

KAMMER DER
WIRTSCHAFTSTREUHÄNDER

Bundesministerium für Arbeit, Soziales und
Konsumentenschutz

Vii9@sozialministerium.at

Unser Zeichen: IK

Sachbearbeiter: Dr. Krumpöck

Telefon: +43 | 1 | 811 73-286

eMail: krumpoeck@kwt.or.at

Datum: 11.4.2016

Stellungnahme zum Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem ein Gesetz zur Bekämpfung von Lohn- und Sozialdumping- (Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz – LSD-BG) geschaffen wird und das Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz, das Arbeitskräfteüberlassungsgesetz, das Landarbeitsgesetz 1984, das Arbeitsinspektionsgesetz 1993, das Heimarbeitsgesetz 1960, das Betriebliche Mitarbeiter- und Selbständigenvorsorgegesetz und das Betriebspensionsgesetz geändert werden (GZ: BMASK-462.203/0008-VII/B/9/2016)

Sehr geehrte Damen und Herren,

die Kammer der Wirtschaftstrehänder dankt für die Einladung zur Stellungnahme.

Der Fachsenat für Arbeits- und Sozialrecht teilt zum oa Gesetzesentwurf wie folgt mit:

Allgemeines

Zunächst möchten wir darauf hinweisen, dass die Begutachtungsfrist in Anbetracht der dazwischen liegenden Osterferien zu kurz ist.

Grundsätzlich verweisen wir auf unsere allgemeinen Anmerkungen in unserer Stellungnahme vom 2.9.2014 zur LSD-BG Novelle 2015.

Demnach begrüßen wir, dass Maßnahmen gesetzt werden, um Lohndumping und Sozialbetrug hintanzuhalten. Nicht zuletzt aus Wettbewerbsgründen sind derartige Maßnahmen wichtig.

Wir möchten auch anmerken, dass einerseits die Abgabeneinhebung, andererseits aber auch Rechtsschutz und Rechtssicherheit sichergestellt werden müssen. Überzogene Maßnahmen, die den Großteil der Unternehmer, die redlich handeln, kriminalisieren würden, sind nach wie vor abzulehnen.

Die richtige Einstufung eines Dienstnehmers an sich ist im Einzelfall oft eine diffizile Rechtsfrage. Sollte die zu prüfende Behörde letztlich zu einem anderen Ergebnis gelangen, darf dies nicht automatisch zu einer Bestrafung führen. Eine möglicherweise falsche Einstufung wird in den seltensten Fällen bewusstes Lohndumping sein, da aufgrund der Komplexität der Lohnverrechnung Fehler unvermeidbar sind. Im Hinblick auf die unterschiedlichen Regelungen in den Kollektivverträgen –etwa bei Zulagen oder Diäten - verliert ein Unternehmer rasch den Überblick (zB Regelung im Gastgewerbe bei Verteilung der Arbeitszeit auf 6 Tage bewirkt einen Zuschlag) und sieht sich unvermittelt in einem LSD-BG-Verfahren wieder.

Wir haben Verständnis dafür, dass Ausländer in Österreich gleich wie Inländer behandelt werden sollen und müssen, aber die Regelungen werden leider immer unübersichtlicher.

Die in den EB zu §1 angeführte Bemerkung, dass das AÜG unverändert fortgeführt wird, birgt Probleme bei der Umsetzung. Gerade bei Konzernüberlassungen ist es sehr schwierig, beide Gesetzesmaterien parallel zu beachten. Umso schwieriger ist es, wenn verschiedene Bedingungen eingehalten werden müssen. So werden im LSD-BG einige wichtige und für das Arbeitsleben unumgängliche Erleichterungen geschaffen, die jedoch im AÜG keine Berücksichtigung finden. Es wird bei ein und demselben Sachverhalt ein unterschiedliches Verhalten vom Beschäftigten und Überlasser gefordert. Diesem Auseinanderfallen ist durch die Implementierung der Erleichterungen im AÜG entgegenzuwirken, um gesetzeskonformes Verhalten zu erleichtern. Dies erscheint in Zusammenschau mit unionsrechtlichen Vorschriften vereinbar zu sein.

Zum großen Teil wird altes Recht übergeführt. Das LSD-BG bietet aber Gelegenheit, Bisheriges zu hinterfragen. Die ursprüngliche Idee der Lohnkontrolle war, ausländische Unternehmen zur Einhaltung des Kollektivvertrages anzuhalten. Jetzt werden in der Lohnkontrolle alle Unternehmen einbezogen, inkl. Gesetzeswidrigkeiten, die jedoch ihren Platz vor dem Arbeits- und Sozialgericht (ASG) haben und nicht vor einer Strafbehörde.

Ziel und Zweck des LSD-BG ist die Sicherung der Ansprüche von Arbeitnehmern. Es darf nicht Ziel sein, so wie dies im vorliegenden Entwurf der Fall ist, dass die Strafbarkeit unerträglich und auch unsachlich ausgeweitet wird. Streitigkeiten von Entgeltansprüchen zwischen inländischen Arbeitgebern und im Inland beschäftigten Arbeitnehmern haben ihren Platz vor dem ASG, da es sich um zivilrechtliche Ansprüche handelt. Keinesfalls sind derartige Unstimmigkeiten zu kriminalisieren und vor der Strafbehörde abzuhandeln. Diese Umwandlung zivilrechtlicher Ansprüche auf eine Basis für strafbehördliche Verfolgung ist rechtsstaatlich zweifelhaft und rechtspolitisch abzulehnen. Deutlich wird dies in § 29 Abs. 2 und 4 LSD-BG, die eine Straffreiheit nur dann sicherstellen, wenn eine Unterentlohnung trotz zivilrechtlicher Verjährung ausgeglichen wird. Diese Aushebelung der Verjährungsbestimmungen ist zur Erhaltung des Ziels des Rechtsfriedens abzulehnen.

Auch mangelt es im vorliegenden Entwurf der nötigen Differenzierung der Strafwürdigkeit. Beispielhaft ist hier die Einstufung allgemein und die Anrechnung von Vordienstzeiten im speziellen zu erwähnen. So muss gewährleistet werden, dass auch das mangelnde Wahrnehmen der Rechte des Arbeitnehmers in der Beurteilung Eingang finden muss. Wir sprechen uns daher dafür aus, dass festgelegt wird, dass bei Nicht-Bekanntgabe von Vordienstzeiten keine Strafwürdigkeit vorliegt. Es kann vom Unternehmen nicht mehr verlangt werden, als sich beim Arbeitnehmer zu erkundigen. Detektivische Maßnahmen sind nicht angezeigt und unverhältnismäßig dem Unternehmen aufzubürden. Dies umso mehr, als es sich um Rechte der Arbeitnehmer handelt.

Auch ist es nicht zumutbar, dass die Einstufungen faktisch beim Beschäftigter vorgenommen werden müssen. Verbindliche Auskunftsrechte zur Einstufung von den Kollektivvertragspartnern können nur von Unternehmen, die dem Kollektivvertrag unterliegen, eingefordert werden (vgl. S. 22, 1. TS EBs). Somit sind ausländische Unternehmer von dieser Auskunftsmöglichkeit ausgeschlossen. In Hinblick auf eine unionskonforme Rechtsgestaltung scheint diese nicht in Anspruch zu nehmende Möglichkeit einen wesentlichen Mangel darzustellen.

Spezielle Anmerkungen

Zu § 1 - Geltungsbereich

- Abs. 2: Warum werden bei ausgegliederten Rechtsträgern zugewiesene Beamte nicht mit einbezogen? Gibt es eine sachliche Rechtfertigung für diese Wettbewerbsvorteile?
- Abs. 5 Generelle Ausnahmebestimmungen, entnommen aus Erlass; keine Entsendung:
 - Bei den Ausnahmebestimmungen sind die Begriffe
 - o „geringer Umfang sowie
 - o „kurze Dauer“ weiterhin unbestimmt.
 Da helfen uE auch keine Ausnahmen, weil nicht klar ist, wann diese angewendet werden können.
- Grundsätzliches zum verwendeten Begriff „ohne weiteren Dienstleistungen“. Wie kann man sich das realiter vorstellen? Zusatz: ohne weiteren Dienstleistungen für das österreichische Unternehmen.
- Z 1 (Geschäftliche Besprechungen): Die Probleme des Erlasses werden im Gesetz nicht aufgelöst, sondern es wird beispielhaft versucht, diese in den EBs zu erläutern. Auch hier wird wieder in den EBs der Begriff „kurzfristig“ verwendet.
- Z 2 (Teilnahme von Seminaren und Vorträgen): Die Einschränkung in den EBs (*wenn diese Arbeitsleistung nicht von einem inländischen Arbeitnehmer erbracht werden kann*) gibt das Gesetz nicht her. Das wäre uE auch sinnlos. Natürlich wird oft ein Inländer dies tun können, jedoch mit einer nicht im Verhältnis stehenden Vorbereitungszeit. Das LSD-BG ist keine Materie über Schlüsselkräfte!
- Z 8 (Konzernprivileg I): Offensichtlich ist diese Ausnahmebestimmung für Gutverdienende ($4860 \times 125\% = 6.075$) in Konzernen iSv §15 AktG, § 115 GmbHG gemeint, da in Abs 6 der Bezug auf diese Gesetzesstellen erfolgt. Fraglich ist, warum diese Ausnahmebestimmung nur für Konzerne gelten soll. Boni, Prämien etc. sind in diesem Zusammenhang nicht einzurechnen? Hier muss uE auf eine monatliche Durchschnittsbetrachtung der Bruttoentlohnung abgestellt werden. Wir fordern, dass § 12 Abs 1 Z 2 AÜG in diesem Zusammenhang ebenfalls angepasst wird und für Gutverdiener nicht anzuwenden ist.
- Abs 6 (Konzernprivileg II): Die Ausnahme für Schulungen im Konzern ist zu begrüßen, jedoch geht die vorgesehene Regelung uE an der Praxis vorbei. Es trifft wohl für einen Teil zu, dass dies auszubildende Fachkräfte sind; vielfach werden aber auch „normale“ Mitarbeiter auf Anlagen und Prozessen eingeschult. Die vorgesehene Ausnahme sollte daher für alle Schulungen im Konzern gelten, zumal hier wieder versucht wird, den Begriff der Schlüsselkraft einzuschleusen. Offen ist, wer die

Kompetenz hat, dies zu beurteilen. Lt. EBs zeichnet sich eine Schlüsselkraft durch hohes Qualifikationsniveau mit „angemessener“ Berufserfahrung aus – diese Begriffe scheinen fragwürdige und v.a. keine objektiven Maßstäbe zu sein. Darüber hinaus ist die Frist von 1 Monat in vielen Fällen zu kurz. Im AuslBG gibt es Schulungen bis zu 52 Wochen. Beispielsweise werden Trainees fast immer länger als 1 Monat ausgebildet. Da ohnedies bei einer Arbeitskräfteüberlassung die „Schulungsausnahme“ nicht gilt, ist auch die Fristeinschränkung nicht notwendig. Es ist anhand der konkreten Umstände zu prüfen, ob eine Schulung oder eine Arbeitskräfteüberlassung vorliegt, wie das auch schon jetzt von der Finanzpolizei bei Werkverträgen gemacht wird.

Zu § 2 – Wahrer wirtschaftlicher Gehalt - Beurteilungsmaßstab

- Abs 1: In der BAO, dem ASVG und dem AÜG ist der wirtschaftliche Gehalt bereits kodifiziert und müsste uE nicht nochmals geregelt werden.
- Abs 3: Fraglich ist, welchen Zweck diese Norm verfolgt und wann es zu keinem Vorliegen eines Vertrags kommen kann. Der Dienstnehmer ist Dienstnehmer des Überlassers und hat Rechte und Pflichten ohnehin zu beachten. Er kann nicht einfach für einen anderen Dienstgeber tätig werden, ohne seinen Dienstgeber zu verständigen. Grundsätzlich stellt dies eine Verschärfung gegenüber der EU-Entsenderichtlinie dar, die wir ablehnen.

Zu § 3 – Anspruch auf Mindestentgelt

- Abs 2: Probleme bereitet in der Praxis bei Überlassung von Ausländern nach Österreich in einen Industriebetrieb die Frage, welcher Kollektivvertrag anwendbar ist. Im Gesetz heißt es lediglich *„was am Arbeitsort vergleichbaren Arbeitnehmern von vergleichbaren Arbeitgebern bezahlt wird“*.

Ob bei Konzernüberlassung der Kollektivvertrag Arbeitskräfteüberlassung, jener für Gewerbe oder für Industrie anwendbar ist, ist alles andere als klar. Wer soll der „vergleichbare Arbeitgeber“ sein? Der österreichische Überlasser oder der österreichische Gewerbebetrieb (ausländische Gesellschaft hat zB 40 Mitarbeiter) oder der Beschäftigte. Wenn gemäß dem Kollektivvertrag des Beschäftigten entlohnt werden soll, wird es speziell bei den Diäten (hier muss im Industrie-Kollektivvertrag ca 50 Euro pro Tag bezahlt werden) teurer als bei der Arbeitskräfteüberlassung und beim Gewerbe. Nachdem die Konzernüberlassung aber immer wieder anwendbar, diese aber nicht wirklich einordenbar ist, wäre hier eine Klarstellung wünschenswert.

Anregung: Vielleicht könnte das auch im § 6 erfolgen.

- Abs 4: Wir halten die Regelung, dass die Sonderzahlungen aliquot monatlich zu zahlen sind, aus steuerlicher Sicht für bedenklich, weil dadurch die 6 %-Besteuerung den Ausländern verweigert wird. Es steht in jedem Doppelbesteuerungsabkommen, dass Ausländer bei der Besteuerung nicht diskriminiert werden dürfen. Ebenso enthalten auch die EU-Vorschriften ein entsprechendes Diskriminierungsverbot. Wir kennen Praxisfälle, bei denen ausländische Unternehmen die Sonderzahlungen – analog den österreichischen Unternehmen – im Juni und November zahlen. Das Kuriose: Diese ausländischen Unternehmen machen sich strafbar, obwohl nachgewiesen werden kann, dass sie schon über mehrere Jahre die Sonderzahlungen immer korrekt bezahlt haben.

Anregung: Es sollte uE eine Bestimmung eingefügt werden, dass bei der nichtmonatlichen Zahlung der Sonderzahlungen diese spätestens bei Einsatzende in Österreich fällig wird und falls eine Unterentlohnung durch das ausländische Unternehmen festgestellt wird, dieses verpflichtet ist, Zahlungsnachweise betreffend die Sonderzahlungen vorzulegen. Nach Auskunft des Ministeriums ist diese Bestimmung nur deswegen im Gesetz, weil sonst ein Prüfer zwei Mal auf die Baustelle fahren müsste, um die Zahlung der Sonderzahlungen auch prüfen zu können.

- Abs 5: Wiederum wird hier eine Schlüsselkraftdefinition als Merkmal für eine Befreiung genannt („[...] die von inländischen Arbeitnehmern nicht erbracht werden können [...]“).

Zu § 4 – Urlaubsanspruch

- Abs 3: Das Montageprivileg ist ohne Bedenken nur sehr eingeschränkt möglich, da das Erfordernis, dass diese Arbeiten von inländischen Arbeitnehmern nicht ausgeführt werden können, für ausländische Unternehmen fast nicht nachprüfbar ist. Die Befreiungsbestimmung „[...] nicht länger als acht Kalendertage dauernden Montagearbeiten [...]“ ist weiters unbestimmt. Der Beobachtungszeitraum ist hier nicht genannt. Wir schlagen vor, dass hier ein monatlicher Beobachtungszeitraum anzuwenden ist.

Zu § 6 – Ergänzende Regelungen für die grenzüberschreitende Arbeitskräfteüberlassung

Wir bezweifeln, dass die Bestimmung, wonach die Entgeltfortzahlung etc. bei der Überlassung nach österreichischem Recht zu beurteilen ist, rechtskonform ist. In der Entsende-RL ist eine Regelung unseres Wissens nicht enthalten, wonach die geplante Bestimmung als Eingriffsnorm zu werten ist. Warum die geplante Bestimmung nur für die Überlassung gelten soll, ist nicht erklärlich.

Weiters erscheint das Einbeziehen von Beendigungsansprüchen in die Lohndumping-Kontrolle vor dem Hintergrund der Zielsetzungen des Gesetzes nicht erforderlich. Soweit es um die Abfertigung geht, unterliegt diese auf Grund ihrer Beitragsfreiheit im ASVG ohnedies nicht der Lohndumping-Kontrolle.

Zu § 7 - Kollektivverträge

Hier verweisen wir auf unsere Ausführungen zu den mangelnden Auskunftspflichten für ausländische Unternehmer in den allgemeinen Anmerkungen und fordern eine Auskunftsverpflichtung auch gegenüber ausländischen Unternehmen von KV-Parteien.

Zu § 8 – Haftung für Entgeltansprüche gegen Arbeitgeber mit Sitz in einem Drittstaat

Die Erläuterungen dürften ein falsches Zitat enthalten (§ 7b Abs. 2 AVRAG statt § 7a Abs. 2 AVRAG). Die Bestimmung des § 8 Abs. 1 ist generell sehr kritisch zu sehen, weil hier ein Auftraggeber für Entgeltansprüche haftet, ohne die Möglichkeit einer Überprüfung zu haben, ob der Arbeitgeber seinen Entgeltverpflichtungen nachkommt. Der Auftraggeber hat keinerlei Einsichtsrechte und haftet trotzdem. Ein zivilrechtlich zu vereinbarendes Einsichtsrecht geht an der Realität des Wirtschaftslebens vorbei. Es ist zu vermuten, dass eine derartige Haftung verfassungswidrig ist.

Zu §§ 9, 10 – Besondere Haftungsbestimmungen für den Baubereich bzw Haftung des Generalunternehmers für Entgeltansprüche gegen Auftragnehmer mit Sitz in einem EU- oder EWR- Vertragsstaat oder der Schweizerischen Eidgenossenschaft bzw Haftung des Generalunternehmers

Hier gelten ähnliche Bedenken wie zu § 8: Es werden Haftungen geregelt, ohne dass der Auftraggeber entsprechende Einsichtsrechte hat.

Auch wenn in den EBs behauptet wird, dass diese Haftungsbestimmung EU-konform sei, ist auf die faktische Behinderung der Dienstleistungsfreiheit hinzuweisen. Ob das Allgemeininteresse der Grundfreiheit in diesem Fall überwiegt, erscheint zumindest fraglich. Vor allem deshalb, weil die Haftungsbestimmung enorm scharf gestaltet wurde. Ob die Maßnahmen einem gebotenen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entsprechen, ist zweifelhaft.

Generalunternehmer werden somit einer Generalhaftung unterworfen, die über die Sicherungsleistung (Auftraggeberhaftung; AGH) weit hinaus reicht. Wir sehen den Haftungsumfang grundsätzlich als exzessiv an, sofern nicht kollusives Verhalten bewiesen werden kann.

Es erscheint auch aus Umsetzungsüberlegungen nicht vorstellbar, wie diese Haftung ohne Schaden eines gutgläubigen Auftraggebers umgesetzt werden soll. Wir erwähnen hier nochmals: Geschützt werden soll der Arbeitnehmer, bestraft der Arbeitgeber, der Normen bewusst verletzt. Hier jedoch entsteht ein massives Drohpotential, wonach gutgläubige Auftraggeber wirtschaftlich enorm und ohne Möglichkeit der vorherigen Quantifizierung in Anspruch genommen werden können. Wie wohl die Inanspruchnahme des inländischen Auftraggebers mangels Habhaftmachung des Ausländers, wobei auch hier zweifelhaft ist, warum diese extensive Bestimmung nicht nur auf Auftragnehmer aus Drittstaaten beschränkt wird, Verständnis entgegengebracht werden kann, muss auch hier auf eine Verhältnismäßigkeit Bedacht genommen werden, die im vorliegenden Fall nicht vorliegt. Das vordringliche Problem erschließt sich hier in der, wenn überhaupt, nicht zeitnahen Möglichkeit der Inrechnungstellung von Haftungsbeträgen iSd § 9 an den Auftragnehmer. Abs. 2 setzt eine Frist von acht Wochen für die Geltendmachung von Ansprüchen fest. Erst dann kann die BUAK Erhebungen vornehmen, die jedoch keiner Frist unterworfen sind. Somit ist eine Nachforderung allfälliger Verfehlungen gegenüber dem Auftragnehmer sehr erschwert bis verunmöglicht. Es kann nicht zugemutet werden, dass Entgeltvereinbarungen getroffen werden, deren Zahlung erst neun Monate nach dem Werk geleistet wird. Dies wäre aufgrund des Gesetzestextes wohl nötig, um eine allfällige Belastung aus der Haftung dem Verursacher weiter zu reichen (§ 9 Abs. 2, vorletzter Satz). Diese lange Dauer der Nachhaftung ist nicht zumutbar.

Die Überwälzung von behördlichen Aufsichtspflichten auf redliche Unternehmer erreicht damit einen neuen Höhepunkt.

Vielmehr fordern wir eine verbindliche maximale Zeitdauer der Inanspruchnahme der Haftung dieser modifizierten Form der Auftraggeberhaftung, gekoppelt mit einer maximalen Erhebungsdauer durch die BUAK, die in Summe deutlich unter den genannten neun Monaten liegen muss. Optional ist es auch vorstellbar, dass gemäß dem Modell der Auftraggeberhaftung im ASVG ein prozentueller Anteil des Werklohns als Haftungsbetrag auf einen Haftungsfonds überwiesen wird. Die dem Grunde nach betraglich unbeschränkte Haftung in dieser Form erscheint nicht verhältnismäßig, vor allem dann nicht, wenn der Auftraggeber redlich und in gutem Glauben gehandelt hat. Auch wenn das Vorgehen geschäftliche Beziehungen irritieren kann, ist es aus Haftungsgründen angezeigt, dass eine Information des Arbeitnehmers an die BUAK sofort und nicht erst nach Beendigung der Erhebungen an den Auftraggeber weitergeleitet wird, um Einbehaltungsrechte zeitnah geltend machen zu können. Der Arbeitnehmer hat in diesem Zusammenhang auch die

BUAK über den Auftraggeber zu informieren, damit diese die Mitteilung ohne Verzug erstatten kann.

Die geschilderte Situation in Abs. 6, dass dem Arbeitnehmer der Auftraggeber in der Regel nicht bekannt ist, ist durch gesetzliche Mitteilungsverpflichtungen gegenüber dem Arbeitnehmer entgegenzuwirken. Der Erhalt der Mitteilungen ist im Rahmen der Mitwirkungsverpflichtung der Interessen des Arbeitnehmers auch auf dessen Seite zu identifizieren. Bemerkenswert erscheint in Abs. 6 und gleichlautend in §10 Abs. 2, dass eine Frist von 14 Tagen für eine Auskunftspflicht den Auftraggebern auferlegt wird, die BUAK selbst jedoch keinerlei Fristen unterliegt. Dies kann weder in den Interessen der Kasse, noch des Arbeitnehmers, noch des Auftragnehmers und letztlich auch in jenen des Auftraggebers liegen. Vielmehr müssen alle Parteien ein Interesse an der raschen Klärung des Sachverhalts haben.

Des Weiteren ist es nicht klar, warum in den EBs zu Abs 1 feststeht, dass „grundsätzlich“ nur eine Haftung des Auftraggebers zu den direkten Arbeitnehmern des Auftragnehmers besteht. Dies muss nicht nur grundsätzlich, sondern generell so sein. Eine generelle Haftung in der gesamten Unternehmerkette ist jedenfalls abzulehnen und muss im Gesetz auch klargestellt werden. Einzig im Fall des dolosen Zusammenschlusses von mehreren Unternehmen erscheint ein mehrstufiges Durchgriffsrecht angebracht (Abs. 8).

- Abs. 5: Die Schadloshaltung bei bereits geleistetem Werklohn des Auftragnehmers gegenüber dem Auftraggeber ist wohl selbstverständlich.

Grundsätzlich muss festgehalten werden, dass der Prozess der „arbeitsrechtlichen AGH“ stark verbesserungswürdig ist, so wie diesen Umstand offenbar auch die EBs (S. 8, 4. Absatz) eingestehen.

Die gleichen Bedenken gelten für Ansprüche, die in Abs. 10 genannt sind.

Zu § 12- Erhebungen der Abgabenbehörden

Lohnkontrolle wird nun auf sämtliche Dienstverhältnisse iSd § 1 angewendet. Wir verstehen die Intention hier Fairness zu gewährleisten und Wettbewerb zu ermöglichen, sprechen uns aber gegen eine pauschale Kriminalisierung von Streitigkeiten aus, die zivilrechtlicher Natur sind. Unter Lohnkontrolle wird die Beachtung der Einstufungskriterien für das zustehende Entgelt verstanden. Es ist hervorzuheben, dass das Ziel der Lohnkontrolle in diesem Sinne nicht die Installation eines „fliegenden Gerichts“ oder „mobilen ASG“ haben kann. Zivilrechtliche Ansprüche sind weiterhin vor den zivilrechtlichen Behörden geltend zu machen.

- Abs. 1 Z 3 (Einsichtsrecht in erforderliche Unterlagen gem. §§ 21, 22): Nicht zugänglich erscheint die im Entwurf fehlende Möglichkeit der elektronischen Übermittlung. In der Praxis sind die nötigen Unterlagen entweder in einem gesonderten Büro oder aber auch auf einem Server abrufbar. Die Möglichkeit der elektronischen Übermittlung sollte daher in der Bestimmung Eingang finden. Ein Abrufen, Ausdrucken und Versenden als alleinige Übermittlungsmöglichkeit erscheint anachronistisch. Wir schlagen daher vor, die Z 3 dahingehend im letzten Satz zu ergänzen: „*Die elektronische Übermittlung ist zulässig.*“. Gleiches soll für § 14 Abs 2 und § 15 Abs. 2 gelten. Die elektronische Verfügbarkeit wird etwa in § 19 Abs 2 (ZKO-Meldungen für Arbeitnehmer und Ansprechpersonen) genützt, was wir als administrativ effizienter beurteilen. Diese Effizienz soll auch in anderen Bereichen Zugang finden.

Zu § 13 – Kompetenzzentrum LSDB

- Abs. 4 regelt die Anzeigenverpflichtung. Kritisch sehen wir hier, dass das Kompetenzzentrum gleichzeitig ein Strafausmaß zu beantragen hat, das oftmals eine wesentliche existentielle Auswirkung haben wird (vgl. Abschnitt 6). Ob dies für eine Verwaltungsbehörde angemessen ist, erscheint zweifelhaft. Ebenso ist die Anrechnung auf Unterentlohnungen, wie sie der Entwurf vorsieht, sehr kritisch zu sehen. Fraglich in diesem Zusammenhang ist, was als „Lohnzahlungszeitraum“ anzusehen ist. Der Lohnzahlungszeitraum ist in der Regel das Kalendermonat. Dies kann bei nicht regelmäßigen Prämien o.ä. zu nicht erwünschten Verzerrungen führen und Lohnzahlungszeiträume als unterentlohnt bewerten, die, etwa in einer Jahres- oder Halbjahresbetrachtung, mit Sicherheit nicht vorliegen würde. Ein striktes Beziehen auf den Lohnabrechnungszeitraum ist daher zu eng gefasst. Der für die Anrechnung zu berücksichtigende Zeitraum darf somit nicht auf den Lohnabrechnungszeitraum begrenzt werden.
- Abs. 5: Die zwingende Einholung einer Stellungnahme der KV – Partner im Fall eines begründeten Einwandes des Arbeitgebers begrüßen wir. Wir halten fest, dass die Stellungnahme, die gemeinsam zu erfolgen hat, nicht gleichlautend sein muss. Das ist besonders wichtig, um das Vorliegen einer vertretbaren Rechtsauffassung für die (Verwaltungs-)Strafbehörde darlegen zu können. Wenn die Kollektivvertragspartner keine einheitliche Stellungnahme abgeben, wäre der strittige Anspruch uE arbeitsrechtlich vor Gericht auszutreten. In diesem Fall gibt es keinen Platz für ein Verschulden des Dienstgebers, dh es darf keine Anzeige geben. Liegt keine einheitliche Stellungnahme der KV- Partner vor, kann es nicht sein, dass der Dienstgeber nachzahlen muss, um eine mögliche Straffreiheit zu erlangen, obwohl es arbeitsrechtlich nicht geklärt ist, ob der Anspruch zu Recht besteht.

Zu § 19 - Meldepflicht bei Entsendung oder Überlassung aus einem EU- oder EWR Mitgliedstaat oder Schweizerischen Eidgenossenschaft

- Abs. 2 (ZKO-Meldungen): Die Verkürzung der Meldefristen auf einen Zeitpunkt **vor** Arbeitsbeginn ist zu begrüßen. Die Formulare sind allerdings nur über Internet auszufüllen. Wir regen daher an, die Meldungen mittels einer App zu ermöglichen, die auch eine Archivierung der abgesetzten Meldungen vorsieht. Handys sind mobiler und nahezu stets bei Personen direkt verfügbar.

Zu § 21 – Bereithaltung von Meldeunterlagen, Sozialversicherungsunterlagen und behördlicher Genehmigung

Die Bereithaltung des Formulars A1 ist zwar in der Praxis „normal“, jedoch rechtlich idR nicht erforderlich, da ohnedies jedes A1 in der Entsendedatenbank abgespeichert sein muss und von den österreichischen Behörden abgerufen werden kann. Die Bereithaltung sollte nicht nur bei einer Tochter- oder Muttergesellschaft im Konzern, sondern generell bei einer Konzerngesellschaft möglich sein (also auch Schwester-, Enkel-, Großmuttergesellschaft).

- Abs. 2: Hier regen wir klarstellend an, dass als berufsmäßige Parteienvertreter *Wirtschaftstreuhänder* gemeint sind und ausdrücklich genannt werden. Bei diesen befinden sich in der Regel sämtliche Lohnunterlagen.

Zu § 22 – Bereithaltung von Lohnunterlagen

Fragwürdig ist, wie etwa Lohnzahlungsnachweise und Lohnzettel bei ausländischen Arbeitnehmern in deutscher Sprache bereitgehalten werden sollen. Bei Überlassungen/Entsendungen erhält der Arbeitnehmer vom ausländischen Unternehmen weiterhin das Entgelt. Bulgarische Banküberweisungen müssten etwa demnach immer in deutscher Sprache vorliegen. Das kann wohl nicht dem Beschäftigten zugemutet werden. Vielmehr sind hier zeitnah (binnen 2-Wochenfrist) derartige Unterlagen in deutscher Sprache bereit zu stellen. Das Abstellen auf die deutsche Sprache vor Ort mag auch nicht zuletzt aus europarechtlicher Sicht fragwürdig sein. Selbst die BAO verlangt, dass die Unterlagen in einer lebenden Sprache bereit zu stellen sind. Warum nur der Arbeitsvertrag auch in Englisch bereitgehalten werden darf, die sonstigen Unterlagen jedoch nicht, ist uE nicht nachvollziehbar.

Weiters ist unklar, was mit dem Begriff „Lohnaufzeichnungen“ konkret gemeint ist.

Zu §§ 26 ff - Verstöße iZm den Melde- und Bereithaltungspflichten bei Entsendung oder Überlassung

Die Beibehaltung der massiven Strafdrohungen, die aufgrund des durchgängigen Abstellens auf die Anzahl der Mitarbeiter existenzgefährdende Ausmaße erreichen kann, erscheint – selbst unter Beachtung der §§ 29 Abs. 2 („tätige Reue“) und 3 (Absehen von einer Verhängung der Strafe) – jedenfalls im Bereich der Mindeststrafhöhen deutlich überzogen und hält österreichische Klein- und Mittelbetriebe zusehends davon ab, sich im Wege personeller Expansion in ein derartiges Minenfeld zu begeben. Der mittlerweile im KMU-Bereich um sich greifende Leitspruch „Im Zweifel kleiner bleiben und dafür in Ruhe gelassen zu werden“ ist ein nicht zu unterschätzender Negativfaktor für die Aufrechterhaltung des Wohlstands im Land.

Zu § 29 - Unterentlohnung

UE sind nicht berücksichtigte Vordienstzeiten ebenfalls als leichte Fahrlässigkeit zu werten, da diese oft nicht zweifelsfrei feststellbar sind, va bei ausländischen Dienstnehmern. Ein Nachweis über das Nachfragen beim Dienstnehmer über mögliche Vordienstzeiten sollte jedenfalls exkulpierend wirken (siehe dazu auch unsere Anmerkungen zu Beginn unter „Allgemeines“).

Die Aussagen in den Erläuternden Bemerkungen zum nicht schuldhaften Handeln und konkret zu den Erkundigungspflichten erscheinen uns als Offenbarungseid: Wenn lediglich Behörden und Kammern als „kompetente Institutionen“ angesehen werden und Parteienvertreter diesen „Kompetenzzentren“ dezidiert nicht gleichgestellt werden, dann schätzt man beispielsweise das hohe Ausbildungsniveau der Steuerberater oder Rechtsanwälte in sachlich nicht gerechtfertigter Weise nicht nur geringer als jenes der Mitarbeiter der einschlägigen Behörden, sondern sogar geringer als beispielsweise jenes der Mitarbeiter der Wirtschafts- oder (Zahn)Ärztammer. Damit wird die Realität in Bezug auf die einschlägige Fachkompetenz schlichtweg auf den Kopf gestellt.

Wir ersuchen daher dringend, die Auskünfte der berufsmäßigen Parteienvertreter den Auskünften von Kammern gleichzustellen.

Zu § 30 – Unterlassung einer Änderungsmeldung zur Person des verantwortlichen Beauftragten

Die Bestrafung der Meldung des "Ausscheidens" von verantwortlich Beauftragten sollte gestrichen werden. In der Praxis wird im Zuge des Ausscheidens von Mitarbeitern nicht immer auch daran gedacht, dass das Ausscheiden des verantwortlich Beauftragten zu melden ist. Dieser Aspekt wird sehr leicht übersehen. Den Arbeitgeber trifft in solchen Fällen ohnedies die Sanktion, dass keine wirksame Bestellung eines verantwortlich Beauftragten vorliegt samt allfälliger Strafen. Es erscheint nicht notwendig, ihn zusätzlich dafür zu bestrafen, dass er die Meldepflicht nicht erfüllt (übersehen) hat. Wir schlagen daher vor, die Meldepflicht an sich als Obliegenheit im Gesetz zu belassen, die Strafbarkeit allerdings zu eliminieren.

Zu § 31 – Untersagung der Dienstleistung

Die Regelung zur Untersagung der Dienstleistung ist u.E. überschießend und kommt einem Berufsverbot gleich. Auch bei seriösen Arbeitgebern kann es durchaus vorkommen, dass ein wiederholtes Lohndumping oder die Unterentlohnung von mehr als drei Mitarbeitern vorkommt. Die "Entlastungsmöglichkeiten" des § 31 Abs. 2 sind zu eng gefasst. Beispielsweise ist nicht einzusehen, warum eine externe Revision nicht auch möglich sein soll. Wir schlagen daher vor, folgende Ziffer 4 anzufügen: "die Durchführung einer externen Revision durch fachkundige Personen zwecks Feststellung möglicher Unterentlohnungsrisiken".

Zu § 41 - Zustellung an ausländische Arbeitgeber (sowie § 22 ArblG)

Es erscheint bedenklich, wenn auch an "bloße" Arbeitnehmer des ausländischen Arbeitgebers zugestellt werden kann, weil in keiner Weise gewährleistet ist, dass diese die entsprechenden Unterlagen an ihren Arbeitgeber weiter leiten.

Formelles:

- Der Abkürzungstitel des Gesetzes („LSD-BG“) erscheint insofern unpassend, als der Bindestrich dazu führt, dass sich der Teil „BG“ heraushebt, welcher aber primär als Abkürzung für das Wort „Bundesgesetz“ dient. Besser wäre demnach, es bei der Abkürzung „LSDB-G“ zu belassen oder die Abkürzung „LSDBG“ zu verwenden.
- Die Formulierungen des Gesetzes lassen in Hinblick auf Prägnanz und Verständlichkeit punktuell zu wünschen übrig. So ist beispielsweise der erste Absatz des § 13 LSD-BG ein Beispiel dafür, wie es passieren kann, einen relativ einfachen Inhalt so auszuformulieren, dass die Verständlichkeit massiv darunter leidet.
- § 15 Abs. 1 LSD-BG: Fehlender Leerraum nach „§ 29 Abs. 1“.
- Erläuterungen:
 - Seite 3 unten, erster Teilstrich, erste Zeile: fehlendes „n“ im Wort „geschäftliche“.
 - Seite 4, zweiter Teilstrich, am Ende: „Volksfeste“ anstatt „Volkfeste“.

- Seite 7, „Zu § 9 LSD-BG“, erster Absatz: fehlendes Wort „Österreich“ vor „entsandten“.
- Seite 8, oben, vierte Zeile: fehlender Beistrich nach dem Wort „Möglichkeit“.
- Seite 11, vor den beiden Teilstrichen: überflüssiges Wort „ist“ nach „zusätzlich“.
- Seite 18, „Zu § 24 LSD-BG“: Nicht passendes doppeltes Paragrafenzeichen.
- Seite 20, Seitenmitte: „im jeweiligen Lohnzahlungszeitraum“ anstatt „in ...“.
- Der Versuch, gendergerecht zu formulieren, führt zu deutlichen Beeinträchtigungen des Leseflusses. Formulierungen wie „Bestrafung des/der Arbeitgebers/in“ scheinen keine tauglichen Formen gendergerechten Formulierens zu sein und führen insbesondere bei mehrmaliger Verwendung in einem Satz zu nicht akzeptablen Störungen des Leseflusses. Sinnvoller wäre, wie folgt zu formulieren: „Bestrafungen der Arbeitgeberin oder des Arbeitgebers“ oder „Bestrafungen der Arbeitgeberin/des Arbeitgebers“.

Sonstiges:

Wir möchten abschließend noch auf folgende Praxisprobleme iZm Lohndumping hinweisen:

- Es gibt immer Probleme mit der Anrechenbarkeit von ausländischen Taggeldern auf den Mindestlohn. Jener Teil, der auf den Kostenersatz entfällt, ist nicht anrechenbar, wenn mehr bezahlt wird, dann schon. Es wäre wünschenswert, wenn hier eine Regelung aufgenommen wird, inwieweit die Tagelder anrechenbar sind.
Anregung: Wir schlagen hier eine Anrechnung jenes Teiles, der (I) über den anwendbaren österreichischen Kollektivvertrag oder (II) der über 26,40 Euro hinausgeht, vor. Dies hätte den Vorteil, dass man in der Praxis eine im Gesetz geregelte Orientierung hat und nicht nur vage Aussagen.
- Einstufung und Anrechnung von Vordienstzeiten im Ausland. Sehr hilfreich für die Praxis wäre folgende Regelung: Die Einstufung und auch die Vordienstzeiten sind so zu berücksichtigen, wie wenn der Mitarbeiter in Österreich zum Einsatzbeginn neu eingestellt werden würde. Das ist zwar auch nicht immer leicht feststellbar, aber sicher einfacher zu handhaben als die gegenwärtige Rechtslage.

Diese Stellungnahme wird von der Kammer der Wirtschaftstreuhänder dem Präsidium des Nationalrates elektronisch an begutachtungsverfahren@parlinkom.gv.at übermittelt.

Wir ersuchen höflich, unsere Stellungnahme zu berücksichtigen.

Mit freundlichen Grüßen

KR Johann Mitterer e.h.
(Vorsitzender des Fachsenates
für Arbeits- und Sozialrecht)


Dr. Gerald Klement
(Kammerdirektor)

Referenten:

Mag. Dr. Wolfgang Höfle
Mag. Bettina Kirisits
KR Johann Mitterer
Mag. Roland Neugebauer
Ing. Mag. Ernst Patka
Mag. Annemarie Pippan
MMag. Dr. Peter Pülzl, LL.M.
Mag. Katja Reichl
Gerhard Schumlits
Mag. Stefan Schuster
Mag. Dr. Stefan Steiger
Werner Steinwendner