

1. Änderungen zu Gesetzen und Verordnungen

1.1. Erweiterungen zur Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfung

Mit dem am 1.5.2011 in Kraft getretenen Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz (LSDB-G), wurde eine Rechtsgrundlage für geeignete Maßnahmen gegen Lohn- und Sozialdumping geschaffen. Mit dem LSDB-G wurden vor allem neue Bestimmungen in das AVRAG eingefügt (§§ 7d–m AVRAG). Diese verpflichten ausländische AG Lohnunterlagen am jeweiligen Einsatzort der Arbeitskräfte bereitzuhalten. Zahlt der AG weniger als das (österreichische) kollektivvertragliche Mindestentgelt, so ist er strafbar,¹ wobei auch die Ausübung der unternehmerischen Tätigkeit untersagt werden kann (nunmehr § 7k AVRAG). Die Neuerungen wurden im AVRAG und im BUAG umgesetzt.

1.1.1. Vom Grundlohn zum Entgelt

Bisher war die Strafbarkeit eines AG nur bei der Bezahlung eines unterkollektivvertraglichen Grundlohns gegeben. Nunmehr wurde dies auf das nach dem KV (oder allenfalls einer VO bzw einem Gesetz) zustehende Entgelt (ausgenommen Leistungen nach § 49 Abs 3 ASVG wie etwa Schmutzzulagen, Beendigungsvergütungen, Beiträge nach dem BMSVG oder Betriebspensionsgesetz) erweitert (§ 7i Abs 5 AVRAG).

Bei Unterentlohnungen, die durchgehend mehrere Lohnzahlungszeiträume umfassen, liegt eine einzige Verwaltungsübertretung vor. Im Übrigen wird bei der Strafbarkeit auf die Fälligkeit abgestellt (bei einer Überstundenpauschale ist daher auf das Ende des Betrachtungszeitraums und somit im Regelfall auf ein Jahr abzustellen).

Bei Sonderzahlungen liegt eine Verwaltungsübertretung nur dann vor, wenn die vollständigen Sonderzahlungen nicht bis Ende des jeweiligen Kalenderjahres bezahlt werden. Für die Beurteilung der Unterentlohnung sind Überzahlungen nach dem Arbeitsvertrag oder einer BV (auf die kollektivvertraglichen Mindestansprüche bzw die Mindestansprüche nach einem Gesetz oder einer VO) anrechenbar. Aufwandersätze und Sachbezüge dürfen, soweit der KV nichts anderes vorsieht, bei der Bestimmung des kollektivvertraglichen Entgelts nicht berücksichtigt werden (§ 7e Abs 4 AVRAG).

Sind von der Unterentlohnung höchstens drei AN betroffen, so beträgt die Geldstrafe für jeden AN 1.000 €–10.000 € (im Wiederholungsfall 2.000 €–20.000 €), sind mehr als drei AN betroffen, können für jeden AN 2.000 €–20.000 € (im Wiederholungsfall 4.000 €–40.000 €) an Geldstrafen von der zuständigen Bezirksverwaltungsbehörde verhängt werden.

Für die konkrete Strafbemessung gelten auch die Vorgaben des VStG. Überwiegen die Milderungsgründe, so kann die Mindeststrafe unterschritten werden.

Die Änderungen sind mit 1.1.2015 in Kraft getreten und gelten nur für Sachverhalte, die sich ab dem 1.1.2015 ereignet haben bzw ereignen werden.

1.1.2. Entfall der Strafe und Nachsicht

Die Strafbarkeit ist nicht gegeben, wenn der AG vor einer Erhebung der Abgabenbehörden die Differenz zwischen dem tatsächlich geleisteten und dem dem AN nach den österreichischen Rechtsvorschriften gebührenden Entgelt nachweislich leistet (§ 7i Abs 5a AVRAG).

Weiters ist von einer Bestrafung abzusehen, wenn lediglich leichte Fahrlässigkeit vorliegt oder die Überschreitung als gering anzusehen ist und die Differenz bezahlt wird

¹ Zur Arbeitskräfteüberlassung siehe auch § 10a AÜG.

(§ 7i Abs 6 AVRAG). Sind diese Voraussetzungen gegeben, so kann die Strafbarkeit auch entfallen, wenn der Verstoß nicht erstmalig war.

Leichte Fahrlässigkeit liegt vor, wenn der Fehler gelegentlich auch einem sorgfältigen Menschen unterlief.² Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Entgeltabrechnung komplex und fehleranfällig sein kann.

Die Bestrafung setzt weiters die Vorwerfbarkeit voraus. Diese liegt vor, wenn der Täter im Bewusstsein handelt, dass die Tat gegen die Rechtsordnung verstößt.

Grobe Fahrlässigkeit ist nur dann anzunehmen, wenn der Täter die erforderliche Sorgfalt in ungewöhnlicher und auffallender Weise vernachlässigt. Es muss sich um ein Versehen handeln, das mit Rücksicht auf die Schwere und die Häufigkeit nur bei besonders nachlässigen oder leichtsinnigen Menschen vorkommt und sich dabei auffallend aus der Menge der – auch für den sorgsamsten Menschen nicht ganz vermeidbaren – Fahrlässigkeitshandlungen des täglichen Lebens heraushebt. Sie ist dann anzunehmen, wenn sich jemand über grundlegende und leicht erkennbare Vorschriften hinwegsetzt. Eine grobe Fahrlässigkeit setzt ein Handeln oder Unterlassen voraus, bei dem unbeachtet geblieben ist, was im gegebenen Fall jeder Person hätte einleuchten müssen und bei dem die erforderliche Sorgfalt nach den Umständen in ungewöhnlich hohem Maß verletzt wurde und ganz einfache und naheliegende Überlegungen nicht angestellt wurden. Dabei wird in der Regel das Bewusstsein der Gefährlichkeit vorausgesetzt.³

Auf einen Rechtsirrtum kann sich der Täter dann nicht berufen, wenn er sich mit den einschlägigen Vorschriften nicht bekannt gemacht hat, obwohl er auf Grund seines Berufes, seiner Beschäftigung oder sonst nach den Umständen dazu verpflichtet gewesen wäre. In diesem Sinn haben sich etwa AG ua mit den Vorschriften zum Arbeitnehmer- schutz vertraut zu machen. Kommt der Täter diesen Erkundigungspflichten nach, so handelt er nicht schuldhaft. Angesprochen ist hier in erster Linie die Einholung von Auskünften kompetenter Stellen, näheren – auf vollständigen Sachverhaltsgrundlagen basierenden – Auskünften von in der Sache zuständigen Behörden, aber auch solche anderer kompetenter Institutionen wie zB der Träger der Krankenversicherung oder der Kammern. Nicht hinreichend sind grundsätzlich Auskünfte unzuständiger Behörden bzw berufsmäßiger Parteienvertreter. Als nicht vorwerfbar erachtet der VwGH die Rechtskenntnis ferner, wenn der Beschuldigte sein Verhalten an der höchstgerichtlichen Rsp oder (wenn eine solche fehlt) an der Vollzugspraxis der Behörden orientiert.⁴

Als nicht strafbar soll eine Unterschreitung von bis zu 10 % gelten. Dieser Wert ist aber nicht gesetzlich verankert, sondern wird in einem Erlass an die vollziehenden Behörden festgelegt (bei Redaktionsschluss lag dieser Erlass noch nicht vor).

1.1.3. Maßnahmen zum Schutz vor gesetzesbrüchigen ausländischen AG

1.1.3.1. Bereithaltung von Lohnunterlagen

AG, die keinen Sitz in Österreich haben und AN nach Österreich entsenden (zum neu definierten Begriff der Entsendung siehe 1.1.3.2.), sind (wie bisher) verpflichtet, Lohnunterlagen in deutscher Sprache (Lohnabrechnungen, Lohnlisten, Zahlungsnachweise, Arbeitsverträge) am jeweiligen Einsatzort der AN bereitzuhalten (§ 7d Abs 1 AVRAG).⁵

² Wessely in Raschauer/Wessely, Kommentar zum VStG § 5 Rz 12, Erläuterungen zum Entwurf.

³ VwGH 26.6.1991, 90/09/0194.

⁴ Wessely in Raschauer/Wessely, Kommentar zum VStG § 5 Rz 18 ff.

⁵ Details siehe Rauch, Arbeitsrecht für Arbeitgeber¹³ 505.

Bei grenzüberschreitender Arbeitskräfteüberlassung trifft die Verpflichtung den inländischen Beschäftiger, wobei der ausländische Überlasser dem Beschäftiger die Unterlagen zu übermitteln hat. Neu ist, dass der inländische Beschäftiger, der die Lohnunterlagen (die ihm der ausländische Überlasser zu übermitteln hat) nicht bereithält, nunmehr bestraft werden kann (§ 7i Abs 4 Z 3 AVRAG). Der Strafrahmen (für die ausländischen Überlasser und die inländischen Beschäftiger) entspricht dabei jenen für die Unterlohnung. Abgestellt wird dabei auf jeden einzelnen AN für den keine bzw mangelhafte Lohnunterlagen vorliegen. Strafbar ist auch die Verweigerung der Einsichtnahme in die Lohnunterlagen.

1.1.3.2. Entsendung

Bisher haben österreichische Mindestlöhne und bestimmte österreichische arbeitsrechtliche Bestimmungen nur dann gegolten, wenn die ausländischen AG ihre AN zur fortgesetzten Arbeitsleistung nach Österreich entsendet haben. Der Begriff der „Entsendung“ wird nun wesentlich erweitert, indem nur bestimmte kurzfristige Tätigkeiten ausgenommen werden (das heißt, dass bei allen anderen Tätigkeiten in Österreich das österreichische Arbeitszeitrecht, Urlaubsrecht etc anzuwenden ist). Die Ausnahmen betreffen

- geschäftliche Besprechungen ohne Erbringung von weiteren Dienstleistungen oder
- Teilnahme an Seminaren ohne Erbringung von weiteren Dienstleistungen oder
- Messen und messeähnliche Veranstaltungen oder
- Besuch von und Teilnahme an Kongressen oder
- kulturelle Veranstaltungen, die im Rahmen einer Tournee stattfinden, bei welcher der Veranstaltung (den Veranstaltungen) in Österreich lediglich eine untergeordnete Bedeutung zukommt (zukommen), soweit der AN seine Arbeitsleistung zumindest für einen Großteil der Tournee zu erbringen hat, oder
- Teilnahme und Abwicklung von internationalen Wettkampfveranstaltungen (internationale Meisterschaften) iSd § 3 Z 6 des Bundes-Sportförderungsgesetzes 2013 (ausgenommen Vorbereitungs- und Abschlussarbeiten sowie Verabreichung von Speisen und Ausschank von Getränken im Rahmen der Veranstaltung).

1.1.3.3. Vorläufige Sicherheit

Liegt der begründete Verdacht einer Verwaltungsübertretung nach den §§ 7b–i oder 7k Abs 4 AVRAG (Nichtbereithaltung der Lohnunterlagen, Unterlassung der Änderungsmeldung oder mangelhafte Änderungsmeldung, Verweigerung der Einsichtnahme in Unterlagen und Unterbezahlung etc) vor und ist auf Grund bestimmter Tatsachen anzunehmen, dass die Strafverfolgung oder der Strafvollzug aus Gründen, die in der Person des AG (Auftragnehmer) oder in der Person des Überlassers liegen, unmöglich oder wesentlich erschwert sein wird, so können die Organe der Abgabenbehörden auch eine vorläufige Sicherheit (iSd § 37a VStG) bis zum Höchstmaß der angedrohten Geldstrafe festsetzen und einheben.

Leistet der Betretene die vorläufige Sicherheit nicht, können die Organe der Abgabenbehörden verwertbare Sachen, die dem Anschein nach dem Betretenen gehören, als vorläufige Sicherheit beschlagnahmen (§ 37a Abs 3 VStG).

1.1.3.4. Sicherheitsleistung – Zahlungsstopp

Wenn die Strafverfolgung unmöglich oder wesentlich erschwert ist, also vor allem gegenüber ausländischen AG, kann die Kontrollbehörde bei der Bezirksverwaltungsbe-

hörde beantragen, dass der Auftraggeber (Beschäftiger) des unterentlohnenden AG (Überlasser) den Werklohn an die Behörde leistet. Die Kontrollbehörde kann sofort und direkt dem (österreichischen) Auftraggeber einen Zahlungsstopp vorschreiben (§ 7m Abs 1 AVRAG). Die Bezirksverwaltungsbehörde muss binnen drei Tagen über die Sicherheitsleistung entscheiden (§ 7m Abs 2 AVRAG). Die Sicherheitsleistung darf nicht höher sein als das Höchstmaß der angedrohten Geldstrafe (§ 7m Abs 6 AVRAG).

1.1.4. Information des AN

Die zuständige GKK hat den AN über den sein Arbeitsverhältnis betreffenden Bescheid zu informieren (§ 7g Abs 3 AVRAG). Diese Information wird in der Praxis zur Folge haben, dass der AN entsprechende Nachzahlungen fordert und diese bei Zahlungsverweigerung einklagen wird.

1.1.5. Bestellung von verantwortlichen Beauftragten

Für die Einhaltung von Verwaltungsvorschriften hat der AG die Möglichkeit, verantwortliche Beauftragte zu bestellen, die statt ihm verwaltungsstrafrechtlich verantwortlich sind. Die näheren Bestimmungen und vor allem die Voraussetzungen für die Wirksamkeit der Bestellung sind im § 9 VStG geregelt.

AN dürfen nur dann bestellt werden, wenn sie leitende Angestellte sind, welche ihrem Verantwortungsbereich entsprechende Anordnungsbefugnisse haben (das heißt es muss die Befugnis bestehen, Weisungen zu erteilen, durch welche die Einhaltung der Bestimmungen, auf die sich die Verantwortlichkeit bezieht, gewährleistet wird). Der Verantwortungsbereich muss sowohl räumlich als auch sachlich abgegrenzt sein. Es soll nämlich vermieden werden, dass Zweifel am Umfang seiner Bestellung bestehen.⁶ Die Behörde soll ohne weitere Ermittlungen den Umfang des Verantwortungsbereiches erkennen können.

Die Bestellung von verantwortlichen Beauftragten für die Einhaltung des LSDB-G wird erst rechtswirksam, wenn sie der zuständigen GKK bzw bei der Zentralen Koordinationsstelle für die Kontrolle der illegalen Beschäftigung nach dem AuslBG und dem AV-RAG beim BMF schriftlich mitgeteilt wird. Dabei ist ein schriftlicher Nachweis über die Zustimmung der bestellten Person beizulegen (§ 7j Abs 1 AVRAG).

Der Widerruf der Bestellung oder das Ausscheiden von verantwortlichen Beauftragten ist unverzüglich schriftlich der Einrichtung mitzuteilen, bei welcher die Mitteilung der Bestellung einzubringen war.

Die Verletzung der Meldepflicht ist strafbar (41 €–4.140 € bzw 83 €–4.140 € im Wiederholungsfall).

1.1.6. Stellungnahme der KV-Partner

Das Kompetenzzentrum LSDB kann die KV-Partner, die den für den AN maßgeblichen KV abgeschlossen haben, zur Ermittlung des dem AN unter Beachtung der Einstufungskriterien zustehenden Entgelts anhören. Erhebt ein AG begründete Einwendungen gegen die vom Kompetenzzentrum LSDB angenommene Einstufung, so hat das Kompetenzzentrum LSDB die KV-Partner anzuhören. Eine Stellungnahme der KV-Partner hat in Form einer gemeinsamen Stellungnahme zu erfolgen (§ 7e Abs 4 AVRAG).

⁶ VwGH 19.3.2013, 2011/02/0238.