



An das Bundesministerium für
Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz
z.H. GL Mag. Walter Neubauer
Arbeitsrecht und Zentral-Arbeitsinspektorat

Per E-Mail: vii9@sozialministerium.at
begutachtungsverfahren@parlinkom.gv.at

GZ: BMASK-462.203/0008-VII/B/9/2016

Wien, 11. April 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 Arbeitskräfteüberlassungs-gesetz, das Landarbeitsgesetz 1984, das Arbeitsinspektionsgesetz 1993, das Heimarbeitsgesetz 1960, das Betriebliche Mitarbeiter- und Selbständigenvorsorgegesetz und das Betriebspensionsgesetz geändert werden

Sehr geehrter Herr Mag. Neubauer,

zum oben bezeichneten Entwurf nehmen wir inhaltlich Stellung wie folgt:

Beim vorliegenden Begutachtungsentwurf handelt es sich – von einigen Anpassungen abgesehen – im Wesentlichen um eine Neukodifizierung der bereits zum 1.1.2015 in Kraft getretenen Lohndumpingbestimmungen. Wir erlauben uns, diese Neukodifizierung zum Anlass für die Wiederholung unserer grundsätzlichen Bedenken zu nehmen, auf einzelne vorgenommene Anpassungen einzugehen und weitere Anpassungen vorzuschlagen.

1. Grundsätzliche Anmerkung zu den seit 2015 geltenden Lohndumpingbestimmungen

Der Verband Österreichischer Zeitungen hält es zwar für richtig und angebracht, vorsätzliche und grob fahrlässige Unterentlohnung zu sanktionieren. Die seit 1.1.2015 geltenden Lohndumping-Bestimmungen sind jedoch völlig überschießend und stellen den schwerwiegendsten Eingriff in den dem Arbeitsrecht zugrundeliegenden Interessenausgleich zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern in der Geschichte der Zweiten Republik dar:

Arbeitsrechtliche Entgeltfragen sind – wie selbst in den Erläuterungen zum vorgelegten Begutachtungsentwurf zugestanden wird¹ – eine äußerst komplexe Materie. In zahlreichen für Entgeltfragen relevanten Bereichen, insbesondere auch im Arbeitszeitrecht, bestehen – teils gesetzliche, teils kollektivvertragliche – Regelungen, denen es an hinreichender Klarheit fehlt, so dass es in der Anwendungspraxis zu erheblichen Auslegungsdivergenzen kommt. Diese können mitunter auch durch gemeinsame Stellungnahmen der Sozialpartner nicht behoben werden, weil häufig auch zwischen diesen Auffassungsunterschiede über die rechtskonforme Auslegung anzuwendender Bestimmungen bestehen. In solchen Fällen ist mitunter letztlich eine gerichtliche Klärung erforderlich. Das damit verbundene wirtschaftliche Planungsrisiko – unterschiedliche Auslegungen sind für Arbeitgeber häufig mit drastisch unterschiedlichen Kostenfolgen verbunden – wird im Hinblick auf vergangene Lohnzahlungszeiträume seit Jahrzehnten durch die zivilrechtlichen Verjährungs- und Verfallsfristen begrenzt.

Genau diese Begrenzung wurde durch die seit 2015 geltenden Lohndumpingregelungen aber faktisch abgeschafft: Bei Annahme einer Unterentlohnung durch den Prüfer kann, selbst in Fällen, in denen dem Arbeitgeber eindeutig weder vorsätzliches noch grob fahrlässiges Verhalten vorzuwerfen ist, nur die Vornahme der nach Auffassung des Prüfers gebotenen Nachzahlung für den gesamten prüfungsrelevanten Zeitraum das Risiko drakonischer Strafen beseitigen. Dieser prüfungsrelevante Zeitraum ist erheblich: Die Verfolgungsverjährung beträgt bei Unterentlohnung drei Jahre ab der Fälligkeit des Entgelts; bei Unterentlohnungen, die durchgehend mehrere Lohnzahlungszeiträume umfassen, beginnt die Frist für die Verfolgungsverjährung aber erst ab der Fälligkeit des *letzten* (!) Lohnzahlungszeitraumes zu laufen.

Mit einem Beispiel sei die desaströse Bedeutung dieses Sanktionskonzepts für Arbeitgeber, aber auch für den Arbeitsmarkt, illustriert:

Ein Überstundenpauschale, das nach Auffassung des Prüfers falsch bemessen ist, führt – nach Auffassung des Prüfers – zu einer geringfügigen Unterentlohnung pro Monat. Die Bemessung wurde vom Arbeitgeber im Vertrauen auf deren Richtigkeit in gleicher Weise bei allen Mitarbeitern des Betriebs so vorgenommen – und zwar seit Jahrzehnten. Da es sich um eine durchgehend alle Lohnzahlungszeiträume betreffende Vorgehensweise handelt, beginnt die Verfolgungsverjährung für alle aufrechten Dienstverhältnisse nie zu laufen. Der Arbeitgeber hat nun, konfrontiert mit dem Vorwurf der Unterentlohnung, zwei Möglichkeiten:

- „tätige Reue“ würde die Nachzahlung der Differenz zwischen seiner Berechnung des Überstundenpauschales und jener, welche der Prüfer für geboten hält, für alle Mitarbeiter, jeweils seit Beginn ihres Dienstverhältnisses bedeuten – mag dieses auch Jahrzehnte zurückreichen und mag der Großteil der nachzuzahlenden Differenz zivilrechtlich längst verjährt bzw. verfallen sein.
- Bei Verzicht auf die Möglichkeit „tätige Reue“ hinsichtlich einer Vorgehensweise zu üben, welche der Arbeitgeber für rechtskonform hielt oder immer noch hält, muss er mit Strafen von bis zu **€ 50.000 pro Arbeitnehmer** rechnen, wenn er mit seiner Rechtsauffassung im dann eingeleiteten Verwaltungsstrafverfahren nicht durchdringt.

Beide Szenarien haben hohes Potenzial, Unternehmen in die Insolvenz zu führen – mit der Konsequenz, dass Arbeitsplätze zerstört werden.

Es ist offenkundig, dass ein solcher Umgang des Gesetzgebers mit dem österreichischen Unternehmertum eher zur Schließung und/oder Abwanderung von Unternehmen führen

¹ Zu § 29, S. 22 von 41.

muss als zu Beschäftigungszuwachs: Je größer die Zahl der Beschäftigten, desto existenzbedrohender die neuen Lohndumpingregelungen. Dass Österreich von 2015 auf 2016 einen neuen Allzeitrekord an Arbeitslosen in der Geschichte der Zweiten Republik erreicht hat, während die Arbeitslosenzahlen etwa in Deutschland wieder rückläufig sind, ist zweifellos auch einer Schiefelage des Interessenausgleichs im österreichischen Arbeitsrecht geschuldet, welche mit den seit 2015 geltenden Lohndumpingregelungen eine neue Dimension erreicht hat.

2. Verbesserungen im vorgelegten Entwurf gegenüber den geltenden AVRAG-Bestimmungen

Zwei Änderungen im vorgelegten Entwurf gegenüber den geltenden Lohndumping-Bestimmungen im AVRAG halten wir für eine – wenn auch bescheidene – Verbesserung gegenüber der geltenden Rechtslage:

- die Pflicht zur Aussetzung des bezirksverwaltungsbehördlichen Verfahrens, wenn die Unterentlohnung des Arbeitnehmers vorher oder gleichzeitig mit diesem Gegenstand eines Verfahrens vor dem Arbeits- und Sozialgericht geworden ist;
- die Vereinfachung der Regelung bez. Anrechnung von Überzahlungen bei verwaltungsstrafrechtlich relevanten Unterentlohnungen.

Diese Änderungen sind aber nicht ausreichend zur Wiederherstellung einer verhältnismäßigen, den Bedürfnissen rechtstreu agierender heimischer Unternehmen, und damit auch jenen des heimischen Arbeitsmarktes Rechnung tragenden Rechtslage.

3. Verbesserungsvorschläge zur Herstellung von Verhältnismäßigkeit und zum Schutz der Wirtschaft und des Arbeitsmarktes

Die Neukodifizierung der Lohndumping-Regelungen erscheint uns als geeignete Gelegenheit, gebotene Korrekturen und Anpassungen vorzunehmen. Im Folgenden möchten wir Empfehlungen unterbreiten, um das Lohn- und Sozialdumpingbekämpfungsgesetz unter Wahrung der Wirksamkeit des verfolgten Zwecks – Verhinderung von Lohndumping – in einen verhältnismäßigen Normenkomplex zu verwandeln:

3.1 Abschaffung des Vorverurteilungsprangers:

Seit 1.1.2015 besteht eine gesetzliche Pflicht des zuständigen Trägers der Krankenversicherung, Arbeitnehmer über ihr Arbeitsverhältnis betreffendes Lohndumping zu informieren. Diese Pflicht knüpfte in der ursprünglichen Fassung (ASRÄG 2014, BGBl. I Nr. 94/2014) an den Erlass eines Strafbescheids der zuständigen Bezirksverwaltungsbehörde gegenüber dem Arbeitgeber an – also an die Entscheidung über den seitens der prüfenden Einrichtung erhobenen Lohndumpingvorwurf.

Seit 14.8.2015 knüpft die Informationspflicht an die *Anzeige* an – der Arbeitgeber wird also allein aufgrund des Vorwurfs der prüfenden Einrichtung öffentlich an den Pranger gestellt, bevor über dessen Berechtigung in einem Verwaltungsstrafverfahren entschieden wird. Der Gesetzgeber nimmt hier offenbar die Beschädigung des betrieblichen Klimas billigend in Kauf: Denn das Gefühl der über eine Anzeige informierten Arbeitnehmer, von ihrem Arbeitgeber geprellt worden zu sein, wird bleiben, auch wenn der Arbeitgeber im Verwaltungsstrafverfahren den Vorwurf rechtlich entkräften kann. Damit wird enormer Druck auf den Arbeitgeber erzeugt, zur Wahrung des Betriebsfriedens der Rechtsauffassung der Prüfer zu

folgen, selbst wenn diese sich in einem Verwaltungsstrafverfahren als unhaltbar erweisen würde.

Diese öffentliche Vorverurteilung ist rechtsstaatlich bedenklich und sollte dringend repariert werden.

Formulierungsvorschlag zu § 14 Abs. 3

*Der zuständige Träger der Krankenversicherung hat den Arbeitnehmer über einen sein Arbeitsverhältnis betreffenden **rechtskräftigen Strafbescheid der zuständigen Bezirksverwaltungsbehörde** in Verfahren nach § 29 Abs. 1 zu informieren.*

3.2 Entfall der Strafuntergrenzen und Anpassung der Strafrahmen:

Die Strafuntergrenzen von € 1.000 (Erstfall, nicht mehr als 3 AN betroffen) bis € 4.000 (Wiederholungsfall, mehr als 3 AN betroffen) sollten ersatzlos gestrichen werden. Sie können gerade im Hinblick auf Unternehmen, die Umsätze mit hohem Personalkostenanteil und geringem Ertrag erwirtschaften, zu äußerst unbilligen und wirtschafts- und arbeitsmarktschädigenden Ergebnissen führen. Die Höchstsätze sollten vereinfacht und angepasst werden. Höchststrafen von € 50.000 *pro Arbeitnehmer* für Fehler bei der Entlohnung sind überschießend und in West- und Mitteleuropa einzigartig und schädigen letztlich den Wirtschaftsstandort und den Arbeitsmarkt.

Formulierungsvorschlag zu § 29 Abs. 1

[...] Die Geldstrafe beträgt für jeden Arbeitnehmer bis 10 000 Euro, im Wiederholungsfall bis 20 000 Euro, [...]

3.3 Klare gesetzliche Handlungsanleitung zur Wahrung der gebotenen Sorgfalt (Vermeidung fahrlässigen Verhaltens):

Hat ein Arbeitgeber sein arbeitsvertragliches Entgeltmodell rechtsanwaltlich auf ihre Rechtskonformität prüfen lassen und wurde dieses für rechtskonform befunden, sollte der Vorwurf schuldhaften Handelns des Arbeitgebers, einschließlich leichter Fahrlässigkeit, jedenfalls ausgeschlossen sein. Wurden zu Kollektivvertrags-Auslegungsfragen Stellungnahmen beider Sozialpartner eingeholt und divergieren diese, sollte der Arbeitgeber auch bei Anwendung der für ihn günstigeren Auslegung vom Vorwurf schuldhaften Handelns, einschließlich leichter Fahrlässigkeit, befreit sein, soweit diese sich nicht als offenkundig unvertretbar erweist.

Formulierungsvorschlag zu § 29 Abs. 2

Die Strafbarkeit nach Abs.1 ist in nicht gegeben, wenn vor einer Erhebung der zuständigen Einrichtung nach den §§ 12, 14 und 15

- a) der Arbeitgeber die Differenz zwischen dem tatsächlich geleisteten und dem dem Arbeitnehmer nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag gebührenden Entgelt nachweislich leistet; oder*
- b) die anlässlich der Erhebung als Unterentlohnung beanstandete Bemessung eines Entgeltbestandteils vom Arbeitgeber nachweislich einer angemessenen rechtlichen Prüfung unterzogen und als übereinstimmend mit dem nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag gebührenden Entgelt befunden wurde (Selbstprüfung); die Einholung einer rechtsanwaltlichen Stellungnahme zur Entgeltbemessung gilt als*

angemessene Selbstprüfung; ergibt eine Selbstprüfung Interpretationsfragen zu Bestimmungen in Kollektivverträgen, sind zur Wahrung der gebotenen Sorgfalt Stellungnahmen beider Kollektivvertragsparteien einzuholen; divergieren diese, gilt bis zum Vorliegen einer gerichtlichen Entscheidung über die Interpretationsfrage jede der beiden Stellungnahmen als vertretbare Rechtsauffassung, soweit sie nicht im Widerspruch mit höchstgerichtlicher Rechtsprechung steht oder dem Wortlaut der infrage stehenden Bestimmung offenkundig widerspricht.

3.4 Begrenzung des Nachzahlungszeitraums bei leichter Fahrlässigkeit:

Bei leichter Fahrlässigkeit sollte es ausreichend sein, gebotene Nachzahlungen unter Berücksichtigung der zivilrechtlichen Verjährungs- und Verfallsbestimmungen zu leisten.

Formulierungsvorschlag zu § 29 Abs. 3

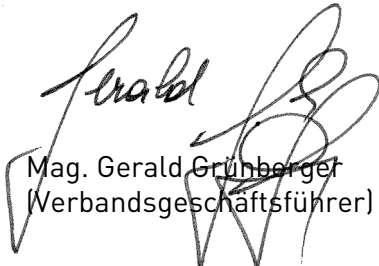
*Stellt die Bezirksverwaltungsbehörde fest, dass der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer die Differenz zwischen dem tatsächlich geleisteten und dem dem Arbeitnehmer nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag gebührenden Entgelt binnen einer von der Behörde festzusetzenden Frist nachweislich **hinsichtlich aller noch nicht verjährter oder verfallener Ansprüche** leistet, und*

1. *die Unterschreitung des nach Abs. 1 maßgeblichen Entgelts unter Beachtung der jeweiligen Einstufungskriterien gering ist oder*
2. *das Verschulden des Arbeitgebers oder des zur Vertretung nach außen Berufenen (§9 Abs. 1 VStG) oder des verantwortliche Beauftragten (§9 Abs. 2 oder 3 VStG) leichte Fahrlässigkeit nicht übersteigt,*

hat sie von der Verhängung einer Strafe abzusehen. [...]

Wir ersuchen um Berücksichtigung unserer Anmerkungen und stehen für deren Erörterung jederzeit gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen



Mag. Gerald Grünberger
(Verbandsgeschäftsführer)