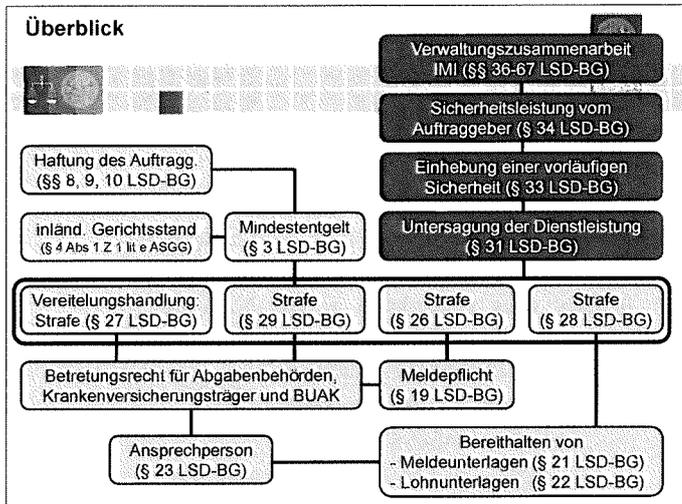


# Innsbrucker Jahrestagung zum Arbeitsrecht und Sozialrecht

## "Das Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz"

Ass.-Prof. Dr. Florian Burger  
Institut für Arbeitsrecht, Sozialrecht und Rechtsinformatik  
Leopold-Franzens-Universität Innsbruck

2. März 2017



**Unterentlohnung**

- Soll-Ist-Vergleich:
  1. Ausmaß des Mindestentgelts („Soll“-Entgelt)
  2. Ausmaß des tatsächlich Geleisteten („Ist“-Entgelt)
  3. Vergleich Mindestentgelt ↔ „Ist“-Entgelt

**1) Ausmaß des Mindestentgelts**

inklusive

- gesetzliches Mindestentgelt
  - zB § 3 Abs 3 LSD-BG; § 10 AÜG; § 6 UrIG; § 8 AngG; § 2 EFZG
  - „derivative“ Ansprüche auf Basis KollIV, nicht auf Basis Ist-Lohn

**1) Ausmaß des Mindestentgelts**

inklusive

- gesetzliches Mindestentgelt
- kollektivvertragliches Mindestentgelt
  - nach korrektem Kollektivvertrag (Probleme zB bei KollIV-Kollision)
  - nach korrekter Einstufung (Probleme zB mit Vordienstzeitenanrechnung; geändertes Tätigkeitsprofil)
  - nach tatsächlicher Arbeitsleistung
    - einschl. Reisezeiten, Rufbereitschaft (sofern kollektivvertraglich abgegolten)

### 1) Ausmaß des Mindestentgelts



#### inklusive

- gesetzliches Mindestentgelt
- kollektivvertragliches Mindestentgelt
- Zuschläge/Zulagen
  - Überstundenzuschläge  
(Probleme zB bei Überstunden-Teiler;  
unzulässige Arbeitszeitmodelle)

### 1) Ausmaß des Mindestentgelts



#### inklusive

- gesetzliches Mindestentgelt
- kollektivvertragliches Mindestentgelt
- Zuschläge/Zulagen
- Sonderzahlungen
  - für nicht dem ASVG unterliegende AN:
    - aliquot mit laufendem Entgelt
  - für dem ASVG unterliegende AN:
    - spätestens bis 31.12.
    - auch für mehr als 24 Monate entsandte AN

### 1) Ausmaß des Mindestentgelts



#### inklusive

#### exklusive

- alles, was arbeitsrechtlich kein Entgelt ist
  - echte Aufwandserschädigungen, Verzugszinsen
- alles, was sv-rechtlich kein Entgelt ist
  - zB Schmutzzulage (Problem: „SEG-Zulage“)
  - Steuerreformgesetz 2015/2016
    - zB Jubiläumsgelder seit 1.1.2016 sv-pflichtig
  - Höchstbeitragsgrundlage aber nicht relevant

### 1) Ausmaß des Mindestentgelts



#### inklusive

#### exklusive

- alles, was arbeitsrechtlich kein Entgelt ist
- alles, was sv-rechtlich kein Entgelt ist
- alles, was nicht auf G, V oder KollIV beruht
  - auf Basis Arbeitsvertrag  
(inkl. betriebliche Übungen)
  - auf Basis Betriebsvereinbarung
    - zB Gewinnbeteiligungen
    - auch wenn BV von KollIV ermächtigt

### 1) Ausmaß des Mindestentgelts



#### inklusive

#### exklusive

- ≠ klagbarer Anspruch des Arbeitnehmers
  - klagbar, aber keine Unterentlohnung
  - nicht (mehr) klagbar, aber Unterentlohnung bleibt
    - zB verfallene Ansprüche

### 2) Ausmaß des tatsächlich Geleisteten („Ist“-Entgelt)



#### • „Entgeltzahlungen“

#### jedes Entgelt

- unabhängig vom Rechtsgrund
  - nach G, V, KollIV oder BV, AV verpflichtet
  - aber auch (echte) freiwillige Zahlungen
- unabhängig von der „Entgeltart“
  - zB über-kolliv Grundgehalt gleicht fehlende Überstunden(zuschläge) aus

## 2) Ausmaß des tatsächlich Geleisteten („Ist“-Entgelt)

### • „Entgeltzahlungen“

- ☑ jedes Entgelt
- ☑ außer Entgeltbestandteile nach § 49 Abs 3 ASVG, die nach G, V oder KollIV gebühren
  - diese sind ja auch nicht Mindestentgelt
  - Beispiel:
    - KollIV sieht sv-freie Schmutzzulage vor: diese wird nicht angerechnet
    - Arbeitsvertrag sieht Schmutzzulage vor: diese wird angerechnet

## 2) Ausmaß des tatsächlich Geleisteten („Ist“-Entgelt)

### • „Entgeltzahlungen“

- ☑ jedes Entgelt
- ☑ außer Entgeltbestandteile nach § 49 Abs 3 ASVG, die nach G, V oder KollIV gebühren
- ☑ außer Sachbezüge (vgl § 13 Abs 5 LSD-BG)
  - weil Mindestentgelt immer Geldleistung
  - außer KollIV sieht Anrechnung vor
    - zB Pkt 11 KollIV-Arb Gastgewerbe: Anrechnung Kost & Logis auf Mindestlohn

## 3) Vergleich Mindestentgelt ↔ „Ist“-Entgelt

- „im jeweiligen Lohnzahlungszeitraum“
  - = jener Zeitraum, für den das Mindestentgelt vereinbarungsgemäß gezahlt wird
    - idR Kalendermonat
    - bei Wochenlohn: Kalenderwoche

## 3) Vergleich Mindestentgelt ↔ „Ist“-Entgelt

### Beispiel 1

- Angaben: KollIV-Mindestlohn: € 1.500  
vereinbarter Monatslohn: € 1.800  
20 Überstunden werden nicht bezahlt  
Unterentlohnung?  
  
Lösung:  
KollIV-Mindestlohn: € 1.500,00  
Überstunden: € 260,12 (= € 1.500 / 173 x 20 x 1,5)  
Mindestentgelt: € 1.760,12  
abzüglich Ist-Entgelt: - € 1.800,00  
Überzahlung von - € 39,88 = keine Unterentlohnung  
  
obwohl Lohnanspruch des AN:  
€ 2.112,14 (= € 1.800 + € 1.800 / 173 x 20 x 1,5)

## 3) Vergleich Mindestentgelt ↔ „Ist“-Entgelt

### Beispiel 2

- Angaben: KollIV-Mindestlohn: € 1.500  
vereinbarter Monatslohn: € 1.700 + € 100 Fahrtkst.  
20 Überstunden werden nicht bezahlt  
Unterentlohnung?  
  
Lösung:  
KollIV-Mindestlohn: € 1.500,00  
Überstunden: € 260,12 (= € 1.500 / 173 x 20 x 1,5)  
Mindestentgelt: € 1.760,12  
abzüglich Ist-Entgelt: - € 1.700,00 (Fahrtkst. = Aufwandersatz)  
Unterzahlung von € 60,12 = Unterentlohnung  
  
Anspruch des AN:  
€ 2.094,80 (= € 1.700 + € 100 + € 1.700 / 173 x 20 x 1,5)

## 3) Vergleich Mindestentgelt ↔ „Ist“-Entgelt

- maßgebender Zeitpunkt: Fälligkeit
  - Was (noch) nicht fällig ist, kann (noch) zu keiner Unterentlohnung führen
  - Fälligkeit kann (weit) nach Lohnzahlungszeitraum liegen
    - zB All-in-Entgelt & Beobachtungszeitraum
  - verschiedene Entgeltbestandteile können verschiedene Fälligkeiten haben
    - zB Fälligkeit lfd. Entgelt & Überstunden

### 3) Vergleich Mindestentgelt ↔ „Ist“-Entgelt

#### Beispiel 3

Angaben: KollV-Mindestlohn: € 1.500  
vereinbarer Monatslohn: € 1.500 + Ü-h: +100%  
Fälligkeit lfd. Lohn: Ende Kalendermonat  
Fälligkeit Überstunden: Ende nächster Kalenderm.  
im Februar: Ü-h mit € 200 kollv Grundlohn  
Ende Februar gezahlt: € 1.400 (als lfd. Lohn)  
Ende März gezahlt: € 400 (für Ü-h +100%)

Unterentlohnung?

Lösung:

KollV-Mindestlohn: € 1.500,00  
abzüglich Ist-Entgelt: - € 1.400,00 (fällig Ende Februar)  
Unterzahlung von - € 100,00 = Unterentlohnung

Mindestlohn Über-h: € 300,00 (= € 200,00 + 50%)

abzüglich Ist-Entgelt: - € 400,00 (fällig Ende März)

Überzahlung von € 100,00 = Überzahlung

### 3) Vergleich Mindestentgelt ↔ „Ist“-Entgelt

- maßgebender Zeitpunkt: Fälligkeit
  - Was (noch) nicht fällig ist, kann (noch) zu keiner Unterentlohnung führen
  - maßgebend daher letzte Fälligkeit aller Entgeltbestandteile eines Lohnzahlungszeitraums
    - aber welche Entgeltbestandteile?
    - nur Mindestentgelt oder auch andere?
      - zB Leistungsprämie am Ende des Jahres?

### 3) Vergleich Mindestentgelt ↔ „Ist“-Entgelt

- maßgebender Zeitpunkt: Fälligkeit
  - Was (noch) nicht fällig ist, kann (noch) zu keiner Unterentlohnung führen
  - maßgebend daher letzte Fälligkeit aller Entgeltbestandteile eines Lohnzahlungszeitraums, die nach G, V oder KollV gebühren
- Unterentlohnungen über durchgehend mehrere Lohnzahlungszeiträume = 1 Verwaltungsübertretung

### Nachzahlung der Unterentlohnung

- Tätige Reue (§ 29 Abs 2 LSD-BG)
  - Nachzahlung des gesamten Mindestentgelts
    - inkl. der in § 49 Abs 3 ASVG angeführten Entgeltbestandteile (G, V, KollV)
    - auch bei durchgehend mehreren Lohnzahlungszeiträumen (weil 1 Verwaltungsübertretung)
    - nicht aber des gesamten offenen Lohnanspruchs
  - Nachzahlung
    - muss nicht als „Nachzahlung“ gewidmet sein
    - muss nicht einmalig sein

### Nachzahlung der Unterentlohnung

- Tätige Reue (§ 29 Abs 2 LSD-BG)
  - jedoch nur bis zu einer Kontrolle durch Abgabenbehörden, KV-Träger oder BUAk
  - dh tätige Reue auch, wenn Nachzahlung über Intervention Dritter erfolgt
  - auch bei grob fahrlässiger oder vorsätzlicher Unterentlohnung
  - unabhängig vom Ausmaß der Unterentlohnung

### Nachzahlung der Unterentlohnung

- Tätige Reue (§ 29 Abs 2 LSD-BG)
- Absehen von Strafverhängung (§ 29 Abs 3)
  - nach einer Kontrolle durch zuständige Einrichtung
  - bis zum Ablauf einer Nachzahlungsfrist der BVB
  - Nachzahlung des gesamten Mindestentgelts

## Nachzahlung der Unterentlohnung



- Tätige Reue (§ 29 Abs 2 LSD-BG)
- Absehen von Strafverhängung (§ 29 Abs 3)
  - weitere Voraussetzungen
    - entweder Unterentlohnung ist nur gering
      - bezogen auf die gesamte Dauer der VerwÜbertr.
    - Kriterien lt. VwGH:
      - absolute Höhe der Geldbeträge
      - Dauer der Unterentlohnung
      - Anzahl der betroffenen Arbeitnehmer
  - oder bei leicht fahrlässigem Verschulden

## Nachzahlung der Unterentlohnung



- Tätige Reue (§ 29 Abs 2 LSD-BG)
- Absehen von Strafverhängung (§ 29 Abs 3)
- Strafmilderung (§ 29 Abs 3 letzter Satz)
  - Erhebungen der zuständigen Einrichtungen sind schon erfolgt und
  - Frist der BVB zur Nachzahlung bereits abgelaufen oder
  - Verschulden nicht leicht fahrlässig und Unterentlohnung nicht bloß gering
- bloße Ermahnung aber ausgeschlossen

**Vielen Dank für  
Ihre Aufmerksamkeit**

[...]

### Anspruch auf Mindestentgelt

**§ 3. (1)** Ein Arbeitnehmer mit gewöhnlichem Arbeitsort in Österreich hat zwingend Anspruch auf das nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag zustehende Entgelt.

**(2)** Ein Arbeitnehmer mit gewöhnlichem Arbeitsort in Österreich, dessen Arbeitgeber seinen Sitz nicht in Österreich hat und nicht Mitglied einer kollektivvertragsfähigen Körperschaft in Österreich ist, hat zwingend Anspruch auf jenes gesetzliche, durch Verordnung festgelegte oder kollektivvertragliche Entgelt, das am Arbeitsort vergleichbaren Arbeitnehmern von vergleichbaren Arbeitgebern gebührt.

**(3)** Ein durch einen Arbeitgeber mit Sitz in einem EU-Mitgliedstaat, EWR-Staat oder einem Drittstaat nach Österreich zur Arbeitsleistung entsandter Arbeitnehmer hat unbeschadet des auf das Arbeitsverhältnis anzuwendenden Rechts für die Dauer der Entsendung zwingend Anspruch auf zumindest jenes gesetzliche, durch Verordnung festgelegte oder kollektivvertragliche Entgelt (ausgenommen Beiträge nach § 6 des Betrieblichen Mitarbeiter- und Selbständigenvorsorgegesetzes – BMSVG, BGBl. I Nr. 100/2002 oder vergleichbaren österreichischen Rechtsvorschriften und Beiträge oder Prämien nach dem Betriebspensionsgesetz – BPG, BGBl. Nr. 282/1990), das am Arbeitsort vergleichbaren Arbeitnehmern von vergleichbaren Arbeitgebern gebührt.

**(4)** Sind nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag Sonderzahlungen vorgesehen, hat der Arbeitgeber diese dem entsandten Arbeitnehmer oder der grenzüberschreitend überlassenen Arbeitskraft aliquot für die jeweilige Lohnzahlungsperiode zusätzlich zum laufenden Entgelt (Fälligkeit) zu leisten.

**(5)** [...]

[...]

### Unterentlohnung

**§ 29. (1)** Wer als Arbeitgeber einen Arbeitnehmer beschäftigt oder beschäftigt hat, ohne ihm zumindest das nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag gebührende Entgelt unter Beachtung der jeweiligen Einstufungskriterien, ausgenommen die in § 49 Abs. 3 ASVG angeführten Entgeltbestandteile, zu leisten, begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde mit einer Geldstrafe zu bestrafen. Bei Unterentlohnungen, die durchgehend mehrere Lohnzahlungszeiträume umfassen, liegt eine einzige Verwaltungsübertretung vor. Entgeltzahlungen, die das nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag gebührende Entgelt übersteigen, sind auf allfällige Unterentlohnungen im jeweiligen Lohnzahlungszeitraum anzurechnen. Hinsichtlich von Sonderzahlungen für dem ASVG unterliegende Arbeitnehmer liegt eine Verwaltungsübertretung nach dem ersten Satz nur dann vor, wenn der Arbeitgeber die Sonderzahlungen nicht oder nicht vollständig bis spätestens 31. Dezember des jeweiligen Kalenderjahres leistet. Sind von der Unterentlohnung höchstens drei Arbeitnehmer betroffen, beträgt die Geldstrafe für jeden Arbeitnehmer 1 000 Euro bis 10 000 Euro, im Wiederholungsfall 2 000 Euro bis 20 000 Euro, sind mehr als drei Arbeitnehmer betroffen, für jeden Arbeitnehmer 2 000 Euro bis 20 000 Euro, im Wiederholungsfall 4 000 Euro bis 50 000 Euro. Ebenso ist zu bestrafen, wer als Auftraggeber im Sinne des § 14 Abs. 1 Z 3 einen Heimarbeiter beschäftigt oder beschäftigt hat, ohne ihm zumindest das nach Gesetz oder Verordnung gebührende Entgelt unter Beachtung der jeweiligen Einstufungskriterien, ausgenommen die in § 49 Abs. 3 ASVG angeführten Entgeltbestandteile, zu leisten.

**(2)** Die Strafbarkeit nach Abs. 1 ist nicht gegeben, wenn der Arbeitgeber vor einer Erhebung der zuständigen Einrichtung nach den §§ 12, 14 und 15 die Differenz zwischen dem tatsächlich geleisteten und dem dem Arbeitnehmer nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag gebührenden Entgelt nachweislich leistet.

**(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 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 verantwortlichen Beauftragten (§ 9 Abs. 2 oder 3 VStG) leichte Fahrlässigkeit nicht übersteigt,

hat sie von der Verhängung einer Strafe abzusehen. Ebenso ist von der Verhängung einer Strafe abzusehen, wenn der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer die Differenz zwischen dem tatsächlich geleisteten und dem dem Arbeitnehmer nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag gebührenden Entgelt vor der Aufforderung durch die Bezirksverwaltungsbehörde nachweislich leistet und die übrigen Voraussetzungen nach dem ersten Satz vorliegen. Ist die Entscheidung der Bezirksverwaltungsbehörde von der Klärung einer Vorfrage im Sinne des § 38 des Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetzes 1991 – AVG, BGBl. Nr. 51/1991, abhängig, die den Gegenstand eines beim zuständigen Gericht anhängigen oder gleichzeitig anhängig gemachten Verfahrens bildet, hat die Bezirksverwaltungsbehörde das Verwaltungsstrafverfahren bis zur rechtskräftigen Entscheidung der Vorfrage auszusetzen; das verwaltungsbehördliche Strafverfahren gilt als unterbrochen, die Parteien sind davon in Kenntnis zu setzen. In Verwaltungsstrafverfahren nach Abs. 1 ist § 45 Abs. 1 Z 4 und letzter Satz VStG nicht anzuwenden. Weist der Arbeitgeber der Bezirksverwaltungsbehörde nach, dass er die Differenz zwischen dem tatsächlich geleisteten und dem dem Arbeitnehmer nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag gebührenden Entgelt geleistet hat, ist dies bei der Strafbemessung strafmildernd zu berücksichtigen.

**(4)** Die Frist für die Verfolgungsverjährung (§ 31 Abs. 1 VStG) beträgt drei Jahre ab der Fälligkeit des Entgelts. Bei Unterentlohnungen, die durchgehend mehrere Lohnzahlungszeiträume umfassen, beginnt die Frist für die Verfolgungsverjährung im Sinne des ersten Satzes ab der Fälligkeit des Entgelts für den letzten Lohnzahlungszeitraum der Unterentlohnung. Die Frist für die Strafbarkeitsverjährung (§ 31 Abs. 2 VStG) beträgt bei Unterentlohnungen fünf Jahre; für den Beginn des Laufs der Strafbarkeitsverjährung sind erster und zweiter Satz maßgeblich. Hinsichtlich von Sonderzahlungen beginnen die Verfolgungs- und Strafbarkeitsverjährungsfristen ab dem Ende des jeweiligen Kalenderjahres (Abs. 1 dritter Satz) zu laufen.

**(5)** Für den Fall, dass der Arbeitgeber das gebührende Mindestentgelt für den betroffenen Zeitraum der Unterentlohnung nach Abs. 1 nachträglich leistet, beträgt die Dauer der Fristen nach § 31 Abs. 1 und 2 VStG ein Jahr (Verfolgungsverjährung) oder drei Jahre (Strafbarkeitsverjährung), soweit nicht aufgrund des Abs. 4 die Verjährung zu einem früheren Zeitpunkt eintritt; der Fristenlauf beginnt mit der Nachzahlung.