



Bundesministerium für
Arbeit, Familie und Jugend
Abt IV/B/9
Untere Donaustraße 13-15
1020 Wien

BUNDESARBEITSKAMMER
PRINZ EUGEN STRASSE 20-22
1040 WIEN
wien.arbeiterkammer.at
DVR 0063673
ERREICHBAR MIT DER LINIE D

Ihr Zeichen	Unser Zeichen	Bearbeiter/in	Tel 501 65	Fax 501 65	Datum
GZ: 2020- 0.380.144	SP-GSt	Gagawczuk	DW 12589	DW 412589	23.9.2020

Evaluierung des Arbeits- und Sozialrecht-Änderungsgesetzes 2014 (ASRÄG 2014), BGBl I Nr 94/2014 und des Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetzes (LSD-BG), BGBl I Nr 44/2016

Die Bundesarbeitskammer (BAK) bedankt sich für die Übermittlung der gegenständlichen Fragen im Zusammenhang mit der Evaluierung der oa Gesetze und nimmt dazu wie folgt Stellung:

Evaluierung ASRÄG 2014:

Ziel 1:

Stärkerer Schutz vor Lohn- und Sozialdumping und Zurückdrängung von Wettbewerbsverzerrungen.

Dazugehörige Maßnahme 1:

Ausweitung der Lohnkontrolle (vom Grundlohn auf das gesamte Entgelt etwa entsprechend dem maßgeblichen Kollektivvertrag).

Fragen für die Evaluierung:

Sinken die Zahlen zu den von den Arbeiterkammern erfolgreich eingeklagten ausstehenden Arbeitnehmerentgelten nach der Ausweitung des dem AVRAG zu Grunde liegenden Entgeltbegriffs zumindest als Zeichen einer erhöhten Effektivität der Regelung zur Bekämpfung von Unterentlohnung?

Zu welchen sonstigen Effekten in der Praxis hat die Ausweitung des Entgeltbegriffs bei der Lohnkontrolle geführt?

Konnten dadurch zumindest tendenziell Wettbewerbsverzerrungen sowohl im Hinblick auf ausländische und inländische Dienstleistungserbringer in der österreichischen Wirtschaft zurückgedrängt werden?

Vor Beantwortung der Fragen ist Folgendes anzumerken: Die Ausweitung der Lohnkontrolle vom Grundlohn auf das gesamte Entgelt durch das ASRÄG bezog sich auf die behördliche Lohnkontrolle, jedoch nicht auf den zivilrechtlichen Anspruch. Das heißt an der Geltendmachung der zivilrechtlichen Ansprüche hat sich nichts geändert, diese war vor Inkrafttreten des ASRÄG nicht auf den Grundlohn beschränkt und auch danach nicht. Insofern hatte diese Änderung auch keine unmittelbaren Auswirkungen auf die Geltendmachung der Ansprüche durch die Arbeiterkammern. Aus der Praxis gibt es jedoch Wahrnehmungen dahingehend, dass einzelne Arbeitgeber vor Inkrafttreten des ASRÄG davon ausgegangen sind, dass nur der Grundlohn zu zahlen ist! Dieses grobe Missverständnis bzw vermeintliche Missverständnis erklärt sich vor dem Hintergrund des enormen Lohngefälles zu den neuen Mitgliedstaaten. Viele grenzüberschreitend entsendete oder überlassene Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen bekommen einen wesentlich höheren Lohn als in ihrem Herkunftsland, der noch immer nur einem Bruchteil des österreichischen Mindestlohns entspricht. Die Differenz zum österreichischen Lohn wird dann nur selten eingefordert. Die Möglichkeit die Entgeltdifferenz zivilrechtlich erfolgreich geltend zu machen, ist neben der Sprachbarriere außerdem mit viel Aufwand, vielen Hürden und großen Unsicherheiten verbunden. Gerichtsverfahren mit grenzüberschreitendem Bezug sind nämlich oft von Zustellproblemen, Problemen mit Beweisaufnahmen und insbesondere Vollstreckungsproblemen gekennzeichnet.

Zusätzlich ergibt sich häufig das Problem der mangelnden Insolvenzdeckung. Die Insolvenzsicherung in den neuen Mitgliedstaaten ist der Höhe nach beschränkt und daher können bei Insolvenz des Arbeitgebers/der Arbeitgeberin die Differenzbeträge nicht erfolgreich geltend gemacht werden. In diesen Fällen bleiben die ArbeitnehmerInnen selbst dann, wenn sie einen Anspruch auf die Differenz zum österreichischen Lohn haben und diesen erfolgreich bei Gericht geltend gemacht haben, im Endeffekt erfolglos und können unter Umständen nicht einmal die Kosten für die Rechtsvertretung lukrieren. Da im Baubereich die Gefahr der Insolvenz des Arbeitgebers/der Arbeitgeberin relativ groß ist, ist daher eine Geltendmachung der Ansprüche selbst bei sehr guten Prozesschancen oft nicht ratsam!

Wie schwierig sich zivilrechtliche Durchsetzung von Ansprüchen bei grenzüberschreitendem Bezug gestaltet, kann anhand des folgenden Beispiels aus dem Rechtsschutz der Arbeiterkammer Wien (AK Wien) aufgezeigt werden:

Im April 2011 wurde 14 Bauarbeitern außerordentlicher Rechtsschutz gegenüber einer in Italien domizilierten Arbeitgebergesellschaft gewährt. Die Arbeitnehmer waren von April 2010 bis Februar 2011 als Bauarbeiter in Österreich (Wien) beschäftigt. Es war der Kollektivvertrag für Bauindustrie und Baugewerbe anzuwenden. Sie wurden unterkollektivvertraglich entlohnt, wobei es in den letzten Monaten vor dem berechtigten Austritt zu einer gänzlichen Entgeltvorenthaltung gekommen ist.

Aufgrund des Wohnsitzes der Arbeitnehmer während der Arbeitsleistung in Österreich war ein Gerichtsstand (in Wien) gegeben. Die offenen Entgeltforderungen betragen pro Arbeitnehmer durchschnittlich an die € 15.000. Über das Vermögen der Arbeitgebergesellschaft wurde in Italien ein Konkursverfahren eröffnet, wobei eine italienische Anwaltskanzlei mit der Anmeldung der Forderungen der 14 Arbeitnehmer beauftragt werden musste, ebenso mit der Anmeldung der Forderungen bei der italienischen Sicherungseinrichtung. Der italienische Garantiefonds sichert lediglich allfällig zustehende Abfertigungszahlungen sowie die letzten drei Monatsgehälter vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Die angemeldeten Ansprüche beinhalteten allesamt keine Abfertigung, sondern richteten sich durchwegs auf Lohn, Sonderzahlungen, Taggeld und ausstehende Differenzbeträge aufgrund der unterkollektivvertraglichen Entlohnung.

Die österreichische IEF-Service GmbH hat ihre Unzuständigkeit einerseits aufgrund des ausschließlich in Italien geführten Insolvenzverfahrens (keine Niederlassung in Österreich) gestützt, sowie darauf, dass es sich ihrer Ansicht nach um Entsendungen der Arbeitnehmer nach Österreich gehandelt habe.

Im Endeffekt wurde den Arbeitnehmern im Schnitt jeweils lediglich ca € 3.000 netto vom italienischen Garantiefonds ausgezahlt. Die Durchsetzung von allfälligen Quotenforderungen aus dem in Italien geführten Insolvenzverfahren scheiterte am völligen Fehlen von Aktiva der Gemeinschuldnerin. Der seitens der Arbeiterkammer beauftragten Rechtsanwaltskanzlei musste für die Verfassung der Klagen, Verrichtung eines Verhandlungstermins sowie für diverse Dolmetsch- und Übersetzungskosten und Kosten der beauftragten italienischen Anwaltskanzlei ein (bereits ermäßigtes) Honorar von über € 17.000 bezahlt werden.

Obwohl von Beginn an unstrittig war, dass die Ansprüche offen waren, dauerte es Jahre bis die Arbeitnehmer einen Bruchteil des zuständigen offenen Lohnes lukrieren konnten. Hätten die Arbeitnehmer die Kosten für die Rechtsvertretung in Österreich und in Italien selbst übernehmen müssen, dann wären die Kosten für die Rechtsvertretung mit hoher Wahrscheinlichkeit höher gewesen als der ihnen letztlich vom italienischen Garantiefonds ausbezahlte Betrag! Dies trotz klarer Rechtslage. Bei unklarer Rechtslage ist die tatsächliche Rechtsdurchsetzung natürlich noch schwieriger und häufig von Beginn wenig aussichtsreich.

Zum Teil noch schlechtere Erfahrungen mit der grenzüberschreitenden Rechtsdurchsetzung berichten die Arbeitsrechtsexperten aus der AK Steiermark im Zusammenhang mit Slowenien. Die Voraussetzungen für die Insolvenzentgeltsicherung sind nämlich so restriktiv, dass es praktisch nicht möglich ist, die Ansprüche erfolgreich geltend zu machen. In Ungarn sind die Voraussetzungen etwas weniger streng, jedoch werden auch dort keine Verfahrenskosten übernommen und auch in Ungarn ist die Höhe der Insolvenzentgeltsicherung begrenzt, so dass eine allfällige Differenz zum österreichischen Kollektivvertragslohn praktisch nicht oder nur zu einem kleinen Teil lukriert werden kann. Um die Möglichkeiten der grenzüberschreitenden Rechtsdurchsetzung zu verbessern, müssten daher die europarechtlichen Mindeststandards der Insolvenzentgeltsicherung geändert werden. Dies betrifft insbesondere die höhenmäßige Begrenzung der Ansprüche und die zum Teil sehr kurzen Fristen für die Antragstel-

lung. Weiters müsste auch ein Kostenersatz für notwendige Rechtsverfolgungskosten vorgesehen werden.

Abseits der beschriebenen Probleme mit aus Ländern mit deutlich geringerem Lohnniveau entsendeten ArbeitnehmerInnen ist darauf zu verweisen, dass das LSDBG sicherlich eine generalpräventive Wirkung entfaltet, die Arbeitgeber zu sorgfältigerem Einhalten von Lohnvorschriften bewegt – ein wenig freilich beschränkt durch die relativ großzügige Toleranzschwelle einer Unterentlohnung von bis zu 10 % auf der Grundlage des betreffenden Erlasses.

Ziel 2:

Verbesserung der Information des/der von der Unterentlohnung betroffenen Arbeitnehmers/Arbeitnehmerin.

Dazugehörige Maßnahme 4:

Schaffung einer gesetzlichen Bestimmung zur Information des/der Arbeitnehmer/in über einen sein/ihr Arbeitsverhältnis betreffenden Strafbescheid bzw (ab 14.8.2020 aufgrund des BGBl I Nr 113/2015) eine solche Anzeige.

Fragen für die Evaluierung:

Ist erkennbar, ob die Anzahl der verfallenen oder verjährten Entgeltansprüche von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern mittelfristig aufgrund der verbesserten Informationslage der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern gesunken sind?

Es kann festgestellt werden, dass die ArbeitnehmerInnen tendenziell etwas früher zur Kontrolle ihrer Ansprüche in die arbeitsrechtliche Beratung kommen und daher die Anzahl der verfallenen oder verjährten Ansprüche etwas geringer ist. Ob dies (auch) auf die Information gemäß § 24 Z 3 BUAG bzw § 14 Abs 3 LSD-BG zurückzuführen ist, ist nicht aussagekräftig nachvollziehbar.

Interessant wäre, in wie vielen Fällen seitens der BUAK oder dem zuständigen Träger der Krankenversicherung bzw dem Prüfdienst für lohnabhängige Abgaben bzw der Österreichischen Gesundheitskasse eine Information erfolgte und in wie vielen Fällen die Information wegen Zustellproblemen nicht mehr erfolgen konnte.

Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass § 24 Z 3 BUAG (noch) eine Information bei Unterschreitungen des Entgelts gemäß § 7h AVRAG vorsieht. Hier wäre eine Ergänzung bzw Aktualisierung (§ 29 LSD-BG) dringend erforderlich.

Ziel 5:

Erleichterung bei den Arbeitszeitaufzeichnungen

Dazu gehörige Maßnahmen 9 bis 11:

Einschränkungen der Arbeitszeitaufzeichnungen für Teleheimarbeit.

Ausdehnung der Ausnahme von der Aufzeichnung der Ruhepausen.

Entfall gesonderter Arbeitszeitaufzeichnungen bei fixer Arbeitszeiteinteilung.

Frage für die Evaluierung:

In welchem Ausmaß wurde nach ihren Informationen von diesen Möglichkeiten jeweils Gebrauch gemacht?

Dazu liegen uns leider keine validen Daten vor.

Es erscheint jedoch wichtig, auf Folgendes hinzuweisen: Durch den Entfall der Verpflichtung bei fixer Arbeitszeiteinteilung gesonderte Arbeitszeitaufzeichnungen zu führen, verkommt der Dienstplan, welcher ja im Vorhinein erstellt wird, zur Arbeitszeitaufzeichnung. Die Beratungspraxis zeigt jedoch, dass die geplanten Arbeitszeiten regelmäßig nicht genau eingehalten werden können und die tatsächlich geleistete Arbeitszeit nicht mit der im Dienstplan geplanten Arbeitszeit ident ist. So kommt es immer wieder zu einer schwierigen Beweissituation. Eine mögliche Lösung wäre hier, jeden Arbeitgeber/jede Arbeitgeberin zu verpflichten, ein System der elektronischen Zeiterfassung zu implementieren, aus welchem nachträgliche Änderungen ersichtlich wären. Für den Arbeitgeber würde dies keine erhebliche Belastung darstellen, jedoch würden die Schutzzwecke der Arbeitszeitregelungen besser erreicht und die genannten Beweisschwierigkeiten bei Streitigkeiten über geleistete Arbeitszeit und insbesondere daraus resultierendem Entgelt (auch hinsichtlich LSD-BG) beseitigt.

Im Übrigen ist kritisch anzumerken, dass die für ArbeitnehmerInnen so wichtigen Arbeitszeitregelungen kaum kontrolliert werden, da das Arbeitsinspektorat mit zu wenig Personal ausgestattet ist. Sollten dennoch Verstöße festgestellt werden, so sind diese meist ohne wirksame Konsequenz.

II. Evaluierung LSD-BG:**Ziel 1:**

Lohn- und Sozialdumping durch ausländische Dienstleistungserbringer im Zusammenhang mit Entsendungen von Arbeitnehmern nach Österreich wird noch wirksamer bekämpft als bisher und der Schutz der entsandten Arbeitnehmer und des Arbeitsmarktes und Wettbewerbs in Österreich wird wesentlich erhöht. Gleiches gilt für andere wesentliche Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen wie etwa für den technischen Arbeitnehmerschutz oder den Verwendungsschutz.

Dazu gehörige Maßnahme 1:

Schaffung von Regelungen zur grenzüberschreitenden Zusammenarbeit mit den Behörden und Stellen anderer Staaten.

Fragen für die Evaluierung:

Verfügen sie über konkrete Daten oder Informationen, wonach sich die Einhaltung der österreichischen arbeitsrechtlichen Bestimmungen durch Unternehmen mit Sitz im Ausland, die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer nach Österreich entsenden, seit 2017 verändert hat?

Lässt es sich aus ihrer Sicht anhand konkreter Anhaltspunkte einschätzen, inwieweit sich die Wirksamkeit der in Österreich geltenden Mindestarbeitsbedingungen im Verhältnis zu Entsendeunternehmen erhöht hat und inwieweit nicht?

Grenzüberschreitend entsandte und überlassene ArbeitnehmerInnen sind auf Grund der einschlägigen rechtlichen Vorschriften fast immer in ihrem Heimatland sozialversichert. Folglich sind sie auch nicht Mitglieder der Arbeiterkammern. Für diese ArbeitnehmerInnen besteht also kein Anspruch auf Beratung und Rechtsvertretung durch die Arbeiterkammern. Da die Hintanhaltung von Lohn- und Sozialdumping jedoch (auch) im Interesse der Mitglieder der Arbeitskammern ist, erfolgen im Einzelfall auch Beratungen sowie Rechtsschutz durch die Arbeiterkammern. Die bisherigen Erfahrungen (Näheres dazu siehe oben die Antwort zu I. Evaluierung ASRÄG 2014, Ziel 1, Maßnahme 1) haben jedoch gezeigt, dass selbst die Geltendmachung unstrittiger Forderungen gegenüber dem Arbeitgeber/der Arbeitgeberin extrem schwierig und auf Grund der näheren Umstände meist nicht erfolgversprechend ist.

Vor diesem Hintergrund sind unsere unmittelbaren Einblicke daher nur bruchstückhaft und eine Antwort auf die Frage, ob sich die Wirksamkeit der in Österreich geltenden Mindestarbeitsbedingungen im Verhältnis zu Entsendeunternehmen erhöht hat und inwieweit nicht, ist daraus schwer ableiten. Von der AK Wien in Auftrag gegebene Studien zum Thema Lohn- und Sozialdumping geben keinen Hinweis darauf, dass sich die Situation nachhaltig gebessert hat. Es ist dabei zu berücksichtigen, dass einerseits das LSD-BG 2017 die Möglichkeiten der Bekämpfung von Lohndumping zum Teil verbessert hat, es jedoch andererseits zu heftigen Rückschlägen auf Grund der Judikatur des EuGHs gekommen ist. So etwa haben sich bekanntlich die Möglichkeiten der Einbringung von Verwaltungsstrafen bei grenzüberschreitendem Bezug seit der Entscheidung *Čepelnik* im November 2018 wesentlich verschlechtert und das Risiko ausländischer ArbeitgeberInnen für eine Strafe tatsächlich eintreten zu müssen, hat sich wesentlich verringert.

Das grobe bzw vermeintliche Missverständnis mancher ArbeitgeberInnen, dass entsendeten ArbeitnehmerInnen nur der Grundlohn zu zahlen ist (siehe oben), besteht jedenfalls nicht mehr.

Ziel 2:

Entgeltansprüche entsandter Arbeitnehmer von ausländischen Dienstleistungserbringern können in einem erhöhten Ausmaß durchgesetzt werden. Die präventive Wirkung der Bestimmungen zur Bekämpfung von Lohn- und Sozialdumping wird erhöht.

Dazu gehörige Maßnahme 2:

Schaffung einer Auftraggeberhaftung im Baubereich.

Fragen für die Evaluierung:

Wie beurteilen sie die besondere Haftungsregelung des § 9 LSD-BG?

Insbesondere: Haben sie Grund zur Annahme, dass die Haftungsregelung zu einer Verringerung von Unterentlohnungen geführt hat? Wenn ja, bitte geben sie nähere Informationen zu den Umständen bzw Daten.

Wie bereits oben ausgeführt, hindert die restriktive und sehr beschränkte Sicherung der Arbeitnehmeransprüche im Insolvenzfall in der Regel eine erfolgreiche Geltendmachung der Ansprüche gegenüber dem Arbeitgeber/der Arbeitgeberin. Hier bietet § 9 LSD-BG für entsendete ArbeitnehmerInnen im Baubereich eine alternative Möglichkeit ihre Ansprüche zu verfolgen.

Da entsendete ArbeitnehmerInnen nicht Mitglieder der AK sind und nur relativ wenige entsendete ArbeitnehmerInnen bei der AK vorsprechen, gibt es bislang leider nur wenig Erfahrung mit der Auftraggeberhaftung gemäß § 9 LSD-BG. In einem Fall konnte festgestellt werden, dass – nachdem eine Intervention und Verständigung der BUAK gemäß Abs 2 leg cit gegenüber der Auftraggeberin erfolgte – die Arbeitgeberin außergerichtlich an die Arbeitnehmer herantrat und sie eine Vereinbarung unterschreiben „ließ“, wonach sämtliche Ansprüche beglichen sind. Auf Grund dieser Vereinbarung erhielten die Arbeitnehmer jedoch nur einen Teil der ihnen zustehenden Ansprüche. Den restlichen ihnen eigentlich zustehenden Teil der Ansprüche konnten sie dann auf Grund dieser Vereinbarung weder gegenüber der Arbeitgeberin noch gegenüber der Auftraggeberin durchsetzen.

In einem anderen Fall waren die betroffenen Arbeitnehmer Vollzeit tätig, wurden jedoch nur auf Basis einer Teilzeitbeschäftigung bezahlt. Leider konnte die Differenz gegenüber der Auftraggeberin nicht mehr geltend gemacht werden, da die in § 9 LSD-BG vorgesehene Frist von 8 Wochen abgelaufen war.

Die bisherigen konkreten Erfahrungen mit der Auftraggeberhaftung gemäß § 9 LSD-BG sind also noch begrenzt. Eine zumindest geringe generalpräventive Wirkung ist anzunehmen. Eine wesentlich höhere präventive Wirkung hätten jedoch ausreichende Kontrollen mit durchsetzbaren und abschreckenden Strafen. Dafür wäre eine Aufstockung der Kontrollorgane und eine Reparatur der Sicherheitsleistung dringend notwendig. Auch das Strafsystem müsste überarbeitet werden. Einerseits indem bei unverhältnismäßig hohen Strafen auf Grund des Kumulationsprinzips (Stichwort Rechtssache *Maksimovic*) eine entsprechende Beschränkung vorgenommen werden kann. Dafür existiert seit Jahren ein entsprechender Gesetzesvorschlag, der vom Gesetzgeber bislang leider nie aufgegriffen wurde. Andererseits hat sich gezeigt, dass in vielen Fällen die derzeitigen Strafhöhen keine abschreckende Wirkung haben (siehe dazu *Gagawczuk*, Lohndumping – Zahlen, Daten, Fakten, DRdA-InfA 2017, 318 f). Diesfalls würde ein höherer Strafrahmen bei Unterentlohnungen von mehr als 25 % das Problem lösen.

Ziel 3:

Entsendungen von Arbeitnehmern zwischen Konzernunternehmen v.a. in den Mitgliedstaaten der EU können, soweit dem nicht Sinn und Zweck des LSD-BG entgegensteht, ohne die durch das LSD-BG festgelegten Einschränkungen vorgenommen werden.

Dazu gehörige Maßnahme 3:

Erweiterung der Ausnahmetatbestände für den Anwendungsbereich des LSD-BG.

Fragen für die Evaluierung:

In welcher Weise wirkt sich der Ausnahmetatbestand des § 1 Abs 6 LSD-BG in der Praxis auf grenzüberschreitende Konzernentsendungen oder -überlassungen nach Österreich aus? Ist mit dieser Ausnahmeregelung eine Kostenentlastung bei grenzüberschreitenden Konzernentsendungen oder -überlassungen nach Österreich im Vergleich zum AVRAG verbunden, in dem keine derartige Ausnahmeregelung vorgesehen war?

Als Interessenvertretung der inländischen Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen können wir dazu naturgemäß keine unmittelbaren Wahrnehmungen berichten. Es ist aber naheliegend, dass die Ausnahmeregelung zu einer Kostenentlastung geführt hat. Andererseits ist aber darauf hinzuweisen, dass auf Grund der gänzlichen Ausnahme vom LSD-BG nicht mehr kontrolliert werden kann, ob Lohndumping vorliegt. Die betroffenen ArbeitnehmerInnen hätten nicht einmal die Möglichkeit bei einer Entlohnung unterhalb des in Österreich vorgesehenen Mindestlohnes den Differenzbetrag zivilrechtlich einzuklagen!

Es wird ersucht die Stellungnahme der Bundesarbeitskammer bei der Evaluierung zu berücksichtigen.

