



Bundesministerium für  
Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz

vii9@bmask.gv.at

ZI. 13/1 10/109

**GZ: 462.203/0003-VII/B/9/2010**

**BG, mit dem das Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz, das Arbeits- und Sozialgerichtsgesetz, das Insolvenz-Entgeltsicherungsgesetz und das ASVG geändert werden (Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz)**

**Referent: Hon. Prof. Dr. Georg Schima, Rechtsanwalt in Wien**

Sehr geehrte Damen und Herren!

Der Österreichische Rechtsanwaltskammertag dankt für die Übersendung des Entwurfes und erstattet dazu folgende

### **S t e l l u n g n a h m e :**

#### **I. ALLGEMEINES**

Durch den vorliegenden Gesetzesentwurf sollen laut Materialien Maßnahmen zur Bekämpfung von Lohn- und Sozialdumping gesetzt, gleiche Arbeitsmarkt- und Lohnbedingungen für bestehende Arbeitsverhältnisse und solche mit künftig zuwandernden Arbeitnehmern sowie die Leistung der gesetzlich vorgegebenen Abgaben und Sozialbeiträge gesichert werden.

Diese Ziele sind mit dem vorliegenden Gesetzesentwurf aber nur sehr eingeschränkt verwirklicht und statt dessen für die Unternehmer zT umfassende organisatorische Mehrbelastungen und weitere Eingriffe (zB durch intensive Kontrollmaßnahmen) geschaffen worden, die zu heftiger, und aus der Sicht des ÖRAK durchaus berechtigter Kritik von ua Wirtschaftskammer sowie Industriellenvereinigung am Gesetzesentwurf geführt haben.

Hintergründe des – laut den bisherigen Stellungnahmen zum Gesetzesentwurf - im Schnelldurchlauf verfassten Gesetzesentwurfes sind – wie auch die Materialien zeigen – die Arbeitsmarktoffnung auch für Staatsbürger aus den „neuen EU-Staaten“ (die der EU 2004 beigetreten sind) und die damit offenbar verbundenen Bedenken des Sozialministeriums. Die im Regierungsprogramm vereinbarten Maßnahmen wurden dabei Opfer des im Gesetzesentwurf zum Ausdruck kommenden Aktionismus. Die „Bemühungen zur grenzüberschreitenden Rechtsdurchsetzung“, mit deren Hilfe Verstöße gegen §§ 7 ff AVRAG und die diesbezüglich durch

österreichische Behörden verhängten Strafen auch im Ausland gegenüber dem auf dem österreichischen Arbeitsmarkt agierenden, ausländischen Arbeitgeber durchgesetzt können werden sollten, haben im Gesetzesentwurf hingegen keinen Platz gefunden, so dass die praktische Durchsetzung der im Gesetzesentwurf vorgesehenen, zT ganz gewaltigen Geldstrafen vermutlich weiterhin ein großes Problem sein wird.

### 1. Ad § 7 d AVRAG (Bereithaltung von Lohnunterlagen)

Bereits bisher war im AVRAG vorgesehen, dass sich grundsätzlich (auch) alle in Österreich tätigen ausländischen Unternehmen an die jeweiligen kollektivvertraglichen Mindestlöhne halten müssen (das betraf sowohl nach Österreich entsandte oder überlassene Arbeitnehmer als auch in Österreich tätige Arbeitnehmer mit einem Arbeitgeber ohne Sitz in Österreich). Einem Unterbieten der österreichischen Kollektivvertragslöhne ist daher auch weiterhin ein gesetzlicher Riegel vorgeschoben; Kontrollmaßnahmen fehlten bisher aber (abgesehen von § 7b Abs 6 f AVRAG) weitgehend, so dass die gesetzlichen Vorgaben in der Praxis des öfteren nicht eingehalten wurden.

Zusätzlich vorgesehen ist im Gesetzesentwurf nunmehr, dass alle Arbeitgeber iSd §§ 7, 7a und 7b AVRAG – also sowohl bei Entsendungen innerhalb als auch ausserhalb des EWR – „*die zur Ermittlung des Mindestentgelts erforderlichen Unterlagen*“ in deutscher Sprache für die Dauer der Beschäftigung am Arbeits(Einsatz)ort bereitzuhalten haben.

Aus den Materialien ergibt sich, dass die Sozialversicherungsmeldung des Mitarbeiters oder die Meldung an die KIAB (gemäß § 7b AVRAG) offenbar nicht als für die Erfüllung dieser Verpflichtung ausreichend angesehen wird, weil hier beispielhaft der Arbeitsvertrag, Arbeitszeitaufzeichnungen, Lohnaufzeichnungen sowie Lohnzahlungsnachweise angeführt werden. Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang darauf, dass das Mindestentgelt anhand der *konkreten Tätigkeit* zu bestimmen ist, die nicht mit der Tätigkeitsbeschreibung laut Dienstvertrag/Entsendungsvereinbarung öä übereinstimmen muss, so dass eine dem Sozialministerium vorschwebende Überprüfung der Zahlung des korrekten Mindestentgelts vor Ort auch aus diesem Grund nicht in Frage kommt und die Bereithaltung dieser Unterlagen (Dienstvertrag, Dienstzettel ua) sohin nicht geeignet ist, den Zweck der hier relevanten Gesetzesbestimmung (Überprüfung der Zahlung der Mindestlöhne) zu erfüllen. Damit liegt aber auch eine Begründung für ein Abgehen vom Grundsatz des freien Dienstleistungsverkehrs nicht vor, wie sie die Materialien unter Hinweis auf den vermeintlichen Schutz der Arbeitnehmer durch die Ermittlungen vor Ort betonen. Hinzu kommt, dass die Nichtanerkennung von an sich „tauglichen“ Beweisunterlagen nur aus dem Grund, dass diese nicht in deutscher Sprache (uU aber sehr wohl in einer EU-Amtssprache) verfasst sind, europarechtlich problematisch, und daher uU unzulässig ist (auf die Judikatur des EuGH zB im Zusammenhang mit der Anerkennung von Diplomen, Zeugnissen und Ausbildungsnachweisen darf hier verwiesen werden).

Zudem haben die von § 7d AVRAG betroffenen Arbeitgeber ihren Sitz im Ausland, werden dort im Regelfall auch die Vertragsunterlagen sowie die Lohnaufzeichnungen aufbewahren (soweit diese nicht an die Arbeitnehmer übermittelt werden). Die Unterlagen werden idR gar nicht in deutscher Sprache vorhanden sein und die vor Ort befindlichen Personen nicht immer Deutsch sprechen.

Eine Aufbewahrung aller für die Ermittlung des Mindestentgelts relevanten Unterlagen am Einsatzort und deren Vorab-Übersetzung für den bloß möglichen Fall einer Überprüfung ist daher aus Praktikabilitäts- und Kostengründen nicht opportun und auch aufgrund der technischen Möglichkeiten nicht geboten, sondern aus den vorstehend genannten Gründen unverhältnismäßig. Eine vorläufige Prüfung sollte anhand der erfolgten Meldungen sowie der (aktuellen, sich auf die zu überprüfende und aktuell zu verrichtende Tätigkeit beziehenden) Lohnzettel möglich sein bzw allfällige weitere Unterlagen den Abgabenbehörden via e-mail zur Verfügung gestellt werden.

Eine Vorlage aller Unterlagen in deutscher Sprache – ergänzend zu den erfolgten Meldungen sowie den Lohnzettel - sollte dagegen wegen der sonst gegebenen Verwaltungsbelastung für (laut Gesetzesentwurf unabhängig von der Branche und dem damit verbundenen KV-Niveau) alle Unternehmen **nur bei Vorliegen des Verdachts eines Verstoßes gegen die Bestimmungen des AVRAG vorgesehen werden.**

Das gilt insbesondere auch aufgrund der in § 7h Abs 2 AVRAG vorgesehenen ganz erheblichen Verwaltungsstrafen für den Fall, dass die laut § 7d AVRAG erforderlichen Unterlagen nicht bereitgehalten werden.

## **2. Ad § 7 e AVRAG (Ermittlungen zum Zwecke der Kontrolle des Mindestentgelts)**

Nicht nachvollziehbar ist zunächst, warum in § 7e Abs 1 – abweichend von § 7d AVRAG – nicht auch Arbeitgeber iSd § 7 AVRAG erfasst werden, weil auch diese gemäß § 7d AVRAG Unterlagen bereit halten müssten, insofern aber keine Ermittlungen gemäß § 7e AVRAG vorgesehen sind. Konsequenterweise müssten hier auch Arbeitnehmer nach § 7 AVRAG umfasst werden.

Der Gesetzesentwurf sieht im Zusammenhang mit der Überprüfung der Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen zum Mindestentgelt weitreichende Kontrollmöglichkeiten vor, die noch deutlich über jene Maßnahmen hinausgehen, die in § 7b Abs 6 AVRAG für die Überwachung der Bereithaltung der Unterlagen gemäß § 7b Abs 5 AVRAG vorgesehen sind.

So ist insbesondere die Regelung, dass alle Betriebsstätten, auswärtigen Arbeitsstätten, Betriebsräume und Aufenthaltsräume ungehindert betreten werden dürfen und von allen „dort angetroffenen Personen“ Auskünfte über die zur Ermittlung maßgebenden Tatsachen verlangt werden könnten, überschießend, ja

schon fast grotesk, weil es sich bei diesen Personen zB auch um Kunden, Lieferanten oder sonstige betriebsfremde Personen handeln und mit einem solchen Vorgehen insbes ein erheblicher (Image)Schaden verbunden sein könnte. Auch die Materialien enthalten keinerlei Begründung bzw Rechtfertigung dafür, warum hier eine so weitreichende Auskunftspflicht erforderlich sein soll. Die Auskunftspflicht sollte daher auf den Arbeitgeber und dessen Arbeitnehmer beschränkt werden.

§ 7e Abs 3 AVRAG sieht die uneingeschränkte Übermittlung aller Ermittlungsergebnisse an das bei der Wiener Gebietskrankenkasse eingerichtete Dienstleistungszentrum vor. Dieses Dienstleistungszentrum soll aber nach dem Gesetzeswortlaut nur für die nicht dem ASVG unterliegenden Arbeitnehmer nach §§ 7a, 7b AVRAG oder § 10 Abs 1 AÜG zuständig sein, würde sohin also auch die Ermittlungsergebnisse für nicht in seinen Zuständigkeitsbereich fallende Arbeitnehmer erhalten. Hier sollte daher (schon aus Datenschutzgründen) eine entsprechende Anpassung erfolgen.

### **3. Ad § 7 f AVRAG (Dienstleistungszentrum)**

Die Formulierung in § 7f AVRAG betrifft die Einrichtung des Dienstleistungszentrums ist insofern unklar, als in § 7e Abs 3 AVRAG – wohl zutreffend - von dem „*bei der Wiener Gebietskrankenkasse eingerichteten Dienstleistungszentrum*“ die Rede ist, während § 7f AVRAG vorsieht, dass „*die Wiener Gebietskrankenkasse als Dienstleistungszentrum eingerichtet*“ wird. Hier sollte daher eine Abänderung iSv der Formulierung in § 7e Abs 3 AVRAG, jedenfalls aber eine Vereinheitlichung erfolgen.

Nicht nachvollziehbar ist auch, warum trotz der grundsätzlich alle Arbeitnehmer iSd §§ 7a, 7b AVRAG und § 10 Abs 1 AÜG betreffenden Kontrollbefugnis der Organe der Abgabenbehörden, das Dienstleistungszentrum nur für die nicht dem ASVG unterliegenden Arbeitnehmer zuständig sein und diese betreffend Anzeigen erstatten soll.

Denn auch wenn für die „dem ASVG unterliegenden“ Arbeitnehmer die Sozialversicherungsträger gewisse Kontrollmöglichkeiten haben, sind diese doch lange nicht so ausgeprägt wie die in den §§ 7e, 7f AVRAG.

Zu überlegen ist, ob für die „erhebliche Unterschreitung“ nicht zumindest ein Richtwert angeführt wird, weil die Negativabgrenzung in den Materialien nur beschränkt aussagekräftig ist.

Aus datenschutzrechtlicher Sicht sollte im Gesetzesentwurf klargestellt werden, zu welchem – gesetzlich zulässigem – Zweck eine Übermittlung der Ablichtung der Anzeige an die zuständigen Interessenvertretungen in Frage kommt, weil der Gesetzesentwurf insofern zu weitreichend sein dürfte.

§ 7f Abs 3 AVRAG differenziert betreffend die Grundlagen für eine Anzeige an die Bezirksverwaltungsbehörde zwischen dem Ermittlungsergebnis, dass „*nicht*

*zumindest das nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag zustehende niedrigste Grundgehalt*“ geleistet wird (wobei hier auf einen durchschnittlichen Arbeitnehmer abgestellt wird – und die Vereinbarung einer Lehrlingsentschädigung für die entsprechende Beurteilung keine Rolle spielt) und jenem Ergebnis, dass die Entlohnung „*das dem Arbeitnehmer nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag zustehende Mindestentgelt erheblich unterschreitet*“. Diese Differenzierung ist nicht verständlich, weil auch in den §§ 7d und 7e AVRAG stets auf das in §§ 7 ff AVRAG geregelte (Mindest)Entgelt abgestellt wird und auch aus den Materialien nicht hervorgeht, warum hier plötzlich auf das einem durchschnittlichen Arbeitnehmer zustehende, im Gesetzesentwurf nicht näher definierte „**Grundgehalt**“ abgestellt wird. Wie oben ausgeführt, wird es für die Behörden zudem nicht selten gar nicht möglich sein, das dem Arbeitnehmer zustehende Mindestentgelt anhand der Unterlagen gemäß § 7d AVRAG zu bestimmen; diese Aufgabe kommt bislang den Gerichten (insbes im Rahmen der vor dem Arbeits- und Sozialgericht stattfindenden Einstufungsstreitigkeiten) zu. Hier sollte unbedingt eine Klarstellung in den Gesetzesentwurf aufgenommen werden, was mit den erwähnten Begriffen konkret gemeint ist und welche Unterschiede zwischen den beiden Tatbeständen im Gesetzesentwurf bestehen.

Die in den Materialien bejahten Voraussetzungen für die durch die vorliegende Regelung verwirklichte Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs sind nicht gegeben, weil die Kontrolle und Anzeigepflicht – wie erwähnt – nur einen eingeschränkten, weil nicht dem ASVG unterliegenden Teil der Arbeitnehmer erfasst, dafür aber – wie gezeigt – umfassende Kontrollmaßnahmen und vor allem auch Erfordernisse betreffend die Bereithaltung von Unterlagen vorsieht.

#### 4. Ad § 7 g AVRAG (Feststellung von Übertretungen)

Die hier getroffene Differenzierung ist ebenfalls nicht konsistent, weil eine uneingeschränkte Anzeigepflicht betreffend alle bereits in Österreich ansässigen Arbeitnehmer durch die jeweiligen Träger der Krankenversicherung vorgesehen ist. Diese haben jedoch nicht die erweiterten Kontrollmöglichkeiten des § 7e AVRAG samt der Übersendung der Ermittlungsergebnisse, so dass hier im Ergebnis eine „Zwei-Klassen-Kontrolle“ geschaffen wird. Die Materialien begründen die Einbeziehung der bereits in Österreich ansässigen Arbeitnehmer damit, dass auch bei diesen Lohn- und Sozialdumping ein Problem sei. Umso weniger verständlich sind die erwähnten Differenzierungen.

Auch hier findet sich wiederum die bereits in § 7f AVRAG enthaltene Differenzierung zwischen dem niedrigsten Grundgehalt und der Unterschreitung des nach Kollektivvertrag zustehenden Mindestentgelts.

Zu empfehlen wäre eine Klarstellung im bisher zu weit gefassten Abs 2, wonach die Einsichtnahme und Anfertigung von Abschriften nur im Rahmen der Aufgaben gemäß Abs 1 erfolgen darf.

## 5. Ad § 7 h AVRAG (Strafbestimmungen)

Die in Abs 1 für Übertretungen von § 7e AVRAG vorgesehenen Verwaltungsstrafen von € 5.000,-- bis € 50.000,-- (bzw im Wiederholungsfall von € 10.000,-- bis € 100.000,--) sind – noch dazu, weil sie auch für nicht näher definierte „Erschwerungen oder Behinderungen“ der Kontrollen und nach dem Gesetzeswortlaut auch bei der Verweigerung der Auskunftserteilung durch Dritte vorgesehen sind –massiv überhöht und stehen außer Verhältnis zu der zB in § 7b Abs 9 AVRAG vorgesehenen Geldstrafe von maximal € 1.450,--, aber auch zu den Geldstrafen gemäß § 28 AusIBG.

Weitgehend dieselben Bedenken gelten hinsichtlich der in Abs 3 vorgesehenen Geldstrafen für die erwähnten Fälle der Unterentlohnung bzw Nichtzahlung des niedrigsten Grundgehalts. Auch hier wäre daher eine deutliche Reduktion der – insbesondere für Verwaltungsstrafverfahren übermäßig hohen - Geldstrafen geboten. Aus den Materialien ergibt sich, dass die Herbeiführung und die Aufrechterhaltung des unrechtmäßigen Zustands zu ahnden ist. Bei der Mehrfachbestrafung betreffend die Unterentlohnung ein- und desselben Arbeitnehmers (über einen bestimmten Zeitraum) ist aber jedenfalls Vorsicht geboten.

Die sehr hohen Strafen sind gerade auch in Kombination mit der völlig willkürlichen und in den Materialien in keiner Weise begründeten Verlängerung der in § 31 Abs 2 VStG vorgesehenen Verjährungsfrist auf das Zehnfache (!) sehr unausgewogen. Eine Verlängerung der sechsmonatigen Frist zur Verfolgung eines Verstoßes liegt weder im Interesse der Bekämpfung von Lohn- und Sozialdumping (mehrere Jahren nach dem Verstoß ist die den Arbeitsmarkt beeinträchtigende und uU auch wettbewerbsverzerrende Handlung längst gesetzt worden und hat sich bereits über Jahre hinweg am Arbeitsmarkt ausgewirkt - Gegenmaßnahmen in Form der Verhängung von Geldstrafen etc kämen sohin viel zu spät) und brächte aufgrund der ganz erheblichen Zeitspanne für die Verfolgung von Verstößen auch große Rechtsunsicherheit. Denn dabei ginge es nicht um den Schutz der Arbeitnehmer, die allfällige Differenzansprüche in punkto Entgelt ohnehin über die sechsmonatige Verjährungsfrist hinaus geltend machen können, sondern um die – möglichst zeitnahe – Bestrafung eines Verstoßes und deren Beispielwirkung für die Zukunft. Die Verjährungsfrist sollte daher entsprechend (deutlich) reduziert, jedenfalls aber in den Materialien begründet werden, warum die Voraussetzungen für eine ganz massive Verlängerung der Verjährungsfrist und damit für eine Abweichung von § 31 Abs 2 VStG gegeben sein sollen.

## 6. Ad § 7 i AVRAG (Unterausschuss)

Der Gesetzesentwurf sieht die Bildung eines Unterausschusses zur Beurteilung des Vorliegens einer Unterentlohnung vor, wobei nach § 7f Abs 3 AVRAG primär das Dienstleistungszentrum zur Beurteilung der erheblichen Unterschreitung des Mindestentgelts zuständig ist. Klargestellt werden sollte daher das (rechtliche) Verhältnis zwischen den beiden Einheiten.

## 7. Ad § 7 j AVRAG (Untersagung der Dienstleistung)

Der Gesetzesentwurf sieht hier vor, dass die Bezirksverwaltungsbehörden bei wiederholten rechtskräftigen Bestrafungen die Dienstleistungen des Arbeitgebers für mindestens ein Jahr (!) untersagen können.

Auch mit dieser Maßnahme werden aber die oben wiedergegebenen Ziele des Gesetzesentwurfs nur eingeschränkt erfüllt. Potentielle Arbeitgeber werden damit vom österr Arbeitsmarkt ferngehalten und aufgrund der langen Zeitspanne wohl nach einer Alternative suchen, womit die (auch abgabenrechtlich) positiven Auswirkungen einer Tätigkeit der Arbeitnehmer in Österreich ebenfalls verloren gehen. Hier sollte daher nach einer weniger schwerwiegenden Sanktion gesucht werden.

Zudem sollte im Gesetzesentwurf präzisiert werden, ob bereits ein zweifacher Versoß als „wiederholt“ iSd Gesetzes anzusehen ist (weil die Materialien insofern keinen näheren Aufschluss geben). Betrachtete man zB als zweifachen Verstoß schon die Unterbezahlung eines einzigen Arbeitnehmers über zwei oder drei Lohnperioden (oder bei zwei Arbeitnehmern über eine einzige Lohnperiode), dann wäre die erforderliche „Qualifikation“ unverhältnismäßig einfach zu erreichen.

Sehr unausgewogen und logisch inkonsistent ist auch, dass die im Gesetzesentwurf vorgesehene Geldstrafe für den Fall eines Verstoßes gegen die Untersagung der Dienstleistung maximal € 5.000,-- und somit nur einen Bruchteil der oben in den Strafbestimmungen in § 7h Abs 1 und 3 AVRAG vorgesehenen Strafen beträgt.

Es sollte daher eine generelle Abstimmung der im Gesetzesentwurf vorgesehenen Geldstrafen erfolgen, und diese wären an die Strafrahmen der vergleichbaren verwaltungsstrafrechtlichen, und insbesondere der arbeits- und sozialversicherungsrechtlichen Sanktionen anzupassen.

## 8. Ad § 7 m AVRAG (Abschöpfung des wirtschaftlichen Vorteils)

Der Gesetzesentwurf sieht die aus dem StGB übernommene Abschöpfung des wirtschaftlichen Vorteils durch das „Lohn- und Sozialdumping“ vor, durch die – laut Materialien – die Effizienz der getroffenen Maßnahmen verbessert werden soll.

Auch hier wird – wie bereits oben zu § 7h Abs 5 AVRAG ausgeführt – in Abs 3 und 4 auf eine fünfjährige Frist abgestellt, die deutlich zu lange bemessen ist und sich an der allgemeinen Verjährungsfrist des VStG orientieren sollte.

Eine Abschöpfung des wirtschaftlichen Vorteils ist im Verwaltungsstrafrecht an sich nicht vorgesehen und sollte daher – wenn überhaupt – auf besonders krasse Fälle beschränkt und die Regelung insbesondere auch mit den oben erwähnten Strafbestimmungen abgestimmt werden.

Klargestellt werden sollte zudem, ob der Begriff „*Entgeltansprüche*“ in § 7m Abs 2 und Abs 3 AVRAG den in Abs 1 erwähnten Bruttolohn samt Sozialversicherungs- und lohnabhängigen Abgaben umfasst oder wie dieser Begriff sonst zu verstehen ist.

### **9. Ad § 7 n AVRAG (Verbandsklage)**

Ein ebenfalls bisher im AVRAG nicht vorgesehenes Instrumentarium zur Bekämpfung von Unterentlohnung sieht der Gesetzesentwurf in § 7n AVRAG mit der „Verbandsklage“ vor. Hier sollte jedenfalls auch eine Frist vorgesehen werden, innerhalb derer die Einbringung einer Verbandsklage zulässig sein soll; bislang sieht der Gesetzesentwurf keine zeitliche Beschränkung vor, solange der Arbeitgeber die Entgeltansprüche nicht geleistet hat.

Auch an dieser Stelle wäre zudem eine Klarstellung des Begriffes „*Entgeltansprüche*“ vorzunehmen.

Wien, am 11. August 2010

DER ÖSTERREICHISCHE RECHTSANWALTSKAMMERTAG

Dr. Gerhard Benn-Ibler  
Präsident