

# JAS

Chefredaktion

Matthias Neumayr  
Wien, Salzburg

Gert-Peter Reissner  
Innsbruck

Reinhard Resch  
Linz

ISSN 2520-4238

---

## Journal für Arbeitsrecht und Sozialrecht

---

### Beiträge

Florian G. Burger

Die strafbare Unterentlohnung nach dem LSD-BG ..... 233

Andrea Potz

Die Gretchenfrage an Unternehmen: Wie hast du's mit religiösen und weltanschaulichen Zeichen und Kleidungsstücken am Arbeitsplatz? ..... 257

Helmut Ivansits

Zur Abgrenzung der Krankenbehandlungen von Maßnahmen medizinischer Rehabilitation ..... 270

Barbara Födermayr

Grundsatz der abstrakten Prüfung der Voraussetzungen für die Pension wegen geminderter Arbeitsfähigkeit ..... 285

### Entscheidungsbesprechungen

Nora Melzer-Azodanloo

Einrichtung eines kollektivvertragsfähigen AG-Verbands – ist trotzdem weiterhin Mindestlohntariffestsetzung zulässig? ..... 294

Felix Wallner

Kostenerstattungsanspruch bei Inanspruchnahme eines angestellten Arztes als Wahlarzt ..... 305

**Impressum** ..... U2

1. Jahrgang 2017 Nr. 3

## Beiträge

Florian G. Burger

### Die strafbare Unterentlohnung nach dem LSD-BG

§ 29 LSD-BG löste mit 1. 1. 2017 den bisherigen § 7 i Abs 5 bis 7 a AVRAG ab, wonach eine Unterentlohnung des AN durch den AG mit empfindlichen Geldstrafen bedroht war – und weiterhin ist. Doch nicht jede Nichtzahlung des Arbeitsentgelts ist strafbar, sondern nur das Vorenthalten des gesetzlichen oder kollv Mindestentgelts. Außerdem sind überkollektivvertragliche Entgeltzahlungen auf allfällige Unterentlohnungen anzurechnen. Was darunter zu verstehen ist und wie sich der AG durch Nachzahlung von der bereits eingetretenen Strafbarkeit wieder lösen kann, beleuchtet dieser Beitrag.

- I. Einführung
- II. Unterentlohnung
  - A. Geschütztes Mindestentgelt
  - B. Entgeltzahlungen
    1. Sachliche Kongruenz
    2. Zeitliche Kongruenz
  - C. Kumulation
  - D. Verschulden
- III. Straffreiheit durch Nachzahlung
  - A. Tätige Reue
    1. Nachzahlung des Mindestentgelts
    2. Rechtzeitigkeit
  - B. Absehen von der Anzeige
  - C. Absehen von der Strafverhängung
  - D. Strafmilderung und Verjährungsverkürzung
- IV. Schlussbetrachtung

#### I. Einführung

Mit 1. 1. 2017 ist das Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz (LSD-BG)<sup>1)</sup> in Kraft getreten,<sup>2)</sup> ein 72 Paragraphen umfassendes Bundesgesetz, dessen Zweck hintergründig der Schutz des heimischen Arbeitsmarkts vor jenen ausländischen Unternehmern aus dem EWR-Raum ist, die mit ihrem Standortvorteil durch niedrige Lohnkosten Dienstleistungen in Österreich günstiger als heimische Unternehmer anbieten wollen. Indem ihnen die gleichen Lohnkosten zwingend auferlegt werden, wird ihnen dieser Standortvorteil genommen. In den Fällen einer vorübergehenden Dienstleistungserbringung verbleiben jedoch öffentlich-rechtliche Abgaben idR im Herkunftsstaat des Dienstleistungsanbieters: So orientieren sich die Abgaben für Leistungen der sozialen Sicherheit gem Art 12 VO 883/2004/EG<sup>3)</sup> nach

---

Dr. Florian G. Burger ist Assistenzprofessor am Institut für Arbeitsrecht, Sozialrecht und Rechtsinformatik der Universität Innsbruck. Sein Beitrag ist ein Zweitdruck aus *Wachter* (Hrsg), Arbeitsrecht und Sozialrecht. Jahrbuch 2017 mit freundlicher Genehmigung der NWV Verlag GmbH.

<sup>1)</sup> Art 1 BGBl I 2016/44.

<sup>2)</sup> § 72 LSD-BG.

<sup>3)</sup> VO 883/2004/EG zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, ABl L 2004/166, 1.

der Sozialordnung des Herkunftsstaats, wenn der AN von seinem AG für längstens 24 Monate in einen anderen Mitgliedstaat zur Arbeitsleistung entsandt wird. Während die Leistungen der sozialen Sicherheit durch Unionsrecht koordiniert sind, wird die Steuerlast durch völkerrechtliche Doppelbesteuerungsabkommen verteilt, die sich idR am Wohnsitz des steuerpflichtigen AN orientieren. Dabei verbleibt die Steuerlast idR in Fällen kurzfristiger Entsendungen von nicht länger als 183 Tagen innerhalb eines Jahrs ebenso im Herkunftsstaat.<sup>4)</sup> Lediglich arbeitsrechtliche Mindestlasten können den ausländischen AG zur Wahrung des öffentlichen Interesses des Aufnahmestaats<sup>5)</sup> auch bei vorübergehenden Arbeitsleistungen im Inland auferlegt werden. Dabei hindert das Unionsrecht die Mitgliedstaaten nicht daran, ihre Gesetze oder die von den Sozialpartnern abgeschlossenen KollV auf sämtliche Personen anzuwenden, die – auch nur vorübergehend – in ihrem Hoheitsgebiet beschäftigt werden, selbst wenn ihr AG in einem anderen Mitgliedstaat ansässig ist.<sup>6)</sup> Weil die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten koordiniert werden müssen, um einen Kern zwingender Bestimmungen über ein Mindestmaß an Schutz festzulegen, das im Gastland von AG zu gewährleisten ist, die AN für eine zeitlich begrenzte Arbeitsleistung in das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats entsenden, in dem eine Dienstleistung zu erbringen ist, sieht Art 3 Entsende-RL 96/71/EG<sup>7)</sup> vor, dass Mitgliedstaaten diesen „harten“ Kern arbeitsrechtlicher Schutzbestimmungen garantieren.

Dem folgend begründet das LSD-BG unabhängig von dem auf das Arbeitsverhältnis anzuwendenden Recht Ansprüche auf ein Mindestentgelt, auf einen Mindesturlaub sowie auf die Einhaltung österreichischer Arbeitszeitvorschriften. Die Idee des LSD-BG ist jedoch nicht neu. Das AVRAG verlieh bereits in seiner Stammfassung, die am 1. 7. 1993 in Kraft trat, jenen AN, die von einem AG ohne Sitz in Österreich im Rahmen einer Arbeitskräfteüberlassung oder zur Erbringung einer fortgesetzten Arbeitsleistung nach Österreich entsandt wurden, den Rechtsanspruch auf zumindest jenes gesetzliche oder kollv Entgelt, das am Arbeitsort vergleichbaren AN von vergleichbaren AG gebührte.<sup>8)</sup> Eingeschränkt war dieser Anspruch jedoch nur auf jene Fälle der Entsendung, die insgesamt länger als einen Monat dauerten. Nach politischer Kritik fiel bereits zwei Jahre später in der letzten Sitzung des Nationalrats der 19. Gesetzgebungsperiode im koalitionsfreien Raum<sup>9)</sup> diese Einmonatsgrenze durch das AntimißbrauchsG.<sup>10)</sup> Gleichzeitig zeigte sich auch das Problem, dass zwar rechtlich ein Anspruch auf das kollv Mindestentgelt bestand, dieser aber von den ausländischen AG nur selten erfüllt wurde. Was mit einer gemeinsamen Haftung des (meist) inländischen Auftraggebers infolge des AntimißbrauchsG in § 7 Abs 2 Satz 2 AVRAG begann, endete (vorläufig) in den 72 Paragraphen des LSD-BG, nämlich im Versuch, diesen Anspruch des ausländischen AN auf das inländische Mindestentgelt abzusichern und auch zu verwirklichen; denn nur tatsächliche Kosten zu Lasten des ausländischen AG vermögen seinen Standortvorteil des Herkunftsstaats zu vernichten.

Mit 1. 1. 1996 erfolgte der Startschuss für dieses Engagement, indem kurzerhand der (idR inländische) **Auftraggeber** als Unternehmer gemeinsam mit dem AG als **Gesamtschuldner** für die Ansprüche des AN **haftete**. Dadurch soll der Auftraggeber animiert werden, bei der Aus-

<sup>4)</sup> Vgl Art 15 Abs 2 lit a OECD-Musterabkommen.

<sup>5)</sup> Art 9 Rom I-VO.

<sup>6)</sup> ErwGr 12 Entsende-RL 96/71/EG.

<sup>7)</sup> Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, ABl L 1997/18, 1.

<sup>8)</sup> § 7 Abs 2 AVRAG idF BGBl 1993/459.

<sup>9)</sup> Vgl stenographische Protokolle 57. Sitzung der 19. GP 430 – 529.

<sup>10)</sup> § 7 Abs 2 AVRAG idF BGBl 1995/895.

wahl seines Auftragnehmers auf dessen Einhaltung österr Lohnvorschriften Rücksicht zu nehmen, denn hinter jedem ausländischen AG, der AN nach Österreich entsendet, steht letztlich ein österreichischer Auftraggeber. Mit der Umsetzung der Entsende-RL durch BGBl I 1999/120 wurde diese Solidarhaftung auf AG ohne Sitz innerhalb des EWR eingeschränkt und eine abgeschwächte Generalunternehmerhaftung für jene österreichischen Auftraggeber eingeführt, die die beauftragte Leistung nicht selbst benötigen, sondern lediglich einen ihrerseits erhaltenen Auftrag zumindest zum Teil weitergeben. Diese Politik, den inländischen Auftraggeber über gesetzliche Haftungen für die Einhaltung der Mindeststandards mitverantwortlich zu machen, wurde in der Folge besonders dort weiter ausgebaut, wo Lohn- und Sozialdumping in besonderem Ausmaß stattfindet: in der Baubranche. Zur Sicherung der Sozialabgaben wurde mit BGBl I 2008/91 die AuftraggeberInnen-Haftung in §§ 67 a ff ASVG eingeführt, welche mit 1. 9. 2009 in Kraft trat.<sup>11)</sup> Diese wendet sich jedoch nicht in erster Linie an ausländische AG, die AN vorübergehend zur Arbeitsleistung nach Österreich entsenden, weil diese erst ab einer (voraussichtlichen) Entsendedauer von 24 Monaten<sup>12)</sup> in Österreich sozialabgabepflichtig werden. Auf die Absicherung des zivilrechtlichen Mindestlohnanspruchs des entsandten AN zielen hingegen seit 1. 1. 2017 die **Haftungsbestimmungen für den Baubereich** gem § 9 LSD-BG.

Gleichzeitig erfolgte mit 1. 1. 1996 auch der Startschuss, den Lohnanspruch des entsandten AN (**verwaltungs**)**strafrechtlich** abzusichern. Gem § 7 a Z 2 AVRAG idF des AntimißbrauchsG war mit einer Geldstrafe von öS 30.000,- (€ 2.180,19) bis öS 120.000,- (€ 8.720,74), im Wiederholungsfall von öS 60.000,- (€ 4.360,37) bis öS 240.000,- (€ 17.441,48) zu bestrafen, wer als Unternehmer die Arbeitsleistung eines AN in Anspruch nahm, dem das gebührende Mindestentgelt vorenthalten wurde; dies betraf nicht nur den ausländischen AG, sondern auch den inländischen Auftraggeber.<sup>13)</sup> Auch wenn durch die Umsetzung der Entsende-RL durch BGBl I 1999/120 diese Strafbestimmung wieder entfiel und in ähnlicher Form erst 2011 durch das LSDB-G<sup>14)</sup> wieder eingeführt wurde, zeigte sich schon im AntimißbrauchsG die Notwendigkeit, diesen Straftatbestand abzusichern. Und die überwiegenden Bestimmungen des LSD-BG dienen lediglich der Absicherung des Straftatbestands: Damit die Kontrollbehörden überhaupt von der Existenz eines Entsendungsfalls erfahren, haben ausländische AG die Beschäftigung von nach Österreich entsandten AN schon vor der jeweiligen Arbeitsaufnahme zu **melden** (§ 19 LSD-BG). Damit die Kontrollbehörden auch eine Kontrolle durchführen können, sind den Abgabenbehörden entsprechende **Betretungsrechte** eingeräumt (§ 12 Abs 2, § 14 Abs 2, § 15 Abs 2 LSD-BG) und die AG verpflichtet worden, eine Ansprechperson am Arbeitsort zu benennen (§ 23 LSD-BG) und eine Reihe von **Unterlagen** am Arbeitsort im Inland **bereitzuhalten** (§§ 21 f LSD-BG). Diese Melde- und Bereithaltungspflichten sind ihrerseits strafbewehrt (§§ 26 ff LSD-BG).

Eine verhängte Geldstrafe entfaltet dann keine Abschreckung, wenn diese nicht vollstreckbar ist, weil der Delinquent nur im Ausland habhaft gemacht werden kann. Doch auch dazu

<sup>11)</sup> BGBl II 2009/216: Weil das System der AuftraggeberInnen-Haftung ein Mindestmaß an technischer Infrastruktur erforderte, deren Fertigstellung mit Kundmachung des BGBl I 2008/91 nicht absehbar war, überließ der Gesetzgeber in § 635 Abs 1 ASVG dem BMSK die Festlegung des konkreten Inkrafttredatums.

<sup>12)</sup> Bzw bis zum Inkrafttreten der VO 883/2004/EG am 1. 5. 2010 bereits ab zwölf Monaten; vgl Art 14 Z 1 lit a VO 1408/71/EWG.

<sup>13)</sup> So *Holzer/Reissner*, AVRAG (1998) 175; *Drs*, Neues aus dem Arbeits- und Sozialrecht, RdW 1996, 65 (68 FN 29); offenbar ebenso *Spitzl*, Einsatz von Arbeitskräften aus EU-Staaten, *ecolex* 1996, 181 (183 f), wenn er auf den Mangel an Informationen hinweist, die der inländische Auftraggeber „*vor allem auch im Hinblick auf die Strafbestimmungen des § 7 a Z 1 und 2 AVRAG benötigt*“.

<sup>14)</sup> BGBl I 2011/24.

kennt das LSD-BG verschiedene Lösungsstrategien: Zum einen kann die Geldstrafe mit weiteren Sanktionen ergänzt werden, die auch dann noch greifen, wenn der Delinquent im Ausland nicht erreicht werden kann. So wird dem ausländischen AG in schwerwiegenderen Übertretungen der Zugang zum inländischen Markt durch die **Untersagung der Dienstleistung** gesperrt (§ 31 LSD-BG). Außerdem kann die Geldstrafe die berufliche Zuverlässigkeit des ausländischen AG als Bieter in einem **Vergabeverfahren** zerstören (§ 73 Abs 3 BVergG 2006). Zum anderen kann durch Festsetzung und Einhebung einer **vorläufigen Sicherheit** der Strafvollzug abgesichert werden (§ 33 LSD-BG). Ähnlich wie bei der AuftraggeberInnen-Haftung der §§ 67a ff ASVG wird aber auch der Auftraggeber zur Sicherung der Geldstrafe herangezogen, indem ihm – als Sofortmaßnahme – behördlich aufgetragen wird, den noch zu leistenden Werklohn nicht an den ausländischen AG zu zahlen (**Zahlungsstopp**) und stattdessen eine **Sicherheitsleistung** zu erlegen (§ 34 LSD-BG). Damit soll eine etwaige verhängte Geldstrafe jedenfalls einbringbar sein; für den Auftraggeber bedeutet dies hingegen keine Belastung, weil die Erlegung der Sicherheitsleistung für ihn schuldbefreiend gegenüber dem Auftraggeber wirkt. Problematisch ist diese in § 34 Abs 6 LSD-BG angeordnete Schuldbefreiung dann, wenn das Auftragsverhältnis zwischen dem durch die Sicherheitsleistung belasteten Auftraggeber und den Werklohn begehrenden Auftragnehmer gar nicht österreichischem Recht unterliegt und das anwendbare Recht diese schuldbefreiende Wirkung nicht kennt bzw als ausländische Eingriffsnorm nicht anerkennt. Selbst wenn einem ausländischen Exekutionstitel aus Gründen der *ordre public* im Inland die Vollstreckbarkeit versagt wird,<sup>15)</sup> nützt dies dem Auftraggeber nichts, wenn er im Ausland exekutionsfähiges Vermögen besitzt.

Das Problem der Durchsetzbarkeit jener Ansprüche, die die Entsende-RL den entsandten AN gewährleistet, war freilich von Beginn an klar. Als Erleichterung sieht daher die Entsende-RL in ihrem Art 6 vor, dass der AN **im Empfangsstaat jedenfalls Klage** gegen seinen AG erheben kann.<sup>16)</sup> Doch es zeigte sich, dass diese Maßnahme allein nicht ausreichend war, um die Mindeststandards der Entsende-RL wirksam durchzusetzen, weil der AN bekanntlich im aufrechten Arbeitsverhältnis nur selten gegen seinen eigenen AG klagt. Zur weitergehenden Sicherstellung jener Mindestansprüche, die die Entsende-RL gewährt, wurde die **Durchsetzungs-RL 2014/67/EU**<sup>17)</sup> erlassen. Diese schreibt eine engere Verwaltungszusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten, insb unter Verwendung des **Binnenmarkt-Informationssystems**, vor. Die überwiegende Anzahl der Paragraphen des LSD-BG widmet sich diesem Thema: Im **3. Hauptstück LSD-BG** (§§ 36 ff LSD-BG) sind die entsprechenden Vorgehensweisen normiert, wie eine Zustellung und Vollstreckung von Straferkenntnissen und -verfügungen in einem anderen EU- oder EWR-Vertragsstaat zu erfolgen hat und auch umgekehrt wie mit dem Ersuchen eines EU- oder EWR-Vertragsstaats um Zustellung und Vollstreckung einer gerichtlichen oder verwaltungsbehördlichen Entscheidung im Inland umzugehen ist. Beides setzt aber stets voraus, dass die zuzustellende bzw zu vollstreckende Entscheidung mit der Übertretung arbeitsrechtlicher Vorschriften oder einer Vorschrift nach dem LSD-BG im Zusammenhang steht.<sup>18)</sup> Anders

<sup>15)</sup> § 81 Z 3 EO.

<sup>16)</sup> In Österreich umgesetzt in § 4 Abs 1 Z 1 lit e ASGG.

<sup>17)</sup> Richtlinie 2014/67/EU zur Durchsetzung der Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen und zur Änderung der Verordnung 1024/2012/EU über die Verwaltungszusammenarbeit mit Hilfe des Binnenmarkt-Informationssystems, ABl L 2014/159, 11.

<sup>18)</sup> § 36 erster Satzteil LSD-BG.

aber, als die Gesetzesmaterialien meinen,<sup>19)</sup> ist dies nicht auf eine Weigerung der Erfüllung von jenen arbeitsrechtlichen Mindestansprüchen beschränkt, die die Entsende-RL garantiert. So unterliegen bspw auch Strafbescheide wegen Verstoßes gegen das AuslBG dem 3. Hauptstück LSD-BG.

## II. Unterentlohnung

Die nach § 29 LSD-BG strafbare Unterentlohnung steht im Zentrum<sup>20)</sup> jener Vorschriften, die dem Schutz der nur vorübergehend nach Österreich entsandten AN dienen, umrankt von weiteren Schutzbestimmungen, die die Bestrafung sicherstellen. Trotzdem – und vor allem um eine unionsrechtlich unzulässige Diskriminierung ausländischer AG zu verhindern – unterliegen auch österreichische AG einzelnen Vorschriften des LSD-BG, die österreichische AN dauerhaft in Österreich beschäftigten. So gilt für inländische Auftraggeber nicht nur die Haftung des Generalunternehmers nach § 10 LSD-BG, sondern gegenüber inländischen AG auch die Betretungsrechte der Abgabenbehörden sowie die Strafnormen gegen Vereitelungshandlungen im Zusammenhang mit der Lohnkontrolle und insb gegen Unterentlohnung.

Gem § 29 Abs 1 Satz 1 LSD-BG ist zu bestrafen, wer als AG „einen Arbeitnehmer beschäftigt oder beschäftigt hat, ohne ihm zumindest das nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag gebührende Entgelt [...] zu leisten“. Eine Unterentlohnung liegt daher vor, wenn dieses Mindestentgelt nicht, zu niedrig oder verspätet geleistet wird.<sup>21)</sup> Unzweifelhaft ist, dass eine Unterentlohnung nur im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses strafbar nach § 29 LSD-BG ist;<sup>22)</sup> dies kann aber auch dann vorliegen, wenn nur scheinbar ein freier Dienstvertrag anstelle des rechtlich korrekten Arbeitsvertrags abgeschlossen wurde.<sup>23)</sup>

Ob dieser Straftatbestand verwirklicht ist, ist mit Hilfe eines Soll-Ist-Vergleichs zu prüfen: Zuerst ist das Ausmaß des nach § 29 Abs 1 LSD-BG geschützten Mindestentgelts festzustellen. Erst dann kann das Ausmaß der Entgeltzahlungen ermittelt und mit dem Mindestentgelt im jeweiligen Lohnzahlungszeitraum verglichen werden.

<sup>19)</sup> ErläutRV 1111 BlgNR 25. GP 28.

<sup>20)</sup> Kozak, LSD-BG (2016) § 29 Rz 1: „zentrale Norm“; Firlei, Die im LSDB-G vorgesehenen öffentlich-rechtlichen Instrumentarien gegen Lohndumping, in Resch (Hrsg), Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz (2012) 59 (90): „Herzstück“; Kühtheubl, Die Novelle zum Lohn- und Sozialdumping, ZAS 2015/33, 204 (207): „Eckpfeiler des LSDB-G neu“.

<sup>21)</sup> Vgl Kraft/Kronberger, Lohn- und Sozialdumping aus Sicht der Personalverrechnung<sup>2</sup> (2017) 9; Kronberger/Kraft, Serie: Praktikerantworten auf Lohn- und Sozialdumping-Fragen aus Sicht der Personalverrechnung, PVP 2016/14, 53. § 29 LSD-BG dehnt die Strafbarkeit aber auch auf Auftraggeber von Heimarbeitern aus, womit eine seit Jahrzehnten in § 64 Satz 2 HeimAG bestandene Strafbarkeit in das LSD-BG übergeführt wird.

<sup>22)</sup> So schon nach § 7 i AVRAG BMASK, LSDB-Richtlinien 2015 (2015) Rz 6; Edthaler/Traxler, Unterentlohnung: Voraussetzung ist das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses, PVInfo 2016 H 2, 24; Gleißner, Die neuen Regeln gegen Unterentlohnung, ZAS 2015/4, 19 (21). Kozak, LSD-BG § 29 Rz 4, schließt zutreffend arbeitnehmerähnliche Personen aus, auch wenn sie gem § 1 Abs 1 Z 2 LSD-BG als überlassene Arbeitskräfte vom Geltungsbereich des LSD-BG erfasst sind.

<sup>23)</sup> Felten, Arbeitsrechtliche Folgen aufgedeckter Scheinselbständigkeit, in Kozak (Hrsg), Die Umqualifizierung von Arbeitsverträgen und gerichtliche Durchsetzung von Ansprüchen (2017) 9 (14); Kronberger/Kraft, PVP 2016/14, 54; Kraft/Kronberger, Lohn- und Sozialdumping<sup>2</sup> 97 ff; Firlei in Resch 71; Fördermayr, Der Grundlohnbegriff des LSDB-G, Formen von Lohn- und Sozialdumping und privatrechtliche Instrumentarien gegen Lohndumping, RdW 2011/694, 664 (665); Kapek, Neues Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz – LSDB-G, ecolex 2011, 440 (442).

## A. Geschütztes Mindestentgelt

Zum geschützten Mindestentgelt ist jenes Entgelt zu zählen, das dem AN **nach Gesetz, Verordnung oder KollV zumindest gebührt**. Dabei hat die Formulierung „unter Beachtung der jeweiligen Einstufungskriterien“ lediglich einen deklarativen Charakter, weil ohnehin eindeutig ist, dass der Mindestentgeltanspruch sich aus der individuellen Einstufung in das kollV Entgeltschema ergibt.

Bekanntlich besteht in Österreich kein allgemeiner gesetzlicher Mindestlohn. Diese sind nur bei Vertragsbediensteten vorgesehen, deren AG als Gebietskörperschaften vom Geltungsbereich des LSD-BG hingegen ausgenommen sind.<sup>24)</sup> Auch begründen weder § 1152 ABGB noch § 6 Abs 1 AngG einen gesetzlichen Mindestlohn auf angemessenes Entgelt.<sup>25)</sup> Nur für bestimmte Arbeitnehmergruppen besteht ein **gesetzliches Mindestentgelt**: So verpflichtet § 3 Abs 3 LSD-BG ausländische AG, ihren nach Österreich entsandten AN jenes kollV Entgelt zu zahlen, das am Arbeitsort vergleichbaren AN von vergleichbaren AG gebührt. § 3 Abs 1 LSD-BG gibt lediglich eine arbeitsrechtliche Selbstverständlichkeit wieder, nämlich dass ein AN mit gewöhnlichem Arbeitsort in Österreich, der daher nach Art 8 Rom I-VO dem österr Arbeitsvertragsstatut unterliegt, zwingend Anspruch auf das nach Gesetz, Verordnung oder KollV zustehende Entgelt hat.

Ähnlich hat auch ein **überlassener AN** – gesetzlich in § 10 Abs 1 AÜG determiniert – für die Dauer der Überlassung Anspruch auf das im Beschäftigterbetrieb vergleichbaren AN für vergleichbare Tätigkeiten zu zahlende kollV oder gesetzlich festgelegte Entgelt. Seit 2013 ist zusätzlich auf die im Beschäftigterbetrieb geltenden sonstigen verbindlichen Bestimmungen allgemeiner Art wie insb Betriebsvereinbarungen Bedacht zu nehmen.<sup>26)</sup>

Wenngleich nur für einzelne Arbeitnehmergruppen gesetzlich ein Mindestentgelt eingeräumt wird, werden einzelne Entgeltbestandteile allen AN gesetzlich zugesprochen: Dies betrifft bspw die **Entgeltfortzahlung** im Fall des Urlaubs, eines Feiertags oder bei berechtigten Abwesenheiten.<sup>27)</sup> Von Detailfragen des Bezugs- bzw Lohnausfallsprinzips abgese-

<sup>24)</sup> § 1 Abs 2 Z 1 und 2 LSD-BG.

<sup>25)</sup> Vgl statt vieler *Rebhahn* in *Neumayr/Reissner* (Hrsg), Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht<sup>2</sup> (2011) § 1152 ABGB Rz 2, 11; *Reissner* in *Reissner* (Hrsg), AngG<sup>2</sup> (2015) § 6 Rz 29 ff; *Wiesinger*, LSD-BG (2016) 55; *Königsberger/Scala*, Lohndumpingverbot: Ausgewähltes zu Anwendungsbereich und Strafbarkeit, RdW 2015/445, 493 (494 f); *Kronberger/Kraft*, PVP 2016/14, 55.

<sup>26)</sup> Vgl dazu näher *F. G. Burger*, Entgeltenschutz, Gleichstellungsanspruch und Diskriminierungsschutz überlassener Arbeitskräfte, in *Resch* (Hrsg), Neuerungen bei der Arbeitskräfteüberlassung (2014) 65 (72 ff).

<sup>27)</sup> Bezüglich der Entgeltfortzahlung im Fall der Krankheit ist es strittig, ob diese vom Mindestentgeltbegriff erfasst ist. Bejahend *Wiesinger*, LSD-BG 71; *Kronberger/Kraft*, Serie: Praktikerantworten auf Lohn- und Sozialdumping-Fragen aus Sicht der Personalverrechnung (Teil 3), PVP 2016/28, 107 (108); *Lindmayr*, Neues Gesetz zur Bekämpfung von Lohn- und Sozialdumping – BGBl, ARD 6503/16/2016; *Rath*, Fragen zur behördlichen Lohnkontrolle, ASoK 2016, 42; *Kraft/Kronberger*, Lohn- und Sozialdumping<sup>2</sup> 27 f; aus Rechtsvorsicht bejahend *Kozak*, LSD-BG § 3 Rz 58 f. Nur für den Entsendungsfall, auf den ausländisches Sozialversicherungsrecht anzuwenden ist, verneinend *BMASK*, LSDB-Richtlinien 2015 Rz 18; nach § 7i AVRAG verneinend *Gleißner*, ZAS 2015/4, 22. Wird aber § 6 Abs 1 Z 1 LSD-BG bzw noch vor dem 1. 1. 2017 § 10a Abs 1 Z 1 AÜG berücksichtigt, haben aus dem Ausland vorübergehend überlassene Arbeitskräfte jedoch einen gesetzlichen Anspruch auf Entgeltfortzahlung bei Krankheit oder Unfall, was darauf hindeutet, dass dieser Anspruch als ein nach Gesetz gebührendes Entgelt iSd § 29 Abs 1 LSD-BG zu beachten ist. *Kühnteubl*, ZAS 2015/33, 208, schließt zwar generell Entgeltfortzahlungsansprüche von den Unterentlohnungsvorschriften aus und argumentiert insbesondere mit dem Gesetzeswortlaut „beschäftigt oder beschäftigt hat“ sowie

hen<sup>28)</sup> gebührt dem AN die Fortzahlung des tatsächlich zu bezahlenden Entgelts. Auch wenn dieser Entgeltfortzahlungsanspruch gesetzlich eingeräumt wird, ist fraglich, ob der Anspruch in der Höhe des Istlohns tatsächlich auch von der Wortfolge „*zumindest das nach Gesetz gebührende Entgelt*“ des § 29 Abs 1 LSD-BG erfasst ist. Eine Bejahung dieser Frage hätte denn Merkwürdiges zur Folge: Angenommen, ein AN wird zwar überkollektivvertraglich bezahlt, kollv Zuschläge in geringerer Höhe werden ihm hingegen vorenthalten. Durch die Überzahlung erhält dieser AN trotz Nichtzahlung der Zuschläge mehr als ihm zumindest nach Gesetz, Verordnung oder KollV gebührt, sodass keine strafbare Unterentlohnung vorliegt. Werden diesem AN hingegen auch während seines Urlaubs dieselben kollv Zuschläge vorenthalten, bezahlt also sein AG ihn weiter wie während der Zeit der Arbeitsleistung, so führt dies plötzlich zu einer strafbaren Unterentlohnung, weil § 6 UrlG dem AN Urlaubsentgelt in Höhe des Istlohns, somit inklusive der Überzahlung, zusichert; die Überzahlung wäre dann plötzlich ein gesetzlicher Anspruch und stünde deshalb zum Ausgleich der vorenthaltenen kollv Zuschläge nicht mehr zur Verfügung. In Bezug auf das Mindestentgelt nach § 29 Abs 1 LSD-BG sind daher derartige „*derivative Ansprüche*“, die sich arbeitsrechtlich aus einem Istlohn ableiten, **auf Basis** jenes Entgelts zu berücksichtigen, das seinerseits zumindest nach **Gesetz, Verordnung oder KollV** zusteht.<sup>29)</sup> Gleiches gilt auch für den **Überstundenzuschlag** von 50% gem § 10 Abs 1 Z 1 AZG: Auch hier ist zwar arbeitsrechtlich für die Berechnung des Zuschlags der auf die einzelne Arbeitsstunde entfallende Normallohn zugrunde zu legen, für die Feststellung des Mindestentgelts nach § 29 LSD-BG wird der Zuschlag lediglich vom nach Gesetz, Verordnung oder KollV – und nicht auch nach Arbeitsvertrag – gebührenden Entgelt berechnet.<sup>30)</sup>

Von größerer Bedeutung für die Bestimmung des Ausmaßes des Mindestentgelts sind der KollV und dessen Surrogate, wobei letztere nach ganz hL<sup>31)</sup> als Verordnung erlassen werden. Weil idR kein gesetzlicher Mindestlohn vorgegeben ist, kann von vornherein der Straftatbestand der Unterentlohnung in jenen Branchen nicht erfüllt sein, wo kein Kollektivvertrag, keine Satzung und kein Mindestlohntarif bestehen.<sup>32)</sup> Geschützt sind die jeweiligen **Bruttoentgelte**,<sup>33)</sup> weil KollV ihr Mindestentgelt nicht als Nettoentgelt definieren. Soweit der AG keine überkollektivvertragliche Bezahlung leistet, trägt er strafbewehrt das Risiko der richtigen

---

mit den Gesetzesmaterialien (ErläutRV 1076 BlgNR 24. GP 1: „*Entgelt für die erbrachte Arbeitsleistung*“), sieht aber bei Nichteinhaltung trotzdem den Straftatbestand verwirklicht (209).

<sup>28)</sup> Vgl dazu etwa *F. G. Burger in Reissner* (Hrsg), AngG<sup>2</sup> (2015) § 8 Rz 64.

<sup>29)</sup> *Schrank*, Inhaltliche Reichweite des neuen „Lohndumping-“ bzw Unterzahlungsverbots, RdW 2015/224, 239 (240); *Kraft/Kronberger*, Lohn- und Sozialdumping<sup>2</sup> 62; *Wiesinger*, LSD-BG 72; *Kronberger/Kraft*, Kein Kollektivvertrag = kein Lohndumping? PVP 2017/38, 120 (121): „*lohndumpingmäßig ‚ins Leere‘ gehen*“; *Kronberger/Kraft* PVP 2016/14, 55; in Zusammenhang mit einem kollektivvertragsfreien Raum *Königsberger/Scala*, RdW 2015/445, 496.

<sup>30)</sup> Vgl *Kraft/Kronberger*, Lohn- und Sozialdumping<sup>2</sup> 22; *Wiesinger*, LSD-BG 67; *Dangl/Kraft*, Liegt strafbares Lohndumping vor? PVP 2017/7, 22 (nur Onlineversion); *Olt*, Die Neuerungen bei der Bekämpfung von Lohn- und Sozialdumping seit dem 1. 1. 2015, ARD 6431/7/2015.

<sup>31)</sup> Vgl *Mosler in Gahleitner/Mosler* (Hrsg), Arbeitsverfassungsrecht II<sup>5</sup> (2015) § 18 Rz 4, § 22 Rz 3; *Rungaldier/Potz in Tomandl* (Hrsg), ArbVG (LoseBl) § 18 Rz 2; *Strasser in Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG (LoseBl) § 18 Rz 5, § 26 Rz 2.

<sup>32)</sup> *Kronberger/Kraft*, PVP 2017/38, 120.

<sup>33)</sup> *BMASK*, LSDB-Richtlinien 2015 Rz 18; *Kozak*, LSD-BG § 29 Rz 13; *Wiesinger*, LSD-BG 76; *Gleißner*, ZAS 2015/4, 21; *Kraft/Kronberger*, Lohn- und Sozialdumping<sup>2</sup> 59.



Lösung mitunter nicht einfacher Rechtsfragen:<sup>34)</sup> So hat er mindestens das Entgelt nach dem korrekt anwendbaren KollV zu leisten, weshalb Kollektivvertragskollisionen nach § 9 ArbVG aufgelöst werden müssen. Weiters muss er den AN im kollv Entgeltschema fehlerfrei einstufen und auch etwaige Vordienstzeiten richtig berücksichtigen. In diesem Zusammenhang muss der AG auf ein im Laufe der Zeit geändertes Tätigkeitsprofil seines AN rechtzeitig reagieren. Und weil der kollv Mindestanspruch sich nach der tatsächlichen Arbeitsleistung richtet, sind auch diverse Arbeitszeiten, etwa eine in tatsächlicher Arbeitsbereitschaft verbrachte Mittagspause oder abgeltungspflichtige Reisezeiten und Rufbereitschaften, mängelfrei zu berücksichtigen. Auch der KollV kann selbst Hürden enthalten, etwa wenn ein eigener Überstundenteiler beachtet werden muss.

Ähnliche Fragen wie im Falle der gesetzlichen Entgeltfortzahlung können sich auch auf der Ebene des KollV stellen: So wäre eine **kollv Istloohnerhöhung** ein Entgeltanspruch, der sich aus dem KollV ergibt. Ist damit diese Erhöhung für sich stehend Teil des Mindestentgelts iSd § 29 LSD-BG? Die kollv Istlohnklausel ist ihrerseits ein „*derivativer Anspruch*“, die vom Ausmaß des Istlohns abhängt. Zutreffend wird vertreten, dass diese Erhöhung – anders als die Erhöhung des kollv Mindestentgelts – von der strafbaren Unterentlohnung nach § 29 LSD-BG nicht erfasst ist.<sup>35)</sup>

Soweit der KollV auch eine **Sonderzahlung** zusichert, ist diese im Mindestentgelt nach § 29 LSD-BG mitzurechnen. Eine Besonderheit besteht hier jedoch in Bezug auf den Zeitpunkt, an dem die Sonderzahlung dem Mindestentgelt zugerechnet wird: Denn gemäß der ausdrücklichen Bestimmung des § 29 Abs 1 Satz 3 LSD-BG liegt hinsichtlich Sonderzahlungen für einen dem ASVG unterliegenden AN eine strafbare Unterentlohnung erst vor, wenn der AG die Sonderzahlungen nicht oder nicht vollständig bis spätestens 31. 12. des jeweiligen Kalenderjahrs leistet. Dies gilt unabhängig von der Fälligkeit, wie sie der KollV definiert; nur für den Fall, dass der KollV die Fälligkeit der Sonderzahlung erst nach dem 31. 12. des jeweiligen Kalenderjahrs festlegt, kann nicht schon mit Ablauf des 31. 12. eine strafbare Unterentlohnung eintreten.<sup>36)</sup> Für jene AN, die nicht dem ASVG unterliegen, was insb bei ausländischen AN der Fall ist, die für weniger als 24 Monate nach Österreich entsandt werden, sieht § 3 Abs 4 LSD-BG vor, dass diesen AN die Sonderzahlungen aliquot für die jeweilige Lohnzahlungsperiode zusätzlich zum laufenden Entgelt gebühren.

Weil der Begriff des Mindestentgelts, das zumindest nach Gesetz, Verordnung oder KollV zusteht, das arbeitsrechtliche Entgelt meint, ist hier vom **weiten Entgeltbegriff des Arbeitsrechts** auszugehen.<sup>37)</sup> Dementsprechend sind **echte Aufwandschädigungen**, die der AN als Ersatz für einen im Interesse des AG getätigten Aufwand erhält, oder auch **Verzugszinsen**<sup>38)</sup> nicht Teil des Mindestentgelts. Wer als AG echte Kostenersätze wie Taggelder oder Nächtigungsgelder nicht leistet, obwohl diese nach KollV geschuldet sind, macht sich deshalb

<sup>34)</sup> Vgl auch die Übersicht typischer Entgeltfehler bei *Schrank*, RdW 2015/224, 240 ff, und ausführlicher bei *Kraft/Kronberger*, Lohn- und Sozialdumping<sup>2</sup> 97 ff.

<sup>35)</sup> *Kraft/Kronberger*, Lohn- und Sozialdumping<sup>2</sup> 62 f; *Gerhartl*, Einige Fragen der Unterentlohnung, *ecolex* 2016, 1091 (1092); *Kronberger/Kraft*, Serie: Praktikerantworten auf Lohn- und Sozialdumping-Fragen aus Sicht der Personalverrechnung (Teil 5), PVP 2016/43, 165 (166); *Schrank*, RdW 2015/224, 240; *Stella/Winter*, Ist-Lohnklauseln und Unterentlohnung, *ecolex* 2017, 280.

<sup>36)</sup> *Kraft/Kronberger*, Lohn- und Sozialdumping<sup>2</sup> 35; *Kronberger/Kraft*, PVP 2016/28, 110.

<sup>37)</sup> ErläutRV 319 BlgNR 25. GP 11; *BMASK*, LSDB-Richtlinien 2015 Rz 41; *Kozak*, LSD-BG § 3 Rz 5; *Lindmayr*, ARD 6503/16/2016; *Rath*, ASoK 2016, 42; *Olt*, ARD 6431/7/2015; *Schuster/Türk-Walter/Grabner*, Handbuch Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz (2017) 29.

<sup>38)</sup> *Schuster/Türk-Walter/Grabner*, Handbuch LSD-BG 32; *Wiesinger*, LSD-BG 59.

nicht nach § 29 LSD-BG strafbar. Freilich ist eine als Aufwandentschädigung bezeichnete Leistung Entgelt, wenn sie tatsächlich keine Aufwandsfunktion erfüllt und kein anderer Rechtsgrund als die Zurverfügungstellung der Arbeitskraft in Betracht kommt.<sup>39)</sup> Dass der tatsächliche Aufwand des AN pauschal abgegolten wird, ändert am Charakter der Abgeltung als Aufwandsersatz nichts, sofern im Durchschnitt die konkreten Aufwendungen im Wesentlichen der Summe der Pauschale entsprechen bzw die Pauschalzahlung nicht unrealistisch hoch angesetzt wurde.<sup>40)</sup> Dementsprechend ist bei pauschalen Aufwandentschädigungen der die Ersatzfunktion übersteigende Teil als Arbeitsentgelt dem Schutz des § 29 LSD-BG unterstellt.<sup>41)</sup>

Gem § 29 Abs 1 Satz 1 LSD-BG sind die in § 49 Abs 3 ASVG angeführten Entgeltbestandteile vom Mindestentgeltbegriff ausgenommen. Damit bleiben jene arbeitsrechtlichen Entgeltbestandteile unberücksichtigt, die auch vom sozialversicherungsrechtlichen Entgeltbegriff ausgenommen sind, wie zB Beiträge nach dem BMSG, diverse Zuschüsse, Zulagen und insb Vergütungen, die aus Anlass der Beendigung des Arbeitsverhältnisses gewährt werden (bspw Abfertigungen, Abgangsentschädigungen, Übergangsgelder). Diese Ausnahme führt aber nicht dazu, dass § 29 LSD-BG vom sozialversicherungsrechtlichen Entgeltbegriff ausgeht,<sup>42)</sup> sondern es bleibt beim arbeitsrechtlichen Entgeltbegriff (mit Ausnahme der in § 49 Abs 3 ASVG angeführten Entgeltbestandteile). Die Höchstbeitragsgrundlage ist hingegen für das Mindestentgelt nach § 29 LSD-BG ohne Bedeutung.<sup>43)</sup> Durch den Verweis auf § 49 Abs 3 ASVG werden freilich Abgrenzungsprobleme in der Frage, ob ein Entgelt sozialversicherungsfrei oder -pflichtig ist, in das LSD-BG importiert.<sup>44)</sup> So gelten bspw gem § 49 Abs 3 Z 2 ASVG Schmutzzulagen nicht als Entgelt, soweit sie nach § 68 Abs 1, 5 und 7 EStG 1988 nicht der Einkommensteuer- bzw Lohnsteuerpflicht unterliegen; Erschwernis- und Gefahrenzulagen hingegen, denen keine konkreten Aufwendungen des AN gegenüberstehen, sind vom Begriff des Mindestentgelts ebenso erfasst, wie sie auch in der Sozialversicherung beitragspflichtig sind. Sieht nun ein KollV eine **Schmutz-, Erschwernis- und Gefahrenzulage (SEG-Zulage)** als eine Pauschale für die Erduldung von Schmutz, Erschwernis und Gefahren während der Arbeitsleistung vor, so erfordert dies eine Absonderung der Schmutzzulage von der Erschwernis- und Gefahrenzulage. Dieses Problem wurde jedoch vom LSD-BG nicht neu geschaffen, sondern besteht ebenso im Sozialversicherungsrecht, wo auf Grundlage des § 49 Abs 4 ASVG der Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger einheitlich feststellen kann, in welchem Ausmaß oder Höchstausmaß eine SEG-Zulage nicht als Entgelt gilt.<sup>45)</sup> Novellierungen des § 49 Abs 3 ASVG können sich dadurch auch auf den Umfang des Mindestentgelts

<sup>39)</sup> ZB OGH 28. 11. 1996, 8 ObA 2312/96 z Arb 11.570; 24. 2. 1993, 9 ObA 19/93 wbl 1993, 223.

<sup>40)</sup> OGH 25. 6. 2014, 9 ObA 52/14h infas 2014 A 77; 15. 12. 2009, 9 ObA 29/09v ARD 6063/3/2010 = PVP 2010/75, 261.

<sup>41)</sup> Ebenso *Enzelsberger*, Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz – wesentliche Änderungen ab 1. Jänner 2015, in *Aschauer/Kohlbacher* (Hrsg), Sozialversicherungsrecht Jahrbuch 2015 (2015) 143 (155).

<sup>42)</sup> So aber *Kozak*, LSD-BG § 3 Rz 20f, 45. Ein Unterschied besteht zB bei Sonderzahlungen, die gem § 49 Abs 2 iVm § 54 Abs 1 ASVG nur bis zum 60-fachen Betrag der täglichen Höchstbeitragsgrundlage als Entgelt im sozialversicherungsrechtlichen Sinn gelten.

<sup>43)</sup> ErläutRV 319 BlgNR 25. GP 9; *Kozak*, LSD-BG § 3 Rz 22; *Kraft/Kronberger*, Lohn- und Sozialdumping<sup>2</sup> 17; *Wiesinger*, LSD-BG 60; *Schrank*, RdW 2015/224, 240.

<sup>44)</sup> *Kühtheubl*, ZAS 2015/33, 207: „Der arbeitsrechtliche Entgeltbegriff wird also mit sozialversicherungsrechtlichen Elementen vermischt.“

<sup>45)</sup> Vgl zB Feststellung gem § 49 Abs 4 ASVG zum Kollektivvertrag der Handelsarbeiter Österreichs vom 1. Jänner 1985 in der jeweils geltenden Fassung, AVSV 2005/189; *Müller* in *Mosler/Müller/Pfeil* (Hrsg), SV-Komm (LoseBl) § 49 Rz 198 ff; *Wiesinger*, LSD-BG 65.

nach § 29 LSD-BG auswirken.<sup>46)</sup> So waren bis 31. 12. 2015 Jubiläumsgeschenke des Dienstgebers, welche aus Anlass eines Dienstnehmerjubiläums oder eines Firmenjubiläums gewährt wurden, noch beitragsfrei; auch wenn der VwGH judizierte, dass **Jubiläumsgelder**, auf die ein Dienstnehmer nach kollv Bestimmungen einen Rechtsanspruch hatte, nicht unter die Beitragsfreiheit fielen,<sup>47)</sup> wertete der Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger auch kollv Jubiläumsgelder als beitragsfrei.<sup>48)</sup> Nach Aufhebung des § 49 Abs 3 Z 10 ASVG<sup>49)</sup> macht sich nunmehr ein AG wegen Unterentlohnung strafbar, wenn er kollv Jubiläumsgelder vorenthält.

Vom Mindestentgelt iSd § 29 Abs 1 LSD-BG ist nur jenes Entgelt erfasst, das nach Gesetz, Verordnung oder KollV gebührt. Im Umkehrschluss ist daraus abzuleiten, dass rein **arbeitsvertragliche Ansprüche**, etwa ein vereinbarter überkollektivvertraglicher Lohn, einschließlich Ansprüchen aus einer **betrieblichen Übung**, nicht erfasst sind. Ebenso wenig sind Entgeltansprüche, die eine **Betriebsvereinbarung** zulässigerweise vorsieht, etwa Jubiläumsgelder, Prämien oder Gewinnbeteiligungen, vom Begriff des Mindestentgelts erfasst. Gleiches gilt auch, wenn ein KollV eine Betriebsvereinbarung ermächtigt, Löhne und Gehälter zu gestalten, weil diesfalls das Entgelt nach Betriebsvereinbarung und nicht nach zulassendem KollV gebührt.<sup>50)</sup> Dies ist auch daran erkennbar, dass bei gegenteiliger Ansicht jede zulässige Entgeltregelung einer Betriebsvereinbarung einen Entgeltanspruch nach Gesetz enthielte, weil § 97 ArbVG als gesetzliche Norm die Betriebsvereinbarung ermächtigt, bestimmte Entgeltansprüche zu regeln.

Jedenfalls ist erkennbar, dass der durch § 29 LSD-BG geschützte Anspruch auf Mindestentgelt nicht mit dem klagbaren Anspruch des AN auf sein Arbeitsentgelt deckungsgleich ist. Auch wenn Teile des Entgelts nicht zum Mindestentgelt gezahlt werden – zB vereinbarte Zahlungen über dem KollV einschließlich davon abgeleiteter Entgeltfortzahlungsansprüche oder zu berechnender Überstundenzuschläge; Entgeltbestandteile, die nach § 49 Abs 3 ASVG sozialversicherungsfrei sind – und deren Vorenthaltung durch den AG daher nicht nach § 29 Abs 1 LSD-BG strafbar ist, so bleibt der AG trotzdem das vorenthaltene Entgelt schuldig. Und umgekehrt: Auch wenn der Anspruch des AN etwa wegen **Verfalls** oder **Verjährung** nicht mehr klagbar ist, bleibt die Strafbarkeit der Vorenthaltung des Mindestentgelts weiterhin aufrecht.<sup>51)</sup> Zwar hängt die verwaltungsstrafrechtliche Norm direkt von der zivilrechtlichen Fäl-

<sup>46)</sup> Darauf hinweisend *Kraft/Kronberger*, Lohn- und Sozialdumping<sup>2</sup> 18; *Kronberger/Kraft*, PVP 2016/14, 56.

<sup>47)</sup> VwGH 24. 4. 1981, 0466/80 VwSlg 10430/A.

<sup>48)</sup> E-MVB 049 – 3-10 – 001. Vgl *Hofer/Weissensteiner*, Praxisleitfaden zur begünstigten Auszahlung von Jubiläumsgeldern, ASoK 2007, 58 (59); *Mikats*, Beitragsrechtliche Behandlung von Jubiläumsgeschenken des Dienstgebers, SozSi 1988, 415.

<sup>49)</sup> Aufgehoben durch Art 14 Teil 2 Z 1 Fall 4 StRefG 2015/2016 BGBl I 2015/118 mit Ablauf des 31. 12. 2015 (§ 691 Abs 2 ASVG).

<sup>50)</sup> *Schrank*, RdW 2015/224, 239. Vgl zum ähnlichen Fall des § 10 Abs 1 AÜG OGH 25. 8. 2014, 8 ObA 50/14g DRdA 2015/32, 250 (*Felten*) = ZAS 2015/52, 315 (*Schörghofer*).

<sup>51)</sup> Mittlerweile hL *Felten/Pfeil*, Strafbare Unterentlohnung nach dem LSD-BG und Verfall von Entgeltansprüchen, DRdA 2017, 79; *Kozak*, LSD-BG § 29 Rz 49; *Kraft/Kronberger*, Lohn- und Sozialdumping<sup>2</sup> 152, 203; *Eypeltauer*, Verfall: Strafbarkeit wegen Lohn- und Sozialdumpings? *ecolex* 2016, 902; *Felten*, Maßnahmen zur Einhaltung der Mindestlohnbedingungen nach dem neuen Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz, wbl 2011, 410 (413); *Gleißner*, ZAS 2015/4, 23 (26); *Kronberger/Kraft*, Serie: Praktikerantworten auf Lohn- und Sozialdumping-Fragen aus Sicht der Personalverrechnung (Teil 6), PVP 2016/50, 188 (189); *Meissnitzer*, Die verwaltungsstrafrechtliche Verfolgung von Lohndumping, in *Wiesinger* (Hrsg), Sozialbetrugsbekämpfung in der Bauwirtschaft (2015) 29 (53); *Rath*, Das Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz, ASoK 2012, 282 (290); offenlassend

ligkeit des Mindestentgelts ab,<sup>52)</sup> denn ein nach Gesetz, Verordnung oder KollV gebührendes Entgelt ist dem AN nicht vor Fälligkeit zu leisten. Doch wenn diese Fälligkeit schon eingetreten und mit ihr der Straftatbestand verwirklicht ist, vermag ein späterer Wegfall des zivilrechtlichen Anspruchs durch Verfall oder Verjährung die mit der Strafnorm pönalisierte Schuld des AG nicht aufzuheben. Dies führt freilich zu Schwierigkeiten im Fall einer tätigen Reue des AG, ändert aber nichts an der bereits eingetretenen Strafbarkeit, die eigens – und von der zivilrechtlichen Verjährung unabhängig – nach § 29 Abs 4 LSD-BG verjährt.

## B. Entgeltzahlungen

§ 29 Abs 1 Satz 3 LSD-BG bestimmt, dass „*Entgeltzahlungen, die das nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag gebührende Entgelt übersteigen, [...] auf allfällige Unterentlohnungen im jeweiligen Lohnzahlungszeitraum anzurechnen*“ sind. Für diese Anrechnung wird sowohl eine zeitliche („*im jeweiligen Lohnzahlungszeitraum*“) als auch sachliche Kongruenz des Mindestentgelts und der Entgeltzahlung gefordert.

### 1. Sachliche Kongruenz

Für den Vergleich von vornherein maßgebend sind nur Zahlungen eines Entgelts, zu dessen Bestimmung der weite Entgeltbegriff des Arbeitsvertragsrechts heranzuziehen ist. **Echte Aufwandschädigungen** können daher auf eine allfällige Unterentlohnung nicht angerechnet werden.<sup>53)</sup>

Anrechenbar sind nur Entgelte, die der AG **tatsächlich gezahlt** hat, dh dem AN zugeflossen sind. Dabei werden aber die Bruttobeträge verglichen,<sup>54)</sup> sodass ein tatsächlich gezahltes Nettoentgelt auf ein Bruttoentgelt hochgerechnet werden muss. Daher liegt etwa auch dann eine strafbare Unterentlohnung vor, wenn ein AN, der einem ausländischen Einkommensteuerr regime unterliegt, zwar jenes Nettoentgelt erhält, wie es sich aus dem kollv Bruttoentgelt nach österr Steuervorschriften ergibt, sich aber nach dem ausländischem Steuerrecht ein höheres Nettoentgelt ergeben müsste. MaW: Das Nettoentgelt wird nach den anzuwendenden (ausländischen) Steuervorschriften auf ein Bruttoentgelt hochgerechnet und dieses wird mit dem Mindestentgelt verglichen.<sup>55)</sup>

Eine Entgeltzahlung liegt aber auch im Falle einer zulässigen **Aufrechnung** durch den AG vor, etwa durch Abzug eines vereinbarten Kostenbeitrags für die Privatnutzung des Firmen-Pkw,<sup>56)</sup> weil damit die Forderung des AN zivilrechtlich beglichen wird. Steht hingegen ein Aufrechnungshindernis entgegen, etwa der unpfändbare Teil des Einkommens gem § 293

---

Stadler, Sanktionen im Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz 2011, RdW 2011/695, 668 (669). AA Graf-Schimek, Die Auswirkung von Verfall und Verjährung auf die Strafbarkeit wegen Unterentlohnung, ZAS 2016/30, 174 (177); Königsberger/Scala, RdW 2015/445, 498 f.

<sup>52)</sup> Zum Eintritt der Strafbarkeit vgl unten.

<sup>53)</sup> Vgl zum (pauschalierten) Taggeld Rath, ASoK 2016, 47 f; krit Wiesinger, Die Auswirkung der Entscheidung Sähköalojen ammatiliitto auf österreichische Entgeltregelungen, RdW 2015/337, 373 (374 f).

<sup>54)</sup> Gerhartl, ecolex 2016, 1092.

<sup>55)</sup> Kraft/Kronberger, Lohn- und Sozialdumping<sup>2</sup> 59 f; Wiesinger, LSD-BG 76.

<sup>56)</sup> Schrank, Antworten auf Arbeitsrechtsfragen aus der Praxis: Lohndumping aufgrund Kostenbeitrag für Privatnutzung des Firmen-Pkw? PVP 2016/71, 267 (269); Wiesinger, LSD-BG 77; Dangl/Kraft, PVP 2017/7, 23 (nur Onlineversion); Kraft/Kronberger, Lohn- und Sozialdumping<sup>2</sup> 50.

Abs 3 EO oder ein Widerspruch des AN gem § 7 DHG, liegt keine Entgeltzahlung iSd § 29 Abs 1 LSD-BG vor.<sup>57)</sup>

Die Entgeltzahlung, die mit dem Mindestentgelt verglichen wird, umfasst jedes Entgelt **unabhängig vom Rechtsgrund** der Leistung. Daher ist es ohne Bedeutung, ob der AG zur Zahlung auf Grund des Gesetzes, einer Verordnung, eines KollV oder aber auch auf Grund einer Betriebsvereinbarung oder des Arbeitsvertrags verpflichtet war. Anders als noch nach der Vorgängerregelung des § 7 i Abs 5 AVRAG sind seit 1. 1. 2017 auch freiwillige oder rein faktisch erfolgte Zahlungen ohne Rechtsgrund auf das Mindestentgelt nach § 29 LSD-BG anrechenbar. Entgeltzahlungen sind auch **unabhängig von ihrer „Entgeltart“** auf das Mindestentgelt anrechenbar. Weil – anders noch in § 7 i Abs 5 Satz 3 AVRAG – im Wortlaut des § 29 Abs 1 Satz 3 LSD-BG nicht mehr auf „Entgeltbestandteile“ Bezug genommen wird, ergibt sich diese Unabhängigkeit unmittelbar aus dem Wortlaut.<sup>58)</sup> So kann bspw die Zahlung des vertraglich vereinbarten Gehalts, welches das kollv Mindestentgelt übersteigt, eine allfällige Unterentlohnung im Bereich der gesetzlich vorgeschriebenen Überstundenzuschläge, berechnet auf Basis des kollv Mindestentgelts, ausgleichen. Dass das höhere Grundgehalt eine andere Arbeitsleistung vergütet als die Überstundenzuschläge, ist hier nicht von Bedeutung. Ebenso kann eine freiwillig gezahlte Gewinnprämie die Vorenthaltung des Mindestentgelts strafrechtlich ausgleichen. Dabei bleibt zivilrechtlich freilich der Anspruch auf Nachzahlung des geschuldeten Mindestentgelts unberührt.

Zwei **Entgeltbestandteile** sind jedoch **nicht anrechenbar**, dh eine Zahlung dieser ausgenommenen Entgeltbestandteile vermag die Unterentlohnung im jeweiligen Lohnzahlungszeitraum nicht auszugleichen:

- Zum einen sind die in § 49 Abs 3 ASVG angeführten **Entgeltbestandteile** nicht auf allfällige Unterentlohnungen anrechenbar, **soweit diese nach Gesetz, Verordnung oder KollV gebühren**.<sup>59)</sup> Der Grund für diese Ausnahme liegt in der Herausnahme dieser Entgeltbestandteile aus dem Mindestentgeltbegriff. Wird daher zwar eine kollv Schmutzzulage, die sozialversicherungsfrei ist, gezahlt, ist diese auf eine allfällige Unterentlohnung nicht anrechenbar. Ist diese Schmutzzulage jedoch nicht kollvertraglich vorgesehen, sondern lediglich zwischen AN und AG vereinbart, so ist diese nicht deshalb vom Mindestentgelt ausgenommen, weil sie nach § 49 Abs 3 ASVG sozialversicherungsfrei ist, sondern weil sie nicht nach Gesetz, Verordnung oder KollV gebührt; eine solche vertraglich vereinbarte Schmutzzulage ist daher auf eine allfällige Unterentlohnung anrechenbar.<sup>60)</sup>
- Zum anderen können **Sachbezüge**, auch wenn diese Entgelt sind, nicht angerechnet werden, weil das nach Gesetz, Verordnung oder KollV gebührende Entgelt in der Regel in Geldbeträgen festgelegt und insoweit zwingend in Bar- oder Giralgeld und nicht in Sachbezügen zu entrichten ist.<sup>61)</sup> Darauf nimmt § 13 Abs 5 letzter Satz LSD-BG Rücksicht, indem dort

<sup>57)</sup> Vgl *Kozak*, LSD-BG § 29 Rz 31; *Kraft/Kronberger*, Lohn- und Sozialdumping<sup>2</sup> 150 f.

<sup>58)</sup> Ebenso *Kraft/Kronberger*, Lohn- und Sozialdumping<sup>2</sup> 63: „Gesamtentgeltvergleich“; *Unterrieder*, All-In-Entgelt und Unterentlohnung, *ecolx* 2017, 283. Noch auf teleologische Interpretation der Vorgängerregelung aufbauend *Schrank*, RdW 2015/224, 242 f; ihm zustimmend *Rath*, ASoK 2016, 45.

<sup>59)</sup> Vgl *Kraft/Kronberger*, Lohn- und Sozialdumping<sup>2</sup> 60 f: „Neutrale Bezüge“; *Wiesinger*, LSD-BG 78.

<sup>60)</sup> Vgl die Übersicht bei *Kronberger/Kraft*, Serie: Praktikerantworten auf Lohn- und Sozialdumping-Fragen aus Sicht der Personalverrechnung (Teil 4), PVP 2016/37, 139. Anders wohl *Gerhartl*, *ecolx* 2016, 1092, wenn er in seinem Beispiel mit der höheren Schmutzzulage eine überkollektivvertragliche meint.

<sup>61)</sup> „Barzahlungsgebot“; vgl OGH 27. 8. 2015, 9 ObA 92/15 t Arb 13.253 = DRdA 2016/25, 240 (*Burger-Ehrnhofer*) = DRdA-InfA 2015/224, 302 (*Schrattbauer*) = EvBl 2016/36, 262 (*Rohrer/Ludvik*); noch offenklassend OGH 28. 5. 2015, 9 ObA 54/15 d ARD 6461/11/2015. *Dangl/Kraft*, PVP 2017/7, 23 (nur

bestimmt ist, dass Sachbezüge für die Zwecke der Bestimmung des kollv Entgelts nicht angerechnet werden dürfen, soweit der KollV nicht anderes bestimmt. Sollte daher der KollV selbst die Begleichung des Mindestentgelts durch Sachbezüge zulassen,<sup>62)</sup> so sind diese Sachbezüge dementsprechend auf das Mindestentgelt anrechenbar.

## 2. Zeitliche Kongruenz

Mit der Wortfolge „*im jeweiligen Lohnzahlungszeitraum*“ verlangt § 29 Abs 1 Satz 3 LSD-BG auch eine zeitliche Übereinstimmung des nach Gesetz, Verordnung oder KollV gebührenden Mindestentgelts einerseits und der tatsächlichen Entgeltzahlung andererseits. „**Lohnzahlungszeitraum**“ ist jener Zeitraum, für den das Mindestentgelt nach Gesetz, Verordnung oder KollV gezahlt wird,<sup>63)</sup> in aller Regel somit der **Kalendermonat**.

Eine Unterentlohnung liegt gem § 29 Abs 1 Satz 1 LSD-BG vor, wenn der AG einen AN beschäftigt, ohne ihm zumindest das nach Gesetz, Verordnung oder KollV gebührende Entgelt zu leisten. Dies setzt somit voraus, dass der AG das Mindestentgelt auch zu leisten verpflichtet ist. Zur Leistung jedes Entgelts ist der AG aber erst mit **Fälligkeit des Entgelts** verpflichtet. Solange das Mindestentgelt nicht fällig ist, kann keine Unterentlohnung entstehen. Wer hingegen nach Eintritt der Fälligkeit das Mindestentgelt nicht leistet, verwirklicht den Straftatbestand der Unterentlohnung.<sup>64)</sup>

---

Onlineversion); Kraft/Kronberger, Lohn- und Sozialdumping<sup>2</sup> 49; für Kozak, LSD-BG § 29 Rz 52, ergibt sich dies aus dem Begriff „*Entgeltzahlungen*“. Für Schrank, RdW 2015/224, 244, muss „*dieser Anrechnungsausschluss nunmehr wohl am Sachlichkeitsgebot des Gleichheitssatzes scheitern*“.

<sup>62)</sup> Bspw P 11 Kollektivvertrag für Arbeiter im Hotel- und Gastgewerbe; Kronberger/Kraft, PVP 2016/28, 112.

<sup>63)</sup> Anders Felten in Kozak 15: „*Mit dem Begriff des ‚Lohnzahlungszeitraumes‘ ist jener Zeitraum gemeint, mit dessen Ablauf der betreffende Entgeltanspruch fällig wird*“, womit aber verschiedene, den jeweiligen Entgeltbestandteil betreffende, sich überschneidende und unterschiedlich lange Lohnzahlungszeiträume definiert werden. Seiner Definition folgend kommt Felten bei All-in-Vereinbarungen daher auf einen einzigen, ein Jahr dauernden Lohnzahlungszeitraum. Ebenfalls aA Wiesinger, Der Durchrechnungszeitraum beim Lohn- und Sozialdumping, ASoK 2017, 60 (61), der zwischen Lohnzahlungszeitraum einerseits und Leistungszeitraum andererseits differenziert, bei Wiesinger, LSD-BG 80, ist Lohnzahlungszeitraum hingegen „*jener Zeitraum, nach dem das Entgelt bemessen und bezahlt wird*“.

<sup>64)</sup> Vgl ErläutRV 1111 BlgNR 25. GP 20; Gleißner, ZAS 2015/4, 21: „*Eine Unterentlohnung kann nur bei fälligen Ansprüchen vorliegen*“, deutlich auch Felten/Pfeil, DRdA 2017, 86: „*Vor diesem Hintergrund kann kein Zweifel bestehen, dass die Strafbarkeit wegen Unterentlohnung [...] lediglich die Fälligkeit des Entgeltanspruches voraussetzt*.“ Ebenso Kraft/Kronberger, Lohn- und Sozialdumping<sup>2</sup> 55, wobei sie bei der Kündigungsentschädigung ohne Begründung davon abweichen und so lange kein Lohn-dumping sehen, als ein Rechtsstreit beim Arbeits- und Sozialgericht anhängig ist (42), wengleich das Verwaltungsstrafverfahren gem § 29 Abs 3 Satz 3 LSD-BG bis zur rechtskräftigen Gerichtsentscheidung auszusetzen ist. Für Schrank, RdW 2015/224, 243, grenze dies bei zeitnahen Gesamtüberzahlungen an Skurrilität und widerspreche auch dem Sachlichkeitsgebot des verfassungsgesetzlichen Gleichheitssatzes. Dabei würdigt er aber die Möglichkeiten der nachträglichen Straffreiheit durch (rechtzeitige) Nachzahlung selbst nach zweimaliger behördlicher Aufforderung – wie noch unten gezeigt wird – zu wenig und verkennt auch, dass mit Nichtzahlung der Schuld bei Fälligkeit bereits Verzugszinsen als Schadenersatz zu leisten sind. Um dem Klarheitsgebot des Art 7 EMRK gerecht werden zu können, muss der objektive Straftatbestand klare, vorhersehbare Umrisse aufweisen, die mit der Anknüpfung der Fälligkeit – bei trotzdem bestehenden Schwierigkeiten – jedenfalls eher gegeben ist, als mit einer erst recht auslegungsbedürftigen „*Zeitnähe*“ der Überzahlung. Insofern besteht auch kein besonders rechtstaatliches Bedürfnis auf extensive Auslegung der Zahlungszeitraumbezogenheit.

Der Zeitpunkt der **Fälligkeit liegt nicht immer am Ende des Lohnzahlungszeitraums.**<sup>65)</sup> Zwar kann gem § 15 AngG die Zahlung des fortlaufenden Gehalts abweichend von der gesetzlichen Fälligkeit nur für den Schluss eines jeden Kalendermonats vereinbart werden, doch bezieht sich diese relativ zwingende Norm nur auf die von vornherein bestimmten festen Geldbezüge, die nach bestimmten Zeiträumen bemessen werden.<sup>66)</sup> Unregelmäßige Entgeltbestandteile für Überstunden samt Zuschlägen, für Nacht-, Sonn- oder Feiertagsarbeit oder Nachtschichtzulagen, die von den tatsächlich geleisteten Nachtarbeitsstunden abhängen, stellen kein fortlaufendes Gehalt dar.<sup>67)</sup> Für diese Entgeltbestandteile wie auch für den gesamten Lohn eines Arbeiters kann gemäß der dispositiven Fälligkeitsregel des § 1154 Abs 2 ABGB auch ein späterer Fälligkeitszeitpunkt zu Lasten des AN vereinbart werden. So ist es nicht unüblich, wenn die Überstunden erst gemeinsam mit dem fortlaufenden Gehalt des Folgemonats abgerechnet und ausgezahlt werden, somit der Fälligkeitszeitpunkt um einen Kalendermonat verschoben wird. Zu weit darf die Fälligkeit jedoch nicht in die Zukunft gelegt werden, weil umso eher von einer sittenwidrigen Vereinbarung auszugehen ist, je weiter die Fälligkeit hinter den Lohnzahlungszeitraum verschoben wird.<sup>68)</sup> Das Beispiel zeigt auch, dass verschiedene Teile des Mindestentgelts eines Lohnzahlungszeitraums an unterschiedlichen Zeitpunkten fällig werden können.

Diese Verschiebung des Fälligkeitszeitpunkts trifft auch im Falle einer Vereinbarung von **Pauschalentgelten** wie etwa bei einer **Überstundenpauschale** oder einem **All-in-Entgelt** zu. Die sogenannte Deckungsprüfung, bei der geprüft wird, ob die vereinbarte Pauschale jedenfalls dem Entgelt entspricht, das dem AN nach relativ zwingendem Recht zumindest zusteht, ist im Rahmen eines Gruppenvergleichs durchzuführen.<sup>69)</sup> Dabei ist ein Beobachtungszeitraum heranzuziehen, weil bei schwankendem Ausmaß der Arbeitsleistung die Pauschalentgeltvereinbarung auch dann für den AN in Summe günstiger ist, wenn die Pauschale zwar in einem Monat das nach zwingendem Recht zumindest zustehende Entgelt nicht erreicht, sie im nächsten Monat jedoch dieses zwingende Entgelt bei Weitem übersteigt. Rsp<sup>70)</sup> und Lehre<sup>71)</sup> sehen dabei mangels anderer Vereinbarung einen Beobachtungszeitraum von einem Jahr als angemessen an. Das Ergebnis der Deckungsprüfung kann jedoch erst nach Ablauf dieses Beobachtungszeitraums feststehen, entsprechend wird eine erforderliche Nachzahlung im Fall einer Unterdeckung erst **nach Ablauf des Beobachtungszeitraums fällig.**<sup>72)</sup> Dadurch wird zulässigerweise die Fälligkeit an das Ende des Beobachtungszeitraums – dh bis zu elf Monate

<sup>65)</sup> Nach *BMASK*, LSDB-Richtlinien 2015 Rz 18, sind Fälligkeitsbestimmungen keine Eingriffsnormen, weshalb für entsandte AN die nach dem Arbeitsrecht des Entsendestaats geltenden Fälligkeitsregelungen maßgeblich sind.

<sup>66)</sup> OGH 19. 5. 1993, 9 ObA 86/93 wbl 1993, 325.

<sup>67)</sup> *Rabl* in *Reissner* (Hrsg), AngG<sup>2</sup> (2015) § 15 Rz 5 mwN.

<sup>68)</sup> *Hruška-Frank* in *Reissner/Neumayr* (Hrsg), *Zeller Handbuch Arbeitsvertrags-Klauseln* (2010) Rz 44.10.

<sup>69)</sup> Vgl dazu *F. G. Burger*, Arbeitsrechtliche Zulässigkeit von All-in-Vereinbarungen, in *Resch* (Hrsg), *All-in-Vereinbarungen – Erscheinungsformen und rechtliche Rahmenbedingungen* (2010) 39 (62 ff).

<sup>70)</sup> ZB OGH 29. 1. 2014, 9 ObA 166/13 x DRdA 2014/52, 589 (*Kühtheubl*) = infas 2014 A 59 = RdW 2014/387, 350; 22. 2. 2011, 8 ObA 29/10 p ARD 6130/3/2011 = RdW 2011/233, 233; 16. 11. 2005, 8 ObA 73/05 a; ARD 5655/10/2006; RIS-Justiz RS0051788; RS0064874.

<sup>71)</sup> *Felten* in *Grillberger* (Hrsg), AZG<sup>3</sup> (2011) § 10 Rz 30; *Klein* in *Heilegger/Klein*, AZG<sup>4</sup> (2016) § 10 Rz 15; *Schrank*, Arbeitszeitgesetz Kommentar<sup>3</sup> (2015) § 10 AZG Rz 30; *Krapf/Balla*, Die verweigerten Überstunden, DRdA 2002, 161 (169); *Winkler*, Überstundenpauschale und „All-in-Klausel“, *ecolex* 1998, 412 (413); krit *F. G. Burger* in *Resch* 66.

<sup>72)</sup> *F. G. Burger* in *Resch* 67; *Wachter*, Zur pauschalen Abgeltung von Überstunden, in *Wachter/Burger* (Hrsg), *Aktuelle Entwicklungen im Arbeits- und Sozialrecht 2008* (2008) 129 (143).

später – verschoben. Eine Unterentlohnung nach § 29 LSD-BG kann daher vor Ablauf des einjährigen Beobachtungszeitraums nicht vorliegen,<sup>73)</sup> weil der AG aus der Pauschalentgeltvereinbarung (noch) nicht verpflichtet ist, das nach Gesetz, Verordnung oder KollV gebührende Entgelt zu leisten. Lediglich für den Fall, dass schon während des Beobachtungszeitraums eindeutig erkennbar wird, dass die Pauschale nicht ausreicht, wird die Nachzahlung früher fällig.

Diese Verschiebungen des Fälligkeitszeitpunkts für unterschiedliche Entgeltbestandteile wirken sich auf die Feststellung einer Unterentlohnung aus. Weil die Entgeltart der tatsächlichen Entgeltzahlung ohne Bedeutung ist, die Zahlung sozusagen kein „Mascherl“ trägt, sie also nicht einem bestimmten Entgeltbestandteil gewidmet ist, muss letztlich **der letzte Fälligkeitszeitpunkt abgewartet** werden. Erst nach Ablauf des letzten Fälligkeitszeitpunkts aller Entgeltbestandteile eines Lohnzahlungszeitraums lässt sich feststellen, ob eine Unterentlohnung vorliegt. Bis dahin ist der Straftatbestand (noch) nicht verwirklicht.

Ein Beispiel soll dies verdeutlichen: Angenommen sei, dass zulässigerweise die Abrechnung der Überstunden erst mit dem Folgemonat vereinbart wurde; gezahlt wird lediglich das kollv Mindestgehalt von € 1.500,-, die Überstunden werden aber vereinbarungsgemäß mit einem Zuschlag in Höhe von 100% statt der gesetzlichen Höhe von 50% vergütet; im Monat Jänner werden jedoch nur € 1.400,- gezahlt, die im Jänner geleisteten Überstunden werden inklusive dem vereinbarten 100%-Zuschlag Ende Februar mit € 400,- gezahlt. Liegt für den Lohnzahlungszeitraum Jänner eine Unterentlohnung vor? Würde man nur auf die Fälligkeit des fortlaufenden Gehalts abstellen, läge mit Ende Jänner eine Unterentlohnung um € 100,- vor. Für die Überstunden wird jedoch ein höheres Entgelt gezahlt, als dem AN nach Gesetz, Verordnung oder KollV zumindest gebührt, nämlich um € 100,- als Differenz zwischen dem gesetzlichen Überstundenzuschlag von 50% und dem vereinbarten Überstundenzuschlag von 100%. Weil sowohl die gezahlten € 1.400,- als auch die gezahlten € 400,- denselben Lohnzahlungszeitraum Jänner betreffen, liegt insgesamt keine Unterentlohnung iSd § 29 LSD-BG vor; die Ende Februar übergesetzlich gezahlten Überstunden gleichen die Ende Jänner erfolgte Unterschreitung des kollv Mindestgehalts aus. Dies lässt sich aber erst Ende Februar feststellen. Auch wenn keine Unterentlohnung vorliegt, hat der AN freilich einen zivilrechtlichen Anspruch auf die fehlenden € 100,- des fortlaufenden Gehalts samt Verzugszinsen.

Zuzuwarten ist jedoch nur bis zum letzten Fälligkeitszeitpunkt jener Entgeltbestandteile, die nach Gesetz, Verordnung oder KollV dem AN zumindest gebühren, die also das Mindestentgelt iSd § 29 Abs 1 LSD-BG darstellen – im vorhergehenden Beispiel das kollv Überstundengrundentgelt sowie der gesetzliche Überstundenzuschlag von 50%. Nicht zuzuwarten ist der letzte Fälligkeitszeitpunkt eines Entgeltbestandteils, der entweder nach § 49 Abs 3 ASVG nicht zum sozialversicherungsrechtlichen Entgelt gezahlt wird oder nicht nach Gesetz, Verordnung oder KollV, sondern nach Betriebs- oder Einzelvereinbarung zusteht. Es kann daher der Zeitpunkt, der zur Feststellung einer möglichen Unterentlohnung abzuwarten ist, nicht dadurch in die Zukunft verschoben werden, dass der AG einen Entgeltbestandteil zusagt, der erst (viel) später fällig wird, wie etwa eine Prämie.<sup>74)</sup> Diese Einschränkung auf den letzten

<sup>73)</sup> Ebenso *Unterrieder*, *ecolex* 2017, 285; vgl auch *Gleißner*, ZAS 2015/4, 21; *Kühteubl*, ZAS 2015/33, 208.

<sup>74)</sup> Unklar *Kraft/Kronberger*, Lohn- und Sozialdumping<sup>2</sup> 65 ff, mit der griffigen Aussage und unter Hinweis auf *Schrank*, RdW 2015/224, 243: „Was arbeitsrechtlich zulässig vereinbart und eingehalten wird, kann kein strafbares Lohndumping sein“, wenn sie zwar eine ausdrückliche Anrechnungsvereinbarung eines Jahresbonus oÄ unzutreffend als Ausnahme von der starren Lohnzahlungszeitraum-Identität sehen, die anrechenbare freiwillige Leistung hingegen zutreffend als Nachzahlung mit tätiger Reue charakterisieren; damit werden die eingetretene Strafbarkeit und die Möglichkeit nachträglicher Straffrei-



Fälligkeitszeitpunkt des Mindestentgelts nach Gesetz, Verordnung oder KollV ist insb deshalb erforderlich, weil auch völlig freiwillige, dh nicht geschuldete Entgeltzahlungen auf den jeweiligen Lohnzahlungszeitraum anrechenbar sind und der AG sonst den Eintritt der Unterentlohnung so lange hinauszögern könnte, wie er eine freiwillige Entgeltzahlung – möglicherweise auch erst viele Monate später – zu leisten bereit ist. Verspricht daher der AG bspw eine leistungsbezogene Jahresprämie, die erst mit Ablauf des 1. Quartals des Folgejahrs fällig wird, so ist eine Unterentlohnung bereits eingetreten, sobald der letzte Teil des monatlichen Mindestentgelts fällig geworden ist; die erst später gezahlte Jahresprämie kann deshalb nicht mehr auf die bereits eingetretene Unterentlohnung angerechnet werden.<sup>75)</sup>

Die Verwirklichung des objektiven Straftatbestands der Unterentlohnung mit dem letzten Fälligkeitszeitpunkt aller nach Gesetz, Verordnung oder KollV gebührenden Mindestentgeltbestandteile kann daher vertraglich nicht ausgeweitet werden, ohne den Fälligkeitszeitpunkt dieser Mindestentgeltbestandteile zulässigerweise zu verschieben. Eine Vereinbarung mit dem AN, dass ein über Gesetz, Verordnung und KollV hinausreichender Entgeltbestandteil auf etwaige Unterentlohnungen vergangener Lohnzahlungszeiträume angerechnet werden soll, vermag dem AG daher keinen strafrechtlichen Schutz zu bieten. Dass eine solche Überzahlung hingegen nachträglich als tätige Reue die bereits eingetretene Strafbarkeit wieder aufzuheben vermag, bleibt davon unberührt, muss aber auch nicht eigens vereinbart werden.

### C. Kumulation

Die Unterentlohnung ist ein Delikt,<sup>76)</sup> das fortgesetzt begangen werden kann. Bei einem fortgesetzten Delikt, bei welchem eine Reihe von gleichartigen Einzelhandlungen von einem einheitlichen Willensentschluss oder Gesamtvorsatz umfasst sind, treten die äußeren Begleitumstände im Rahmen eines erkennbaren zeitlichen Zusammenhangs zu einer Einheit zusammen.<sup>77)</sup> Insofern stellt § 29 Abs 1 Satz 2 LSD-BG klar,<sup>78)</sup> dass bei Unterentlohnungen, die **durchgehend mehrere Lohnzahlungszeiträume** umfassen, nur **eine einzige Verwaltungsübertretung** vorliegt. Damit soll ein systematischer Fehler in der Lohnabrechnung, dem der AG Monat für Monat wiederholend unterliegt und dem nur ein einziges fahrlässiges Fehlverhalten zugrunde liegt, nicht zu einer mehrfachen, sondern nur zu einer einzigen Bestrafung führen. Zwar deutet der einheitliche Willensentschluss darauf hin, dass bei fahrlässigen Begehungshandlungen ein fortgesetztes Delikt nicht angenommen werden kann,<sup>79)</sup> speziell bei Unterentlohnungen ist aber dann von einem fortgesetzten Delikt auszugehen, wenn der auch nur fahrlässig begangene Fehler, der die Unterentlohnung verursacht, über mehrere Lohnzahlungszeiträume wiederholt wird. Es handelt sich dabei um einen Fehler, der aus einem unveränderten, einheitlichen Verhalten des Delinquenten entspringt. Führen hingegen unterschiedliche Fehler, die jeweils für sich von einem Fehlverhalten getragen werden, zu Unterentlohnungen, entsteht eine **Unterentlohnung aus einem anderen Grund** als im Vormonat, so

---

heit miteinander vermischt. Für den Eintritt der tätigen Reue ist aber eine Anrechnungsvereinbarung, wie sie *Kraft/Kronberger*, Lohn- und Sozialdumping<sup>2</sup> 67 f, vorschlagen, nicht vonnöten.

<sup>75)</sup> Davon unberührt bleibt freilich die Möglichkeit, dass die spätere Zahlung der Jahresprämie die bereits eingetretene Strafbarkeit gem § 29 Abs 2 LSD-BG durch tätige Reue wieder aufhebt.

<sup>76)</sup> Für *Meissnitzer* in *Wiesinger* 36 ist die Strafnorm als echtes Unterlassungsdelikt zu bezeichnen; ebenso *Wiesinger*, Lohndumping und Insolvenz, ASoK 2017, 176.

<sup>77)</sup> VwGH 28. 3. 2017, Ro 2016/09/0001; 18. 12. 2012, 2010/09/0075; 30. 9. 2010, 2009/09/0083.

<sup>78)</sup> ErläutRV 319 BlgNR 25. GP 12.

<sup>79)</sup> VwGH 25. 8. 2010, 2010/03/0025; 18. 3. 1998, 96/09/0339; darauf hinweisend *Meissnitzer* in *Wiesinger* 39.

liegen zwei Verwaltungsübertretungen vor,<sup>80)</sup> die nicht von einem einheitlichen Willensentschluss umfasst sind.

Aus der Gleichartigkeit der Begehungsform, mit der ein einheitlicher Willensentschluss ausgedrückt werde, erkennt ein Teil der Lehre auch **zeitlich unterbrochene Unterentlohnungsreihen** als einheitliches Delikt an, wenn entweder ein enger zeitlicher Zusammenhang besteht – die Unterbrechung also nur kurzzeitig andauert<sup>81)</sup> – oder ein enger sachlicher Zusammenhang infolge der gleichen Unterentlohnungsursache vorliegt.<sup>82)</sup>

§ 29 Abs 1 Satz 2 LSD-BG bezieht sich auch nur auf Unterentlohnungen, die **denselben AN** betreffen,<sup>83)</sup> sodass bspw zwei Verwaltungsübertretungen vorliegen, wenn der AG im Monat Jänner seinem AN A das kollv Mindestentgelt vorenthält und im Monat Februar seinem AN B. Dies hat auch zur Folge, dass ebenfalls mehrere Verwaltungsübertretungen vorliegen, wenn der AG in einem Lohnzahlungszeitraum systematisch denselben Abrechnungsfehler bei mehreren AN gleichzeitig begeht.<sup>84)</sup>

#### D. Verschulden

Weil § 29 Abs 1 LSD-BG über das Verschulden nicht anderes bestimmt, genügt zur Strafbarkeit der Unterentlohnung **fahrlässiges Verhalten**.<sup>85)</sup> Nach Schrank fehlt jegliches Verschulden, wenn dem Beschuldigten der Nachweis gelingt, „ein effizientes, an die konkreten kollektivvertraglichen Anforderungen und betrieblichen Verhältnisse angepasstes Vorbeuge- und Kontrollsystem, also ein konkret ausreichendes Maßnahmenbündel, eingerichtet und eingehalten bzw umgesetzt zu haben, das nach menschlichem Ermessen unter den vorhersehbaren Verhältnissen mit gutem Grund die Einhaltung der kollektivvertraglich normierten Entgelte erwarten und damit regelmäßig fahrlässig schuldhaft Unterzahlungen vermeiden lässt“.<sup>86)</sup>

Unkenntnis der Verwaltungsvorschrift, der der Täter zuwidergehandelt hat, entschuldigt gem § 5 Abs 2 VStG nur dann, wenn sie erwiesenermaßen unverschuldet ist und der Täter das Un-erlaubte seines Verhaltens ohne Kenntnis der Verwaltungsvorschrift nicht einsehen konnte. Auch wenn die Berechnung des gebührenden Entgelts mitunter nicht einfach ist, hat der AG sich mit den einschlägigen Rechtsvorschriften auseinanderzusetzen und ggf entsprechen-

<sup>80)</sup> AA Kühleubl, ZAS 2015/33, 208: „Ändert sich die Art der Unterentlohnung [...], liegt daher eine Verwaltungsübertretung vor.“

<sup>81)</sup> BMASK, LSDB-Richtlinien 2015 Rz 40; Schuster/Türk-Walter/Grabner, Handbuch LSD-BG 31; Gerhartl, Fortgesetzte und wiederholte Unterentlohnung, RdW 2016/514, 688 (689f), der zur Abgrenzung des einen zwischenzeitig unterbrochenen fortgesetzten Delikts und mehrerer Delikte auf den Unterbrechungszeitraum abstellt; Wiesinger, LSD-BG 83, der den Wortlaut zur Vermeidung einer verfassungswidrigen Ungleichbehandlung teleologisch reduziert. AA Rath, Zur Ausweitung der Lohnkontrolle und zur verfahrensrechtlichen Bedeutung der Nachzahlung bei Unterentlohnung, ASoK 2015, 2 (6), der einen einheitlichen Willensentschluss nicht berücksichtigt.

<sup>82)</sup> Kraft/Kronberger, Lohn- und Sozialdumping<sup>2</sup> 76.

<sup>83)</sup> Ebenso Kraft/Kronberger, Lohn- und Sozialdumping<sup>2</sup> 75.

<sup>84)</sup> Ebenso Meissnitzer in Wiesinger 50; aA Gerhartl, RdW 2016/514, 689: „In allen diesen Konstellationen schließt der Umstand, dass es sich um verschiedene Anspruchsgrundlagen und/oder verschiedene Arbeitnehmer handelt, das Vorliegen (bloß) einer Unterentlohnung nicht aus.“

<sup>85)</sup> § 5 Abs 1 VStG.

<sup>86)</sup> Schrank, RdW 2015/224, 240. Nach Patka, Die richtige Einstufung des Arbeitnehmers: Ein „Unterentlohnungs-Minenfeld“, PVP 2015/18, besteht hingegen bei einer Unterentlohnung trotz eines funktionierenden internen Kontrollsystems leichte Fahrlässigkeit; für Wiesinger, LSD-BG 91, ist ein „wirksames Kontrollsystem“ nicht wirksam, wenn eine Verwaltungsvorschrift übertreten wurde; vgl zur Einrichtung eines internen Kontrollsystems Kraft/Kronberger, Lohn- und Sozialdumping<sup>2</sup> 214 ff.

de Erkundigungen einzuholen. Orientiert er seine Lohnzahlungen an der höchstgerichtlichen Rsp oder – sofern eine solche fehlt – an der Vollzugspraxis der Behörden bzw an **Auskünften kompetenter Stellen**, ist zwar der Tatbestand der Unterentlohnung dann objektiv erfüllt, wenn die Auskünfte falsch oder die Rechtsprechung verfehlt sind, subjektiv ist aber dem AG nichts vorzuwerfen, weshalb von vornherein gar keine Strafbarkeit vorliegt. Als kompetente Stellen sehen die Gesetzesmaterialien zuständige Behörden, Krankenversicherungsträger und Kammern an, nicht jedoch unzuständige Behörden oder berufsmäßige Parteienvertreter.<sup>87)</sup> So führt zwar ein Fehler des Steuerberaters<sup>88)</sup> oder des Rechtsanwalts zur Strafbarkeit des AG, seines nach außen vertretungsbefugten Organs bzw des verantwortlichen Beauftragten wegen Unterentlohnung, sein Bemühen um korrekte Lohnabrechnungen durch Ausgliederung der Personalverrechnung an einen Steuerberater oder durch Einholung einer Rechtsauskunft von einem Rechtsanwalt ist aber bei der Strafbemessung mildernd zu berücksichtigen,<sup>89)</sup> weil dies auch den Grad seiner vorwerfbaren Fahrlässigkeit reduziert.

### III. Straffreiheit durch Nachzahlung

Sind von der Unterentlohnung höchstens drei AN betroffen, beträgt die Geldstrafe für jeden AN € 1.000,- bis € 10.000,-, im Wiederholungsfall € 2.000,- bis € 20.000,-, sind mehr als drei AN betroffen, für jeden AN € 2.000,- bis € 20.000,-, im Wiederholungsfall € 4.000,- bis € 50.000,-.<sup>90)</sup> Diese nicht geringe Strafdrohung und der Umstand, dass strafbare Unterentlohnungen durch Unachtsamkeit rasch vorliegen und möglicherweise gleich die gesamte Belegschaft betreffen können, bauen ein nicht unbeträchtliches Bedrohungsszenario gegen den AG auf.

Diesem stehen jedoch eine **tätige Reue** nach § 29 Abs 2 LSD-BG, welche eine einmal eingetretene Strafbarkeit wieder aufhebt, ein **Absehen von der Anzeige bzw von der Strafverhängung** sowie eine **Strafmilderung** gegenüber.<sup>91)</sup>

#### A. Tätige Reue

Gem § 29 Abs 2 LSD-BG ist die Strafbarkeit nach § 29 Abs 1 LSD-BG nicht (mehr) gegeben, „wenn der Arbeitgeber vor einer Erhebung der zuständigen Einrichtung nach den §§ 12, 14 und 15 die Differenz zwischen dem tatsächlich geleisteten und dem dem Arbeitnehmer nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag gebührenden Entgelt nachweislich leistet“.

Daraus ergeben sich für die nachträgliche Straffreiheit zwei Bedingungen:

<sup>87)</sup> ErläutRV 319 BlgNR 25. GP 13; ErläutRV 1111 BlgNR 25. GP 20; *BMASK*, LSDB-Richtlinien 2015 Rz 53.

<sup>88)</sup> Vgl zur Strafbarkeit des Steuerberaters als Bestimmungstäter *Haas/Kronberger*, Lohnverrechner/Abrechnungsdienstleister strafbar, wenn er weisungsgemäß „lohndumpend“ abrechnet? (Teil 1), PVP 2017/6, 19 (20 f), und als Beitragstäter *Haas/Kronberger*, Lohnverrechner/Abrechnungsdienstleister strafbar, wenn er weisungsgemäß „lohndumpend“ abrechnet? (Teil 2), PVP 2017/24, 65; ebenso *Kraft/Kronberger*, Lohn- und Sozialdumping<sup>2</sup> 184 ff.

<sup>89)</sup> *Gleißner*, ZAS 2015/4, 23.

<sup>90)</sup> Vgl allgemein *Gerhartl*, Strafbemessung bei Unterentlohnung, PVInfo 2016 H 6, 20.

<sup>91)</sup> *BMASK*, LSDB-Richtlinien 2015 Rz 50: „zahlreiche Nachsichtmöglichkeiten“.

## 1. Nachzahlung des Mindestentgelts

Voraussetzung ist, dass der AG die Differenz zwischen dem tatsächlich geleisteten und dem dem AN nach Gesetz, Verordnung oder KollV gebührenden Entgelt nachweislich<sup>92)</sup> leistet, er also dem AN rechtzeitig das **vorenthaltene Mindestentgelt nachzahlt**.<sup>93)</sup> Bei Unterentlohnungen, die durchgehend mehrere Lohnzahlungszeiträume umfassen, muss das gesamte vorenthaltene Mindestentgelt aller Lohnzahlungszeiträume nachgezahlt werden, weil es sich dabei um eine einzige Verwaltungsübertretung handelt.<sup>94)</sup> *Wiesinger* fordert, dass nur die Nachzahlung durch den AG selbst, nicht jedoch durch einen Dritten zur Straffreiheit führen kann, und hat dabei insb eine Nachzahlung durch den Insolvenz-Entgelt-Fonds im Blick.<sup>95)</sup> Dabei wird jedoch übersehen, dass einerseits nicht die Pönalisierung des AG im Vordergrund steht, sondern die Sicherstellung des Mindestentgelts<sup>96)</sup> und andererseits Mittäter keine Straffreiheit erlangen könnten, wenn sie bereit sind, aus eigenem die Nachzahlung zu leisten, falls der AG die Nachzahlung verweigert oder dieser gar nicht mehr existiert. § 29 Abs 2 LSD-BG ist daher so zu lesen, dass nicht nur die Nachzahlung durch den AG selbst, sondern auch die Nachzahlung durch einen Täter, der nicht der AG sind, strafbefreiend wirkt.

Nachzuzahlen sind aber nicht nur die Differenz, die zur strafbaren Unterentlohnung geführt hat, sondern **auch jene Entgeltbestandteile**, die dem AN zwar nach Gesetz, Verordnung oder KollV gebühren, jedoch **in § 49 Abs 3 ASVG angeführt** und deshalb an sich von der Unterentlohnung ausgenommen sind.<sup>97)</sup> Sollte bspw ein AG, der nur den kollv Mindestlohn gezahlt hat, später das vorenthaltene Entgelt für die geleisteten Überstunden nachzahlen, nicht aber eine ebenso geschuldete Zulage, die nach § 49 Abs 3 ASVG sozialversicherungsfrei ist, so ist eine Voraussetzung der tätigen Reue nicht erfüllt und die Strafbarkeit nach wie vor aufrecht, wenngleich diese teilweise Nachzahlung zumindest strafmildernd wirkt. Hätte der AG hingegen von vornherein neben dem kollv Mindestlohn auch bei Fälligkeit die Überstunden bezahlt und wäre er nur die sozialversicherungsfreie Zulage schuldig geblieben, so wäre der Straftatbestand der Unterentlohnung nie verwirklicht worden. **Nicht erforderlich** ist aber, dass der AG **sämtliche offenen Entgeltansprüche** des AN – also auch jene, die das Mindestentgelt übersteigen – befriedigt.

Weiters muss die Nachzahlung **nicht als „Nachzahlung“ gewidmet** sein.<sup>98)</sup> Auch wenn eine Überzahlung in einem späteren Lohnzahlungszeitraum nicht mehr nach § 29 Abs 1 Satz 3 LSD-BG auf eine allfällige Unterentlohnung eines früheren Lohnzahlungszeitraums angerechnet werden kann, weil der letzte Fälligkeitszeitpunkt bereits vergangen, der objektive Tatbestand daher erfüllt und das Delikt begangen worden ist, vermag doch diese Nachzahlung als tätige Reue die bereits eingetretene Strafbarkeit aufzuheben. Die Nachzahlung muss auch

<sup>92)</sup> Das Wort „nachweislich“ in § 29 Abs 2 und 3 LSD-BG ist freilich unnötig, weil ohnehin der Delinquent die Voraussetzungen seiner (nachträglichen) Strafbefreiung durch tätige Reue bzw des Absehens von der Strafe sowie den Strafmilderungsgrund gegenüber der Strafbehörde nachweisen muss.

<sup>93)</sup> Ebenso bereits nach § 7 i Abs 5 a AVRAG, der noch vom „nach den österreichischen Rechtsvorschriften gebührenden Entgelt“ sprach, *Gleißner*, ZAS 2015/4, 23; *Königsberger/Scala*, RdW 2015/445, 497.

<sup>94)</sup> *Felten/Pfeil*, DRdA 2017, 88: „Das Gesetz sieht also keinerlei zeitliche Beschränkung vor“; *Kraft/Kronberger*, Lohn- und Sozialdumping<sup>2</sup> 166; unklar noch *Kronberger/Kraft*, PVP 2016/50, 190: „In zeitlicher Hinsicht ist uE das Entgelt für jene Zeiträume nachzuzahlen, die noch innerhalb der Verfolgungsverjährungsfrist liegen.“

<sup>95)</sup> *Wiesinger*, ASoK 2017, 176 (179).

<sup>96)</sup> ErläutRV 1076 BlgNR 24. GP 7; *BMASK*, LSDB-Richtlinien 2015 Rz 51; *Felten/Pfeil*, DRdA 2017, 80.

<sup>97)</sup> *BMASK*, LSDB-Richtlinien 2015 Rz 50; *Kühteubl*, ZAS 2015/33, 210; *Wiesinger*, ASoK 2017, 62. Nur auf das nach § 29 Abs 1 LSD-BG geschützte Mindestentgelt reduzierend *Kozak*, LSD-BG § 29 Rz 73.

<sup>98)</sup> *Gleißner*, ZAS 2015/4, 23; *Königsberger/Scala*, RdW 2015/445, 498; *Kühteubl*, ZAS 2015/33, 210; *Wiesinger*, Lohndumping: Was zählt zum Entgelt? *ecolex* 2015, 92 (94).

**nicht als Einmalzahlung** erfolgen: So wird durch weitere zukünftige Überzahlungen – selbst wenn es dem Delinquenten gar nicht bewusst ist – dann seine einst eingetretene Strafbarkeit aufgehoben, wenn die Summe der zukünftigen Überzahlungen das vorenthaltene Mindestentgelt übersteigt. Beides zusammen – das Fehlen einer Widmung und die schleichende Nachzahlungsmöglichkeit – führt de facto zu einer längeren Phase der Anrechnung von Entgeltzahlungen über den letzten Fälligkeitszeitpunkt des Mindestentgelts hinaus.<sup>99)</sup>

Für den Fall, dass eine **Nachzahlung jedoch nicht möglich** ist, etwa weil der AN unbekannt verzogen ist oder er die angebotene Leistung der Differenz nicht annimmt, wird die Sicherstellung der jederzeitigen Empfangnahme, „*insbesondere durch Erlag gem § 1425 ABGB (gerichtliche Hinterlegung der Schuld)*“, der Nachzahlung gleichgestellt.<sup>100)</sup>

## 2. Rechtzeitigkeit

Voraussetzung für die Straffreiheit durch tätige Reue ist weiters, dass diese vollständige Nachzahlung des vorenthaltene Mindestentgelts „*vor einer Erhebung der zuständigen Einrichtung nach den §§ 12, 14 und 15*“ LSD-BG erfolgt.

Zur Erhebung, etwa in Form einer Lohnkontrolle, sind die **Abgabenbehörden** (Finanzamt),<sup>101)</sup> **Krankenversicherungsträger** und die **BUAK** zuständig. Wird die Unterentlohnung von einer anderen Einrichtung aufgedeckt, ist der Zeitraum, in dem der AG durch tätige Reue in Form der Nachzahlung des Mindestentgelts Straffreiheit erlangen kann, noch nicht beendet. So tritt Straffreiheit auch dann ein, wenn der AG erst über Intervention Dritter – etwa durch Einschreiten einer Interessenvertretung des AN, eines Rechtsanwalts, eines Arbeits- und Sozialgerichts im Rahmen einer Leistungsklage des klagenden AN oder gar eines Gerichtsvollziehers in Vollstreckung des Urteils, mit dem der AG zur Zahlung schuldig erkannt wurde – nachzahlt. Selbst die für die Verwaltungsübertretung des § 29 Abs 1 LSD-BG als Strafbehörde zuständige Bezirksverwaltungsbehörde ist keine zuständige Einrichtung iSd § 29 Abs 2 LSD-BG, sodass selbst nach Einleitung des Strafverfahrens infolge einer Privatanzeige des AN die tätige Reue möglich ist, solange Abgabenbehörde, Krankenversicherungsträger oder BUAK selbst noch keine Erhebung durchgeführt haben; diese haben jedoch im Strafverfahren gem § 32 Abs 1 LSD-BG Parteistellung und sind daher über die Einleitung des Strafverfahrens jedenfalls zu informieren.

Die Erhebung muss sich auch auf den Lohnzahlungszeitraum der Unterentlohnung beziehen. Wird bspw eine nachträgliche Lohnkontrolle durch den Krankenversicherungsträger nur für die Jahre 2015 und 2016 vorgenommen, bleibt eine tätige Reue für Unterentlohnungen des Jahres 2017 weiterhin möglich.<sup>102)</sup>

Weitere Voraussetzungen für die tätige Reue bestehen nicht. So schließt eine **grob fahrlässige** oder gar **vorsätzliche Unterentlohnung** die **tätige Reue ebenso wenig** aus wie **Unterentlohnungen großen Stils**. Außerdem ist bei § 29 Abs 2 LSD-BG nicht auf eine bestimmte innere Einstellung des AG, etwa eine Reue oder ein Bedauern, abzustellen.

<sup>99)</sup> Ebenso Wiesinger, ASoK 2017, 63: „*De-facto-Verlängerung des Durchrechnungszeitraums*“; Wiesinger, LSD-BG 82. So wohl auch Kraft/Kronberger, Lohn- und Sozialdumping<sup>2</sup> 67: „*Insoweit durchbrechen derartige Vereinbarungen die strikte Lohnzahlungszeitraumbezogenheit der gesetzlichen Anrechnungsautomatik.*“

<sup>100)</sup> BMASK, LSDB-Richtlinien 2015 Rz 55; Rath, Die LSDB-Richtlinien 2015 zu den lohnschutzrechtlichen Bestimmungen des AVRAG, ASoK 2015, 202 (207); Schuster/Türk-Walter/Grabner, Handbuch LSD-BG 32.

<sup>101)</sup> Nach Königsberger/Scala, RdW 2015/445, 496, hingegen das Kompetenzzentrum LSDB.

<sup>102)</sup> Kraft/Kronberger, Lohn- und Sozialdumping<sup>2</sup> 156.

## B. Absehen von der Anzeige

Auch nachdem eine tätige Reue nach § 29 Abs 2 LSD-BG nicht mehr in Frage kommt, weil die Abgabenbehörde, der Krankenversicherungsträger oder die BUAK bereits Erhebungen durchgeführt haben, besteht die Möglichkeit, Straffreiheit zu erlangen.

Das **Kompetenzzentrum LSDB**, dem die Abgabenbehörde die Ergebnisse ihrer Erhebungen in Bezug auf die Lohnkontrolle zu übermitteln hat,<sup>103)</sup> der **Krankenversicherungsträger** sowie die **BUAK** haben unter den Bedingungen des § 13 Abs 6 LSD-BG<sup>104)</sup> von einer Anzeige an die zuständige Bezirksverwaltungsbehörde abzusehen, womit von vornherein kein Verwaltungsstrafverfahren eingeleitet wird: Wenn die **Unterschreitung des Mindestentgelts gering** ist **oder** das Verschulden des AG, des zu seiner Vertretung nach außen Berufenen oder des für ihn verantwortlichen Beauftragten **leichte Fahrlässigkeit** nicht übersteigt, haben Kompetenzzentrum LSDB, Krankenversicherungsträger und BUAK – je nach ihrer Zuständigkeit – den AG in einer Mitteilung<sup>105)</sup> zur **Nachzahlung des vorenthaltenen Mindestentgelts innerhalb einer festzusetzenden Frist** aufzufordern. Kommt der AG dieser Aufforderung nachweislich nach oder hat der AG bereits vor der Mitteilung das vorenthaltene Mindestentgelt nachgezahlt, so haben Kompetenzzentrum LSDB, Krankenversicherungsträger und BUAK von einer Anzeige abzusehen. § 25 Abs 3 VStG, wonach Verwaltungsbehörden nicht verpflichtet sind, der Strafbehörde die Begehung einer Verwaltungsübertretung anzuzeigen, wenn die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsguts und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat gering sind, wird von § 13 Abs 6 LSD-BG verdrängt.<sup>106)</sup>

Das für dieses Absehen von der Anzeige erforderliche **Ausmaß der Nachzahlung entspricht jenem der tätigen Reue**, die noch vor einer Erhebung der Abgabenbehörde, Krankenversicherungsträger oder BUAK erforderlich ist. Um eine Abstufung zwischen tätiger Reue und Absehen von der Anzeige zu erreichen, weil sonst § 29 Abs 2 LSD-BG obsolet wäre, benötigt das Absehen noch zusätzlich die Voraussetzung, dass die **Unterentlohnung gering** ist **oder** dass das Verschulden des Täters – sei es der AG, sein nach außen vertretungsbefugtes Organ oder der verantwortliche Beauftragte – **leichte Fahrlässigkeit** nicht übersteigt.

Während der BMASK noch vor dem 1. 1. 2015, als lediglich der nach Gesetz, Verordnung oder KollV gebührende Grundlohn strafrechtlich geschützt war,<sup>107)</sup> von einer **Geringfügigkeit der Unterschreitungen** bis zu 3% ausging, zieht er in seinen LSDB-Richtlinien nun diese Geringfügigkeitsgrenze bei 10% ein.<sup>108)</sup> Diese LSDB-Richtlinien sind als Erlass nicht nur für das Kompetenzzentrum LSDB verbindlich, sondern auch für die Bezirksverwaltungsbehörden in mittelbarer Bundesverwaltung.<sup>109)</sup> Die bisherige Rsp nach der Rechtslage vor 2015 lehnt zwar die Geringfügigkeit der Unterschreitung bei hohen Prozentsätzen von vornherein ab,<sup>110)</sup> bei niedrigen Relationen werden jedoch als weitere Kriterien das Ausmaß der Unterentlohnung in absoluten Geldbeträgen sowie die Dauer der Unterentlohnung – auch wenn

<sup>103)</sup> § 12 Abs 2 LSD-BG.

<sup>104)</sup> Gem § 14 Abs 1 letzter Satz sowie § 15 Abs 1 LSD-BG gilt § 13 Abs 6 LSD-BG auch für den Krankenversicherungsträger und für die BUAK.

<sup>105)</sup> *Firlei* in *Resch* 103 bezeichnet diese Form wegen des fehlenden Rechtsschutzes als „*sehr hemdsärmelig*“.

<sup>106)</sup> § 13 Abs 6 vorletzter Satz LSD-BG.

<sup>107)</sup> § 7i Abs 3 AVRAG idF BGBl I 2011/24.

<sup>108)</sup> BMASK, LSDB-Richtlinien 2015 Rz 52.

<sup>109)</sup> Weisungersuchen gem Art 103 B-VG des BMASK 31. 5. 2016, BMASK-462.203/0019-VII/B/9/2016.

<sup>110)</sup> VwGH 23. 10. 2014, Ro 2014/11/0071 ARD 6438/10/2015 (*Sabara*) = RdW 2015/226, 248 (*Lindmayr*): Unterschreitung um 14,08% bis 33,86%. LVwG Niederösterreich 1. 12. 2014, LVwG-MI-

nur eine einzige Verwaltungsübertretung vorlag – herangezogen.<sup>111)</sup> So stufte der VwGH bspw Unterentlohnungen von 1,1% bis 4,2% nicht mehr als gering ein, wenn sie sich über einen Zeitraum von zumindest zwei Monaten, in der Mehrzahl der Fälle jedoch über 17 Monate erstreckten. „Bei einer derart langen Dauer der Unterschreitung kann sich nämlich sogar bei einer Unterentlohnung von 1,1% rechnerisch kein geringer Fehlbetrag mehr ergeben.“<sup>112)</sup> Sollte eine nur geringe Unterschreitung festgestellt werden, kommt es auf das Verschulden nicht mehr an, damit bei rechtzeitiger Nachzahlung von der Anzeige abzusehen ist.

Ist hingegen die Unterschreitung nicht gering, so ist durch rechtzeitige Nachzahlung dann von der Anzeige abzusehen, wenn zumindest das Verschulden des AG, des zu seiner Vertretung nach außen Berufenen bzw des verantwortlichen Beauftragten **leichte Fahrlässigkeit** nicht übersteigt. Vor dem 1. 1. 2015 war – in Anlehnung an den bis 30. 6. 2013 in Kraft gestandenen § 21 Abs 1 VStG<sup>113)</sup> – ein geringfügiges Verschulden ausreichend. Von geringem Verschulden ist nur dann zu sprechen, wenn das tatbildmäßige Verhalten des Täters erheblich hinter dem in der betreffenden Strafdrohung typisierten Unrechts- und Schuldgehalt zurückbleibt.<sup>114)</sup> Dazu hat der VwGH erkannt, dass grobe Fahrlässigkeit regelmäßig nicht mehr als geringfügiges Verschulden qualifiziert werden könne.<sup>115)</sup> Leichte Fahrlässigkeit sei dann anzunehmen, wenn der interessierende Fehler auch einem sorgfältigen Menschen unterläuft, grobe Fahrlässigkeit liege hingegen im Fall ungewöhnlicher bzw auffällender Sorglosigkeit vor.<sup>116)</sup> Geht man davon aus, dass mit dem in der betreffenden Strafdrohung typisierten Unrechts- und Schuldgehalt auch die Sorgfalt steigt – je schwerwiegender das Delikt, desto größer die Vorsicht –, wird mit dem Kriterium der leichten Fahrlässigkeit anstelle des geringfügigen Verschuldens inhaltlich nichts geändert worden sein.<sup>117)</sup>

Das innere Verschulden muss zwangsläufig an äußeren Gesichtspunkten indirekt festgestellt werden. So zog der VwGH zur Beurteilung des geringfügigen Verschuldens die Zahl der betroffenen AN heran<sup>118)</sup> und berücksichtigte auch wirtschaftliche Hindernisse, wie etwa eine Zahlungsstockung, an deren Behebung der AG arbeite.<sup>119)</sup> Freilich ist hier auch zu berücksichtigen, dass die Entgeltbe- und -abrechnung komplex und daher fehleranfällig sein kann.<sup>120)</sup>

---

14 – 0003 ARD 6448/12/2015: keine Geringfügigkeit bei relativ hoher Unterschreitung (75,3%) trotz absolut geringem Ausmaß (€ 81,27).

<sup>111)</sup> VwGH 23. 9. 2014, Ro 2014/11/0083 ARD 6438/11/2015 = RdW 2015/227, 249; 23. 10. 2014, Ro 2014/11/0071 ARD 6438/10/2015 (*Sabara*) = RdW 2015/226, 248 (*Lindmayr*); 10. 6. 2015, Ra 2015/11/0035.

<sup>112)</sup> VwGH 10. 6. 2015, 2013/11/0121 Arb 13.232 = ARD 6461/9/2015; *Edthaler/Traxler*, Unterentlohnung in 34 Fällen: Kein geringes Ausmaß, kein geringes Verschulden, PVInfo 2016 H 2, 25.

<sup>113)</sup> Nunmehr § 45 Abs 1 Z 4 VStG, der zwar von „gering“ statt „geringfügig“ spricht, was aber inhaltlich nichts ändert.

<sup>114)</sup> *Lewisch/Fister/Weilguni*, VStG (2013) § 45 VStG Rz 3.

<sup>115)</sup> VwGH 30. 6. 2015, Ra 2015/03/0034.

<sup>116)</sup> ErläutRV 319 BlgNR 25. GP 12.

<sup>117)</sup> Während *Gleißner*, ZAS 2015/4, 23, darin eine Verschärfung erblickt, verschaffe nach *Olt*, ARD 6431/7/2015, die leichte Fahrlässigkeit dem Absehen einen weiteren Anwendungsbereich; ähnlich auch *Gruber/Rendl/Wotruba*, Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz<sup>3</sup> (2017) 40.

<sup>118)</sup> VwGH 23. 10. 2014, Ro 2014/11/0071 ARD 6438/10/2015 (*Sabara*) = RdW 2015/226, 248 (*Lindmayr*); LVwG Niederösterreich 1. 12. 2014, LVwG-MI-14 – 0003 ARD 6448/12/2015.

<sup>119)</sup> VwGH 30. 6. 2016, Ra 2016/11/0007 ZAS 2017/32, 176 (*Gleißner*) = ARD 6510/6/2016 = RdW 2016/465, 627; *Edthaler/Traxler*, Unterentlohnung aufgrund wirtschaftlicher Schwierigkeiten, PVInfo 2016 H 10, 14; *Wiesinger*, ASoK 2017, 176.

<sup>120)</sup> ErläutRV 319 BlgNR 25. GP 13.

### C. Absehen von der Strafverhängung

Gem § 29 Abs 3 Satz 1 LSD-BG hat auch die Bezirksverwaltungsbehörde als zuständige Strafbehörde im Falle einer **geringen Unterschreitung** oder einer **leichten Fahrlässigkeit** des Delinquenten dem AG eine **Frist zur Nachzahlung des vorenthaltenen Mindestentgelts** festzusetzen. Die Voraussetzungen für das Absehen von der Strafverhängung nach § 29 Abs 3 Satz 1 LSD-BG sind inhaltlich völlig identisch mit jenen für das Absehen von der Anzeige gem § 13 Abs 6 LSD-BG. Deshalb kann auch die bisherige Rsp, die sich ausschließlich auf die Vorgängerbestimmung des § 29 Abs 3 Satz 1 LSD-BG bezieht, uneingeschränkt für die Voraussetzungen des Absehens von der Anzeige nach § 13 Abs 6 LSD-BG übernommen werden.

Zwar kennt § 45 Abs 1 Z 4 VStG ganz allgemein ein Absehen von der Einleitung oder Fortführung eines Verwaltungsstrafverfahrens, was freilich ein Absehen von einer Strafverhängung inkludiert, wenn die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsguts und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat und das Verschulden des Beschuldigten gering sind, doch wird dies von der spezielleren Bestimmung des § 29 Abs 3 Satz 1 LSD-BG verdrängt.<sup>121)</sup>

**Straffreiheit** durch Absehen von der Strafverhängung tritt auch dann ein, wenn der **AG bereits vor Fristsetzung durch die Bezirksverwaltungsbehörde das vorenthalte Mindestentgelt nachgezahlt** hat.<sup>122)</sup> Damit ist sichergestellt, dass auch dann keine Strafe verhängt werden darf, wenn der AG bereits vom Kompetenzzentrum LSDB, vom Krankenversicherungsträger oder von der BUAK nach § 13 Abs 6 LSD-BG zur Nachzahlung aufgefordert wurde, der AG dieser Aufforderung auch nachgekommen ist, jedoch entgegen § 13 Abs 6 LSD-BG trotzdem Anzeige erstattet wurde, die als Anzeige ja auch nicht mehr zurückgezogen werden kann, oder die Anzeige von einem Dritten, etwa vom betroffenen AN, stammt. Straffreiheit erlangt der Delinquent auch, wenn der AG zwar nach § 13 Abs 6 LSD-BG zur Nachzahlung aufgefordert wurde, er jedoch erst nach Ablauf der vom Kompetenzzentrum LSDB, vom Krankenversicherungsträger oder von der BUAK festgesetzten Frist das vorenthalte Mindestentgelt nachzahlt.

§ 29 Abs 3 LSD-BG nimmt auch keinen Bezug auf § 13 Abs 6 LSD-BG. Dies bedeutet, dass die Bezirksverwaltungsbehörde auch dann zur Fristsetzung verpflichtet ist, wenn vor Anzeigerstattung bereits Kompetenzzentrum LSDB, Krankenversicherungsträger oder BUAK dem AG eine Mitteilung mit Fristsetzung zugestellt haben. **Der AG erhält somit jedenfalls eine weitere Chance, durch Nachzahlung des Vorenthaltenen einer Strafe zu entgehen.** Diese Regelungen sollen den präventiven<sup>123)</sup> Charakter der Verwaltungsstrafbestimmung des § 29 Abs 1 LSD-BG unterstreichen; im Vordergrund steht die Sicherstellung des Anspruchs auf jenes Entgelt, das dem AN nach Gesetz, Verordnung oder KollV zumindest gebührt, und nicht die Pönalisierung des AG.<sup>124)</sup>

Ist die Unterschreitung gering oder übersteigt das Verschulden nicht leichte Fahrlässigkeit, hat der Delinquent einen **Rechtsanspruch** auf die behördliche Aufforderung des AG zur Nachzahlung. Wird daher ein Strafbescheid erlassen, ohne dass eine Aufforderung zur Nachzahlung erfolgte, ist das Verwaltungsstrafverfahren mit einem Mangel behaftet und eine Bestrafung rechtswidrig.<sup>125)</sup>

<sup>121)</sup> Ausdrücklich durch § 29 Abs 3 Satz 4 LSD-BG.

<sup>122)</sup> § 29 Abs 3 Satz 2 LSD-BG.

<sup>123)</sup> Weil hier die Wiedergutmachung angestrebter Zweck ist, wird nach *Firlei in Resch* 102 „Prävention“ hier fälschlich verwendet.

<sup>124)</sup> ErläutRV 1076 BlgNR 24. GP 7; *BMASK*, LSDB-Richtlinien 2015 Rz 51; *Felten/Pfeil*, DRdA 2017, 80.

<sup>125)</sup> VwGH 30. 6. 2016, Ra 2016/11/0007 ZAS 2017/32, 176 (*Gleißner*) = ARD 6510/6/2016 = RdW 2016/465, 627; 10. 6. 2015, 2013/11/0121 Arb 13.232 = ARD 6461/9/2015.



#### D. Strafmilderung und Verjährungsverkürzung

Für den Fall, dass weder eine tätige Reue noch das Absehen von der Strafverhängung (mehr) möglich sind, sieht § 29 Abs 3 Satz 5 LSD-BG schließlich vor, dass die **vollständige Nachzahlung der Differenz** zwischen dem tatsächlich geleisteten und dem dem AN nach Gesetz, Verordnung oder KollV gebührenden Entgelt bei der Strafbemessung strafmildernd zu berücksichtigen ist.

Bereits im allgemeinen Verwaltungsstrafrecht ist die Schadenswiedergutmachung bzw das ernstliche Bemühen des Täters, den verursachten Schaden wiedergutzumachen oder weitere nachteilige Folgen zu verhindern, als Milderungsgrund anerkannt.<sup>126)</sup> Für jene Fälle aber, in denen der AG bei geringer Unterschreitung oder bei leichter Fahrlässigkeit die zweimalige Aufforderung zur Nachzahlung ignoriert, besitzt § 29 Abs 3 Satz 5 LSD-BG eine erweiternde Funktion: Auch wenn die zweifache Fristversäumnis nicht darauf hindeutet, dass die Strafe nach § 19 VStG zu mildern ist, führt die verspätete Nachzahlung allein wegen § 29 Abs 3 Satz 5 LSD-BG zu einer Strafmilderung. Diese Bestimmung besitzt aber auch eine einschränkende Funktion, weil die bloß teilweise Nachzahlung vorenthaltener Mindestentgeltbestandteile nicht strafmildernd zu berücksichtigen ist.<sup>127)</sup>

Die Strafe ist auch dann zu mildern, wenn das Absehen von der Strafverhängung deshalb nicht möglich ist, weil die Unterschreitung nicht gering ist und das Verschulden leichte Fahrlässigkeit übersteigt.

Ein weiterer Vorteil für den Delinquenten im Falle einer zwar vollständigen, aber nicht rechtzeitigen Nachzahlung ist die **Verkürzung der Verfolgungs- und Strafbarkeitsverjährungsfristen**: Sofern nicht ohnehin die Fristen der Verfolgungsverjährung von drei Jahren und der Strafbarkeitsverjährung von fünf Jahren gem § 29 Abs 4 LSD-BG – beide gerechnet ab Fälligkeit des Mindestentgelts – früher ablaufen, verkürzen sich gem § 29 Abs 5 LSD-BG die Fristen der **Verfolgungsverjährung auf ein Jahr** und der **Strafbarkeitsverjährung auf drei Jahre** – beide gerechnet ab dem Zeitpunkt der Nachzahlung.

#### IV. Schlussbetrachtung

Der Straftatbestand der Unterentlohnung nach § 29 Abs 1 LSD-BG ist eine Antwort auf das Unterspülen des österr Lohnniveaus durch ausländische AG. Freilich muss der Straftatbestand diskriminierungsfrei gestaltet sein und auch österr AG gleich bedrohen wie ausländische AG mit Sitz innerhalb des EWR. Die Strafdrohungen sind beträchtlich, eine Unterentlohnung kann rasch geschehen, vor allem, wenn der AG zu knapp auf Kante näht und seinen AN nur das kollv Mindestentgelt bezahlen möchte. Doch die Angst, bei geringfügigen Lohnabrechnungsfehlern oder bei irrtümlichen, nicht böswillig gemeinten Unterentlohnungen überzogene Geldstrafen bezahlen zu müssen, ist unberechtigt: Solange keine behördliche Lohnkontrolle erfolgte, kann der AG auch bei umfangreichen und systematischen Unterentlohnungen durch Nachzahlung an den AN Straffreiheit selbst dann erlangen, wenn die Unterentlohnungen im Rahmen eines Gerichtsverfahrens festgestellt wurden. Und für den Fall, dass im Rahmen einer Lohnkontrolle oder einer Gemeinsamen Prüfung lohnabhängiger Abgaben geringe Unterentlohnungen oder leicht fahrlässig verursachte umfangreiche Unterentlohnungen aufgedeckt werden, wird der AG vor Verhängung einer Strafe gleich zweimal behördlich zur Nachzahlung aufgefordert. Kommt er dann dieser Aufforderung nach, ist alles gut.

<sup>126)</sup> § 19 Abs 2 VStG iVm § 34 Abs 1 Z 14 Halbsatz 2 und Z 15 StGB.

<sup>127)</sup> *Kronberger/Kraft*, PVP 2016/50, 190.