Gleißner, Sp, 8. 5. 2015

**Kommentar zum Erlass-Entwurf (LSDB-Richtlinien 2015), Stand Mai 2015**

Inhaltlich lässt das Gesetz gegen Unterentlohnung (AVRAG) wenig Spielraum. Dennoch regelt der Erlass auf über 90 Seiten (!) wesentliche Aspekte. Unten sind wichtige Randziffern kommentiert, die wichtigsten Rz sind unterstrichen: Wesentlich ist die 10% Bagatellgrenze (Randziffer 52). Gering ist eine Unterschreitung von maximal 10% des Monatsentgelts. Bei einer mehrmonatigen Unterschreitung zählt die durchschnittliche Unterschreitung bezogen auf den betreffenden Zeitraum. Ist die Unterschreitung geringfügig ODER beruht sie auf leichter Fahrlässigkeit, kann die Anzeige/Strafe durch Nachzahlung des Fehlbetrags abgewendet werden (§ 7i Abs 6 AVRAG).

Neben den Regeln zur Unterentlohnung nimmt der neue Entsendebegriff sehr viel Raum ein. Im Sinne der Praxis werden Meldepflichten entschärft und Ausnahmen etwa für Schulungen geklärt.

Das 90seitige (!) Dokument hat folgende Kapitel:

1. Einleitung – Zwecksetzung des LSDB-G (Rz 1 bis Rz 2)
2. Prüfzuständigkeiten zur Lohnkontrolle – Überblick (Rz 3)
3. Prüfzuständigkeit des Kompetenzzentrums (Rz 4 bis Rz 6)
4. Entsendung nach Österreich – Entsendebegriff (Rz 7 bis Rz 9)
5. Entsendemeldung und damit zusammenhängende Pflichten – Verwaltungsstrafen (Rz 10 bis Rz 16)
6. Weitere Pflichten des/der ausländischen Arbeitgeber/in (Rz 17)
7. Entgeltansprüche der entsandten Arbeitnehmer/innen – Entgeltbegriff der §§ 7a und 7b AVRAG (Rz 18 bis Rz 23)
8. Überlassung von Arbeitnehmer/innen nach Österreich (Rz 24 bis Rz 33)
9. Kompetenzzentrum – Lohnkontrolle und Strafanzeige (Rz 34 bis Rz 49)
10. Nachsichtregelungen im LSDB-G neu (Rz 50 bis Rz 58)
11. Strafanzeige wegen Unterentlohnung (Rz 59 bis Rz 68)
12. Zeitlicher Geltungsbereich des LSDB-G neu (Rz 69 bis Rz 70)
13. Untersagung der Dienstleistung (Rz 71)
14. Evidenz über Verwaltungsstrafverfahren und Auskunftserteilung (Rz 72 bis Rz 77)
15. Auskunftserteilung durch das Kompetenzzentrum an öffentliche Auftraggeber/innen (Rz 78 bis Rz 88)

Hervorzuheben sind folgende Randziffern:

**Rz 6 AN-Begriff**

Da der wahre wirtschaftliche Gehalt zählt, fallen auch Scheinselbständige unter das Gesetz. Das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses ist eine Vorfrage nach Maßgabe von § 38 AVG. Demnach kann die Behörde das Verfahren bis zur Entscheidung durch das Gericht aussetzen.

**Rz 7 Entsendungen**

Die Definition im AVRAG wurde zwar präzisiert, dennoch ist die Abgrenzung kompliziert. Hervorzuheben ist der drittletzte Absatz der Rz 7: Unabhängig vom Ausnahmekatalog nach § 7b Abs 1a AVRAG (s. Rz 8) sind auch solche Leistungen keine Entsendung, die sich kaum auf den inländischen Arbeitsmarkt auswirken, z.B. längere Schulungen. Siehe auch Rz 26

**Rz 8 Entsendung: ausgenommene kurzfristige Arbeiten**

Arbeiten auf Messen iSv § 17 Abs 3 bis 6 ARG) sind ausgenommen, nicht jedoch Märkte (Kirtage, etc.).

**Rz 11 Rahmenmeldung bei Entsendung aufgrund eines laufenden und längerfristigen Vertrages**

Wichtige Erleichterung für internationale Konzerne: Finden viele Entsendungen aufgrund eines Vertrags (z.B. auch internationale Projektmeetings) statt, muss nicht jeder Einsatz gemeldet werden, es reicht eine Rahmenmeldung pro Quartal.

**Rz 13 Bereithaltung von Lohnunterlagen**

Diese können auch elektronisch bereitgehalten werden.

**Rz 15 Unzumutbarkeit der Bereithaltung der Lohnunterlagen vor Ort**

Diese sind am Arbeitsort bereitzuhalten. Alternativen zum Arbeitsort sind

* eine eingetragenen Zweigniederlassung im Inland
* eine selbständige Tochtergesellschaft oder das Headquarter eines Konzerns
* die steuerrechtliche Vertretung im Inland.

**RZ 17**

Lohnunterlagen sind in deutscher Sprache bereitzuhalten. Ausnahmen dafür gibt es für Bankbelege und Lohnzahlungsnachweise.

**Rz 18 Entgeltansprüche**

Die Entgeltansprüche eines nach Ö entsandten AN richten sich nach dem KV, der nach der in Ö verrichteten Arbeit der entsandten AN anwendbar wäre. Konkret also der KV, der für vergleichbare ö AN für die konkrete Arbeit in Ö gelten würde. Bei mehreren Geschäftsbereichen ist § 9 ArbVG anzuwenden.

Das Bruttoentgelt entsprechend KV ist entscheidend. Gilt für den entsandten AN ausländisches SV-Recht, ist im Krankheitsfall Entgeltfortzahlung nach dem Recht des Entsendestaats zu leisten. Das BMASK geht somit davon aus, dass die Entgeltfortzahlung unter den Entgeltbegriff und damit die Strafbarkeit fällt.

**Rz 21 Dienstleistungen im Transportsektor**

Bei Kabotage liegt stets eine Entsendung vor, bei reinem Transitverkehr hingegen nicht. Endet oder beginnt der Transport in Ö, liegt meist eine Entsendung vor.

**Rz 26 Schulung von AN aus dem Ausland in Ö Unternehmen**

Nachdem der Ausnahmekatalog nach § 7b Abs 1a AVRAG (s. Rz 8) nur kurzfristige Einsätze erfasst, stellt Rz 26 klar, dass auch längerfristige Schulungen in Ö von den Pflichten rund um die Entsendung nicht erfasst sind. Hingegen liegt eine meldepflichtige Entsendung vor, wenn die Schulung als Überlassung aus dem Ausland zu qualifizieren ist.

**Rz 29 Entgeltansprüche überlassener AN**

Für AN, die nach Ö überlassen werden, gilt der in Ö anwendbare Beschäftiger-KV. Sie die ö Überlasser-KVs (für Arbeiter oder für Angestellte) für den AN günstiger, gelten diese inkl. Referenzzuschlag.

**Rz 36 Übermittlung von Sachverhaltsfeststellungen durch Dritte**

Auch Dritte, etwa Betriebsräte, Interessenvertretungen können Unterentlohnungen anzeigen. Diese müssen hinreichend begründet sein, bloße Behauptungen reichen nicht.

**Rz 40 Tatbild der Unterentlohnung**

Zieht sich eine Unterentlohnung durch mehrere Lohnzahlungsperioden, liegt eine Unterschreitung vor. Bei Unterentlohnungen in zeitlich voneinander getrennten Lohnzahlungsperioden liegen mehrere Unterschreitungen vor, außer es handelt sich um ein fortgesetztes Delikt, das von einem einheitlichen Willensentschluss getragen ist.

**Rz 41 Kontrolle des Mindestentgelts**

Eine ganz wichtige Randziffer: Grundsätzlich wird das dem AN kollektivvertraglich zustehende Entgelt dem tatsächlich bezahlten Entgelt gegenübergestellt (s. auch Rz 50). Von der Lohnkontrolle nicht erfasst sind SV-freie Entgelte, insbesondere Schmutzzulagen, Ansprüche aus Anlass der Beendigung, BMSVG-Beiträge. Beim tatsächlich bezahlten Entgelt zählen Überzahlungen aufgrund Dienstvertrag und Betriebsvereinbarung, aber auch faktische Überzahlungen (zu denen der AG z.B. nicht verpflichtet ist) dazu. Daher sind auch freiwillige Leistungen wie Prämien anrechenbar.

Nicht angerechnet werden Aufwandersätze und Sachbezüge, außer der KV sieht das vor.

**Rz 43 bis 47 KV-Parteien**

Die KV-Parteien können bzw. müssen (bei begründeten Einwendungen gegen die Einstufung) gehört werden. Die KV-Parteien haben dafür 4 Wochen Zeit. Ihre Stellungnahme ist nicht bindend, dürfte aber faktisch wirken.

**Rz 50 Nachsicht**

Bereits aus dem Gesetz ergibt sich, dass zivilrechtliche Verjährungs- und Verfallsfristen hinsichtlich der Nachzahlung unbeachtlich sind.

Bei der Nachsicht kommt es darauf an, dass der AG die Differenz nachweislich leistet. Weder der Gesetzeswortlaut noch der Erlass fordern eine Widmung („Betrag X wird für Arbeitsleistung Y nachbezahlt“). ME sind daher auch Leistungen wie Prämien nicht nur anrechenbar, sondern wirken auch dann als Nachzahlung, wenn sie nicht ausdrücklich einem bestimmten Anspruch, der nicht (vollständig) vergütet wurde, gewidmet sind.

**Rz 51 Absehen von der Anzeige**

Bei Vorliegen der vorgenannten Voraussetzungen **hat** das Kompetenzzentrum von einer Anzeige abzusehen bzw. hat der Arbeitgeber einen Rechtsanspruch auf das Absehen von der Anzeige.

**Rz 52 Geringe Unterschreitung – 10%ige Bagatellgrenze**

Die RZ definiert eine Unterschreitung von maximal 10% des Monatsentgelts als „gering“. Das ist wesentlich, weil bei geringen Unterschreitungen die Anzeige/Strafe stets durch Nachzahlung abgewendet werden kann.

**Rz 55 Tätige Reue**

Wird der Fehlbetrag vor der Kontrolle geleistet, entfällt die Strafbarkeit. Auf die tatsächliche Schadensgutmachung kommt es an. ME ist daher auch eine Widmung, also eine Erklärung, welcher Anspruch erfüllt wird, nicht notwendig.

Tätige Reue liegt auch dann vor, wenn die Nachzahlung der Entgeltdifferenz über „Intervention“ Dritter (etwa einer Interessenvertretung) erfolgt.

Bei Unmöglichkeit direkter Gutmachung, weil der Geschädigte die Annahme verweigert oder unbekannt ist, kann die Schadensgutmachung z.B. auch durch Erlag gemäß § 1425 ABGB (gerichtliche Hinterlegung der Schuld) geleistet werden. Bloße Verwahrung zuhause oder auf separatem Konto wäre unzureichend.

**Rz 57 Absehen von der Strafverfolgung**

Arbeitsrechtliche Entgeltansprüche sind eine Vorfrage nach Maßgabe von § 38 AVG. Demnach kann die Behörde das Verfahren bis zur Entscheidung durch das Gericht aussetzen.

**Rz 62 Strafausmaß**

Die Kriterien für die Strafbemessung sind:

* Ausmaß und Dauer der Unterentlohnung, Anzahl der betroffenen AN
* Ausnützung der Schwächeposition des Geschädigten
* Verschulden
* Bedeutung des Rechtsguts, Vorstrafen, Prävention
* Nicht leicht zu überblickende Grundlagen für die Berechnung des KV-Entgelts
* Vermögenslage des AG

**Rz 64 Information des AN über Strafbescheid**

Der Anspruch ergibt sich aus dem Gesetz. Der AN erhält aber nicht den Bescheid, sondern wird nur über die Tatsache der Bestrafung informiert.

**Rz 70 Günstigkeitsvergleich**

Nach § 1 Abs. 2 VStG richtet sich die Strafe nach dem zur Zeit der Tat geltenden Recht, es sei denn, dass das zur Zeit der Entscheidung geltende Recht in seiner Gesamtauswirkung für den Täter günstiger wäre (Rückwirkungsgebot/Günstigkeitsvergleich). D.h. dass für Verstöße vor dem 1. 1. 2015 die erweiterten Nachsichtsmöglichkeiten wirken (z.B. tätige Reue).

Vom Günstigkeitsvergleich ist ausschließlich die Strafe erfasst. Nicht einzubeziehen in den Günstigkeitsvergleich sind hingegen geänderte verfahrensrechtliche Vorschriften, insbesondere Verjährungsfristen oder Rechtsmittelfristen oder Strafzumessungsregeln.

**Rz 78 Auskunft des Kompetenzzentrums an öffentliche Auftraggeber**

Ein Strafbescheid gilt auch dann als eine Bestrafung, wenn er sich auf mehrere Verwaltungsübertretungen bezieht. Das ist wichtig, weil der Begutachtungsentwurf zum Bundesvergabegesetz vorsieht, dass Bietern der Ausschluss vom Vergabeverfahren droht, wenn mehr als zwei Bestrafungen wegen Unterentlohnung bzw. zwei Bestrafungen in kurzem Abstand vorliegen.