

1. Einleitung

Entwicklung

Die Nichteinhaltung vertraglicher Pflichten wird vom Staat i.a.R. nicht verfolgt, sondern es ist vielmehr Angelegenheit der Parteien, ihren Anspruch aus eigenem Antrieb – wenn auch unter Anrufung staatlicher Gerichte – durchzusetzen oder eben darauf zu verzichten. Dies galt jahrzehntelang auch für den Arbeitsvertrag.¹ Verwaltungsstrafen zur Durchsetzung von Arbeitnehmerschutzvorschriften sind zwar seit Jahrzehnten Bestandteil der österreichischen Rechtsordnung, doch die Durchsetzung des Entgeltanspruchs selbst blieb dem Arbeitnehmer (AN) überlassen.

Anderes galt (und gilt) im Sozialversicherungsrecht; dort stellt § 44 ASVG auf den im Beitragszeitraum „gebührenden“ Arbeitsverdienst ab, worunter also nicht bloß das tatsächlich vom Arbeitgeber (AG) bezahlte Entgelt zu verstehen ist, sondern jenes, auf das der AN einen zivilrechtlichen Rechtsanspruch² hat („Anspruchslohn“). Hier kann also der Krankenversicherungsträger (KV-Träger) im Rahmen der Beitragsprüfung die Nachentrichtung der SV-Beiträge für diese Entgeltbestandteile bescheidmäßig vorschreiben. Der AN ist diesfalls dann Nutznießer, wenn er Geldleistungen aus der Sozialversicherung erhält, weil deren Bemessungsgrundlage dadurch steigt; auf den Entgeltanspruch gegen den AG hat dies aber keinen Einfluss. Ausdrücklich ist aber darauf zu verweisen, dass der Anspruchslohn nach dem ASVG *nicht* mit dem LSDB-Mindestentgelt ident ist. Das Mindestentgelt berücksichtigt nur Entgeltbestandteile, die ihre Rechtsgrundlage in bestimmten Rechtsquellen (v.a. Kollektivvertrag – KollV) haben, nicht aber solche, die auf einer Einzelvereinbarung beruhen. Der Anspruchslohn umfasst somit Entgeltbestandteile, die das LSDB-Mindestentgelt nicht erfasst.

Erst die Öffnung des Arbeitsmarktes am 1.5.2011 für Staatsbürger der „neuen Mitgliedstaaten“ und die Befürchtung, dass sich diese als AN entgegen ihrem zivilrechtlichen Anspruch auf das in Österreich geltende Mindestentgelt (s dazu unter 4.7.2.2.) faktisch mit einem deutlich geringeren Entgelt zufrieden geben würden, haben den Gesetzgeber dazu bewogen, die Nichteinhaltung des Mindestentgelts unter Verwaltungsstrafe zu stellen. Die Regelung erfolgte durch das am 1.5.2011 in Kraft getretene **Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz** (LSDB-G, BGBl I 2011/24), das eine Novelle des AVRAG war. In den Mat. dazu heißt es:

Für regulär arbeitende Firmen werden damit faire Konkurrenzbedingungen geschaffen. Indem die Maßnahmen zur Verhinderung von Lohn- und Sozialdumping im Ergebnis gleiche Lohnbedingungen für in Österreich tätige Arbeitnehmer/innen sichern und zugleich einen fairen Wettbewerb zwischen den inländischen Unternehmen einerseits sowie im Verhältnis zu Unternehmen ohne Sitz in Österreich andererseits ermöglichen, sind daraus positive Auswirkungen auf den österreichischen Arbeitsmarkt zu erwarten. Geringere Arbeitslosigkeit und mehr reguläre Beschäftigungsverhältnisse haben einen verminderten Aufwand für Arbeitslosengeld und höhere Beitragseinnahmen zur Folge. Die Verdrängung österreichischer oder in Österreich ansässiger Arbeitnehmer/innen aus dem EWR-Raum durch neuzuströmende Arbeitssuchende nach der Öffnung des Arbeitsmarktes im Mai 2011 wird durch die verstärkte Kontrolle der Einhaltung des gesetzlichen oder kollektivvertraglichen Grundlohns verhindert. Durch die Wahrung der Wettbewerbsfähigkeit zwischen den Unternehmen können alle auf dem Arbeitsmarkt verfügbaren Ressourcen optimal genutzt werden. Mittelfristig kann daher – neben höheren Beitrags- und Steuereinnahmen – durch die Verhinderung eines Verdrängungswettbewerbs auf dem Arbeitsmarkt mit einem stabileren und durchschnittlich höheren Beschäftigungsniveau gerechnet werden.³

Ein wesentlicher Unterschied dieser ursprünglichen Regelung zum nunmehrigen Gesetz ist, dass das LSDB-G nur die Nichtentrichtung des **Grundlohns** – der Begriff war neu und nur in diesem Gesetz enthalten – unter Strafe stellte, die Nichtentrichtung anderer

¹ Auch der KollV selbst wird von der h.M. als privatrechtlicher Vertrag gesehen; vertiefend dazu *Holzer*, Kollektive Entgeltregelungen nach dem Konzept des ArbVG, in *Resch*, Kollektive Lohngestaltung in Österreich (2014) 43–55 (46).

² *Blume in Sonntag*, ASVG⁵ (2014) § 44 Rz 1.

³ RV 1076 BlgNR 24. GP.

Entgeltbestandteile jedoch nicht. Zum Grundlohn zählten der kollektive Mindestlohn (-gehalt), nicht aber z.B. Zulagen, Zuschläge oder Sonderzahlungen.⁴ Dieses Auseinandergehen zwischen dem zivilrechtlichen Entgeltanspruch und dem verwaltungsstrafbewehrten Teil stieß in der Lit. auf heftige Kritik und wurde gar als Einladung zum Lohndumping gesehen,⁵ wobei Letzteres m.E. allerdings übertrieben war, denn vor dem 1.5.2011 war nicht einmal die Grundlohnunterschreitung strafbewehrt.⁶ Daneben waren und sind auch bestimmte weitere Handlungen unter Strafandrohung gestellt, damit nicht derjenige AG besser aussteigt, der Kontrollmaßnahmen von vornherein verhindert, damit eine Unterentlohnung nicht festgestellt werden kann.

Aufgrund der nicht verstummenden Kritik am Grundlohn enthielt das Regierungsprogramm folgende Passage:

Überarbeitung des Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetzes (LSDBG) [sic!] nach Evaluierung, insbesondere Verschärfung hinsichtlich der Bereithaltung von Lohnunterlagen, und der Einbeziehung aller Lohnbestandteile, Entschärfung bezüglich Verjährung.⁷

Dementsprechend erfolgte mit dem **Arbeits- und Sozialrechtsänderungsgesetz 2014** (ASRÄG 2014, BGBl I 2014/94) eine grundlegende Überarbeitung der Bestimmungen. In (fast wörtlicher) Anlehnung an die Aufzählung in den Mat.⁸ sind die wesentlichen Neuerungen:

- Verwaltungsstrafverfahren nach § 7b Abs. 5 und 8 AVRAG: Derzeit ist die Nichtmeldung einer Entsendung sowie das Nichtbereithalten der Entsendemeldung in Abschrift sowie der Unterlagen über die Anmeldung des AN zur SV am Arbeitsort sanktioniert. Der Straftatbestand des § 7b Abs. 8 AVRAG wird dahingehend erweitert, dass künftig auch die Nichtübermittlung dieser Unterlagen an die Abgabebehörde verwaltungsstrafrechtlich sanktioniert wird. Weiters wird klargestellt, dass bei Verwaltungsübertretungen nach § 7b Abs. 5 i.V.m. Abs. 8 AVRAG die Strafe nicht pauschal je AG, sondern für jeden betroffenen AN zu verhängen ist.
- Ausweitung der Lohnkontrolle: Vorgesehen ist eine Ausweitung der behördlichen Lohnkontrolle auf das gesamte dem AN durch Gesetz, V oder KollV zustehende Entgelt unter Beachtung der jeweiligen Einstufungskriterien. Die Entgeltkontrolle hat allerdings unter Beachtung des Ausnahmekatalogs des § 49 Abs. 3 ASVG zu erfolgen. Künftig ist damit jede Unterschreitung des nach Gesetz, V oder KollV zustehenden Entgelts verwaltungsrechtlich strafbar. Entgeltbestandteile, die in einer

⁴ *Kapek*, Neues Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz – LSDB-G, *ecolex* 2011, 440; *Windisch-Graetz*, Fairer Wettbewerb durch das LSDB-G, *ecolex* 2011, 443 (444–445); *Födermayr*, Der Grundlohnbegriff des LSDB-G, Formen von Lohn- und Sozialdumping und privatrechtliche Instrumentarien gegen Lohndumping, *RdW* 2011/694, 664; *Kühteubl/Wieder*, Das neue Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz, *ZAS* 2011/36, 208 (210); *Rath*, Das Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz, *ASoK* 2012, 282 (287–290); *Firlei*, Die im LSDB-G vorgesehenen öffentlich-rechtlichen Instrumentarien gegen Lohndumping, in *Resch*, Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz (2012) 59–118 (63–74); a.A. *Felten*, Maßnahmen zur Einhaltung der Mindestlohnbedingungen nach dem neuen Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz, *wbl* 2011, 405 (409–410), doch wurde diese Ansicht (Grundlohn ist Entgelt) von der h.M. ausdrücl. abgelehnt (u.a. von *Födermayer* und *Firlei* – s die vorgenannten Zitate).

⁵ *Windisch-Graetz*, Fairer Wettbewerb durch das LSDB-G, *ecolex* 2011, 443; *Födermayr*, Der Grundlohnbegriff des LSDB-G, Formen von Lohn- und Sozialdumping und privatrechtliche Instrumentarien gegen Lohndumping, *RdW* 2011/694, 664; *Stadler*, Sanktionen im Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz 2011, *RdW* 2011/695, 668 (669).

⁶ *Firlei* (Die im LSDB-G vorgesehenen öffentlich-rechtlichen Instrumentarien gegen Lohndumping, in *Resch*, Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz 59–118 [65]) sieht die Kritik z.T. als überzogen an; auch *Ritzberger-Moser*, Neues aus der Gesetzgebung 2011, *ZAS* 2012/21, 107 (109) zählt Gründe für eine derartige Regelung auf.

⁷ Bundeskanzleramt, Bundespressedienst, Arbeitsprogramm der österreichischen Bundesregierung 2013–2018, 14.

⁸ RV 319 BlgNR 25. GP, 1–2.

Betriebsvereinbarung oder in einem Arbeitsvertrag vereinbart wurden, fallen nicht unter die Lohnkontrolle nach § 7 Abs. 5 AVRAG.

- Kompetenzzentrum LSDB: Der Aufgabenbereich des Kompetenzzentrums LSDB wird dahingehend erweitert, dass der AN über einen sein Arbeitsverhältnis betreffenden Strafbescheid betreffend Lohndumping zu informieren ist.
- Nichtbereithalten der Lohnunterlagen: Die Verwaltungsstrafen bei Nichtbereithalten der Lohnunterlagen werden in zweifacher Weise angehoben. Zum einen soll der Strafrahmen auf das Niveau des Strafrahmens für Lohndumping angehoben werden, zum anderen soll klargestellt werden, dass die Strafe wegen Nichtbereithaltens der Lohnunterlagen nicht pauschal je AG, sondern für jeden AN zu verhängen ist, für den die Lohnunterlagen nicht bereitgehalten werden.
- Neuregelung der Verjährung im Fall des Lohndumpings: Derzeit ist die Strafverfolgung möglich, solange der AG nicht den vorenthaltenen Grundlohn nachzahlt, auch die Beendigung des Arbeitsverhältnisses bewirkt keinen Eintritt der Verfolgungsverjährung. Davon abweichend ist künftig vorgesehen, dass der Beginn der Verjährung mit dem Zeitpunkt der Fälligkeit des Entgelts eintritt. Bei einer durchgehenden Unterentlohnung, die mehrere Lohnzahlungszeiträume umfasst, beginnt der Lauf dieser Fristen mit der Fälligkeit des Entgelts der letzten Lohnzahlungsperiode.
- Klarstellung, dass die Bestellung eines verantwortlichen Beauftragten nach § 9 Abs. 2 oder 3 VStG für die Einhaltung des AVRAG nur wirksam wird, wenn bei der nach dem AVRAG zuständigen Kontrollstelle eine schriftliche Mitteilung der Bestellung (samt Nachweis der Zustimmung des Beauftragten) einlangt.
- Untersagung der Dienstleistung: Die Untersagung der Dienstleistung wird – zusätzlich zum Tatbestand der Unterentlohnung – auch auf die Tatbestände der Behinderung/Vereitelung der Lohnkontrolle sowie den Tatbestand der Nichtübermittlung der Lohnunterlagen ausgeweitet. Es wird gesetzlich klargestellt, dass der Bescheid über die Untersagung der Dienstleistung auch dem BMWFW und der ZKO elektronisch zu übermitteln ist.
- Vorläufige Sicherheit: Vorgesehen ist weiters, dass die Organe der Abgabenbehörden bei Vorliegen eines begründeten Verdachtes einer Verwaltungsübertretung nach § 7b Abs. 8 AVRAG (Tatbestand des Nichtbereithaltens oder Nichtübermittels der Entsendemeldung sowie der Unterlagen über die Anmeldung des AN zur SV), § 7i AVRAG (d.h. auch im Fall des Nichtbereithaltens/Nichtübermittlung der Lohnunterlagen, aber auch im Fall der Vereitelung der Lohnkontrolle und insbesondere der Unterentlohnung) oder § 7k Abs. 4 AVRAG (Tätigkeit des ausländischen AG trotz Untersagung) gegen den Auftragnehmer eine vorläufige Sicherheit nach Maßgabe des § 37a VStG verhängen können und im Fall der Nichtleistung der vorläufigen Sicherheit die Beschlagnahme von verwertbaren und dem Auftragnehmer gehörenden Sachen verfügen können.
- Sicherheitsleistung und Zahlungsstopp: Der Entwurf sieht in mehrfacher Weise eine „Nachschärfung“ bei der Sicherheitsleistung vor. Nach geltender Rechtslage kann die Erlegung einer Sicherheit durch die BVB ausschließlich im Fall des Lohndumpings mittels Bescheid angeordnet werden. Künftig soll die Erlegung einer Sicherheit in allen Fällen des begründeten Verdachtes einer Verwaltungsübertretung nach den LSDB-Delikten zulässig sein. Vorgesehen ist zudem, dass die kontrollierenden Stellen (BUAK, Organe der Abgabenbehörden) bei Vorliegen eines begründeten Verdachtes einer der vorgenannten Verwaltungsübertretungen gegen den inländischen Auftraggeber zunächst einen Zahlungsstopp verfügen und unmittelbar nach der Kontrolle bei der zuständigen BVB die Erlegung einer Sicherheit beantragen können; die BVB hat über diesen Antrag binnen drei Arbeitstagen nach Einlangen zu entscheiden. Letztlich ist der Entfall der bestehenden Regelung, die die Sicher-

heitsleistung auf einen Teil des noch ausstehenden Werklohns beschränkt, vorgesehen. Auch die Thematik der Verhängung einer Sicherheit für den Fall, dass der noch ausstehende Werklohn unter 5.000 € liegt, wurde einer Lösung zugeführt.

- Im Bereich der Verwaltungsstrafevidenz soll einerseits klargestellt werden, dass in der Evidenz auch Strafbescheide nach § 7b Abs. 8 AVRAG und Bescheide nach § 7m AVRAG betreffend die Erlegung einer Sicherheit zu erfassen sind. Andererseits wird klargestellt, dass das Kompetenzzentrum LSDB auch dem Auftraggeber nach dem Bundesvergabegesetz auf Verlangen Auskunft darüber zu geben hat, ob hinsichtlich des im Auskunftersuchen genannten AG eine rechtskräftige Bestrafung nach dem LSDB-G vorliegt oder ihm eine solche zuzurechnen ist.
- Zustellung: Die Zustellungsregelung des § 7o AVRAG, die für Zustellungen an dieser besonderen Abgabestelle gilt, wird dahingehend geändert, dass eine erleichterte Zustellung an den verantwortlichen Beauftragten möglich ist. Weiters wird für gewisse Fälle einer erschwerten Zustellung die Möglichkeit vorgesehen, die Benennung eines Zustellbevollmächtigten aufzutragen.

Ob der Gesetzgeber in naher Zukunft weitere Maßnahmen setzt, bleibt abzuwarten. Ursache dafür könnte evtl die Umsetzung der Durchsetzungs-RL zur Entsende-RL (2014/67/EU) sein.

Verfassungsrechtliche Überlegungen

Ob und inwieweit die Unterentlohnungsstrafbestimmungen auch verfassungskonform sind, soll an dieser Stelle dahingestellt bleiben (die Bedenken treffen auf das LSDB-G gleichermaßen wie auf das ASRÄG 2014 zu). Insbesondere ist das Tatbild des § 7i Abs. 5 AVRAG für eine Strafbestimmung ziemlich pauschal normiert und läuft mehr oder weniger darauf hinaus, dass AG wesentliche Teile des österreichischen Arbeitsrechts lückenlos zu kennen. Auch die De-facto-Rechtssetzung wesentlicher Teile des Tatbildes durch die KollV-Parteien – und damit nicht durch den Gesetzgeber – ist in dieser Hinsicht nicht unproblematisch.

2. Wo gilt die Mindestentgeltkontrolle?

2.1. Geltung nur im Arbeitsrecht

2.1.1. Charakteristik des Arbeitsvertrags

Die Strafbestimmungen des § 7i AVRAG richten sich gegen den AG, teilweise auch gegen den Beschäftigte und den Überlasser, wobei letzterer hinsichtlich der überlassenen AN als arbeitsrechtlicher AG verantwortlich ist (dazu näher unter 2.1.3.). In allen Fällen ist somit unbedingte Voraussetzung für die Anwendbarkeit der LSDB-Strafbestimmungen, dass ein Arbeitsvertrag zum unterentlohnten AN besteht. Seine Definition in § 1151 Abs. 1 ABGB lautet: *„Wenn jemand sich auf eine gewisse Zeit zur Dienstleistung für einen anderen verpflichtet, so entsteht ein Dienstvertrag; wenn jemand die Herstellung eines Werkes gegen Entgelt übernimmt, ein Werkvertrag.“* Das ABGB folgt hier noch (ebenso wie das ASVG) einer älteren Begrifflichkeit und spricht von Dienstvertrag, während neuere Gesetze den Begriff Arbeitsvertrag verwenden; einen inhaltlichen Unterschied zwischen den beiden Begriffen gibt es allerdings nicht.

Bei der Beurteilung des Vertragstyps kommt es **nicht** auf die **Bezeichnung** durch die Parteien an, **sondern** auf den **Inhalt** des Vertrags. Letztlich kommt es nicht einmal darauf an, was die Parteien vorgeben, vereinbart zu haben, sondern darauf, was wirklich – wenn auch bloß stillschweigend – vereinbart wurde. Das kann auch dazu führen, dass die Parteien durch die tatsächliche andere Handhabung eines Vertragsverhältnisses stillschweigend einen Arbeitsvertrag abschließen. Ob ihnen dies bewusst ist, bleibt dabei ohne Bedeutung.

2. Wo gilt die Mindestentgeltkontrolle?

Das erste zentrale Wesensmerkmal des Arbeitsvertrags ist, dass der AN **gattungsmäßig umschriebene Handlungen** zu erbringen hat. Dies ist v.a. die Abgrenzung zum Werkvertrag und *Otto von Gierke* hat dies – wenn auch ursprünglich nur in einer Fußnote – mit dem mittlerweile klassischen Begriffspaar „Wirken“ (Arbeitsvertrag) und „Werk“ (Werkvertrag) zum Ausdruck gebracht.⁹ Dieses Merkmal versagt aber bei der Abgrenzung zum freien Dienstvertrag; daher haben Lehre und Jud. ein zweites Kriterium herausgearbeitet.

Das den Arbeitsvertrag von allen anderen Verträgen unterscheidende Merkmal ist nach h.M. die Arbeitsleistung in **persönlicher Abhängigkeit**. Sie setzt sich ihrerseits wieder aus unterschiedlichen Elementen zusammen, die darauf hinauslaufen, dass die Verfügungsmöglichkeit des AN über seine Arbeitszeit, seinen Arbeitsort und seine Tätigkeit durch Weisungen des AG stark eingeschränkt sind. Die persönliche Abhängigkeit ist ein typologischer Begriff, dessen Elemente im Einzelfall verschieden stark ausgeprägt sein können.¹⁰ Folgende Merkmale sprechen für die persönliche Abhängigkeit:

- Die Verpflichtung, die Arbeitsleistung **persönlich zu erbringen** (und damit das Verbot, sich durch einen anderen vertreten zu lassen), spricht für das Vorliegen eines Arbeitsvertrags; das Erfordernis der Zustimmung des Arbeitgebers zur Person des Vertreters spricht ebenfalls für einen Arbeitsvertrag. Ist das Recht zur Vertretung bloß theoretisch – d.h. in der Vertragsurkunde festgehalten, bei längerer Dienstleistung aber nie Praxis –, deutet dies auf einen Arbeitsvertrag hin.
- Die **Bindung an einen Arbeitsort** und eine vereinbarte **Arbeitszeit** sprechen ebenfalls für das Vorliegen eines Arbeitsvertrags.
- Auch das **Weisungsrecht** spricht für das Vorliegen eines Arbeitsvertrags; dabei geht es darum, dass der AG die gattungsmäßig umschriebene Leistungspflicht des AN in konkret durchzuführende Arbeiten konkretisieren kann. Ob der AG auch selbst über das nötige Fachwissen verfügt, um dem AN die Arbeitsschritte zu erklären, ist dabei egal.
- Die **Integration in die Betriebsorganisation** spricht ebenfalls für das Vorliegen eines Arbeitsvertrags; die Verwendung von Betriebsmitteln des AG spricht im Zweifel auch für einen Arbeitsvertrag.

Lange Zeit wurde zur Abgrenzung auch die Qualität der Arbeitsleistung herangezogen; niedere Dienste sprachen für einen Arbeitsvertrag, qualifizierte Tätigkeiten eher dagegen. Dieses Merkmal ist allerdings nahezu unbrauchbar. Auch die bloße Tatsache, dass der vermeintliche AN eine Gewerbeberechtigung hat, ist ohne Bedeutung.¹¹

Da diese Kriterien überhaupt über die Frage der Anwendung bzw. Nichtanwendung arbeitsrechtlicher Sondergesetze entscheiden, ist dieses Unterscheidungsmerkmal für die Frage der Anwendung der Mindestentgeltbestimmungen keine, die an sich neu wäre; vielmehr kann auf die bestehende reichhaltige Lit. und Rsp. verwiesen werden. Die Beurteilung hat anhand des wahren wirtschaftlichen Gehalts (§ 7i Abs. 10 AVRAG sagt letztlich nichts anderes aus) zu erfolgen. Folgende Einzelfälle sollen aber hervorgehoben werden:

- **Freie Dienstnehmer** unterliegen *nicht* der Mindestentgeltkontrolle. Das gilt auch dann, wenn sie als Organ einer Gesellschaft nach dem ASVG versichert sind.
- **Leitende Angestellte** unterliegen zwar grds. der Mindestentgeltkontrolle, doch unterliegen sie nicht dem AZG (§ 1 Abs. 2 Z 8 AZG), womit für sie die Bestimmungen des § 10 AZG zur Überstundenvergütung nicht gelten und daher auch bei der Min-

⁹ *Von Gierke*, Die Wurzeln des Dienstvertrages, FS Brunner (1914), 37–68 (49).

¹⁰ *Tomandl*, Wesensmerkmale (1971), 74; *Rebhahn* in *ZellKomm*² (2011) § 1151 ABGB Rz 80 f.

¹¹ *VwGH* 23.4.2013, 2013/09/0036, *ARD* 6367/8/2013 (hier zur Frage der Anwendung des AuslBG).

destentgeltkontrolle außer Betracht bleiben. Für leitende Angestellte gelten aber kollisionsfähige Bestimmungen für Überstunden.

Der leitende Angestellte i.S.d. AZG muss Angestellter (d.h. darf nicht Arbeiter) sein, eine formale Bestellung sieht das Gesetz aber nicht vor. Nach der Jud. müssen leitende Angestellte wesentliche Teilbereiche des Betriebs eigenverantwortlich leiten; Abteilungsleiter oder Filialleiter sind somit leitende Angestellte.¹²

- Die **Mitarbeit im Familienbetrieb** kann bei Ehegatten im Rahmen der Erfüllung der ehelichen Beistandspflicht erfolgen (§ 98 ABGB), kann aber auch auf einem Arbeitsvertrag beruhen (§ 100 ABGB), wobei im Zweifel nicht vom Bestehen eines Arbeitsvertrags auszugehen ist.¹³

Gleiches gilt im Prinzip für Kinder, wobei *Rebhahn* hier (m.E. zutr.) von einer schwächeren Zweifelsregel ausgeht, was erst recht bei weiter entfernten Verwandtschaftsverhältnissen gilt.¹⁴

- **Praktikum** und **Volontariat** zeichnen sich dadurch aus, dass sie kein Arbeitsvertrag sind. Steht die Verpflichtung zur Erbringung einer Arbeitsleistung im Vordergrund (z.B. beim Ferienarbeitnehmer, auch als unechter Ferienpraktikant bezeichnet), handelt es sich unabhängig von seiner Bezeichnung um ein Arbeitsverhältnis. Dort, wo schulrechtliche Vorschriften ein Pflichtpraktikum vorsehen, ist zu prüfen, ob – was eigentlich Sinn des Praktikums ist – die Ausbildung im Gegensatz zur Arbeitsleistung im Vordergrund steht. Solange der Ausbildungszweck überwiegt, liegt ein echtes Praktikum vor, das kein Arbeitsverhältnis ist.
- Bei den **Schnuppertagen** ist zu prüfen, inwieweit der Schnuppernde in den Arbeitsablauf eingebunden ist. Solange er nur zusieht und nicht in erheblichem Umfang für den AG tätig wird, liegt wohl noch Schnuppern vor.¹⁵ Deutlicher und nicht als Arbeitsverhältnisse zu beurteilen sind die schulrechtlich normierten Veranstaltungen¹⁶ (§§ 13–13b SchUG i.V.m. § 1 SchulveranstaltungenVO):
 - schulautonom vorzubereitende berufspraktische Tage oder berufspraktische Wochen (§ 1 Abs. 2 Z 4 SchulveranstaltungenVO, BGBl 1995/498). Im Polytechnischen Lehrgang dürfen sämtliche mehrtägige Schulveranstaltungen zusammen max. zwölf Kalendertage umfassen (§ 8 leg cit).
 - Individuell kann der Klassenvorstand einem Schüler für eine Berufsorientierung (in der 4. Klasse Hauptschule und im Polytechnischen Lehrgang max. fünf Tage) unterrichtsfrei gewähren (§ 13b SchUG).

Die **Anmeldung zur SV** ist keine Voraussetzung zur Qualifikation eines Rechtsverhältnisses als Arbeitsvertrag. Rechtlich ist es genau umgekehrt – aus der Qualifikation eines Rechtsverhältnisses als Arbeitsvertrag resultiert die Verpflichtung, den AN beim zuständigen KV-Träger anzumelden (§ 33 ASVG). Verstöße gegen diese Verpflichtung sind nach § 111 ASVG mit Verwaltungsstrafe bedroht (zu Fragen der Konkurrenz s unter 5.2.4.).

2.1.2. Ausnahmen vom Geltungsbereich

Da sich die Strafbestimmungen im AVRAG finden, gelten die in § 1 AVRAG genannten Ausnahmen vom Geltungsbereich dieses Gesetzes auch für die Mindestentgeltkontrolle. Somit sind die Dienstverhältnisse zu öffentlich-rechtlichen AG sowie Heimar-

¹² *Schrank*, Arbeitszeitgesetz² (2012) § 1 AZG Rz 39–50 (va 47 und 48).

¹³ *Koch* in KBB⁴ (2014) § 100 Rz 1.

¹⁴ *Rebhahn* in ZellKomm² § 1151 ABGB Rz 180–182; vertiefend zur gesamten Thematik *Mazal*, Erwerbswirtschaftliche Tätigkeiten in familialen Beziehungen, ZAS 2014/42, 252–260.

¹⁵ *Födermayr*, Der Grundlohnbegriff des LSDB-G, Formen von Lohn- und Sozialdumping und privatrechtliche Instrumentarien gegen Lohndumping, RdW 2011/694, 666.

¹⁶ *Preiss/Spitzl* in ZellKomm² § 1 BAG Rz 11 m.w.N.

2. Wo gilt die Mindestentgeltkontrolle?

beitsverhältnisse (§ 1 Abs. 3 AVRAG) ausgenommen; formal ausgenommen sind auch die Arbeitsverhältnisse in der Land- und Forstwirtschaft (§ 1 Abs. 2 Z 2 AVRAG), doch verweist § 14b LAG (der im Übrigen in Verfassungsrang steht) dynamisch auf die §§ 7d–7g und 7i–7m AVRAG, sodass der Kern der neuen Strafbestimmungen auch für die Land- und Forstwirtschaft anzuwenden ist.

Hingegen sind auf Arbeitsverhältnisse, die an sich österreichischem Recht nicht unterliegen (dazu näher unter 4.7.2.2.), die Bestimmungen zur Entgeltkontrolle anzuwenden, weil es sich bei diesen um eine öffentlich-rechtliche Bestimmung handelt (ausführlich dazu gleich unten unter 2.2.) und damit die Bestimmungen des Internationalen Privatrechts nicht zur Anwendung kommen.

2.1.3. Arbeitskräfteüberlassung

Nicht alle LSDB-Strafbestimmungen richten sich **auch** gegen den Beschäftiger; dieser ist vielmehr nur für bei der grenzüberschreitenden Arbeitskräfteüberlassung für das Nichtbereithalten der Lohnunterlagen strafbar (§ 7i Abs. 4 Z 3 AVRAG).

„Überlassung von Arbeitskräften ist die Zurverfügungstellung von Arbeitskräften zur Arbeitsleistung an Dritte“ (§ 3 Abs. 1 AÜG). Arbeitskräfteüberlassung ist demnach eine dreipersonale Konstruktion, bestehend aus einem

- Überlasser („*wer Arbeitskräfte zur Arbeitsleistung an Dritte vertraglich verpflichtet*“ – § 3 Abs. 2 AÜG), einem
- Beschäftiger („*wer Arbeitskräfte eines Überlassers zur Arbeitsleistung für betriebs-eigene Aufgaben einsetzt*“ – § 3 Abs. 3 AÜG) und der
- überlassenen Arbeitskraft.

Während bei der Arbeitskräfteüberlassung die Arbeitskraft als solche überlassen wird und der Beschäftiger über den konkreten Einsatz der überlassenen Arbeitskraft frei disponieren kann, wird dem Subunternehmer die Erbringung eines konkret definierten Werks übertragen; in diesem Fall disponiert der Subunternehmer über den Einsatz der AN. Arbeitskräfteüberlassung kann auch als gemischter Vertrag vorkommen, etwa bei der Vermietung einer Maschine mit Bedienungspersonal (Miete hinsichtlich der Maschine, Arbeitskräfteüberlassung hinsichtlich des Personals).¹⁷ Ob der Beschäftiger ein Entgelt für die überlassenen AN entrichten muss, ist nicht von Bedeutung.¹⁸

Eine **grenzüberschreitende Arbeitskräfteüberlassung** liegt vor, wenn eine Arbeitskraft aus dem Ausland nach Österreich überlassen wird, wobei eine grenzüberschreitende Überlassung auch bei der Überlassung aus einem EWR-Mitgliedstaat nach Österreich vorliegt. Erfolgt bei einer grenzüberschreitenden (Erst-)Überlassung eine Subüberlassung (im Inland), so treffen den Subbeschäftiger alle Pflichten, die den Erstbeschäftiger (Subüberlasser) treffen,¹⁹ somit auch die Verpflichtung zum Bereithalten der Lohnunterlagen.

2.2. Tatort im Inland

- **§ 2 Abs. 1 und 2 VStG**

(1) Sofern die Verwaltungsvorschriften nicht anderes bestimmen, sind nur die im Inland begangenen Verwaltungsübertretungen strafbar.

(2) Eine Übertretung ist im Inland begangen, wenn der Täter im Inland gehandelt hat oder hätte handeln sollen oder wenn der zum Tatbestand gehörende Erfolg im Inland eingetreten ist.

¹⁷ OGH 13.10.2010, 3 Ob 145/01k, RdW 2011/80, 84.

¹⁸ VwGH 12.7.2011, 2008/09/0239, ARD 6159/9/2011 (hier: Kostenlose Überlassung von Bauhilfsarbeitern durch den Bauherrn bei Vereinbarung eines entsprechend niedrigeren Werklohns).

¹⁹ *Tomandl*, Arbeitskräfteüberlassung² (2014) 30.

Nach diesen Bestimmungen sind also nur die auf dem Staatsgebiet der Republik Österreich begangenen Verwaltungsübertretungen strafbar. Da die LSDB-Delikte keine Erfolgsdelikte sind, ist der letzte in § 2 Abs. 2 VStG genannte Fall (Erfolgseintritt im Inland) ohne Bedeutung, sodass auf den Ort abzustellen ist, an dem der Täter gehandelt hat. Bei Delikten, die i.Z.m. dem Betrieb eines Unternehmens begangen werden, gilt der Sitz der Unternehmensleitung als Tatort, und zwar auch dann, wenn der AN an einem anderen Ort tätig wird.²⁰ Das bedeutet zunächst, dass Verwaltungsübertretungen eines AG mit Sitz in Österreich auch dann dem österreichischen Verwaltungsstrafrecht unterliegen, wenn die AN nicht in Österreich, sondern in einem anderen Staat ihre Arbeitsleistung erbracht haben; ob dies vorübergehend war oder nicht, spielt keine Rolle. In diesen Fällen ist allerdings zu beachten, dass der im Ausland eingesetzte AN möglicherweise gar nicht dem österreichischen Arbeitsrecht unterliegt (dazu mehr unter 4.7.2.2.). In diesem Fall ist der AG nur dann strafbar, wenn er das sich aus der ausländischen Rechtsordnung ergebende Entgelt unterschreitet. Das gilt auch dann, wenn der ausländische Mindestlohn geringer als der österreichische ist.

Bevor aber der Umkehrschluss gezogen wird, Unternehmer mit Sitz im Ausland würden nicht nach den LSDB-Bestimmungen strafbar sein, ist auf die bloß subsidiäre Geltung dieser Regelung („*sofern die Verwaltungsvorschriften nichts anderes bestimmen*“) zu verweisen. In der Tat enthält § 7i Abs. 9 AVRAG folgende ergänzende Regelung:

Bei grenzüberschreitender Entsendung oder Arbeitskräfteüberlassung gilt die Verwaltungsübertretung als in dem Sprengel der Bezirksverwaltungsbehörde begangen, in dem der Arbeits(Einsatz)ort der nach Österreich entsandten oder überlassenen Arbeitnehmer/innen liegt, bei wechselnden Arbeits(Einsatz)orten am Ort der Kontrolle.

Das bedeutet, dass auch jene AG, deren Unternehmenssitz im Ausland liegt, den LSDB-Strafbestimmungen unterliegen.

3. Wer ist der Täter?

3.1. Arbeitgeber

3.1.1. Arbeitsrechtlicher Arbeitgeber

Die LSDB-Strafbestimmungen richten sich gegen den **arbeitsrechtlichen AG**, andere AG-Begriffe (wie etwa der sv-rechtliche oder arbeitnehmerschutzrechtliche) sind für diese Frage bedeutungslos. Der arbeitsrechtliche AG bestimmt sich nur nach dem Vertragsverhältnis; er ist also Vertragspartner des AN. Fragen nach der Zulässigkeit einer unternehmerischen Tätigkeit oder nach der wirtschaftlichen Risikotragung spielen dabei keine Rolle.²¹

Der Arbeitsvertrag kann auch von Stellvertretern abgeschlossen werden, womit manchmal unklar sein kann, wer eigentlich AG ist (insbesondere dann, wenn der Stellvertreter mehrere Personen – meist Gesellschaften – vertreten darf). Zutr verweist *Schrammel* darauf, dass in diesen Fällen die Regeln des allgemeinen Vertrauensschutzes durch die Verpflichtung, einen Dienstzettel auszustellen (§ 2 AVRAG) modifiziert werden müssen; wer im Dienstzettel als AG aufscheint, wird i.a.R. AG sein.²²

Juristische Personen können AG sein (zur verwaltungsstrafrechtlichen Verantwortlichkeit in diesen Fällen vertiefend gleich im Folgenden unter 3.1.2.); Personengesellschaften ebenfalls und nach der h.M. sind sie allein AG. Die Gesellschafter haften zwar nach

²⁰ *Lewisich* in *Lewisich/Fister/Weilguni*, VStG (2013) § 2 Rz 12 m.w.N.

²¹ *Rebhahn* in *ZellKomm*² § 1151 ABGB Rz 13.

²² *Schrammel* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ (2012) § 1151 Rz 80.

§ 128 UGB zivilrechtlich für Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis, sind aber nicht AG (ihre verwaltungsstrafrechtliche Verantwortlichkeit ergibt sich aber aus ihrer organschaftlichen Stellung für die Gesellschaft – s dazu ebenfalls unter 3.1.2.). Anders bei Gesellschaften bürgerlichen Rechts (GesBR); hier sind die Gesellschafter selbst AG.²³ Bei letzteren ist aber Vorsicht geboten, denn auch GesBR können von den Gesellschaftern überlassene AN einsetzen und dann sind die übrigen Gesellschafter eben nicht AG.²⁴

Die AG-Eigenschaft kann sich auch aus dem Vertragseintritt infolge eines Betriebsübergangs ergeben (§ 3 Abs. 1 AVRAG). In diesem Fall bleibt der frühere AG für vor dem Betriebsübergang begangene Verwaltungsübertretungen (allein) weiter verantwortlich.

3.1.2. Besonderheiten bei juristischen Personen

- **§ 9 Abs. 1 VStG**

Für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften durch juristische Personen oder eingetragene Personengesellschaften ist, sofern die Verwaltungsvorschriften nicht anderes bestimmen und soweit nicht verantwortliche Beauftragte (Abs.. 2) bestellt sind, strafrechtlich verantwortlich, wer zur Vertretung nach außen berufen ist.

Ist die AG eine juristische Person, ist sie selbst nicht Partei des Verwaltungsstrafverfahrens und somit auch nicht strafbar. Das Gesetz ordnet eine Verantwortung aller zur **organschaftlichen Außenvertretung** Berufenen an, wobei deren Verschulden gesondert – nämlich für jeden individuell – zu beurteilen ist. Gibt es mehrere Organwalter, die mit der Außenvertretung befugt sind, kann jeder von ihnen bestraft werden, und zwar auch dann, wenn es eine interne Aufgabenteilung gibt.²⁵ Außenvertretungsbefugt und somit (potenziell) strafbar sind:

- bei Offenen Gesellschaften (OG, früher Offene Handelsgesellschaft OHG) jeder Gesellschafter. Sind die Gesellschafter ihrerseits wiederum juristische Personen, richtet sich die verwaltungsstrafrechtliche Verantwortlichkeit gegen die organschaftlichen Vertreter dieser juristischen Person;
- bei Kommanditgesellschaften (KG) die persönlich haftenden Gesellschafter (Komplementäre), nicht aber die Kommanditisten;
- bei Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH) die Geschäftsführer;
- bei Aktiengesellschaften (AG) die Vorstände.

- **Beispiel III/1**

Der AN A ist bei der G-GmbH beschäftigt, die von den Geschäftsführern X und Y vertreten wird.

- Wenn A Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis geltend machen will, muss er G vor dem Arbeitsgericht klagen. In diesem Verfahren treten A als Kläger und G als Beklagter auf; X und Y sind nicht Partei des Verfahrens. Klagt A (anstelle von G) X und/oder Y, müsste das Arbeitsgericht die Klage abweisen.
- Im Verwaltungsstrafverfahren wegen Unterentlohnung sind X und Y als organschaftliche Vertreter von G Beschuldigte und damit Partei des Verfahrens, während A und G keine Parteistellung zukommt.

Die Haftung der vertretungsbefugten Organe kann allerdings durch die Bestellung verantwortlicher Beauftragter (zu diesen gleich im Folgenden unter 3.2.) ausgeschlossen werden; allerdings haftet die juristische Person gem. § 9 Abs. 7 VStG für Geldstrafen, die über vertretungsbefugte Organe verhängt wurden.

²³ *Rebhahn* in ZellKomm² § 1151 ABGB Rz 14 m.w.N.

²⁴ Zur Arbeitskräftegestellung bei Bau-Arbeitsgemeinschaften vertiefend *Wiesinger*, Haftungsfragen bei der Überlassung von Bauarbeitern, bbl 2012, 12 (13–14).

²⁵ VwGH 4.7.2008, 2008/17/0072.