09/SN-22/ME
213/SNME

FINANZPROKURATUR
1011 Wien, Singerstraße 17 - 19
Tel. 514 39 / 150 DW
Fax.: 512 27 75
PSK-Kto.Nr.: 5500.017 DVR:
0057169

V/66.592

An das

Präsidium des Nationalrates

Parlament
1010 Wien

Betrifft GESETZENTWURF
Zl. 22 GE/19 95
Datum: 23. FEB. 1994
Verteilt 24. Feb. 1995

DRINGEND!!!

Betrifft: Entwurf eines Sozial-Budgetbegleitgesetzes des BMAS
Stellungnahme der Finanzprokuratur zu beabichtigten Änderungen des Insolvenz-Entgeltsicherungsgesetzes
+ 25 Beilagen

Beiliegend übermittelt die Finanzprokuratur ihre Stellungnahme zum Entwurf eines Sozial-Budgetbegleitgesetzes, Art 5, Änderungen des Insolvenz-Entgeltsicherungsgesetzes, in 25-facher Ausfertigung mit dem Ersuchen um Kenntnisnahme.

Die Finanzprokuratur hebt hervor, daß die in Aussicht genommenen Änderungen zum einen der bisherigen Rechtsprechung entsprechen, zum anderen jedoch nicht EU-konform sind, und daher das in Aussicht genommene Ziel, Sozialmißbräuche hintanzuhalten, nicht erreichen.

22. Februar 1995

Im Auftrag:

(Dr. Liebeg)

FINANZPROKURATUR
1011 Wien, Singerstraße 17 - 19
Tel. 51 439 / 210 DW
PSK-Kto.Nr.: 5500.017 DVR: 0057169

XI/24106/1

An das
Präsidium des Nationalrates

Dr. Karl-Renner-Ring 1
1010 Wien

Betr.: Sozial-Budgetbegleitgesetz 1995,
Art. 4 des Entwurfes - Elternunterhaltsgesetz - EUG;
25 Beilagen

Die Finanzprokuratur beehrt sich, dem Präsidium des Nationalrates die gesonderte Stellungnahme ihrer Abteilung 11 zum Entwurf zum EUG, die an das Bundesministerium für Arbeit und Soziales ergeht, in 25-facher Ausfertigung zuzuleiten.

Wien, am 21. Februar 1995
Im Auftrag:
Dr. Obauer
(Dr. Obauer)

FINANZPROKURATUR
1011 Wien, Singerstraße 17 - 19
Tel. 51 439 / 150 DW
Fax.: 512 27 75
PSK-Kto.Nr.: 5500.017 DVR: 0057169

V/66.592

An das

Bundesministerium für Arbeit und Soziales

DRINGEND!!!

Stubenring 1
1010 Wien

Betr. Zl. 37.001/4-2/95
Stellungnahme der Finanzprokuratur zum Entwurf eines Sozial-Budgetbegleitgesetzes 1995 zu Art. 5: Änderungen des Insolvenz-Entgeltsicherungsgesetzes

Die Finanzprokuratur nimmt zu den beabsichtigten Änderungen des Insolvenz-Entgeltsicherungsgesetzes wie folgt Stellung:

Zu Art. 5 Z 1:

Organmitglieder haben gemäß § 1 Abs 6 Z 2 IESG keinen Anspruch auf Insolvenz-Ausfallgeld für die Zeit als Organmitglied. Der OGH vertritt zu § 1 Abs 6 Z 2 IESG eine äußerst rigorose Rechtsprechung. So sind zB auch Zeiten einer Organmitgliedschaft bei der Prüfung der Frage, in welchem Umfang Insolvenz-Ausfallgeld gebührt, außer Betracht zu lassen. Dies gilt auch für vertraglich angerechnete Vorgangszeiten aus einer früheren Tätigkeit als Organmitglied (OGH 13.1.1993, 9 Ob S 22/92; vgl auch 29.8.1990, 9 Ob S 12/90: Nichtberücksichtigung der Anrechung von Vordienstzeiten und einer außergewöhnlichen Kündigungsfrist von 24 Monaten, die im Zusammenhang mit der Bestellung zum Geschäftsführer stehen).

In seinen grundlegenden E 22.9.1993, 9 Ob S 16/93 sowie 22.9.1993, 9 Ob S 21/93 führte der OGH aus: "Darauf, ob der Anspruchswerber im Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung noch vertretungsbefugtes Organ war, kommt es bei der Prüfung, ob und in welchem Umfang Insolvenz-Ausfallgeld gebührt, nicht an. Gerade wegen der bei einer GmbH relativ einfach zu handhabenden Mißbrauchsmöglichkeiten ist für den Fall, daß ein Organmitglied nach Abberufung oder Rücktritt noch für kurze Zeit als Angestellter beschäftigt wird, die Organtätigkeit auch bei der Beurteilung der Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis zu berücksichtigen. Bleibt nach Abberufung oder Rücktritt des Organmitglieds aber der Anstellungsvertrag noch aufrecht, kann nicht von

einer relevaten Neubegründung eines Angestelltenverhältnisses mit einer von der bisherigen Tätigkeit abgrenzbaren Arbeitsleistung gesprochen werden; es ist dann überhaupt von einer insolvenzentgeltsicherungsrechtlichen "Fortwirkung" der Organtätigkeit auszugehen. Der Zweck des § 1 Abs 6 Z 2 IESG schließt es daher aus, daß ein Geschäftsführer gesicherte Ansprüche dadurch erlangen könnte, daß er im Zeitpunkt des Eintritts der Zahlungsunfähigkeit der knapp davor zurücktritt, aber weiterhin zu den Bedingungen seines bisherigen Anstellungsvertrages Angestellter bleibt und die Kündigung durch den Masseverwalter abwartet.".

Die in Aussicht genommene Bestimmung des § 1 Abs 3 Z 2a entspricht zum einen der Rechtsprechung des OGH, ist daher überflüssig und widerspricht daher den Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit der Verwaltung, weiters könnte die Rechtsprechung des OGH insoweit ausgehöhlt werden, als bei einem längeren Verbleib als gewöhnlicher Angestellter nunmehr Insolvenz-Ausfallgeld zustünde.

Gleiches gilt für wesentlich Beteiligte iS des § 1 Abs 6 Z 3 IESG.

<u>Zu Art 5 Z 2:</u>

Die Herausnahme von leitenden Angestellten aus dem Schutzbereich des IESG widerspricht der Richtlinie 80/987/EWG des Rates zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Schutz der Arbeitnehmer bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers vom 20.10.1980.

Nach stRsp des EUGH soll diese Richtlinie allen Arbeitnehmern ein Mindestmaß an Schutz bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers gewährleisten. Das nationale Recht eines Mitgliedsstaats genügt den Anforderungen dieser Richtlinie nicht, wenn die darin vorgesehene Garantie Lücken aufweist und zwar sowohl bezüglich der Begünstigten - dadurch, daß sie nur auf bestimmte Gruppen von Unternehmen Anwendung findet, <u>daß sie über die durch die Richtlinie ausdrücklich gestatteten Ausnahmen hinaus Gruppen von Beschäftigten, die Arbeitnehmer iS des nationalen Rechts sind, ausschließt</u> ... (vgl EUGH 2.2.1989, 22/87 = Slg 1989, S 143; 16.12.1993, C-334/92, veröffentlicht bei *Urlesberger*, Neues vom Europarecht, WBl 1994, 47, 51).

Der Arbeitnehmerbegriff des IESG ist jener des Arbeitsvertragsrechts des ABGB (zB OGH 15.9.1994, 8 Ob S 15/94). Aus der Sicht des Arbeitsvertragsrechtes des ABGB ist die Arbeitnehmereigenschaft eines leitenden Angestellten iS des § 36 ArbVG (= ein Arbeitnehmer, der maßgebenden Einfluß auf die Führung eines Betriebes hat oder der zum Teil Arbeitgeberfunktion ausübt) gegeben (zB OGH 17.6.1992, 9 Ob A 110/92 = DRdA 1992, 467 = DRdA 1993, 38; vgl auch *Mayer-Maly*, Der leitende Angestellte im österreichischen Recht, ZAS 1974, 203 ff).

Leitende Angestellte iS des § 36 ArbVG gelten daher als Arbeitnehmer iS des IESG und haben zwingend Anspruch auf Insolvenz-Ausfallgeld.

Sonstiges:

Die Prokuratur erachtet daher die im Art 5 des Entwurfes eines Sozial-Budgetbegleitgesetzes 1995 in Aussicht genommenen Regelungen zur Änderung des IESG als untauglich, mißbräuchliche Inanspruchnahmen von Sozialleistungen, respektive des IESG, hintanzuhalten. Das in Aussicht genommenen Einsparungspotential von S 45 Mio ist nicht zu erreichen.

Als eine wirksame Maßnahme, die auch erhebliche budgetäre Auswirkungen hat, kann, wie dem BMAS wiederholt mitgeteilt, die zeitliche Begrenzung des Anspruchs auf Insolvenz-Ausfallgeld für die Zeit vor Konkurseröffnung oder einem gleichgestellten Tatbestand für eine bestimmte Anzahl von Monatsbezügen angesehen werden (zB könnte, wie § 141b Arbeitsförderungsgesetz in der BRD vorsieht, Insolvenz-Ausfallgeld für laufendes Entgelt nur für drei Monate vor Konkurseröffnung oder gleichgestelltem Tatbestand gebühren).

Grundsätzlich kann davon ausgegangen werden, daß Arbeitnehmer, die zwei oder drei Monatslöhne nicht erhalten, ihren vorzeitigen Austritt erklären, und sich nach einem neuen Arbeitsplatz umsehen, da sie zur Bestreitung ihres Lebensunterhaltes auf die pünktlichen Gehaltszahlungen angewiesen werden. Verbleiben Arbeitnehmer länger im Unternehmen, ohne eine Gehaltszahlung zu erhalten, dann erfolgt regelmäßig eine Drittfinanzierung der Löhne durch die Hausbank des Arbeitgebers zu Lasten des Insolvenz-Ausfallgeld-Fonds bzw handelt es sich um Familienangehörige des Arbeitgebers.

Durch diese zeitliche Limitierung des Anspruchs auf Insolvenz-Ausfallgeld wird der Insolvenz-Ausfallgeld-Fonds in erheblichem Ausmaß finanziell entlastet (die Größenordnung liegt sicherlich weit über den im Entwurf in Aussicht genommenen S 45 Mio). Gleichzeitig wird auch "Druck" auf eine rasche Insolvenzeröffnung, die in letzter Zeit immer wieder gefordert wird, ausgeübt, weil der Arbeitgeber auf die Arbeitnehmer zur Unternehmensführung angewiesen ist. Dadurch besteht auch die Möglichkeit, daß rechtzeitig mögliche Sanierungsschritte gesetzt werden können.

25 Ausferigungen dieser Stellungnahme erhehen mit gleicher Post an das Präsidium des Nationalrates.

22. Februar 1995

Im Auftrag:

(Dr. Liebeg)

FINANZPROKURATUR
1011 Wien, Singerstraße 17 - 19
Tel. 51 439 / 210 DW
PSK-Kto.Nr.: 5500.017 DVR: 0057169

XI/24106/1

An das

Bundesministerium für Arbeit und Soziales

1010 **Wien**

Betr.: Entwurf zum Sozial-Budgetbegleitgesetz 1995,
Gesonderte Stellungnahme zum Elternunterhaltsgesetz - EUG;
zu Zl. 37.001/4-2/95

Die Abteilung 11 der Finanzprokuratur beehrt sich, zur dm. Note vom 10.2.1995 nachstehende gesonderte Stellungnahme an das Bundesministerium für Arbeit und Soziales abzugeben.

Sie darf auch darauf hinweisen, daß diese Stellungnahme 25-fach an das Präsidium des Nationalrates ergeht.

Die Prokuratur führt also aus:

zu Artikel 4 (Elternunterhaltsgesetz - EUG)

1. zu § 1 (und § 12)

§ 1 Abs. 1 ist nicht wirklich geschlechtsneutral formuliert, da er vom Regelfall ausgeht, der Vater werde der Kindesmutter gegenüber zum erweiterten Unterhalt verpflichtet sein.

§ 1 Abs. 2 spricht von einer "gleichen" Unterhaltsverpflichtung der Mutter wie in Abs. 1. Dieser stellt aber ausdrücklich auf § 168 ABGB ab, wonach nur dem Vater Unterhalts- und Entbindungskosten auferlegt werden.

Formuliert das Gesetz aber selbst nicht vollkommen geschlechtsneutral, dann ist die formularmäßige und sprachlich unschöne Wendung in § 12 Abs. 6 und 7 entbehrlich, wo von den Lebensführungsmöglichkeiten bzw. Unterhaltsansprüchen "des/der Rückzahlungspflichtige(n)" die Rede ist.

2. zu § 4

Trotz der sprachlichen Unschönheit würde es den Regelungsinhalt verdeutlichen, würde man von "nichtalleinstehenden" Müttern bzw. Vätern sprechen.

3. zu §§ 11 und 13

§ 11 weist das Verfahren über die Gewährung des Unterhaltsvorschusses nach dem EUG den Finanzämtern - örtliche Zuständigkeit nach der Anlage zum AVOG, BGBl. 18/1975 - zu. Auch ohne Regelung expressis verbis steht im Falle der Säumnis bzw. der bescheidmäßigen Verweigerung der Rechtszug an die Finanzlandesdirektion - nach Ergehen der Berufungsvorentscheidung - offen.

Auch die Rückforderung gem. § 13 hat durch Bescheid des Finanzamtes zu erfolgen. Es erscheint der Finanzprokuratur nun inkonsequent, den Rechtszug gegen Bescheide nach § 13 EUG an die unabhängigen Verwaltungssenate zu eröffnen. Dies findet zwar Deckung in Art. 129a Abs. 1 Z 3 B-VG und soll die Rückforderungsverpflichtung als "civil right" iS des Art. 6 MRK einem Tribunal zuweisen.

Es sei bemerkt, daß im Bereiche der Finanzlandesdirektionen §§ 66 Abs. 1 FinStrG bzw. 270 BAO dem Art. 6 MRK gerecht zu werden trachten.

Es finden sich also - ausbaufähige - Ansätze für Tribunale auch im Bereiche der Bundesfinanzverwaltung. Weist nun der Bundesgesetzgeber (s. § 19 EUG) den Vollzug weitgehend der Bundesfinanzverwaltung zu, so erscheint der Finanzprokuratur die Einrichtung des Instanzenzuges von der Bundesbehörde Finanzamt an die (organisatorische) Landesbehörde UVS nicht verwaltungsökonomisch und auch im Lichte des Art. 6 MRK nicht zwingend geboten.

4. zu § 12 Abs. 4

Die Bestimmung, wonach die Rückzahlungsverpflichtung jedenfalls endet, wenn beide Elternteile das 45. Lebensjahr vollendet haben, erscheint der Finanzprokuratur in mehrfacher Hinsicht unsachlich und daher iS des Art. 7 B-VG bedenklich.

a) Ohne ersichtlichen Grund werden Eltern spätgeborener Kinder begünstigt.

b) Es werden Ehegatten begünstigt, deren Altersdifferenz relativ gering ist, weil es darauf ankommt, daß beide Ehegatten das 45. Lebensjahr vollendet haben.

c) Bei der Prüfung der Sachlichkeit einer Regelung ist oft eine Durchschnittsbetrachtung anzustellen. Durch § 12 Abs. 4 werden Eltern gerade in einer Lebensphase von der Rückzahlungsverpflichtung befreit, in der sie üblicher Weise materiell besser gestellt sind als in jüngeren Jahren und in der ihre übrigen Sorgepflichten bereits erlöschen.

5. zu § 12 Abs. 5

Diese Bestimmung ist vergleichbar mit § 22 Abs. 2 UVG. Nach dem UVG besteht eine nur dreijährige Rückforderungsfrist für dem Kind zu Unrecht gewährte Vorschüsse.

Eine derartige Schonung muß aber einer Frau, die wissentlich (vgl. § 5 Abs. 3 StGB) den unrichtigen Mann als Kindesvater bezichtigt hat, nicht gewährt werden. Ebenso wie Verwendungsansprüche nach §§ 1041 und 1042 ABGB erst nach 30 Jahren verjähren (SZ 54/131; SZ 57/101), sollten auch Ansprüche nach § 12 Abs. 2 EUG erst nach 30 Jahren verjähren. Dies sollte zur Vermeidung von Unklarheiten auch in den genannten Absatz eingefügt werden.

6. zu § 17

Die in §§ 3, 6, 8 und 9 EUG enthaltenen Beträge sollen jährlich mit dem Anpassungsfaktor des § 108f ASVG valorisiert werden.

Dieses praktische und sinnvolle Konzept steht aber unter folgendem verfassungsrechtlichen Bedenken:

§ 108f ASVG beruft ein oberstes Organ, nämlich den Bundesminister für Arbeit und Soziales, zur jährlichen Festsetzung des Anpassungsfaktors. Dieser ist selbst an keinen Vorschlag gebunden, hat aber auf das Gutachten eines Beirates Bedacht zu nehmen.

§ 17 Abs. 1 EUG bindet nun ein anderes oberstes Organ, nämlich den Bundesminister für Finanzen an den vom Bundesminister für Arbeit und Soziales bestimmten Anpassungsfaktor.

Die Stellung eines Bundesministers als oberstes Organ iS der Art. 77 und 19 B-VG bedeutet aber, daß dessen Willensbildung nicht an die Zustimmung oder den Antrag irgendeiner anderen Instanz, auch nicht eines anderen Bundesministers, gebunden werden darf, und sind derartige Bindungsbestimmungen bereits regelmäßig der Aufhebung durch den Verfassungsgerichtshof verfallen: VfSlg. 2323/1952, 2418/1952, 6913/1972, 12506/1990.

Das aufgezeigte Problem wäre aber dadurch am einfachsten zu lösen, daß eben nicht der Bundesminister für Finanzen, sondern der Bundesminister für Arbeit und Soziales zur Anpassung der Beträge in § 17 Abs. 1 EUG berufen wird. Demnach wäre die Vollzugsklausel in § 19 zu ergänzen.

Schließlich sollte noch klargestellt werden, daß diese Anpassung im Bundesgesetzblatt kundzumachen ist, da sie ja auch Eingriffe in den Text eines Bundesgesetzes darstellt.

Wien, am 21. Februar 1995
Im Auftrag:

(Dr. Obauer)