

Lohn- und Sozialdumping

Dr. Heinz Rothe

HR Unternehmensberatung -
Wirtschaftsmediation

RA Dr. Christoph Scala

Bartl & Partner Rechtsanwälte KG

Graz, 28.4.2015

NOVELLE 2015

- Novellierung des Entsendebegriffs* in den §§ 7a und 7b AVRAG
- Ausweitung der Lohnkontrolle auf das Entgelt (§ 7i Abs 5 AVRAG)
- Anhebung der (Verfolgungs-)Verjährungsfrist von Lohndumping auf drei Jahre (§ 7i Abs 7 AVRAG)
- Ausschluss der Strafbarkeit bei Nachzahlung des Entgelts vor Lohnkontrolle (§ 7i Abs 5a AVRAG)
- Ausweitung der Strafnachsicht nach Lohnkontrolle (§ 7i Abs 6 AVRAG)
- Ausdehnung der Möglichkeit, die Dienstleistung zu untersagen sowie Begrenzung der Maximaldauer auf fünf Jahre (§ 7k AVRAG)
- Festlegung und Einhebung einer vorläufigen Sicherheitsleistung oder Anordnung eines Zahlungstopps durch die Behörde (§ 7l AVRAG)*
- Änderungen bei der Entsendemeldung (§ 7b AVRAG)*

* Die Entsendung aus dem Ausland wird in der Präsentation nicht näher erläutert.

Was ist Lohndumping?

- Ab 1.1.2015 nicht nur Grundlohnunterschreitung
- jedes kollektivvertraglich bzw. gesetzlich zustehende Entgelt

Was gilt als Entgelt im Sinne der Lohndumpingbestimmungen?

- kollektivvertragliches Mindestentgelt oder
- gesetzliches Mindestentgelt (z.B. bei Überlassung in den öffentlichen Dienst, Vertragsbediensteten-Gesetze)
- laufender Mindestlohn, laufendes Gehalt
- Überstundendivisoren
- SEG- und sonstige Zulagen
- Sonderzahlungen
 - Prüfung des Lohndumpings erst am Ende des Kalenderjahres
- kollektivvertragliche Sachbezüge (Molkereien)

Was gilt als Entgelt im Sinne der Lohndumpingbestimmungen?

- Zuschläge: Überstunden, Mehrarbeit
- zu geringe Üst-Pauschale, All-In-Vereinbarung
- Entgeltfortzahlungen (Krankenstand, Urlaub etc.)???
 - Literatur beantwortet diese Frage nicht einheitlich (Argument: Beschäftigung)
 - wenn ja, Durchschnittsberechnungen beachten
- BUAK-Zuschläge (weil auch SZ-Anteile)

Was ist auf das Mindest-Entgelt anrechenbar?

- freiwillige Überzahlungen sind im jeweiligen Lohnzahlungszeitraum anrechenbar
- Aufwandsersätze und Sachbezüge auf kollektivvertragliches Entgelt nicht anrechenbar

Kein Entgelt, kein Lohndumping

- Aufwandsentschädigungen (Tagesgelder, Fahrtkosten etc.)
- Istlohnklauseln (Istloohnerhöhungen oder Aufrechterhaltung der Überzahlung etc.)
- beitragsfreie Entgelte nach § 49 Abs. 3 ASVG
 - sv-freie Bezüge (z.B steuerfreie Schmutzzulagen, Krankengeldzuschüsse, Jubiläumsgelder, Abfertigung „alt“)
- Abgeltung der Überstunden durch Zeitausgleich
 - Vorsicht: bei Umwandlung der Zeitschuld in Geld

AÜ-spezifische Entgeltfragen Arbeiter

- Einstufung in Lohngruppen: A bis F
 - Abgrenzung A/B? Facharbeiter?
- Überlassungsentgelt
 - Kollektivvertrag des Beschäftigers, wenn höher
 - Referenzlöhne und Referenz-Zulage
 - innerbetriebliches „Lohnschema“ beim Beschäftiger
- Monatslohn- Stundenlohn?

AÜ-spezifische Entgeltfragen Arbeiter

- Sonderzahlungen
 - Beschäftiger-KV gilt nicht (Ausnahmen)
 - durchschnittliches Entgelt der letzten 6 Monate
 - unrichtige Aliquotierung oder unrichtige Rückverrechnung
 - Aliquotierung: je Woche $1/52$
- Verdienstbegriff: 13-Wochen-Durchschnitt
- Zulagen und Zuschläge richten sich nach Beschäftiger-KV

AÜ-spezifische Entgeltfragen Arbeiter

- Einsatz entgegen der Vereinbarung mit dem Beschäftiger!!!
- Leistungslohn beim Beschäftiger
 - Wahlrecht binnen 4 Wochen ab Kenntnis
- Entfall des Referenzlohnes bei Taggeldanspruch
 - Formulierung der Einsatzmitteilung wichtig

AÜ-spezifische Entgeltfragen Angestellte

- richtige Einstufung in Verwendungsgruppe
 - Vordienstzeitenanrechnung
 - Nachfrageverpflichtung des Arbeitgebers, klarstellende Formulierungen im Dienstvertrag
- Einsatz-Gehalt
 - andere Einstufungskriterien?
 - andere Vordienstzeitenanrechnung?
 - z.B. Handel
- Stehzeiten: nur Grundgehalt nach GewerbeAng-KV

Informationspflicht des Beschäftigten nach § 12a AÜG

- Information über wesentliche Umstände für die Überlassung vor Beginn der Überlassung
 - benötigte Qualifikation
 - damit verbundene kollektivvertragliche Einstufung
 - wesentliche Arbeitsbedingungen über Arbeitszeit, Urlaub und Entgelt
- Änderungen? Information auch darüber in den AGBs sicherstellen
- Checkliste für Nachfragen im Anhang des AÜ-KV!

UNTERSCHREITUNG DES ENTGELTS

§ 7i Abs 5 AVRAG: „Wer als Arbeitgeber/in einen/e Arbeitnehmer/in beschäftigt oder beschäftigt hat, ohne ihm/ihr zumindest das nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag zustehende Entgelt unter Beachtung der jeweiligen Einstufungskriterien, ausgenommen die in § 49 Abs. 3 ASVG angeführten Entgeltbestandteile, zu leisten, begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde mit einer Geldstrafe zu bestrafen. Bei Unterentlohnungen, die durchgehend mehrere Lohnzahlungszeiträume umfassen, liegt eine einzige Verwaltungsübertretung vor. Auf Betriebsvereinbarung oder Arbeitsvertrag beruhende Überzahlungen bei den nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag gebührenden Entgeltbestandteilen sind auf allfällige Unterentlohnungen im jeweiligen Lohnzahlungszeitraum anzurechnen. Hinsichtlich von Sonderzahlungen für dem ASVG unterliegende Arbeitnehmer/innen liegt eine Verwaltungsübertretung nach dem ersten Satz nur dann vor, wenn der/die Arbeitgeber/in die Sonderzahlungen nicht oder nicht vollständig bis spätestens 31. Dezember des jeweiligen Kalenderjahres leistet. Sind von der Unterentlohnung höchstens drei Arbeitnehmer/innen betroffen, beträgt die Geldstrafe für jede/n Arbeitnehmer/in 1 000 Euro bis 10 000 Euro, im Wiederholungsfall 2 000 Euro bis 20 000 Euro, sind mehr als drei Arbeitnehmer/innen betroffen, für jede/n Arbeitnehmer/in 2 000 Euro bis 20 000 Euro, im Wiederholungsfall 4 000 Euro bis 50 000 Euro.“

UNTERSCHREITUNG DES ENTGELTS

- Neuer Straftatbestand: Unterschreitung des Entgelts (§ 7i Abs 5 AVRAG)
→ gilt für alle Sachverhalte nach 31.12.2014
 - Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag
 - Auch Verweisungen auf Kollektivvertrag (zB § 10 Abs 1 Satz 3 AÜG, § 2 Abs 13 GewO)
 - Einstufungskriterien sowie damit zusammenhängende Zulagen beachten
 - Nicht: Entgelt nach Arbeitsvertrag oder Betriebsvereinbarung (zB Ist-Lohn)
 - Grundsätzlich arbeitsrechtlicher Entgeltbegriff maßgeblich, nicht mehr der Grundlohn
 - Sach- und Geldleistungen (zB Grundlohn, Sonderzahlungen, Zulagen und Zuschläge)
 - Aufwandsersatz und Sachbezüge dürfen, soweit der Kollektivvertrag nichts anderes bestimmt, bei Bestimmung des kollektivvertraglichen Entgelts nicht angerechnet werden (§ 7e Abs 4 AVRAG)
 - Ausnahmenkatalog des § 49 Abs 3 ASVG kommt zur Anwendung
 - Aufwandsentschädigungen (zB Reisekosten), SV-freie Schmutzzulagen (nicht hingegen: Erschwernis- und Gefahrenzulagen), Jubiläumsgeschenke, freie oder verbilligte Mahlzeiten und Getränke, Betriebskindergärten, Vergütungen aus Anlass der Beendigung (Abfertigung alt; nicht hingegen Kündigungs- und Urlaubsentschädigungen), Beiträge zur betrieblichen Altersvorsorge nach § 2 BPG, Beiträge zur Mitarbeitervorsorge nach BMSVG
 - Strittig: Entgelt für Nichtleistungszeiten
 - Ansprüche auf Entgeltfortzahlung (zB Dienstverhinderung, Urlaubs- und Feiertagsentgelt)

UNTERSCHREITUNG DES ENTGELTS

- Tathandlung: „beschäftigt oder beschäftigt hat“ ... „ohne [...] zu leisten“
 - Arbeitgeber bezahlt ein zu geringes Entgelt nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag
 - Bruttobeträge maßgeblich
 - Arbeitnehmer muss Entgelt tatsächlich erhalten (≠ Anspruchslohnprinzip)
 - Entgelt muss fällig sein
 - Laufendes Entgelt idR am Monatsende fällig
 - Sonderzahlungen sind bis spätestens 31. Dezember des jeweiligen Kalenderjahres zu leisten → jahresbezogener Prüfzeitraum unabhängig von Fälligkeit (gilt nur für inländische Arbeitgeber)
 - Bei Pauschalvereinbarungen (zB Überstundenpauschale) ist auf das Ende des Beobachtungszeitraums (idR 1 Jahr) abzustellen → Deckungsprüfung
 - Bei Unterentlohnungen, die durchgehend mehrere Lohnzahlungszeiträume umfassen, liegt eine einzige Verwaltungsübertretung vor → Dauerdelikt
 - Bsp.: Im Monat Februar fallen eine Gefahrenzulage, im März eine Erschwerniszulage und im April ein paar Nachtzuschläge an → durchgehende Unterentlohnung → einheitliches Delikt
 - Überzahlungen gem Arbeitsvertrag oder Betriebsvereinbarung sind auf allfällige Unterentlohnungen im jeweiligen Lohnzahlungszeitraum anzurechnen

STRAFEN

- Anzeige und Strafantrag an zuständige Bezirksverwaltungsbehörde
 - KV-Träger für ASVG unterliegende Arbeitnehmer zuständig
 - Kompetenzzentrum LSDBG für nicht dem ASVG unterliegende Arbeitnehmer zuständig
 - Können bei strittigen kollektivvertraglichen Entgeltfragen eine Stellungnahme bei den Sozialpartnern einholen
 - Informationspflichten gegenüber betroffenen Arbeitnehmern
- Verwaltungsstrafverfahren
 - KV-Träger (bzw Kompetenzzentrum LSDBG) haben Parteistellung gem § 7i Abs 8 AVRAG
- Bezirksverwaltungsbehörde verhängt Strafe mittels Bescheid; 4 Strafsätze
 - Jeweils pro Arbeitnehmer 1.000 Euro bis 10.000 Euro, im Wiederholungsfall 2.000 Euro bis 20.000 Euro
 - Qualifiziert bei mehr als drei Arbeitnehmern: für jeden Arbeitnehmer 2.000 Euro bis 20.000 Euro, im Wiederholungsfall 4.000 Euro bis 50.000 Euro
 - Kumulationsprinzip (je Arbeitnehmer)
 - Mehrfache Tatbegehung kann aber nicht als Erschwerungsgrund gewertet werden
 - Keine Kumulation, wenn sich die Art der Unterentlohnung ändert oder die laufende Tatbegehung über mehrere Lohnzahlungszeiträume dauert
 - Strittig: Fallweise Unterentlohnung als ein einheitliches Delikt?
 - Zentrale Verwaltungsstrafevidenz über Verurteilungen nach dem AVRAG
- Zusätzlich: Beitragsverfahren nach ASVG, Finanzstrafverfahren und arbeitsgerichtliche Verfahren

Strafbestimmungen des §7i AVRAG

- **Verwaltungsstraftatbestände**
 - **Behinderung oder Vereitelung der Kontrolltätigkeit durch die Behörden (§ 7f AVRAG)**
 - Zugang zu den Betriebstätten, Einsicht in die erforderlichen Unterlagen, Einholung von Auskünften
 - Erhebungen wegen § 7d AVRAG und § 7i Abs 5 AVRAG betroffen
 - **Unterschreitung des nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag zustehenden Entgelts (§ 7i Abs 5 AVRAG)**
 - Gilt für sämtliche in Österreich tätige Arbeitnehmer, egal ob sie bei einem österreichischen oder einem ausländischen Arbeitgeber beschäftigt werden

Entfall der Strafbarkeit

- Entfall der Strafbarkeit vor der behördlichen Kontrolle (§ 7i Abs 5a AVRAG)
 - Nachweisliche vollständige Nachzahlung der Differenz zwischen dem tatsächlich geleisteten und dem nach den österreichischen Rechtsvorschriften zustehenden Entgelt vor behördlichen Erhebungen → Verspätete Entgeltzahlungen bleiben somit folgenlos
 - Achtung: Vollständige Schadensgutmachung gefordert
 - Entgelt nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag
 - Auch offene in § 49 Abs 3 ASVG angeführte Bestandteile (zB Aufwandsentschädigungen, Beiträge nach BMSVG und BPG)
 - Strittig: Ist überkollektivvertragliches Entgelt nach Betriebsvereinbarung oder Arbeitsvertrag auch vollständig nachzuzahlen oder auf Nachzahlung anzurechnen?

Absehen von der Strafe

- Absehen von der Strafanzeige/Strafe durch Behörde, wenn der Arbeitgeber
 - die Differenz nachweislich leistet (§ 7i Abs 6 Z 1 AVRAG) **und**
 - die Unterschreitung des Mindestentgelts gering ist (§ 7i Abs 6 Z 2 AVRAG) *oder* das Verschulden leichte Fahrlässigkeit nicht übersteigt
- Neu: Erstmaligkeit entfällt; somit auch bei Wiederholungstätern möglich
- Vollständige Schadensgutmachung wie bei § 7i Abs 5a AVRAG
 - Wenn sonstige Voraussetzungen nicht erfüllt, jedenfalls ein Strafmilderungsrund
- Unterschreitung des Mindestentgelts gering
 - Geringe Unterentlohnung lag nach Judikatur zur alten Rechtslage bei ca 3-5% vor
 - Aufgrund der Ausweitung auf Entgeltbegriff wird Prozentsatz anzuheben sein (Erlass mit 10%-Grenze?)
- Leichte Fahrlässigkeit ist dann anzunehmen, wenn der Fehler gelegentlich auch einem sorgfältigen Menschen unterläuft
 - Neu: leichtes Verschulden auch bei Unterbezahlung mehrerer Arbeitnehmer möglich
 - Bsp.: komplexe Berechnungen; bei Betrachtung eines Lohnperiodenübergreifenden Zeitraums (etwa aufgrund einer Überzahlung) würde keine Unterentlohnung vorliegen; Auskunft durch Krankenversicherungsträger oder Kammern (falsche Auskünfte berufsmäßiger Parteienvertreter können lediglich strafmildernd wirken); Entlohnung nach Vollzugspraxis der Behörden oder nach höchstgerichtlicher Rechtsprechung („vertretbare Rechtsansicht“)
 - Einrichtung eines Vorbeuge- und Kontrollsystems mit aktiven Maßnahmen (zB Schulungen und Weiterbildungen)
 - Übertrifft das Verschulden leichte Fahrlässigkeit ist Schwere des Verschuldens lediglich bei der Strafbemessung zu berücksichtigen

Verjährung

- Abweichungen zu den sonstigen Verwaltungsvorschriften (§ 31 VStG)
- Verfolgungsverjährung (§ 7i Abs 7 AVRAG)
 - Neu: 3 Jahre ab Fälligkeit des Entgelts; unabhängig von einer Nachzahlung
 - Bei Unterentlohnungen, die durchgehend mehrere Lohnzahlungszeiträume umfassen, beginnt die Frist für die Verfolgungsverjährung ab der Fälligkeit des Entgelts für den letzten Lohnzahlungszeitraum der zusammenhängenden Unterentlohnungsperiode
 - Diskrepanz zu kürzeren arbeitsrechtlichen Verfallsfristen → auch verfallene Ansprüche stehen unter Strafe
 - Bei Sonderzahlungen beginnt die Frist mit Ende des Kalenderjahres
 - Binnen dieser Frist muss zuständige Behörde Verfolgungshandlungen gegen bestimmte Person setzen (zB Ladung, Vernehmung, Ersuchen um Vernehmung)
 - Bei nachträglicher Leistung des gebührenden Entgelts beträgt Frist 1 Jahr ab Nachzahlung
 - Praxisrelevanz?
- Verjährung der Strafbarkeit (§ 7i Abs 7 AVRAG)
 - 5 Jahre ab dem Zeitpunkt der Fälligkeit des Entgelts
 - Bei Sonderzahlungen beginnt die Frist mit Ende des Kalenderjahres
 - Binnen dieser Frist muss ein Strafbescheid ergehen
 - Bei nachträglicher Leistung des gebührenden Entgelts beträgt Frist 3 Jahre
- Vollstreckungsverjährung (§ 31 Abs 3 VStG)
 - 3 Jahre nach rechtskräftiger Verhängung der Strafe

Verantwortliche Personen

- *„§ 9 (1) VStG: Für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften durch juristische Personen oder eingetragene Personengesellschaften ist, sofern die Verwaltungsvorschriften nicht anderes bestimmen und soweit nicht verantwortliche Beauftragte (Abs. 2) bestellt sind, strafrechtlich verantwortlich, wer zur Vertretung nach außen berufen ist.“*
- *„§ 9 (2) VStG: Die zur Vertretung nach außen Berufenen sind berechtigt und, soweit es sich zur Sicherstellung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit als erforderlich erweist, auf Verlangen der Behörde verpflichtet, aus ihrem Kreis eine oder mehrere Personen als verantwortliche Beauftragte zu bestellen, denen für das ganze Unternehmen oder für bestimmte räumlich oder sachlich abgegrenzte Bereiche des Unternehmens die Verantwortung für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften obliegt. Für bestimmte räumlich oder sachlich abgegrenzte Bereiche des Unternehmens können aber auch andere Personen zu verantwortlichen Beauftragten bestellt werden.“*

Verantwortliche Personen

- Nach außen vertretungsbefugte Personen
 - Einzelunternehmer, Geschäftsführer und Vorstandsmitglieder
 - Einrichtung eines wirksamen Vorbeuge- und Kontrollsystems
 - Einrichtung technischer Abhilfemaßnahmen, Erteilung von klaren Anordnungen und Belehrungen, Durchführung von Schulungen, Dokumentationen, Evaluierungen, regelmäßige Kontrollen, Sanktionierung von Verstößen
 - Kenntnis der Verwaltungsvorschriften → Externe Rechtsmeinungen schließen Verschulden nur dann aus, wenn eine Rechtsauskunft der zuständigen Behörde erfolgt
- Entlastung durch Bestellung eines verantwortlichen Beauftragten gem § 9 VStG
 - Natürliche Personen (Arbeitnehmer) mit Hauptwohnsitz im Inland
 - Personalverantwortliche und Leiter der Lohnverrechnung
 - (Schriftliche) Vereinbarung, die Übertragung der verwaltungsstrafrechtlichen Verantwortung sowie den räumlich bzw sachlich abgegrenzten Bereich umfasst
 - Konkretisierung des Verantwortungsbereichs (zB „das gesamte Personalwesen“ reicht nicht); AVRAG-Verantwortlichkeiten umschreiben
 - Übertragung organisatorischer, finanzieller und personeller Anordnungsbefugnisse (Steuerberater?)
 - Meldung an den zuständigen Krankenversicherungsträger (§ 7j AVRAG)
 - Wirksame Bestellung beschränkt Haftung des Geschäftsführers auf vorsätzliches Verhalten (zB Ablehnung einer Umstufung entgegen stRsp)
- Unternehmen (GmbH, AG, Personengesellschaft etc) haftet neben den Verantwortlichen für die verhängten Geldstrafen und Verfahrenskosten solidarisch

Tipps für die Praxis

- Überzahlungen
 - Nur bestandteil- und lohnzahlungszeitraumbezogene Anrechenbarkeit
 - Pauschalvereinbarungen erleichtern Verwaltungsaufwand → Deckungsprüfung nach 1 Jahr
 - Aufgliederung bei All-In-Vereinbarungen, was konkret mit Überzahlungen abgegolten wird
- Arbeitszeit genau erfassen, dokumentieren und richtig nach kollektivvertraglichen Vorgaben zuordnen
- Dienstvertrag/Dienstzettel richtig gestalten
- Einsatzinformation (§ 12 AÜG) optimieren
- Kunden auf Problematik „Lohndumping“ hinweisen (AGBs oder Kundenschreiben)
- Einrichtung eines effizienten Vorbeuge- und Kontrollsystems
 - Analog zur Strafbarkeit bei Arbeitszeitübertretungen
 - Organisatorische und personelle Voraussetzungen für Einhaltung schaffen und konkrete Maßnahmen setzen (zB technische Ausstattung, Dokumentation relevanter Vorgänge, Weiterbildungen und Schulungen, Evaluierung, Fehlerquellen erkennen und beheben, Mitarbeiterprofile anlegen, internes Pflichtprozedere für Entgeltverrechnung, Berichtspflichten durch Sachbearbeiter, regelmäßige Kontrollen und Überwachung durch Vorgesetzte, Experten hinzuziehen usw)
 - Fehler lassen sich oft nicht vermeiden, aber Einzelfehler „verzeihbar“, da kein oder kein grobes Verschulden des Verantwortlichen wegen Kontrollsystem
 - Entfall der Strafe mangels groben Verschuldens



Bartl & Partner
Rechtsanwälte KG

A-8010 Graz | Hauptplatz 3 | Tel. 0316-83 75 17-0 | Fax DW-20 | kanzlei@bartl-partner.at | www.bartl-partner.at

Unternehmensberatung-
Wirtschaftsmediation
rothe@aon.at
0664/3372054

Vielen Dank für die Aufmerksamkeit!