



Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Rigler und die Hofräte Dr. Schick, Dr. Grünstäudl und Mag. Samm sowie die Hofrätin Dr. Pollak als Richter, unter Mitwirkung der Schriftführerin Mag.^a Kratschmayr, über die Revisionen des M D in K, vertreten durch die Schuppich Sporn & Winischhofer Rechtsanwälte GmbH in 1010 Wien, Falkestraße 6, gegen die Erkenntnisse des Verwaltungsgerichts Wien vom 13. März 2017, 1) Zl. VGW-041/073/11950/2016-13, 2) Zl. VGW-041/073/11954/2016-14, 3) Zl. VGW-041/073/11543/2016-13, und 4) Zl. VGW-041/073/11955/2016-17, jeweils betreffend Übertretung des AVRAG (belangte Behörde vor dem Verwaltungsgericht: Magistrat der Stadt Wien), den

B e s c h l u s s

gefasst:

Dem Gerichtshof der Europäischen Union werden gemäß Art. 267 AEUV folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

1) Erfasst der Anwendungsbereich der Richtlinie 96/71/EG vom 16. Dezember 1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen (im Folgenden auch kurz als Richtlinie bezeichnet), insbesondere deren Art. 1 Abs. 3 lit. a, auch die Erbringung von Dienstleistungen wie die Verpflegung der Fahrgäste mit Speisen und Getränken, das Bordservice oder Reinigungsleistungen durch die Arbeitnehmer eines Dienstleistungsunternehmens mit Sitz im Entsendemitgliedstaat (Ungarn) zur Erfüllung eines Vertrages mit einem Schienenverkehrsunternehmen mit Sitz im Aufnahmemitgliedstaat (Österreich), wenn diese Dienstleistungen in internationalen Zügen, die auch durch den Aufnahmemitgliedstaat fahren, erbracht werden?

2) Erfasst Art. 1 Abs. 3 lit. a der Richtlinie auch den Fall, dass das Dienstleistungsunternehmen mit Sitz im Entsendemitgliedstaat die in Frage 1) genannten Dienstleistungen nicht in Erfüllung eines Vertrages mit dem im Aufnahmemitgliedstaat ansässigen Schienenverkehrsunternehmen, dem die





Dienstleistungen letztlich zu Gute kommen (Dienstleistungsempfänger), erbringt, sondern in Erfüllung eines Vertrages mit einem weiteren im Aufnahmemitgliedstaat ansässigen Unternehmen, das seinerseits in einem Vertragsverhältnis (Subauftragskette) mit dem Schienenverkehrsunternehmen steht?

3) Erfasst Art. 1 Abs. 3 lit. a der Richtlinie auch den Fall, dass das Dienstleistungsunternehmen mit Sitz im Entsendemitgliedstaat zur Erbringung der in Frage 1) genannten Dienstleistungen nicht eigene Arbeitnehmer einsetzt, sondern Arbeitskräfte eines anderen Unternehmens, die ihm noch im Entsendemitgliedstaat überlassen wurden?

4) Unabhängig von den Antworten zu den Fragen 1) bis 3): Steht das Unionsrecht, insbesondere die Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 und 57 AEUV), einer nationalen Regelung entgegen, die den Unternehmen, welche Arbeitskräfte in das Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaates zur Erbringung einer Dienstleistung entsenden, die Einhaltung von Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen im Sinne des Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie und die Einhaltung begleitender Verpflichtungen (wie insbesondere jene zur Erstattung einer Meldung betreffend die grenzüberschreitende Entsendung von Arbeitskräften an eine Behörde des Aufnahmemitgliedstaates und jene zur Bereithaltung von Unterlagen über die Höhe der Entlohnung und über die Anmeldung zur Sozialversicherung dieser Arbeitskräfte) zwingend auch für jene Fälle vorschreibt, in denen (erstens) die grenzüberschreitend entsendeten Arbeitskräfte zum fahrenden Personal eines grenzüberschreitend tätigen Schienenverkehrsunternehmens oder eines Unternehmens, das typische Dienstleistungen eines Schienenverkehrsunternehmens (Verpflegung der Fahrgäste mit Speisen und Getränken; Bordservice) in dessen die Grenzen der Mitgliedstaaten überquerenden Zügen erbringt, gehören, und in denen (zweitens) der Entsendung entweder überhaupt kein Dienstleistungsvertrag oder zumindest kein Dienstleistungsvertrag zwischen dem entsendenden Unternehmen und dem in einem anderen Mitgliedstaat tätigen Dienstleistungsempfänger zugrunde liegt, weil die Leistungspflicht des entsendenden Unternehmens gegenüber dem in einem anderen Mitgliedstaat



tätigen Dienstleistungsempfänger im Wege von Subaufträgen (einer Unterauftragskette) begründet wird, und in denen (drittens) die entsendete Arbeitskraft nicht in einem Arbeitsverhältnis zum entsendenden Unternehmen steht, sondern in einem Arbeitsverhältnis zu einem Drittunternehmen, das seine Arbeitnehmer dem entsendenden Unternehmen noch im Mitgliedstaat des Sitzes des entsendenden Unternehmens überlassen hat?

Begründung:

1 Die genannten Fragen stellen sich im Zusammenhang mit der Überprüfung zahlreicher Straferkenntnisse, in denen der Revisionswerber verschiedener Übertretungen des Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetzes - AVRAG (BGBl. Nr. 459/1993 in der hier maßgebenden Fassung BGBl. I Nr. 152/2015), schuldig erkannt wurde und die er, nachdem diesbezügliche Beschwerden vom Verwaltungsgericht Wien abgewiesen wurden, nunmehr beim Verwaltungsgerichtshof mit Revision bekämpft. Die mit dem Vorabentscheidungsersuchen anhand von vier ausgewählten Revisionsfällen an den Gerichtshof der Europäischen Union herangetragenen unionsrechtlichen Fragen stehen repräsentativ für weitere Fälle.

2 **A) Sachverhalt:**

Mit den angefochtenen Straferkenntnissen wurde (hier auf das Wesentliche zusammengefasst) der Revisionswerber schuldig erkannt, dass die von ihm als Geschäftsführer vertretene Gesellschaft „Henry am Zug Hungary Kft.“ (im Folgenden: H. Kft.) mit Sitz in Budapest in ihrer Eigenschaft als „Arbeitgeberin“ (im Sinne des § 7b Abs. 1 AVRAG) von Arbeitnehmern mit ungarischer Staatsangehörigkeit (in den meisten Fällen wurden diese Arbeitskräfte der H. Kft. von einem anderen ungarischen Unternehmen überlassen, in einigen Fällen handelte es sich bei den Arbeitskräften um Arbeitnehmer der H. Kft. selbst), welche die H. Kft. nach Österreich zur Arbeitsleistung (Bordservice - Zubereitung und Verkauf von Speisen und Getränken - in Zügen der Österreichischen Bundesbahnen) entsendet habe, im Zeitpunkt der behördlichen Kontrolle am 28. Jänner 2016



- 1.) entgegen § 7b Abs. 3 AVRAG bis eine Woche vor der Arbeitsaufnahme in Österreich keine Meldung an die zuständige österreichische Behörde betreffend die genannte Beschäftigung der entsendeten Arbeitnehmer erstattet habe,
- 2.) entgegen § 7b Abs. 5 AVRAG am inländischen Einsatzort (ein im Kontrollzeitpunkt am Hauptbahnhof Wien haltender Zug) Unterlagen über die Anmeldung der Arbeitnehmer zur Sozialversicherung (Sozialversicherungsdokument A 1 nach der Verordnung [EG] Nr. 883/04) nicht bereitgehalten habe und
- 3.) entgegen § 7d Abs. 1 AVRAG am genannten Einsatzort den Arbeitsvertrag, Lohnzahlungsnachweise und Unterlagen über die LohnEinstufung in deutscher Sprache nicht bereitgehalten habe.

Unstrittig ist in den genannten Fällen davon auszugehen, dass der Auftrag zur Erbringung der genannten Dienstleistungen (Bewirtschaftung der Zugrestaurants bzw. Bordservice in vertraglich definierten Zügen der Österreichischen Bundesbahnen) für den Zeitraum 2012 bis 2016 von dem den Personenverkehr durchführenden (österreichischen) Unternehmen der Österreichischen Bundesbahnen (ÖBB) an die D. GmbH (mit Sitz in Österreich) erteilt und von letzterer im Wege von Subaufträgen bzw. einer Unterauftragskette (über die H. GmbH mit Sitz ebenfalls in Österreich) an die bereits erwähnte H. Kft. weitergegeben wurde. Die H. Kft. hat die Dienstleistungen mit den in den Straferkenntnissen namentlich angeführten ungarischen Arbeitskräften (die in Ungarn wohnhaft sind und der H. Kft. in der Mehrzahl der Fälle von einem anderen ungarischen Unternehmen überlassen wurden) in nach Salzburg oder München fahrenden Zügen der ÖBB, deren Ausgangs- oder Endbahnhof jeweils Budapest war und die im Zeitpunkt der gegenständlichen Kontrolle am Hauptbahnhof Wien angehalten hatten, erbracht (und die Arbeitskräfte damit nach Österreich zur Dienstleistung entsendet). In der Revision wird darauf hingewiesen, dass sämtliche der in Rede stehenden Arbeitskräfte in Ungarn nicht nur wohnhaft und sozialversichert seien und dort ihren Lebensmittelpunkt hätten, sondern auch ihren Dienst in Ungarn anzutreten und dort zu beenden, in Budapest die dort gelagerten Waren (Speisen und Getränke) auszufassen und in die Züge zu bringen und ebenfalls



in Budapest die Kontrollen des Warenstandes und die Abrechnungen der Umsätze durchzuführen hätten. Überhaupt hätten sie alle Arbeitsleistungen, außer jene in den Zügen, in Ungarn zu erbringen gehabt.

- 3 Die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der angefochtenen Straferkenntnisse durch den Verwaltungsgerichtshof hängt davon ab, ob die die Dienstleistungsfreiheit einschränkenden nationalen Vorschriften des AVRAG betreffend die Verpflichtung des entsendenden Unternehmens (H. Kft.) zur Meldung der Entsendung von Arbeitnehmern und zur Bereithaltung der genannten Unterlagen in einer Konstellation wie der gegenständlichen (diese ist erstens dadurch, dass das fahrende Personal der gegenständlichen Züge typischerweise mit hoher Häufigkeit die Grenzen der Mitgliedstaaten überquert, zweitens durch das Fehlen eines direkten Vertragsverhältnisses zwischen dem Auftraggeber und Dienstleistungsempfänger ÖBB und dem Dienstleistungserbringer H. Kft. und drittens in der Mehrzahl der Fälle durch das Fehlen eines Arbeitsvertrages zwischen der H. Kft. und den von ihr entsendeten Arbeitskräften gekennzeichnet) mit dem Unionsrecht (Richtlinie 96/71/EG bzw. allgemeine Grundsätze für die Einschränkung der Dienstleistungsfreiheit) im Einklang stehen.

4 B) Unionsrecht:

- 5 Die Richtlinie 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen lautet auszugsweise:

„Artikel 1

Anwendungsbereich

(1) Diese Richtlinie gilt für Unternehmen mit Sitz in einem Mitgliedstaat, die im Rahmen der länderübergreifenden Erbringung von Dienstleistungen Arbeitnehmer gemäß Absatz 3 in das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats entsenden.

(2) Diese Richtlinie gilt nicht für Schiffsbesatzungen von Unternehmen der Handelsmarine.

(3) Diese Richtlinie findet Anwendung, soweit die in Absatz 1 genannten Unternehmen eine der folgenden länderübergreifenden Maßnahmen treffen:



- a) einen Arbeitnehmer in ihrem Namen und unter ihrer Leitung in das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats im Rahmen eines Vertrags entsenden, der zwischen dem entsendenden Unternehmen und dem in diesem Mitgliedstaat tätigen Dienstleistungsempfänger geschlossen wurde, sofern für die Dauer der Entsendung ein Arbeitsverhältnis zwischen dem entsendenden Unternehmen und dem Arbeitnehmer besteht, oder
- b) einen Arbeitnehmer in eine Niederlassung oder ein der Unternehmensgruppe angehörendes Unternehmen im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats entsenden, sofern für die Dauer der Entsendung ein Arbeitsverhältnis zwischen dem entsendenden Unternehmen und dem Arbeitnehmer besteht, oder
- c) als Leiharbeitsunternehmen oder als einen Arbeitnehmer zur Verfügung stellendes Unternehmen einen Arbeitnehmer in ein verwendendes Unternehmen entsenden, das seinen Sitz im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats hat oder dort seine Tätigkeit ausübt, sofern für die Dauer der Entsendung ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Leiharbeitsunternehmen oder dem einen Arbeitnehmer zur Verfügung stellenden Unternehmen und dem Arbeitnehmer besteht.

...

Artikel 2

Begriffsbestimmung

- (1) Im Sinne dieser Richtlinie gilt als entsandter Arbeitnehmer jeder Arbeitnehmer, der während eines begrenzten Zeitraums seine Arbeitsleistung im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats als demjenigen erbringt, in dessen Hoheitsgebiet er normalerweise arbeitet.
- (2) Für die Zwecke dieser Richtlinie wird der Begriff des Arbeitnehmers in dem Sinne verwendet, in dem er im Recht des Mitgliedstaats, in dessen Hoheitsgebiet der Arbeitnehmer entsandt wird, gebraucht wird.

Artikel 3

Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen

- (1) Die Mitgliedstaaten sorgen dafür, daß unabhängig von dem auf das jeweilige Arbeitsverhältnis anwendbaren Recht die in Artikel 1 Absatz 1 genannten Unternehmen den in ihr Hoheitsgebiet entsandten Arbeitnehmern bezüglich der nachstehenden Aspekte die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen garantieren, die in dem Mitgliedstaat, in dessen Hoheitsgebiet die Arbeitsleistung erbracht wird,
 - durch Rechts- oder Verwaltungsvorschriften und/oder





- durch für allgemein verbindlich erklärte Tarifverträge oder Schiedssprüche im Sinne des Absatzes 8, sofern sie die im Anhang genannten Tätigkeiten betreffen,

festgelegt sind:

...

- c) Mindestlohnsätze einschließlich der Überstundensätze; dies gilt nicht für die zusätzlichen betrieblichen Altersversorgungssysteme;

...

- e) Sicherheit, Gesundheitsschutz und Hygiene am Arbeitsplatz;

...

(7) Die Absätze 1 bis 6 stehen der Anwendung von für die Arbeitnehmer günstigeren Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen nicht entgegen.

...

(10) Diese Richtlinie berührt nicht das Recht der Mitgliedstaaten, unter Einhaltung des Vertrags für inländische und ausländische Unternehmen in gleicher Weise

- Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen für andere als die in Absatz 1 Unterabsatz 1 aufgeführten Aspekte, soweit es sich um Vorschriften im Bereich der öffentlichen Ordnung handelt,
- Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen, die in Tarifverträgen oder Schiedssprüchen nach Absatz 8 festgelegt sind und andere als im Anhang genannte Tätigkeit betreffen,

vorzuschreiben.

...

ANHANG

Die in Artikel 3 Absatz 1 zweiter Gedankenstrich genannten Tätigkeiten umfassen alle Bauarbeiten, die der Errichtung, der Instandsetzung, der Instandhaltung, dem Umbau oder dem Abriß von Bauwerken dienen, insbesondere ...“

- 6 Im Addendum zum Entwurf eines Protokolls über die 1948. Tagung des Rates (Arbeit und Soziales) am 24. September 1996 (9916/96 ADD1) ist unter Pkt 14. festgehalten, dass der Rat die Entsenderichtlinie mit qualifizierter Mehrheit angenommen hat. Danach findet sich folgende Erklärung:





„25. Zu Artikel 1 Absatz 3 Buchstabe a

Der Rat und die Kommission haben erklärt:

„Artikel 1 Absatz 3 Buchstabe a gilt für Fälle von Entsendungen, in denen folgende Voraussetzungen erfüllt sind:

- das Vorliegen einer länderübergreifenden Dienstleistung im Namen und unter der Leitung eines Unternehmens im Rahmen eines Vertrages zwischen diesem die Leistung erbringenden Unternehmen und dem Dienstleistungsempfänger und Auftraggeber;
- das Vorliegen einer Entsendung im Rahmen dieser Dienstleistung.
- Soweit die vorgenannten Voraussetzungen nicht erfüllt sind, findet Artikel 1 Absatz 3 Buchstabe a keine Anwendung in folgenden Fällen:
- bei Arbeitnehmern, die normalerweise im Hoheitsgebiet zweier oder mehrerer Mitgliedstaaten tätig sind und zum fahrenden oder fliegenden Personal eines Unternehmens gehören, das im eigenen Namen internationale Personen- oder Güterbeförderungen auf dem Schienen-, Land-, Luft- oder Wasserweg durchführt;
- bei Arbeitnehmern, die zum nicht ortsgebundenen Personal eines Presse-, Rundfunk oder Fernsehunternehmens oder eines Unternehmens für kulturelle Veranstaltungen gehören, ...“

7 Die Richtlinie 2014/67/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Mai 2014 zur Durchsetzung der Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen lautet auszugsweise:

„Artikel 1

Gegenstand

(1) Mit dieser Richtlinie wird ein gemeinsamer Rahmen einer Reihe angemessener Bestimmungen, Maßnahmen und Kontrollmechanismen festgelegt, die für eine bessere und einheitlichere Durchführung, Anwendung und Durchsetzung der Richtlinie 96/71/EG in der Praxis notwendig sind, einschließlich Maßnahmen zur Verhinderung und Sanktionierung jeglichen Missbrauchs und jeglicher Umgehung der anzuwendenden Rechtsvorschriften; sie berührt nicht den Geltungsbereich der Richtlinie 96/71/EG.

...





Artikel 4

Feststellung einer tatsächlichen Entsendung und Verhinderung von Missbrauch und Umgehung

(1) Bei der Durchführung, Anwendung und Durchsetzung der Richtlinie 96/71/EG führen die zuständigen Behörden eine Gesamtbeurteilung aller tatsächlichen Umstände durch, die als notwendig erachtet werden, einschließlich insbesondere derjenigen, die in den Absätzen 2 und 3 dieses Artikels genannt sind. Diese Umstände sollen den zuständigen Behörden bei Überprüfungen und Kontrollen behilflich sein sowie dann, wenn die Behörden Grund zu der Annahme haben, dass ein Arbeitnehmer möglicherweise nicht als entsandter Arbeitnehmer gemäß der Richtlinie 96/71/EG angesehen werden kann. Bei diesen Umständen handelt es sich um Anhaltspunkte für die vorzunehmende Gesamtbeurteilung, weswegen sie nicht isoliert betrachtet werden dürfen.

...

Artikel 12

Haftung bei Unteraufträgen

(1) Die Mitgliedstaaten können zur Bekämpfung von Betrug und Missbrauch nach Anhörung der maßgeblichen Sozialpartner unter Wahrung der Grundsätze der Nichtdiskriminierung und der Verhältnismäßigkeit zusätzliche Maßnahmen nach Maßgabe des nationalen Rechts und/oder nationaler Gepflogenheiten ergreifen, um zu gewährleisten, dass - in Unterauftragsketten - der Auftragnehmer, dessen direkter Unterauftragnehmer der Arbeitgeber (Dienstleistungserbringer) im Sinne des Artikels 1 Absatz 3 der Richtlinie 96/71/EG ist, neben dem oder an Stelle des Arbeitgebers von dem entsandten Arbeitnehmer in Bezug auf ausstehende Nettoentgelte, die den Mindestnettolöhnen entsprechen, und/oder in Bezug auf Beiträge zu gemeinsamen Fonds oder Einrichtungen der Sozialpartner, sofern diese unter Artikel 3 der Richtlinie 96/71/EG fallen, haftbar gemacht werden kann.

(2) Hinsichtlich der im Anhang der Richtlinie 96/71/EG genannten Tätigkeiten sehen die Mitgliedstaaten Maßnahmen vor, mit denen gewährleistet wird, dass in Unterauftragsketten die entsandten Arbeitnehmer den Auftragnehmer, dessen direkter Unterauftragnehmer der Arbeitgeber ist, neben dem oder an Stelle des Arbeitgeber(s) für die Wahrung der in Absatz 1 dieses Artikels genannten Rechte der entsandten Arbeitnehmer haftbar machen können.

...

(6) Anstelle der Haftungsregeln nach Absatz 2 können die Mitgliedstaaten im Einklang mit dem Unionsrecht und dem nationalen Recht und/oder den nationalen Gepflogenheiten andere angemessene Durchsetzungsmaßnahmen





ergreifen, die es im Rahmen direkter Unteraufträge ermöglichen, wirksame und verhältnismäßige Sanktionen gegen den Auftragnehmer zu verhängen, um Betrug und Missbrauch in Situationen, in denen Arbeitnehmer Schwierigkeiten haben, ihre Rechte durchzusetzen, zu bekämpfen.

...“

8 C) Nationales Recht:

Die zur Beurteilung der Revisionsfälle maßgebenden Bestimmungen des Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetzes - AVRAG, BGBl. Nr. 459/1993 in der Fassung BGBl. I Nr. 152/2015, hatten nachstehenden Wortlaut (die zitierten Bestimmungen des AVRAG sind zwar durch die Novelle BGBl. I Nr. 44/2016 außer Kraft getreten, sie sind jedoch für die vorliegenden Revisionsfälle gemäß § 19 Abs. 1 Z 38 AVRAG in der Fassung der letztgenannten Novelle weiterhin entscheidend und im Übrigen, weitgehend inhaltsgleich, im nunmehrigen Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz geltendes Recht):

„Ansprüche gegen ausländische Arbeitgeber/innen mit Sitz in einem EU- oder EWR-Mitgliedstaat

§ 7b. (1) Ein/e Arbeitnehmer/in, der/die von einem/einer Arbeitgeber/in mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union oder des Europäischen Wirtschaftsraumes als Österreich zur Erbringung einer Arbeitsleistung nach Österreich entsandt wird, hat unbeschadet des auf das Arbeitsverhältnis anzuwendenden Rechts für die Dauer der Entsendung zwingend Anspruch auf

1. zumindest jenes gesetzliche, durch Verordnung festgelegte oder kollektivvertragliche Entgelt, das am Arbeitsort vergleichbaren Arbeitnehmern/Arbeitnehmerinnen von vergleichbaren Arbeitgebern/Arbeitgeberinnen gebührt (ausgenommen Beiträge nach § 6 BMSVG und Beiträge oder Prämien nach dem BPG);

(...)





Ein/e Beschäftigter/in mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union oder des Europäischen Wirtschaftsraumes als Österreich gilt hinsichtlich der an ihn/sie überlassenen Arbeitskräfte, die zu einer Arbeitsleistung nach Österreich entsandt werden, in Bezug auf die Abs. 3 bis 5 und 8, § 7d Abs. 1, (...) als Arbeitgeber/in. (...)

...

(3) Arbeitgeber/innen im Sinne des Abs. 1 haben die Beschäftigung von Arbeitnehmer/innen, die zur Erbringung einer Arbeitsleistung nach Österreich entsandt werden, spätestens eine Woche vor der jeweiligen Arbeitsaufnahme der Zentralen Koordinationsstelle für die Kontrolle der illegalen Beschäftigung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz und dem Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz des Bundesministeriums für Finanzen zu melden und dem/der im Abs. 1 Z 4 bezeichneten Beauftragten, sofern nur ein/e Arbeitnehmer/in entsandt wird, diesem/dieser, die Meldung in Abschrift auszuhändigen oder in elektronischer Form zur Verfügung zu stellen. (...)

...

(4) Die Meldung nach Abs. 3 hat für jede Entsendung gesondert zu erfolgen und hat folgende Angaben zu enthalten; nachträgliche Änderungen bei den Angaben sind unverzüglich zu melden:

1. Name, Anschrift und Gewerbebefugnis oder Unternehmensgegenstand des/der Arbeitgebers/in im Sinne des Abs. 1, (...),
- ...
6. Zeitraum der Entsendung insgesamt sowie Beginn und voraussichtliche Dauer der Beschäftigung der einzelnen Arbeitnehmer/innen in Österreich, Dauer und Lage der vereinbarten Normalarbeitszeit der einzelnen Arbeitnehmer/innen,
7. die Höhe des dem/der einzelnen Arbeitnehmer/in nach den österreichischen Rechtsvorschriften gebührenden Entgelts und Beginn des Arbeitsverhältnisses bei dem/der Arbeitgeber/in,
8. Ort (genaue Anschrift) der Beschäftigung in Österreich (auch andere Einsatzorte in Österreich),
9. die Art der Tätigkeit und Verwendung des/der Arbeitnehmers/Arbeitnehmerin unter Berücksichtigung des maßgeblichen österreichischen Kollektivvertrages,
- ...

(5) Arbeitgeber/innen im Sinne des Abs. 1 haben, sofern für den/die entsandten Arbeitnehmer/innen in Österreich keine Sozialversicherungspflicht besteht, Unterlagen über die Anmeldung des Arbeitnehmers oder der Arbeitnehmerin



zur Sozialversicherung (Sozialversicherungsdokument E 101 nach der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71, Sozialversicherungsdokument A 1 nach der Verordnung (EG) Nr. 883/04) sowie eine Abschrift der Meldung gemäß den Abs. 3 und 4 am Arbeits(Einsatz)ort im Inland bereitzuhalten oder diese den Organen der Abgabebehörden oder der Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse unmittelbar vor Ort in elektronischer Form zugänglich zu machen. (...)

...

Verpflichtung zur Bereithaltung von Lohnunterlagen

§ 7d. (1) Arbeitgeber/innen im Sinne der §§ 7, 7a Abs. 1 oder 7b Abs. 1 und 9 haben während des Zeitraums der Entsendung insgesamt (§ 7b Abs. 4 Z 6) den Arbeitsvertrag oder Dienstzettel (§ 7b Abs. 1 Z 4), Lohnzettel, Lohnzahlungsnachweise oder Banküberweisungsbelege, Lohnaufzeichnungen, Arbeitszeitaufzeichnungen und Unterlagen betreffend die Lohneinstufung zur Überprüfung des dem/der entsandten Arbeitnehmers/in für die Dauer der Beschäftigung nach den österreichischen Rechtsvorschriften gebührenden Entgelts in deutscher Sprache am Arbeits(Einsatz)ort bereitzuhalten, auch wenn die Beschäftigung des/der einzelnen Arbeitnehmers/in in Österreich früher geendet hat. Bei innerhalb eines Arbeitstages wechselnden Arbeits(Einsatz)orten sind die Lohnunterlagen am ersten Arbeits(Einsatz)ort bereitzuhalten. Ist die Bereithaltung der Unterlagen am Arbeits(Einsatz)ort nicht zumutbar, sind die Unterlagen jedenfalls im Inland bereitzuhalten und der Abgabenbehörde auf Aufforderung nachweislich zu übermitteln, wobei die Unterlagen bis zum Ablauf des der Aufforderung zweitfolgenden Werktags abzusenden sind. Für die Übermittlung gebührt kein Ersatz der Aufwendungen.

...“

9 D) Vorlageberechtigung und Problemstellung:

10 Der Verwaltungsgerichtshof ist ein Gericht im Sinne des Art. 267 AEUV, dessen Entscheidungen selbst nicht mehr mit Rechtsmitteln des innerstaatlichen Rechtes angefochten werden können. Die Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes über die genannten Revisionen und damit über die Rechtmäßigkeit der Straferkenntnisse ist von den im vorliegenden Ersuchen um Vorabentscheidung formulierten und im Folgenden näher erörterten Fragen zur Auslegung des Unionsrechts abhängig.

11 Die zitierten Bestimmungen des AVRAG dienen zur Umsetzung der Richtlinie 96/71/EG in nationales Recht, gehen aber hinsichtlich der



Verpflichtungen für Arbeitgeber allenfalls über die Richtlinie - abhängig von der Auslegung ihres Anwendungsbereiches und ihres Art. 1 Abs. 3 lit. a - hinaus, sodass sich die Frage der Unionsrechtskonformität der Bestimmungen des AVRAG stellt.

Erläuterung der Vorlagefragen:

12 E) Ausnahmen vom Anwendungsbereich der Richtlinie (Frage 1):

Der Anwendungsbereich der Richtlinie ist in ihrem Art. 1 definiert, dessen Abs. 2 die Schiffsbesatzungen von Unternehmen der Handelsmarine ausdrücklich vom Anwendungsbereich der Richtlinie ausnimmt.

13 Aus Art. 3 Abs. 1 zweiter Gedankenstrich in Verbindung mit Abs. 10 zweiter Gedankenstrich der Richtlinie ist abzuleiten, dass die Richtlinie für alle Arten von Dienstleistungen gilt, allerdings mit der Einschränkung, dass die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen, soweit sie in Tarifverträgen und Schiedssprüchen verbindlich erklärt wurden, vorbehaltlich gegenteiliger Regelungen des nationalen Rechts (Art. 3 Abs. 10) nur für die im Anhang der Richtlinie geregelten Dienstleistungen (alle Bauarbeiten) gelten.

14 Demnach sind Dienstleistungen des grenzüberschreitend fahrenden Personals von Schienenverkehrsunternehmen nach dem Wortlaut der Richtlinie (ebenso nach ihren Erwägungsgründen) nicht von ihrem Anwendungsbereich ausgenommen (sondern insbesondere auch aufgrund eines Umkehrschlusses aus Art. 1 Abs. 2 von ihrem Anwendungsbereich erfasst), sodass die Mitgliedstaaten (auch) für die genannten Arbeitnehmer von Schienenverkehrsunternehmen zwingende Schutzvorschriften (Erwägungsgrund 13 der Richtlinie) in Form von Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen, wie sie in Art. 3 der Richtlinie angeführt sind, zu erlassen haben.

15 Dem könnte allerdings das oben wiedergegebene Addendum zum Entwurf eines Protokolls über die 1948. Tagung des Rates (Arbeit und Soziales) am 24. September 1996 (9916/96 ADD1) entgegenstehen, nach dem - wenngleich vom Wortlaut nicht eindeutig (arg. „Soweit die vorgenannten Voraussetzungen



nicht [sic!] erfüllt sind ...“) - die grenzüberschreitende Entsendung der genannten Arbeitnehmer von Schienenverkehrsunternehmen jedenfalls nicht als Entsendung gemäß Art. 1 Abs. 3 lit. a der Richtlinie anzusehen ist.

Diese Ausnahme ist offenbar weder in den Text der im Amtsblatt Nr. L 18/1 vom 21.1.1997 veröffentlichten Richtlinie aufgenommen worden, noch kann mangels Identität der (Rechtssetzungs-)Organe eine sonstige Abänderung der Richtlinie angenommen werden (die Richtlinie wurde vom Europäischen Parlament und vom Rat beschlossen, die im Addendum des Ratsprotokolls festgehaltene Erklärung stammt hingegen von Rat und Kommission).

- 16 Auf das Bestehen einer Ausnahme wie der genannten deutet auch die Begründung der Kommission zum Vorschlag für eine Richtlinie des Rates über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen vom 1. August 1991 (KOM[91] 230 endg. - SYN 346; ABl. C 225 vom 30.8.1991) hin, in der unter Nr. 23 ausgeführt wird:

„Wegen des Zusammenwirkens und der Interdependenz von Artikel 1 und 2 ist es überflüssig, ein Verzeichnis von Ausnahmen aufzunehmen, etwa Handlungsreisende, Mitglieder des nicht ortsfesten Personals von Unternehmen, die im internationalen Personen- und Güterverkehr zu Wasser, zu Land und in der Luft tätig sind, sowie öffentliche Bedienstete und vergleichbares in öffentlichen Verwaltungen beschäftigtes Personal.“

- 17 Vom genannten Ratsprotokoll und der Normativität der darin angeführten Ausnahmen für (u.a.) das fahrende und grenzüberschreitend tätige Personal eines Schienenverkehrsunternehmens gehen schließlich auch die Gesetzesmaterialien (Erläuterungen zum IA 1103/A XX. GP, Seite 12) zur Novelle des § 7b AVRAG, BGBl. I Nr. 120/1999, aus (wenngleich der Gesetzeswortlaut des AVRAG keine explizite Ausnahme für das Personal eines Schienenverkehrsunternehmens vorsieht).

- 18 Zusammengefasst führt dies zu der in Frage 1) formulierten Unklarheit über das Bestehen einer Ausnahme vom Anwendungsbereich der Richtlinie für Dienstleistungen, die in international fahrenden Zügen eines Schienenverkehrsunternehmens erbracht werden.



- 19 Zwar sind die gegenständlich betroffenen Arbeitskräfte, wie bereits im Sachverhalt dargestellt wurde, keine Arbeitnehmer eines Schienenverkehrsunternehmens, sondern zählen zum Personal eines Dienstleistungsunternehmens, das die gleichen Dienstleistungen (Verpflegung der Fahrgäste mit Speisen und Getränken bzw. Bordservice) in grenzüberschreitend fahrenden Zügen erbringt. Dies kann aber im Hinblick auf das genannte Protokoll des Rates nach Ansicht des Verwaltungsgerichtshofes zu keinem unterschiedlichen Ergebnis führen, weil kein Grund ersichtlich ist, weshalb das grenzüberschreitend fahrende Personal eines Schienenverkehrsunternehmens, so es vom Anwendungsbereich der Richtlinie ausgenommen ist, anders zu behandeln wäre, als jenes Personal, das nicht zu einem Schienenverkehrsunternehmen gehört, aber die gleichen Dienstleistungen (Verpflegung der Fahrgäste mit Speisen und Getränken bzw. Bordservice) in grenzüberschreitend fahrenden Zügen erbringt. Abgesehen davon stellt sich die Frage, ob die Zugehörigkeit zum Personal eines Schienenverkehrsunternehmens im Sinne des genannten Protokolls des Rates nicht ohnedies funktional auszulegen ist und schon deshalb auch Arbeitskräfte wie die gegenständlichen erfasst.
- 20 Im Übrigen geht der Verwaltungsgerichtshof davon aus, dass es sich bei den in Rede stehenden Arbeitskräften um solche handelt, die - im Sinne des Art. 2 Abs. 1 der Richtlinie - nur während eines begrenzten Zeitraumes (nämlich für die Dauer von Stunden in den jeweiligen Zügen) ihre Arbeitsleistung im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaates als desjenigen erbringen, in dessen Hoheitsgebiet sie normalerweise arbeiten (fallbezogen liegt der Mittelpunkt der Tätigkeiten dieser Arbeitskräfte - wie eingangs im Sachverhalt beschrieben wurde - sichtlich in Budapest).
- 21 F) Entsendebegriff gemäß Art. 1 Abs. 3 lit. a der Richtlinie (Fragen 2 und 3):
- Da (abgesehen von der bereits erörterten allfälligen Ausnahme für das fahrende Personal von Schienenverkehrsunternehmen) die Richtlinie gemäß ihrem Art. 1 nur dann zur Anwendung gelangt, wenn einer der drei Fälle des Art. 1 Abs. 3 vorliegt (wobei die lit. b und c fallbezogen von vornherein nicht von Bedeutung



sind), stellt sich gegenständlich die Frage nach der Auslegung des Art. 1 Abs. 3 lit. a der Richtlinie.

Die Entsendung gemäß Art. 1 Abs. 3 lit. a der Richtlinie hat nämlich zur Voraussetzung, dass sie einerseits „im Rahmen eines Vertrages, der zwischen dem entsendenden Unternehmen und dem in diesem Mitgliedstaat tätigen Dienstleistungsempfänger geschlossen wurde“, erfolgt und dass andererseits „für die Dauer der Entsendung ein Arbeitsverhältnis zwischen dem entsendenden Unternehmen und dem Arbeitnehmer besteht“. Für die Frage der Richtlinienkonformität der genannten Bestimmungen des AVRAG (insbesondere dessen § 7b) ist nun entscheidend, ob die Erfüllung der beiden genannten Voraussetzungen des Art. 1 Abs. 3 lit. a der Richtlinie eine *conditio sine qua non* für das Vorliegen einer Entsendung im Sinne dieses Artikels (und folglich für die Unionsrechtskonformität der Vorschreibung von Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen im Sinne des Art. 3 der Richtlinie) darstellt.

22 Denn § 7b Abs. 1 AVRAG (jeweils in Verbindung mit Abs. 3 und 5 sowie § 7d Abs. 1 *leg. cit.*) verpflichtet zur Einhaltung entsprechender Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen im Falle der grenzüberschreitenden Entsendung von Arbeitnehmern zur Arbeitsleistung nach Österreich, ohne dass diese Bestimmung die beiden genannten Voraussetzungen des Art. 1 Abs. 3 lit. a der Richtlinie übernimmt.

So verlangt § 7b Abs. 1 AVRAG (an den die Verpflichtungen der Abs. 3 und 5 sowie § 7d Abs. 1 anknüpfen) zum einen nicht das Vorliegen eines Vertrages zwischen dem entsendenden Unternehmen und dem in diesem Mitgliedstaat tätigen Dienstleistungsempfänger. Zum anderen substituiert § 7b Abs. 1 zweiter Satz AVRAG die zweite Voraussetzung des Art. 1 Abs. 3 lit. a der Richtlinie („für die Dauer der Entsendung ein Arbeitsverhältnis zwischen dem entsendenden Unternehmen und dem Arbeitnehmer besteht“) in Fällen wie den hier vorliegenden, in denen das entsendende Unternehmen keine eigenen Arbeitnehmer, sondern ihm von einem Dritten bloß überlassene Arbeitskräfte zur Arbeitsleistung grenzüberschreitend entsendet, indem die Eigenschaft des entsendenden Unternehmens als Arbeitgeber (und damit das nach Art. 1



Abs. 3 lit. a der Richtlinie vorausgesetzte Arbeitsverhältnis zwischen entsendendem Unternehmen und den Arbeitskräften) gesetzlich fingiert wird (arg. „gilt“ als Arbeitgeber).

(An dieser Stelle sei zur Klarstellung auch angemerkt, dass es sich bei der Überlassung im Sinne des § 7b Abs. 1 zweiter Satz AVRAG, die noch vor der Entsendung in einen anderen Mitgliedstaat erfolgt, nach Auffassung des Verwaltungsgerichtshofes nicht um eine solche gemäß Art. 1 Abs. 3 lit. c der Richtlinie handelt.)

23 Was zunächst das gemäß Art. 1 Abs. 3 lit. a der Richtlinie erforderliche Vertragsverhältnis zwischen entsendendem Unternehmen und Dienstleistungsempfänger betrifft, so erfolgte zwar in den vorliegenden Revisionsfällen die Entsendung von Arbeitnehmern „im Rahmen eines Vertrages“, doch wurde dieser eben nicht (wie der Wortlaut des Art. 1 Abs. 3 lit. a der Richtlinie vorzugeben scheint) direkt zwischen dem entsendenden Unternehmen (H. Kft.) und dem in Österreich tätigen Dienstleistungsempfänger (ÖBB) geschlossen. Vielmehr hat die ÖBB den Dienstleistungsvertrag mit der D. GmbH geschlossen, welche die Verpflichtungen aus diesem Vertrag über eine Unterauftragskette (im Sinne der Richtlinie 2014/67/EU) an die H. Kft. übertragen hat.

24 Damit stellt sich die eingangs unter 2) formulierte Frage.

Für eine Bejahung dieser Frage spricht nach Ansicht des Verwaltungsgerichtshofes (trotz des Wortlautes des Art. 1 Abs. 3 lit. a der Richtlinie) der Grundsatz der Effektivität des Unionsrechts, der beeinträchtigt wäre, wenn zwingende Bestimmungen zum Schutz von Arbeitnehmern (vgl. Erwägungsgrund 13 der Richtlinie) durch die Ausgestaltung von Vertragsverhältnissen (Bildung von Unterauftragsketten) umgangen werden könnten.

Für eine Bejahung der Frage 2) dürfte außerdem sprechen, dass Art. 12 der Richtlinie 2014/67/EU vom 15. Mai 2014 zur Durchsetzung der Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen „zur Bekämpfung von Betrug und





Missbrauch“ Haftungsregeln bei Unteraufträgen vorsieht, die nach Abs. 4 dieses Artikels im nationalen Recht sogar strenger als jene der Richtlinien sein können und gemäß Abs. 6 durch andere angemessene Durchsetzungsmaßnahmen ersetzt werden können, um „wirksame und verhältnismäßige Sanktionen“ auch im Rahmen direkter Unteraufträge zu ermöglichen.

Nicht zuletzt ist gemäß Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie 2014/67/EU die Frage, ob ein Arbeitnehmer als entsandter Arbeitnehmer gemäß der Richtlinie 96/71/EG angesehen werden kann, nicht durch eine isolierte Betrachtung sondern durch eine Gesamtbeurteilung aller tatsächlichen Umstände zu beantworten. Auch dies könnte nach Auffassung des Verwaltungsgerichtshofes dafür sprechen, dass für das Vorliegen einer Entsendung im Sinne des Art. 1 Abs. 3 lit. a der letztgenannten Richtlinie nicht entscheidend ist, ob die Entsendung im Rahmen eines (direkten) Vertrages oder im Rahmen einer Unterauftragskette zwischen entsendendem Unternehmen und Dienstleistungsempfänger erfolgt.

- 25 Davon losgelöst ist die unter 3) formulierte Frage zu verstehen, welche das nach dem Wortlaut des Art. 1 Abs. 3 lit. a der Richtlinie notwendige „Arbeitsverhältnis zwischen dem entsendenden Unternehmen und dem Arbeitnehmer“ für die Dauer der Entsendung betrifft.
- 26 Wie bereits dargestellt, stehen die in den Revisionsfällen betroffenen Arbeitnehmer in der Mehrzahl nicht in einem Arbeitsverhältnis mit dem (in Ungarn ansässigen) entsendenden Unternehmen H. Kft., sondern mit einem (ebenfalls in Ungarn ansässigen) Personalleasingunternehmen, das die betroffenen Arbeitnehmer (in Ungarn) dem entsendenden Unternehmen überlassen hat. Damit stellt sich die Frage, ob auch in einem solchen Fall eine Entsendung gemäß Art. 1 Abs. 3 lit. a der Richtlinie vorliegt.
- 27 Für die Bejahung dieser Frage spricht (trotz des Wortlautes der letztgenannten Bestimmung der Richtlinie) der bereits erwähnte Grundsatz der Effektivität, der beeinträchtigt wäre, wenn zwingende Bestimmungen zum Schutz von Arbeitnehmern (Erwägungsgrund 13 der Richtlinie) durch die Ausgestaltung von Vertragsverhältnissen (entsendendes Unternehmen übernimmt die



Arbeitnehmer eines Personalleasing- bzw. Leiharbeitsunternehmens, ohne mit diesen einen Arbeitsvertrag zu schließen) umgangen werden könnten.

- 28 Abgesehen davon wird gemäß Art. 2 Abs. 2 der Richtlinie der Begriff des Arbeitnehmers für Zwecke der Richtlinie in dem Sinne verwendet, in dem er im Recht des Mitgliedstaats, in dessen Hoheitsgebiet der Arbeitnehmer entsendet wird, gebraucht wird. Daraus könnte abgeleitet werden, dass das Recht dieses Mitgliedstaats auch maßgeblich ist für die Frage, wann ein Arbeitsverhältnis vorliegt (bzw. ob ein solches auch aufgrund einer gesetzlichen Fiktion angenommen werden muss).
- 29 Für die Bejahung der Frage 3) spricht nicht zuletzt, dass der Gerichtshof der Europäischen Union im Urteil vom 10. Februar 2011, *Vicoplus*, C-307/09 bis C-309/09, unter Rn 35 ausgeführt hat, es wäre „gekünstelt, bei einem Zustrom von Arbeitnehmern zum Arbeitsmarkt eines Mitgliedstaats danach zu unterscheiden, ob sie im Zuge der Überlassung von Arbeitnehmern oder unmittelbar und eigenverantwortlich in den Markt eintreten, da diese potenziell beträchtliche Zuwanderung in beiden Fällen zu Störungen auf dem Arbeitsmarkt führen kann“. Es wird nicht übersehen, dass diese Aussage im Zusammenhang mit einer Entsendung nach Art. 1 Abs. 3 lit. c der Richtlinie getroffen wurde (wohingegen im Fall einer Entsendung nach Art. 1 Abs. 3 lit. a der Richtlinie, um die es in den vorliegenden Revisionsfällen geht, der Arbeitnehmer nach Erbringung der Leistung in der Regel in seinen Herkunftsstaat zurückkehrt und damit den Arbeitsmarkt des Aufnahmemitgliedstaates wieder verlässt; vgl. Rn. 49 des Urteils *Vicoplus* und die Rn. 15 und 16 des dort angeführten Urteils vom 27. März 1990, *Rush Portuguesa*, C-113/89). Doch auch im Fall der Entsendung zur Erbringung einer Dienstleistung (Art. 1 Abs. 3 lit. a der Richtlinie) erscheint es nach Meinung des Verwaltungsgerichtshofes gekünstelt, den durch diese Richtlinie zu wahren Arbeitnehmerschutz am Ort der Arbeitserbringung davon abhängig zu machen, ob die entsendete Arbeitskraft in ihrem Herkunftsstaat in einem Arbeitsverhältnis mit dem entsendenden Unternehmen oder mit einem Personalleasingunternehmen steht.





30 G) Vereinbarkeit mit der Dienstleistungsfreiheit (Frage 4):

31 Unabhängig von den Antworten auf die Fragen 1) bis 3) stellt sich die unter 4)
formulierte Frage, ob nationale Vorschriften wie das AVRAG, welche einem
Unternehmen, das Arbeitskräfte grenzüberschreitend zur Erbringung von
Dienstleistungen in Schienenverkehrsunternehmen entsendet, die Einhaltung
bestimmter Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen im Sinne des Art. 3 der
Richtlinie (einschließlich begleitender Verpflichtungen wie jene zur Meldung
der Entsendung und zur Bereithaltung von Lohn- und
Sozialversicherungsunterlagen; vgl. zur grundsätzlichen
Unionsrechtskonformität solcher Verpflichtungen das Urteil des EuGH vom
7. Oktober 2010, *Santos Palhota*, C-515/08, Rn 50ff. und 57ff.) zwingend
vorschreiben, mit der Dienstleistungsfreiheit vereinbar sind.

32 Der Gerichtshof der Europäischen Union hat im Urteil vom 15. März 2001,
Mazzoleni, C-165/98, das gleichfalls die in Rede stehende Richtlinie betraf,
nach Darlegung der Wesensmerkmale der Dienstleistungsfreiheit (Rn. 22 ff.)
und der Voraussetzungen für ihre Einschränkung (Rn 25 ff.) wie folgt
ausgeführt (Rn 28-30):

„Was konkret die nationalen Vorschriften über Mindestlöhne wie die im
Ausgangsverfahren in Rede stehenden betrifft, folgt aus der Rechtsprechung
des Gerichtshofes, dass das Gemeinschaftsrecht es den Mitgliedstaaten nicht
verwehrt, ihre Rechtsvorschriften oder die von den Sozialpartnern
geschlossenen Tarifverträge über Mindestlöhne unabhängig davon, in welchem
Land der Arbeitgeber ansässig ist, auf alle Personen zu erstrecken, die in ihrem
Hoheitsgebiet, und sei es auch nur vorübergehend, eine unselbstständige
Erwerbstätigkeit ausüben (Urteile vom 3. Februar 1982 in den
Rechtssachen 62/81 und 63/81, *Seco und Desquenne & Giral*, Slg. 1982, 223,
Randnr. 14; *Guiot*, Randnr. 12, und *Arblade u.a.*, Randnr. 41). Folglich können
die Rechtsvorschriften oder Tarifverträge eines Mitgliedstaats, die einen
Mindestlohn garantieren, grundsätzlich auf die Arbeitgeber, die im
Hoheitsgebiet dieses Staates Dienstleistungen erbringen, angewandt werden,
unabhängig davon, in welchem Land sie ansässig sind (Urteil *Arblade u.a.*,
Randnr. 42).

Somit verwehrt das Gemeinschaftsrecht es einem Mitgliedstaat nicht, einem
Unternehmen mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat, das Dienstleistungen im
Hoheitsgebiet des erstgenannten Mitgliedstaats erbringt, die Verpflichtung



aufzuerlegen, seinen Arbeitnehmern die durch die nationalen Vorschriften dieses Staates festgelegten Mindestlöhne zu zahlen.

Es kann jedoch nicht ausgeschlossen werden, dass es Umstände gibt, unter denen die Anwendung solcher Vorschriften im Hinblick auf das angestrebte Ziel, den Schutz der betroffenen Arbeitnehmer, weder erforderlich noch verhältnismäßig ist.“

- 33 Daran anschließend ist im Urteil C-165/98 unter Rn 36 ausgeführt, dass „die Anwendung der nationalen Vorschriften des Aufnahmemitgliedstaats über Mindestlöhne auf Dienstleistende, die in einer an den Aufnahmemitgliedstaat angrenzenden Region eines anderen Mitgliedstaats ansässig sind, zum einen zu unverhältnismäßig hohen zusätzlichen Verwaltungskosten führen [kann], etwa für eine stundenweise Berechnung des angemessenen Entgelts für jeden Arbeitnehmer, je nachdem, ob er während seiner Arbeit die Grenze zu einem anderen Mitgliedstaat überschritten hat, ...“.
- 34 Überträgt man den letztgenannten Gedanken auf die vorliegenden Fälle, so stellt sich die Frage, ob die Verpflichtung zur Einhaltung der in Rede stehenden Arbeitnehmerschutzvorschriften des AVRAG in einer Konstellation wie in den vorliegenden Fällen einen unverhältnismäßigen Aufwand für das entsendende Unternehmen und somit eine ungerechtfertigte Einschränkung der Dienstleistungsfreiheit darstellt: Auch in den vorliegenden Fällen muss davon ausgegangen werden, dass die in Ungarn wohnenden Arbeitskräfte ihre Dienstleistungen (Bordservice in den Zügen der ÖBB) jeweils nur für die Dauer von Stunden in Österreich erbrachten, da die Züge bis nach Salzburg bzw. München fahren, ihren Ausgangs- oder Endbahnhof aber jeweils in Budapest hatten. Ausgehend davon, dass die Meldung der grenzüberschreitenden Entsendung gemäß § 7b Abs. 4 AVRAG für jede Entsendung gesondert zu erfolgen hatte (eine Rahmenmeldung für wiederholte grenzüberschreitende Einsätze sahen die Bestimmungen des AVRAG noch nicht vor), sowie unter Berücksichtigung der offensichtlichen Häufigkeit des Grenzübertretes der jeweiligen Arbeitskräfte von Ungarn nach Österreich in den jeweiligen Zügen der ÖBB während der erwähnten Laufzeit des Dienstleistungsvertrages für die Jahre 2012 bis 2016, kann die





Verhältnismäßigkeit der Meldepflicht für diese grenzüberschreitenden Entsendungen zur Dienstleistung nicht ohne Weiteres angenommen werden.

- 35 Hinzu kommt, dass sowohl die Meldepflicht als auch die hier gegenständliche Verpflichtung zur Bereithaltung von Lohnunterlagen eine Begleitmaßnahme darstellen, um die Erfüllung der Verpflichtung zur Leistung des in Österreich festgesetzten Mindestentgelts kontrollieren zu können, und somit nicht losgelöst von der letztgenannten Verpflichtung gesehen werden können. Geht man davon aus, dass nach der Rn 28 des zitierten Urteils C-165/98 die „stundenweise Berechnung des angemessenen Entgelts für jeden Arbeitnehmer“ einen unverhältnismäßig hohen Verwaltungsaufwand darstellt, so sind auch Bedenken gegen die Verhältnismäßigkeit jener Verpflichtungen (insbesondere Bereithaltungspflicht der Lohnunterlagen) angebracht, mit deren Hilfe die stundenweise Berechnung des angemessenen Entgelts der verfahrensgegenständlichen Arbeitskräfte sicher gestellt werden soll.
- 36 H) Da die richtige Anwendung des Unionsrechts nicht als derart offenkundig erscheint, dass für einen vernünftigen Zweifel kein Raum bleibt (vgl. hierzu das Urteil des Gerichtshofes vom 6. Oktober 1982 in der Rechtssache 283/81, Srl C.I.L.F.I.T. und andere, Slg. 1982, 3415), werden die eingangs formulierten Vorlagefragen gemäß Art. 267 AEUV mit dem Ersuchen um Vorabentscheidung vorgelegt.

W i e n , am 15. Dezember 2017