



# ARBEIT & SOZIALES

## LOHN- UND SOZIALDUMPING- BEKÄMPFUNGSGESETZ (LSD-BG)

VORSCHRIFTEN FÜR IN ÖSTERREICH ANSÄSSIGE BETRIEBE  
(AUSGENOMMEN SONDERVORSCHRIFTEN BAU)

Caroline Graf-Schimek  
Peter Maska

Jänner 2017

# Inhaltsverzeichnis

<b>1. Vorwort.....</b>	<b>4</b>
<b>2. Was ist Unterentlohnung?.....</b>	<b>5</b>
2.1. Dienstverhältnis, freier Dienstvertrag, familienhafte Mitarbeit .....	5
2.2. Entgelt .....	6
2.3. Lohn bzw. Gehalt .....	8
2.3.1. Sachbezug.....	8
2.3.2. Richtiger Kollektivvertrag .....	8
2.3.3. Lohnzahlungsnachweise.....	9
2.3.4. Überkollektivvertragliche Entlohnung (Überzahlungen) .....	10
2.4. Sonderzahlungen.....	10
2.5. Entgelt für Feiertagsarbeit und Ersatzruhe .....	10
2.6. Mehr- und Überstundenentlohnung .....	11
2.6.1. Überstundenteiler und Überstundenzuschlag.....	11
2.6.2. Leitende Angestellte .....	12
2.6.3. Überstunden wegen unrichtiger Umsetzung von Modellen der flexiblen Arbeitszeit .....	13
2.6.4. Mehr- und Überstundenpauschale bzw. All-In-Regelung .....	13
2.6.5. Zulagen und Zuschläge.....	14
2.6.6. Entgeltfortzahlung.....	14
2.7. Ausblick .....	15
<b>3. Verfahren vor der Gebietskrankenkasse wegen Unterentlohnung .....</b>	<b>16</b>
3.1. Kontrolle durch die Gebietskrankenkasse.....	16
3.1.1. Allgemeines.....	16
3.1.2. Ermittlung des Entgeltanspruchs - Stellungnahme der Kollektivvertragspartner	16
3.1.3. Feststellung der tatsächlichen Lohnzahlung .....	18
3.1.4. (Mitwirkungs-)Pflichten des Arbeitgebers.....	19
3.2. Verschulden als Voraussetzung für Anzeige/Strafe .....	20
3.3. Absehen von der Anzeige durch die Gebietskrankenkasse („Nachsichtregelung“) ....	22
3.3.1. Allgemeines.....	22
3.3.2. Geringe Unterentlohnung.....	23
3.3.3. Verschuldensprüfung: Leichte Fahrlässigkeit .....	27
3.4. Strafanzeige durch die Gebietskrankenkasse .....	28
<b>4. Verwaltungsstrafverfahren wegen Unterentlohnung.....</b>	<b>29</b>
4.1. Allgemeines.....	29
4.2. Dauerdelikt Unterentlohnung .....	29
4.3. Verwaltungsstrafe .....	30
4.4. Unterbrechung des Verwaltungsverfahrens wegen Parallelverfahren vor dem Arbeits- und Sozialgericht .....	31
4.5. Gegen wen richtet sich der Strafbescheid? .....	32
4.6. Verantwortlicher Beauftragter .....	33
<b>5. Nachzahlungen.....</b>	<b>34</b>
5.1. Was ist eine Nachzahlung?.....	34
5.2. Zeitpunkt der Nachzahlung.....	35

<b>6. Verjährung</b> .....	<b>39</b>
6.1. Verfolgungsverjährung bei Unterentlohnung .....	39
6.2. Strafbarkeitsverjährung bei Unterentlohnung.....	40
6.3. Verkürzte Verjährungsfrist bei Nachzahlung .....	40
6.4. Verjährungsfrist bei den anderen Straftatbeständen nach dem LSD-BG.....	41

## 1. Vorwort

Die vorliegende Broschüre beschäftigt sich mit dem Verbot der Unterentlohnung von Mitarbeitern nach dem Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz (LSD-BG). Dieses Verbot zielt auf die unlautere bzw. unredliche Konkurrenz durch ausländische Arbeitgeber ab, trifft aber auch inländische Unternehmen.

Warum gilt das LSD-BG auch für inländische Unternehmen? Der Grund dafür liegt darin, dass sich die Lohnkontrolle auf alle Arbeitgeber erstreckt, die ihre Beschäftigten bei einer Gebietskrankenkasse in Österreich angemeldet haben bzw. anmelden müssen.

## 2. Was ist Unterentlohnung?

Eine Unterentlohnung muss verantworten, wer als Arbeitgeber einen Arbeitnehmer beschäftigt oder beschäftigt hat, ohne ihm zumindest das nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag gebührende Entgelt - ausgenommen bestimmte Entgeltbestandteile, siehe unten! - unter Beachtung der jeweiligen Einstufungskriterien zu leisten.

Die Unterentlohnung ist eine Verwaltungsübertretung des Arbeitgebers, die für jeden unterentlohten Arbeitnehmer zu einer Geldstrafe von € 1.000,- und im Wiederholungsfall zu einer Geldstrafe bis € 50.000,- führen kann.

### Vorsicht!

Leisten Arbeitgeber ihren in Österreich beschäftigten Arbeitnehmern nicht das zustehende Entgelt, sind die Arbeitgeber mit Verwaltungsstrafen in Höhe von € 1.000,- bis € 10.000,- (im Wiederholungsfall € 2.000,- bis € 20.000,-) pro Arbeitnehmer zu bestrafen.

Sind mehr als drei Arbeitnehmer betroffen, erhöhen sich die Strafen auf € 2.000,- bis € 20.000,- (im Wiederholungsfall € 4.000,- bis € 50.000,-) pro Arbeitnehmer.

### 2.1. Arbeitsvertrag, freier Dienstvertrag, familienhafte Mitarbeit

Die Bestimmungen des LSD-BG zur Unterentlohnung kommen nur dann zum Tragen, wenn ein Arbeitgeber einen Arbeitnehmer beschäftigt, also dann, wenn ein Arbeitsvertrag vorliegt. Für die Beurteilung, ob ein Arbeitsvertrag vorliegt, ist der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgeblich.

**Beispiel:** Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes VwGH 2.4.2008, 2007/08/0038

**Sachverhalt:** Der LKW-Fahrer verfügt über folgende Gewerbeberechtigung: „Zurverfügungstellen der eigenen Arbeitskraft zum Lenken von Kraftfahrzeugen“. Die GmbH stellte als Betriebsmittel eine Sattelzugmaschine und Aufleger mit dem Logo des Unternehmens darauf zur Verfügung. Die Disposition der Fahrten bzw. die Übernahme des LKWs erfolgt am Betriebsitz des Unternehmens. Über Mobiltelefone erhielten die Fahrer laufend Anweisungen bezüglich Fahrtrouten, derzeitigen Aufenthaltsort während der Fahrten, Termine, etc. durch den Geschäftsführer oder andere leitende Angestellte.

**Ergebnis:** Der VwGH hat trotz der äußeren Erscheinungsform des Sachverhaltes, also obwohl der LKW-Fahrer über eine Gewerbeberechtigung verfügt hat, den wahren wirtschaftlichen Gehalt dieses Sachverhaltes in den Mittelpunkt gestellt und letztendlich entschieden, dass ein Arbeitsvertrag und keine Tätigkeit als Gewerbetreibender vorliegt.

### Vorsicht!

Da die Zusammenarbeit zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt zu beurteilen ist, kann es dazu kommen, dass ein freier Dienstvertrag durch die Gebietskrankenkasse in ein Arbeiter- oder Angestelltendienstverhältnis umgewandelt wird. Ist es zu einer Umwandlung gekommen, kann es in weiterer Folge auch zu einer Lohnkontrolle kommen.

Liegt kein Arbeitsvertrag vor, kommt das LSD-BG nicht zum Tragen. Liegt also zum Beispiel nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer ein freier Dienstvertrag vor, ist eine Lohnkontrolle nach dem LSD BG nicht vorgesehen.

Auch dann, wenn die Zusammenarbeit lediglich im Rahmen eines familiären Gefälligkeitsdienstes bzw. im Rahmen familiärer Mitarbeit erfolgt, liegt kein Arbeitsvertrag vor - und kann daher keine Lohnkontrolle vorgenommen werden.

**Beispiel:** Entscheidung des Landesverwaltungsgerichts Niederösterreich LVwG-S-415/001-2015

**Sachverhalt:** Die Unternehmerin übt seit vielen Jahren das Gewerbe des Gemüsehandels aus. Ihr Sohn hat ihr nur an einem Tag für 8 Stunden am Marktstand ausgeholfen. Er hat dafür keine Entlohnung erhalten. Die Unternehmerin wurde deshalb bestraft.

**Ergebnis:** Der Strafbescheid wegen Unterentlohnung wurde aufgehoben, und zwar deshalb, weil zwischen der Unternehmerin und ihrem Sohn kein Arbeitsvertrag zustande gekommen war. Die ausgeübte Tätigkeit erfolgte lediglich im Rahmen eines familiären Gefälligkeitsdienstes.

Freundschafts- und Gefälligkeitsdienste sind insbesondere kurzfristige, freiwillige und unentgeltliche Dienste, die vom Leistenden aufgrund einer speziellen, beispielsweise aufgrund einer engen familiären Bindung zwischen ihm und dem Leistungsempfänger, also dem Unternehmer, erbracht werden.

## 2.2. Entgelt

Die gesetzliche Lohnkontrolle bezieht sich auf das gesamte Entgelt, worauf der Arbeitnehmer nach gesetzlichen und nach kollektivvertraglichen Bestimmungen Anspruch hat.

Der Begriff des Entgeltes ist sehr weitgehend. Er umfasst jedenfalls das Gehalt bzw. den Lohn sowie die Sonderzahlungen, aber auch das Entgelt für Mehr- und Überstundenarbeit. Kollektivvertragliche Zulagen, wie eine Schicht- oder eine Nachtzulage, gehören ebenfalls dazu. Zu berücksichtigen sind auch die vom Arbeitgeber zu bezahlenden Nichtleistungszeiten des Arbeitnehmers. Dazu gehören die Entgeltfortzahlung im Krankenstand, das Urlaubsentgelt und das Entgelt für die Dauer einer Pflegefreistellung.

Bestimmte Entgeltbestandteile, die in § 49 Abs. 3 ASVG angeführt sind, unterliegen nicht der Lohnkontrolle nach dem LSD-BG. Es handelt sich dabei um jene Zahlungen des Arbeitgebers an den Mitarbeiter, die sozialversicherungsfrei zu behandeln sind, für die also letztendlich keine Sozialversicherungsbeiträge zu leisten sind.

Dazu gehören - um die in der Praxis wichtigsten Zahlungen zu nennen - Aufwands- und Auslagenersatz, Schmutzzulagen, Umzugsvergütungen, freiwillige soziale Zuwendungen, freie oder verbilligte Mahlzeiten, Aufwendungen für die Zukunftssicherung der Dienstnehmer, Zinsersparnisse von Dienstgeberdarlehen sowie Mitarbeitererrabatte. Weiters gehören dazu auch Vergütungen, die aus Anlass der Beendigung des Dienstverhältnisses gewährt werden, wie z.B. Abfertigungen oder Abgangsentschädigungen.

**Vorsicht!**

Zahlungen des Arbeitgebers dieser Art an den Mitarbeiter sind nur dann sozialversicherungsfrei, wenn bei deren Auszahlung die jeweils maßgeblichen Höchstbeträge beachtet bzw. eingehalten werden. In der Regel handelt es sich dabei um jene Beträge, die jeweils einkommensteuerfrei ausbezahlt werden dürfen.

**Beispiel:**

**Sachverhalt:** Der Außendienstmitarbeiter im Handel ist in der Regel 8 bis 9 Stunden am Tag im Außendienst mit Kundenbesuchen beschäftigt, kehrt aber jeden Tag in seine Wohnung zurück. Nach dem Kollektivvertrag für Angestellte im Handel hat er einen Anspruch auf Taggeld. Das Taggeld beträgt € 26,40, wobei zu beachten ist, dass dann, wenn die Dienstreise länger als 3 Stunden dauert, für jede angefangene Stunde 1/12 des vollen Taggeldes zu berechnen ist.

**Ergebnis:** Dauert die Dienstreise am Arbeitstag 8 Stunden, gebührt ein Taggeld von € 17,60 (= € 26,40 : 12 x 8). Dauert die Dienstreise am Arbeitstag mehr als 8, höchstens jedoch 9 Stunden, gebührt ein Taggeld von € 19,80 (= € 26,40 : 12 x 9).

Zahlt der Arbeitgeber weniger Taggeld als die genannten Beträge bzw. zahlt er überhaupt kein Taggeld, liegt kein Fall von Lohn- und Sozialdumping nach dem LSD-BG vor. Beim kollektivvertraglichen Anspruch des Außendienstmitarbeiters auf Taggeld handelt es sich um einen Entgeltbestandteil, der nicht durch die Lohnkontrolle geschützt ist. Sehr wohl kann der Außendienstmitarbeiter den Anspruch aber am Arbeitsgericht geltend machen.

**Beispiel 2:**

**Sachverhalt:** Der Außendienstmitarbeiter im Handel ist in der Regel 8 bis 9 Stunden am Tag im Außendienst mit Kundenbesuchen beschäftigt, kehrt aber jeden Tag in seine Wohnung zurück. Nach dem Kollektivvertrag für Angestellte im Handel hat er einen Anspruch auf Taggeld. Das Taggeld beträgt € 26,40, wobei zu beachten ist, dass dann, wenn die Dienstreise länger als 3 Stunden dauert, für jede angefangene Stunde 1/12 des vollen Taggeldes zu berechnen ist.

Im Betrieb ist vereinbart, dass der Mitarbeiter - unabhängig davon, wie lange die Dienstreise am Tag dauert - immer ein Taggeld in der Höhe von € 26,40 pro Tag erhält. Damit erhält der Mitarbeiter, wenn die Dienstreise am Tag typischerweise bzw. regelmäßig rund 8 Stunden dauert, ein Taggeld, welches in der Regel über dem kollektivvertraglichen Satz liegt.

Dauert die Dienstreise am Arbeitstag 8 Stunden, gebührt ein Taggeld von € 17,60. Der Betrag von € 8,80 (= € 26,40 - € 17,60) liegt über dem kollektivvertraglich vorgesehenen Satz.

**Ergebnis:** Für jenen Teil des Taggeldes, der über dem kollektivvertraglichen Satz liegt, also für den Betrag von € 8,80, sind hingegen Sozialversicherungsbeiträge abzurechnen. Er unterliegt aber - weil es sich dabei weder um einen gesetzlich noch um einen kollektivvertraglich vorgesehenen Anspruch handelt - nicht der Lohnkontrolle. Der übersteigende Betrag kann als auf Einzelvertrag beruhende Überzahlung auf eine allfällige Unterentlohnung in dieser Lohnzahlungsperiode angerechnet werden.

## 2.3. Lohn bzw. Gehalt

Die richtige Höhe des Lohns bzw. des Gehalts ergibt sich aus den kollektivvertraglichen Lohn- und Gehaltsordnungen. Das LSD-BG betont, dass die Bestimmung des richtigen Lohns bzw. Gehaltes nach den Einstufungskriterien des jeweiligen Kollektivvertrages zu erfolgen hat.

Das entscheidende Kriterium für die richtige Einstufung in kollektivvertragliche Lohn- und Gehaltsordnungen ist in der Regel die vom Arbeitnehmer tatsächlich ausgeübte Tätigkeit. Aber auch bestimmte abgeschlossene Berufsausbildungen, also meist die abgeschlossene Lehre bzw. die absolvierte Lehrabschlussprüfung, sind für die richtige Einstufung mit zu berücksichtigen. Darüber hinaus sind in vielen Kollektivverträgen auch noch Vordienstzeiten des Arbeitnehmers für die richtige Höhe des Lohns bzw. des Gehaltes mitbestimmend.

### Beispiel:

**Sachverhalt:** Der 52-jährige Angestellte ist als vollzeitbeschäftigter Verkäufer in einer Trafik tätig. Er war vorher in mehreren Unternehmen mehr als 30 Jahre als Angestellter tätig. Das kollektivvertraglich vorgesehene monatliche Gehalt beträgt im Jahr 2017 € 1.969,- brutto, da nach dem anzuwendenden Kollektivvertrag für die Handelsangestellten als Berufsjahre für die Einstufung in die Gehaltstafel alle Jahre der praktischen Angestelltentätigkeit zählen. Das Unternehmen zahlt € 1.800 brutto monatlich.

**Ergebnis:** Es liegt eine strafbare Unterentlohnung vor.

### 2.3.1. Sachbezug

Eine kollektivvertragliche Festlegung von Mindestentgelten in Euro ist als Geldzahlungsgebot zu verstehen, wenn der Kollektivvertrag keine Durchbrechung von dieser Regel vorsieht. Wird im Kollektivvertrag ein Mindestentgelt in Euro zugesichert, so ist dieses daher auch tatsächlich auszuzahlen. Sachbezüge können nicht auf das kollektivvertraglich geschuldete Mindestentgelt angerechnet werden.

### Beispiel: Entscheidung des Obersten Gerichtshofes OGH 9 Ob A 92/15t

**Sachverhalt:** Das kollektivvertragliche Mindestentgelt nach dem anzuwendenden Kollektivvertrag beträgt monatlich € 1.983,- brutto. Ab April erhält der Außendienstmitarbeiter einen Dienstwagen zur privaten Nutzung zur Verfügung gestellt, statt der kollektivvertraglich vorgesehenen € 1.983,- brutto aber nur € 1.750,- brutto abgerechnet. Der Sachbezug für den PKW soll die Differenz ausgleichen.

**Ergebnis:** Es liegt eine strafbare Unterentlohnung vor.

### 2.3.2. Richtiger Kollektivvertrag

Nicht immer ist sofort klar, welcher Kollektivvertrag anzuwenden ist. Diese Unsicherheit greift meist dann, wenn der Arbeitgeber über zwei oder mehrere Gewerbeberechtigungen verfügt und deshalb mehrfach kollektivvertragsangehörig ist. In einem solchen Fall hat der Arbeitgeber festzustellen,

- ob in seinem Betrieb zwei oder mehrere Kollektivverträge zur Anwendung kommen, was dann der Fall ist, wenn er entsprechende organisatorische und fachliche Trennungen in verschiedene Betriebsabteilungen vorgenommen hat, oder



- ob bloß einer von mehreren möglichen Kollektivverträgen anzuwenden ist, weil es eben an einer entsprechenden Trennung in Haupt- und Nebenbetriebe fehlt.

#### Beispiel 1:

**Sachverhalt:** Das Autohaus Huber betreibt einen Fahrzeughandel und eine Reparaturwerkstätte. Am Firmengelände befindet sich ein großes verglastes Gebäude, in dem die Neuwagen ausgestellt sind. Daneben werden auf dem Freigelände Gebrauchtwagen zum Verkauf angeboten. Der Bereich Neu- und Gebrauchtwagenverkauf wird von einem verantwortlichen Verkaufsleiter geführt, dem auch vier, ausschließlich als Autoverkäufer beschäftigte Mitarbeiter unterstehen.

Am Firmengelände befindet sich aber auch ein weiteres als Reparaturwerkstätte genutztes Gebäude. In diesem Bereich, der von einem Meister alleinverantwortlich geführt wird, sind regelmäßig sieben Mechaniker, sowie zwei Lehrlinge beschäftigt.

Der Unternehmer hat in seinem Betrieb eine entsprechende organisatorische und fachliche Trennung in verschiedene Betriebsabteilungen, nämlich in eine Verkaufs- und in eine Reparaturabteilung vorgenommen. Er hat Gewerbeberechtigungen für den Handel und für das Eisen- und metallverarbeitende Gewerbe gelöst.

**Ergebnis:** Für den Verkaufsleiter und für die vier im Verkauf beschäftigten Mitarbeiter kommt der Kollektivvertrag für die Handelsangestellten zur Anwendung. Für den Leiter der Reparaturwerkstätte und für seine Mitarbeiter kommt der Kollektivvertrag für Arbeiter im Metallgewerbe zur Anwendung.

#### Beispiel 2:

**Sachverhalt:** Die Bett & Bäcker GmbH betreibt das Hotel „Zum weichen Bett“. In den Hotelbetrieb ist eine Konditorei eingegliedert, die vom gastronomischen Bereich nicht räumlich getrennt ist. Dort arbeiten ein gelernter Konditor und ein Konditorlehrling, die sich der Hilfe der Mitarbeiter aus dem gastronomischen Bereich bedienen. Es findet keine gesonderte Abrechnung der verkauften Konditoreiprodukte statt. Der wirtschaftliche und unternehmerische Schwerpunkt liegt im Hotelbetrieb.

Die Bett & Bäcker GmbH hat Gewerbeberechtigungen für den Betrieb eines Hotels und für eine Konditorei gelöst.

**Ergebnis:** In diesem Fall ist, weil es an einer entsprechenden Trennung in Haupt- und Nebenbetriebe fehlt, einer von zwei möglichen Kollektivverträgen anzuwenden. Weil der wirtschaftliche und unternehmerische Schwerpunkt im Hotelbetrieb liegt, findet auf alle Mitarbeiter, auch auf den gelernten Konditor und den Konditorlehrling, der Kollektivvertrag für Arbeiter im Hotel- und Gastgewerbe Anwendung.

### 2.3.3. Lohnzahlungsnachweise

Das monatliche Gehalt bzw. der monatliche Lohn sind zum Ende des jeweiligen Monats zu zahlen.

Ziel des LSD-BG ist es sicherzustellen, dass der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer den ihm zustehenden Bezug vollständig und rechtzeitig bezahlt. Die zuständige Gebietskrankenkasse kann daher im Rahmen der Lohnkontrolle den Arbeitgeber dazu auffordern, die Lohnzahlungsnachweise oder die Banküberweisungsbelege zum Beweis der vollständigen und rechtzeitigen Zahlung vorzulegen.

**Tipp!**

Der Beweis, dass er seine Entgeltzahlungen stets vollständig und rechtzeitig geleistet hat, wird dem Arbeitgeber unzweifelhaft am sichersten dann gelingen, wenn er die gebührenden Nettobeträge auf das Gehaltskonto seiner Mitarbeiter überweist und Barzahlungen vermeidet.

**Vorsicht!**

Weil die rechtzeitige und vollständige Bezahlung des Entgeltes Gegenstand der Lohnkontrolle ist, kann das vollständige oder teilweise Einbehalten von Lohnzahlungen durch den Arbeitgeber mit dem Argument, der Mitarbeiter hätte dem Unternehmen Schadenersatz zu leisten, eine gesetzwidrige Unterentlohnung zur Folge haben.

**2.3.4. Überkollektivvertragliche Entlohnung (Überzahlungen)**

Das LSD-BG zielt darauf ab, dass dem Mitarbeiter der kollektivvertraglich vorgesehene Mindestbezug, also der Mindestlohn bzw. das Mindestgehalt, ausbezahlt wird.

Das LSD-BG macht aber eine (arbeits-)vertraglich gewährte Überzahlung über dem kollektivvertraglichen Mindestbezug nicht zum Gegenstand der Lohnkontrolle. Unterlässt es daher der Arbeitgeber, aus welchen Gründen auch immer, dem Mitarbeiter jenen Teil des monatlichen Bezuges auszuzahlen, der über dem kollektivvertraglichen Mindestbezug liegt, ist eine strafbare Unterentlohnung nicht gegeben.

**Beispiel:**

**Sachverhalt:** Der 52-jährige Angestellte ist als vollzeitbeschäftigter Verkäufer in einer Trafik tätig. Das kollektivvertraglich vorgesehene monatliche Gehalt beträgt im Jahr 2017 € 1.969,- brutto. Tatsächlich ist jedoch ein überkollektivvertragliches Gehalt in der Höhe von € 2.400,- brutto vereinbart. Das Unternehmen zahlt, weil es vorübergehend in wirtschaftlichen Schwierigkeiten ist, € 1.970,- brutto monatlich aus.

**Ergebnis:** Der Mitarbeiter erhält das Gehalt in zumindest der kollektivvertraglich vorgesehenen Höhe ausbezahlt. Es liegt daher keine strafbare Unterentlohnung vor. Sehr wohl kann er den Anspruch auf sein überkollektivvertragliches Gehalt aber am Arbeitsgericht geltend machen.

Entgeltzahlungen, die das nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag gebührende Entgelt übersteigen, sind auf allfällige Unterentlohnungen im jeweiligen Lohnzahlungszeitraum, das ist der Kalendermonat, anzurechnen.

**2.4. Sonderzahlungen**

Bei Arbeitnehmern, die dem ASVG unterliegen, liegt hinsichtlich der Sonderzahlungen eine Unterentlohnung nur dann vor, wenn der Arbeitgeber die Sonderzahlungen nicht oder nicht vollständig bis spätestens 31. Dezember des jeweiligen Kalenderjahres leistet.

**Beispiel:**

**Sachverhalt:** Der vollzeitbeschäftigte Arbeiter eines Gas-, Wasser- und Heizungsinstallationsbetriebes erhält als Facharbeiter im Jahr 2016 einen monatlichen Lohn in der Höhe von € 2.043,33 brutto. Dieser wird ihm wegen der Pflicht zur Leistung von Sonderzahlungen 14mal im Jahr ausbezahlt.

Nach dem Kollektivvertrag ist als Bemessungsgrundlage für die Sonderzahlungen der Verdienst heranzuziehen. Dennoch unterlässt es der Betrieb, die Wegzeitvergütung sowie die Montagezulagen, die Bestandteile des Verdienstes sind, bei der Berechnung der Sonderzahlungen zu berücksichtigen.

**Ergebnis:** Es liegt eine strafbare Unterentlohnung vor.

### **Vorsicht!**

Diese Bestimmung des LSD-BG hat keinen Einfluss auf die zivilrechtlichen Fälligkeitsbestimmungen zur Auszahlung der Sonderzahlungen. Diese ergeben sich aus dem Kollektivvertrag und bleiben weiterhin für das Dienstverhältnis maßgeblich.

Mit seiner Bezugnahme auf den 31. Dezember des jeweiligen Kalenderjahres nimmt das LSD-BG nur darauf Rücksicht, dass Rechtsgrundlage für die Sonderzahlungen der Kollektivvertrag ist und in den vielen Kollektivverträgen äußerst unterschiedliche Berechnungsmethoden bzw. Fälligkeitszeitpunkte für Sonderzahlungen vorgesehen sind.

## **2.5. Entgelt für Feiertagsarbeit und Ersatzruhe**

Die Strafbestimmungen des LSD-BG zielen darauf ab, dass dem Mitarbeiter zumindest die gesetzlich vorgesehene Entlohnung zukommt.

Dazu gehört bei einer Beschäftigung des Mitarbeiters an Feiertagen das Feiertagsarbeitsentgelt, bei einer Beschäftigung während der Wochenendruhe bzw. während der Wochenruhe das Entgelt für die Zeit der Ersatzruhe, zumal diese auf die Wochenarbeitszeit anzurechnen ist.

## **2.6. Mehr- und Überstundenentlohnung**

Das LSD-BG erstreckt sich in seiner Geltung auf das dem Mitarbeiter zustehende Entgelt. Daher unterliegen nicht bloß der Lohn oder das Gehalt, sondern auch die dem Mitarbeiter ausbezahlten Entgelte für Überstunden der Lohnkontrolle.

Bei Teilzeitbeschäftigten, die Mehrarbeitsstunden geleistet haben, unterliegt der Ausgleich der geleisteten Mehrarbeitsstunde durch bezahlte Freizeit im Verhältnis 1:1 bzw. das für die erbrachte Mehrarbeitsstunde geleistete Entgelt samt dem Mehrarbeitszuschlag der Lohnkontrolle.

### **Beispiel:**

**Sachverhalt:** Die vollzeitbeschäftigte Mitarbeiterin in einer Boutique leistet an Samstagen immer wieder Überstunden. Diese werden ihr durch Zeitausgleich im Verhältnis 1:1 abgegolten. Der vorgesehene Überstundenzuschlag von 50% ist kein Teil des Zeitausgleiches und wird der Mitarbeiterin auch nicht ausbezahlt.

**Ergebnis:** Es liegt eine strafbare Unterentlohnung vor.

### **2.6.1. Überstundenteiler und Überstundenzuschlag**

Manche Kollektivverträge sehen für die Berechnung der Überstundenvergütung begünstigte Überstundenteiler vor.

So ist im Kollektivvertrag für Handelsangestellte geregelt, dass die Grundstundenvergütung 1/158 des Bruttomonatsgehalts beträgt. Für die Berechnung der Vergütung der Mehrarbeit sieht dieser Kollektivvertrag hingegen vor, dass das Bruttomonatsgehalt durch 167 zu teilen ist. Bei Anwendung des nicht korrekten Teilers kann eine Unterentlohnung vorliegen!

Auch bei den Überstundenzuschlägen ist zu beachten, dass je nach zeitlicher Lage der Überstunden unterschiedliche Zuschläge im Kollektivvertrag vorgesehen sein können. So regelt der Kollektivvertrag für Handelsangestellte, wie andere Kollektivverträge auch, dass Überstunden in der Zeit von 20.00 Uhr bis 6.00 Uhr sowie an Sonn- und Feiertagen mit einem Zuschlag von 100% zu vergüten sind.

Der gesetzlich vorgesehene Zweck der Strafsanktionen des LSD-BG ist es, die gesetzlichen und kollektivvertraglichen, nicht jedoch die vertraglichen Ansprüche des Mitarbeiters durchzusetzen.

Dies gilt auch für die Entlohnung der Überstundenarbeit. Damit ist eine strafbare Unterentlohnung von Überstundenarbeit nur gegeben, wenn für diese der durch das Gesetz und durch den Kollektivvertrag vorgesehene Mindestbetrag nicht geleistet wird.

#### **Beispiel:**

**Sachverhalt:** Der Inhaber eines Restaurants in Wien hat mit dem Koch für die Vollzeitbeschäftigung einen monatlichen Lohn von € 2.000,- brutto vereinbart. Der kollektivvertragliche Lohn beträgt € 1.522,- brutto. Der Koch hat im Monat Februar 20 Überstunden geleistet und dafür € 300,- brutto erhalten.

Der arbeitsvertragliche Anspruch auf Überstundenentgelt beträgt € 17,40 brutto (€ 2.000,- brutto : 173 = € 11,60 brutto plus 50%) pro geleisteter Überstunde und damit € 348,- brutto für 20 Überstunden.

Der kollektivvertragliche Lohn von € 1.522,- brutto bewirkt eine kollektivvertragliche Entlohnung der Überstunde mit dem Betrag von € 13,20 brutto (€ 1.522,- brutto : 173 = € 8,80 brutto plus 50%). Für 20 geleistete Überstunden ergibt sich somit ein kollektivvertraglicher Entgeltanspruch in der Höhe von € 264,- brutto.

**Ergebnis:** Weil der Mitarbeiter für 20 im Monat geleisteter Überstunden den Betrag von € 300,- brutto erhalten hat, liegt keine strafbare Unterentlohnung vor. Sehr wohl kann er den Anspruch auf die Differenz aber am Arbeitsgericht geltend machen.

### **2.6.2. Leitende Angestellte**

Leitende Angestellte unterliegen weder dem Arbeitszeitgesetz (AZG) noch dem Arbeitsruhegesetz (ARG). Daraus wird zum Teil abgeleitet, dass die Lohnkontrolle für diese Mitarbeiter weder die Bestimmungen zu den Überstunden nach dem Arbeitszeitgesetz, noch das Feiertagsarbeitsentgelt nach dem Arbeitsruhegesetz zum Inhalt haben darf.

Leitender Angestellter ist, wer für einen wesentlichen Teilbereich des Betriebes gleichsam den Unternehmensführer darstellt, wer also befugt ist, allen ihm in diesem Teilbereich unterstellten Arbeitnehmern Weisungen betreffend Inhalt und Organisation ihrer Tätigkeit sowohl genereller als auch individueller Art zu geben, wobei dies nicht bedeutet, dass der betreffende Arbeitnehmer in diesem Bereich völlig weisungsfrei ist. Auch der leitende Angestellte ist Arbeitnehmer und daher Weisungen ausgesetzt. Seine Eigenverantwortlichkeit ist daher an einem relativen Maßstab zu messen. Ihm muss jedenfalls ein erheblich größerer Entscheidungsspielraum als anderen Arbeitnehmern eingeräumt sein.

Tatsächlich legen die Kollektivverträge, von denen die meisten auch auf leitende Angestellte nach dem AZG bzw. ARG anzuwenden sind, in vielen Fällen fest, wann und unter welchen Voraussetzungen Überstunden- bzw. Feiertagsarbeit geleistet wird und wie diese zu bezahlen sind. Dies hat aber zur Konsequenz, dass Überstunden- bzw. Feiertagsarbeit auch bei leitenden Angestellten nach dem AZG und dem ARG der Lohnkontrolle nach dem LSD-BG unterliegt.

### **2.6.3. Überstunden wegen unrichtiger Umsetzung von Modellen der flexiblen Arbeitszeit**

Flexible Arbeitszeitmodelle erlauben unter bestimmten Voraussetzungen eine Ausdehnung der gesetzlichen oder kollektivvertraglichen Arbeitszeit. Werden aber die gesetzlichen oder kollektivvertraglichen Voraussetzungen für die Anwendung der flexiblen Arbeitszeitmodelle nicht eingehalten oder wird ein Arbeitszeitmodell angewendet, ohne dass der Kollektivvertrag den Arbeitgeber dazu ermächtigt, ist ein privilegierter Abbau von Zeitguthaben im Ausmaß von 1:1 nicht möglich.

Wird die gesetzliche tägliche Normalarbeitszeit in weiterer Folge überschritten, weil das Modell der flexiblen Arbeitszeit nicht den gesetzlichen oder kollektivvertraglichen Voraussetzungen entspricht, liegt Überstundenarbeit vor und der Arbeitnehmer hat Anspruch auf die korrekte Überstundenvergütung.

So ist etwa die gleitende Arbeitszeit in Betrieben, in denen ein Betriebsrat errichtet ist, mit einer Betriebsvereinbarung festzulegen. Besteht kein Betriebsrat, muss mit dem einzelnen Mitarbeiter eine schriftliche Vereinbarung über die gleitende Arbeitszeit getroffen werden.

#### **Vorsicht!**

Der mündliche Abschluss einer Vereinbarung über die gleitende Arbeitszeit ist rechtsunwirksam und kann zu Überstundennachforderungen führen. Es kann dabei auch eine strafbare Unterentlohnung vorliegen.

Ist ein kollektivvertraglich vorgesehenes Modell durchrechenbarer Arbeitszeit nicht nach den im Kollektivvertrag genannten Vorgaben umgesetzt, sind die sich daraus ergebenden Mehr- und Überstunden samt den jeweiligen Zuschlägen monatlich zu bezahlen. Geschieht dies im Glauben auf eine korrekte Durchrechnung nicht, liegt eine strafbare Unterentlohnung vor.

### **2.6.4. Mehr- und Überstundenpauschale bzw. All In Regelung**

Geleistete Überstunden sind einzeln abzurechnen. Sie können aber auch in Form einer Überstundenpauschale abgegolten werden. Dabei unterscheidet man zwischen der echten Überstundenpauschale und der All-in-Vereinbarung.

Die echte Überstundenpauschale ist ein konkreter, ziffernmäßiger Betrag, der zusätzlich zum monatlichen Bezug zwecks Abgeltung von Überstunden ausgezahlt wird und im Rahmen der Lohnverrechnung als eigener Entgeltbestandteil aufscheint.

Die unechte Überstundenpauschale bzw. All-in-Vereinbarung regelt, dass mit der Überzahlung auf den kollektivvertraglichen Mindestbezug die tatsächlich geleisteten Überstunden abgegolten werden, und scheint im Rahmen der Lohnverrechnung nicht als eigener Entgeltbestandteil auf. Der dem Arbeitnehmer zustehende Grundlohn, also der Lohn für die Normalarbeitszeit, muss aber im Dienstzettel bzw. im Dienstvertrag zwingend ausgewiesen werden.

Die Überstundenpauschale muss die Grundstundenlöhne sowie die Zuschläge abgelten. Ihr Umfang darf nicht geringer sein als das der tatsächlichen Überstundenleistung entsprechende Entgelt. Sind die geleisteten Überstunden nicht durch die Pauschale abgedeckt, so hat der Arbeitnehmer Anspruch auf Vergütung der Mehrleistung. Es ist Aufgabe des Arbeitgebers, im Rahmen der sogenannten Deckungsprüfung zu überprüfen, ob die erbrachten Überstunden durch die Überstundenpauschale tatsächlich abgedeckt sind. Maßgeblich ist dabei die Anzahl der Überstunden im Kalenderjahresschnitt.

Anlässlich der Deckungsprüfung sind bei Ermittlung der Grundstundenlöhne der jeweilige kollektivvertragliche Überstundenteiler und die maßgeblichen kollektivvertraglichen Überstundenzuschläge zu beachten.

Im Rahmen von All-In-Verträgen kann eine strafbare Unterentlohnung dann vorliegen, wenn sich bei der Deckungsprüfung am Ende des Kalenderjahres herausstellt, dass die vereinbarten Entgelte die tatsächlich erbrachte Leistung nicht abdecken und eine Unterdeckung nicht ausgeglichen wird.

### 2.6.5. Zulagen und Zuschläge

Anknüpfungspunkt für die Lohnkontrolle ist nicht mehr der Grundlohn, sondern das dem Arbeitnehmer zustehende Entgelt.

Das LSD-BG erstreckt sich daher auch auf jene Zulagen, die dem Mitarbeiter nach den Bestimmungen des Kollektivvertrages für die Zurverfügungstellung der Arbeitskraft ausbezahlt und damit als Entgelt anzusehen sind, wie eine Erschwerniszulage, eine Gefahrenzulage, eine Nachtzulage oder auch ein Vorarbeiterzuschlag.

#### Beispiel:

**Sachverhalt:** Der Arbeitgeber bezahlt den im Kollektivvertrag für Arbeiter im Metallgewerbe vorgesehenen Vorarbeiterzuschlag in Höhe von 10% nicht, obwohl der Arbeitnehmer auf diesen einen Anspruch hat.

**Ergebnis:** Es liegt eine strafbare Unterentlohnung vor.

### 2.6.6. Entgeltfortzahlung

Jenes Entgelt, welches nach Gesetz oder Kollektivvertrag für leistungsfreie Zeiten ausbezahlt ist, wie das Feiertags-, das Urlaubs- und das Krankenentgelt, aber auch das Entgelt, das bei Vorliegen wichtiger Dienstverhinderungsgründen fortzuzahlen ist, kann von der Behörde einer Lohnkontrolle unterzogen werden.

#### Beispiel:

**Sachverhalt:** Der Mitarbeiter ist in einem Hotel beschäftigt und erbringt an Feiertagen regelmäßig Arbeitsleistungen. Dafür gebührt ihm neben dem Monatslohn das Feiertagsarbeitsentgelt.

Er befindet sich von 24.10. bis 4.11. in einem zweiwöchigen Krankenstand. Bei der Berechnung des Krankenentgelts ist für den 26.10. und für den 1.11. auch das Feiertagsarbeitsentgelt zu berücksichtigen.

**Ergebnis:** Geschieht dies nicht, liegt eine strafbare Unterentlohnung vor.

## 2.7. Ausblick

Das LSD-BG und die sich daraus ergebenden Konsequenzen - nämlich die vergleichsweise hohen Verwaltungsstrafen bei Verstößen gegen das LSD-BG - machen es notwendig, dass sich Unternehmen und Arbeitgeber sehr genau und unter Umständen ernsthafter als bisher mit den Fragen der Lohnverrechnung und der Abrechnung ihrer Mitarbeiter auseinandersetzen.

Die soeben erfolgte Darstellung der wichtigsten Bereiche richtiger Lohnverrechnung soll helfen, Verstöße gegen die Strafbestimmungen des LSD-BG hintanzuhalten.

Ist es allerdings trotz entsprechender Aufmerksamkeit und Vorsicht zu einem Fehler und damit zu einer Unterentlohnung gekommen, zeigt das folgende Kapitel, was in einem Verfahren wegen Unterentlohnung zu beachten ist.

## **3. Verfahren vor der Gebietskrankenkasse wegen Unterentlohnung**

### **3.1. Kontrolle durch die Gebietskrankenkasse**

#### **3.1.1. Allgemeines**

Das folgende Kapitel zeigt, dass es Aufgabe der Gebietskrankenkassen ist, die behördliche Lohnkontrolle durchzuführen und die Einhaltung des LSD-BG sicherzustellen. Die Kontrollen erfolgen im Regelfall im Rahmen der gemeinsamen Prüfung aller lohnabhängigen Abgaben (GPLA). Sie können auch im Zuge von Erhebungen, also als Überprüfungen im Einzelfall, erfolgen.

Die Gebietskrankenkassen überprüfen alle nach dem ASVG pflichtversicherten Arbeitnehmer. Nur im Bereich der Bauwirtschaft erfolgt die Kontrolle durch die BUAK.

Bei der Kontrolle, ob eine Unterentlohnung vorliegt, wird Folgendes geprüft:

- Ermittlung des Entgeltanspruchs:  
Wie hoch ist das nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag dem jeweiligen Arbeitnehmer gebührende Entgelt?
- Feststellung der tatsächlichen Lohnzahlung:  
Welchen Betrag hat der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer tatsächlich im jeweiligen Lohnzahlungszeitraum, das ist in der Regel der Kalendermonat, ausbezahlt?
- Ergibt sich ein Differenzbetrag zulasten des Arbeitnehmers?
- Ist eine Anzeige zu erstatten? Wie wirkt eine Nachzahlung durch den Arbeitgeber?

Liegt eine Anzeige der GKK vor, wird das damit eingeleitete Verwaltungsstrafverfahren nach dem LSD-BG von den Bezirksverwaltungsbehörden durchgeführt. Bezirksverwaltungsbehörden sind die Bezirkshauptmannschaften sowie im Fall von Städten mit eigenem Statut der jeweilige Magistrat (z.B. der Magistrat der Stadt Wien).

#### **3.1.2. Ermittlung des Entgeltanspruchs - Stellungnahme der Kollektivvertragspartner**

Bei der Ermittlung des Entgeltanspruchs prüft die Gebietskrankenkasse,

- welcher Kollektivvertrag auf das Arbeitsverhältnis normativ zur Anwendung kommt,
- ob der Arbeitnehmer aufgrund der Tätigkeit korrekt in den Kollektivvertrag eingestuft ist,
- in welcher Höhe der Kollektivvertrag das Entgelt bestimmt.

Es wird ein Vergleich zwischen dem geschuldeten Entgelt und der tatsächlichen Lohnzahlung vorgenommen.



Vergleich	
<b>Ansprüche aus</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Kollektivvertrag</li> <li>• Gesetz</li> <li>• Satzung</li> </ul>	<b>Erhaltenes Entgelt aufgrund</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Dienstvertrag inkl. Überzahlung</li> <li>• Betriebsvereinbarung</li> <li>• faktischer Überzahlung</li> </ul>
Nicht zählen	
<ul style="list-style-type: none"> <li>• <b>Ansprüche aus</b> Dienstvertrag</li> <li>• <b>Ansprüche aus</b> Betriebsvereinbarung</li> <li>• SV-freie Entgeltbestandteile</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Aufwandersätze</li> <li>• Sachbezüge (außer im Kollektivvertrag verankert)</li> </ul>

Zusätzlich wird anhand der Arbeitsaufzeichnungen kontrolliert, ob ein Anspruch auf Mehr- und Überstundenentlohnung oder auf sonstige Zulagen oder Zuschläge besteht. Auch der Anspruch auf Sonderzahlungen wird überprüft.

Die Gebietskrankenkasse kann bei Fragen zur Einstufung des Arbeitnehmers in den Kollektivvertrag, aber auch bei anderen Entgeltfragen, die Kollektivvertragspartner des anzuwendenden Kollektivvertrags befragen. Diese Entscheidung, ob die Kollektivvertragspartner angehört werden, liegt allerdings im Ermessen des Krankenversicherungsträgers.

Die Kollektivvertragspartner müssen zwingend angehört werden, wenn der Arbeitgeber begründete Einwendungen gegen das von der Gebietskrankenkasse angenommene Entgelt, insbesondere gegen die Einstufung, erhebt. Dies gilt aber nicht, wenn der Arbeitgeber die Einstufung bloß bestreitet, ohne eine Begründung dafür anzuführen. Ein förmlicher Antrag des Arbeitgebers, die Kollektivvertragspartner einzubinden, ist nicht notwendig.

#### Beispiel:

**Sachverhalt:** Ein Wiener Gastronomiebetrieb beschäftigt einen Elektriker mit Lehrabschlussprüfung. Da der Arbeitnehmer als Hausarbeiter für sämtliche anfallende Arbeiten eingesetzt werden soll, wird er in die Lohngruppe 5 eingestuft. Nach Ansicht der WGKK ist der Mitarbeiter aber in die Lohngruppe 3 als Facharbeiter im berufseinschlägigen Aufgabenbereich einzustufen.

**Ergebnis:** Der Arbeitgeber erhebt begründete Einwendungen gegen die Einstufung durch die WGKK. Die Kollektivvertragspartner sind zwingend zu dieser Einstufungsfrage anzuhören.

#### Tipp!

Liegt eine Stellungnahme der Kollektivvertragspartner vor und wird die beanstandete Entlohnungspraxis darin gestützt, kann das die Anzeige/Strafe abwenden.

Die Stellungnahme der Kollektivvertragspartner hat eine gemeinsame zu sein. Es besteht aber keine Bindung an diese gemeinsame Stellungnahme.

#### Vorsicht!

Werden die Kollektivvertragspartner entgegen der gesetzlichen Vorgabe nicht eingebunden, ist eine von der Gebietskrankenkasse erstattete Anzeige dennoch maßgeblich und das Verwaltungsstrafverfahren ist wirksam eingeleitet.

Die Ermittlung des Entgeltanspruchs durch die Gebietskrankenkassen führt zu dem Ergebnis, dass die vom Arbeitgeber vorgenommene Beurteilung aus Sicht der Gebietskrankenkassen korrekt ist - oder eben nicht.

### 3.1.3. Feststellung der tatsächlichen Lohnzahlung

Im nächsten Schritt überprüft die Gebietskrankenkasse, ob der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer das zustehende Entgelt auch tatsächlich ausbezahlt hat.

Entscheidend ist dabei der Nachweis der tatsächlichen Auszahlung des Entgelts durch Auszahlungsbelege oder Banküberweisungsbelege. Probleme sind bei nicht durch Unterlagen nachgewiesenen Lohnzahlungen zu erwarten, insbesondere, wenn der Arbeitnehmer die Nichtleistung behauptet. Bei der Lohnkontrolle kommt es nicht darauf an, ob der Arbeitgeber die Sozialversicherungsbeiträge vom korrekten Entgeltanspruch berechnet und tatsächlich geleistet hat. Die Gebietskrankenkasse wird aber gesondert die rückständigen Beiträge einfordern.

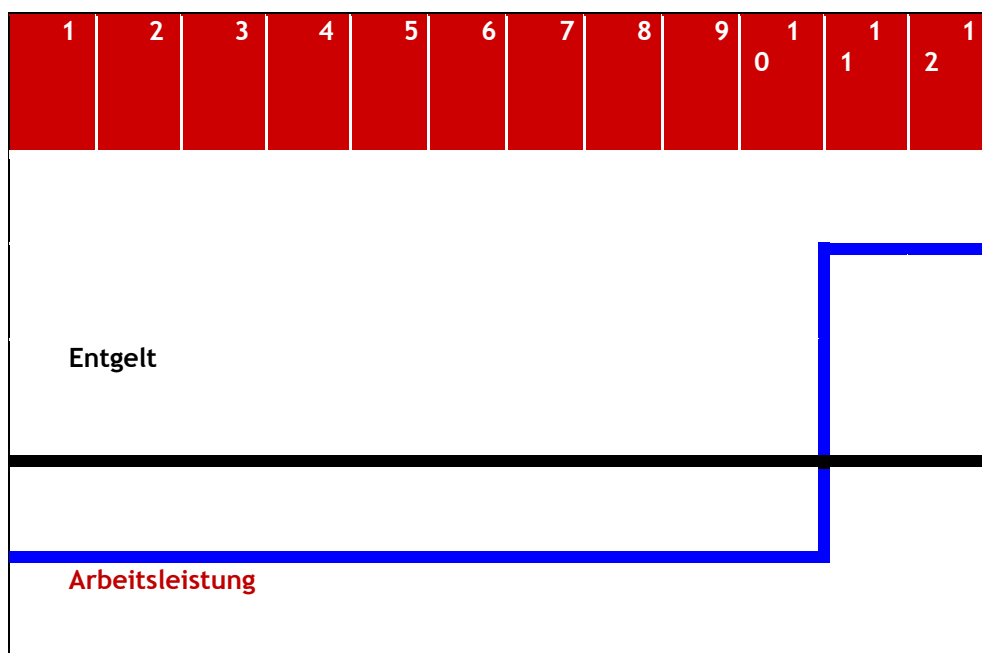
Prinzipiell kommt es darauf an, dass der Arbeitnehmer das Entgelt zum Fälligkeitstermin tatsächlich erhalten hat.

#### Beispiel:

**Sachverhalt:** Im Februar 2016 bezahlt der Arbeitgeber anstelle eines 100%igen Zuschlags nur 50%. Der Zuschlag ist am 29.2.2016 fällig.

**Ergebnis:** Es kann eine strafbare Unterentlohnung vorliegen, wenn es zu keiner Nachzahlung kommt und die Nachsichtregelung nicht anwendbar ist.

Im Falle einer Überstundenpauschale stellen die Materialien zum LSD-BG klar, dass, soweit die geleisteten Überstunden in der Pauschale keine Deckung finden, eine Unterentlohnung nicht vor dem - etwa nach erfolgter Deckungsprüfung eingetretenen - Fälligkeitszeitpunkt für diese noch abzugeltenden Überstunden vorliegen kann. Dies gilt auch dann, wenn die abzugeltenden Überstunden in Lohnzahlungszeiträumen mit bereits eingetretenen Fälligkeitsterminen erbracht wurden.



Bei einer monatlichen Betrachtung liegt in der obigen Darstellung im November und Dezember eine Unterentlohnung vor. Ist All-In oder eine Überstundenpauschale vereinbart, gilt die Jahresbetrachtung, so dass keine Unterentlohnung vorliegt.

#### **Vorsicht!**

Bei All-In und Pauschalvereinbarungen ist jedenfalls eine Deckungsprüfung vorzunehmen!

Begleitet der Arbeitgeber den fälligen Entgeltanspruch erst zu einem späteren Zeitpunkt, so bleibt er aber trotzdem jedenfalls straffrei, wenn die Nachzahlung vor einer Erhebung/Kontrolle durch die Gebietskrankenkasse erfolgt. Aufgrund der Schadenswiedergutmachung liegt in diesem Fall keine strafbare Unterentlohnung vor und die Gebietskrankenkasse hat keine Anzeige zu erstatten.

#### **Beispiel:**

**Sachverhalt:** Der Arbeitgeber bezahlt im Zeitraum vom 1.1.2016 bis 31.3.2016 nicht den im Kollektivvertrag für Arbeiter im Metallgewerbe vorgesehenen Vorarbeiterzuschlag in Höhe von 10%. Im April 2016 bemerkt er den Fehler und stellt die Auszahlung rückwirkend ab 1.1.2016 richtig. Die Nachzahlungen langen im April auf dem Konto des Arbeitnehmers ein. Die Kontrolle durch die Gebietskrankenkasse findet im Mai 2017 statt. Liegt eine strafbare Unterentlohnung vor?

**Ergebnis:** Nein. Da die Nachzahlung vor einer Kontrolle durch die Gebietskrankenkasse erfolgt ist, bleibt der Arbeitgeber jedenfalls straffrei.

#### **Beispiel:**

**Sachverhalt:** Der Arbeitgeber bezahlt im Zeitraum August bis Dezember 2016 eine kollektivvertragliche Zulage in Höhe von € 50,- monatlich nicht. Der betroffene Arbeitnehmer erhält allerdings im Dezember 2016 eine Prämie in Höhe von € 500,-. Die Prüfung durch die Gebietskrankenkasse findet im März 2017 statt. Liegt eine strafbare Unterentlohnung vor?

**Ergebnis:** Die am Ende des Jahres ausbezahlte Prämie muss als Nachzahlung für eine während des Jahres passierte Unterentlohnung gelten. Auf eine Widmung der Nachzahlung darf es nicht ankommen, weil nur entscheidend ist, dass der Arbeitnehmer im Ergebnis alles erhalten hat, was ihm zusteht. Dennoch ist eine Widmung der Prämienzahlung empfehlenswert, um kein Risiko einzugehen.

Im Ergebnis liegt im lohnperiodenübergreifenden Zeitraum von August bis Dezember 2016 aufgrund der Prämienzahlung keine Unterentlohnung vor. Da die Nachzahlung vor einer Kontrolle durch die Gebietskrankenkasse erfolgt, bleibt der Arbeitgeber jedenfalls straffrei.

### **3.1.4. (Mitwirkungs-)Pflichten des Arbeitgebers**

Der Arbeitgeber hat aufgrund seiner allgemeinen Auskunftspflicht bei einer Prüfung durch die Gebietskrankenkasse Einsicht in alle Geschäftsbücher und Belege sowie in sonstige Aufzeichnungen zu gewähren, die für das Versicherungsverhältnis von Bedeutung sind. Die Gebietskrankenkasse ist bei der Durchführung der Lohnkontrolle weiters ausdrücklich dazu berechtigt, in die für die Überprüfung der korrekten Entlohnung erforderlichen Unterlagen Einsicht zu nehmen und Ablichtungen anzufertigen.

Das Einsichtsrecht bezieht sich auf sämtliche Unterlagen, die zur Überprüfung der korrekten Entlohnung erforderlich sind. Das sind jedenfalls Arbeitszeitaufzeichnungen, der Arbeitsvertrag oder der Dienstzettel sowie die Lohnunterlagen und die Auszahlungsbelege.

Die korrekte Einstufung des Dienstnehmers in den Kollektivvertrag wird anhand der Angaben im Dienstvertrag/Dienstzettel oder am Lohnkonto überprüft. Weiters kommen sämtliche Unterlagen in Frage, die einen Rückschluss auf die ausgeübte Tätigkeit zulassen.

#### **Vorsicht!**

Verweigert der Arbeitgeber die Einsichtnahme in diese Unterlagen, begeht er eine Verwaltungsübertretung. Der Strafraum beträgt pro Arbeitnehmer zwischen € 1.000,- und € 10.000,-, im Wiederholungsfall zwischen € 2.000,- und € 20.000,-.

Wenn die Gebietskrankenkasse dies verlangt, haben Arbeitgeber die erforderlichen Unterlagen oder Ablichtungen an sie zu übermitteln. Die Unterlagen sind binnen 2 Werktagen ab der Aufforderung abzusenden. Die Kosten für die Übermittlung muss der Arbeitgeber selbst tragen.

#### **Beispiel:**

**Sachverhalt:** Der Betriebsurlaub dauert von Samstag, 23.12.2017, bis Sonntag, 7.1.2018. Die Gebietskrankenkasse verlangt die Unterlagen am Freitag, den 22.12.2017 um 10:30 Uhr. Bis wann sind die Unterlagen abzusenden?

**Ergebnis:** Die Unterlagen sind bis Mittwoch, 27.12.2017, 24 Uhr abzusenden.

#### **Vorsicht!**

Wer die Unterlagen nicht übermitteln, begeht eine Verwaltungsübertretung. Der Strafraum beträgt pro Arbeitnehmer zwischen € 500,- und € 5.000,-, im Wiederholungsfall zwischen € 1.000,- und € 10.000,-.

### **3.2. Verschulden als Voraussetzung für Anzeige/Strafe**

Die Überprüfung des zustehenden Entgeltanspruchs und der nachweislichen Lohnzahlung an den Arbeitnehmer kann einen Differenzbetrag zulasten des Arbeitnehmers ergeben.

Die Gebietskrankenkasse entscheidet in weiterer Folge, ob eine Anzeige wegen strafbarer Unterentlohnung an die Bezirksverwaltungsbehörde zu erstatten ist und damit das Verwaltungsstrafverfahren eingeleitet wird, oder ob von einer Anzeige abgesehen wird („Nachsichtregelung“). Voraussetzung für die Strafbarkeit einer Tat ist aber, dass der Täter schuldhaft gehandelt hat.

Ausschlaggebend ist bei Einzelunternehmen das Verschulden des Arbeitgebers. Bei Gesellschaften wird auf das Verschulden des zur Vertretung nach außen Berufenen abgestellt. Zur Vertretung nach außen berufen ist bei

- der OG jeder Gesellschafter,
- der KG der Komplementär,
- der GmbH der handelsrechtliche Geschäftsführer,
- der AG der Vorstand.

Ist ein verantwortlicher Beauftragter bestellt, kommt es auf dessen Verschulden an.

Beim Verschulden wird geprüft, ob der Verstoß gegen die jeweilige Verwaltungsvorschrift dem Täter vorwerfbar ist. Dies ist der Fall, wenn der Täter sich mit den einschlägigen Vorschriften nicht bekannt gemacht hat, obwohl er dazu verpflichtet gewesen wäre. Es wird aber berücksichtigt, dass die Entgeltberechnung und -abrechnung komplex und fehleranfällig sein kann.

Liegt kein Verschulden des Arbeitgebers vor, schließt dies die Strafbarkeit des Arbeitgebers aus. Dies ist allerdings nur sehr selten der Fall, weil beim Straftatbestand der Unterentlohnung Fahrlässigkeit widerleglich vermutet wird. Die bloße Unterschreitung des Entgelts reicht daher meist für die Strafbarkeit aus. Der Arbeitgeber muss daher glaubhaft machen, dass kein Verschulden vorliegt. Liegt überhaupt kein Verschulden vor, fehlen die Voraussetzungen für eine Anzeige/Strafe. Eine Nachzahlung ist in diesem Fall nicht erforderlich. Erst bei Vorliegen von Verschulden ist die Nachsichtregelung zu prüfen.

Nach den Materialien zum LSD-BG handelt der Arbeitgeber in folgenden Fällen nicht schuldhaft:

- Der Arbeitgeber orientiert sein Verhalten an der höchstgerichtlichen Rechtsprechung oder - sofern eine solche fehlt - an der Vollzugspraxis der Behörden.
- Der Arbeitgeber kommt seinen Erkundigungspflichten nach und holt aufgrund von vollständigen Sachverhaltsgrundlagen Auskünfte bei kompetenten Stellen wie den zuständigen Behörden, Kammern oder der Gebietskrankenkasse ein. Nicht hinreichend sind Auskünfte unzuständiger Behörden bzw. berufsmäßiger Parteienvertreter wie Rechtsanwälte und Steuerberater.
- Die Rechtsauffassung des Arbeitgebers basiert auf der Auskunft der überbetrieblichen gesetzlichen Interessenvertretung der Arbeitnehmer (das ist die Arbeiterkammer) im Zuge einer Beratung des Arbeitnehmers.
- Die Rechtsauffassung des Arbeitgebers beruht auf einem Vergleich, den er mit dem Arbeitnehmer unter Mitwirkung der überbetrieblichen gesetzlichen Interessenvertretung der Arbeitnehmer, also der Arbeiterkammer, geschlossen hat.

#### **Beispiel:**

**Sachverhalt:** Ein Wiener IT-Unternehmen kündigt einen Mitarbeiter unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist. Nach Erhalt der Endabrechnung macht der Arbeitnehmer mit Unterstützung der Arbeiterkammer die Auszahlung von 100 Überstunden inklusive Zuschlägen geltend. Der Arbeitgeber, vertreten durch die Wirtschaftskammer Wien, und der Arbeitnehmer, vertreten durch die Arbeiterkammer Wien, einigen sich in einem Vergleich auf die Bezahlung von 50 Überstunden. Der Arbeitgeber zahlt dem Arbeitnehmer die 50 Überstunden inklusive Zuschlägen nach. Bei der nächsten GPLA-Prüfung vertritt die GKK die Meinung, dass insgesamt 100 Überstunden geleistet wurden und die Unterentlohnung mehr als 10% beträgt. Hat der Arbeitgeber eine Anzeige zu befürchten?

**Ergebnis:** Der Arbeitgeber ist mangels Verschuldens nicht wegen Unterentlohnung zu bestrafen. Sein Verschulden liegt deswegen nicht vor, weil er den Vergleich unter Mitwirkung der Arbeiterkammer geschlossen hat. Die GKK hat von der Erstattung einer Anzeige abzusehen.

Mangels Vorwerfbarkeit ist auch dann keine Strafe zu verhängen, wenn eine Unterentlohnung auf einer fachlich gut vertretbaren Auslegung beruht.

Das Verschulden des Verantwortlichen kann im Regelfall nur ein Organisationsverschulden in der diesbezüglichen Organisation und Führung der Personalverwaltung sein.

Kein Organisationsverschulden liegt dann vor, wenn ein ausreichendes und an sich effizientes Vorbeuge- und Kontrollsystem zur Verhinderung vorwerfbarer Unterzahlung errichtet und umgesetzt ist. Der Arbeitgeber hat die organisatorisch-personellen Voraussetzungen für die effektive Einhaltung im Unternehmen zu schaffen und die tatsächliche Einhaltung in der Praxis durch geeignete Maßnahmen zu garantieren. Das Problem liegt darin, dass ein wirksames Kontrollsystem kaum zu organisieren ist. Stichprobenartige Kontrollen reichen nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs jedenfalls nicht.

### **Tipp!**

Wichtig ist, ein Organisationsverschulden auszuschließen! Der Arbeitgeber hat für ein effizientes Vorbeuge- und Kontrollsystem zu sorgen.

## **3.3. Absehen von der Anzeige durch die Gebietskrankenkasse („Nachsichtregelung“)**

### **3.3.1. Allgemeines**

Wie oben schon dargestellt, reicht die bloße Unterschreitung des Entgelts für die Strafbarkeit aus, weil Fahrlässigkeit widerleglich vermutet wird.

Im Weiteren wird der Differenzbetrag zwischen dem tatsächlich geleisteten und dem nach den Lohnvorschriften zustehenden Entgelt durch die Gebietskrankenkasse beziffert und ist dem Arbeitgeber mitzuteilen. Der Arbeitgeber hat jetzt die Möglichkeit, die Entgeltdifferenz binnen der von der Gebietskrankenkasse festgesetzten Frist nachweislich an den Arbeitnehmer zu leisten.

### **Vorsicht!**

Von der Mitteilung über die Entgeltdifferenz in Zusammenhang mit der Lohnkontrolle ist die Nachforderung von Sozialversicherungsbeiträgen durch die Gebietskrankenkasse zu unterscheiden. Nicht jede Nachforderung von Sozialversicherungsbeiträgen resultiert aus einer strafbaren Unterentlohnung.

Sozialversicherungsbeiträge werden nach dem Anspruchsprinzip berechnet, wobei auch arbeitsvertraglich geschuldete Entgelte herangezogen werden. Bei der Überprüfung, ob eine Unterentlohnung nach dem LSD-BG vorliegt, kommt es nur auf das nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag zustehende Entgelt an, nicht aber auf ein im Arbeitsvertrag vereinbartes höheres Entgelt. Sozialversicherungsbeiträge werden nur bis zur Höchstbeitragsgrundlage vorgeschrieben, während die Lohnkontrolle nicht bei der Höchstbeitragsgrundlage endet.

Erste Voraussetzung für die Anwendung der Nachsichtregelung ist, dass der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer die Entgeltdifferenz nachweislich nachzahlt. Diese Nachzahlung ist innerhalb der von der Gebietskrankenkasse festgesetzten Frist zu leisten. Sie kann aber auch schon vor der Zahlungsaufforderung der Gebietskrankenkasse erfolgen.

**Vorsicht!**

Zahlt der Arbeitgeber die festgestellte Entgeltdifferenz nicht nach, kommt es zu einer Anzeige durch die Gebietskrankenkasse!

Neben der Nachzahlung ist es für die Nachsichtregelung Voraussetzung, dass entweder

- die Unterschreitung des maßgeblichen Entgelts unter Beachtung der jeweiligen Einstufungskriterien gering ist, oder
- das Verschulden des Arbeitgebers oder des zur Vertretung nach außen Berufenen oder des verantwortlichen Beauftragten leichte Fahrlässigkeit nicht übersteigt.

Für die Nachsichtregelung sind daher folgende Fallkonstellationen möglich:

- Hohe Unterentlohnung und leichte Fahrlässigkeit,
- geringe Unterentlohnung und grobe Fahrlässigkeit.

**Vorsicht!**

Liegen die Voraussetzungen für die Nachsichtregelung nicht vor, muss die Gebietskrankenkasse Anzeige bei der Bezirksverwaltungsbehörde erstatten.

Der Arbeitgeber hat aber umgekehrt einen Rechtsanspruch auf die Anwendung der Nachsichtregelung, wenn die Voraussetzungen dafür vorliegen!

**Beispiel:**

**Sachverhalt:** Im Zeitraum vom 1.1.2015 bis 31.1.2015 bekam der Arbeitnehmer aufgrund einer Falscheinstufung zu wenig Lohn ausbezahlt. Die Gebietskrankenkasse kontrolliert den Betrieb im März 2016. Der Arbeitgeber zahlt am 30.4.2016 dem Arbeitnehmer die gesamte Entgeltdifferenz nach.

**Ergebnis:** Die GKK hat von der Erstattung einer Anzeige abzusehen, wenn entweder die Unterentlohnung gering ist oder die verantwortlichen Personen nur leicht fahrlässig gehandelt haben.

**3.3.2. Geringe Unterentlohnung**

Die Frage, wann eine geringe Unterentlohnung vorliegt, wird in einem Erlass des Bundesministeriums für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz (BMASK) geregelt („Die lohnschutzrechtlichen Bestimmungen des AVRAG, LSDB - Richtlinien 2015“). In diesem Erlass ist eine Bagatellgrenze von 10% verankert. Demnach liegt eine geringe Unterschreitung des Mindestentgeltes dann vor, wenn der der Lohnkontrolle unterliegende Entgeltanspruch um nicht mehr als 10% unterschritten wird.

Nach einem Beschluss der Trägerkonferenz des Hauptverbands bekennen sich die Krankenversicherungsträger bezüglich des LSD-BG im Interesse einer bundesweit einheitlichen Vollziehung in Anwendung der LSDB-Richtlinien 2015 inklusive der Bagatellgrenze von 10 % zu einer gemeinsamen Vorgehensweise. Die Gebietskrankenkassen haben daher bei der Vollziehung des LSD-BG den Erlass und damit die Bagatellgrenze von 10% verbindlich zu beachten.

Prüfmaßstab der Lohnkontrolle ist das Bruttoentgelt. Die 10%-Grenze bezieht sich in der Regel auf das Bruttomonatsentgelt.

Nach dem Erlass ist die Nachsichtregelung auch dann anzuwenden, wenn es sich um wechselnde Entgeltbestandteile handelt und insgesamt keine Unterentlohnung von mehr als 10% vorliegt. Dauert die Unterentlohnung über mehrere Lohnzahlungsperioden, ist zur Ermittlung der 10%-Grenze eine Schnittrechnung vorzunehmen.

#### Beispiel:

**Sachverhalt:** Es gilt der Kollektivvertrag für Arbeiter im Metallgewerbe 2016. Der Mitarbeiter ist Facharbeiter. Der KV-Lohn beträgt € 2.043,33 brutto.

In den Monaten Jänner bis Februar ist die Normalarbeitszeit auf den Nachmittag und den Abend verschoben. Der Mitarbeiter arbeitet an jedem Arbeitstag bis 24 Uhr. Für Arbeitsleistungen von 22 Uhr - 24 Uhr gebührt eine Nachtarbeitszulage von € 1,886 brutto in der Stunde. Für jede Woche, also für 5 Arbeitstage ergibt dies einen Betrag von € 18,86 brutto (€ 1,886 brutto x 10 Stunden). Dies ergibt für die 8 Arbeitswochen der Monate Jänner und Februar den Gesamtbetrag von € 150,88 brutto an Nachtarbeitszulage.

In den Monaten März bis Juni ist der Mitarbeiter als Vorarbeiter tätig. Dafür gebührt der Vorarbeiterzuschlag von 10% des Lohns. Dieser beträgt insgesamt € 817,36 brutto (€ 2.043,33 brutto x 10% = 204,34 brutto x 4 Monate = € 817,36 brutto).

In den restlichen Monaten des Jahres 2016 besteht unstrittig bloß Anspruch auf den Monatslohn.

Die Nachtarbeitszulage und der Vorarbeiterzuschlag werden nicht bezahlt.

**Ergebnis:** Es liegt eine Unterentlohnung vor. Zu prüfen ist, ob das für den Zeitraum Jänner bis Mai gebührende Mindestentgelt im Schnitt um höchstens 10% unterschritten wurde.

- Das für den Zeitraum Jänner bis Juni gebührende Mindestentgelt beträgt € 13.228,22 brutto (€ 2.043,33 brutto Monatslohn x 6 Monate zuzüglich € 150,88 brutto Nachtarbeitszulage zuzüglich € 817,36 brutto Vorarbeiterzuschlag).
- Das für den Zeitraum Jänner bis Juni gebührende Mindestentgelt ist dann im Schnitt um höchstens 10% unterschritten, wenn € 1.322,82 brutto nicht bezahlt sind.
- Die Nachtarbeitszulage und der Vorarbeiterzuschlag, also insgesamt € 968,24 brutto, wurden nicht bezahlt. Damit liegt eine Unterschreitung um weniger als 10% vor.
- Nach dem entsprechenden Erlass des BMASK hat daher - bei bereits erfolgter Nachzahlung des offenen Betrages von € 968,24 brutto durch das Unternehmen - die Gebietskrankenkasse zu unterlassen, eine Strafanzeige zu erstatten.
- Die Unterentlohnung bleibt für das Unternehmen sanktionslos.

#### Sachverhaltsvariante 1:

Der Mitarbeiter leistet neben der Nacharbeit im Jänner und Februar und der Vorarbeitertätigkeit von März bis Juni in seiner Tätigkeit als Vorarbeiter 15 Überstunden mit dem Entgeltanspruch von € 353,70 brutto (€ 23,58 brutto x 15 Stunden). Die Nachtarbeitszulage, der Vorarbeiterzuschlag sowie die Überstunden werden nicht bezahlt.



**Ergebnis:**

- Das Überstundenentgelt inklusive Zuschlag beträgt € 23,58 brutto (= € 2.043,33 brutto Lohn plus € 204,34 brutto Vorarbeiterzuschlag = € 2.247,67 brutto : 143 = € 15,72 plus € 7,86 brutto 50% Zuschlag).
- Das für den Zeitraum Jänner bis Juni gebührende Mindestentgelt beträgt daher € 13.581,92 brutto (€ 13.228,22 brutto plus € 353,70 brutto Überstundenentgelt).
- Das für den Zeitraum Jänner bis Juni gebührende Mindestentgelt ist dann im Schnitt um höchstens 10% unterschritten, wenn € 1.358,19 brutto nicht bezahlt sind.
- Die Nachtarbeitszulage und der Vorarbeiterzuschlag von insgesamt € 968,24 brutto sowie das Überstundenentgelt von € 353,19 brutto - also insgesamt € 1.321,43 brutto - wurden nicht bezahlt. Damit liegt eine Unterschreitung um weniger als 10% vor.
- Nach dem entsprechenden Erlass des BMASK hat daher - bei bereits erfolgter Nachzahlung des offenen Betrages von € 1.321,43 brutto durch das Unternehmen - die Gebietskrankenkasse zu unterlassen, eine Strafanzeige zu erstatten.
- Die Unterentlohnung bleibt für das Unternehmen sanktionslos.

**Sachverhaltsvariante 2:** Der Mitarbeiter leistet neben der Nachtarbeit im Jänner und Februar und der Vorarbeitertätigkeit von März bis Juni in seiner Tätigkeit als Vorarbeiter 30 Überstunden mit dem Entgeltanspruch von € 707,40 brutto (€ 23,58 brutto x 30 Stunden). Die Nachtarbeitszulage, der Vorarbeiterzuschlag sowie die Überstunden werden nicht bezahlt.

**Ergebnis:**

- Das Überstundenentgelt inklusive Zuschlag beträgt € 23,58 brutto (€ 2.043,33 brutto Lohn plus € 204,34 brutto Vorarbeiterzuschlag = € 2.247,67 brutto : 143 = € 15,72 plus € 7,86 brutto 50% Zuschlag).
- Das für den Zeitraum Jänner bis Juni gebührende Mindestentgelt beträgt daher € 13.935,62 brutto (€ 13.228,22 brutto plus € 707,40 brutto Überstundenentgelt).
- Das für den Zeitraum Jänner bis Juni gebührende Mindestentgelt ist dann im Schnitt um höchstens 10% unterschritten, wenn € 1.393,56 brutto nicht bezahlt sind.
- Die Nachtarbeitszulage und der Vorarbeiterzuschlag von insgesamt € 968,24 brutto sowie das Überstundenentgelt von € 707,40 brutto - also insgesamt € 1.675,64 brutto wurden nicht bezahlt. Damit liegt eine Unterschreitung um mehr als 10% vor.
- Nach dem entsprechenden Erlass des BMASK hat daher - auch bei bereits erfolgter Nachzahlung des offenen Betrages von € 1.675,64 brutto durch das Unternehmen - die Gebietskrankenkasse eine Strafanzeige zu erstatten.
- Das Verwaltungsstrafverfahren wird zu einer Bestrafung wegen Unterentlohnung führen.

**Fazit:** Die Gebietskrankenkassen sind an den Erlass gebunden. Bei Vorliegen der Voraussetzungen für die Nachsichtregelung ist keine Anzeige durch die Gebietskrankenkasse zu erstatten. Es kommt in weiterer Folge zu keinem Verwaltungsstrafverfahren und auch zu keinem Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof.

Hingewiesen wird aber auf die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs, die sich auf eine frühere Rechtslage bezieht. Nach dieser Regelung galt eine bloß 3%ige-Bagatellgrenze. Dabei ist zu bedenken, dass das Höchstgericht nicht an den Erlass gebunden werden kann.

Der Verwaltungsgerichtshof betont in diesen Entscheidungen ganz generell, dass prozentuell niedrige Unterentlohnungen nur dann als gering eingestuft werden können, wenn sie durch eine kurze Dauer und niedrige absolute Geldbeträge gekennzeichnet sind.

**Beispiel:** Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes, VwGH Ro 2014/11/0071, alte Rechtslage vor 2015

**Sachverhalt:** Der Arbeitgeber beschäftigte Arbeitnehmer, ohne den nach dem anzuwendenden Kollektivvertrag zustehenden Grundlohn zu bezahlen. Die Unterschreitung betrug 4,33%. Der Arbeitgeber zahlte die Differenzbeträge nach.

**Ergebnis:** Nach dem Verwaltungsgerichtshof sind neben der prozentuellen Unterentlohnung die absoluten Beträge der Unterentlohnung und deren Dauer zu berücksichtigen. Die Beträge bewegten sich zwischen € 0,77 für 2 Stunden und € 20,81 für 52,5 Stunden, und die Lohnnachzahlung betrug für alle Arbeitnehmer insgesamt € 44,59. In diesem Fall lag eine geringe Unterentlohnung vor und es war angesichts des präventiven Charakters der Strafnorm (Sicherstellung des Entgeltanspruchs und nicht die Pönalisierung) keine Strafe zu verhängen.

**Beispiel:** Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes, VwGH Ra 2014/11/0068, Entsendefall, alte Rechtslage vor 2015

**Sachverhalt:** Der Arbeitgeber beschäftigte 4 Arbeitnehmer, ohne den im Kollektivvertrag festgelegten Mindestlohn zu bezahlen. Die Unterentlohnung dauerte 4 Tage und die absolute Höhe der Unterentlohnung betrug € 40,87 pro Arbeitnehmer. Der Arbeitgeber leistete die Differenz nach.

**Ergebnis:** Da die Dauer der Unterentlohnung lediglich 4 Tage gedauert hat und die absoluten Beträge in der Höhe von € 40,87 als gering anzusehen sind, war von einer Strafe abzusehen.

**Beispiel:** Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes, VwGH 2013/11/0121, alte Rechtslage vor 2015

**Sachverhalt:** Ein Arbeitgeber bezahlte 11 Arbeitnehmern über unterschiedliche Zeiträume (in der Mehrzahl der Fälle bis zu über 17 Monaten) nicht den kollektivvertraglich zustehenden Lohn. Das Ausmaß der Unterentlohnung betrug zwischen 1,1% und 4,2%.

**Ergebnis:** Nach dem Verwaltungsgerichtshof sind diese Unterentlohnungen nicht gering. Bei einer derart langen Dauer der Unterschreitung könne sich nämlich sogar bei einer Unterentlohnung von 1,1% rechnerisch kein geringer absoluter Fehlbetrag mehr ergeben.

**Beispiel:** Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes, VwGH Ro 2014/11/0083, alte Rechtslage vor 2015

**Sachverhalt:** Die Personal-GmbH beschäftigte 42 Arbeitnehmer in Form der Arbeitskräfteüberlassung, ohne den im Beschäftigter-Kollektivvertrag festgelegten Mindestlohn zu bezahlen. Das Ausmaß der Unterentlohnung betrug zwischen 6,6% und 12,2% und betraf unterschiedliche Zeiträume, im längsten Fall über 10 Monate. Der Differenzbetrag für alle 42 Arbeitnehmer in Höhe von € 18.613,35 wurde nachträglich entrichtet.

**Ergebnis:** Nach dem Verwaltungsgerichtshof kann bei einem Differenzbetrag in Höhe von € 18.613,35 nicht mehr von einer geringen Unterentlohnung gesprochen werden.

**Beispiel:** Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes, VwGH Ra 2015/11/0035, alte Rechtslage vor 2015

**Sachverhalt:** Der Arbeitgeber beschäftigt 19 Arbeitnehmer, ohne diesen den nach dem Kollektivvertrag zustehenden Grundlohn zu bezahlen.

**Ergebnis:** Die Unterentlohnungen von 3,76% bis 4,71% sind nicht mehr gering, da sie sich über Zeiträume von 3, fünfenehalb und 18 Monaten erstreckten und die Beträge zwischen € 183,70 und € 1.750,40 ausmachten.

### 3.3.3. Verschuldensprüfung: Leichte Fahrlässigkeit

Bei der Anwendung der Nachsichtregelung kommt es auch auf das Verschulden an. Voraussetzung ist die leichte Fahrlässigkeit. Zur Wiederholung: Die Gebietskrankenkasse hat auch dann von einer Anzeige abzusehen, wenn die Unterentlohnung zwar mehr als 10% beträgt, aber das Verschulden den Grad der leichten Fahrlässigkeit nicht übersteigt.

Leichte Fahrlässigkeit ist dann anzunehmen, wenn der Fehler gelegentlich auch einem sorgfältigen Menschen unterläuft. Schwere oder grobe Fahrlässigkeit liegt hingegen im Fall ungewöhnlicher bzw. auffallender Sorglosigkeit vor.

Handelt es sich nicht um die erste strafbare Unterentlohnung, wirkt sich diese wiederholte Begehung des Delikts auf das Verschulden aus. Von einer Anzeige kann aber auch bei einer wiederholten Tat abgesehen werden. Dies kann insbesondere dann der Fall sein, wenn die Unterentlohnung nur gering ist.

Handelt der Arbeitgeber (oder eine ihm zuzurechnende Person) nicht schuldhaft (nicht einmal leichte Fahrlässigkeit ist gegeben), fehlen überhaupt die Voraussetzungen für eine Anzeige/Strafe. Eine Nachzahlung ist in diesem Fall nicht erforderlich. Erst wenn die Voraussetzungen für die Strafbarkeit vorliegen, ist die Nachsicht zu prüfen.

Leichte Fahrlässigkeit kann nach den Materialien zum LSD-BG etwa in folgenden Fällen gegeben sein:

- Die Unterentlohnung war tatsächlich sehr gering und es wurde auch die Differenz zum zustehenden arbeitsrechtlichen Entgelt tatsächlich nachgezahlt.
- Der Arbeitgeber bewirkt bei strittigen Entgeltfragen durch begründete Einwendungen die Anhörung der Kollektivvertragspartner und es wird die Rechtsauffassung des Arbeitgebers in der Stellungnahme der Kollektivvertragspartner gestützt.
- Bei Betrachtung eines lohnperiodenübergreifenden Zeitraums, also in der Regel länger als einen Kalendermonat, liegt - etwa aufgrund einer Überzahlung - keine Unterentlohnung vor.

Nach der früheren Rechtslage durfte für die Nachsichtregelung bloß ein geringfügiges Verschulden des Arbeitgebers vorliegen. Das Verschulden des Arbeitgebers war dann nicht geringfügig, wenn mehrere Arbeitnehmer von der Unterentlohnung betroffen waren. Nach der neuen Rechtslage kommt es auf die leichte Fahrlässigkeit an. Nach der hier vertretenen Meinung sollte die Betroffenheit von mehreren Arbeitnehmern die Beurteilung als leichte Fahrlässigkeit nicht ausschließen. Letztlich bleibt es aber offen, wie der Verwaltungsgerichtshof diesen Umstand beurteilt.

Bei der Verschuldensprüfung sind auch die Beweggründe und allfällige Hindernisse für das Unterbleiben der Ausbezahlung des zustehenden Mindestentgelts zu berücksichtigen.

**Beispiel:** Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes, VwGH Ra 2016/11/0007, LVwG NÖ, LVwG-S-1177/001-2015, LVwG-S-1177/003-2015

**Sachverhalt:** Aufgrund einer Zahlungsstockung, an deren Behebung der Arbeitgeber arbeitete, wurde der Lohn für den Zeitraum Juni und Juli 2014 zum Fälligkeitszeitpunkt nicht ausbezahlt. Der Arbeitgeber anerkannte den Entgeltanspruch der Arbeitnehmerin im Verfahren vor dem Arbeits- und Sozialgericht. Im März 2015 wurde das Unternehmen insolvent. Hat der Arbeitgeber eine Strafe zu befürchten?

**Ergebnis:** Der Verwaltungsgerichtshof entschied, dass auch in diesem Fall die Behörde dem Arbeitgeber eine Frist zur Nachzahlung des ausstehenden Mindestentgelts einräumen muss, um diesem Gelegenheit zu geben, durch fristgerechte Bezahlung das Absehen von der Bestrafung herbeiführen zu können. Dem Arbeitgeber kann geringfügiges Verschulden nicht von vornherein abgesprochen werden. Die Behörde darf nicht schon von vornherein davon ausgehen, dass der Arbeitgeber das ausstehende Mindestentgelt seinen Arbeitnehmern überhaupt nicht leisten werde.

Das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich kam im weiteren Verfahren zu folgendem Ergebnis: Das Verschulden des Arbeitgebers liegt im Fehlen eines wirksamen Kontrollsystems, um Engpässe bei der Auszahlung der Löhne zu vermeiden. Das Verschulden ist aber gering, weil der Arbeitgeber den Lohn nicht zahlen konnte und es keinen anderen Grund für die Nichtauszahlung gab. Da der Arbeitgeber aber aufgrund der Insolvenz keine Nachzahlung mehr leisten konnte, kann die Nachsichtregelung nicht zur Anwendung kommen und der Arbeitgeber muss mit einer Strafe rechnen.

### 3.4. Strafanzeige durch die Gebietskrankenkasse

Stellt der zuständige Träger der Krankenversicherung im Rahmen seiner Tätigkeit eine Unterentlohnung fest und liegen die Voraussetzungen für die Nachsichtregelung nicht vor, hat er Anzeige an die zuständige Bezirksverwaltungsbehörde zu erstatten. Das Verwaltungsstrafverfahren wird eingeleitet.

Mit der Anzeige ist ein bestimmtes Strafausmaß zu beantragen. Die Anzeige ist der Abgabenbehörde (dem Finanzamt) zum Zwecke der Nachverrechnung von Abgaben elektronisch zu übermitteln.

Der Krankenversicherungsträger informiert weiters den Arbeitnehmer über eine Anzeige wegen des Verdachtes der Unterentlohnung, die sein Arbeitsverhältnis betrifft. Dadurch kann der Arbeitnehmer Erkundigungen wegen der möglichen Unterentlohnung einholen und seine Interessenvertretung (Betriebsrat, Arbeiterkammer, Gewerkschaft) von der Anzeige informieren. Der Arbeitnehmer wird über die Tatsache der Anzeige informiert, es darf ihm aber nicht die Ablichtung der Anzeige übermittelt werden.

#### Vorsicht!

Im Ergebnis kann eine strafbare Unterentlohnung zu folgenden Konsequenzen führen:

- Anzeige und Verwaltungsstrafverfahren vor der Bezirksverwaltungsbehörde,
- Einforderung der ausstehenden Sozialversicherungsbeiträge durch die GKK und die Verhängung von Beitragszuschlägen,
- Geltendmachung der arbeitsrechtlichen Entgeltansprüche durch den Arbeitnehmer mittels Klage vor dem Arbeits- und Sozialgericht.

## 4. Verwaltungsstrafverfahren wegen Unterentlohnung

### 4.1. Allgemeines

Die Bezirksverwaltungsbehörde (Bezirkshauptmannschaft oder Magistrat) führt das Verwaltungsstrafverfahren wegen Unterentlohnung aufgrund einer Anzeige durch den Sozialversicherungsträger durch.

Gegen den Strafbescheid der Bezirksverwaltungsbehörde steht jeder Seite die Beschwerde an das Landesverwaltungsgericht zu. Gegen dessen Erkenntnis gibt es bei entsprechenden Rechtsfragen die Revision an den Verwaltungsgerichtshof oder Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof.

Die Bezirksverwaltungsbehörde hat unter den gleichen Voraussetzungen, welche die Gebietskrankenkasse bei der Nachsichtregelung anzuwenden hat, von der Verhängung einer Strafe abzusehen. Aufgrund der Weisungslage ist die Bezirksverwaltungsbehörde an den LSDB-Erlass und damit an die 10%-Bagatellgrenze gebunden.

Zur Wiederholung: Voraussetzung für die Anwendung der Nachsichtregelung ist, dass der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer die gebührende Entgeltdifferenz nachweislich leistet. Diese Nachzahlung hat binnen der durch die Bezirksverwaltungsbehörde festgesetzten Frist zu erfolgen. Der Arbeitgeber kann die Nachzahlung aber auch schon vor der Aufforderung durch die Bezirksverwaltungsbehörde leisten.

Weiters ist es für das Absehen von der Verhängung einer Strafe Voraussetzung, dass entweder die Unterschreitung des maßgeblichen Entgelts unter Beachtung der jeweiligen Einstufungskriterien gering ist (10%-Bagatellgrenze), oder das Verschulden des Arbeitgebers leichte Fahrlässigkeit nicht übersteigt.

### 4.2. Dauerdelikt Unterentlohnung

Der Begriff „Delikt“ ist die Bezeichnung für eine Verfehlung, die verwaltungsstrafrechtlich relevant ist. Dabei unterscheidet man zwischen dem Zustandsdelikt und dem Dauerdelikt.

Das Zustandsdelikt ist bereits dann beendet, wenn die Tat beendet ist.

#### Beispiel:

Die Überschreitung der Tagesarbeitszeit von 10 Stunden ist ein Zustandsdelikt, und zwar deshalb, weil das Delikt mit dem Ende der Tagesarbeitszeit beendet worden ist.

Die Unterentlohnung eines Arbeitnehmers wird als Dauerdelikt gesehen. Dies deshalb, weil die Aufrechterhaltung des rechtswidrigen Zustands, also eine immer noch gegebene Vorenthaltung des Entgelts, die Tat nicht beendet. Das Dauerdelikt der Unterentlohnung ist grundsätzlich erst mit der Beseitigung der Unterentlohnung, also mit der Nachzahlung des ausstehenden Entgelts, beendet. Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs ist das Delikt auch mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses beendet, und zwar selbst dann, wenn noch Entgelt ausständig ist.

Die Unterentlohnung ist pro unterentlohntem Arbeitnehmer strafbar. Bei länger dauernden Unterentlohnungen, die durchgehend mehrere Lohnzahlungszeiträume (= Monate) umfassen, liegt nur eine einzige Verwaltungsübertretung vor.

**Beispiel:**

**Sachverhalt:** Der Monatslohn nach dem Kollektivvertrag für gelernte Arbeiter im Hotel- und Gastgewerbe in Wien beträgt seit dem 1.5.2015 € 1.500,- brutto und wurde mit dem 1.5.2016 auf € 1.522,- brutto erhöht.

Die vollzeitbeschäftigte gelernte Kellnerin ist seit dem 1. Oktober 2015 in einem Wiener Wirtshaus beschäftigt. Der Arbeitgeber zahlt ihr einen „Anfangslohn“ von € 1.400,- brutto monatlich. Dieser wird ab dem 1.3.2016 auf € 1.600,- brutto erhöht.

**Ergebnis:** Die vom 1.10.2015 bis zum 29.2.2016 dauernde Unterentlohnung umfasst durchgehend fünf und damit mehrere Lohnzahlungszeiträume. Bei dieser fünf Monate dauernden Unterentlohnung handelt es sich um ein einziges Delikt, für das eine Mindeststrafe von € 1.000,- vorgesehen ist.

### 4.3. Verwaltungsstrafe

Liegen die Voraussetzungen für das Absehen von der Strafe nicht vor, verhängt die Bezirksverwaltungsbehörde eine Verwaltungsstrafe.

Sind von der Unterentlohnung

- höchstens 3 Arbeitnehmer betroffen, beträgt die Geldstrafe für jeden Arbeitnehmer € 1.000,- bis € 10.000,-, im Wiederholungsfall € 2.000,- bis € 20.000,-;
- mehr als 3 Arbeitnehmer betroffen, beträgt die Geldstrafe für jeden Arbeitnehmer € 2.000,- bis € 20.000,- im Wiederholungsfall € 4.000,- bis € 50.000,-.

#### Vorsicht!

Der Strafsatz wird je unterentlohntem Arbeitnehmer verhängt!

Nach dem Gesetz ist bei der Verhängung einer Geldstrafe zugleich eine Ersatzfreiheitsstrafe festzusetzen. Diese ist relevant, falls die Geldstrafe uneinbringlich ist. Die Ersatzfreiheitsstrafe darf beim Straftatbestand der Unterentlohnung 2 Wochen nicht übersteigen.

Grundlage für die Bemessung der Strafe sind die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat. Die Erschwerungs- und Milderungsgründe sind gegeneinander abzuwägen, soweit sie nicht schon bei der Strafdrohung berücksichtigt sind. Auf das Ausmaß des Verschuldens kommt es dabei ganz besonders an.

**Beispiel:** Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes, VwGH 2013/11/0249, Entsendefall

**Sachverhalt:** Der Arbeitgeber beschäftigt 3 Arbeitnehmer, ohne den nach dem Kollektivvertrag zustehenden Grundlohn zu bezahlen. Die Unterentlohnung beträgt 64,6% über einen Zeitraum von eineinhalb Monaten.

**Ergebnis:** In Anbetracht der eklatanten Unterentlohnung ist nach dem Verwaltungsgerichtshof nicht bloß die Mindeststrafe von € 1.000,- zu verhängen.

Weiters sind bei der Bemessung der Geldstrafe die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten des Täters zu berücksichtigen.

**Beispiel:** Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes, VwGH 2013/11/0184, Entsendefall

**Sachverhalt:** Die Unterentlohnung von 3 Arbeitnehmern dauerte 8 Tage und betrug über 50%. Trotz Aufforderung durch die Behörde legt der Arbeitgeber im Verwaltungsstrafverfahren seine Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse nicht offen. Über den Arbeitgeber wurde eine Strafe in Höhe von € 2.500,- pro unterentlohntem Arbeitnehmer verhängt. Hat die Behörde eine zu hohe Strafe verhängt?

**Ergebnis:** Angesichts des gesetzlichen Strafrahmens von bis zu € 10.000,-, der jeweils nur zu einem Viertel ausgeschöpft wurde, hat nach dem Verwaltungsgerichtshof die Behörde das Ermessen, das ihr bei der Strafbemessung zukommt, nicht überschritten. Legt der Arbeitgeber seine Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse nicht offen, können diese bei der Strafhöhe nicht berücksichtigt werden.

Als Milderungsgrund kommt auch die Unbescholtenheit in Betracht. Unbescholtenheit bedeutet, dass der Täter noch keine Strafe wegen Unterentlohnung erhalten hat und auch sonst nicht nachteilig in Erscheinung getreten ist. Ein weiterer Milderungsgrund liegt in einer unverhältnismäßig langen Verfahrensdauer. Eine solche liegt aber nicht vor, wenn zwischen der Aufforderung zur Rechtfertigung und der Erlassung des Erkenntnisses erst etwas mehr als 18 Monate vergangen sind.

Die Nachzahlung der Entgeltdifferenz ist jedenfalls als Milderungsgrund zu werten.

**Beispiel:** Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes, VwGH 2013/11/0184, Entsendefall

**Sachverhalt:** Die Unterentlohnung von 3 Arbeitnehmern dauerte 8 Tage und betrug über 50%. Über den Arbeitgeber wurde eine Strafe in Höhe von € 2.500,- pro unterentlohntem Arbeitnehmer verhängt. Der Arbeitgeber machte im Rechtsmittel gegen die Höhe der Strafe geltend, dass die kurze Dauer der Unterentlohnung, nämlich bloß 8 Tage, strafmildernd zu berücksichtigen ist.

**Ergebnis:** Für den Verwaltungsgerichtshof ist die große Höhe der Unterentlohnung in gleich 3 Fällen straferschwerend. Strafmildernd ist das Geständnis. Dieses bestand darin, dass der Arbeitgeber sich im Rechtsmittel nicht gegen die Bestrafung an sich, sondern nur gegen die Höhe der Strafe wendet. Die kurze Dauer des strafbaren Verhaltens stellt hingegen keinen Strafmilderungsgrund dar.

#### 4.4. Unterbrechung des Verwaltungsverfahrens wegen Parallelverfahren vor dem Arbeits- und Sozialgericht

Der Arbeitnehmer kann seine arbeitsrechtlichen Ansprüche gegen den Arbeitgeber mittels Klage vor dem Arbeits- und Sozialgericht geltend machen. Dieses arbeitsgerichtliche Verfahren ist prinzipiell unabhängig davon zu führen, ob gegen den Arbeitgeber ein Verwaltungsstrafverfahren wegen Unterentlohnung anhängig ist.

#### Vorsicht!

Die Gebietskrankenkasse informiert den Arbeitnehmer über eine Anzeige wegen des Verdachts der Unterentlohnung, die sein Arbeitsverhältnis betrifft.

Ist bereits ein Verfahren über strittige Entgeltfragen vor dem Arbeits- und Sozialgericht anhängig oder wird dieses gleichzeitig mit dem Verwaltungsstrafverfahren wegen Unterentlohnung anhängig gemacht, ist das Verwaltungsstrafverfahren zu unterbrechen. Die Unterbrechung dauert so lange, bis die arbeitsrechtliche Vorfrage beim Arbeits- und Sozialgericht rechtskräftig entschieden ist. Eine Entscheidung ist dann rechtskräftig, wenn die Rechtsmittelfrist abgelaufen ist, ohne dass ein Rechtsmittel erhoben wurde, oder kein Rechtsmittel mehr gegen die Entscheidung zur Verfügung steht. Damit kann die Verwaltungsstrafbehörde die Entscheidung des Arbeits- und Sozialgerichts seinem Verwaltungsstrafverfahren zu Grunde legen.

#### **Beispiel:**

**Sachverhalt:** Ein Wiener Handelsbetrieb beschäftigt in den Sommermonaten einen Jus-Studenten als Ferialpraktikanten. Es ist ein Taschengeld von € 400,- vereinbart. Da eine Mitarbeiterin kurzfristig krankheitsbedingt ausfällt, übernimmt der Praktikant nach Weisung seines Vorgesetzten die anfallenden Arbeiten und leistet regelmäßig Überstunden. Später macht der Praktikant vor dem Arbeits- und Sozialgericht seine Entgeltansprüche nach dem Kollektivvertrag für Handelsangestellte mit dem Argument geltend, dass kein Ausbildungsvertrag, sondern ein echter Arbeitsvertrag vorlag. Während das Verfahren vor dem Arbeits- und Sozialgericht noch anhängig ist, kommt es zu einer Anzeige wegen Unterentlohnung bei der Bezirksverwaltungsbehörde. Muss die Verwaltungsbehörde das gerichtliche Verfahren berücksichtigen?

**Ergebnis:** Die Bezirksverwaltungsbehörde muss das Verwaltungsstrafverfahren unterbrechen, bis die Entscheidung des Gerichts über die arbeitsrechtlichen Ansprüche des Praktikanten endgültig entschieden und nicht mehr durch ein Rechtsmittel anfechtbar ist. Erst dann wird das Verwaltungsstrafverfahren fortgesetzt.

### **4.5. Gegen wen richtet sich der Strafbescheid?**

Der Arbeitgeber ist für die Einhaltung des LSD-BG verantwortlich. Der Strafbescheid ist daher an den Arbeitgeber adressiert.

Ist der Arbeitgeber eine juristische Person, so richtet sich die Strafe gegen die nach außen vertretungsbefugten Organe. Sind mehrere Personen zur Vertretung einer juristischen Person nach außen berufen, unterliegen im Regelfall alle diese Personen der verwaltungsstrafrechtlichen Sanktion. Das bedeutet, dass etwa gegen jeden der bestellten GmbH-Geschäftsführer wegen ein und derselben Unterentlohnung separat eine Strafe verhängt werden kann. Dies gilt nicht, wenn eine bestimmte Aufgabenverteilung zwischen den Mitgliedern bereits satzungsmäßig vorgesehen ist oder einer der Geschäftsführer mit seiner Zustimmung zum verantwortlichen Beauftragten bestellt wird.

Eine schlichte Aufgabenverteilung unter den Geschäftsführern hat aber keine Auswirkung auf die verwaltungsstrafrechtliche Verantwortlichkeit der (Mit-)Geschäftsführer.

#### **Tipp!**

Gibt es mehrere Geschäftsführer, empfiehlt es sich, einen der Geschäftsführer zum verantwortlichen Beauftragten für die Einhaltung des LSD-BG zu bestellen. Somit kann nur dieser bestraft werden.



## 4.6. Verantwortlicher Beauftragter

Für die Bestellung eines verantwortlich Beauftragten für die Einhaltung des LSD-BG ist ein Nachweis der Zustimmung des Bestellten erforderlich.

Soll jemand zum verantwortlichen Beauftragten bestellt werden, der kein vertretungsbefugtes Organ ist, sieht das LSD-BG bestimmte Formvorschriften vor.

Die Bestellung des verantwortlich Beauftragten wird erst dann wirksam, wenn bei der zuständigen Gebietskrankenkasse die schriftliche Bestellungsmitteilung samt Zustellungsnachweis der bestellten Person eingelangt ist. Voraussetzung ist, dass der Arbeitnehmer mit ausreichenden Befugnissen ausgestattet ist.

Wird die Bestellung widerrufen oder scheidet der verantwortliche Beauftragte aus dem Unternehmen aus, hat der Arbeitgeber dies unverzüglich schriftlich der Gebietskrankenkasse mitzuteilen. Dies betrifft auch den Fall des Rücktritts des verantwortlichen Beauftragten.

### **Vorsicht!**

Meldet der Arbeitgeber den Widerruf der Bestellung oder das Ausscheiden des verantwortlich Beauftragten nicht, kann diese Verwaltungsübertretung mit einer Geldstrafe von € 41,- bis € 4.140,-, im Wiederholungsfall mit einer Geldstrafe von € 83,- bis € 4.140,- bestraft werden.

## 5. Nachzahlungen

### 5.1. Was ist eine Nachzahlung?

Nachzahlungen durch den Arbeitgeber haben entscheidende Auswirkungen auf das Strafverfahren und sind Voraussetzung für die Nachsichtregelung.

Eine Nachzahlung ist die Begleichung einer noch bestehenden Entgelt Differenz. Die Entgelt Differenz ist der Saldo zwischen dem tatsächlich geleisteten Entgelt und demjenigen Entgelt, das dem Arbeitnehmer für die jeweilige Lohnzahlungsperiode nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag gebührt.

Nachzuzahlen ist daher das gesamte arbeitsrechtlich zustehende Mindestentgelt. Nachzuzahlen sind auch die ursprünglich nicht von der Lohnkontrolle erfassten echten Entgeltbestandteile im Sinne des § 49 Abs. 3 ASVG. Dies betrifft beispielsweise die Abfertigung Alt.

#### Beispiel:

**Sachverhalt:** Das Dienstverhältnis endet durch Arbeitgeberkündigung. Es besteht Anspruch auf die gesetzliche Abfertigung. Es stellt sich heraus, dass der Mitarbeiter im letzten Jahr fälschlicherweise in der Beschäftigungsgruppe 3 anstatt richtigerweise in der Beschäftigungsgruppe 4 eingestuft war und damit ein zu geringes Gehalt erhalten hat. Bei der Auszahlung der Abfertigung Alt berücksichtigt der Arbeitgeber irrtümlich nicht das Entgelt für regelmäßig geleistete Überstunden. Wieviel ist nachzuzahlen?

**Ergebnis:** Der Lohnkontrolle wegen Unterentlohnung unterliegt die korrekte Einstufung des Arbeitnehmers in den Kollektivvertrag, nicht aber die Auszahlung der Abfertigung. Die Gebietskrankenkasse könnte aufgrund der Falscheinstufung eine Anzeige wegen Unterentlohnung erstatten, nicht aber wegen der zu gering ausbezahlten Abfertigung. Möchte der Arbeitgeber mittels Nachzahlung einer Anzeige entgehen, ist nicht nur die Entgelt Differenz aufgrund der Falscheinstufung, sondern auch die Entgelt Differenz bei der Abfertigung nachzuzahlen.

Nicht nachzuzahlen sind aber echte Aufwandsentschädigungen, weil es sich bei diesen um keine arbeitsrechtlichen Entgelte handelt. Echte Aufwandsentschädigungen sind beispielsweise die Tag- und Nächtigungsgelder bis zur steuer- und sozialversicherungsfrei anerkannten Höhe.

Auch die BMSVG-Beiträge zur Abfertigung Neu und die Beiträge/Prämien nach dem Betriebspensionsgesetz müssen nicht nachgezahlt werden.

Nicht nachzuzahlen sind auch dienstvertraglich vereinbarte Überzahlungen, da nur das arbeitsrechtliche Mindestentgelt von der Nachzahlung umfasst ist.

Der Mitarbeiter kann freilich seine gesamten arbeitsvertraglichen Ansprüche vor dem Arbeits- und Sozialgericht geltend machen.

**Beispiel:**

**Sachverhalt:** Ein Mitarbeiter in einem Handelsbetrieb erhält das kollektivvertragliche Mindestgehalt von € 1.575,- als Fixum. Zusätzlich ist mit ihm eine Provision vereinbart, die monatlich verrechnet wird. Im Mai bezahlt der Arbeitgeber weder Überstunden noch eine Provision. Der Arbeitgeber bemerkt den Fehler und möchte die Ansprüche nachzahlen. Wie wirken sich die Nachzahlungen auf die Unterentlohnung aus?

**Ergebnis:** Damit es zu keiner Anzeige wegen Unterentlohnung kommt, muss er jedenfalls die ausstehenden Überstunden nachverrechnen. Die offenen Provisionen sind von dieser Nachzahlungspflicht nicht erfasst, da es sich um arbeitsvertragliche Überzahlungen handelt.

Nach dem Erlass des BMASK sind auch zivilrechtlich bereits verfallene oder verjährte Entgeltansprüche als Voraussetzung für die Nachsichtregelung nachzuzahlen. Dies bedeutet, dass auch das Entgelt, das der Arbeitnehmer aufgrund von Verfall oder Verjährung gar nicht mehr erfolgreich gegen den Arbeitgeber geltend machen kann, durch den Arbeitgeber nachgezahlt werden muss.

**Beispiel:**

**Sachverhalt:** Nach dem Kollektivvertrag für Handelsangestellte verfallen Gehaltsansprüche auf Grund von Unstimmigkeiten hinsichtlich der Einstufung mangels Geltendmachung mit Ablauf von einem Jahr. Ein Mitarbeiter ist seit 1.1.2015 als Filialleiter in die Beschäftigungsgruppe 3 eingestuft. Mit Unterstützung der Arbeiterkammer fordert der Mitarbeiter die Einstufung in die Beschäftigungsgruppe 4. Dieses Schreiben wird dem Arbeitgeber am 30.9.2016 übergeben. Aufgrund der Verfallsbestimmung kann der Arbeitnehmer die falsche Einstufung rückwirkend nur ab Oktober 2015 geltend machen. Die restlichen Ansprüche sind arbeitsrechtlich bereits verfallen. Kommt die GKK auch zu dem Ergebnis, dass die Einstufung in die Beschäftigungsgruppe 4 korrekt ist, hat sie Anzeige zu erstatten, wenn keine Nachzahlung erfolgt.

**Ergebnis:** Möchte der Arbeitgeber aufgrund einer Nachzahlung Straffreiheit erlangen, müssten nach der im Erlass des BMASK vertretenen Meinung auch die arbeitsrechtlich bereits verfallenen Ansprüche nachbezahlt werden.

## 5.2. Zeitpunkt der Nachzahlung

Der Zeitpunkt der Nachzahlung macht den Unterschied, ob überhaupt eine Strafe verhängt werden kann, oder, wenn eine Strafe zu verhängen ist, ob die Nachzahlung auf die Höhe der Strafe Einfluss hat.

Im Folgenden eine Darstellung der Rechtsfolgen der unterschiedlichen Zeitpunkte der Zahlung:

- **Nachzahlung vor einer Erhebung der zuständigen Gebietskrankenkasse („Tätige Reue“)**

Erfolgt die Nachzahlung vor einer Kontrolle der zuständigen Gebietskrankenkasse, ist aufgrund der vollständigen Schadensgutmachung keine Strafbarkeit durch den Arbeitgeber gegeben. Liegt dieser Strafaufhebungsgrund vor, ist keine Anzeige durch die Gebietskrankenkasse zu erstatten.

**Beispiel:**

**Sachverhalt:** Der Arbeitgeber bezahlt den im Kollektivvertrag für Arbeiter im Metallgewerbe vorgesehenen Vorarbeiterzuschlag in Höhe von 10% im Zeitraum 1.1.-31.3.2016 nicht. Im April 2016 bemerkt er den Fehler und stellt die Auszahlung rückwirkend ab 1.1.2016 richtig. Hat der Arbeitgeber eine Strafe zu befürchten?

**Ergebnis:** Da die Nachzahlung vor einer Kontrolle durch die GKK erfolgt ist, bleibt der Arbeitgeber jedenfalls straffrei.

Mit Kontrolle ist nur die Prüfung von Entgeltunterlagen durch die Gebietskrankenkasse (z.B. GPLA-Prüfer) gemeint, nicht aber Interventionen beispielsweise seitens des Betriebsrats oder der Arbeiterkammer.

In diesem Fall der tätigen Reue ist weder die Höhe der Unterentlohnung noch der Verschuldensgrad entscheidend. Auch ein Wiederholungsfall schließt den Strafaufhebungsgrund nicht aus. Ebenso ist es irrelevant, ob der Arbeitgeber sein Verhalten bereut oder sein Verschulden einbekennt, weil es nur auf die tatsächliche Schadensgutmachung, nämlich auf die Nachzahlung, ankommt.

- **Nachzahlung über Aufforderung durch die Gebietskrankenkasse**

Erfolgt die Nachzahlung nach einer Kontrolle durch die Gebietskrankenkasse binnen einer von der Gebietskrankenkasse festgesetzten Frist, hat diese von einer Anzeige abzusehen, wenn die Voraussetzungen für die Nachsichtregelung vorliegen.

Dies ist dann der Fall, wenn die Unterschreitung des zustehenden Entgelts nur gering ist oder das Verschulden des Arbeitgebers oder des zur Vertretung nach außen Berufenen oder des verantwortlichen Beauftragten leichte Fahrlässigkeit nicht überschreitet.

**Beispiel:**

**Sachverhalt:** Der Arbeitgeber beschäftigt 4 Arbeitnehmer, ohne den im Kollektivvertrag festgelegten Mindestlohn zu bezahlen. Die Gebietskrankenkasse stellt fest, dass die Unterentlohnung 4 Tage gedauert und die absolute Höhe der Unterentlohnung € 40,87, also weniger als 10%, betragen hat. Der Arbeitgeber leistet die Differenz binnen der festgesetzten Frist. Hat der Arbeitgeber eine Strafe zu befürchten?

**Ergebnis:** Da die Dauer der Unterentlohnung lediglich 4 Tage gedauert hat und die absoluten Beträge in der Höhe von € 40,87 als gering anzusehen sind, hat die Gebietskrankenkasse von der Erstattung einer Anzeige abzusehen.

- **Nachzahlung vor Einlangen der Aufforderung der Gebietskrankenkasse**

Die Gebietskrankenkasse hat auch dann von der Anzeige abzusehen, wenn die Nachzahlung nach der Kontrolle durch die Gebietskrankenkasse, aber vor Einlangen der Zahlungsaufforderung erfolgt. Auch in diesem Fall müssen die Voraussetzungen für die Nachsichtregelung vorliegen.

- **Nachzahlung nach erfolgter Anzeige über Aufforderung durch die Bezirksverwaltungsbehörde**

Aufgrund einer Anzeige durch die Gebietskrankenkasse kommt es zur Einleitung des Verwaltungsstrafverfahrens vor der Bezirksverwaltungsbehörde. Auch die Bezirksverwaltungsbehörde hat dem Arbeitgeber eine Frist zur Nachzahlung der Entgeltdifferenz zu setzen.

Erfolgt die nachweisliche Nachzahlung binnen der von der Bezirksverwaltungsbehörde festgesetzten Frist, hat die Behörde von der Verhängung einer Strafe abzusehen, wenn die weiteren Voraussetzungen für die Nachsichtregelung vorliegen.

- **Nachzahlung nach erfolgter Anzeige, aber vor Einlangen der Aufforderung der Bezirksverwaltungsbehörde**

Die Bezirksverwaltungsbehörde hat auch dann von der Verhängung der Strafe abzusehen, wenn die Nachzahlung schon vor der Aufforderung durch die Bezirksverwaltungsbehörde erfolgt. Auch dafür ist es erforderlich, dass die Voraussetzungen für die Nachsichtregelung vorliegen.

- **Nachzahlung in sonstigen Fällen**

In allen anderen Fällen wirkt sich die Nachzahlung strafmildernd aus.

Wenn der Arbeitgeber zwar eine Nachzahlung leistet, aber die weiteren Voraussetzungen für die Nachsichtregelung nicht gegeben sind, so kommt es zur Anzeige an die Bezirksverwaltungsbehörde.

Weist der Arbeitgeber im Verwaltungsstrafverfahren der Bezirksverwaltungsbehörde allerdings nach, dass er die Differenz zwischen dem tatsächlich geleisteten Entgelt und demjenigen Entgelt, das dem Arbeitnehmer nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag gebührt, geleistet hat, ist dies bei der Strafbemessung strafmildernd zu berücksichtigen. Dieser Strafmilderungsgrund ist gesetzlich verankert.

**Beispiel:**

**Sachverhalt:** Die Personal-GmbH beschäftigte 42 Arbeitnehmer in Form der Arbeitskräfteüberlassung, ohne den im Beschäftigter-Kollektivvertrag festgelegten Mindestlohn zu bezahlen. Dies deshalb, weil der Geschäftsführer keinerlei Informationen über den im Beschäftigterbetrieb anwendbaren Kollektivvertrag eingeholt hat. Es kommt zu einer GPLA-Prüfung. Der Arbeitgeber zahlt die Differenz, die mehr als 10% beträgt, nach. Hat der Arbeitgeber eine Strafe zu befürchten?

**Ergebnis:** Die Voraussetzungen für die Nachsichtregelung liegen nicht vor, weil die Unterentlohnung mehr als 10% beträgt und das Verschulden leichte Fahrlässigkeit übersteigt. Trotz Nachzahlung wird ein Verwaltungsstrafverfahren eingeleitet.

Die Bezirksverwaltungsbehörde hat die Nachzahlung aber bei der Strafbemessung strafmildernd zu berücksichtigen.

- **Zusammenfassung**

<b>Zeitpunkt der Nachzahlung</b>	<b>Verfahrensrechtliche Folgen</b>
Nachzahlung vor einer Erhebung der GKK	keine Anzeige durch die GKK, keine Strafbarkeit
Nachzahlung über Aufforderung durch die GKK	Absehen von der Anzeige durch GKK (wenn Entgeltdifferenz gering oder leichte Fahrlässigkeit)
Nachzahlung nach einer Erhebung, aber vor Einlangen der Aufforderung der GKK	Absehen von der Anzeige durch GKK (wenn Entgeltdifferenz gering oder leichte Fahrlässigkeit)
Nachzahlung nach erfolgter Anzeige, über Aufforderung durch die Bezirksverwaltungsbehörde	Absehen von der Verhängung einer Strafe durch Bezirksverwaltungsbehörde (wenn Entgeltdifferenz gering oder leichte Fahrlässigkeit)
Nachzahlung nach erfolgter Anzeige, aber vor Einlangen der Aufforderung der Bezirksverwaltungsbehörde	Absehen von der Verhängung einer Strafe durch Bezirksverwaltungsbehörde (wenn Entgeltdifferenz gering oder leichte Fahrlässigkeit)
Nachzahlung in sonstigen Fällen	Strafmilderungsgrund

## 6. Verjährung

### 6.1. Verfolgungsverjährung bei Unterentlohnung

Die Frist für die Verfolgungsverjährung bei Unterentlohnung beträgt drei Jahre ab der Fälligkeit des Entgelts.

Damit ist die verwaltungsstrafrechtliche Verfolgung einer Person unzulässig, wenn gegen sie binnen der vom Gesetz bestimmten Frist von drei Jahren keine Verfolgungshandlung vorgenommen worden ist. Als Verfolgungshandlung gilt dabei jede von einer Bezirksverwaltungsbehörde gegen eine bestimmte Person als Beschuldigten gerichtete Amtshandlung, wie Ladung, Vorführungsbefehl, Vernehmung oder Aufforderung zur Rechtfertigung.

#### Tipp!

Handlungen von Kontrollorganen wie der Finanzpolizei oder der Gebietskrankenkasse gelten nicht als Verfolgungshandlungen.

#### Beispiel:

**Sachverhalt:** Im Februar 2016 bezahlt der Arbeitgeber anstelle eines 100%igen Zuschlags nur 50%. Der Zuschlag ist am 29.2.2016 fällig. Wann verjährt die Tat?

**Ergebnis:** Die 3-jährige Frist für die Verfolgungsverjährung läuft ab der Fälligkeit des Entgelts. Die Bezirksverwaltungsbehörde hat bis spätestens 28.2.2019 eine Verfolgungshandlung zu setzen.

Bei Unterentlohnungen, die durchgehend mehrere Lohnzahlungszeiträume umfassen, beginnt die Frist für die Verfolgungsverjährung ab der Fälligkeit des Entgelts für den letzten Lohnzahlungszeitraum der Unterentlohnung. Lohnzahlungszeitraum ist in der Regel ein Kalendermonat.

#### Beispiel:

**Sachverhalt:** Der Monatslohn nach dem Kollektivvertrag für gelernte Arbeiter im Hotel- und Gastgewerbe Wien beträgt seit dem 1.5.2015 € 1.500 brutto und wurde mit dem 1.5.2016 auf € 1.522 brutto erhöht.

Die vollzeitbeschäftigte gelernte Kellnerin ist seit dem 1.10.2015 in einem Wiener Wirtshaus beschäftigt. Der Arbeitgeber zahlt ihr einen „Anfangslohn“ von € 1.400 brutto monatlich. Dieser wird vom Arbeitgeber ab dem 1.3.2016 auf 1.600 brutto erhöht. Wann verjährt die Tat?

**Ergebnis:** Die vom 1.10.2015 bis zum 29.2.2016 dauernde Unterentlohnung umfasst durchgehend fünf und damit mehrere Lohnzahlungszeiträume. Sie endet aber am 29.2.2016. Die Verfolgungshandlung der Behörden muss daher binnen drei Jahren ab dem 29.2.2016 gesetzt werden, damit eine Verfolgungsverjährung nicht eintreten kann.

Hinsichtlich der Sonderzahlungen beginnt die Verfolgungsverjährungsfrist ab dem Ende des jeweiligen Kalenderjahres.

**Beispiel:**

**Sachverhalt:** Nach dem Kollektivvertrag für Handelsangestellte ist die Urlaubsbeihilfe spätestens am 30.6., die Weihnachtsremuneration spätestens am 1.12. fällig. Für Teilzeitbeschäftigte enthält der Kollektivvertrag folgende Sonderregelung: „Bei teilzeitbeschäftigten Angestellten mit unterschiedlichem Ausmaß der Teilzeitbeschäftigung berechnen sich Weihnachtsremuneration/Urlaubsbeihilfe nach dem Durchschnitt der letzten 13 Wochen vor der Fälligkeit.“

Entgegen den Anordnungen im Kollektivvertrag berechnet der AG das Ausmaß der Weihnachtsremuneration 2016 nicht nach diesem Durchschnittsprinzip, sondern nach dem vereinbarten Ausmaß der Teilzeitbeschäftigung zum Fälligkeitstag (15 Stunden). Wann verjährt die Tat?

**Ergebnis:** Auch wenn im Kollektivvertrag als Fälligkeitstermine der 30.6. und der 1.12. festgesetzt sind, kommt es bei der Strafbarkeit wegen Unterentlohnung bei Sonderzahlungen auf den 31.12. an. Die Verfolgungshandlung der Behörden muss daher binnen drei Jahren ab dem 31.12.2016 gesetzt werden, damit eine Verfolgungsverjährung nicht eintreten kann.

## 6.2. Strafbarkeitsverjährung bei Unterentlohnung

Die Frist für die Strafbarkeitsverjährung beträgt bei Unterentlohnungen fünf Jahre. Binnen dieser Frist muss ein Straferkenntnis (= Bescheid) erlassen werden. Strafbarkeitsverjährung tritt ein, wenn binnen dieser Frist kein Straferkenntnis erlassen wurde.

Die Bezirksverwaltungsbehörde muss also zuerst innerhalb der Verfolgungsverjährungsfrist eine Verfolgungshandlung setzen und dann das Strafverfahren innerhalb von 5 Jahren abschließen.

Der Lauf der Strafbarkeitsverjährung beginnt ebenfalls mit der Fälligkeit des Entgelts bzw. mit der Fälligkeit des Entgelts für den letzten Lohnzahlungszeitraum der Unterentlohnung. Bei Sonderzahlungen beginnt die Strafbarkeitsverjährungsfrist mit dem Ende des jeweiligen Kalenderjahres.

## 6.3. Verkürzte Verjährungsfrist bei Nachzahlung

Der Arbeitgeber kann durch die Nachzahlung des dem Arbeitnehmer gebührenden Entgelts die Verfolgungsverjährungsfrist auf 1 Jahr ab dem Zeitpunkt der Nachzahlung verkürzen, auch wenn die weiteren Voraussetzungen für die Nachsicht nicht vorliegen.

**Beispiel:**

**Sachverhalt:** Der Arbeitgeber stuft den Arbeitnehmer im Zeitraum zwischen dem 1.1. und dem 31.1.2015 falsch ein. Im März 2016 kommt es zu einer Anzeige durch die Gebietskrankenkasse, weil die Voraussetzungen für die Nachsichtregelung nicht vorliegen. Am 31.3.2016 zahlt der Arbeitgeber die Entgeltdifferenz nach. Wann verjährt die Tat?

**Ergebnis:** Die Verfolgungsverjährungsfrist verkürzt sich auf den 31.3.2017. Bis zu diesem Zeitpunkt hat die Bezirksverwaltungsbehörde eine Verfolgungshandlung zu setzen.



## 6.4. Verjährungsfrist bei den anderen Straftatbeständen nach dem LSD-BG

Das LSD-BG sieht nur beim Straftatbestand der Unterentlohnung eigene Fristen für die Verfolgungs- und Strafbarkeitsverjährung vor.

Hinsichtlich der übrigen im LSD-BG normierten Tatbestände gelten die allgemeinen im Verwaltungsstrafverfahren gültigen Verjährungsfristen.

Die Frist für die Verfolgungsverjährung beträgt in diesen Fällen 1 Jahr. Diese Frist ist von dem Zeitpunkt zu berechnen, an dem die strafbare Tätigkeit abgeschlossen worden ist oder das strafbare Verhalten aufgehört hat; ist der zum Tatbestand gehörende Erfolg erst später eingetreten, so läuft die Frist erst von diesem Zeitpunkt.

Die Frist für die Strafbarkeitsverjährung beträgt 3 Jahre und beginnt zum selben Zeitpunkt wie die Verfolgungsverjährung.

### Beispiel:

**Sachverhalt:** Auf Verlangen hat der Arbeitgeber der Gebietskrankenkasse die zur Lohnkontrolle erforderlichen Unterlagen oder Ablichtungen zu übermitteln. Die Frist für die Absendung der Unterlagen oder Ablichtungen beträgt zwei Werktage ab Aufforderung durch die Gebietskrankenkasse. Ein Gastronomiebetrieb wird aufgefordert, die Unterlagen bis zum 16.9.2016 an die Gebietskrankenkasse abzusenden. Das Unternehmen versäumt diese Frist. Wann verjährt die Tat?

**Ergebnis:** Das Unternehmen kann nur bestraft werden, wenn bis zum 16.9.2017 eine Verfolgungshandlung durch die Bezirksverwaltungsbehörde gesetzt wurde.