

ÖGWT-Club

Neuerungen beim Lohn- und Sozialdumping- bekämpfungsgesetz (LSDB-G)

Mag. Margit Müllner
13., 15. und 21.10.2015

www.oegwt.at

„Wir verbinden - Menschen und Wissen.“

Agenda

Allgemeines zur Unterentlohnungskontrolle

- Vom LSDB-G geschützte Entgelte
- Nicht geschützte Vergütungen
- Sonderfall Sonderzahlungen
- Anrechnungsmöglichkeit von Überzahlungen
- Praxistipps zur Vermeidung von Fehlern

Grenzüberschreitende Sachverhalte

- Begriffe Entsendung/Arbeitskräfteüberlassung
- Entsendebegriff ab 1.1.2015
- Verpflichtungen iZm mit Entsendungen und Überlassungen

Sanktionen

Untereinstellungskontrolle (1)



Überprüfung des Mindestentgeltes bis April 2011:

- Gemeinsame Prüfung lohnabhängiger Abgaben (GPLA) nach dem Anspruchslohnprinzip
- Gerichtliche Geltendmachung arbeitsrechtlicher Ansprüche durch den Arbeitnehmer

Danach (Vermeidung von Wettbewerbsverzerrung):

Bis 31.12.2014 strafbar:

- Unterschreitung des nach Gesetz, VO oder Kollektivvertrag zustehenden „**Grundlohns**“ (dieser schließt den Überstundengrundlohn mit ein).
- **Nicht** vom Grundlohn erfasst:
 - Zulagen
 - Zuschläge
 - Sonderzahlungen
 - Aufwandsersätze
 - Sachbezüge (ausgenommen KV-Regelung)

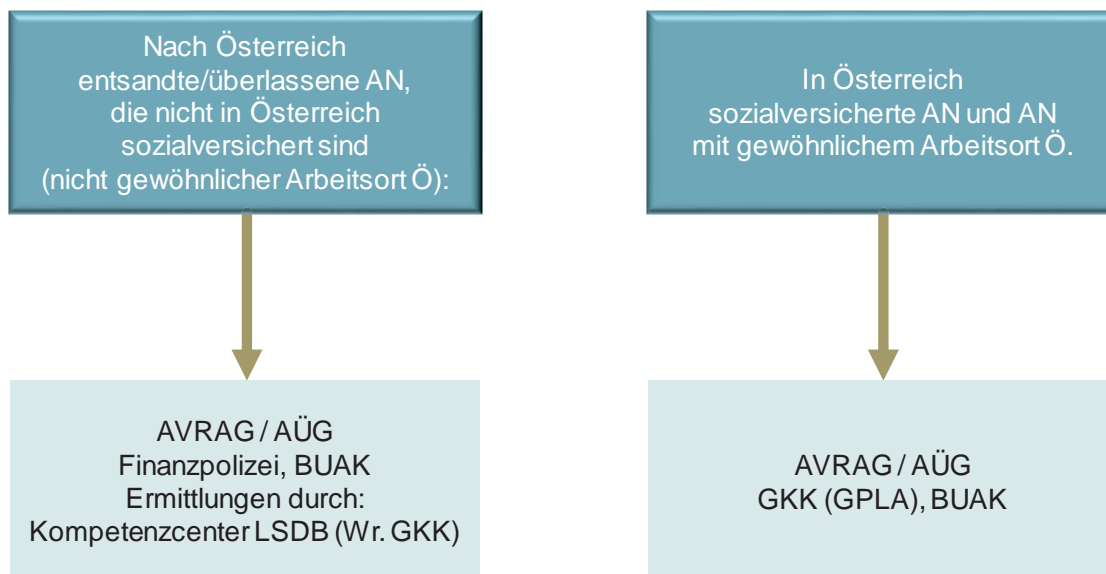
Ab 1.1.2015 strafbar:

- Das nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag zustehende **Entgelt**, ausgenommen die in § 49 Abs 3 ASVG genannten Entgeltbestandteile.
- Dazu zählen auch:
 - Zulagen
 - Zuschläge
 - Sonderzahlungen
- Nicht dazu zählen:
 - Entgelt gem § 49 Abs 3 ASVG
 - Sachbezüge (ausgenommen KV-Regelung)

Untereinstellungskontrolle (2)



Wer unterliegt der Lohnkontrolle:



Mindestentgeltkontrolle - vom LSDB-G geschützte Entgelte (1)



- **Mindestentgelte, die auf nachfolgend angeführten Rechtsgrundlagen gebühren, sind vom LSDB-G geschützt**
 - Gesetz
 - Verordnung (zB Mindestlohntarif)
 - Kollektivvertrag

- **Geschützt ist daher zB auch**
 - die richtige Statusbestimmung (Dienstnehmer ≠ Selbständiger; Arbeiter ≠ Angestellter);
 - die Anwendung des richtigen Kollektivvertrages;
 - die Einstufung in die richtige Lohn-, Beschäftigungs- oder Verwendungsgruppe;
 - die richtige und vollständige Berücksichtigung von Vordienstzeiten;
 - die korrekte Anwendung von flexiblen Arbeitszeitmodellen.

Mindestentgeltkontrolle - vom LSDB-G geschützte Entgelte (2)



- Mehrstunden- und Überstundengrundlohn
- Mehrstunden- und Überstundenzuschlag
- Zulagen, die auf Basis eines KV gebühren (zB Schichtzulagen, Kinderzulagen im KV für Banken und Bankiers)
- Zuschläge die auf Basis eines KV gebühren (zB Öffnungszeitenzuschläge nach dem KV für Handelsangestellte, Feiertagszuschläge etc)
- Wegzeitvergütung, die auf Basis eines KV gebührt
- Urlaubersatzleistung
- Jubiläumsgelder gemäß KV (werden nur nach dem HV beitragsfrei behandelt, jedoch nur Jubiläumsgeschenke von § 49 Abs 3 Z 10 ASVG erfasst [Hinweis Änderung ab 1.1.2016])
- Nichtleistungslöhne bzw Ausfallsentgelt (= Schnittezahlungen) im Falle von Urlauben, Feiertagen oder von Krankenständen (zum Teil werden in der juristischen Literatur andere Meinungen vertreten)
- Sonderzahlungen (Urlaubszuschuss, Weihnachtsremuneration)

Mindestentgeltkontrolle - vom LSDB-G nicht geschützte Vergütungen (1)



- **Entgelte, die ausschließlich auf Basis einer Betriebsvereinbarung oder eines Individualarbeitsvertrages (freiwillig) gebühren.** Dies sind zB:
 - Zielerreichungsboni
 - Gewinnbeteiligungen
 - Vergütungen aus Mitarbeiteraktienprogrammen
 - Provisionen, sofern damit nicht das kollektivvertragliche Mindestentgelt abgegolten wird
 - Anspruch auf Privatnutzung eines Firmen-PKW
 - Einzelvertragliche Überzahlungen des kollektivvertraglichen Mindestentgeltes
 - Ist-Lohnerhöhungen
- **Entgelte, die in § 49 Abs 3 ASVG geregelt werden.**
 - Die in § 49 Abs 3 ASVG angeführten Entgeltbestandteile sind nicht vom Tatbestand der Unterentlohnung erfasst, sofern diese tatsächlich sozialversicherungsfrei sind.

Mindestentgeltkontrolle - vom LSDB-G nicht geschützte Vergütungen (2)



- **Konkret bedeutet dies, dass zB nachfolgende Entgeltbestandteile nicht LSDB-G relevant sind:**
 - Vergütungen des Arbeitgebers an den Arbeitnehmer, durch welche die durch dienstliche Verrichtungen für den Arbeitgeber veranlassten Aufwendungen des Arbeitnehmers abgegolten werden (Auslagenersatz)
 - Hierzu gehören insbesondere Beträge, die den Arbeitnehmern als Fahrtkostenvergütungen einschließlich der Vergütungen für Wochenend- und Familienheimfahrten, Tages- und Nächtigungsgelder gezahlt werden, soweit sie nach § 26 Z 4 und § 3 Abs 1 Z 16 EStG des Einkommensteuergesetzes 1988, nicht der Lohnsteuerpflicht unterliegen (gegenwärtig Taggelder bis maximal 26,40 € und Nächtigungsgelder bis maximal 15,00 € pro Tag).
 - Vergütungen für den bei Arbeiten außerhalb des Betriebes oder mangels zumutbarer täglicher Rückkehrmöglichkeit an den ständigen Wohnort (Familienwohnsitz) verbundenen Mehraufwand wie zB Trennungsgelder
 - Schmutzzulagen, soweit sie nach § 68 Abs 1, 5 und 7 EStG nicht der Lohnsteuerpflicht unterliegen (somit Schmutzzulagen im maximalen Ausmaß von 360,00 € pro Monat).
 - Fehlgeldentschädigungen (Zählgelder, Mankogelder) der Arbeitnehmer, die im Kassen- oder Zählendienst beschäftigt sind, soweit sie 14,53 € im Kalendermonat nicht übersteigen.
 - Vergütungen, die aus Anlass der Beendigung des Dienstverhältnisses gewährt werden, wie zum Beispiel Abfertigungen, Abgangsentschädigungen, Übergangsgelder.
 - Mitarbeitervorsorgekassenbeiträge bzw Beiträge zu einer betrieblichen Pensionskasse

Kontrolle des Mindestentgelts - Sonderfall Sonderzahlungen – keine grenzüberschreitende Entsendung



- Aufgrund des ASRÄG 2014 fallen nunmehr auch zu geringe Zahlungen im Zusammenhang mit Sonderzahlungen (Urlaubszuschuss und Weihnachtsremuneration) unter den Tatbestand der Unterentlohnung.



Eine Unterentlohnung liegt bei AN, die dem ASVG unterliegen, aber nur dann vor, wenn der AG die Sonderzahlungen nicht oder nicht vollständig **bis zum 31. Dezember des jeweiligen Kalenderjahres leistet.**

- Bei Beendigung des Dienstverhältnisses hat die Zahlung jedenfalls zum Beendigungszeitpunkt zu erfolgen.
- In der Regel normieren KV davon abweichende Fälligkeiten für Sonderzahlungen (zB wenn die Fälligkeit des Urlaubszuschusses mit dem Urlaubsantritt des Arbeitnehmers im Kollektivvertrag festgelegt wird) Inwieweit diese kollektivvertraglichen Bestimmungen durch die Gesetzesnovelle derogiert sind, steht gegenwärtig nicht fest, da diesbezüglich noch keine Judikatur vorliegt.
- Es wird von KPMG aber aus Sicherheitsgründen jedenfalls angeraten, die Ansprüche auf Sonderzahlungen bis zum 31.12. eines jeden Kalenderjahres bzw einem früheren Beendigungszeitpunkt des Arbeitnehmers zu bezahlen.
- **Dies gilt auch für vom Ausland nach Österreich überlassene AN.**

Kontrolle des Mindestentgelts - Sonderfall Sonderzahlungen bei Entsendungen (nicht Überlassung)



Für nach Österreich entsandte AN gilt hinsichtlich der Fälligkeit von Sonderzahlungen eine abweichende Regelung (§ 7b Abs 1 letzter Satz):



Sieht der fiktiv anzuwendende Kollektivvertrag Sonderzahlungen vor, hat der entsandte Arbeitnehmer **für die jeweilige Lohnzahlungsperiode zusätzlich zum laufenden Entgelt** Anspruch auf Sonderzahlung.

- Dies bedeutet, dass Sonderzahlungen aliquot gemeinsam mit dem Grundgehalt abgerechnet werden müssen und für diese daher nicht die Steuerbegünstigung für sonstige Bezüge gem § 67 Abs 1 und 2 EStG zur Anwendung kommen kann. In diesem Fall steht die begünstigte Besteuerung der Sonderzahlungen (6 %) nicht zu.
- Nach den **LSDB-Richtlinien** (Pkt 7.3) gilt die Verpflichtung zur monatlichen SZ Zahlung **nicht im Falle der nachweislichen Überzahlung des AN gegenüber dem Lohnanspruch des im Entsendestaates geltenden Rechtes.** Inwieweit dem Erlass künftig von der Verwaltungspraxis Rechnung getragen wird, bleibt aber abzuwarten.

Anrechnungsmöglichkeit von Überzahlungen gegen Unterentlohnungen (1)



Anspruch aus		Erhaltenes Entgelt aufgrund
■ Gesetz, Verordnung		■ Dienstvertrag inklusive Überzahlung
■ KV		■ Betriebsvereinbarung
■ Satzung, Mindestlohntarif		■ Faktische Überzahlung
■ Ansprüche aus DV, BV	nicht zählen	■ Aufwandersätze, Sachbezüge (außer KV)
■ SV-freie Entgelte		

Anrechnungsmöglichkeit von Überzahlungen gegen Unterentlohnungen (2)



- § 7i Abs 5 AVRAG sieht unter bestimmten Umständen die Möglichkeit vor, Überzahlungen, die auf Basis eines Arbeitsvertrag oder einer Betriebsvereinbarung gewährt werden, gegen allfällige Unterentlohnungen gegenzurechnen.
- Dabei sind nach dem Gesetzeswortlaut jedoch zwei Kriterien zu beachten:
 - Es muss sich um eine Überzahlung der nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag gebührenden Entgeltbestandteile handeln.
 - Sowohl die Überzahlung des Entgeltes als auch die Unterentlohnung müssen sich auf dieselbe Lohnzahlungsperiode beziehen (somit in der Regel auf den Kalendermonat).
- Nicht gegengerechnet werden dürfen Aufwandersätze und Sachbezüge, außer der Kollektivvertrag sieht eine derartige Möglichkeit vor.

Anrechnungsmöglichkeit von Überzahlungen gegen Unterentlohnungen (3)



- Keine Festlegung in den LSDB-Richtlinien 2015 gab es zur von der Kammer der Wirtschaftstreuhandern aufgeworfenen Frage, ob auch Entgeltbestandteile, deren Rechtsgrundlage weder ein Gesetz, noch eine Verordnung oder ein Kollektivvertrag ist, zur Gegenverrechnung herangezogen werden können (zB auf Basis eines Dienstvertrages vereinbarte regelmäßige Prämien).
- Dass dies möglich sein soll, wird sowohl von Teilen der juristischen Lehrmeinung vertreten (zB Univ. Prof. Dr. Franz Schrank) und auch in der Verwaltungspraxis der Gebietskrankenkassen geübt (auch das BMASK vertritt diese Ansicht).
- So sollen nach Ansicht der GKK (ebenso WKO Dr. Gleissner und BMASK):
 - vertragliche Überzahlungen dem im Lohnzahlungszeitraum für die geleistete Arbeitszeit nach KV gebührenden Entgelt - ohne differenzierende Betrachtung der jeweiligen Entgeltbestandteile - gegenübergestellt werden.
 - Die Anrechnung von Überzahlungen aufgrund Arbeitsvertrag oder BV in anderen Lohnzahlungszeiträumen, als in jenen der Auszahlung, soll nur bei Pauschalvereinbarungen zulässig sein.

Anrechnungsmöglichkeit von Überzahlungen gegen Unterentlohnungen (4)



■ Unklare Situation:

Wortlaut Gesetz



Verwaltungspraxis

■ Mögliche Instrumente zur Verlängerung des zu betrachtenden Lohnzahlungszeitraumes:

- Pauschalvereinbarungen
- Akontozahlungen
- Gleitzeitvereinbarungen
- Flexible Arbeitszeitmodelle mit mehrmonatigem Durchrechnungszeitraum

Mindestkontrolle - Praxistipps zur Vermeidung von Fehlern - Einstufung



- Die KV sehen sowohl die Einstufung des AN in Lohngruppen (entsprechend der Ausbildung und Qualifikation) als auch die Einstufung in Verwendungs- oder Beschäftigungsgruppen (nach ausübender Tätigkeit und der hierzu erworbenen Berufserfahrung) vor. Der KV für Handelsangestellte aber zB verlangt in jeder Beschäftigungsgruppe, die Anrechnung sämtlicher Berufsjahre als Angestellter.
- Bei Festlegung des dem AN gebührenden (Mindest-)Entgelts hat sich daher der AG über
 - die Ausbildung des AN und seine Berufserfahrung anhand von Zeugnissen bzw Dienstzeugnissen Kenntnis zu verschaffen.
 - Sind sämtliche Angestellten-Dienstzeiten anzurechnen, empfehlen wir, einen Versicherungsdatenauszug anzufordern.
- Das rechtliche Risiko der Fehleinstufung trägt der AG!
- Bei Unklarheiten hinsichtlich der Einstufung empfehlen wir, diesbezüglich Rat einzuholen (vorzugsweise vom zuständigen Fachverband der Wirtschaftskammer oder der GKK), da im Falle dessen, dass die zuständige Behörde die Rechtsmeinung der WK nicht teilt, dem betroffenen AG nur leicht fahrlässiges Verhalten vorgeworfen werden kann und der AG bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen (Nachzahlung des gebührenden Entgeltes) straffrei bleiben kann.
- Im Entgeltschema des KV vorgesehene Zeitvorrückungen innerhalb einer Verwendungs- bzw Beschäftigungsgruppe sind einzuhalten.

Mindestkontrolle - Praxistipps zur Vermeidung von Fehlern - richtiger KV (1)



- Der anzuwendende KV richtet sich bei gewerblichen Tätigkeiten danach, welchem Arbeitgeberverband der Wirtschaftskammer (Fachgruppe) der Arbeitgeber als Mitglied angehört, wobei diese Mitgliedschaft ex-lege durch die Erteilung einer Gewerbeberechtigung erworben wird. **Bei Zweifelsfragen zur Zugehörigkeit der Fachgruppe hat die Wirtschaftskammer diese festzulegen.** Mitunter gibt es Bereiche, für die kein KV abgeschlossen wurde.
- **Im Falle mehrfacher KV-Zugehörigkeit kommen die Kollisionsregeln des ArbVG zur Anwendung:**
 - Mehrere abgrenzbare Betriebe oder organisatorisch abgegrenzte Betriebsabteilungen?
 - Es gilt jener KV, der dem Betrieb oder der Betriebsabteilung fachlich oder örtlich entspricht.
 - ➔ Dies gilt auch, wenn es in einem Unternehmen Betriebe bzw organisatorisch abgrenzbare Betriebsbereiche mit und ohne anwendbaren KV gibt.
 - Was gilt in Mischbetrieben bzw. Mischabteilungen (fachlich-organisatorische Abgrenzung nicht möglich)?
 - ➔ Jener KV, der dem Wirtschaftszweig entspricht, der für den Betrieb die maßgebliche Bedeutung hat, dem betreffenden Betrieb also das Gepräge gibt.

Mindestkontrolle - Praxistipps zur Vermeidung von Fehlern - richtiger KV (2)



- Der Vorrang des Wirtschaftsbereichs mit der maßgeblichen wirtschaftlichen Bedeutung gilt nur dann, wenn für die Tätigkeiten innerhalb des Mischbetriebes zumindest zwei konkret anwendbare KV vorliegen.
- Wird hingegen in einem **Mischbetrieb eine kollektivvertragsunterworfenen und eine kollektivvertragsfreie Tätigkeit** ausgeübt,
 - ➔ unterliegt der Mischbetrieb dem KV, auch wenn dies zu dem Ergebnis führt, dass alle Dienstverhältnisse dem KV des eigentlich untergeordneten Bereiches unterliegen.
- Auf das Dienstverhältnis des AN kann immer nur ein KV anwendbar sein (= Tarifeinheit).
- Wird der AN in mehreren Betrieben oder organisatorisch abgegrenzten Betriebsabteilungen des AG tätig, dann findet auf ihn jener KV Anwendung, der seiner überwiegend ausgeübten Beschäftigung entspricht.

Mindestkontrolle - Praxistipps zur Vermeidung von Fehlern - Sonderzahlung/Kinderzulage



- Ein Bankunternehmen bezahlt im September 2014 die kollektivvertraglich zustehende Kinderzulage sowie die anteilige Sonderzahlung nicht.
- Es liegt keine Unterentlohnung vor, da weder Zulagen noch Sonderzahlungen im Jahr 2014 zum gesetzlich geschützten Grundlohn gehörten.
- Würde hingegen im September 2015 die kollektivvertraglich zustehende Kinderzulage nicht ausbezahlt, so kann dies möglicherweise den Tatbestand der Unterentlohnung erfüllen, da ab 1.1.2015 auch nach dem KV gebührende Zulagen von der Lohnkontrolle umfasst sind.
- Auch die Nichtzahlung von kollektivvertraglichen Sonderzahlungen erfüllt im Jahr 2015 den Tatbestand der Unterentlohnung. Allerdings ist diese nur dann verwirklicht, wenn nicht bis spätestens 31.12. des jeweiligen Kalenderjahres die kollektivvertraglichen Sonderzahlungen bezahlt werden. Aus diesem Grund liegt im September 2015 noch keine Unterentlohnung hinsichtlich der Sonderzahlungen vor.

Mindestentgeltkontrolle- Praxistipps zur Vermeidung von Fehlern - Grundlagen - Überstundenentgelt



- Ein Arbeitgeber übersieht fünf angeordnete Überstunden zu entlohnen.
- Der anwendbare Kollektivvertrag sieht für die angeordneten Überstunden einen 100%igen Überstundenzuschlag vor.
- Hätte sich der Sachverhalt 2014 ereignet, wäre eine Unterentlohnung hinsichtlich des Überstundengrundlohnes für die fünf Überstunden vorgelegen, da die Unterschreitung des Überstundengrundlohnes verwaltungsstrafrechtlich sanktioniert war.
Die Nichtzahlung des Überstundenzuschlages war hingegen verwaltungsstrafrechtlich nicht zu verfolgen, da im Jahr 2014 diese Art der Nichtzahlung nicht mit einer Verwaltungsstrafe bedroht war.
- **Im Jahr 2015 sind sowohl die Nichtzahlung des Überstundengrundlohnes als auch des Überstundenzuschlages verwaltungsstrafrechtlich sanktioniert.**

Mindestentgeltkontrolle Praxistipps zur Vermeidung von Fehlern - Grundlagen - Überstundenarbeit



Überstundenarbeit

- Bei Überschreiten der täglichen oder wöchentlichen Normalarbeitszeitgrenzen oder bei Überschreiten der ausnahmsweise in flexibler Arbeitszeitverteilung vorgesehenen täglichen oder wöchentlichen Arbeitszeitgrenzen
- **Überstundenarbeit bei Gleitarbeitszeitvereinbarung**
 - Überstunden, die sich aus nicht übertragbaren Zeitguthaben am Ende der Gleitzeitperiode ergeben
 - Überstunden, die sich aufgrund des Überschreitens der in den einzelnen Wochen der Gleitzeitperiode festgelegten täglichen oder wöchentlichen Normalarbeitszeitgrenze ergeben
 - Arbeitsleistungen, die außerhalb des vereinbarten Gleitzeitrahmens erbracht werden
 - Überstunden, die sich aus den Eingriffen in das freie Zeiteinteilungsrecht des Arbeitnehmers ergeben

§ 10 Abs 1 AZG

- Für Überstunden gebührt:
 1. ein Überstundenzuschlag iHv (zumindest) 50 % oder
 2. eine Abgeltung durch Zeitausgleich. Der Überstundenzuschlag ist bei der Bemessung des Zeitausgleichs zu berücksichtigen oder gesondert auszuzahlen.

Mindestentgeltkontrolle

Praxistipps zur Vermeidung von Fehlern - Grundlagen - Überstundenvergütung/Pauschalentgelte



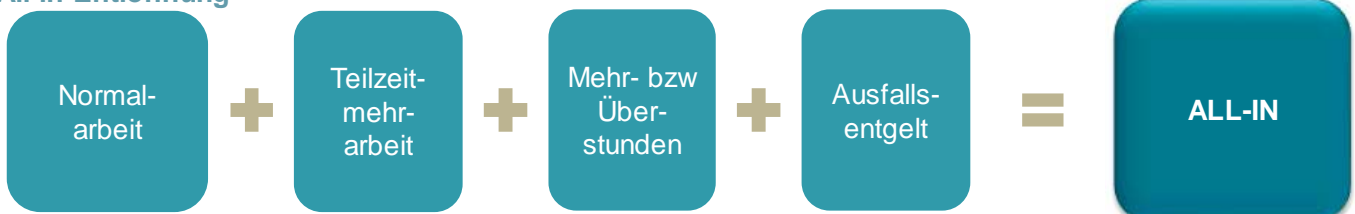
Überstundenpauschale

- Gesamtentgelt, das eine bestimmte Anzahl von Mehr- oder Überstunden beinhaltet oder
- ein neben dem Grundentgelt ausgewiesener Betrag für Abgeltung von Mehrleistungen.
 - Nicht weniger als die durchschnittliche Berechnung der tatsächlich erbrachten Überstunden zuzüglich Zuschläge ergeben würde.
 - Deckungsprüfung: Ist kein Beobachtungszeitraum vereinbart, so gilt das Kalenderjahr (OGH 9 Ob A 206/87).

All-In-Vereinbarung

- Monatliche, über dem KV-Mindestentgelt liegende Entlohnung mit der (sämtliche) Mehr- und Überstundenleistung abgedeckt ist.
- Muss geleistete Überstunden auch tatsächlich abdecken.
- Deckungsprüfung: Ist kein Beobachtungszeitraum vereinbart, so gilt das Kalenderjahr (OGH 9 Ob A 206/87, 9 ObA 161/01v).

All-in Entlohnung



Neuerungen beim Lohn- und Sozialdumpingbekämpfungsgesetz (LSDB-G)

20

Mindestentgeltkontrolle

Praxistipps zur Vermeidung von Fehlern - Grundlagen – Fälligkeit und Pauschalierung



1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12
Entgelt											
Arbeitsleistung											

Neuerungen beim Lohn- und Sozialdumpingbekämpfungsgesetz (LSDB-G)

21

Mindestentgeltkontrolle

Praxistipps zur Vermeidung von Fehlern - Grundlagen - Ausfallstundenentgelt



Ein nach Wochen, Monaten oder längeren Zeiträumen bemessenes Entgelt darf für die Dauer des Urlaubs, der Feiertagsruhe, des Krankenstandes oder der Ersatzruhe nicht geschmälert werden.



Ausfallsentgelt

- Krankenstand in Form von Krankentgelt (§ 8 Abs 1 und 2 AngG, § 3 EFZG)
- Urlaub in Form von Urlaubsentgelt (§ 6 UrlG)
- Feiertagen in Form von Feiertagsentgelt (§ 9 ARG)
- Sonstigen Dienstverhinderungen (zB Pflegefreistellung gem § 16 UrlG, Dienstverhinderungen gem §§ 8 Abs 3 AngG, 1154b Abs 5 ABGB oder dem anwendbaren KV).

Zum Urlaubsentgelt sowie zum Krankentgelt für Arbeiter definieren Generalkollektivverträge zusätzlich den Entgeltbegriff. Die Kollektivverträge können eigenständige von den Generalkollektivverträgen abweichende Regelungen treffen und enthalten vielfach auch betreffend sonstiger Dienstverhinderungen Regelungen.

- Enthält der anwendbare KV für die Ermittlung des Ausfallsentgelts eigenständige Regelungen und verweist er nicht lediglich auf die Generalkollektivverträge, ist diese Berechnungsart zwingend heranzuziehen
- Die dienstvertragliche Vereinbarung ist die Bemessung des Ausfallstundenentgelts nicht zugänglich (OGH 8 Ob A 256/98z).
- Überstunden, die durch Zeitausgleich abgegolten werden und so das Entgelt nicht erhöhen, sind in der Durchschnittsbetrachtung der Entgeltberechnung nicht zu berücksichtigen (OGH 13.4.1994, 8 Ob S 3/94).

Neuerungen beim Lohn- und Sozialdumpingbekämpfungsgesetz (LSDB-G)

22

Unterentlohnungsfallen im Arbeitskräfteüberlassungskollektivvertrag



Referenzzuschläge: § 9 des Arbeitskräfteüberlassungskollektivvertrages

- Die Referenzzuschläge/erhöhten Referenzzuschläge sollen dazu beitragen, dass der Unterschied zwischen den Mindestlöhnen und den tatsächlich ausbezahlten Ist-Löhnen geringer wird. Auf den KV Mindestlohn des Beschäftigetriebes werden Referenzzuschläge von bis zu 19,8 % draufgeschlagen.
- **Referenzzuschläge**
 - Die Fachverbände der chemischen Industrie, der Papierindustrie, der Glasindustrie, der Stein- und keramischen Industrie, der Bauindustrie und die Bundesinnung der Baugewerbe hinsichtlich des Kollektivvertrages Bauindustrie und Baugewerbe sowie der Verband Druck und Medientechnik sehen Referenzzuschläge vor.
- **Erhöhte Referenzzuschläge**
 - Die Metall-, Elektro- und Erdölindustrie sowie die Elektrizitätswirtschaft sehen erhöhte Referenzzuschläge vor.

Neuerungen beim Lohn- und Sozialdumpingbekämpfungsgesetz (LSDB-G)

23

Grenzüberschreitende Sachverhalte

Begriffe Entsendung/Arbeitskräfteüberlassung

➔ Entsendung

- Werden Arbeitnehmer von Arbeitgebern, die ihren Sitz im Ausland haben, im Rahmen ihres Dienstverhältnisses vorübergehend zur Erbringung einer Arbeitsleistung in Österreich eingesetzt, so spricht man allgemein von einer Entsendung.
- Für den Entsendebegriff iSd AVRAG ergeben sich daraus folgende Merkmale:
 - das grenzüberschreitende Tätigwerden von Arbeitnehmern,
 - der gewöhnliche Arbeitsort liegt außerhalb Österreichs (Rückkehrwille) und
 - die Erbringung von Arbeitsleistungen in Österreich im Namen und auf Rechnung des ausländischen Arbeitgebers (und auch mit dessen/deren Betriebsmitteln).

➔ Arbeitskräfteüberlassung

- Wird der Arbeitnehmer hingegen von seinem ausländischen Arbeitgeber an einen im Inland gelegenen Dritten (Beschäftiger) als Arbeitskraft zur Verfügung gestellt, so liegt eine Arbeitskräfteüberlassung vor.

Entsende RL 96/71 EG/AVRAG/AÜG

Der grenzüberschreitende Dienstleistungsverkehr erfordert Rahmenbedingungen, die einerseits einen fairen Wettbewerb garantieren und andererseits die Rechte der Arbeitnehmer schützen.

Schutz arbeitsrechtlicher Mindeststandards des Aufnahmemitgliedsstaates („harte“ Kern der Beschäftigungsbedingungen), vor allem:

- der Mindestlohn (inklusive Entsendungszulagen - worunter nach der neuen EuGH-Judikatur auch pauschale Aufwandsersätze fallen)
- die Arbeitszeit
- der bezahlte Urlaub
- die Arbeitnehmerschutzbestimmungen und
- besondere Bedingungen für die Arbeitskräfteüberlassung (zB Regelungen über die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall).

Entsendebegriff § 7a, 7b AVRAG ab 1.1.2015 (1)

- **Seit 1.1.2015 erfasst der Entsendebegriff des AVRAG grundsätzlich auch nur kurzfristige Dienstleistungen in Österreich, es bedarf somit nicht mehr der fortgesetzten Dienstleistungserbringung in Österreich.**
- **Alle Entsendungen nach Österreich;** daher werden grundsätzlich auch Fälle, in denen ein Arbeitnehmer eines Arbeitgebers mit Sitz im Ausland in Österreich ohne Vorliegen eines grenzüberschreitenden Dienstleistungsvertrages tätig wird, vom AVRAG erfasst (im Gegensatz dazu sieht Art 1 Abs 3 lit a Entsende-RL vor, dass das grenzüberschreitende Tätigwerden auf einem grenzüberschreitenden Dienstleistungsvertrag beruhen muss).

Keine Entsendung liegt nach dem Ausnahmekatalog gem § 7a, 7b AVRAG bei **bestimmten kurzfristigen Inlandstätigkeiten vor:**

- **Teilnahme an geschäftlichen Besprechungen ohne Erbringung von weiteren Dienstleistungen**
- **Teilnahme an Seminaren ohne Erbringung von weiteren Dienstleistungen**
- **Arbeiten auf Messen und messeähnliche Veranstaltungen iSd § 17 Abs 3 bis 6 ARG** (nicht erfasst sind Vor- und Abschlussarbeiten für die Veranstaltung der Messe).
- **Besuch von und Teilnahme an Kongressen**
- **Kulturelle Veranstaltungen, die im Rahmen einer grenzüberschreitenden Tournee stattfinden**, bei welcher den Veranstaltungen in Österreich lediglich eine untergeordnete Bedeutung zukommen, soweit der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung zumindest für einen Großteil der Tournee zu erbringen hat.
- **Teilnahme und Abwicklung von internationalen Wettkampfveranstaltungen**



Keine Meldeverpflichtung, keine Einhaltung von Mindestentgeltvorschriften, Urlaubsbestimmungen, KV-Arbeitszeitbestimmungen, keine Bereithaltung von Lohnunterlagen und A1/E101 (aber Einschränkung Folie „Entsendung von AG mit Sitz in EU/EWR oder Schweiz im Rahmen eines Dienstleistungsvertrages“).

Entsendebegriff § 7b AVRAG Kurzfristige Dienstleistungsentsendung aus EU/EWR oder der Schweiz

- Wird der **von einem AG aus der EU/EWR oder der Schweiz nach Österreich entsandte AN** mit den vorgenannten kurzfristigen Arbeiten **im Rahmen eines mit einem inländischen Dienstleistungsempfänger geschlossenen Dienstleistungsvertrages** beschäftigt, liegt eine **meldepflichtige Entsendung (ZKO 3)** vor, allerdings kommen die
 - **lohn- und**
 - **urlaubsrechtlichen Vorschriften**
 - **nicht zur Anwendung (Teilausnahme nach § 7b Abs 1b AVRAG).**
- Mangels Anspruchs auf das nach Gesetz, VO oder KV festgelegte Entgelt ist eine **Lohnkontrolle obsolet.**
- Die in § 7d AVRAG angeführten Lohnunterlagen sind daher in den Fällen einer Teilausnahme nach den § 7b Abs 1b AVRAG nicht bereitzuhalten (siehe dazu die Einschränkung in § 7d AVRAG).

Entsendebegriff § 7a, 7b AVRAG ab 1.1.2015

Ausnahme - „geschäftliche Besprechung“



■ Teilnahme an geschäftlichen Besprechungen ohne Erbringung von weiteren Dienstleistungen

RZ 8 LSDB-RI:

Von dieser Ausnahmebestimmung erfasst sind **vorgelagerte und unterstützende Tätigkeiten für eigentliche Arbeiten** (Anmerkung: nicht aber die eigentlichen Arbeiten selbst), wie etwa Verhandlungen. Aber auch konzerninterne Entsendungen zwecks Teilnahme an Besprechungen, an einem Projekttreffen, an einem Mitarbeitertreffen der „Region“ können darunter fallen. Die Teilnahme an der geschäftlichen (kurzfristigen) Besprechung ist die Arbeitsleistung/Dienstleistung, werden darüber hinaus weitergehende Dienstleistungen erbracht, ist der Ausnahmetatbestand nicht gegeben.

Entsendung - Montageprivileg



■ Das **Montageprivileg** wurde ab **1.1.2015** auf **bestimmte Arbeiten**, die mit einer Anlagenlieferung verbunden sind, **eingeschränkt**:

- der Lieferung von Anlagen an einen Betrieb (nicht mehr: Maschinenlieferungen!)
- Montagearbeiten
- der Inbetriebnahme und damit verbundenen Schulungen oder
- mit Reparaturen dieser gelieferten Anlagen

sofern diese Arbeiten NICHT VON INLÄNDISCHEN AN erbracht werden können.

■ Für diese AN

- gelten die kollektivvertraglichen Mindestentgelte nicht, wenn diese Arbeiten in Österreich insgesamt nicht länger als drei Monate dauern,
- gelten die österreichischen Vorschriften über den Erholungsurlaub nicht, wenn diese Arbeiten in Österreich insgesamt nicht länger als acht Kalendertage dauern,
- die Meldeverpflichtung ist einzuhalten.

Entsendung von einem Dienstgeber mit Sitz in einem EU/EWR-Staat oder der Schweiz - Verpflichtungen



Bei einer Entsendung durch obige AG sind folgende Verpflichtungen wahrzunehmen:

- Einhaltung der nach Gesetz, VO, KV festgelegten Mindestentgelte, österreichische Urlaubsbestimmungen, kollektivvertragliche Arbeitszeitbestimmungen.
- **Entsendemeldung „ZKO 3“** - spätestens eine Woche vor, in besonders dringlichen Fällen (Katastrophenfälle, unaufschiebbare Arbeiten, kurzfristige Aufträge) unverzüglich vor Arbeitsaufnahme.
- **Bescheinigung A1** - wenn der entsendete AN ausländischem SV-Recht unterliegt. Liegt diese trotz Antrags noch nicht vor, so genügt auch die Bereithaltung des Antrags samt anderer Nachweise, die die ausländische SV belegen.
- **Bereithaltung der Lohnunterlagen** in deutscher Sprache (Arbeitsvertrag bzw Dienstzettel, Lohnzettel, Lohnzahlungsnachweise oder Banküberweisungsbelege, Lohnaufzeichnungen, Arbeitszeitaufzeichnungen und Unterlagen, die eine Überprüfung der Lohneinstufung ermöglichen).
- Letztlich sind auch die **gewerberechtlichen Ausübungsvorschriften** Österreichs zu beachten.

Entsendung von einem Dienstgeber mit Sitz außerhalb von EU/EWR- oder der Schweiz = Drittstaat Verpflichtungen



Bei einer Entsendung durch obige AG sind folgende Verpflichtungen wahrzunehmen:

- Einhaltung der nach Gesetz, VO, KV festgelegten Mindestentgelte, österreichische Urlaubsbestimmungen, kollektivvertragliche Arbeitszeitbestimmungen.
- Keine Meldeverpflichtung (kein ZKO 3, kein A1)
- Einholung der entsprechenden Bewilligungen nach dem AusIBG und dem Fremdenrecht (zB Visum) und Verpflichtung zur Bereithaltung der Dokumente am inländischen Arbeitsort.
- Bereithaltung der Lohnunterlagen in deutscher Sprache (Arbeitsvertrag bzw Dienstzettel, Lohnzettel, Lohnzahlungsnachweise oder Banküberweisungsbelege, Lohnaufzeichnungen, Arbeitszeitaufzeichnungen und Unterlagen, die eine Überprüfung der Lohneinstufung ermöglichen).
- Einhaltung der gewerberechtlichen Ausübungsvorschriften Österreichs

Zusammenfassende Darstellung der Verpflichtungen iZm einer Entsendung



	Mindestlohnvorschriften Ö	Urlaubsgesetz Ö	KV-Arbeitszeit	Bereithaltung von Lohnunterlagen und A1	Meldeverpflichtungen		Mindestlohnvorschriften Ö	
					Arbeitgeber mit Sitz in EU/EWR	Arbeitgeber ohne Sitz in EU/EWR	Arbeitgeber mit Sitz in EU/EWR	Arbeitgeber ohne Sitz in EU/EWR
„Normale“ Entsendung	ja	ja	ja	ja	ZKO 3	keine	mit ZKO 3 abgedeckt	Entsende- oder Beschäftigungsbewilligung
Betriebsanlagenlieferung bzw -montage					ZKO 3	keine	mit ZKO 3 abgedeckt	Entsende- oder Beschäftigungsbewilligung
< 8 Tage	nein	nein	nein	ja				
< 3 Monate		ja	ja					
Jegliche Bauarbeiten	ja	ja	ja	ja	ZKO 3	Meldung an BUAG	mit ZKO 3 abgedeckt	Beschäftigungsbewilligung
Kurzfristige Arbeiten von geringem Umfang (§7a, 7b AVRAG) iZm Besprechungen und diversen Veranstaltungen	nein	nein	nein	nein	keine	keine	keine	keine
Kurzfristige Arbeiten von geringem Umfang (§7b AVRAG) auf Basis eines Dienstleistungsvertrages (Einschränkung nur bei Arbeitgeber mit Sitz in EU/EWR)	nein	nein	ja	nein	ZKO 3	-	keine	-

Entsendung - Erläuterung der arbeitsrechtlichen Ansprüche



Der entsandte AN hat Anspruch auf

- zumindest das in Österreich vergleichbaren AN gebührende Entgelt, welches (zB) im jeweiligen Branchenkollektivvertrag festgelegt wird,
- aliquoten Erholungsurlaub gemäß dem österreichischen Urlaubsgesetz für die Dauer der Entsendung außer die Regelungen des Herkunftslandes sind insgesamt günstiger (in Österreich beträgt der Mindesturlaub 5 Wochen),
- die Einhaltung des kollektivvertraglich festgesetzten Arbeitszeitausmaßes (KV sehen häufig eine kürzere wöchentliche Normalarbeitszeit, als das gesetzliche Arbeitszeitausmaß von 40 Wochenstunden vor),
- die Ausstellung und Bereithaltung eines Dienstzettels bzw eines Dienstvertrages oder Entsendevertrages.

Eine Arbeitskräfteüberlassung liegt vor

- wenn die **vertraglich geschuldete Arbeitsleistung** nicht dem/der Arbeitgeber (= Überlasser/in), sondern **einem Dritten** (= Beschäftiger) **gegenüber erbracht wird**.
- der Beschäftiger die Arbeitnehmer des Überlassers zur Arbeitsleistung für **betriebseigene** Aufgaben einsetzt.
- der überlassene Arbeitnehmer für die Dauer der Überlassung in den Betrieb des Beschäftigers bzw in die betrieblichen Arbeitsabläufe gleich wie die Stammbeslegschaft **eingegliedert** ist und dessen/deren **Fachaufsicht unterliegt**.
- er die **Weisungen** des Beschäftigers zu befolgen hat.
- **kein** von den Produkten/Dienstleistung/Zwischenergebnissen des inländischen Beschäftigers **abweichendes/unterscheidbares und dem Überlasser zurechenbares** Werk hergestellt wird bzw an dessen Herstellung mitgewirkt wird.
- die Arbeit **nicht überwiegend mit Werkzeug und Material des ausländischen Arbeitgebers** ausgeführt wird.

Überlassungen aus Drittstaaten

- Liegt eine Arbeitskräfteüberlassung aus einem Drittstaat vor, ist diese an eine behördliche Bewilligung gebunden.
- Diese Bewilligung erteilt die zuständige Gewerbebehörde über Antrag des Beschäftigers, wenn bestimmte Kriterien erfüllt sind (zB bestimmte Arbeitskräfte sind nur im Wege der grenzüberschreitenden Überlassung verfügbar).
- Die Einholung der gewerbebehördlichen Bewilligung ist von der ausländerrechtlichen Bewilligung ausdrücklich zu unterscheiden. **Die Verpflichtungen nach dem AÜG und dem AusIBG bestehen nebeneinander.**
- Ist ein Überlasser oder ein Beschäftiger an einer unzulässigen nicht bewilligten grenzüberschreitenden Überlassung beteiligt, drohen Verwaltungsstrafen von 1.000,00 bis 5.000,00 € (im Wiederholungsfall von 2.000,00 bis 10.000,00 €).

Überlassungen aus EU- und EWR-Staaten sowie der Schweiz Verpflichtungen



Bei einer Überlassung von Arbeitskräften durch obige AG (oder ausländische Beschäftiger = Weiterüberlassung) sind folgende Verpflichtungen wahrzunehmen:

- Einhaltung der arbeitsrechtlichen Ansprüche nach dem AÜG.
- „**Überlassungsmeldung** „ZKO 4“ - spätestens eine Woche vor, in besonders dringlichen Fällen (Katastrophenfälle, unaufschiebbare Arbeiten, kurzfristige Aufträge) unverzüglich vor Arbeitsaufnahme.
- **Bescheinigung A1** - wenn der überlassene AN ausländischem SV-Recht unterliegt. Liegt diese trotz Antrags noch nicht vor, so genügt auch die Bereithaltung des Antrags samt anderer Nachweise, die die ausländische SV belegen.
- **Bereithaltung der Lohnunterlagen** in deutscher Sprache (Arbeitsvertrag bzw Dienstzettel, Lohnzettel, Lohnzahlungsnachweise oder Banküberweisungsbelege, Lohnaufzeichnungen, Arbeitszeitaufzeichnungen) und Unterlagen, die eine Überprüfung der Lohneinstufung ermöglichen **durch den Beschäftiger!** Der Überlasser hat dem inländischen Beschäftiger die erforderlichen Unterlagen nachweislich zur Verfügung zu stellen.
- Einhaltung der **gewerberechtlichen Ausübungsvorschriften** Österreichs.

Überlassungen - arbeitsrechtliche Ansprüche



- Die überlassene Arbeitskraft hat Anspruch auf
 - den in Österreich geltenden Mindesturlaub, sofern die Regelungen des Herkunftslandes nicht günstiger sind
 - Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall
 - Einhaltung der für vergleichbare österreichische Arbeitnehmer geltende Kündigungszeiten
 - Einhaltung der für vergleichbare österreichische Arbeitnehmer geltende Kündigungsentschädigungen
 - das Mindestentgelt gemäß Beschäftigerkollektivvertrag
- Ist das Entgelt der einschlägigen Überlassungskollektivverträge bei gewerblichen Überlassungen günstiger als jenes des Beschäftigerkollektivvertrages, ist Ersteres zu gewähren.
- Als Überlassungskollektivverträge gelten in Österreich für Angestellte der Kollektivvertrag für die Angestellten des Handwerks und Gewerbes und für die Arbeiter der Arbeitskräfteüberlassungskollektivvertrag.

Übersicht Arbeitskräfteüberlassung nach Österreich



	Arbeitskräfteüberlassung nach Österreich							
	Arbeitgeber aus dem Ausland (mit oder ohne Sitz in der EU/EWR)				Arbeitgeber mit Sitz in EU/EWR	Arbeitgeber ohne Sitz in EU/EWR	Arbeitgeber mit Sitz in EU/EWR	Arbeitgeber ohne Sitz in EU/EWR
	Mindestlohn- vorschriften Ö	Urlaubs- gesetz Ö	KV-Arbeitszeit	Bereithaltung von Lohnunter- lagen und A1	Meldeverpflichtungen		Bewilligung nach dem österr. AuslBG	
Arbeitskräfte- überlassung (auch konzernintern)	ja	ja	ja	ja	ZKO 4 durch Überlasser	keine Meldung, Bewilligung gem § 16 AUG erforderlich (der Antrag ist bei der zuständigen Gewerbebehörde einzubringen)	keine erforder- lich (es muss die ordnungsgemäße Bewilligung beim ausländischen Arbeitgeber vor- liegen) - von ZKO 4 abgedeckt	Beschäftigungs- bewilligung gem § 4 AÜG iVm § 16 AUG auf Antrag des Beschäftigers
Hinweis Bautätigkeit:					mit ZKO 4 abgedeckt	Meldung gem § 22 BUAG im Falle einer Bautätigkeit		

- Der Beschäftiger hat den überlassenen Arbeitnehmer nachweislich über die Umstände der Beschäftigung zu informieren (Überlassungsmittelung) und diese aufzubewahren.
- Der Beschäftiger hat den ausländischen Arbeitgeber vor der Überlassung über nötige Qualifikation und Einstufung in den österreichischen KV oder MLT und über die Arbeitszeit- sowie Urlaubsbedingungen zu informieren.
- Der Beschäftiger von aus dem EWR überlassenen Arbeitskräften hat Aufzeichnungen gemäß § 13 AÜG zu führen und aufzubewahren und die Verpflichtungen zur Übermittlung der statistischen Aufzeichnungen gemäß § 13 Abs 4 AÜG wahrzunehmen.

Entsendung und Überlassung - Meldung ZKO 3 und ZKO 4 - Erläuterungen (1)



- Die Entsendemeldung ZKO 3 und die Überlassungsmeldung ZKO 4 sind elektronisch einzubringen (Beispiel Formular in Unterlage). Link zum BMF: https://service.bmf.gv.at/service/anwend/formulare/show_mast.asp?Typ=SM& CIFRM_STICHW_ALL=ZKO+3&searchsubmit=Suche
- Darin verlangt werden unter anderem Angaben zur
 - Gewerbebefugnis/Unternehmensgegenstand und UID-Nummer des ausländischen AG,
 - Höhe des dem AN gebührenden Entgelts und Beginn des DV bei dem AG, Art der Tätigkeit und Verwendung des AN,
 - Sofern es sich um einen Drittstaat-AN handelt auch Angaben betreffend die ordnungsgemäße Beschäftigung und dem Aufenthalt im Sitzstaat des AG (ausstellende Behörde, GZ und Ausstellungsdatum, Geltungsdauer oder Kopie der Genehmigung),
 - Zeitraum der Entsendung und voraussichtliche Dauer der Beschäftigung.
- Bei Teilausnahmen (Ausnahmekatalog mit Dienstleistungsvertrag, Montageprivileg) ist im Pflichtfeld „Entgelt“ der Betrag 0,01 einzugeben und unter „Sonstiges“ der Grund der Ausnahme.

Entsendung und Überlassung - Meldung ZKO 3 und ZKO 4 - Erläuterungen (2)



- Entsendungen/Überlassungen **an jeweils einen Kunden** (inländischen Leistungsempfänger), mit dem ein laufender Vertrag besteht und der sich über mehrere nicht zusammenhängende Aufenthalte in Österreich erstreckt, können erleichternd laut LSDB-RL (RZ 11, Pkt. 5.2) mit einer

Rahmen(Quartals)meldung gemeldet werden.

- Diese Entsendemeldung gilt **für jeweils einen Kunden** und deckt den Zeitraum von **drei Monaten** ab.
- Anzugeben sind dabei
 - die eingesetzten AN und
 - alle potentiell möglichen Einsatzorte.
- Nach Ablauf von drei Monaten ist neuerlich eine Entsendemeldung (für die nächsten 3 Monate) zu erstatten.

Entsendung und Überlassung - Einhaltung von Bereithaltspflichten - Erläuterungen (1)



- Die genannten Unterlagen (Kopie ZKO 3 / ZKO 4, A1, Lohnunterlagen) sind

– am **Arbeits(Einsatz)ort im Inland bereitzuhalten** - bei an einem Tag wechselnden Arbeitsorten am ersten Arbeits(Einsatz)ort

oder

– den Ermittlungsorganen **vor Ort in elektronischer Form zugänglich** zu machen.

- Ist das im Falle der Entsendung (nicht Überlassung) nicht zumutbar, dann sind die Unterlagen jedenfalls im Inland bereitzuhalten. Es sind diese der Behörde bis einschließlich des der Aufforderung zweitfolgenden Werktags an die Behörde abzusenden.

Entsendung und Überlassung - Einhaltung von Bereithaltungspflichten - Erläuterungen (2)



- Nach den LSDB-RL ist ausnahmsweise auch dann die „Nicht-Zumutbarkeit“ der Bereithaltung der Unterlagen am Arbeits(Einsatz) gegeben, wenn sich die Unterlagen bei
 - einer eingetragenen Zweigniederlassung im Inland (aber nicht nur gelegentlichen Ausübung der Tätigkeit des ausländischen AG) oder
 - bei einer selbständigen Tochtergesellschaft oder dem Headquarter eines Konzerns iSd § 15 AktG oder § 115 GmbHG oder
 - einer steuerrechtlichen Vertretung im Inland, sofern der/die ausländische AN aufgrund der Dauer seiner Tätigkeit in Österreich steuerpflichtig istbefinden und von dort angefordert werden können.

Entsendung und Überlassung - Einhaltung von Bereithaltungspflichten - Erläuterungen (3)



Wen trifft die Verpflichtung zur Bereithaltung der Lohnunterlagen?

Entsendung

- ➔ den ausländischen Arbeitgeber
(Entfall Arbeitnehmer als Beauftragter)

Überlassung

- ➔ den inländischen Beschäftigten

- Im Falle der Schulung von AN aus dem Ausland in österreichischen Unternehmen ist insbesondere bei länger andauernden Schulungen zu überprüfen, ob eine

Entsendung oder Arbeitskräfteüberlassung

vorliegt.

- Im Falle einer Entsendung, die rein im Interesse des ausländischen AG erfolgt und die keine oder kaum Auswirkungen auf inländische AN oder auf inländische AG hat und somit kein Wettbewerb entsteht, können in einer Einzelfallprüfung (zusätzlich zum Ausnahmekatalog) aus dem Entsendetatbestand fallen.

Sanktionen / Verjährung / Strafbefreiung

- Geldstrafen
- Untersagung der Dienstleistung
- Vorläufige Sicherheit bzw Zahlungsstopp
- Evidenz über Verwaltungsstrafverfahren nach dem Bundesvergabegesetz (BVergG)

Strafbares Verhalten

- ➔ Sachverhalte, die sich vor dem 1.1.2015 ereignet haben **und das Tatende** (bzw letzter Teilakt) **vor dem 1.1.2015** liegt
 - **Grundlohnprüfung**
 - **alte** Verjährungsbestimmungen nach § 31 VStG:
 - 1-jährige Verfolgungs- und 3-jährige Strafbarkeitsverjährung beginnt mit Beendigung des Arbeitsverhältnisses bzw Beendigung Delikt (nicht Fälligkeit) zu laufen.
- ➔ Sachverhalte, die sich **nach dem 1.1.2015 ereignet** haben und das **Tatende** (bzw letzter Teilakt) **nach dem 1.1.2015** liegt
 - **Mindestentgeltkontrolle**, gesamte Tat ist nach neuem Recht zu beurteilen
 - Verjährungsregelungen **neu** für Unterentlohnung (bei Dauerdelikten läuft Frist ab Fälligkeit des letzten Entgelts):
 - 3-jährige Verfolgungs- und 5-jährige Strafbarkeitsverjährung (beginnt mit Eintritt der Fälligkeit des ausstehenden Entgelts zu laufen)
 - Bei Dauerdelikten (zB Unterentlohnung über mehrere Lohnzahlungszeiträume) beginnt die Frist ab der Fälligkeit des letzten Entgelts zu laufen.
- ➔ **Dauerdelikte über den Jahreswechsel =**
Sachverhalte, die **vor dem 1.1.2015 begonnen** haben und das **Tatende** (bzw letzter Teilakt) **nach dem 1.1.2015** liegt

Dauerdelikte über den Jahreswechsel

- Sachverhalte, bei denen die Unterentlohnung **vor 1.1.2015 begonnen** hat und das **Tatende** (bzw letzter Teilakt) **nach 1.1.2015** liegt
 - Lohndumping = Dauerdelikt → Tatende (bzw der letzte Teilakt) maßgeblich
 - Für die Feststellung eines Dauerdelikts über den Jahreswechsel ist zu prüfen, ob 2014 auch nach neuer Rechtslage 2015 eine Unterschreitung des Mindestentgeltes (unter Anrechnung von Überzahlungen) vorlag und 2015 fortgesetzt wurde!
Beide Prüfungen → Unterschreitung → strafbare Handlung für gesamten Zeitraum!
 - Grundlohnprüfung bis 2014 → keine Unterschreitung → bleibt straffrei!

Rückwirkung/Günstigkeitsvergleich Dauerdelikt über Jahreswechsel

- Strafe richtet sich nach dem zur **Tatzeit** geltenden Recht (Tatzeitrecht), es sei denn das zur **Zeit der Entscheidung der Behörde (des Gerichts) geltende Recht** wäre für den Täter günstiger! (Günstigkeitsvergleich).
- Bei **Dauerdelikten** über den Jahreswechsel ist eine Strafverschärfung durch zwischenzeitig erhöhte Strafen zulässig.
- **Günstigkeitsvergleich erfasst nach der Rechtsprechung des VwGH das „ob“ „wie“ und „wie hoch“**
 - **Strafe** (die angedrohte Sanktion)
 - **Tätige Reue**
 - **10 %-Grenze**
- **Nicht erfasst** sind geänderte verfahrensrechtliche Vorschriften wie
 - Verjährungsfristen, Rechtsmittelfristen oder Strafzumessungsregeln

Was ist strafbar? Verjährung

Grundsätzliche Strafbarkeit

Was ist grundsätzlich strafbar?

- Unterentlohnung (Mindestlohn nach KV, Gesetz, Verordnung, gilt auch für verjährte/verfallene Ansprüche)
- Verletzung der Meldepflichten
- Nichtbereithaltung d. Lohnunterlagen
- Zutrittsverweigerungen

- **Verfolgungsverjährung** beginnt ab dem Ende des strafbaren Verhaltens und wird durch die erste Verfolgungshandlung (Erhebung der jeweils zuständigen Kontrollstelle) unterbrochen.
 - Grundsätzlich 1 Jahr (zB für die Nichtbereithaltung von Lohnunterlagen bzw sonstige Verstöße gegen AVRAG, AÜG), im Falle der Unterentlohnung beginnt die Verjährung aber jedenfalls mit Beendigung des Dienstverhältnisses zu laufen.
 - Ab 1.1.2015 gilt für Unterentlohnung nunmehr eine Frist von 3 Jahren ab Fälligkeit des Entgelts (bei durchgehender Unterentlohnung ab Fälligkeit des Entgelts für den letzten Lohnzahlungszeitraum).
- Die **Strafbarkeitsverjährung** tritt nach alter Rechtslage bis 31.12.2014 nach 3 Jahren ein, ab 1.1.2015 wurde diese für das Delikt der Unterentlohnung auf 5 Jahre (Hinweis: ab Fälligkeit des Entgelts) angehoben.
- Bei Nachzahlung des Entgelts verkürzt sich die Verfolgungsverjährung auf 1 Jahr bzw die Strafbarkeitsverjährung auf 3 Jahre.
- Auf alle Sachverhalte anzuwenden, die sich nach dem 1.1.2015 ereignet haben (auf davor ereignete Sachverhalte gelten die bis zum 31.12.2014 geltenden Bestimmungen, auch bei Dauerdelikten über den Jahreswechsel).

Strafaufhebung Nachsicht Absehen von der Verfolgung

Zeitpunkt der Nachzahlung der Entgelt Differenz	Verfahrensrechtliche Folgen
Vor Erhebung der zuständigen Kontrollbehörde	Tätige Reue- Strafaufhebungsgrund
Nachzahlung über Aufforderung der Kontrollbehörde (wenn Entgelt Differenz <10% oder leichte Fahrlässigkeit)	Absehen von der Anzeige
Nachzahlung vor Einlangen der Zahlungsaufforderung (wenn Entgelt Differenz <10% oder leichte Fahrlässigkeit)	Absehen von der Anzeige
Nachzahlung nach erfolgter Anzeige	Verkürzung der Verjährungs- fristen auf 1 Jahr
Nachzahlung über Aufforderung der Bezirksverwaltungsbehörde (wenn Entgelt Differenz <10% oder leichte Fahrlässigkeit)	Absehen von der Einleitung des Strafverfahrens
Nachzahlen vor Einlangen der Zahlungsaufforderung der Bezirksverwaltungsbehörde (wenn Entgelt Differenz <10% oder leichte Fahrlässigkeit)	Absehen von der Einleitung des Strafverfahrens
Nachzahlung in sonstigen Fällen	Nachzahlung ist ein gesetzlich anerkannter Strafmilderungs- grund

Tätige Reue

- Die **Strafbarkeit** nach § 71 Abs 5 AVRAG ist **nicht gegeben**, wenn der AG **vor einer Erhebung** der jeweils **zuständigen Kontrollstelle** die Differenz zwischen dem tatsächlich geleisteten und dem AN nach Gesetz, Verordnung/Kollektivvertrag zustehenden Mindestentgelt - somit vollständige Schadensgutmachung - leistet.
- Setzt voraus, dass das **gesamte**, dem AN zustehende arbeitsrechtliche **Mindestentgelt** (nicht nur die von der Lohnkontrolle nach § 71 Abs 5 AVRAG umfassten Entgeltbestandteile) vor einer Erhebung nachgezahlt wird.
- Nachzuzahlen sind somit auch etwaige noch offene in § 49 Abs 3 ASVG angeführte Entgeltbestandteile (sofern keine echte Aufwandsentschädigung), auch verjährte und verfallene Ansprüche.

- **Leichte Fahrlässigkeit (iSd § 5 VStG)** - Fehler, die gelegentlich auch einem sorgfältigen Menschen unterlaufen
 - Unterentlohnung gering (10 %) und Differenz wurde nachgezahlt
 - Rechtsauffassung der AG wird durch Stellungnahme der Sozialpartner gestützt (§7e Abs 4 AVRAG) (nicht RA oder STB)
 - Betrachtung lohnperiodenübergreifender Zeitraum → keine Unterentlohnung
- **Grobe Fahrlässigkeit** - ungewöhnliche oder auffallende Sorglosigkeit (einfache und grundlegende Überlegungen nicht angestellt).
- **Schuld**
 - Verstoß muss vorwerfbar sein (Unrechtsbewusstsein)

- Handelt es sich beim Fehler um eine **Auslegungsfrage mit gut vertretbaren unterschiedlichen Ergebnissen**, liegt kein Verschulden vor (ist also trotz allgemein höherem Organisationsverschulden von Strafe insoweit abzusehen)
- **Spätere Differenznachzahlungen** sind bei der Strafbemessung **nur mehr strafmildernd** (§ 7i Abs 6 letzter Satz).
- Solche Zahlungen haben **auf die Verschuldensfrage keinen Einfluss**.

Verantwortlicher Beauftragter

Verantwortung - Haftung

- Die Strafverantwortlichkeit für Lohndumping liegt grundsätzlich bei den gesetzlich Vertretungsbefugten = der **Geschäftsführung - persönliche Haftung**.
- Die Verantwortlichkeit der GF ist eine *Organisationsverantwortung*, dh die organisatorisch - personellen Voraussetzungen für die effektive Einhaltung der Regelungen sind zu schaffen und die Einhaltung auch in der Praxis zu garantieren.



- **Aufgabe der GF** ist es den **Personalverrechnungsbereich so auszustatten**, dass diese die Entgelte auch real jeweils richtig (in heiklen Fällen auch durch Zuziehung externer Expertise) und rechtzeitig berechnen und anweisen können, und
- zumutbare **Vorkehrungen bzw Vorsorgen für die erforderlichen Kontrollen zu präzisieren/schaffen und die Einhaltung selbst bzw durch geeignete Personen sicherzustellen.**
- Mögliche Risikominimierung des **Verschuldens** durch Einholung von Expertisen.
- **Aufgabe der Fachexperten** (Lohnverrechner) ist die **fachliche Umsetzung** der Berechnungen und Checks



Bestellung verantwortlich Beauftragter (§9 VStG iVm §7j AVRAG):

- Erst rechtswirksam ab Einlangen der Meldung über die Bestellung samt Zustimmungsnachweis
 - bei der ZKO durch AG oder Überlasser mit Sitz im Ausland, oder
 - für Inlandsfälle bei der zuständigen GKK.
- Verantwortlich Beauftragte müssen auch die für die richtigen Zahlungen **erforderlichen Befugnisse** haben!
- Wichtiger und effizienter ist **von der Unternehmensspitze organisiertes Vorbeuge- und Kontrollsystem**, welches nach menschlichem Ermessen unter den vorhersehbaren Verhältnissen mit gutem Grund schuldhafte Unterschreitungen der KV-Mindestentgelte nicht erwarten lässt!

- **Anforderungen:**
 - Angestellter mit ausreichenden Befugnissen
 - Abgegrenzter Organisationsbereich
 - Keine Überlappungen
 - Schriftliche Bestellung für solchen Bereich und Umschreibung der AVRAG-Verantwortlichkeiten
 - Übermittlung samt Zustimmungsnachweis an GKK bzw ZKO

- **Für eine wirksame Bestellung sind Befugnisse nötig:**
 - Organisatorische, finanzielle und wohl auch personelle Befugnisse, um ausreichend bezahlen zu können und Unterzahlungen wirksam zu verhindern

- Wenn ein verantwortlich Beauftragter die nötigen Befugnisse nicht hat, ist er/sie nicht strafbar und fällt die Strafbarkeit direkt und in vollem Umfang auf **GF zurück!**
- Hat er die nötigen Befugnisse, haftet GF nicht mehr für organisatorische oder sonstige Fahrlässigkeit, auch nicht für grobe Fahrlässigkeit, **außer**
 - **GF greift** in entsprechende Vorgänge/Vorschläge der Lohnverrechnung **ein**.
 - Problematisch: idR sind Fragen zur Entlohnung/Einstufung eher von tiefgreifender Bedeutung und daher meist Aufgabe der Geschäftsführung, hier sind auch meist Befugnisse der Personalverantwortlichen begrenzt.

Untersagung der Dienstleistung Zahlungsstopp

Untersagung der Dienstleistung

Betrifft nur ausländische Auftragnehmer/Überlasser:

- Wiederholte rechtskräftige Bestrafung wegen Behinderung/Vereitelung Lohnkontrolle, Nichtübermittlung Lohnunterlagen, oder
- wegen der Nichtbereithaltung von Lohnunterlagen wiederholt oder für mehr als 3 AN rechtskräftig bestraft wurde
- Untersagung der Dienstleistung für **1 bis 5 Jahre**



Betrifft nur ausländische Auftragnehmer/Überlasser:

- Begründeter Verdacht auf Meldeverstoß oder Lohndumpingbehinderungen oder Lohndumping und Erschwerung der Strafverfolgung
- Finanzpolizei oder BUAK können **vorläufige Sicherheit** bis zum Höchstausmaß der angedrohten Strafe festsetzen
- dem Auftraggeber oder Beschäftiger schriftlich auftragen, den noch zu leistenden Werklohn nicht zu zahlen, also einen **Zahlungsstopp verfügen**, wenn vorläufige Sicherheit nach § 71 nicht festgesetzt oder nicht eingehoben werden konnte.



- Bezirksverwaltungsbehörde kann dem Auftraggeber (Kunden) oder Beschäftiger bei Überlassungen durch Bescheid auftragen, **den noch zu leistenden Werklohn oder Teile davon als Sicherheit binnen** angemessener Zeit zu erlegen, in welchem Fall der verhängte **Zahlungsstopp wegfällt**.
- Die Überweisung wirkt gegenüber Auftragnehmer oder Überlasser schuldbefreiend.

Verwaltungs(straf)evidenz

Verwaltungs(straf)evidenz

- Das Kompetenzzentrum hat eine **Evidenz** über rechtskräftige Bescheide in einem Verwaltungsstrafverfahren zu führen.
- Bezirksverwaltungsbehörde und Verwaltungsgerichte müssen Ausfertigungen rechtskräftiger Bescheide/Erkenntnisse unverzüglich an das Kompetenzzentrum **übermitteln**.
- Kompetenzzentrum hat Straf- und Kontrollbehörden binnen 2 Wochen **Auskunft** über rechtskräftige Strafen geben.
- Auskunftserteilung **an öffentliche Auftraggeber** über rechtskräftige Strafen
- Anspruch auf Auskunftserteilung gem § 26 DSG bezüglich erfasster und verarbeiteter eigener Daten



- **Noch nicht beschlossen**
- **Verpflichtung der Auftraggeber** zur Einholung **einer Auskunft** iSd § 7n AVRAG (maximal 6 Monate alt) aus der Verwaltungsstrafevidenz
- In der **Ausschreibung** ist auf die Einhaltung der Bestimmungen der einschlägigen KV, des AschG, des AZG des ARG, des AVRAG und des GIBG hinzuweisen
- Rechtskräftige Entscheidung nach § 7k AVRAG (Untersagung der Dienstleistung) → **Ausschluss** vom Vergabeverfahren
- Rechtskräftige Bestrafung nach § 7i Abs 4 oder 5 AVRAG
 - bei mehr als zwei rechtskräftigen Bestrafungen wegen Unterentlohnung oder Nichtbereithaltung der Lohnunterlagen, oder
 - zwei rechtskräftige Bestrafungen in den letzten 12 Monaten → **Ausschluss** vom Vergabeverfahren möglich



„Es ist keine Kunst bei diesem Gesetz Fehler zu machen.“

(Zitat Univ. Prof. Dr. Franz Schrank)

Fragen?

Unterlagendownload auf unserer Homepage unter
www.oegwt.at → Veranstaltungen → Oberösterreich