



Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Waldstätten, den Hofrat Dr. Strohmayer, die Hofrätin Dr. Julcher sowie die Hofräte Mag. Berger und Mag. Stickler als Richter, unter Mitwirkung der Schriftführerin Dr. Gruber, über die Revisionen 1.) der Salzburger Gebietskrankenkasse, vertreten durch die Niederhuber & Partner Rechtsanwälte GmbH in 5020 Salzburg, Wilhelm-Spazier-Straße 2a (Ro 2016/08/0013), und 2.) des Bundesministers für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz (Ro 2016/08/0014), gegen das Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichtes vom 7. März 2016, Zl. L511 2005897-1/43E, betreffend Pflichtversicherung nach dem ASVG und AIVG (mitbeteiligte Parteien: 1. A GmbH in S, vertreten durch die Haslinger/Nagele & Partner Rechtsanwälte GmbH in 4020 Linz, Roseggerstraße 58, 2. M-M Kft, 3. M Kft, beide in B, beide vertreten durch Mag. Ulrich Salzburg, Rechtsanwalt in 1070 Wien, Museumstraße 5/19, 4. Pensionsversicherungsanstalt in 1021 Wien, Friedrich-Hillegeist-Straße 1, 5. Allgemeine Unfallversicherungsanstalt in 1201 Wien, Adalbert-Stifter-Straße 65-67), den

B e s c h l u s s

gefasst:

Dem Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) werden nach Art. 267 AEUV folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

1. Gilt die in Art. 5 der Verordnung (EG) Nr. 987/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. September 2009 zur Festlegung der Modalitäten für die Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 über die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit normierte Bindungswirkung von Dokumenten im Sinn des Art. 19 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 987/2009 auch in einem Verfahren vor einem Gericht im Sinn des Art. 267 AEUV?
2. Für den Fall, dass nicht schon die Frage 1. verneint wird:
 - a) Gilt die genannte Bindungswirkung auch dann, wenn zuvor ein Verfahren vor der Verwaltungskommission für die Koordinierung der Systeme der





sozialen Sicherheit stattgefunden hat, das weder zu einer Einigung noch zu einer Zurückziehung der strittigen Dokumente geführt hat?

b) Gilt die genannte Bindungswirkung auch dann, wenn ein Dokument „A1“ erst ausgestellt wird, nachdem der Aufnahmemitgliedstaat formell die Pflichtversicherung nach seinen Rechtsvorschriften festgestellt hat? Gilt die Bindungswirkung in diesen Fällen auch rückwirkend?

3. Für den Fall, dass sich unter bestimmten Voraussetzungen eine beschränkte Bindungswirkung von Dokumenten im Sinn des Art. 19 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 987/2009 ergibt:

Widerspricht es dem in Art. 12 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 enthaltenen Ablöseverbot, wenn die Ablöse nicht in Form einer Entsendung durch denselben Dienstgeber erfolgt, sondern durch einen weiteren Dienstgeber? Spielt es dabei eine Rolle,

a) ob dieser Dienstgeber im selben Mitgliedstaat wie der erste Dienstgeber seinen Sitz hat oder

b) ob zwischen dem ersten und dem zweiten entsendenden Dienstgeber personelle und/oder organisatorische Verflechtungen bestehen?

Begründung:

A. Sachverhalt:

- 1 Die A GmbH mit Sitz in Österreich ist im Geschäftszweig der Vieh- und Fleischvermarktung tätig und betreibt in S seit 1997 einen gepachteten Schlachthof.
- 2 Im Jahr 2007 schloss die A GmbH (bzw. die S GmbH als deren Rechtsvorgängerin) mit der im Jahr 2004 gegründeten M-M Kft mit Sitz in Ungarn (im Folgenden M-M Kft) einen Vertrag, in dem sich diese zu Fleischzerlegungs- und Verpackungsarbeiten im Ausmaß von 25 Rinderhälften pro Woche verpflichtete. Die Arbeiten wurden in den Räumlichkeiten der A GmbH von nach Österreich entsendeten Mitarbeitern ausgeführt. Werkzeug,



Maschinen und Arbeitskleidung wurden von der A GmbH zur Verfügung gestellt (vgl. das hg. Erkenntnis vom 31. Juli 2009, Zl. 2008/09/0261). Mit 31. Jänner 2012 gab die M-M Kft den Bereich der Fleischzerlegung auf und führte fortan Schlachtungen für die A GmbH durch.

- 3 Am 24. Jänner 2012 schloss die A GmbH mit der im Jahr 2004 gegründeten M Kft mit Sitz in Ungarn (im Folgenden: M Kft) einen Vertrag, in dem sich die M Kft verpflichtete, im Zeitraum vom 1. Februar 2012 bis 31. Jänner 2014 für die A GmbH 55.000 t Rinderhälften zu zerlegen. Die Arbeiten wurden in den (samt Betriebsausstattung angemieteten) Räumlichkeiten der A GmbH von nach Österreich entsendeten Mitarbeitern ausgeführt. Das erforderliche Material wie Messer, Sägen und Schutzkleidung stand im Eigentum der M Kft. Die A GmbH kaufte die Rinder, ließ sie schlachten, teilen und in einem Kühlhaus zwischenlagern. Die in ihrem Eigentum verbleibenden Fleischteile wurden von der M Kft übernommen und von ihren Mitarbeitern weiter zerlegt und verpackt. Die A GmbH bzw. deren Mitarbeiter gaben der M Kft bzw. deren Vorarbeiter Anordnungen über die benötigte Verarbeitung der Rinderhälften (Schnittpläne). Die M Kft organisierte den weiteren Arbeitsablauf, erteilte ihren Arbeitnehmern die erforderlichen Weisungen und legte der A GmbH schließlich die vereinbarungsgemäß verarbeitete Ware zur Kontrolle der erbrachten Leistungen vor. Der Werklohn der M Kft errechnete sich nach der Menge des verarbeiteten Fleisches. Er wurde herabgesetzt, wenn die Qualität des verarbeiteten Fleisches unzureichend war.
- 4 Ab dem 1. Februar 2014 verpflichtete die A GmbH wiederum die M-M Kft, die genannten Fleischzerlegearbeiten in den genannten Einrichtungen mit deren Mitarbeitern durchzuführen.
- 5 Für die im streitgegenständlichen Zeitraum vom 1. Februar 2012 bis 13. Dezember 2013 von der M Kft beschäftigten mehr als 250 Mitarbeiter hat der zuständige ungarische Sozialversicherungsträger - teilweise rückwirkend und teilweise in Fällen, in denen der österreichische Sozialversicherungsträger bereits mit (nicht rechtskräftigem) Bescheid eine Pflichtversicherung des betreffenden Mitarbeiters nach österreichischen Rechtsvorschriften festgestellt hatte - Bescheinigungen über die Anwendung der ungarischen



Rechtsvorschriften der sozialen Sicherheit gemäß Art. 11 bis 16 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 und Art. 19 der Verordnung (EG) Nr. 987/2009 (A1-Dokument bzw. „portable document A1“) ausgestellt. In diesen Bescheinigungen ist jeweils unter Punkt 5.1. und 5.2. die A GmbH als Arbeitgeber an dem Ort, an dem eine Erwerbstätigkeit ausgeübt wird, genannt.

B. Ausgangsverfahren:

- 6 1. Die revisionswerbende Gebietskrankenkasse hat die Pflichtversicherung der genannten Dienstnehmer in den genannten Zeiträumen nach § 4 Abs. 1 und 2 ASVG und § 1 Abs. 1 lit. a AIVG auf Grund ihrer abhängigen entgeltlichen Tätigkeit für einen gemeinsamen Betrieb der A GmbH, der M-M Kft und der M Kft festgestellt.
- 7 2. Mit dem angefochtenen Erkenntnis hat das Verwaltungsgericht den genannten Bescheid der revisionswerbenden Gebietskrankenkasse - mit hier nicht relevanten Ausnahmen betreffend einige Dienstnehmer - wegen Unzuständigkeit der österreichischen Sozialversicherungsträger ersatzlos behoben.
- 8 Es führte begründend u.a. aus, für jede der der österreichischen Pflichtversicherung unterworfenen Personen sei ein A1-Dokument des zuständigen ungarischen Sozialversicherungsträgers ausgestellt worden, wonach die jeweilige Person ein ab einem bestimmten Zeitpunkt in Ungarn beschäftigter und pflichtversicherter Arbeitnehmer der M Kft sei und voraussichtlich für die Dauer der in den jeweiligen Formularen angegebenen Zeiten, von denen die gegenständlichen Zeiträume umfasst seien, zur A GmbH nach Österreich entsendet werde. Sei in einem Mitgliedstaat gemäß Art. 19 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 987/2009 ein A1-Dokument ausgestellt worden, wonach eine Person den sozialversicherungsrechtlichen Vorschriften dieses Mitgliedstaates unterworfen sei, so sei der zuständige Träger eines anderen Mitgliedstaates gemäß Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 987/2009 an die Angaben in der Bescheinigung gebunden und könne den fraglichen Arbeitnehmer nicht seinem eigenen System der sozialen Sicherheit



unterstellen, solange die Bescheinigung nicht zurückgezogen oder für ungültig erklärt werde.

- 9 3. In den gegen diesen Bescheid erhobenen Revisionen an den Verwaltungsgerichtshof wenden sich die revisionswerbende Gebietskrankenkasse und der revisionswerbende Bundesminister gegen eine absolute Bindungswirkung der A1-Bescheinigungen. Die Bindungswirkung beruhe auf der Einhaltung des im Art. 4 Abs. 3 EUV verankerten Grundsatzes der vertrauensvollen Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten. Diesen Grundsatz habe der ungarische Sozialversicherungsträger verletzt. Bereits nach Durchführung eines ersten Dialogverfahrens betreffend Arbeitnehmer der M-M Kft und den Stellungnahmen der Verwaltungskommission hätte diesem bewusst sein müssen, dass die Praxis der Entsendung von Fleischerlegern an die erstmitbeteiligte Partei der im Art. 12 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 normierten Entsenderegelung widerspreche. Dennoch habe dieser Sozialversicherungsträger nun auch für die Arbeitnehmer der M Kft A1-Dokumente ausgestellt. Beschlüsse der Verwaltungskommission müssten als Grundlage für die erforderliche loyale Zusammenarbeit betrachtet werden. Ein Mitgliedstaat, der zunächst einem solchen Auslegungsbeschluss zustimme, sich dann aber weigere, diesen umzusetzen, habe den Pfad der loyalen Zusammenarbeit verlassen. Das vom EuGH als ultima ratio angebotene Vertragsverletzungsverfahren sei keine realistische Option. Auffassungsunterschiede darüber, in welchem der beiden Mitgliedstaaten einige Dienstnehmer korrekterweise versichert sein sollen, würden nie als so gewichtig angesehen werden, dass das hochpolitische Instrument eines Vertragsverletzungsverfahrens (nach Art. 259 AEUV) eingesetzt würde. Ungarn habe darauf hingewiesen, dass nur eine gerichtliche Entscheidung die auch von Ungarn gesehene Patt-Situation lösen könne und dass das nationale ungarische Recht einer Zurückziehung der A1-Dokumente entgegenstünde. Eine gerichtliche Entscheidung in Ungarn sei nicht zu erwarten. Eine Parteistellung der revisionswerbenden Gebietskrankenkasse in Ungarn sei nicht gegeben. Der einzige Weg, eine Entscheidung in der Sache herbeizuführen, sei die bescheidmäßige Feststellung der Pflichtversicherung trotz Vorliegens der A1-Dokumente des ungarischen Trägers gewesen.



- 10 Der zweitrevisionswerbende Bundesminister legte Dokumente vor, aus denen sich ergibt, dass die Verwaltungskommission am 20./21. Juni 2016 zur Auffassung gelangt ist, dass Ungarn sich zu Unrecht für die betroffenen ArbeitnehmerInnen für zuständig erklärt habe und daher die A1-Formulare zurückziehen sollte.

C. Bestimmungen des Unionsrechts:

- 11 Art. 11 und 12 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit lauten auszugsweise samt Überschrift:

„Titel II

Bestimmung des anwendbaren Rechts

Artikel 11

Allgemeine Regelung

(1) Personen, für die diese Verordnung gilt, unterliegen den Rechtsvorschriften nur eines Mitgliedstaats. Welche Rechtsvorschriften dies sind, bestimmt sich nach diesem Titel.

(2) (...)

(3) Vorbehaltlich der Artikel 12 bis 16 gilt Folgendes:

a) eine Person, die in einem Mitgliedstaat eine Beschäftigung oder selbstständige Erwerbstätigkeit ausübt, unterliegt den Rechtsvorschriften dieses Mitgliedstaats;

(...).

Artikel 12

Sonderregelung

(1) Eine Person, die in einem Mitgliedstaat für Rechnung eines Arbeitgebers, der gewöhnlich dort tätig ist, eine Beschäftigung ausübt und die von diesem Arbeitgeber in einen anderen Mitgliedstaat entsandt wird, um dort eine Arbeit für dessen Rechnung auszuführen, unterliegt weiterhin den Rechtsvorschriften des ersten Mitgliedstaats, sofern die voraussichtliche Dauer dieser Arbeit 24 Monate nicht überschreitet und diese Person nicht eine andere entsandte Person ablöst.

(...).“





Die Art. 5, 6 und 19 der Verordnung (EG) Nr. 987/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. September 2009 zur Festlegung der Modalitäten für die Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 über die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit lauten auszugsweise:

„Artikel 5

Rechtswirkung der in einem anderen Mitgliedstaat ausgestellten Dokumente und Belege

(1) Vom Träger eines Mitgliedstaats ausgestellte Dokumente, in denen der Status einer Person für die Zwecke der Anwendung der Grundverordnung und der Durchführungsverordnung bescheinigt wird, sowie Belege, auf deren Grundlage die Dokumente ausgestellt wurden, sind für die Träger der anderen Mitgliedstaaten so lange verbindlich, wie sie nicht von dem Mitgliedstaat, in dem sie ausgestellt wurden, widerrufen oder für ungültig erklärt werden.

(2) Bei Zweifeln an der Gültigkeit eines Dokuments oder der Richtigkeit des Sachverhalts, der den im Dokument enthaltenen Angaben zugrunde liegt, wendet sich der Träger des Mitgliedstaats, der das Dokument erhält, an den Träger, der das Dokument ausgestellt hat, und ersucht diesen um die notwendige Klarstellung oder gegebenenfalls um den Widerruf dieses Dokuments. Der Träger, der das Dokument ausgestellt hat, überprüft die Gründe für die Ausstellung und widerruft das Dokument gegebenenfalls.

(3) Bei Zweifeln an den Angaben der betreffenden Personen, der Gültigkeit eines Dokuments oder der Belege oder der Richtigkeit des Sachverhalts, der den darin enthaltenen Angaben zugrunde liegt, nimmt der Träger des Aufenthalts- oder Wohnorts, soweit dies möglich ist, nach Absatz 2 auf Verlangen des zuständigen Trägers die nötige Überprüfung dieser Angaben oder dieses Dokuments vor.

(4) Erzielen die betreffenden Träger keine Einigung, so können die zuständigen Behörden frühestens einen Monat nach dem Zeitpunkt, zu dem der Träger, der das Dokument erhalten hat, sein Ersuchen vorgebracht hat, die Verwaltungskommission anrufen. Die Verwaltungskommission bemüht sich binnen sechs Monaten nach ihrer Befassung um eine Annäherung der unterschiedlichen Standpunkte.

Artikel 6

Vorläufige Anwendung der Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats und vorläufige Gewährung von Leistungen

(1) Besteht zwischen den Trägern oder Behörden zweier oder mehrerer Mitgliedstaaten eine Meinungsverschiedenheit darüber, welche Rechtsvorschriften anzuwenden sind, so unterliegt die betreffende Person



vorläufig den Rechtsvorschriften eines dieser Mitgliedstaaten, sofern in der Durchführungsverordnung nichts anderes bestimmt ist, wobei die Rangfolge wie folgt festgelegt wird:

- a) den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats, in dem die Person ihrer Beschäftigung oder selbständigen Erwerbstätigkeit tatsächlich nachgeht, wenn die Beschäftigung oder selbständige Erwerbstätigkeit in nur einem Mitgliedstaat ausgeübt wird;
- b) den Rechtsvorschriften des Wohnmitgliedstaats, sofern die betreffende Person einer Beschäftigung oder selbständigen Erwerbstätigkeit in zwei oder mehr Mitgliedstaaten nachgeht und einen Teil ihrer Tätigkeit(en) in dem Wohnmitgliedstaat ausübt, oder sofern die betreffende Person weder beschäftigt ist noch eine selbständige Erwerbstätigkeit ausübt;
- c) in allen anderen Fällen den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats, deren Anwendung zuerst beantragt wurde, wenn die Person eine Erwerbstätigkeit oder mehrere Erwerbstätigkeiten in zwei oder mehr Mitgliedstaaten ausübt.

(2) (...).

(3) Erzielen die betreffenden Träger oder Behörden keine Einigung, so können die zuständigen Behörden frühestens einen Monat nach dem Tag, an dem die Meinungsverschiedenheit im Sinne von Absatz 1 oder Absatz 2 aufgetreten ist, die Verwaltungskommission anrufen. Die Verwaltungskommission bemüht sich nach ihrer Befassung binnen sechs Monaten um eine Annäherung der Standpunkte.

(4) Steht entweder fest, dass nicht die Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats anzuwenden sind, die für die betreffende Person vorläufig angewendet worden sind, oder dass der Träger, der die Leistungen vorläufig gewährt hat, nicht der zuständige Träger ist, so gilt der als zuständig ermittelte Träger rückwirkend als zuständig, als hätte die Meinungsverschiedenheit nicht bestanden, und zwar spätestens entweder ab dem Tag der vorläufigen Anwendung oder ab der ersten vorläufigen Gewährung der betreffenden Leistungen.

(5) (...).

(...)

Artikel 19

Unterrichtung der betreffenden Personen und der Arbeitgeber

(1) Der zuständige Träger des Mitgliedstaats, dessen Rechtsvorschriften nach Titel II der Grundverordnung anzuwenden sind, unterrichtet die betreffende Person sowie gegebenenfalls deren Arbeitgeber über die Pflichten, die in diesen Rechtsvorschriften festgelegt sind. Er gewährt ihnen die erforderliche



Unterstützung bei der Einhaltung der Formvorschriften aufgrund dieser Rechtsvorschriften.

(2) Auf Antrag der betreffenden Person oder ihres Arbeitgebers bescheinigt der zuständige Träger des Mitgliedstaats, dessen Rechtsvorschriften nach Titel II der Grundverordnung anzuwenden sind, dass und gegebenenfalls wie lange und unter welchen Umständen diese Rechtsvorschriften anzuwenden sind.“

D. Zur Vorlageberechtigung:

- 12 Der Verwaltungsgerichtshof ist ein Gericht im Sinne des Art. 267 AEUV, dessen Entscheidungen selbst nicht mehr mit Rechtsmitteln des innerstaatlichen Rechtes angefochten werden können. Der Verwaltungsgerichtshof vertritt die Auffassung, dass sich bei der Entscheidung über die von ihm zu beurteilenden Pflichtversicherungen die im gegenständlichen Ersuchen um Vorabentscheidung angeführten und im Folgenden näher erörterten Fragen der Auslegung des Unionsrechts stellen.

E. Erläuterung des Vorlagebeschlusses:

1. Zur ersten Frage:

- 13 Der EuGH hat in seiner Rechtsprechung zu den Verordnungen (EWG) Nr. 1408/71 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern, und Nr. 574/72 über die Durchführung der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 wiederholt ausgesprochen, dass eine nach dieser Rechtslage ausgestellte Bescheinigung „E 101“ den zuständigen Träger des Mitgliedstaats, in den sich der Erwerbstätige zur Arbeitsleistung begibt, in Bezug auf die anzuwendenden sozialversicherungsrechtlichen Vorschriften bindet, solange die Bescheinigung nicht zurückgezogen oder für ungültig erklärt worden ist (vgl. etwa die Urteile vom 10. Februar 2000, Rs C-202/97 - Fitzwilliam FTS, vom 30. März 2000, Rs C-178/97 - Banks u.a., und vom 26. Jänner 2006, Rs C-2/05 - Herbosch Kiere NV). Der an die Bescheinigung gebundene Träger kann bei Zweifeln an der Richtigkeit des der Bescheinigung zugrunde liegenden Sachverhalts oder dessen rechtlicher Bewertung eine Überprüfung durch den ausstellenden Träger verlangen und - sofern es zu keiner Übereinstimmung kommt - die Verwaltungskommission



für die soziale Sicherheit der Wanderarbeitnehmer um Vermittlung anrufen. Führt dies nicht zum Erfolg, kann der Mitgliedstaat, dessen Träger an die Bescheinigung gebunden ist, ein Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 258 ff AEUV anstrengen.

- 14 Bereits die Bindungswirkung der Bescheinigungen „E 101“ war allerdings keine absolute. Sie soll nach der Rechtsprechung des EuGH etwa dann nicht bestehen, wenn die Bestimmungen über die Entsendung überhaupt nicht anwendbar sind (vgl. das Urteil vom 9. September 2015, C-72/14 und C-197/14, T. A. van Dijk, Rz 47: „Unter diesen Umständen kann eine von einem Träger eines Mitgliedstaats ausgestellte Bescheinigung darüber, dass für einen Erwerbstätigen, der Rheinschiffer ist, die Rechtsvorschriften dieses Mitgliedstaats gelten - wie die in den Ausgangsverfahren in Rede stehenden Bescheinigungen -, nicht als eine Bescheinigung E 101 angesehen werden, selbst wenn sie deren Form hat und unabhängig davon, ob sie von dem [dafür bezeichneten] Träger ausgestellt worden ist [...]“). Der Gerichtshof hat auch zum Ausdruck gebracht, dass die Bescheinigung (nur) eine - freilich für die Träger bindende - Vermutung begründet (vgl. etwa das Urteil vom 10. Februar 2000, C-202/97, Fitzwilliam FTS, Rz 53) und dass den nationalen Gerichten die Prüfung obliegt, ob während der Entsendung die vorausgesetzte arbeitsrechtliche Bindung an das entsendende Unternehmen weiter besteht oder ob dieses seine Geschäftstätigkeit im Entsendestaat ausübt (vgl. das soeben zitierte Urteil Fitzwilliam FTS, insbesondere Rz 24, 25 und 33).
- 15 Die dargestellte Rechtsprechung wurde nun im Wesentlichen in Art. 5 der Verordnung (EG) Nr. 987/2009 kodifiziert. Nach Abs. 1 dieser Bestimmung sind vom Träger eines Mitgliedstaats ausgestellte Dokumente, in denen der Status einer Person für die Zwecke der Anwendung der Grundverordnung und der Durchführungsverordnung bescheinigt wird, sowie Belege, auf deren Grundlage die Dokumente ausgestellt wurden, für die Träger der anderen Mitgliedstaaten so lange verbindlich, wie sie nicht von dem Mitgliedstaat, in dem sie ausgestellt wurden, widerrufen oder für ungültig erklärt werden (dies gilt etwa für die im vorliegenden Fall gemäß Art. 19 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 987/2009 ausgestellten Dokumente „A1“). Bei Zweifeln an der



Gültigkeit eines Dokuments oder der Richtigkeit des zugrunde liegenden Sachverhalts wendet sich der Träger, der das Dokument erhält, zunächst gemäß Abs. 2 an den ausstellenden Träger, der gemäß Abs. 3 zu einer entsprechenden Überprüfung verpflichtet ist. Wird keine Einigung zwischen den Trägern erzielt, so können die zuständigen Behörden gemäß Abs. 4 die Verwaltungskommission für die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit (kurz: Verwaltungskommission) anrufen, die sich binnen sechs Monaten um eine Annäherung der unterschiedlichen Standpunkte bemüht.

- 16 Nach dem Wortlaut dieser Bestimmung sind also nur die Träger der Sozialversicherung an die Dokumente gebunden (vgl. demgegenüber Art. 6 der Verordnung (EG) Nr. 987/2009, der neben den Trägern ausdrücklich auch die Behörden nennt). Das wirft nach Ansicht des Verwaltungsgerichtshofes die Frage auf, ob diese Bindungswirkung - über den Verordnungswortlaut hinaus - auch für die einzelstaatlichen Gerichte gilt. Der EuGH hat zwar im Urteil in der Rs C-2/05 - Herbosch Kiere NV eine Bindungswirkung von Bescheinigungen „E 101“ nach der Verordnung (EWG) Nr. 574/72 auch für Gerichte angenommen (vgl. Rz 32 und den Urteilstenor), was aber in Art. 5 der Verordnung (EG) Nr. 987/2009 keinen Niederschlag gefunden hat. Nach Auffassung des Verwaltungsgerichtshofes ist eine Auslegung möglich, wonach zwar die Träger grundsätzlich an die Bescheinigung gebunden sind, aber kein Verfahren verhindert werden soll, in dem die rechtliche und tatsächliche Überprüfung des Inhalts der Bescheinigung durch nationale Gerichte und letztlich - garantiert durch die Vorlagepflicht letztinstanzlicher Gerichte gemäß Art. 267 AEUV - die Klärung von auftretenden Rechtsfragen des Unionsrechts durch den EuGH ermöglicht wird (vgl. in diesem Sinn auch das Urteil des EuGH vom 3. März 2016, C 12/14 - Europäische Kommission gegen Republik Malta, insbesondere Rz 43, zu Erklärungen nach Art. 9 der Verordnung Nr. 883/2004: Obwohl diese Erklärungen betreffend die Einordnung von Rechtsvorschriften in den sachlichen Geltungsbereich der Verordnung vom EuGH grundsätzlich als für die anderen Mitgliedstaaten bindend angesehen werden, kann ein nationales Gericht „jederzeit dazu aufgerufen sein, sich mit der Einordnung des in der bei ihm anhängigen Rechtssache in Rede stehenden Systems zu beschäftigen und gegebenenfalls dem Gerichtshof [der



Europäischen Union] eine darauf bezogene Frage vorzulegen“; siehe weiters das Urteil des EuGH vom 28. Juni 2007, C-73/06 - Planzer Luxembourg Sàrl zu Bescheinigungen nach der Richtlinie 79/1072/EWG: Diese Bescheinigungen entfalten gegenüber der Steuerverwaltung des Staates, in dem die Erstattung der Mehrwertsteuer nach der genannten Richtlinie geltend gemacht wird, grundsätzlich in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht Bindungswirkung [vgl. Rz 42]; die Steuerverwaltung kann daher nicht ohne weitere vorherige Nachprüfung gegenüber dem Steuerpflichtigen die - auf Grund der Bescheinigung an sich gebotene - Erstattung verweigern [vgl. Rz 46], sie ist aber nicht gehindert, vom Steuerpflichtigen und den Behörden des Ausstellungsstaates Informationen zu verlangen [vgl. Rz 47 f]; geht aus diesen Informationen hervor, dass die Voraussetzungen für die Erstattung tatsächlich nicht vorliegen, so ist die Steuerverwaltung berechtigt, die beantragte Erstattung zu verweigern, wogegen dem Steuerpflichtigen der Rechtsweg offensteht [vgl. Rz 49]).

- 17 Was zu geschehen hat, wenn zwischen den Trägern oder Behörden zweier oder mehrerer Mitgliedstaaten eine Meinungsverschiedenheit darüber besteht, welche Rechtsvorschriften anzuwenden sind, hat nunmehr im Übrigen in Art. 6 der Verordnung (EG) Nr. 987/2009 eine Regelung gefunden. Die Art. 5 und 6 dieser Verordnung könnten insgesamt im oben dargestellten Sinn so zu verstehen sein, dass Verfahren ermöglicht werden sollen, in denen die Überprüfung der Voraussetzungen für den Anschluss an ein Sozialversicherungssystem durch nationale Gerichte und letztlich durch den EuGH erfolgen kann.

2. Zur zweiten Frage:

- 18 a) Art. 5 der Verordnung (EG) Nr. 987/2009 sieht als Streitbeilegungsmechanismus bei Meinungsverschiedenheiten über die Gültigkeit von Dokumenten oder die Richtigkeit der bescheinigten Sachverhalte zunächst ein Dialogverfahren zwischen den betroffenen Trägern und schließlich ein Verfahren vor der Verwaltungskommission vor, die sich binnen sechs Monaten um eine „Annäherung der unterschiedlichen Standpunkte“ bemühen soll. Die Verordnung regelt aber nicht, welche



Auswirkungen das Verfahren vor der Verwaltungskommission bzw. dessen Ergebnis auf die Bindungswirkung der strittigen Dokumente hat.

- 19 Sollte die Durchführung eines gerichtlichen Verfahrens zur Feststellung der Pflichtversicherung im aufnehmenden Mitgliedstaat (wie oben zur Frage 1. beschrieben) nicht generell auch bei einem aufrechten „A1“-Dokument zulässig sein, so stellt sich nach Ansicht des Verwaltungsgerichtshofes die Frage, ob nicht zumindest nach einem Verfahren vor der Verwaltungskommission, das weder zu einer Einigung (in dem Sinn, dass nunmehr die Träger beider Mitgliedstaaten von der Gültigkeit und Richtigkeit der Bescheinigung ausgehen) geführt noch bewirkt hat, dass das strittige Dokument zurückgezogen wird (sei es, weil es zu keiner entsprechenden Empfehlung der Verwaltungskommission gekommen ist, sei es, weil der ausstellende Träger der Empfehlung nicht Folge leistet), die Bindungswirkung des Dokuments durchbrochen und die Möglichkeit eines Verfahrens zur Feststellung der Pflichtversicherung eröffnet wird.
- 20 In seiner Rechtsprechung zu den Verordnungen (EWG) Nr. 1408/71 und Nr. 574/72 hat der EuGH für derartige Fälle auf das Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 258 ff AEUV verwiesen. Gerade der vorliegende Fall zeigt jedoch das Bedürfnis nach der Beantwortung von Auslegungsfragen durch den EuGH in diesem wichtigen Bereich des Unionsrechts auch abseits eines Vertragsverletzungsverfahrens.
- 21 b) Im vorliegenden Fall wurden einige der „A1“-Dokumente rückwirkend und zum Teil erst zu einem Zeitpunkt ausgestellt, zu dem bereits (nicht bestandkräftige) Bescheide des österreichischen Trägers betreffend die Feststellung der Pflichtversicherung vorlagen.
- 22 Der EuGH hat zu den Bescheinigungen E 101 nach der Verordnung (EG) Nr. 1408/71 ausgesprochen, dass sie auch Rückwirkung entfalten können (vgl. das Urteil vom 30. März 2000, Rs C-178/97 - Banks u.a.). Auch bei den Dokumenten nach Art. 5 in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 987/2009 ist nach Auffassung des Verwaltungsgerichtshofes davon auszugehen, dass eine rückwirkende Ausstellung nicht grundsätzlich



ausgeschlossen ist. Es stellt sich aber die Frage, ob die Ausstellung von „A1“-Dokumenten auch dann (rückwirkend) Bindungswirkung entfaltet, wenn zuvor bereits die Pflichtversicherung im Aufnahmestaat formell festgestellt worden ist. Es könnte nämlich die Auffassung vertreten werden, dass auch Schriftstücke, mit denen die Pflichtversicherung festgestellt wird, (in Österreich: Bescheide der Träger) Dokumente im Sinn des Art. 5 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 987/2009 sind, die Bindungswirkung entfalten. Für eine solche Auslegung könnte sprechen, dass die Bindungswirkung von Bescheinigungen über das anzuwendende Sozialversicherungsrecht in der bisherigen Rechtsprechung des EuGH insbesondere mit dem Ziel der Vermeidung von Doppelversicherungen begründet worden ist; gerade diesem Ziel wird aber in Fällen, in denen eine formelle Einbeziehung in die Pflichtversicherung im Aufnahmestaat bereits erfolgt ist, besser Rechnung getragen, wenn damit in Widerspruch stehenden späteren Bescheinigungen des Entsendestaats keine oder jedenfalls keine rückwirkende Bindungswirkung zugesprochen wird.

3. Zur dritten Frage:

- 23 Diese Frage stellt sich nur für den Fall, dass sich unter bestimmten Voraussetzungen eine eingeschränkte Bindungswirkung der „A1“-Dokumente ergibt. Andernfalls wäre auch im Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof ohne Rücksicht darauf, ob tatsächlich die Voraussetzungen des Art. 12 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 erfüllt sind, bindend davon auszugehen, dass die entsandten Arbeitnehmer (ausschließlich) ungarischem Sozialversicherungsrecht unterliegen.
- 24 Art. 12 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 bestimmt, dass die entsandte Person (nur) dann weiterhin den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaates unterliegt, aus dem sie entsandt wird, wenn die voraussichtliche Dauer der auszuführenden Arbeit 24 Monate nicht überschreitet und die entsandte Person nicht eine andere Person ablöst.
- 25 Im vorliegenden Fall ist nicht strittig, dass die voraussichtliche Arbeitsdauer von 24 Monaten nicht überschritten wurde (die Entsendungen erfolgten in



einigen Fällen für exakt zwei Jahre, in anderen Fällen für einige Monate oder auch nur für wenige Tage; das entsendende Unternehmen ging gegenüber der A GmbH eine Verpflichtung für einen Zeitraum von zwei Jahren ein). Strittig ist hingegen, ob das Ablöseverbot verletzt wurde. Dem liegt zugrunde, dass die entsandten Personen zwar keine Dienstnehmer der M Kft, aber möglicherweise solche der M-M Kft (ebenfalls mit Sitz in Ungarn) ersetzten (und in weiterer Folge - in einem hier nicht mehr verfahrensgegenständlichen Zeitraum - wiederum durch Dienstnehmer der M Kft ersetzt wurden).

- 26 Im von der Verwaltungskommission beschlossenen Praktischen Leitfaden zum anwendbaren Recht in der EU, im EWR und in der Schweiz wird in Teil I unter Punkt 7. ein Beispiel, das in einigen wesentlichen Punkten dem im vorliegenden Verfahren zu beurteilenden Sachverhalt entspricht, geschildert und letztlich als Fall einer unzulässigen Ersetzung entsandter Arbeitnehmer durch andere entsandte Arbeitnehmer qualifiziert (Unterschiede zum vorliegenden Fall bestehen vor allem insoweit, als hier erstens beide entsendenden Unternehmen ihren Sitz im selben Mitgliedstaat [Ungarn] haben und es sich zweitens nach den bisherigen Verfahrensergebnissen um keine Leiharbeitsunternehmen handelt, sondern um Unternehmen, welche in Österreich eine Niederlassung operativ führen bzw. geführt haben; der revisionswerbende Bundesminister hat nunmehr aber auch eine sich mit dem Praktischen Leitfaden deckende, auf die vorliegenden Entsendefälle bezogene Meinung des Vermittlungsausschusses der Verwaltungskommission vom 9. Mai 2016 im Fall CB-4/15 und die entsprechende Schlussfolgerung der Verwaltungskommission in ihrer 347. Sitzung am 20. und 21. Juni 2016 vorgelegt). Das Verbot der Ersetzung einer entsandten Person sei nämlich - so die Erläuterungen im Praktischen Leitfaden - nicht nur aus der Sicht des Entsendestaates, sondern auch aus der Sicht des Aufnahmestaates zu betrachten. Ein entsandter Arbeitnehmer dürfe im Aufnahmestaat A nicht unmittelbar ersetzt werden, und zwar weder durch einen vom selben Unternehmen im Mitgliedstaat B entsandten Arbeitnehmer noch durch einen von einem anderen Unternehmen im Mitgliedstaat B entsandten Arbeitnehmer noch durch einen Arbeitnehmer, der von einem im Mitgliedstaat C niedergelassenen Unternehmen entsandt werde. Aus Sicht des zuständigen



Trägers des Entsendemitgliedstaates könnten die Voraussetzungen für eine Entsendung auf den ersten Blick zwar erfüllt sein. Sei eine Tätigkeit im Aufnahmeunternehmen des Mitgliedstaates A jedoch vorher bereits von einer entsandten Person aus dem Mitgliedstaat B ausgeübt worden, so dürfe diese nicht unmittelbar durch eine andere Person ersetzt werden, unabhängig davon, aus welchem Mitgliedstaat diese neu entsandt werde. Dabei spiele es keine Rolle, von welchem Entsendeunternehmen oder von welchem Mitgliedstaat aus dieser neue Arbeitnehmer entsandt werde - ein entsandter Arbeitnehmer dürfe nicht sofort durch einen anderen entsandten Arbeitnehmer ersetzt werden.

- 27 Aus der Sicht des Verwaltungsgerichtshofes sprechen gute Gründe für diese missbrauchsvermeidende strenge Auslegung des Ablöseverbotes. Da sie sich aber aus dem Wortlaut des Art. 12 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 nicht zwingend ergibt, wird der EuGH ersucht, in Beantwortung der dritten Vorlagefrage zu den konkreten Bedingungen des Ablöseverbotes Stellung zu nehmen. Sollte das Ablöseverbot nicht so weit zu verstehen sein wie von der Verwaltungskommission im Praktischen Leitfaden angenommen, so stellt sich die Frage, ob es trotz der Entsendung durch einen zweiten Dienstgeber dann gilt, wenn eine oder beide der folgenden Voraussetzungen erfüllt sind: a) der zweite Dienstgeber hat im selben Mitgliedstaat wie der erste Dienstgeber seinen Sitz; b) zwischen dem ersten und dem zweiten entsendenden Dienstgeber bestehen personelle und/oder organisatorische Verflechtungen.
- 28 F. Da die richtige Anwendung des Unionsrechts nicht als derart offenkundig erscheint, dass für einen vernünftigen Zweifel kein Raum bleibt (vgl. hierzu das Urteil des EuGH vom 6. Oktober 1982 in der Rechtssache C-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 14. September 2016