

Zeitschrift für

ARBEITS-**ZAS** UND SOZIALRECHT

Schriftleitung Theodor Tomandl, Stefan Köck
Redaktion Helwig Aubauer, Susanne Auer-Mayer, Elisabeth Brameshuber
Rolf Gleißner, Beatrix Karl, Harald Kaszanits,
Christoph Kietaibl, Thomas Neumann, Martin Risak

März 2019 **2a**

97 – 144

Sonderheft

ZAS-Tag 2018 Schwerpunkt „Verwaltungsstrafen und Umgang mit Behörden im Arbeitsrecht“

Beiträge

- Datenschutz und Mitarbeiterkontrolle am Arbeitsplatz –
Strafrisiken und aktuelle Rechtsfragen *Thomas Schweiger* ➔ 100
- Arbeitszeit und Arbeitnehmerschutz *Katharina Körber-Risak* ➔ 106
- Ausgewähltes Judikatur-Update 2018 *Franz Schrank* ➔ 111
- LSD-BG: aktuelle Rechtsprechung und Erfahrungen mit Behörden
und Verwaltungsstrafverfahren
Stefan Kühnteubl und Alexander Bele ➔ 125
- Das LSD-BG in der Behördenpraxis – Teil 1 *Elisabeth Zehetner* ➔ 138
- Das LSD-BG in der Behördenpraxis – Teil 2 *Roger Zeisel* ➔ 142

LSD-BG: aktuelle Rechtsprechung und Erfahrungen mit Behörden und Verwaltungsstrafverfahren

Die korrekte Handhabung der Pflichten nach dem LSD-BG stellt an AG regelmäßig große Herausforderungen. Insb bei Entsendungen von AN nach Österreich ist ein ganzes Bündel an Pflichten und Vorgaben penibel zu beachten, widrigenfalls immens hohe Strafzahlungen drohen, wie die aktuelle Rsp zeigt. Dieser Beitrag beschreibt die wichtigsten bei einem grenzüberschreitenden Personaleinsatz einzuhaltenden Kernpflichten anhand von Praxisbeispielen.

Von Stefan Kühtheubl und Alexander Bele

Inhaltsübersicht:

- A. Einleitung
- B. Das LSD-BG bei grenzüberschreitendem Personaleinsatz
 - 1. Geltungsbereich – ein straffer Überblick
 - a) Allgemeines
 - b) Negativer Entsendebegriff
 - 2. „Kernpflichten“ bei grenzüberschreitendem Personaleinsatz
 - a) Meldepflichten
 - b) Bereithaltpflichten
 - c) Übermittlungspflichten
 - d) Entsendung oder Arbeitskräfteüberlassung?
 - 3. Verwaltungsstrafbestimmungen
 - a) Kurzübersicht
 - b) Exkurs: Auswirkung der VStG-Novelle auf das LSD-BG?
- C. Praxisbeispiel: Vertriebsmeeting eines Motorradherstellers mit Sitz in der EU in Österreich
 - 1. Sachverhalt
 - 2. Wesentliche Fragen vor Beginn des Vertriebsmeetings
 - 3. Ausnahme vom LSD-BG?

- 4. Entsendung oder Überlassung?
- 5. Umsetzung von Melde- und Bereithaltpflichten
 - a) Meldepflichten
 - b) Bereithaltpflichten
- 6. Behördliche Kontrolle
- D. Aktuelle Rechtsprechung
 - 1. Anmerkung
 - 2. Tabelle

A. Einleitung

Ziel des LSD-BG ist die Bekämpfung von Lohn- und Sozialdumping, die Sicherung gleicher Arbeitsmarkt- und Lohnverhältnisse für in- und ausländische Arbeitsverhältnisse, die Sicherung eines fairen wirtschaftlichen Wettbewerbs zwischen den Unternehmen und die Sicherstellung der vorgegebenen Abgaben und Sozialbeiträge.¹⁾

Das LSD-BG spielt in der Entsendepraxis eine erhebliche Rolle, kein anderes Gesetz der letzten Jahre hat diese so verändert wie das LSD-BG, das europaweit

1) Vgl. Kozak, Kurzkommentar Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz (2016) Einleitung Rz 4 mwN.

ZAS 2019/23

§§ 1, 19, 21, 22, 26 ff LSD-BG

Entsendung;
Überlassung;
Melde- und Bereithaltpflichten;
Verwaltungsstrafen;
Kumulationsprinzip

als eines der schärfsten Lohn- und Sozialdumpinggesetze gilt. Die teilweise sehr hohen Geldstrafen bei Pflichtverletzungen machen es unerlässlich, sich genau mit dessen Handlungspflichten vertraut zu machen.

B. Das LSD-BG bei grenzüberschreitendem Personaleinsatz

1. Geltungsbereich – ein straffer Überblick²⁾

a) Allgemeines

Das LSD-BG trat mit 1. 1. 2017 in Kraft³⁾ und ist auf alle Sachverhalte anzuwenden, die sich nach dem 31. 12. 2016 ereignen.⁴⁾ Es ist von allen in- und ausländischen AG, die AN in Österreich beschäftigen, zu beachten und gilt insb für (i) Arbeitsverhältnisse, die auf einem privatrechtlichen Vertrag beruhen, (ii) die Beschäftigung von Arbeitskräften iSd § 3 Abs 4 AÜG⁵⁾ (überlassene AN und überlassene arbeitnehmerähnliche Personen)⁶⁾ sowie (iii) aus der EU, dem EWR, der Schweiz oder aus einem sonstigen Drittstaat zur Erbringung einer Arbeitsleistung nach Österreich entsandte AN oder grenzüberschreitend überlassene Arbeitskräfte iSd § 3 Abs 4 AÜG.⁷⁾

b) Negativer Entsendebegriff

Das LSD-BG definiert den Begriff der Entsendung nicht gesondert, sondern legt (im engen Rahmen) fest, wann **keine** Entsendung vorliegt. So liegt gem § 1 Abs 5 Z 1–9 LSD-BG keine Entsendung vor, wenn der AN von einem ausländischen AG iZm folgenden **Arbeiten von geringem Umfang und kurzer Dauer** in Österreich beschäftigt wird:

- Z 1 und Z 2: Teilnahme an geschäftlichen Besprechungen, Seminaren oder Vorträgen ohne Erbringung von weiteren Dienstleistungen;
- Z 3 und Z 4: Teilnahme an Messen, messeähnlichen Veranstaltungen, Kongressen und Tagungen;
- Z 5 und Z 6: Teilnahme an und Abwicklung von kulturellen Veranstaltungen (die im Rahmen einer Tournee stattfinden, bei welcher der Veranstaltung in Österreich lediglich eine untergeordnete Bedeutung zukommt, soweit der AN seine Arbeitsleistung zumindest für einen Großteil der Tournee zu erbringen hat) oder internationalen Wettkampfanstaltungen;
- Z 7: Mobile AN in der grenzüberschreitenden Güter- und Personenbeförderung (Transitverkehr);
- Z 8: AN, die eine monatliche Bruttoentlohnung von durchschnittlich mindestens 125% des 30-Fachen der täglichen Höchstbeitragsgrundlage gem § 108 Abs 3 ASVG⁸⁾ erhalten und in international tätigen Konzernen und Unternehmen tätig sind („Hochentgelt-Ausnahme“);
- Z 9: Tätigkeit im Rahmen von internationalen Aus- und Weiterbildungs- oder Forschungsprogrammen an Universitäten, Hochschulen oder Fachhochschulen.

Darüber hinaus findet das LSD-BG gem § 1 Abs 6 LSD-BG keine Anwendung auf vorübergehende Konzernentsendungen einer „besonderen Fachkraft“ nach Österreich innerhalb eines Konzerns iSd § 15 AktG und § 115 GmbHG⁹⁾ („Konzernprivileg“),¹⁰⁾ sofern

die Entsendung zu einem der im Gesetz genannten Zwecke erfolgt.¹¹⁾ Diese Ausnahme kann für die maximale Dauer von zwei Monaten pro besonderer Fachkraft und pro Kalenderjahr in Anspruch genommen werden. Zum Begriff der „besonderen Fachkraft“ gibt es bisher durchaus divergierende Lehrmeinungen.¹²⁾ Das LVwG Salzburg stellte dazu jüngst fest: „Ausbildungs-, erfahrungs-, entgelt- oder statutenmäßig stellt § 1 Abs 6 LSD-BG keine besonderen Anforderungen an die besonderen Fachkräfte. Sie werden aber im entsendenden Unternehmen mit entsendeinschlägigen Funktionen oder fachlichen Aufgaben betraut sein müssen. Maßgeblich ist, dass das Unternehmen den jeweiligen Arbeitnehmern zutraut, die in sie gesetzten Anforderungen auch im Fall der vorübergehenden konkreten Entsendungen je nach deren Einsatzaufgaben und Einsatzziele erfüllen zu können.“¹³⁾ Diese Definition ist uE wenig aussagekräftig und für die Praxis nicht unbedingt hilfreich. Wir empfehlen, für „besondere Fachkräfte“ eine Dokumentation zu schaffen, die darlegt, warum der konzerninterne Einsatz des AN aufgrund dessen besonderer Fachkenntnisse erforderlich ist, damit im Falle einer behördlichen Kontrolle die „besonderen“ Qualifikationen, Erfahrungen, Aufgaben und Kenntnisse der Arbeitskraft nachgewiesen werden können.

2. „Kernpflichten“ bei grenzüberschreitendem Personaleinsatz

Das LSD-BG sieht mehrere „Kernpflichten“ vor, die bei einem grenzüberschreitenden Personaleinsatz von ausländischen AG und bei einer grenzüberschreitenden Arbeitskräfteüberlassung in manchen Fällen zusätzlich von den inländischen Beschäftigern zu beachten sind. Zentrales Ziel des LSD-BG ist grds die Vermeidung von

2) Näher dazu *Kütheubl/Waidmann*, *Aller guten Dinge sind drei? Das (wieder) neue Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz*, ZAS 2016, 318; *Schitter*, *Das Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz*, *ecolex* 2016, 656 (656); *Kozak*, LSD-BG § 1 Rz 1 ff; *F. Schrank* in *F. Schrank/V. Schrank/Lindmayr*, *Kommentar LSD-BG* (2017) § 1 LSD-BG Rz 91 ff.

3) BGBl I 2016/44, zuletzt geändert durch BGBl I 2018/100.

4) Für Sachverhalte, die sich vor dem 31. 12. 2016 ereigneten, sind §§ 7 ff AVRAG (idF BGBl I 2016/44) einschlägig.

5) BG v 23. 3. 1988, mit dem die Überlassung von Arbeitskräften geregelt wird (Arbeitskräfteüberlassungsgesetz – AÜG) BGBl 1988/196 idF BGBl I 2018/100.

6) Weiters sind für überlassene Arbeitskräfte die Bestimmungen des AÜG, insb § 10 AÜG, der den Entgeltanspruch für ins Inland überlassene Arbeitskräfte regelt, zu beachten.

7) § 1 Abs 4 LSD-BG.

8) Für 2019 beträgt der Wert € 6.525,00.

9) Vgl dazu zB *Auer* in *Artmann/Karollus*, *AktG* 16 (2018) § 15 AktG sowie *Milchrahm* in *Straube/Ratka/Rauter*, *WK GmbHG* (2017) § 115 GmbHG.

10) Siehe dazu ausführlich *Kütheubl/Waidmann*, ZAS 2016, 318; sowie *ErläutRV 1111 BlgNR 25. GP* 6.

11) Nach § 1 Abs 6 Z 1 LSD-BG zum Zweck der Forschung und Entwicklung, der Abhaltung von Ausbildungen durch die Fachkraft, der Planung der Projektarbeit oder nach § 1 Abs 6 Z 2 LSD-BG zum Zweck des Erfahrungsaustausches, der Betriebsberatung, des Controlling oder der Mitarbeit im Bereich von für mehrere Länder zuständigen Konzernabteilungen mit zentraler Steuerungs- und Planungsfunktion.

12) Vgl *Kozak*, LSD-BG § 1 Rz 160; *Rath*, *Zum Anwendungsbereich des LSD-BG bei grenzüberschreitender Tätigkeit*, *ecolex* 2016, 663 (663); *F. Schrank* in *F. Schrank/V. Schrank/Lindmayr*, LSD-BG § 1 Rz 91 ff; *Zankel*, *Nichtvorliegen einer Entsendung bei Tätigkeiten ohne Auswirkung auf den Arbeitsmarkt*, *ASoK* 2017, 132.

13) LVwG Salzburg 6. 7. 2018, 405–7/482/1/11–2018.

Unterentlohnung. Die Verpflichtung zur Gewährung bestimmter arbeitsrechtlicher Ansprüche,¹⁴⁾ um eine Unterentlohnung zu vermeiden, wurde bereits ausführlich in der Lit behandelt und soll an dieser Stelle nicht weiter vertieft werden.¹⁵⁾ In der Praxis spielen aber oftmals die formalen Pflichten, namentlich die Melde-, Bereithalte- und Übermittlungspflichten, die wesentlichere Rolle. Denn zumeist kommt es in der Praxis gar nicht zur Überprüfung, ob bestimmte arbeitsrechtliche Ansprüche von AG an AN tatsächlich gewährt werden, weil die Behörden Verstöße gegen die komplexen und zahlreichen Melde-, Bereithalte- und Übermittlungspflichten feststellen und bereits dafür hohe Strafen verhängt werden. Mit anderen Worten: Selbst AG, die ihren AN ein hohes, deutlich über den kollektivvertraglichen Mindestansprüchen liegendes Entgelt gewähren, sind nicht vor Strafen nach dem LSD-BG gefeit, wenn sie die formalen Pflichten missachten.

a) Meldepflichten

Entsendende AG und Überlasser mit Sitz in einem EU-Mitgliedstaat, EWR-Staat oder der Schweiz haben gem § 19 LSD-BG die Entsendung von AN und die Überlassung von Arbeitskräften (sowohl EU- als auch Drittstaatsangehörige) nach Österreich vor der jeweiligen Arbeitsaufnahme ausnahmslos **elektronisch** (auf der Homepage des BMF)¹⁶⁾ an die Zentrale Koordinationsstelle des Bundesministeriums für Finanzen für die Kontrolle der illegalen Beschäftigung (**ZKO**)¹⁷⁾ zu **melden**. Um auf eine etwaige Aufforderung zur Nachreichung von Dokumenten der Behörde fristgerecht reagieren zu können, empfiehlt es sich, die Meldungen frühestmöglich zu erstatten. Dies gilt insb beim grenzüberschreitenden Einsatz von Drittstaatsangehörigen, weil dabei auch die Vorgaben des AuslBG¹⁸⁾ zu beachten sind (s sogleich unten).

Für **Entsendungen** ist dabei das **ZKO3-Formular** und für **Überlassungen** das **ZKO4-Formular** zu verwenden. Die Verwendung des richtigen Formulars ist wesentlich – wird das falsche Formular verwendet, kann dies allein schon zu einer Verwaltungsstrafe führen. Dazu kommt, dass die Behörden bei der Prüfung, ob eine Entsendung oder eine Arbeitskräfteüberlassung vorliegt, dazu tendieren, den Geltungsbereich des AÜG weit auszulegen und in vielen Fällen den als Entsendung gemeldeten Einsatz in eine Arbeitskräfteüberlassung umzudeuten.¹⁹⁾

Das Gesetz sieht bei mehreren gleichartigen Entsendungen Meldeerleichterungen durch die Verwendung von **Sammel- oder Rahmenmeldungen** vor. Eine Rahmenmeldung kann erfolgen, wenn ein regelmäßiger grenzüberschreitender Einsatz von AN vereinbart ist – die Meldung kann dann jeweils für bis zu drei Monate erfolgen und ist nach Ablauf jederzeit erneuerbar. Sollen gleichartige Dienstleistungsverträge mit mehreren Auftraggebern erfüllt werden, kann eine Sammelmeldung erfolgen. Bei einem engen örtlichen und zeitlichen Zusammenhang der Leistungen ist dann die Nennung aller Auftraggeber in einer Meldung möglich.²⁰⁾ Die jeweils anzugebenden Informationen sind in § 19 Abs 3 LSD-BG für Entsendungen und in § 19 Abs 4 LSD-BG für Überlassungen geregelt.

Praxistipp

Rahmenmeldung

- Ein ausländischer AG kann – jeweils für einen in Österreich ansässigen Kunden, bei dem mehrere AN eingesetzt werden sollen – eine Entsendemeldung für den Zeitraum von drei Monaten erstatten.
- In der Meldung sind die zur Erfüllung des Kundenauftrags (zB Servicearbeiten) eingesetzten AN und alle denkbaren Einsatzorte bekanntzugeben.
- Die in einer solchen „Rahmenmeldung“ genannten AN (zB gemeldete Servicetechniker) müssen dann innerhalb dieser drei Monate nicht gesondert gemeldet werden, wenn sie Österreich verlassen und anschließend wieder entsandt werden.

Entsendende AG und Überlasser mit Sitz in einem EU-Mitgliedstaat, EWR-Staat oder der Schweiz, die **drittstaatsangehörige** (und bis spätestens 30. 6. 2020 kroatische) AN nach Österreich entsenden wollen (bzw die inländischen Beschäftigter solcher überlassenen Arbeitskräfte im Inland), benötigen gem § 18 Abs 12 AuslBG – je nach Dauer des Einsatzes – eine **Beschäftigungs- oder Entsendebewilligung**. Von dieser Grundregel gibt es aber eine wichtige Ausnahme. Gem § 18 Abs 12 AuslBG genügt die Einholung einer **Entsendebestätigung, wenn**

(i) die AN ordnungsgemäß zu einer Beschäftigung im Staat des Betriebssitzes über die Dauer der Entsendung nach Österreich hinaus zugelassen und beim entsendenden Unternehmen rechtmäßig beschäftigt sind **und**

(ii) die österreichischen Lohn- und Arbeitsbedingungen des LSD-BG sowie die sozialversicherungsrechtlichen Bestimmungen eingehalten werden.

Zum Nachweis dieser Vorgaben sind einschlägige Bestätigungen und Anmeldungen vorzulegen, deren Einholung mitunter eine gewisse Zeit benötigt, die in der Planung berücksichtigt werden sollte: Die ZKO übermittelt die Meldung gem § 19 LSD-BG unverzüglich der zuständigen regionalen Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice (**AMS**). Die Meldung wird beim AMS automatisch wie ein **Antrag auf Bestätigung einer EU-Entsendung** behandelt. Das AMS hat **innen**

14) Den nach Österreich überlassenen bzw entsandten Arbeitskräften sind zahlreiche arbeitsrechtliche Ansprüche gem §§ 3 bis 7 LSD-BG, wie zB Anspruch auf das kollektivvertragliche Mindestentgelt, zu gewähren. Sinn und Zweck hinter diesen Regelungen ist, Arbeitskräfte aus dem Ausland inländischen Arbeitskräften weitgehend gleichzustellen.

15) Vgl *Kozak*, LSD-BG §§ 3 bis 7 und 29; *F. Schrank/V. Schrank/Lindmayr*, LSD-BG §§ 3 bis 7 und 29; *Haas*, Arbeitsrechtliche Ansprüche ausländischer Arbeitskräfte in Österreich, ASoK 2018, 402.

16) <https://www.bmf.gv.at/betrugsbekaempfung/entsendung-zentrale-koordination/entsendemeldungen-zentrale-koordinationsstelle.html> (abgefragt am 31. 1. 2019).

17) Die ZKO ist die zuständige Behörde für Meldungen gem § 11 Abs 1 Z 6 LSD-BG.

18) BG v 20. 3. 1975, mit dem die Beschäftigung von Ausländern geregelt wird (Ausländerbeschäftigungsgesetz – AuslBG) BGBl 1975/218 idF BGBl I 2018/100.

19) Siehe noch näher unten Punkt C.4.

20) Zu den näheren Voraussetzungen für Sammel- und Rahmenmeldungen s § 19 Abs 5 und 6 LSD-BG.

zwei Wochen ab Einlangen der Meldung dem Unternehmen und dem Auftraggeber (der die Arbeitsleistungen in Österreich in Anspruch nimmt) das Vorliegen der Voraussetzungen des § 18 Abs 12 AuslBG zu **bestätigen** oder bei Nichtvorliegen die Entsendung zu **untersagen**. Ungeachtet dessen darf die **Beschäftigung bei Vorliegen der Voraussetzungen auch ohne EU-Entsendebestätigung begonnen werden**. Das AMS benötigt die **rechtzeitige** Übermittlung bzw den Nachweis von bestimmten Informationen und/ oder Unterlagen und setzt hierfür eine Frist.²¹⁾ Liegen die Voraussetzungen des § 18 Abs 12 AuslBG nicht vor oder wurden zusätzliche Informationen/Unterlagen trotz Ersuchen des AMS nicht fristgerecht nachgereicht, wird die Entsendung des drittstaatsangehörigen AN vom AMS mittels **Bescheid untersagt**. Wird die Entsendung – unabhängig von der Rechtskraft des (Untersagungs-)Bescheids – dennoch fortgesetzt, droht eine Verwaltungsstrafe.²²⁾

b) Bereithaltungspflichten

Gem §§ 21 und 22 LSD-BG haben AG zahlreiche Unterlagen (Meldeunterlagen gem § 19 LSD-BG, Sozialversicherungsunterlagen [A1-Formular], behördliche Genehmigungen sowie Lohnunterlagen) **bereitzuhalten**.

Liegen Sozialversicherungsdokumente und Lohnunterlagen lediglich in elektronischer Form vor, so müssen diese den Organen der Abgabenbehörden im Zuge einer Kontrolle unmittelbar zugänglich gemacht werden. Geschieht dies nicht, liegt auch dann eine strafbare Verletzung der Bereithaltungspflicht vor, wenn die Unterlagen im Anschluss fristgerecht iSd § 12 LSD-BG an die Abgabenbehörde weitergeleitet werden (s sogleich unten). Werden daher nicht sämtliche der oben erwähnten Unterlagen bereitgehalten und in weiterer Folge auch nicht fristgerecht an die Behörde weitergeleitet, liegen **zwei gesondert sanktionierte Verwaltungsübertretungen** vor.

Achtung

Bei einer (grenzüberschreitenden) Arbeitskräfteüberlassung ist der inländische **Beschäftigter** zur Bereithaltung der Unterlagen verpflichtet (der Überlasser muss dem Beschäftigter die Dokumente zur Verfügung stellen). In der Praxis wird dieser wesentliche Punkt oft übersehen. Dies hängt damit zusammen, dass der entsendende ausländische AG und der inländische Leistungsempfänger von einer Entsendung ausgehen, die Behörden allerdings bei einer Überprüfung davon abweichend eine Arbeitskräfteüberlassung annehmen. Es ist daher vom inländischen Unternehmen sorgfältig zu prüfen, ob eine Überlassung oder eine Entsendung vorliegt.²³⁾

Alle Unterlagen sind grds am **Arbeitsort** bereitzuhalten. Die Bereithaltung ist jedoch auch in **elektronischer** Form (zB auf einem USB-Stick) möglich.

In der **ZKO-Meldung** kann eine Aufbewahrung an anderen Orten vorgesehen werden:

→ Bei der in der Entsendemeldung genannten Ansprechperson;

- bei einer im Inland eingetragenen Zweigniederlassung, an der der ausländische AG seine Tätigkeit nicht nur gelegentlich ausübt;
- bei einer inländischen Konzerngesellschaft; oder
- bei einem inländischen berufsmäßigen Parteienvertreter.

c) Übermittlungspflichten

Die **Finanzpolizei**²⁴⁾ darf gem § 12 Abs 1 Z 3 LSD-BG in die **Unterlagen nach den §§ 21, 22 LSD-BG Einsicht nehmen**, Kopien davon anfertigen und **auffordern**, ihr Unterlagen bis zum Ablauf des der Aufforderung zweitfolgenden Werktags **nachweislich zu übermitteln**. Die Abgabenbehörde macht in der Praxis von diesem Einsichtsrecht nicht erst dann Gebrauch, wenn die Auswertung aufgrund des Umfangs der Unterlagen nach §§ 21, 22 LSD-BG einen längeren Zeitraum in Anspruch nehmen wird, sondern auch (und vor allem), wenn die Unterlagen nicht am Arbeitsort oder elektronisch bereitgehalten werden.²⁵⁾

Die praktische Erfahrung zeigt, dass die Übermittlung der zahlreichen Unterlagen dazu führen kann, dass aufgrund der großen Datenmenge und vorhandener Einschränkungen im EDV-System hinsichtlich der auf einmal übermittelbaren Datenmengen Übertragungsfehler auftreten können. Diese Fehler gehen zu Lasten des AG.

Es genügt die Zusendung innerhalb der Zwei-Tages-Frist. Für die Übermittlung gebührt dem AG kein Ersatz der Aufwendungen.

Achtung

Diese Übermittlungspflichten treffen im Falle einer (grenzüberschreitenden) Überlassung den **Beschäftigter**.

d) Entsendung oder Arbeitskräfteüberlassung?

Es wurde zuvor bereits angedeutet, dass das LSD-BG bei grenzüberschreitenden Sachverhalten zwischen Entsendungen und Arbeitskräfteüberlassungen differenziert. Daraus können sich weitreichende Konsequenzen ergeben: Die oben angeführten Ausnahmetatbestände des § 1 Abs 5 LSD-BG erfassen nach manchen Autoren grds nur Entsendungen – Ausnahme

21) Abhängig von der jeweils zuständigen regionalen Geschäftsstelle des AMS bestehen teilweise enorme Unterschiede in der Verwaltungspraxis. Dennoch sind die praxisrelevanten bisher am öftesten angeforderten Informationen und Unterlagen: (i) Gültiger Reisepass/ Personalausweis des AN, (ii) behördliche Beschäftigungsgenehmigung und Aufenthaltsgenehmigung des AN im Sitzstaat des AG, (iii) Nachweis über den rechtmäßigen, ordentlichen Wohnsitz des AN im Entsendestaat, (iv) Nachweise, dass der AN auch vor der Entsendung regelmäßig für den ausländischen AG tätig war, (v) Entsendevertrag für die Dauer der Entsendung nach Österreich, (vi) Werk- oder Dienstleistungsvertrag zwischen dem ausländischen AG und dem österreichischen Vertragspartner und (vii) Projektbeschreibung der Tätigkeit des ausländischen AG und seiner AN in Österreich.

22) Gem § 28 Abs 2 AuslBG drohen in diesem Zusammenhang Geldstrafen in Höhe von bis zu € 10.000,-, im Wiederholungsfall bis zu € 20.000,- pro unberechtigt beschäftigtem Ausländer (Drittstaatsangehörigen).

23) Siehe unten Punkt C.4.

24) Kontrolldurchführende Behörde gem § 12 AbgabenverwaltungsorganisationsG 2010.

25) Vgl *Lindmayr in F. Schrank/V. Schrank/Lindmayr*, LSD-BG § 12 Rz 8.

davon soll das „Konzernprivileg“ iSd § 1 Abs 6 LSD-BG sein, das wohl auch Arbeitskräfteüberlassungen einschließt.²⁶⁾ Vor allem aber die Frage, wen die in der Praxis bedeutenden Melde- und Bereithaltspflichten gem §§ 19, 21 und 22 LSD-BG treffen, hängt entscheidend davon ab, ob eine Entsendung oder eine grenzüberschreitende Arbeitskräfteüberlassung vorliegt.²⁷⁾ Bei einer Arbeitskräfteüberlassung treffen die Melde- und Bereithaltungspflichten nämlich den Beschäftigten, nicht den AG. Dies ist vor allem inländischen Unternehmen, die grenzüberschreitende Arbeitskräfteüberlassung, oder sogar vermeintlich sonstige Dienstleistungen in Anspruch nehmen, die richtigerweise als Arbeitskräfteüberlassung einzustufen sind, oftmals nicht bewusst und das kann dann zu einem bösen Erwachen führen, wenn eine Kontrolle der Finanzpolizei stattfindet und diese ein Verwaltungsstrafverfahren einleitet.

Wesentliches Merkmal einer **Entsendung** ist, dass die Tätigkeit auf Rechnung und im Interesse des Unternehmens im Ausgangsstaat verrichtet werden muss. **Überlassung** ist hingegen die Zurverfügungstellung von Arbeitskräften zur Arbeitsleistung an Dritte. Die vertraglich geschuldete Arbeitsleistung des AN wird dabei nicht gegenüber dem AG, sondern einem Dritten (= Beschäftigter) gegenüber erbracht. Die überlassene Arbeitskraft ist in den Betrieb des Beschäftigten eingegliedert, unterliegt dessen Fachaufsicht und hat Weisungen des Beschäftigten zu befolgen.

§ 4 AÜG (der über § 2 Abs 2 LSD-BG in das LSD-BG rezipiert wird) definiert, wann ein Werkvertrag (Dienstleistung) und nicht Arbeitskräfteüberlassung vorliegt. Demnach liegt ein **Werkvertrag** vor, wenn die Arbeitskräfte (i) ein von den Produkten und Dienstleistungen des Auftraggebers (inländischer Beschäftigter) **abweichendes, unterscheidbares Werk** herstellen, (ii) die Arbeit vorwiegend mit **Material des Dienstleisters** (ausländischer AG) leisten, (iii) **nicht organisatorisch** in den Betrieb des Auftraggebers **eingegliedert** sind und (iv) der Dienstleister (Werkbesteller) **für den Erfolg haftet**.

Der VwGH hat zur Unterscheidung zwischen Entsendung und grenzüberschreitender Arbeitskräfteüberlassung jüngst entschieden²⁸⁾, dass für die Beurteilung, ob eine Arbeitskräfteüberlassung oder eine Dienstleistung vorliegt, „jeder Anhaltspunkt“ eines Sachverhalts iS einer **Gesamtbetrachtung** zu prüfen ist und insb die Weisungsunterworfenheit der AN zu prüfen ist. Damit folgte der Gerichtshof dem EuGH zur Abgrenzung von Entsendung zu Arbeitskräfteüberlassung unter der Entsende-RL²⁹⁾ und entfernte sich von seiner bisherigen strengen Judikatur,³⁰⁾ wonach eine Arbeitskräfteüberlassung bereits dann vorliegt, wenn der Sachverhalt auch nur eine der vier Ziffern des § 4 Abs 2 AÜG erfüllt, selbst wenn die zugrunde liegende Vereinbarung zivilrechtlich als Werkvertrag einzustufen wäre.

Nicht nur beim grenzüberschreitenden Einsatz von unselbstständigen AN, auch beim Tätigwerden selbstständiger Personen ist zu klären, ob eine Entsendung oder eine Arbeitskräfteüberlassung vorliegt. Gem § 3 Abs 4 AÜG sind nämlich arbeitnehmerähnliche Personen vom Geltungsbereich des AÜG umfasst. Bei einer

grenzüberschreitenden **Überlassung einer arbeitnehmerähnlichen Person** (zB freie Dienstnehmer) gelten daher die Vorgaben des LSD-BG uneingeschränkt. Hingegen hat der VwGH festgestellt, dass das LSD-BG bei der **Entsendung arbeitnehmerähnlicher Personen nicht gilt**.³¹⁾

3. Verwaltungsstrafbestimmungen

a) Kurzübersicht

Das LSD-BG sieht **zahlreiche Verwaltungsstrafbestimmungen** mit zum Teil sehr hohen Strafdrohungen sowie weitere Sanktionen vor. Die wichtigsten Bestimmungen sind:

- § 26 LSD-BG: **Verstöße gegen Meldepflichten und Nichtbereithalten der Meldeunterlagen;**
- § 27 LSD-BG: **Vereitelungshandlungen** im Zusammenhang mit der Lohnkontrolle und **Nichtübermittlung** der Unterlagen iSd § 12 Abs 1 Z 3 LSD-BG;
- § 28 LSD-BG: **Nichtbereithalten** der Lohnunterlagen;
- § 29 LSD-BG: **Unterentlohnung;**
- § 33 LSD-BG: **Vorläufige Sicherheit;**
- § 34 LSD-BG: **Zahlungsstopp – Sicherheitsleistung**.³²⁾

Die Höhe der Strafen bewegt sich je nach Tatbestand zwischen **€ 500,- und € 20.000,-** beim ersten Verstoß und zwischen **€ 1.000,- und € 50.000,-** im Wiederholungsfall für **jeden AN**.

Diese Strafbestimmungen können aufgrund des im Verwaltungsstrafverfahrens angewendeten **Kumulationsprinzips**³³⁾ kumulativ verhängt werden. Die Strafen treffen jeweils die gem **§ 9 VStG verantwortliche Person eines Unternehmens**, bei der gem § 5 VStG grds die Verschuldensvermutung gilt. Dieses **Risiko** sollte vor allem **den organschaftlichen Vertretern juristischer Personen** (ua Geschäftsführer und Vorstandsmitglieder) **bewusst sein**: Nicht die juristische Person, sondern deren Organe oder die – bei wirksamer Bestellung – verantwortlichen Beauftragten **haften persönlich**.

b) Exkurs: Auswirkung der VStG-Novelle auf das LSD-BG?

Im Entwurf zur jüngsten Novelle des VStG³⁴⁾ war angedacht, das Kumulationsprinzip zu entschärfen und die Verschuldensvermutung abzuschwächen. Ersteres Vorhaben wurde schlussendlich nicht umgesetzt, zwei-

26) Vgl *Rath*, *ecolex* 2016, 663 (663) mwN.

27) Vgl *Krömer*, Entsendung oder grenzüberschreitende Arbeitskräfteüberlassung? *ecolex* 2016, 660 (660) mwN; s Praxistipp unten.

28) Vgl VwGH 22. 8. 2017, Ra 2017/11/0068, s unten in der Tabelle zur aktuellen Rsp E 1.

29) Vgl EuGH 18. 6. 2015, C-586/13, *Martin Meat Kft/Géza Simonfay, Ulrich Salzburg*.

30) Vgl zB VwGH 21. 7. 2016, Ra 2016/11/0090.

31) Vgl VwGH 22. 6. 2017, Ra 2017/11/0112, s unten in der Tabelle zur aktuellen Rsp E 2.

32) Der EuGH stellte kürzlich fest, dass § 34 LSD-BG unionsrechtswidrig ist, s unten Punkt D 1 und in der Tabelle E 4.

33) Vgl § 22 Abs 2 VStG.

34) Vgl § 20 Abs 2 und § 22 Abs 3 und 4 VStG im Ministerialentwurf 49/ME 26. GP v 9. 5. 2018 unter dem angeführten Ziel „Entschärfung des Kumulationsprinzips“; *Glowacka*, LSD-BG: Bisherige Erfahrungen aus der Judikatur, ZAS 2018, 212.

teres wurde im neuen § 5 Abs 1 a VStG³⁵⁾ verankert. Die Verschuldensvermutung gilt nicht mehr bei Strafdrohungen über € 50.000,-.³⁶⁾ Darüber hinaus wurde mit § 33 a VStG der Grundsatz „Beraten statt Strafen“ eingeführt, der auf (i) die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsguts, (ii) die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat und (iii) das Verschulden des Beschuldigten abstellt. Die zuständige Behörde hat den Beschuldigten vorrangig zu beraten und aufzufordern, innerhalb einer angemessenen Frist den nach Verwaltungsvorschriften und behördlichen Verfügungen entsprechenden Zustand herzustellen.

Fraglich ist, ob der Grundsatz „Beraten statt Strafen“ in § 33 a VStG überhaupt auf das LSD-BG zur Anwendung gelangt, weil das LSD-BG nicht nur bloße Strafdrohungen, sondern auch eigene verwaltungsstrafrechtliche Bestimmungen enthält, insb auch zum Entfall der Strafbarkeit.³⁷⁾

C. Praxisbeispiel: Vertriebsmeeting eines Motorradherstellers mit Sitz in der EU in Österreich

1. Sachverhalt

Zur Durchführung eines in Wien und über einen Zeitraum von sechs Wochen stattfindenden „Vertriebsmeetings“ eines Motorradherstellers (mit Sitz in der EU) soll ein grenzüberschreitender Einsatz von etwa 200 Arbeitskräften nach Österreich erfolgen. Das eingesetzte Personal soll zum Teil nur ganz kurz bzw ein paar Tage im Inland tätig sein, teilweise aber auch für die gesamte Dauer des Events. Die Arbeitskräfte sollen dabei entweder schon beim Aufbau und der Vorbereitung des Events eingesetzt oder erst beim Vertriebsmeeting selbst tätig werden.

Die Beschäftigten unterliegen dabei den verschiedensten Rechtsverhältnissen zu unterschiedlichen AG: AN des Motorradherstellers, AN von Agenturen (zB Hostessen) oder sonstigen Dienstleistern (zB Wachpersonal), selbständige Dienstleister (zB ehemalige Motorradrennfahrer) usw. Weiters sollen auch überlassene Arbeitskräfte beschäftigt werden, die zum Teil direkt nach Österreich überlassen werden und zum Teil in den ausländischen Betrieb von Dienstleistern überlassen und von dort aus nach Österreich entsendet werden. Unter den AN befinden sich auch einige Drittstaatsangehörige.

2. Wesentliche Fragen vor Beginn des Vertriebsmeetings

Im Zuge der rechtlichen Vorbereitung auf dieses Event sind vor allem folgende Fragen zu klären:

- Kommt das LSD-BG zur Anwendung?
- Erfolgen die Einsätze in Form einer Entsendung oder einer Überlassung?
- Wen treffen welche Melde- und Bereithaltspflichten?
- Wie können die Melde- und Bereithaltspflichten effizient und dennoch rechtssicher umgesetzt werden?
- Wie haben sich die Führungskräfte des Motorradherstellers im Falle von Kontrollen zu verhalten?

3. Ausnahme vom LSD-BG?

Wie bereits oben erwähnt, sind grenzüberschreitende Personaleinsätze, die ausschließlich zur Erbringung der in § 1 Abs 5 LSD-BG genannten **Arbeiten von geringem Umfang und kurzer Dauer** erfolgen, vom Geltungsbereich des LSD-BG ausgenommen. Das heißt zunächst, AN, die mehrere Wochen in Österreich tätig sind, werden – unabhängig von der Art der Tätigkeit – vom LSD-BG erfasst sein. AN, die beim Vertriebsmeeting nur ein paar Tage bis höchstens ein bis zwei Wochen anwesend sein sollen, könnten möglicherweise nicht vom Geltungsbereich erfasst sein.³⁸⁾

In einem nächsten Schritt ist im Hinblick auf den Zweck der Veranstaltung vorrangig die Anwendbarkeit von **§ 1 Abs 5 Z 3 LSD-BG** – die Teilnahme an Messen und messeähnlichen Veranstaltungen iSd § 17 Abs 3 bis 6 ARG – näher zu prüfen.

Dabei ist zunächst zwischen einer Fachmesse und einer Publikumsmesse zu unterscheiden. Als „**Fachmesse**“ wird iSd § 17 Abs 3 bis 6 ARG eine zeitlich begrenzte, im allgemeinen regelmäßig wiederkehrende Veranstaltung verstanden, in deren Rahmen eine Vielzahl von Ausstellern ein umfassendes Angebot eines oder mehrerer Wirtschaftszweige ausstellt und überwiegend nach Muster vor allem an gewerbliche Wiederverkäufer, gewerbliche Verbraucher oder Großabnehmer vertritt. Als „**Publikumsmesse**“ ist wiederum eine im allgemeinen regelmäßig wiederkehrende, jedoch höchstens zweimal im Jahr stattfindende Veranstaltung in der Dauer von mindestens drei und höchstens zehn aufeinanderfolgenden Tagen anzusehen, in deren Rahmen eine Vielzahl von Ausstellern ein umfassendes Angebot eines oder mehrerer Wirtschaftszweige ausstellt und sowohl an gewerbliche Wiederverkäufer, gewerbliche Verbraucher oder Großabnehmer als auch an Letztverbraucher vertritt. Als „**messeähnliche Veranstaltung**“ gelten Veranstaltungen, die nur einmal oder jedenfalls ohne Regelmäßigkeit durchgeführt werden oder die die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit von bestimmten Gewerbezweigen oder Regionen darstellen sollen (Handwerksausstellungen, Leistungsschauen und dergleichen), bei welchen der Informationszweck gegenüber der Absicht des Warenvertriebs überwiegt.

In diesem Fall könnte rechtlich durchaus argumentiert werden, dass eine messeähnliche Veranstaltung vorliegt, die einmal im Jahr stattfindet und die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Motorradherstellers zeigen soll und der Informationszweck im Vordergrund steht. Allerdings wird die Dauer der Entsendung/Überlassung der einzelnen AN im Einzelfall wohl in vielen Fällen nicht das Tatbestandsmerkmal von „Arbeiten von geringem Umfang und von kurzer Dauer“ erfüllen.

35) BGBl I 2018/57.

36) Die Verschuldensvermutung ist somit für das LSD-BG nicht einschlägig.

37) Vgl insb §§ 25 bis 35 LSD-BG sowie zum Entfall der Strafbarkeit § 29 Abs 2 LSD-BG.

38) Zu beachten ist allerdings, dass bis jetzt soweit ersichtlich keine verallgemeinerungsfähige Rsp zur Frage vorliegt, was mit dem Begriff Arbeiten von kurzer Dauer und geringem Umfang iSd § 1 Abs 5 LSD-BG gemeint ist. Es kann daher nicht ausgeschlossen werden, dass eine Behörde oder ein Gericht in einem konkreten Anlassfall eine engere Sichtweise als hier vertreten einnimmt.

Von dieser Ausnahme sind ferner **Vorbereitungs- und Abschlussarbeiten nicht erfasst**. Das heißt, jene AN, die für den Aufbau des Events usw zuständig sind, wären vom LSD-BG jedenfalls erfasst. Zur Vermeidung von Haftungsrisiken aufgrund hoher Strafbestimmungen im LSD-BG wird daher in weiterer Folge von der Anwendbarkeit des LSD-BG ausgegangen.

Der guten Ordnung halber sei erwähnt, dass die Ausnahme des Konzernprivilegs gem § 1 Abs 6 LSD-BG dem Wortlaut nach nicht auf diesen Sachverhalt anwendbar ist, weil kein Konzernunternehmen in Österreich als Empfänger der Dienstleistungen besonderer Fachkräfte besteht.

4. Entsendung oder Überlassung?

Wie erwähnt werden die AN in unserem Beispiel in unterschiedlicher Art und Weise in Österreich tätig. Die Prüfung, ob eine Entsendung oder eine grenzüberschreitende Überlassung vorliegt, ist daher jeweils gesondert vorzunehmen:

- Bei den **AN des Motorradherstellers** (mit Sitz in der EU) handelt es sich um nach Österreich **entsandte** AN, das LSD-BG gelangt zur Anwendung. Die Tätigkeit wird auf Rechnung und im Interesse des Motorradherstellers in Österreich verrichtet.³⁹⁾
- Bei den **AN von Agenturen und Dienstleistern** (mit Sitz in der EU, EWR oder Schweiz) ist danach zu unterscheiden, ob die vom VwGH in seiner jüngsten Rsp⁴⁰⁾ aufgestellten Kriterien in einer Gesamtbetrachtung erfüllt sind oder nicht. So wird eine Arbeitskräfteüberlassung insb dann vorliegen, wenn die AN der Agentur/des Dienstleisters in die betrieblichen Abläufe integriert sind und es den Vertragspartnern vor allem auf die Zurverfügungstellung einer bestimmten Anzahl von Arbeitskräften durch die Agentur/den Dienstleister ankommt. Steht hingegen die Erbringung einer gewährleistungstauglichen Dienstleistung im Vordergrund und erfolgt keine nennenswerte Eingliederung in die organisatorischen Abläufe des Motorradherstellers, kann eine Entsendung vorliegen.⁴¹⁾
- Bei **selbständigen Personen** (im konkreten Fall sollen insb ehemalige Motorradrennfahrer ihr Können auf einem „Minirundkurs“ demonstrieren) kommt es ebenso auf die Ausgestaltung des Vertragsverhältnisses im Einzelfall an. Sollte die Beurteilung ergeben, dass die Arbeitskräfte in die Betriebsorganisation des Motorradherstellers eingeordnet werden und dass die Verfügungsmacht über die Arbeitskräfte dem Motorradhersteller zukommt, ist wohl von einer **grenzüberschreitenden Überlassung einer arbeitnehmerähnlichen Person** auszugehen, auf die das LSD-BG anzuwenden ist. Im konkreten Fall wären die ehemaligen Motorradrennfahrer nach unserem Dafürhalten als selbstständige Dienstleister zu qualifizieren und somit nicht vom LSD-BG erfasst. Diese sollen insb ihr fahrerisches Geschick in speziellen Shows für die Vertriebspartner darstellen, sodass es eben gerade hier auf die Besonderheit einer Dienstleistung und nicht auf die Zurverfügungstellung einer Arbeitskraft ankommt.

- **AN**, die in einen ausländischen Betrieb überlassen und von dort aus **nach Österreich entsandt werden**: Bei diesen AN handelt es sich um nach Österreich **entsandte** AN. Der ausländische Beschäftigte und Vertragspartner des Motorradherstellers, der die AN in Österreich in Form einer Dienstleistung einsetzt, wird dabei als entsendender AG angesehen (s auch § 19 Abs 1 letzter Satz LSD-BG). Erfolgt hingegen eine bloße Zurverfügungstellung der Arbeitskraft, so handelt es sich um eine grenzüberschreitende „Sub-Überlassung“.

Praxistipp

Warum ist die **Unterscheidung zwischen Entsendung und Überlassung** in der Praxis wichtig?

- Unterschiedliche Meldevorschriften und -formulare: Entsendemeldung ist in § 19 Abs 3 LSD-BG und Überlassungsmeldung in § 19 Abs 4 LSD-BG geregelt; es bestehen unterschiedliche Formulare: ZKO 3 für Entsendung und ZKO 4 für Überlassung;
- Den inländischen Beschäftigten treffen im Gegensatz zu einem Dienstleistungsempfänger bei einer Überlassung wesentliche Pflichten:
 - § 21 Abs 3 LSD-BG: Der inländische Beschäftigte hat bestimmte Meldeunterlagen für die Dauer der Überlassung am Arbeitsort im Inland bereitzuhalten und den Behörden unmittelbar zugänglich zu machen;
 - § 22 Abs 1 vorletzter Satz LSD-BG: Der inländische Beschäftigte hat die Lohnunterlagen nach § 22 Abs 2 LSD-BG bereitzuhalten und den Behörden unmittelbar zugänglich zu machen;
- Die Nichteinhaltung dieser Verpflichtungen durch den Beschäftigten ist strafbar (s § 26 Abs 2 und § 28 Z 3 LSD-BG).

5. Umsetzung von Melde- und Bereithaltungspflichten

a) Meldepflichten

Nachdem festgestellt ist, wie die vorliegenden Arbeitsverhältnisse im Praxisbeispiel rechtlich einzuordnen sind, sind die erforderlichen **Meldungen** für Entsendungen (ZKO3-Formular) und Überlassungen (ZKO4-Formular) bei der ZKO zu erstatten. Diese Meldungen sind vom **AG oder vom Überlasser** rechtzeitig vor der jeweiligen Arbeitsaufnahme elektronisch vorzunehmen.⁴²⁾ In allen Fällen kommen **Rahmenmeldungen** in Betracht. →

39) In diesem Zusammenhang sei betont, dass selbstverständlich eine Entsendung auch dann vorliegen kann, wenn ein ausländischer AG AN nach Österreich entsendet, der ausländische AG jedoch keine Dienstleistung für ein inländisches Unternehmen erbringt, die Entsendung somit gleichsam „an sich selbst“ erfolgt. Das LSD-BG verlangt an keiner Stelle, dass eine Entsendung einen inländischen Dienstleistungsempfänger voraussetzt.

40) Siehe unten in der Tabelle zur aktuellen Rsp E 1.

41) Die jeweilige Entscheidung ist dann anhand der Kriterien des Einzelfalles zu treffen.

42) Siehe oben näher Punkt 2 a.

b) Bereithaltspflichten

Praxistipp

Folgende **Melde- und sozialversicherungsrechtliche Unterlagen** sind **bereitzuhalten**:⁴³⁾

- Unterlagen über die Anmeldung des AN zur Sozialversicherung;
- Entsende- oder Überlassungsmeldung;
- Falls zutreffend: behördliche Genehmigung der Beschäftigung des entsandten AN im Sitzstaat des AG bzw behördliche Genehmigung der Beschäftigung der überlassenen Arbeitskraft im Sitzstaat des Überlassers gem § 19 Abs 4 Z 10 LSD-BG.

Folgende **Lohnunterlagen** sind (in deutscher Sprache!) **bereitzuhalten**:⁴⁴⁾

- Arbeitsvertrag oder Dienstzettel (dieser auch in englischer Sprache);
- Lohnzettel;
- Lohnzahlungsnachweise oder Banküberweisungsbelege;
- Lohnaufzeichnungen;
- Arbeitsaufzeichnungen;
- Unterlagen betreffend die Lohneinstufung zur Überprüfung des dem AN gebührenden Entgelts.

Bei den Bereithaltspflichten stellen sich in der Praxis vor allem dann Probleme, wenn die Entsendungen/Überlassungen nur für einen kurzen Zeitraum, insb weniger als ein Kalendermonat, erfolgen. In diesem Fall wird oftmals von AG argumentiert, dass bestimmte Unterlagen wie etwa Arbeitszeitaufzeichnungen oder Zahlungsunterlagen noch nicht vorliegen. Es ist daher zu klären, welche Unterlagen bei kurzfristigen Entsendungen bereitzuhalten sind. In der Rsp⁴⁵⁾ wurde dahingehend der Begriff der „**Vorausunterlagen**“ entwickelt. Dabei soll es sich um jene Unterlagen handeln, die einem AG bereits vor Beginn der Entsendung/Überlassung jedenfalls vorliegen, wie etwa Dienstvertrag/Dienstzettel, Einstufungsunterlagen (Lebenslauf, Ausbildungsnachweis usw).

Die Unterlagen sind grds am **Arbeitsort** tagesaktuell für den Zeitraum der Beschäftigung **bereitzuhalten**. Im Praxisbeispiel wurde zur leichteren Abwicklung der Veranstaltung überlegt, ob die Melde- und Lohnunterlagen bei einem Rechtsanwalt hinterlegt werden. Dabei ist Folgendes zu beachten:

- Für **entsandte** Arbeitskräfte ist zunächst der jeweilige entsendende AG für die Erstattung der Meldung und die Bereithaltung der Unterlagen verantwortlich. Es kann in den ZKO-Meldungen bekanntgegeben werden, dass die Melde- und Lohnunterlagen bei einem inländischen berufsmäßigen Parteienvertreter bereitgehalten werden. Dazu müssen die Dokumente per Post/Mail/Fax rechtzeitig – dh, vor Beginn der Tätigkeit in Österreich – an den Parteienvertreter versandt werden.
- Für **überlassene** Arbeitskräfte ist der Beschäftiger verpflichtet, für die Dauer der Überlassung die Melde- und Lohnunterlagen am Arbeitsort im Inland bereitzuhalten hat. Laut § 21 Abs 3 letzter Satz

LSD-BG ist allerdings § 21 Abs 2 LSD-BG, der die alternativen Aufbewahrungsorte – insb den Sitz eines Parteienvertreters – aufzählt, sinngemäß anzuwenden. Gleiches gilt auch für die Lohnunterlagen; gem § 22 Abs 3 LSD-BG hat der Beschäftiger die Pflichten des AG iSd § 22 Abs 1 LSD-BG zu erfüllen. § 22 Abs 1 LSD-BG sieht wiederum auch für die Lohnunterlagen alternative Bereithaltungsorte vor.

Nicht klar ist, **zu welchen Zeiten** die relevanten Unterlagen für die Behörde **einsehbar** sein und **bereitgehalten** werden müssen. Das LSD-BG sieht dazu **keine Einschränkung** vor. Dabei könnte uE auf die **üblichen Geschäftszeiten** abgestellt werden. Unter üblichen Geschäftszeiten werden zB bei berufsmäßigen Parteienvertretern idR Montag bis Donnerstag von 09:00 bis 18:00 und Freitag von 09:00 bis 14:00 verstanden. Dies ist jedoch nur zulässig, wenn die Bereithaltung der Unterlagen durch die Rechtsvertretung auch in der Entsende- bzw Überlassungsmeldung bekannt gegeben wurde. Zur **Absicherung** empfehlen wir dennoch, in der Entsende- bzw Überlassungsmeldung eine Telefonnummer der Rechtsvertretung bekannt zu geben, unter der diese rund um die Uhr im Fall einer Kontrolle (die auch am Wochenende möglich ist) erreichbar ist. Erfolgt die Erhebung der Behörde **außerhalb** der üblichen Geschäftszeiten des berufsmäßigen Parteienvertreters, hat dieser nach Aufforderung die Unterlagen bis zum Ablauf des zweitfolgenden Werktags zu übermitteln.

Damit die Unterlagen bei Kontrollen so aktuell wie möglich verfügbar sind, kann eine E-Mail-Adresse beim Parteienvertreter eingerichtet werden. **Arbeitsaufzeichnungen** (darin müssen Anfang und Ende der Arbeitszeit sowie Pausen ersichtlich sein) sollten im Zuge des Vertriebsmeetings täglich bzw spätestens wöchentlich per E-Mail an diese eingerichtete E-Mail-Adresse beim Parteienvertreter gesendet werden. **Zahlungsunterlagen** sollten unmittelbar nach Ablauf des jeweiligen Lohnzahlungszeitraums für den Zeitraum der Beschäftigung in Österreich ebenfalls an den Parteienvertreter gesendet werden. Diese Vorgehensweise ist uE effizient, um bereitzuhaltende Unterlagen beim Parteienvertreter jederzeit (elektronisch) verfügbar zu haben.

6. Behördliche Kontrolle

UE sollten die vor Ort eingesetzten Führungskräfte über den Umstand einer jederzeit möglichen Kontrolle durch die Behörde unterrichtet und ihnen vermittelt werden, wie sie sich in einem solchen Fall zu verhalten haben. Die fehlende oder verweigernde Kooperation mit den Behörden bzw die Erschwerung oder Behinderung der Kontrolle ist gem § 27 Abs 2 bis 4 LSD-BG ebenfalls verwaltungsrechtlich strafbar.⁴⁶⁾

43) Vgl § 21 LSD-BG.

44) Vgl § 22 LSD-BG; bei der Entsendung von mobilen AN im Transportbereich beachte § 22 Abs 1 a LSD-BG.

45) Vgl LVwG Tirol 27. 3. 2018, LVwG-2017/40/2431 – 10; s näher in der Tabelle zur aktuellen Rsp E 3.

46) Geldstrafe möglich von € 1.000,- bis € 10.000,-, im Wiederholungsfall von € 2.000,- bis € 20.000,-.

Praxistipp**Verhalten von Arbeitskräften im Falle einer Kontrolle durch die Finanzpolizei⁴⁷⁾**

- Eine Kontrolle erfolgt durch die Finanzpolizei grds unangemeldet.
- Ersuchen Sie die Kontrollorgane, sich auszuweisen (bei mehreren Kontrollorganen soll sich zumindest der Einsatzleiter ausweisen).
- Gegebenenfalls: Teilen Sie dem Kontrollorgan mit, dass der AG in dieser Sache von einem Rechtsvertreter in Österreich vertreten wird und ersuchen Sie um Verständnis, dass Sie den Rechtsvertreter kurz kontaktieren werden. Verständigen Sie dann umgehend den Rechtsvertreter.
- Hindern Sie die Finanzpolizei nicht am Betreten der Arbeitsstätte.
- Erteilen Sie Auskünfte wahrheitsgemäß, aber nur:
 - wenn Sie ausdrücklich danach gefragt werden,
 - nur im notwendigen Ausmaß, und
 - wenn Sie sicher sind, dass Sie die Antwort wissen.
- Wenn Sie eine Antwort nicht wissen, sagen Sie dies offen.
- Wenn Sie bei der Erteilung der Auskunft unsicher sind, sagen Sie, dass Sie sich nicht sicher sind und diesbezüglich Rücksprache halten müssen.
- In der Regel erhalten Sie am Ende der Kontrolle eine Niederschrift – notieren Sie dennoch sicherheitshalber alle Fragen, die Ihnen gestellt wurden (inklusive aller von Ihnen erteilten Antworten).

→ Unterzeichnen Sie keine Niederschriften, Protokolle oder sonstige Unterlagen, ohne vorher mit Ihrem Rechtsvertreter Rücksprache gehalten zu haben.

D. Aktuelle Rechtsprechung**1. Anmerkung**

Die Rsp hatte bereits in zahlreichen Fällen Gelegenheit, sich mit Beschwerden gegen gemäß dem LSD-BG ergangene Strafbescheide zu befassen. Viele dieser Entscheidungen betrafen § 34 LSD-BG (Zahlungsstopp – Sicherheitsleistung). Diese Bestimmung wurde allerdings kürzlich vom EuGH als unionswidrig beurteilt.⁴⁸⁾ Daher sind diese Entscheidungen in der Tabelle zur aktuellen Rsp nicht berücksichtigt.

Nachstehend folgt vielmehr ein subjektiver Überblick über einige aus unserer Sicht beachtenswerte Entscheidungen zum LSD-BG, die in letzter Zeit ergangen sind.

47) Die Behörden sind gem § 12 LSD-BG berechtigt, das Bereithalten der Unterlagen nach §§ 21 und 22 LSD-BG zu überwachen sowie bei nach Österreich entsandten Arbeitskräften zu überprüfen, ob sie nach § 29 LSD-BG entgeltlich unterentlohnt werden. Dafür darf die Behörde sämtliche Betriebsstätten, Betriebsräume, Arbeitsstellen und Aufenthaltsräume der AN betreten und von den dort angetroffenen Personen Auskünfte über wesentliche Tatsachen zur Erhebung der eben genannten Informationen verlangen, wenn Grund zur Annahme besteht, dass es sich bei diesen Personen um AG, AN oder die in der Entsendemeldung angeführte Ansprechperson handelt.

48) Siehe unten in der Tabelle zur aktuellen Rsp E 4.

2. Tabelle

	Thema und wesentliche Aussagen	Sachverhalt, Bedeutung, Auswirkungen, sonstige Anmerkungen
E 1	Unterscheidung Überlassung – Entsendung	
VwGH 22. 8. 2017, Ra 2017/11/0068; § 4 Abs 2 Z 2 AÜG; § 17 Abs 2 und 3 AÜG idF vor BGBl I 2016/44, nunmehr § 19 LSD-BG	<p>Entgegen der bisherigen stRsp des VwGH reicht es für die Annahme einer (grenzüberschreitenden) Arbeitskräfteüberlassung iS des AÜG nicht aus, dass der Tatbestand auch nur eine der vier Ziffern des § 4 Abs 2 AÜG erfüllt, selbst wenn die zugrunde liegende Vereinbarung zivilrechtlich als Werkvertrag einzustufen wäre.</p> <p>Unter Berücksichtigung der EuGH-E in der Rs <i>Martin Meat</i>⁴⁹⁾ ist für die Beurteilung, ob ein Sachverhalt als grenzüberschreitende Arbeitskräfteüberlassung anzusehen ist, „jeder Anhaltspunkt“ zu berücksichtigen und der Sachverhalt somit unter mehreren Gesichtspunkten (nach dem „wahren wirtschaftlichen Gehalt“) zu prüfen.</p> <p>Von entscheidender Bedeutung sind dabei im Speziellen die Fragen,</p> <p>→ ob die Vergütung auch von der Qualität der erbrachten Leistung abhängt bzw wer die Folgen einer nicht vertragsgemäßen Ausführung trägt (ob also der für einen Werkvertrag essenzielle „gewährleistungstaugliche“ Erfolg vereinbart wurde);</p>	<p>Es fand eine Überlassung von 57 ungarischen AN an eine österreichische GmbH statt.</p> <p>Die nach § 17 Abs 2 AÜG (nunmehr § 19 LSD-BG) erforderliche Meldung der grenzüberschreitenden Überlassung durch den Überlasser ist nicht erfolgt.</p> <p>Der Werkvertrag umfasste die Durchführung von Lackierarbeiten für Autoteile samt vor- und nachbereitenden Tätigkeiten in der Fabrikhalle der österreichischen GmbH.</p> <p>Im Werkvertrag war vereinbart, dass die österreichische GmbH am Leistungsort kostenlos die benötigten Materialien und Werkzeuge zur Verfügung stellt.</p> <p>Das VwG ging davon aus, dass das Kriterium des § 4 Abs 2 Z 2 AÜG erfüllt sei und damit Arbeitskräfteüberlassung vorliege: Einer Gesamtbeurteilung des Sachverhalts (nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt) bedürfe es nach der stRsp des VwGH nicht, da zumindest eine der vier Ziffern des § 4 Abs 2 AÜG erfüllt sei.</p> <p>Diese VwGH-E gibt dem Gesetzgeber nun ausreichend Spielraum, § 4 AÜG zu überarbeiten.⁵⁰⁾</p>

49) Vgl EuGH 18. 6. 2015, C-586/13, *Martin Meat kft/Géza Simonfay, Ulrich Salzburg*, Rz 31 ff.

50) Vgl *Niksova*, Werkvertrag oder Arbeitskräfteüberlassung? Änderung der VwGH-Rsp bei grenzüberschreitenden Sachverhalten, ZAS 2018/15.

	Thema und wesentliche Aussagen	Sachverhalt, Bedeutung, Auswirkungen, sonstige Anmerkungen
	<p>→ wer die Zahl der für die Herstellung des Werks jeweils konkret eingesetzten AN bestimmt und;</p> <p>→ von wem die AN die genauen und individuellen Weisungen für die Ausführung ihrer Tätigkeiten erhalten.</p>	
E 2	Gilt das LSD-BG auch bei Entsendung arbeitnehmerähnlicher Personen?	
VwGH 22. 6. 2017, Ra 2017/11/ 0112; § 7 d AVRAG idF vor BGBl I 2016/44, nunmehr § 22 LSD-BG; § 7 i Abs 4 AVRAG idF vor BGBl I 2016/ 44, nunmehr § 28 LSD-BG; § 1 AVRAG; § 1151 ABGB	<p>§ 7 d Abs 1 AVRAG (nunmehr § 22 LSD-BG) sowie § 7 i Abs 4 Z 1 AVRAG (nunmehr § 28 LSD-BG) stellten darauf ab, dass Lohnunterlagen eines nach Österreich zur Arbeitsleistung entsandten „AN“ nicht bereitgehalten wurden.</p> <p>Das AVRAG enthält zwar keine Legaldefinition des Begriffs AN, definiert aber in § 1 AVRAG den Geltungsbereich dieses Gesetzes mit „Arbeitsverhältnissen, die auf einem privatrechtlichen Vertrag beruhen“.</p> <p>Ob ein privatrechtliches Arbeitsverhältnis vorliegt, ist daher nach § 1151 Abs 1 ABGB zu bestimmen: „Arbeitnehmerähnliche“ Personen sind von den hier maßgebenden Bestimmungen des AVRAG nicht erfasst.</p> <p>Vor diesem Hintergrund und dem im Strafrecht geltenden Analogieverbot scheidet die Bestrafung wegen der Nichtbereithaltung von Lohnunterlagen einer nach Österreich entsandten „arbeitnehmerähnlichen“ Person gem § 7 d Abs 1 AVRAG iVm § 7 i Abs 4 Z 1 AVRAG aus.</p>	<p>Ein in Deutschland ansässiger AG wurde schuldig erkannt, er habe zwei nach Österreich entsandte „AN“ im Bundesgebiet beschäftigt und dort deren Lohnunterlagen nicht bereitgehalten.</p> <p>Eine Geldstrafe von € 1.000,- wurde bzgl AN 1 verhängt und bzgl AN 2 eine Geldstrafe von € 500,-.</p> <p>Hinsichtlich AN 2 hat der AG die Tat bestritten und dessen selbständige Tätigkeit eingewendet.</p>
E 3	Bereithaltung der Lohnunterlagen	
LVwG Tirol 27. 3. 2018, LVwG-2017/ 40/2431 – 10; §§ 22, 28 LSD-BG; § 9 VStG	<p>Bei einer grenzüberschreitenden Arbeitskräfteüberlassung hat der Überlasser dem Beschäftiger die in § 22 Abs 1 LSD-BG genannten Lohnunterlagen nachweislich bereitzustellen, die dieser am Arbeitsort bereitzuhalten hat.</p> <p>§ 22 Abs 1 LSD-BG nennt folgende Unterlagen, die grds in deutscher Sprache vorliegen müssen: Arbeitsvertrag oder Dienstzettel (der Arbeitsvertrag kann auch in englischer Sprache vorliegen), Lohnzettel, Lohnzahlungsnachweise oder Banküberweisungsbelege, Lohnaufzeichnungen, Arbeitszeitaufzeichnungen und Unterlagen betreffend die LohnEinstufung zur Überprüfung des dem entsandten AN für die Dauer der Beschäftigung nach den österreichischen Rechtsvorschriften gebührenden Entgelts.</p> <p>Bereits bei Fehlen einer dieser Unterlagen iSd § 22 Abs 1 LSD-BG gilt der Tatbestand des § 22 Abs 2 iVm § 28 Z 2 LSD-BG objektiv als erfüllt.</p> <p>Auch wenn die betroffenen AN am Kontrolltag noch nicht einmal einen ganzen Monat tätig waren und aus diesem Grund manche der aufgezählten Lohnunterlagen noch gar nicht vorliegen konnten, da noch keine volle Lohnzahlungsperiode beendet war, steht dies einer Bestrafung des Überlassers wegen der Nichtbereitstellung der Lohnunterlagen nach Ansicht des LVwG nicht entgegen, weil zumindest Arbeitszeitaufzeichnungen über die bereits zurückliegenden Arbeitstage oder Lohnzahlungsvereinbarungen vorgelegt hätten werden müssen.</p> <p>Daran ändert auch nichts, dass die erforderlichen Unterlagen umgehend der Finanzpolizei per E-Mail übermittelt wurden. Die Lohnunterlagen sind am Arbeitsort bereitzuhalten bzw vom</p>	<p>Der Beschuldigte, ein kroatischer Überlasser, hatte es als Verantwortlicher gem § 9 VStG zu verantworten, dass zwei kroatische AN im Inland überlassen wurden und deren Lohnunterlagen nicht bereitgestellt bzw bereitgehalten wurden.</p> <p>Am Kontrolltag wurden alle „bereits existenten“ Lohnunterlagen umgehend der Finanzpolizei per E-Mail übermittelt, jedoch konnten keine Arbeitszeitaufzeichnungen, LohnEinstufungsunterlagen oder Lohnaufzeichnungen vorgelegt bzw zugänglich gemacht werden.</p> <p>In der Beschwerde wurde ua vorgebracht, dass die betroffenen AN nur vom 6. 1. 2017 bis zum 25. 1. 2017 an den Beschäftigerbetrieb überlassen worden seien und eine Vielzahl der genannten Lohnunterlagen noch gar nicht existierten.</p>

	Thema und wesentliche Aussagen	Sachverhalt, Bedeutung, Auswirkungen, sonstige Anmerkungen
	Überlasser dem Beschäftiger nachweislich be-reitzustellen . Diesem eindeutigen gesetzlichen Auftrag hat der Überlasser im vorliegenden Fall erkennbar zuwidergehandelt. Der Umstand, dass die Lohnunterlagen umgehend übermittelt wurden, wurde von der Behörde jedoch entsprechend gewürdigt und die vorgesehene Mindeststrafe in Anwendung des § 20 VStG auf die Hälfte reduziert.	
E 4	Zahlungsstopp – Sicherheitsleistung	
EuGH 13. 11. 2018, C-33/17, <i>Cepelnik d.o.o. gegen Michael Vavti</i> ; Art 56 AEUV; § 7 m AVRAG idF vor BGBl I 2016/44, nunmehr § 34 LSD-BG	<p>Nach Ansicht des Generalanwalts beim EuGH (Schlussanträge des Generalanwalts v 8. 5. 2018) verstößt die Regelung über den Zahlungsstopp und die Sicherheitsleistung gegen die DienstleistungsRL.⁵¹⁾</p> <p>Die Bestimmung sei mit Art 56 AEUV über die Dienstleistungsfreiheit nicht vereinbar, weil die Maßnahmen jedenfalls über das hinausgehen, was erforderlich ist, um den nationalen Behörden die Überprüfung und Durchsetzung der Einhaltung von nationalem Arbeitsrecht zu ermöglichen, das zum Schutz der AN und zur Vermeidung von unlauterem Wettbewerb und Sozialdumping erlassen wurde.</p> <p>Insb die Kombination hoher Geldstrafen mit einer Sicherheitsleistung beeinträchtigt den freien Dienstleistungsverkehr erheblich.</p> <p>Der EuGH schloss sich in seinem Urteil v 13. 11. 2018⁵²⁾ im Ergebnis den Schlussanträgen des Generalanwalts an.</p> <p>Der EuGH führte aus, dass durch die österreichische Regelung der freie Dienstleistungsverkehr beschränkt wird.⁵³⁾</p> <p>Im Anschluss prüfte der EuGH das Vorliegen einer Rechtfertigung für diesen Eingriff:</p> <p>Eine Beschränkung einer Grundfreiheit kann nach stRsp des EuGH grds gerechtfertigt sein, wenn die nationale Maßnahme zwingenden Gründen des Allgemeininteresses entspricht, wenn sie geeignet ist, die Verwirklichung des mit ihm verfolgten Ziels zu gewährleisten und wenn sie nicht über das hinausgeht, was zur Erreichung dieses Ziels erforderlich ist.</p> <p>Der in die Diskussion gebrachte soziale Schutz der AN, die Bekämpfung von (Sozial-)Betrug und die Verhinderung von Missbräuchen sind Ziele, die zu den zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gehören, die eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs grds rechtfertigen können.</p> <p>Die zur Frage stehenden Maßnahmen, die ua die Wirksamkeit möglicher Sanktionen gegen einen Dienstleistungserbringer im Fall eines Verstoßes gegen arbeitsrechtliche Vorschriften sicherstellen sollen, können als geeignet angesehen werden, die Erreichung derartiger Ziele zu gewährleisten.</p> <p>Im Sinne einer Verhältnismäßigkeitsprüfung hielt der Gerichtshof fest, dass die österreichische Regelung im Endeffekt über das hinausgehe, was zur Erreichung der Ziele des AN-Schutzes, der Bekämpfung von (Sozial-)Betrug und der Verhinderung von Missbräuchen erforderlich ist.</p>	<p>Der vorliegenden Rs liegt ein Rechtsstreit zwischen der Cepelnik d.o.o. („Cepelnik“) und Herrn Vavti über die Zahlung des ausstehenden Werklohns für Bauleistungen zugrunde. Cepelnik ist eine in Slowenien ansässige GmbH. Sie erbrachte durch entsandte AN an einem Herrn Vavti gehörenden Haus in Österreich Baudienstleistungen im Wert von € 12.200,-. Herr Vavti leistete eine Vorauszahlung in Höhe von € 7.000,- an Cepelnik.</p> <p>2016 führte die österreichische Finanzpolizei auf der Baustelle eine Kontrolle durch und legte Cepelnik zwei Verwaltungsübertretungen nach dem AVRAG zur Last (unterlassene Meldung von zwei AN und fehlende Lohnunterlagen in deutscher Sprache für vier AN). Gem § 7 m AVRAG (nunmehr § 34 LSD-BG) wurde Herrn Vavti ein Zahlungsstopp und in der Folge die Erlegung einer Sicherheitsleistung in Höhe des ausstehenden Werklohns (€ 5.200,-) aufgetragen, da „aufgrund des Sitzes des Dienstleistungserbringers, welcher in Slowenien ist, anzunehmen ist, dass die Strafverfolgung und Strafvollstreckung wesentlich erschwert, wenn nicht sogar unmöglich gemacht wird“. Herr Vavti leistete die Sicherheit.</p> <p>Wegen der Verstöße gegen das AVRAG wurden über Cepelnik in weiterer Folge Geldstrafen iHv insgesamt € 9.000,- verhängt.</p> <p>Nach Beendigung der Arbeiten klagte Cepelnik Herrn Vavti auf Zahlung des ausstehenden Werklohns iHv € 5.000,-, nachdem Herr Vavti mit Hinweis auf die erlegte Sicherheitsleistung die Zahlung verweigert hatte. Das zuständige BG Bleiburg unterbrach das Verfahren und leitete beim EuGH ein Vorabentscheidungsverfahren hinsichtlich der Vereinbarkeit der Bestimmungen über den Zahlungsstopp und die Sicherheitsleistung mit dem Unionsrecht ein.</p>

51) RL 2006/123/EG, ABl L 2006/376, 36.

52) EuGH 13. 11. 2018, C-33/17, *Cepelnik*.53) *Krömer*, Zahlungsstopp und Sicherheitsleistung, ZAS-Judikatur 2019/20.

	Thema und wesentliche Aussagen	Sachverhalt, Bedeutung, Auswirkungen, sonstige Anmerkungen
	<p>Die ausschlaggebenden Gründe waren für den EuGH, dass (i) ein Zahlungsstopp und eine Sicherheitsleistung bereits erlassen werden dürfen, noch bevor die zuständige Behörde eine Verwaltungsübertretung überhaupt festgestellt hat, die auf einen (Sozial-)Betrug, einen Missbrauch oder eine den Schutz der AN beeinträchtigende Praktik hinweisen würde, (ii) der Dienstleistungserbringer, gegen den der begründete Verdacht besteht, keine Möglichkeit hat, vor dem Erlass der Maßnahmen Stellung zu dem ihm vorgeworfenen Sachverhalt zu nehmen und (iii) die Höhe der Sicherheitsleistung gegebenenfalls erheblich über dem Betrag liegen kann, den der Auftraggeber an und für sich nach Beendigung der Arbeiten zahlen müsste.</p> <p>Darum steht Art 56 AEUV der Regelung des Zahlungsstopps und der Sicherheitsleistung entgegen.</p>	
E 5	Auswirkung Verfall auf Strafbarkeit	
<p>LVwG Vorarlberg 21. 8. 2017, LVwG- 1-439/2017- R7; § 7 i Abs 5 AVRAG idF BGBl I 2014/ 94, nunmehr § 29 LSD-BG</p>	<p>Unter Verweis auf <i>Felten/Pfeil</i>⁵⁴⁾ geht das LVwG davon aus, dass ein allfälliger Verfall von Entgeltansprüchen nach dem zur Anwendung kommenden KollV keine Auswirkung auf die Strafbarkeit nach dem AVRAG nach sich zieht.</p> <p>Eine Berücksichtigung würde zu unbilligen Ergebnissen und zu einer Aushebelung des Regelungszwecks des AVRAG (bei Sachverhalten ab 1. 1. 2017 dem LSD-BG) führen.</p> <p>Wesentliche Ziele – die mit der Strafbarkeit vorliegender Sachverhalte verfolgt werden – wie Wettbewerbsverzerrung und Lohndumping könnten weder ausgeglichen noch geahndet werden. Somit ändere das Vorbringen eines allfälligen Verfalls der gegenständlichen Sonderzahlungsansprüche aufgrund des zur Anwendung kommenden KollV nichts an der vorliegenden Strafbarkeit nach dem AVRAG.</p> <p>Die Rev wurde vom LVwG nicht zugelassen.</p>	<p>Zwei AN wurden nicht die ihnen nach dem anwendbaren KollV zustehenden Sonderzahlungen geleistet, weshalb laut Behörde eine strafbare Unterentlohnung nach § 7 i Abs 5 AVRAG (nunmehr § 29 LSD-BG) vorliege.</p> <p>Laut AG seien die Ansprüche gemäß der kollektivvertraglichen Verfallsregelung vor der ersten Verfolgungshandlung der Behörde bereits verfallen gewesen, die AN hätten daher auf die Sonderzahlungen keinen Anspruch mehr gehabt.</p> <p>Bei wörtlicher Interpretation des Gesetzes sei ein „zustehendes Entgelt“ – aufgrund Verfalls der Ansprüche – jedenfalls nicht mehr vorgelegen.</p>
E 6	Kumulationsprinzip vor dem EuGH	
<p>Antrag C-140/18 auf Vorabentscheidung gem Art 267 AEUV; § 7 i Abs 4 AVRAG idF BGBl I 2016/ 44, nunmehr § 28 LSD-BG; § 7 b Abs 3 und 4 AVRAG idF BGBl I 2016/44, nunmehr § 19 LSD-BG; § 9 VStG; Art 56, 267 AEUV</p>	<p>Das LVwG Steiermark hatte Zweifel an der Unionsrechtskonformität des § 7 i Abs 4 AVRAG (nunmehr § 28 LSD-BG) und stellte am 31. 1. 2018 ein Ersuchen um Vorabentscheidung an den EuGH.</p> <p>Dem EuGH wurden vom LVwG gem Art 267 AEUV folgende Fragen zur Entscheidung vorgelegt:</p> <p>1. „Sind Art 56 AEUV sowie die RL 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v 16. 12. 1996 über die Entsendung von AN im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen und die RL 2014/67/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v 15. 5. 2014 zur Durchsetzung der RL 96/71/EG dahingehend auszulegen, dass sie einer nationalen Norm, welche für Verstöße gegen formale Verpflichtungen bei grenzüberschreitendem Arbeitskräfteeinsatz, wie die unterlassene Bereitstellung von Lohnunterlagen seitens des Überlassers an den Beschäftigten, sehr hohe Geldbußen, insb hohe Mindeststrafen vorsieht, welche kumulativ pro betroffenem AN verhängt werden, entgegenstehen?“</p>	<p>Am 23. 3. 2014 kam es im Werk der Zellstoff Pöls AG zu einem Kesselschaden, bei dem große Teile des Laugenkessels zerstört wurden. Die Andritz AG („Andritz“) erhielt von der Zellstoff Pöls AG den Auftrag zur Herstellung und Inbetriebnahme des Laugenkessels. Andritz hat die mechanische Montage dann zur Realisierung des Projekts an Bilfinger, ein in Kroatien ansässiges Unternehmen, vergeben.</p> <p>Das Ende der Montagetätigkeiten war für den 25. 8. 2015 vorgesehen. Bilfinger hat zur Durchführung des Auftrags eigene AN nach Österreich entsandt; für diese AN wurden seitens des AMS nach Prüfung der Unterlagen EU-Entsendebestätigungen nach § 18 Abs 12 AuslBG iVm § 7 b Abs 3 und 4 AVRAG (nunmehr § 19 LSD-BG) iVm § 32 a AuslBG ausgestellt.</p> <p>Die Montage wurde jedoch seitens Bilfinger nicht fertiggestellt. Andritz hat Brodmont, ein ebenfalls in Kroatien ansässiges Unternehmen, mit der Ersatzvornahme der Montagearbeiten beauftragt. Brodmont hat die Arbeiten auf der Baustelle in Pöls am 14. 9. 2015 aufgenommen; im Maximalfall waren 185 AN vor Ort. Bis zum</p>

54) *Felten/Pfeil*, Strafbare Unterentlohnung nach dem LSD-BG und Verfall von Entgeltansprüchen, öRdA 2017, 79.

	Thema und wesentliche Aussagen	Sachverhalt, Bedeutung, Auswirkungen, sonstige Anmerkungen
	<p>2. Für den Fall, dass nicht schon die Frage 1 bejaht wird: „Sind Art 56 AEUV sowie die RL 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v 16. 12. 1996 über die Entsendung von AN im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen und die RL 2014/67/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v 15. 5. 2014 zur Durchsetzung der RL 96/71/EG dahingehend auszu-legen, dass sie der Verhängung kumulativer Geldbußen bei Verstößen gegen formale Verpflichtungen bei grenzüberschreitendem Arbeitskräfteeinsatz ohne absolute Höchstgrenzen entgegenstehen?“</p> <p>3. Für den Fall, dass nicht schon die Frage 1 oder Frage 2 bejaht wird: „Ist Art 49 Abs 3 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union dahingehend auszulegen, dass er einer nationalen Norm, welche für Fahrlässigkeitsdelikte unbeschränkt hohe Geldstrafen und mehrjährige Ersatzfreiheitsstrafen vorsieht, entgegensteht?“⁵⁵⁾ Ein Urteil des EuGH steht noch aus.</p>	<p>30. 10. 2015 waren insgesamt 217 verschiedene AN im Einsatz.</p> <p>Am 27. 9. 2015 fand eine Kontrolle durch die Finanzpolizei statt. Die Finanzpolizei vertrat die Ansicht, dass die Tätigkeit der Brodmont nicht als grenzüberschreitende Entsendung nach § 7 b AVRAG, sondern als grenzüberschreitende Überlassung von Arbeitskräften seitens der Brodmont an die Andritz nach den Bestimmungen des AÜG zu qualifizieren sei.</p> <p>Mit den angefochtenen Straferkenntnissen wurde den Vorstandsmitgliedern der Andritz AG in 217 Spruchpunkten jeweils eine Übertretung des § 7 d Abs 2 iVm § 7 i Abs 4 Z 3 AVRAG zur Last gelegt. Die Beschwerdeführer hätten iSd § 9 VStG zu verantworten, dass Organe der Finanzpolizei bei den erforderlichen Erhebungen im Betrieb in Pöls am 27. 9. 2015, die Lohnunterlagen zur Überprüfung der entsandten (überlassenen) AN für die Dauer der Beschäftigung nach den österreichischen Rechtsvorschriften gebührenden Entgelts nicht bereitgestellt werden konnten.</p> <p>Die Andritz AG hafte für die verhängte Geldstrafe gem § 9 Abs 7 VStG zur ungeteilten Hand.</p>

55) Vorabentscheidungsersuchen LVwG Steiermark 22. 2. 2018, C-140/18.

→ In Kürze

Das LSD-BG spielt in der Praxis beim grenzüberschreitenden Personaleinsatz eine erhebliche Rolle. Nur die genaue Befolgung des umfangreichen Pflichtenkatalogs schützt AG und deren Organe oder verantwortliche Beauftragte vor den empfindlichen Strafdrohungen. Die Praxis zeigt zudem, dass es oftmals eines erheblichen Aufwands bedarf, die Einsätze der ausländischen AN richtig einzuordnen und faktisch umzusetzen.

→ Zum Thema

Über die Autoren:

Dr. Stefan Kühteubl ist Leiter der Arbeitsrechtspraxis und Partner, Mag. Alexander Bele ist Rechtsanwaltsanwärter der Schönherr Rechtsanwälte GmbH.

Kontaktadresse: Schönherr Rechtsanwälte GmbH, Schottenring 19, 1010 Wien.

Tel: +43 (0)1 534 37, Fax: +43 (0)1 534 37 66100,

E-Mail: s.kuehteubl@schoenherr.eu, a.bele@schoenherr.eu

Internet: www.schoenherr.eu

Vom Autor Kühteubl erschienen:

Kühteubl/Waidmann, Aller guten Dinge sind drei? Das (wieder) neue Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz, ZAS 2016, 318; *Kühteubl*, Die Novelle zum Lohn- und Sozialdumping, ZAS 2015, 204; *Kühteubl/Wieder*, Das neue Lohn- und Sozialdumpingbekämpfungsg, ZAS 2011, 208; *Kühteubl/Kozak*, Arbeitnehmerentsendung (2010).

Literatur:

Kozak, Kurzkommentar Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz (2016); *F. Schrank/V. Schrank/Lindmayr*, Kommentar LSD-BG (2017); *Schitter*, Das Lohn- und Sozialdumpinggesetz – Die wichtigsten Neuerungen im Überblick, *ecolex* 2016, 656; *Krömer*, Entsendung oder grenzüberschreitende Arbeitskräfteüberlassung? *ecolex* 2016, 660; *Glowacka*, LSD-BG: Bisherige Erfahrungen aus der Judikatur, ZAS 2018, 212; *Rath*, Zum Anwendungsbereich des LSD-BG bei grenzüberschreitender Tätigkeit, *ecolex* 2016, 663.

Links:

www.schoenherr.eu

→ Literatur-Tipp



Kühteubl/Kozak, Arbeitnehmerentsendung (2010)

MANZ Bestellservice:

Tel: (01) 531 61-100

Fax: (01) 531 61-455

E-Mail: bestellen@manz.at

Besuchen Sie unseren Webshop unter

www.manz.at

