



Bundesministerium für Arbeit, Soziales  
und Konsumentenschutz  
Stubenring 1  
1010 Wien

BUNDESARBEITSKAMMER  
PRINZ EUGEN STRASSE 20-22  
1040 WIEN  
T 01 501 65  
www.arbeiterkammer.at  
DVR 1048384

Ihr Zeichen	Unser Zeichen	Bearbeiter/in	Tel <b>501 65</b> Fax <b>501 65 4</b> Datum
BMASK-462.203/008- VII/B/9/2016	SP-GSt	Gagawczuk	DW 2589 DW 2589 6.4.2016

Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem ein Gesetz zur Bekämpfung von Lohn- und Sozialdumping (Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz – LSD-BG) geschaffen wird und das Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz, das Arbeitskräfteüberlassungsgesetz, das Landarbeitsgesetz 1984, das Arbeitsinspektionsgesetz 1993, das Heimarbeitsgesetz 1960, das Betriebliche Mitarbeiter- und Selbständigenvorsorgegesetz und das Betriebspensionsgesetz geändert werden

Die Bundesarbeitskammer (BAK) bedankt sich für die Übermittlung des im Betreff genannten Gesetzesentwurfes und nimmt dazu wie folgt Stellung.

### **Das Wichtigste in Kürze**

Das Herauslösen der LSDB-Regelungen aus dem AVRAG, dem AÜG und dem Landarbeitsgesetz und die Kodifikation dieser Regelungen in einem formal neuen Gesetz ist sinnvoll, zumal dies die Übersichtlichkeit der Rechtsnormen erhöht, die Rechtsanwendung erleichtert und die besondere Bedeutung dieser Regelungen hervorhebt.

Für manche kurzfristigen Tätigkeiten wären aus verwaltungsökonomischen Gründen Vereinfachungen bei der Meldung oder bei der Bereithaltung der Unterlagen durchaus vertretbar. Kritisch zu sehen ist es jedoch bestimmte Tätigkeiten oder Bereiche zur Gänze vom LSD-BG auszunehmen. Jedenfalls müssen die Voraussetzungen für das Vorliegen einer Ausnahme durch die Behörde überprüft werden können. Eine Meldung oä bei der Aufnahme der gegenständlichen Tätigkeiten ist daher unerlässlich.

Die gänzliche Ausnahme des „echten“ Transitverkehrs ist jedenfalls überschießend, da sie auch Fälle erfasst, in denen der gewöhnliche Arbeitsort in Österreich liegt. Eine entsprechende Einschränkung muss daher vorgenommen werden.

Überschießend sind jedenfalls auch die Erläuterungen, wonach auch mehrwöchige Schulungen vom LSD-BG ausgenommen sein sollen.

Einige Formulierungen, wie „international tätiger Konzern“, „international tätiges Unternehmen“ (§ 1 Abs 5 Z 8) oder „besondere Fachkraft“ (§ 1 Abs 6) sind zu unbestimmt und bedürfen einer näheren Definition.

Im Zusammenhang mit den Haftungsbestimmungen der §§ 9 und 10 ist es erforderlich für die Auskunftspflichten bestimmte Fristen vorzusehen sowie Rechtsfolgen bei Verletzung dieser Auskunftspflichten.

Da es sich um die Durchsetzung von arbeitsrechtlichen Ansprüchen handelt, ist für die Auftraggeberhaftung nach den §§ 8, 9 und 10 eine Zuständigkeit des Arbeits- und Sozialgerichts ebenso geboten wie die Information der Arbeiterkammern von Haftungsfällen durch die Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse.

Die Haftung des öffentlichen Auftraggebers im Zusammenhang mit § 10 ist kontraproduktiv, da dies praktisch verhindert, dass der öffentliche Auftraggeber die Weitergabe des Auftrages vertraglich unterbinden oder beschränken wird. Erforderlich wären klare Vorgaben in den Vergabevorschriften darüber, wann ein Auftrag unzulässigerweise weitergegeben wird. Insbesondere sollte die Möglichkeit der Sub-Sub-Sub-Vergaben unterbunden werden.

Die Erstellung eines jährlichen Kontrollplans und die damit im Zusammenhang stehende Verpflichtung des BMF zur Bereitstellung ausreichenden Personals werden ausdrücklich begrüßt.

Für eine wirksame Bekämpfung von Lohndumping ist die Aufstockung der Kontrollbehörden unbedingt erforderlich. Insbesondere die Finanzpolizei muss von 500 auf 1000 MitarbeiterInnen massiv aufgestockt werden, um Lohndumping bei den zunehmenden grenzüberschreitenden Entsendungen wirksam zu bekämpfen.

## **Allgemeines**

Ausdrücklich begrüßt wird, dass die bisher unübersichtlich in mehreren Gesetzen festgelegten Regelungen zur Bekämpfung von Lohn- und Sozialdumping nunmehr in einem übersichtlichen **einheitlichen Gesetz** zusammengefasst werden. Dies war eine längst fällige Maßnahme und dient der leichteren Lesbarkeit und Erfassung dieser komplexen und sozialpolitisch wichtigen Materie.

Die Erweiterung der **Ausnahmebestimmungen** wird kritisch beurteilt und abgelehnt. Diese bieten Einfallstore für Umgehungsmöglichkeiten, sind schwer überprüfbar, zudem auf Grund unbestimmter Gesetzesbegriffe unklar und zum Teil überschießend.

Die besonderen **Haftungsbestimmungen** für den Baubereich werden als notwendige Maßnahme zur Bekämpfung von Lohn- und Sozialdumping ausdrücklich begrüßt. Allerdings ist

festzuhalten, dass Lohn- und Sozialdumping auch ohne grenzüberschreitendes Arbeiten im reinen Inlandsbereich vorkommt und dass auch andere Branchen – wie etwa der Kleintransportbereich – mittlerweile von Lohn- und Sozialdumping in erheblichem Ausmaß betroffen sind und daher eine entsprechende allgemeine Haftungsregelung angebracht wäre.

Die Auskunftspflichten im Zusammenhang mit der Haftung nach § 10 werden ausdrücklich begrüßt, Fristen und Sanktionen bei Nichtgewährung der Auskunft wären aber erforderlich.

Die Haftung des öffentlichen Auftraggebers in der vorgesehenen Form ist kontraproduktiv, da dies praktisch verhindert, dass der öffentliche Auftraggeber die Weitergabe des Auftrages vertraglich unterbinden oder beschränken wird.

Neben den im gegenständlichen Entwurf vorgesehenen Verbesserungen zur Bekämpfung von Lohn- und Sozialdumping sind aus Sicht der BAK **noch folgende weitere Maßnahmen erforderlich**:

Maßnahmen gegen Scheinselbstständigkeit, wie insbesondere erhöhte Sorgfaltspflichten betreffend die Ausstellung von Gewerbeberechtigungen (Prüfung, ob die Grundausrüstung für einen Gewerbebetrieb wie insbesondere Betriebsmittel überhaupt vorhanden sind) oder Entfernung „umgehungsgeneigter“ Tätigkeiten (zB Eisenbieger) aus der bundeseinheitlichen Liste der freien Gewerbe.

Die im Arbeitsverfassungsgesetz für den Betriebsrat vorgesehenen einschlägigen Kontrollrechte sollten – ähnlich wie in § 80 Abs 2 des deutschen Betriebsverfassungsgesetzes – auf alle Personen, die im Betrieb oder auch an einer externen Betriebsstätte bzw Baustelle tatsächlich tätig sind, erweitert werden. Es kommt nämlich – insbesondere bei größeren Baustellen – häufig zur Situation, dass verschiedene Unternehmen – etwa im Rahmen einer Arbeitsgemeinschaft, als Subunternehmen oder als Arbeitskräfteüberlasser – auftreten und die Betriebsräte nur für einen Teil der dort tätigen Personen die Korrektheit der Entlohnung prüfen können.

Die bisherigen Erfahrungen haben gezeigt, dass die ursprüngliche Zielsetzung der Bundesregierung im Zusammenhang mit der Bekämpfung von Lohn- und Sozialdumping, „die Verdrängung österreichischer oder in Österreich ansässiger ArbeitnehmerInnen aus dem EWR-Raum durch neu zuströmende Arbeitssuchende zu verhindern“, bislang nicht erreicht werden konnte. Aktuelle Umfragen bei Betriebsräten in der Baubranche bestätigen, dass seit der Arbeitsmarktöffnung der Preisdruck gestiegen ist und sich dieser Preisdruck auf das Lohnniveau und die Arbeitsbedingungen negativ auswirkt. Die Effektivität der Bekämpfung von Lohn- und Sozialdumping hängt dabei entscheidend davon ab, ob die Kontrollbehörden und sonst involvierten Stellen mit **ausreichend Personal** ausgestattet sind bzw davon, ob die Bekämpfung von Lohn- und Sozialdumping nicht durch die Wahrnehmung anderer Aufgaben der Kontrollbehörden zu kurz kommt. Ein stärkerer Schutz vor Lohn- und Sozialdumping kann nur mit erhöhtem Personaleinsatz erfolgen. Zu einer wirksamen Bekämpfung von Lohndumping ist die daher eine Aufstockung der Kontrollbehörden unbedingt erforderlich. Insbesondere die Finanzpolizei muss von 500 auf 1000 MitarbeiterInnen massiv aufgestockt

werden, um Lohndumping bei den zunehmenden grenzüberschreitenden Entsendungen wirksam zu bekämpfen.

Bei der öffentlichen Auftragsvergabe wurde mit der letzten Novelle zum Bundesvergabegesetz mehr Transparenz bei Subvergaben geschaffen. Dies ist eine sinnvolle Maßnahme. Die Wirksamkeit sollte jedoch durch die Beschränkung der Subunternehmerkette noch wesentlich erhöht werden.

### **Zur Entsenderichtlinie**

Am 8. März 2016 hat die EU-Kommission einen lange vorher angekündigten Entwurf zu einer Änderung der Entsenderichtlinie präsentiert. Dieser Entwurf entspricht aus Sicht der Bundesarbeitskammer keineswegs den Erwartungen. Wenn etwa vorgeschlagen wird, dass die Mitgliedstaaten dazu verpflichtet werden, die Entsenderichtlinie auf alle Branchen auszuweiten, so ist dies nichts wirklich Neues. Die Möglichkeit besteht ja bereits jetzt dazu und Österreich hat davon schon vor Jahren Gebrauch gemacht. Auch die Begrenzung der Entsendung auf zwei Jahre hätte praktisch kaum Auswirkungen. Denn nur sehr wenige Entsendungen dauern länger als zwei Jahre, und die Verpflichtung den österreichischen Lohn zu zahlen, besteht unabhängig davon, ob eine Entsendung vorliegt oder nicht. Der Mehrwert der Änderungsvorschläge ist daher überaus gering. Die nun auf Grund des neuen Vorschlags stattfindenden Verhandlungen in den Ratsarbeitsgruppen bieten aber die Möglichkeit für die österreichischen VertreterInnen sinnvolle Forderungen zur Hintanhaltung von Lohn- und Sozialdumping auf europäischer Ebene einzubringen. Derartige Forderungen wären:

### **Klares Bekenntnis zum Kampf gegen Sozialdumping in der Entsenderichtlinie**

Im neuen Vorschlag zur Entsenderichtlinie wird es vermieden ausdrücklich klarzustellen, dass der Kampf gegen Sozialdumping eines der Ziele der Entsenderichtlinie ist. Dies wäre aber ein wichtiges politisches Signal und würde helfen, die Bestimmungen vor dem richtigen Hintergrund zu interpretieren.

### **Maßnahmen gegen Scheinentsendungen**

Auf Grund der derzeitigen Rechtslage sind den inländischen Sozialversicherungsträgern bei Scheinentsendungen die Hände gebunden. Eine Mindestbeschäftigungsdauer beim entsendenden Arbeitgeber im Heimatland vor der Entsendung sowie wirksame Möglichkeiten der Sozialversicherungsträger, falsche Anmeldungen im Heimatland zu bekämpfen, würden helfen, Scheinentsendungen hintanzuhalten.

### **Lohn, der bei Entsendungen zu zahlen ist, muss Grundlage für die Sozialversicherungsbeiträge im Heimatland sein**

Wenn im Fall von Entsendungen nicht der (in vielen Fällen höhere) Entgeltanspruch am Beschäftigungsort als Grundlage für die Sozialversicherungsbeiträge herangezogen wird, erleiden inländische Betriebe und deren ArbeitnehmerInnen einen Wettbewerbsnachteil. Es sollte daher bei Entsendungen verpflichtend der Entgeltanspruch am Beschäftigungsort Grundlage für die Sozialversicherungsabgaben sein und dies muss auch effektiv kontrolliert werden.

### **Verpflichtung des Arbeitgebers bei Entsendungen den ArbeitnehmerInnen die Aufwendungen zu ersetzen**

Die Entsenderichtlinie sollte verpflichtend vorgeben, dass ArbeitgeberInnen jedenfalls die Kosten der/s entsandten Arbeitnehmers/in für Reise, Kost und Unterkunft zu übernehmen haben. Allfällige Tricks, den ArbeitnehmerInnen diese Kosten aufzubürden, könnten somit unterbunden werden.

### **Klarstellung, dass die Entsenderichtlinie auch im Verkehrssektor zur Anwendung kommt**

Obwohl die Entsenderichtlinie ausdrücklich nur die Handelsmarine vom Geltungsbereich ausnimmt, wird die Anwendung auf den Verkehrssektor von manchen Mitgliedstaaten in Abrede gestellt. Eine Klarstellung wäre ein wichtiger Schritt um Lohndumping auch in diesem Bereich zu bekämpfen.

### **Das Prinzip gleicher Lohn für gleiche Arbeit am gleichen Ort soll für alle ArbeitnehmerInnen gelten**

Derzeit ist der Anwendungsbereich der Entsenderichtlinie auf Beschäftigung im Rahmen der grenzüberschreitenden Erbringung von Dienstleistungen beschränkt. Die Schutzbestimmungen der Entsenderichtlinie sollten jedoch bei allen Formen grenzüberschreitender Beschäftigung von ArbeitnehmerInnen zur Anwendung kommen.

### **Zu den einzelnen Bestimmungen des Entwurfes**

#### **Zu § 1 Abs 5 (Ausnahmen) – Generelles**

Absatz 5 sieht eine Reihe von Ausnahmen für bestimmte Arbeiten vor, wenn diese von geringem Umfang und von kurzer Dauer sind. Dies muss – wie auch immer man zu den Ausnahmen an sich steht – überprüft werden können. Wenn aber diese Tätigkeiten zur Gänze vom LSD-BG ausgenommen sind, fehlt es auch an der Möglichkeit der Kontrollbehörden zu überprüfen, ob die Voraussetzungen für die Ausnahme vorliegen oder nicht. Insbesondere die Meldung bei Arbeitsantritt in Österreich wäre von wesentlicher Bedeutung. Ansonsten ist

die „kurze Dauer“ für die Kontrollbehörden kaum zu überprüfen. Genau genommen wären die Behörden nicht einmal berechtigt Erhebungen durchzuführen, da auch die für die Kontrolle der Abgabenbehörden einschlägige Bestimmung des § 12 nicht zur Anwendung kommt. Besonders schwierig wäre eine Überprüfung im Zusammenhang mit der Ausnahme nach Z 8, da hierbei auf die Höhe der Entlohnung abgestellt wird.

Um das Vorliegen der Voraussetzungen überprüfen zu können, ist daher eine Meldung vor der Arbeitsaufnahme in Österreich, die Möglichkeit der Kontrollbehörden die erforderlichen Erhebungen durchzuführen und das Bereithalten der für die Kontrolle erforderlichen Unterlagen durch den Arbeitgeber unbedingt erforderlich. Aus verwaltungsökonomischen Gründen wäre aber vertretbar, dass in diesen Fällen eine vereinfachte Meldung (Angaben nach § 19 Abs 3 Z 1, 5, 6 und 8) genügt.

### **Zu § 1 Abs 5 Z 2 (Ausnahme für die Teilnahme an Seminaren und Vorträgen)**

Der Gesetzeswortlaut erweitert diese Ausnahme im Verhältnis zum geltenden Recht um Vorträge. Es sollen in Zukunft also Seminare und Vorträge ausgenommen sein, wenn es sich um Arbeiten von geringem Umfang und von kurzer Dauer handelt und keine weiteren Dienstleistungen erbracht werden. Die Erläuterungen gehen in zweifacher Hinsicht darüber hinaus. Einerseits wird angeführt, dass auch die Teilnahme an einem Workshop unter diese Ausnahme fallen soll und zweitens sollen auch mehrwöchige Schulungen unter diese Ausnahme fallen, wenn mit der Schulung keine Arbeitsleistung verbunden ist, da sich die Schulung auf den Arbeitsmarkt daher nicht auswirke.

Dazu Folgendes:

- Es sollte klargestellt werden, dass es sich hier nicht bloß um Dienstleistungen im engeren Sinne handelt, sondern um Dienstleistungen im Sinne des europarechtlichen Dienstleistungsbegriffs und dieser somit auch Arbeiten im Bereich der Produktion, des Baus, der landwirtschaftlichen Tätigkeit etc erfasst.
- Der Begriff des Workshops wird nicht definiert. Es besteht daher die Gefahr, dass dieser Begriff von Arbeitsgebern tendenziell weit ausgelegt wird.
- Die Erläuterung, wonach auch mehrwöchige Schulungen unter diese Ausnahme fallen, ist nicht mit dem Gesetzeswortlaut vereinbar. Als Richtschnur für eine kurze Dauer gilt nämlich in der Regel der Zeitraum bis zu einer Woche. Unter besonderen Umständen wäre eine geringfügige Überschreitung dieses Zeitraums vertretbar, eine mehrwöchige Schulung jedoch nicht mehr.
- Die Voraussetzung „Wenn mit der Schulung keine Arbeitsleistung verbunden ist“ kann insofern irreführend sein, als daraus in der Praxis der rechtlich unzulässige Umkehrschluss gezogen werden könnte, dass kürzere Schulungen mit einer Arbeitsleistung verbunden sein dürfen. Korrekt wäre zudem „Wenn mit der Schulung keine weitere Arbeitsleistung verbunden ist“. Sowohl die aktive als auch die passive Teilnahme an einer

Schulung im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses wird nämlich in aller Regel Arbeitsleistung sein.

- Das Argument, dass eine Schulung, mit der keine (weitere) Arbeitsleistung verbunden ist, sich auf dem Arbeitsmarkt nicht auswirkt, trifft so nicht zu. Unternehmen, bei denen auf Grund niedrigerer Löhne und Gehälter während der aktiven oder passiven Teilnahme an Schulungen geringere Personalkosten anfallen, haben einen Wettbewerbsvorteil. Dies begünstigt Auslagerungen in Billiglohnländer und führt zu Verdrängungseffekten. Auswirkungen auf den Arbeitsmarkt sind daher – zumindest indirekt – gegeben.

Als Schlussfolgerung dieser Ausführungen ergibt sich: Die Ausnahme sollte gestrichen werden. Zumindest sollten – wie oben ausgeführt – eine Klarstellung in Bezug auf den Begriff Dienstleistungen erfolgen und die Erweiterungen in den Erläuterungen in Bezug auf Workshops und mehrwöchige Schulungen gestrichen werden.

#### **Zu § 1 Abs 5 Z 5 (Ausnahme für bestimmte kulturelle Veranstaltungen)**

In den Erläuterungen findet sich der Halbsatz: „...findet die Ausnahmebestimmung keine Anwendung und es liegt eine Entsendung vor.“ In vielen Fällen wird hier keine Entsendung, sondern eine Beschäftigung mit gewöhnlichem Arbeitsort in Österreich vorliegen. Es sollte daher der Satzteil lauten: „...und es liegt hier eine Entsendung im Anwendungsbereich des LSD-BG oder eine Beschäftigung mit gewöhnlichem Arbeitsort in Österreich vor.“

#### **Zu § 1 Abs 5 Z 7 (Ausnahme für den grenzüberschreitenden Transportbereich)**

Auch wenn sich diese Ausnahme auf den bloßen bzw „echten“ Transitverkehr bezieht bzw laut Erläuterungen beziehen soll, ist sie in zweifacher Hinsicht problematisch und abzulehnen.

Zum einen sind durch den Wortlaut auch Fälle erfasst, bei denen der überwiegende Teil der Arbeitsleistung in Österreich erbracht wird. Demnach wäre nach Rom I bzw nach der Rechtsprechung des EuGH (insbesondere RS Koeltzsch) zwar österreichisches Recht anwendbar, die Anwendung eines österreichischen Kollektivvertrages ist aber damit nicht zwangsläufig verbunden. Diese würde sich aus § 3 Abs 1 ergeben, der aber dann gerade nicht anwendbar wäre. Ein Beispiel für eine Transifahrt mit Schwerpunkt der Arbeitsleistung in Österreich ist die Donau-Schiffskreuzfahrt zwischen Passau und Bratislava (vice versa).

Die gänzliche Ausnahme des „echten“ Transitverkehrs ist daher jedenfalls überschießend und wahrscheinlich auch nicht beabsichtigt. Eine Erweiterung der Formulierung wonach nur Fälle erfasst werden, bei denen der überwiegende Teil der Leistung außerhalb von Österreich erbracht wird, sollte daher vorgenommen werden.

Zum anderen begünstigt die Ausnahme Transportunternehmen, die sich in Billiglohnländern der EU ansiedeln. Denn wenn auch die einzelne Transifahrt durch Österreich nur einige Stunden dauert, so können sich bei einer unternehmensbezogenen Betrachtungsweise in-

ternational tätige Spediteure und Frächter auf Grund der billigeren Personalkosten enorme Wettbewerbsvorteile verschaffen. Gerade dies sollte aber eigentlich durch das LSD-BG verhindert werden. Der in diesem Zusammenhang häufig vorgebrachte Einwand dies wäre ein unverhältnismäßiger Verwaltungsaufwand für die Unternehmen, greift in Anbetracht der Möglichkeit computerunterstützter Lohnverrechnungen und der Möglichkeit Grenzüberschreitungen durch GPS zu erfassen in dieser pauschalen Form zweifellos nicht mehr.

### **Zu § 1 Abs 5 Z 8 (ArbeitnehmerInnen in Konzernen mit hohem Einkommen)**

§ 1 Abs 5 lit 8 würde ermöglichen, Druck auf das Hochverdienersegment des Arbeitsmarktes auszuüben indem ArbeitnehmerInnen mit hoher Qualifikation und dementsprechend hohem Einkommen bei ausländischen Konzernniederlassungen angestellt werden, jedoch dauerhaft in Österreich beschäftigt sind. Dabei würde zwar das von dieser Bestimmung geforderte Mindestentgelt gezahlt, jedoch ein allenfalls höheres inländisches Mindestentgelt unterlaufen. Gerade in diesen Bereichen werden zumeist hohe Überstundenpauschalen oder All-In-Verträge (zur Abgeltung von Mehrarbeit, Lagezuschlägen etc) vereinbart, so dass durchaus kollektivvertragliche Mindestentgelte das in der Bestimmung angeführte Mindestentgelt überschreiten können (zB im Bereich der Industrie-Kollektivverträge oder bei Luftfahrtunternehmen).

Unklar ist der Begriff des international tätigen Konzerns oder Unternehmens. Muss der Konzern eine Tochtergesellschaft im Ausland haben oder das Unternehmen zumindest eine Zweigniederlassung im Ausland oder sind langjährige Geschäftsbeziehungen mit Unternehmen im Ausland ausreichend? Letzteres sollte jedenfalls als nicht ausreichend klargestellt werden.

Neben der Frage, wie die Dauer der Entsendung mangels Meldeverpflichtung wirksam überprüft werden kann, stellt sich die Frage, wie die Einkommenshöhe kontrolliert werden kann, wenn keine Verpflichtung besteht Lohnunterlagen oä bereit zu halten (siehe oben).

### **Zu § 1 Abs 6 (Ausnahmen für Konzerne)**

Da grenzüberschreitende Entsendungen in manchen Bereichen international tätiger Konzerne tendenziell häufiger vorkommen, wären aus verwaltungsökonomischen Gründen in bestimmten Fällen Vereinfachungen bei der Meldung oder bei der Bereithaltung der Unterlagen durchaus vertretbar. Eine gänzliche Ausnahme ist jedoch unangemessen und führt zu unlauteren Wettbewerbsvorteilen. Darüber hinaus bilden die Ausnahmen einen zusätzlichen Anreiz für österreichische Unternehmen bestimmte Unternehmenstätigkeiten ins Ausland zu verlagern. Beides, also sowohl die unlauteren Wettbewerbsvorteile als auch die zusätzlichen Anreize Tätigkeiten ins Ausland zu verlagern, widersprechen den Zielsetzungen des LSD-BG, und die Ausnahmen sind daher abzulehnen. Vor allem bieten sich durch entsprechende organisatorische Maßnahmen innerhalb des Konzerns erhebliche unternehmerische Gestaltungsspielräume und folglich Einfallstore für Lohndumping.

Keinesfalls sollte es eine Ausnahme für konzerninterne Überlassungen geben. Dadurch wird der Anreiz für Unternehmen die einschlägigen Tätigkeiten ins Ausland zu verlagern noch höher.

In hohem Maße unklar ist der Begriff der „besonderen Fachkraft“. Eine etwas nähere Definition dazu findet sich in den Erläuterungen, zwecks Rechtssicherheit und Überprüfbarkeit sollten aber zumindest in Bezug auf die Qualifikation und Berufserfahrung klarere Vorgaben erfolgen. Vorgeschlagen werden ein tertiärer Bildungsabschluss und eine fünfjährige einschlägige Berufserfahrung.

Ausdrücklich klargestellt werden sollte jedenfalls, dass EDV-Dienstleistungen nicht zu den von Abs 6 erfassten Bereichen bzw Abteilungen gehört. Dadurch würde sich nämlich ein weiterer und zusätzlicher Anreiz ergeben diese wichtigen Tätigkeitsbereiche in an Österreich angrenzende Billiglohnländer auszulagern.

#### **Zu § 3 Abs 5 und § 4 Abs 3 (Montageprivileg)**

Die Ausnahme für bestimmte Arbeiten im Zusammenhang mit der Montage von Anlagen ist eine weitere nicht hinreichend nachvollziehbare Durchbrechung des Grundsatzes „gleicher Lohn am gleichen Ort“. Wenn ausländische Anbieter aus Billiglohnländern ihre Anlagen auf Grund der mit der Montage verbundenen günstigeren Lohnkosten billiger anbieten können, so bedeutet dies einen Wettbewerbsnachteil gegenüber konkurrierenden inländischen Anbietern. Gerade dies sollte aber durch das gegenständliche Gesetz verhindert werden. Wir sprechen uns daher dafür aus, das Montageprivileg zu streichen. Zumindest sollte die Dauer der Ausnahme vom kollektivvertraglichen Mindestlohn an die Dauer der Ausnahme von der Anwendung des österreichischen Urlaubsanspruchs (§ 4 Abs 3) angeglichen werden, so dass der Zeitraum einheitlich acht Kalendertage beträgt.

Eine europäische Rechtsgrundlage für eine Differenzierung bzw für eine Ausnahme bis zu drei Monaten ist zudem nicht ersichtlich, sie ist daher europarechtlich keineswegs geboten. Im Gegenteil: Art 3 Abs 2 der EntsendeRL 96/71/EG sieht bloß die Möglichkeit einer Ausnahme für bestimmte Montagearbeiten bis maximal acht Tage vor.

Die Klarstellung im Zusammenhang mit dem Begriff der Anlage (technische Anlage; im Ausland gefertigt) wird ausdrücklich begrüßt.

#### **Zu § 4 Abs 2 (Urlaubsanspruch)**

Für die Geltung des österreichischen Urlaubsanspruchs verweist § 4 Abs 2 des Entwurfs auf § 2 UrlG oder vergleichbare österreichische Vorschriften. Nicht wenige Kollektivverträge enthalten zum UrlG hinzutretende Urlaubsansprüche, zB für begünstigte Behinderte oder verbesserte Anrechnungsbestimmungen für ein erhöhtes Urlaubsausmaß. Nach der bisherigen Formulierung des Entwurfs wird man Kollektivverträge nicht als derartige mit dem UrlG „vergleichbare österreichische Vorschriften“ verstehen können.

Materiell-rechtlich betrachtet wirken Kollektivverträge aber wie ein Gesetz, sodass es zur europarechtlich gebotenen Sicherstellung der Anwendung des österreichischen Urlaubsrechts auf aus dem EU-Raum entsandte und grenzüberschreitend überlassene Arbeitskräfte notwendig ist, auch jene Urlaubsansprüche zwingend zur Anwendung zu bringen, die in Kollektivverträgen und Verordnungen verankert sind. § 4 Abs 2 wäre daher insofern zu ergänzen.

### **Zu § 9 (Besondere Haftungsbestimmungen für den Baubereich)**

Diese besonderen Haftungsbestimmungen werden als notwendige Maßnahme zur Bekämpfung von Lohn- und Sozialdumping im Baubereich ausdrücklich begrüßt. Diese stellt im Vergleich zur bisherigen Rechtslage einen wichtigen Schritt zur Gewährleistung einer effektiven Auftraggeberhaftung dar.

Allerdings ist festzuhalten, dass Lohn- und Sozialdumping **auch** ohne grenzüberschreitendes Arbeiten **im reinen Inlandsbereich** stattfindet und dass **auch andere Branchen** – wie etwa der Kleintransportbereich – mittlerweile von Lohn- und Sozialdumping in erheblichem Ausmaß betroffen sind und daher eine entsprechende allgemeine Haftungsregelung zielführend wäre. Ungeachtet dessen ist der im Entwurf geregelte Bereich in der Praxis nach wie vor mit Abstand am häufigsten von Lohn- und Sozialdumping betroffen.

Die **Frist von acht Wochen** gemäß § 9 Abs 2 Z 1 des Entwurfes erscheint zu kurz, zumal sich nach unseren Erfahrungen ArbeitnehmerInnen aus verschiedenen Gründen oft erst wesentlich später um die Durchsetzung ihrer Ansprüche kümmern (können) und es daher anzunehmen ist, dass sie oftmals auch nicht binnen acht Wochen die BUAK informieren werden. Die entsandten oder grenzüberschreitend überlassenen ArbeitnehmerInnen sind in aller Regel mit den Regelungen und der Behördenorganisation in Österreich sowie mit der deutschen Sprache nicht umfassend vertraut. Nach ständiger höchstgerichtlicher Judikatur ist im Arbeitsrecht ein Verfall von Ansprüchen grundsätzlich erst nach mindestens drei Monaten zulässig, weil ansonsten die Geltendmachung der Ansprüche übermäßig erschwert wird. Es sollte daher auch für die Information der BUAK zumindest keine kürzere Frist als drei Monate festgesetzt werden. Überdies zeigt die Erfahrung aus Rechtsberatung und gerichtlicher Durchsetzung, dass ArbeitnehmerInnen aus Sorge vor dem Verlust des Arbeitsplatzes behördliche Schritte in aller Regel erst nach beendetem Arbeitsverhältnis setzen. Die Frist zur Information der BUAK sollte daher erst mit Ende der Entsendung bzw Überlassung zu laufen beginnen.

Das Eintreten der Haftung hängt von der Information der BUAK an den Auftraggeber nach § 9 Abs 2 Z 3 des Entwurfes sowohl dem Grunde als auch der Höhe nach ab. Ein Rechtsschutz gegen eine Untätigkeit der BUAK oder gegen die Festlegung eines zu niedrigen Haftungsbetrages ist nicht vorgesehen, sollte jedoch im Sinn eines rechtsstaatlichen Verfahrens gewährleistet sein.

Überdies erscheint es nicht sinnvoll, die Haftung des Auftraggebers mit der Höhe des in der Information angeführten Betrages zu begrenzen. Ist dieser Betrag nämlich aus irgendeinem

Grund zu niedrig, so wäre der Arbeitnehmer darauf beschränkt, hinsichtlich des darüber hinausgehenden Entgeltbetrages den ausländischen Arbeitgeber zu belangen, was dem Sinn der Regelung widerspricht. Steht die Haftung dem Grunde nach fest, sollte der Auftraggeber für das gesamte Entgelt (und die BUAK-Zuschläge) in der korrekten Höhe auch haften, die gegebenenfalls vor Gericht zu klären ist.

Die Regelung des § 9 Abs 7 des Entwurfes führt dazu, dass eine auskunftspflichtige Person, welche die erforderliche Auskunft nicht erteilt und daher als AuftraggeberIn geklagt werden kann, jegliche Sanktionen von sich abwenden kann, indem sie die Auskunft erst im Gerichtsverfahren noch kurz vor Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz erteilt und der Kläger/die Klägerin dann überraschend – womöglich auch noch unter Tragung der Prozesskosten – im Verfahren unterliegt. Die Bestimmung müsste dahingehend abgeändert werden, dass die Auskunft innerhalb einer bestimmten Frist zu erteilen ist, ansonsten die auskunftspflichtige Person jedenfalls auf Dauer als AuftraggeberIn gilt. Das Gleiche gilt für § 10 Abs 2 des Entwurfes.

Weiters ist zu befürchten, dass grenzüberschreitend entsendete oder überlassene ArbeitnehmerInnen die gerichtliche Durchsetzung ihrer Ansprüche gegen den inländischen Auftraggeber ohne Rechtsschutz in der Regel nicht betreiben werden. Es ist daher im Sinn einer effektiven und generalpräventiven Durchsetzung dieser Auftraggeberhaftung zum Zweck eines fairen Wettbewerbs und der Sicherung des inländischen Lohnniveaus geboten, dass die BUAK nicht nur die ArbeitnehmerInnen, sondern auch die zuständige Kammer für Arbeiter und Angestellte entsprechend informiert, um diese in die Lage zu versetzen, gegebenenfalls entsprechende Durchsetzungsschritte zu setzen.

Das ASGG ist in Arbeitsrechtssachen nur für Rechtsstreitigkeiten zwischen ArbeitgeberInnen und ArbeitnehmerInnen und folglich nicht für Rechtsstreitigkeiten gegen AuftraggeberInnen zuständig. Da es sich bei der Auftraggeberhaftung nach den §§ 8, 9 und 10 aber um die Durchsetzung arbeitsrechtlicher Ansprüche handelt, wäre die Zuständigkeit des Arbeits- und Sozialgerichtes (ASG) naheliegend und sinnvoll. Dadurch wäre auch bei Rechtsstreitigkeiten unter € 5.000 eine Vertretung durch Angestellte von Gewerkschaften oder Arbeiterkammern möglich. Andernfalls ist auf Grund der relativen Anwaltpflicht zu befürchten, dass die betroffenen in der Regel grenzüberschreitend entsandten oder überlassenen ArbeitnehmerInnen ihre Ansprüche auf Grund des Kostenrisikos bzw. der relativen Komplexität des Rechtzugangs nicht gerichtlich verfolgen werden.

### **Zu § 10 (Haftung des Generalunternehmers)**

Gemäß Abs 1 sollen der Generalunternehmer und der öffentliche Auftraggeber in gleicher Weise als Bürge und Zahler für Entgeltansprüche der von AuftragnehmerInnen des Generalunternehmers eingesetzten ArbeitnehmerInnen haften. Voraussetzung für die Haftung ist, dass der Auftrag vom Generalunternehmer in einer nach den Vergabevorschriften unzulässigen Weise oder entgegen vertraglichen Vereinbarungen weitergegeben wurde. Die Haftung des öffentlichen Auftraggebers wäre folglich vom Verhalten des Generalunternehmers abhängig, ohne dass ein ihm vorwerfbares Kontrollverschulden oä geprüft werden müsste.

Dies wäre verfassungsrechtlich bedenklich. Insbesondere hätte es in der Praxis die Konsequenz, dass der öffentliche Auftraggeber es möglichst vermeiden würde, den Einsatz von Subunternehmern im Vertrag mit dem Generalunternehmer oder der Generalunternehmerin einzuschränken. Dann wäre nämlich sein bzw ihr eigenes Haftungsrisiko größer. Dies ist aber kontraproduktiv. Sinnvoll im Sinne von Bekämpfung von Lohndumping, Sozialbetrug und Schwarzarbeit ist ja die Hintanhaltung von Subvergaben.

Erforderlich wären klarere Vorgaben in den Vergabevorschriften darüber, wann ein Auftrag unzulässigerweise weitergegeben wird. Insbesondere sollte die Subunternehmerkette reduziert werden, dh eine Subvergabe über eine zweite Unterebene, also eine Sub-Sub-Sub-Vergabe sollte unzulässig sein. Ohne diese klaren und verbindlichen Vorgaben im Vergaberecht droht die Haftungsnorm trotz der Verbesserungen so wie ihre Vorgängerbestimmung totes Recht zu werden.

Abs 2 wird ausdrücklich begrüßt. Ohne diese Auskunftsrechte des Arbeitnehmers/der Arbeitnehmerin ist – wie die bisherigen Erfahrungen im Zusammenhang mit § 7c AVRAG zeigen – die Geltendmachung der Entgeltansprüche von vornherein nicht möglich. Auf Grund der oa Mithaftung des öffentlichen Auftraggebers besteht jedoch die Befürchtung, dass wie oben bereits ausgeführt, keine vertraglichen Einschränkungen der Subvergaben erfolgen oder keine Auskünfte erteilt werden. Neben klaren Vorgaben für die Unzulässigkeit der Weitergabe des Auftrages wäre daher eine Konsequenz für den Fall der Verschweigung oder der unrichtigen Auskunft erforderlich. Ein denkbarer Ansatz dazu könnte sein, dass sich bei Auskunftserteilung des öffentlichen Auftraggebers dessen Haftung in eine Ausfallbürgschaft wandelt. Damit würde ein rechtlicher Anreiz zur wahrheitsgemäßen Auskunftserteilung geschaffen. Schließlich sollte für die Auskunftserteilung eine Frist vorgesehen werden, wofür wir 14 Tage vorschlagen. Sinngemäßes gilt auch für die Auskunftserteilungspflichten der AuftraggeberInnen (siehe dazu auch bereits oben zu § 9).

Die aktuell in § 7c Abs 3 AVRAG vorgesehene Haftung findet sich in § 10 des gegenständlichen Entwurfes nicht mehr. Diese Haftung sollte jedoch im Prinzip beibehalten werden. Die Form der Haftung sollte aber im Sinne einer Bürge- und Zahler-Haftung abgeändert werden und auch nicht wie derzeit gemäß § 7c Abs 5 im Falle der Insolvenz des Subunternehmers entfallen.

Zur fehlenden Zuständigkeit des ASG siehe oben zu § 9.

### **Zu § 11 bis § 16 (Maßnahmen zum Schutz arbeitsrechtlicher Ansprüche)**

Gemäß § 12 sind die Abgabenbehörden berechtigt Betriebsstätten, Betriebsräume und auswärtige Arbeitsstätten uä zu betreten. Eine Berechtigung Fahrzeuge bzw Verkehrsmittel anzuhalten fehlt jedoch. Diese Befugnis wäre aber für die Lohndumpingkontrolle im Bereich des Verkehrs unbedingt erforderlich.

Ganz allgemein wird angeregt die derzeit uneinheitlich geregelten Kompetenzen der Kontrollbehörden einheitlich im Sinne der Überprüfungsrechte der Finanzpolizei zu regeln.

Die Information des Arbeitnehmers/der Arbeitnehmerin nach § 13 Abs 2 Z 6 sollte nicht nur dann erfolgen, wenn die Anschrift in der Meldung gemäß § 19 Abs 3 oder 4 angeführt ist, sondern auch dann, wenn sich die Anschrift aktenkundig ist oder sich sonst ohne unverhältnismäßigen Aufwand ermitteln lässt.

Im Zusammenhang mit § 13 Abs 4 letzter Satz sollte der Begriff „Zahlungen“ durch den Begriff „Entgeltzahlungen“ ersetzt werden. Die Zahlung von Aufwandsätzen sollte nämlich nicht zu einer Anrechnung auf das nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag gebührende Entgelt führen.

#### **Zu § 17 und § 18 (Zusammenarbeit mit Behörden anderer Staaten)**

Die Zusammenarbeit mit Behörden anderer Staaten ist im Zusammenhang mit der Bekämpfung von Lohndumping auf Grund des hohen grenzüberschreitenden Bezugs von besonderer Bedeutung. Interessant wird aus österreichischer Sicht sein, ob und inwieweit sich die Behörden der anderen Mitgliedstaaten als kooperativ erweisen. Die in der wirkungsorientierten Folgenabschätzung vorgesehene Evaluierung wird daher ausdrücklich begrüßt. Erforderlich wäre aber ein die Umsetzung begleitendes Monitoring. Ansonsten besteht die Gefahr, dass die Jahre später stattfindende Evaluierung auf Grund nicht oder nur spärlich vorhandener Informationen nur bruchstückhaft erfolgen kann.

#### **Zu den §§ 19 bis 24 (formelle Verpflichtungen bei grenzüberschreitendem Arbeitseinsatz)**

Der Klammerausdruck „(Generalunternehmers)“ in § 19 Abs 3 Z 4 ist entbehrlich, führt eher zur Verwirrung und sollte daher besser gestrichen werden.

#### **Zu den §§ 25 bis 35 (Strafbestimmungen, Untersagung der Dienstleistung und Evidenz über Verwaltungs[ straf]verfahren)**

Im Zusammenhang mit grenzüberschreitenden Überlassungen ist eine Strafbestimmung für den Fall vorgesehen, dass der Überlasser oder die Überlasserin dem Beschäftigten oder der Beschäftigtenin die Lohnunterlagen nicht nachweislich bereitstellt (§ 28 Z 2). Eine dazu korrespondierende Bestimmung im Zusammenhang mit den Meldeunterlagen, Sozialversicherungsunterlagen und einer allfällig erforderlichen behördlichen Genehmigung, die der Beschäftigte oder die Beschäftigtenin gemäß § 21 Abs 3 bereitzustellen hat, fehlt offenbar.

Im Zusammenhang mit der Nachsichtregelung sollte klargestellt werden, dass die Nachzahlung unabhängig von einem zivilrechtlichen Verfall oder einer Verjährung zu erfolgen hat. Der Betrag verkürzt sich sohin nicht um zivilrechtlich verfallene oder verjährte Entgelte oder Entgeltbestandteile. Jede andere Ansicht wäre nämlich klar mit den Zielsetzungen des Gesetzes nicht vereinbar.

In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass kollektivvertragliche Verfallsfristen ganz allgemein nicht mehr unter dem Aspekt der Beweissicherung zu rechtfertigen sind und deren gesetzliche Eliminierung gerade vor dem Hintergrund, dass die überwiegende Zahl der Arbeitsverhältnisse nicht länger als 3 Jahre dauert, einen nachhaltigen Lohndumping-Bekämpfungseffekt bewirken würde. Der Ablauf von Verfallsfristen sollte daher jedenfalls während eines aufrechten Arbeitsverhältnisses gehemmt werden.

Die Regelung zum Zahlungsstopp wurde im Grunde unverändert übernommen. Auf Grund der bisherigen praktischen Erfahrungen wäre jedoch zu überlegen, dass ein Zahlungstopp gegenüber dem österreichischen Auftraggeber auch dann verhängt werden kann, wenn beispielsweise eine beauftragte slowenische Firma einen Subauftrag an eine ungarische Firma vergibt.

#### **Zu den §§ 36 bis 67 (Durchsetzung von Maßnahmen zum Schutz arbeitsrechtlicher Ansprüche bei grenzüberschreitendem Arbeitseinsatz)**

Ausdrücklich begrüßt wird die Möglichkeit nach § 41 Abs 2 Satz 2, dass zukünftig auch die Organe der Abgabenbehörde die Namhaftmachung eines Zustellbevollmächtigten auftragen können. Dadurch kann dieses Instrument in der Praxis wesentlich effektiver eingesetzt werden. Naheliegend wäre es diese Möglichkeit auch der Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse einzuräumen.

#### **Zu den §§ 68 bis 71 (Schlussbestimmungen)**

Der Auftrag des Bundesministers für Finanzen im Rahmen des Kontrollplans für eine ausreichende Personalausstattung zu sorgen, wird ausdrücklich begrüßt. Naheliegend wäre es gleiches für die technische Ausstattung vorzusehen.

In Hinblick auf das Inkrafttreten ist anzumerken, dass die Frist für die nationale Umsetzung der Durchsetzungsrichtlinie mit 18. Juni 2016 endet. Das Inkrafttreten mit 1.1.2017 erfolgt demgemäß zu spät.

#### **Zu § 7 AVRAG (Benachteiligungsverbot)**

Diese Bestimmung sieht ein Benachteiligungsverbot für ArbeitnehmerInnen vor, die von ihrem Recht auf Freizügigkeit im Sinne des Art 45 des AEUV Gebrauch machen. Dies ist zu begrüßen. Erforderlich wäre aber darüber hinaus ein allgemeines Benachteiligungsverbot. Diesbezüglich besteht in Österreich nämlich nur ein bruchstückhafter Schutz (§ 105 Abs 3 Z 1 lit i ArbVG, §§ 13, 27, 39 und 52 GIBG) und es ist unverständlich und inkonsequent, warum ArbeitnehmerInnen nicht auch in anderen Fällen bei der Geltendmachung ihrer Ansprüche vor Retorsionsmaßnahmen des Arbeitgebers oder der Arbeitgeberin geschützt werden sollen.

Erforderlich wären zudem eine klare Rechtsfolge sowie eine Beweiserleichterung im Sinne einer Glaubhaftmachung (vgl dazu etwa den Motivschutz nach § 105 Abs 3 Z 1 ArbVG), damit diese Bestimmung in der Praxis ihre Wirksamkeit entfalten kann.

Die BAK ersucht um Berücksichtigung ihrer Stellungnahme.

Rudi Kaske  
Präsident  
F.d.R.d.A.

Alice Kundtner  
iV des Direktors  
F.d.R.d.A.