



Amt der Wiener Landesregierung

Magistratsdirektion der Stadt Wien
Geschäftsbereich Recht
Rathaus, Stiege 8, 2. Stock, Tür 428
1082 Wien
Tel.: +43 1 4000 82381
Fax: +43 1 4000 99 82310
E-Mail: post@md-r.wien.gv.at
www.wien.at

Bundesministerium für
Arbeit Soziales und Konsumentenschutz

Wien, 4. April 2016

MDR - 206558-2016-7
Entwurf eines Bundesgesetzes,
mit dem ein Gesetz zur Bekämpfung
von Lohn- und Sozialdumping-
(Lohn- und Sozialdumping-
Bekämpfungsgesetz - LSD-BG)
geschaffen wird und das Arbeits-
vertragsrechts-Anpassungsgesetz,
das Arbeitskräfteüberlassungsgesetz,
das Landarbeitsgesetz 1984,
das Arbeitsinspektionsgesetz 1993,
das Heimarbeitsgesetz 1960,
das Betriebliche Mitarbeiter- und
Selbständigenvorsorgegesetz und
das Betriebspensionsgesetz geändert
werden;
Begutachtung;
Stellungnahme

zu BMASK-462.203/0008-VII/B/9/2016

Zu dem mit Schreiben vom 9. März 2016 übermittelten Entwurf eines Bundesgesetzes wird wie folgt Stellung genommen:

Zu § 3:

Die vorgesehene Formulierung in Abs. 5 bringt nicht klar zum Ausdruck, worauf die Wortfolge „diese Arbeiten“ abstellt. Werden darunter nämlich nicht die Arbeiten im Zusammenhang mit der konkreten Anlage verstanden, wäre der Ausnahmetatbestand auch bei „durchgehender Arbeit“ in Österreich erfüllt, wenn beispielsweise sechs Anlagen mit jeweils zwei Monaten Beschäftigung betroffen sind. Es wird daher eine sprachliche Präzisierung des letzten Satzes angeregt. Beispielsweise könnte klarer auf den entsandten Arbeitnehmer abgestellt werden („dessen Arbeiten in Österreich insgesamt nicht länger als drei Monate dauern.“)

Darüber hinaus ist eine Klarstellung in Abs. 6 dahingehend wünschenswert, ob der Begriff „Bauarbeiten“ etwa deckungsgleich mit dem in § 4 Z 1 und Anhang I BVergG 2006 verwendeten, weiten Begriff der „Tätigkeiten“ zu verstehen ist. Wird im Zuge von Bauarbeiten auch eine im Ausland gefertigte Anlage montiert, ist fraglich, ob gemäß Abs. 6 die §§ 3 und 4 ab dem ersten Tag gelten oder aber die Ausnahmeregelung des Abs. 5 zur Anwendung kommt.

Zu § 4:

Die Anmerkungen zu § 3 Abs. 5 und 6 gelten für die Abs. 3 und 4 sinngemäß.

Zu § 8:

Die Erläuterungen führen nicht aus, ob die Haftung der „Auftraggeber als Unternehmer“ auch öffentliche Auftraggeber und Sektorenauftraggeber im Sinne des Bundesvergaberechts treffen soll (diese gelten im Unternehmensrecht häufig als Unternehmer). Dass die Haftungsregelung jener des § 7b Abs. 2 AVRAG entspreche, kann nicht nachvollzogen werden. Es dürfte wohl § 7a Abs. 2 AVRAG gemeint sein.

Zu § 9:

§ 9 Abs. 1 zweiter Satz sieht eine Haftung als Bürge und Zahler auch von Auftraggebern, die selbst nicht Auftragnehmer der beauftragten Bauarbeiten sind, vor. Dies könnte auch öffentliche Auftraggeber und Sektorenauftraggeber im Sinne des Bundesvergaberechts treffen. In den Erläuterungen wäre auszuführen, wie die Haftungsbedingung: „[...] wenn er vor der Beauftragung von der Nichtzahlung des Entgelts wusste oder diese auf Grund offensichtlicher Hinweise ernsthaft für möglich halten musste und sich damit abfand“ konkret zu verstehen ist. Im Regelfall kann wohl im Zeitpunkt der Zuschlagsentscheidung bzw. Zuschlagserteilung nicht prognostiziert - und wegen der Unschuldsvermutung nicht unterstellt - werden, dass der Auftragnehmer seinen Arbeitnehmern Entgelte rechtswidrig nicht bezahlen werde. Auch ist unklar wann ein „offensichtlicher Hinweis“ vorliegt. Sofern damit bloße Indizien gemeint sein sollten, reichen diese zur Begründung eines haftungsbegründenden Eventualvorsatzes des Auftraggebers nicht aus. Auf eine sachverständige Beurteilung, mit der auch finanzielle Auswirkungen auf Landes- und Gemeindeebene einhergehen, kann wohl auch nicht abgestellt werden. Hingewiesen wird darauf, dass das BVergG 2006 keinen entsprechenden Ausscheidenstatbestand vorsieht.

In diesem Zusammenhang ist weiters darauf hinzuweisen, dass es dem Auftraggeber im Regelfall weder möglich noch zumutbar ist, die Kalkulation des Angebotes umfassend zu überprüfen. Nach ständiger Rechtsprechung ist die Kalkulation lediglich bei preislichen Auffälligkeiten im Zuge der so genannten vertieften Angebotsprüfung nach dem Bundesvergaberecht (vgl. z.B. § 125 BVergG 2006) „nur“ auf ihre betriebswirtschaftliche Plausibilität zu prüfen.

Die offenbar auf § 9 Abs. 4 des Entwurfes abstellenden einleitenden Ausführungen in den Erläuterungen, wonach der Auftraggeber ja die Zahlung des Werklohns erst nach Ablauf der Fristen der Arbeitnehmer zur Geltendmachung der Haftung vorsehen könne und dadurch wirtschaftlich im Ergebnis keinen höheren Lohn als den Werklohn zu bezahlen habe, scheinen zu übersehen, dass die öffentlichen Auftraggeber und die Sektorenauftraggeber auf Grund der zwingenden Vorgaben der Zahlungsverzugsrichtlinie 2011/7/EU (umgesetzt unter anderem in den §§ 87a Abs. 2 und 241a Abs. 2 BVergG 2006) eine Zahlungsfrist von 30 Tagen einzuhalten haben, die nur unter bestimmten Bedingungen auf höchstens 60 Tage verlängert werden darf. Dem stünde nach § 9 Abs. 1 LSD-BG künftig eine mindestens 9-monatige Dauer der Haftung gegenüber, die sich durch gerichtliche Geltendmachung des Lohns durch den Arbeitnehmer gegenüber dem Auftraggeber noch verlängert. Es wäre daher klarzustellen, in welchem Verhältnis das „Leistungsverweige-

rungsrecht“ nach § 9 Abs. 4 zu den Zahlungsfristen auf Grund der Zahlungsverzugsrichtlinie steht.

Auch die Erstreckung der Haftung des Auftraggebers auf die Löhne der Arbeitnehmer aller weiteren Auftragnehmer in der Subunternehmerkette wird nicht ausreichend erläutert, zumal nicht behauptet werden kann, jede Subvergabe sei ein „Umgebungsgeschäft“. Die Erläuterungen führen insbesondere nicht aus, ob mit „Umgebungsgeschäft“ auch die Auftragsvergabe vom (obersten) Auftraggeber an seinen direkten Auftragnehmer gemeint ist. Da der Auftraggeber nicht Vertragspartner von Sub-Subvergaben ist und ihm die diesbezüglichen Verträge in der Regel nicht bekannt sind, wird es in der Praxis kaum vorkommen, dass der Auftraggeber von einem solchen „Umgebungsgeschäft“ wusste oder auf Grund offensichtlicher Hinweise ein solches ernsthaft für möglich halten musste und sich damit abfand. „Umgebungsgeschäfte“ dienen nach allgemeinem Sprachgebrauch dazu, einem gesetzlichen Verbot oder Gebot auszuweichen. Es stellt sich daher die Frage, welches Verbot oder Gebot hier gemeint ist. Sofern lediglich die versuchte Umgehung der Auftraggeberhaftung nach § 9 Abs. 1 gemeint sein sollte, wäre darauf hinzuweisen, dass diese nur bezüglich einer Verkürzung der den Arbeitnehmern des direkten Auftragnehmers besteht. Sub-Sub-Vergaben können zwar erfahrungsgemäß zu Lohnverkürzungen weiter unten in der Subunternehmerkette führen, haben aber mit der von § 9 Abs. 1 normierten Haftung für Lohnverkürzungen auf Ebene des ersten Subunternehmers nichts zu tun. Mit anderen Worten: Wenn der Hauptauftragnehmer der „ersten Ebene“ seine Arbeitnehmer korrekt entlohnt, kann § 9 Abs. 8 nicht greifen, weil mangels Lohnverkürzungen auf der obersten Ebene keine Haftung des Auftraggebers nach § 9 Abs. 1 eintritt, die Gegenstand eines „Umgebungsgeschäftes“ sein könnte. Diese Ausführungen gelten sinngemäß auch für § 10 Abs. 3.

In unionsrechtlicher Hinsicht ist noch darauf hinzuweisen, dass der laut den Erläuterungen als Grundlage herangezogene Art. 12 Abs. 2 der Richtlinie 2014/67/EU (wie Art. 12 Abs. 1) nur eine Haftung der Auftragnehmer für die von deren direkten Unterauftragnehmern bezahlten Löhne vorsieht, keine Haftung der Auftraggeber. Sollte im LSD-BG eine strengere nationale Regelung (im Sinne von Art. 12 Abs. 4) beabsichtigt sein, die es im Ergebnis sehr riskant macht, Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten der Union bzw. EWR-Vertragsstaaten oder inländische Unternehmen, die ausländische Arbeitnehmer beschäftigen, heranzuziehen, stellt sich - wie in den Erläuterungen zur Richtlinie problematisiert - die Frage, ob die vorgeschlagenen Regelungen durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt, zur Erreichung des Ziels geeignet und angemessen sind. In diesem Zusammenhang ist nachdrücklich darauf aufmerksam zu machen, dass es öffentlichen Auftraggebern und Sektorenauftraggebern unionsrechtlich und vergaberechtlich untersagt ist, Unternehmen zu benachteiligen, weil sie nicht in Österreich ansässig sind oder weil sie (in rechtskonformer Weise) ausländische Arbeitnehmer beschäftigen. Die öffentlichen Auftraggeber und Sektorenauftraggeber müssten auf Grund des vorliegenden Entwurfs Haftungsrisiken übernehmen, ohne dass es in ihrem Ermessen stünde, welche Unternehmen sie beauftragen. Das Vergabeverfahren ist nämlich ein im Detail geregelter und von den Verwaltungsgerichten nachzuprüfender Prozess, der vom fundamentalen Prinzip der Gleichbehandlung aller BewerberInnen und BieterInnen geprägt ist.

Zu § 9 Abs. 6 ist zu bemerken, dass eine Auskunftserteilung im Einzelfall (über Anfrage der BUAK bzw. von Arbeitnehmern) der Schaffung eines „Datenfriedhofes“ im Bundesvergaberecht (durch pauschale Meldung aller Auftragsdaten an die Baustellendatenbank der BUAK) zwar vorzuziehen wäre. Die Auskunftserteilung muss jedoch auf einer gesetzlich entsprechend dem Datenschutzrecht abgesicherten Grundlage erfolgen und darf überdies keine zivilrechtliche Haftung des Auftraggebers für Sub-Sub-Vergaben außerhalb seines Einflussbereichs führen.

Zu § 10:

§ 10 schlägt (entgegen der etwas verkürzenden Überschrift) vor, die bisherige Generalunternehmerhaftung nach § 7c AVRAG auf öffentliche Auftraggeber und Sektorenauftraggeber zu erstrecken. Die bisherige Haftung als Bürge bzw. Ausfallsbürge (§§ 1355 bzw. 1356 ABGB) wird ferner im Sinne einer Haftung als Bürge und Zahler (§ 1357) verschärft. Nicht nachvollziehbar und entschieden abzulehnen ist, dass die Haftung der öffentlichen Auftraggeber und Sektorenauftraggeber für Entgeltansprüche der Arbeitnehmer der Subunternehmer bedingungslos und verschuldensunabhängig eintreten soll. Dies überdies gerade dann, wenn der Generalunternehmer Subunternehmer entgegen dem Bundesvergaberecht oder werkvertraglichen Vereinbarungen mit dem öffentlichen Auftraggeber bzw. Sektorenauftraggeber unzulässige Subvergaben vorgenommen hat. Insbesondere ist dabei an den Fall zu denken, dass der Hauptauftragnehmer Subunternehmer einsetzt, ohne vorher die Zustimmung des öffentlichen Auftraggebers bzw. Sektorenauftraggebers einzuholen und ihn in die Lage zu versetzen eine Eignungsprüfung vorzunehmen. In Erinnerung zu rufen ist in diesem Zusammenhang, dass die Verpflichtung der Auftragnehmer, dem öffentlichen Auftraggeber bzw. Sektorenauftraggeber alle Subunternehmer in der gesamten Subunternehmerkette zu melden und vor deren Einsatz die Zustimmung des Auftraggebers zu erwirken, erst jüngst in der Novelle BGBl. I Nr. 7/2016 zum BVergG 2006 verschärft worden ist.

Der eingeschränkte Geltungsbereich dieser Regelung scheint nicht nur unsachlich, sondern auch verfassungsrechtlich bedenklich. Ist Lohn- und Sozialdumping kein Problem in Österreich, scheinen diese Regelungen obsolet. Stellt Lohn- und Sozialdumping jedoch ein aktuelles Problem in Österreich dar, wird es der „öffentliche“ Bereich (lediglich 14 % des österreichischen BIP sind öffentliche Auftragsvergaben; nur ein Teil davon wird von dieser Regelung erfasst) allein nicht lösen können.

Die sachlich in keiner Weise begründbare Haftung der öffentlichen Auftraggeber und Sektorenauftraggeber nach § 10 Abs. 1 hat somit zu entfallen.

Hinsichtlich § 10 Abs. 2 wird auf die Ausführungen zu § 9 Abs. 6 verwiesen. Darüber hinaus wird hinterfragt, wie weit das Auskunftersuchen eines Privaten greift und ob tatsächlich die gesamte Subunternehmerkette darzulegen ist bzw. wie die Arbeitnehmereigenschaft zu überprüfen ist. In der Praxis wird der Arbeitnehmer lediglich den Namen des unmittelbar Vorgesetzten nennen können. Schließlich wird in diesem Zusammenhang auf die bestehende, verfassungsrechtlich abgesicherte Bestimmung des § 93 Abs. 1 Arbeiterkammergesetz 1992 hingewiesen.

Insgesamt sind die durch dieses Gesetz zu erwartenden finanziellen Auswirkungen (personelle Aufwendungen sowie Risiken) für die öffentlichen Haushalte auf Landes- und Gemeindeebene nicht entsprechend berücksichtigt bzw. dargestellt. Davon auszugehen ist, dass die finanziellen Belastungen im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung ein Vielfaches der im Vorblatt dargestellten finanziellen Auswirkungen ausmachen werden.

Zu § 17:

Gemäß den Erläuterungen zu § 17 LSD-BG sei es notwendig - da IMI als das prioritäre Mittel der Verständigung der Behörden im Rahmen ihrer grenzüberschreitenden Zusammenarbeit vorgesehen ist - eine Stelle einzurichten, die zentral Ersuchen anderer Mitgliedstaaten um Behördenkooperation entgegennehmen und weiterleiten sowie Behörden und Stellen im Inland bei der Kontaktaufnahme mit ausländischen Behörden im IMI unterstützen kann.

In § 17 selbst ist vorgesehen, dass für die Abgabenbehörden sowie die Zentrale Koordinationsstelle das Bundesministerium für Finanzen diese Funktion wahrnehmen soll. Für die Verwaltungsgerichte, die Bezirksverwaltungsbehörden, die Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse und das Kompetenzzentrum LSDB hingegen solle das Amt der Landesregierung diese Funktion einnehmen.

Die Übertragung auf das Amt der Landesregierung ist aus folgenden Gründen abzulehnen:

- Der Intention einer zentralen Anlaufstelle folgend sollte es auch nur eine zentrale Anlaufstelle zur kompetenten Unterstützung geben.
- Nach unserem Verständnis des LSD-BG sollte diese Aufgabe sinnvollerweise durch eine mit Aufgaben nach diesem Gesetz betraute Behörde - z. B. die Zentrale Koordinationsstelle des BMF für die Kontrolle illegaler Beschäftigung oder das Kompetenzzentrum LSDB - wahrgenommen werden. Die Gründe für die Einrichtung einer weiteren „zentralen“ Stelle sind nicht nachvollziehbar.
- Eine nachvollziehbare, detaillierte Darstellung der für die Bundesländer zu erwartenden finanziellen Mehrbelastungen bei Betrauung der Ämter der Landesregierung fehlt.

Zu § 40 Abs. 2 und 3:

§ 39 regelt, dass inländische Verwaltungsbehörden und Gerichte, die mit der Zustellung und Vollstreckung von Entscheidungen im Zusammenhang mit der Übertretung arbeitsrechtlicher Vorschriften befasst sind, IMI zu verwenden haben. Gemäß § 40 Abs. 1 sind entsprechende Ersuchen um Zustellung und Vollstreckung inländischer Straferkenntnisse oder -verfügungen von diesen Behörden zu stellen.

Dies bedingt eine Registrierung dieser Stellen im IMI. Dementsprechend unverständlich und in der Realität wohl auch nicht praktikabel ist daher die Bestimmung in § 40 Abs. 2, dass Ersuchen um Zustellung und Vollstreckung von Entscheidungen anderer Mitgliedstaaten von den Ämtern der Landesregierung entgegenzunehmen und weiterzuleiten sind. Denn wenn die zuständigen Behörden ohnehin im IMI registriert sind, wird sich die Behörde eines anderen Mitgliedstaates mit ihrem Ersuchen über IMI gleich direkt an die zuständige Stelle in Österreich wenden, was im Übrigen auch gerade Sinn und Zweck dieses Systems ist.

Betreffend die Regelung des Abs. 3 wird auf die Ausführungen zu § 17 verwiesen.

Zu den §§ 43, 44, 46, 48 und 49:

Es wird auf die Ausführungen zu § 17 verwiesen.

Zum Verweis in den Erläuterungen, wonach die im Formular eingetragenen Angaben im IMI automatisch übersetzt würden, wird angemerkt, dass es sich hierbei um standardisierte Angaben aus einem Fragenkatalog handeln muss. Die Annahme, dass alle im IMI eingegebenen Angaben vom System übersetzt würden, ist daher nicht korrekt. Sollten von

einer inländischen Stelle daher Freitext-Angaben gemacht werden, müssten diese von der jeweiligen Stelle selbst übersetzt werden. Vice versa gilt dies auch für Angaben aus anderen Mitgliedstaaten.

Zu den §§ 53, 54, 55, 56, 59 und 65:

Es wird auf die Ausführungen zu § 17 verwiesen.

Für den Landesamtsdirektor:

Mag. Martin Hassfurther

Ergeht an:

1. Präsidium des Nationalrates
2. alle Ämter der Landesregierungen
3. Verbindungsstelle der Bundesländer
4. MA 63
mit dem Ersuchen um Weiterleitung an die einbezogenen Dienststellen



Dieses Dokument wurde amtssigniert.

Information zur Prüfung der elektronischen Signatur und des Ausdrucks finden Sie unter:
<https://www.wien.gv.at/amtssignatur>