

Lohnendes Gesetz

ARBEITSRECHT. Mit 1. Jänner 2015 ist das Arbeits- und Sozialrechtsänderungsgesetz 2014 (ASRÄG 2014 BGBl. 2014/94) in Kraft getreten. Mit dem Gesetz wurden unter anderem im AVRAG im Bereich der Lohn- und Sozialdumpingbekämpfung wesentliche Bestimmungen geändert und erweitert. Von Friedrich Schrenk, Jürgen Sykora und Nina Olinger

Insbesondere wurden die Verwaltungsstraftatbestände des § 7i AVRAG deutlich verschärft. Die Definition der Unterentlohnung wurde ausgedehnt. Für unseren Berufsstand stellt sich die Frage, wie wir mit den verschärften Strafbestimmungen zukünftig umgehen werden. Um etwaigen Haftungsproblematiken im Vorfeld den Wind aus den Segeln zu nehmen, beschäftigt sich dieser Beitrag mit den Strafbestimmungen der Unterentlohnung und etwaigen Haftungsvermeidungsstrategien.

Warum gibt es überhaupt das LSDB-G?

Am 30. April 2011 lief die siebenjährige Übergangsfrist für die EU-Arbeitnehmerfreizügigkeit für die am 1. Mai 2004 der EU beigetretenen Mitgliedstaaten aus. Aufgrund der Öffnung des österreichischen Arbeitsmarktes wurde die Verdrängung ansässiger Arbeitnehmer durch neuzuströmende ausländische Arbeitssuchende befürchtet. Um einen Verdrängungswettbewerb zu verhindern, wurden Maßnahmen, um gleiche Lohnbedingungen für alle in Österreich tätigen Arbeitnehmer zu sichern, geschaffen. Das Resultat war das Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz (LSDB-G 2011 BGBl. 2011/24). Mit dem Gesetz wurden umfassende behördliche Kontroll- und Strafmöglichkeiten im Hinblick auf die Einhaltung des österreichischen kollektivvertraglichen Grundlohns geschaffen.

Das Gesetz entwickelte sich in der Praxis zu einem effizienten Mittel, um inländische Arbeitgeber strenger zu kontrollieren und härter zu strafen. Infolge einiger Schwächen des Gesetzestextes gelang es – entgegen der Intention des Gesetzgebers – nicht, ausländische Arbeitgeber mit gleicher Härte zu behandeln.

Aufgrund der Öffnung des österreichischen Arbeitsmarktes wurde die Verdrängung ansässiger Arbeitnehmer durch neuzuströmende ausländische Arbeitssuchende befürchtet.





So wurde beispielsweise das Nichtbereithalten der Lohnunterlagen – ausländische Arbeitgeber sind dazu verpflichtet, diese in deutscher Sprache vorlegen zu können – geringer bestraft als Lohndumping selbst. Die Verwaltungsstrafe wurde nur pauschal je Arbeitgeber und nicht je Arbeitnehmer verhängt.

Im Bereich der Verjährung schoss das LSDB-G über das Ziel hinaus.

Die Strafverfolgung war möglich, solange der Arbeitgeber nicht den vorenthaltenen Grundlohn nachzahlte. Selbst die Beendigung des Arbeitsverhältnisses bewirkte nach überwiegender Meinung keinen Eintritt der einjährigen Verfolgungsverjährung. Inzwischen gibt es zur Rechtslage bis 31.12.2014 die Klarstellung durch den VwGH (VwGH 23.10.2014, Ra 2014/11/0063), dass mit dem Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis jedenfalls das Delikt der Unterbezahlung endet und die Verjährungsfrist zu laufen beginnt.

Um dem entgegenzuwirken, wurden die Regelungen mit dem ASRÄG 2014 angepasst.

Der Begriff „Grundlohn“ führte zu Definitionsproblemen. So war das Überstundengrundentgelt umfasst, Sonderzahlungen, Zulagen und Zuschläge waren es nicht.

Die neuen Strafbestimmungen des LSDB-G, die für Sachverhalte gelten, die sich ab 1.1.2015 ereignen:

In § 7i AVRAG sind die Strafbestimmungen zentral geregelt. Die Unterentlohnung wurde bislang in § 7i Abs. 3 AVRAG normiert. Bis 31.12.2014 beging eine Verwaltungsübertretung, wer als Arbeitgeber einen Arbeitnehmer beschäftigt oder beschäftigt hat, ohne ihm zumindest den nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag zustehenden Grundlohn unter Beachtung der jeweiligen Einstufungskriterien zu leisten.

Der verwendete Begriff „Grundlohn“ führte zu Definitionsproblemen. So war beispielsweise das Überstundengrundentgelt umfasst. Sonderzahlungen, Zulagen und Zuschläge fielen nicht unter den Tatbestand. Unter „Grundlohn“ war der für die erbrachte Arbeitszeit zustehende Grundbezug zu verstehen.

Die Unterentlohnung wird seit 1.1.2015 in § 7i Abs. 5 AVRAG sinngemäß wie folgt definiert:

Wer als Arbeitgeber einen Arbeitnehmer beschäftigt oder beschäftigt hat, ohne ihm zumindest das nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag zustehende Entgelt unter Beachtung der jeweiligen Einstufungskriterien, ausgenommen die in § 49 Abs. 3 ASVG angeführten Entgeltbestandteile, zu leisten, begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde mit einer Geldstrafe zu bestrafen.

Der Begriff des Grundlohns wurde durch den Begriff des Entgelts ersetzt. Das Entgelt richtet sich nach dem arbeitsrechtlich weiten Entgeltbegriff. Dieser Entgeltbegriff wurde von Lehre und Rechtsprechung entwickelt.

Entgelt sind generell alle (Gegen-) Leistungen, die der Arbeitnehmer dafür erhält, dass er seine Arbeitskraft dem Arbeitgeber zur Verfügung stellt.

Unter den Begriff fallen daher:

- ▶ Festgelegte Mindestlöhne
- ▶ Sonderzahlungen
- ▶ Sachbezüge
- ▶ Überstundengrundlöhne und Überstundenzuschläge
- ▶ Mehrstundenzuschläge
- ▶ Sonstige Zuschläge
- ▶ Zulagen (sofern sie Entgeltcharakter haben)
- ▶ Nichtleistungsentgelte (z.B. Kranken-, Urlaubsentgelt, Überstundenentgelte aufgrund des Ausfallsprinzips); allerdings ist dieser Punkt in der Lehre (siehe beispielsweise Rolf Gleißner in der ZAS 2015/4) teilweise umstritten
- ▶ Sonstige zwingende Entgeltbestandteile,

sofern diese nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag zustehen. Einzelvertraglich vereinbarte Entgeltbestandteile unterliegen nicht den Bestimmungen des LSDB-G.

Vorsicht: Hinsichtlich der Sonderzahlungen für Arbeitnehmer, die dem ASVG unterliegen, liegt eine Verwaltungsübertretung dann vor, wenn der Arbeitgeber die Sonderzahlungen nicht oder nicht vollständig bis spätestens 31. Dezember des jeweiligen Kalenderjahres leistet.

Auslagenersätze zählen grundsätzlich nicht zum Entgelt. Das sind Vergütungen des Dienstgebers für Aufwendungen, die dem Dienstnehmer im Rahmen des Dienstverhältnisses entstehen. Ein belegmäßiger Nachweis der entstanden Auslagen ist notwendig.

Der Gesetzgeber machte noch eine weitere Ausnahme, da er im Gesetzestext dezidiert die nach § 49 Abs. 3 ASVG zu leistenden Entgeltbestandteile aus der Strafbestimmung ausschloss.

§ 49 Abs. 3 ASVG zählt in 28 Ziffern auf, welche Bestandteile nicht Entgelt im Sinne des ASVG sind. Die wohl bekanntesten Bestimmungen sind Tages- und Nächtigungsgelder der

§ 3 Abs. 1 Z 16b und § 26 Abs. 4 EStG, insbesondere Bauzulagen, Trennungsgelder, Übernachtungsgelder, Zehrgelder, Entfernungszulagen, Aufwandsentschädigungen, Stör- und Außerhauszulagen.

Wird Unterentlohnung festgestellt, so hat die Bezirksverwaltungsbehörde sich an folgendes Strafmaß zu halten (siehe Tabelle links unten).

Bei Unterentlohnungen, die durchgehend mehrere Lohnzahlungszeiträume umfassen, liegt eine einzige Verwaltungsübertretung vor. Es wird nur eine Strafe pro Arbeitnehmer verhängt.

Das Nichtbereithalten der Lohnunterlagen wird nunmehr ebenso bestraft wie das Lohndumping selbst und die Verwaltungsstrafe erfolgt jetzt nicht mehr pauschal je Arbeitgeber, sondern pro Arbeitnehmer.

Aufgrund einer Betriebsvereinbarung oder eines Arbeitsvertrages zustehende Überzahlungen sind im jeweiligen Lohnzahlungszeitraum auf die Unterentlohnung bei den nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag gebührenden Entgeltbestandteilen auch ohne diesbezügliche ausdrückliche Vereinbarung anzurechnen. Die Anrechnung ist ausdrücklich nur im Lohnzahlungszeitraum zulässig und kann somit nicht mit Vor- oder Folgemonaten verrechnet werden. Diese „automatische“ Anrechnung gilt nicht für Sachbezüge und Aufwandsersatz.

Unterentlohnung wird im Regelfall bei einer gemeinsamen Prüfung lohnabhängiger Abgaben vom Abgabenprüfer oder dem BUA-K-Prüfer festgestellt und durch den Prüfbericht der zuständigen GKK weitergeleitet. Die GKK informiert die Bezirksverwaltungsbehörde über die festgestellte Unterentlohnung. Diese erlässt, sofern der Tatbestand des § 7i Abs. 5 AVRAG erfüllt ist, den Strafbescheid.

Im Übrigen genügt für die Festsetzung einer Strafe bereits Fahrlässigkeit. Das Verwaltungsstrafgesetz führt dazu in § 5 Abs. 1 aus: „Wenn eine Verwaltungsvorschrift über das Ver-



FOTOS © DDBROCKSTAR - FOTOLIA

Auslagenersätze zählen grundsätzlich nicht zum Entgelt. Das sind Vergütungen des Dienstgebers für Aufwendungen.

Unterentlohnung (gem. § 7i Abs. 5 AVRAG)	Strafhöhe ab 1.1.2015 pro Arbeitnehmer
Höchstens 3 Arbeitnehmer (erstmalig)	EUR 1.000 bis EUR 10.000
Mehr als 3 Arbeitnehmer (erstmalig)	EUR 2.000 bis EUR 20.000
Höchstens 3 Arbeitnehmer (Wiederholungsfall)	EUR 2.000 bis EUR 20.000
Mehr als 3 Arbeitnehmer (Wiederholungsfall)	EUR 4.000 bis EUR 50.000



schulden nicht anderes bestimmt, genügt zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten. Fahrlässigkeit ist bei Zuwiderhandeln gegen ein Verbot oder bei Nichtbefolgung eines Gebotes dann ohne weiteres anzunehmen, wenn zum Tatbestand einer Verwaltungsübertretung der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr nicht gehört und der Täter nicht glaubhaft macht, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft.“

Jedoch bietet § 71 Abs. 6 AVRAG diesbezüglich einen Ausweg an: Stellt die Bezirksverwaltungsbehörde nämlich fest, dass die Unterschreitung des Grundlohns gering ist oder das Verschulden des Arbeitgebers leichte Fahrlässigkeit nicht überschreitet, hat sie von der Verhängung einer Strafe abzusehen. Um in den Genuss dieser Bestimmung zu kommen, muss der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer die Differenz zwischen dem tatsächlich geleisteten und dem Arbeitnehmer nach den österreichischen Rechtsvorschriften gebührenden Entgelt binnen einer von der Behörde festzusetzenden Frist nachweislich leisten.

Der bisherige Maßstab „geringes Verschulden“ wird durch die klarere Vorgabe der „leichten Fahrlässigkeit“ ersetzt. Die Erläuterungen zur Novelle enthalten Beispiele für leichte Fahrlässigkeit, etwa wenn die Arbeitgeber-Rechtsmeinung in der Stellungnahme der Sozialpartner gestützt wird oder wenn bei Lohnperiodenübergreifender Betrachtung – etwa aufgrund einer Überzahlung – keine Unterentlohnung vorliegen würde.

Eine geringe Unterschreitung des Grundlohns liegt laut VwGH z.B. bei einer 4,33%igen Unterentlohnung jedenfalls vor. Als gering soll für neue Sachverhalte eine Unterschreitung von bis zu bzw. unter 10% gelten. Dieser Wert steht nicht im Gesetz, sondern soll im demnächst zu erwartenden Erlass des Hauptverbandes bzw. Bundesministeriums an die vollziehenden Behörden verankert werden.

Das Strafmaß ist, wie sich gezeigt hat, sehr hoch und kann schon bei kleinen Lohnverrechnungsaufträgen ein erhebliches Haftungsrisiko in sich bergen.

Kommt es zu einer vollständigen Nachzahlung des ab 1.1.2015 vorenthaltenen Entgelts, bevor die zuständige Behörde die ersten Erhebungen durchführt, darf der Arbeitgeber nicht mehr bestraft werden.

Für Sachverhalte ab 1.1.2015 gilt eine dreijährige Verfolgungsverjährungsfrist.

Was bedeutet das für unsere Haftung?

Das Strafmaß ist, wie sich gezeigt hat, sehr hoch und kann schon bei kleinen Lohnverrechnungsaufträgen ein erhebliches Haftungsrisiko in sich bergen.

Die Grundproblematik ergibt sich aus dem Zusammenspiel von Klienten und WT-Kanzleien. Gerade kleine und mittlere Unternehmen nehmen manchmal mangels Kenntnis der kollektivvertraglichen Bestimmungen falsche Einstufungen vor oder leiten Informationen nur unzulänglich an die WT-Kanzlei weiter. Manche Klienten erteilen aus diesem Grund WT-Kanzleien den Auftrag, eine korrekte Einstufung vorzunehmen. In diesem Fall wird es besonders haarig. Zwar hat der Steuerberater die Möglichkeit, sich auf seine Vollmacht oder § 88 Abs 5 WTBG zu berufen, also das Recht die ihm erteilten Auskünfte und übergebenen Unterlagen des Auftraggebers, insbesondere Zahlenangaben, als richtig und vollständig anzusehen, es könnten ihn aber auch gewisse Hinweis- oder Aufklärungspflichten treffen.

Die vom Arbeitnehmer verrichteten Tätigkeiten werden im Regelfall der WT-Kanzlei nur eingeschränkt bekannt sein. Falls eine kollektivvertragliche Einstufung von der WT-

ZU DEN AUTOREN



Mag. Friedrich Schrenk ist Jurist
friedrich.schrenk@umgeher.at



Mag. (FH) Jürgen Sykora ist Beruftsanwalt
j.sykora@kanzlei-sykora.at



Dr. Nina Olinger, LL.M ist Rechtsanwältin
nina.ollinger@ra-ollinger.at

Kanzlei vorgenommen wurde, so ist es ratsam, die Prämissen für die Einstufung dem Klienten schriftlich bekannt zu geben. Ferner ist zu empfehlen, auf die Anrechnung von Vordienst- oder Ausbildungszeiten bei entsprechender KV-Vorgabe explizit hinzuweisen und auch eine entsprechende gesonderte detaillierte Auflistung dieser Vordienstzeiten bei entsprechendem Nachweis (Dienstzeugnis bzw. Versicherungsdatenauszug) im Dienstvertrag anzuregen. Im Lohnverrechnungsakt hat bei einer vorgenommenen Einstufung jedenfalls eine Kopie des Lebenslaufes samt den (durch Dienstzeugnis bzw. Versicherungsdatenauszug) nachgewiesenen Vordienstzeiten des Arbeitnehmers enthalten zu sein. Falls diese nicht vorhanden ist, wäre es zweckmäßig, sich dies vom Klienten bestätigen zu lassen.

Aber nicht nur bei der kollektivvertraglichen Einstufung kann vieles schiefgehen:

Im Bereich der Entgeltfortzahlung bei Nichtleistungszeiten (Krankheit, Urlaubsentgelt, Feiertagsentgelt etc.) könnten regelmäßig geleistete Überstunden zu berücksichtigen sein. Sind diese dem WT bekannt und er berücksichtigt diese nicht bei seiner Berechnung der Ansprüche, so hat er wiederum die Haftungsproblematik. Nicht zu unterschätzen sind ferner die Probleme bei All-In-Vertragsklauseln. Eine Deckungsprüfung ist unumgänglich.

Weitere problematische Haftungsfragen ergeben sich nicht nur bei der allgemeinen Betreuung des Klienten, sondern insbesondere bei Veränderungen, sei es auf Seite des Gesetzgebers, sei es auf Seite des Klienten.

Der WT hat auf aktuelle oder anstehende Änderungen der Steuergesetzgebung jedenfalls hinzuweisen sowie seine Klienten zu belehren. Insbesondere bei laufender sozialversicherungsrechtlicher Betreuung und aufrechter Mandantenbeziehung hat der WT seine Klienten auf Änderungen im Kollektivvertrag hinzuweisen. Anders ist auch eine korrekte sozialversicherungsrechtliche Betreuung nicht möglich. Empfehlenswert ist der schriftliche Hinweis auf kollektivvertragliche Änderungen, insbesondere hinsichtlich Änderungen der Gehaltstabellen. Dem Klienten sollte empfohlen werden, die Gehälter anzupassen; dies kann mit dem Angebot der sofortigen Neuberechnung der Gehälter verbunden werden. Der Klient, der sich auf seinen WT verlässt, da er die Lohnverrechnung ausgelagert hat, wird leicht ein Verschulden seines WT begründen können. Letztlich wird es ihm gelingen, Schaden-



ersatzansprüche gegen seinen WT geltend zu machen, sollte er nach dem LSDB-G Strafzahlungen zu leisten haben. Fraglich ist jedoch, ob die Unterlassung dieser Hinweise durch den WT mehr als nur leichte Fahrlässigkeit begründet. Dies wird von Gerichten wohl abhängig vom Mandanten bejaht werden: Handelt es sich um ein kleines oder mittelgroßes Unternehmen, das unternehmensintern keinen Dienstnehmer beschäftigt hat, der oder die mit der Lohnverrechnung betraut ist, ist grobes Verschulden seitens des WT wohl relativ leicht zu argumentieren. Wird ein internationaler Konzern mit einer eigenen Personalverrechnungsabteilung betreut, wird bei Nichtaufklärung des Klienten über Änderungen der Gehaltstabellen oft nur leichte Fahrlässigkeit vorliegen, hinsichtlich derer bei Verwendung der AAB die Haftung ausgeschlossen ist. Anderes wird vorliegen, wenn dem WT bewusst und bekannt ist, dass die Personalverrechnungsabteilung falsche Einstufungen vornimmt; hier greift wieder dessen Hinweis- und Belehrungspflicht. Der Klient mag sich weiterhin anders entscheiden;

Letztlich gilt, dass das Haftungsrisiko verständlicherweise sinkt, je mehr der Wirtschaftstreuhänder seiner Hinweis- und Belehrungspflicht nachkommt.

eine Regressmöglichkeit des Klienten gegenüber dem WT entfällt jedoch bei nachweislich erfolgter Hinweis- und Belehrungspflicht.

Bei Veränderungen des Klienten, neuen Mitarbeitern, Wechsel in neue Berufsjahre und dergleichen kommen ähnliche haftungsrechtliche Grundsätze zum Tragen. Letztlich gilt, dass das Haftungsrisiko verständlicherweise sinkt, je mehr der WT seiner Hinweis- und Belehrungspflicht nachkommt.

Haftungsvermeidungsstrategien im Detail

Empfehlenswert ist es, von vornherein haftungsvermeidend zu agieren. Dies kann und sollte insbesondere bzw. bestenfalls wie folgt erfolgen:

- ▶ Aufklärung über die korrekte KollektivvertragsEinstufung (z.B. welche Unterlagen müssen vom Mitarbeiter angefordert werden, was gilt als anrechenbare Vordienst- oder Ausbildungszeit)
- ▶ Aufklärung über die Aufbewahrungspflicht von Lohnunterlagen

- ▶ schriftliche Hinweise auf Gesetzesänderungen, kollektivvertragliche Anpassungen und sonstige Neuerungen samt Erläuterung, was dies für den Klienten konkret bedeutet, bestenfalls mit Handlungsempfehlungen
- ▶ schriftliche Hinweise auf die Rechtsfolgen, insbesondere mögliche Strafen, zB nach dem LSDB-G bei Nichtanpassung durch den Klienten
- ▶ Einstufungsunterlagen anfordern und Klient darauf hinweisen, dass diese vollständig vorliegen müssen, andernfalls eine korrekte Einstufung nicht möglich ist – nach Möglichkeit Bestätigung der vollständigen Übergabe aller Unterlagen durch den Klienten (gemäß AAB)
- ▶ monatliche Kontrolle, ob die Einstufung des Mitarbeiters korrekt ist
- ▶ monatliche Kontrolle, ob die Abrechnungen korrekt erfolgt sind, z.B. Sonderzahlungsentgelte
- ▶ umfassende Deckungsprüfung von All-in-Vereinbarungen
- ▶ Anforderung von Unterlagen, wenn aus den Umständen ersichtlich ist, dass solche nicht übermittelt wurden und für die Berechnung der Gehälter relevant sein können
- ▶ schriftlicher Hinweis, falls die Unterlagen unvollständig oder nicht eindeutig sind
- ▶ dezidierte Aufklärung bei der Lohnverrechnung, bezogen auf jeden einzelnen Mitarbeiter, bestenfalls Angebot der Anhebung des Gehalts direkt durch den WT
- ▶ Wenn der Klient eine Anpassung dezidiert ablehnt und/oder als nicht korrekt ansieht bzw. eine Einstufung oder Abrechnung wissentlich unkorrekt durchführen will, sollte man sich als Wirtschaftstreuhänder dezidiert weigern, die Lohnabrechnung durchzuführen! Ansonsten droht die Gefahr einer Mittäterschaft nach § 7 VStG. Eine schriftliche Bestätigung, dass der Klient auf der Durchführung der unrichtigen Abrechnung besteht, führt wohl zu einem Eingeständnis dieser Mittäterschaft. In die Richtung geht auch der VwGH, der anlässlich eines Verfahrens in einem Nebensatz sinngemäß lapidar feststellte, dass er sich eine solche Mittäterschaft eines Steuerberaters durchaus vorstellen könne. ■

© DROCKSTAR - FOTOLIA

Tel. (01) 513 12 41 - 740 | www.bip-immobilien.at

BREITENEDER
IMMOBILIEN ■ PARKING



Gewohnte Werte.

31 frei finanzierte, provisionsfreie Anlage- oder Eigennutzerwohnungen mit großzügigen Freiflächen
1120 Wien, Vivenotgasse 56

