

LSDB-G

Leitfaden zur Vermeidung von Strafen iZm Unterentlohnungen

Tax



Den Überblick behalten

Der Gesetzgeber hat in den letzten Jahren ein immer enger werdendes Korsett an Vorschriften zur Vermeidung von Lohndumping geschaffen. Dieser Leitfaden soll Ihnen helfen, angesichts der hohen Komplexität dieser Regelungen den Überblick zu behalten. Da der Leitfaden aber eine eingehende Beratung nicht ersetzen kann, empfehlen wir, sich im Einzelfall mit Ihrem KPMG-Berater in Verbindung zu setzen.

Abkürzungsverzeichnis

ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch	EuGH	Europäischer Gerichtshof
AMS	Arbeitsmarktservice	EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
AngG	Angestelltengesetz	EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
Arbeitszeit-RL	Richtlinie 2003/88/EG über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung	GewO	Gewerbeordnung
ArbVG	Arbeitsverfassungsgesetz	GKK	Gebietskrankenkasse
ARG	Arbeitsruhegesetz	GP	Gesetzgebungsperiode
ARG-VO	Arbeitsruhegesetz-Verordnung	HausgG	Hausgehilfen- und Hausangestelltengesetz
ASRÄG	Arbeits- und Sozialrechts-Änderungsgesetz 2014	KA-AZG	Krankenanstalten-Arbeitszeitgesetz
ASVG	Allgemeines Sozialversicherungsgesetz	KIAB	Kontrolle illegaler Beschäftigter
AÜ	Arbeitskräfteüberlasser	KJBG	Kinder- und Jugendbeschäftigungsgesetz
AÜG	Arbeitskräfteüberlassungsgesetz	KV	Kollektivvertrag
AuslBG	Ausländerbeschäftigungsgesetz	LAG	Landarbeitsgesetz
AVRAG	Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz	LSDB-G	Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz
AZG	Arbeitszeitgesetz	LSDB-RL	Lohnschutzrechtliche Bestimmungen des AVRAG (LSDB Richtlinien 2015)
BäckAG	Bäckereiarbeiter/innengesetz	MLT	Mindestlohn tarif
BlgNr	Beilage(-n) zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates	MSchG	Mutterschutzgesetz
BMF	Bundesministerium für Finanzen	Ö	Österreich
BMSVG	Betriebliches Mitarbeiter- und Selbständigenvorsorgegesetz	OGH	Oberster Gerichtshof
BPG	Betriebspensionengesetz	RL	Richtlinie
BUAG	Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungsgesetz	Rom-I-VO	Verordnung über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht
BUAK	Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse	Rsp	Rechtsprechung
BV	Betriebsvereinbarung	Rz	Randziffer
BVergG	Bundesvergabegesetz	SEG-Zulagen	Schutz-, Erschwernis- und Gefahrenzulagen
EFZG	Entgeltfortzahlungsgesetz	SV	Sozialversicherung
EG	Europäische Gemeinschaft	Überlassungs-RL	Richtlinie 2008/104/EG über Leiharbeit
Entsende-RL	Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen	UrlG	Urlaubsgesetz
ErlRV	Erläuternde Bemerkungen zur Regierungsvorlage	VO	Verordnung
EStG	Einkommensteuergesetz	VwGH	Verwaltungsgerichtshof
EU	Europäische Union	WTO	World Trade Organization/Welthandelsorganisation
		ZKO	Zentrale Koordinationsstelle für die Kontrolle illegaler Beschäftigung
		ZI	Zahl

Inhaltsverzeichnis

1. EINLEITUNG

2. KORREKTE ANWENDUNG DES KOLLEKTIVVERTRAGS

- 2.1 Grundsätzliches
- 2.2 Welcher Kollektivvertrag ist anwendbar
- 2.3 Folgen der Nichtanwendung des maßgeblichen KV
- 2.4 Einstufungskriterien

3. MASSGEBLICHE ENTGELTBESTANDTEILE HINSICHTLICH DES LSDB-G

- 3.1 Grundsätzliches
- 3.2 Übersicht über unterentlohnungsrelevante Entgeltbestandteile
- 3.3 Entgelt für Ausfallszeiten
- 3.4 Möglichkeit der Anrechnung von Überzahlungen auf die Unterentlohnung

4. ARBEITSZEITRECHTLICHE ASPEKTE

- 4.1 Grundsätzliches zur Arbeitszeit
- 4.2 Entlohnung von Mehr- und Überstunden
- 4.3 Flexible Arbeitszeitmodelle

5. GRENZÜBERSCHREITENDE SACHVERHALTE

- 5.1 Allgemeines
- 5.2 Verpflichtungen bei einer Entsendung isd AVRAG
- 5.3 Grenzüberschreitende Arbeitskräfteüberlassung

6. STRAFEN IZM DEM LSDB-G

- 6.1 Grundsätzliches
- 6.2 Sanktionen
- 6.3 Möglichkeiten einer Strafe zu entkommen bzw sie zu mindern

ANHANG

Ausgewählte Judikatur zum LSDB-G

Aus Gründen der leichteren Lesbarkeit wird im folgenden Text die männliche Form gewählt.
Die Angaben beziehen sich selbstverständlich auf Angehörige beider Geschlechter.

1. Einleitung

Ursprünglich war der Aspekt der Unterentlohnung einer, der nur zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer vor den Arbeitsgerichten auszufechten war. Für die Verwaltungsbehörden war eine Verkürzung des zustehenden Entgelts durch den Arbeitgeber nur insoweit relevant, als die ASVG-Beiträge seit jeher mindestens vom arbeitsrechtlichen Anspruchslohn zu bemessen sind.

Im Zusammenhang mit der Öffnung des Arbeitsmarktes für zahlreiche osteuropäische Staaten wurde mit 1.5.2011 im Rahmen des so genannten Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetzes (LSDB-G) erstmals eine Verwaltungsstrafe für Unterentlohnungen eingeführt. Diese war ursprünglich auf den Grundlohn beschränkt. Seit 1.1.2015 bezieht sie sich auf das gesamte nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag zustehende Entgelt, wobei die von der ASVG-Beitragspflicht ausgenommenen Entgeltbestandteile ausgeklammert bleiben. Im Unterschied zum beitragsrechtlichen Anspruchslohnprinzip bleiben hinsichtlich des LSDB-G aber weiterhin Entgeltansprüche aufgrund anderer (nachrangiger) Rechtsgrundlagen – wie zB einer Betriebsvereinbarung oder einer einzelvertraglichen Regelung – ausgeklammert.

Die Lohnkontrolle im Hinblick auf das LSDB-G obliegt grundsätzlich der GKK bzw im Baubereich der BUAK. Bei nicht dem ASVG unterliegenden Arbeitnehmern (bei Anwendbarkeit einer ausländischen Sozialversicherung) ist die Kontrollbehörde die Finanzpolizei (KIAB), welche den ermittelten Sachverhalt an das eigens für die Zwecke der Lohnkontrolle eingerichtete Kompetenzzentrum LSDB der Wiener Gebietskrankenkasse weitergibt. Die Bearbeitung einer auf Verdacht der Unterentlohnung erfolgten Anzeige durch die genannten Behörden und die Ausstellung der Strafbescheide erfolgt durch die zuständige Bezirksverwaltungsbehörde. Als Auslegungsbehelf zum LSDB-G hat das Sozialministerium 2015 wieder eigene Richtlinien (LSDB-Richtlinien) herausgegeben.

In dieser Broschüre sollen die Einzelaspekte des LSDB-G systematisch wie folgt gegliedert dargestellt werden:

- Ausgangspunkt für die Frage des Entgeltanspruchs ist (in aller Regel) der jeweilige **Kollektivvertrag**. In **Kapitel 2** wird dargestellt, welcher Kollektivvertrag anzuwenden ist und welche Kriterien bei der kollektivvertraglichen Einstufung zu beachten sind.
- **Kapitel 3** beschäftigt sich mit der Frage, welche Entgeltbestandteile hinsichtlich des LSDB-G relevant sind und inwieweit **Überzahlungen** angerechnet werden können. Außerdem wird auf die **Entgeltfortzahlungspflicht** bei Urlaub, Krankheit und Feiertag eingegangen.

- Von großer Bedeutung ist im gegebenen Zusammenhang das **Arbeitszeitrecht (Kapitel 4)**. Die diesbezüglichen Grundsätze werden unter 4.1 erläutert. Unter 4.2 und 4.3 wird der besonders wichtige Aspekt der Mehr- und Überstunden, der diesbezüglichen Zuschläge und der Möglichkeiten zur Vermeidung solcher Entgeltpflichten durch flexible Arbeitszeitmodelle erläutert.
- Da gerade bei **grenzüberschreitenden Sachverhalten** ein Unterlaufen der österreichischen Arbeitsstandards und Wettbewerbsverzerrungen verhindert werden soll, sind hier besonders umfassende Vorgaben vorgesehen. In **Kapitel 5** werden diese behandelt.
- **Kapitel 6** stellt schließlich dar, welchen Strafrahmen das Gesetz im gegebenen Zusammenhang vorsieht und welche Möglichkeiten bestehen, solche **Strafen** abzuwehren bzw zu verringern.

2. Korrekte Anwendung des Kollektivvertrags

2.1 GRUNDSÄTZLICHES

Die Verwaltungsübertretung der Unterentlohnung erfüllt, wer als Arbeitgeber seinem Arbeitnehmer nicht zumindest das nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag zustehende Entgelt unter Beachtung der jeweiligen Einstufungskriterien bezahlt (§ 7i Abs 5 erster Satz AVRAG). Die korrekte Anwendung des maßgeblichen Kollektivvertrages ist daher von entscheidender Bedeutung.

Fehler, die in diesem Zusammenhang auftreten, basieren ua auf der Anwendung eines unrichtigen Kollektivvertrages (KV) bzw anwendbaren Mindestlohntarifs (MLT), häufig aber auch auf einer zu niedrigen Einstufung in das Entlohnungsschema.

2.2 WELCHER KOLLEKTIVVERTRAG IST ANWENDBAR?

Der auf das Arbeitsverhältnis anzuwendende KV richtet sich bei gewerblichen Tätigkeiten danach, welchem Arbeitgeberverband der Wirtschaftskammer (Fachgruppe) der Arbeitgeber als Mitglied angehört, wobei diese Mitgliedschaft ex lege durch die Erteilung einer Gewerbeberechtigung erworben wird. Die Zugehörigkeit zu einer Fachgruppe bewirkt in aller Regel auch die zwingende Anwendbarkeit eines bestimmten Kollektivvertrages.¹ Bei Zweifelsfragen zur Zugehörigkeit der Fachgruppe hat die Wirtschaftskammer diese festzulegen. Mitunter gibt es Bereiche, für die kein KV abgeschlossen wurde.

¹ OGH 22.11.2007, 8 Ob A 62/07m

Für den **Arbeitgeber**, der aufgrund der Ausübung fachlich verschiedener Tätigkeiten **mehrfach kammerzugehörig** ist, können auch mehrere Kollektivverträge zur Anwendung kommen. Hier sind die Kollisionsregeln des ArbVG zu beachten:

- Ist die Mehrfachmitgliedschaft auf mehrere abgrenzbare Betriebe oder organisatorisch abgegrenzte Betriebsabteilungen bzw Bereiche bezogen, dann gilt für die dort eingesetzten Arbeitnehmer jener KV, der dem Betrieb bzw der Betriebsabteilung fachlich oder örtlich entspricht. Diese Regelung kommt analog zur Anwendung, wenn es in einem Unternehmen Betriebe bzw organisatorisch abgrenzbare Betriebsbereiche mit und ohne anwendbaren KV gibt.²
- Lässt sich eine solche fachlich-organisatorische Abgrenzung innerhalb des Unternehmens bzw Betriebes nicht ziehen, dann liegt ein so genannter **Mischbetrieb** vor. Bei diesem kommt grundsätzlich jener KV zur Anwendung, der dem Wirtschaftszweig entspricht, der für den Betrieb die maßgebliche Bedeutung hat, dem betreffenden Betrieb also das Gepräge gibt. Dieser Vorrang des Wirtschaftsbereichs mit der maßgeblichen wirtschaftlichen Bedeutung kommt allerdings nur dann zum Tragen, wenn für die Tätigkeiten innerhalb des Mischbetriebes zumindest zwei konkret anwendbare KV vorliegen. Wird hingegen in einem Mischbetrieb eine kollektivvertragsunterworfenen und kollektivvertragsfreie Tätigkeit ausgeübt, unterliegt der Mischbetrieb dem KV, auch wenn dies zu dem Ergebnis führt, dass alle Arbeitsverhältnisse dem KV des eigentlich untergeordneten Bereiches unterliegen.

Auf **Arbeitnehmerseite** gilt der Grundsatz der **Tarifeinheit**, dh auf ein Dienstverhältnis kann immer nur ein KV einwirken. Wird ein Arbeitnehmer im Rahmen seines Dienstverhältnisses in mehreren Betrieben oder organisatorisch abgegrenzten Betriebsabteilungen des Arbeitgebers tätig, dann findet auf ihn jener KV Anwendung, der seiner überwiegend ausgeübten Beschäftigung entspricht.

2.3 FOLGEN DER NICHTANWENDUNG DES MASSGEBLICHEN KV

Bei Ausübung einer gewerblichen Tätigkeit ohne die hierfür erforderliche Gewerbeberechtigung oder mit einer nicht passenden Gewerbeberechtigung wird der bei rechtmäßiger Ausübung anwendbare KV fingiert (§ 2 Abs 13 GewO). Die Mindestentgeltregelungen des tatsächlich maßgeblichen (tätigkeitseinschlägigen) KV werden letztlich daher immer – also auch für „Pfuscher“ – schlagend.

2.4 EINSTUFUNGSKRITERIEN

Die Entlohnungsschemata der Branchen-KV sehen für Arbeiter und Angestellte separate Mindestentlohnungs- bzw gehaltsregelungen vor. Beiden gemeinsam ist, dass sich das Mindestentgelt idR an der Verwendung des Arbeitnehmers und der Betriebszugehörigkeit orientiert.

Die Entlohnung der Arbeiter richtet sich nach der tatsächlich ausgeübten Tätigkeit bzw fachlichen Ausbildung des Arbeitnehmers, die in Lohngruppen abgebildet wird und innerhalb welcher der Mindestlohn nach Dauer der Betriebs- bzw Berufszugehörigkeit ansteigen kann.³ Im Angestelltenbereich wird das Mindestentgelt in den KV nach Verwendungs- oder Beschäftigungsgruppen definiert. Innerhalb dieser Gruppen steigt das kollektivvertragliche Mindestentgelt idR nach den Jahren der Berufserfahrung an.

Bei der Einstufung in die Lohn-, Verwendungs- oder Beschäftigungsgruppen sind – wenn die Berücksichtigung von Jahren der Berufserfahrung im KV vorgesehen ist – auch die bei anderen Arbeitgebern (auch in EU/EWR) erworbenen Jahre an Berufserfahrung zu berücksichtigen.

Nach dem KV für die Angestellten in Handelsbetrieben sind zB für die Ermittlung des korrekten Mindestentgeltes – egal in welcher Beschäftigungsgruppe – sogar sämtliche erworbenen Angestellten-Berufsjahre anzurechnen. Zu diesem Zweck ist der Arbeitgeber angehalten, sich die Nachweise bzw Informationen über Ausbildung und Berufserfahrung des Arbeitnehmers zu verschaffen. In diesem Fall hat der Arbeitgeber den Arbeitnehmer nachweislich aufzufordern, entsprechende Unterlagen vorzulegen.

Das Mindestentgelt verändert sich nicht nur mit wachsender Betriebszugehörigkeit bzw Berufserfahrung, sondern auch infolge einer auf Dauer angelegten Tätigkeitsveränderung.

Unterentlohnungen treten dabei häufig iZm der Nicht- oder zu geringen Anrechnung von Vordienstzeiten bei anderen Arbeitgebern oder der Nichtbeachtung von Zeitvorrückungen auf. Doch auch die Einreihung der vom Arbeitnehmer ausgeübten Tätigkeit in eine der vorgegebenen Lohn- oder Verwendungsgruppen ist in der Praxis häufig schwierig.

Für fehlerhafte Einstufungen, die auf Auskunft der KV-Parteien oder der GKK beruhen, die diese auf Basis vollständiger Sachverhaltsgrundlagen erteilt haben, trifft den Arbeitgeber kein grobes Verschulden. Nicht hinreichend sind aber Auskünfte unzuständiger Behörden bzw berufsmäßiger Parteienvertreter, wie zB Rechtsanwälte und Steuerberater.

² OGH 30.08.1989, infas 1990, A36

³ Siehe auch Pkt 9.9 der LSDB-RL

3. Maßgebliche Entgeltbestandteile hinsichtlich des LSDB-G

3.1 GRUNDSÄTZLICHES

Bereits vor der Änderung durch das ASRÄG 2014 war die Unterschreitung des Grundlohnes – das ist im Wesentlichen der für die erbrachte Arbeitszeit nach dem Kollektivvertrag zustehende Grundbezug einschließlich des Überstundengrundlohn, aber ohne Zulagen, Zuschläge, Sonderzahlungen oder sonstiges KV-Entgelt – verwaltungsstrafrechtlich sanktioniert.

Seit 1.1.2015 fällt das gesamte nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag zustehende Entgelt unter Beachtung der jeweiligen Einstufungskriterien und unter Ausnahme der nach § 49 Abs 3 ASVG beitragsfreien Entgeltbestandteile unter die behördliche Unterentlohnungskontrolle (§ 7i Abs 5 AVRAG). Damit bleibt diese aber weiterhin hinter dem beitragsrechtlichen Anspruchslohnprinzip, das – ungeachtet der Rechtsgrundlage – alle zustehenden Entgeltbestandteile erfasst, zurück.

3.2 ÜBERSICHT ÜBER UNTERENTLOHNUNGSRELEVANTE ENTGELTBESTANDTEILE

3.2.1 Entgeltbestandteile, welche der Entgeltkontrolle unterliegen

Da der Anknüpfungspunkt des LSDB-G seit 1.1.2015 nicht mehr der Grundlohn, sondern das Entgelt ist, wird seither auch die Nichtzahlung von Zulagen, Zuschlägen, Sonderzahlungen oder sonstiges KV-Entgelt verwaltungsstrafrechtlich sanktioniert.

Der Lohnkontrolle unterliegen daher insbesondere:

- **Zulagen**
Zulagen, die für die Zurverfügungstellung der Arbeitskraft gebühren (zB Erschwerniszulagen, Gefahrenzulagen), sind – mit Ausnahme der (steuer- und) beitragsfreien Schmutzzulagen – Bestandteil der Entgeltkontrolle. Nicht der Entgeltkontrolle unterliegen Zulagen, die Aufwandsentschädigungen darstellen (zB beitragsfreie Schmutzzulage).
- **Zuschläge**
Berücksichtigung finden auch Zuschläge (zB Mehr- und Überstundenzuschläge, Nachtzuschläge, Sonn- und Feiertagszuschläge). LSDB-G relevant sind auch Urlaubszuschläge nach dem BUAG. Zu beachten ist aber, dass die übrigen Zuschläge nach dem BUAG (Abfertigung, Winterfeiertagsgeld, Überbrückungsgeld) nicht der Entgeltkontrolle unterliegen.

– **Sonderzahlungen**

Seit 1.1.2015 fallen auch zu niedrige Sonderzahlungen (zB Urlaubszuschuss und Weihnachtsremuneration) unter den Tatbestand der Unterentlohnung.

Der Gesetzeswortlaut sieht bei Dienstverhältnissen, welche dem ASVG unterliegen, eine Unterentlohnung nur dann vor, wenn der Arbeitgeber die Sonderzahlungen nicht oder nicht vollständig bis zum 31.12. des jeweiligen Kalenderjahres geleistet hat (§ 7i Abs 5 AVRAG). Bei Beendigung des Dienstverhältnisses sind die Sonderzahlungen zum Beendigungszeitpunkt abzugelten, in diesem Fall darf mit der Auszahlung nicht bis 31.12. zugewartet werden.

Manche Kollektivverträge normieren abweichende Fälligkeiten (zB Fälligkeit richtet sich nach dem Arbeitsjahr und nicht dem Kalenderjahr). Zur Frage, inwieweit solche Bestimmungen durch die Gesetzesnovelle derogiert werden, gibt es derzeit unterschiedliche Meinungen. Eine diesbezügliche Judikatur liegt noch nicht vor.

Die arbeitsrechtliche Fälligkeit der Sonderzahlungen bestimmt sich jedenfalls weiterhin nach der anspruchsbegründenden Rechtsvorschrift (im Regelfall KV).

Für Arbeitnehmer, welche nach Österreich entsendet werden (nicht aber bei grenzüberschreitender Arbeitskräfteüberlassung), sind Sonderzahlungen (sofern der fiktiv anzuwendende KV solche vorsieht (siehe Punkt 5.1)) aliquot für den jeweiligen Lohnzahlungszeitraum zusätzlich zum laufenden Entgelt zu leisten. Das bedeutet, dass die Sonderzahlungen gemeinsam mit dem Grundgehalt abgerechnet werden und daher die Steuerbegünstigung für sonstige Bezüge gem § 67 Abs 1 und 2 EStG nicht zur Anwendung kommen kann, weshalb eine begünstigte Besteuerung mit einem fixen Steuersatz (in vielen Fällen 6 %) nicht zulässig ist.

Nach den LSDB-RL findet die Sonderregel betreffend die monatlich aliquote Sonderzahlung im Fall einer nachweislichen Überzahlung (dh der Lohnanspruch des entsandten Arbeitnehmers nach dem Recht des Entsendestaates liegt über dem sich aus dem fiktiv anzuwendenden KV ergebenden Entgeltanspruch) keine Anwendung. Inwieweit dem Erlass künftig von der Verwaltungs- und Gerichtspraxis Rechnung getragen wird, bleibt aber abzuwarten.

- Facharbeiterlöhne
- Wegzeitvergütungen (Entgelt für Fahrten zum Einsatzort)

Diese zählen zum Entgelt, soweit sie im KV vorgesehen sind.

- Ausfallsentgelte (siehe Punkt 3.3)

3.2.2 Entgeltbestandteile, welche in der Regel nicht der Entgeltkontrolle unterliegen

Nachdem sich die Strafbestimmungen des LSDB-G nur auf das nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag zustehende Entgelt beziehen, fallen Entgeltbestandteile, welche aufgrund einer Betriebsvereinbarung oder eines Einzelvertrages gewährt werden, nicht in die Entgeltkontrolle. Dies betrifft idR etwa folgende Entgelte:

– **Prämien (zB Zielerreichungsprämien, Gewinnbeteiligungen)**

Da sich der Anspruch auf Prämien idR entweder aus dem Einzelvertrag oder einer Betriebsvereinbarung ergibt, werden diesbezügliche Unterentlohnungen nicht verwaltungsstrafrechtlich sanktioniert. Sollen durch eine Prämie aber auch andere gesetzliche oder kollektivvertraglich normierte zwingende Ansprüche abgegolten werden, kann eine LSDB-Relevanz vorliegen.

– **Provisionen**

Auch Provisionen gebühren häufig nur auf Grund eines Einzelvertrages oder einer Betriebsvereinbarung und unterliegen in diesem Fall nicht der Entgeltkontrolle. Zu beachten ist aber, dass manche Kollektivverträge eine Kombination von Fixum und Provision ermöglichen. Wird dabei das kollektivvertragliche Jahres-Mindestentgelt (inklusive Sonderzahlungen) nicht gewährt, liegt eine Unterentlohnung vor.

– **Überstundenpauschalen**

Bei Überstundenpauschalen liegt ua dann eine Unterentlohnung vor, wenn die Pauschale die geleisteten Jahresüberstunden nicht abdeckt und die Überstunden auch nicht anderweitig abgegolten werden.

3.2.3 Entgeltbestandteile, welche nicht der Entgeltkontrolle unterliegen

Für die Entgeltkontrolle irrelevant sind insbesondere Vergütungen, die kein arbeitsrechtliches Entgelt darstellen. Darüber hinaus sind die in § 49 Abs 3 ASVG angeführten Entgeltbestandteile explizit nicht vom Tatbestand der Unterentlohnung erfasst, sofern sie tatsächlich beitragsfrei sind. Dazu zählen ua:

– **Auslagenersätze (Vergütungen des Arbeitgebers für dienstliche Aufwendungen)**

Dazu gehören Fahrtkostenvergütungen inklusive Vergütungen für Wochenend- und Familienheimfahrten, sowie Tages- und Nächtigungsgelder soweit sie nach § 26 Z 4 bzw § 3 Abs 1 Z 16b EStG nicht der Lohnsteuerpflicht unterliegen (Taggelder derzeit bis maximal € 26,40, Nächtigungsgelder bis maximal € 15,00 pro Tag).

- Vergütungen für den Mehraufwand, die bei Arbeiten außerhalb des Betriebes, oder mangels zumutbarer Rückkehrmöglichkeit an den ständigen Wohnort (Familienwohnsitz) entsteht (zB Trennungsgelder).
- Schmutzzulagen, soweit sie nach § 68 Abs 1, 5 und 7 EStG nicht der Lohnsteuerpflicht unterliegen (somit Schmutzzulagen im maximalen Ausmaß von € 360,00 pro Monat). Dies bedeutet, dass bei der Gewährung von SEG-Zulagen der Anteil der steuerfreien Schmutzzulage an den gesamten Zulagen zu ermitteln ist und dieser Anteil bei der Entgeltkontrolle außer Betracht bleibt.
- Jubiläumsgeschenke sind nach § 49 Abs 3 ASVG beitragsfrei und unterliegen somit nicht dem Tatbestand der Unterentlohnung. Nach Ansicht des Hauptverbandes der Sozialversicherungsträger sind von dieser Befreiungsbestimmung auch Jubiläumsgelder erfasst. Inwieweit die Bezirksverwaltungsbehörden bzw Verwaltungsgerichte die Rechtsauffassung des Hauptverbandes teilen, kann nicht gesagt werden. Ab 1.1.2016 entfällt diese Befreiungsbestimmung.
- Fehlgeldentschädigungen (Zählgelder, Mankogelder) für Arbeitnehmer, die im Kassen- oder Zählendienst beschäftigt sind, in Höhe von maximal € 14,53 monatlich. Auch diese werden ab 1.1.2016 beitragspflichtig und somit LSDB-G relevant.
- Vergütungen, die aus Anlass der Beendigung des Dienstverhältnisses gewährt werden, wie zB Abfertigungen, Abgangsentschädigungen, Übergangsgelder (Urlaubersatzleistungen und Kündigungsentschädigungen unterliegen aber sehr wohl der Entgeltkontrolle).
- Beiträge nach dem BMSVG und dem BPG sind bei der Beurteilung einer allfälligen Unterentlohnung nicht zu berücksichtigen.
- Werkzeuggelder fallen aufgrund der Beitragsfreiheit nicht in den Tatbestand des LSDB-G. Da Werkzeuggelder aber ab 1.1.2016 auch der Beitragspflicht unterliegen, sind sie ab diesem Zeitpunkt auch LSDB-G relevant.
- Da kollektivvertragliche Istlohn(-gehalts)klauseln an einzelvertragliche Überzahlungen anknüpfen, unterliegen sie nicht der Entgeltkontrolle.

3.3 ENTGELT FÜR AUSFALLSZEITEN

Das LSDB-G schützt nach Ansicht des Sozialministeriums auch das Entgelt für arbeitsfreie, aber entgeltspflichtige Zeiträume. Dieses Ausfallsentgelt soll den Arbeitnehmer während bestimmter berechtigter Abwesenheiten einkommensmäßig so stellen, als hätte er die Arbeitsleistung erbracht. Das Ausfallsentgelt gebührt in Zeiten von:

- Krankenstand in Form von Krankentgelt (§ 8 Abs 1 und 2 AngG, § 3 EFZG),
- Urlaub in Form von Urlaubsentgelt (§ 6 UrlG),
- Feiertagen in Form von Feiertagsentgelt (§ 9 ARG),
- sonstigen Dienstverhinderungen (zB Pflegefreistellung gemäß § 16 UrlG, Dienstverhinderungen gemäß §§ 8 Abs 3 AngG, 1154b Abs 5 ABGB oder dem anwendbaren KV).

Zum Urlaubsentgelt sowie zum Krankentgelt für Arbeiter definieren Generalkollektivverträge zusätzlich den Entgeltbegriff. Diese sind branchenübergreifend auf sämtliche Arbeitsverhältnisse anzuwenden, sofern für den Betrieb die Kammer der gewerblichen Wirtschaft die Kollektivvertragsfähigkeit besitzt. Die Kollektivverträge können aber eigenständige, von den Generalkollektivverträgen abweichende Regelungen betreffend Urlaubsentgelt und Krankentgelt treffen und enthalten vielfach auch betreffend sonstiger Dienstverhinderungen Regelungen.

Gebührt einem Mitarbeiter nur ein fixer Bezug (zB Gehalt oder Stundenlohn für Normalstunden; keine Erbringung von in Geld abzugelenden Mehrleistungen), so sind mit dem Fixbezug auch Ausfallszeiten abgedeckt (eine gesonderte Berechnung ist nicht erforderlich). Bei Erbringung von Mehrleistungen (für die ein Geldanspruch gebührt) oder bei Anspruch auf variable Entgeltbestandteile (zB Zulagen) hat er hingegen idR auch während der ausgefallenen Arbeitszeit Anspruch auf Fortzahlung des Entgelts. Dabei wird idR hinsichtlich der **Methode zur Ermittlung des Ausfallsentgelts** differenziert.

- Grundsätzlich soll diesbezüglich das zukunftsorientierte **Ausfallsprinzip** zur Anwendung kommen. Lässt sich exakt feststellen, welches Entgelt während der Dienstverhinderung gebührt hätte (zB mittels Dienstplan), so ist dieses Entgelt fortzuzahlen.
- Ist eine solche Prognose nicht möglich, wird idR hilfsweise das vergangenheitsorientierte **Durchschnittsprinzip** angewendet. Bei diesem wird für die Dauer der Dienstverhinderung der Durchschnitt der variablen Entgelte innerhalb eines repräsentativen Beobachtungszeitraumes vor der Dienstverhinderung fortgezahlt. Der VwGH sieht dementsprechend aufgrund des Kontinui-

tätsgedankens 13 Wochen als einen geeigneten Beobachtungszeitraum an⁴. Bei stark schwankenden Bezügen (zB Schichtzulagen, saisonale Schwankungen) wird demgegenüber eine Berechnung nach dem Jahresdurchschnitt als angemessen betrachtet⁵. Regelt der KV – wie häufig – nur das Urlaubs- oder Krankentgelt, so ist aus Gründen der praktischen Durchführbarkeit diese Bestimmung auch auf andere Nichtleistungsentgelte anzuwenden.

Fallen in den Beobachtungszeitraum auch Nichtleistungszeiten, sind diese grundsätzlich zu neutralisieren⁶.

Für Provisionen sieht der Generalkollektivvertrag zu § 6 UrlG zur Beweiserleichterung zwingend die Anwendung des Durchschnittsprinzips auf Basis eines Beobachtungszeitraums von zwölf Monaten vor. Nach der Rsp des OGH ist diese Bestimmung auch auf das Krankentgelt anzuwenden⁷. Für den Fall einer Dienstfreistellung hingegen hat der OGH die Fortzahlung der Provisionen dann verneint, wenn der Arbeitnehmer aufgrund betrieblich bedingter Umstände auch ohne Dienstfreistellung keine Provisionen verdient hätte.

Enthält der anwendbare KV für die Ermittlung des Ausfallsentgelts eigenständige Regelungen und verweist er nicht lediglich auf die Generalkollektivverträge, ist diese Berechnungsart zwingend heranzuziehen⁸.

Was ist fortzuzahlen?

Welche Entgeltbestandteile bei der Durchschnittsberechnung heranzuziehen sind, ergibt sich in erster Linie aus dem Gesetz, den Generalkollektivverträgen und dem jeweiligen KV. Grundsätzlich sind die im Beobachtungszeitraum regelmäßig geleisteten variablen Bezüge zur Berechnung heranzuziehen. Entgelte gelten als regelmäßig geleistet, wenn sie im Beobachtungszeitraum überwiegend angefallen sind (zB in 7 von 13 Wochen; 7 von 12 Monaten, an 143 Tagen in einem Jahr). Der anwendbare KV kann aber auch vorsehen, dass die Regelmäßigkeit unbeachtet bleibt und generell das durchschnittliche Entgelt eines vorgegebenen Zeitraumes fortzuzahlen ist.

Werden Entgeltbestandteile im Beobachtungszeitraum nur ausnahmsweise geleistet, so sind diese in die Durchschnittsberechnung nicht einzubeziehen, sofern der KV nicht Abweichendes vorsieht. Auch wenn sich feststellen lässt, dass ein Entgeltbestandteil selbst bei Arbeitsleistung nicht gebührt hätte (zB aufgrund einer Tätigkeitsveränderung oder betrieblicher Umstände, wie zB iFv Kurzarbeit), kann dieser Entgeltbestandteil – mangels gegenteiliger Bestimmung im KV – bei der Berechnung außer Betracht bleiben. Zu beachten ist aber, dass der diesbezügliche vom Arbeitgeber zu erbringende Beweis oftmals schwierig sein kann.

⁴ VwGH vom 11.12.2013, 2011/08/0327

⁵ OGH 25.2.2015, 9 ObA 12/15b

⁶ OGH vom 14.4.1999, 9 ObA 20/99b

⁷ OGH vom 17.10.2002, 8 ObA 67/02i

⁸ VwGH vom 11.12.2013, 2011/08/0327

Fortzuzahlen sind beispielsweise:

- regelmäßig geleistete Überstunden (sofern sie nicht in Freizeit ausgeglichen werden)
- Zulagen, Zuschläge
- Provisionen (mit Ausnahme der Direkt- und Folgeprovisionen)
- Akkordlöhne, Leistungsprämien
- Sonderzahlungen⁹
- Gewinnbeteiligungen.

Nicht zu berücksichtigen sind nach den beiden Generalkollektivverträgen Sachbezüge und Aufwandsersätze wie ua Mehr- und Überstunden, die durch Freizeit abgegolten werden (sehr wohl aber die Zuschläge hierauf, sofern diese in Geld ausbezahlt werden), Fahrtkostenvergütungen, Entfernungszulagen, sowie Tages- und Nächtigungsgelder. Überdies sind auch Direktprovisionen und Folgeprovisionen – also Provisionen, die ohnehin auch während Nichtleistungszeiten fortbezahlt werden – nicht in das Ausfallsentgelt miteinzubeziehen¹⁰.

Es ist zu beachten, dass eine pauschale Abgeltung des Kranken- bzw. Urlaubsentgelts durch ein erhöhtes laufendes Entgelt nach der Rechtsprechung des OGH nicht zulässig ist, da eine solche Vereinbarung einer Anwesenheitsprämie gleicht¹¹.

3.4 MÖGLICHKEIT DER ANRECHNUNG VON ÜBERZAHLUNGEN AUF DIE UNTERENTLOHNUNG

Betriebsvereinbarungs- oder arbeitsvertragsrechtliche Überzahlungen können auf Unterentlohnungen (Unterschreiten des kollektivvertraglichen Mindestentgelts) angerechnet werden, soweit sie sich

- auf die gebührenden Entgeltbestandteile und
- den gleichen Lohnzahlungszeitraum (jener Zeitraum, nach dem das Entgelt bemessen wird)

beziehen.

Zur Reichweite dieser Anrechnungsmöglichkeit ist festzuhalten:

- Auch wenn eine lohnperiodenübergreifende Betrachtung nicht zum Wegfall des Delikts einer lohnperiodenbezogenen Unterentlohnung führen kann, kann (sofern nicht sowieso tätige Reue vorliegt) strafmildernde leichte Fahrlässigkeit angenommen werden, wenn sich periodenübergreifend keine Unterentlohnung ergibt¹².

- Eine Gegenverrechnung des nicht bezahlten Arbeitsentgeltes mit Sachleistungen ist aufgrund des grundsätzlich geltenden Geldzahlungsgebots nur dann zulässig, wenn der KV dies vorsieht.
- Die gesetzliche Regelung der Überzahlungsanrechnung in Bezug auf die gebührenden Entgeltbestandteile (Bruttobetachtung) ist unbestimmt. In der Verwaltungspraxis wird eine Anrechnung von Überzahlung akzeptiert, wenn sie sich auf denselben Lohnzahlungszeitraum bezieht und es sich bei den Überzahlungen nicht um Aufwandsersätze oder Sachbezüge handelt.

4. Arbeitszeitrechtliche Aspekte

4.1 GRUNDSÄTZLICHES ZUR ARBEITSZEIT

4.1.1 Rechtsgrundlagen

Vorschriften betreffend die Gestaltung bzw. Verteilung der Normalarbeitszeit, die zulässige Tages- und Wochenhöchst-arbeitszeit, der erforderlichen Ruhepausen und der damit verbundenen Entgeltansprüche finden sich im Arbeitszeitgesetz (AZG), im Arbeitsruhegesetz (ARG), in der diesbezüglichen Verordnung (ARG-VO) sowie in den anwendbaren KV oder MLT, BV und Einzelvereinbarungen. In den genannten Vorschriften wurde die Arbeitszeit-RL 2003/88/EG umgesetzt. Das AZG ist grundsätzlich auf alle Arbeitnehmer, die das 18. Lebensjahr vollendet haben, anzuwenden. Ausgenommen vom AZG sind ua leitende Angestellte, Lehr- und Erziehungskräfte und Heimarbeiter.

Das Arbeitszeitrecht ist für die Thematik des Lohndumpings vor allem auch deshalb wichtig, weil es die Zuschlagspflicht für Mehr- und Überstunden regelt. Für die vom AZG ausgenommenen leitenden Angestellten kann sich ein Zuschlagsanspruch nur dann ergeben, wenn ein Zuschlag im anzuwendenden KV vorgesehen ist.

Sondervorschriften sind ua zu beachten für Hausgehilfen und Hausangestellte (HausgG), Bäckereiarbeiter (BäckAG), Landarbeiter (LAG), Krankenanstalten-Arbeitnehmer (KA-AZG), schwangere Arbeitnehmer (MSchG), Kinder und Jugendliche (KJBG) oder Lenker (EWG-VO Nr 3821/85 und EG-VO Nr 561/2006).

⁹ Für entgeltfreie Zeiten gilt dies nur, wenn der KV dies ausdrücklich vorgibt.

¹⁰ OGH vom 17.10.2002, 8 ObA 67/02i

¹¹ OGH vom 7.6.2001, 9 ObA 295/00y

¹² Pkt 10.4 der LSDB-RL. Siehe auch Pkt 6.3.3.2 dieser Broschüre

4.1.2 Arbeitszeitbegriffe

Terminologisch sind zu unterscheiden:

- Arbeitszeit ist die Zeit vom Beginn bis zum Ende der Arbeit ohne die Ruhepausen. Tagesarbeitszeit ist die Arbeitszeit innerhalb eines ununterbrochenen Zeitraumes von 24 Stunden. Wochenarbeitszeit ist die Arbeitszeit innerhalb eines Zeitraumes von Montag bis einschließlich Sonntag.
- Unter der **Normalarbeitszeit** wird die gesetzlich oder kollektivvertraglich normierte Arbeitszeitobergrenze in Abgrenzung zur Mehr- und Überstundenarbeit verstanden. **Überstundenarbeit** liegt vor, wenn der Arbeitnehmer die Grenzen der zulässigen gesetzlichen wöchentlichen Normalarbeitszeit oder die tägliche Normalarbeitszeit, die sich aufgrund der Verteilung der wöchentlichen Normalarbeitszeit ergibt, überschreitet¹³.

Nach § 3 AZG darf die tägliche Normalarbeitszeit acht Stunden, die wöchentliche Normalarbeitszeit 40 Stunden nicht überschreiten.

In KV sind vielfach kürzere Wochenarbeitszeiten vorgesehen, womit diese Wochenarbeitszeit als Normalarbeitszeit gilt. In diesem Fall stellt eine darüber hinausgehende, 40 Stunden aber nicht überschreitende, Arbeitsleistung grundsätzlich „bloße“ **Mehrarbeit** dar. Der KV kann auch für diese Zeiten einen Zuschlag festlegen.

- Passive Reisezeiten, die außerhalb der Normalarbeitszeit im Rahmen einer Dienstreise anfallen und bei welchen der Arbeitnehmer keine Arbeitsleistung erbringt, können unter gewissen Voraussetzungen niedriger entlohnt werden, sofern es eine dementsprechende Vereinbarung gibt (zB Arbeitsvertrag, KV, BV).
- Teilzeitarbeit liegt vor, wenn die vertraglich vereinbarte Wochenarbeitszeit die gesetzliche oder – sofern der Kollektivvertrag eine kürze Normalarbeitszeit vorgibt, diese unterschreitet.
- Ruhepausen/Ruhezeiten

Abschnitt 3 des AZG regelt die Ruhepausen und die Ruhezeiten zwischen den Arbeitstagen. Abschnitt 4 enthält diesbezügliche Sonderbestimmungen für Lenker von Kraftfahrzeugen. Das ARG regelt schließlich die Wochen- bzw. Wochenendruhe, die Ersatzruhe und die Feiertagsruhe.

4.1.3 Aufzeichnungspflichten nach dem AZG

4.1.3.1 Allgemeines

Zur Überwachung der Einhaltung der arbeitszeitrechtlichen Vorgaben hat der Arbeitgeber für alle Arbeitnehmer (auch geringfügig Beschäftigte, dh Teilzeitmitarbeiter und Arbeitnehmer mit All-In Vereinbarung, nicht aber für leitende Angestellte nach dem AZG) in der Betriebsstätte Aufzeichnungen über die geleisteten Arbeitsstunden zu führen. Verpflichtet der Arbeitgeber seine Arbeitnehmer, die Aufzeichnungen zu führen, so hat er sie zur ordnungsgemäßen Führung der Aufzeichnungen anzuleiten und diese zu kontrollieren.

Die Aufzeichnungen müssen die Lage der Arbeitszeit (Arbeitsbeginn und Arbeitsende), die Dauer der Arbeitszeit und die Ruhepausen enthalten. Letzteres gilt nicht bei Saldoaufzeichnungen, sofern diese generell zulässig sind. Bei Anwendung flexibler Arbeitszeitmodelle ist zusätzlich Beginn und Ende des Durchrechnungszeitraums anzugeben. Darüber hinaus sieht das AZG zB für Lenker weitere Aufzeichnungspflichten vor.

Seit 1.1.2015 gelten bestimmte Erleichterungen für die Arbeitszeitaufzeichnung (Vereinfachungen bei schriftlich festgelegten fixen Arbeitszeiteinteilungen, erweiterte Möglichkeit bloßer Saldenaufzeichnungen, Erleichterungen bei der Pausenaufzeichnung). Außerdem haben Arbeitnehmer auf ihr Verlangen hin Anspruch auf monatliche Übermittlung der Arbeitszeitaufzeichnung.

4.1.3.2 Sanktionen

Arbeitszeitübertretungen sowie Verstöße gegen die Aufzeichnungspflicht werden unabhängig von den Bestimmungen über das Lohndumping bestraft, wobei die Überwachung den Arbeitsinspektoraten obliegt.

Arbeitszeitübertretungen sind mit Strafen von € 20,00 bis € 1.815,00 pro Arbeitnehmer und Verwaltungsübertretung, im Wiederholungsfall sogar bis zu € 3.600,00 bedroht. Die Strafbarkeit verjährt seit 1.7.2013 erst nach einem Jahr ab Ende des strafbaren Verhaltens.

So wird bei Verstößen gegen die Aufzeichnungspflicht der Arbeitgeber (der/die Geschäftsführer) bzw ein ausdrücklich bestellter verantwortlicher Beauftragter hinsichtlich jedes einzelnen Arbeitnehmers gesondert bestraft. Fehlen die Arbeitszeitaufzeichnungen, so droht eine Verwaltungsstrafe iHv € 72,00 bis € 1.815,00, im Wiederholungsfall iHv € 145,00 bis € 1.815,00.

¹³ In diesem Zusammenhang sollte die Möglichkeit der Vereinbarung von „Sonderüberstunden“ gem § 7 Abs 4 und 4a AZG, mit welcher die Tageshöchstleistungszeit zulässigerweise auf maximal 12 Stunden ausgedehnt werden darf, nicht übersehen werden.

Darüber hinaus werden Verfallsfristen gehemmt,

- solange den Arbeitnehmern die Übermittlung der verlangten Arbeitszeitaufzeichnungen verwehrt wird bzw
- wenn durch das Fehlen der Aufzeichnungen die Feststellung der tatsächlich geleisteten Arbeitszeit unmöglich oder unzumutbar wird.

In diesen Fällen können Nachforderungen des Arbeitnehmers von diesem innerhalb der gesetzlichen Verjährungsfrist von drei Jahren geltend gemacht werden.

4.2 ENTLOHNUNG VON MEHR- UND ÜBERSTUNDEN

4.2.1 Grundsätzliches

Die Höhe des dem Arbeitnehmer gebührenden Mindestentgelts richtet sich grundsätzlich nach der vereinbarten Arbeitszeit. Darüber hinausgehende Arbeitszeiten sind gesondert abzugelten, wobei hier zwischen dem **Grundlohn** und folgenden **Zuschlägen** zu unterscheiden ist:

Die Überstundenentlohnung setzt sich aus dem Grundlohn und dem Zuschlag zum Grundlohn zusammen:

- Das Entgelt für die Normalstunden (=Überstundengrundlohn) wird mit dem Stundenlohnsteiler ermittelt (173 iF einer wöchentlichen Normalarbeitszeit von 40 Stunden, 167 bei einer 38,5-Stunden-Woche). Kollektivverträge oder Mindestlohntarife sehen (idR zum Zwecke der Abgeltung von Sonderzahlungen) häufig für Überstunden (mitunter auch für Mehrstunden) günstigere Teiler (zB 143) vor. Auch kann der KV die BV ermächtigen, einen abweichenden Teiler zu normieren.
- Nach § 10 AZG gebührt für Überstunden ein Zuschlag von 50 %. Bei der Abgeltung der Arbeitsleistung durch Zeitausgleich ist der Zuschlag entsprechend in Freizeit zu berücksichtigen oder auszuzahlen.

Die jeweils maßgeblichen Kollektivverträge können dazu nähere bzw abweichende Regelungen enthalten. So sehen manche Kollektivverträge 100 %ige Zuschläge für bestimmte, qualifizierte Überstunden (zB während Nachtzeiten, sowie an Sonn- und Feiertagen) vor. Darüber hinaus kann der KV auch vorgeben, dass eine Abgeltung der Überstunden nur in Geld zulässig ist.

- Soweit das Arbeitsmaß von Vollzeitkräften die kollektivvertragliche Wochenarbeitszeit, nicht aber gesetzliche Normalarbeitszeit von 40 Stunden übersteigt, gebührt für diese Mehrarbeit nur dann ein Zuschlag, wenn der KV einen solchen vorsieht. Sieht der KV für diese Mehrarbeit keinen besonderen Teiler vor (häufig ist der Teiler nach dem KV ident mit dem Überstundenteiler), gilt der Normalstundenteiler.

Seit 2008 haben **Teilzeitarbeitskräfte** grundsätzlich einen Anspruch auf einen Mehrarbeitszuschlag von 25 %.

Dieser gebührt nur dann nicht:

- wenn bei gleitender Arbeitszeit die vereinbarte Arbeitszeit innerhalb der Gleitzeitperiode im Durchschnitt nicht überschritten wird oder
- wenn die Mehrarbeitsstunden innerhalb eines Kalendervierteljahres oder eines anderen festgelegten 3-Monats-Zeitraumes, in dem sie angefallen sind, durch Zeitausgleich im Verhältnis 1:1 ausgeglichen werden (der KV kann einen anderen Ausgleichszeitraum vorsehen).

Soweit der maßgebliche KV für die Mehrarbeit von Vollzeitkräften keine oder geringere Zuschläge vorsieht, gilt dies auch hinsichtlich der Mehrarbeitszuschläge für Teilzeitarbeitskräfte (bis zur Normalarbeitszeit der Vollzeitkräfte). Wenn daher zB der KV eine wöchentliche Normalarbeitszeit von 38 Stunden festlegt und für die 39. und 40. Wochenstunde keinen Zuschlag vorsieht, so sind gemäß § 19d Abs 3c AZG Mehrarbeitsstunden eines Teilzeitmitarbeiters im gleichen zeitlichen Ausmaß (2 Mehrarbeitsstunden) ebenso zuschlagsfrei.

Seit 1.1.2015 unterliegen alle angeführten Entgeltbestandteile (Überstunden- bzw Mehrarbeitsgrundlohn sowie Zuschläge) der behördlichen Mindestentgeltkontrolle!

4.2.2 Form bzw Zeitpunkt der Abgeltung von Mehr- bzw Überstunden

Überstundenentgelte sind im Kalendermonat des Anfalls der Überstunde fällig, sofern nicht der Verbrauch in Freizeit durch KV (oder BV) vorgegeben wurde oder mit dem Arbeitnehmer vereinbart wurde. Sieht der anwendbare KV nichts Gegenteiliges vor, so ist es (vor dem Hintergrund des LSDB-G) mitunter empfehlenswert, durch Betriebs- oder Einzelvereinbarung die Fälligkeit des Überstundenentgeltes frühestens mit dem auf die Überstundenleistung folgenden Monat zu vereinbaren.

Häufig werden Überstundenvergütungen aber auch durch (echte) **Überstundenpauschalen** (gesonderte Widmung eines Betrages zur Abgeltung von Überstunden) oder im Rahmen von **All-In-Verträgen** abgedeckt. Die Rechtsprechung hat derartige Vereinbarungen zwar anerkannt, in diesem Zusammenhang aber einerseits auf die Rechtsverbindlichkeit derartiger Vereinbarungen (einseitiges Abgehen nur bei Widerrufsvorbehalt im Rahmen eines echten Überstundenpauschales möglich) und andererseits auf die Notwendigkeit einer **Deckungsprüfung** hingewiesen, weil die Pauschale im Durchschnitt über einen längeren Zeitraum die zustehende Vergütung bei einer Einzelverrechnung der Überstunden nicht unterschreiten darf.

Bei der Deckungsprüfung ist – in Ermangelung einer anderen Vereinbarung – am Ende eines Kalenderjahres zu kontrollieren, ob das vereinbarte Entgelt die tatsächlich erbrachten Leistungen abdeckt. Da ein im Rahmen einer solchen Deckungsprüfung ermittelter Differenzbetrag erst am Ende des Beobachtungszeitraums¹⁴ festgestellt und somit abrechenbar werden kann, kann uE nur dann strafbares Lohndumping vorliegen, wenn eine Unterdeckung nach Durchführung der Deckungsprüfung nicht ausgeglichen wird.

4.3 FLEXIBLE ARBEITSZEITMODELLE

4.3.1 Grundsätzliches

Das AZG erlaubt unter bestimmten Voraussetzungen eine der Vermeidung von Überstunden dienende **Ausdehnung der gesetzlichen oder kollektivvertraglichen Normalarbeitszeit während eines bestimmten Durchrechnungszeitraums**. Durch ein solches Arbeitszeitkontokorrent (Auf- und Abbau von Normalarbeitszeitguthaben 1:1) wird gewährleistet, dass nur jene Mehrleistungen, die am Ende eines solchen Durchrechnungszeitraums (bzw im Zeitpunkt eines vorherigen Ausscheidens) noch nicht ausgeglichen werden konnten und auch nicht auf eine weitere Durchrechnungsperiode übertragen werden können, zuschlagspflichtige Überstunden darstellen. Die vom AZG zur Verankerung flexibler Arbeitszeitmodelle Ermächtigten können hier aber – etwa durch einen zwingenden Zeitzuschlag für Mehrleistungen innerhalb der Durchrechnungsperiode – Einschränkungen vorsehen.

Voraussetzung für die Vermeidung von Überstunden (und -zuschlägen) ist aber, dass

- der Arbeitgeber ein von AZG und KV zugelassenes Arbeitszeitmodell anwendet, das den Auf- und Abbau von Zeitguthaben innerhalb des Durchrechnungszeitraums zuschlagsfrei (die KV sehen zum Teil geringe Zeitzuschläge vor) ermöglicht und

- die für die Einführung des Arbeitszeitmodells vorgegebene Vorschrift (zB in Betrieben mit Betriebsrat durch Betriebsvereinbarung, ohne Betriebsrat mit schriftlicher Einzelvereinbarung) eingehalten wird und
- die Arbeitsleistung innerhalb der in diesen Modellen vorgegebenen Rahmenbedingungen erbracht wird.

Das AZG selbst regelt das Abweichen von den starren Arbeitszeitregelungen nur für die Handelsbranche (§ 4 Abs 4 und 5 AZG), für andere Branchen ist die Durchrechnung im Rahmen der sogenannten Bandbreitenmodelle nur mit Zulassung des KV möglich. Davon zu unterscheiden sind die Durchrechnungsmodelle iZm dem Einarbeiten iVm Feiertagen, der 4-Tage Woche, der Schichtarbeit und der Gleitzeit. Für diese enthält das AZG gesetzliche Ermächtigungen.

Das AZG ermächtigt den KV zu zahlreichen Regelungen. Besteht auf Arbeitgeberseite keine kollektivvertragsfähige Körperschaft, können derartige Regelungen mit Betriebsvereinbarung vorgenommen werden (§ 1a Z 2 AZG).

4.3.2 Varianten

4.3.2.1 Kollektivvertragliche Durchrechnungsmodelle – Bandbreitenmodelle

Der KV kann zulassen, dass innerhalb eines Durchrechnungszeitraums von bis zu einem Jahr (unter bestimmten Voraussetzungen auch länger)

- die wöchentliche Normalarbeitszeit auf bis zu 50 Stunden (Durchrechnungszeitraum bis zu 8 Wochen) bzw bis zu 48 Stunden (längerer Durchrechnungszeitraum) und
- die tägliche Normalarbeitszeit auf bis zu neun Stunden¹⁵ ausgedehnt wird.

Der KV kann auch die Übertragung von Zeitguthaben in den nächsten Durchrechnungszeitraum zulassen.

4.3.2.2 Einarbeitung iVm Feiertagen

Besteht seitens der Arbeitnehmer und Arbeitgeber das Bedürfnis an Tagen, welche vor oder nach einem Feiertag liegen (zB „Fensterstage“), frei zu haben, so kann vereinbart werden, dass die dadurch ausfallende Arbeitszeit an anderen Werktagen eingearbeitet wird. Bei den eingearbeiteten Stunden handelt es sich nicht um Überstunden, sondern um Normalarbeitszeit, weshalb auch keine Überstundenzuschläge anfallen.

Die ausfallende Arbeitszeit darf dabei auf die Werktage von höchstens 13 zusammenhängenden, die Ausfallstage einschließenden, Wochen verteilt werden. Der KV kann den Einarbeitungszeitraum verlängern.

¹⁴ OGH vom 29.01.2014, 9 ObA 166/13x

¹⁵ Sieht der KV eine Ausdehnung der täglichen Normalarbeitszeit auf bis zu 10 Stunden vor (§ 4 Abs 1 AZG), sind dennoch allfällige gesetzliche Beschränkungen (zB MSchG, KJBG) zu beachten. Darüber hinaus kann aber die Generalklausel gem § 4 Abs 1 AZG zur Anwendung kommen und die Ausdehnung gerechtfertigt sein.

Bei einem Einarbeitungszeitraum von bis zu 13 Wochen darf die tägliche Normalarbeitszeit auf bis zu zehn Stunden¹⁶ ausgedehnt werden, bei längeren Einarbeitungszeiträumen auf bis zu neun Stunden.

4.3.2.3 Vier-Tage-Woche

Eine Vier-Tage-Woche liegt vor, wenn die gesamte Wochenarbeitszeit regelmäßig auf vier Tage verteilt wird. In Betrieben mit Betriebsrat ist dazu zwingend eine Betriebsvereinbarung abzuschließen, in Betrieben ohne Betriebsrat ist eine schriftliche Einzelvereinbarung erforderlich.

Die tägliche Normalarbeitszeit darf bei einer Vier-Tage-Woche auf bis zu zehn Stunden¹⁷ ausgedehnt werden.

4.3.2.4 Gleitzeit

Das Modell der gleitenden Arbeitszeit bietet dem Arbeitnehmer die Möglichkeit, seine **Arbeitszeit** innerhalb der vorgegebenen Rahmenbedingungen **flexibel zu gestalten** (Zeitsouveränität des Arbeitnehmers und Motivationsfaktor). Sie ermöglicht den Aufbau von Zeitguthaben und einen späteren Abbau im Verhältnis 1:1, also zuschlagsfrei. Die tägliche Normalarbeitszeit darf dabei aber zehn Stunden, die Wochenarbeitszeit 50 Stunden nicht überschreiten (sofern nicht das Gesetz [zB MSchG, KJBG] kürzere Arbeitszeiten vorsieht).

Die Einführung der Gleitzeit ist (wie auch die Einarbeitung iVm Feiertagen und die 4-Tage-Woche) auch ohne KV-Zulassung möglich. In Betrieben mit Betriebsrat ist aber zwingend eine Betriebsvereinbarung abzuschließen, gibt es keinen Betriebsrat, so ist der Arbeitgeber an den Abschluss einer schriftlichen Einzelvereinbarung mit dem Arbeitnehmer gebunden.

Zu regeln ist die Dauer der Gleitzeitperiode, der Gleitzeitrahmen, das Höchstausmaß allfälliger Übertragungsmöglichkeiten von Zeitguthaben in die nächste Gleitzeitperiode und die Dauer und Lage der fiktiven Normalarbeitszeit. Überstunden liegen idF vor bei:

- Überschreitung der täglichen (zehn Stunden) oder der wöchentlichen (50 Stunden) Höchstgrenze der Normalarbeitszeit,
- Leistungserbringung außerhalb des Gleitzeitrahmens,
- Überschreitung der sonst geltenden Grenzen der Normalarbeitszeit, wenn in die Zeitsouveränität eingegriffen wurde,
- Überschreitung des Zeitguthabens, welches für die Übertragung in die nächste Gleitzeitperiode vereinbart wurde.

Besteht am Ende der Gleitzeitperiode ein Zeitguthaben, das in die nächste Periode vorgetragen werden darf, so handelt es sich hierbei um Normalstunden. Wird dieses Zeitguthaben nicht vorgetragen oder ist ein Vortrag in die nächste Periode nicht möglich, so handelt es sich hierbei zum Zeitpunkt des Endes der Gleitzeitperiode um Überstunden, die mit Zuschlag abzugelten sind.

Der Unterschied zwischen einer Durchrechnung der Normalarbeitszeit und gleitender Arbeitszeit besteht darin, dass die Lage und das Ausmaß der Arbeitszeit bei letzterer nicht vom Dienstgeber vorgegeben oder im Vorhinein einvernehmlich vereinbart wurden, sondern der Dienstnehmer das Recht hat, sich innerhalb der vereinbarten Gleitzeit-Rahmenbedingungen die Arbeitszeit selbst einzuteilen.

4.3.3 Fehlerhafte Anwendung der Arbeitszeitmodelle und daraus drohende Risiken

Werden die Voraussetzungen für die Einführung der genannten Arbeitszeitmodelle nicht eingehalten und/oder ein Arbeitszeitmodell zur Anwendung gebracht, ohne dass der KV dazu ermächtigt, so ist der privilegierte Abbau von Zeitguthaben von 1:1 (oder mit geringem Zuschlag) nicht möglich. Da idF bei Überschreitung der Tagesnormalarbeitszeit Überstundenarbeit vorliegt, hat der Arbeitnehmer Anspruch auf den Überstundengrundlohn und -zuschlag.

Zu beachten ist in diesem Zusammenhang auch, dass bei unzulässigen Durchrechnungsmodellen die Mehr- und Überstunden samt Zuschlägen bereits im Kalendermonat der Leistung fällig werden.

Enthalten KV Durchrechnungsarbeitszeitmodelle, ist zu prüfen, welche Auswirkungen diese auf Teilzeitkräfte haben¹⁸.

¹⁶ Allfällige gesetzliche Einschränkungen (zB MSchG, KJBG) sind zu beachten.

¹⁷ Wir weisen wiederum auf gesetzliche Einschränkungen hin (zB MSchG, KJBG).

¹⁸ OGH vom 25. 6. 2013, 9 ObA 18/13g

5. Grenzüberschreitende Sachverhalte

5.1 ALLGEMEINES

Der grenzüberschreitende Dienstleistungsverkehr erfordert Rahmenbedingungen, die einerseits einen fairen Wettbewerb garantieren und andererseits die Rechte der Arbeitnehmer schützen. Dazu hat die EU eine Richtlinie über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen (Richtlinie 96/71/EG) erlassen, nach der im Falle einer Entsendung die arbeitsrechtlichen Mindeststandards des Aufnahmemitgliedsstaates („harte“ Kern der Beschäftigungsbedingungen) beachtlich sind. Zu diesen zählt die Richtlinie va den Mindestlohn (inklusive Entsendungszulagen¹⁹), die Arbeitszeit, den bezahlten Urlaub, Arbeitnehmerschutzbestimmungen und besondere Bedingungen für die Arbeitskräfteüberlassung.

Dem entspricht es, dass nach der Rom-I-VO über das anzuwendende Recht bei grenzüberschreitenden Arbeitsverhältnissen die Eingriffsnormen des Gastlandes auch dann zu beachten sind, wenn ein vorübergehend entsendeter Arbeitnehmer grundsätzlich dem Vertragsstatut des Heimatstaates (Staat der gewöhnlichen Arbeitsverrichtung) unterliegt.

Das AVRAG legt auf Basis dieser Regelungen einerseits fest, dass den von einem ausländischen Arbeitgeber in Österreich eingesetzten Arbeitnehmern der österreichische Mindestlohn, der am Arbeitsort vergleichbaren Arbeitnehmern von vergleichbaren Arbeitgebern gebührt, zusteht²⁰. Andererseits haben hereinentsendete Arbeitnehmer unbeschadet des auf das Arbeitsverhältnis anzuwendenden Rechts Anspruch auf bezahlten Urlaub nach § 2 UrlG und die Einhaltung der kollektivvertraglich festgelegten Arbeitszeiten. Im Falle einer Arbeitskräfteüberlassung ergeben sich die entsprechenden Ansprüche aus den Vorgaben des AÜG²¹.

Das AVRAG und das AÜG sahen bereits vor der Einführung des LSDB-G Verwaltungsstrafen für unterlassene Entsendemeldungen (ZKO 3 bzw ZKO 4) bzw die mangelnde Bereithaltung von SV-Bescheinigungen bei grenzüberschreitenden Entsendungen bzw Arbeitskräfteüberlassungen vor. Seit der Einführung des LSDB-G ist auch die Nichtgewährung des zustehenden Entgelts (Grundentgelt bzw seit 2015 das

kollektivvertragliche Mindestentgelt) selbst verwaltungsstrafrechtlich sanktioniert. Außerdem wurde das Erfordernis der Bereithaltung von Lohnunterlagen in deutscher Sprache festgelegt.

5.2 VERPFLICHTUNGEN BEI EINER ENTSENDUNG ISD AVRAG

5.2.1 Entsendebegriff

Der **Entsendebegriff des AVRAG** ist deshalb von entscheidender Bedeutung, weil er **Ausgangspunkt für die in der Folge erläuterten Verpflichtungen** ist²².

Bis 2014 setzte der AVRAG-Entsendebegriff – der Entsende-RL entsprechend – einen Dienstleistungsvertrag zwischen einem leistungserbringenden ausländischen Unternehmen und einem inländischen Leistungsempfänger voraus.

Seit 2015 ist im AVRAG aber ein weiter Entsendebegriff verankert. Voraussetzung für das Vorliegen einer Entsendung ist nur mehr, dass ein ausländisches Unternehmen einen Arbeitnehmer mit gewöhnlichem Arbeitsort (Schwerpunkt des Arbeitsverhältnisses) außerhalb Österreichs vorübergehend zur Erbringung von Arbeitsleistungen in Österreich einsetzt. Eine zeitliche Untergrenze iSe Mindestentsendezeit besteht nicht. Damit kann zB auch eine kurzfristige Dienstreise – soweit keine der unter 5.2.3 angeführten Ausnahmen greift – eine Entsendung iSd AVRAG darstellen²³. In Abgrenzung zur Arbeitskräfteüberlassung setzt eine Entsendung iSd AVRAG voraus, dass der Arbeitnehmer auf Risiko des ausländischen Dienstgebers und mit dessen Betriebsmitteln im Inland tätig wird (keine Eingliederung in den Betrieb des Auftraggebers).

Angesichts der europarechtlichen Bedenken gegen diesen sehr weitreichenden Entsendebegriff halten die LSDB-Richtlinien²⁴ fest, dass auch bei Nichterfüllung der unter 5.2.3 erläuterten Ausnahmetatbestände von keiner Entsendung ausgegangen werden kann, wenn im betreffenden Einzelfall die Zielsetzungen der Entsende-RL – die Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen und Schutz des nationalen Arbeitsmarktes bei objektiver Betrachtung nicht gefährdet sind.

¹⁹ Nach der Rechtsprechung des EuGH vom 12.2.2015, C-396/13, Sähköalojen ammattiliitto, sind auch pauschale Aufwandsersätze (zB Taggelder) als Entsendezulagen anzusehen (vgl auch Pkt 7.1 der LSDB-RL). Auch wenn derartige Zahlungen nach dem maßgeblichen (fiktiv anzuwendenden) KV zu leisten sind, unterliegen sie aufgrund der Steuer- und Beitragsfreiheit nicht der Unterentlohnungsstrafe.

²⁰ In diesem Zusammenhang wurde im Rahmen des ASRÄG 2014 festgelegt, dass nach Österreich entsandten Arbeitnehmern Sonderzahlungen laufend aliquot für die jeweiligen Monate zu leisten sind (vgl auch Pkt 7.3 der LSDB-RL).

²¹ §§ 10 und 11 AÜG.

²² Ist der Entsendetatbestand nicht erfüllt, ist keine Entsendemeldung zu erstatten und die Dokumentations- und Bereithaltungspflichten finden keine Anwendung (Pkt 5.1 der LSDB-RL).

²³ Pkt 7.10 der LSDB-RL.

²⁴ Pkt 4.1 der LSDB-RL.

5.2.2 Verpflichtungen

Bei einer Entsendung durch einen **Arbeitgeber mit Sitz im EWR** sind folgende Verpflichtungen wahrzunehmen:

- Spätestens eine Woche vor, in besonders dringlichen Fällen (Katastrophenfälle, unaufschiebbare Arbeiten, kurzfristige Aufträge) auch unverzüglich vor Arbeitsaufnahme, hat der Arbeitgeber das Formular „**Entsendemeldung - ZKO 3**“ elektronisch an die beim BMF angesiedelte ZKO²⁵ zu übermitteln. Darin sind insbesondere Angaben iZm der Bestimmung des nach österreichischem Recht gebührenden Mindestentgelts notwendig. Falls Drittstaatsbürger eingesetzt werden, müssen auch Nachweise zu ordnungsgemäßer Beschäftigung und Aufenthalt im Sitzstaat des Arbeitgebers erbracht werden. Für Entsendungen aus Kroatien in einen geschützten Dienstleistungsbereich (zB Baugewerbe, Hauskrankenpflege, Reinigung von Gebäuden etc) ist jedenfalls eine Beschäftigungsbewilligung erforderlich. Dies wird vom zuständigen AMS geprüft.
- Grundsätzlich ist für jede Entsendung eine gesonderte Meldung erforderlich. Bei Entsendungen iZm längerfristigen Verträgen erlauben die LSDB-RL²⁶ jeweils pro Kunde Rahmenmeldungen für den Zeitraum von drei Monaten.
- Wenn der entsendete Mitarbeiter ausländischem Sozialversicherungsrecht unterliegt, hat der Arbeitgeber die **Bescheinigung A1** bereitzuhalten. Liegt diese trotz Antrags noch nicht vor, so genügt auch die Bereithaltung des Antrags samt anderer Nachweise, die die ausländische Sozialversicherung belegen²⁷.
 - Am Arbeitsort müssen umfangreiche **Lohnunterlagen** (Arbeitsvertrag bzw Dienstzettel, Lohnzettel, Lohnzahlungsnachweise oder Banküberweisungsbelege, Lohnaufzeichnungen, Arbeitszeitaufzeichnungen und Unterlagen, die eine Überprüfung der Lohneinstufung ermöglichen) in deutscher Sprache bereitgehalten werden²⁸.
 - Letztlich sind auch die gewerberechtlichen Ausübungsvorschriften Österreichs zu beachten. Insbesondere ist für reglementierte Gewerbe die Dienstleistungsanzeige nach § 373a GewO zu erstatten.

Bei Entsendungen durch einen **Arbeitgeber mit Sitz in einem Drittstaat** gelten folgende Verpflichtungen:

- Hier trifft den ausländischen Arbeitgeber keine Meldepflichtung nach dem AVRAG. Der österreichische Auftraggeber hat allerdings die Verpflichtung, hinsichtlich der Beschäftigung von Drittstaatsangehörigen eine **Beschäftigungsbewilligung** oder eine **Entsendebewilligung** beim AMS (für Schulungsprogramme ist lediglich eine Anzeige und das Vorliegen der daraufhin vom AMS ausgestellten Anzeigebestätigung erforderlich) zu beantragen:
 - Dauert der Einsatz des betriebsentsendenden Unternehmens in Österreich nicht länger als sechs Monate, bedürfen Drittstaatsangehörige einer Entsendebewilligung, welche allerdings längstens für die Dauer von vier Monaten erteilt werden darf. Dauert allerdings die Beschäftigung des betreffenden Arbeitnehmers länger als vier Monate, so ist eine Beschäftigungsbewilligung erforderlich.
 - Für Bautätigkeiten ist hinsichtlich des Einsatzes von Drittstaatsbürgern immer eine Beschäftigungsbewilligung notwendig (vgl § 18 Abs 11 AuslBG) und es hat eine umfangreiche (der ZKO-Meldung entsprechende) Meldung nach § 33g BUAG zu erfolgen.
 - Wird ein EWR-Bürger von einem Dienstgeber mit Sitz in einem Drittstaat nach Österreich entsendet, so sind keine Bewilligungen nach dem AuslBG notwendig.
- Darüber hinaus brauchen Arbeitskräfte aus Drittstaaten, die für einen längeren Zeitraum als sechs Monate entsendet werden, zusätzlich eine entsprechende Aufenthaltsbewilligung. Überschreitet die Entsendung die 6-Monatsgrenze nicht, so benötigt die Arbeitskraft aus dem Drittstaat ein Visum, welches bei der zuständigen österreichischen Vertretungsbehörde im Ausland beantragt werden kann.
- Auch hier müssen am Arbeitsort umfangreiche Lohnunterlagen bereitgehalten werden (siehe oben).
- Die Ausübung des Gewerbes in Österreich bedarf grundsätzlich einer vorherigen Genehmigung bzw der Gewerbeanmeldung (diese kann für eine inländische Zweigniederlassung oder eine österreichische Tochtergesellschaft erfolgen). Dies gilt unabhängig davon, ob es sich um ein reglementiertes oder ein freies Gewerbe handelt.

²⁵ Zentrale Koordinationsstelle für die Kontrolle der illegalen Beschäftigung nach dem AuslBG und AVRAG.

²⁶ Pkt 5.2 der LSDB-RL.

²⁷ Siehe Pkt 5.5 der LSDB-RL.

²⁸ Siehe Pkt 6.3 der LSDB-RL.

5.2.3 Ausnahmen

Das AVRAG sieht folgende Ausnahmen, bei denen die angeführten Verpflichtungen gar nicht oder nur zum Teil zu beachten sind, vor:

- Bei Arbeiten iZm der Lieferung von Betriebsanlagen (Montage, Inbetriebnahme, Einschulungen) bzw deren Reparatur, die nicht von inländischen Arbeitnehmern erbracht werden können, sind nach dem sogenannten „**Montageprivileg**“²⁹ weder die urlaubsrechtlichen noch die entgeltrechtlichen Vorschriften Österreichs anzuwenden, wenn die Dauer dieser Tätigkeit acht Kalendertage nicht überschreitet.

Dauern diese Arbeiten länger, aber nicht länger als drei Monate, so sind zwar die Urlaubsregelungen zu beachten, nicht aber die kollektivvertraglichen Entgeltvorschriften.

Für Arbeitnehmer, die mit Bauarbeiten beschäftigt sind, gelten die unter 5.2.2 angeführten Verpflichtungen aber jedenfalls ab dem ersten Tag der Beschäftigung.

- **Kurzfristige Arbeiten** iZm der Teilnahme an **Besprechungen** und dem **Besuch von bzw die Teilnahme an diversen Veranstaltungen** sind grundsätzlich vom Entsendebegriff ausgenommen. Für diese gelten weder die Melde- und Bereithaltungspflichten, die Mindestentgeltvorschriften sowie die kollektivvertraglichen Arbeitszeit- und Urlaubsregelungen. Konkret gilt das für folgende Tätigkeiten³⁰:
- Geschäftliche Besprechungen ohne Erbringung weiterer Dienstleistungen.

- Teilnahme an Seminaren ohne Erbringung von weiteren Dienstleistungen.
- Arbeiten auf Messen und messeähnliche Veranstaltungen (Fach- und Publikumsmessen), ausgenommen Vorbereitungs- und Abschlussarbeiten für derartige Veranstaltungen (Auf- und Abbau, Anlieferung von Gütern etc).
- Besuch von und Teilnahme an Kongressen.
- Kulturelle Veranstaltungen, die im Rahmen einer grenzüberschreitenden Tournee stattfinden, bei welcher dem Österreich-Anteil in zeitlicher Hinsicht nur untergeordnete Bedeutung zukommt und die Arbeitnehmer für einen Großteil der Tour (nicht nur für den Inlandsteil) engagiert werden.
- Teilnahme und Abwicklung von internationalen Wettkampfveranstaltungen (exklusive Vorbereitungs- und Abschlussarbeiten für die Veranstaltungen sowie die Bewirtung im Rahmen der Veranstaltung).

Werden derartige Arbeiten allerdings im Rahmen eines Dienstleistungsvertrages mit einem EWR-Unternehmen oder einem Unternehmen mit Sitz in der Schweiz erbracht, sind die inländischen kollektivvertraglichen Arbeitszeitregelungen und die Melde- und Bereithaltungsvorschriften beachtlich. In diesem Fall liegt daher eine meldepflichtige Entsendung vor, bei der allerdings die lohn- und urlaubsrechtlichen Vorschriften nicht zur Anwendung kommen.

Die in Abbildung 1 gezeigte tabellarische Darstellung gibt einen Überblick über die einzelnen Verpflichtungen bei Entsendungen:

²⁹ Siehe Pkt 7.7 der LSDB-RL

³⁰ Siehe Pkt 4.2 der LSDB-RL

Abbildung 1

	Mindestlohnvorschriften Ö	Urlaubsgesetz Ö	KV-Arbeitszeit	Bereithaltung von Lohnunterlagen und A1	Meldeverpflichtungen		Mindestlohnvorschriften Ö	
					Arbeitgeber mit Sitz in EU/EWR	Arbeitgeber ohne Sitz in EU/EWR	Arbeitgeber mit Sitz in EU/EWR	Arbeitgeber ohne Sitz in EU/EWR
„Normale“ Entsendung	ja	ja	ja	ja	ZKO 3	keine	mit ZKO 3 abgedeckt	Entsende- oder Beschäftigungsbewilligung
Betriebsanlagenlieferung bzw -montage	nein	nein	nein	ja	ZKO 3	keine	mit ZKO 3 abgedeckt	Entsende- oder Beschäftigungsbewilligung
		ja	ja					
< 8 Tage								
< 3 Monate								
Jegliche Bauarbeiten	ja	ja	ja	ja	ZKO 3	Meldung an BUJAG	mit ZKO 3 abgedeckt	Beschäftigungsbewilligung
Kurzfristige Arbeiten von geringem Umfang (§7a, 7b AVRAG) iZm Besprechungen und diversen Veranstaltungen	nein	nein	nein	nein	keine	keine	keine	keine
Kurzfristige Arbeiten von geringem Umfang (§7b AVRAG) auf Basis eines Dienstleistungsvertrages (Einschränkung nur bei Arbeitgeber mit Sitz in EU/EWR)	nein	nein	ja	nein	ZKO 3	-	keine	-

5.3 GRENZÜBERSCHREITENDE ARBEITSKRÄFTEÜBERLASSUNG³¹

5.3.1 Abgrenzung der Arbeitskräfteüberlassung und Bedeutung des AÜG

Bei einer Arbeitskräfteüberlassung stellt der Auftragnehmer (Überlasser) dem Auftraggeber (Beschäftiger) eine Arbeitskraft zur Verfügung, damit dieser auf Weisung des und unter Eingliederung beim Beschäftiger tätig wird. Die Überlassung des Arbeitnehmers ist der eigentliche Gegenstand der Dienstleistung; der Auftragnehmer schuldet keinen bestimmten Leistungserfolg, vielmehr wird der **überlassene Arbeitnehmer auf Risiko des Beschäftigers in dessen Betrieb tätig**.

Nach § 4 AÜG ist für die Abgrenzung der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhalts entscheidend. In der Folge werden Kriterien angeführt, die für eine Arbeitskräfteüberlassung sprechen (keine Beauftragung eines/einer von der Leistungspalette des Auftraggebers abweichenden Produkts/Dienstleistung, Leistungsabwicklung mit Arbeitsmitteln des Auftraggebers, Eingliederung beim bzw Dienst- und Fachaufsicht durch den Beschäftiger, keine Erfolgshaftung des Auftragnehmers.

Zentrales Ziel des AÜG ist die Sicherung der arbeitsrechtlichen Ansprüche der Arbeitnehmer, die im Inland oder ins Inland überlassen werden. Durch das AÜG werden die überlassenen Arbeitskräfte daher – entsprechend den Vorgaben der Überlassungs-RL – hinsichtlich der Aspekte des (Mindest-)Entgeltanspruchs (grundsätzlich nach Maßgabe des Beschäftiger-KV), der Arbeitszeit und des Urlaubs mit den vergleichbaren Arbeitnehmern im Beschäftigerbetrieb gleichgestellt.

Bei grenzüberschreitenden Überlassungen nach Österreich räumt das AÜG der überlassenen Arbeitskraft auch einen Anspruch auf die inländische Entgeltfortzahlung³², die Kündigungsfristen und -termine und die Kündigungsentschädigungen ein, falls diese günstiger sind als die Regelungen

des Heimatstaates. Außerdem fingiert das AÜG idZ auch die Anwendbarkeit des für die gewerbliche Überlassung anwendbaren KV; bei Arbeitskräfteüberlassungen ist daher ein Günstigkeitsvergleich zwischen dem AÜ- und dem Beschäftiger-KV notwendig³³.

5.3.2 Verpflichtungen bei grenzüberschreitenden Überlassungen ins Inland

Hinsichtlich der Verpflichtungen im Falle einer grenzüberschreitenden Überlassung ist auch hier zwischen Überlassungen aus einem EWR-Staat bzw der Schweiz oder aus Drittstaaten zu unterscheiden:

- Bei einer Überlassung durch einen **Arbeitgeber mit Sitz im EWR** bzw der Schweiz sind folgende (über die für Inlandsüberlassungen hinausgehende²⁴) Verpflichtungen wahrzunehmen:
 - Der Überlasser hat spätestens eine Woche – in Ausnahmefällen (insb unaufschiebbare bzw kurzfristig zu erledigende Aufgaben) unverzüglich – vor der Arbeitsaufnahme in Österreich elektronisch die „**Überlassungsmeldung – ZKO 4**“ an die beim BMF angesiedelte ZKO³⁵ zu erstatten. Hier ist neben zeitlichen und inhaltlichen Aspekten der Überlassung primär die Höhe des nach den österreichischen Rechtsvorschriften gebührenden Entgelts anzugeben. Auch hier müssen, falls Drittstaatsbürger eingesetzt werden, im Rahmen der Überlassungsmeldung Nachweise zu ordnungsgemäßer Beschäftigung und Aufenthalt im Sitzstaat des Arbeitgebers erbracht werden. Die im AusIBG vorgesehene Verpflichtung, dass der inländische Beschäftiger für die überlassene Arbeitskraft einer Beschäftigungsbewilligung bedarf, widerspricht nach der jüngsten Rechtsprechung EU-Recht und ist daher nicht (mehr) anzuwenden³⁶.

³¹ Siehe Pkt 8 bzw Rz 24 bis 33 der LSDB-RL

³² In EWR-Fällen richtet sich die Entgeltfortzahlung bei Krankheit aber nach der VO 883/2004. Solange der Arbeitnehmer ausländischem Sozialversicherungsrecht unterliegt, sind die österreichischen Arbeitsrechtsvorschriften daher nicht anzuwenden (vgl auch Pkt 7.2 der LSDB-RL).

³³ Für die Arbeitskräfteüberlassung gilt bei überlassenen Arbeitern der KV für das Gewerbe der Arbeitskräfteüberlassung, für überlassene Angestellte der KV für Angestellte im Handwerk und Gewerbe.

³⁴ Den Überlasser und den Beschäftiger treffen die Mitteilungs-, Informations- und Aufzeichnungspflichten der §§ 12 bis 13 AÜG.

³⁵ Zentrale Koordinationsstelle für die Kontrolle der illegalen Beschäftigung nach dem AusIBG und AVRAG. Zur „Überlassungsmeldung ZKO 4“ vgl Pkt 8.6 der LSDB-RL.

³⁶ VwGH 21.4.2015, R a 2015/09/0006

Die ZKO hat die Überlassungsmeldung an die zuständige Gewerbebehörde, die GKK bzw die BUAK und an das Sozialministerium zu übermitteln. Die Meldung ist vom Beschäftigten am Arbeits(Einsatz)ort in geeigneter Form zur Überprüfung bereitzuhalten oder zugänglich zu machen.

- Der Beschäftigte hat für jede überlassene Arbeitskraft, die nicht der österreichischen Pflichtversicherung unterliegt, die **Bescheinigung A1** bereitzuhalten.
- Bei einer grenzüberschreitenden Arbeitskräfteüberlassung trifft die Verpflichtung zur **Bereithaltung der Lohnunterlagen** den inländischen Beschäftigten. Diese sind vom Überlasser nachweislich bereitzustellen.
- Bei einer Überlassung durch einem **Arbeitgeber mit Sitz in einem Drittstaat** ergeben sich folgende Verpflichtungen:
 - Hier ist eine Überlassung nur nach Erteilung einer **Bewilligung gemäß § 16 Abs 4 AÜG** zulässig. Diese Bewilligung kann die zuständige Gewerbebehörde über Antrag des Beschäftigten erteilen, wenn bestimmte Kriterien erfüllt sind (zB bestimmte Arbeitskräfte sind nur im Wege der grenzüberschreitenden Überlassung verfügbar). Die Bewilligung kann nur für eine bestimmte Anzahl von Arbeitnehmern und nur für einen bestimmten Zeitraum erteilt werden.
 - Hinsichtlich des Einsatzes von Arbeitnehmern aus Drittstaaten hat der Beschäftigte überdies eine Beschäftigungsbewilligung nach dem AusIBG zu erlangen.
 - Auch hier hat der Beschäftigte Lohnunterlagen, die ihm vom Überlasser bereitzustellen sind, bereitzuhalten.

Die in Abbildung 2 auf der nächsten Seite gezeigte tabellarische Darstellung gibt einen Überblick über die einzelnen Verpflichtungen bei grenzüberschreitenden Überlassungen.

6. Strafen iZm dem LSDB-G

6.1 GRUNDSÄTZLICHES

Bei einem Verstoß gegen das Verbot der Unterentlohnung bzw gegen die in diesem Zusammenhang vorgeschriebenen Melde-, Dokumentations- und Bereithaltungspflichten können gegenüber den zur Vertretung nach außen berufenen Organen (Geschäftsführer bzw Vorstandsmitglieder) bzw den verantwortlichen Beauftragten primär – grundsätzlich kumulativ anwendbare³⁷ – **Geldstrafen** verhängt werden. Die vertretene Gesellschaft trifft diesbezüglich eine Haftung zur ungeteilten Hand.

Darüber hinaus haben die Behörden **zusätzliche Sanktionsmöglichkeiten**, die von der Untersagung der Dienstleistung, der Erlangung von Sicherheitsleistungen, der Aufnahme in eine Evidenzliste bis zum Ausschluss von öffentlichen Vergabeverfahren reichen und die betroffenen Unternehmen oft stärker treffen als die Geldstrafen selbst.

Die Behörden haben den Arbeitnehmer über einen sein Arbeitsverhältnis betreffenden Strafbescheid betreffend Lohndumping zu informieren. Im Folgenden sollen zunächst die unterschiedlichen Arten von Sanktionen dargestellt werden. Danach soll aufgezeigt werden, welche Möglichkeiten bestehen, die Sanktionen zu vermeiden bzw zu vermindern.

³⁷ Pkt 5.7 der LSDB-RL

Abbildung 2

Arbeitskräfteüberlassung nach Österreich						
Arbeitgeber aus dem Ausland (mit oder ohne Sitz in der EU/EWR)			Arbeitgeber mit Sitz in EU/EWR	Arbeitgeber ohne Sitz in EU/EWR	Arbeitgeber mit Sitz in EU/EWR	Arbeitgeber ohne Sitz in EU/EWR
				Meldeverpflichtungen	Bewilligung nach dem österr. AuslBG	
	Mindestlohn- vorschriften Ö	Urlaubs- gesetz Ö	KV-Arbeitszeit	Bereithaltung von Lohnunter- lagen und A1	ZKO 4 durch Überlasser	keine Meldung, Bewilligung gem § 16 AUG erforderlich (der Antrag ist bei der zuständigen Gewerbebehörde einzubringen)
	ja	ja	ja	ja	Mit ZKO 4 abgedeckt	Meldung gem § 22 BUJAG im Falle einer Bautätigkeit
Arbeitskräfte- überlassung (auch konzernintern)						keine erforderlich (es muss die ordnungsgemäße Bewilligung beim ausländischen Arbeitgeber vor- liegen) - von ZKO 4 abgedeckt
Hinweis Bautätigkeit:						Beschäftigungs- bewilligung gem § 4 AUG iVm § 16 AUG auf Antrag des Beschäftigers

–	Der Beschäftigte hat den überlassenen Arbeitnehmer nachweislich über die Umstände der Beschäftigung zu informieren (Überlassungsmittelteilung) und diese aufzubewahren.
–	Der Beschäftigte hat den ausländischen Arbeitgeber vor der Überlassung über nötige Qualifikation und Einstufung in den österreichischen KV oder MLT und über die Arbeitszeit- sowie Urlaubsbedingungen zu informieren.
–	Der Beschäftigte von aus dem EWR überlassenen Arbeitskräften hat Aufzeichnungen gemäß § 13 AUG zu führen und aufzubewahren und die Verpflichtungen zur Übermittlung der statistischen Aufzeichnungen gemäß § 13 Abs 4 AUG wahrzunehmen.

6.2 SANKTIONEN

6.2.1 Geldstrafen

Delikt	Allgemeines	Strafrahmen
Unterehtlohnung	<p>Besteht eine Unterehtlohnung durchgehend über die Dauer mehrerer Lohnzahlungszeiträume hinweg, so liegt eine einzige Verwaltungsübertretung vor (Dauerdelikt). Hingegen wird der Straftatbestand mehrmals verwirklicht, wenn zwischen den Lohnzahlungszeiträumen die Unterehtlohnung wieder beendet wurde (es sei denn, es liegt im Einzelfall dennoch ein fortgesetztes Delikt vor).</p> <p>Hinsichtlich von Sonderzahlungen für dem ASVG unterliegende Arbeitnehmer liegt eine Verwaltungsübertretung nur dann vor, wenn der Arbeitgeber die Sonderzahlungen nicht oder nicht vollständig bis spätestens 31. Dezember des jeweiligen Kalenderjahres leistet.</p>	<p>Sind höchstens 3 Arbeitnehmer von der Unterehtlohnung betroffen:</p> <p>zwischen 1.000 € und 10.000 € pro Fall im Wiederholungsfall: 2.000 € bis 20.000 €</p> <p>Sind mehr als 3 Arbeitnehmer von der Unterehtlohnung betroffen:</p> <p>zwischen 2.000 € und 20.000 € pro Fall im Wiederholungsfall: 4.000 € bis 50.000 €</p>
Entsendemeldung (ZKO 3)	Wenn die Entsendemeldung nicht, nicht rechtzeitig, nicht vollständig, oder wissentlich unrichtig bei der Zentralen Koordinationsstelle für die Kontrolle der illegalen Beschäftigung nach dem AuslBG und dem AVRAG erstattet wird.	zwischen 500 € und 10.000 € pro Fall
Überlassungsmeldung (ZKO 4)	Wer die Überlassungsmeldung nicht oder nicht rechtzeitig oder nicht vollständig oder wissentlich unrichtig erstattet.	zwischen 500 € und 1.000 € pro Fall im Wiederholungsfall: 1.000 € bis 10.000 €
Nichtbereithalten oder Zugänglichmachung der Überlassungsmeldung (ZKO 4)	Wer als Beschäftigter die Überlassungsmeldung nicht zur Überprüfung bereithält oder vor Ort nicht unmittelbar zugänglich macht.	zwischen 500 € und 1.000 € pro Fall im Wiederholungsfall: 1.000 € bis 10.000 €
Nichtbereithalten von Unterlagen über die Anmeldung zur SV		zwischen 500 € und 10.000 € pro Fall
Nichtbereithalten von Lohnunterlagen in deutscher Sprache	<p>Lohnunterlagen sind:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Arbeitsvertrag bzw Dienstzettel - Lohnzettel - Lohnzahlungsnachweise oder Banküberweisungsbelege - Lohnaufzeichnungen - Arbeitszeitaufzeichnungen - Unterlagen betreffend die LohnEinstufung zur Überprüfung des dem entsandten/überlassenen Arbeitnehmers gebührenden Entgeltes <p>Kann sowohl den Arbeitgeber als auch den Arbeitskräfteüberlasser oder den Beschäftigter betreffen.</p>	<p>zwischen 1.000 € bis 10.000 € pro Fall im Wiederholungsfall: 2.000 € bis 20.000 €</p> <p>sind mehr als 3 Arbeitnehmer betroffen:</p> <p>zwischen 2.000 € und 20.000 € pro Fall im Wiederholungsfall: 4.000 € bis 50.000 €</p>
Nichtübermittlung von Lohnunterlagen bzw Unterlagen über die Anmeldung zur SV		zwischen 500 € und 5.000 € pro Fall im Wiederholungsfall: 1.000 € bis 10.000 €
Verweigerung des Zutritts- bzw Auskunftrechtes gegenüber Abgabebehörden		zwischen 1.000 € bis 20.000 € pro Fall
Verweigerung der Einsichtnahme in die Lohnunterlagen sowie die Unterlagen über die Anmeldung zur SV		zwischen 1.000 € bis 20.000 € pro Fall
Ausübung der Tätigkeit trotz Untersagung		zwischen 2.000 € bis 20.000 € pro Fall
Unzulässige bewilligungspflichtige Überlassung aus Drittstaaten	Wer als Überlasser oder Beschäftigter an einer nach § 16 AÜG unzulässigen grenzüberschreitenden Überlassung beteiligt ist.	zwischen 1.000 € und 5.000 € pro Fall im Wiederholungsfall: 2.000 € bis 10.000 €
Nichteinhaltung der Informationspflicht (Überlassungsmittelteilung)	Wer als Beschäftigter die überlassene Arbeitskraft nicht über wesentliche Umstände betr die Beschäftigung informiert (§ 12Abs 1 und 12a AÜG), wenn dadurch die Gefahr eines Schadens für die Arbeitskraft besteht	bis zu 2.000 € pro Fall
Nichteinhaltung der Aufzeichnungs- und Meldepflicht gem § 13 AÜG	Wer als Beschäftigter die verpflichtenden Aufzeichnungen gem § 13 AÜG oder die statistischen Daten nicht übermittelt	bis zu 2.000 € pro Fall

6.2.2 Sonstige Sanktionsmaßnahmen

6.2.2.1 Untersagung der Dienstleistung³⁹

Ausländischen Arbeitgebern, die wiederholt rechtskräftig bestraft worden sind, hat die Bezirksverwaltungsbehörde die Ausübung der den Gegenstand der Dienstleistung bildenden Tätigkeit für die Dauer von mindestens einem Jahr und höchstens fünf Jahren zu untersagen. Einer Untersagung der Dienstleistung kann bei Nachweis, dass bestimmte organisatorische Maßnahmen zur Vermeidung künftiger Verstöße vorgenommen wurden, entgegengetreten werden.

Wer trotz Untersagung die Tätigkeit fortsetzt, begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde mit einer Geldstrafe von € 2.000 bis € 20.000 zu bestrafen (siehe oben).

6.2.2.2 Vorläufige Sicherheit bzw Zahlungsstopp

Liegt der begründete Verdacht einer Unterentlohnung bzw der Erbringung einer untersagten Dienstleistung vor und ist anzunehmen, dass die Strafverfolgung oder der Strafvollzug aus Gründen, die in der Person des Arbeitgebers (Auftragnehmers bzw Überlassers) liegen, unmöglich oder wesentlich erschwert sein wird, können die Organe der Abgabenbehörden

- auch eine vorläufige Sicherheit bis zum Höchstmaß der angedrohten Geldstrafe festsetzen und einheben bzw eine Pfandbestellung oder die Namhaftmachung eines tauglichen Bürgen anordnen oder (falls dies nicht möglich ist)
- dem Auftraggeber oder den Beschäftigten schriftlich auftragen, den noch zu leistenden Werklohn oder das noch zu leistende Überlassungsentgelt oder Teile davon nicht zu zahlen (Zahlungsstopp).

6.2.2.3 Evidenz über Verwaltungsstrafverfahren⁴⁰

Zum Zwecke der Strafbemessung bzw der Beurteilung der Frage, ob eine Untersagung der Dienstleistung verhängt werden soll, hat das Kompetenzzentrum LSDB eine Evidenz über rechtskräftige Bescheide und Erkenntnisse in Verwaltungsstrafverfahren zu führen.

Das Kompetenzzentrum LSDB hat **öffentlichen Auftraggebern** auf Anfrage Auskunft darüber zu geben, ob gegen künftige potenzielle Auftragnehmer rechtskräftige Verwaltungsstrafen (Anzahl und maßgebliche Daten, auch in Bezug

auf Ermahnungen) verhängt worden sind. (Straf)Bescheide und (Straf)Erkenntnisse, können daher auch bei der öffentlichen Auftragsvergabe von Bedeutung sein. Im Rahmen der BVerG-Novelle 2015 soll die verpflichtende Einholung der Auskunft, ob eine rechtskräftige Verurteilung nach § 7i Abs 4 und Abs 5 AVRAG vorliegt, angeordnet werden.

6.3 MÖGLICHKEITEN EINER STRAFE ZU ENTKOMMEN BZW SIE ZU MINDERN

6.3.1 Verjährung

6.3.1.1 Rechtslage von 1.5.2011 bis 31.12.2014

Unterentlohnungen, die vor dem 31.12.2014 beendet wurden, können bis zu einem Jahr nach Beendigung des Deliktes verfolgt werden, wobei die Beendigung des Deliktes mit der Nachzahlung oder dem Ende des Dienstverhältnisses eintritt.

Wird die Behörde innerhalb der Verfolgungsverjährungsfrist tätig, gilt für die Strafbarkeit eine Frist von drei Jahren.

6.3.1.2 Rechtslage ab 1.1.2015

Für Unterentlohnungen, die sich im Jahr 2015 fortgesetzt haben, ist die neue Regelung maßgeblich.

Die Frist für die Verfolgungsverjährung (nach deren Ablauf die Behörde nicht mehr erstmalig tätig werden darf) beginnt mit Fälligkeit des Entgelts und beträgt drei Jahre. Umfasst die Unterentlohnung durchgehend mehrere Lohnzahlungszeiträume, so beginnt die Frist aber mit Fälligkeit des Entgeltes für den letzten Lohnzahlungszeitraum der Unterentlohnung.

Die Frist für die Strafbarkeitsverjährung, die die Dauer des gesamten Verfahrens beschränkt, beträgt fünf Jahre ab Fälligkeit des letzten Entgeltes.

Bei Nachzahlung des Entgeltes verkürzt sich die Frist für die Verfolgungsverjährung auf ein Jahr ab der Nachzahlung, für die Strafbarkeitsverjährung auf drei Jahre ab der Nachzahlung.

6.3.2 Anrechnung von Überzahlungen

Siehe dazu die Ausführungen unter 3.4.

³⁹ Pkt 13.1 der LSDB-RL

⁴⁰ Pkt 14 der LSDB-RL

6.3.3 Nachzahlung der Entgelte gegenüber den betroffenen Arbeitnehmern

6.3.3.1 Nachzahlung vor Erhebung durch Behörde

Wird dem Arbeitnehmer die Differenz zwischen dem tatsächlich geleisteten und dem nach den österreichischen Rechtsvorschriften gebührenden Entgelt vom Arbeitgeber nachweislich vor einer Erhebung der jeweils zuständigen Kontrollbehörde geleistet, so ist eine Strafbarkeit wegen Unterentlohnung nicht gegeben.

Voraussetzung für die Anwendung dieser Regelung im Rahmen der so genannten **tätigen Reue** ist die „**volle Schadensgutmachung**“, also die Zahlung des gesamten, dem einzelnen Dienstnehmer nach den Rechtsvorschriften gebührende (Mindest)Entgelt⁴¹, somit auch etwaige noch offene in § 49 Abs 3 ASVG angeführte Entgeltbestandteile⁴². Nach Ansicht des Sozialministeriums und dem Hauptverband zählen dazu auch bereits verfallene Ansprüche⁴³.

6.3.3.2 Nachzahlung nach Erhebung durch Behörde

Die Behörde hat zudem von der Verhängung einer Strafe abzusehen, wenn⁴⁴

- dem Arbeitnehmer die Entgelt Differenz zwischen dem tatsächlich geleisteten und dem nach den Rechtsvorschriften gebührende (Mindest)Entgelt⁴⁵ binnen einer von der Behörde festgesetzten Frist nachweislich nachbezahlt wird und
- die Unterentlohnung gering ist oder
- das Verschulden des Arbeitgebers bzw der zur Vertretung nach außen berufenen Person leichte Fahrlässigkeit nicht übersteigt.

In Bezug auf die bis 31.12.2014 geltenden Regelungen wurde eine Unterentlohnung zwischen 3 % und 4,33 % vom Grundlohn als geringfügig erachtet⁴⁶. Nach den Richtlinien zur neuen Rechtslage ist ein Unterschreiten des gebührenden Mindestentgelts dann gering, wenn es nicht mehr als 10 % ausmacht⁴⁷. Dabei ist eine sich über mehrere Lohnzahlungsperioden erstreckende Unterentlohnung durchzurechnen.

Die Fahrlässigkeit wird widerleglich vermutet, der Arbeitgeber hat daher zu beweisen, dass ihn kein Verschulden oder bloß leichte Fahrlässigkeit trifft. Leichte Fahrlässigkeit ist dann gegeben, wenn der Fehler auch sorgfältigen Menschen unterlaufen könnte. Im Zusammenhang mit einer Unterentlohnung kann eine leichte Fahrlässigkeit etwa dann angenommen werden, wenn bei Betrachtung eines lohnperiodenübergreifenden Zeitraumes etwa aufgrund einer Überzahlung keine Unterentlohnung vorliegen würde⁴⁸.

Der Nachweis der Nachzahlung des gebührenden Entgelts ist bei der Strafbemessung jedenfalls strafmildernd zu berücksichtigen.

Hinsichtlich der Wirkung von Nachzahlungen ergibt sich daher folgender Überblick⁴⁹:

Zeitpunkt der Nachzahlung der Entgelt Differenz	Verfahrensrechtliche Folgen
Vor Erhebung der zuständigen Kontrollbehörde	Tätige Reue -Strafaufhebungsgrund
Nachzahlung über Aufforderung der Kontrollbehörde (wenn Entgelt Differenz <10% oder leichte Fahrlässigkeit)	Absehen von der Anzeige
Nachzahlung vor Einlangen der Zahlungsaufforderung (wenn Entgelt Differenz <10% oder leichte Fahrlässigkeit)	Absehen von der Anzeige
Nachzahlung nach erfolgter Anzeige	Verkürzung der Verjährungsfristen auf 1 Jahr
Nachzahlung über Aufforderung der Bezirksverwaltungsbehörde (wenn Entgelt Differenz <10% oder leichte Fahrlässigkeit)	Absehen von der Einleitung des Strafverfahrens
Nachzahlen vor Einlangen der Zahlungsaufforderung der Bezirksverwaltungsbehörde (wenn Entgelt Differenz <10% oder leichte Fahrlässigkeit)	Absehen von der Einleitung des Strafverfahrens
Nachzahlung in sonstigen Fällen	Nachzahlung ist ein gesetzlich anerkannter Strafmilderungsgrund

⁴¹ Pkt 10.6 der LSDB-RL. gem Pkt 10.8 LSDB-RI sind unter österreichische Rechtsvorschriften die kollektiven Rechts(Lohn-)vorschriften gemeint.

⁴² Pkt 10.6 der LSDB-RL

⁴³ Vgl. *Rath*, in ASoK 2015, 7; *Stadler*, in Sanktionen im Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz 2011, RdW 2011, 668 (669); LSDB-Richtlinien 2015, BMASK-462.203/0006-VII/B/9/2015, Rz 50; Vortragsunterlage WKO OÖ vom 29.6.2015, Die neuen Regeln gegen Unterentlohnung; *aA Königberger/Scala*, in RdW, 2015/445, Lohndumpingverbot: Ausgewähltes zu Anwendungsbereich und Strafbarkeit.

⁴⁴ § 7e Abs 5 bzw 7i Abs 6 AVRAG. Pkt 10.2 und 10.8 der LSDB-RL

⁴⁵ Gem Pkt 10.8 LSDB-RI ist dies das nach den kollektiven Rechts(Lohn-)vorschriften gebührende Entgelt.

⁴⁶ VwGH 23.10.2014, Ro 2014/11/0071

⁴⁷ Pkt 10.3 der LSDB-RL

⁴⁸ Vgl ErlRV 319 BlgNR 25.GP, 13

⁴⁹ Pkt 10.1 der LSDB-RL

Anhang: Ausgewählte Judikatur zum LSDB-G

VwGH 27.01.2014, Zl. 2013/11/0249

Erfolgt über einen Zeitraum von 1,5 Monaten eine um 64,6 % zu geringe Entlohnung von drei Bauarbeitern, ist die Verhängung einer Mindeststrafe von EUR 1.000 pro betroffenen Arbeitnehmer durch den damals noch zuständigen unabhängigen Verwaltungssenat für Steiermark zu gering.

Das diesbezügliche Erkenntnis wurde aufgehoben.

Zum Vergleich: Der in 1. Instanz zuständige Bürgermeister der Stadt Graz verhängte pro betroffenem Arbeitnehmer eine Geldstrafe von EUR 6.400.

VwGH 23.10.2014, Zl. Ro 2014/11/0071

Sind neun Arbeitnehmer von einer Unterentlohnung betroffen, kann nicht von einem geringfügigen Versehen ausgegangen werden.

Unterschreitungen des kollektivvertraglich geschuldeten Grundlohns von 14,08 %, 16,94 % und 33,86 % sind nicht als geringe Unterentlohnungen anzusehen. Die Verhängung von Geldstrafen von 2 x EUR 1.500 und 1 x EUR 2.000 sind daher nicht zu beanstanden.

Unterschreitungen des kollektivvertraglichen Grundlohns im Ausmaß von 4,33 % sowie insgesamt von EUR 45,59 für sechs Arbeitnehmer sind geringe Unterschreitungen, die ein Absehen von der Strafe rechtfertigen können.

LVwG Steiermark 23. 4. 2014, LVwG 33.15-33/2013

Wird ein im Herkunftsland bestehendes niedriges Entgelt-niveau im Falle einer Entsendung nach Österreich durch eine Aufzählung ausgeglichen, so ist es nicht erforderlich, dass in den Lohnunterlagen ein einheitlicher Bruttostundenlohn aufscheint, ebenso ist die Bezeichnung der Aufzählung irrelevant. Wesentlich ist der wahre wirtschaftliche Gehalt der Zahlung. Es muss sich um einen echten Lohnbestandteil handeln und nicht etwa um versteckte Diäten.

Kontakt

Mag. Christian Halwachs
Partner

T: +43 1 31332-3293
E: chalwachs@kpmg.at

Mag. Florian Rosenberger
Partner

T: +43 732 6938-2318
E: frosenberger@kpmg.at

Mag. Alfred Shubshizky
Director

T: +43 732 6938-2316
E: ashubshizky@kpmg.at

Mag. Margit Müllner
Managerin

T: +43 732 6938-2320
E: mmuellner@kpmg.at

Mag. Carl-Georg Vogt, MBA
Assistant Manager

T: +43 1 31332-3865
E: cvogt@kpmg.at

Mag. Wolfgang Omasta
Assistant Manager

T: +43 1 31332-3094
E: womasta@kpmg.at

kpmg.at