

3. Einleitende Bemerkungen

Am 1.5.2011 stellte der österreichische Gesetzgeber das **Unterschreiten von Mindestgehältern erstmals unter Verwaltungsstrafe**. Jenen Arbeitgebern, die ihren Arbeitnehmern den nach Gesetz, Kollektivvertrag oder Verordnung zustehenden „Grundlohn“ vorenthielten, sollten gemäß § 7i Abs 3 AVRAG mit Geldstrafe belangt werden. Die Höhe der Geldstrafe richtete sich nach der Anzahl der betroffenen Arbeitnehmer. Waren höchstens drei Arbeitnehmer betroffen, konnte eine Geldstrafe in Höhe von 1.000 € bis 10.000 € pro betroffenem Arbeitnehmer verhängt werden. Betraf die Unterentlohnung mehr als drei Arbeitnehmer, erhöhte sich der Strafrahmen auf 2.000 € bis 20.000 € pro betroffenem Arbeitnehmer.

Zum 1.1.2015 wurden die Vorgaben des AVRAG restriktiver. Der angepasste § 7i Abs 5 AVRAG verpflichtete Unternehmen nicht mehr nur dazu, den „Grundlohn“ zu bezahlen, sondern stellte von nun an auf das „Entgelt“ und somit einen weiteren Begriff ab. Daher war **ab 2015 beispielsweise auch das Vorenthalten von Mehrarbeits- oder Überstundenzuschlägen strafbar**. Der Anwendungsbereich des Unterentlohnungsverbots hat sich dadurch signifikant erweitert. Auch die Verfolgungsverjährung wurde mit 1.1.2015 von einem Jahr auf drei Jahre ausgedehnt. Die Verjährungsfristen beginnen zudem im Fall einer länger andauernden Unterentlohnung erst ab Fälligkeit jenes Entgelts, das für den letzten betroffenen Lohnzahlungszeitraum zustand. Auch vor dem Hintergrund dieser langen Verjährungsfristen sind Verstöße gegen das Verbot der Unterentlohnung für Arbeitgeber besonders gefährlich.

Während das Unterschreiten des kollektivvertraglichen Mindestgehalts in den meisten Fällen unwahrscheinlich ist, können Arbeitgeber aufgrund der Neufassung in bestimmten Konstellationen relativ einfach in „**Fallen**“ tappen, die zur strafbaren Unterentlohnung führen. Zu denken ist hier beispielsweise an die Anwendung eines falschen Kollektivvertrages, das Führen falscher Arbeitszeitaufzeichnungen, das Unterschreiten der Mindestansprüche im Rahmen von All-In-Vereinbarungen oder die falsche Qualifikation von Verträgen als freier Dienstvertrag oder Werkvertrag (dazu im Detail Kapitel 9).

Am **1.1.2017** ist das **Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz** in Kraft getreten. Es stellt den vorläufigen Höhepunkt einer sich in den letzten Jahren abzeichnenden Entwicklung dar. Wenngleich sich anlässlich des neuen Gesetzes die inhaltlichen Vorgaben der Unterentlohnung nicht geändert haben, zeigt die Neufassung des LSD-BG doch eindrucksvoll, dass sich die Aufmerksamkeit des Gesetzgebers bzw damit zwangsläufig auch jene der Vollzugsbehörden immer stärker auf die Themen der Unterentlohnung richten.

Das vorliegende Praxishandbuch soll Arbeitgeber dabei unterstützen, den Tatbestand der Unterentlohnung vollständig zu erfassen und dadurch genau jene Fallen zu um-

gehen, die sehr schnell zur Verhängung signifikanter Geldstrafen führen können. Daher wird insbesondere zu beleuchten sein, wer als Arbeitgeber im Sinne des LSD-BG den Unterentlohnungsvorschriften unterliegt, welche Entgeltbestandteile LSD-BG-relevant sind, welche Fallen es zu vermeiden gilt und wie Arbeitgeber reagieren können, wenn trotz aller Bemühungen doch ein Unterschreiten der relevanten Mindestentgelte passiert sein sollte.

4. „Arbeitgeber“ im Sinne des LSD-BG

1 Gemäß § 29 Abs 1 LSD-BG ist zu bestrafen, wer als Arbeitgeber einen Arbeitnehmer beschäftigt, ohne das entsprechende Entgelt zu bezahlen. Der Begriff „Arbeitgeber“ erfährt dabei keinerlei eigenständige Definition. Mangels einschränkender Bestimmungen können daher sowohl inländische Unternehmen oder Einzelpersonen als auch ausländische Unternehmen oder Einzelpersonen (zB im Rahmen einer grenzüberschreitenden Arbeitskräfteüberlassung oder Entsendung) strafbares Lohndumping begehen.

4.1. Inländische Arbeitgeber

- 2 Das LSD-BG ist nach dessen § 1 Abs 1 Z 1 **auf sämtliche Arbeitsverhältnisse¹ anzuwenden**, die auf einem privatrechtlichen Vertrag beruhen. Auch wenn sich große Teile des LSD-BG mit der Regelung grenzüberschreitender Einsätze auseinandersetzen, darf daher keineswegs übersehen werden, dass auch inländische Unternehmen oder Einzelpersonen, die Arbeitnehmer im Inland beschäftigen, den Verpflichtungen des § 29 LSD-BG unterliegen.
- 3 Das Vorliegen eines auf privatrechtlichem Vertrag beruhenden Arbeitsverhältnisses ist für die Ermittlung des Geltungsbereichs nach den Maßstäben des § 1151 ABGB zu prüfen.² Die ebenfalls bestehenden steuer- und sozialversicherungsrechtlichen Arbeitnehmerbegriffe sind für die Bestimmung des Geltungsbereichs des LSD-BG von nachrangiger Bedeutung, wobei im Ergebnis ohnehin kaum Unterschiede bestehen werden.³ Nach § 1151 ABGB liegt ein Arbeitsverhältnis vor, wenn sich jemand **auf gewisse Zeit zur Dienstleistung für einen anderen verpflichtet**. Gemäß § 4 Abs 2 ASVG ist Arbeitnehmer, wer in einem Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt beschäftigt wird. Im Rahmen beider Begriffsdefinitionen ist für die Begründung eines Arbeitsverhältnisses die persönliche und wirtschaftliche Abhängigkeit ausschlaggebend.⁴
- 4 **Persönliche Abhängigkeit** ist anzunehmen, wenn der Arbeitnehmer den Weisungen des Arbeitgebers unterworfen ist. Zu unterscheiden ist zwischen persönlichen und fachlichen Weisungen. Persönliche Weisungen beziehen sich primär darauf, wie sich der Arbeitnehmer im Rahmen der Leistungserbringung zu verhalten hat. Darunter ist beispielsweise die Vorgabe von Arbeitszeiten, Arbeitsorten oder Bekleidungsvorschriften zu verstehen. Fachliche Weisungen beziehen sich auf die Verrichtung der Tätigkeit (zB welches Material zu verwenden ist).⁵ Persönliche Abhängigkeit äußert sich zudem in der

1 Vgl auch Kapitel 9.1.

2 *Binder*, AVRAG² § 1 Rz 30; *Wiesinger*, LSD-BG, ASoK-Spezial 13.

3 *Kozak*, LSD-BG § 1 Rz 52.

4 *Kozak*, LSD-BG § 1 Rz 51.

5 Vgl *Freudhofmeier*, Dienstvertrag – freier Dienstvertrag – Werkvertrag³, 19.

Kontrollunterworfenheit des Arbeitnehmers, der sowohl während der Verrichtung seiner Tätigkeit als auch hinsichtlich der Arbeitsergebnisse vom Arbeitgeber überwacht wird.

Wirtschaftliche Abhängigkeit wird vom VwGH regelmäßig als Konsequenz persönlicher Abhängigkeit gesehen.⁶ Gemeint ist, dass der Arbeitnehmer üblicherweise über keine eigene unternehmerische Struktur verfügt (es fehlen daher beispielsweise Betriebsmittel oder organisatorische Einrichtungen).⁷

Nicht entscheidend ist die **Bezeichnung des Vertrages** als Arbeitsvertrag, Dienstvertrag oder freier Dienstvertrag. Die Beurteilung, ob ein Arbeitsverhältnis vorliegt, ist vielmehr anhand einer Vielzahl an Kriterien vorzunehmen. Im Rahmen eines beweglichen Systems sind diese zu gewichten. Überwiegen die Charakteristika, die für das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses sprechen, ist ein solches gegeben. Insbesondere sind **folgende Kriterien für die Beurteilung relevant:**

- Der Arbeitnehmer unterliegt persönlichen und fachlichen Weisungen des Arbeitgebers und ist in dessen Betriebsorganisation eingegliedert.
- Arbeitszeiten und Arbeitsorte sind vorgegeben.
- Der Arbeitnehmer verwendet Werkzeug und Materialien des Arbeitgebers.
- Der Arbeitnehmer schuldet keinen Erfolg, sondern bloßes Bemühen. Er erhält das Entgelt auch, wenn sein Bemühen erfolglos bleibt.
- Der Arbeitgeber trägt das unternehmerische Risiko der Tätigkeit und ist beispielsweise auch dann zur Zahlung des Entgelts verpflichtet, wenn Maschinen nicht einsetzbar sind oder mangels Aufträgen keine Arbeitsleistung erforderlich ist.
- Der Arbeitnehmer hat seine Leistungen üblicherweise persönlich zu erbringen und kann sich demnach nicht vertreten lassen oder Gehilfen einsetzen.
- Der Arbeitnehmer kann einzelne Aufgaben üblicherweise nicht ablehnen.

Inländische Unternehmen oder Einzelpersonen, die auf Grundlage privatrechtlicher Arbeitsverhältnisse im oben dargestellten Sinn Arbeitnehmer beschäftigen, müssen daher die Unterentlohnungsvorschriften des LSD-BG einhalten, um das **Risiko (verwaltungs-) strafrechtlicher Verfolgung** auszuschließen.⁸ Seit der Schaffung des LSD-BG unterliegen zudem auch Beschäftigungsverhältnisse, auf die das **Heimarbeitsgesetz** anzuwenden ist, dem LSD-BG.

4.2. Nicht dem LSD-BG unterliegende Beschäftigungsverhältnisse

Die Beschäftigung freier Dienstnehmer oder eine Tätigkeit im Rahmen von Werkverträgen unterliegen den Beschränkungen des LSD-BG nicht.⁹ Der **freie Dienstnehmer** ist – vereinfacht – das Gegenstück des Arbeitnehmers. Auch er verpflichtet sich im Rahmen

⁶ VwSlg 13336 A/1990.

⁷ *Freudhofmeier*, Dienstvertrag – freier Dienstvertrag – Werkvertrag³, 21.

⁸ *Kozak*, LSD-BG § 1 Rz 49.

⁹ So bezüglich der freien Dienstnehmer auch *Wiesinger*, LSD-BG, ASoK-Spezial 14.

eines Dauerschuldverhältnisses zur Erbringung von Dienstleistungen, die Merkmale persönlicher Abhängigkeit sind aber bestenfalls schwach ausgeprägt. Daher können beispielsweise Arbeitszeiten und -orte frei gewählt oder Vertreter eingesetzt werden. Im Rahmen eines **Werkvertrages** wird dagegen nicht bloßes Bemühen, sondern ein Erfolg geschuldet. Der Werknehmer handelt selbstständig und haftet für das Gelingen seiner Tätigkeit. Anders als beim freien Dienstvertrag liegt hier ein Zielschuldverhältnis vor.

- 9 Auch der Einsatz von **Volontären** oder **echten Praktikanten** führt nicht zur Anwendbarkeit des LSD-BG, da diese kein Arbeitsverhältnis haben. Zur Beurteilung ist insbesondere darauf abzustellen, ob den Praktikanten bzw den Volontär die Verpflichtung zur Dienstleistung und Anwesenheit trifft. Dominiert der **Ausbildungs- und Lernzweck** und ist der Praktikant/Volontär nicht in den Betrieb eingegliedert, sondern kann er Arbeitszeit und Tätigkeiten frei wählen, ist üblicherweise kein Arbeitsverhältnis gegeben. Er wird gerade nicht wie ein „normaler“ Arbeitnehmer eingesetzt. Insbesondere Feriapraktikanten sind daher häufig keine Praktikanten/Volontäre, da sie unter Vorgabe von Arbeitszeiten eingegliedert sind und häufig Stamarbeitnehmer während der Urlaubszeiten ersetzen.¹⁰

Beispiel:

Ein Student bekommt die Möglichkeit, im Sommer zwei Monate in einem für sein Studium einschlägigen Betrieb mitzuarbeiten. Er kann kommen und gehen wann er will und schuldet auch kein bestimmtes Stundenausmaß. Zudem darf er sich aussuchen, welche Tätigkeiten er ausüben möchte. Er hat ebenfalls die Möglichkeit, nur zuzusehen. Aufgrund der Ausgestaltung ist vom Vorliegen eines echten Praktikums/Volontariats auszugehen, sodass kein Arbeitsverhältnis gegeben ist.

Beispiel:

Eine Studentin soll im Sommer zwei Monate im Bereich Marketing mitarbeiten. Sie muss täglich von 08:00 Uhr bis 15:00 Uhr arbeiten, hat die ihm vom Vorgesetzten übertragenen Aufgaben abzuarbeiten und erhält hierfür ein Gehalt in Höhe von 800 €. Da hier nicht der Ausbildungs- bzw Lernzweck im Vordergrund steht, ist vom Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses auszugehen.

- 10 **Nicht dem LSD-BG unterworfen** sind darüber hinaus Arbeitgeber im Rahmen der in § 1 Abs 2 LSD-BG aufgezählten Beschäftigungsverhältnisse. Das sind:
- Arbeitsverhältnisse zum Bund, auf die dienstrechtliche Vorschriften anzuwenden sind, welche den Inhalt der Arbeitsverhältnisse zwingend regeln,
 - Arbeitsverhältnisse zu Ländern, Gemeindeverbänden und Gemeinden,
 - die Überlassung von Arbeitskräften durch den Bund, ein Land, eine Gemeinde oder einen Gemeindeverband, sowie
 - Arbeitsverhältnisse zu Stiftungen, Anstalten oder Fonds, auf die die Bestimmungen des Vertragsbedienstetengesetzes sinngemäß anzuwenden sind.
- 11 Während Arbeitsverhältnisse zu Ländern, Gemeindeverbänden und Gemeinden somit jedenfalls vom Geltungsbereich des LSD-BG ausgenommen sind, gilt dies für Dienstverhältnisse zum Bund nur, wenn dienstrechtliche Vorschriften zur Anwendung kommen.

¹⁰ *Rebhahn* in ZellKomm², § 1151 ABGB, Rz 152 ff.