

GZ BMASK-462.203/0006-VII/B/9/2015

Lohnschutzrechtliche Bestimmungen des AVRAG (LSDB – Richtlinien 2015) (Stand: Mai 2015)

Die LSDB – Richtlinien 2015 (LSDB-RL 2015) stellen einen allgemeinen **Auslegungsbehelf** zu den §§ 7 ff AVRAG, BGBl. Nr. 549/1993 idF d. ASRÄG 2014 (im Folgenden: LSDB-G neu) sowie insbesondere zu den vom Kompetenzzentrum LSDB (im Folgenden: Kompetenzzentrum) zu vollziehenden §§ 7e und 7n AVRAG dar, die im Interesse einer einheitlichen bundesweiten Vollziehung des LSDB-G neu mitgeteilt werden.

Über die gesetzlichen Bestimmungen hinausgehende Rechte und Pflichten können aus den LSDB-RL 2015 nicht abgeleitet werden.

Bei Erledigungen, etwa bei Erledigung des Kompetenzzentrums um Ersuchen weiterer Erhebungen durch die Finanzpolizei, der Aufforderung des Arbeitgebers/der Arbeitgeberin zur Nachzahlung der „Entgeltdifferenz“ zum gebührenden Entgelt oder bei Anzeigen an die Bezirksverwaltungsbehörde (BVB), bei der Information des Arbeitnehmers/der Arbeitnehmerin über einen sein/ihr Arbeitsverhältnis betreffenden Strafbescheid, bei Auskünften aus der Verwaltungsstrafevidenz ect. – haben **Zitierungen mit Hinweisen** auf diese Richtlinien **zu unterbleiben**.

Die LSDB-RL 2015 sind ab 1. Jänner 2015 (Inkrafttreten des ASRÄG 2014) generell anzuwenden. Auf Sachverhalte, die sich vor dem 1. Jänner 2015 ereignet haben, sind die LSDB-RL 2011 (GZ BMASK-462.203/0014-VII/B/9/2011) anzuwenden, soweit nicht für diese Zeiträume die LSDB-RL 2015 - unter Berücksichtigung des § 1 Abs. 2 VStG – günstigere Bestimmungen vorsehen.

Die LSDB-RL 2015 werden **auf der Homepage des Sozialministeriums** verlautbart.

Überdies werden die LSDB-RL 2015 **den Organen der Abgabenbehörden** (Finanzpolizei), der **ZKO** im BMF, dem **HVSVT** sowie im Wege der Verbindungsstelle der Bundesländer beim Amt der NÖ Landesregierung **den Bezirksverwaltungsbehörden zur Kenntnis gebracht**.

Im Folgenden wird im Überblick der Inhalt der LSDB-Richtlinien 2015 dargestellt:

1. Einleitung – Zwecksetzung des LSDB-G (Rz 1 bis Rz 2)
2. Prüfständigkeiten zur Lohnkontrolle – Überblick (Rz 3)
3. Prüfständigkeit 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)

1. Zwecksetzung des LSDB-G – Wesentliche Maßnahmen

1

1.1. Zwecksetzung des LSDB-G

- **Gleiche Lohn- und Arbeitsbedingungen** für dem ASVG unterliegende Arbeitnehmer/innen und nach Österreich entsandte/überlassene Arbeitnehmer/innen, die nicht dem ASVG unterliegen

Anmerkung: Entsandte/Überlassene AN haben nach dem AVRAG oder dem AÜG zivilrechtlich Anspruch auf gleiches kollektivvertragliches Entgelt

- **Sicherstellung eines fairen Wettbewerbs** zwischen in- und ausländischen Unternehmen
- **Paradigmenwechsel im Arbeitsrecht durch Einführung einer behördlichen Kontrolle des Mindestentgelts** (bisher: Grundlohn)

Die Durchsetzung des kollektivvertraglichen Entgelts bleibt allerdings „Sache“ des/der Arbeitnehmers/Arbeitnehmerin bzw. der Gerichte

2

1.2. Wesentliche Maßnahmen im LSDB-G neu

- **Ausweitung der behördlichen Lohnkontrolle** (Rz 18 Pkt. 7.2 und Rz 41):
 - Das **gesamte durch Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag geregelte Entgelt (Mindestentgelt)** wird in die Kontrolle nach dem LSDB-G neu einbezogen.
Entgeltbestandteile, die in einer Betriebsvereinbarung oder in einem Arbeitsvertrag vereinbart wurden, fallen nicht unter die Entgeltkontrolle nach dem LSDBG.
 - Die Entgeltkontrolle hat **unter Beachtung des sozialversicherungsrechtlichen Entgeltbegriffs** zu erfolgen.
- **Sonderzahlungen:**
 - Aufgrund der sehr unterschiedlichen Fälligkeitszeitpunkte bei Sonderzahlungen (zB. Abstellen auf den Urlaubsantritt oder andere Zeitpunkte) werden der Entgeltkontrolle im Bereich der dem **ASVG** unterliegenden Arbeitnehmer/innen nicht diese Fälligkeitszeitpunkte sondern ein **Fälligkeitszeitraum** zugrunde gelegt werden.
 - Grenzüberschreitend nach Österreich **entsandte und überlassene** Arbeitnehmer/innen erhalten einen **eigenen Sonderzahlungsanspruch**(Rz 18 Pkt. 7.3.).

- **Information des/der Arbeitnehmers/in** über einen sein/ihr Arbeitsverhältnis betreffenden Strafbescheid betreffend Lohndumping (Rz 64).
- Verwaltungsstrafen bei **Nichtbereithalten der Lohnunterlagen**:
 - **Anhebung des Strafrahmens auf das Niveau des Strafrahmens für Lohndumping** (bisher Geldstrafe von 500 bis 5.000 €, künftig: 1.000 bis 10.000 €);
 - die **Strafe** wegen Nichtbereithalten der Lohnunterlagen ist **je Arbeitnehmer/in** zu verhängen, für den/die die Lohnunterlagen nicht bereitgehalten werden (bisher: Strafe pauschal je Arbeitgeber/in).
- Kontrollbehörden können **generell die Übermittlung** von Unterlagen fordern.
- Tätige Reue: Klarstellung, dass bei **Nachzahlung vor der Kontrolle Straffreiheit** besteht (Rz 55)
- **Erleichterung bei der Nachsicht von der Bestrafung bei Unterentlohnung** (Rz 51 bis Rz 54):
 - Klarstellung, dass die Nachsicht **auch bei wiederholter Unterentlohnung** bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen gewährt werden kann;
 - **Anhebung der Bagatellgrenze** (Nachsicht bei geringer Unterschreitung) **von 3 % auf 10 %**
- **Neuregelung der Verjährung** im Fall der Unterentlohnung (Rz 48):

Der **Beginn der Verjährung** (Verfolgungs- und Strafbarkeitsverjährung) soll **mit Eintritt der Fälligkeit** statt wie bisher mit Nachzahlung des ausstehenden Entgelts zu laufen beginnen (**Beseitigung** der bisherigen de facto Unverjährbarkeit der Unterentlohnung).
- **Untersagung der Dienstleistung auch bei Behinderung/Vereitelung der Lohnkontrolle** (bisher nur bei Unterentlohnung) – Rz 71.
- **Vorläufige Sicherheit („Täterorientiert“)**:

Die Finanzpolizei kann bei begründetem Verdacht einer Verwaltungsübertretung nach dem LSDB-G zur Sicherung der Strafverfolgung/des Strafvollzugs **dem/der ausländischen Arbeitgeber/in** (als Auftragnehmer/in) eine **vorläufige Sicherheit** auftragen.
- **Zahlungstopp – Sicherheitsleistung („Auftraggeber orientiert“)**:

BUAK/Finanzpolizei können bei begründetem Verdacht einer LSDB-G Verwaltungsübertretung zur Sicherung der Strafverfolgung/des Strafvollzugs **dem/der inländischen Auftraggeber/in** einen „**Zahlungstopp**“ auferlegen. Binnen 3 Tagen ist bei der Bezirksverwaltungsbehörde (im Folgenden: BVB) die Erlegung einer **Sicherheit** zu beantragen. (Dzt. ist nur der Fall der Unterentlohnung die Verhängung einer Sicherheitsleistung zulässig). Die Bezirksverwaltungsbehörde hat über diesen Antrag **binnen drei Arbeitstagen** nach Einlangen zu entscheiden.
- Führung der **Verwaltungsstrafevidenz**:

Der/Die **Auftraggeber/in nach dem Bundesvergabegesetz (BVerG)** kann **Auskunft verlangen**, ob hinsichtlich des/der im Auskunftersuchen genannten Arbeitgebers/Arbeitgeberin eine rechtskräftige Bestrafung nach dem LSDB-G vorliegt (Rz 78 ff).

- **Transparentere Regelung des Entsendebegriffs** verbunden mit einer gesetzlichen Klarstellung, in welchen Fällen keine Entsendung vorliegt (Rz 7 ff.).
- **Einschränkung des Montageprivilegs** auf das Geschäftsfeld des „klassischen“ Anlagenbaus (Rz 20).
- **Erleichterte Zustellungsmöglichkeiten** – bedeutsam für Auslandsbereich.
- **In-Kraft-Treten: 1. Jänner.2015** – die Neuregelungen gelten für Sachverhalte die nach dem 31. Dezember 2014 verwirklicht werden (Rz 69 und Rz 70).

2. Prüfzuständigkeiten zur Lohnkontrolle - Überblick

3

2.1. Zuständigkeiten - Allgemeiner Überblick

Für nach Österreich entsandte/überlassene Arbeitnehmer/innen, die nicht in Ö sozialversichert sind	Für Arbeitnehmer/innen, die in Österreich sozialversichert sind
Sachverhaltsermittlung durch Finanzpolizei (= Organe der Abgabenbehörden), im Baubereich auch durch BUAK ¹	Sachverhaltsermittlung durch Träger der Krankenversicherung (KV-Träger) „im Rahmen seiner Tätigkeit“ – GPLA, Erhebungen im Baubereich auch durch BUAK
Feststellung der Unterentlohnung und Anzeige durch CC LSDB, im Baubereich auch durch BUAK	Feststellung der Unterentlohnung und Anzeige durch KV-Träger, im Baubereich auch durch BUAK NEU: Ab 1.1.2015 kontrollieren KV-Träger auch Arbeitnehmer/innen mit gewöhnlichem Arbeitsort in Österreich, die aber nicht ASVG versichert sind

¹ Auf die Aufgaben/Zuständigkeiten der BUAK wird in den LSDB-RL 2015 nicht weiter eingegangen.

3. Prüfzuständigkeit des Kompetenzzentrums

4

3.1. Lohnkontrolle für Arbeitnehmer/innen, die nicht dem ASVG unterliegen

Nach § 7e Abs. 1 AVRAG ist das Kompetenzzentrum für die Kontrolle des:

- dem/der **nicht dem ASVG unterliegenden Arbeitnehmer/in**
- nach den **kollektiven Lohnvorschriften** (Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag) in Österreich unter Beachtung der jeweiligen Einstufungskriterien zustehenden **(Mindest)Entgelts** (siehe dazu Rz 18)

zuständig.

Zu diesem Zweck hat das Kompetenzzentrum die in den §§ 7e und 7n AVRAG vorgesehenen Aufgaben zu vollziehen.

Das Kompetenzzentrum ist somit **zuständig für** die Kontrolle des Entgeltanspruchs von nach Österreich **entsandten** oder **überlassenen** Arbeitnehmer/innen, für die **keine** Sozialversicherungspflicht in Österreich besteht. Zum Begriff „Entsendung“ siehe näher Rz 7, zum Begriff „Überlassung“ siehe näher Rz 25.

Zum **Prüfbereich** zählen auch jene **nicht dem ASVG unterliegenden Arbeitnehmer/innen**, die **im Bereich der Land- und Forstwirtschaft** tätig werden. Nach § 14b LAG idF d LSDB-G BGBl. I Nr. 24/2011 sind die entsprechenden Bestimmungen des AVRAG unmittelbar anzuwenden.

Beispiel:

- Ein/e Arbeitnehmer/in steht in einem Arbeitsverhältnis zu einem bäuerlichen Betrieb in Ungarn. Der gewöhnliche Arbeitsort liegt ebenfalls in Ungarn. Während der Erntezeit wird diese/r Arbeitnehmer/in nach Österreich entsandt und führt mit einem Mähdrescher des ungarischen Betriebes Erntearbeiten auf den Feldern eines österreichischen bäuerlichen Betriebes durch, ohne in den österreichischen Betrieb eingegliedert zu sein.

Ebenfalls **zum Prüfungsbereich zählt** der **Bereich der Bauwirtschaft**, doch kann die Lohnkontrolle auch durch die **Bauarbeiter- Urlaubs- und Abfertigungskasse (BUAK)** stattfinden. In einem konkreten Verdachtsfall ist eine gegenseitige **Information** über den Prüfungsvorgang sicherzustellen.

Die Lohnkontrolle von Arbeitnehmer/innen, die in Österreich gewöhnlich tätig sind, ohne dass eine Entsendung oder Überlassung vorliegt (§ 7 AVRAG), für die aber **keine** Sozialversicherungspflicht in Österreich besteht, erfolgt durch den jeweils zuständigen KV-Träger (siehe § 7g Abs. 1 Z 2 AVRAG).

Exkurs:

Die **Lohnkontrolle für Arbeitnehmer/innen**, die die **dem ASVG** unterliegen, erfolgt durch den jeweils zuständigen **KV-Träger „im Rahmen seiner Tätigkeit“** – der KV-Träger wird damit **nicht im Rahmen der Auftragsverwaltung** tätig. Die Lohnkontrolle erfolgt in Bezug auf privatrechtliche Arbeitsverhältnisse, die dem Geltungsbereich des AVRAG unterliegen. **Nicht** zum Prüfbereich zählen daher Arbeitsverhältnisse zu österreichischen Gebietskörperschaften (siehe § 1 Abs. 2 AVRAG).

Zum Prüfbereich zählen auch die dem ASVG unterliegenden Arbeitnehmer/innen, die im Bereich der Land- und Forstwirtschaft tätig werden. Nach § 14b LAG idFd LSDB-G BGBl. I Nr. 24/2011 sind die entsprechenden Bestimmungen des AVRAG – insb. § 7g AVRAG - unmittelbar anzuwenden.

Im Baubereich – d.h. im Geltungsbereich des BUAG – erfolgt die Lohnkontrolle der dem ASVG unterliegenden Arbeitnehmer/innen auch durch die BUAK.

3.1.1. Arbeitnehmer/innen, die in Österreich gewöhnlich tätig sind und nicht dem ASVG unterliegen

5

Die Lohnkontrolle erfolgt bezüglich Arbeitnehmer/innen mit gewöhnlichen Arbeitsort in Österreich, die aber nicht dem ASVG unterliegen, durch den Träger der Krankenversicherung, der fiktiv (im Fall des Bestehens einer Versicherungspflicht nach dem ASVG) zuständig wäre (§ 7g Abs. 1 Z 2 AVRAG).

Umfasst sind z.B. Beschäftigungsverhältnisse **zu mehreren Arbeitgeber/innen** mit Beschäftigungsort **in verschiedenen Mitgliedstaaten**. Nach Art. 13 der **VO 883/2004** kommen diesfalls für die Sozialversicherung die **Rechtsvorschriften des Wohnmitgliedstaates** zur Anwendung.

Beispiel:

Herr Y arbeitet für die Firma A in Irland und nimmt **parallel** dazu eine weitere **Tätigkeit** für das Unternehmen B **in Österreich** auf; sein **Wohnsitz** ist in **Tschechien**.

Obwohl Herr Y auch in Österreich gewöhnlich tätig ist, unterliegt er nicht der österreichischen Sozialversicherungspflicht, sondern es sind die sozialversicherungsrechtlichen Rechtsvorschriften Tschechiens anzuwenden; auf das Arbeitsverhältnis mit dem Unternehmen B ist grundsätzlich österreichisches Arbeitsvertragsrecht anzuwenden, dh. der Anspruch auf Entgelt richtet sich nach dem auf das Arbeitsverhältnis anzuwendenden Kollektivvertrag.

3.2. Begriff „Arbeitnehmer/in“ – Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses

Das Vorliegen der **Arbeitnehmer/inneneigenschaft** ist nach **österreichischem** Arbeitsvertragsrecht zu beurteilen.

Für die Beurteilung, ob ein Arbeitsverhältnis im Sinne des AVRAG vorliegt, ist der **wahre wirtschaftliche Gehalt** und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhalts maßgebend (§ 7i Abs. 10 AVRAG).

Bei der Beurteilung der Frage, ob ein **Arbeitsvertrag**, also eine in Abhängigkeit erbrachte Leistung vorliegt, ist nach § 1151 Abs. 1 Satz 1 ABGB (Verpflichtung zur Arbeitsleistung für einen anderen auf gewisse Zeit) und den von der Lehre und Judikatur entwickelten Kriterien zur persönlichen und wirtschaftlichen Abhängigkeit zu prüfen.

Als **wesentliche Kriterien** der **persönlichen Abhängigkeit** sind u.a. die Einordnung in die Arbeitsorganisation (Bindung hinsichtlich Arbeitszeit, Arbeitsort, Arbeitsabfolge), die Bindung an persönliche Weisungen, die Kontrollunterworfenheit, die disziplinarische Verantwortung des Arbeitnehmers/der Arbeitnehmerin, die Verpflichtung zur persönlichen Arbeitsleistung und die Bereitstellung der Arbeitsmittel durch den/die Arbeitgeber/in zu nennen. Diese Kriterien müssen aber nicht kumulativ vorliegen. Vielmehr kommt es auf das **Überwiegen** der wesentlichen Kriterien an, die für eine in Abhängigkeit erbrachte Arbeitsleistung sprechen. Dabei ist der Sachverhalt so zu beurteilen, wie er – den Tatsachen, den wirtschaftlichen Vorgängen und Verhältnissen angemessen – rechtlich zu fassen gewesen wäre. Unerheblich ist die Bezeichnung des Vertrages.²

In diesem Zusammenhang ist auf den Begriff der „**Scheinselbständigkeit**“ hinzuweisen. Unter diesem werden üblicherweise Erwerbstätige verstanden, die faktisch wie unselbständig Beschäftigte arbeiten, jedoch nach der gewählten Vertragsform als Selbständige bezeichnet werden. Nach der arbeitsrechtlichen Judikatur ist im konkreten Einzelfall anhand der Vertragsgestaltung und der **tatsächlich** gelebten Vertragspraxis und den oben genannten Kriterien zu prüfen, ob ein Arbeitsvertrag vorliegt. Das Vorhandensein einer ausländischen Gewerbeberechtigung steht der Annahme eines Arbeitsverhältnisses nicht entgegen. Es ist keineswegs ausgeschlossen, dass ein Arbeitsverhältnis vorliegt, wenn der/die Arbeitnehmer/in zusätzlich über einen Gewerbeschein verfügt.

Gibt jemand vor, Selbständige/r zu sein, verrichtet aber **tatsächlich** eine **unselbständige** Tätigkeit in persönlicher Abhängigkeit, gehen die Organe der Abgabenbehörden (Finanzpolizei) und ebenso die BUAK nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt davon aus, dass es sich um ein **Arbeitsverhältnis zum/zur inländischen Auftraggeber/in** handelt. Die Prüfständigkeit des Kompetenzzentrums ist nicht gegeben, da es sich dann um eine

² In den Zusammenhang wird zur Frage der Abgrenzung der Freiwilligenarbeit von der Mitarbeit im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses auf die Entscheidung des LVwG Vorarlberg vom 14.3.2014, VwG-1-012/R3-2013, verwiesen.

direkte Beschäftigung durch den/die inländische/n Auftraggeber/in handeln wird. Die Organe der Abgabenbehörden haben diesfalls den zuständigen KV-T zu informieren.

Die Frage des Bestehens eines dem AVRAG unterliegenden Arbeitsverhältnisses ist von den Behörden als Vorfrage nach Maßgabe des § 38 AVG zu behandeln.

Anmerkung:

Die Durchführung von Tätigkeiten im Rahmen von reglementierten Gewerben nach § 94 GewO 1994 durch grenzüberschreitend entsandte Arbeitnehmer/innen ist dem BMWFW mittels der so genannten **Dienstleistungsanzeige** mitzuteilen (siehe näher Rz 17).

4. Entsendung nach Österreich - Entsendebegriff

7

Vorweg ist festzuhalten: Die nachstehenden Ausführungen zum Entsendebegriff nehmen Bezug auf den § 7b AVRAG, **gelten** aber dem Inhalt nach **sinngemäß für** den wortidenten **Entsendebegriff des § 7a AVRAG**.

4.1. Entsendebegriff des § 7b AVRAG – Entsendung aus dem EU/EWR-Raum und der Schweiz

Die Entsende-RL 96/71/EG gilt für Unternehmen mit Sitz in einem Mitgliedstaat, die Arbeitnehmer/innen im Rahmen der länderübergreifenden Erbringung von Dienstleistungen in einen anderen Mitgliedstaat entsenden (Art. 1 Abs. 1 Entsende-RL).

Eine Entsendung iSd Art. 1 Abs. 3 lit. a Entsende-RL liegt vor, wenn der/die Arbeitnehmer/in unter der Leitung und im Namen des Unternehmens im anderen Staat auf Grund eines Dienstleistungsvertrages tätig wird, den dieses Unternehmen mit dem im Arbeitsstaat tätigen Leistungsempfänger geschlossen hat. Die Entsendung i.S.d. RL verlangt das Bestehen eines **grenzüberschreitenden Dienstleistungsvertrages** zwischen dem erbringenden ausländischen Unternehmen und dem/der inländischen Empfänger/in der Dienstleistung und während des Entsendezeitraumes ein Arbeitsverhältnis zwischen dem entsendenden Unternehmen und dem/der Arbeitnehmer/n (**Dienstleistungsentsendung**).

§ 7b AVRAG regelt die Ansprüche von Arbeitnehmer/innen, die von einem/einer Arbeitgeber/in mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat des EWR oder der Schweiz **zur Erbringung einer Arbeitsleistung** nach Österreich entsandt werden.

Für den Entsendebegriff i.S.d. AVRAG ergeben sich daraus folgende Merkmale:

- das **grenzüberschreitende Tätigwerden** von Arbeitnehmer/innen,
- der **gewöhnliche Arbeitsort** liegt **außerhalb Österreichs** und
- die **Erbringung von Arbeitsleistungen** in Österreich im Namen und auf Rechnung des/der ausländischen Arbeitgebers/Arbeitgeberin (und auch mit dessen/deren Betriebsmitteln).

Im Unterschied zu Art. 1 Abs. 3 lit. a Entsende-RL sieht das AVRAG nicht ausdrücklich vor, dass das grenzüberschreitende Tätigwerden auf einem grenzüberschreitenden Dienstleistungsvertrag beruhen muss. In den Gesetzesmaterialien zu § 7b AVRAG idF BGBl. Nr. 120/1999 (AB 1970 20. GP) findet sich der Hinweis, dass „*sich der Begriff der Entsendung einerseits an der bisherigen Begriffsbildung der österreichischen Dogmatik und andererseits an der Definition der Entsendung in der Entsende-RL orientiert.*“

Der Anwendungsbereich des § 7b AVRAG erstreckt sich damit auch auf grenzüberschreitende Tätigkeiten, die **nicht** unter den Entsendebegriff der Entsende-RL zu subsumieren sind. Mit anderen Worten: Der Entsendebegriff des AVRAG erfasst **alle Entsendungen nach Österreich**. § 7b AVRAG erfasst daher grundsätzlich auch Fälle, in denen

ein/e Arbeitnehmer/in eines/einer Arbeitgeber/in mit Sitz im Ausland in Österreich ohne Vorliegen eines grenzüberschreitenden Dienstleistungsvertrages tätig wird. Grundsätzlich sind damit auch nur kurzfristige Dienstreisen und die damit verbundenen Arbeitsleistungen (etwa Teilnahme an einer geschäftlichen Besprechung oder Gespräche mit potentiellen Neukunden) als Entsendung i.S.d. § 7b AVRAG zu qualifizieren (zu den gesetzlichen Ausnahmebestimmungen im Fall kurzfristiger Tätigkeiten siehe Rz 8).

Anmerkung:

Mit Erkenntnis vom 26.2.2015, Zlen. Ro 2014/11/0100 bis 0102, hat der VwGH zu § 7b Abs. 1 AVRAG i.d.F. vor dem ASRÄG 2014 entschieden, dass mit dieser Bestimmung die Entsende-RL umgesetzt wird und daher der Entsendebegriff des § 7b Abs. 1 AVRAG i.d.F. vor dem ASRÄG 2014 nur den Fall der Dienstleistungsentsendung erfasst.

Dieses Erkenntnis hat nur Geltung für § 7b AVRAG i.d.F. vor dem ASRÄG 2014, nicht aber für § 7b AVRAG i.d.F.d. ASRÄG 2014. Die gesetzliche Ausnahmebestimmung des § 7b Abs. 1a AVRAG bestätigt implizit den weiten Entsendebegriff des AVRAG i.d.g.F. Die Ausnahmebestimmung setzt begrifflich und notwendigerweise das Bestehen einer Entsendung voraus; im gegenteiligen Fall wäre diese Ausnahmebestimmung sinnentleert.

Für eine Entsendung i.S.d. AVRAG ist wesentlich, dass der **örtliche und zeitliche Schwerpunkt** des Arbeitsverhältnisses **im Entsendestaat** bleibt. Um von einer Entsendung sprechen zu können, muss daher der Rückkehrwille, dh. die Absicht, in den Entsendestaat zurückzukehren, bestehen. Bei der Entsendung kommt es weiters darauf an, dass ein/e Arbeitgeber/in unter Aufrechthaltung der Arbeitgeber/innenfunktionen (insb. der Weisungsbefugnis) Arbeitnehmer/innen nach Österreich schickt, um hier eine Arbeitsleistung zu erbringen. Der/die entsandte Arbeitnehmer/in ist daher nicht in einen Betrieb des (inländischen) Auftraggebers/der (inländischen) Auftraggeberin eingegliedert. Weiters wird die Arbeitsleistung mit den Betriebsmitteln des/der ausländischen Arbeitgebers/Arbeitgeberin erbracht.

§ 7b AVRAG ist als **Eingriffsnorm** i.S.d. Art. 9 Rom I VO zu qualifizieren, die zusätzlich zum Recht des gewöhnlichen Arbeitsortes zur Anwendung kommt. Damit haben **alle entsandten** Arbeitnehmer/innen nach § 7b Abs. 1 Z 1 AVRAG Anspruch auf das vergleichbaren Arbeitnehmer/innen von vergleichbaren Arbeitgeber/innen vor Ort gebührende Entgelt. Zu der Teilausnahme von der Pflicht zur Einhaltung der österreichischen kollektiven Lohnvorschriften im Fall bestimmter kurzfristiger Inlandstätigkeiten siehe Rz 8 und im Fall des Montageprivilegs siehe Rz 20.

Zweck der Entsende-RL ist die Erleichterung der grenzüberschreitenden Erbringung von Dienstleistungen und somit die Koordinierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten auf dem Gebiet der Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen, um „einen Kern zwingender Bestimmungen über ein Mindestmaß an Schutz festzulegen, das im Gastland von Arbeitgebern zu gewährleisten ist, die Arbeitnehmer für eine zeitlich begrenzte Arbeitsleistung in das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates entsenden, in dem eine Dienstleistung zu erbringen ist.“ Sinn und Zweck bzw. Ziel der Entsende-RL sind damit die **Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen** aufgrund des Bestehens **unterschiedlicher**

arbeitsrechtlicher Standards in den einzelnen Mitgliedstaaten auf der einen Seite und der **Schutz der nationalen Arbeitsmärkte insgesamt und der Schutz der Arbeitnehmer/innen vor Lohn- und Sozialdumping auf der anderen Seite.**

Das Vorliegen einer Entsendung i.S.d. Entsende-RL wie auch des § 7b AVRAG ist an **keine bestimmte zeitliche Untergrenze** gebunden. Auch im Fall einer kurzfristigen (etwa mehrstündigen) grenzüberschreitenden Tätigkeit des/der ausländischen Arbeitnehmer/in in Österreich kann grundsätzlich der Tatbestand der Entsendung erfüllt sein.

Nach den §§ 7a und 7b AVRAG i.d.F. vor dem ASRÄG 2014 erforderte die Entsendung den grenzüberschreitenden Einsatz des/der Arbeitnehmer/in zu einer „fortgesetzten“ Arbeitsleistung. Der Terminus „fortgesetzten“ ist mit dem ASRÄG 2014 entfallen. Damit wurde die Rechtsansicht, wonach an die Entsendung kein zeitliches Mindestmaß gebunden ist und mit dem Terminus „fortgesetzten“ lediglich zum Ausdruck gebracht wird, dass der/die Arbeitnehmer/in im Rahmen der Entsendung die Arbeitsleistung, die er/sie vor bzw. nach der Entsendung im Heimatstaat erbracht hat bzw. wieder erbringen wird, in einem anderen als dem Heimatstaat erbringt und diese Arbeitsleistung insofern in diesem anderen Staat fortsetzt, gesetzlich klargestellt.

Auch die **vorübergehende, kurzfristige Entsendung** von Arbeitnehmer/innen kann den Arbeitsmarkt/Binnenmarkt des „Gastlandes“ durchaus berühren und beeinträchtigen. In diesen Fällen kann vorweg das Vorliegen einer Entsendung nicht pauschal ausgeschlossen werden.

Aus dem Sinn und Zweck der Entsende-RL lässt sich allerdings ableiten, dass jene Fallkonstellationen **keine Entsendungen** i.S.d. AVRAG sind, in denen ein/e Arbeitnehmerin Leistungen aus seinem Arbeitsvertrag erbringt, die **keine bzw. kaum Auswirkungen auf den inländischen Arbeitsmarkt** haben und somit **weder in Konkurrenz zu im Inland tätigen Arbeitnehmer/innen noch zu inländischen Unternehmen** stehen. Dies wird insbesondere dann vorliegen, wenn die zu verrichtenden Arbeitsleistungen ausschließlich für den/die ausländischen Arbeitgeber/in einen wirtschaftlichen Wert darstellen (etwa Teilnahme an einem Seminar/einer, Besuch einer Schulung/Informationsveranstaltung).

Dem entsprechend nimmt § 7b Abs. 1a AVRAG bestimmte kurzfristige Tätigkeiten, mit denen der/die Arbeitnehmer/in in Österreich befasst ist, vom Entsendebegriff aus. Hier ist ex ante bei objektiver Betrachtung anzunehmen, dass es – auch im Fall eines unterschiedlich hohen Lohnniveaus – zu keiner ins Gewicht fallenden Konkurrenzsituation und zu Wettbewerbsverzerrungen kommen wird (Rz 8)

Gelangen die unter Rz 8 angeführten Ausnahmetatbestände nicht zur Anwendung ist unter Anwendung der vorgenannten Kriterien das Vorliegen einer Entsendung im Einzelfall zu prüfen.

4.2. Keine Entsendung bei bestimmten kurzfristigen Tätigkeiten

§ 7a Abs. 1 und § 7b Abs. 1a AVRAG nehmen die jeweils in den Z 1 bis 6 („Ausnahmekatalog“) angeführten **kurzfristigen Arbeiten von geringem Umfang**, mit welchen weder für inländische Arbeitnehmer/innen noch für inländische Unternehmen eine ins Gewicht fallende Konkurrenzsituation verbunden ist, vom Entsendebegriff aus.

Voraussetzung ist, dass der/die grenzüberschreitend tätige Arbeitnehmer/in ausschließlich mit den im Ausnahmekatalog angeführten Arbeiten tätig ist. Durch das Erfordernis der Ausschließlichkeit wird sichergestellt, dass nicht in Zusammenhang mit anderen unter eine Entsendung fallenden Arbeiten doch ein Wettbewerbsvorteil entsteht.

Eine **Entsendung liegt nicht** vor, wenn der/die Arbeitnehmer/in eines/einer Arbeitgebers/Arbeitgeberin mit Sitz im Ausland **ausschließlich** i.Z.m. folgenden **kurzfristigen, i.d.R. ein- bis mehrtägigen Arbeiten** von geringem Umfang in Österreich beschäftigt wird:

- **Teilnahme an geschäftlichen Besprechungen ohne Erbringung von weiteren Dienstleistungen:**

Von dieser Ausnahmebestimmung erfasst sind vorgelagerte oder unterstützende Tätigkeiten für eigentliche Arbeiten wie etwa **Verhandlungen**. Aber auch **konzerninterne Entsendungen** zwecks **Teilnahme an Besprechungen**, an einem **Projekttreffen**, an einem Mitarbeiter/innentreffen der „Region“ können darunter fallen. Die Teilnahme an der geschäftlichen (kurzfristigen) Besprechung ist die Arbeitsleistung/Dienstleistung, werden darüber hinaus weitergehende Dienstleistungen erbracht ist der Ausnahmetatbestand nicht gegeben.

- **Teilnahme an Seminaren ohne Erbringung von weiteren Dienstleistungen**

Entsante Vortragende bei einem Seminar oder Seminarleiter sind von diesem Ausnahmetatbestand erfasst, wenn diese Arbeitsleistung von inländischen Arbeitnehmer/innen nicht erbracht werden kann. Unter diese Ausnahmebestimmungen fallen auch die Teilnahme an einem **Workshop** oder **Vortrag**. Grundsätzlich ist auch die Teilnahme eines/einer ausländischen Arbeitnehmer/in an einer **kurzfristigen Schulung zu Weiter- und Fortbildungszwecken** unter diesen Ausnahmetatbestand subsumierbar.

Anmerkung:

Im Fall einer längerfristigen Einschulung ausländischer Arbeitnehmer/innen bei einem inländischen Unternehmen ist vorrangig zu prüfen, ob eine Überlassung i.S.d. AÜG vorliegt. Näheres dazu siehe die Rz 26.

- **Arbeiten auf Messen und messeähnliche Veranstaltungen im Sinne des § 17 Abs. 3 bis 6 ARG**, mit der Maßgabe, dass die Untergrenze des § 17 Abs. 4 ARG nicht gilt.

Einer **Fach- wie auch Publikumsmesse** ist gemeinsam, dass es sich um zeitlich begrenzte und regelmäßig wiederkehrende Veranstaltungen handelt, in deren Rahmen durch eine Vielzahl von Ausstellern ein umfassendes Angebot eines oder mehrerer Wirtschaftszweige ausgestellt wird. Ausgeschlossen sind damit Veranstaltungen, die über

Wochen oder Monate hinweg dauern oder die an jedem Wochenende/einmal im Monat durchgeführt werden. Damit sind Verkaufsausstellungen/Veranstaltungen von Einkaufszentren mit mehreren beteiligten Unternehmen nicht als Messe i.S.d. ARG zu qualifizieren.

Publikumsmessen i.S.d. § 17 Abs. 4 ARG dürfen höchstens zweimal im Jahr stattfinden und höchstens zehn aufeinanderfolgende Tage dauern; die zeitliche Untergrenze von mindestens drei Tagen findet im Bereich des AVRAG keine Anwendung.

Messeähnliche Veranstaltungen (Handwerksausstellung, Leistungsschau) können im Unterschied zu Messen nur einmal oder ohne Regelmäßigkeit durchgeführt werden, allerdings müssen die Veranstaltungen die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit von bestimmten Gewerbebezügen oder Regionen darstellen (Handwerksausstellung, Leistungsschau und dergleichen) und der Informationszweck gegenüber der Absicht des Warenvertriebs überwiegen.

Veranstaltungen gelten zudem nur dann als Messen/messeähnliche Veranstaltungen i.S.d. ARG, wenn zu deren Durchführung infolge der großen Zahl an Ausstellern und Besuchern eine **eigene Organisation** notwendig ist und die Veranstaltung **außerhalb jener Betriebsstätten** durchgeführt werden, in denen der normale Geschäftsbetrieb der Aussteller stattfindet.

Dieser Ausnahmetatbestand erfasst **alle Arbeiten** im Rahmen der Messe oder messeähnlichen Veranstaltung (erfasst ist damit nicht nur die Beratung, sondern auch die Verkaufstätigkeit).

Von dieser Ausnahme **nicht erfasst sind Vorbereitungs- und Abschlussarbeiten für die Veranstaltung der Messe** (Auf- und Abbau der Ausstellungseinrichtungen und An- und Ablieferung des Messegutes).

Die Ausnahmebestimmung stellt ab auf Messen/messeähnliche Veranstaltungen i.S.d. § 17 ARG.

Arbeitsleistungen ausländischer Arbeitnehmer/innen bei Märkten oder marktähnlichen Veranstaltungen i.S.d. § 16 Abs. 1 ARG (dazu zählen insb. Volkfeste, Christkindlmärkte, Kirtage) **sind von der Ausnahmebestimmung nicht erfasst**; diese fallen unter den Entsendebegriff.

- **Besuch von und Teilnahme an Kongressen:**

Unter diese Ausnahme fällt auch die Teilnahme an Tagungen.

- **Kulturelle Veranstaltungen, die im Rahmen einer grenzüberschreitenden Tournee** stattfinden, bei welcher der Veranstaltung (den Veranstaltungen) in Österreich lediglich eine untergeordnete Bedeutung zukommt (zukommen), soweit der/die Arbeitnehmer/in seine/ihre Arbeitsleistung zumindest für einen Großteil der Tournee zu erbringen hat.

Eine Tournee liegt vor, wenn die kulturellen Veranstaltungen an mehreren, voneinander verschiedenen Orten stattfinden. Weitere Voraussetzung ist, dass dem **Österreich-Teil** einer grenzüberschreitenden Tournee in zeitlicher Hinsicht eine **untergeordnete Bedeutung** zukommt und die Arbeitnehmer/innen der ausländischen Arbeitgeber/innen für den Großteil der Tour engagiert werden. Werden die Arbeitnehmer/innen nicht für den Großteil der Tour engagiert, sondern zB. nur für den Österreich-Teil, findet die

Ausnahmebestimmung keine Anwendung und es liegt eine Entsendung vor. Die Ausnahmebestimmung erfasst künstlerische wie auch nicht-künstlerisch eingesetzte Arbeitnehmer/innen, sofern die vorgenannten Voraussetzungen erfüllt sind.

- **Teilnahme und Abwicklung von internationalen Wettkampfveranstaltungen**

(Internationale Meisterschaften) i.S.d. § 3 Z 6 BSFG 2013:

Von dieser Ausnahme erfasst sind internationale Wettkampfveranstaltungen (internationale Meisterschaften), die im Rahmen der Bestimmungen des IOC oder des IPC oder des Europäischen Olympischen Comités (EOC) oder einer Organisation der International Organisations of Sports for Disabled (IOSD) oder eines internationalen Sportfachverbands stattfinden oder bei der technische Funktionäre der Wettkampfveranstaltung von diesen benannt werden.

Von diesem Ausnahmetatbestand **nicht erfasst sind Vorbereitungs- und Abschlussarbeiten für die Veranstaltung** (Auf- und Abbau der im Zusammenhang mit der Veranstaltung stehenden Einrichtungen) **sowie Verabreichung von Speisen und Ausschank von Getränken im Rahmen der Veranstaltung.**

4.3. Kurzfristige Dienstleistungsentsendung aus EU/EWR oder der Schweiz

Setzen Arbeitgeber/innen mit Sitz in der EU/dem EWR und der Schweiz Arbeitnehmer/innen zu den **vorgenannten** Tätigkeiten grenzüberschreitend ein, ist zu differenzieren:

- Wird der/die ausländische Arbeitnehmer/in mit den vorgenannten Arbeiten **ohne Vorliegen eines grenzüberschreitenden Dienstleistungsvertrages** in Österreich tätig, liegt **keine Entsendung** vor.
- Wird der die ausländische Arbeitnehmer/in **im Rahmen eines** mit einem/einer inländischen Dienstleistungsempfänger/in geschlossenen **grenzüberschreitenden Dienstleistungsvertrages** in Österreich beschäftigt, liegt eine **meldepflichtige Entsendung** vor, allerdings kommen die **lohn- und urlaubsrechtlichen Vorschriften nicht zur Anwendung (Teilausnahme nach § 7b Abs. 1b AVRAG)**.

Mangels Anspruchs auf das kollektivvertragliche Entgelt ist eine **Lohnkontrolle obsolet**. Die in § 7d AVRAG angeführten Lohnunterlagen sind daher in den Fällen einer Teilausnahme nach den § 7b Abs. 1b AVRAG nicht bereitzuhalten.

5. Entsendemeldung und damit zusammenhängende Pflichten - Verwaltungsstrafen

10

5.1. Entsendemeldung

Ausländische Arbeitgeber/innen **mit Sitz in einem EWR-Mitgliedstaat oder der Schweiz** haben gemäß § 7b Abs. 3 AVRAG die Beschäftigung von Arbeitnehmer/innen, die zur Erbringung einer Arbeitsleistung nach Österreich entsandt werden, grundsätzlich **spätestens eine Woche** vor Arbeitsaufnahme der **Zentralen Koordinationsstelle für die Kontrolle der illegalen Beschäftigung** (im Folgenden: ZKO) mittels dem amtlichen Formular „Entsendemeldung - ZKO 3“ zu **melden**.³ In Katastrophenfällen, bei unaufschiebbaren Arbeiten und bei kurzfristig zu erledigenden Aufträgen ist die Meldung **unverzüglich** vor Arbeitsaufnahme zu erstatten.

Entsendung durch Beschäftiger/in:

Entsendet ein/e ausländische/r Beschäftiger/in an ihn/sie im Ausland überlassene Arbeitnehmer/innen nach Österreich ist die **Entsendemeldung durch den/die ausländische/n Beschäftiger/in** zu erstatten. Der/Die ausländische Beschäftiger/in gilt auch in Bezug auf die überlassenen und nach Österreich entsandten Arbeitnehmer/innen als Arbeitgeber/in i.S.d. LSDB-G neu; dementsprechend ist der/die Beschäftiger/in auch Adressat der Verwaltungsstrafnormen (siehe Rz 16)

Mit 1. Jänner 2015 hat die Meldung **ausschließlich auf dem elektronischen Weg** mittels des **Formulars ZKO 3** zu erfolgen. Das Formular sowie nähere Informationen dazu ist zu finden unter:

https://www.bmf.gv.at/betrugsbekaempfung/entsendung-zentrale-koordination/entsendemeldungen-zentrale-koordinationsstelle.html#heading_Link_zu_den_Formularen

Eine Abschrift der Meldung ist dem/der mit dem Weisungsrecht vor Ort Beauftragten (Beauftragter nach § 7b Abs. 1 Z 4 AVRAG) auszuhändigen, wird nur ein/e Arbeitnehmer/in entsandt, ist die Abschrift diesem/dieser auszuhändigen.

Die **Entsendemeldung** hat folgende Angaben zu enthalten (§ 7b Abs. 3 i.V.m. Abs. 4 AVRAG):

- **Name, Anschrift und Gewerbebefugnis/Unternehmensgegenstand und UID-Nummer des Arbeitgebers/der Arbeitgeberin;**
- Name und Anschrift der zur Vertretung nach außen Berufenen des/der Arbeitgebers/Arbeitgeberin

³ Dies gilt auch im Fall der Entsendung von Arbeiter/innen im Bereich der Land- und Forstwirtschaft (§ 14d LAG 1984).

- Name des/der vom/von der Arbeitgeber/in mit der Ausübung des Weisungsrecht vor Ort Beauftragten;⁴
- Name und Anschrift des inländischen Auftraggebers/der inländischen Auftraggeberin (Generalunternehmers/Generalunternehmerin);
- die Namen, Anschriften, Geburtsdaten, Sozialversicherungsnummern und zuständige Sozialversicherungsträger und Staatsangehörigkeit der nach Österreich entsandten Arbeitnehmer/innen;
- **Zeitraum der Entsendung insgesamt sowie Beginn und voraussichtliche Dauer der Beschäftigung** der einzelnen Arbeitnehmer/innen in Österreich, Dauer und Lage der vereinbarten Normalarbeitszeit der einzelnen Arbeitnehmer/innen;
- die **Höhe** des dem/der einzelnen Arbeitnehmer/in gebührenden **Entgelts und Beginn des Arbeitsverhältnisses bei dem/der Arbeitgeber/in**;
- Ort (genaue Anschrift) der Beschäftigung in Österreich (auch andere Einsatzorte in Österreich);
- **Art der Tätigkeit und Verwendung** des/Arbeitnehmers/der Arbeitnehmerin unter Berücksichtigung des maßgeblichen österreichischen Kollektivvertrages;
- sofern für die Beschäftigung der entsandten Arbeitnehmer/innen im Sitzstaat des Arbeitgebers/der Arbeitgeberin eine behördliche Genehmigung erforderlich ist, jeweils die ausstellende Behörde sowie die Geschäftszahl, das Ausstellungsdatum und die Geltungsdauer oder eine Abschrift der Genehmigung;
- sofern die entsandten Arbeitnehmer/innen im Sitzstaat des Arbeitgebers/der Arbeitgeberin eine Aufenthaltsgenehmigung benötigen, jeweils die ausstellende Behörde sowie die Geschäftszahl, das Ausstellungsdatum und die Geltungsdauer oder eine Abschrift der Genehmigung.

Bekanntgabe des/der inländischen Auftraggebers/Auftraggeberin:

Diese Angabe setzt die Existenz eines/einer inländischen Auftraggebers/Auftraggeberin voraus. Der/die inländische Auftraggeber/in ist damit nicht ausschließlich, sondern nur gegebenenfalls, anzugeben. Die Meldepflicht knüpft an die **Tatsache der Existenz** eines/einer inländischen Auftraggebers/Auftraggeberin an. Nicht entscheidend ist, ob der/die inländische Auftraggeber/in unmittelbar mit dem/der ausländischen Auftragnehmer/in in einer vertragsrechtlichen Beziehung steht („**direkte Dienstleistungsentsendung**“). Erfasst ist auch die so genannte „**indirekte Dienstleistungsentsendung**“. Das ist der Fall, wenn ein/e ausländische/r Sub-Auftragnehmer/in an eine/n inländische/n Auftraggeber/in in Bezug auf einen Dienstleistungsauftrag, der zwischen dem/der inländischen Auftraggeber/in und dem/der ausländischen Erst-Auftragnehmer/in leistet.

⁴ Diese/r ist **nicht ident** mit dem/der verantwortlich Beauftragten nach § 9 VStG, es sei denn, er wurde durch den/die Arbeitgeber/in rechtswirksam zu diesem bestellt.

Entsendemeldung bei Teilausnahme:

Liegt eine Entsendung vor, kommt es aber in den in Rz 9 angeführten Fällen einer kurzfristigen Inlandstätigkeit sowie im Fall des Montageprivilegs zu einer Teilausnahme von der Pflicht zur Einhaltung des österreichischen Entgeltlevels für die Dauer der Entsendung (bzw. für drei Monate), ist die Entsendemeldung wie folgt zu erstatten: Im **Pflichtfeld „Entgelt“** ist der **Betrag 0,01** einzusetzen; weiters ist im **Feld „Sonstiges“** zu vermerken: „Montageprivileg“ oder kurzfristige Inlandstätigkeit und nähere Angabe des Ausnahmetatbestandes.

Die Entsendemeldung hat „**für jede Entsendung**“ gesondert zu erfolgen. Es ist somit **keine „Vorratsmeldung“** für etwaige weitere mögliche Entsendung (keine Meldung auf Verdacht) zulässig. Zur Zulässigkeit einer Rahmenmeldung siehe Rz 11.

Nachträgliche Änderungen bei den oben angeführten Angaben sind unverzüglich zu melden (**Änderungsmeldung**).

Die ZKO hat die Entsendemeldung an den zuständigen KV-Träger (WGKK) und – sofern es sich um Bautätigkeiten handelt – der BUAK zu übermitteln.

Anmerkung:

Fehlt es am Vorliegen einer arbeitsrechtlichen Entsendung i.S.d. § 7b Abs. 1 AVRAG, ist dem entsprechend keine Entsendemeldung nach § 7b Abs. 3 AVRAG zu erstatten und finden auch die Dokumentations- und Bereithaltungspflichten des § 7 Abs. 5 AVRAG keine Anwendung.

5.2. Rahmen(Quartals)meldung bei Entsendung aufgrund eines laufenden und längerfristigen Vertrages

Ist auf Grundlage eines laufenden Vertrages (zB. aufgrund eines Servicevertrages mit dem inländischen Käufer einer Anlage oder Maschine) bekannt bzw. ist aus der rechtlichen Natur des Vertrages ableitbar, dass die Vertragsparteien mit dem grenzüberschreitenden Personaleinsatz rechnen und dieser im Anlassfall ad hoc stattfindet, kann argumentiert werden, dass es sich – im rechtlichen und wirtschaftlichen Sinn – um „eine“ Entsendung“ jeweils in Bezug auf einen „Werkskunden“ handelt. Der/Die ausländische Arbeitgeber/in erfüllt mit der Entsendung der Arbeitnehmer/innen dem Grunde nach die ihn/sie treffenden Pflichten aus dem Vertrag.

Vor diesem Hintergrund ist es aus Sicht des Sozialministeriums mit dem Wortlaut und den Zwecken des § 7b AVRAG vereinbar, dass der/die ausländische Arbeitgeber/in – **jeweils für einen Kunden – eine Entsendemeldung für den Zeitraum von drei Monaten** erstattet und darin den/die in Bezug auf die Erfüllung des laufenden Vertrages (zB. Servicevertrages) **eingesetzten Mitarbeiter/innen und alle potentiell möglichen Einsatzorte** (d.h. die Standorte der zu wartenden Maschinen im Rahmen des jeweiligen Vertrages) bekannt gibt. Mit anderen Worten: Eine ad hoc Entsendung eines/einer zB. gemeldeten Servicetechnikers/Servicetechnikerin innerhalb der nächsten drei Monate ist nicht gesondert zu melden. Die Dauer von drei Monaten erklärt sich damit, dass auch im Fall des Vorliegens des Montageprivilegs die Möglichkeit, ausländische Arbeitnehmer/innen weiter nach Maßgabe der ausländischen Entgeltbestimmungen zu entlohnen, mit Ablauf von drei Monaten endet.

Nach Ablauf von drei Monaten ist durch den/die ausländische/n Arbeitgeber/in **neuerlich eine Entsendemeldung** (für die nächsten drei Monate) nach dem obigen Muster zu erstatten.

Nähere Fragen zur Ausgestaltung der Entsendemeldung in diesen Fällen sind direkt mit der ZKO (post.finpol-zko@bmf.gv.at) abzuklären.

Anmerkung:

Im Fall der wiederholten und kurzfristigen Überlassung eines/einer **einzelnen** Arbeitnehmers/Arbeitnehmerin an eine/n Beschäftiger/in kann bei Vorliegen der vorgenannten Voraussetzungen im Einzelfall eine **Rahmen(Quartals)meldung der Überlassung** erfolgen.

5.3. Bereithaltspflichten nach § 7b Abs. 5 AVRAG

Arbeitgeber/innen mit Sitz in einem EU/EWR Staat oder der Schweiz haben:

- sofern für **den/die entsandten Arbeitnehmer/innen** in Österreich keine Sozialversicherungspflicht besteht, **Unterlagen über die Anmeldung des Arbeitnehmers oder der Arbeitnehmerin zur Sozialversicherung** (Sozialversicherungsdokument E 101 nach der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71, Sozialversicherungsdokument A 1 nach der Verordnung (EG) Nr. 883/04), sowie
- eine **Abschrift der Entsendemeldung**
- am Arbeits(Einsatz)ort im Inland **bereitzuhalten** oder
- diese den Organen der Abgabebehörden oder der Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse **unmittelbar vor Ort in elektronischer Form zugänglich** zu machen.

Bei innerhalb eines Arbeitstages **wechselnden Arbeits(Einsatz)orten** sind die erforderlichen Unterlagen **am ersten Arbeits(Einsatz)ort** bereitzuhalten oder in elektronischer Form zugänglich zu machen.

Ist die Bereithaltung oder Zugänglichmachung der Unterlagen am Arbeits(Einsatz)ort **nicht zumutbar**, sind die Unterlagen **jedenfalls im Inland** bereitzuhalten und der Abgabebehörde auf Verlangen nachweislich zu übermitteln, wobei die Unterlagen bis einschließlich des der Aufforderung zweitfolgenden Werktags abzusenden sind. Für die Übermittlung gebührt kein Ersatz der Aufwendungen.

Sofern für die Beschäftigung der entsandten Arbeitnehmer/innen im Sitzstaat des/der Arbeitgebers/Arbeitgeberin eine behördliche Genehmigung erforderlich ist, ist auch die Genehmigung bereitzuhalten.

13

5.4. Elektronische Zugänglichmachung

Diese Alternative betrifft **alle nach § 7b AVRAG** bereitzuhaltenden Unterlagen, d.h. sowohl die Entsendemeldung als auch die Unterlagen über die Anmeldung des Arbeitnehmers oder der Arbeitnehmerin zur ausländischen Sozialversicherung.

Zu denken ist dabei an eine unmittelbare **visuelle Zugänglich-Machung via elektronischer Geräte des/der Arbeitgeber/in** (etwa Laptop, Tablet).

Der Hinweis, dass diese Daten auf einem Server im Ausland „liegen“ – ohne gleichzeitige Zugriffsmöglichkeit vom Arbeitsort aus – genügt nicht.

Wesentlich ist jedenfalls, dass den Organen der Abgabebehörden die **Verifizierung** der Echtheit dieser Dokumente im Augenblick der Lohnkontrolle möglich ist bzw. die Unterlagen auf Verlangen dann auch den Kontrollbehörden übermittelt werden können (z.B. an den Server der Finanzpolizei).

5.5. Unterlagen über die Anmeldung des Arbeitnehmers oder der Arbeitnehmerin zur ausländischen Sozialversicherung:

An sich ist der/die ausländische Arbeitgeber/in verpflichtet, sich zeitgerecht vor einer Entsendung über die hierfür geltenden Rechtsvorschriften des Beschäftigterstaates zu informieren und sich zeitgerecht für die entsandten Arbeitnehmer/innen um eine A 1/E 101-Bescheinigung zu kümmern (kein entschuldbarer Rechtsirrtum).

Der allgemeine gehaltene Gesetzestext des § 7b Abs. 5 AVRAG („Arbeitgeber/innen ... *haben Unterlagen über die Anmeldung des Arbeitnehmers oder der Arbeitnehmerin zur Sozialversicherung ... bereitzuhalten*“) ist dahingehend zu verstehen, dass nicht nur ein Formular A 1/E 101, sondern **auch andere Unterlagen** betreffend die Anmeldung des/der Arbeitnehmers/Arbeitnehmerin zur ausländischen Sozialversicherung im Rahmen der Kontrolle vorlegt werden können. Der der allgemein gehaltenen gesetzlichen Textierung nachgestellte **Klammerausdruck** ist eine demonstrative Aufzählung und **keine abschließende Aufzählung**.

Stellt der/die ausländische Arbeitgeber/in für die entsandten Arbeitnehmer/innen (nachweislich) zeitgerecht einen Antrag auf Ausstellung einer A 1/E 101-Bescheinigung, und wurde die Bescheinigung noch nicht im Zeitpunkt der Kontrolle ausgestellt (z.B. die Bearbeitung durch den ausländischen Sozialversicherungsträger dauert noch), **genügt vorerst** die Vorlage des **Antragsformular auf Ausstellung** der A 1/E 101 Bescheinigung i.V.m. anderen Unterlagen, die die „aktuelle“ Anmeldung des/der Arbeitnehmer/in zur ausländischen Sozialversicherung dokumentieren (etwa eine seitens des ausländischen Sozialversicherungsträgers bestätigte Anmeldung des/der entsandten Arbeitnehmer/in zur ausländischen Sozialversicherung). **Die A 1/E 101 Bescheinigung ist dann nachzureichen.**

5.6. (Un)Zumutbarkeit der Bereithaltung vor Ort

Eine solche „nicht Zumutbarkeit der Bereithaltung am Arbeits(Einsatz)ort“ liegt dann vorliegen, wenn eine **gesicherte Aufbewahrung** vor Ort (absperrbares Baubüro, absperrbarer Baucontainer, Bauhütte, Firmen-KFZ vor Ort) nachweislich **nicht möglich ist**.

Eine „**Nicht-Zumutbarkeit**“ der Bereithaltung am Arbeitsort ist nach Ansicht des Sozialministeriums **ausnahmsweise** dann **gegeben**, wenn sich die nach § 7b Abs. 5 AVRAG geforderten Unterlagen bei:

- einer **eingetragenen Zweigniederlassung im Inland**, an der der/die ausländische Arbeitgeber/in seine/ihre Tätigkeit nicht nur gelegentlich ausübt, oder
- **bei einer selbständigen Tochtergesellschaft oder dem Headquarter eines Konzerns i.S.d. § 15 AktG oder § 115 GmbHG oder**

- bei einer **steuerrechtlichen Vertretung im Inland, sofern der/die ausländische Arbeitnehmer/in** aufgrund der Dauer seiner Tätigkeit **in Österreich steuerpflichtig** ist, befinden und von dort angefordert werden können.

In diesen Fällen ist das Ziel einer effizienten Lohnkontrolle durch das Vorhandensein der Unterlagen an von **vornherein** klar festgelegten Orten erreicht, sodass die Bereithaltung am Arbeits(einsatz)ort unzumutbar wäre. In diesen Fällen wäre eine doppelte Bereithaltungspflicht am Arbeits(Einsatz)ort und bei der Zweigniederlassung/beim Steuerberater unverhältnismäßig. Unter Berücksichtigung, dass Gesetze grundsätzlich „generell und abstrakt“ und nicht „individuell und konkret“ formuliert werden und dass Entsendungen mit eingetragenen Zweigniederlassungen im Inland (oder auch mit einer verpflichtenden steuerrechtlichen Vertretung im Inland) die Ausnahme darstellen, ist die vorgeschlagene Formulierung ausreichend.

Anmerkung:

Obige Ausführungen gelten sinngemäß auch für die Frage, ob die Bereithaltung der nach **§ 7d AVRAG** bereitzuhaltenden Lohnunterlagen am Arbeitsort zumutbar ist.

16

5.7. Verwaltungsübertretungen i.Z.m. Entsendemeldung

Strafnorm	Tatbild	Strafe
§ 7b Abs. 8 AVRAG	Wer als Arbeitgeber/in (Beschäftigter/in) oder als Verantwortlicher nach § 9 VStG: • die Entsendemeldung/Änderungsmeldung ➤ nicht, nicht rechtzeitig oder unvollständig erstattet oder ➤ dabei wissentlich falsche Angaben macht, oder • die nach § 7b Abs. 5 AVRAG erforderlichen Unterlagen ➤ nicht bereithält, oder ➤ vor Ort nicht unmittelbar zugänglich macht, oder ➤ nicht an die Behörden übermittelt (wenn Bereithaltung vor Ort nicht zumutbar ist). ➤	500 € bis 5.000 € (Wh.: 1. 000 € bis 10.000 €) je Arbeitnehmer/in⁵

⁵ Für Sachverhalte, die sich vor dem 1. Jänner 2015 ereignet haben und zu diesem Zeitpunkt verwaltungsstrafrechtlich sanktioniert sind, gilt **§ 7b Abs. 9 AVRAG i.d.F. vor dem ASRÄG 2014**. Wesentlich ist, dass die Verwaltungsstrafen nach dieser Bestimmung **pauschal je Arbeitgeber/in** zu verhängen sind. Da mit § 7b Abs. 8 AVRAG die Straftatbestände präzisiert und ausgeweitet und auf den/die einzelnen Arbeitnehmer/in abstellen, findet § 1 Abs. 2 VStG keine Anwendung.

§ 7i Abs. 1 AVRAG	Wer als Arbeitgeber/in (Beschäftigter/in) oder als Verantwortlicher nach § 9 VStG: - die nach § 7b Abs. 5 AVRAG am Arbeitsort bereitzuhaltenden oder zugänglich zu machenden Unterlagen nach Aufforderung zur Übermittlung durch die Finanzpolizei nicht übermittelt ➤ erfasst Nichtübermittlung von Unterlagen, die aufgrund wechselnder Arbeitsorte oder aufgrund der generellen Forderungsmöglichkeit gefordert wurden	500 € bis 5.000 € (Wh.: 1. 000 € bis 10.000 €) je Arbeitnehmer/in
§ 7i Abs. 2a AVRAG	Wer als Arbeitgeber/in (Beschäftigter/in) oder als Verantwortlicher nach § 9 VStG die Einsichtnahme in die Unterlagen nach § 7b Abs. 5 AVRAG verweigert	1.000 € bis 10.000 € (Wh.: 2.000 € bis 20.000 €) je Arbeitnehmer/in

Kontrollbehörde ist in diesen Fällen die Finanzpolizei (und im Baubereich die BAUK);
Anzeigeleger ist die örtlich zuständige Abgabebehörde (Finanzamt). Die Abgabebehörde bzw. die BUAK hat in diesen Verwaltungsstrafverfahren **Parteistellung** (auch wenn die Anzeige durch Dritte erfolgt ist).

Tatortregelung:

Die Verwaltungsübertretungen nach § 7b Abs. 8 i.V.m. § 7i Abs. 1 und Abs. 2a AVRAG gelten als in dem Sprengel jener BVB begangen, in dem der Arbeits(Einsatz)ort des/der entsandten Arbeitnehmer/in liegt, bei wechselnden Arbeitsorten ist Tatort der Ort der Kontrolle.

Im Übrigen sieht das AVRAG in Bezug auf die **Verwaltungsübertretungen nach § 7b Abs. 8 AVRAG keine verfahrensrechtlichen Sonderregelungen** vor (dies ist nur beim Verwaltungsstraftatbestand der Unterentlohnung vorgesehen). D.h. das **VStG** gilt **1 : 1**:

➤ Es **gelten die Fristen nach § 31 VStG**.

➤ Beginn der **einjährigen Verfolgungsverjährungsfrist**:

- Entsendemeldung: Verfolgungsverjährung beginnt **mit Ablauf der Meldefrist**, d.h. mit Nichterstattung/mit der nicht vollständigen Erstattung der Entsendemeldung bis spätestens eine Woche vor Arbeitsantritt in Österreich (außer es handelt sich um einen kurzfristigen Auftrag – hier ist die Meldung unverzüglich vor Arbeitsaufnahme zu erstatten).

Wird daher durch die Finanzpolizei im Rahmen einer Kontrolle festgestellt, dass der/die ausländische Arbeitnehmer/in bereits zu einem früheren Zeitpunkt in Österreich tätig war und wurde für diesen „Einsatz“ keine Entsendemeldung erstattet, ist auch die „frühere“ Nichtmeldung anzuzeigen; wird binnen Jahresfrist seitens der BVB keine Verfolgungshandlung gesetzt, ist das Strafverfahren nach § 45 Abs. 1 Z 2 VStG einzustellen.

- Unterlagen nach § 7b Abs. 5 AVRAG: Die Verfolgungsverjährung beginnt mit dem Zeitpunkt, bis zu dem die **unterlassene Handlung hätte gesetzt werden müssen**. Ist die Bereithaltung/Zugänglichmachung der Unterlagen nach § 7b Abs. 5 AVRAG am Arbeitsort zumutbar, beginnt die Verfolgungsverjährung mit dem Ende der Vor-Ort-Kontrolle). Ist die Bereithaltung der Unterlagen nach § 7b Abs. 5 AVRAG am Arbeitsort unzumutbar, beginnt die Verfolgungsverjährungsfrist mit Ablauf der Frist zur Vorlage/zur Übermittlung zu laufen; Im Fall der Verweigerung der Einsichtnahme in die Unterlagen nach § 7b Abs. 5 AVRAG beginnt die Verfolgungsverjährungsfrist mit der Verweigerung zu laufen.

➤ **Einstellung** u.a. nach **§ 45 Abs. 1 Z 4 VStG**

- Die Strafen nach den § 7b Abs. 8 AVRAG, § 7i Abs. 1 und Abs. 2a AVRAG sind entsprechend dem Kumulationsprinzip je Arbeitnehmer/in zu verhängen. Die **ständige Wiederholung** der Tat darf allerdings **nicht als straferschwerend** berücksichtigt werden.⁶

Anmerkung:

In Hinblick auf einzelnen Straftatbestände des § 7b Abs. 8 AVRAG sowie im Hinblick auf § 22 VStG (Verbot der Doppelbestrafung) ist durch die Finanzpolizei im Einzelfall insbesondere zu ermitteln, ob der/die ausländische Arbeitgeber/in die Entsendemeldung überhaupt erstattet hat, oder ob der die Arbeitgeber/in diese zwar erstattet hat, diese aber nicht am Arbeitsort bereithält/nicht zugänglich macht und in weiterer Folge die Übermittlung der Entsendemeldung verweigert.

Rechtskräftige Bescheide in den oben genannten Verwaltungsstrafverfahren werden **in der Strafevidenz** beim Kompetenzzentrum geführt (Einmeldung durch BVB und Verwaltungsgerichte der Länder.

Kumulation § 7b Abs. 3 i.V.m. Abs. 8 AVRAG und § 7d AVRAG:

Die Entsendemeldung nach den § 7b Abs. 3 AVRAG verfolgt über den § 7d AVRAG hinausgehende Zwecke. Zudem ist die Entsendemeldung an die ZKO zu erstatten, wohingegen die Lohnunterlagen am Arbeitsort aufliegen müssen. Hinzu kommt, dass die Handlungspflichten des/der ausländischen Arbeitgebers/Arbeitgeberin zu unterschiedlichen Zeitpunkten bestehen. Daher handelt es sich nach Ansicht des Sozialministeriums bei den Verwaltungsstrafatbeständen des § 7b Abs. 8 AVRAG und § 7d AVRAG um verschiedene Übertretungen, welche unabhängig voneinander verwirklicht werden können und entsprechend § 22 VStG auch **nebeneinander** strafbar sind.⁷

⁶ Raschauer in Raschauer/Wessely, VstG § 22 Rz 5.

⁷ Vgl. dazu das zum AVRAG i.d.F. vor dem ASRÄG 2014 ergangene Erkenntnis des LVwG Steiermark vom 23.1.2014, LVwG 33.15-1308/2014-9 (vorm. UVS 33.15-35/2013).

6. Weitere Pflichten des/der ausländischen Arbeitgeber/in

17

6.1. Bewilligung nach AuslBG

Ausländische Arbeitgeber/innen **mit Sitz in einem Drittstaat** (d.h. ohne Sitz in einem EWR-Mitgliedstaat oder der Schweiz) trifft **keine Meldeverpflichtung nach dem AVRAG**; sie haben aber die Verpflichtung, entsprechende **Bewilligungen nach dem AuslBG** einzuholen. Zur Bereithaltung der Lohnunterlagen siehe Punkt 6.3.

Für die Beschäftigung von Drittstaatsangehörigen, die von einem/von einer ausländischen Arbeitgeber/in **ohne Sitz** in Österreich bzw. im EU/EWR-Raum oder der Schweiz nach Österreich entsandt werden, ist gemäß § 18 AuslBG eine **Beschäftigungsbewilligung** oder eine **Entsendebewilligung** erforderlich. Diese ist vom/von der inländische Auftraggeber/in, welche/r die Arbeitsleistungen der entsandten Arbeitnehmer/innen in Anspruch nimmt, beim zuständigen AMS zu beantragen.

Drittstaatsangehörige Ausländer/innen, die von einem Unternehmen **mit Sitz** in einem EWR-Mitgliedstaat oder der Schweiz nach Österreich entsandt werden, können nur in Österreich beschäftigt werden, wenn sie im betreffenden EWR-Mitgliedstaat oder Schweiz über eine Aufenthalts- und Arbeitsgenehmigung verfügen und bei ihrer Entsendung die in Österreich geltenden Lohn- und Arbeitsbedingungen eingehalten werden.⁸ Liegen diese Voraussetzungen vor, erhält der/die inländische Auftraggeber/in, welcher/e die Arbeitsleistungen der entsandten Drittstaatsangehörigen in Anspruch nimmt, eine **EU-Entsendebestätigung**. Ist das nicht der Fall, wird die Entsendung untersagt (siehe § 18 Abs. 12 AuslBG). Zusätzlich ist die Entsendemeldung nach § 7b Abs. 3 AVRAG zu erstatten.

6.2. Gewerberechtliche Zulässigkeit

Die Durchführung von Tätigkeiten im Rahmen von reglementierten Gewerben nach § 94 GewO 1994 durch grenzüberschreitend entsandte Arbeitnehmer/innen hat zur Voraussetzung, dass der/die ausländische Unternehmer/in im Heimatstaat diese Tätigkeit - sofern diese dort reglementiert ist - befugt ausübt oder diese - sofern diese dort nicht reglementiert ist - seit mindestens zwei Jahren befugt ausübt oder eine facheinschlägige Ausbildung absolviert hat. Die grenzüberschreitende Tätigkeit ist vom/von der Unternehmer/in dem BMWFW gemäß § 373a Abs. 4 GewO 1994 vorher schriftlich zu melden.

Näheres dazu unter:

<http://www.bmwfw.gv.at/Unternehmen/Gewerbe/Seiten/GewerbeausuebungdurchUnternehmenausanderenEUEWR-Staaten.aspx>

⁸ Die ZKO hat die Entsendemeldung an die regionale AMS-Geschäftsstelle zu übermitteln.

6.3. Bereithaltung der Lohnunterlagen in deutscher Sprache

Arbeitgeber/innen mit Sitz im Ausland (EU/EWR, Schweiz, Drittstaaten) haben während **des Zeitraums der Entsendung (Gesamtzeitraum)** in Bezug auf jede/n entsandte/n Arbeitnehmer/in:

- **Arbeitsvertrag oder Dienstzettel,**
- **Lohnzettel,**
- **Lohnzahlungsnachweise oder Banküberweisungsbelege,**
- **Lohnaufzeichnungen,**
- **Arbeitszeitaufzeichnungen und**
- **Unterlagen betreffend die Lohneinstufung**

zur **Überprüfung** des dem/der entsandten Arbeitnehmers/in für die Dauer der Beschäftigung nach kollektiven Lohnvorschriften (Gesetz, Verordnung, Kollektivvertrag) gebührenden **Entgelts** in **deutscher Sprache** am Arbeits(Einsatz)ort **bereitzuhalten**.

Lohnzahlungsnachweise oder Banküberweisungsbelege müssen (im Hinblick auf international zu beachtende, die Form regelnde Bankenstandards) nur dann in deutscher Sprache bereitgehalten werden, wenn an Hand des in einer Fremdsprache vorgelegten Belegs die jeweilige Lohnzahlungsperiode und das Entgelt, das für die jeweilige Lohnzahlungsperiode geleistet wurde, **nicht** nachweislich festgestellt werden kann. Mit anderen Worten: Der in der Sprache des Entsendestaates gehaltene Lohnzahlungsnachweis oder Banküberweisungsbeleg muss vor Ort aus Sicht der Finanzpolizei (BUAK) eine klare Zuordnung/Feststellung zulassen, dass die angeführten Beträge als arbeitsrechtliche Entgelte für eine bestimmte Lohnzahlungsperiode geleistet wurden.

Diese Unterlagen sind für den **Gesamtzeitraum** der Entsendung bereitzuhalten, d.h. auch wenn die Beschäftigung des/der einzelnen Arbeitnehmers/in in Österreich früher geendet hat.

Bei innerhalb eines Arbeitstages wechselnden Arbeits(Einsatz)orten sind die Lohnunterlagen **am ersten Arbeits(Einsatz)ort** bereitzuhalten.

Die Kontrolle der Lohnunterlagen bzw. deren Bereithaltung erfolgt durch die Finanzpolizei und im Baubereich durch die BUAK.

Ist die Bereithaltung der Unterlagen am Arbeits(Einsatz)ort **nicht zumutbar**, sind die Unterlagen jedenfalls **im Inland bereitzuhalten** und der Abgabenbehörde oder der BUAK auf Aufforderung **nachweislich zu übermitteln**, wobei die Unterlagen bis zum Ablauf des der Aufforderung zweitfolgenden Werktags abzusenden sind. Für die Übermittlung gebührt kein Ersatz der Aufwendungen. Zur Frage der Zumutbarkeit bzw. zur Frage der allfälligen Bereithaltung der Lohnunterlagen bei der inländischen steuerrechtlichen Vertretung usw. siehe Rz 15.

Im Fall der grenzüberschreitenden **Arbeitskräfteüberlassung** hat der/die ausländische **Überlasser/in** die Lohnunterlagen in deutscher Sprache dem/der inländischen Beschäftiger/in **nachweislich** bereitzustellen (§ 7d Abs. 2 AVRAG). Der/Die **Beschäftiger/in** hat die Lohnunterlagen am (ersten) Arbeitsort **bereitzuhalten** und der Finanzpolizei oder der BUAK **Einsicht** in die Lohnunterlagen zu gewähren. Das Nichtbereithalten der Lohnunterlagen durch den/die Beschäftiger/in ist nach § 7i Abs. 4 Z 3 AVRAG unter Strafe gestellt (siehe Pkt. 6.4.).

Anmerkung:

Nach § 7d AVRAG sind die Lohnunterlagen während der bzw. für die Dauer der Entsendung bereitzuhalten. Mit Ende der Entsendung endet damit die Verpflichtung zur Bereithaltung der Lohnunterlagen. Wird daher durch die Finanzpolizei im Rahmen einer Kontrolle festgestellt, dass der/die ausländische Arbeitnehmer/in bereits zu einem früheren Zeitpunkt in Österreich tätig war und wurde für diesen „Einsatz“ keine Entsendemeldung erstattet, ist auch die „frühere“ Nichtmeldung anzuzeigen. Das Nichtbereithalten/Nicht zur Verfügung Stellen der Lohnunterlagen aus der Zeit der früheren Entsendung ist nicht strafbar.

6.4. Verwaltungsstrafen i.Z.m. Lohnunterlagen

Norm	Tatbestand	Strafraahmen
§ 7d Abs. 1 i.V.m. § 7i Abs. 4 <u>Z 1</u> AVRAG	Wer als Arbeitgeber/in (Beschäftiger/in) die Lohnunterlagen nicht bereithält	1.000 € bis 10.000 € (Wh.: 2.000 € bis 20 000 €) je Arbeitnehmer/in
§ 7d Abs. 2 i.V.m. § 7i Abs. 4 <u>Z 2</u> AVRAG	Wer als Überlasser/in die Lohnunterlagen dem/der Beschäftiger/in nach nachweislich bereitstellt.	Mehr als 3 Arbeitnehmer/innen betroffen:
§ 7d Abs. 2 i.V.m. § 7i Abs. 4 <u>Z 3</u> AVRAG	Wer als Beschäftiger/in entgegen § 7d Abs. 2 AVRAG die Lohnunterlagen nicht bereithält .	2.000 € bis 20.000 € (Wh.: 4.000 € bis 50 000 €) je Arbeitnehmer/in
§ 7i Abs. 2a AVRAG	Wer die Einsichtnahme in die Lohnunterlagen nach § 7d AVRAG verweigert .	1.000 € bis 10.000 € (Wh.: 2.000 € bis 20 000 €) je Arbeitnehmer/in
§ 7i Abs. 1 AVRAG	Wer die erforderlichen Lohnunterlagen entgegen § 7d Abs. 1 AVRAG nicht übermittelt .	500 € bis 5.000 € (Wh.: 1.000 € bis 10 000 €)

Anmerkung:

§ 7d AVRAG findet als Eingriffsnorm Anwendung auf alle Arbeitgeber/innen mit Sitz **im Ausland**. Arbeitgeber/innen mit Sitz im Inland sind zur Führung von Arbeitszeitaufzeichnungen verpflichtet, soweit sich diese aus dem AZG ergibt.

7. Entgeltansprüche der entsandten Arbeitnehmer/innen – Entgeltbegriff der §§ 7a und 7b AVRAG

18

7.1. Allgemeines

Nach Österreich entsandte Arbeitnehmer/innen haben

- gegen ausländische Arbeitgeber/innen **ohne Sitz** in einem EWR-Mitgliedstaat, nach **§ 7a AVRAG**, und
- gegen ausländische Arbeitgeber/innen **mit Sitz** in einem EWR-Mitgliedstaat **oder der Schweiz**⁹ nach **§ 7b AVRAG**

für die Dauer der Entsendung **Anspruch auf** zumindest jenes **gesetzliche, durch Verordnung festgelegte oder kollektivvertragliche Entgelt**, das am Arbeitsort **vergleichbaren Arbeitnehmer/innen** von **vergleichbaren Arbeitgeber/innen** gebührt.

Da Entgeltansprüche in Österreich i.d.R. durch Kollektivvertrag geregelt werden, wird grundsätzlich auf jenen Kollektivvertrag abzustellen sein, dem der/die ausländische Arbeitgeber/in – rein bezogen auf die **konkreten/tatsächlichen Arbeitsverrichtungen** der entsandten Arbeitnehmer/innen in Österreich - (fiktiv) bei Vorhandensein einer inländischen Gewerbeberechtigung bzw. nach dem Unternehmensgegenstand unterliegen **würde**¹⁰. Entscheidend ist damit, welcher Kollektivvertrag für vergleichbare österreichische Arbeitnehmer/innen für die konkreten/tatsächlichen Arbeitsverrichtungen in Österreich gelten würde.¹¹ Bei mehreren Geschäftsbereichen/Unternehmensbereichen ist der maßgebliche Kollektivvertrag unter Anwendung des § 9 ArbVG zu ermitteln.

Die Einstufung des Arbeitnehmers/der Arbeitnehmerin bestimmt sich entsprechend den vom anzuwendenden Kollektivvertrag vorgegebenen Kriterien nach dem Tätigkeitsbereich (zB. Fach- oder Hilfstätigkeiten) und der Qualifikation und der Dienstzeit/Dauer der Tätigkeit.¹² Die Kollektivverträge können unter www.kollektivvertrag.at abgerufen werden.

Unter **Entgelt** versteht man alle Arten von Geld- bzw. Sachbezügen (z.B. Grundlohn, Sonderzahlungen, Überstundenzuschlag, Zulagen und Zuschläge, Prämien, Privatnutzung des Dienstautos, Honorare ...), die der/die Arbeitgeber/in der/dem Arbeitnehmer/in für die Zurverfügungstellung ihrer/seiner Arbeitskraft leistet.

⁹ Nach § 7b Abs. 9 AVRAG gelten die Bestimmungen des § 7b AVRAG auch für Arbeitgeber/innen mit Sitz in der Schweiz.

¹⁰ Siehe dazu auch *Wolfgruber* in ZellKomm § 7 AVRAG Rz 8

¹¹ Siehe auch VwGH vom 26.9.2013, Zl. 2013/11/0176.

¹² Diese „Vorgangsweise“ wurde auch seitens des EuGH bestätigt, siehe EuGH 12. 2. 2015, C-396/13, *Sähköalojen ammattiliitto*.

Aufwandsentschädigungen (z.B. Kilometergeld, Tag- und Nächtigungsgelder, Diäten) zählen grundsätzlich **nicht als Entgelt, es sei denn, es handelt sich um eine Entsendungszulage i.S.d. Entsende-RL.**

In der Entscheidung EuGH 12. 2. 2015, C-396/13, *Sähköalojen ammattiliitto*, hat der EuGH festgehalten, dass

- ein nach dem anzuwendenden nationalen Kollektivvertrag gezahltes **Taggeld**, dass den entsandten Arbeitnehmer/innen nicht "als Erstattung für infolge der Entsendung tatsächlich entstandene Kosten" gezahlt wird, sondern den "sozialen Schutz der betroffenen Arbeitnehmer gewährleisten" soll, indem es die **Nachteile** ausgleicht, die ihnen durch die Entsendung aufgrund der **Entfernung von ihrem gewohnten Umfeld** entstehen als **Entsendungszulage** i.S.d. Entsende-RL anzusehen und damit den ausländischen entsandten Arbeitnehmern im gleichen Umfang zu leisten ist **wie einheimischen** Arbeitnehmer/innen bei einer innerstaatlichen Entsendung.
- eine nach dem anzuwendenden nationalen Kollektivvertrag gezahlte **Wegezeitentschädigung**, die den Arbeitnehmer/innen unter der Voraussetzung gezahlt wird, dass ihre tägliche Pendelzeit mehr als eine Stunde beträgt, als Bestandteil des Mindestlohns der entsandten Arbeitnehmer/innen anzusehen ist, sofern diese Voraussetzung erfüllt ist. Eine solche Wegezeitentschädigung ist nicht als Erstattung von Kosten zu betrachten, die dem/der Arbeitnehmer/in "infolge der Entsendung tatsächlich entstanden" sind; sie ist daher eine **Entsendungszulage** i.S.d. Entsende-RL und somit Bestandteil des Mindestlohns.

Anspruch besteht jedoch nur auf das **Mindestentgelt**, nicht etwa auf das überkollektivvertragliche Entgelt.

Fälligkeit des Entgelts: Für entsandte Arbeitnehmer sind grundsätzlich (soweit nicht anderes vereinbart wird) **weiterhin die nach dem Arbeitsrecht des Entsendestaates geltende Fälligkeitsregelungen maßgeblich**. Durch die §§ 7a und 7b Abs. 1 Z 1 AVRAG werden nur die kollektivvertraglichen (materiellen) Entgeltbestimmungen, nicht jedoch die Fälligkeitsbestimmungen erfasst. Diese haben auch nicht den Charakter einer Eingriffsnorm. Zur Fälligkeit und Höhe der zu leistenden Sonderzahlungen siehe Punkt 7.3.

Zum Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Fall einer Erkrankung des/der entsandten Arbeitnehmers/Arbeitnehmerin siehe Pkt. 7.3.

Der sich aus §§ 7a und 7b ergebende arbeitsrechtliche Entgeltanspruch kann im Entsendestaat und durch Arbeitnehmer/innen aus dem EU/EWR-Raum (nicht aber der Schweiz) auch in Österreich zivilrechtlich eingeklagt werden¹³ (Gerichtsstand: Arbeits- und Sozialgericht des Arbeitsortes während der Entsendung).

¹³ § 4 Abs. 1 Z 1 lit. e ASGG.

7.2. Bruttoentgelt ist Prüfmaßstab der Lohnkontrolle

Zweck des LSDB-G ist nicht nur die Sicherstellung einer korrekten Entlohnung des Arbeitnehmers während der Dauer der Entsendung nach Maßgabe der österreichischen kollektiven Lohnvorschriften, sondern auch die Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen zum Nachteil inländischer Arbeitgeber/innen. Maßgeblich sind damit die am österreichischen Arbeitsmarkt geltenden **kollektiven lohnrechtlichen Bestimmungen, die vom Bruttolohnprinzip ausgehen**, so wie das österreichische Sozialversicherungs- und Steuerrecht.

Hinzu kommt, dass die ausländische Lohnsteuer- und SV-Belastung im Einzelfall nicht bekannt ist. Liegen die ausländischen (direkten und indirekten) Lohnnebenkosten unter dem österreichischen Niveau, würde eine Nettolohnvereinbarung dem ausländischen Arbeitgeber einen Wettbewerbsvorteil verschaffen. Es liegt nämlich **auch dann eine Unterentlohnung** vor, **wenn** zwar der dem/der entsandten Arbeitnehmer/in im Ausland **ausbezahlte Nettolohn dem österreichischen Nettolohn** entspricht, jedoch der sich nach den jeweiligen ausländischen Lohnverrechnungsbestimmungen ergebende **hochgerechnete Bruttolohn niedriger ist als der nach den österreichischen Lohnvorschriften gebührende Bruttolohn**.

Dem entsprechend „knüpft“ das LSDB-G – auch im Sinne einer effizienten und raschen Lohnkontrolle - **zwingend an den** nach den jeweiligen österreichischen Lohnvorschriften gebührenden **Bruttolohn an**, wobei die in § 49 Abs. 3 ASVG angeführten Entgeltbestandteile nicht der Lohnkontrolle unterliegen.

Im Prüfbereich des Kompetenzzentrums bedeutet das: Der Lohnkontrolle unterliegt der jeweils nach Maßgabe der §§ 7a und 7b AVRAG gebührende Bruttolohn. Nicht der Lohnkontrolle unterliegen die in § 49 Abs. 3 ASVG angeführten Entgeltbestandteile.

Entgeltfortzahlung bei Krankheit – Entsendung:

Hier ist auf die VO 883/2004¹⁴ zu verweisen. Diese VO gilt für alle Rechtsvorschriften, die die in Art. 3 Abs. 1 der VO angeführten Zweige der sozialen Sicherheit betreffen. Aus österreichischer Sicht¹⁵ fallen alle Sozialversicherungsgesetze unter den Begriff der sozialen Sicherheit, daneben aber auch noch sämtliche andere Rechtsvorschriften, die sich auf eines der in Art. 3 Abs. 1 der VO aufgelisteten sozialen Risiken beziehen. Von der **VO 883/2004 erfasst** ist daher **auch die Entgeltfortzahlung** nach dem AngG und dem EFZG – siehe auch EuGH C-45/90, Rs *Paletta*.¹⁶

Nach Art. 12 VO 883/2004 unterliegt eine Person, *„die in einem Mitgliedstaat für Rechnung eines Arbeitgebers, der gewöhnlich dort tätig ist, eine Beschäftigung ausübt und die von diesem Arbeitgeber in einen anderen Mitgliedstaat entsandt wird, um dort eine Arbeit für*

¹⁴ VO (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.4.2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, ABl. L166 vom 30.4.2004, S. 1.

¹⁵ S. *Spiegel* in *Mosler/Müller/Pfeil*, Der SV-Komm Vor §§ 1 ff ASVG Rz 22; sowie die Österreichische Notifikation unter <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=868&intPageId=2285&langId=de>.

¹⁶ Slg 1992, I-3423. Mit dieser Entscheidung stellt der EuGH klar, dass die vom Arbeitgeber im Rahmen der Lohnfortzahlung im Krankheitsfall erbrachten Leistungen als Leistungen der sozialen Sicherheit zu qualifizieren sind; unabhängig von der Art der Finanzierung der Leistung.

dessen Rechnung auszuführen, ... weiterhin den Rechtsvorschriften des ersten Mitgliedstaates, sofern die voraussichtliche Dauer dieser Arbeit 24 Monate nicht überschreitet und diese Person nicht eine andere Person ablöst.“ Diese Bestimmung gilt für EU-Bürger, findet aber auch Anwendung auf Drittstaatsangehörige mit rechtmäßigem EU-Wohnsitz.¹⁷

Solange eine **Entsendung i.S.d. Art. 12 VO 883/2004** vorliegt und **ausländisches SV-Recht gilt**, ist die **Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall** nicht nach den österreichischen Rechtsvorschriften, sondern **nach jenen des Entsendestaates** zu leisten.

Auch bei einer Überlassung kann es sich um eine Entsendung i.S.d. VO 883/2004 handeln¹⁸ mit der Konsequenz, dass die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall nach den Rechtsvorschriften des Überlasserstaates zu leisten ist.¹⁹

Erfolgt die Entgeltfortzahlung entsprechend der VO 883/2004 nach den Vorschriften des Entsende-/Überlasserstaates, ist eine LSDB-G Relevanz nicht gegeben.

7.3 Sonderzahlungen

Sieht die fiktiv anzuwendende österreichische kollektive Lohnvorschrift einen Anspruch auf Sonderzahlungen vor, hat der/die ausländische Arbeitgeber/in die Sonderzahlungen dem/der entsandten Arbeitnehmer/in **aliqout** für die jeweilige Lohnzahlungsperiode **zusätzlich zum laufenden Entgelt** (mit dessen Fälligkeit) zu leisten.

Mit dieser Regelung soll aus arbeitsvertragsrechtlicher Sicht eine Gleichbehandlung ausländischer Arbeitgeber/innen mit inländischen Arbeitgeber/innen erzielt werden bzw. eine Schlechterstellung der ausländischen Arbeitgeber/innen vermieden werden. Dazu darf auf die ausführlichen Erläuterungen zu dieser Bestimmung verwiesen werden (Erl RV 319 BlgNR 25. GP 3; http://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/I/I_00319/index.shtml):

- Die Sonderregelung betreffend laufende Zahlung der Sonderzahlungen im aliquoten Ausmaß ist in Konnex mit der Entgeltleistungspflicht nach §§ 7a und 7b Abs. 1 Z 1 AVRAG zu lesen und findet nur dann **Anwendung**, wenn die Verpflichtung des/der ausländischen Arbeitgebers/Arbeitgeberin zur Einhaltung der österreichischen Mindestlohnvorschriften „**greift**.“ Anders formuliert: Im Fall einer nachweislichen Überzahlung des/der ausländischen Arbeitnehmers/Arbeitnehmerin – d.h. der Lohnanspruch des/der entsandten Arbeitnehmers/Arbeitnehmerin nach dem Recht des Entsendestaates liegt über dem sich aus dem fiktiv anzuwendenden Kollektivvertrag ergebenden Entgeltanspruch (Mindestentgelt, Zulagen, Zuschläge und aliquote Sonderzahlungen) – findet die Sonderregelung keine Anwendung.
- Mit der Wortfolge „*aliqout für die jeweilige Lohnzahlungsperiode*“ ist zum einen klargestellt, dass die Sonderzahlung **aliqout zum laufenden Entgelt** zu leisten ist, d.h. zum Zeitpunkt des laufenden Entgelts. Wie zuvor erwähnt, knüpft die Sonderregelung an die Verpflichtung des/der ausländischen Arbeitgebers/in, für die *Dauer* der Entsendung das

¹⁷ Die VO 1231/2010 erklärt die VO 883/2004 auf diese Personen für anwendbar. S. auch DGService NÖGKK, NÖDIS 3/2011, ARD 6133/4/2011.

¹⁸ Vgl. Frage 44 des Fragen-Antworten-Katalog der SV-Träger zur VO 883/2004, ARD 6046/7/2010.

¹⁹ § 10a Abs. 2 Z 1 AÜG ist in diesem Punkt m.E. wohl europarechtskonform auszulegen.

Entgelt entsprechend den österreichischen Mindestlohnvorschriften zu leisten, an. Damit ist zum anderen klargestellt, dass die **Sonderzahlungen auch aliquot entsprechend der Dauer der Entsendung** zusammen mit dem laufenden Entgelt zu leisten sind. Ist ein/eine Ausländer/in daher nur tageweise nach Österreich entsandt, sind die Sonderzahlungen auch nur für diese Tage zu leisten. Eine von der Dauer der Entsendung abgekoppelte Verpflichtung zur Leistung der Sonderzahlungen würde der Intention der §§ 7a und 7b AVRAG widersprechen.

7.4. BMSVG-Beiträge – Beiträge/Prämien nach dem BPG

Vom **Entgeltbegriff** der §§ 7a und 7b AVRAG werden Beiträge nach dem BMSVG und Beiträge oder Prämien nach dem BPG **nicht** erfasst.

Die Geltung des BMSVG ist auf Arbeitsverhältnisse beschränkt, auf die das österreichische Arbeitsrecht als gesetzliches Arbeitsvertragsstatut Anwendung findet. Die Ausklammerung der Beiträge/Prämien nach dem BPG von dem nach Maßgabe der §§ 7a und 7b AVRAG zu leistenden Entgelt entspricht Art. 3 Abs. 1 lit. c der RL 96/71/EG (Entsende-RL). Nach dieser Bestimmung zählen Leistungen für die zusätzlichen betrieblichen Altersversorgungssysteme nicht zu dem nach der Entsende-RL zu leistenden Mindestlohnsatz.

7.5. Sonstige Ansprüche – Einhaltung der Eingriffsnormen

Darüber hinaus haben die entsandten Arbeitnehmer/innen Anspruch auf

- bezahlten Urlaub nach § 2 UrlG,²⁰ sofern das Urlaubsausmaß nach den Rechtsvorschriften des Heimatstaates geringer ist,
- die Einhaltung der kollektivvertraglichen festgelegten Arbeitszeitregelungen und
- sonstiger Arbeitnehmer/innenschutzbestimmungen.

19

7.6. Haftung des/der inländischen Auftraggebers/in für Entgeltansprüche entsandter Arbeitnehmer/innen

Die Haftungsbestimmungen des AVRAG für die sich aus der Entsendung ergebenden Entgeltansprüche des/der Arbeitnehmer/in gelten **unverändert** weiter (in diesem Punkt sind durch das ARÄG 2014 keine Änderungen eingetreten).

Bei einer Entsendung aus **Drittstaaten** haftet ein/e inländische/r Unternehmer-Auftraggeber/in²¹ nach **§ 7a Abs. 2 AVRAG** solidarisch mit dem/der ausländischen Arbeitgeber/in für die Entgeltansprüche der entsandten Arbeitnehmer/innen.

²⁰ Der/Die entsandte Arbeitnehmer/in hat nur Anspruch auf das erhöhte Urlaubsausmaß des § 23 UrlG. Die übrigen Bestimmungen des UrlG – ua. der Anspruch auf Ersatzleistung nach § 10 UrlG – sind nicht zu beachten.

²¹ Keine Haftung nach § 7a Abs. 2 AVRAG, wenn der Auftrag als privater Konsument erteilt wurde.

Bei einer Entsendung von Arbeitnehmer/innen aus einem EU/EWR-Mitgliedstaat oder in der Schweiz besteht nach dem AVRAG keine Haftung des/der österreichischen Auftraggebers/in für die Entgeltansprüche des/der entsandten Arbeitnehmer/in. Die Haftung als Ausfallbürge nach § 7c Abs. 3 AVRAG setzt voraus, dass ein/e inländische/r Generalunternehmer/in Bauarbeiten an Subunternehmer/innen mit Sitz in der EU/dem EWR oder der Schweiz vergeben hat, der/die Generalunternehmer/in haftet zudem als Ausfallbürge nach § 1356 ABGB.

20

7.7. Montageprivileg

Mit 1.1.2015 wird das arbeitsrechtliche Montageprivileg“ (§ 7a Abs. 4 AVRAG bzw. § 7b Abs. 2 AVRAG) auf Anlagen eingeschränkt, sodass – im Unterschied zur bis 31.12.2014 geltenden Rechtslage - Maschinen nicht mehr umfasst sind.

Führen entsandte Arbeitnehmer/innen im Zusammenhang mit der **Lieferung von Anlagen** an einen **Betrieb**

- **Montagearbeiten**

- die für die **Inbetriebnahme** der an den Betrieb gelieferten Anlagen **notigen Arbeiten**,
- die mit der **Inbetriebnahme** der Anlage **verbundenen Schulungen**, oder
- **Reparaturen (keine Servicearbeiten)** an der gelieferten Anlagen

durch und

- können diese Tätigkeiten von inländischen Arbeitnehmer/innen nicht erbracht werden, sind
- die Pflicht zur **Einhaltung des inländischen Entgeltniveaus ausgesetzt**, sofern diese Arbeiten (d.h. unabhängig von der Tätigkeitsdauer des einzelnen Arbeitnehmers/der einzelnen Arbeitnehmerin) **nicht länger als drei Monate** dauern, und
- die Pflicht zur Einhaltung des inländischen Urlaubsniveaus ausgesetzt, sofern die Arbeiten in Österreich nicht länger als acht Kalendertage dauern.

Das inländische **Entgeltniveau** (und Urlaubsniveau) ist jedoch **bei Leistungen von Bauarbeiten** jedenfalls ab dem ersten Tag der Beschäftigung **einzuhalten**.

Auch im Fall des Vorliegens des Montageprivilegs ist durch den/die Arbeitgeber/in oder den/Beschäftigten/in mit Sitz in einem EU/EWR-Staat oder der Schweiz die **Entsendemeldung** zu erstatten und sind die in § 7b Abs. 5 AVRAG angeführten Unterlagen vor Ort in Abschrift bereitzuhalten oder der Finanzpolizei im Rahmen der Kontrolle unmittelbar vor Ort in elektronischer Form zugänglich zu machen. Die **Verwaltungsstraftatbestände** des § 7b Abs. 8 AVRAG und § 7i Abs. 1 AVRAG („Wer die Unterlagen entgegen § 7f Abs. 1 Z 3 nicht

übermittelt“), § 7i Abs. 2 AVRAG und § 7i Abs. 2a AVRAG sind auch für den Fall des Montageprivilegs relevant.

Liegt ein **Montageprivileg** vor, ist mangels Anspruchs auf das kollektivvertragliche Entgelt eine **Lohnkontrolle obsolet**. Die in § 7d AVRAG angeführten Lohnunterlagen sind im Fall des Montageprivilegs nicht bereitzuhalten.

21

7.8. Dienstleistungen im Transportsektor

Ist der/die kontrollierte Arbeitnehmer/in für eine/n „ausländische/n“ Arbeitgeber/in im Transportsektor (Transportgewerbe) tätig, ist Folgendes zu beachten:

Hinblick auf das **Urteil EuGH „Rs Koelzsch“** wäre zunächst zu klären, **welchem Arbeitsrecht** und damit welcher Lohnordnung der/die Arbeitnehmer/innen zwingend unterliegt. In der Rs Koelzsch hat der EuGH festgehalten, dass der gewöhnliche Arbeitsort in jenem Land liegt, in dem der **zeitliche und örtliche Schwerpunkt der Arbeitsleistung** liegt. Diese Frage wäre – für jeden/jede Arbeitnehmer/in – an Hand der konkreten Ausgestaltung des jeweiligen Arbeitsverhältnisses zu prüfen. Wird die Arbeit in mehreren EU-Mitgliedstaaten verrichtet, ist das Kriterium des Staates, in dem die Arbeit gewöhnlich verrichtet wird, weit auszulegen und so aufzufassen, dass es sich auf den Ort bezieht, in **dem oder von dem aus er/sie unter Berücksichtigung sämtlicher Gesichtspunkte, die diese Tätigkeit kennzeichnen, seine/ihre Verpflichtungen gegenüber seinem/ihrer Arbeitgeber/in im Wesentlichen erfüllt**. Liegt der **gewöhnliche Arbeitsort in Österreich**, findet nach **§ 7 AVRAG** österreichisches Arbeitsrecht und der entsprechende Kollektivvertrag Anwendung.

Liegt der gewöhnliche **Arbeitsort im Ausland**, ist das Vorliegen einer **Entsendung** zu prüfen.

Richtig ist, dass Verkehrsdienstleistungen nach Art. 2 lit. d vom Geltungsbereich der Dienstleistungs-RL ausgenommen sind. Die Ausnahme der in Art. 2 Abs. 2 angeführten Tätigkeiten vom Geltungsbereich der Dienstleistungs-RL hat aber **keinesfalls die Nichtanwendung der Entsende-RL zur Folge**. Nach Ansicht des Sozialministeriums sind Regelungen zur Durchführung der allgemeinen Dienstleistungsfreiheit wie etwa die in **der Entsende-RL** vorgesehenen Maßnahmen **keine verkehrsspezifischen Regelungen**. Diese müssen daher **nicht für den Transportbereich gesondert erlassen** werden. Regelungen zur Durchführung der allgemeinen Dienstleistungsfreiheit dürfen daher gleichermaßen Dienstleister/innen, die unmittelbar von der Dienstleistungsfreiheit nach den Art. 56 ff AEUV Gebrauch machen, wie auch Dienstleister/innen aus der Transportbranche in ihren Geltungsbereich einbeziehen. Der umfassende Geltungsbereich der Entsende-RL ergibt sich bereits aus Erwägungsgrund 86 zur Dienstleistungs-RL, der klarstellt, dass die Dienstleistungs-RL nicht die Geltung der Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen berührt, die sich aus der Umsetzung der Entsende-RL in dem jeweiligen Mitgliedstaat ergeben.

Nach Art. 1 Abs. 2 der Entsende-RL ist lediglich der **maritime Schiffsverkehr** aus dem Geltungsbereich der Entsende-RL ausgenommen. Dies führt im Umkehrschluss dazu, dass

grenzüberschreitende **Transporttätigkeiten**, insbesondere der internationale Schienenverkehr als solcher, **nicht** per se von der Entsende-RL **ausgenommen** sind.

Laut **Ratsprotokoll vom 20.5.1996** findet die Entsende-RL keine Anwendung auf Arbeitnehmer/innen, die normalerweise im Hoheitsgebiet zweier oder mehrerer Mitgliedstaaten tätig sind und zum Personal eines Unternehmens gehören, das im eigenen Namen internationale Personen- oder Güterbeförderungen auf dem Schienenweg durchführt. Die **Nichtanwendbarkeit der Entsende-RL** gilt aber nur für den Fall, dass **keine Dienstleistungsentsendung** i.S.d. Art. 1 Abs. 3 lit. a bis lit. c der Entsende-RL vorliegt.

Erfolgt daher der grenzüberschreitende Personaleinsatz in Österreich auf **Grund eines grenzüberschreitenden Dienstleistungsvertrags**, den das Transportunternehmen mit einem in Österreich tätigen Leistungsempfänger geschlossen hat, findet nach Ansicht des Sozialministeriums die **Entsende-RL Anwendung** und liegt **grundsätzlich** eine zu **meldende Entsendung** vor.

Von einer **Entsendung** i.S.d. AVRAG und der Entsende-RL ist **jedenfalls dann** auszugehen, wenn der grenzüberschreitende Personaleinsatz in Österreich durch das Transportunternehmen **regelmäßig** und **nicht nur vorübergehend** zwecks Erfüllung von Dienstleistungsaufträgen stattfindet, auch wenn dabei verschiedene, einander ablösende Arbeitnehmer/innen eingesetzt werden. Mit einer derartigen Tätigkeit ist ein erkennbarer wirtschaftlicher Wert für das ausländische Transportunternehmen und auch eine Konkurrenzierung der inländischen Transportunternehmen verbunden.

Wie unter Rz 7 dargelegt, ist der Anwendungsbereich des § 7b AVRAG (Eingriffsnorm) nicht ausschließlich auf Dienstleistungsentsendungen beschränkt. Eine Entsendung i.S.d. AVRAG kann daher auch dann vorliegen, wenn der grenzüberschreitende Personaleinsatz im Transportsektor ohne Vorliegen eines grenzüberschreitenden Dienstleistungsvertrags erfolgt. Z.B. erfolgt die Anlieferung via LKW durch einen ausländischen Sub-Transporteur mit Sitz im Staat A, die Lieferung erfolgt in Bezug auf einen zwischen einem Erst-Transporteur mit Sitz im Staat B und einem in Österreich tätigen Leistungsempfänger.

Keine Entsendung i.S.d. Entsende-RL (kein grenzüberschreitender Dienstleistungsvertrag) wie auch i.S.d. AVRAG (keine Konkurrenzsituation zu inländischen Unternehmen) liegt vor, wenn der grenzüberschreitende Personaleinsatz im **reinen Transitverkehr** (Korridorverkehr) erfolgt.

7.9. Durchführung von Kabotagebeförderung

Eine **meldepflichtige Entsendung** i.S.d. Entsende-RL sowie des AVRAG liegt jedenfalls bei der Durchführung von Kabotagebeförderungen bzw. Kabotagefahrten vor.

Nähere Informationen zur Kabotage und den mitzuführenden Dokumenten sind zu finden unter:

Aus Sicht des AVRAG ist zu ergänzen, dass zusätzlich die Entsendemeldung sowie die Unterlagen betreffend die Anmeldung des/der Arbeitnehmer/in zur ausländischen Sozialversicherung in Abschrift mitzuführen sind (oder in elektronischer Form zugänglich gemacht werden können). Weiters sind die in § 7d AVRAG angeführten Lohnunterlagen in deutscher Sprache mitzuführen.

23

7.10. Dienstreise ist grundsätzlich Entsendung

Die Prüfung, ob eine Dienstreise (mit oder ohne Vorliegen eines Dienstleistungsvertrags) als Entsendung zu qualifizieren ist, ist anhand der unter Rz 7 genannten Merkmale vorzunehmen. Die Beurteilung hängt von den im Rahmen der „Dienstreise“ zu verrichtenden Arbeitsleistungen ab.

Wenn die „Dienstreise“ beispielsweise im bloßen **Besuch** von Veranstaltungen, Messen u.ä. besteht, oder wenn sie fallweise Informationseinholung, Schulung, Weiterbildung oder reine Verhandlungstätigkeiten o. ä. zum Gegenstand hat, wird das Element einer Arbeitsleistung fehlen und damit **keine** Entsendung vorliegen (Fehlen der Konkurrenzsituation).

Dementsprechend ist mit 1.1.2015 klargestellt, dass **kurzfristige Tätigkeiten i.S.d. § 7b Abs. 1a AVRAG, die im Rahmen einer Dienstreise erfolgen** (etwa Teilnahme an Verhandlungen, Seminaren, Besuch von Messen) **keine Entsendung** darstellen.

In allen anderen Fällen (zB. handelt es sich um eine längere Dienstreise) ist weiterhin für den **Einzelfall** an Hand des „allgemeinen“ Entsendebegriffs zu beurteilen, ob eine Entsendung vorliegt.

8. Überlassung von Arbeitnehmer/innen nach Österreich

24

8.1 Geltung des AÜG für grenzüberschreitende Überlassung

Eine **grenzüberschreitende Arbeitskräfteüberlassung** liegt dann vor, wenn ein/e Überlasser/in ohne Sitz im Inland **Arbeitnehmer/innen zur Arbeitsleistung an einen Beschäftigterbetrieb** in Österreich im Rahmen eines Dienstverschaffungsvertrages „zur Verfügung stellt“.

Nach § 1 Abs. 5 AÜG **gilt Abschnitt III des AÜG (§§ 10 bis 16 AÜG) umfassend** für alle grenzüberschreitende Fälle der Arbeitskräfteüberlassung unabhängig davon, ob der/die ausländische Überlasser/in den Sitz in einem EU/EWR-Mitgliedstaat, der Schweiz oder einem Drittstaat hat.

Das **Konzernprivileg** wurde in Umsetzung der Entsende-RL aufgehoben, dieses findet nur mehr Anwendung auf **rein innerösterreichische** Überlassungen (§ 1 Abs. 3 Z 4 AÜG). Auf grenzüberschreitende Konzernüberlassungen sind – auch wenn diese nur vorübergehend erfolgen – die §§ 10 bis 16 AÜG anzuwenden.

Von der Geltung der §§ 10 ff AÜG **ausgenommen** ist die grenzüberschreitende Überlassung von Arbeitskräften im Rahmen eines öffentlichen oder von öffentlichen Stellen geförderten spezifischen beruflichen Ausbildungs-, Eingliederungs und Umschulungsprogramms. Die gemeinnützige Arbeitskräfteüberlassung ist damit vom AÜG grundsätzlich erfasst.

Weiters ist die grenzüberschreitende Überlassung von Arbeitskräften im Rahmen der Entwicklungshilfe nach dem Entwicklungshilfegesetz vom AÜG ausgenommen.

Weitere Ausnahmen für grenzüberschreitende Überlassungen sind vom AÜG **nicht vorgesehen**.

25

8.2. Begriff „Arbeitskräfteüberlassung“

Für die Beurteilung, ob eine Überlassung vorliegt, ist der **wahre wirtschaftliche Gehalt/die tatsächliche Durchführung** und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhalts ausschlaggebend. Das Wesen der Überlassung ist die (auch nur vorübergehende) Zurverfügungstellung von Arbeitskräften **zur Arbeitsleistung an/für Dritte**. Zudem sind die in § 4 Abs. 2 Z 1 bis 4 AÜG angeführten Kriterien zu beachten.

Eine Überlassung liegt demnach vor:

- wenn die **vertraglich geschuldete Arbeitsleistung** nicht dem/der Arbeitgeber/in (= Überlasser/in), sondern **einem/einer Dritten** (= Beschäftigter/in) **gegenüber erbracht wird**,
- der/die Beschäftigter/in die Arbeitnehmer/innen des/der Überlassers/in zur Arbeitsleistung für **betriebseigene** Aufgaben einsetzt,
- der/die überlassene Arbeitnehmer/in für die Dauer der Überlassung in den Betrieb des/der Beschäftigter/in bzw. in die betrieblichen Arbeitsabläufe gleich wie die Stammbesellschaft **eingegliedert** ist und dessen/deren **Fachaufsicht unterliegt**,
- er/sie die **Weisungen** des/der Beschäftigter/in zu befolgen hat,
- **kein** von den Produkten/Dienstleistung/Zwischenergebnissen des/der inländischen Beschäftigter/in **abweichendes/unterscheidbares und dem/der Überlasser/in zurechenbares** Werk hergestellt wird bzw. an dessen Herstellung mitgewirkt wird,, und
- die Arbeit **nicht überwiegend mit Werkzeug und Material des/der ausländischen Arbeitgebers** ausgeführt wird.

Nach der Rsp des VwGH liegt Arbeitskräfteüberlassung bereits dann vor, wenn auch nur **eine** der vier Ziffern des § 4 Abs. 2 AÜG erfüllt ist oder **einige** der in diesen Ziffern genannten oder ihnen gleichwertige **Tatbestandselemente** gegeben sind.

26

8.3. Schulung von Arbeitnehmer/innen aus dem Ausland in österreichischen Unternehmen

Im Zusammenhang mit der Schaffung der Ausnahmetatbestände der §§ 7a Abs. 1a Z 2 und 7b Abs. 1a Z 2 AVRAG (Teilnahme an Seminaren ohne Erbringung von weiteren Dienstleistungen) hat sich die Frage gestellt, wie **längerfristige Schulungen** (auch mehrere Wochen) von Arbeitnehmer/inne/n eines ausländischen (Tochter)Unternehmens bei einem österreichischen (Mutter)Unternehmen rechtlich zu beurteilen sind.

Im Fall von **kurzfristigen Schulungen** ist zu prüfen, ob eine Entsendung und der Ausnahmetatbestand „Seminar“ bei einer kurzfristigen Schulung zu Fort- und Weiterbildungszwecken vorliegt (siehe Rz 7). **Im Fall einer längerfristigen Schulung ist hingegen zu prüfen, ob eine Schulung von Arbeitnehmer/inne/n oder eine Überlassung i.S.d. AÜG vorliegt. MaW: Es ist eine Abgrenzung zwischen einer Schulung und einer Überlassung von Arbeitnehmer/inne/n vorzunehmen.**

Grundlegend für die Beurteilung dieser Frage ist der **wahre wirtschaftliche Gehalt** der zwischen den „Arbeitgeber/inne/n“ **getroffenen Vereinbarungen**. Die Überlassung ist einerseits im AÜG allgemein umschrieben, zur besseren Konturierung des Begriffs können im Übrigen auch die im § 4 Abs. 2 AÜG genannten Kriterien herangezogen werden. **Für die Frage, ob eine Schulung, nicht aber eine Überlassung von Arbeitnehmer/inne/n vorliegt, ist Folgendes maßgeblich:**

- Bei der Arbeitskräfteüberlassung wird von Arbeitnehmer/inne/n ganz grundsätzlich eine Arbeitsleistung **für einen Dritten**, den/die Beschäftiger/in, erbracht. Bei der Einschulung von Arbeitnehmer/inne/n eines ausländischen Unternehmens wird **keine Arbeitsleistung** für den/die inländische/n Beschäftiger/in erbracht, sondern dieser erbringt durch die Einschulung des/der Arbeitnehmer/in viel mehr eine Leistung für den/die ausländische/n Arbeitgeber/in. Auch der/die ausländische Arbeitnehmer/in erbringt durch die Absolvierung der Schulung **eine Arbeitsleistung für seine/n Arbeitgeber/in**.
- **Die vom/von der Arbeitnehmer/in schulungsbedingt erstellten Produkte/Dienstleistungen sind für den Produktionsprozess/das Betriebsergebnis unwesentlich, dh. der Produktionsprozess könnte auch ohne Einsatz des/der geschulten Arbeitnehmers/Arbeitnehmerin ablaufen bzw. das Betriebsergebnis erzielt werden.**
- Die vom/von der zu schulenden Arbeitnehmer/in erbrachte Leistung (Produkt/Dienstleistung) ist bei einer Gesamtbetrachtung nachrangig und lediglich „Nebenprodukt“ der im Vordergrund stehenden Schulung. Hier ist insbesondere die für die Schulung nach objektiven Gesichtspunkten erforderliche Dauer in Relation zur tatsächlichen Dauer zu setzen: wenn der/die Arbeitnehmer/in im Schulungsbetrieb länger tätig ist, als dies für den Erwerb von Kenntnissen und Fähigkeiten erforderlich ist, dann ist von einer Arbeitskräfteüberlassung auszugehen.
- Bei einer Überlassung sind Arbeitnehmer/innen in den Betrieb des/der Beschäftiger/in eingegliedert, dh. sie nehmen **wie Stammarbeitnehmer/innen am Produktionsprozess** teil und erbringen in diesem Produktionsprozess im weiteren **Arbeitsleistungen, die vom/von der Beschäftiger/in als Betriebsergebnis ökonomisch verwertet** werden. Bei einer Schulung von Arbeitnehmer/innen erfolgt gerade **diese Eingliederung nicht in dem für die Annahme einer Überlassung notwendigen Ausmaß**. Der/die zu schulende Arbeitnehmer/in ist nicht Teil des Produktionsprozesses, bei dem für den/die Beschäftiger/in werthaltige, ökonomisch verwertbare Ergebnisse erarbeitet werden, Ziel der Tätigkeit in Bezug auf den/die zu schulende/n Arbeitnehmer/in ist vielmehr dessen/deren Weiterbildung.
Die **Anwesenheit** des/der Arbeitnehmers/Arbeitnehmer/in in den Betriebsräumen/Montageräumen des/der inländischen Arbeitgebers/in **indiziert nicht zwingend**, dass der/die Arbeitnehmer/in **eine Arbeitsleistung** erbringt bzw. an der Produktherstellung mitwirkt oder in die betriebliche Organisation eingebunden ist. Entscheidend ist die tatsächliche Abwicklung der Schulung. Dabei ist aber kein allgemeiner Maßstab **entscheidend**, sondern der **Vergleich mit Stammarbeitnehmer/innen des Beschäftigers, die vergleichbare Tätigkeiten ausüben**. Besteht im Vergleich zu diesen eine wesentlich geringere Eingliederung, liegt keine Überlassung vor.
- Ergänzend ist festzuhalten: Kommen die Arbeitsleistungen der betreffenden Arbeitnehmer/innen dem/der inländischen Beschäftiger/in wirtschaftlich zugute, liegt eine Überlassung vor; ist hingegen die Tätigkeit der zu schulenden Arbeitnehmer/innen **ausschließlich für den/die ausländische/n Arbeitgeber/in** von (wirtschaftlichem) **Nutzen**, liegt keine Überlassung sondern eine Schulung vor, die nicht dem „Überlassungsregime“ unterliegt.

Diese Prüfung ist jeweils für den Einzelfall vorzunehmen. Ergibt die Prüfung anhand der relevanten Kriterien, dass keine Überlassung bzw. keine Entsendung vorliegt, sind auch mehrwöchige Schulungen wie eingangs beschrieben von den Bestimmungen des AÜG bzw. den §§ 7a ff AVRAG ausgenommen und zulässig. Die kontrollierenden Behörden werden allerdings ersucht, in diesen Fällen möglichst genau zu prüfen, welcher Vorgang nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt tatsächlich rechtlich vorliegt, da in der Vergangenheit mit dem Etikett „Schulungen grenzüberschreitende Überlassungen zum Nachteil der österreichischen Unternehmen und Arbeitnehmer/innen verschleiert wurden. Abschließend ist festzuhalten: Auch die „Darstellung“ der Erbringung einer Werkleistung als längerfristige „Einschulung“ von Arbeitnehmer/innen im Rahmen einer Entsendung „vor Ort“ in Österreich bei einem/einer Auftraggeber/in kann als Scheinetikettierung den wahren Sachverhalt einer Entsendung nicht verbergen. Dieser Vorgang ist als Entsendung zu werten und rechtlich entsprechend zu beurteilen.

Zusammengefasst stellt sich im Falle einer „Überlassung“ von ausländischen Arbeitnehmer/innen zur Einschulung nach Österreich der **Prüfvorgang** aus Sicht des AÜG und AVRAG wie folgt dar:

	Kurzfristige/r Einschulung/Seminarbesuch in Ö	Längerfristige Einschulung in Ö
AVRAG	Sind Ausnahmetatbestände §§ 7a Abs. 1a Z 2 und 7b Abs. 1a/1b Z 2 AVRAG erfüllt (siehe Rz 8). <u>Falls JA:</u> Keine Entsendung. <u>Falls NEIN:</u> Ist allg. Entsendetatbestand der §§ 7a oder 7b AVRAG erfüllt (siehe Rz 7)?	
AÜG		Prüfung, ob Überlassung i.S.d. §§ 3 und 4 AÜG vorliegt? <u>Falls JA:</u> Erstattung ZKO 4 Meldung oder Bewilligung der Überlassung nach § 16 AÜG <u>Falls NEIN:</u> Keine Überlassung, weil echte Einschulung/keine Arbeitsleistung für Dritte; es liegt aber auch keine Entsendung vor (keine Konkurrenzierung, weil Schulung) Bei Drittstaaten ist § 18 Abs. 3 AuslBG zu beachten (Rz 28).

8.4. Entsendung aus sozialversicherungsrechtlicher Sicht

Fehlt es am Vorliegen einer arbeitsrechtlichen Entsendung i.S.d. AVRAG ist davon losgelöst die Frage zu beurteilen, ob nicht eine Entsendung im **sozialversicherungsrechtlichen** Sinn vorliegt und der/die entsandte Arbeitnehmer/in weiterhin den sozialversicherungsrechtlichen Bestimmungen des Niederlassungsstaates des/der ausländischen Arbeitgeber/in unterliegt. Nähere Details der Entsendung im sozialversicherungsrechtlichen Sinn sind dem sog. „**Praktischen Leitfaden**“ zu entnehmen: (<http://ec.europa.eu/social/keyDocuments.jsp?type=0&policyArea=0&subCategory=0&country=0&year=0&advSearchKey=4944&mode=advancedSubmit&langId=de>). Dies setzt zB. voraus, dass der/die entsandte Arbeitnehmer/in bereits vor der Entsendung den Rechtsvorschriften des Niederlassungsstaates des/der ausländische Arbeitgeber/in unterlag (für mindestens einen Monat). Diese Zugehörigkeit kann in einem Arbeitsverhältnis zum/zur selben oder zu einem/einer anderen Arbeitgeber/in, aber auch durch „pures“ Wohnen in dem Niederlassungsstaat bestehen (vgl. *Spiegel* in *Mosler/Müller/Pfeil*, Der SV-Komm § 3 Rz 66). Die Zugehörigkeit des/der entsandten Arbeitnehmers/Arbeitnehmer/in zum ausländischen Sozialversicherungsrecht wäre **durch den/die Arbeitgeber/in entsprechend – mittels Formular A 1 – zu dokumentieren**; kann er/sie dieses nicht vorlegen, kann im Rahmen der Verwaltungszusammenarbeit nach der VO 883/2004 und 987/2009 auch der behauptetermaßen zuständige ausländische Versicherungsträger um eine entsprechende Information gebeten werden.

8.4. Pflichten nach § 18 Abs. 3 AuslBG

Für **drittstaatsangehörige Arbeitnehmer/innen**, die von ihrem/ihrer ausländischen Arbeitgeber/in

- im Rahmen eines **Joint Venture** und auf der Grundlage eines **betrieblichen Schulungsprogramms** nicht länger als sechs Monate zur betrieblichen Einschulung in einen Betrieb mit Betriebssitz im Bundesgebiet oder
- im Rahmen eines **international tätigen Konzerns** auf Basis eines qualifizierten konzerninternen Aus- und Weiterbildungsprogramms von einem ausländischen Konzernunternehmen nicht länger als 50 Wochen **in das Headquarter im Bundesgebiet**

entsandt werden, ist **keine Entsende-oder Beschäftigungsbewilligung** erforderlich.

Allerdings ist die Schulungs- bzw. Aus- und Weiterbildungsmaßnahme spätestens **zwei Wochen vor Beginn** vom/von der Inhaber/in des inländischen Schulungsbetriebes oder vom inländischen Headquarter **der zuständigen regionalen AMS-Geschäftsstelle** unter Nachweis des Joint Venture-Vertrages und des Schulungsprogramms bzw. des Aus- und Weiterbildungsprogramms, in dem Zielsetzungen, Maßnahmen und Dauer der Schulung bzw. Ausbildung angegeben sind, **anzuzeigen**. Die regionale Geschäftsstelle hat binnen zwei

Wochen eine Anzeigebestätigung auszustellen. Die Einschulung bzw. Aus- und Weiterbildung darf **erst nach Vorliegen der Anzeigebestätigung begonnen** werden.

Dauert die betriebliche Schulung/die konzerninterne Aus- und Weiterbildung länger als vier Monate, hat der/die Inhaber/in des inländischen „Schulungsbetriebes“ bei der regionalen AMS-Geschäftsstelle eine Beschäftigungsbewilligung zu beantragen.

In diesem Zusammenhang ist Folgendes zu betonen: Gelangt die regionale AMS-Geschäftsstelle zum begründeten **Verdacht**, dass eine **Übertretung** arbeits- oder sozialversicherungsrechtlicher Bestimmungen vorliegt (ist etwa nach Ansicht des AMS nach Durchsicht der Schulungsunterlagen die Schulung als Überlassung oder Entsendung zu beurteilen), sind die **zuständigen Behörden (Finanzpolizei) zu verständigen (vgl. § 27 Abs. 2 AuslBG)**.

29

8.5. Entgeltansprüche der überlassenen Arbeitnehmer/innen

Für die Überlassung aus Drittstaaten, dem EU/EWR-Raum und der Schweiz gelten die Bestimmungen des AÜG.

Grenzüberschreitend überlassene Arbeitnehmer/innen haben für die Dauer der Überlassung nach Österreich nach **§ 10 AÜG** Anspruch auf jene Entgeltansprüche, die innerösterreichisch überlassenen Arbeitnehmer/innen zustehen. Damit haben sie **Anspruch auf ein angemessenes, ortsübliches Entgelt**. Arbeitsvertragsrechtlich ist der/die Überlasser/in weiterhin als Arbeitgeber/in des überlassenen Arbeitnehmers zu qualifizieren.

Bei der Beurteilung der **Angemessenheit** ist für die Dauer der Überlassung auf das im Beschäftigterbetrieb vergleichbaren inländischen Arbeitnehmer/innen für vergleichbare Tätigkeiten zu zahlende kollektivvertragliche oder gesetzlich festgelegte Mindestentgelt Bedacht zu nehmen. Das bedeutet, dass **je nach der fachlichen Ausrichtung des Beschäftigterbetriebes der entsprechende Kollektivvertrag** für die Ermittlung des Mindestentgelts heranzuziehen ist.

Dem/Der überlassenen Arbeitnehmer/in steht somit **zwingend das im Kollektivvertrag des Beschäftigterbetriebes** vorgesehene **Mindestentgelt** zu. Der Begriff des Beschäftigterkollektivvertrages umfasst nicht nur den Kollektivvertrag selbst, sondern – entsprechend dem Normzweck – auch durch Satzung oder Mindestlohntarif festgesetzte Mindestentgelte (*Schindler*, in ZellKomm § 10 AÜG Rz 23).

Für den Fall, dass es **keinen Beschäftigterkollektivvertrag** gibt oder im Fall von **Stehzeiten** in Österreich, ist

- für überlassene **Arbeiter/innen** das im **Kollektivvertrag für das Gewerbe der Arbeitskräfteüberlassung** festgelegte Mindestentgelt (inklusive Referenzzulage und Referenzzuschlag), und

- für **Angestellte** das im der **Kollektivvertrag für Angestellte des Gewerbes** festgelegte Mindestentgelt

heranzuziehen. Nach § 10a Abs. 3 AÜG finden die für gewerblich überlassene Arbeitnehmer/innen in Österreich geltenden Kollektivverträge auch auf aus dem Ausland nach Österreich überlassene Arbeitnehmer/innen Anwendung.

Ist der **KV für das Gewerbe der Arbeitskräfteüberlassung bzw. der KV für Angestellte des Gewerbes** im Sinne eines Gruppenvergleichs **günstiger** als der jeweilige Beschäftigterkollektivvertrag, hat der/die überlassene Arbeiter/in Anspruch auf das im KV für das Gewerbe der Arbeitskräfteüberlassung vorgesehene Mindestentgelt²² bzw. der/die überlassene Angestellte auf das im KV für Angestellte des Gewerbes vorgesehene Mindestentgelt. Nach dem OGH und der überwiegenden Lehre wird § 10 AÜG grundsätzlich der allgemeine arbeitsrechtliche Entgeltbegriff zugrunde gelegt; § 10 AÜG regelt demnach nicht den Anspruch auf Aufwandsentschädigungen (*Schindler*, in ZellKomm § 10 AÜG Rz 10).

Aus Mitgliedstaaten des EWR (nicht aber der Schweiz) nach Österreich überlassene Arbeitnehmer/innen können – nach ihrer Wahl – die aus dieser Überlassung resultierenden Ansprüche gegen den/die Überlasser/in auch **in Österreich gerichtlich durchsetzen**. Zuständig ist das ASG, in dessen Sprengel die Arbeit verrichtet wurde (§ 4 Abs. 1 Z 1 lit. e ASGG).

30

8.6. Meldung der Überlassung aus EU/EWR-Raum und der Schweiz

Überlasser/innen aus der EU/dem EWR und der Schweiz haben die Beschäftigung von Arbeitnehmer/innen, die bewilligungsfrei grenzüberschreitend nach Österreich überlassen werden, gemäß § 17 Abs. 2 AÜG spätestens **eine Woche vor Arbeitsaufnahme** der ZKO **auf elektronischen Weg** mittels des amtlichen **Formulars „ZKO 4“** zu **melden**. In Katastrophenfällen, bei unaufschiebbaren Arbeiten und bei kurzfristig zu erledigenden Aufträgen ist die Meldung unverzüglich vor Arbeitsaufnahme zu erstatten. Die Meldung hat **ausschließlich auf** elektronischem Weg zu erfolgen.

Die Meldung hat folgende Angaben zu enthalten:

- Namen und Anschrift des/der Überlassers/Überlasserin,
- Namen und Anschrift der zur **Vertretung nach außen Berufenen** des/der Überlassers/Überlasserin,
- **Namen und Anschrift des/der Beschäftigers/Beschäftigerin** sowie dessen/deren **Umsatzsteueridentifikationsnummer** und **Gewerbebefugnis oder Unternehmensgegenstand**,

²² Und damit auch auf die Referenzzulage und den Referenzzuschlag.

- Namen, Anschriften, Geburtsdaten, Sozialversicherungsnummern und Sozialversicherungsträger sowie Staatsangehörigkeit der überlassenen Arbeitskräfte,
- Beginn und voraussichtliche Dauer der Beschäftigung der einzelnen überlassenen Arbeitskräfte beim/bei der Beschäftiger/in,
- **Orte der Beschäftigung, jeweils unter genauer Angabe der Anschrift**, in Österreich,
- **Höhe des** jeder einzelnen Arbeitskraft nach den österreichischen Rechtsvorschriften **gebührenden Entgelts**,
- **Art der Tätigkeit und Verwendung** der einzelnen Arbeitskräfte unter Berücksichtigung des maßgeblichen österreichischen Kollektivvertrages,
- sofern für die Beschäftigung der überlassenen Arbeitskräfte im Sitzstaat des/der Überlassers/Überlasserin eine behördliche Genehmigung erforderlich ist, jeweils die ausstellende Behörde sowie die Geschäftszahl, das Ausstellungsdatum und die Geltungsdauer oder eine Abschrift der Genehmigung,
- sofern die überlassenen Arbeitskräfte im Sitzstaat des/der Überlassers/Überlasserin eine Aufenthaltsgenehmigung benötigen, jeweils die ausstellende Behörde sowie die Geschäftszahl, das Ausstellungsdatum und die Geltungsdauer oder eine Abschrift der Genehmigung.“

Die ZKO hat die **Meldung der Überlassung** der zuständigen Gewerbebehörde, dem zuständigen KV-Träger, der BUAK (sofern es den Baubereich betrifft) und dem Sozialministerium **zu übermitteln**.

Anmerkung:

Fehlt es am Vorliegen einer arbeitsrechtlichen Überlassung i.S.d. AÜG, ist dem entsprechend keine Überlassungsmeldung nach § 17 AÜG zu erstatten und finden auch die Bereithaltspflichten nach § 17 Abs. 7 AÜG bzw. die Verpflichtung des/der Überlassers/Überlasserin zur Bereitstellung der Lohnunterlagen nach § 7d Abs. 2 AVRAG keine Anwendung.

31

8.7. Bewilligung der Überlassung nach AÜG und AuslBG

Die Arbeitskräfteüberlassung aus einem **Drittstaat** (d.h. durch eine/n Überlasser/in ohne Sitz in einem EWR-Mitgliedstaat oder der Schweiz) ist nur nach **Erteilung einer Bewilligung gemäß § 16 Abs. 4 AÜG** zulässig. Der **Antrag** auf Erteilung der Bewilligung ist vom/von der **österreichischen Beschäftiger/in** bei der zuständigen Gewerbebehörde (BVB) einzubringen (siehe § 19 AÜG)

Für die Arbeitskräfteüberlassung aus **Drittstaaten** sowie von **Drittstaatsangehörigen** durch ein Unternehmen mit Sitz in einem EWR-Mitgliedstaat oder der Schweiz nach Österreich ist eine **Beschäftigungsbewilligung** erforderlich (Antragstellung durch den/die inländische Beschäftiger/in).

8.8. Bereithaltspflichten des/der Beschäftigers/Beschäftigerin in Bezug auf nicht dem ASVG unterliegende Arbeitnehmer/innen

Der/Die inländische Beschäftiger/in hat für die **nicht dem ASVG** unterliegenden überlassenen Arbeitnehmer/innen die **Unterlagen über die Anmeldung des/der Arbeitnehmer/in zur Sozialversicherung sowie eine Abschrift der Überlassungsmeldung** am Arbeitsort bereitzuhalten oder der Finanzpolizei unmittelbar vor Ort in elektronischer zugänglich zu machen (§ 17 Abs. 7 AÜG). Im Übrigen wird auf die Ausführungen zu Rz 12ff verwiesen.

Bei einer grenzüberschreitenden Arbeitskräfteüberlassung trifft die Verpflichtung zur Bereithaltung der Lohnunterlagen in Bezug auf die nicht dem ASVG unterliegenden Arbeitnehmer/innen den/die inländische/n Beschäftiger/in. Der/Die Überlasser/in hat dem/der Beschäftiger/in die Unterlagen nachweislich bereitzustellen. Im Übrigen siehe Rz 17.

8.9. Verwaltungsübertretungen nach dem AÜG i.Z.m. der Meldung/Bewilligung der grenzüberschreitenden Überlassung

Strafnorm	Tatbild	Strafe
§ 17 Abs. 2 AÜG i.V.m. § 22 Abs. 1 Z 2 AÜG <u>1.</u> Tatbestand	Wer als Überlasser/in die Überlassungsmeldung ➤ nicht, nicht rechtzeitig oder unvollständig erstattet oder ➤ dabei wissentlich falsche Angaben macht.	500 € bis 5. 000 € (Wh.:1. 000 € bis 10. 000 €)
§ 17 Abs. 7 AÜG i.V.m. § 22 Abs. 1 Z 2 AÜG <u>2.</u> Tatbestand	Wer als Beschäftiger/in die Abschrift der Überlassungsmeldung entgegen § 17 Abs. 7 AÜG ➤ nicht zur Überprüfung bereithält, oder ➤ vor Ort nicht unmittelbar zugänglich macht (in elektronischer Form).	500 € bis 5. 000 € (Wh.:1. 000 € bis 10. 000 €)
§ 22 Abs. 1 Z 1 lit. c AÜG	Wer als Überlasser/in oder Beschäftiger/in an einer nach § 16 AÜG unzulässigen grenzüberschreitenden (nicht bewilligten) Überlassung beteiligt ist	1.000 € bis 5. 000 € (Wh.:2. 000 € bis 10. 000 €)

Kontrollbehörde ist in diesen Fällen die **Finanzpolizei**; **Anzeigeleger** ist die örtlich zuständige **Abgabebehörde** (Finanzamt). Die Abgabenbehörde hat in diesen Verfahren **Parteistellung** (§ 22 Abs. 5 AÜG).

Tatortregelung: Obige Verwaltungsübertretungen gelten als in dem Sprengel jener BVB begangen, in dem der Arbeits(Einsatz)ort des/der überlassenen Arbeitnehmer/in liegt, bei wechselnden Arbeitsorten ist Tatort der Ort der Kontrolle (§ 22 Abs. 4 AÜG).

Im Übrigen sieht das AÜG in Bezug auf obige Verwaltungsübertretungen **keine** verfahrensrechtlichen Sonderregelungen vor. D.h. es gilt das **VStG 1 : 1**, insb. gelten **die** Fristen nach **§ 31 VStG**.

9. Kompetenzzentrum – Lohnkontrolle und Strafanzeige

34

9.1. Übermittlung der Erhebungsergebnisse durch Organe der Abgabenbehörde

§ 7f Abs. 1 AVRAG berechtigt die Organe der Abgabenbehörde (Finanzpolizei), die zur Kontrolle des dem/der nicht dem ASVG unterliegenden Arbeitnehmer/in nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag zustehenden Grundlohns erforderlichen Erhebungen vor Ort durchzuführen. Zu diesem Zweck werden den Organen der Abgabenbehörde durch § 7f AVRAG entsprechende Betretungs-, Auskunfts- und Einsichtsrechte eingeräumt.

Die Organe der Abgabenbehörde übermitteln die Ergebnisse der Erhebungen dem Kompetenzzentrum mittels einer standardisierten Sachverhaltsmitteilung „**Kontrollmitteilung LSDBG**“ auf **elektronischem Weg**.

Ebenso sind die **Abschriften der Unterlagen**, in die die Organe der Abgabenbehörden gem. § 7f Abs. 1 Z 3 AVRAG Einsicht genommen haben, dem Kompetenzzentrum **auf elektronischem Weg** zu übermitteln.

Vorgangsweise **bei fehlenden Lohnzahlungsnachweisen** für die laufende Lohnzahlungsperiode: Ist das nach den österreichischen Rechtsvorschriften zustehende Entgelt zum Zeitpunkt der „Vor-Ort-Prüfung“ noch nicht fällig, haben die Organe der Abgabenbehörden die Person, die ihnen in die Lohnunterlagen Einsicht gewährt hat, aufzufordern, dem Kompetenzzentrum den fehlenden Lohnzahlungsnachweis ehestmöglich nach dem Ablauf der Lohnzahlungsperiode zu übermitteln. Dies gilt nicht für bereits abgeschlossene Lohnzahlungsperioden (hier ist der Tatbestand „Nichtbereithalten der Lohnunterlagen“ bereits realisiert).

Bei **Verdacht auf Unterentlohnung** bei Arbeitnehmer/innen, die dem **ASVG** unterliegen, ist durch die Finanzpolizei bzw. durch das Kompetenzzentrum so rasch wie möglich der zuständige **KV-T zu verständigen**.

35

9.2. Prüfung der Erhebungsergebnisse durch das Kompetenzzentrum

Übermitteln die Organe der Abgabenbehörden die nach § 7f Abs. 1 AVRAG ermittelten Erhebungsergebnisse zu einem bestimmten Sachverhalt an das Kompetenzzentrum, begründet das eine **Prüfpflicht des Kompetenzzentrums**.

Vorweg hat das Kompetenzzentrum für den „Kontrollvorgang“ seine **Prüfzuständigkeit** abzuklären (Prüfung, ob der/die Arbeitnehmer/in nicht dem ASVG unterliegt - z.B. an Hand des Formulars A 1 oder E 101).

Das Kompetenzzentrum hat die Erhebungsergebnisse bzw. die in Abschrift übermittelten Unterlagen **binnen zwei Arbeitstagen nach Einlangen dahingehend** zu überprüfen, ob der maßgebliche Sachverhalt im Hinblick auf die Leistung bzw. Nichtleistung des dem/der nicht ASVG-pflichtigen Arbeitnehmer/in zustehenden Mindestentgelts (Tatbestand „Unterentlohnung“) hinreichend ermittelt wurde.

Die **objektiven Tatbestandselemente** des Tatbestandes „Unterentlohnung“ sind:

- Die/Der „Verdächtige“ muss Arbeitgeber/in sein.
- Der/Die Arbeitnehmer/in wird oder wurde vom/der „Verdächtigen“ beschäftigt.
- Dem/Der Arbeitnehmer/in wurde das ihm/ihr nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag zustehende Mindestentgelt (siehe Rz 41) nicht geleistet.

Zu diesem Zweck hat das Kompetenzzentrum **insbesondere** Folgendes zu überprüfen:

- Wurden von den Organen der Abgabenbehörden die gem. § 7d AVRAG am Arbeits(Einsatz)ort bereitzuhaltenden **Lohnunterlagen in deutscher Sprache** (auf elektronischem Weg) **übermittelt**? Fehlt ein Lohnzahlungsnachweis für die laufende Lohnzahlungsperiode: Wer wurde von den Organen der Abgabenbehörden aufgefordert, den fehlenden Lohnzahlungsnachweis beizubringen?
- Liegen die für eine allfällige Anzeige (siehe Rz 59) **erforderlichen Sachverhaltselemente**, insbesondere die einzelnen objektiven Tatbestandselemente der Verwaltungsübertretung der Unterentlohnung vor?

Als erforderlich sind u.a. anzusehen:

- **Name und Anschrift des Arbeitgebers/der Arbeitgeberin** (im Fall einer grenzüberschreitenden Arbeitskräfteüberlassung des Überlassers/der Überlasserin);
- **Name und Anschrift** der nach außen **vertretungsbefugten Organe**;
- Wurde ein/e **Verantwortlich Beauftragte/r nach § 9 VStG** (im Folgenden: VB nach § 9 VStG) bestellt? Name und Anschrift des VB nach § 9 VStG.
- Name, Geburtsdaten, Anschrift und Staatsangehörigkeit des kontrollierten Arbeitnehmers/der kontrollierten Arbeitnehmerin;
- **Zeitraum**, in dem der/die Arbeitnehmer/in in Österreich tätig ist bzw. war;
- **Höhe** des dem/der einzelnen Arbeitnehmer/in gebührenden Entgelts; Höhe des **tatsächlich** erhaltenen Entgelts bzw. (Nicht)Leistung des Entgelts; Lohnzahlungszeitraum;
- über welchen Zeitraum wurde der/die Arbeitnehmer/in nicht korrekt entlohnt – Unterentlohnung in einer Lohnzahlungsperiode oder Unterentlohnung durchgehend über mehrere Lohnzahlungsperioden;
- Art der **tatsächlichen Tätigkeit** und **tatsächlichen Verwendung** des Arbeitnehmers/der Arbeitnehmerin;

- bei welcher Tätigkeit/Verrichtung wurde der/die kontrollierte Arbeitnehmer/in angetroffen;
 - Ausmaß der je Arbeitstag bzw. Arbeitswoche **tatsächlich geleisteten Arbeitszeit** durch den/die Arbeitnehmer/in;
 - wann hat das laufende Arbeitsverhältnis begonnen?
 - wurden Vordienstzeiten angerechnet?
 - **Ausbildung** des Arbeitnehmers/der Arbeitnehmerin für die Tätigkeit (liegt z.B. eine Fachausbildung vor);
 - **Zeitpunkt und Ort der Prüfung** durch die Organe der Abgabenbehörde;
 - genaue Umschreibung des Tatortes - Ort der Beschäftigung in Österreich (auch andere Einsatzorte in Österreich);
 - ist das Arbeitsverhältnis beendet (Beendigungszeitpunkt)?
- Für Entsendungen und Arbeitskräfteüberlassungen aus dem EWR-Raum und der Schweiz: Liegt die **Abschrift der Meldung** nach § 7b Abs. 3 AVRAG („ZKO 3 Meldung“ - siehe Rz 10) bzw. § 17 Abs. 2 AÜG (ZKO 4 Meldung - siehe Rz 30) vor? Oder wurden diese auf elektronischem Weg unmittelbar zugänglich gemacht.
Diese Meldungen haben bloß deklaratorische Wirkung und stellen keine geeignete Lohnunterlage dar. Von Interesse sind solche Meldungen vor allem dann, wenn die Befragung durch die Finanzpolizei andere Angaben zum Vorschein bringt als in der jeweiligen Meldung angegeben sind.
 - Für Entsendungen und Arbeitskräfteüberlassungen aus Drittstaaten: Liegen die nach dem AuslBG und AÜG erforderlichen Bewilligungen vor?
 - Liegen das **Sozialversicherungsdokument A 1 bzw. E 101** oder andere geeignete Nachweise in Bezug auf Anmeldung zur ausländischen Sozialversicherung vor? Sozialversicherungsnummer?
 - Wurden **Name und Adressen jener Personen, die vor Ort befragt wurden**, angegeben? Wurden weitere Beobachtungen angegeben?
 - Wurde eine **vorläufige Sicherheit** eingehoben? Falls Ja: Es kann kein Zahlungsstopp/keine Sicherheitsleistung verhängt werden. Die BVB wäre in der Strafanzeige auf die vorläufige Sicherheit hinzuweisen.
 - Wurde im Hinblick auf die **Einhebung einer Sicherheitsleistung durch die BVB** die **Auftragskette** (Daten des/der inländischen Auftraggebers/Auftraggeberin bzw. des/der inländischen Beschäftigers/Beschäftigerin) **hinreichend ermittelt**?

9.3. Übermittlung von Sachverhaltsfeststellungen durch Dritte

Übermitteln Dritte (etwa Interessenvertretungen, Betriebsräte) dem Kompetenzzentrum eine Sachverhaltsdarstellung betreffend „Verdacht auf Unterentlohnung bei nicht dem ASVG unterliegende Arbeitnehmer/innen“, **ist** diese - wie in Rz 37 ausgeführt - **zu prüfen**. Ist die Mitteilung (Sachverhaltsdarstellung) **hinreichend begründet**, kann das Kompetenzzentrum die Organe der Abgabenbehörde um die Durchführung konkret zu bezeichnender weiterer Erhebungen ersuchen.

Begründete Mitteilungen liegen dann vor, wenn **konkrete Anhaltspunkte** in der Mitteilung für einen konkreten Verdacht der Begehung der Verwaltungsübertretung „Unterentlohnung“ sprechen. Es kommt also darauf an, dass die Mitteilung geeignet ist, eine entsprechende Vermutung zu stützen. Bloße Behauptungen ohne nähere Ausführungen werden keine begründeten Mitteilungen darstellen. Wenn also die Mitteilung des/der Dritten etwa lediglich anführt, dass ein „Arbeitgeber/in das Entgelt nicht vollständig leistet“ und keine Konkretisierungen in Bezug auf eine/n Arbeitnehmer/in oder bestimmte Arbeitnehmer/innen vornimmt und auch sonst kein konkreter Bezug auf eine bestimmte Unterentlohnung (z.B. Zeit und Dauer) ersichtlich ist, wird sie als nicht ausreichend begründet anzusehen sein.

Das Kompetenzzentrum hat auch dann Parteistellung im Verwaltungsstrafverfahren, wenn dieses über Anzeige Dritter eingeleitet wurde (§ 7i Abs. 8 AVRAG).

9.4. Ersuchen an die Organe der Abgabenbehörden um weitere Erhebungen

Stellt das Kompetenzzentrum nach Überprüfung der nach Rz 35 übermittelten Erhebungsergebnisse fest, dass der ermittelte und für die Zahlung des dem/der Arbeitnehmer/in zustehenden Mindestentgelts **maßgebliche Sachverhalt nicht** ausreicht, **hat** das Kompetenzzentrum die Organe der Abgabenbehörden **zu den bereits übermittelten Erhebungsergebnissen um konkret zu bezeichnende weitere Erhebungen** (wie etwa die nochmalige Befragung namentlich bestimmter Personen unter Angabe der gewünschten Ergänzungsfragen oder die nähere Ermittlung der Auftragskette) zu ersuchen.

Weiters kann das Kompetenzzentrum die Organe um Durchführung von Erhebungen auf Grund von begründeten Mitteilungen durch Dritte ersuchen.

Das Ersuchen ist grundsätzlich **auf elektronischem Wege** an die Organe der Abgabenbehörden zu richten.

9.5. Erstattung der Strafanzeige wegen Unterentlohnung

Gemäß § 7e Abs. 3 AVRAG **hat** das Kompetenzzentrum **Anzeige** an die zuständige BVB zu erstatten, wenn es auf Grund der Erhebungen der Organe der Abgabenbehörden feststellt, dass **nicht zumindest** das nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag zustehende Mindestentgelt **unter Beachtung der jeweiligen Einstufungskriterien geleistet** wird (Feststellung des Verdachts einer Unterentlohnung).

Die Verwaltungsübertretung der Unterentlohnung stellt ein **Dauerdelikt** dar.

Zum besseren Verständnis wird zunächst die bis 31.12.2014 geltende Rechtslage dargestellt.

9.6. Alte Rechtslage - Tatbild der Unterentlohnung bis 31. Dezember 2014

- Wer als Arbeitgeber/in eine/n Arbeitnehmer/in beschäftigt/beschäftigt hat, ohne zumindest den nach G, VO oder KV zustehenden **Grundlohn laut Einstufung** zu leisten.
- Betrachtung **je Arbeitnehmer/in** und **je Lohnzahlungszeitraum**
- **Dauerdelikt** – Ende, wenn Unterentlohnung beseitigt wird
 - Rechtsansicht VwGH: **Beendigung des Arbeitsverhältnis beseitigt Tatbild** und löst Lauf der Verfolgungsverjährung aus
 - **Aufrechtes Arbeitsverhältnis**: Dazu fehlt eine klare Aussage des VwGH – nach Rechtsansicht des Sozialministeriums beseitigt im aufrechten Arbeitsverhältnis erst die **Nachzahlung** das Tatbild – Rückkehr zur korrekten Entlohnung beendet Unterentlohnung nicht
- Dauer der Verfolgungsverjährungsfrist: 1 Jahr (ab Ende Arbeitsverhältnis bzw. ab Nachzahlung)
- Dauer der Strafbarkeitsverjährungsfrist: 3 Jahre
- Strafraumen:
 - 1.000 bis 10.000 € **je Arbeitnehmer/in** (Wh: 2.000 bis 20.000 €)
 - Wenn >3 AN betroffen: 2.000 bis 20.000 € **je Arbeitnehmer/in** (Wh: 4.000 bis 50.000 €)

9.7. Geltende Rechtslage - Tatbild der Unterentlohnung ab 1. Jänner 2015

- Wer als Arbeitgeber/in eine/n Arbeitnehmer/in beschäftigt oder beschäftigt hat, ohne ihm zumindest das nach G, VO oder KV zustehende **Mindestentgelt** laut Einstufung, **ausgenommen die in § 49 Abs. 3 ASVG** angeführten Entgeltbestandteile, zu leisten-
- Betrachtung je Arbeitnehmer/in und je Lohnzahlungszeitraum
- Klarstellung: **eine Verwaltungsübertretung**, wenn Unterentlohnung **durchgehend** über mehrere Lohnzahlungszeiträume
- **Dauerdelikt** – Ende, wenn Unterentlohnung beseitigt wird (durch Nachzahlung)
 - Verfolgungsverjährungsfrist: 3 Jahre ab Fälligkeit des Entgelts bzw. 3 Jahre ab Ende Arbeitsverhältnis (damit ist auch das Entgelt fällig)
 - Dauer der Strafbarkeitsfrist: 5 Jahre ab Fälligkeit Entgelt
- **Strafrahmen:**
 - 1.000 bis 10.000 € je AN (Wh: 2.000 bis 20.000 €)
 - Wenn >3 AN betroffen: 2.000 bis 20.000 € je AN (Wh: 4.000 bis 50.000 €)

Gesetzlich klargestellt ist, dass eine Verwaltungsübertretung vorliegt, wenn sich die Unterentlohnung durchgehend über mehrere Lohnzahlungszeiträume erstreckt (§ 7i Abs. 5 zweiter Satz AVRAG). Daraus ergibt sich im Umkehrschluss, dass im Fall der Unterentlohnung in zeitlich voneinander getrennten Lohnzahlungszeiträumen der Tatbestand der Unterentlohnung **mehrfach** realisiert wird, es sei denn, es liegt im Einzelfall ein **fortgesetztes Delikt** vor. Entscheidend ist, dass die einzelnen Tathandlungen von einem **einheitlichen Willensentschluss (Gesamtvorsatz)** getragen werden. Kein einheitlicher Willensentschluss liegt etwa vor, wenn die Setzung der jeweiligen Einzelhandlungen eines neuerlichen Willensentschlusses bedarf oder der/die Täter/in lediglich fahrlässig handelt. Siehe dazu näher *Raschauer* in *Raschauer/Wessely*, VStG § 22 Rz 11 ff.

Beispiel:

Entsendet z.B. ein/e Arbeitgeber/in einen/eine Arbeitnehmer/in für sechs Monate nach Österreich, und wird im Rahmen einer Kontrolle festgestellt, dass der/die Arbeitgeber/in in den ersten vier Monaten und im sechsten Monat der Entsendung den Mindestlohn nicht, im fünften Monat der Entsendung jedoch geleistet hat, hat der/die Arbeitgeberin den Tatbestand der Unterentlohnung zweimal realisiert (es sei denn, es liegt ein fortgesetztes Delikt vor)

Endet das Arbeitsverhältnis, fällt der Tatbestand der Unterentlohnung weg und es beginnt der Lauf der Verfolgungs- und Strafbarkeitsverjährungsfrist.

Der Tatbestand der Unterentlohnung bleibt auch dann erfüllt, wenn die Entsendung/Überlassung im Zeitpunkt der Kontrolle bereits beendet ist; die Beendigung der Entsendung/Überlassung hat keine unmittelbaren Auswirkungen auf den Bestand des

Arbeitsverhältnisses. Der **Tatbestand der Unterentlohnung wird mit der Beendigung der Entsendung bzw. Überlassung nicht beendet.**

41

9.8. Kontrolle des Mindestentgelts

Mit 1.1.2015 ist das gesamte dem/der Arbeitnehmer/in durch Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag zustehende Mindestentgelt unter Beachtung der jeweiligen Einstufungskriterien in die behördliche Lohnkontrolle nach dem AVRAG einbezogen (Entgeltbegriff im Sinne des AVRAG). Da das AVRAG ein **arbeitsrechtliches Gesetz** ist, kommt der **arbeitsrechtliche** weite **Entgeltbegriff** zur Anwendung

Aufwandersatz (= Ersätze, die bestimmte Aufwendungen abdecken sollen) und **Sachbezüge** dürfen, sofern der vergleichbare „inländische“ Kollektivvertrag nicht anderes bestimmt, für die Berechnung des kollektivvertraglichen Mindestentgelts **nicht angerechnet** werden (§ 7e Abs. 4 letzter Satz AVRAG).

Die Entgeltkontrolle hat unter Beachtung des **Ausnahmekatalogs des § 49 Abs. 3 ASVG** zu erfolgen. Damit bleiben die in dieser Bestimmung angeführten Entgeltbestandteile wie etwa:

- Schmutzzulagen²³,
- Vergütungen, die aus Anlass der Beendigung des Arbeitsverhältnisses gewährt werden (Abfertigungen, Abgangsentschädigungen und Übergangsgelder, nicht aber Ersatzleistungen nach dem UrlG und Kündigungsentschädigungen) oder
- Beiträge nach dem BMSVG oder Beiträge/Prämien nach dem BPG

von der Lohnkontrolle ausgeklammert.

Anmerkung:

Im Prüfbereich des Kompetenzzentrums sind Beiträge nach dem BMSVG und Beiträge/Prämien nach dem BPG vorweg vom Entgeltbegriff der §§ 7a und 7b AVRAG ausgeklammert (vgl. Rz 18 Pkt. 7.4.).

Ebenso sind (gesetzliche) beendigungsabhängige Entgelte vom Prüfbereich des Kompetenzzentrums ausgeklammert. Der Abfertigungsanspruch wie auch der Anspruch auf Ersatzleistung nach dem UrlG oder ein Anspruch auf Kündigungsentschädigung unterliegen nicht dem Entgeltanspruch der §§ 7a und 7b AVRAG; abgesehen davon beendet das Ende der Entsendung nicht das Arbeitsverhältnis.

Fahrtkostenvergütungen, sowie die Tages- und Nächtigungsgelder, die nach § 26 EStG nicht der Lohnsteuerpflicht unterliegen, werden **durch § 49 Abs. 3 Z 1 ASVG beitragsfrei gestellt**. Der Verweis auf § 26 EStG bewirkt, dass **für die Beitragsfreiheit dieselben Voraussetzungen gelten wie für die Steuerfreiheit**. Es gilt daher der Dienstreisebegriff des § 26 Z 4 EStG, die in dieser Bestimmung geregelten Höchstgrenzen, sowie die weiteren Voraussetzungen der der

²³ Die Beitragsfreiheit der Schmutzzulagen ist doppelt bedingt.

§ 26 Z 4 EStG angegliederten lit. a – e. Pauschalierter Aufwandersatz ist damit beitragsfrei, soweit es das ASVG vorsieht (vgl. *Rudolf Müller in Mosler/Müller/Pfeil*, Der SV-Komm § 49 ASVG Rz 94 ff). Mit anderen Worten: Pauschalierter Aufwandersatz ist beitragsfrei, soweit dieser nach dem EStG nicht der Einkommensteuerpflicht unterliegt.

In diesem Zusammenhang darf auch auf die **DG-Information der Sozialversicherung** zum Entgeltbegriff verwiesen werden, die zum Punkt „**Aufwandersatz, Auslagenersatz**“ ausführt: „Zuwendungen aus diesem Titel sind dann beitragsfrei, wenn auch die Steuerfreiheit gemäß § 26 Einkommensteuergesetz 1988 (EStG 1988) gegeben ist (Reisekosten anlässlich einer Dienstreise über Auftrag des Arbeitgebers, Tages-, Nächtigungs- und Kilometergeld) und diese mit Belegen nachgewiesen werden. Hinweis: **Pauschalvergütungen für Auslagenersätze stellen einen beitragspflichtigen Arbeitslohn (Entgelt) dar**. Hinsichtlich der Steuerfreiheit von Aufwandersätzen (Reisekostenvergütungen) wird auf die **Lohnsteuerrichtlinien 2002** verwiesen, die unter www.bmf.gv.at abrufbar sind.“

Näheres dazu unter:

http://www.sozialversicherung.at/flipbook/Entgelt_betragsfrei_01012015/flipviewerxpress.html.

Entgeltbestandteile, die in einer Betriebsvereinbarung oder in einem Arbeitsvertrag vereinbart wurden, fallen nicht unter die Lohnkontrolle nach § 7 Abs. 5 AVRAG. Eine Unterzahlung derartig vereinbarter Entgeltbestandteile fällt nicht unter den Verwaltungsstraftatbestand des Lohndumpings nach § 7i Abs. 5 AVRAG. Umgekehrt wird gesetzlich klargestellt, dass auf Betriebsvereinbarung oder Arbeitsvertrag beruhende Überzahlungen auf allfällige Unterentlohnungen in jeweiligen Lohnzahlungszeitraum anzurechnen sind. Überzahlungen, die auf betrieblicher Übung beruhen und damit konkludent zum Inhalt des Arbeitsvertrages werden, sind anzurechnen. Im Hinblick auf den Zweck des LSDB-G – im Rahmen der Lohnkontrolle wird kontrolliert, ob dem/der Arbeitnehmer/in zumindest das nach den kollektiven Lohnvorschriften zustehende Mindestentgelt geleistet - sind auch faktische Überzahlungen (die nicht auf Betriebsvereinbarung oder Arbeitsvertrag beruhen) in der jeweiligen Lohnzahlungsperiode anzurechnen.

Anmerkung zum Einwand des Lohnverzichts:

Nach der sog **Drucktheorie** (Judikat 26, OGH Praes 600/26, Arb 3725 = SZ 9/80) ist der **Verzicht** auf zwingende Ansprüche **während der Dauer des Arbeitsverhältnisses unwirksam**, da angenommen werden müsse, dass der/die Arbeitnehmer/in diesen Verzicht nicht frei, sondern unter wirtschaftlichem Druck, etwa, weil er sonst den Verlust seiner Beschäftigung befürchten muss, abgegeben habe. Dabei komme es nicht allein darauf an, ob das Arbeitsverhältnis noch formell aufrecht sei, sondern darauf, ob auf den/die Arbeitnehmer/in noch ein Druck ausgeübt werden kann. Ein wirksamer Verzicht auf unabdingbare Ansprüche des/der Arbeitnehmer/in ist hingegen grundsätzlich möglich, wenn diese Ansprüche bereits entstanden sind und das **Arbeitsverhältnis beendet** ist oder doch **kein wirtschaftlicher Druck** mehr auf den/die Arbeitnehmer/in ausgeübt werden kann (zB. bei einvernehmlicher Lösung des Arbeitsverhältnisses bei gleichzeitiger umfassender Regelung aller gegenseitigen noch offenen Ansprüche). Auch in diesen Fällen kann der Verzicht allerdings unter wirtschaftlichem Zwang abgegeben worden sein (zB. Verzicht eines

Saisonarbeiters auf Grund der Zusicherung, beim selben AG zu einem späteren Zeitpunkt wieder Arbeit zu finden.

42

9.9. Einstufungskriterien

Als Kriterien für die maßgebliche Einstufung in Lohnordnungen sind die im anzuwendenden Kollektivvertrag festgelegten Kriterien wie die vom/von der Arbeitnehmer/in tatsächlich ausgeübte Tätigkeit, die fachliche Ausbildung, die Anrechnung von Vordienst- oder Schulzeiten sowie sonstige Ausbildungen zu nennen.

Zur **Gleichhaltung** einer ausländischen Berufsausbildung mit der österreichischen Lehrabschlussprüfung – siehe

<http://www.bmwf.gv.at/Berufsausbildung/InternationaleBerufsausbildung/Seiten/Gleichhaltung-einer-auslaendischen-Berufsausbildung-mit-der-oesterreichischen-Lehrabschlusspruefung.aspx>.

43

9.10. Optionale Einbeziehung der KV-Partner zur Ermittlung des Mindestentgelts

Grundsätzlich liegt es **im Ermessen des Kompetenzzentrums**, ob es zur Ermittlung des dem/der nicht dem ASVG unterliegenden Arbeitnehmer/in zustehenden Entgeltanspruchs die Kollektivvertragsparteien, die den für den/die Arbeitnehmer/in maßgeblichen Kollektivvertrag geschlossen haben, anhört.

44

9.11. Verpflichtende Einbeziehung der KV-Partner zur Ermittlung des Entgeltanspruchs

Die Parteien des Kollektivvertrages **sind** jedenfalls **anzuhören**, wenn der/die Arbeitgeber/in **begründete Einwendungen** gegen die vom Kompetenzzentrum angenommene Einstufung erhebt. Dies ist z.B. dann der Fall, wenn der/die Arbeitgeber/in moniert, dass der/die kontrollierte Arbeitnehmer/in eine andere Tätigkeit tatsächlich ausgeübt hat. Eine bloße Bestreitung reicht nicht aus.

Achtung:

Kommt es in diesem Fall dennoch nicht zu einer Einbeziehung der Kollektivvertragspartner, hat das auf die Erstattung der Anzeige keinen Einfluss.

9.12. Parteien des maßgeblichen Kollektivvertrages

Anzuhören sind die Kollektivvertragspartner, die den für den /die Arbeitnehmer/in **maßgeblichen** Kollektivvertrag **abgeschlossen** haben. Kollektivvertragspartner sind alle in der Geltungsbereichsbestimmung des jeweiligen Kollektivvertrags angeführten Parteien bzw. alle Parteien, die diesen unterschrieben haben.

Nähere Anfragen dazu können im Einzelfall per E-Mail durch das Kompetenzzentrum an das Postfach der Abt. VII/B/8, VII8@sozialministerium.at gerichtet werden.

9.13. Vergleichbare Arbeitgeber/innen

Da ausländische Arbeitgeber/innen nicht Mitglied einer kollektivvertragsfähigen Körperschaft sind, ist jener Kollektivvertrag als „maßgeblich“ anzusehen, der **auf vergleichbare Arbeitnehmer/innen vergleichbarer Arbeitgeber/innen anzuwenden ist** (siehe Rz 18 und 29).

9.14. Gemeinsame Stellungnahme der Kollektivvertragspartner – keine Bindungswirkung

Hört das Kompetenzzentrum die Kollektivvertragspartner zur Ermittlung des dem/der jeweiligen Arbeitnehmer/in unter Beachtung der jeweiligen Einstufungskriterien zustehenden Mindestentgelts an, hat es die Kollektivvertragsparteien (z.B. per E-Mail) um eine **gemeinsame Stellungnahme** zu ersuchen. Dabei ist den Kollektivvertragsparteien eine **Frist zur Stellungnahme von vier Wochen** einzuräumen.

Da es sich lediglich um ein **Anhörungsrecht** handelt, ist das Kompetenzzentrum an eine gemeinsame Stellungnahme der Kollektivvertragspartner **nicht** gebunden.

Geben die Kollektivvertragspartner innerhalb der vom Kompetenzzentrum festgesetzten Frist keine bzw. keine gemeinsame Stellungnahme ab, hindert das die Fortführung der Kontrolltätigkeit durch das Kompetenzzentrum nicht.

9.15. Unterentlohnung - Beginn der Verfolgungsverjährung und der Strafbarkeitsverjährung

Bisherige Rechtslage:

- Es gelten die Fristen des § 31 VStG. Die Frist für die Verfolgungsverjährung beträgt ab Beseitigung des rechtswidrigen Zustandes **ein Jahr**, die Frist für die Strafbarkeitsverjährung **drei Jahre**.
- **Das Ende des Arbeitsverhältnis** beseitigt nach ständiger Spruchpraxis des VwGH das Tatbild der Unterentlohnung und **wirkt fristauslösend**:
 - Verfolgungsverjährungsfrist 1 Jahr ab Ende Arbeitsverhältnis
 - Strafbarkeitsverjährungsfrist 3 Jahre ab Ende Arbeitsverhältnis
- Im **aufrechten Arbeitsverhältnis** wird **Tatbild erst mit Nachzahlung beseitigt**.

Rechtslage ab 1. Jänner 2015 (§ 7i Abs. 7 AVRAG):

- Abweichend vom VStG beträgt die Frist für Verfolgungsverjährung **drei Jahre** und die Frist für die Strafbarkeitsverjährung **fünf Jahre**
- **Beide Fristen beginnen mit dem Zeitpunkt der Fälligkeit des Entgelts** zu laufen
 - Umfasst die Unterentlohnung durchgehend mehrere Lohnzahlungszeiträume, ist für den Fristenlauf die Fälligkeit des letzten Entgelts maßgeblich
 - Verfolgungsverjährungsfrist: 3 Jahre ab Fälligkeit des (letzten) Entgelts
 - Strafbarkeitsverjährungsfrist: 5 Jahre ab Fälligkeit des (letzten) Entgelts

9.16. Geltungsbereich der Strafbarkeitsverjährungsregelung

Die Strafbarkeitsverjährungsregelung des § 7i Abs. 7 dritter Satz AVRAG erfasst die in § 7i Abs. 1 **erster und zweiter Satz** AVRAG geregelten Fälle. Mit anderen Worten: Die Frist von **fünf Jahren Strafbarkeitsverjährung** ist sowohl bei **einer Unterentlohnung, die nur einen Lohnzahlungszeitraum** umfasst, als auch bei einer **Unterentlohnung, die mehrere Lohnzahlungszeiträume** umfasst, anzuwenden.

Nach dem Wortlaut des § 7i Abs. 7 dritter Satz AVRAG beträgt „*die Strafbarkeitsverjährung ... in diesen Fällen fünf Jahre*“. Im Satz zuvor wird der Beginn der Verjährungsfrist im Falle von „Unterentlohnung, die durchgehend mehrere Lohnzahlungszeiträume umfassen“ geregelt. Dies erweckt prima facie den Eindruck, als würde sich die Festlegung der

Strafbarkeitsverjährung mit fünf Jahren nur auf die Fälle einer durchgehenden, mehrere Lohnzahlungszeiträume umfassenden Unterentlohnung beziehen.

Zunächst ist anzumerken, dass sich die Formulierung „in diesen Fällen“ dem Wortlaut und Wortsinn nach auf die in § 7i Abs. 1 erster und zweiter Satz AVRAG geregelten Fälle bezieht. Diese Auslegung wird auch durch die Materialien zu dieser Bestimmung gestützt, als es dort lautet: „Die Frist für die Strafbarkeitsverjährung beträgt fünf Jahre ab dem Zeitpunkt der Fälligkeit des (letzten) Entgelts.“ Damit wird klar zum Ausdruck gebracht, dass auch nach dem Regelungszweck dieser Bestimmung die fünfjährige Strafbarkeitsfrist mit Fälligkeit des Entgelts (bei Unterentlohnung über eine Lohnzahlungsperiode) und mit der Fälligkeit des letzten Entgelts (bei durchgehender Unterentlohnung über mehrere Lohnzahlungsperioden) zu laufen beginnt.

Die gegenteilige Sichtweise hätte zur Folge, dass im Fall der Unterentlohnung über eine Lohnzahlungsperiode – beginnend mit der Fälligkeit des Entgelts – die Verfolgungs- und Strafbarkeitsverjährung 3 Jahre betragen würde, hingegen im Fall der durchgehenden Unterentlohnung über mehrere Lohnzahlungsperioden - beginnend mit der Fälligkeit des letzten Entgelts – die Verfolgungsverjährung 3 Jahre und die Strafbarkeitsverjährung 5 Jahre betragen würde. Dies würde zum einen der Systematik des § 31 VStG widersprechen, der zufolge die Strafbarkeits- und Verfolgungsverjährung zum selben Zeitpunkt beginnen, die Dauer der Strafbarkeitsverjährung aber die Dauer der Verfolgungsverjährung übersteigt. § 7i Abs. 7 AVRAG lässt in seiner Gesamtheit zweifelsfrei erkennen (insbesondere durch den Verweis auf § 31 Abs. 1 und Abs. 2 VStG, aber auch durch den Beginn der Strafbarkeits- und Verfolgungsverjährung einheitlich mit der Fälligkeit des Entgelts), dass sich der Gesetzgeber grundsätzlich an der Systematik des § 31 VStG orientieren und lediglich die Dauer dieser Fristen sondergesetzlich regeln wollte. Auch dies spricht nach dem Regelungszweck für die eingangs vertretene Auslegung.

Abgesehen davon hätte die gegenteilige Sichtweise wohl eine sachliche nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung zur Folge: Aus welchen sachlichen Gründen sollte eine Unterentlohnung über einen Lohnzahlungszeitraum nur während einer dreijährigen Frist strafbar sein, hingegen eine Unterentlohnung, die sich – auch nur zum Teil (etwa wenige Tage) – in einen zweiten Lohnzahlungszeitraum erstreckt, fünf Jahre strafbar sein. Es ist daher auch im Sinne einer verfassungskonformen Interpretation eine Auslegung dieser Bestimmung im eingangs erwähnten Sinn geboten.

10. Nachsichtregelungen im LSDB-G neu

50

10.1. Allgemeines nur Nachsicht

Das LSDB-G sieht im Fall der vollständigen und nachweislichen Nachzahlung des ausstehenden Entgelts (Nachzahlung der Entgeltdifferenz) zahlreiche Nachsichtmöglichkeiten mit unterschiedlichen verfahrensrechtlichen Auswirkungen vor.

Gemeinsam ist diesen Nachsichtregelungen, dass der/die Arbeitgeber/in die Differenz zwischen **zwischen dem tatsächlich geleisteten und dem dem/der Arbeitnehmer/in nach den österreichischen Rechtsvorschriften gebührenden Entgelt nachweislich leistet (Nachzahlung der Entgeltdifferenz)**.

Nachzuzahlen ist das gesamte, dem/der Arbeitnehmer/in zustehende arbeitsrechtliche Mindestentgelt und nicht nur der von der Lohnkontrolle umfassten Mindestlohnanspruch. Nachzuzahlen sind somit auch etwaige noch offene in § 49 Abs. 3 ASVG angeführte **echte Entgeltbestandteile**. Zivilrechtliche Verjährungs- und Verfallsfristen sind hinsichtlich der Nachzahlung unbeachtlich.

Darstellung im Überblick:

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

10.2. Absehen von einer Strafanzeige (§ 7e Abs. 5 AVRAG)

Nach § 7e Abs. 5 AVRAG **hat** das Kompetenzzentrum unter bestimmten Voraussetzungen von einer Strafanzeige an die zuständige BVB **abzusehen**.

Zwingende Voraussetzungen für ein Absehen von der Anzeige sind.

- **geringe Unterschreitung** (Rz 52) des nach den kollektiven Lohnvorschriften (Gesetz/Kollektivvertrag/Mindestlohntarif) zu leistenden Mindestentgelts
- ODER**
- **höchstens leicht fahrlässiges Verschulden** (Rz 53) des Arbeitgebers/der Arbeitgeberin oder des nach außen vertretungsbefugten Organs (§ 9 Abs. 1 VStG) oder des VB nach § 9 Abs. 2 oder 3 VStG an der Unterentlohnung

UND

- **nachweisliche und vollständige Leistung** des dem/der Arbeitnehmer/in nach den kollektiven Lohnvorschriften **zustehenden Entgelts (Nachzahlung der Entgeltdifferenz)** über Aufforderung des Kompetenzzentrums binnen einer vom Kompetenzzentrum festgesetzten Frist (Rz 54).

Die Nachsicht von der Strafanzeige hat bei Vorliegen der oben genannten Voraussetzungen auch dann zu erfolgen, wenn der/die Arbeitgeber/in die Entgeltdifferenz vollständig vor Zugang der Zahlungsaufforderung des Kompetenzzentrums leistet (§ 7e Abs. 5 vorletzter Satz AVRAG).

Die Nachsicht von der Strafanzeige ist auch im Wiederholungsfall möglich (nach der bis zum 31.12. geltenden Rechtslage war die Nachsicht nur bei erstmaliger Unterschreitung durch den/die Arbeitgeber/in zulässig).

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

Diese Bestimmung unterstreicht den **präventiven** Charakter der Verwaltungsstrafbestimmung der Unterentlohnung. Im Vordergrund steht die Sicherstellung des Entgeltanspruchs des Arbeitnehmers/der Arbeitnehmerin und nicht die Pönalisierung des Arbeitgebers/der Arbeitgeberin.

10.3. Geringe Unterschreitung – 10 %-ige Bagatellgrenze

Von einer geringen Unterschreitung des Mindestentgelts wird dann auszugehen sein, wenn der nach den Rz 18 bis 29 ermittelte und der Lohnkontrolle unterliegende Entgeltanspruch **um nicht mehr als 10 % unterschritten** wird.

Die Lohnkontrolle erfolgt je Arbeitnehmer/in und bezogen auf den jeweiligen Lohnzahlungszeitraum.

Eine Unterentlohnung um nicht mehr als 10 % bei wechselnden Entgeltbestandteilen steht der Anwendung der Nachsichtregelung nicht entgegen (**einheitliche Betrachtung des zustehenden Mindestentgelts**).

Erstreckt sich die Unterentlohnung durchgehend auf mehrere Lohnzahlungsperioden, liegt **eine** Unterentlohnung vor. Der für die Lohnkontrolle relevante Lohnzahlungszeitraum ist in diesem Fall der die Lohnzahlungsperioden umfassende durchgehende Zeitraum. Mit anderen Worten: Im Fall einer mehrere Lohnzahlungsperioden übergreifenden Unterentlohnung ist in Bezug auf die Ermittlung der 10 %-Grenze eine **Schnittrechnung** (Schnitt aus den umfassten Lohnzahlungsperioden – relevanter Lohnzahlungszeitraum) vorzunehmen.

Beispiel:

Es erfolgt eine Unterentlohnung im Zeitraum von Jänner bis Juni. In den Monaten Jänner bis Februar erfolgt eine reduzierte Auszahlung einer kollektivvertraglich zustehenden Zulage X. Dies wird mit März richtig gestellt. Es erfolgt allerdings im März eine fehlerhafte Auszahlung der zustehenden Sonderzahlung. In den Monaten April bis Juni erfolgt eine reduzierte Auszahlung einer kollektivvertraglich zustehenden Zulage Y. Zu prüfen ist, ob das für den Zeitraum Jänner bis Juni gebührende Mindestentgelt im Schnitt um höchstens 10 % unterschritten wurde.

10.4. Leicht fahrlässiges Verschulden

Leichte Fahrlässigkeit im Sinne des § 5 VStG ist dann anzunehmen, wenn der interessierende Fehler **gelegentlich auch einem sorgfältigen Menschen** unterläuft; schwere bzw. grobe Fahrlässigkeit liegt hingegen im Fall ungewöhnlicher bzw. auffallender Sorglosigkeit vor (vgl. etwa *Wessely in Raschauer/Wessely*, Kommentar zum VStG, § 5 Rz 12).

Grobe Fahrlässigkeit ist nur dann anzunehmen, wenn der/die Arbeitgeber/in die erforderliche **Sorgfalt in ungewöhnlicher und auffallender Weise vernachlässigt**. Es muss sich um ein Versehen handeln, dass mit Rücksicht auf die Schwere und die Häufigkeit nur bei besonders nachlässigen oder leichtsinnigen Menschen vorkommt und sich dabei auffallend aus der Menge der – auch für den Sorgsamsten nicht ganz vermeidbaren – Fahrlässigkeitshandlungen des täglichen Lebens heraushebt. Sie ist dann anzunehmen, wenn sich jemand über grundlegende und leicht erkennbare Vorschriften hinwegsetzt. Eine grobe Fahrlässigkeit setzt ein Handeln oder Unterlassen voraus, bei dem unbeachtet geblieben ist, was im gegebenen Fall jedem/jeder Person hätte einleuchten müssen und bei dem die erforderliche Sorgfalt nach den Umständen in ungewöhnlich hohem Maß verletzt wurde und ganz einfache und naheliegende Überlegungen nicht angestellt wurden. Dabei wird in der Regel das Bewusstsein der Gefährlichkeit vorausgesetzt (VwGH 26.6.1991, 90/09/0194). Bei der Beurteilung des Verschuldens ist auch zu berücksichtigen, dass die Entgeltbe- und -abrechnung komplex und daher fehleranfällig sein kann.

Bei der Schuldfrage ist zu prüfen, **ob der Verstoß** gegen die jeweilige Verwaltungsvorschrift dem/der Arbeitgeber/in i.S.d. § 5 Abs. 2 VStG **vorwerfbar** ist (Verbotsirrtum). Vorwerfbar und damit schuldhaft handelt nur, wer mit Unrechtsbewusstsein, d.h. im Bewusstsein handelt, dass die Tat gegen die Rechtsordnung verstößt.

Der Rechtsirrtum ist dem/der Arbeitgeber/in vorzuwerfen, wenn er/sie sich mit den einschlägigen Vorschriften nicht bekannt gemacht hat, obwohl er auf Grund seines Berufes, seiner Beschäftigung oder sonst nach den Umständen dazu verpflichtet gewesen wäre. In diesem Sinn haben sich etwa Arbeitgeber/innen u.a. mit den Arbeitnehmerschutzvorschriften bekannt zu machen. Kommt der/die Arbeitgeber/in diesen Erkundigungspflichten nach, so handelt er/sie – mag sein/ihr Verhalten auch rechtswidrig bleiben – nicht schuldhaft. Angesprochen ist hier in erster Linie die Einholung von Auskünften kompetenter Stellen, von näheren – auf **vollständigen** Sachverhaltsgrundlagen basierenden – Auskünften von in der Sache zuständigen Behörden, aber auch solche anderer kompetenter Institutionen wie z.B. der Träger der Krankenversicherung oder Kammern.

Nicht hinreichend sind grundsätzlich Auskünfte unzuständiger Behörden bzw. berufsmäßiger Parteienvertreter. Als nicht vorwerfbar erachtet der VwGH die Rechtsunkenntnis ferner, wenn der/die Beschuldigte sein/ihr Verhalten an der höchstgerichtlichen Rechtsprechung oder – sofern eine solche fehlt – an der Vollzugspraxis der Behörden orientiert.

Leichte Fahrlässigkeit kann etwa gegeben sein, wenn:

- die Unterentlohnung tatsächlich sehr gering war und auch die Differenz zum zustehenden arbeitsrechtlichen Entgelt tatsächlich nachgezahlt wurde,
- die **Rechtsauffassung des/der betroffenen Arbeitgebers/in in der Stellungnahme der Sozialpartner nach § 7e Abs. 4 AVRAG gestützt wird,**
- bei **Betrachtung eines lohnperiodenübergreifenden Zeitraums** (etwa aufgrund einer Überzahlung) **keine Unterentlohnung** vorliegen würde.

Der Verwaltungsstraftatbestand „Unterentlohnung“ (§ 7i Abs. 5 AVRAG) ist weiterhin als **Ungehorsamsdelikt** zu qualifizieren; die Fahrlässigkeit wird damit widerleglich vermutet (§ 5 VStG).

54

10.5. Leistung der Entgeltdifferenz – Aufforderung zur Nachzahlung durch Kompetenzzentrum

Die **Differenz** zwischen dem tatsächlich geleisteten und dem nach den österreichischen kollektiven Lohnvorschriften **zustehenden Bruttoentgelt**²⁴ ist dem/der Arbeitgeber/in vom Kompetenzzentrum (postalisch) **mitzuteilen. Der/die Arbeitgeber/in** ist zur nachweislichen Zahlung der Entgeltdifferenz innerhalb einer vom Kompetenzzentrum festzusetzenden Frist (etwa bis zum 15. des darauffolgenden Monats) in einer für ihn/sie verständlichen Sprache aufzufordern.

Nachzuzahlen ist somit das **gesamte**, dem entsandten/überlassenen Arbeitnehmer/innen **arbeitsrechtlich nach den §§ 7a und 7b AVRAG und § 10 AÜG zustehende Mindestentgelt**. Nicht nachzuzahlen sind damit die bereits vom Entgeltbegriff der §§ 7a und 7b AVRAG ausgenommen BMSVG Beiträge und Beiträge/Prämien nach dem BPG.²⁵

Nachzuzahlen sind damit die ursprünglich nicht von der Lohnkontrolle erfassten **arbeitsrechtlichen Entgelte i.S.d. § 49 Abs. 3 ASVG**. Das bedeutet:

- Von der Nachzahlungspflicht nicht erfasst sind die durch § 49 Abs.3 ASVG erfassten echten Aufwandsentschädigungen; bei diesen handelt es sich um keine arbeitsrechtlichen Entgelte.
- Im Fall einer pauschalierten Aufwandsentschädigung ist **der die konkreten Aufwendungen übersteigende Teil** (unter Beachtung der sich aus dem EStG ergebenden

²⁴ Dh. inkl. aller Zulagen, Zuschläge und Sonderzahlungen, **nicht** aber allfällige Verzugszinsen.

²⁵ Im Wege einer **teleologischen Reduktion**, aber auch aus Gründen der verfassungsrechtlich gebotenen Gleichbehandlung/Verhältnismäßigkeit der Maßnahmen sind nach Ansicht des Sozialministeriums **auch im Inlandsbereich die BMSVG Beiträge und Beiträge/Prämien nach dem BPG von der Nachzahlungspflicht auszunehmen**. Im Fall des BMSVG etwa ist eine unterjährige Zuordnung der geleisteten Beiträge zum/zur Arbeitnehmer/in nicht möglich; eine Nachzahlung wäre zeitversetzt erst nach Vornahme des BGS-Abgleichs durch den Krankenversicherungsträger möglich.

Wertgrenzen) als **arbeitsrechtliches Entgelt** zu qualifizieren und nachzuzahlen, wenn diese **zum Mindestentgeltanspruch** zählen.

Da diese Zahlungsaufforderung als **Dokument i.S.d. § 1 ZustellG** anzusehen ist, ist grundsätzlich das ZustellG anzuwenden. Nach § 7o AVRAG **gilt** auch die im Inland gelegene Betriebsstätte, Betriebsräumlichkeit, auswärtige Arbeitsstelle oder Arbeitsstätte, , an der der/die Arbeitnehmer/in des Arbeitgebers/der Arbeitgeberin tätig ist, **als Abgabestelle** i.S.d. ZustellG anzusehen. Für eine Zustellung an dieser besonderen Abgabestelle kann sowohl die Partei des Verfahrens als auch der/die nach § 7b Abs. 1 Z 4 AVRAG mit dem Weisungsrecht vor Ort Beauftragte **als Empfänger**²⁶ bezeichnet werden. Ein/e dort angetroffene/r Arbeitnehmer/in gilt als Ersatzempfänger/in. § 7o AVRAG enthält keine Regelungen zur Ersatzzustellung, weshalb für die Ersatzzustellung an dieser besonderen Abgabestelle ausschließlich die Regelungen des ZustellG maßgeblich sind. Kann die Mitteilung **nicht** zugestellt werden, stellt das **kein Hindernis** für eine Anzeige an die zuständige BVB dar.

Wird eine **Zustellung im Ausland** als notwendig erachtet, ist nach § 11 Abs. 1 ZustellG das Vorliegen einer internationalen Vereinbarung (z.B. EU-Rechtshilfeübereinkommen 2000) zu prüfen. Liegt ein solches **nicht** vor, ist die ausländische Rechtsnorm für eine Zustellung im Ausland zu eruieren. Bestehen weder internationale Vereinbarungen noch nationale Zustellvorschriften des ausländischen Staates, ist nach internationaler Übung zuzustellen. **Im Zweifel ist die Übermittlung per Post (mit Nachweis) zu veranlassen.**

Den Nachweis für die Leistung der Entgeltdifferenz hat der/die Arbeitgeber/in zu erbringen. Da das Gesetz keinen bestimmten Nachweis verlangt, reicht grundsätzlich auch eine Parteiaussage oder ein entsprechender Kontoauszug.

55

10.6. Tätige Reue (§ 7i Abs. 5a AVRAG)

Die **Strafbarkeit wegen Unterentlohnung** nach § 7i Abs. 5 AVRAG ist **nicht gegeben**, wenn der/die Arbeitgeber/in **vor einer Erhebung** der jeweils **zuständigen** Kontrollstelle [im Auslandsbereich: Finanzpolizei; Inlandsbereich: Krankenversicherungsträger, Baubereich (In- und Ausland): BUAK] die Differenz zwischen dem tatsächlich geleisteten und dem/der Arbeitnehmer/in nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag zustehenden Entgelt – somit vollständige „Schadensgutmachung – leistet. Diese Bestimmung ist als Korrektiv zu der Ausweitung der Lohnkontrolle auf sämtliche Entgeltbestandteile zu verstehen.

Die „tätige Reue“ nach § 7i Abs. 5 AVRAG setzt voraus, dass das **gesamte**, dem/der Arbeitnehmer/in zustehende arbeitsrechtliche **Mindestentgelt** und nicht nur die von der Lohnkontrolle nach § 7i Abs. 5 AVRAG umfassten Entgeltbestandteile vor einer Erhebung nachgezahlt werden. Nachzuzahlen sind im Sinne einer tätigen Reue somit auch etwaige noch offene in § 49 Abs. 3 ASVG angeführte Entgeltbestandteile. Ob der/die Arbeitgeber/in sein/ihr Verhalten bereut oder auch nur sein/ihr Verschulden einbekennt, ist für die Straffreiheit irrelevant, auf die tatsächliche Schadensgutmachung kommt es an.

²⁶ Damit handelt es sich bei letzterem nicht um einen Ersatzempfänger.

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

Bei **Unmöglichkeit** direkter Gutmachung (durch Rückstellung oder Ersatz), weil der Geschädigte die Annahme verweigert oder unbekannt ist, und bei **Zweifeln**, wer geschädigt wurde, kann die Schadensgutmachung geleistet werden, indem der Täter die **jederzeitige Empfangnahme** sichert, insb. durch **Erlag gemäß § 1425 ABGB** (gerichtliche Hinterlegung der Schuld). Bloße Verwahrung (gleich einem präsenten Deckungsfonds) zu Hause oder auf separatem Konto wäre unzureichend.

56

10.7. Nachzahlung nach Vornahme von Erhebungsschritten – Verkürzung der Fristen nach VStG

Für den Fall, dass der/die Arbeitgeber/in das nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag gebührende Entgelt für den betroffenen Zeitraum der Unterentlohnung nach § 7i Abs. 5 AVRAG nachträglich leistet, beträgt die Dauer der Fristen nach § 31 Abs. 1 und 2 VStG ein Jahr (Verfolgungsverjährung) oder drei Jahre (Strafbarkeitsverjährung), soweit nicht aufgrund des Abs. 7 die Verjährung zu einem früheren Zeitpunkt eintritt; der Fristenlauf beginnt mit der Nachzahlung.

57

10.8. Absehen von der Strafverfolgung durch BVB (§ 7i Abs. 6 AVRAG)

Stellt die BVB fest, dass

- der/die Arbeitgeber/in dem/der Arbeitnehmer/in die **Differenz** zwischen dem tatsächlich geleisteten und dem dem/der Arbeitnehmer/in nach den kollektiven österreichischen Rechtsvorschriften gebührenden Entgelt binnen einer von der Behörde festzusetzenden Frist **nachweislich leistet**,
und ist
- die **Unterschreitung des gebührenden Mindestentgelts** Entgelts unter Beachtung der jeweiligen Einstufungskriterien **gering (nicht mehr als 10 %)**
oder
- übersteigt das Verschulden des/der Arbeitgebers/in oder des/der zur Vertretung nach außen Berufenen (§ 9 Abs. 1 VStG) oder des/der verantwortlichen Beauftragten (§ 9 Abs. 2 oder 3 VStG) **nicht leichte Fahrlässigkeit**,

hat sie von der Verhängung einer Strafe abzusehen.

Ebenso ist von der Verhängung einer Strafe abzusehen, wenn der/die Arbeitgeber/in dem/der Arbeitnehmer/in die Differenz zwischen dem tatsächlich geleisteten und dem dem/der Arbeitnehmer/in nach den österreichischen Rechtsvorschriften (=kollektiven

Lohnvorschriften) gebührenden Entgelt vor der Aufforderung durch die BVB nachweislich leistet und die übrigen Voraussetzungen nach dem ersten Satz vorliegen.

Hinsichtlich der einzelnen Voraussetzungen für ein Absehen von der Strafverfolgung siehe die Rz 51 bis 54.

Auch im Wiederholungsfall besteht kein gesetzlicher Zwang zu Verhängung zumindest der Mindeststrafe. § 20 VStG findet auch im Wiederholungsfall Anwendung.

Anmerkung:

Fragen des zivilrechtlichen Bestehens von arbeitsrechtlichen Entgeltansprüchen sind als Vorfrage i.S.d. § 38 AVG zu behandeln.

58

10.9. Nachzahlung als Milderungsgrund

Die Nachzahlung der Entgeltdifferenz ist jedenfalls als Milderungsgrund zu werten (§ 7i Abs. 6 letzter Satz AVRAG).

11. Strafanzeige wegen Unterentlohnung

59

11.1. Inhalt der Strafanzeige

Stellt das Kompetenzzentrum fest, dass der/die Arbeitgeber/in dem/der Arbeitnehmer/in nicht das nach den kollektiven Lohnvorschriften gebührende Mindestentgelt leistet (Feststellung des Verdachts der Unterentlohnung), **hat** das Kompetenzzentrum nach § 7e Abs. 3 AVRAG eine Anzeige an die zuständige BVB zu erstatten. Das Ziel einer solchen Anzeige ist, der Behörde eine erste Einschätzung eines allfällig strafbaren Verhaltens zu geben. Die **Anzeige** hat daher Folgendes **zu beinhalten**:

- Angaben darüber, warum die Behörde zuständig ist (dh. **Tatort** so genau wie möglich beschreiben)
- Angaben zum **Tatzeitpunkt** (im Hinblick auf Verfolgungsverjährung)
- **Schilderung des strafbaren Verhaltens im Detail (Tatumschreibung):**
 - **Höhe des dem/der einzelnen Arbeitnehmer/in gebührenden Mindestentgelts unter Benennung der maßgeblichen Lohnvorschrift**
 - **Höhe des tatsächlich geleisteten Entgelts**
 - **Angabe der Entgeltdifferenz**
 - **Zeitraum der Unterentlohnung (von bis), insbesondere ob über mehrere Lohnzahlungszeiträume unterentlohnt wurde**
 - **Genaue Bezeichnung der vom/von der Arbeitnehmer/in ausgeübten Tätigkeit und des daraus resultierenden Entgeltanspruchs**
 - **Zeitpunkt/Dauer, seit dem bzw. in der diese Tätigkeit ausgeübt wird**
 - **Ausmaß der tatsächlich geleisteten Arbeitszeit**
 - **Angabe von Namen, Adressen und Bezeichnung (Firmenwortlaut) des Arbeitgebers/der Arbeitgeberin**

Hinweise:

Vertretungsbefugtes Organ nach § 9 Abs. 1 VStG:

Sind mehrere Personen zur Vertretung einer juristischen Person nach außen berufen, unterliegen alle diese Personen der verwaltungsstrafrechtlichen Sanktion, es ist z.B. im Fall einer Aktiengesellschaft jedes Vorstandsmitglied zu bestrafen (sofern kein/e verantwortlich Beauftragte/r bestellt ist).

Geschäftsführer: Normadressat des LSDB-G neu ist der/sind die handelsrechtliche(n) Geschäftsführer.

Ist der/die Arbeitgeber/in eine juristische Person, haftet er/sie für über die zur Vertretung nach außen Berufenen oder über eine/n verantwortlichen Beauftragten verhängte Geldstrafe zur ungeteilten Hand²⁷ (vgl. § 9 Abs. 7 VStG).

VB nach § 9 Abs. 2 und 3 VStG:

Nach 7j Abs. 1 ist die Bestellung eines VB nach § 9 Abs. 2 und 3 VStG für die Belange des AVRAG erst dann rechtswirksam, nachdem bei der ZKO eine schriftliche Mitteilung über die Bestellung samt einem Nachweis über die Zustimmung des/der Bestellte eingelangt ist. Bei der ZKO eingelangte Mitteilungen sind an das Kompetenzzentrum weiterzuleiten.

Fehlt eine derartige **wirksame Bestellung**, ist im Fall einer juristischen Person gegen **alle** nach außen vertretungsbefugten Organe Anzeige zu erstatten.

- Angaben zu allfälligen **Beweisen** und/oder **Zeugen** (z.B. Aktenvermerke über die Kontrolle).
- Beantragung eines **bestimmten Strafausmaßes und nähere Begründung** (siehe näher Rz 62).

Eine nähere Prüfung, ob **Entschuldigungsgründe/Strafaufhebungsgründe** vorliegen, hat durch das Kompetenzzentrum grundsätzlich nicht zu erfolgen. Allenfalls erhobene Einwendungen können in die Strafanzeige aufgenommen und für die Bemessung der beantragten Strafhöhe berücksichtigt werden. Eine Prüfung allfälliger Entschuldigungsgründe hat durch die BVB zu erfolgen.

Durch das Kompetenzzentrum ist allerdings zu prüfen, ob die Voraussetzungen für die tätige Reue (siehe Rz 55) oder eine Nachsicht von der Anzeige (siehe Rz 51 bis 54) vorliegen.

Auch die Frage der **Rechtswidrigkeit** bzw. des Vorliegens von Rechtfertigungsgründen muss durch das Kompetenzzentrum nicht näher berücksichtigt bzw. geprüft werden. Bei der Erfüllung des Tatbestandes der Unterentlohnung wird die **Rechtswidrigkeit indiziert**. Allfällig vorgebrachte Rechtfertigungsgründe des Arbeitgebers/der Arbeitgeberin **können**, müssen aber nicht in die Strafanzeige aufgenommen werden. Die Frage der Rechtswidrigkeit ist durch die BVB zu beurteilen.

Wesentlich ist, dass das Kompetenzzentrum die **Anzeige stets als „WGKK als Kompetenzzentrum LSDB“** erstattet.

60

11.2. Verfolgungshandlung bewirkt Hemmung der Verfolgungs- und Strafbarkeitsverjährung

Im Fall der Unterentlohnung beträgt:

²⁷ Nach der Judikatur des VfGH ist die Haftung der juristischen Person im Spruch zu erwähnen.

- die Frist für die Verfolgungsverjährung (§ 31 Abs. 1 VStG) drei Jahre ab der Fälligkeit des Entgelts. Bei Unterentlohnungen, die durchgehend mehrere Lohnzahlungszeiträume umfassen, beginnt die Frist für die Verfolgungsverjährung ab der Fälligkeit des Entgelts für den letzten Lohnzahlungszeitraum der Unterentlohnung.
- die Frist für die Strafbarkeitsverjährung (§ 31 Abs. 2 VStG) in diesen Fällen fünf Jahre.

Die **Strafanzeige** bewirkt **keine Hemmung** der Verfolgungs- und Strafbarkeitsverjährung.

Der Lauf der **Verfolgungsverjährung** wird erst durch eine innerhalb der Verjährungsfrist vorgenommen **Verfolgungshandlung** abgeschlossen.

Eine Verfolgungshandlung ist eine **von einer Behörde** gegen eine bestimmte Person als Beschuldigte/r **nach außen hin gerichtete Amtshandlung** (etwa Ladung, Vorführungsbefehl, Vernehmung, Ersuchen um Vernehmung). Unter „Behörden“ sind jene zu verstehen, auf deren Verfahren das VStG Anwendung findet (im Bereich des LSDB-G somit die BVB). Für die Wirksamkeit der Verfolgungshandlung ist es irrelevant, ob die Behörde im konkreten Fall zur Amtshandlung zuständig war. Die Verfolgungshandlung muss sich auf eine **bestimmte Verwaltungsübertretung** (einen bestimmten Sachverhalt) und auf **alle relevanten Sachverhaltselemente** beziehen. Der Tatvorwurf muss in zeitlicher und räumlicher Hinsicht konkretisiert sein, damit der Beschuldigte in die Lage versetzt wird, auf den konkreten Tatvorwurf bezogene Beweise anzubieten und sich davor zu schützen, wegen desselben Verhaltens noch einmal zur Verantwortung gezogen zu werden. Es kommt nicht darauf an, dass die Amtshandlung ihr Ziel erreicht oder dass der Beschuldigte davon Kenntnis erlangt, für den Eintritt der Verfolgungsverjährung ist maßgeblich, zu welchem Zeitpunkt sie die behördliche Sphäre verlassen hat.

61

11.3. Verantwortliches Organ – Verantwortlich Beauftragter

Nach **§ 9 Abs. 2 1. Satz VStG** trifft die **verwaltungsstrafrechtliche Verantwortlichkeit bei kollegialen Vertretungsorganen** grundsätzlich **alle** Mitglieder des Vertretungsorgans, es sei denn, es ist eine bestimmte Aufgabenteilung zwischen den Mitgliedern bereits satzungsmäßig vorgesehen. Weiters sind die Mitglieder des außenvertretungsbefugten Organs berechtigt, aus **ihrem Kreis** ein oder mehrere Personen als VB nach dem VStG zu bestellen. Da ein Steuerberater mit Vertretungsrecht gegenüber dem Klienten nicht als zur „Vertretung nach außen berufenes Organ“ anzusehen ist, geht das Sozialministerium davon aus, dass § 9 Abs. 2 1. Satz VStG auf diese keinesfalls Anwendung findet.

Allerdings kann nach **§ 9 Abs. 2 2. Satz VStG** für bestimmte räumlich oder sachlich abgegrenzte Bereiche eines Unternehmens (nicht für das gesamte Unternehmen) ein **verantwortlich Beauftragter bestellt** werden. Ein gleichartiges Recht kommt nach § 9 Abs. 3 VStG natürlichen Personen zu, die Inhaber eines räumlich oder sachlich gegliederten Unternehmens sind. Der Übergang der verwaltungsstrafrechtlichen Verantwortlichkeit

beruht auf einer **Vereinbarung** zwischen dem außenvertretungsbefugten Organen/der natürlichen Person und dem in Aussicht genommenen verantwortlich Beauftragten. Die Zustimmung kann **formfrei** erfolgen, muss jedoch **nachweislich** aus der Zeit vor der Begehung der Verwaltungsübertretung stammen. Die Bestellung bzw. die Zustimmung muss sich **klar erkennbar** auf die **Übertragung auch verwaltungsstrafrechtlicher Verantwortlichkeit** beziehen und einen sachlich und/oder örtlich bzw. zeitlich abgegrenzten Bereich betreffen.

In diesem Zusammenhang ist anzumerken, dass die **Erteilung der Prokura nicht gleichbedeutend** ist mit der in § 9 Abs. 2 und Abs. 3 VStG geregelten Bestellung zum verantwortlich Beauftragten (VwGH 2.7.1998, 97/06/0206).

Für dem Bereich des AVRAG ist zudem zu beachten, dass nach **§ 7j Abs. 1 AVRAG** die **Bestellung** zum verantwortlich Beauftragten für die Einhaltung des AVRAG **erst rechtswirksam** wird, nachdem eine **schriftliche Mitteilung** über die Bestellung **samt einem Nachweis der Zustimmung** des/der bestellten Person bei der ZKO im BMF (wenn es Arbeitgeber/innen mit Sitz im Ausland betrifft) oder beim zuständigen KV-Träger (bei Arbeitgeber/innen mit Sitz im Inland) einlangt. Diese Formvorschrift gilt für Bestellungen, die nach dem 31.12.2014 erfolgen.

Eine **Vollmacht nach § 35 Abs. 3 ASVG** ist nach Ansicht des Sozialministeriums damit **nicht** als Bestellung zum VB i.S.d. § 9 VStG **für den Anwendungsbereich des AVRAG** zu werten.

§ 35 Abs. 3 ASVG sieht die Übertragung der **nach den §§ 33 und 34 ASVG** bestehenden Pflichten (An- und Abmeldung der Pflichtversicherten, Meldung von Änderungen) auf Bevollmächtigte vor, die dann auch nach § 111 ASVG allein strafbar sind („Dienstgeber und sonstige Personen, im Falle einer Bevollmächtigung nach § 35 Abs. 3 Die Bevollmächtigten, die der ihnen auf Grund dieses Bundesgesetzes obliegenden Verpflichtung zur Erstattung von Meldungen und Anzeigen“). Darin liegt eine **Sonderregelung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit**, welche die kraft ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung (§ 9 Abs. 1 VStG: „sofern die Verwaltungsvorschriften nicht anderes bestimmen“) nur subsidiär geltenden Bestimmungen des § 9 VStG betreffend die Bestellung von verantwortlichen Beauftragten **für den Anwendungsbereich des ASVG** verdrängt (vgl. VwGH [2010/08/0162](#), [ARD 6131/10/2011](#) = [JUS A/5194](#) = [ZAS 2011/105, 232](#)). Siehe auch *Julcher in Mosler/Müller/Pfeil*, Der SV-Komm § 35 ASVG Rz 39 sowie *Hauer/Leukauf*, Handbuch des österreichischen Verwaltungsverfahrens, § 9 VStG, Seite 1295 Rz 31.

Es bleibt dem/der Arbeitgeber/in unbenommen, die nach § 35 Abs. 3 ASVG bestellte Person überdies zum VB nach § 9 VStG für die Belange des AVRAG zu bestellen.

11.4. Beantragung eines bestimmten Strafausmaßes bei Unterentlohnung

Nach § 7e Abs. 3 zweiter Satz AVRAG hat das Kompetenzzentrum mit der Strafanzeige ein bestimmtes Strafausmaß zu beantragen. Dabei ist § 19 VStG zu beachten. Zu klären ist

weitere, welcher Strafraum des § 7i Abs. 5 AVRAG anzuwenden ist (Erstbegehung oder Wiederholungsfall).

Kriterien für die Begründung des beantragten Strafausmaßes bei Unterentlohnung ergeben sich aus § 19 Abs. 1 VStG und § 19 Abs. 2 VStG i.V.m. den §§ 33f StGB sowie deren Konkretisierung im Kontext des LSDB-G. Auf dieser Grundlage kommen als Kriterien vor allem in Betracht:

- Ausmaß der Schädigung oder Gefährdung durch die Unterentlohnung und sonstige nachteilige Folgen der Übertretung, insbesondere also **Ausmaß** und die **Dauer der Unterentlohnung** und eine **sehr weit über der Anzahl 3** betroffener Arbeitnehmer/innen **liegende Anzahl betroffener Arbeitnehmer/innen**;
- Ausnutzung einer Schwachposition des/der Geschädigten insbesondere durch **Ausnutzung erschwerter faktischer Bedingungen der Rechtsverfolgung durch den/die Arbeitnehmer/in**;
- Ausmaß des **Verschuldens**
- **Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes:** Die Unterentlohnung schädigt in erheblichem Ausmaß staatliche und privatwirtschaftliche Interessen und führt zu einer Verkürzung von Steuern und Abgaben und zu einer Wettbewerbsverzerrung und hat i.V. damit auch Auswirkungen auf den Arbeitsmarkt. Ferner steht die Unterentlohnung ausländischer Arbeitnehmer/innen auch den Gesamtinteressen aller ausländischen Arbeitskräfte entgegen, da wesentliche Schutzbestimmungen des Arbeits- und Sozialrechtes bei der Beschäftigung von ausländischen Arbeitskräften keine Anwendung finden. Zweck der Entsende-RL ist, den entsandten Arbeitnehmer/innen einen harten Kern klar definierter Schutzbestimmungen unabhängig von der Dauer der Entsendung zu garantieren.
- Ist der/die Arbeitgeber/in unbescholten i.S.d. AVRAG oder liegen einschlägige Vorstrafen vor (Wiederholungsfall);
- **Präventionsüberlegungen**
- **Rechtsirrtümliche Heranziehung nicht leicht zu überblickender Grundlagen** für die Berechnung des kollektivvertraglichen Entgelts.
- Berücksichtigung der Vermögenslage des/der Arbeitgebers/Arbeitgeberin.

Auf Grund der Erfahrungen aus der Verwaltungspraxis ist als **Richtwert** von einem **Drittel des höchstzulässigen Strafausmaßes** auszugehen. Davon ausgehend sind allfällige

Milderungs-²⁸ und Erschwerungsgründe (vgl. § 19 Abs. 2 VStG) mit Begründung ab- bzw. zuzuschlagen.

Im Sinne einer generalpräventiven Wirkung und ausgehend von den Zielen des LSDB-G (Schutz der korrekten Entlohnung der Arbeitnehmer/innen) ist bei der Festlegung des beantragten Strafausmaß grundsätzlich auch der **wirtschaftlichen Vorteil**, der dem/der Arbeitgeber/in aus der Unterentlohnung erwachsen ist (zB. den **Betrag vorenthaltener Entgelte inkl. Lohnnebenkosten**), im Rahmen des beantragten Strafausmaßes zu berücksichtigen.

63

11.5. Übermittlung einer Ablichtung der Anzeige an die Abgabenbehörde

Nach § 7e Abs. 3 letzter Satz AVRAG **hat** das Kompetenzzentrum der **zuständigen Abgabenbehörde** eine Ablichtung der Anzeige zum Zweck der Nachverrechnung von Abgaben (elektronisch) zur Kenntnis zu übermitteln. Zuständige Abgabebehörde ist das nach dem Arbeits(Einsatz)ort jeweils **örtlich zuständige Finanzamt**.

64

11.6. Information des/der Arbeitnehmers/Arbeitnehmer/in über Strafbescheid wegen Unterentlohnung

Nach § 7e Abs. 1a Z 5 AVRAG hat das Kompetenzzentrum den/die nicht dem ASVG unterliegenden Arbeitnehmer/in **über einen sein/ihr Arbeitsverhältnis betreffenden Strafbescheid wegen Unterentlohnung** zu informieren, soweit die Anschrift/Adresse des/der Arbeitnehmer/in dem Kompetenzzentrum aus der Entsende- oder Überlassungsmeldung bekannt ist. Ergibt sich aus dem Verfahrensakt eine aktuellere Adresse des Arbeitnehmers/der Arbeitnehmerin, ist diese der Information zu Grunde zu legen.

Liegt die Entsende- oder Überlassungsmeldung nicht dem Verfahrensakt bei (Kompetenzzentrum ist Amtspartei) ist seitens des Kompetenzzentrums eine diesbezügliche Abfrage bei der ZKO zu stellen. Darüber hinaus bestehen keine weiteren Nachforschungspflichten.

Die Information soll den/die Arbeitnehmer/in über die **Tatsache der Bestrafung** des/der Arbeitgeber/in wegen einer den/die Arbeitnehmer/in treffenden Unterentlohnung in Kenntnis setzen; eine inhaltliche Darstellung soll damit nicht verbunden sein. Die Information hat **nach Erlassung des Strafbescheids** zu erfolgen; auf die **Rechtskraft** des Bescheids kommt es **nicht** an.

²⁸ Kraft gesetzlicher Anordnung (§ 7i Abs. 6 letzter Satz AVRAG) gilt die Nachzahlung der Entgeltdifferenz als strafmildernd.

Im Fall eines Einstellungsbescheides hat keine Information zu ergehen.

Diese Information soll den/die Arbeitnehmer/in in die Lage versetzen, nähere Erkundigungen über die Unterentlohnung einzuholen, die zuständige (ausländische) Interessenvertretung mit der Angelegenheit befassen zu können und den Entgeltanspruch zivilrechtlich im Sitzstaat des/der Arbeitgeber/in oder in Österreich geltend zu machen (sofern der Anspruch nicht verjährt ist). Die Zuständigkeit des Arbeits- und Sozialgerichts bestimmt sich nach dem Arbeitsort während der Entsendung/Überlassung.

Der/Die Arbeitnehmer/in ist somit über Folgendes zu informieren:

- Information über **Tatsache**, dass ein Strafbescheid erlassen wurde (keine Nennung der Geschäftszahl);
- Anführung der den Strafbescheid erlassenden BVB;
- **Anführung des Tatzeitraumes; nähere Angaben** zum Ausmaß der Unterentlohnung sind **nicht erforderlich**
- Information, dass der Entgeltanspruch zivilrechtlich auch in Österreich einklagbar ist.

Die Information hat **in deutscher Sprache** zu ergehen.

65

11.7. Zuständige BVB bei Unterentlohnung

Das Kompetenzzentrum hat die Strafanzeige nach § 7e Abs. 3 AVRAG an die **sachlich zuständige BVB** zu erstatten. Sachlich zuständige BVB sind:

- die **Bezirkshauptmannschaften**,
- im Fall von Städten mit eigenem Statut der jeweilige **Magistrat** (z.B. Magistrat der Stadt Wien).

Örtlich zuständig ist gem. § 7i Abs. 9 AVRAG jene BVB, in deren Sprengel der Arbeits(Einsatz)ort der nach Österreich entsandten oder überlassenen Arbeitnehmer/in liegt. Bei wechselnden Arbeits(Einsatz)orten ist die BVB am Ort der Kontrolle zuständig.

§ 7i Abs. 9 AVRAG ist auf jene Fälle analog anzuwenden, in denen Arbeitnehmer/innen in **verschiedenen Mitgliedstaaten** (u.a. auch in Österreich) gewöhnlich tätig sind und in Österreich nicht sozialversicherungspflichtig sind (siehe Rz 5)

Nähere Hilfe zur Ermittlung der zuständigen BVB bieten der elektronische Amtskalender (www.amtskalender.com) und die Homepages der jeweiligen Ämter der Landesregierungen.

Wien: Örtlich zuständig ist:

für die Bezirke	1,8	MBA 6/7
	10	MBA 2
	12	MBA 13/14
	21	MBA 20
	2 -7, 9, 11	nach Tatort zuständige MBA
	13 – 20, 22, 23	nach Tatort zuständige MBA

66

11.8. Parteistellung des Kompetenzzentrums

Gem. § 7i Abs. 8 Z 1 AVRAG kommt dem Kompetenzzentrum in einem Verwaltungsstrafverfahren betreffend Unterentlohnung Parteistellung zu (dies auch denn, wenn die Strafanzeige durch Dritte erfolgt ist). Es sollte daher – im Hinblick auf eine mögliche Verfolgungsverjährung – bei der BVB **urgieren**, wenn die BVB eine Anzeige binnen zwei Monaten ab Erstattung nicht verfolgt.

Das Kompetenzzentrum ist berechtigt, gegen den Bescheid einer BVB Beschwerde beim zuständigen Landesverwaltungsgericht und gegen das Erkenntnis oder den Beschluss des Landesverwaltungsgerichts Revision an den Verwaltungsgerichtshof zu erheben.

Wird im erstinstanzlichen Verfahren eine mündliche Verhandlung durchgeführt, ist das Kompetenzzentrum berechtigt, gegen Kostenersatz eine andere Gebietskrankenkasse mit der **Vertretung** im Namen des Kompetenzzentrums vor der zuständigen BVB oder dem Landesverwaltungsgericht zu beauftragen (§ 7e Abs. 6 AVRAG).

67

11.9. Beschwerde beim Verwaltungsgericht

Das Kompetenzzentrum hat das Sozialministerium von der Absicht, gegen den (Straf)Bescheid der BVB eine Beschwerde beim Verwaltungsgericht einzubringen, vorab zu informieren.

68

11.10. Revision des Kompetenzzentrums an den VwGH

Das Landesverwaltungsgericht entscheidet durch Erkenntnis oder Beschluss. Darin spricht es aus, ob die Revision an den Verwaltungsgerichtshof zulässig ist oder nicht. Das Erkenntnis bzw. der Beschluss wird den Parteien des Verfahrens zugestellt.

Gegen Entscheidungen des Landesverwaltungsgerichts kann **innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung** (außer-)ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof erhoben werden. Die Rechtsmittel sind durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt abzufassen und einzubringen. Die Revision an den Verwaltungsgerichtshof ist **beim Landesverwaltungsgericht einzubringen**.

Wesentliche Voraussetzung für die Zulässigkeit der Revision ist, dass eine Rechtsfrage i.S.d. Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Ob eine Revision zu erheben ist, ist im Einzelfall mit dem Sozialministerium abzuklären.

Für die Revision gilt gemäß § 24 Abs. 2 VwGG „**absoluter**“ **Anwaltszwang**“ insofern, als die Beschwerde (die von der WGKK als Kompetenzzentrum verfasst werden kann) durch einen/eine bevollmächtigte/n Rechtsanwalt/Rechtsanwältin (Steuerberater/in oder Wirtschaftsprüfer/in) zu unterfertigen ist. Im Verfahren vor dem VwGH **kann** sich das Kompetenzzentrum durch eine/n **Rechtsanwalt/Rechtsanwältin** vertreten lassen.

12. Zeitlicher Geltungsbereich des LSDB-G neu

69

12.1. Zeitlicher Geltungsbereich der Neuregelungen - Übergangsrecht

Die mit dem ASRÄG 2014 erfolgten Änderungen im AVRAG treten mit 1. Jänner 2015 in Kraft.

In Verwaltungs(straf)verfahren nach den §§ 7b Abs. 8, 7i und 7k AVRAG sind auf Sachverhalte, die sich vor dem 1. Jänner 2015 ereignet haben (und nach den zu diesem Zeitpunkt geltenden Bestimmungen strafbar waren), die vor dem Inkrafttreten des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 94/2014 geltenden Bestimmungen weiterhin anzuwenden (§ 19 Z 31 zweiter Satz AVRAG).

Damit sind Fälle der Unterentlohnung, in denen das **Tatende vor dem 1. Jänner 2015** gesetzt wurde (zB. Rückkehr zur korrekten Entlohnung des Grundlohns, Ende des Arbeitsverhältnisses) weiterhin **nach § 7i Abs. 3 AVRAG** i.d.F. vor BGBl. I Nr. 94/2014) anzuzeigen.

Auf **vor dem 1.1.2015** realisierte und beendete Sachverhalte nach § 7i Abs. 3 AVRAG alt (i.d.F. vor BGBl. I Nr. 94/2014) sind weiterhin die **Verjährungsbestimmungen des § 31 VStG in der zu diesem Zeitpunkt geltenden Fassung** anzuwenden. Dies bedeutet nach der aktuellen Entscheidungspraxis des VwGH zu § 7i Abs. 3 AVRAG alt (siehe etwa VwGH ZI- Ra 2014/11/0061-3 vom 23.10.2014), dass im Fall der Beendigung des Arbeitsverhältnisses vor dem 1.1.2015 die (einjährige) Verfolgungs- und die (dreijährige) Strafbarkeitsverjährung mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu laufen beginnen.

Hat **die Unterentlohnung vor dem 1.1.2015 begonnen und sich über den Jahreswechsel in das Jahr 2015 erstreckt bzw. im Jahr 2015 geendet**, ist nach der Rsp des VwGH (vgl. etwa VwGH 2.5.2005, 2001/10/0183) in Bezug auf die anzuwendende Strafsanktionsnorm bei Dauerdelikten das **Tatende bzw. der letzte Teilakt entscheidend**. Wurde dieser nach dem Inkrafttreten des neuen Gesetzes gesetzt, so ist die Tat – selbst im Fall einer strengeren Regelung – nach dem neuen Recht zu beurteilen, weil das strafbare Verhalten in der Zeit der strengeren „Strafdrohung“ fortgesetzt wurde. Wird 2014 eine Unterschreitung des Grundlohns festgestellt, hat daher eine zweite Prüfung zu erfolgen, ob auch nach der neuen Rechtslage 2015 eine Unterschreitung des Mindestentgelts – hier mit Anrechnung von Überzahlungen – vorliegt. Nur wenn beide Prüfungen zu einer Unterschreitung des Grundlohns bzw. Mindestentgelts führen, liegt eine strafbare Handlung vor.

12.2. Rückwirkungsgebot des § 1 Abs. 2 VStG – nur materielles Strafrecht erfasst

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/die Täter/in günstiger wäre (**Rückwirkungsgebot/Günstigkeitsvergleich**).

Vom Rückwirkungsgebot (Günstigkeitsvergleich) nach § 1 Abs. 2 VStG ist ausschließlich die **Strafe** (die angedrohte Sanktion) erfasst. **Nicht einzubeziehen** in den Günstigkeitsvergleich sind hingegen **geänderte verfahrensrechtliche Vorschriften, insbesondere Verjährungsfristen oder Rechtsmittelfristen oder Strafzumessungsregeln** (vgl. *Wessely*, in *Raschauer/Wessely*, VStG § 1 Rz 15).

Der Wegfall der Strafbarkeit wird in der Rechtsprechung von VfGH und VwGH als Anwendungsfall des § 1 Abs. 2 VStG gewertet (VwGH 27.4.1995, 95/11/0012). Es würde sachlich nicht vertretbar erscheinen, zwar ein geringeres Unwerturteil des Gesetzgebers, das zur Verhängung einer niedrigeren Strafe zu führen hat, zu berücksichtigen, nicht aber den gänzlichen Wegfall des Unwerturteils. **Die tätige Reue** i.S.d. § 7i Abs. 5a AVRAG **fällt** damit nach Ansicht des Sozialministeriums **unter des Rückwirkungsgebot**.

13. Untersagung der Dienstleistung

71

13.1. Untersagung der Dienstleistung durch BVB – Parteistellung des Kompetenzzentrums

Die zuständige BVB hat dem/der ausländischen Arbeitgeber/in (Überlasser/in) die Ausübung der den Gegenstand der Dienstleistung bildenden Tätigkeit für die Dauer von **mindestens einem Jahr und höchstens fünf Jahren** zu untersagen, wenn der/die Arbeitgeber/in wegen:

- der **Behinderung/Vereitelung der Lohnkontrolle** (§ 7i Abs. 2 AVRAG) oder der **Nichtübermittlung** der Lohnunterlagen (§ 7i Abs. 2a AVRAG) **wiederholt**

oder

- wegen der **Nichtbereithaltung** der Lohnunterlagen (§ 7i Abs. 4 AVRAG) in **Bezug auf mehr als drei Arbeitnehmer oder wiederholt**

rechtskräftig bestraft wurde oder ihm/ihr eine solche Bestrafung **zuzurechnen** ist. Eine Bestrafung ist dem/der Arbeitgeber/in dann zuzurechnen, wenn diese Bestrafung gegen den/die Arbeitgeber/in selbst oder gegen den/die zur Vertretung nach außen Berufene/n (§ 9 Abs. 1 VStG) oder gegen VB nach § 9 VStG rechtskräftig verhängt wurde.

Der **Bescheid über die Untersagung** der Dienstleistung ist:

- dem Bundesministerium für Wissenschaft, Forschung und Wirtschaft im Hinblick auf die §§ 373a bis 373e der GewO 1994, sowie
- der ZKO

elektronisch **zu übermitteln**.

Der/Die ausländische Arbeitgeber/in (Überlasser/in), der **trotz Untersagung** eine Tätigkeit in Österreich erbringt, begeht eine **Verwaltungsübertretung** und ist von der BVB mit einer Geldstrafe von 2 000 Euro bis 20 000 Euro zu bestrafen (§ 7k Abs. 4 AVRAG).

Das Kompetenzzentrum²⁹ hat im Untersagungsverfahren und im Verwaltungsstrafverfahren Parteistellung und kann gegen den Bescheid einer Verwaltungsbehörde Beschwerde beim Verwaltungsgericht und gegen das Erkenntnis/den Beschluss eines Verwaltungsgerichts Revision beim Verwaltungsgerichtshof erheben.

²⁹ Wie auch die BUAK.

14. Evidenz über Verwaltungs(straf)verfahren und Auskunftserteilung

72

14.1. Führung der Verwaltungs(straf)evidenz

Nach § 7n Abs. 1 AVRAG hat das Kompetenzzentrum eine **Evidenz über rechtskräftige Bescheide in einem Verwaltungs(straf)verfahren nach den §§ 7b Abs. 8, 7i, 7k und 7m AVRAG** für folgende Zwecke zu führen:

- für die Beantragung eines Strafausmaßes;
- für die Strafbemessung;
- für die Untersagung der Dienstleistung und
- für die Feststellung der Ausübung einer Dienstleistung trotz Untersagung
- für die Evaluierung der Strafverfolgung
- für die Beauskunftung öffentlicher Auftraggeber/innen.

Die Evidenz ist automationsunterstützt zu führen.

73

14.2. Evidenzpflichtige Bescheide/Erkenntnisse

Nach § 7n Abs. 2 AVRAG haben die BVB und die Verwaltungsgerichte der Länder **Ausfertigungen rechtskräftiger Bescheide und Erkenntnisse, die sie in einem (Straf)Verfahren gemäß §§ 7b Abs. 8, 7i, 7k und 7m AVRAG erlassen haben**, in automationsunterstützter Form unverzüglich dem Kompetenzzentrum zu übermitteln. Weiters haben die Verwaltungsgerichte der Länder Erkenntnisse/Beschlüsse des VwGH in die Evidenz einzumelden.

Evidenzpflichtig sind damit auch rechtskräftige Bescheide der BVB gem. § 7i Abs. 6 erster Satz AVRAG, mit dem ein Absehen von der Strafe wegen Unterentlohnung verfügt wird. Gleiches gilt für Einstellungsbescheide. Diese Bescheide sind dem Kompetenzzentrum als Formalpartei zuzustellen.

74

14.3. Dauer der Evidenzhaltung

Nach § 7n Abs. 3 AVRAG hat das Kompetenzzentrum:

- **Daten eines Strafverfahrens** spätestens fünf Jahre nach Eintritt der Rechtskraft des jeweiligen Bescheides oder Erkenntnisses, und
 - **Daten eines Verfahrens über die Untersagung** einer Dienstleistung ein Jahr nach Ablauf des Zeitraums der Untersagung
- zu löschen.

Das Datum des Eintritts der Rechtskraft ist durch die BVB oder das Verwaltungsgericht auf dem Bescheid/Erkenntnis zu vermerken.

75

14.4. Auskunftserteilung durch das Kompetenzzentrum an Strafbehörden und Kontrollbehörden

Das Kompetenzzentrum hat

- einer BVB,
- den Landesverwaltungsgerichten;
- den KV-Trägern,
- der ZKO oder
- der BUAK

binnen **zwei Wochen** zur Beantragung des Strafausmaßes, zur Strafbemessung, zur Untersagung der Dienstleistung oder zur Feststellung, dass trotz Untersagung eine Dienstleistung ausgeübt wird, **Auskunft darüber zu geben, ob:**

- hinsichtlich des/der im Auskunftersuchen genannten Arbeitgebers/Arbeitgeberin eine rechtskräftige **Bestrafung gemäß §§ 7b Abs. 8, 7i, 7k AVRAG vorliegt** oder
- ihm/ihr eine solche **zuzurechnen** ist.

Zuzurechnen ist dem/der Arbeitgeber/in eine Bestrafung dann, wenn entweder gegen ein verantwortliches Organ (§ 9 Abs. 1 VStG) oder gegen eine/n verantwortlich Beauftragte/n (§ 9 Abs. 2 oder 3 VStG) eine Strafe rechtskräftig verhängt wurde.

In der Auskunft ist entweder die **Anzahl der Bestrafungen** einschließlich der **maßgeblichen Daten der Strafbescheide** (Strafbehörde, Aktenzahl, Bescheid- und Rechtskraftdatum, Name und Geburtsdatum des/der Bestraften, verhängte Geldstrafen) anzugeben oder festzustellen, dass **keine** Bestrafung vorliegt.

Bei der Beauskunftung von Bescheiden nach § 7k Abs. 1 AVRAG ist auch der Zeitraum, für den eine Untersagung ausgesprochen wurde, anzuführen. § 7n Abs. 4 vorletzter Satz AVRAG spricht von „maßgeblichen Daten der Strafbescheide“. Der Klammerausdruck stellt bloß eine demonstrative Aufzählung des Inhalts der Auskunft dar. Die Auskunft über den Zeitraum der

Untersagung ist als erforderlich anzusehen; es muss ja bekannt gegeben werden, ob trotz Untersagung eine Dienstleistung ausgeübt wird.

Eine solche Auskunft darf **fünf Jahre nach Eintritt der Rechtskraft** des jeweiligen Straferkenntnisses **nicht mehr erteilt werden**.

Sicherzustellen ist, dass die Beauskunftung **anlassbezogen** nur an den/die nach dem Gesetz **Berechtigten/Berechtigten** zu erfolgen hat.

76

14.5. Auskunftsersuchen durch Organe der Abgabenbehörden

Die Organe der Abgabenbehörden können im Bedarfsfall (z.B. im Fall einer Vorortprüfung) **im Namen der ZKO** ein Auskunftsersuchen an die Verwaltungsstrafevidenz stellen. Die Zugriffsprotokollierung erfolgt hier unter der ID der ZKO.

77

14.6. Form

§ 7n Abs. 4 AVRAG sieht keine **besondere Form des Auskunftsersuchens** vor. Es sind daher sowohl **schriftliche**, per **Fax** oder in **elektronischer Form** gestellte Auskunftsersuchen – sofern **die Berechtigung** des/der Ersuchenden **festgestellt** wurde – durch das Kompetenzzentrum zu erledigen.

Von einer mündlichen/telefonischen Beantwortung ist abzusehen, da diesfalls nicht verifiziert werden kann, ob tatsächlich eine i.S.d. Rz 75 befugte Behörde beauskunftet wird.

Wesentlich ist, dass die **Übermittlung/der Zugang der Auskunft nachweisbar** ist.

- Es wird daher **grundsätzlich eine Auskunft per Fax präferiert** (Nachweis des Zugangs durch Fax-Bescheinigung).
- Ergeht daher die **Anfrage per FAX**, sollte nach Ansicht des Sozialministeriums **grundsätzlich** auch die **Antwort per FAX** zu ergehen.
- Ergeht die **Anfrage per E-Mail**, kann die Antwort **per Fax**, aber auch aus Gründen der „Verfahrensökonomie“ auch **per E-Mail** ergehen. In diesem Fall ist um **Bestätigung des Zugangs der Mail-Auskunft** zu ersuchen (Rückmail). Die bloße Übermittlungsbestätigung erfüllt diese Anforderung nicht.

15. Auskunftserteilung durch das Kompetenzzentrum an öffentliche Auftraggeber/innen

78

15.1. Allgemeines

Nach § 7n Abs. 4 dritter Satz AVRAG hat das Kompetenzzentrum

- **dem/der öffentlichen Auftraggeber/in** (Rz 45)
- auf Verlangen binnen zwei Wochen Auskunft darüber zu geben, ob
- hinsichtlich **des/der im Auskunftersuchen genannten Arbeitgebers/Arbeitgeberin**
- eine **rechtskräftige Bestrafung oder Entscheidung** in Verwaltungsstrafverfahren nach **§§ 7b Abs. 8, 7i oder 7k AVRAG** vorliegt oder ihm/ihr eine solche Bestrafung oder Entscheidung zuzurechnen ist.

In der Auskunft sind:

- die **Anzahl der Bestrafungen** und gegebenenfalls
- **die maßgeblichen Daten:**
 - der **Strafbescheide** und Straferkenntnisse,
 - der **Bescheide, mit denen eine Ermahnung** erteilt wurde, sowie
 - der **Bescheide und Erkenntnisse in Verfahren nach § 7k Abs. 4 AVRAG**

anzugeben.

oder festzustellen, dass

- **keine Bestrafung, keine Untersagung der Dienstleistung oder Daten für eine Auskunft vorliegen.**

Maßgebliche Daten sind: Angabe der Behörde, die Aktenzahl, das Bescheid-, Erkenntnis- und Rechtskraftdatum, Name und Geburtsdatum der Person, auf die sich der Bescheid oder das Erkenntnis bezieht und der es zuzurechnen ist, verhängte Geldstrafen, Dauer/Zeitraum der Untersagung der Dienstleistung.

Anmerkung:

Die Auskunft stellt auf die Anzahl der rechtskräftigen Bescheide/Entscheidungen in Verwaltungsstrafverfahren nach §§ 7b Abs. 8, 7i oder 7k AVRAG ab, die in Bezug auf den/die Arbeitgeber/in ergangen sind. Ein Bescheid/Erkenntnis in Verwaltungsstrafverfahren nach §§ 7b Abs. 8, 7i oder 7k AVRAG, dessen Spruch sich auch auf mehrere Arbeitnehmer/innen bezieht bzw. im Spruch mehrere Verwaltungsübertretungen erfasst, ist aus Sicht des AVRAG als **ein** Strafbescheid und damit **eine Bestrafung** zu werten.

Die Auskunft über die oben angeführten Daten (eine positive Auskunft oder eine negative Auskunft, nämlich dass keine Bestrafung, keine Untersagung der Dienstleistung oder Daten für eine Auskunft vorliegen) **hat das Kompetenzzentrum** vorzunehmen.

Die Auskunft nach § 7n Abs. 4 AVRAG ist durch das **Kompetenzzentrum** gegenüber einem **öffentlichen Auftraggeber** i.S.d. BVerG 2006 zu erteilen.

Liegt **kein öffentlicher Auftraggeber** i.S.d. BVerG 2006 vor, ist die Erteilung einer Auskunft durch das Kompetenzzentrum **zu verweigern**.

§ 7n Abs. 4 AVRAG ist mit 1. Jänner 2015 in Kraft getreten und bezieht sich auf Sachverhalte, die nach dem 31. Dezember 2014 ereignen. Die Auskunftspflicht des Kompetenzzentrum gegenüber einem öffentlichen Auftraggeber in Bezug auf die im Verlangen angeführten Arbeitgeber (als Bieter im Vergabeverfahren) bezieht sich **auch auf in der Verwaltungsstrafevidenz gesammelte Daten aus den Jahren vor 2015**, Voraussetzung ist allerdings, dass die Auskunft **nach dem 31. Dezember 2014 neu zu vergebende Auftragsverfahren** nach dem BVerG 2006 betrifft. Mit anderen Worten: Ansuchen, die sich auf vor dem 1. Jänner 2015 erfolgte Auftragsvergaben an Arbeitgeber/innen bzw. vor diesem Zeitpunkt abgeschlossene öffentliche Vergabeverfahren beziehen, sind nicht zu beauskunften.

79

15.2. Wer ist öffentliche/r Auftraggeber/in? Wer unterliegt dem Vergaberecht?

Dem BVerG 2006 und damit der grundsätzlichen Ausschreibungspflicht unterliegen zunächst **öffentliche Auftraggeber/innen** (§ 3 BVerG 2006), das sind im Wesentlichen:

- **Bund, Länder, Gemeinden und Gemeindeverbände**
- **Einrichtungen**, die zu dem **besonderen Zweck** gegründet wurden, **im Allgemeininteresse** liegende Aufgaben **nicht gewerblicher Art** zu erfüllen, zumindest teilrechtsfähig sind und überwiegend von einem/einer der oben genannten Auftraggeber/innen finanziert werden bzw. der Aufsicht oder dem Einfluss eines/einer solchen Auftraggebers/in oder Einrichtung unterstehen (etwa der Verein „Österreich Werbung“), und
- **Verbände**, die aus einem oder mehreren (wie oben beschriebenen) Auftraggebern bestehen (zB. Abwasser- und Trinkwasserverbände).

Im „Allgemeininteresse“ liegt zB. die Behandlung und Abholung von Hausmüll, das Betreiben einer Kläranlage, der Bau von Sozialwohnungen, das Betreiben einer Erholungsanlage durch eine Behörde oder (teilweise) die Tätigkeit der Wiener Börse.

„Nicht gewerblicher Art“ sind Tätigkeiten dann, wenn die Einrichtungen nicht in Konkurrenz mit privaten Wirtschaftstreibenden unter den gleichen Wettbewerbsbedingungen stehen und auch nicht das wirtschaftliche Risiko (Insolvenzrisiko) tragen. Das Vorliegen eines

Wettbewerbs heißt aber noch nicht, dass sich der Auftraggeber von anderen als wirtschaftlichen Bedingungen leiten lässt, und so eine „nicht gewerbliche“ Tätigkeit ausübt.

Aufgaben nicht gewerblicher Art sind etwa der öffentlich-rechtliche Programmauftrag des ORF, die Leitung und Verwaltung der Wiener Börse, Regulierungsaufgaben der E-Control GmbH, die Zivilluftfahrtslenkung der Austro-Control GmbH oder die Tätigkeit der Oesterreichischen Nationalbank. In diesen Bereich fallen nach der Rsp jedenfalls auch Sozialversicherungen und Kammern.

Nicht als öffentlicher Auftraggeber zu qualifizieren sind etwa gemeinnützige Bauvereinigungen, auch wenn an ihnen überwiegend Gebietskörperschaften beteiligt sind (vgl. etwa die Entscheidung der VKS Wien vom 8. 2. 2007, VKS-3453/06).

Des Weiteren unterliegen dem BVergG sogenannte **Sektorenauftraggeber**, das sind sonstige Auftraggeber/innen, deren Tätigkeiten

- in der **Bereitstellung oder dem Betreiben fester Netze** zur Versorgung der Öffentlichkeit im Zusammenhang mit der **Erzeugung, Beförderung oder Verteilung von Trinkwasser, Elektrizität, Gas oder Wärme**, oder
- in der Nutzung eines geographisch abgegrenzten Gebietes zur **Suche oder Förderung von Erdöl oder anderer Brennstoffe**, oder
- im **Betrieb eines Hafens oder Flughafens**, oder
- in der **Bereitstellung oder dem Betrieb von Netzen zur Versorgung der Öffentlichkeit im Bereich des Verkehrs** auf der Schiene, mit automatischen Systemen, mit der Straßenbahn, mit Bus, mit Oberleitungsbussen oder mit Kabel, oder
- in der **Bereitstellung von Postdiensten**

bestehen. Handelt es sich bei den Auftraggebern aber nicht um öffentliche Unternehmen, so gilt das BVergG nur dann, wenn der Auftraggeber eine solche Tätigkeit aufgrund eines besonderen Rechts ausübt, das ihm von der zuständigen Behörde eingeräumt wurde.

15.3. Wie ist zu verifizieren, ob ein/e öffentliche/r Auftraggeber/in anfragt?

Es ist jedenfalls zu überprüfen, ob **dem Anschein nach** ein/e öffentliche/r Auftraggeber/in vorliegt, dh. augenscheinliche Zweifel/Bedenken, die dem entgegenstehen, sind zu überprüfen bzw. ist diesen nachzugehen.

Dem Anschein ist entsprochen, wenn etwa **aus der übermittelten Anfrage** die Daten des/der Auftraggebers/in (etwa Gemeinde xx) entnommen werden können. Diese Daten können etwa auch dem Faxanschreiben bzw. der angegebenen FAX-Empfangsnummer, aber auch aus der Vollmacht (wenn die Abfrage durch einen Bevollmächtigten erfolgt) entnommen werden. Wesentlich ist, dass sich aus diesen die Eigenschaft als öffentliche/r Auftraggeber/in

dem Anschein nach ableiten lässt und kein offenkundiger Grund an der Richtigkeit dieser Daten zu zweifeln besteht.

Die Verifizierung des Status „öffentliche/r Auftraggeber/in“ kann im Einzelfall aber auch durch **telefonische Nachfrage** erfolgen.

Eine **Liste** der via ANKÖ abrufenden **öffentlichen Auftraggeber/innen** findet sich unter <https://www.ankoe.at/index.php?id=31>).

81

15.4. In welcher Form hat die Abfrage zu erfolgen?

§ 7n Abs. 4 AVRAG gibt keine bestimmte Form vor, in der die Abfrage zu erfolgen hat. Sie kann daher **schriftlich, per Fax und per E-Mail** erfolgen. Von einer **Beantwortung mündlicher Anfragen ist abzusehen**, da bei dieser Art der Beantwortung nicht verifiziert werden kann, ob tatsächlich ein/e öffentliche/r Auftraggeber/in oder eine bevollmächtigte Person die Anfrage stellt.

Die Abfrage hat jedenfalls das jeweilige **Vergabeverfahren** (insbesondere durch Angabe der Geschäftszahl des Vergabeverfahrens) **näher zu konkretisieren**.

82

15.5. In welcher Form hat die Auskunft zu erfolgen?

§ 7n Abs. 4 AVRAG gibt keine bestimmte Form vor, in der die Auskunft zu erfolgen hat. Sie kann daher **schriftlich, per Fax und per E-Mail** erfolgen. Von einer mündlichen Beantwortung ist abzusehen, da diesfalls nicht verifiziert werden kann, ob tatsächlich ein/e öffentliche/r Auftraggeber/in oder eine bevollmächtigte Person beauskunftet wird.

Wesentlich ist, dass die **Übermittlung/der Zugang der Auskunft nachweisbar** ist.

- Es wird daher **grundsätzlich eine Auskunft per Fax präferiert** (Nachweis des Zugangs durch Fax-Bescheinigung).
- Ergeht daher die **Anfrage per FAX**, sollte nach Ansicht des Sozialministeriums **grundsätzlich** auch die **Antwort per FAX** zu ergehen.
- Ergeht die **Anfrage per E-Mail**, kann die Antwort **per Fax**, aber auch aus Gründen der „Verfahrensökonomie“ auch **per E-Mail** ergehen. In diesem Fall ist um **Bestätigung des Zugangs der Mail-Auskunft** zu ersuchen (Rückmail). Die bloße Übermittlungsbestätigung erfüllt diese Anforderung nicht.

15.6. Reichweite der Auskunft – Bezeichnung des/der Arbeitgebers/in?

Im Auskunftersuchen ist anzugeben, für welche/n öffentliche/n Auftraggeber/in in Bezug auf welche konkrete Auftragsvergabe und in Bezug auf welche/n Arbeitgeber/in die Datenabfrage nach § 7n Abs. 4 AVRAG erfolgt. Dh. im Auskunftersuchen ist **der/die abgefragte Arbeitgeber/in** zu **konkretisieren**, dh. mit Firmenbezeichnung/Geschäftsbezeichnung und Firmensitz anzugeben.

15.7. Ist zu überprüfen, ob der/die im Ersuchen angeführte Arbeitgeber/in tatsächlich Bieter/in in dem konkreten Vergabeverfahren ist?

Nein. Das Kompetenzzentrum hat nach dem Wortlaut dem/der öffentlichen Auftraggeber/in Auskunft zu erteilen in Bezug auf den/die angeführte/n Arbeitgeber/in (als Bieter/in). Da die Anfrage durch eine/n öffentliche/n Auftraggeber/in erfolgt, ist davon auszugehen, dass der/die Arbeitgeber/in am Vergabeverfahren teilnimmt und keine Verdachtsanfragen gestellt werden. Das Kompetenzzentrum tritt daher diesbezüglich keine Prüfpflichten.

15.8. Muss der/die öffentliche Auftraggeber/in unmittelbar abfragen oder kann die Abfrage durch eine/n Bevollmächtigte/n im Namen des/der öffentlichen Auftraggebers/in erfolgen?

Das Kompetenzzentrum hat nach dem Wortlaut des § 7n Abs. 4 AVRAG dem/der öffentlichen Auftraggeber/in die Auskunft nach Maßgabe dieser Bestimmung zu erteilen. Damit ist **nicht ausgeschlossen, dass die Abfrage durch bevollmächtigte Dritte** im Namen des/der öffentlichen Auftraggebers/in erfolgt. In der Praxis ist an eine Abfrage durch Rechtsanwälte/innen, Steuerberater/innen oder Ziviltechniker/innen oder Architekten/innen zu denken.

15.9. Nachweis der Vollmacht bei Abfrage durch Dritte im Namen des/der öffentlichen Auftraggebers/in?

Im Fall von **Rechtsanwält/inn/en** ist **kein gesonderter Nachweis** der Vollmacht erforderlich. Es genügt, wenn sich der/die Rechtsanwältin auf die erteilte Vollmacht beruft. Nach § 8 Abs. 1 RAO erstreckt sich das Vertretungsrecht eines Rechtsanwalts „auf alle Gerichte und Behörden der Republik Österreich und umfasst die Befugnis zur berufsmäßigen Parteienvertretung in allen gerichtlichen und außergerichtlichen, in allen öffentlichen und

privaten Angelegenheiten. Vor allen Gerichten und Behörden ersetzt die Berufung auf die Bevollmächtigung deren urkundlichen Nachweis.“

Im Fall von **Ziviltechniker/inne/n oder Architekt/inn/en und Steuerberater/innen** ist der Abfrage eine **Vollmacht beizulegen** bzw. diese auf Verlangen des Kompetenzzentrums **nachzureichen** (Übermittlung per Fax, als Anhang per E-Mail).

87

15.10. Abfrage durch den ANKÖ?

Das Unternehmen ersucht den ANKÖ um Eintragung in die Liste geeigneter Unternehmen des ANKÖ und unterschreibt und übermittelt zu diesem Zweck die auf der Homepage des ANKÖ abzurufende Zustimmungserklärung und besondere Vollmacht (<https://www.ankoe.at/index.php?id=agb>). Unter Pkt. 1.1. Z 16 wird der ANKÖ ermächtigt, eine Auskunft gem. § 28b Abs. 1 AuslBG durch den/die Unternehmer/in vorzunehmen. Zugleich wird der ANKÖ ermächtigt, im Namen des/der Auftraggeber/in eine Abfrage vorzunehmen.

Der ANKÖ stellt somit **im Namen des/der Auftraggebers/in** eine Datenabfrage an die ZKO. Zugleich stimmt der/die jeweilige Unternehmer/in (mitbietende/r Arbeitgeber/in) zu, dass der ANKÖ diese Daten laufend aktualisiert und automationsunterstützt verarbeiten darf und öffentlichen Auftraggeber/inne/n i.S.d. BVerG 2006 zum Zweck der Prüfung der Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit übermittelt/zur Verfügung stellt (Pkt. 4.1 der Zustimmungserklärung).

Bei den in der Verwaltungsstrafevidenz nach § 7n AVRAG verwalteten Daten handelt es sich nicht um SV-Daten, sondern um „Strafdaten“ i.S.d. AVRAG. Es wäre daher nach Ansicht des Sozialministeriums **in der Zustimmungserklärung und der besonderen Vollmacht** der Punkt „Auskunft gemäß § 7n Abs. 4 AVRAG sowie Stellungnahmen durch den Unternehmer“ **aufzunehmen**.

Solange dies nicht der Fall ist, kann seitens der ANKÖ keine standardisierte Abfrage (etwa nach dem Muster des § 28b AuslBG) an das Kompetenzzentrum **gestellt werden**, derartige Ansuchen wären abzulehnen.

88

15.11. Datenschutzabfrage nach § 26 DSG

Von der Anfrage des/der öffentlichen Auftraggeber/in nach § 7n Abs. 4 AVRAG zu unterscheiden ist die Datenschutzabfrage nach § 26 DSG durch den/die jeweilige/n Arbeitgeber/in. Hinsichtlich der (eigenen) Daten in der Evidenz nach § 7n AVRAG besteht grundsätzlich der **Anspruch** einer natürlichen oder juristischen Person **auf**

Auskunftserteilung nach § 26 DSG 2000 gegenüber der WGKK als Kompetenzzentrum hinsichtlich der auf Grundlage des § 71 AVRAG erfassten und verarbeiteten Daten.