Leopold-Franzens-Universität Innsbruck. Kontaktadresse: Christoph-Probst-Platz, 6020 Innsbruck. E-Mail: florian.burger@uibk.ac.at

Vom selben Autor erschienen:

Katastrophenhilfsdienst versus Arbeitsvertrag, RFG 2011/13, 52; Entgeltfortzahlung bei Luftraumsperrungen, ZAS 2010/48, 293; Arbeitsrechtliche Zulässigkeit von All-in-Vereinbarungen, in *Resch* (Hrsg.), All-in Vereinbarungen (2010) 39.

Literatur:

Binder, AVRAG² (2010) § 7 b; *Burger*, 16. Klausel: Entsendevereinbarung – Bedingungen einer Auslandstätigkeit, in *Reissner/Neumayr* (Hrsg), Zeller Handbuch Arbeitsvertrags-Klauseln (2010) 222; *Resch* (Hrsg), Grenzüberschreitender Personaleinsatz (2007); *Resch* (Hrsg), Arbeitnehmerentsendung (1999); *Wolfgruber*, Die grenzüberschreitende Entsendung von Arbeitnehmern (2001).

→ Literatur-Tipp



Kühnleubl/Kozak, Arbeitnehmerentsendung (2010)

MANZ Bestellservice:

Tel: (01) 531 61-100,
Fax: (01) 531 61-455,
E-Mail: bestellen@manz.at
Besuchen Sie unseren Webshop unter www.manz.at

