



Lohn- & Sozialdumping

Markus Taibl

Wiener Gebietskrankenkasse

Gesetzliche Bestimmungen

- **Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz (LSDB-G) – per 01.05.2011** in Kraft getreten
- Alle wesentlichen Bestimmungen finden sich im **Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz (AVRAG)**
- Große Novelle durch das **Arbeits- und Sozialrechts-Änderungsgesetz 2014 (ASRÄG 2014) per 01.01.2015**

Gesetzliche Bestimmungen

- kleine Novelle **per 14.08.2015** im Zusammenhang mit dem Sozialbetrugsbekämpfungsgesetz (SBBG)

- neues **Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz (LSD-BG)** ab 01.01.2017

Ziele der LSDB

- Sicherung gleicher Arbeitsmarkt- und Lohnbedingungen für in- und ausländische Arbeitnehmer
- Wahrung der Wettbewerbsfähigkeit zwischen den Unternehmen und die Verhinderung eines Verdrängungswettbewerbes auf dem Arbeitsmarkt
- Sicherung von Abgaben und Sozialbeiträgen

Wer ist betroffen?

- inländische Arbeitgeber
- ausländische Arbeitgeber, die Arbeitnehmer
 - mit gewöhnlichem Arbeitsort in Österreich beschäftigen oder
 - aus dem EWR sowie aus Drittstaaten zur Dienstleistung nach Österreich entsenden oder überlassen

Wer kontrolliert?

Arbeitnehmer, die nicht dem Allgemeinen Sozialversicherungsgesetz (ASVG) unterliegen:

- Wiener Gebietskrankenkasse als **Kompetenzzentrum LSDB (CC-LSDB)** auf Basis der Erhebungsergebnisse der Organe der Abgabenbehörden (= Finanzpolizei)
- im Bereich der Bauwirtschaft auch die **Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse (BUAK)**

Wer kontrolliert?

Arbeitnehmer, die dem ASVG unterliegen:

- **zuständiger Krankenversicherungsträger (KVT)**
 - Gebietskrankenkassen und
 - Versicherungsanstalt für Eisenbahnen und Bergbau (VAEB)
- im Bereich der **Bauwirtschaft** ebenfalls auch die **BUAK**

Wer kontrolliert?

Die KVT haben auch jene Arbeitnehmer zu prüfen, die ihren **gewöhnlichen Arbeitsort in Österreich** haben (also bei denen das österreichische Arbeitsrecht zur Anwendung kommt), **ohne dem ASVG zu unterliegen**.

Beispiel:

Ein Arbeitnehmer, der im EU-Ausland lebt, ist zusätzlich zu einer Tätigkeit als Arbeitnehmer in seinem Heimatstaat bei einem österr. Arbeitgeber beschäftigt. Aufgrund der EU-Verordnung(en) unterliegt dieser nicht dem österr. Sozialversicherungsrecht.

Prüfung durch KVT

Die Entgeltkontrolle iSd LSD-BG erfolgt im Zuge folgender Prüfungshandlungen:

- Gemeinsamen Prüfungen aller lohnabhängigen Abgaben (GPLA) und
- Erhebungen (Einzelfallüberprüfungen)

Entgeltkontrolle

Es wird überprüft, ob zumindest jenes **Entgelt**

- **geleistet wird**, das nach
- **Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag** unter
- **Beachtung der jeweiligen Einstufungskriterien**,
- **mit Ausnahme der in § 49 Abs. 3 ASVG angeführten Entgeltbestandteile**

gebührt.

Entgeltkontrolle

...geleistet wird:

- Es genügt nicht, dass in den Lohnunterlagen ein Betrag zumindest in Höhe des zustehenden Entgelts aufscheint!
- Es ist (für diese Entgeltkontrolle) irrelevant, ob die SV-Beiträge und/oder Lohnabgaben vom korrekten Entgeltanspruch berechnet und geleistet werden.

Entgeltkontrolle

- Nachweis der **tatsächlichen Auszahlung** des zustehenden Entgelts → Kontrolle der Auszahlungs- / Überweisungs-belege und die dazugehörigen Vorgänge in der Buchhaltung
- Probleme bei nicht nachgewiesenen Lohnzahlungen → besonders, wenn vom Arbeitnehmer die Nichtleistung behauptet wird (evtl. Hinweis auf Schwarzzahlungen)

Entgeltkontrolle

... unter Beachtung der jeweiligen Einstufungskriterien:

- Tätigkeit laut Vertrag
- tatsächlich ausgeübte Tätigkeit
- Anrechnung von Vordienstzeiten
- Schul- oder sonstige Ausbildungen
- Betriebszugehörigkeit

Konsequenzen bei Unterentlohnung

- **Verpflichtende Anzeige** durch die prüfende Einrichtung bei festgestellter Unterentlohnung **an die zuständige Bezirksverwaltungsbehörde** (Ausnahmen siehe weiter unten)
- Einleitung eines Verwaltungsstrafverfahren durch die Strafbehörde

Konsequenzen bei Unterentlohnung

Strafmaß bei Unterentlohnung von

- **höchstens drei Arbeitnehmern**
 - 1.000 Euro bis 10.000 Euro pro AN
 - 2.000 Euro bis 20.000 Euro im Wiederholungsfall
- **mehr als drei Arbeitnehmern**
 - 2.000 Euro bis 20.000 Euro pro AN
 - 4.000 Euro bis 50.000 Euro im Wiederholungsfall

Lohnunterlagen

Die dafür erforderlichen Lohnunterlagen sind nur für ausländische Arbeitgeber taxativ im Gesetz angeführt:

- Arbeitsvertrag oder Dienstzettel
- Lohnzettel
- Lohnzahlungsnachweise oder Banküberweisungsbelege
- Lohnaufzeichnungen
- Arbeitszeitaufzeichnungen
- Unterlagen betreffend Lohneinstufung

Lohnunterlagen

- Die **KVT** sind berechtigt bei **inländischen Arbeitgebern** in die erforderlichen Lohnunterlagen Einsicht zu nehmen und Abschriften davon anzufertigen.
- Auf Verlangen sind diese Unterlagen oder Ablichtungen an den KVT zu übermitteln. Für die Übermittlung gebührt kein Ersatz der Aufwendungen.
- Die Unterlagen sind bis zum Ablauf des der Aufforderung **zweitfolgenden Werktags** abzusenden!

Kontrolle der Unterlagen

Verweigerung Einsichtnahme / Nichtübermittlung durch inländische Arbeitgeber

Strafraahmen:

- **Nichtübermittlung:**
 - 500 Euro bis 5.000 Euro **pro Arbeitnehmer**
 - (Wiederholungsfall 1.000 Euro bis 10.000 Euro)
- **Verweigerung der Einsichtnahme:**
 - 1.000 Euro bis 10.000 Euro **pro Arbeitnehmer**
 - (Wiederholungsfall 2.000 Euro bis 20.000 Euro)

Prüfung durch KVT

Wie läuft die Prüfung ab?

Überprüfung

- sämtlicher Geschäftsbücher, Aufzeichnungen und Lohnunterlagen auf Vollständigkeit und Plausibilität
- des angewendeten Kollektivvertrages
- der vorgenommenen Einstufung des Arbeitnehmers
- des abgerechneten Entgeltes

Prüfung durch KVT

Wichtig ist daher die lückenlose Führung aller gesetzlich vorgeschriebenen Aufzeichnungen, Bücher und Unterlagen:

- Geschäftsbücher und Aufzeichnungen gemäß § 42 ASVG (Buchhaltung, Lohnverr. usw.)
- Erforderliche Lohnunterlagen gemäß § 14 LSD-BG
- Aufzeichnungen gemäß §§ 11, 12, 12a, 13 AÜG
- Dokumentation der vom Arbeitgeber berücksichtigten Einstufungskriterien (Zeugnisse usw.)

Prüfung durch KVT

Wie kommt der Prüfer zu den Stichproben und wie viele Personen werden pro Unternehmen geprüft?

- Wahl der Stichproben hängt von der Anzahl der zu prüfenden Dienstnehmer ab und erfolgt zufällig und in keinem vorbestimmten Ausmaß
- Bei Auffälligkeiten erfolgt eine zielgerichtete und/oder umfassendere Überprüfung

Prüfung durch KVT

*Feik in Mosler/Müller/Pfeil, Der SV-Komm,
§ 42 ASVG Rz 5:*

*„Da das Gesetz **keine Regelung über Umfang und Intensität** von Beitragsprüfungen enthält, steht es dem VTr frei, sich auf eine **stichprobenartige Prüfung** zu beschränken; dies wird insb dann den Zwecken genügen, wenn sich aus den eingesehenen Geschäftsbüchern und Belegen sowie sonstigen Aufzeichnungen keine Anhaltspunkte für etwaige Meldeverstöße ergeben (VwGH 87/08/0300, SVSlg 32.460).“*

Prüfung durch KVT

Wie wird die korrekte Einstufung nachgeprüft?

- Die Überprüfung erfolgt primär anhand der Angaben im Dienstvertrag/Dienstzettel bzw. am Lohnkonto.
- Weiters kommen all jene Unterlagen in Frage, die einen Rückschluss auf die ausgeübte(n) Tätigkeit(en) und etwaige Vordienstzeiten zulassen.

Prüfung durch KVT

- Auch anhand der Versicherungsdaten eines Arbeitnehmers können Betriebsjahre, Berufsjahre udgl. ermittelt werden.
- Ebenso können Einvernahmen der Arbeitnehmer in Bezug auf Tätigkeit, Ausbildung, Vordienstzeiten usw. relevante Informationen liefern.
- Auch die Einvernahme von Zeugen ist im Verfahren grundsätzlich möglich

Kollektivvertragspartner

KVT und CC-LSDB **KÖNNEN** die Kollektivvertragspartner, die den maßgeblichen KV abgeschlossen haben zu Entgeltfragen (Ermittlung des zustehenden Entgelts unter Berücksichtigung der Einstufungskriterien) anhören.

Dies **MUSS** jedoch erfolgen, wenn ein Arbeitgeber

- begründete Einwendungen
- gegen die angenommene Einstufung erhebt

Kollektivvertragspartner

- Die Kollektivvertragspartner haben hierzu eine **gemeinsame Stellungnahme** abzugeben.
- Es besteht jedoch keine Bindung an diese Stellungnahme für die prüfende Einrichtung (es handelt sich nur um ein Anhörungsrecht!)
- Im Verwaltungsstrafverfahren kann diese Stellungnahme für den Grad des Verschuldens entscheidend sein bzw. dafür entscheidend sein, ob von einer Anzeige abzusehen ist.

Absehen von der Anzeige/Strafe

Voraussetzungen:

- geringe Unterschreitung des Entgelts (max. 10%)
oder
- Verschulden übersteigt leichte Fahrlässigkeit nicht
und
- Nachzahlung **aller** Entgeltbestandteile (auch jener gemäß § 49 Abs. 3 ASVG)

Absehen von der Anzeige/Strafe

- Ein Absehen von der Anzeige / Strafe ist **unabhängig** davon möglich, **ob die Unterentlohnung erstmalig erfolgt ist**. D. h. ein solches Absehen kann mehrmals erfolgen; bis 31.12.2014 war dies nur bei der ersten Übertretung möglich.
- Seit 01.01.2015 kommt es nicht mehr darauf an, ob das Verschulden des Arbeitgebers geringfügig ist, vielmehr ist von der Anzeige bzw. Strafe abzusehen, **wenn das Verschulden „leichte Fahrlässigkeit nicht übersteigt“**.

Absehen von der Anzeige/Strafe

Erläuternde Bemerkungen zur MRV:

„Leichte Fahrlässigkeit im Sinne des § 5 VStG ist dann anzunehmen, wenn der interessierende Fehler gelegentlich auch einem sorgfältigen Menschen unterläuft; schwere bzw. grobe Fahrlässigkeit liegt hingegen im Fall ungewöhnlicher bzw. auffallender Sorglosigkeit vor.“

Absehen von der Anzeige/Strafe

Leichte Fahrlässigkeit kann etwa gegeben sein, wenn:

- die Unterentlohnung tatsächlich sehr gering war und auch die Differenz zum zustehenden arbeitsrechtlichen Entgelt tatsächlich nachgezahlt wurde,
- die Rechtsauffassung des betroffenen Arbeitgebers in der Stellungnahme der Sozialpartner nach § 13 Abs. 5 LSD-BG gestützt wird,
- bei Betrachtung eines lohnperiodenübergreifenden Zeitraums (etwa aufgrund einer Überzahlung) keine Unterentlohnung vorliegen würde.

Absehen von der Anzeige/Strafe

„Bagatellgrenze“ bei Unterschreitung gemäß Erlass des BMAK:

- Eine Unterentlohnung gilt als gering, wenn sie **10 %** nicht übersteigt (frühere Regelung bis 31.12.2014: 3 %)

Erlass bindet Strafbehörden und Gerichte jedoch nicht!

Absehen von der Anzeige/Strafe

Judikatur dazu:

VwGH-Erkenntnis 23.09.2014, Ro 2014/11/0083

„... bei einer Unterentlohnung im Ausmaß von zumindest 6,6 % [kann] nicht mehr von einer bloß geringfügigen Unterschreitung des Grundlohnes gesprochen werden ...“

Auch in weiteren Entscheidungen sah der VwGH Unterentlohnungen von unter 5% nicht als gering an.

Keine Strafbarkeit

Keine Strafbarkeit bei Unterentlohnung ist gegeben, wenn der Arbeitgeber

- vor einer Erhebung der zuständigen Einrichtung
 - die Differenz zwischen dem tatsächlich geleisteten und dem gebührenden Entgelt nachweislich leistet
- gesamtes zustehendes Entgelt inkl.
Entgeltbestandteile gemäß § 49 Abs. 3 ASVG

Anzeige bei Strafbehörde

- Anzeige an zuständige Bezirksverwaltungsbehörde durch prüfende Einrichtung
- Verwaltungsstrafverfahren vor der zuständigen Bezirksverwaltungsbehörde (Bezirkshauptmannschaft bzw. Magistrat)
- Die Prüfung durch die kontrollierenden Einrichtungen ist noch nicht Teil des Strafverfahrens

Verwaltungsstrafverfahren

Kontrollierende Einrichtungen haben Parteistellung im Verfahren und können Rechtsmittel einbringen:

- Beschwerde an Verwaltungsgerichte der Länder
- Revision an den Verwaltungsgerichtshof

Eine rechtskräftige Bestrafung ist mit dem Eintrag in die **Verwaltungsstrafevidenz** verbunden.

Verwaltungsstrafevidenz

- Das Kompetenzzentrum LSDB hat eine Datenbank über rechtskräftige Bescheide und Erkenntnisse in Verwaltungsverfahren nach dem LSD-BG (bis 31.12.2016 AVRAG) zu führen
- Auskünfte daraus erfolgen an Behörden, Gerichte und prüfende Einrichtungen
- Seit 01.01.2015 auch an öffentliche Auftraggeber
→ Verpflichtung zur Einholung einer Auskunft durch öffentl. AG seit 01.03.2016

Information an Arbeitnehmer

Die KVT und das CC-LSDB haben Arbeitnehmer über eine ihr Arbeitsverhältnis betreffende Strafanzeige wegen Unterentlohnung zu informieren.

Problem für die Praxis:

- Keine Auskunft über die genaue Feststellung
- Arbeitnehmer erhält keine weiteren Informationen zu dem Verfahrensverlauf (Bestrafung des AG, Einstellung d. Verfahrens usw.)

Verjährung bei Unterentlohnung

- Die Frist für die **Verfolgungsverjährung** gem. LSD-BG beträgt **drei Jahre** (im Gegensatz zur allgemeinen Regelung im Verwaltungsstrafgesetz - VStG, dort beträgt die Frist ein Jahr)
- Die Frist für die **Strafbarkeitsverjährung** gem. LSD-BG beträgt **fünf Jahre** (im VStG nur drei Jahre).
- Beide Fristen beginnen mit der Fälligkeit des jeweiligen Entgelts zu laufen. Bei **Sonderzahlungen** jedoch erst mit Ablauf des jeweiligen Kalenderjahres.

Verjährung allgemein

Bei allen anderen Übertretungen iSd LSD-BG gelten die allgemeinen Verjährungsfristen des VStG:

- **Verfolgungsverjährung** → ein Jahr
- **Strafbarkeitsverjährung** → drei Jahre

Beginn des Fristenlaufes jeweils mit der Tatbegehung.

Verantwortlich Beauftragte

- Eine Verwaltungsstrafe kann grundsätzlich nur gegen eine natürliche Person verhängt werden.
- Bei **juristischen Personen** und **eingetragenen Personengesellschaften** ist daher für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften strafrechtlich verantwortlich, wer **zur Vertretung nach außen** berufen ist:
 - GmbH: handelsrechtliche Geschäftsführer
 - Aktiengesellschaft: Vorstand
 - KG und OG: unbeschränkt haftende Gesellschafter
 - Verein: Obmann

Verantwortlich Beauftragte

- Es kann jedoch ein verantwortlich Beauftragter bestellt werden, dem dann die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften (für bestimmte räumliche oder sachliche Bereiche) übertragen wird.
- Eine natürliche Person, die Inhaber eines räumlich oder sachlich gegliederten Unternehmens ist, kann für bestimmte räumlich oder sachlich abgegrenzte Bereiche ihres Unternehmens ebenfalls einen verantwortlichen Beauftragten bestellen.

Verantwortlich Beauftragte

- Juristische Personen, eingetragene Personengesellschaften und Einzelunternehmer haften für die gegen verantwortlich Beauftragte verhängte Geldstrafen zu ungeteilter Hand.
- Juristische Personen und eingetragene Personengesellschaften

Verantwortlich Beauftragte

Für die Rechtswirksamkeit von Bestellungen ist seit 01.01.2015

- die schriftliche **Mitteilung über die Bestellung** samt **Nachweis der Zustimmung** durch den Beauftragten
- an den **zuständigen Krankenversicherungsträger** erforderlich.

Verantwortlich Beauftragte

Besonders wichtig:

- Der Verantwortungsbereich des verantwortlich Beauftragten muss genau definiert werden (sachlicher bzw. räumlicher Bereich, Rechtsvorschrift).
- Bei falscher Festlegung des Verantwortungsbereiches kommt es eventuell nicht zu der angestrebten Übertragung der Verantwortlichkeit

Häufigste Feststellungen

iZm dem Kollektivvertrag:

- falscher Kollektivvertrag (Achtung bei Mischbetrieben)
- falsche Einstufung: z.B. Einstufung als Hilfsarbeiter, tatsächliche Tätigkeit entspricht jedoch einem Facharbeiter
- Nichtbeachtung von Vorrückungen im KV (Biennalsprünge)
- falsch berechnete Überstunden (falscher Üstd-Teiler, ohne Zulagen usw.)
- falsch berechnete Sonderzahlungen

Häufigste Feststellungen

iZm der Lohnverrechnung:

- Abrechnungsfehler (Zuschläge, Zuschlagen)
- korrekte Berechnung in der LV aber keine oder zu geringe Auszahlung
- Nicht abgerechnete Überstunden oder falsche Anzahl
→ Vorsicht bei Gleitzeitvereinbarungen und All-in-Verträgen!

Häufigste Feststellungen

iZm der Kontrolle von Lohnunterlagen:

- Unterlagen werden trotz gesetzlicher Verpflichtung nicht geführt
- Unterlagen werden in einer Art und Weise geführt, die eine Kontrolle des Entgelts unmöglich machen
- Lohnzahlungen werden nicht oder nicht ordnungsgemäß verbucht (Schwarzlöhne)
- Dienstpläne \neq Arbeitszeitaufzeichnungen

Häufigste Feststellungen

- **falsche rechtl. Qualifizierung des Vertragsverhältnisses**
- **Werkvertrag – freies DV – Arbeit-/Dienstnehmer:** Umqualifizierung von Werkverträgen oder freien DN in „echte“ Dienst- bzw. Arbeitnehmer → wenn Werklohn oder Honorare unter dem koll. Anspruch eines Arbeitnehmers liegen, ist der Tatbestand der Unterentlohnung verwirklicht.
- **Praktikanten / Volontäre:** Liegt aufgrund der tatsächlichen Gegebenheiten ein Arbeitsverhältnis vor, ergibt sich daraus im Regelfall ein entsprechender KV-Anspruch → Gefahr der Unterentlohnung

Kontaktdaten

Markus Taibl

Wiener Gebietskrankenkasse

Abteilung Beitragsprüfung

Stv. Abteilungsleiter

10., Wienerbergstraße 15-19

Tel.: +43 1 601 22-2563

Fax: +43 1 601 22-3525

E-Mail: markus.taibl@wgkk.at

www.wgkk.at