

1. Einleitung

Im Arbeitsalltag kommt es vor, dass Arbeitnehmern das ihnen gebührende Entgelt vorenthalten wird. Durch ein solches Verhalten des Arbeitgebers entsteht den Arbeitnehmern ein Schaden und es wird der faire Wettbewerb zwischen den Unternehmen unterlaufen. Diese sozialpolitisch unerwünschte Problematik wird allgemein unter dem Begriff „Lohn- und Sozialdumping“ subsumiert. Rechtswidrig handelnde Arbeitgeber verschaffen sich einen unfairen Wettbewerbsvorteil. Um diesen Wettbewerbsvorteil auszugleichen, sehen sich mitunter auch tendenziell rechtskonform agierende Arbeitgeber veranlasst, ebenso Lohndumping zu betreiben. Verschärft wird diese Situation durch die Arbeitnehmerfreizügigkeit, ein Grundprinzip der Europäischen Union, bei bestehenden Lohndifferenzen im Europäischen Raum.

Insbesondere bei grenzüberschreitenden Arbeitseinsätzen bestand in der Vergangenheit die Befürchtung, dass sich Wettbewerbsvorteile durch Lohn- und Sozialdumping für ausländische Unternehmen ergeben könnten, wenn diese in Österreich Arbeitsleistungen zu günstigeren Konditionen anbieten. Im Rahmen der europäischen Dienstleistungsfreiheit haben ausländische Unternehmer das Recht, grenzüberschreitende Arbeits- und Dienstleistungen zu erbringen. Für kurzfristige Arbeitseinsätze im Rahmen dieser Dienstleistungsfreiheit dürfen sowohl eigenes Material als auch eigene Arbeitskräfte eingesetzt werden. Die Mitgliedstaaten sind grundsätzlich nicht berechtigt, diese Dienstleistungsfreiheit durch spezielle Aufenthalts- und/oder Arbeitsbewilligungen zu erschweren oder zu behindern.¹ Um zu vermeiden, dass durch den Einsatz von Billiglohnkräften eine Bedrohung der Wirtschaft für jene Staaten entsteht, in denen ein höheres Lohnniveau vorhanden ist, wurde seitens der Europäischen Gemeinschaft, deren Rechtsnachfolgerin nunmehr die Europäische Union ist, im Jahre 1996 die Entsende-Richtlinie² erlassen. Diese Richtlinie sieht vor, dass den entsandten Arbeitnehmern für die Dauer der Beschäftigung im jeweiligen Mitgliedstaat zumindest jene Mindestlöhne und anderen Mindestarbeitsbedingungen (beispielsweise Arbeitszeitrecht, Mindesturlaub, Arbeitnehmerschutz etc) garantiert werden müssen, die für die dortigen Arbeitsverhältnisse gelten.³

Österreich setzte die Entsende-Richtlinie im Arbeitsvertragsrecht-Anpassungsgesetz⁴ (AVRAG) um. Entsandte Arbeitskräfte hatten demnach für die Dauer der Beschäftigung in Österreich Anspruch auf die nationalen Kollektivvertrags-

1 *Windisch-Graetz*, Fairer Wettbewerb durch das LSDB-G, ecolex 2011, 443.

2 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.

3 Art 3 der 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.

4 BGBl I 2017/30.

löhne.⁵ Die Regelungen in den §§ 7–7b AVRAG waren jedoch insofern sanktionslos, als die ausländischen Arbeitnehmer zwar einen Anspruch auf die kollektivvertraglichen Mindestgehälter hatten, jedoch keine Möglichkeiten vorgesehen waren, die Auszahlung dieser Ansprüche tatsächlich zu kontrollieren. Die bisherige Rechtslage sah nur vor, dass der KIAB („Kontrolle der illegalen Arbeitnehmerbeschäftigung“) die Höhe des zustehenden Entgelts zu melden war.⁶ Bei Nichtleistung des Kollektivvertragslohnes bestand für die Arbeitnehmer lediglich die Möglichkeit, den Zivilrechtsweg zu bestreiten.⁷ Eine darüber hinausgehende Kontrolle oder eine verwaltungsstrafrechtliche Sanktion bei vorliegenden Unterentlohnungen war nicht vorgesehen. Der Grund für diese Vorgehensweise lag zum damaligen Zeitpunkt darin, dass sich für österreichische Arbeitsverhältnisse keine derart extremen Unterentlohnungen ergaben. Man war der Ansicht, mit den Lohnkontrollen der Krankenversicherungsträger und der Finanzbehörden das Auslangen zu finden. Auch eine Rechtsberatung durch das in Österreich implementierte System der Sozialpartnerschaften bei Arbeiterkammern und Gewerkschaften für in Österreich ansässige Arbeitnehmer war relativ leicht zugänglich, sodass der Gesetzgeber keinen weiteren Handlungsbedarf sah.

Anders verhielt sich die Lage jedoch für im Ausland ansässige und nach Österreich entsandte Arbeitnehmer. Da die Sozialversicherungsbeiträge in diesen Fällen im Herkunftsstaat abzuführen waren, griffen die in Österreich bestehenden Kontrollsysteme durch die Krankenversicherungsträger nicht. Auch eine Rechtsberatung stellte sich aufgrund sprachlicher Barrieren und mangels Mitgliedschaft bei den Arbeiterkammern oder Gewerkschaften eher schwierig dar. Erschwerend kam hinzu, dass sich entsandte Arbeitnehmer durchaus mit der Entlohnung der Auslandstätigkeit zufriedengaben, da der Verdienst aufgrund von Entsendezuschlägen wesentlich höher als bei reiner Inlandstätigkeit war, auch wenn dieser trotzdem unter dem österreichischen Kollektivvertragsniveau lag. Seitens der ausländischen Sozialversicherungsträger bestand lediglich eine geringe Motivation an umfassenden Lohnkontrollen, nachdem die heimischen Unternehmen durch die vermehrten Auslandsaufträge florierten, Arbeitsplätze im Ausland gesichert werden konnten und so durch die grenzüberschreitenden Arbeitseinsätze die heimische Volkswirtschaft gestärkt wurde.⁸

1.1. Die Einführung des LSDB-G im Jahre 2011

Der österreichische Gesetzgeber reagierte auf die eben dargestellte Problematik erstmals im Jahre 2011. Per 1.5.2011 trat das gänzlich neue Lohn- und Sozial-

5 Vgl §§ 7–7b AVRAG idF BGBl I 2010/29.

6 § 7b Abs 4 Z 6 AVRAG idF BGBl I 2010/29.

7 *Kuzmich*, Das Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz (LSDB-G) Eine erste Bilanz der Wiener Gebietskrankenkasse als Kompetenzzentrum LSDB, *SozSi* 2012, 475.

8 *Windisch-Graetz*, Fairer Wettbewerb durch das LSDB-G, *ecolex* 2011, 443.

dumping-Bekämpfungsgesetz (LSDB-G) in Kraft.⁹ Das LSDB-G war Teil eines Maßnahmenkatalogs des Gesetzgebers, als Reaktion auf die Öffnung des österreichischen Arbeitsmarktes für Staatsangehörige der neuen zentral- und osteuropäischen Mitgliedstaaten.¹⁰ Am 30.4.2011 endete die siebenjährige Übergangsfrist für die 2004 beigetretenen EU-8-Mitgliedstaaten, welche es Österreich bis zu diesem Zeitpunkt erlaubte, den generellen Zugang zum österreichischen Arbeitsmarkt sowie die Entsendung von Arbeitnehmern in bestimmten Sektoren wie beispielsweise dem Baugewerbe, zu beschränken. Seit 1.5.2011 genießen auch Staatsangehörige dieser acht Mitgliedstaaten volle Arbeitnehmerfreizügigkeit. Entsendungen nach Österreich sind seither möglich, ohne spezielle Bewilligungen oder Bestätigungen iSd Ausländerbeschäftigungsrechtes. Nach Ansicht des Gesetzgebers führte diese Öffnung des Arbeitsmarktes für die neuen EU-Staaten im Jahre 2011 zu einer Verstärkung der negativen Erscheinung von Lohn- und Sozialdumping. Um diesem Phänomen gegenzusteuern, sah sich der Gesetzgeber 2011 veranlasst, gesonderte Maßnahmen beziehungsweise Straftatbestände gegen Lohn- und Sozialdumping zu erlassen, da generelle Zugangsbeschränkungen zur Sicherung des österreichischen Arbeitsmarktes ohne Verstoß gegen die europäischen Grundfreiheiten beziehungsweise das Diskriminierungsverbot nicht mehr möglich waren.¹¹ Zwecksetzung des neuen Gesetzes war die faktische Einhaltung der bereits bestehenden Vorschriften im AVRAG. Durch verstärkte Kontroll- und Sanktionsmöglichkeiten sollte die Verdrängung österreichischer oder in Österreich ansässiger Arbeitnehmer durch Arbeitssuchende aus dem Ausland nach der Öffnung des Arbeitsmarktes im Mai 2011 verhindert werden.¹² Ziele des Gesetzes waren die Sicherung gleicher Arbeitsmarkt- und Lohnbedingungen für bestehende Arbeitsverhältnisse, die Gewährleistung eines fairen wirtschaftlichen Wettbewerbs zwischen den Unternehmen und die korrekte Abfuhr der vorgegebenen Abgaben und Sozialbeiträge. Für gesetzeskonform arbeitende Unternehmen sollten faire Konkurrenzbedingungen geschaffen werden.¹³

Per 1.5.2011 erfolgte im österreichischen Arbeitsrecht ein Paradigmenwechsel. Die Unterschreitung des gesetzlich, auf Verordnung oder Kollektivvertrag basierenden **Grundlohns** wurde durch Erlass des LSDB-G unter Strafe gestellt und Lohndumping somit gesetzlich sanktioniert.¹⁴ Durch Erstreckung dieses Tatbestandes sowohl auf Inlandsfälle als auch auf vom Ausland nach Österreich überlassene oder entsandte Arbeitnehmer sollte gewährleistet werden, dass ausländische und inländische Arbeitgeber Arbeitnehmer zu annähernd gleichen Bedingungen

9 BGBl I 2011/24.

10 *Felten*, Maßnahmen zur Einhaltung der Mindestlohnbestimmungen nach dem neuen Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz, wbl 2011, 405 mwN.

11 ErläutRV 1076 BlgNR 24. GP 1; *Felten*, Maßnahmen zur Einhaltung der Mindestlohnbestimmungen nach dem neuen Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz, wbl 2011, 405.

12 ErläutRV 1076 BlgNR 24. GP 1.

13 ErläutRV 1076 BlgNR 24. GP – Vorblatt und Erläuterungen.

14 BGBl I 2011/24.

1. Einleitung

beschäftigten. Es war intendiert, gleiche Lohnbedingungen zu schaffen und einen fairen Wettbewerb zwischen inländischen und ausländischen Arbeitgebern zu gewährleisten.¹⁵ Die Normierung einer Verwaltungsstrafbestimmung bei Unterschreitung dieses zustehenden Grundlohns hatte dabei nicht die Verhängung von Geldstrafen zum Ziel, sondern sollte primär präventive Wirkung entfalten und sicherstellen, dass die Arbeitnehmer die ihnen zustehenden Grundlöhne auch tatsächlich erhalten.¹⁶ Zudem wurden zur faktischen Einhaltung der Bestimmungen weitgehende Kontrollrechte geschaffen. Diese Kontrollrechte umfassten spezielle Betretungs-, Auskunfts- und Einsichtsrechte der zuständigen Behörden (§§ 7f, 7g Abs 2 AVRAG), welche sich sowohl auf Arbeitnehmer, die dem Allgemeinen Sozialversicherungsgesetz¹⁷ (ASVG) (§ 7g AVRAG) als auch auf ausländische Arbeitnehmer, die nicht dem ASVG unterlagen (§ 7e AVRAG), bezogen.

Im Mittelpunkt des LSDB-G stand das Ziel, allen in Österreich eingesetzten Arbeitnehmern zumindest den ihnen zustehenden Grundlohn für ihre Tätigkeit zu gewährleisten.¹⁸ § 7 AVRAG sah diesbezüglich vor, dass Arbeitnehmern von ausländischen Arbeitgebern mit Sitz im Ausland, die nicht Mitglied einer kollektivvertragsfähigen Körperschaft waren, jenes gesetzliche, durch Verordnung festgelegte oder kollektivvertragliche Entgelt zustand, das am Arbeitsort vergleichbaren Arbeitnehmern von vergleichbaren Arbeitgebern gebührte. Im Falle einer Entsendung aus dem EWR-Raum oder der Schweiz ergab sich der Entgeltanspruch aus § 7b Abs 1 Z 1 AVRAG, für Entsendungen aus Drittstaaten aus § 7a Abs 1 AVRAG. Für grenzüberschreitende Arbeitskräfteüberlassungen aus Drittstaaten bestimmte sich der Entgeltanspruch nach § 7a Abs 1 AVRAG, für grenzüberschreitende Arbeitskräfteüberlassungen innerhalb des EWR-Raums nach § 10 Arbeitskräfteüberlassungsgesetz¹⁹ (AÜG).

Als Kernbestimmung des LSDB-G normierte § 7i AVRAG den Verwaltungsstrafatbestand, einen Arbeitnehmer zu beschäftigen, ohne ihm das nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag zustehenden **Grundgehalt** zu leisten. Der Gesetzesentwurf des LSDB-G aus dem Sommer 2010²⁰ hatte demgegenüber zusätzlich zur strafbedrohten Unterschreitung des Grundgehaltes auch noch eine Sanktion bei einer erheblichen Unterschreitung des Mindestentgelts vorgesehen. Diese Sanktion für die erhebliche Unterschreitung des Mindestentgelts wurden in weiterer Folge jedoch fallen gelassen und somit nur die Strafbarkeit bei Unterschreitung des Grundgehaltes im Gesetz belassen.²¹ Die ErläutRV halten fest, dass unter

15 ErläutRV 1076 BlgNR 24. GP 1.

16 ErläutRV 1076 BlgNR 24. GP 3.

17 IdF BGBl 2018/30.

18 *Kapek*, Neues Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz – LSDB-G, *ecolex* 2011, 440.

19 IdF BGBl I 104/2005.

20 § 7h Abs 3 aus 181/ME 24. GP – Ministerialentwurf.

21 *Kapek*, Neues Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz – LSDB-G, *ecolex* 2011, 440.

diesem „Grundlohn“ im Gegensatz zum Begriff des „Entgelts“ der für die erbrachte Arbeitszeit zustehende Grundbezug (Grundlohn beziehungsweise Grundgehalt) zu verstehen sei. Davon eingeschlossen war auch das Überstundengrundentgelt. Nicht erfasst waren sonstige allenfalls gewährte Zulagen und Zuschläge sowie Sonderzahlungen.²² Der jeweilige Grundlohn war im Einzelfall gesondert je Arbeitnehmer anhand der konkreten kollektivvertraglichen Einstufung zu ermitteln. Dieser Grundlohn stand für die gesamte erbrachte Arbeitszeit einschließlich der Mehrarbeitsleistungen (Überstunden) zu. **Überstundenzuschläge, Zulagen sowie das 13. und 14. Gehalt waren vom LSDB-G in der Stammfassung nicht umfasst.**

Trotz dieser Klarstellung in den ErläutRV²³ war in der Literatur umstritten, welche Teile des Bezugs nunmehr tatsächlich unter den Begriff des Grundlohns zu subsumieren waren. Der überwiegende Teil der Literatur folgte dabei den Ausführungen in den ErläutRV und ging davon aus, dass nur der für die **erbrachte Arbeitszeit zustehende Brutto-Grundbezug** (Grundlohn- beziehungsweise Grundgehalt) inklusive des Brutto-Überstundengrundentgelts darunter zu subsumieren sei.²⁴ Der Grundlohn für die Normalarbeitszeit und der Überstundengrundlohn würden dabei eine Einheit bilden. Bei der Beurteilung des Vorliegens einer Unterentlohnung sei vom gesamten tatsächlich erhaltenen Grundlohn auszugehen und müsse eine einheitliche Betrachtung aller Grundlohnansprüche erfolgen.²⁵ Die Nichtleistung allfälliger Zulagen, Zuschläge und Sonderzahlungen war nach dieser Ansicht in der Stammfassung des Gesetzes nicht sanktioniert.²⁶ Auch Aufwandersätze und Sachbezüge wurden – sofern der anwendbare Kollektivvertrag nichts anderes bestimmte – für die Berechnung des kollektivvertraglichen Bruttogrundlohns nicht herangezogen. Dies war in § 7e Abs 4 letzter Satz AVRAG ausdrücklich gesetzlich verankert.²⁷ Aus dieser Bestimmung wurde abgeleitet, dass dem Grundlohnbegriff alle sonstigen Entgeltbestandteile gegenüberzustellen wären und somit die Auslegung des Begriffes eng erfolgen musste. Das in § 7e Abs 4 letzter Satz AVRAG normierte Aufrechnungsverbot wäre widersinnig, wären diese Entgeltbestandteile von vornherein vom Begriff des Grundlohns erfasst.²⁸

22 ErläutRV 1076 BlgNR 24. GP 6.

23 ErläutRV 1076 BlgNR 24. GP 6.

24 Vgl beispielsweise *Kühteubl/Wieder*, Das neue Lohn- und Sozialdumpingbekämpfungsgesetz, ZAS 2011/36, 219; *Mitterlehner/Waser*, Verschärfung der Lohn- und Sozialdumpingbekämpfung ab 1.1.2015 für ausländische Arbeitgeber, VWT 2015, 38 (39); *Kapek*, Neues Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz – LSDB-G, ecolex 2011, 440 (440); *Prinz*, Der Begriff des Grundlohns im Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz, PV-Info 6/2012, 10; *Windisch-Graetz*, Fairer Wettbewerb durch das LSDB-G, ecolex 2011, 443 (444); *Födermayr*, Der Grundlohnbegriff des LSDB-G, Formen von Lohn- und Sozialdumping und privatrechtliche Instrumentarien gegen Lohndumping, RdW 2011, 664.

25 *Rath*, Nochmals zum Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz, ASoK 2013, 374 (377).

26 Erlass des BMASK vom 25.5.2011, LSDB-Richtlinien, GZ BMASK-462.203/0014-VII/B/9/2011.

27 § 7e Abs 4 idF BGBl I 2011/24; *Aubauer/Rosenmayr-Khoshideh*, Erlass zum Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz, taxlex 2011, 383 (383).

28 *Rath*, Nochmals zum Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz, ASoK 2013, 374 (377).

Auffallend war in der Stamfassung des LSDB-G das Auseinanderfallen von Grundlohn iSd § 7i Abs 3 AVRAG und des aufgrund der §§ 7, 7a und 7b AVRAG ausländischen Arbeitnehmern zustehenden Entgelts. Dieses zustehende Entgelt wurde iSd kollektivvertraglichen Mindestentgelts verstanden, welches am Arbeitsort vergleichbaren Arbeitnehmern von vergleichbaren Arbeitgebern gebührte. Der Begriff des „Entgelts“ war dabei weiter zu fassen als jener des „Grundlohns“ und umfasste neben dem Grundbezug auch Zulagen und Zuschläge sowie Sonderzahlungen.²⁹

Eine nähere Begründung dieses Auseinanderfallens von Grundlohn und Entgelt in den §§ 7, 7a, 7b und 7i AVRAG war auch den Erläuterungen nicht zu entnehmen, was auf Kritik in der Lehre stieß.³⁰ Von *Felten*³¹ wurde vertreten, dass diese Differenzierung erst recht die Tür für Lohndumping öffnen würde. Die Nichtleistung kollektivvertraglicher Zulagen oder Sonderzahlungen stellte keinen Straftatbestand dar, obgleich ein Verstoß gegen die Bestimmungen der §§ 7–7b AVRAG vorlag. In diesen Bereichen war es dem einzelnen Arbeitnehmer noch immer selbst überlassen, seine Ansprüche zivilrechtlich geltend zu machen, was jedoch dem Zweck des LSDB-G – nämlich gerade der Verhinderung von Lohn- und Sozialdumping – widersprechen würde. Im Hinblick auf eine teleologische Interpretation unter Beachtung des äußerst möglichen Wortsinns wäre es geboten, vom Begriff des „Grundlohnes“ iSd § 7i Abs 3 AVRAG auch all jene Entgeltbestandteile als erfasst anzusehen, welche auch unter den Begriff des „Entgelts“ gemäß den §§ 7–7b AVRAG zu subsumieren wären.

Von *Stadler*³² wurde dieser Ansicht entgegengehalten, dass auch im Verwaltungsstrafrecht der Grundsatz „*nulla poena sine lege scripta*“ – keine Strafe ohne geschriebenes Gesetz – gilt. Die Auslegung des § 7i Abs 3 AVRAG fände ihre äußerste Grenze stets im möglichen Wortsinn der auszulegenden Norm.³³ Das AVRAG selbst spricht explizit vom Grundlohn und nur dessen Unterschreitung wird unter Strafe gestellt. Aufgrund dieses Umstandes argumentiert *Stadler*³⁴, der Gesetzgeber hätte bewusst nicht auf das Entgelt abgestellt. Dies wäre ein Kompromiss der Sozialpartner. Eine andere Auslegung beziehungsweise eine Ausdehnung auch auf das Entgelt würde das Analogieverbot verletzen.³⁵

29 *Wolfsgruber* in *Neumayr-Reissner* (Hrsg), Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht Band 1³ (2018) § 7AVRAG Rz 5, unter Hinweis auf OLG Wien 7 Ra 66/99y; *Windisch-Graetz*, Fairer Wettbewerb durch das LSDB-G, *ecolex* 2011, 443 (444).

30 *Windisch-Graetz*, Fairer Wettbewerb durch das LSDB-G, *ecolex* 2011, 443; *Felten*, Maßnahmen zur Einhaltung der Mindestlohnbedingungen nach dem neuen Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz, *wbl* 2011, 405.

31 *Felten*, Maßnahmen zur Einhaltung der Mindestlohnbedingungen nach dem neuen Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz, *wbl* 2011, 409.

32 *Stadler*, Sanktionen im Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz 2011, *RdW* 2011, 668 (668).

33 *Wessely* in *Raschauer/Wessely* (Hrsg), Kommentar zum Verwaltungsstrafgesetz (2016) § 1 Rz 12 mit Verweis auf *Höpfel/Ratz*, *StGB Wiener Kommentar*² (2018) § 1 Rz 51 ff.

34 *Stadler*, Sanktionen im Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz 2011, *RdW* 2011, 668 (668).

35 Ebenso *Windisch-Graetz*, Fairer Wettbewerb durch das LSDB-G, *ecolex* 2011, 443 (445).

Meiner Einschätzung nach ist im Ergebnis wohl dem überwiegenden Teil der Literatur³⁶ Folge zu geben, wonach nur Unterschreitungen des Grundlohnes unter den Verwaltungsstrafatbestand fallen. Auch wenn das Auseinanderfallen des Entgeltbegriffes iSd §§ 7–7b AVRAG und jenem des Straftatbestandes des § 7i AVRAG auf den ersten Blick zu Recht im Einklang mit dem Gesetzeszweck verwundern mag, so erscheint trotzdem die Differenzierung in den Erläuterungen³⁷ keine andere Auslegung zuzulassen. Sollte vom Gesetzgeber bereits bei der Einführung der Bestimmungen im Jahre 2011 intendiert gewesen sein, vom Straftatbestand das Entgelt zu umfassen, wäre in den Erläuterungen wohl keine derartige Differenzierung eingeflossen. Für Sachverhalte, die noch nach dem alten Recht zu beurteilen sind, ist daher meines Erachtens lediglich auf die Unterschreitung des **Grundlohnes** abzustellen und sind nur Unterentlohnungen unter ebendiesem strafbedroht.

1.2. Die Novelle 2014

Der Gesetzgeber reagierte auf diese Unklarheiten durch eine Novelle des AVRAG im Jahre 2014. Durch das ASRÄG 2014³⁸ wurde der Straftatbestand des § 7i Abs 5 AVRAG erstmals novelliert und auf jegliches „nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag zustehende Entgelt, unter Beachtung der jeweiligen Einstufungskriterien“ ausgeweitet.³⁹ Inhaltlich kam es durch diese Novelle zu weiteren Verschärfungen.⁴⁰ Die Regelungen waren jedoch weiterhin relativ verstreut im AVRAG enthalten.

Grundsätzlich machte sich seit 1.1.2015 strafbar, wer einem Arbeitnehmer „das auf Verordnung, Kollektivvertrag oder Gesetz zustehende Entgelt unter Beachtung der jeweiligen Einstufungskriterien, ausgenommen die in § 49 Abs. 3 ASVG angeführten Entgeltbestandteile“ nicht rechtzeitig oder vollständig leistet.⁴¹ Bei der Festlegung des „zustehenden Entgelts“ ist vom weiten arbeitsrechtlichen Entgeltbegriff auszugehen. Umfasst sind daher grundsätzlich das kollektivvertraglich laufende Mindestentgelt (oder jenes auf Verordnung oder Gesetz beruhende Mindestentgelt), der Überstundengrundlohn, Zulagen (wobei Schmutzzulagen ausgenommen sind), Zuschläge und Sonderzahlungen, Urlaubsentgelt, Kranken-

36 Vgl beispielsweise *Kühteubl/Wieder*, Das neue Lohn- und SozialdumpingbekämpfungsgG, ZAS 2011/36, 219; *Mitterlehner/Waser*, Verschärfung der Lohn- und Sozialdumpingbekämpfung ab 1.1.2015 für ausländische Arbeitgeber, VWT 2015, 38 (39); *Kapek*, Neues Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz – LSDB-G, ecolex 2011, 440 (440); *Prinz*, Der Begriff des Grundlohns im Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz, PV-Info 6/2012, 10; *Windisch-Graetz*, Fairer Wettbewerb durch das LSDB-G, ecolex 2011, 443 (444); *Födermayr*, Der Grundlohnbegriff des LSDB-G, Formen von Lohn- und Sozialdumping und privatrechtliche Instrumentarien gegen Lohndumping, RdW 2011, 664.

37 ErläutRV 1076 BlgNR 24. GP 6.

38 BGBl I 2014/95.

39 § 7i Abs 5 AVRAG idF BGBl I 2015/113.

40 LexisNexis Verlag ARD ORAC GmbH & Co KG, Lexikon Personalrecht & Betriebswichtiges (2017) Rz 434.

41 § 29 Abs 1 LSD-BG idF BGBl I 2017/64.

1. Einleitung

entgelt etc.⁴² Bei den Zulagen ist näher zu differenzieren, ob sogenannte kombinierte Zulagen vorliegen.⁴³ Ausgenommen vom Entgeltbegriff sind die in § 49 Abs 3 ASVG⁴⁴ aufgezählten Bestandteile. Nicht zum Entgelt zählen somit Aufwandsentschädigungen, Kilometergelder, Fahrtkostenvergütungen, im Regelfall auch Tages- und Nächtigungsgelder, Abfertigungen, Abgangsentschädigungen und Beiträge nach dem BMSVG.⁴⁵ Nicht zu berücksichtigen sind auch auf Arbeitsvertrag oder Betriebsvereinbarung beruhende Entgelte. Zu beachten ist weiters, dass Aufwandsätze und Sachbezüge für die Zwecke der Bestimmung des kollektivvertraglichen Mindestentgeltanspruches nicht herangezogen werden dürfen, soweit der Kollektivvertrag nichts Gegenteiliges normiert.⁴⁶

Die Ausdehnung auf den weiten arbeitsrechtlichen beziehungsweise durch Bezugnahme auf § 49 Abs 3 ASVG auch sozialversicherungsrechtlichen Entgeltbegriff führte zu wesentlichen Verschärfungen des Tatbestandes der Unterentlohnung. Zu einer Ausweitung kam es durch diese Novelle auch bei den einzelnen Strafraumen, insbesondere wurde das Kumulationsprinzip nunmehr auch bei der Bereithaltung der Lohnunterlagen umgesetzt.⁴⁷

Auch die **Verjährungsregelungen** wurden neu festgesetzt. Das Verwaltungsstrafrecht unterscheidet grundsätzlich zwischen Frist für die Verfolgungsverjährung (§ 31 Abs 1 Verwaltungsstrafgesetz⁴⁸ [„VStG“]) und Frist der Strafbarkeitsverjährung (§ 31 Abs 2 VStG). Die Verfolgungsverjährung tritt hinsichtlich einer bestimmten Tat dann ein, wenn eine Verwaltungsbehörde innerhalb einer Frist von einem Jahr (oder einer in besonderen Verwaltungsgesetzen abweichenden Frist) keine Verfolgungshandlung iSd § 32 VStG wegen dieser Tat setzt.⁴⁹ Strafbarkeitsverjährung tritt ein, wenn innerhalb von drei Jahren (oder einer in besonderen Verwaltungsgesetzen abweichende Frist) keine verfahrensbeendende Entscheidung der Verwaltungsbehörde erlassen wurde.⁵⁰ Bisher sah § 7i Abs 5 AVRAG für Verwaltungsübertretungen eine von § 31 Abs 2 VStG abweichende Verjährungsfrist vor. Es wurde – abweichend von der damals in § 31 Abs 2 VStG⁵¹ festgelegten Verfolgungsverjährungsfrist von sechs Monaten – eine Verjährungsfrist von einem Jahr vorgesehen. Die Verfolgung eines Arbeitgebers war demzufolge

42 LexisNexis Verlag ARD ORAC GmbH & Co KG, Lexikon Personalrecht & Betriebswichtiges (Jänner 2016) Rz 435.

43 Wiesinger, Lohndumping: Was zählt zum Entgelt? ecolex 2015, 92 (92).

44 IdF BGBl I 2018/2.

45 LexisNexis Verlag ARD ORAC GmbH & Co KG, Lexikon Personalrecht & Betriebswichtiges (2017) Rz 439.

46 OGH 27.8.2015, 9 Oba 92/15t; LexisNexis Verlag ARD ORAC GmbH & Co KG, Lexikon Personalrecht & Betriebswichtiges (2017) Rz 434; Dullinger, Arbeits- und Sozialrechts-Änderungsgesetz 2014, ZAS 2015/8 (45).

47 § 7i Abs 4 AVRAG idF BGBl I 2014/94.

48 IdF BGBl I 2011/100.

49 Stöger in Raschauer/Wessely (Hrsg), Kommentar zum Verwaltungsstrafgesetz² (2016) § 31 Rz 4 VStG.

50 Stöger in Raschauer/Wessely (Hrsg), Kommentar zum Verwaltungsstrafgesetz² (2016) § 31 Rz 4 VStG.

51 IdF BGBl I 2009/20.

unzulässig, wenn innerhalb einer Frist von einem Jahr keine Verfolgungshandlung gesetzt wurde. Die Verjährungsfrist begann aufgrund des Dauerdelikts der Unterentlohnung von dem Zeitpunkt an zu laufen, ab dem das strafbare Verhalten aufgehört hatte, also mit der Beseitigung des rechtswidrigen Zustandes.⁵² Durch das ASRÄG 2014⁵³ wurden auch diese Fristen neu geregelt. Die Frist für die Verfolgungsverjährung beträgt seit 1.1.2015 nunmehr drei Jahre ab Fälligkeit des Entgelts. Bei einer über mehrere Lohnzahlungszeiträume durchgehenden Unterentlohnung beginnt die Frist ab der Fälligkeit des Entgelts für den letzten Lohnzahlungszeitraum der Unterentlohnung zu laufen. Leistet der Arbeitgeber das gebührende Entgelt für den betroffenen Zeitraum der Unterentlohnung nachträglich, verkürzt sich die Frist auf ein Jahr. Die Frist für die Strafbarkeitsverjährung beträgt demgegenüber fünf Jahre, bei nachträglicher Zahlung des Entgelts verkürzt sich diese auf drei Jahre.⁵⁴

Dieser Diskrepanz zwischen erhöhten Strafen, einem ausgeweiteten Tatbestand und der Verlängerung der Verjährungsfristen wurde durch erweiterte Nachsichtmöglichkeiten entgegengewirkt und die Möglichkeit der „tätigen Reue“ in § 7i Abs 5a AVRAG eingeführt.⁵⁵

1.3. Die Einführung des LSD-BG im Jahre 2017

In Umsetzung des Regierungsprogramms und der Richtlinie 2014/67/EU zur Durchsetzung der Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen und zur Änderung der Verordnung (EU) 1024/2102 über die Verwaltungszusammenarbeit mit Hilfe des Binnenmarkt-Informationssystems („IMI-Verordnung“) erfolgte im Jahre 2016 eine erneute Novellierung der Bestimmungen zum Lohn- und Sozialdumping. Formal wurde ein neues Gesetz, das Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz⁵⁶ (LSD-BG) geschaffen und wurden die Regelungen aus dem AVRAG im Sinne einer Kodifikation mit einer klareren und übersichtlicheren Struktur in diesem neu geschaffenen Gesetz gebündelt. Den Rechtsunterworfenen sollte so ein leichteres Verständnis der doch hoch komplexen Rechtsmaterie ermöglicht werden.⁵⁷ Das neue Gesetz wurde am 13.6.2016 veröffentlicht, trat mit 1.1.2017 in Kraft und ist auf Sachverhalte anwendbar, die sich nach dem 31.12.2016 ereignen.⁵⁸

Aus materieller Sicht wurden durch diese Novelle nur punktuell Änderungen vorgenommen. Obwohl es durch die Novelle insbesondere beim persönlichen

52 ErläutRV 1076 BlgNR 24. GP 8.

53 BGBl I 2014/94.

54 § 7i Abs 7, § 7a AVRAG idF BGBl I 2014/94.

55 § 7i Abs 5 AVRAG idF BGBl I 2014/94.

56 IdF BGBl I 2016/44.

57 ErläutRV 1111 BlgNR 25. GP 1.

58 BGBl I 2016/44.

Geltungsbereich und bei den Ausnahmen vom LSD-BG zu zahlreichen Neuerungen gegenüber den Regelungen zum AVRAG kam, blieb der Tatbestand der Unterentlohnung weitgehend unverändert.⁵⁹ Gemäß § 3 Abs 2 LSD-BG haben Arbeitnehmer mit gewöhnlichem Arbeitsort in Österreich zwingend Anspruch auf das nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag zustehende Entgelt.⁶⁰ Nach § 3 Abs 2 LSD-BG gilt dieser Anspruch auch für Arbeitnehmer von Arbeitgebern, die keinen Sitz in Österreich haben und somit nicht Mitglied einer kollektivvertragsfähigen Körperschaft in Österreich sind.⁶¹ Dieser Entgeltanspruch soll durch den Verwaltungsstraftatbestand in § 29 LSD-BG und relativ hohe Verwaltungsstrafen gesichert werden und so gleichzeitig auch präventive Wirkung entfalten.⁶² Geringfügige Änderungen ergaben sich auch bei den Regelungen betreffend die Anrechnung von Entgeltzahlungen zur Vermeidung verwaltungsstrafrechtlich relevanter Unterentlohnungen.⁶³ Damit regelt § 29 LSD-BG weitgehend, wie ehemals § 7i Abs 5 AVRAG, den Straftatbestand der Unterentlohnung.⁶⁴

Aus Praxissicht wurde durch das neue Gesetz zumindest erreicht, dass die Bestimmungen in klarer und übersichtlicher Form gebündelt und systematisch grundlegend überarbeitet wurden. Es bestehen jedoch weiterhin einige unklare gesetzliche Bestimmungen, die unbeschadet kritischer Betrachtung in der Vergangenheit in der Literatur aus Anlass der Novellierung durch das LSD-BG nicht bereinigt wurden.⁶⁵

Durch die Einführung des LSD-BG kam es zu wesentlichen Änderungen beim persönlichen Geltungsbereich, dieser wurde vor allem auch auf überlassene Arbeitskräfte ausgedehnt.⁶⁶ Zudem erfolgte eine erneute Überarbeitung des Montageprivilegs.⁶⁷ Der Ausnahmekatalog für grenzüberschreitende Entsendungen nach Österreich wurde für bestimmte Formen der Dienstleistungserbringung erweitert. Insbesondere wurde in diesem Bereich das sogenannte „Konzernprivileg“ geschaffen, welches für kurzfristige Arbeiten von geringem Umfang im Konzern Ausnahmen vom LSD-BG vorsieht.⁶⁸ Die materiellrechtlichen Ansprüche von grenzüberschreitend entsandten oder überlassenen Arbeitnehmern nach Österreich wurden klarer und übersichtlicher strukturiert.⁶⁹ In der Baubranche kam es zu einer

59 *Kühteubl/Waidmann*, Aller guten Dinge sind drei? Das (wieder) neue Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz, ZAS 2016/53, 319.

60 IdF BGBl I 2017/30.

61 IdF BGBl I 2017/30.

62 ErläutRV 1076 BlgNR 24. GP 3.

63 § 13 Abs 4 LSD-BG idF BGBl I 2017/30.

64 *Kühteubl/Waidmann*, Aller guten Dinge sind drei? Das (wieder) neue Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz, ZAS 2016/53, 318 (319).

65 *Kühteubl/Waidmann*, Aller guten Dinge sind drei? Das (wieder) neue Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz, ZAS 2016/53, 318 (318).

66 § 1 LSD-BG idF BGBl I 2016/44.

67 § 3 Abs 5 LSD-BG idF BGBl I 2016/44.

68 § 1 LSD-BG idF BGBl I 2016/44.

69 *Kühteubl/Waidmann*, Aller guten Dinge sind drei? Das (wieder) neue Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz, ZAS 2016/53, 318 (319).