

1. Neuerungen zu Gesetzen, VO und Erlässen

1.1. Das neue Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz (LSD-BG)

1.1.1. Allgemeines

Am 1.5.2011 sind gesetzliche Maßnahmen zur Bekämpfung von Lohn- und Sozialdumping in Kraft getreten. Die entsprechenden Bestimmungen waren vor allem im AVRAG (§§ 7a bis 7m) und im AÜG (§§ 10a, 12 Abs 3, 17 Abs 2 ff) zu finden. Diese Bestimmungen sehen insbesondere vor, dass bei einer Unterentlohnung (Vorenthaltung des nach KV, VO oder Gesetz zustehenden Mindestentgelts inklusive Zulagen, soweit die Zulagen nicht als Aufwandsersatz anzusehen sind) Verwaltungsstrafen verhängt werden können.¹ Die Einführung der vorgenannten gesetzlichen Regelungen wurde mit der Öffnung des österreichischen Arbeitsmarktes für Staatsbürger der „EU-8-Staaten“ (Slowakei, Ungarn, Slowenien, Tschechien, Polen, Estland, Lettland und Litauen) begründet und sollte ausländische AG verpflichten, bei der Ausführung von Aufträgen in Österreich insbesondere bei der Bezahlung der AN die Mindestentgelte des entsprechenden österreichischen KV einzuhalten.

Mit 1.1.2017 ist ein eigenes Gesetz zum Lohnschutz in Kraft getreten (LSD-BG). Weiters soll mit dem neuen Gesetz die RL 2014/67/EU (RL zur Durchsetzung der RL 96/71/EG über die Entsendung von AN) umgesetzt werden.

Neben der Schaffung eines formal neuen Gesetzes wurden inhaltliche Neuerungen zur Lohn- und Sozialdumpingbekämpfung in das Gesetz aufgenommen.

Im Folgenden werden die wichtigsten Änderungen zur bisherigen Rechtslage näher erörtert.

1.1.2. Erweiterung der Ausnahmetatbestände

Österreichische Mindestlöhne und bestimmte österreichische arbeitsrechtliche Bestimmungen gelten nur dann, wenn ausländische AG ihre AN zur Verrichtung von Arbeitsleistungen nach Österreich entsenden. Der Begriff der „Entsendung“ erfasst alle Tätigkeiten, die im Auftrag eines ausländischen AG in Österreich aufgeführt werden mit der Ausnahme bestimmter kurzfristiger Tätigkeiten (§ 1 Abs 5 Z 1 bis 9 LSD-BG). Die bisherigen Tatbestände (1 bis 6) wurden um drei weitere Tatbestände (7 bis 9) erweitert:

1. Geschäftliche Besprechungen ohne Erbringung von weiteren Dienstleistungen oder
2. Teilnahme an Seminaren ohne Erbringung von weiteren Dienstleistungen oder
3. Messen und messeähnliche Veranstaltungen oder
4. Besuch von und Teilnahme an Kongressen oder
5. 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
6. Teilnahme und Abwicklung von internationalen Wettkampfordernungen (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) oder

¹ Details siehe *Rauch*, Arbeitsrecht 2012, 11 ff, Arbeitsrecht 2015, 8 ff, zu den RL Arbeitsrecht 2016, 7 ff.

7. Tätigkeit als mobiler AN in der grenzüberschreitenden Güter- und Personenbeförderung, sofern die Arbeitsleistung im Rahmen des Transitverkehrs erbracht wird und nicht der gewöhnliche Arbeitsort in Österreich liegt² oder
8. Tätigkeit als AN in international aktiven Konzernen oder Unternehmen, sofern die monatliche Bruttoentlohnung durchschnittlich mindestens 125 % des 30-fachen der täglichen ASVG-Höchstbeitragsgrundlage beträgt oder
9. Tätigkeit in internationalen Aus-, Weiterbildungs- oder Forschungsprogrammen an Universitäten, pädagogischen Hochschulen oder Fachhochschulen.

Die Ausnahme von der behördlichen Lohnkontrolle gilt auch dann, wenn ein aus einem EU- bzw EWR-Staat entsandter AN eine der im Ausnahmekatalog angeführten Arbeiten im Rahmen eines grenzüberschreitenden Dienstleistungsvertrages erbringt.

1.1.3. Ausnahme für Konzerne

Das LSD-BG ist nicht anzuwenden auf eine vorübergehende konzerninterne Entsendung einer besonderen Fachkraft nach Österreich (§ 1 Abs 6 LSD-BG). Nach den Materialien sind besondere Fachkräfte Personen, die über die für die Tätigkeitsbereiche, die Verfahren oder die Verwaltung der aufnehmenden Konzernunternehmung unerlässlichen Spezialkenntnisse verfügen. Die konzerninterne Entsendung ist vorübergehend, wenn die Konzernentsendung insgesamt zwei Monate je Kalenderjahr nicht übersteigt.

Weiters müssen die Einsätze konzernintern zum Zweck der Forschung und Entwicklung, der Abhaltung von Ausbildungen durch die besondere Fachkraft, der Planung der Projektarbeit oder zum Zweck des Erfahrungsaustausches, der Betriebsberatung, des Controllings oder der Mitarbeit im Bereich von für mehrere Länder zuständigen Konzernabteilungen mit zentraler Steuerungs- und Planungsfunktion erfolgen.

Falls diese Ausnahme zutrifft, könnte aber eine Überlassung vorliegen (dies ist nach § 4 AÜG zu prüfen) und sind diesfalls insbesondere die §§ 3 Abs 4, 4, 6 LSD-BG und das AÜG anzuwenden.

1.1.4. Montageprivileg

Das Montageprivileg (keine entgeltmäßige Gleichstellung der nach Österreich entsandten AN iSd § 3 Abs 3 LSD-BG) ist nunmehr in § 3 Abs 5 LSD-BG auf Anlagen eingeschränkt, die durch den Lieferanten als AG oder durch einen mit diesem in einem Konzern (nach § 115 AktG und § 115 GmbHG) verbundenen AG im Ausland gefertigt wurden, wobei die Montagearbeiten durch AN der vorgenannten AG erfolgen müssen und die Arbeiten nicht länger als drei Monate dauern dürfen. In diesem Rahmen sind Montagearbeiten, die Inbetriebnahme und damit verbundene Schulungen sowie Reparatur- und Servicearbeiten an diesen Anlagen vom Montageprivileg erfasst, wenn diese Tätigkeiten von inländischen AN nicht erbracht werden können. Die Erfassung der Servicearbeiten vom Montageprivileg ist eine Erweiterung im Vergleich zur bisherigen Rechtslage.

1.1.5. Haftungsbestimmungen

Der Auftraggeber als Unternehmer haftet für die Entgeltansprüche der aus dem Ausland entsandten AN als Bürge und Zahler (§ 1357 ABGB, § 8 Abs 1 LSD-BG) und daher als ungeteilter Mitschuldner für die ganze Mitschuld.

² Von dieser Ausnahmebestimmung ist nur der echte Transitverkehr, nicht aber eine Kabotagetätigkeit sowie der Zielverkehr erfasst. Es sollen jedoch jene Fälle von der Lohnkontrolle erfasst sein, in denen Beginn und Ende eines Transits in unmittelbarer Nähe der österreichischen Bundesgrenze liegt (Materialien, ASoK 2016, 230).

Der Generalunternehmer, der einen Auftrag oder einen Teil des Auftrags in gesetzwidriger Weise (insbesondere entgegen den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes) weitergibt, haftet als Bürge und Zahler (§ 10 Abs 1 LSD-BG) für die aus dem Inlands-einsatz zustehenden Entgeltansprüche. Die Haftung gilt ebenso für Subunternehmer, die Aufträge (bzw Teile von Aufträgen) in gesetzwidriger Weise weitergeben.

Die neue Auftraggeberhaftung im Baubereich

Für Bauarbeiten ist nunmehr eine Haftung des Auftraggebers als Bürge und Zahler für Mindestentgeltansprüche von entsandten und grenzüberschreitend überlassenen Bauarbeiten seines unmittelbaren Auftragnehmers vorgesehen, soweit solche Ansprüche weder verfallen noch verjährt sind (§ 9 LSD-BG). Diese Haftung erfasst auch private und öffentliche Auftraggeber (nicht nur Unternehmer).

Die von der Haftung erfassten Bauarbeiten sind im § 3 Abs 6 LSD-BG definiert (insbesondere Bauarbeiten, die der Errichtung, der Instandsetzung, der Instandhaltung, dem Umbau oder dem Abriss von Bauwerken dienen, wobei auch Wartung und Instandhaltung wie Maler- und Reinigungsarbeiten sowie Sanierungen und Installationen von Kraftwerken erfasst sind).

Die Haftung erstreckt sich auch auf die vom Auftragnehmer an die BUAK zu entrichtenden Zuschläge (§ 9 Abs 10 LSD-BG).

Für Erstauftraggeber ist die Haftung beschränkt. Erstauftraggeber ist jener Auftraggeber, der selbst nicht Auftragnehmer der beauftragten Bauarbeiten ist. Ein Erstauftraggeber in diesem Sinne ist somit ein „Häuslbauer“. Der Erstauftraggeber haftet nur dann, wenn er vor der Beauftragung von der Nichtzahlung des Entgelts wusste oder dies auf Grund offensichtlicher Hinweise ernsthaft für möglich halten musste und sich damit abgefunden hat (§ 9 Abs 1 LSD-BG).

Die Auftraggeberhaftung setzt weiters voraus, dass der AN die BUAK spätestens acht Wochen nach der Fälligkeit des Entgelts über die Nichtzahlung des Entgelts unter Angabe des ausstehenden konkreten Betrages (der weder verfallen noch verjährt ist) und des Lohnzahlungszeitraums informiert und die BUAK den Auftraggeber (nach Beendigung entsprechender Erhebungen) schriftlich darüber unter Angabe eines konkreten Betrags informiert (§ 9 Abs 2 LSD-BG).

Für die Dauer der Haftung kommt dem Auftraggeber ein Zurückbehaltungsrecht bezüglich des ausstehenden Werklohns zu (§ 9 Abs 4 LSD-BG).

Die Auftraggeber treffen Auskunftspflichten über die von ihnen beauftragten Unternehmen gegenüber der BUAK (§ 9 Abs 6 LSD-BG).

1.1.6. Meldepflichten

Die Entsendung und Überlassung von AN aus dem EWR und der Schweiz ist (wie bisher) zu melden. Die Meldung hat für jede Entsendung oder Überlassung gesondert zu erfolgen. Die Meldung ist vom ausländischen AG vorzunehmen (dies gilt auch bei grenzüberschreitender Überlassung – § 19 Abs 1 LSD-BG).

Die Entsendung oder Überlassung ist vor der jeweiligen Arbeitsaufnahme an die Zentrale Koordinationsstelle des BMF für die Kontrolle der illegalen Beschäftigung (ZKO) zu melden (die bisherige Meldefrist von einer Woche vor Arbeitsaufnahme ist entfallen).

Die Meldung hat automationsunterstützt über die elektronischen Formulare des BMF zu erfolgen. Für mobile AN im Transportbereich ist die Meldung ab der Einreise in das Bundesgebiet (wie auch die Lohnunterlagen – siehe 1.1.8) vom AN bereitzuhalten (und daher vom AG dem AN auszuhändigen) oder elektronisch zur Verfügung zu stellen (§ 19 Abs 2 LSD-BG).

Der Inhalt der Meldung ist im § 19 Abs 3 LSD-BG angegeben.

Die bisher im § 17 Abs 2 AÜG geregelte Meldung bei grenzüberschreitender Überlassung ist nunmehr im § 19 Abs 4 LSD-BG zu finden.

Bei wiederholten Entsendungen oder Überlassungen in Bezug auf einen inländischen Auftraggeber oder Beschäftigter sind Meldungsvereinfachungen für einen Zeitraum von jeweils bis zu drei Monaten vorgesehen (Rahmenmeldungen nach § 19 Abs 5 LSD-BG).

Erfasst der grenzüberschreitende Einsatz des AN die Erfüllung von gleichartigen Dienstleistungsverträgen, die mit mehreren Auftraggebern geschlossen wurden, so können in einer Sammelmeldung alle Auftraggeber angeführt werden, sofern die Dienstleistungsverträge in engem örtlichen und zeitlichen Zusammenhang erfüllt werden (Sammelmeldung nach § 19 Abs 6 LSD-BG).

1.1.7. Bereithaltung von Melde- und SV-Unterlagen

Die bisherige Regelung nach § 7b Abs 5 AVRAG wurde wegen Problemen in der Kontroll- und Verwaltungspraxis in erheblicher Weise überarbeitet (§ 21 Abs 1 LSD-BG).

Nunmehr haben AG mit Sitz in einem anderen EU-/EWR-Staat oder in der Schweiz die Melde- und SV-Unterlagen grundsätzlich immer am Arbeits- bzw Einsatzort im Inland während des Entsendezeitraums bereitzuhalten (oder diese den Kontrollbehörden unmittelbar vor Ort oder im Zeitpunkt der Erhebung in elektronischer Form zugänglich zu machen). Die frühere Bestimmung, wonach die Melde- und SV-Unterlagen am Arbeitsort bereitzuhalten sind, wenn dies zumutbar ist, entfällt.

Bezüglich der Bereithaltung der SV-Unterlagen ist nunmehr klargestellt, dass der AG berechtigt ist (sofern er zum Zeitpunkt der Erhebung durch Nachweise in deutscher Sprache belegen kann, dass ihm die Erwirkung der Ausstellung dieser Dokumente durch den zuständigen ausländischen SV-Träger vor der Entsendung nicht möglich war) gleichwertige Unterlagen in deutscher Sprache bereitzuhalten (Antrag auf Ausstellung des E 101 oder A 1 und des zuständigen SV-Trägers, dass der AN für die Dauer der Entsendung der ausländischen SV unterliegt). Für mobile AN im Transportbereich sind die erforderlichen Unterlagen bereits ab Einreise in das Bundesgebiet im Fahrzeug bereitzuhalten oder in elektronischer Form zugänglich zu machen.

Abweichend von diesen Bestimmungen (ausgenommen im Falle mobiler AN im Transportbereich) können nach § 21 Abs 2 LSD-BG die Melde- und SV-Unterlagen im Inland bereitgehalten werden bei:

- der in der Entsendemeldung genannten Ansprechperson,
- einer im Inland eingetragenen Zweigniederlassung, an der der ausländische AG seine Tätigkeit nicht nur gelegentlich ausübt,
- einer inländischen selbständigen Tochtergesellschaft oder der inländischen Muttergesellschaft eines Konzerns iSd § 15 AktG oder des § 115 GmbHG und
- einem im Inland niedergelassenen berufsmäßigen Parteienvertreter (zB Steuerberater, Rechtsanwalt, Bilanzbuchhalter).

Dies setzt aber voraus, dass die jeweilige vorgenannte Person oder Stelle in der Entsende- bzw Überlassungsmeldung angeführt ist.

Der § 21 Abs 3 LSD-BG sieht (entsprechend dem bisherigen § 17 Abs 7 AÜG) vor, dass der Beschäftigter für jede überlassene Arbeitskraft die in dieser Bestimmung angeführten Melde- und SV-Unterlagen am Arbeits- bzw Einsatzort im Inland bereitzuhalten hat oder diese den Abgabebehörden oder der BUAKE unmittelbar vor Ort und im Zeitpunkt der Erhebung in elektronischer Form zugänglich macht. Abgesehen davon ist jedoch auch zur Bereithaltung der Lohnunterlagen der vorher dargestellte § 21 Abs 2 LSD-BG bei grenzüberschreitender Überlassung anwendbar.

1.1.8. Bereithaltung der Lohnunterlagen

Entsprechend dem bisherigen § 7d AVRAG sind vom AG (vom inländischen Beschäftigten bei grenzüberschreitender Überlassung) die Lohnunterlagen in deutscher Sprache am Arbeitsort bereitzuhalten oder in elektronischer Form bei einer Kontrolle zugänglich zu machen. Die Lohnunterlagen werden wie folgt im § 22 Abs 1 LSD-BG aufgezählt:

- Arbeitsvertrag oder Dienstzettel,
- Lohnzettel,
- Lohnzahlungsnachweise oder Banküberweisungsbelege,
- Lohnaufzeichnungen,
- Arbeitszeitaufzeichnungen und
- Unterlagen betreffend die Lohneinstufung (zur Überprüfung des während der Entsendung zustehenden Entgelts).

Ausschließlich der Arbeitsvertrag kann auch in englischer Sprache aufliegen.

Die Lohnunterlagen können vor Ort im Zuge der Kontrolle den Kontrollorganen auch in elektronischer Form zugänglich gemacht werden.

Wie auch im Fall der Bereithaltung der Meldeunterlagen entfällt die bisherige Zumutbarkeitsregelung (siehe 1.1.7).

Die Bestimmungen über die Bereithaltung der Unterlagen in einer Zweigniederlassung, beim Parteienvertreter, etc sind sinngemäß (ebenso wie bei der Bereithaltung von Melde- und SV-Unterlagen) anzuwenden (siehe 1.1.7).

Bei mobilen AN (Transportbereich) sind die Lohnunterlagen ab der Einreise in das Bundesgebiet im Fahrzeug bereitzuhalten (oder in elektronischer Form zugänglich zu machen). Abweichend davon können – sofern dies in der Meldung angeführt ist – die Lohnunterlagen bei einer inländischen Zweigniederlassung oder Konzerntochter bereitgehalten werden (§ 22 Abs 1 letzter Satz LSD-BG).

1.1.9. Ansprechperson, verantwortliche Beauftragte

Ansprechperson

Die in der ZKO-Meldung (siehe 1.1.6) zu nennende Ansprechperson (siehe 1.1.7), die aus dem Kreis der nach Österreich entsandten AN stammen oder eine in Österreich niedergelassene zur berufsmäßigen Parteienvertretung befugte Person sein muss, hat die nach den Bestimmungen des LSD-BG erforderlichen Unterlagen bereitzuhalten bzw als Empfänger Dokumente entgegenzunehmen und Auskünfte zu erteilen (§ 23 LSD-BG).

Verantwortliche Beauftragte

Für die Einhaltung von Verwaltungsvorschriften hat der AG die Möglichkeit, verantwortliche Beauftragte zu bestellen, die statt ihm verwaltungsstrafrechtlich verantwortlich sind. Wurde ein verantwortlicher Beauftragter rechtswirksam bestellt und der zuständigen Behörde gemeldet, so ist dieser für die Einhaltung der Verwaltungsstrafbestimmungen für einen in der Bestellungsvereinbarung konkret vereinbarten (und abzugrenzenden) Bereich zuständig und strafbar, wenn gegen die entsprechenden Regelungen verstoßen wurde. Die näheren Bestimmungen, vor allem die Voraussetzungen, unter denen die Bestellung wirksam ist, sind im § 9 VStG geregelt.³

³ Details zum verantwortlich Beauftragten im AN-Schutz siehe *Rauch*, Arbeitsrecht für Arbeitgeber¹⁵, 449 ff.

1. Neuerungen zu Gesetzen, VO und Erlässen

Nach § 24 LSD-BG wird die Bestellung von verantwortlichen Beauftragten für die Einhaltung des LSD-BG erst rechtswirksam, nachdem

- bei der ZKO durch den AG iSd §§ 3 Abs 2, 8 Abs 1 oder 19 Abs 1 LSD-BG (ausländischer AG, Auftraggeber als Unternehmer, Überlasser mit Sitz in der EU/im EWR oder der Schweiz iSd der vorgenannten Bestimmungen), durch einen Beschäftigter (bei Überlassung aus der EU/dem EWR oder der Schweiz) oder durch Überlasser mit Sitz im Ausland, oder
- beim zuständigen Träger der Krankenversicherung durch den AG oder den Beschäftigter mit einem Sitz im Inland

eine schriftliche Mitteilung über die Bestellung als verantwortlicher Beauftragter samt einem Nachweis der Zustimmung des Bestellten eingelangt ist (das gilt nicht bei der Bestellung von verantwortlichen Beauftragten auf Verlangen der Behörde nach § 9 Abs 2 VStG).

Ein Widerruf der Bestellung des verantwortlichen Beauftragten ist unverzüglich der Behörde zu melden, bei der die Mitteilung der Bestellung erfolgt ist (§ 24 Abs 2 LSD-BG).

Für Verstöße gegen die Meldepflichten bei verantwortlichen Beauftragten ist ein eigener Verwaltungsstraftatbestand vorgesehen (§ 30 LSD-BG: 41 € bis 4.140 € und im Wiederholungsfall 83 € bis 4.140 €).

1.1.10. Verwaltungsstraftatbestände

Melde- und Bereithaltungspflichten

Verstöße gegen Verpflichtungen wie die

- ZKO-Meldung,
- die Bereithaltung der Melde- und SV-Unterlagen, sowie
- der Lohnunterlagen

stehen (ebenso wie Vereitelungshandlungen wie zB Verhinderung des Zutritts von Kontrollorganen zu Betriebsräumlichkeiten) unter Strafsanktion (§§ 26 bis 28 LSD-BG).

Adressat der Strafnorm ist der entsendende AG (bzw der Überlasser). Bei Nichtbereithalten von Lohnunterlagen ist (wie bisher) im Fall der grenzüberschreitenden Überlassung auch der Beschäftigter strafbar (§ 28 Z 2 LSD-BG).

Der Strafrahmen reicht von 1.000 € bis 10.000 € (20.000 € im Wiederholungsfall bzw 50.000 € bei mehr als 3 AN) bzw 500 € bis 5.000 € in leichteren Fällen wie zB Nichtübermittlung der erforderlichen Unterlagen (nach § 12 Abs 1 Z 3 LSD-BG). Der Strafrahmen bezieht sich im Regelfall auf jeden einzelnen AN (zB § 26 Abs 1 LSD-BG).

Straftatbestand der Unterentlohnung

Der Verwaltungsstraftatbestand der Unterentlohnung nach § 29 LSD-BG entspricht inhaltlich dem bisherigen § 7i Abs 5 AVRAG. Demnach beträgt die Frist für die Verfolgungsverjährung (§ 31 Abs 1 VStG) wie bisher drei Jahre ab der Fälligkeit des Entgelts. Bei Unterentlohnungen, die durchgehend mehrere Lohnzahlungszeiträume umfassen, beginnt die Frist für die Verfolgungsverjährung ab der Fälligkeit des Entgelts für den letzten Lohnzahlungszeitraum der Unterentlohnung (§ 29 Abs 4 LSD-BG).

Die Strafbarkeitsverjährung (§ 31 Abs 2 VStG) beträgt fünf Jahre.

Bei Sonderzahlungen beginnen die Verfolgungs- und die Strafbarkeitsverjährung ab dem Ende des jeweiligen Kalenderjahres zu laufen (§ 29 Abs 4 LSD-BG).

Die Verjährungsfrist wird auf ein Jahr (Verfolgungsverjährung) bzw auf drei Jahre (Strafbarkeitsverjährung) verkürzt, wenn der AG die Differenz nachzahlt (§ 29 Abs 5 LSD-BG).

Die Strafbarkeit ist nicht gegeben, wenn der AG vor einer behördlichen Erhebung der zuständigen Einrichtung die Differenz zwischen dem tatsächlich und dem dem AN zustehenden Entgelt nachweislich leistet (§ 29 Abs 2 LSD-BG – tätige Reue).

Die tätige Reue liegt auch dann vor, wenn die Nachzahlung nach einer Aufforderung einer Interessenvertretung erfolgt (LSDB-RL 2015, Rz 55).

Weiters ist von einer Bestrafung abzusehen, wenn lediglich leichte Fahrlässigkeit vorliegt oder die Überschreitung als gering anzusehen ist und die Differenz bezahlt wird (§ 29 Abs 3 LSD-BG). Sind diese Voraussetzungen gegeben, so kann die Strafbarkeit auch entfallen, wenn der Verstoß nicht erstmalig war (LSDB-RL 2015, Rz 51).⁴

Leichte Fahrlässigkeit liegt vor, wenn der Fehler gelegentlich auch einem sorgfältigen Menschen unterläuft.⁵ Dabei ist überdies zu berücksichtigen, dass die Entgeltabrechnung komplex und fehleranfällig sein kann.

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

Im Zusammenhang mit den Ausführungen zum Vorliegen eines nicht vorwerfbaren Irrtums halten die Materialien nun ua fest, dass dies auch „für Beratungen von AN durch deren überbetriebliche gesetzliche Interessenvertretung sowie für die Ergebnisse dieser Beratungen wie zB Vergleiche“ gelten soll.⁶ Das heißt, wenn eine Einigung zwischen der Firma (die beispielsweise von einer Wirtschaftskammer vertreten wird) und der Arbeiterkammer abgeschlossen wird und die vereinbarte Nachzahlung erfolgt, so ist keine Strafbarkeit gegeben.

Rechtsirrtum

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 AN-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 den Trägern der Krankenversicherung oder der Kammern. Nicht hinreichend sind grundsätzlich Auskünfte unzuständiger Behörden bzw berufsmäßiger Parteienvertreter. Als nicht vorwerfbar erachtet der VwGH die Rechtsunkenntnis ferner, wenn der Beschuldigte sein Verhalten an der höchstgerichtlichen Rechtsprechung oder (wenn eine solche fehlt) an der Vollzugspraxis der Behörden orientiert.⁷

10%ige Bagatellgrenze?

Wie bereits ausgeführt ist von einer Bestrafung abzusehen, wenn die Unterschreitung des maßgeblichen Entgelts gering ist und die Differenz auf das zustehende Entgelt innerhalb einer von der Behörde gesetzten Frist nachgezahlt wird.

Zu den bis 31.12.2016 geltenden Bestimmungen zur Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfung (insbesondere §§ 7a bis 7m AVRAG, §§ 10a, 12 Abs 3, 17 Abs 2 ff AÜG) wurde seitens des BMASK im Mai 2015 ein Erlass (LSD-RL) als Auslegungsbehelf pu-

⁴ Wiesinger, Die neue Mindestentgeltkontrolle, 68.

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

⁶ ErtRV 1111 BlgNR 25. GP, 22.

⁷ Wessely in Raschauer/Wessely, Kommentar zum VStG, § 5 Rz 18 ff.

bliziert.⁸ In diesem Erlass wird eine Unterschreitung des Entgelts von höchstens 10 % als „gering“ eingestuft (Rz 52). Demnach wäre bei Unterschreitungen bis 10 % und Nachzahlungen mangels Strafbarkeit keine Strafanzeige einzubringen.

Ein Erlass bindet aber nicht den VwGH und dieser hat in zwei Entscheidungen verdeutlicht, dass er offenbar auch in diesem Bereich eine restriktive Sicht zum Nachteil der AG einnimmt. So wurde etwa entschieden, dass bei einer Unterentlohnung über 17 Monate von 1,1 % nicht mehr von einer „geringen“ Unterschreitung ausgegangen werden kann.⁹ Ebenso wurde im Jahr 2015 ausgeführt, dass eine Unterschreitung von 5 % nicht gering sei.¹⁰

Gespräche über eine Verankerung einer 10%igen Bagatellgrenze sollen geführt werden.

1.1.11. Vorläufige Sicherheitsleistung und Zahlungsstopp

Wenn die Strafverfolgung unmöglich oder wesentlich erschwert ist (also vor allem gegenüber ausländischen AG) sind die Abgabenbehörden (wie bisher) ermächtigt, eine vorläufige Sicherheit bis zum Maximum der angedrohten Strafe einzuheben (vorläufige Sicherheit nach § 33 LSD-BG).

Weiters können die Kontrollbehörden sofort und direkt dem (österreichischen) Auftraggeber (bei einer Überlassung dem Beschäftigten) schriftlich einen Zahlungsstopp auftragen (Zahlungsstopp nach § 34 LSD-BG). Das heißt, die Zahlungen an den Auftraggeber sind bis zum Höchstausmaß der möglichen Strafe einzustellen. Die vorläufige Sicherheit bzw der Zahlungsstopp sind nunmehr auch bei einem Verstoß gegen Melde- und Bereithaltspflichten bei einer Überlassung zulässig.

1.1.12. Verwaltungsstrafevidenz und Vergabe von öffentlichen Aufträgen

Das Kompetenzzentrum LSDB hat eine Evidenz über rechtskräftige Bescheide und Erkenntnisse im Verwaltungsstrafverfahren nach den §§ 26 (Verstöße gegen Melde- und Bereithaltspflichten), 27 (Vereitelungshandlungen bei der Lohnkontrolle), 28 (Nichtbereithalten der Lohnunterlagen), 29 Abs 1 (Unterentlohnung), 31 (Untersagung der Dienstleistung) und 34 (Zahlungsstopp, Sicherheitsleistung) zu führen (§ 35 Abs 1 LSD-BG). Das Kompetenzzentrum LSDB hat Daten eines Strafverfahrens fünf Jahre nach Eintritt der Rechtskraft des jeweiligen Bescheides oder Erkenntnisses zu löschen (nach drei Jahren bei Verfahren nach § 31 LSD-BG – § 35 Abs 3 LSD-BG).

Das Kompetenzzentrum LSDB hat den im § 35 Abs 4 LSD-BG genannten Stellen (zB Bezirksverwaltungsbehörde, Landesverwaltungsgerichte, BUA, GKK) Auskünfte zu erteilen. Auskunftspflichten bestehen auch gegenüber öffentlichen Auftraggebern oder Sektorenauftraggebern (§ 35 Abs 5 LSD-BG).

Mit 1.3.2016 ist eine Novelle zum Bundesvergabegesetz (BVerG) in Kraft getreten. Die Novelle sieht ua Verschärfungen im Kampf gegen Lohn- und Sozialdumping vor.

Der Auftraggeber hat Unternehmen von der Teilnahme am Vergabeverfahren auszuschließen, wenn ua im Rahmen der beruflichen Tätigkeit eine schwere Verfehlung gegen arbeits- und sozialrechtliche Bestimmungen vorliegt (§ 68 Abs 1 BVerG).

Zur Prüfung der Frage, ob die genannten Verfehlungen vorliegen, ist ua eine Auskunft aus der Verwaltungsstrafevidenz des Kompetenzzentrums LSDB zu allfälligen rechtskräftigen (und nicht nach § 35 Abs 3 LSD-BG getilgten) Verwaltungsstrafen nach den

⁸ Siehe dazu *Rauch*, *Arbeitsrecht* 2016, 7 ff.

⁹ VwGH 23.9.2014, RO 2014/11/0083; 23.10.2014, RO 2014/11/0071.

¹⁰ VwGH 10.6.2015, 2013/11/0121.