

TE OGH 2011/10/25 8ObA2/11v

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 25.10.2011

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Rekursgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Senatspräsidenten Dr. Spenling als Vorsitzenden, den Hofrat Hon.-Prof. Dr. Kuras, die Hofrätin Dr. Tarmann-Prentner sowie die fachkundigen Laienrichter Dr. Rolf Gleißner und Franz Kisling als weitere Richter in der Arbeitsrechtssache der klagenden Partei BUAK Bauarbeiter Urlaubs- und Abfertigungskasse, 1050 Wien, Kliebergasse 1a, vertreten durch Mag. Vera Noss, Rechtsanwältin in Wien, gegen die beklagte Partei A***** GmbH, D-*****, vertreten durch Ing. Mag. Klaus Helm, Rechtsanwalt in Linz, wegen 66.229,45 EUR sA, über den Rekurs der beklagten Partei gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 7. Oktober 2010, GZ 8 Ra 100/10z-22, in nichtöffentlicher Sitzung den

Beschluss

gefasst:

Spruch

Dem Rekurs wird nicht Folge gegeben.

Die Kosten des Rekursverfahrens bilden weitere Verfahrenskosten.

Text

Begründung:

Die Beklagte ist ein in Deutschland ansässiges Unternehmen, das sich mit der Arbeitskräfteüberlassung befasst. Im Lauf des Jahres 2006 entsandte sie mehrere Arbeitnehmer vorübergehend für jeweils weniger als ein Jahr in österreichische Beschäftigerunternehmen, die dem BUAG unterlagen.

Die Klägerin begehrt in ihrer auf § 33h BUAG gestützten Klage die Zahlung der festgesetzten Lohnzuschläge für die Beschäftigung dieser Arbeitnehmer. Die Beklagte sei in Deutschland als Arbeitskräfteüberlasserin nicht in das deutsche Urlaubskassensystem einbezogen, sodass ihr keine Ausnahmeregelung iSd § 33i Abs 2 bzw 4 BUAG zugute komme. Die Klägerin begehrt in ihrer auf Paragraph 33 h, BUAG gestützten Klage die Zahlung der festgesetzten Lohnzuschläge für die Beschäftigung dieser Arbeitnehmer. Die Beklagte sei in Deutschland als Arbeitskräfteüberlasserin nicht in das deutsche Urlaubskassensystem einbezogen, sodass ihr keine Ausnahmeregelung iSd Paragraph 33 i, Absatz 2, bzw 4 BUAG zugute komme.

Die Beklagte brachte vor, auf die Arbeitsverträge der entsendeten Leiharbeiter sei ausschließlich deutsches materielles Arbeitsrecht und daher auch das deutsche Bundesurlaubsgesetz (BUrlG) anzuwenden, das hinsichtlich der Urlaubsansprüche bei Gesamtbetrachtung einen zumindest gleichwertigen Standard gewährleiste. Die Arbeitnehmer seien auch in Deutschland sozialversichert gewesen, die internationale Zuständigkeit österreichischer Gerichte werde bestritten.

Die betroffenen Arbeitnehmer hätten während ihrer Beschäftigung in Österreich Urlaub konsumiert und von der Beklagten Urlaubsentgelt oder Urlaubsabfindungen erhalten. Bei Bejahung einer Zuschlagspflicht nach dem BUAG käme es zu einer sachlich nicht gerechtfertigten Besserstellung dieser Arbeitnehmer, weil sie deckungsgleiche Ansprüche auch gegenüber der Klägerin und damit im Ergebnis doppelte Ansprüche erwerben könnten. Andererseits werde die Beklagte gegenüber österreichischen Unternehmen in wettbewerbsverzerrender Weise benachteiligt. Die Anwendung des österreichischen BUAG auf deutsche Arbeitskräfteüberlasser widerspreche daher Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts.

Das Erstgericht schränkte das Verfahren auf den Grund des Anspruchs ein und wies das Klagebegehren ab. Die Einbeziehung ausländischer Arbeitgeber in ein Urlaubskassensystem des Beschäftigungsstaats sei zwar nach der Rechtsprechung des EuGH nicht grundsätzlich unzulässig, die Regelung des BUAG müsse aber im Verhältnis zu deutschen Unternehmen, die dem dBUrG unterliegen, als überschießend beurteilt werden und verstoße wegen der damit verbundenen Doppelbelastung des Arbeitgebers gegen die Dienstleistungsfreiheit.

Das Berufungsgericht hob dieses Urteil über Berufung der Klägerin zur neuerlichen Entscheidung nach Verfahrensergänzung auf. Zutreffend sei das Erstgericht von seiner internationalen und örtlichen Zuständigkeit ausgegangen, im Übrigen könne seiner rechtlichen Beurteilung aber nicht gefolgt werden.

Die Entsende-RL 96/71/EG erlaube den Mitgliedstaaten, unabhängig von dem auf das Arbeitsverhältnis anzuwendenden Recht, für die auf ihr Hoheitsgebiet entsandten Arbeitnehmer bestimmte Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen wie im Inland zu regeln. Unter diese Ermächtigung falle auch die in Umsetzung dieser Richtlinie eingeführte streitgegenständliche Zuschlagsverpflichtung. Es begründe keinen Verstoß gegen die Dienstleistungsfreiheit, wenn eine nationale Regelung die entsendeten Arbeitnehmer eines in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Unternehmens in ein Urlaubskassensystem einbeziehe und ihnen damit Urlaubsansprüche garantiere, sofern sie im Entsendestaat keinen im Wesentlichen vergleichbaren Schutz genießen und ihnen daher ein deutlicher tatsächlicher Vorteil verschafft werde.

Diese Voraussetzungen seien im vorliegenden Fall zu bejahen, weil eine Erfassung des Arbeitgebers nach dem allgemeinen deutschen Urlaubsrecht speziell für Arbeitnehmer im Baugewerbe keinen „vergleichbaren Schutz“ iSd § 33i Abs 4 BUAG biete. Der Beklagten dürfe auch gegenüber inländischen Personalverleihunternehmen, die - anders als in Deutschland - in das System des BUAG einbezogen seien, kein ungerechtfertigter Wettbewerbsvorteil entstehen. Eine Doppelbelastung der Beklagten könne nicht eintreten, weil für die Dauer des grenzüberschreitenden Arbeitseinsatzes das Arbeitsrechtsstatut in den von der Entsenderichtlinie definierten Bereichen vom österreichischen Arbeitsrecht überlagert werde, soweit es für den Arbeitnehmer günstigere Regelungen enthalte. Die Frage, ob bereits bezahlte Urlaubsgelder oder -abfindungen auf die Zuschläge anrechenbar sein könnten, berühre jedenfalls nicht die Zuschlagspflicht dem Grunde nach. Diese Voraussetzungen seien im vorliegenden Fall zu bejahen, weil eine Erfassung des Arbeitgebers nach dem allgemeinen deutschen Urlaubsrecht speziell für Arbeitnehmer im Baugewerbe keinen „vergleichbaren Schutz“ iSd Paragraph 33 i, Absatz 4, BUAG biete. Der Beklagten dürfe auch gegenüber inländischen Personalverleihunternehmen, die - anders als in Deutschland - in das System des BUAG einbezogen seien, kein ungerechtfertigter Wettbewerbsvorteil entstehen. Eine Doppelbelastung der Beklagten könne nicht eintreten, weil für die Dauer des grenzüberschreitenden Arbeitseinsatzes das Arbeitsrechtsstatut in den von der Entsenderichtlinie definierten Bereichen vom österreichischen Arbeitsrecht überlagert werde, soweit es für den Arbeitnehmer günstigere Regelungen enthalte. Die Frage, ob bereits bezahlte Urlaubsgelder oder -abfindungen auf die Zuschläge anrechenbar sein könnten, berühre jedenfalls nicht die Zuschlagspflicht dem Grunde nach.

Da einerseits strittig sei, ob alle in die Zuschlagsberechnung einbezogenen Arbeitnehmer tatsächlich als Bauarbeiter beschäftigt waren, andererseits auch noch Feststellungen zur Höhe der Klagsforderung fehlten, sei eine Verfahrensergänzung durch das Erstgericht erforderlich. Der Rekurs an den Obersten Gerichtshof sei jedoch zuzulassen, weil noch keine höchstgerichtliche Judikatur über die richtlinienkonforme Auslegung der §§ 33d ff BUAG bezüglich der Einbeziehung deutscher Arbeitskräfteüberlasser in das Zuschlagsverfahren bestehe. Da einerseits strittig sei, ob alle in die Zuschlagsberechnung einbezogenen Arbeitnehmer tatsächlich als Bauarbeiter beschäftigt waren, andererseits auch noch Feststellungen zur Höhe der Klagsforderung fehlten, sei eine Verfahrensergänzung durch das Erstgericht erforderlich. Der Rekurs an den Obersten Gerichtshof sei jedoch zuzulassen, weil noch keine höchstgerichtliche Judikatur über die richtlinienkonforme Auslegung der Paragraphen 33 d, ff BUAG bezüglich der Einbeziehung deutscher Arbeitskräfteüberlasser in das Zuschlagsverfahren bestehe.

Rechtliche Beurteilung

Der von der Klägerin beantwortete Rekurs der Beklagten ist aus den vom Berufungsgericht dargelegten Gründen zulässig, aber nicht berechtigt.

1. Prozessvoraussetzungen, Zuständigkeit

Die übereinstimmende Beurteilung der Vorinstanzen, dass für den vorliegenden Rechtsstreit die inländische Gerichtsbarkeit, die örtliche Zuständigkeit des Erstgerichts und die Zulässigkeit des streitigen Rechtswegs gegeben sind, ist einer Überprüfung in dritter Instanz nicht mehr zugänglich (RIS-Justiz RS0054895; RS0035572; RS0114196; RS0039226; RS0039774; vgl. auch RS0046234; RS0044536; 8 Ob 136/08w). Die übereinstimmende Beurteilung der Vorinstanzen, dass für den vorliegenden Rechtsstreit die inländische Gerichtsbarkeit, die örtliche Zuständigkeit des Erstgerichts und die Zulässigkeit des streitigen Rechtswegs gegeben sind, ist einer Überprüfung in dritter Instanz nicht mehr zugänglich (RIS-Justiz RS0054895; RS0035572; RS0114196; RS0039226; RS0039774; vergleiche auch RS0046234; RS0044536; 8 Ob 136/08w).

2. Bestätigung „E101“

Ob für die betroffenen Arbeitnehmer in Deutschland eine Bestätigung „E101“ ausgestellt wurde, hat entgegen den Rekursausführungen für die Entscheidung keine Relevanz.

Die Bescheinigung des zuständigen Sozialversicherungsträgers über die anzuwendenden Rechtsvorschriften „E101“ (nunmehr „A1“) begründet eine Vermutung dafür, dass die entsandten Arbeitnehmer dem System der sozialen Sicherheit des Mitgliedstaats, in dem das diese Arbeitnehmer entsendende Unternehmen seine Betriebsstätte hat, ordnungsgemäß angeschlossen sind.

Der Begriff der unionsrechtlich geregelten Materien der sozialen Sicherheit wird durch den sachlichen Anwendungsbereich der VO [EWG] 1408/71 (nunmehr nach 30. 4. 2010 VO [EG] 883/2004) ausgefüllt und umfasst Leistungen bei Krankheit und Mutterschaft, bei Invalidität, bei Alter, Leistungen an Hinterbliebene, Leistungen bei Arbeits- und Berufskrankheiten, Sterbegeld, Leistungen bei Arbeitslosigkeit und Familienleistungen. Fragen des anwendbaren Arbeitsrechts im Allgemeinen und Regelungen über eine überbetriebliche Urlaubs- und Lohnausgleichskasse im Besonderen werden davon nicht berührt. Der Begriff der unionsrechtlich geregelten Materien der sozialen Sicherheit wird durch den sachlichen Anwendungsbereich der VO [EWG] 1408/71 (nunmehr nach 30. 4. 2010 VO [EG] 883 aus 2004,) ausgefüllt und umfasst Leistungen bei Krankheit und Mutterschaft, bei Invalidität, bei Alter, Leistungen an Hinterbliebene, Leistungen bei Arbeits- und Berufskrankheiten, Sterbegeld, Leistungen bei Arbeitslosigkeit und Familienleistungen. Fragen des anwendbaren Arbeitsrechts im Allgemeinen und Regelungen über eine überbetriebliche Urlaubs- und Lohnausgleichskasse im Besonderen werden davon nicht berührt.

3. Anwendbares Recht

Grundlage für die kollisionsrechtliche Beurteilung der hier vorliegenden, durchwegs vor dem 17. 12. 2009 abgeschlossenen Entsendungsarbeitsverhältnisse ist Art 6 EVÜ (nunmehr Art 28 Rom-I VO). Grundlage für die kollisionsrechtliche Beurteilung der hier vorliegenden, durchwegs vor dem 17. 12. 2009 abgeschlossenen Entsendungsarbeitsverhältnisse ist Artikel 6, EVÜ (nunmehr Artikel 28, Rom-I VO).

Mangels abweichender Vereinbarung ist danach auf das Arbeitsverhältnis eines ins Ausland entsandten Arbeitnehmers im Regelfall das materielle Recht jenes Staats anzuwenden, in dem er in Erfüllung des Vertrags gewöhnlich seine Arbeit verrichtet, auch wenn er vorübergehend in einen anderen Staat entsandt ist. Besteht überhaupt kein gewöhnlicher Arbeitsort in ein und demselben Staat, ist das Recht jenes Staats maßgeblich, in dem sich die Niederlassung befindet, die den Arbeitnehmer eingestellt hat (vgl. Mayr in FS Cerny [2001], Arbeitsrechtliche Fragestellungen bei der Entsendung von BauarbeiterInnen, 256 f; Pfeil, Grenzüberschreitender Einsatz von Arbeitnehmern, DRdA 1/2008, 5; Drs in Resch [Hrsg], Grenzüberschreitender Personaleinsatz, 23 f ua). Mangels abweichender Vereinbarung ist danach auf das Arbeitsverhältnis eines ins Ausland entsandten Arbeitnehmers im Regelfall das materielle Recht jenes Staats anzuwenden, in dem er in Erfüllung des Vertrags gewöhnlich seine Arbeit verrichtet, auch wenn er vorübergehend in einen anderen Staat entsandt ist. Besteht überhaupt kein gewöhnlicher Arbeitsort in ein und demselben Staat, ist das Recht jenes Staats maßgeblich, in dem sich die Niederlassung befindet, die den Arbeitnehmer eingestellt hat

vergleiche Mayr in FS Cerny [2001], Arbeitsrechtliche Fragestellungen bei der Entsendung von BauarbeiterInnen, 256 f; Pfeil, Grenzüberschreitender Einsatz von Arbeitnehmern, DRdA 1 aus 2008,, 5; Drs in Resch [Hrsg], Grenzüberschreitender Personaleinsatz, 23 f ua).

Für Leiharbeitskräfte, die bei einem deutschen Unternehmen ständig beschäftigt sind und nur für einen begrenzten Zeitraum an einen österreichischen Beschäftigterbetrieb überlassen werden, ist in der Regel von einem gewöhnlichen Arbeitsort in Deutschland und damit von der Anwendung des deutschen Sachrechts auszugehen. Zum selben Ergebnis würde auch eine Anknüpfung an den Ort der einstellenden Niederlassung führen, sofern die Arbeitnehmer fortlaufend in verschiedene Länder entsandt werden.

Der vorliegende Sachverhalt erlaubt dazu aber keine abschließende Beurteilung, weil noch keine Feststellungen über den Inhalt der dem Klagebegehren zugrundeliegenden Dienstverhältnisse getroffen wurden. Sollten die betroffenen Bauarbeiter von vornherein nur für eine Tätigkeit in Österreich aufgenommen worden sein - zumal der Beklagten in Deutschland die gewerbliche Überlassung von Bauarbeitern verboten ist - wäre ihr gewöhnlicher Arbeitsort im Inland gelegen und ausschließlich österreichisches Arbeitsrecht anwendbar. Im fortgesetzten Verfahren wird daher die Vertragsgestaltung mit den betroffenen Arbeitnehmern hinsichtlich des Beginns, der vereinbarten Einsatzorte und der vorgesehenen Dauer der Arbeitsverhältnisse zu erörtern sein.

Nur wenn sich aufgrund der Verfahrensergänzung herausstellen sollte, dass der gewöhnliche Arbeitsort der betroffenen Arbeitnehmer tatsächlich in Deutschland lag, sind die im Rekurs dargelegten weiterführenden kollisionsrechtlichen Fragen für die Entscheidung relevant.

4. Vorrangige Eingriffsnormen

Das auf vertragliche Schuldverhältnisse anwendbare nationale Recht kann durch zwingende Eingriffsnormen des Rechts eines anderen Staats, mit dem der Sachverhalt eine enge Verbindung aufweist, durchbrochen werden, soweit sie nach dem Recht dieses Staats ohne Rücksicht auf das Vertragsstatut anzuwenden sind (Art 7 EVÜ). Das auf vertragliche Schuldverhältnisse anwendbare nationale Recht kann durch zwingende Eingriffsnormen des Rechts eines anderen Staats, mit dem der Sachverhalt eine enge Verbindung aufweist, durchbrochen werden, soweit sie nach dem Recht dieses Staats ohne Rücksicht auf das Vertragsstatut anzuwenden sind (Artikel 7, EVÜ).

Eingriffsnormen, die das öffentliche Interesse des rechtssetzenden Staats an ihrer Beachtung dokumentieren, kommt grundsätzlich der Vorrang vor der allgemeinen, überwiegend an privaten Interessenkollisionen orientierten Anknüpfung des Schuldstatuts zu (vgl 3 Ob 230/05b mwN). Ob eine Norm internationalen Geltungswillen beansprucht, bestimmt der Staat, der eine solche Vorschrift erlässt (Verschraegen in Rummel³ II/6, Art 7 EVÜ Rz 9). Eingriffsnormen, die das öffentliche Interesse des rechtssetzenden Staats an ihrer Beachtung dokumentieren, kommt grundsätzlich der Vorrang vor der allgemeinen, überwiegend an privaten Interessenkollisionen orientierten Anknüpfung des Schuldstatuts zu (vergleiche 3 Ob 230/05b mwN). Ob eine Norm internationalen Geltungswillen beansprucht, bestimmt der Staat, der eine solche Vorschrift erlässt (Verschraegen in Rummel³ II/6, Artikel 7, EVÜ Rz 9).

Die Eingriffsnormen des Gemeinschaftsrechts gehen dem Recht des Vertragsstatuts grundsätzlich vor (Art 20 EVÜ). Dies gilt speziell für die in Umsetzung der RL 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen ergangenen Rechtsakte der Mitgliedstaaten, die für grenzüberschreitende Arbeitsverhältnisse einen „harten Kern“ von arbeitsrechtlichen Mindeststandards des Beschäftigungsstaats unabhängig vom Arbeitsvertragsstatut garantieren. Die Eingriffsnormen des Gemeinschaftsrechts gehen dem Recht des Vertragsstatuts grundsätzlich vor (Artikel 20, EVÜ). Dies gilt speziell für die in Umsetzung der RL 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen ergangenen Rechtsakte der Mitgliedstaaten, die für grenzüberschreitende Arbeitsverhältnisse einen „harten Kern“ von arbeitsrechtlichen Mindeststandards des Beschäftigungsstaats unabhängig vom Arbeitsvertragsstatut garantieren.

Das Gemeinschaftsrecht hindert die Mitgliedstaaten nicht daran, ihre Gesetze oder Kollektivverträge auf sämtliche Personen anzuwenden, die auch nur vorübergehend in ihrem Hoheitsgebiet beschäftigt werden, selbst wenn ihr Arbeitgeber in einem anderen Mitgliedstaat ansässig ist (RL 96/71/EG Erwägung 12; EuGH Rs C-165/98, Mazzoleni). Die Mitgliedstaaten sind nach Art 3 der Entsende-RL verpflichtet, unter anderem in Angelegenheiten des bezahlten Jahresurlaubs Mindeststandards auch für entsandte Arbeitnehmer zu gewährleisten und die Einhaltung dieser Regeln mit angemessenen Mitteln sicherzustellen (EuGH Rs C-49/98, Finalarte, Slg 2001, I-7831). Das Gemeinschaftsrecht hindert die Mitgliedstaaten nicht daran, ihre Gesetze oder Kollektivverträge auf sämtliche Personen anzuwenden, die

auch nur vorübergehend in ihrem Hoheitsgebiet beschäftigt werden, selbst wenn ihr Arbeitgeber in einem anderen Mitgliedstaat ansässig ist (RL 96/71/EG Erwägung 12; EuGH Rs C-165/98, Mazzoleni). Die Mitgliedstaaten sind nach Artikel 3, der Entsende-RL verpflichtet, unter anderem in Angelegenheiten des bezahlten Jahresurlaubs Mindeststandards auch für entsandte Arbeitnehmer zu gewährleisten und die Einhaltung dieser Regeln mit angemessenen Mitteln sicherzustellen (EuGH Rs C-49/98, Finalarte, Slg 2001, I-7831).

Die Festsetzung zwingend einzuhaltender Mindestbedingungen steht der Anwendung von für die Arbeitnehmer günstigeren Bestimmungen des Arbeitsvertragsstatuts nicht entgegen (RL 96/71/EG Art 3 Z 7; Mayr in FS Cerny, 260, Pfeil DRdA 2008/1, 6). Die Festsetzung zwingend einzuhaltender Mindestbedingungen steht der Anwendung von für die Arbeitnehmer günstigeren Bestimmungen des Arbeitsvertragsstatuts nicht entgegen (RL 96/71/EG Artikel 3, Ziffer 7; Mayr in FS Cerny, 260, Pfeil DRdA 2008/1, 6).

5. Dienstleistungsfreiheit

Zutreffend macht die Rekurswerberin geltend, dass sie sich als grenzüberschreitend tätiges Personalverleihunternehmen auf die Freiheit des Dienstleistungsverkehrs (Art 56 bis 62 AEUV) berufen kann, die als eine der vier Grundfreiheiten des europäischen Binnenmarkts den Anbietern gewerblicher, kaufmännischer, handwerklicher und freiberuflicher Tätigkeiten den freien Zugang zu den Dienstleistungsmärkten aller Mitgliedstaaten der Europäischen Union ermöglichen soll. Nimmt ein Anbieter die Dienstleistungsfreiheit in Anspruch, behält er seine Niederlassung im ursprünglichen Mitgliedstaat und begibt sich nur vorübergehend in den anderen Mitgliedstaat, ohne dort eine Niederlassung zu errichten (dazu ua jüngst Franzen, Die europarechtlichen Grundlagen der grenzüberschreitenden Arbeitnehmerüberlassung, ZAS 2011/5, 256). Zutreffend macht die Rekurswerberin geltend, dass sie sich als grenzüberschreitend tätiges Personalverleihunternehmen auf die Freiheit des Dienstleistungsverkehrs (Artikel 56 bis 62 AEUV) berufen kann, die als eine der vier Grundfreiheiten des europäischen Binnenmarkts den Anbietern gewerblicher, kaufmännischer, handwerklicher und freiberuflicher Tätigkeiten den freien Zugang zu den Dienstleistungsmärkten aller Mitgliedstaaten der Europäischen Union ermöglichen soll. Nimmt ein Anbieter die Dienstleistungsfreiheit in Anspruch, behält er seine Niederlassung im ursprünglichen Mitgliedstaat und begibt sich nur vorübergehend in den anderen Mitgliedstaat, ohne dort eine Niederlassung zu errichten (dazu ua jüngst Franzen, Die europarechtlichen Grundlagen der grenzüberschreitenden Arbeitnehmerüberlassung, ZAS 2011/5, 256).

Die Inanspruchnahme der Dienstleistungsfreiheit befreit den Dienstleister grundsätzlich nicht von der Einhaltung jener Bedingungen, die der Empfängerstaat seinen eigenen Staatsangehörigen für die Ausübung der Dienstleistung vorschreibt (ua Drs aaO 22). Selbst Regelungen, die geeignet sind, die Dienstleistungsfreiheit zu beschränken, sind nach der Rechtsprechung des EuGH dann gerechtfertigt, wenn sie in nicht diskriminierender Weise angewendet werden, aus zwingenden - nicht nur wirtschaftlichen - Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt, zur Verwirklichung des Ziels geeignet und unter Bedachtnahme auf die Rechtsvorschriften, denen der Erbringer im Herkunftsstaat unterliegt, nicht überschießend sind (Holoubek in Schwarze [Hrsg], EU-Kommentar, Art 49/50 EGV Rz 105). Die Inanspruchnahme der Dienstleistungsfreiheit befreit den Dienstleister grundsätzlich nicht von der Einhaltung jener Bedingungen, die der Empfängerstaat seinen eigenen Staatsangehörigen für die Ausübung der Dienstleistung vorschreibt (ua Drs aaO 22). Selbst Regelungen, die geeignet sind, die Dienstleistungsfreiheit zu beschränken, sind nach der Rechtsprechung des EuGH dann gerechtfertigt, wenn sie in nicht diskriminierender Weise angewendet werden, aus zwingenden - nicht nur wirtschaftlichen - Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt, zur Verwirklichung des Ziels geeignet und unter Bedachtnahme auf die Rechtsvorschriften, denen der Erbringer im Herkunftsstaat unterliegt, nicht überschießend sind (Holoubek in Schwarze [Hrsg], EU-Kommentar, Artikel 49 /, 50, EGV Rz 105).

An der Grundwertung, dass die von der Entsende-RL formulierten Ziele des Schutzes arbeitsrechtlicher Mindeststandards ausreichende Rechtfertigungsgründe für Beschränkungen des Dienstleistungsverkehrs im Allgemeininteresse darstellen, kann kein Zweifel bestehen. Leiharbeitsagenturen sind auch vom Anwendungsbereich der Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rats 2006/123/EG über Dienstleistungen im Binnenmarkt (DienstleistungsRL) ausgenommen (Art 2 Abs 2 lit e). Darüber hinaus lässt diese Richtlinie generell jene gesetzlichen oder vertraglichen Bestimmungen über Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen ausdrücklich unberührt, die von den Mitgliedstaaten nach nationalem Recht unter Wahrung des Gemeinschaftsrechts angewandt werden (Art 1 Abs 6). An der Grundwertung, dass die von der Entsende-RL formulierten Ziele des Schutzes arbeitsrechtlicher Mindeststandards ausreichende Rechtfertigungsgründe für Beschränkungen des Dienstleistungsverkehrs im Allgemeininteresse

darstellen, kann kein Zweifel bestehen. Leiharbeitsagenturen sind auch vom Anwendungsbereich der Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rats 2006/123/EG über Dienstleistungen im Binnenmarkt (DienstleistungsRL) ausgenommen (Artikel 2, Absatz 2, Litera e.). Darüber hinaus lässt diese Richtlinie generell jene gesetzlichen oder vertraglichen Bestimmungen über Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen ausdrücklich unberührt, die von den Mitgliedstaaten nach nationalem Recht unter Wahrung des Gemeinschaftsrechts angewandt werden (Artikel eins, Absatz 6,).

6. Unzulässige Beschränkung

Dem Rekurs ist aber beizupflichten, dass die Zulässigkeit einer Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit in jedem Fall auch an Artikel 18 AEUV (ex-Art 12 EG) zu messen ist, der als allgemeines Prinzip der europäischen Integration - unbeschadet besonderer Bestimmungen der Verträge in ihrem Anwendungsbereich - jede Form der willkürlichen Ungleichbehandlung von Bürgern oder Unternehmen aus Gründen der Staatsangehörigkeit verbietet.

Auch eine formal unterschiedslose Anwendung nationaler Rechtsvorschriften auf in- und ausländische Leistungserbringer darf zu keiner unverhältnismäßigen Benachteiligung der ausländischen Leistungserbringer führen, die nicht durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt werden kann, wobei vergleichbare Bestimmungen im Herkunftsstaat zu berücksichtigen sind (Drs aaO 23).

In der Rechtsprechung des EuGH wird dem Diskriminierungsverbot höchste Bedeutung beigemessen. Eine verdeckte Diskriminierung stellt es insbesondere dar, wenn sich anzuwendende Eingriffsnormen eines Mitgliedstaats für den ausländischen Leistungsanbieter unverhältnismäßig auswirken oder zu einer Doppelbelastung in finanzieller oder organisatorischer Hinsicht führen (Holoubek aaO Art 49/50 EGV Rz 51; EuGH Rs C-369/96, C-376/96 Arblade; Rs C-62/81 Guiot; Rs C-168/04 Kommission/Österreich). Auch an sich zulässige Eingriffe sind auf ihre sachliche Rechtfertigung streng zu prüfen. In der Rechtsprechung des EuGH wird dem Diskriminierungsverbot höchste Bedeutung beigemessen. Eine verdeckte Diskriminierung stellt es insbesondere dar, wenn sich anzuwendende Eingriffsnormen eines Mitgliedstaats für den ausländischen Leistungsanbieter unverhältnismäßig auswirken oder zu einer Doppelbelastung in finanzieller oder organisatorischer Hinsicht führen (Holoubek aaO Artikel 49 /, 50, EGV Rz 51; EuGH Rs C-369/96, C-376/96 Arblade; Rs C-62/81 Guiot; Rs C-168/04 Kommission/Österreich). Auch an sich zulässige Eingriffe sind auf ihre sachliche Rechtfertigung streng zu prüfen.

Daraus folgt, dass bei der Einbeziehung von entsandten Bauarbeitnehmern in ein Urlaubskassensystem des Empfangsstaats zwingend allfällige Beitragspflichten nach einem vergleichbaren nationalen System des Entsendestaats zu berücksichtigen sind und auch eine Anrechnung ermöglicht werden muss (EuGH Rs C-49/98 Finalarte).

7. Einbeziehung entsendeter Arbeitnehmer in das österreichische BUAG

Die in Abschnitt VIb des BUAG geregelten „Sonderbestimmungen für den Urlaub bei Entsendung“ setzen in diesem Bereich die Vorgaben der Entsende-RL innerstaatlich um und erweitern den Geltungsbereich des BUAG in den höchst praxisrelevanten Fällen grenzüberschreitender Entsendung von Arbeitnehmern in der Baubranche (972 BlgNR XXII. GP 1). Die Bestimmungen dieses Abschnitts sind auf die Beschäftigung von Arbeitnehmern, die von einem Arbeitgeber ohne Sitz in Österreich im Rahmen einer Arbeitskräfteüberlassung nach Österreich entsandt werden, anzuwenden. Als Entsendung gilt auch die Beschäftigung von Arbeitnehmern mit gewöhnlichem Arbeitsort im Inland durch Arbeitgeber ohne Sitz in Österreich. Die in Abschnitt römisch sechs b des BUAG geregelten „Sonderbestimmungen für den Urlaub bei Entsendung“ setzen in diesem Bereich die Vorgaben der Entsende-RL innerstaatlich um und erweitern den Geltungsbereich des BUAG in den höchst praxisrelevanten Fällen grenzüberschreitender Entsendung von Arbeitnehmern in der Baubranche (972 BlgNR römisch 22 . Gesetzgebungsperiode eins,). Die Bestimmungen dieses Abschnitts sind auf die Beschäftigung von Arbeitnehmern, die von einem Arbeitgeber ohne Sitz in Österreich im Rahmen einer Arbeitskräfteüberlassung nach Österreich entsandt werden, anzuwenden. Als Entsendung gilt auch die Beschäftigung von Arbeitnehmern mit gewöhnlichem Arbeitsort im Inland durch Arbeitgeber ohne Sitz in Österreich.

Die zwingenden Bestimmungen des Abschnitts VIb des BUAG sind nach ihrem Regelungsgegenstand Eingriffsnormen iSd Art 7 EVÜ und unabhängig vom Arbeitsvertragsstatut für ausländische Entsender verbindlich, so wie in Deutschland die inhaltlich parallele Regelung nach § 3 Arbeitnehmer-Entsendegesetz (dAEntG; Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching [Hrsg], Beck'scher Onlinekommentar Arbeitsrecht § 3 AEntG) Die zwingenden Bestimmungen des Abschnitts römisch sechs b des BUAG sind nach ihrem Regelungsgegenstand Eingriffsnormen iSd Artikel 7, EVÜ und unabhängig vom

Arbeitsvertragsstatut für ausländische Entsender verbindlich, so wie in Deutschland die inhaltlich parallele Regelung nach Paragraph 3, Arbeitnehmer-Entsendegesetz (dAEntG; Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching [Hrsg], Beck'scher Onlinekommentar Arbeitsrecht Paragraph 3, AEntG).

Arbeitskräfteüberlassungsbetriebe fallen für den Sachbereich der Urlaubsregelung nach § 2 Abs 1 lit h BUAG bezüglich jener Arbeitnehmer in den Geltungsbereich des Gesetzes, die zur Überlassung für Bauarbeiten aufgenommen werden oder tatsächlich überwiegend für solche Tätigkeiten überlassen werden. Ausländische Überlasser, die auf diese Weise in den Anwendungsbereich des Abschnitts VIb des BUAG fallen, sind daher so wie im Inland ansässige Arbeitgeber verpflichtet, Zuschläge nach diesem Gesetz zu entrichten. Arbeitskräfteüberlassungsbetriebe fallen für den Sachbereich der Urlaubsregelung nach Paragraph 2, Absatz eins, Litera h, BUAG bezüglich jener Arbeitnehmer in den Geltungsbereich des Gesetzes, die zur Überlassung für Bauarbeiten aufgenommen werden oder tatsächlich überwiegend für solche Tätigkeiten überlassen werden. Ausländische Überlasser, die auf diese Weise in den Anwendungsbereich des Abschnitts römisch sechs b des BUAG fallen, sind daher so wie im Inland ansässige Arbeitgeber verpflichtet, Zuschläge nach diesem Gesetz zu entrichten.

Sonderregelungen für ausländische Arbeitgeber bestehen hinsichtlich der Auszahlung der erworbenen Ansprüche auf Urlaubsentgelt, und zwar insoweit, als inländische Arbeitgeber im Regelfall ihren Aufwand von der Klägerin bevorschusst erhalten und nur unter bestimmten Voraussetzungen eine Direktzahlung an die Arbeitnehmer vorgesehen ist (§ 8 Abs 8 BUAG), wogegen den aus dem Ausland nach Österreich entsandten Arbeitnehmern ihre Ansprüche immer direkt ausbezahlt sind (§ 33f Abs 3 BUAG). Diese Sonderregelung dient der Sicherstellung der - im Sitzstaat des Arbeitgebers für die Urlaubskasse kaum kontrollierbaren - tatsächlichen Erfüllung der Arbeitnehmeransprüche. Eine derartige Differenzierung, die keine Einschränkung des Leistungsumfangs mit sich bringt, hat der EuGH bereits am Beispiel einer vergleichbaren deutschen Urlaubskassenregelung geprüft und für sachlich gerechtfertigt befunden (RS C-49/98 - Finalarte, RN 65). Sonderregelungen für ausländische Arbeitgeber bestehen hinsichtlich der Auszahlung der erworbenen Ansprüche auf Urlaubsentgelt, und zwar insoweit, als inländische Arbeitgeber im Regelfall ihren Aufwand von der Klägerin bevorschusst erhalten und nur unter bestimmten Voraussetzungen eine Direktzahlung an die Arbeitnehmer vorgesehen ist (Paragraph 8, Absatz 8, BUAG), wogegen den aus dem Ausland nach Österreich entsandten Arbeitnehmern ihre Ansprüche immer direkt ausbezahlt sind (Paragraph 33 f, Absatz 3, BUAG). Diese Sonderregelung dient der Sicherstellung der - im Sitzstaat des Arbeitgebers für die Urlaubskasse kaum kontrollierbaren - tatsächlichen Erfüllung der Arbeitnehmeransprüche. Eine derartige Differenzierung, die keine Einschränkung des Leistungsumfangs mit sich bringt, hat der EuGH bereits am Beispiel einer vergleichbaren deutschen Urlaubskassenregelung geprüft und für sachlich gerechtfertigt befunden (RS C-49/98 - Finalarte, RN 65).

Im Gegensatz zu inländischen Arbeitnehmern erwerben grenzüberschreitend entsandte Arbeitnehmer ohne gewöhnlichen Arbeitsort im Inland die im II. Abschnitt des BUAG geregelten Ansprüche auf Naturalurlaub und Urlaubsentgelt (Urlaubsgeld zuzüglich Urlaubszuschuss) nur im Ausmaß jener Anwartschaften, für die der Arbeitgeber tatsächlich Zuschläge entrichtet hat (§ 33f Abs 2 BUAG). Durch diese abweichende Regelung soll die Urlaubskasse vor dem unkalkulierbaren Risiko der Zahlungsfähigkeit ausländischer Unternehmen bewahrt werden; eine Schlechterstellung des ausländischen Entsenderunternehmens gegenüber Inländern ist damit nicht verbunden. Entsandte Arbeitnehmer werden durch diese Differenzierung zwar insofern in geringerem Maß als inländische geschützt, als sie im Verhältnis zur Urlaubskasse das Risiko der Einbringlichkeit der Zuschüsse des Dienstgebers zu tragen haben, dennoch verbleibt im Vergleich zu einem bloßen Individualanspruch gegen den Arbeitgeber der Vorteil, dass die Urlaubskasse für die Eintreibung der Zuschüsse Sorge zu tragen hat. Da das vorliegende Verfahren keine Arbeitnehmeransprüche zum Gegenstand hat, ist die sachliche Rechtfertigung der Regelung des § 33f Abs 2 BUAG aus Sicht des Gemeinschaftsrechts jedenfalls nicht weiter zu prüfen. Im Gegensatz zu inländischen Arbeitnehmern erwerben grenzüberschreitend entsandte Arbeitnehmer ohne gewöhnlichen Arbeitsort im Inland die im römisch zwei. Abschnitt des BUAG geregelten Ansprüche auf Naturalurlaub und Urlaubsentgelt (Urlaubsgeld zuzüglich Urlaubszuschuss) nur im Ausmaß jener Anwartschaften, für die der Arbeitgeber tatsächlich Zuschläge entrichtet hat (Paragraph 33 f, Absatz 2, BUAG). Durch diese abweichende Regelung soll die Urlaubskasse vor dem unkalkulierbaren Risiko der Zahlungsfähigkeit ausländischer Unternehmen bewahrt werden; eine Schlechterstellung des ausländischen Entsenderunternehmens gegenüber Inländern ist damit nicht verbunden. Entsandte Arbeitnehmer werden durch diese Differenzierung zwar insofern in geringerem Maß als inländische geschützt, als sie im Verhältnis zur

Urlaubskasse das Risiko der Einbringlichkeit der Zuschüsse des Dienstgebers zu tragen haben, dennoch verbleibt im Vergleich zu einem bloßen Individualanspruch gegen den Arbeitgeber der Vorteil, dass die Urlaubskasse für die Eintreibung der Zuschüsse Sorge zu tragen hat. Da das vorliegende Verfahren keine Arbeitnehmeransprüche zum Gegenstand hat, ist die sachliche Rechtfertigung der Regelung des Paragraph 33 f, Absatz 2, BUAG aus Sicht des Gemeinschaftsrechts jedenfalls nicht weiter zu prüfen.

8. Urlaubskassensystem im Sitzstaat

Grenzüberschreitende Arbeitsverhältnisse sind nach § 33i BUAG von der Geltung der § 33f Abs 2 bis 6 und § 33h BUAG dann ausgenommen, wenn eine Vereinbarung der Klägerin mit einer vergleichbaren, auf Gesetz oder Kollektivvertrag beruhenden Einrichtung im Herkunftsstaat besteht, oder wenn Arbeitgeber und Arbeitnehmer im Sitzstaat des Unternehmens einem vergleichbaren Sozial- und Urlaubskassensystem unterliegen, das einen im Wesentlichen gleichwertigen Jahresurlaubsanspruch gewährleistet. Grenzüberschreitende Arbeitsverhältnisse sind nach Paragraph 33 i, BUAG von der Geltung der Paragraph 33 f, Absatz 2 bis 6 und Paragraph 33 h, BUAG dann ausgenommen, wenn eine Vereinbarung der Klägerin mit einer vergleichbaren, auf Gesetz oder Kollektivvertrag beruhenden Einrichtung im Herkunftsstaat besteht, oder wenn Arbeitgeber und Arbeitnehmer im Sitzstaat des Unternehmens einem vergleichbaren Sozial- und Urlaubskassensystem unterliegen, das einen im Wesentlichen gleichwertigen Jahresurlaubsanspruch gewährleistet.

Diese Ausnahmetatbestände kann die Rekurswerberin im vorliegenden Fall nicht für sich in Anspruch nehmen. Sie unterliegt aufgrund ihres Unternehmensgegenstands in Deutschland unstrittig keiner der dort bestehenden, auf allgemein verbindlich erklärten Tarifverträgen beruhenden Urlaubskassen für die Bauwirtschaft. Die Möglichkeit einer individuellen vertraglichen Unterwerfung unter die Bestimmungen eines Tarifvertrags muss hier nicht weiter geprüft werden, weil sich die Beklagte auf eine vertragliche Einbeziehung in eine deutsche Urlaubskasse, die ihre Zuschusspflicht nach § 33i Abs 1 oder 4 BUAG ausschließen könnte, nicht berufen hat. Diese Ausnahmetatbestände kann die Rekurswerberin im vorliegenden Fall nicht für sich in Anspruch nehmen. Sie unterliegt aufgrund ihres Unternehmensgegenstands in Deutschland unstrittig keiner der dort bestehenden, auf allgemein verbindlich erklärten Tarifverträgen beruhenden Urlaubskassen für die Bauwirtschaft. Die Möglichkeit einer individuellen vertraglichen Unterwerfung unter die Bestimmungen eines Tarifvertrags muss hier nicht weiter geprüft werden, weil sich die Beklagte auf eine vertragliche Einbeziehung in eine deutsche Urlaubskasse, die ihre Zuschusspflicht nach Paragraph 33 i, Absatz eins, oder 4 BUAG ausschließen könnte, nicht berufen hat.

Die Beklagte unterliegt aber auch nach ihrem eigenen Vorbringen in Deutschland keinem vergleichbaren Sozial- oder Urlaubskassensystem gemäß § 33i Abs 4 BUAG. Der Gesetzeswortlaut spricht hier unmissverständlich von „Kassensystem“, sodass individuelle gesetzliche, kollektiv- oder einzelvertragliche Urlaubsansprüche der Arbeitnehmer im Sitzstaat nicht ausreichen, um eine Ausnahme von der Zuschlagspflicht zu bewirken. Die im Rekurs relevierte Frage eines Günstigkeitsvergleichs würde sich nur im Verhältnis zwischen zwei Urlaubskassen stellen. Die Beklagte unterliegt aber auch nach ihrem eigenen Vorbringen in Deutschland keinem vergleichbaren Sozial- oder Urlaubskassensystem gemäß Paragraph 33 i, Absatz 4, BUAG. Der Gesetzeswortlaut spricht hier unmissverständlich von „Kassensystem“, sodass individuelle gesetzliche, kollektiv- oder einzelvertragliche Urlaubsansprüche der Arbeitnehmer im Sitzstaat nicht ausreichen, um eine Ausnahme von der Zuschlagspflicht zu bewirken. Die im Rekurs relevierte Frage eines Günstigkeitsvergleichs würde sich nur im Verhältnis zwischen zwei Urlaubskassen stellen.

Eine überbetriebliche Urlaubskasse bietet schon abstrakt ein höheres Schutzniveau als gesetzliche Urlaubsansprüche gegen den individuellen Arbeitgeber (vgl auch § 13 Abs 2 dBUrIG). Ihr herausragender Zweck und Vorteil liegt in Branchen mit hoher Fluktuation darin, die Urlaubsansprüche zum nächsten Arbeitgeber mitnehmen zu können und zu gewährleisten, dass ein zusammenhängender Erholungsurlaub tatsächlich konsumiert und nicht nur finanziell abgegolten werden kann. Darüber hinaus steht damit den Arbeitnehmern eine Institution zur Verfügung, die durch Eintreibung der Beiträge dafür sorgt, dass die Urlaubsansprüche auch tatsächlich gewährt werden, weil sie es für Arbeitgeber unattraktiv macht, sich ihnen zu entziehen. Den Arbeitnehmern wird erspart, ihre Ansprüche in gerichtlichen Verfahren gegen den Arbeitgeber durchsetzen zu müssen (vgl BAG 25. 6. 2002, 9 AZR 406/00). Im Fall einer grenzüberschreitenden Entsendung können die behördlichen Kontrollmechanismen im Empfangsstaat bei bloß gesetzlichen oder vertraglichen Ansprüchen außerdem nicht sicherstellen, dass sie nach Ende der Entsendung im Herkunftsland tatsächlich gewährt bzw bezahlt werden (EuGH RS C-49/98 Finalarte). Eine überbetriebliche Urlaubskasse bietet schon abstrakt ein höheres Schutzniveau als gesetzliche Urlaubsansprüche gegen den individuellen Arbeitgeber

vergleiche auch Paragraph 13, Absatz 2, dBUrIG). Ihr herausragender Zweck und Vorteil liegt in Branchen mit hoher Fluktuation darin, die Urlaubsansprüche zum nächsten Arbeitgeber mitnehmen zu können und zu gewährleisten, dass ein zusammenhängender Erholungsurlaub tatsächlich konsumiert und nicht nur finanziell abgegolten werden kann. Darüber hinaus steht damit den Arbeitnehmern eine Institution zur Verfügung, die durch Eintreibung der Beiträge dafür sorgt, dass die Urlaubsansprüche auch tatsächlich gewährt werden, weil sie es für Arbeitgeber unattraktiv macht, sich ihnen zu entziehen. Den Arbeitnehmern wird erspart, ihre Ansprüche in gerichtlichen Verfahren gegen den Arbeitgeber durchsetzen zu müssen (vergleiche BAG 25. 6. 2002, 9 AZR 406/00). Im Fall einer grenzüberschreitenden Entsendung können die behördlichen Kontrollmechanismen im Empfangsstaat bei bloß gesetzlichen oder vertraglichen Ansprüchen außerdem nicht sicherstellen, dass sie nach Ende der Entsendung im Herkunftsland tatsächlich gewährt bzw bezahlt werden (EuGH RS C-49/98 Finalarte).

Wenn die Rekurswerberin meint, der Inanspruchnahme der Leistungen einer ausländischen Urlaubskasse stünden besondere bürokratische Hindernisse entgegen, die entsandten Arbeitnehmern nicht zuzumuten wären, übersieht sie, dass die Existenz einer Urlaubskasse den Dienstgeber nicht von seiner arbeitsvertraglichen Fürsorgepflicht befreit, den Arbeitnehmern eine unbürokratische Inanspruchnahme der Leistungen der Kasse durch geeignete Hilfestellung zu ermöglichen. Trotz des systembedingten Leistungsumwegs ist das von der Klägerin zu zahlende Urlaubsentgelt nämlich ein vom Arbeitgeber entrichteter Teil des Arbeitsentgelts, bei dem es sich nur aus organisatorischen Gründen formell um Leistungen der Urlaubskasse, tatsächlich aber im Innenverhältnis um Entgeltzahlungen des Arbeitgebers für die vom Arbeitnehmer geleistete Arbeit handelt (RIS-Justiz RS0052578).

9. Anrechnung von Leistungen

Allfällige für Arbeitnehmer günstigere gesetzliche oder vertragliche Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen des Arbeitsvertragsstatuts, etwa ein höheres Urlaubsausmaß oder kürzere Anwartschaftszeiten, bleiben nach Art 3 Abs 7 Entsende-RL unberührt. Der Rechtsansicht des Berufungsgerichts, die arbeitsrechtlichen Bestimmungen des Vertragsstatuts würden für die Dauer der Entsendung zur Gänze verdrängt, kann insoweit nicht beigespflichtet werden. Allfällige für Arbeitnehmer günstigere gesetzliche oder vertragliche Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen des Arbeitsvertragsstatuts, etwa ein höheres Urlaubsausmaß oder kürzere Anwartschaftszeiten, bleiben nach Artikel 3, Absatz 7, Entsende-RL unberührt. Der Rechtsansicht des Berufungsgerichts, die arbeitsrechtlichen Bestimmungen des Vertragsstatuts würden für die Dauer der Entsendung zur Gänze verdrängt, kann insoweit nicht beigespflichtet werden.

Die mögliche Konkurrenz von Urlaubsansprüchen gegen die Urlaubskasse mit weitergehenden Ansprüchen gegenüber dem Arbeitgeber nach dem Vertragsstatut könnte ohne Korrektiv zu systemwidrigen Doppelansprüchen bzw Doppelbelastungen führen. Die von der Beklagten vorgebrachte Konstellation, dass entsandte Arbeitnehmer bezahlten Urlaub in einem Ausmaß tatsächlich konsumieren, auf das sie zwar nach dem Vertragsstatut bereits Anspruch erworben haben, nach den Regelungen der Urlaubskasse des Empfangsstaats aber noch nicht, ist jedenfalls nicht ungewöhnlich. In solchen Fällen kann sich der Arbeitgeber für denselben Anwartschaftszeitraum einer doppelten Leistung sowohl an den Arbeitnehmer als auch an die Urlaubskasse nicht entziehen, wenn der Empfangsstaat keine Möglichkeit der Anrechnung bereits erbrachter Direktleistungen vorsieht. Ein derartiges Ergebnis würde offenkundig eine nicht gerechtfertigte Einschränkung der Dienstleistungsfreiheit bewirken.

Das BUAG regelt die möglichen Fälle einer Kollision von Ansprüchen nach seinem Geltungsbereich mit gesetzlichen oder vertraglichen Ansprüchen nach dem Arbeitsvertragsstatut nicht. Den Materialien (972 BlgNR XXII. GP 8) ist nicht zu entnehmen, dass eine solche Konstellation im Zuge der Gesetzwerdung überhaupt in Betracht gezogen wurde, sodass von einer planwidrigen Gesetzeslücke auszugehen ist. Das BUAG regelt die möglichen Fälle einer Kollision von Ansprüchen nach seinem Geltungsbereich mit gesetzlichen oder vertraglichen Ansprüchen nach dem Arbeitsvertragsstatut nicht. Den Materialien (972 BlgNR römisch 22. Gesetzgebungsperiode 8) ist nicht zu entnehmen, dass eine solche Konstellation im Zuge der Gesetzwerdung überhaupt in Betracht gezogen wurde, sodass von einer planwidrigen Gesetzeslücke auszugehen ist.

Dieses Problem kann aber entgegen der Ansicht des Erstgerichts nicht einfach durch Nichtanwendung der §§ 33d ff BUAG gelöst werden. Eine gänzliche Ausnahme der Personalverleihunternehmen aus dem Urlaubskassensystem wäre mit der Entsenderichtlinie unvereinbar, weil den entsandten Leiharbeitnehmern in der Bauwirtschaft damit die inländischen Mindeststandards in Bezug auf den Urlaubsanspruch nicht garantiert würden. Umgekehrt wäre, wie das Berufungsgericht zutreffend erkannt hat, eine wettbewerbsverzerrende Diskriminierung inländischer

Personalverleihunternehmen, die sich einer Einbeziehung in das System des BUAG nicht entziehen können, und auch eine Privilegierung von Leiharbeitsverhältnissen gegenüber einer unmittelbaren Beschäftigung bei Bauunternehmen die zwangsläufige Folge. Dieses Problem kann aber entgegen der Ansicht des Erstgerichts nicht einfach durch Nichtanwendung der Paragraphen 33 d, ff BUAG gelöst werden. Eine gänzliche Ausnahme der Personalverleihunternehmen aus dem Urlaubskassensystem wäre mit der Entsenderichtlinie unvereinbar, weil den entsandten Leiharbeitnehmern in der Bauwirtschaft damit die inländischen Mindeststandards in Bezug auf den Urlaubsanspruch nicht garantiert würden. Umgekehrt wäre, wie das Berufungsgericht zutreffend erkannt hat, eine wettbewerbsverzerrende Diskriminierung inländischer Personalverleihunternehmen, die sich einer Einbeziehung in das System des BUAG nicht entziehen können, und auch eine Privilegierung von Leiharbeitsverhältnissen gegenüber einer unmittelbaren Beschäftigung bei Bauunternehmen die zwangsläufige Folge.

In Deutschland sieht § 8 Z 13 des Bundesrahmen-Tarifvertrags Baugewerbe (BRTV-Bau) vor, dass Urlaubstage und Urlaubsvergütungen, die ein außerhalb Deutschlands ansässiger Arbeitgeber bereits vor der Entsendung für das laufende Kalenderjahr gewährt hat, auf die während der Entsendezeit bis zum jeweiligen Zeitpunkt der Anrechnung entstandenen Urlaubsansprüche angerechnet werden. Gewährter Urlaub ist, soweit er nicht rechnerisch auf Zeiten des Bestehens des Arbeitsverhältnisses vor der Entsendung entfällt, auf den Urlaubsanspruch nach dem BRTV-Bau anzurechnen. In Deutschland sieht Paragraph 8, Ziffer 13, des Bundesrahmen-Tarifvertrags Baugewerbe (BRTV-Bau) vor, dass Urlaubstage und Urlaubsvergütungen, die ein außerhalb Deutschlands ansässiger Arbeitgeber bereits vor der Entsendung für das laufende Kalenderjahr gewährt hat, auf die während der Entsendezeit bis zum jeweiligen Zeitpunkt der Anrechnung entstandenen Urlaubsansprüche angerechnet werden. Gewährter Urlaub ist, soweit er nicht rechnerisch auf Zeiten des Bestehens des Arbeitsverhältnisses vor der Entsendung entfällt, auf den Urlaubsanspruch nach dem BRTV-Bau anzurechnen.

Vor der abschließenden Beurteilung, wie die im Bereich des BUAG in dieser Hinsicht bestehende Gesetzeslücke geschlossen werden kann, bedarf es - unter der Voraussetzung, dass überhaupt von einem deutschen Arbeitsvertragsstatut auszugehen ist - der vom Berufungsgericht für erforderlich erachteten Feststellungen, insbesondere auch, ob und in welcher Höhe die Beklagte ihren Arbeitnehmern tatsächlich für den jeweils streitgegenständlichen Entsendezeitraum Urlaub gewährt und Urlaubsentgelt bezahlt hat. Nur wenn erwiesen ist, dass überhaupt Leistungen erbracht wurden, die auf den zuschlagspflichtigen Zeitraum entfallen, kommt der Anrechenbarkeit dieser Leistungen entscheidungswesentliche Bedeutung zu.

Dem Rekurs der Beklagten war daher nicht Folge zu geben. Der Kostenvorbehalt gründet sich auf § 52 ZPO. Dem Rekurs der Beklagten war daher nicht Folge zu geben. Der Kostenvorbehalt gründet sich auf Paragraph 52, ZPO.

Schlagworte

Arbeitsrecht

Textnummer

E98996

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:2011:008OBA00002.11V.1025.000

Im RIS seit

25.11.2011

Zuletzt aktualisiert am

18.11.2013

Quelle: Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at