

1. Einleitung

1.1. Überblick über die wesentlichen Inhalte des LSD-BG

Ein Bindestrich mit Bedeutung (LSDB-G und LSD-BG)

Am 28.4.2011 wurde unter dem Titel „**Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz – LSDB-G**“ im BGBl ein Sammelgesetz kundgemacht, das Novellen zum AVRAG, zum IESG, zum LAG, zum AÜG und zum ASVG enthielt (BGBl I 2011/24). Wesentlichster Teil dieses Gesetzes war die Einführung von Bestimmungen gegen Lohn- und Sozialdumping im AVRAG. Um diese Bestimmungen begrifflich von anderen Regelungen im selben Gesetz abgrenzen zu können, hat sich in den einschlägigen Verkehrskreisen der Begriff LSDB-G gehalten. Auch die umfassende Änderung dieses Regelungskomplexes durch das Arbeits- und Sozialrechts-Änderungsgesetz 2014 (**ASRÄG 2014**, BGBl I 2014/94), das formal dazu geführt hatte, dass die im LSDB-G enthaltenen Normen seither gar nicht mehr geltendes Recht waren, haben nicht dazu geführt, den Begriff LSDB-G aus dem Sprachgebrauch zu verdrängen.

Das nunmehr ab 1.1.2017 geltende Gesetz zur Bekämpfung von Lohn- und Sozialdumping, kurz „**Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz – LSD-BG**“ (BGBl I 2016/44) ist ein eigenes Gesetz (also keine bloße Novelle zum AVRAG) und unterscheidet sich vom LSDB-G bei der Bezeichnung nur durch die Lage des Bindestrichs (zur Entwicklung der Bestimmung noch genauer unter 1.3.2). Das AVRAG enthält ab diesem Stichtag keine Bestimmungen zur Bekämpfung von Lohn- und Sozialdumping. Demnach werden sich bei schlampiger Verwendung von Abkürzungen (zB LSDBG) in der Praxis kaum Probleme ergeben, denn die Bestimmungen des LSDB-G müssten korrekt als Paragraphen aus dem AVRAG zitiert werden, sodass die Abkürzung „LSDBG“ in Verbindung mit einem konkreten Paragraphen auf das LSD-BG hindeutet. Ist nur pauschal vom „LSDBG“ die Rede, geht es ohnehin stets um dieselbe Thematik.

LSD-BG im weiteren Sinn

Mit dem LSD-BG im weiteren Sinn wurden neben der Schaffung des LSD-BG im engeren Sinn (das eben diese Bezeichnung trägt) zehn weitere Gesetze novelliert. Kern der neuen Bestimmungen ist aber das LSD-BG im engeren Sinn.

LSD-BG im engeren Sinn

Das LSD-BG hat einen etwas martialischen Namen, weil es nicht nur die Bekämpfung von Lohn- und Sozialdumping regelt. Im Wesentlichen lässt sich der Inhalt des LSD-BG in drei Gruppen teilen:

- Entgeltanspruch entsandter AN.
- Materiell-rechtliche Bestimmungen zur Bekämpfung von Lohn- und Sozialdumping.
- Verfahrensrechtliche Bestimmungen zur faktischen Durchsetzung von behördlichen Maßnahmen bei der Bekämpfung von Lohn- und Sozialdumping, insbesondere zur Zusammenarbeit mit ausländischen Behörden.

1.2. Begriffe

Lohn- und Sozialdumping

Unter Lohndumping wird die Verkürzung des Entgeltanspruchs eines AN verstanden, also nicht nur die Verkürzung des Entgeltbestandteils „Lohn“ selbst, sondern auch die der übrigen Entgeltbestandteile (siehe zu den einzelnen Bestandteilen näher unter 5.2.4.3).

Diese Entgeltverkürzung führt aber auch in weiterer Folge iaR dazu, dass der AG jedenfalls geringere Sozialabgaben leistet, nämlich nur auf Basis des verkürzten Entgelts, was somit uno actu zu einer weiteren Verkürzung von Ansprüchen des AN führt, zB zu einem geringeren Pensionsanspruch. Dieses Phänomen ist Sozialdumping. Da Lohn-

dumping also praktisch immer zu Sozialdumping führt, werden die beiden Termini als Begriffspaar verwendet. Verkürzt der AG die Lohnnebenkosten über diesen Umfang hinaus, spricht man von Sozialbetrug.

Sozialbetrug

Während bei Lohn- und Sozialdumping der Entgeltanspruch des AN im Mittelpunkt steht, fallen unter den Sozialbetrugsbegriff Handlungen zu Lasten der öffentlichen Hand. Lohn- und Sozialdumping kann in der Praxis gemeinsam mit Sozialbetrug vorkommen, muss es aber nicht zwangsläufig.

Das **Sozialbetrugsbekämpfungsgesetz**¹ (BGBl I 2015/113), kurz SBBG, hat erstmals eine Legaldefinition für den Begriff Sozialbetrug gebracht, wiewohl dieser Begriff schon Jahre zuvor im Sprachgebrauch existierte, ohne dass klar war, was eigentlich genau darunter zu verstehen war. Man kann Sozialbetrug nämlich – wie auch das SBBG zeigt – einerseits in der Schädigung von Sozialversicherungsträgern durch die Nichtabfuhr von Beiträgen als erfüllt ansehen, andererseits aber auch als den ungerechtfertigten Bezug von Sozialleistungen.

Selbst der Gesetzgeber hat den Begriff Sozialbetrug schon vor mehr als zehn Jahren verwendet. Das Wort Sozialbetrug tauchte erstmals im **Sozialbetrugsgesetz** (SozBeG, BGBl I 2004/152) auf, das va eine Sammelnovelle mehrerer Gesetze war und den Begriff Sozialbetrug eigentlich nur als programmatischen Titel verwendet hat. Namentlich führte es drei neue Straftatbestände im StGB ein, und zwar *Vorenthalten von Dienstnehmerbeiträgen zur Sozialversicherung* (§ 153c StGB, wobei dieses nur eine Transfrierung des früheren § 114 ASVG in das StGB war), *Betrügerisches Vorenthalten von Sozialversicherungsbeiträgen und Zuschlägen nach dem Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungsgesetz* (§ 153d StGB) und *Organisierte Schwarzarbeit* (§ 153e StGB). Auch die Verpflichtung des AG zur Anmeldung des AN beim Krankenversicherungsträger vor Arbeitsbeginn (§ 33 ASVG) wurde mit dem SozBeG umgesetzt.

Das SBBG trat neben die bereits bestehenden Maßnahmen und stellt somit keine Kodifikation der Sozialbetrugsbekämpfungsmaßnahmen dar. Das eigentliche SBBG enthält eine eher programmatische Sozialbetrugsdefinition, Bestimmungen zu einer verbesserten Behördenzusammenarbeit und eine Definition des Begriffs „Scheinunternehmen“ samt der Feststellung dieser Eigenschaft durch eine Behörde in einem offiziellen Verfahren. Die an eine solche Feststellung geknüpften Rechtsfolgen sind tw im eigentlichen SBBG, tw auch in anderen Gesetzen (va im ASVG) zu finden.

Was unter Sozialbetrug zu verstehen ist, wird in § 2 SBBG näher ausgeführt, wobei das Gesetz den Sozialbetrug zunächst mit einer aus drei verschiedenen Grundtatbeständen bestehenden Generalklausel definiert und dann demonstrativ sechs Tatbestände, die jedenfalls unter Sozialbetrug zu subsumieren sind, nennt. Die drei Grundtatbestände des Sozialbetrugs sind somit vereinfacht:

- Anmeldung von AN bei der GKK oder bei der BUAK, jedoch mit dem Vorsatz, die SV-Beiträge bzw BUAG-Zuschläge nicht oder nicht vollständig abzuführen;
- Anmeldung von Nicht-AN („Schein-AN“) bei der GKK mit dem Vorsatz, dass diese dadurch Versicherungs-, Sozial- oder Transferleistungen beziehen können;
- Nichtmeldung von AN bei der GKK, letztlich ebenfalls mit dem Vorsatz, keine SV-Beiträge abzuführen.

Ein weiterer zentraler Begriff des SBBG ist der des **Scheinunternehmens**. Dieses agiert zwar sozialbetrügerisch, doch enthält § 8 SBBG eine konkrete Legaldefinition des

¹ Zum SBBG umfassend: *Wiesinger*, Sozialbetrugsbekämpfungsgesetz (SBBG), ASoK spezial Oktober 2015.

Scheinunternehmens, sodass nicht jeder Rechtsträger, der Sozialbetrüger ist, zwingend ein Scheinunternehmen sein muss.

Zu den Änderungen im SBBG durch das LSD-BG siehe näher unter 9.2., zum Verhältnis von Scheinunternehmereigenschaft und Lohn- und Sozialdumping unter 7.5.

Illegale Ausländerbeschäftigung

Unter illegaler Ausländerbeschäftigung ist die Beschäftigung einer Person ohne österreichische Staatsbürgerschaft (§ 2 Abs 1 AuslBG) als AN oder arbeitnehmerähnlicher freier Dienstnehmer ohne entsprechende arbeitsmarktbehördliche Bewilligung zu verstehen (§ 2 Abs 2 AuslBG). Da Personen, die aufgrund eines Rechtsakts der EU Arbeitnehmerfreizügigkeit genießen, vom AuslBG faktisch ausgenommen sind (§ 1 Abs 2 lit I AuslBG), reduziert sich der Geltungsbereich des AuslBG mehr oder weniger auf Drittstaatsangehörige (und vorerst auch kroatische Staatsbürger).

Die illegale Ausländerbeschäftigung muss nicht zwangsläufig mit Lohn- und Sozialdumping oder Sozialbetrug verbunden sein, weshalb Strafen wegen illegaler Ausländerbeschäftigung und wegen Lohn- und Sozialdumping oder Sozialbetrug nach Ansicht des VwGH auch nebeneinander verhängt werden können.²

1.3. Entwicklung der Bestimmungen

1.3.1. Entsendung

Der Mindestlohnanspruch war jahrzehntelang nicht vom tatsächlichen Arbeitsort abhängig, sondern von der Anwendbarkeit einer bestimmten Rechtsordnung, die ihrerseits wieder auf den gewöhnlichen Arbeitsort abstellte (§ 44 IPRG und Nachfolgebestimmungen – siehe dazu auch unter 3.1.1). Der EuGH erachtete zwar auch schon vor Erlassung der Entsende-RL (96/71/EG) Bestimmungen, die den AG bei Entsendungen zur Einhaltung eines bestimmten Mindestentgelts verpflichteten, für unionsrechtskonform, doch hat die Entsende-RL zur Notwendigkeit geführt, entsprechende Bestimmungen gesetzlich zu verankern. Diese dienen nicht nur dem Schutz des AN, sondern auch dem Schutz anderer Unternehmen vor Wettbewerbsverzerrungen durch die Entsendung kostengünstiger AN durch einen anderen Marktteilnehmer.³

Die Umsetzung der Entsende-RL in österreichisches Recht erfolgte zunächst durch die Nov BGBl I 1999/120, die die §§ 7–7c AVRAG neu einführt, wobei § 7b AVRAG wohl die wichtigste der genannten Bestimmungen war, weil diese den Entgeltanspruch von aus einem anderen EU-Staat nach Österreich entsandten AN normierte. Sie wurde bis zur Überführung der Bestimmung in das LSD-BG insgesamt neunmal novelliert (BGBl I 1999/179, I 2001/98, I 2002/68, I 2005/103, I 2007/78, I 2009/150, I 2011/24, I 2012/98 und I 2014/94), wobei manche dieser Änderungen marginal waren.

In rechtsdogmatischer Hinsicht handelte es sich dabei um zivilrechtliche Eingriffsnormen, die lediglich auf die Ansprüche der Vertragsparteien (AG und AN) Einfluss hatten und haben.

1.3.2. Lohn- und Sozialdumping

AVRAG idFd LSDB-G (1.5.2011 – 31.12.2014)

Die Nichteinhaltung vertraglicher Pflichten wird vom Staat iaR nicht verfolgt, sondern es ist vielmehr Angelegenheit der Parteien, ihren Anspruch aus eigenem Antrieb – wenn

² VwGH 25.3.2010, 2008/09/0203 (im Anlassfall gerichtliche Verurteilung nach § 153e Abs 1 Z 1 StGB und verwaltungsstrafrechtliche Bestrafung nach § 28 AuslBG).

³ *Fuchs/Marhold, Europäisches Arbeitsrecht*⁴ (2014), 533–535. Die Entstehungsgeschichte der Entsende-RL selbst ist bei *Windisch-Graetz in Franzen/Gallner/Oetker, Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht* (2016), Art 1 RL 96/71/EG, Rz 1–5 umfassend dargestellt.

auch unter Anrufung staatlicher Gerichte – durchzusetzen oder eben darauf zu verzichten. Dies galt jahrzehntlang auch für den Arbeitsvertrag. Verwaltungsstrafen zur Durchsetzung von Arbeitnehmerschutzvorschriften sind zwar seit Jahrzehnten Bestandteil der österreichischen Rechtsordnung, doch die Durchsetzung des Entgeltanspruchs selbst blieb dem AN überlassen.

Erst die Öffnung des Arbeitsmarktes am 1.5.2011 für Staatsbürger der „neuen Mitgliedstaaten“ und die Befürchtung, dass sich diese als AN entgegen ihrem zivilrechtlich Anspruch auf das in Österreich geltende Mindestentgelt faktisch mit einem deutlich geringeren Entgelt zufrieden geben würden, haben den Gesetzgeber dazu bewogen, die Nichteinhaltung des Mindestentgelts unter Verwaltungsstrafe zu stellen. Die Regelung erfolgt durch das am 1.5.2011 in Kraft getretene LSDB-G, das seinerseits eine Novelle des AVRAG war. In den Mat dazu hieß es:

„Für regulär arbeitende Firmen werden damit faire Konkurrenzbedingungen geschaffen. In dem die Maßnahmen zur Verhinderung von Lohn- und Sozialdumping im Ergebnis gleiche Lohnbedingungen für in Österreich tätige AN 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 AN 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.“⁴

Nach dem LSDB-G war nur die Nichtentrichtung des Grundlohns strafbar, die Nichtentrichtung anderer Entgeltbestandteile jedoch nicht. Zum Grundlohn iSd LSDB-G zählten der kolliv-liche Mindestlohn (Mindestgehalt), nicht aber zB Zulagen, Zuschläge oder Sonderzahlungen.⁵ Dieses Auseinandergehen zwischen dem zivilrechtlichen Entgeltanspruch und dem verwaltungsstrafbewehrten Teil stieß in der Lit auf heftige Kritik und wurde gar als Einladung zum Lohndumping gesehen⁶, wobei Letzteres mE allerdings übertrieben war, denn vor dem 1.5.2011 war nicht einmal die Grundlohnunterschreitung

⁴ RV 1076 BlgNR 24. GP.

⁵ *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; *Kühneubl/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); aA *Felten*, Maßnahmen zur Einhaltung der Mindestlohnbedingungen nach dem neuen Lohn- und Sozialdumpingbekämpfungsgesetz, *wbl* 2011, 405 (409–410), doch wurde diese Ansicht (Grundlohn ist Entgelt) in der Lit auch ausdrücklich abgelehnt (ua von *Födermayer* und *Firlei* – siehe die vorgenannten Zitate).

⁶ *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).

strafbewehrt.⁷ Daneben waren auch bestimmte weitere Handlungen unter Strafandrohung gestellt, damit nicht derjenige AG besser aussteigen konnte, der Kontrollmaßnahmen von vornherein verhinderte, um das Feststellen einer Unterentlohnung unmöglich zu machen.

AVRAG idFd ASRÄG 2014 (1.1.2015 – 31.12.2016)

Aufgrund der nicht verstummenden Kritik am Grundlohn als Prüfungsmaßstab 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.“⁸ Dementsprechend erfolgte mit dem ASRÄG 2014 eine grundlegende Überarbeitung der Bestimmungen.

Das ASRÄG 2014 brachte zum einen eine Verschärfung der Bestimmungen, weil nunmehr nicht bloß die Unterschreitung des Grundlohns strafbewehrt war, sondern die Unterschreitung des gesamten Mindestentgelts als Prüfungsmaßstab diente. Das ASRÄG 2014 brachte auf der anderen Seite aber auch eine Entschärfung, weil seither jede tatsächliche Zahlung des AG auf das Mindestentgelt angerechnet wird. Ob man die Einführung einer ausdrücklichen Verjährungsbestimmung als Entschärfung ansieht, hängt davon ab, wie man die Rechtslage nach dem AVRAG idFd LSDBG-G interpretiert. Vertritt man die Ansicht, dass die Unterentlohnung ein Dauerdelikt ist, das erst mit der Nachzahlung verjährt, würden viele LSDBG-Delikte wohl nie verjähren.⁹ Folgt man dieser Rechtsansicht, stellt das ASRÄG eine Entschärfung dar.

Mit dem SBBG (BGBl I 2015/113) schärfte der Gesetzgeber einige Bestimmungen im AVRAG nach, namentlich:

- AN wurden gem § 7g Abs 3 AVRAG (Inlandsfälle) bzw § 7e Abs 1a Z 6 AVRAG (Entsendungen) von einer Anzeige über eine Unterentlohnung informiert (zuvor erfolgte eine Information erst bei einer rechtskräftigen Bestrafung).
- Beim Zahlungsstopp wurde die Frist von drei auf zehn Tage verlängert und das Verfahren etwas gestrafft (§§ 7l, 7m AVRAG).
- Die Auskunft des Kompetenzzentrums LSDB an öffentliche Auftraggeber über LSDB-Bestrafungen wurde explizit normiert (§ 7n AVRAG); in diesem Zusammenhang ist auch die Nov des BVergG 2006 BGBl I 2016/7 zu erwähnen, die den öffentlichen Auftraggeber zur Einholung einer Auskunft verpflichtete (§ 72 BVergG).

Die Änderungen galten ab dem Folgetag der Kundmachung im BGBl, also seit 14.8.2015, für Auskunftersuchen in Vergabeverfahren und für beantragte Sicherheitsleistungen insoweit, als diese nach dem 13.8.2015 erfolgt sind.

LSD-BG (ab 1.1.2017)

Die Änderungen des LSD-BG im Bereich Lohn- und Sozialdumping sind in materiell-rechtlicher Hinsicht im Vergleich zu den grundlegenden Änderungen des ASRÄG 2014

⁷ *Firlei* (Die im LSDBG-G vorgesehenen öffentlich-rechtlichen Instrumentarien gegen Lohndumping, in *Resch*, Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz, 59-118 [65]) sieht die Kritik zT als überzogen an; auch *Ritzberger-Moser*, Neues aus der Gesetzgebung 2011, ZAS 2012/21, 107 (109) zählt Gründe für eine derartige Regelung auf.

⁸ Bundeskanzleramt, Bundespressesdienst, Arbeitsprogramm der österreichischen Bundesregierung 2013–2018, 14.

⁹ Kritisch dazu *Meissnitzer*, Die verwaltungsstrafrechtliche Verfolgung von Lohndumping, in *Wiesinger*, Sozialbetrugsbekämpfung in der Bauwirtschaft (2015), 29 (40–44); ggt zumindest bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses: VwGH 23.10.2014, Ra 2014/11/0063.