



Bundesministerium für  
Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz

Stubenring 1  
1010 Wien

**PER E-MAIL:** [vii9@sozialministerium.at](mailto:vii9@sozialministerium.at)  
[begutachtungsverfahren@parlinkom.gv.at](mailto:begutachtungsverfahren@parlinkom.gv.at)

Wien, am 07.04.2016

Stellungnahme des Handelsverbandes zum Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem ein Gesetz zur Bekämpfung von Lohn- und Sozialdumping (Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz – LSD-BG) geschaffen wird, GZ: BMASK-462.203/0008-VII/B/9/2016

Sehr geehrte Damen und Herren!

Der Handelsverband („Verband österreichischer Mittel- und Großbetriebe des Handels“) bedankt sich für die Möglichkeit zu dem im Betreff genannten Gesetzesentwurf Stellung nehmen zu können:

1. Zum Entwurf im Allgemeinen:

Die Mitglieder des Handelsverbandes und der Handelsverband selbst begrüßen gesetzliche Maßnahmen, die Lohn- und Sozialdumping unterbinden. Allerdings muss gewährleistet sein, dass einerseits die administrativen (bürokratischen) Anforderungen an die Unternehmen möglichst gering gehalten werden und andererseits, dass die allenfalls verhängten Strafen im Falle eines Fehlverhaltens tatsächlich in einem angemessenen Verhältnis zur Schwere des Verstoßes und dessen Folgen stehen.

Weiters ist bei der Bemessung der Strafhöhen und der Verhängung der Strafen darauf Bedacht zu nehmen, dass in Österreich diese Strafen gegen natürliche Personen (die zur Vertretung nach außen berufenen Organe bzw. die verantwortlichen Beauftragten) verhängt werden und nicht gegen die Unternehmen.

Wie Beispiele aus der Vergangenheit (etwa auch zum Arbeitszeitrecht) zeigen, können aufgrund des uneingeschränkten Kumulationsprinzips (Strafe pro Mitarbeiter) sehr schnell Höhen erreicht werden, die auch für einen „Besserverdiener“ existenzbedrohend sind. Eine solche Kumulation kann aber schon dann eintreten, wenn „ein und derselbe Fehler“ (etwa eine Einstufungsfrage im Kollektivvertrag) viele Arbeitnehmer betrifft.

Nun ist es auch bekannt, dass die entsprechenden Kollektivverträge keineswegs so abgefasst sind (und auch nicht sein können), dass sich für jeden Fall eine eindeutige Regelung ergibt. Es kann daher nicht sein, dass etwa eine „fehlerhafte Einstufung“, die sich oft erst nach über mehrere Instanzen geführten Gerichtsverfahren ergibt, mit existenzbedrohenden Strafen für die handelnden Personen belegt sein soll.

Insbesondere auch im Hinblick auf den Erwägungsgrund (18) der Richtlinie 2014/67/EU vom 15. Mai 2014 ist es fraglich, in welcher Art und Weise sich in- wie ausländische Arbeitgeber über konkrete Einstufungsfragen und/oder Abrechnungsdetails (insbesondere Zulagen, Zuschläge) informieren können. Die bloße Einsichtnahme in Kollektivverträge reicht dazu nicht aus.

Nach der ständigen Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes und auch den Erläuterungen zu § 29 LSD-BG reichen ja nur Auskünfte zuständiger Behörden bzw. Träger der Krankenversicherung oder Kammern aus, nicht jedoch die Auskünfte berufsmäßiger Parteienvertreter. Es darf als bekannt vorausgesetzt werden, dass in der Praxis Stellungnahmen zu konkreten Einstufungsfragen sowie zu konkreten Abrechnungsfragen entweder gar nicht oder nicht in einer Zeit, die vom modernen Wirtschaftsleben gefordert wird, zu erlangen sind.

Im Folgenden werden insbesondere auch jene Punkte „aufgegriffen“, die schon bisher auf Basis der geltenden Gesetze unter Beachtung des Erlasses des BMASK (LSD-BG Richtlinie 2015) offen geblieben sind. Hier wäre es wünschenswert, wenn nunmehr im Zuge der Überarbeitung der gesetzlichen Bestimmungen auch entsprechende eindeutige Klarstellungen erfolgen, um eine leichtere Anwendung des Gesetzes zu gewährleisten.

## 2. Zum Entwurf im Einzelnen:

### 2.1 Zum Geltungsbereich:

2.1.1 Nach wie vor trifft die Verpflichtung zur Vorabmeldung der Entsendung bzw. Überlassung von Arbeitnehmern nach Österreich nur Unternehmen mit Sitz in der EU, dem EWR und der Schweiz. Somit kommen auch die entsprechenden Strafbestimmungen für die Nichtmeldung bzw. Nichtbereithaltung der entsprechenden Unterlagen nur für diese Unternehmen in Betracht. Es zeigt sich hier ein Widerspruch zu Art. 1 Abs. 4 der Entsenderichtlinie (Richtlinie 96/71/EG), wonach Unternehmen mit Sitz in einem Nichtmitgliedsstaat keine



günstigere Behandlung zuteilwerden darf, als Unternehmen mit Sitz in einem Mitgliedsstaat.

- 2.1.2 Die in der Literatur bereits zu Diskussionen Anlass gebende Formulierung, wonach die Ausnahmen von der Anwendung (§ 1 Abs. 5 LSD-BG) nur „von geringem Umfang und kurzer Dauer“ sein dürfen, ist ohne nähere Erläuterung äußerst unbestimmt. Es wäre hier wünschenswert, eine klare Regelung zu schaffen, bis zu welchem Umfang die entsprechenden Tätigkeiten in Österreich ohne Meldungen und ohne administrativen Aufwand durchgeführt werden können. Auch die weiteren Einschränkungen bei geschäftlichen Besprechungen und Seminaren, denen zufolge keine weiteren Dienstleistungen erbracht werden dürfen, sind zu hinterfragen. Es entspricht der geschäftlichen Praxis, dass Arbeitnehmer, die etwa an Besprechungen oder Seminaren teilnehmen, in Pausenzeiten, etc. Tätigkeiten für das eigene Unternehmen durchführen (etwa das Beantworten von E-Mails, etc.) Soll das Beantworten von E-Mails in der „Flughafenlounge“ bereits dazu führen, dass eine meldepflichtige Entsendung vorliegt?

Die Ausnahme der Vorbereitungs- und Abschlussarbeiten bei den Messen und messeähnlichen Veranstaltungen ist nicht nachvollziehbar. Reicht es hier für den Entfall der Ausnahme bereits aus, wenn ein Arbeitnehmer etwa Kataloge mitnimmt?

Begrüßenswert ist hingegen die generelle neue Ausnahme gemäß § 1 Abs. 5 Zif. 8. Unklar ist, was das Wort „durchwegs“ hier bedeuten soll. Muss im entsprechenden Lohnzahlungszeitraum dieser definierte Betrag erreicht werden, oder kann etwa eine Jahresbetrachtung erfolgen?

- 2.1.3 Die „Lockerung“ der Bestimmungen zur Entsendung und Überlassung im Konzern ist zu begrüßen. Die Einschränkungen geben jedoch wiederum Anlass zu zahlreichen Fragestellungen, da die entsprechenden Termini nicht definiert sind. Auch wäre es wünschenswert klarzustellen, dass die Überlassung (nur) nicht den „maßgeblichen Betriebszweck“ des überlassenden Unternehmens darstellen soll, eine untergeordnete Überlassungstätigkeit aber nicht schadet. Gerade in internationalen Konzernen ist es ja durchaus üblich, dass mehrere Mitarbeiter an ausländische Konzernunternehmen „überlassen“ werden.
- 2.1.4 Die in § 2 Abs. 3 (nunmehr) enthaltene Festlegung, dass für das Vorliegen einer Entsendung kein Dienstleistungsvertrag zwischen einem Arbeitgeber ohne Sitz in Österreich und einem im Inland tätigen Dienstleistungsempfänger Voraussetzung ist, führt zu der Situation, dass Sachverhalte erfasst werden, die keinerlei Auswirkung auf den österreichischen Arbeitsmarkt haben. Von Artikel I Abs (3) lit. a Entsenderichtlinie sind diese Sachverhalte ja gerade

nicht erfasst. Macht ein international tätiger Mitarbeiter eines Konzerns, der keine Niederlassung in Österreich hat, in Österreich kurz „Station“, um Arbeiten zu erledigen, die nichts mit Österreich zu tun haben, läge trotzdem eine Entsendung mit allen Konsequenzen vor. Dieses Ergebnis führt zu einem eklatanten Verwaltungsmehraufwand, der nach den Grundsätzen sowohl der Entsende- als auch der Durchsetzungsrichtlinie gerade nicht entstehen sollte.

2.1.5 In den erläuternden Bemerkungen werden „kurzfristige“ Besprechungen und „kurzfristige“ Schulungen als Ausnahmen genannt. Es stellt sich die Frage, was mit „kurzfristig“ gemeint ist. Soll die Dauer der Schulung bzw. Besprechung „kurz“ sein, ist das Wort „kurzfristig“ nicht verständlich. Müssen die Besprechung bzw. die Schulung „kurzfristig“ anberaumt sein, ist nicht einzusehen, weshalb bei einem langfristig anberaumten Besprechungs- oder Schulungstermin andere Regeln gelten sollen. Auch ist nicht klar, ob bloß die passive Teilnahme an Seminaren, Kongressen und Tagungen ausgenommen ist, oder auch die aktive Teilnahme als Vortragender (werden hier dann weitere Dienstleistungen erbracht)?

## 2.2 „Anspruch auf Mindestentgelt“:

2.2.1 Hinsichtlich § 3 Abs. 2 wäre eine Klarstellung wünschenswert, was konkret unter dem gesetzlichen, durch Verordnung festgelegten oder kollektivvertraglichen Entgelt, das am Arbeitsort vergleichbaren Arbeitnehmern von vergleichbaren Arbeitgebern gebührt, gemeint ist. In der Literatur ist hier unklar, ob es auf die grundsätzliche Tätigkeit des ausländischen Unternehmens oder ausschließlich die Tätigkeit des Mitarbeiters in Österreich ankommt. So kann es ja sein, dass ein ausländisches Produktionsunternehmen Mitarbeiter zu einem österreichischen Handelsunternehmen oder auch einer österreichischen Handelstochter entsendet. Ist nun auf den Kollektivvertrag abzustellen, der in Österreich auf den ausländischen Arbeitgeber anwendbar wäre (vermutlich Industrie), oder jener nach der in Österreich ausgeübten Tätigkeit (etwa Handel)?

Dazu liegen in der Literatur unterschiedliche Sichtweisen vor (vgl. etwa Kühteubl in ZAS 2015/33 und sein Verweis auf Gleißner, ZAS 2015, 22). Hinsichtlich § 3 Abs. 4 ist die Regelung, dass Sonderzahlungen für aus dem Ausland überlassene Arbeitnehmer aliquot für die jeweilige Lohnzahlungsperiode zusätzlich zum laufenden Entgelt zu leisten sind, insbesondere dann nicht nachvollziehbar, wenn entsprechende Regelungen zu Sonderzahlungen auch in ausländischen Kollektivverträgen enthalten sind.



2.2.2 Die behördliche Überprüfung und die Strafbarkeit für Unterentlohnung stellt nunmehr im Wesentlichen auf die Zahlung des nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag gebührenden Entgelts – ausgenommen die in § 49 Abs. 3 angeführten Entgeltbestandteile – ab.

Seit 2016 sind aber etwa Jubiläumsgelder nicht mehr durch § 49 Abs. 3 (früher Zif. 10) von der Sozialversicherungspflicht ausgenommen. Müssten somit auch Jubiläumsgelder bezahlt werden, allenfalls aliquot (wie die Sonderzahlungen), oder zumindest dann, wenn gerade im Zeitpunkt der Tätigkeit in Österreich ein Jubiläum anfällt?

### 2.3 Zu den bereitzuhaltenden bzw. zu übermittelnden Unterlagen:

2.3.1 Wünschenswert wäre jeweils eine Klarstellung, welche Unterlagen in Kopie und/oder elektronisch bereitgehalten werden können sowie, ob eine von der Behörde verlangte Übermittlung (vgl etwa § 12 Abs. 1 Zif. 3 des Entwurfs) wiederum elektronisch erfolgen kann. Ganz grundsätzlich ist zu sagen, dass eine Frist von bloß zwei Werktagen bei einer größeren Anzahl von Arbeitnehmern mit Hinblick auf die erforderlichen Unterlagen (siehe dazu weiter unten) einen durchaus überschießenden Anspruch darstellt. Insbesondere folgt aus § 14 Abs. 2, dass sogar der zuständige Träger der Krankenversicherung vom österreichischen Unternehmen (also wenn es sich gar nicht um eine Entsendung oder Überlassung handelt) die erforderlichen Unterlagen oder Ablichtungen innerhalb von zwei Werktagen verlangen kann. Erfolgt eine entsprechende Kontrolle bei einem österreichischen Unternehmen mit mehreren 100 oder 1.000 Mitarbeitern, ist dies schlicht nicht zu bewerkstelligen. Es ist auch nicht einzusehen, weshalb gerade im Fall eines inländischen Sachverhaltes eine solche Maßnahme überhaupt erforderlich sein soll.

2.3.2 Eine Klarstellung wäre auch dazu erforderlich, welche Lohnunterlagen tatsächlich gemäß § 22 gemeint sind. Insbesondere die Frage, welche Unterlagen mit Hinblick auf eine kollektivvertragliche Einstufung verlangt werden, ist völlig unklar.

2.3.3 Weiters ist auch nicht einzusehen, dass etwa entsandte leitende Mitarbeiter gemäß § 22 LSD-BG Arbeitszeitaufzeichnungen führen sollen, obwohl diese etwa nicht dem AZG unterliegen und zur Führung von Arbeitszeitaufzeichnungen somit nicht verpflichtet sind. Dies würde zu einer Diskriminierung von Arbeitgebern aus anderen Mitgliedsstaaten führen. Auch das Erfordernis, sämtliche Unterlagen (etwa auch Banküberweisungen) in deutscher Sprache vorzulegen, ist überschießend.

2.3.4 Grundsätzlich ist hingegen die Neuregelung, dass Unterlagen im Inland bei Zweigniederlassungen sowie selbstständigen Tochtergesellschaften und niedergelassenen berufsmäßigen Parteienvertretern bereitgehalten werden können, zu begrüßen.

Mit Hinblick darauf, dass der Ort der Bereithaltung in der Meldung gemäß § 19 Abs. 3 Zif. 9 angeführt sein muss, scheidet diese Möglichkeit aber demnach bei Arbeitgebern aus Drittstaaten aus. Dies wäre wohl klarzustellen.

#### 2.4 Zur Anrechnung bezahlten Entgelts auf allfällige Unterentlohnungen:

2.4.1 § 13 Abs. 4 des vorliegenden Entwurfs ordnet im letzten Satz an, dass Zahlungen, die das nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag gebührende Entgelt übersteigen, auf allfällige Unterentlohnungen im jeweiligen Lohnzahlungszeitraum anzurechnen sind (ebenso § 29 Abs (1). Bei der sogenannten „tätigen Reue“ (§ 29 Abs. 2) wird dann darauf abgestellt, dass der Arbeitgeber vor einer Erhebung der zuständigen Einrichtung die Differenz zwischen dem tatsächlich Geleisteten und dem dem Arbeitnehmer nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag gebührenden Entgelt nachweislich geleistet hat. Unbeantwortet bleibt die bislang in der Literatur unterschiedlich beantwortete Frage, wie lange etwa ein Arbeitgeber die Möglichkeit hat, Nachzahlungen zu leisten. Dass diese für die tätige Reue vor der behördlichen Betretung erfolgen muss, ist klar. Unklar bleibt jedoch, ob eine in späteren Perioden gewährte Zahlung (etwa auch eine Prämie oder ein Bonus) frühere Unterschreitungen „ausgleicht“ (siehe dazu Kühteubl, ZAS 2015/33 mit Verweis auf die gegenteiligen Meinungen).

2.4.2 Für die Bestimmung der 10%-igen Bagatellgrenze (die sich derzeit nur aus dem Erlass des BMASK und nicht dem Gesetz ergibt) wird etwa in Rz 52 des genannten Erlasses dann jedenfalls eine Durchrechnung zugelassen (Schnittrechnung), wenn eine durchgehende Unterentlohnung erfolgt. Dies könnte aber bedeuten, dass ein Arbeitgeber, der einmal unterentlohnt, dann richtig entlohnt und zu einem späteren Zeitpunkt nachleistet, schlechter gestellt wird als ein Arbeitgeber, der während einer durchgehenden Unterentlohnung eine Prämie ausbezahlt?

2.4.3 Auch die Grenze der „Geringfügigkeit“ ist weiterhin im Gesetz nicht definiert. Wie bereits der entsprechende Erlass selbst ausführt, ist dieser keineswegs bindend. Genauso wenig bindend sind die Erläuterungen. Ob also tatsächlich 10 % als „gering“ anzusehen sind, bleibt der höchstgerichtlichen Judikatur vorbehalten, sofern nicht eine gesetzliche Klarstellung erfolgt, was sicherlich zielführend wäre.



## 2.5 Strafbestimmungen:

2.5.1 Wie bereits ausgeführt, sind insbesondere jene Strafbestimmungen, die für das Nichtbereithalten der ausschließlich von EU/EWR/Schweizer Unternehmen bereitzuhaltenden Unterlagen gelten (§ 26), überschießend. Es kommt ja nicht einmal darauf an, ob die entsprechenden Meldungen gemacht wurden bzw., ob die Mitarbeiter im Ausland der Sozialversicherung unterliegen, sondern lediglich darauf, ob entsprechende Unterlagen (sofort) bereitgehalten werden. Dafür sind die Strafen jedoch nicht angemessen. Auch sollte es eine Möglichkeit zur Nachreichung geben.

2.5.2 Zahlreiche Fragen wären im Zusammenhang mit der Unterentlohnung klarzustellen (Nachzahlungen außerhalb des Lohnzahlungszeitraumes als tätige Reue, etc.). Die Erläuterungen und der bereits angesprochene Erlass des BMASK sowie die einschlägige Literatur räumen ein, dass es oft schwierig ist, zunächst überhaupt herauszufinden, welcher Kollektivvertrag gilt und dann eine einwandfreie Einstufung vornehmen. Die in manchen Kollektivverträgen vorgesehenen zahlreichen Sonderbestimmungen (etwa zu Zulagen und Zuschlägen) sind oft branchenspezifisch über Jahrzehnte gewachsen und teilweise schwer überschaubar. Es wäre hier ausreichend und sinnvoll, die Strafbarkeit zu verneinen, wenn eine vertretbare Rechtsansicht vorliegt.

2.5.3 Die derzeitige Festlegung, nach der selbst bei einer übereinstimmenden Stellungnahme der Sozialpartner Straffreiheit nur gegeben sein kann (und nicht ist), ist abzulehnen. Selbst wenn nur einer der beiden Sozialpartner die Rechtsmeinung des Arbeitgebers teilt, ist eine Bestrafung abzulehnen.

## 2.6 Zur Parteistellung:

Obwohl Arbeitgebern (in- wie ausländischen) die Verfehlungen ihrer Organe aber auch von verantwortlichen Beauftragten zugerechnet werden sollen (Registereintragung), ist dem Entwurf nicht zu entnehmen, dass die Arbeitgeber selbst Parteistellung in den entsprechenden Verfahren haben. § 35 Abs. 2 sieht lediglich vor, dass rechtskräftige Bescheide und Erkenntnisse an die Unternehmen zuzustellen sind, denen diese Bestrafung zuzurechnen ist. Mit Hinblick auf die weitreichenden Folgen der Zurechnung einer Bestrafung ist das Nichtgewähren einer Parteistellung bedenklich und abzulehnen.



Abschließend darf nochmals betont werden, dass sowohl dem Handelsverband, als auch seinen Mitgliedern daran gelegen ist, Lohn- und Sozialdumping zu bekämpfen. Die bereits in bestehenden Gesetzen sowie aber auch im vorliegenden Entwurf enthaltenen Regelungen müssen jedoch klar und eindeutig sein.

Darüber hinaus dürfen vertretbare Rechtsansichten nicht zu einer Bestrafung, die für Organe und/oder verantwortliche Beauftragte existenzbedrohend sein können, führen. Durch die Gesetzestchnik wird der Inhalt von Kollektivverträgen in einer durchaus bedenklichen Art und Weise zum Teil von Strafrechtsnormen erhoben. Überall dort aber, wo die Kollektivverträge keine eindeutigen Regelungen enthalten, ist für eine strafrechtliche Haftung kein Platz.

Darüber hinaus müssen auch die administrativen Anforderungen in einem erträglichen Rahmen bleiben. Durch die Ausdehnung des LSD-BG über die Entsenderichtlinie hinaus (es wird ja kein Dienstleistungsvertrag mit einem österreichischen Dienstleistungsempfänger verlangt) fallen auch bloß „kurze Dienstreisen“ unter Umständen in den Anwendungsbereich. Gerade in diesem Zusammenhang sowie bei Konzernsachverhalten sind überbordende administrative Aufwände abzulehnen.

Wir ersuchen um entsprechende Kenntnisnahme unserer Stellungnahme und übermitteln diese im Sinne der Einladung vom 9. März 2016 auf elektronischem Wege auch dem Präsidium des Nationalrates.

Mit freundlichen Grüßen

Handelsverband  
Verband österreichischer Mittel- und Großbetriebe des Handels