

Florian Schrenk

Highlights aus den LSDB-Richtlinien 2015 (Teil 1)

» PVP 2015/45

Das **LSDB-G** wurde im ASRÄG 2014 novelliert. Die neuen Bestimmungen traten mit **1. 1. 2015** in Kraft. Die Novelle brachte Verschärfungen, Konkretisierungen und Erleichterungen mit sich, vor allem aber warfen die neuen Bestimmungen viele **Fragen** auf. Die **LSDB-Richtlinien 2015** versuchen **Antworten** auf diese Fragen zu geben. Sie wurden Anfang Mai erlassen und auf der Seite des Sozialministeriums verlautbart (BMASK-462.203/0006-VII/B/9/2015). Sie sind ab **1. 1. 2015** generell anzuwenden. Auf **Sachverhalte vor dem 1. 1. 2015** sind die „alten“ **LSDB-RL 2011** anzuwenden, soweit nicht für diese Zeiträume die **LSDB-RL 2015 günstigere** Bestimmungen vorsehen. Auf den **90 Seiten** des Erlasses (zum Vergleich: Die gesetzlichen Bestimmungen haben ausgedrückt lediglich 23 Seiten) scheinen auf den **ersten Blick** viele der offenen **Fragen beantwortet** worden zu sein, auf den **zweiten Blick** ergeben sich in manchen Bereichen **weitere Fragen**, die hinter verschlossener Tür bereits intensiv diskutiert werden, insbesondere Fragen zur Verjährung und zum Rückwirkungsgebot. Die LSDB-RL 2015 sind in **15 Kapitel** gegliedert und mit **88 Rz** versehen.

Verwendete Abkürzungen in diesem Beitrag:

ASRÄG ... Arbeits- und Sozialrechts-Änderungsgesetz//**BV** ... Betriebsvereinbarung//**BUAK** ... Bauarbeiter-Urlaubs- & Abfertigungskasse//**DG** ... Dienstgeber//**DN** ... Dienstnehmer//**DV** ... Dienstvertrag oder Dienstverhältnis//**GKK** ... Gebietskrankenkasse//**KV** ... Kollektivvertrag//**LSD** ... Lohn- und Sozialdumping//**LSDB-G** ... Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz//**LSDB-RL 2015** ... Richtlinie 2015 zum LSDB-G//**Rz** ... Randzahl

A) VORBEMERKUNGEN

- a) Aufgrund der vielen Randzahlen in den LSDB-RL 2015 werden in diesem Artikel die für die Praxis wichtigsten Themen auszugsweise behandelt.
- b) **Wer ist überhaupt für die Kontrolle zuständig?**
 - ✓ Für den Auslandsbereich: die Finanzpolizei
 - ✓ Für den Inlandsbereich: der Krankenversicherungsträger
 - ✓ Für den Baubereich (In- und Ausland): die BUAK

- c) Ab 1. 1. 2015 **kontrolliert** die **GKK** auch **DN** mit **gewöhnlichem Arbeitsort** in **Österreich**, die aber **nicht** nach dem **ASVG** versichert sind. Das sind regelmäßig DN, die in Österreich arbeiten und für die ein **ausländisches A1** ausgestellt wurde.

B) BEREITHALTEN VON LOHNUINTERLAGEN (Rz 13)

Die LSDB-RL 2015 stellen klar, dass **Entsendemeldung** und/oder die Unterlagen über die **Anmeldung** des DN zur **ausländischen Sozialversicherung** auch **visuell**, dh via elektronischer Geräte des DG bereithalten werden können, sofern diese Unterlagen

- ✔ **sofort einsehbar** sind und
- ✔ durch die Organe der Abgabenbehörde deren **Echtheit verifiziert** werden kann und
- ✔ sie auf Verlangen an die Behörde **übermittelt** werden können.

In der Praxis bedeutet dies, dass die **Entsendemeldung** und/oder die Unterlagen über die **Anmeldung** des DN zur **ausländischen Sozialversicherung** auch auf einem Laptop oder Tablet vorgezeigt werden können, sofern die Echtheit feststellbar ist.



HINWEIS

Für die **klassischen Lohnunterlagen** (Dienstzettel, Abrechnung etc) besteht die elektronische „Laptop-Möglichkeit“ nicht!

C) UNZUMUTBARKEIT DER BEREITHALTUNG VON UNTERLAGEN VOR ORT (Rz 15)

Ist eine **gesicherte Aufbewahrung** der der Prüfbehörde vorzulegenden Unterlagen vor Ort **nachweislich nicht möglich** (zB kein absperrbares Baubüro vor Ort), dann sind die Unterlagen „*jedenfalls im Inland bereitzuhalten und der Abgabenbehörde auf Verlangen nachweislich zu übermitteln, wobei die Unterlagen bis einschließlich des der Aufforderung **zweitfolgenden Werktags abzusenden sind**“.* (§ 7b Abs 5 AVRAG)

Laut LSDB-RL 2015 ist das Bereithalten der Unterlagen vor Ort dann ausnahmsweise nicht zumutbar, wenn sich die Unterlagen

- ✔ in einer eingetragenen **Zweigniederlassung** im Inland
- ✔ bei einer selbstständigen **Tochtergesellschaft** oder
- ✔ dem **Hauptquartier** eines Konzerns oder
- ✔ bei einer **steuerrechtlichen Vertretung** im Inland – sofern der ausländische AN in Ö steuerpflichtig ist –

befinden und von dort angefordert werden können.

Die Lohnunterlagen sind in **deutscher Sprache** bereitzuhalten. **Ausnahmsweise** können **Lohnzahlungsnachweise** oder **Banküberweisungsbelege** in einer **Fremdsprache** vorliegen, sofern die jeweilige Lohnzahlungsperiode und das Entgelt für die jeweilige Periode nachweislich festgestellt werden können.

D) UNTERENTLOHNUNG ALS DAUERDELIKT (Rz 40)

Gesetzlich klargestellt ist, dass (**nur**) **eine Verwaltungsübertretung** vorliegt, wenn sich die Unterentlohnung über mehrere Lohnzahlungszeiträume erstreckt (= **Dauerdelikt**). Die LSDB-RL 2015 präzisieren, dass bei Unterentlohnungen in **zeitlich voneinander getrennten** Lohnzahlungszeiträumen der Tatbestand der **Unterentlohnung mehrfach** vorliegt.

**BEISPIEL**

Aufgrund einer **zu niedrigen KV-Einstufung** erhält der DN in den Monaten **Jänner bis Mai** weniger als das ihm gebührende KV-Mindestentgelt. Aufgrund einer ab **Juni** gewährten, freiwilligen Monatszulage liegt aufgrund der **Kompensation** der Unterentlohnung mit der freiwilligen Mehrleistung (= Monatszulage) keine Unterentlohnung vor.

Im August geht der DN auf Urlaub. Der DG bezahlt im **August** ein **zu niedriges Urlaubsentgelt**, weil er keinerlei Durchschnitte variabler Bezüge berücksichtigt. Die oa Monatszulage reicht betragsmäßig nicht aus, diese Unterentlohnung zu kompensieren.

Konsequenz: Es liegt sowohl ein Dauerunterentlohnungsdelikt von Jänner bis Mai als auch ein 2. Unterentlohnungsdelikt im August vor → **mehrfache Bestrafung** des DG hinsichtlich der Unterentlohnung ein und desselben DN.

E) KONTROLLE DES MINDESTENTGELTS (Rz 41)

Mit der Novelle zum LSDB-G wird das gemäß Gesetz, KV und Verordnung gebührende **Entgelt** dem **tatsächlich bezahlten** Entgelt gegenübergestellt.

Von dieser Entgeltkontrolle **ausgeklammert** sind gemäß **§ 49 Abs 3 ASVG sv-freie** Bezüge wie bspw

- ✓ **Schmutzzulagen,**
- ✓ **Abfertigungen, Abgangsentschädigungen** und **Übergangsgelder,**
- ✓ **Beiträge** nach dem **BMSVG** oder Beiträge nach dem **BPG.**

Aufwandersatz und **Sachbezüge** sind bei der Berechnung des KV-Mindestentgelts **nicht anzurechnen**, außer der entsprechende KV sieht dies vor.

Bei der **Mindestentgeltkontrolle** sind die folgenden **Grundsätze** zu beachten:

1. Nicht bezahlte **Entgeltbestandteile**, die dem DN aufgrund einer **BV**, eines **DV** oder aufgrund einer **Betriebsübung** gebühren, unterliegen **nicht** der Mindestentgeltkontrolle.
2. Gesetzliche **Beendigungsansprüche** (zB Urlaubersatzleistung) sind von der Mindestentgeltkontrolle **ausgenommen**.
3. Freiwillige Überzahlungen **kompensieren** Unterentlohnungen nur dann, wenn Überzahlung und Unterentlohnung im selben Lohnzahlungszeitraum (**Lohnzahlungszeitraumidentität**) anfallen.
4. Eine **Jahresprämie** gemäß DV **kompensiert nicht** laufende Unterentlohnungen (bspw aufgrund einer zu niedrigen KV-Einstufung).
5. Bei Überstundenabgeltungen mittels Pauschale oder aufgrund eines All-in-Gehalts liegt eine Unterentlohnung erst dann vor, wenn die jährliche **Deckungsprüfung** ergibt, dass das Pauschale bzw das All-in-Gehalt die geleisteten Überstunden (berechnet auf KV-Gehaltsbasis) nicht abdeckt.
6. Die LSDB-RL 2015 stellen ausdrücklich fest, dass der DN im aufrechten DV nicht auf zwingende Ansprüche verzichten kann (**Drucktheorie**). Eine Unterentlohnung kann daher nicht „beseitigt“ werden, indem der DN im aufrechten DV auf bspw gesetzliche Ansprüche (zB den Durchschnittswert der Überstunden in das Urlaubs- und Krankentgelt einzubeziehen) verzichtet.

F) NACHSICHTREGELUNGEN: TROTZ UNTERENTLOHNUNG → KEINE STRAFE, KEINE ANZEIGE

In den Rz 50 bis 58 finden Sie jene **Voraussetzungen**, die vorliegen müssen, damit die Behörde **Nachsicht** hinsichtlich der Unterentlohnung ausübt, dh **keine Anzeige** erstattet bzw den DG trotz Unterentlohnung **nicht bestraft**.

**HINWEIS**

Grundvoraussetzung für jedwede Nachsicht ist, dass die Entgelt Differenz nachgezahlt wird.

1. DIE BEHÖRDE ERSTATTET KEINE STRAFANZEIGE (Rz 51)

Zwingende **Voraussetzungen** dafür, dass die Behörde **keine Strafanzeige** gemäß § 7e Abs 5 AVRAG erstattet, sind

- a) die **nachweisliche** und **vollständige Nachzahlung** der Entgelt Differenz (entweder über Aufforderung des Kompetenzzentrums oder wenn die Nachzahlung bereits vor der Aufforderung erfolgt ist [siehe die Ausführungen zur tätigen Reue]) **und**
- b1) die **Unterschreitung** des nach Gesetz/KV/Verordnung zu leistenden Mindestentgelts ist lediglich **geringfügig (max 10 %)** **oder**
- b2) es liegt ein **höchstens leicht fahrlässiges Verschulden** (etwa wenn aufgrund einer Überzahlung bei Betrachtung eines lohnperiodenüberreifenden Zeitraumes keine Unterentlohnung vorliegen würde) des DG oder eines nach außen vertretungsbefugten Organes vor.

**HINWEISE**

1. Liegen diese **Voraussetzungen** vor, dann hat das Kompetenzzentrum von einer Anzeige abzusehen. Der DG hat darauf einen **Rechtsanspruch**, dass die Behörde keine Anzeige erstattet.
2. Die Nachsicht von einer Strafanzeige ist auch dann möglich – so die obigen Voraussetzungen erfüllt sind –, wenn beim DG wiederholt Unterentlohnungen festgestellt werden (**keine Strafanzeige, trotz Wiederholungsfall** möglich).
3. Wann liegt eine **geringe, max 10%ige Unterschreitung** vor (Rz 52)?
Eine geringe Unterschreitung liegt dann, wenn der der Lohnkontrolle unterliegende **Entgeltanspruch** des einzelnen DN um **nicht mehr als 10 % unterschritten** wird.
Eine **Durchschnittsberechnung** ist dann hinsichtlich der Feststellung, ob die 10%-Grenze überschritten wurde, vorzunehmen, wenn eine **mehrere Lohnzahlungsperioden** übergreifende **Unterentlohnung**, insbesondere bei wechselnden bzw variablen Entgeltbestandteilen, vorliegt.
4. **Rz 53** der LSDB-RL 2015 erläutert, wann ein lediglich **leicht fahrlässiges Verschulden** vorliegt.
5. Erhebt der DG **begründete Einwendungen** gegen eine vom Kompetenzzentrum vorgenommene **Einstufung**, dann **müssen** die **KV-Partner gehört** werden, die für die gemeinsame Stellungnahme **4 Wochen** Zeit haben.
6. **Rz 54** der LSDB-RL 2015 enthält detailliertere Informationen zur **Nachzahlung** der Entgelt Differenz.

**BEISPIELE ZUR GERINGFÜGIGEN UNTERENTLOHNUNG****■ Beispiel 1**

Der DN erhält ein Fixum und variable Bezüge. Je nachdem, wie hoch die monatlichen variablen Bezüge sind, ist die Unterentlohnung geringer oder höher.

Die Unterentlohnung (= Differenz zwischen Soll-Anspruchswert und tatsächlich dem DN bezahltem Entgelt) weist im 1. Halbjahr die folgenden Werte auf:

Jänner: 5 % // Februar: 8 % // März: 15 % // April: 18 % // Mai: 4 % // Juni: 4 %

Die Durchschnittsberechnung ergibt für diese 6 Monate einen Durchschnittswert von 9 % →

Da der **Entgeltanspruch** des einzelnen DN um **nicht mehr als 10 % unterschritten** wurde

und außerdem eine **Nachzahlung erfolgte** – auch wenn hiezu der DG von der Behörde aufgefordert wurde –, wird dadurch eine **Anzeige** bzw eine **Strafe vermieden**.

■ **Beispiel** 

Ein Lohnverrechner **übersieht**, dass es im Baugewerbe im **Mai** jeden Jahres **neue Lohn-tabellen** gibt. Er **rechnet** somit die Baulöhne bis zur Kontrolle der BUAK im **September falsch** ab.

Bei der BUAK-Kontrolle wird die Unterschreitung festgestellt, der **DG zahlt die Differenz** über Aufforderung sofort **nach und** rechnet die DN in weiterer Folge **korrekt** ab.

 **Lösung:**

In diesem Fall hat die Behörde **keine Anzeige** zu erstatten, da die Unterschreitung wohl deutlich weniger als 10 % ausmacht und eine Nachzahlung nachweislich stattgefunden hat.

2. TÄTIGE REUE (Rz 55)

Wird die Differenz zwischen dem tatsächlich geleisteten und dem durch Gesetz/KV/Verordnung zustehenden Entgelt vor einer Erhebung durch die jeweils zuständige Kontrollbehörde geleistet, ist **keine Strafbarkeit** wegen Unterentlohnung nach § 7i Abs 5 AVRAG gegeben.

Es kommt hier auf die **nachweisliche, tatsächliche** Schadensgutmachung an, daher ist ein Schuld-eingeständnis des DG keine Voraussetzung.



HINWEIS

Tätige Reue liegt auch dann vor, wenn die Nachzahlung der Entgeltdifferenz erst aufgrund einer **Intervention** Dritter – bspw der Arbeiterkammer – erfolgt.

Ist eine **direkte Gutmachung nicht möglich**, weil der DN die Annahme der Entgeltnachzahlung verweigert oder kein Kontakt aufgenommen werden kann, ist Schadensgutmachung nur möglich, wenn der DG sicherstellt, dass der geschädigte DN jederzeit die Nachzahlung empfangen kann. Dies geschieht durch **Hinterlegung bei Gericht** gemäß § 1425 ABGB.

Es **reicht nicht** aus, das **Geld** theoretisch für eine Nachzahlung **verfügbar** zu haben – bspw Cash in der Firma oder auf einem gesonderten Konto.

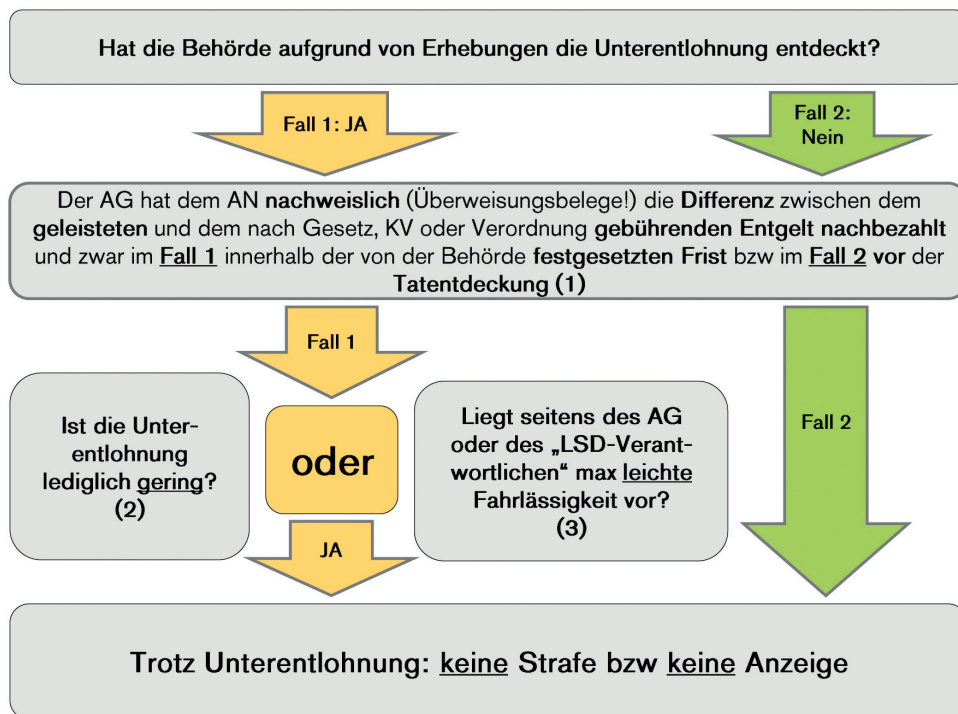
3. ÜBERSICHTSTABELLE

Wann erfolgt die Nachzahlung der Entgeltdifferenz?	Verfahrensrechtliche Folgen
Vor Erhebung der zuständigen Kontrollbehörde	Tätige Reue → Strafaufhebungsgrund , auch dann, wenn die Entgeltdifferenz > 10 % oder das Verschulden über die leichte Fahrlässigkeit hinausgeht
Nachzahlung erfolgt über Aufforderung der Kontrollbe-hörde (Entgeltdifferenz: max 10 % oder leichte Fahrläs-sigkeit)	Absehen von der Anzeige
Nachzahlung erfolgt vor Einlangen der Zahlungsauffor-derung (Entgeltdifferenz: max 10 % oder leichte Fahrläs-sigkeit)	Absehen von der Anzeige
Nachzahlung erfolgt nach einer Anzeige	Verkürzung der Verjährungsfristen (1 Jahr Verfolgungsverjährungsfrist)

Wann erfolgt die Nachzahlung der Entgelt Differenz?	Verfahrensrechtliche Folgen
Nachzahlung erfolgt aufgrund einer diesbezüglichen Aufforderung der Bezirksverwaltungsbehörde (Entgelt Differenz: max 10 % oder leichte Fahrlässigkeit)	Absehen von Einleitung des Strafverfahrens
Nachzahlung erfolgt vor Einlangen der Zahlungsaufforderung der Bezirksverwaltungsbehörde (Entgelt Differenz: max 10 % oder leichte Fahrlässigkeit)	Absehen von Einleitung des Strafverfahrens
Nachzahlung in sonstigen Fällen	Nachzahlung ist gesetzlich anerkannter Strafmilderungsgrund

4. ZUSAMMENFASSUNG

In folgenden Fällen wird der DG – trotz Unterentlohnung – **nicht angezeigt** bzw **nicht bestraft**:



Erläuterungen:

- (1) **Nachzuzahlen** sind das **gesamte** offene arbeitsrechtliche Entgelt, somit **auch** jenes, das
 - ✓ gemäß **§ 49 Abs 3 ASVG sv-frei** ist und daher nicht der Unterentlohnungskontrolle unterliegt, sowie
 - ✓ **auch** offene Bezüge, die der AN wegen **Verfall** nicht mehr einfordern kann.
 Nach **BV** oder **DV** oder aufgrund einer **Betriebsübung** vom DG nicht geleistete **Überzahlungen** müssen nach Ansicht von **Rolf Gleißner** („Die neuen Regeln gegen Unterentlohnung“ in ZAS 1/2015) **nicht nachbezahlt** werden.
- (2) **Gering** ist eine **max 10%ige** Unterschreitung der Entgelte, auf die der DN gemäß Gesetz/KV/Verordnung Anspruch hat.
- (3) Gemäß **Rz 53** der LSDB-RL 2015 liegt **leichte Fahrlässigkeit** ua dann vor, wenn
 - ✓ die Unterentlohnung infolge einer **unklaren KV-Regelung** erfolgte und sich der AG hiebei auf eine **Stellungnahme** der KV-Partner stützte bzw die Stellungnahme der KV-Partner **kein klares Ergebnis** brachte oder
 - ✓ wenn **periodenübergreifend** (zB innerhalb eines Kalenderjahres) die Entgelte jedenfalls so hoch sind, dass **kein Lohndumping** vorliegt.



HINWEIS

1. Bei der **Verschuldensbeurteilung** wird berücksichtigt, inwieweit der DG (bzw der LSD-Verantwortliche) organisatorisch vorgesehen hat, dass durch **ausreichende innerbetriebliche Kontrollmaßnahmen** Unterentlohnungen verhindert bzw umgehend erkannt und beseitigt werden.
2. Im **nächsten Heft** informiere ich Sie über Wissenswertes zum **Strafausmaß**, zur **Mitarbeiterinformation** durch das Kompetenzzentrum bei Vorliegen eines Strafbescheides und über das **Rückwirkungsgebot**.

Foto Herrmann Pavelka-Denk



Der Autor:

Florian Schrenk, BA, ist Mitarbeiter der Umgeher Wirtschaftstreuhand GmbH und Mitbetreiber der Plattform www.aktuelles-arbeitsrecht.at. Der Schwerpunkt seiner Tätigkeit liegt in der arbeitsrechtlichen Beratung und laufenden Personalverrechnung.

✉ florian.schrenk@umgeher.at

🌐 lesen.lexisnexis.at/autor/Schrenk/Florian

Florian Schrenk

Highlights aus den LSDB-Richtlinien 2015 (Teil 2)

» PVP 2015/51

Das **LSDB-G** wurde im ASRÄG 2014 novelliert. Die neuen Bestimmungen traten mit **1. 1. 2015** in Kraft. Die Novelle brachte Verschärfungen, Konkretisierungen und Erleichterungen mit sich, vor allem aber warfen die neuen Bestimmungen viele **Fragen** auf. Die **LSDB-Richtlinien 2015** versuchen **Antworten** auf diese Fragen zu geben. Sie wurden Anfang Mai erlassen und auf der Seite des Sozialministeriums verlautbart (**BMASK-462.203/0006-VII/B/9/2015**).

Im **Teil 1** (PVP 2015/45, 161; Juni-Heft) informierte ich Sie über das **Bereithalten** von Lohnunterlagen, die **Unzumutbarkeit** der Bereithaltung von Unterlagen vor Ort, die Unterentlohnung als **Dauerdelikt**, die **Kontrolle** des Mindestentgelts, die **Nachsichtsregelungen**.

Im **vorliegenden Heft** erhalten Sie praxisgerechte Infos zum **Entsendebegriff** bzw. betreffend

- ✓ das **Strafmaß**,
- ✓ die **Mitarbeiterinformation** durch das Kompetenzzentrum bei Vorliegen eines Strafbescheides,
- ✓ das **Rückwirkungsgebot**.

Verwendete Abkürzungen in diesem Beitrag:

ASRÄG ... Arbeits- und Sozialrechts-Änderungsgesetz//**ARG** ... Arbeitsruhegesetz//**BSFG 2013** ... Bundes-Sportförderungsgesetz 2013//**DG** ... Dienstgeber//**DN** ... Dienstnehmer//**DV** ... Dienstvertrag oder Dienstverhältnis//**LSDB** ... Lohn- und Sozialdumping//**LSDB-G** ... Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz//**LSDB-RL 2015** ... Richtlinie 2015 zum LSDB-G//**Rz** ... Randzahl

G) WANN LIEGT EINE ENTSENDUNG NACH ÖSTERREICH VOR? (Rz 7)

1. DER ENTSENDEBEGRIFF

Der **Entsendebegriff** des AVRAG weist die folgenden **Merkmale** auf:

- ✓ Der DN wird **grenzüberschreitend** tätig und
- ✓ sein gewöhnlicher Arbeitsort liegt **außerhalb** Österreichs und
- ✓ der DN erbringt seine Arbeitsleistung in Österreich im **Namen** und auf **Rechnung** des **ausländischen DG** und mit dessen Betriebsmittel.

2. WISSENSWERTES RUND UM DEN ENTSENDEBEGRIFF

- a) Im Unterschied zur Entsenderichtlinie 96/71/EG sieht das **AVRAG nicht** ausdrücklich vor, dass der DN aufgrund eines **Dienstleistungsvertrages** grenzüberschreitend tätig wird.
- b) Da der Entsendebegriff außerdem an **keine** bestimmte **zeitliche Untergrenze** gebunden ist, fallen grundsätzlich **auch Dienstreisen** unter den Entsendebegriff (Ausnahmen: siehe Punkt H dieses Beitrages).
- c) Für eine „AVRAG-Entsendung“ ist wesentlich, dass der **örtliche** und **zeitliche Schwerpunkt** des DV **im Entsendestaat** bleibt. Um von einer Entsendung zu sprechen, muss daher ein **Rückkehrwille**, dh die Absicht, in den Entsendestaat zurückzukehren, bestehen.

Bei der Entsendung kommt es weiters darauf an, dass der DG den DN nach Österreich schickt, um hier eine Arbeitsleistung zu erbringen. Der entsandte DN ist daher **nicht** in einen Betrieb des (österreichischen) **Auftraggebers eingegliedert**. Weiters wird die Arbeitsleistung mit den Betriebsmitteln des ausländischen DG erbracht.

- d) Aus dem Sinn und Zweck der Entsende-RL ist abzuleiten, dass dann **keine „AVRAG-Entsendung“** vorliegt, wenn die Arbeitsleistung des DN **keine** bzw **kaum Auswirkungen** auf den **inländischen Arbeitsmarkt** hat und **keine Konkurrenz** zu im Inland tätigen DN bzw zu inländischen Unternehmen darstellt.

Dies wird insbesondere dann vorliegen, wenn die zu verrichtenden Arbeitsleistungen **ausschließlich** für den **ausländischen DG** einen wirtschaftlichen **Wert** darstellen (etwa Teilnahme an einem Seminar oder Besuch einer Schulung oder Informationsveranstaltung).

H) WANN LIEGT KEINE ENTSENDUNG NACH ÖSTERREICH VOR? (Rz 8)

1. DER AUSNAHMEKATALOG – DIE ÜBERSICHT

§ 7a Abs 1 und § 7b Abs 1a AVRAG nehmen die jeweils in den Z 1 bis 6 („**Ausnahmekatalog**“) angeführten **kurzfristigen Arbeiten von geringem Umfang** vom Entsendebegriff und damit von den Lohnkontrollen aus. Voraussetzung ist, dass der grenzüberschreitend tätige DN **ausschließlich** mit den im Ausnahmekatalog angeführten Arbeiten tätig ist.

Gemäß § 7a Abs 1a und § 7b Abs 1a AVRAG zählen die folgenden Tätigkeiten als **kurzfristige Arbeiten von geringem Umfang** (Hervorhebungen durch den Autor):

„Eine Entsendung liegt nicht vor, wenn der/die Arbeitnehmer/in eines/einer Arbeitgebers/Arbeitgeberin nach Abs. 1 **ausschließlich** [dieses Wort findet sich nur in § 7a Abs 1a AVRAG; Anm des Autors] im Zusammenhang mit folgenden **kurzfristigen Arbeiten von geringem Umfang** in Österreich beschäftigt wird ...

1. **geschäftliche Besprechungen** ohne Erbringung von weiteren Dienstleistungen, oder
2. Teilnahme an **Seminaren** ohne Erbringung von weiteren Dienstleistungen, oder
3. **Messen und messeähnliche Veranstaltungen** im Sinne des § 17 Abs. 3 bis 6 des Arbeitsruhegesetzes (ARG), BGBl. Nr. 144/1983, mit der Maßgabe, dass die Untergrenze des § 17 Abs. 4 ARG nicht gilt, ausgenommen Vorbereitungs- und Abschlussarbeiten für die Veranstaltung (Auf- und Abbau der Ausstellungseinrichtungen und An- und Ablieferung des Messegutes), oder
4. Besuch von und Teilnahme an **Kongressen**, oder
5. **kulturelle Veranstaltungen**, die im Rahmen einer Tournee stattfinden, bei welcher der Veranstaltung (den Veranstaltungen) in Österreich lediglich eine untergeordnete Bedeutung zukommt (zukommen), soweit der/die Arbeitnehmer/in seine/ihre Arbeitsleistung zumindest für einen Großteil der Tournee zu erbringen hat, oder
6. Teilnahme und Abwicklung von internationalen **Wettkampfeveranstaltungen** (Internationale Meisterschaften) im Sinne des § 3 Z 6 des Bundes-Sportförderungsgesetzes 2013 (BSFG 2013), BGBl. I Nr. 100/2013, ausgenommen 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.“

2. GESCHÄFTLICHE 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, die dazu die-

nen, an **Besprechungen** oder an einem **Projekttreffen** oder an regionalen Arbeitertreffen teilzunehmen.

Die Teilnahme an der geschäftlichen (kurzfristigen) Besprechung ist die Arbeitsleistung/Dienstleistung des DN. Erbringt der DN darüber hinaus weitergehende Dienstleistungen, dann ist der Ausnahmetatbestand nicht anwendbar.

3. TEILNAHME AN SEMINAREN OHNE ERBRINGUNG VON WEITEREN DIENSTLEISTUNGEN

Entsandte Vortragende bei einem Seminar oder Seminarleiter sind von diesem Ausnahmetatbestand erfasst, wenn diese Arbeitsleistung von inländischen DN nicht erbracht werden kann. Unter diese Ausnahmebestimmung fällt auch die Teilnahme an einem **Workshop** oder **Vortrag**. Grundsätzlich ist auch die Teilnahme eines ausländischen DN an einer **kurzfristigen Schulung** zu **Weiter- und Fortbildungszwecken** unter diesen Ausnahmetatbestand einordenbar.

4. ARBEITEN AUF MESSEN UND MESSEÄHNLICHEN VERANSTALTUNGEN IM SINNE DES § 17 Abs 3 BIS 6 ARG

Die Ausnahmebestimmung stellt ab auf Messen/messeähnliche Veranstaltungen iSd **§ 17 ARG**. Arbeitsleistungen ausländischer DN bei **Märkten** oder marktähnlichen Veranstaltungen iSd **§ 16 Abs 1 ARG** (dazu zählen insb Volksfeste, Christkindlmärkte, Kirtage) sind von der Ausnahmebestimmung **nicht erfasst**; diese fallen unter den Entsendebegriff.

- a) Einer **Fach-** wie auch **Publikumsmesse** ist gemeinsam, dass es sich um **zeitlich begrenzte** und **regelmäßig wiederkehrende** Veranstaltungen handelt, bei der von einer Vielzahl von Ausstellern ein umfassendes Angebot eines oder mehrerer Wirtschaftszweige ausgestellt wird.



HINWEIS

Unter diesen Ausnahmetatbestand fallen **nicht**

- ✔ Veranstaltungen, die über **Wochen** oder **Monate** hinweg dauern oder
- ✔ die an **jedem Wochenende** oder **1x im Monat** durchgeführt werden.

Somit sind Verkaufsausstellungen/Veranstaltungen von **Einkaufszentren** mit mehreren beteiligten Unternehmen nicht als Messe iSd ARG zu qualifizieren.

- b) **Publikums messen** iSd § 17 Abs 4 ARG dürfen **höchstens 2x im Jahr** stattfinden und **höchstens 10** aufeinanderfolgende **Tage** dauern; die zeitliche Untergrenze von mindestens 3 Tagen findet im Bereich das AVRAG keine Anwendung.
- c) **Messeähnliche Veranstaltungen** (Handwerksausstellung, Leistungsschau) können im Unterschied zu Messen nur 1x oder ohne Regelmäßigkeit durchgeführt werden, allerdings müssen die Veranstaltungen die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit von bestimmten Gewerbezweigen oder Regionen darstellen (Handwerksausstellung, Leistungsschau udgl) und der **Informationszweck** gegenüber der Absicht des Warenvertriebs **überwiegen**.

Veranstaltungen gelten zudem nur dann als Messen/messeähnliche Veranstaltungen iSd ARG, wenn zu deren Durchführung infolge der großen Zahl an Ausstellern und Besuchern eine **eigene Organisation** notwendig ist und die Veranstaltungen **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);
- ✓ **nicht Vorbereitungs-** und **Abschlussarbeiten** für die **Veranstaltung der Messe** (Auf- und Abbau der Ausstellungseinrichtungen und An- und Ablieferung des Messegutes).

5. BESUCH VON UND TEILNAHME AN KONGRESSEN

Unter diese Ausnahme fällt auch die Teilnahme an Tagungen.

6. KULTURELLE VERANSTALTUNGEN AUFGRUND EINER GRENZÜBERSCHREITENDEN TOURNEE

Unter diese Ausnahme fallen **kulturelle Veranstaltungen** aufgrund **einer grenzüberschreitenden Tournee**, bei der der Veranstaltung in **Österreich** lediglich eine **untergeordnete** Bedeutung zukommt, soweit der DN seine 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 DN der ausländischen DG für den Großteil der Tour engagiert werden. Werden die **DN** 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 künstlerisch wie **auch nicht-künstlerisch** eingesetzte DN, sofern die vorgenannten Voraussetzungen erfüllt sind.

7. TEILNAHME UND ABWICKLUNG VON INTERNATIONALEN WETTKAMPFVERANSTALTUNGEN

Von dieser Ausnahme erfasst sind internationale Wettkampfveranstaltungen (internationale Meisterschaften iSd § 3 Z 6 BSFG 2013), die innerhalb der Bestimmungen des IOC oder des IPC oder des Europäischen Olympischen Komitees (EOC) oder einer Organisation der International Organizations of Sports for the Disabled (IOSD) oder eines internationalen Sportfachverbands stattfinden oder bei denen technische Funktionäre der Wettkampfveranstaltung von diesen benannt werden.



HINWEIS

Unter diesen Ausnahmetatbestand fallen **nicht**

- ✓ **Vorbereitungs-** und **Abschlussarbeiten** für die **Veranstaltung** (Auf- und Abbau der im Zusammenhang mit der Veranstaltung stehenden Einrichtungen) sowie
- ✓ **Verbreichung** von **Speisen** und **Ausschank** von **Getränken** bei der Veranstaltung.



PRAXISTIPP

Als **kostenfreies PVP-Leserservice** können Sie eine **Checkliste** anfordern, anhand deren Sie beurteilen können, ob eine Entsendung vorliegt oder nicht.

I) STRAFAUSMASS (Rz 62)

Das **Kompetenzzentrum** hat in der Strafanzeige auch ein bestimmtes **Strafmaß** zu **beantragen** und hiebei festzulegen, welcher **Strafrahmen** anzuwenden ist.

Anhand der folgenden **Kriterien** ist das beantragte Strafausmaß zu begründen:

- ✓ **Ausmaß** und **Dauer** der **Unterentlohnung**
- ✓ Wie weit **übersteigt** die Anzahl der **betroffenen DN** die **Zahl 3**?
- ✓ **Ausnützen** der **Schwächeposition** des geschädigten DN
- ✓ Ausmaß des **Verschuldens**
- ✓ **Bedeutung** des strafrechtlich **geschützten Rechtsgutes** (hier ist insbesondere gemeint, in welchem Ausmaß das DG-Fehlverhalten Steuern und Abgaben verkürzt bzw den Wettbewerb verzerrt hat)
- ✓ **Vorstrafen** des DG
- ✓ **Präventionsüberlegungen**
- ✓ **Vermögenslage des DG**
- ✓ **Strafmildernd**: nicht leicht zu überblickende **Berechnungsgrundlagen** des **KV-Entgelts**

J) LIEGT EIN STRAFBESCHIED AUFGRUND UNTERENTLOHNUNG VOR? → DIENSTNEHMER WIRD INFORMIERT (Rz 64)

Wird ein **Strafbescheid** wegen Unterentlohnung gegen den DG erlassen, wird der **DN** hievon **informiert**. Die Info erfolgt bereits, **bevor** der Bescheid **rechtskräftig** wurde. Der DN wird auch nicht informiert, wenn das Strafverfahren aufgrund eines Einspruches des DG eingestellt wird.

Der DN erhält **Infos** darüber,

- ✓ dass ein **Strafbescheid** erlassen wurde – die Geschäftszahl wird dem DN nicht mitgeteilt;
- ✓ welche **Bezirksverwaltungsbehörde** den Strafbescheid erlassen hat;
- ✓ in welchem **Zeitraum** die Unterentlohnung stattgefunden hat;
- ✓ dass der Entgeltanspruch **zivilrechtlich einklagbar** ist.

K) RÜCKWIRKUNGSGEBOT (Rz 70)

Die **Strafe** richtet sich gemäß § 1 Abs 2 VStG nach jenem **Recht**, das zum **Tatzeitpunkt** gilt.

Ausnahme: Das zur Zeit der **Entscheidung** geltende Recht ist in seiner Gesamtwirkung für den DG **günstiger** (= **Rückwirkungsgebot/Günstigkeitsvergleich**).



PRAXISTIPP

Auch für **Lohndumping vor dem 1. 1. 2015** wirken die erweiterten **Nachsichtmöglichkeiten**. Die LSDB-RL 2015 führen diesbezüglich die **tätige Reue** an, dh, die Nachzahlung, die geleistet wird, bevor die jeweils zuständige Kontrollbehörde die Unterentlohnung entdeckt, wirkt auch für Unterentlohnungs-Zeiträume vor dem 1. 1. 2015 strafbefreiend.

Vom **Rückwirkungsgebot/Günstigkeitsvergleich** ist aber lediglich die **Strafe** erfasst.

Nicht einzubeziehen in den **Günstigkeitsvergleich** sind geänderte **verfahrensrechtliche Vorschriften**, bspw Verjährungsfristen, Rechtsmittelfristen etc.



Der Autor:

Florian Schrenk, BA, ist Mitarbeiter der Umgeher Wirtschaftstreuhand GmbH und Mitbetreiber der Plattform www.aktuelles-arbeitsrecht.at. Der Schwerpunkt seiner Tätigkeit liegt in der arbeitsrechtlichen Beratung und laufenden Personalverrechnung.

✉ florian.schrenk@umgeher.at

🌐 lesen.lexisnexis.at/autor/Schrenk/Florian