



Lohn- und Sozialdumping- bekämpfungsgesetz (LSD-BG)

Donnerstag 30. März 2023
Zell/See

MMag. Dr. Christoph Wiesinger, LL.M.

Der Weg zum LSD-BG

- Zivilrecht
 - Stammfassung des AVRAG enthält Bestimmungen für AN von AG ohne Sitz in AUT (BGBl 1993/459).
 - Anpassung des AVRAG an die Entsende-RL (BGBl I 1999/120).
- Einführung der Strafbarkeit der Unterentlohnung
 - LSDB-G [sic!] (BGBl I 2011/24)
 - Änderung des AVRAG (und weiterer Gesetze)
 - Grundlegende Überarbeitung durch das ASRÄG 2014 (BGBl I 2014/94).
- LSD-BG
 - BGBl I 2016/44
 - Überführung der Regelungen im AVRAG in ein eigenes Gesetz
 - mehrfach novelliert, zuletzt durch BGBl I 2022/111.

Wesentliche Inhalte des LSD-BG

Zivilrecht

- Ansprüche von Arbeitnehmern, deren Arbeitgeber keinen Sitz im Inland haben.
- Haftungsbestimmungen

Kontrollen

- Meldungen, Behörden
- Strafbestimmungen
- Verfahrensrecht zur Vollstreckung von Strafen nach dem LSD-BG

Mythen um das LSD-BG

- **Mythos 1:**
Das LSD-BG kennt einen einheitlichen Entgeltbegriff.
Falsch.
- **Mythos 2:**
Aufwandersatzansprüche zählen nicht zum Entgelt iSd LSD-BG.
Teilweise richtig.
- **Mythos 3:**
Unterentlohnung ist ein Ungehorsamsdelikt.
Falsch.
- **Mythos 4:**
Der Lohnzahlungszeitraum spielt für die Unterentlohnung im Ergebnis eine Rolle.
Im Ansatz richtig, aber nicht zu Ende gedacht.

Mythos 1: Entgeltbegriffe im LSD-BG

Das LSD-BG enthält zwei verschiedene Entgeltbegriffe.

- § 3 LSD-BG
 - Regelung des Mindestentgeltanspruchs entsandter AN (§ 3 Abs 3 LSD-BG) sowie von AN mit gewöhnlichem Arbeitsort in AUT, wenn der AG keinen Sitz im Inland hat (§ 3 Abs 2 LSD-BG);
 - Bestimmung ist zivilrechtlich von Bedeutung.
- § 29 LSD-BG
 - Regelt an sich das Entgelt nicht (Ausnahme: keine Berücksichtigung beitragsfreier Entgeltbestandteile);
 - Bestimmung ist dem Verwaltungsstrafrecht zuzurechnen.

Die Funktion beider Regelungen ist dieselbe:

- Schutz des Entgeltanspruchs des Arbeitnehmers.
- Schutz des fairen Wettbewerbs am Markt.

Mythos 2: Nomenklatur zum Entgelt

Begriffe

- Art 3 Entsende-RL
 - „Mindestlohnsätze einschließlich der Überstundensätze“ (Stammfassung)
 - „Entlohnung, einschließlich der Überstundensätze“ (Entsende-RL 2018)
- § 3 LSD-BG: „Entgelt“

EuGH 12. 2. 2015 C-396/13

Sähköalojen ammattiliitto ry / Elektrobudowa Spółka Akcyjna

- Sachverhalt:
 - Entsendung von AN eines Unternehmens von PL nach FIN.
 - Unterbringung der AN in FIN ca 15 km von Baustelle entfernt.
- Aussagen des EuGH:
 - Abrechnung Stundenlohn/Akkordlohn ist keine Vorgabe der Entsende-RL, sondern nach nationalem Recht zu beurteilen.
 - Taggeld ist als Entsendungszulage zu werten.
 - Wegzeitvergütung ist nach nationalem Recht zu beurteilen; Anknüpfungspunkt ist der Nächtigungsort.
 - Übernahme der Unterbringungskosten und Essensgutscheine sind nicht Teil der Entlohnung.
 - Vergütungsanspruch während des Urlaubs richtet sich nach dem Entgeltanspruch.

Systematik des Entlohnungsbegriffs

Die Aussagen des EuGH sind insofern nicht generalisierbar, weil sie sich auf den konkreten Anlassfall beziehen, dabei aber systematisch zwei Fragen zu unterscheiden sind:

1. Ist ein durch Gesetz, V oder KollV festgelegter Anspruch des AN Teil der Entlohnung, die der AG an sich leisten muss?
2. Ist eine vom AG tatsächlich erbrachte Leistung als Erfüllung des Entlohnungsanspruchs zu werten?

Dabei gilt:

- Die beiden Leistungen sind zu summieren und dann sind die Summen (brutto) zu vergleichen.
- Entlohnung (Art 3 lit e Entsende-RL) und Aufwendersatz für Reisekosten (Art 3 lit i Entsende-RL) sind getrennt zu behandeln.

Entgeltfortzahlung im Urlaub

EuGH (Sähköalojen):

Art 3 Abs 1 und 7 der RL 96/71 ist im Licht der Art 56 AEUV und 57 AEUV dahin auszulegen, dass [...] die Vergütung, die den entsandten AN für die Dauer des bezahlten Mindestjahresurlaubs zu gewähren ist, dem Mindestlohn entspricht, auf den diese AN im Referenzzeitraum Anspruch haben.

Entgeltfortzahlung im Urlaub

§ 4 Abs 2 LSD-BG:

¹Entsandte AN [...] haben für die Dauer der Entsendung oder Überlassung zwingend Anspruch auf bezahlten Urlaub nach § 2 [...] UrlG [...], sofern das Urlaubsausmaß nach den Rechtsvorschriften des auf das Arbeitsverhältnis anzuwendenden Rechts geringer ist. ²Nach Beendigung der Entsendung [...] behält der [...] AN [...] den der Dauer der Entsendung oder Überlassung entsprechenden aliquoten Teil der Differenz zwischen dem nach österreichischem Recht höheren Urlaubsanspruch und dem Urlaubsanspruch, der ihm nach den Rechtsvorschriften des auf das Arbeitsverhältnis anzuwendenden Rechts zusteht.

→ Die Regelung betrifft nur das Urlaubsausmaß, nicht den Entgeltanspruch!

Entgeltfortzahlung im Urlaub

Die Höhe des Entgeltanspruchs wirft Fragen auf, wenn der Urlaubskonsum nicht

1. genau aliquot und

2. während der Entsendung erfolgt.

- Anwendung des Ausfallsprinzips (§ 6 UrlG)?
 - Dem Grunde nach ja: *Gerhartl*, Nach dem LSD-BG gesicherte Ansprüche. Mindestentgelt und Urlaub, ASoK 2017, 383.
 - Lösung
 - ist aber insofern problematisch, weil dann der Entgeltanspruch von der Lage des Urlaubs abhängt;
 - kann daher für den AG oder für den AN günstiger sein.

Entgeltfortzahlung im Urlaub

- Lösung im BUAG
 - AG muss während Entsendung Zuschlag an die BUAK leisten (§ 33h BUAG); Basis = Mindestlohn AUT.
 - AN erwirbt Anwartschaften auf Urlaubsentgelt nach einer Formel, deren Basis die Zuschlagssumme ist (§ 33f BUAG).
- Daher: EFZ im Urlaub (während oder nach Entsendung) erfolgt aliquot auf Basis des AUT-Entgelts, sofern für AN günstiger.

Mischung der Mythen 1 & 2: Pauschalierter, beitragsfreier Aufwandersatz

- Das Tatbild des § 29 Abs 1 LSD-BG verwendet den Begriff Entgelt.
- Die Ausnahme sv-beitragsfreier Entgeltbestandteile lässt nicht zwingend den Rückschluss zu, dass damit nur Aufwandersatz gemeint sein kann (umfasst sind jedenfalls Schmutzzulagen iSd § 49 Abs 3 Z 2 ASVG).
- Dem Ansatz, der Entgeltbegriff des § 29 Abs 1 LSD-BG sei unionskonform dahingehend auszulegen, dass er auch Aufwandersatz erfasst („unionsrechtlicher Entgeltbegriff“) ist entgegenzutreten, weil dieser weite Entgeltbegriff nur dem § 3 LSD-BG zugrunde liegt (Mythos 1).

Mischung der Mythen 1 & 2: Pauschalierter, beitragsfreier Aufwandersatz

Dem Ansatz, der Entgeltbegriff des § 29 Abs 1 LSD-BG umfasse auch lohnsteuerpflichten Aufwandersatz ist entgegenzutreten:

- Zivilrechtlicher Meinungsstand (OGH 30.3.2006, 8 ObA 87/05k)
 - Beweislastverteilung
 - AG: Leistung ist Aufwandersatz und nicht Entgelt;
 - AN: Nachweis, dass Aufwandersatz überhöht ist.
 - Steuerrechtliche Bestimmungen haben eine *Orientierungsfunktion*.
- Lohn- und Sozialdumping:
 - Grenze der Beitragsfreiheit ist entscheidend (*Rath*, Fragen zur behördlichen Lohnkontrolle, ASoK 2016, 42).
 - Problem: Beträge wurden seit Jahrzehnten nicht angehoben.

Mythos 3:

Deliktstypus der Unterentlohnung

- Die Unterentlohnung des § 29 LSD-BG setzt sich aus zwei Elementen zusammen:
 - Beschäftigung eines Arbeitnehmers.
 - Nicht vollständige Zahlung des Mindestentgelts.
- Unterentlohnung ist daher ein **Unterlassungsdelikt**.
 - Das spielt bei Insolvenz eines Arbeitgebers eine Rolle (Verschulden des AG): VwGH 30. 6. 2016, Ra 2016/11/0007, ZAS 2017/32, 176 (*Gleißner*) = Arb 13.328 = RdW 2016/465, 627 (zu § 7i Abs 3 AVRAG idFd LSDB-G).
 - Automatische Straffreiheit bei Zahlung durch den IEF?
 - nein: *Wiesinger*, Lohndumping und Insolvenz, ASoK 2017, 176;
 - aA: *Burger*, Die strafbare Unterentlohnung nach dem LSD-BG, JAS 2017, 233.

Deliktstypus der Unterentlohnung

- Die Unterentlohnung des § 29 LSD-BG setzt sich aus zwei Elementen zusammen:
 - Beschäftigung eines Arbeitnehmers.
 - Nicht vollständige Zahlung des Mindestentgelts.
- Unterentlohnung ist daher ein **Erfolgssdelikt**.
 - Das Ungehorsamsdelikt zeichnet sich dadurch aus, dass durch die Verwaltungsübertretung kein Schaden entstanden ist.
 - Daher wird das Verschulden auch nicht gesetzlich vermutet (beachte auch § 5 Abs 1a VStG).
- Unterentlohnung ist ein **Dauerdelikt**.
 - Beim Dauerdelikt dauert der Schaden (= Erfolg) nach der Tatbegehung an.
 - Daher enthält das LSD-BG besondere Verjährungsbestimmungen.

Mythos 4: Lohnzahlungszeitraum

„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.“ (§ 29 Abs 1 Satz 7 LSD-BG).

- Bestimmung war schon in der Stammfassung enthalten (damals § 29 Abs 1 Satz 2 LSD-BG), geht aber auf das ASRÄG 2014 zurück (§ 7i Abs 5 AVRAG).
- ErlRV 319 BlgNR 25. GP, 12: *„Aus Gründen der Rechtssicherheit wird allerdings gesetzlich klargestellt, dass eine einzige Verwaltungsübertretung vorliegt, wenn die Unterentlohnung durchgehend mehrere Lohnzahlungszeiträume umfasst.“*

Bedeutung mehrerer Lohnzahlungszeiträume nach § 29 Abs 1 LSD-BG

Warum regelt der Gesetzgeber den Lohnzahlungszeitraum?

- Keine ausdrückliche Begründung in den ErlRV zum ASRÄG 2014.
- Alternative: Abstellen auf jene Zeiteinheit, für die der Anspruch gebührt (das kann uU die einzelne Arbeitsstunde sein).
- Überzahlungen sind nach hM nur im selben Lohnzahlungszeitraum gegenrechenbar.

Ausnahmen:

- Sonderzahlungen (§ 29 Abs 1 Satz 9 LSD-BG);
- Arbeitsrechtlich längere Durchrechnungszeiträume.

Bedeutung mehrerer Lohnzahlungszeiträume nach § 29 Abs 1 LSD-BG

- Die Problematik, dass die Unterentlohnung über mehrere Lohnzahlungszeiträume immer schon als einheitliches Delikt gesehen wurde, wurde mit Hinweis auf den insoweit klaren Wortlaut des Gesetzes in der Lit nicht vertieft behandelt.
- Mit der Neuregelung des § 29 LSD-BG durch BGBl I 2021/174 hat sich das Problem noch mehr verdeutlicht.
 - Folgt man der hM:
 - Unterentlohnungen in einzelnen Lohnzahlungszeiträumen werden aufsummiert.
 - Über-kolliv-liche Leistungen aus anderen Lohnzahlungszeiträumen werden nicht gegengerechnet.
 - Ist das verfassungskonform (Art 7 B-VG)?
 - Ist das rechtspolitisch gerechtfertigt? Das LSD-BG schützt vor Unterentlohnung, nicht vor schlampigen Lohnzetteln.

Bedeutung mehrerer Lohnzahlungszeiträume nach § 29 Abs 2 LSD-BG

„Die Strafbarkeit nach Abs. 1 ist nicht gegeben, wenn 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 leistet.“
(§ 29 Abs 2 LSD-BG).

- Vorbild für diese Regelung ist die tätige Reue iSd § 167 StGB (ErlRV 319 BlgNR 25. GP, 12).
- Eine ausdrückliche Widmung als Nachzahlung ist aber nicht erforderlich.

RV 319 BlgNR 25. GP, 12; RV 1111 BlgNR 25. GP, 21; *Gleißner*, Die neuen Regeln gegen Unterentlohnung. Eine erste Analyse für die Praxis, ZAS 2015/4, 19 (23); *Kühteubl*, Die Novelle zum Lohn- und Sozialdumping, ZAS 2015/33, 204 (210); *Kraft/Kronberger*, Lohn- und Sozialdumping aus Sicht der Personalverrechnung, 108-109.

Bedeutung mehrerer Lohnzahlungszeiträume nach § 29 Abs 2 LSD-BG

Das Problem einer nicht durchgehenden Unterentlohnung war dem Gesetzgeber bewusst:

- ErlRV 319 BlgNR 25. GP, 12: *„Aus Gründen der Rechtssicherheit wird allerdings gesetzlich klargestellt, dass eine einzige Verwaltungsübertretung vorliegt, wenn die Unterentlohnung durchgehend mehrere Lohnzahlungszeiträume umfasst.“*
- Wortgleich ErlRV 1111 BlgNR 26. GP, 21 (LSD-BG).

Die hL geht trotzdem von einer Nichtverlängerung des Durchrechnungszeitraums aus, indem sie sich auf den insoweit klaren Wortlaut des § 29 Abs 1 LSD-BG (bzw der Vorgängerbestimmung) stützt.

Die Gegenargumente dazu bereits: *Wiesinger*, Der Durchrechnungszeitraum beim Lohn- und Sozialdumping. Und es gibt sie doch: Die De-facto-Verlängerung des Durchrechnungszeitraums beim Lohn- und Sozialdumping!, ASoK 2017, 60-64.

Bedeutung mehrerer Lohnzahlungszeiträume nach § 29 Abs 2 LSD-BG

- Die Nov BGBl I 2021/174 hat das Problem noch verschärft:
 - Nach der Stammfassung war die Verwaltungsstrafe nach der Zahl der unterentlohten AN zu bemessen; die Höhe der Unterentlohnung spielte für die Systematik keine Rolle.
 - Nach der geltenden Rechtslage ist hingegen die Höhe der Unterentlohnung für den Strafraum entscheidend, während die Zahl der unterentlohten AN für die Systematik keine Rolle spielt.
- Das führt zu folgendem Wertungswiderspruch (wenn man der hL folgt):
 - Unterentlohnungen in einzelnen Monaten werden summiert,
 - Überzahlungen hingegen nur in jenen Monaten beachtet, in denen dennoch eine Unterentlohnung vorliegt.

Ein Beispiel

	Anspruch	Zahlung	Δ
I	2.900	3.000	+100
II	3.060	3.000	-60
III	2.960	3.000	+40
Σ	8.920	9.000	+80
$\Delta (\Sigma)$ nach hM			-60

	Anspruch	Zahlung	Δ
I	3.010	3.000	-10
II	3.005	3.000	-5
III	3.015	3.000	-15
Σ	9.030	9.000	-30

Eigene Ansicht

- Der Entgeltanspruch mehrerer Lohnzahlungszeiträume ist zu summieren.
- Die Zahlungen derselben Lohnzahlungszeiträume sind ebenfalls zu summieren; dann sind beide Summen zu vergleichen.
- Auf eine Widmung der Zahlungen kommt es für die Frage der Unterentlohnung nicht an.

Kein Mythos, aber umstritten - Die Frage der Verjährung

- Sowohl der zivilrechtliche Verfall als auch die zivilrechtliche Verjährung eines Entgeltanspruchs spielen für die Strafbarkeit der Unterentlohnung nach hM keine Rolle.
- Die Verjährung der Strafbarkeit
 - ist in § 29 Abs 4 und 5 LSD-BG geregelt
 - und tritt damit an die Stelle der allgemeinen Regelung in § 31 Abs 1 und 2 VStG.
- Diese Bestimmung war bereits in der Stammfassung enthalten und wurde mit der Novelle BGBl I 2021/174 *nicht* geändert.

Verjährung der Strafbarkeit der Unterentlohnung

Bestimmungen zum Fristenlauf in § 29 Abs 4 LSD-BG:

- Die Frist beginnt mit der Fälligkeit des Entgelts zu laufen.
- Sie endet aber nicht vor dem Ablauf der Frist des letzten Lohnzahlungszeitraums, in dem eine Unterentlohnung vorliegt.

Schlussfolgerungen von *Felten/Pfeil*, Strafbare Unterentlohnung nach dem LSD-BG und Verfall von Entgeltansprüchen, DRdA 2017, 79 [zur Stammfassung]:

- In einem aufrechten Arbeitsverhältnis sind daher auch Unterentlohnungen, die mehr als drei Jahre zurückliegen strafbar, wenn *durchgehend* unterentlohnt wurde.
- Nachzahlung führt nur dann zur Straffreiheit, wenn sie für den gesamten Zeitraum erfolgt (dh uU für mehr als drei Jahre).

Verjährung der Strafbarkeit der Unterentlohnung

Verhältnis der Regelung des § 29 Abs 4 zu Abs 5 LSD-BG:

„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.“ (§ 29 Abs 5 LSD-BG).

Verjährung der Strafbarkeit der Unterentlohnung

- Die Bestimmung
 - geht auf das ASRÄG 2014 zurück (§ 7i Abs 7a AVRAG).
 - *„Mit Abs. 7a wird für den Fall, dass der/die Arbeitgeber/in die vorenthaltenen Beträge für die Vergangenheit nachzahlt, festgelegt, dass die kürzeren Verjährungsfristen nach dem VStG unberührt bleiben und die Fristen ab der Nachzahlung zu laufen beginnen. Sollte die Verjährung aufgrund des Abs. 7 zu einem früheren Zeitpunkt eintreten, ist dieser Zeitpunkt maßgeblich. Ist die Nachzahlung als tätige Reue zu werten, findet Abs. 5a Anwendung.“* (ErlRV 319 BlgNR 25. GP, 14-15).
- Schrank (in Schrank/Schrank/Lindmayer, LSD-BG² [2021])
 - spricht von einem „Anwendbarkeitsrätsel“ (Rz 136)
 - und sieht eine irrtümlich zu niedrige Nachzahlung als Anwendungsfall an (Rz 138).

Verjährung der Strafbarkeit der Unterentlohnung

- Die Verjährungsbestimmungen waren insgesamt also immer schon etwas problematisch, weil
 - die Unterentlohnung zwar ein Dauerdelikt ist,
 - der Tatbestand des § 29 LSD-BG (idF BGBl I 2016/44 aber eine Mischform aus Dauerdelikt und fortgesetztem Delikt konstruiert hat (gleichartige Tatbegehung, daher nur eine Bestrafung).
- Die neue Rechtslage stellt aber auf die Höhe der Unterentlohnung ab, womit die Zahl der zu berücksichtigenden Lohnzahlungszeiträume eine größere Rolle spielt.
 - Warum der Gesetzgeber die Verjährungsfristen unangetastet gelassen hat, ist aus dem Mat nicht ergründbar.
 - Tatsächlich enthalten die Bestimmungen gravierende Wertungswidersprüche.

Eigene Ansicht

- Teleologische Reduktion?
 - Die Lücke muss in der fehlenden Ausnahmeregelung liegen.
 - Sie ist daher unzulässig, wenn sie nur der Durchsetzung rechtspolitischer Ansichten dient.
 - Im Ergebnis ist § 29 Abs 4 und 5 LSD-BG *kein* Anwendungsfall dafür.
- Anwendungsfälle des § 29 Abs 5 LSD-BG
 - Die vollständige Nachzahlung führt nach § 29 Abs 2 LSD-BG ohnehin zu Straffreiheit. Für diesen Fall hat Abs 5 keine Bedeutung.
 - Der Ansatz von *Schrank* ist zwar richtig, aber schwer auf einen konkreten Anwendungsfall umzulegen.
 - Unter welchen Umständen liegt eine Nachzahlung vor?
 - Was sind die genauen Rechtsfolgen?

Eigene Ansicht

- Auslegung des § 29 Abs 1, 2 und 4 LSD-BG
 - Für die Ermittlung der Unterentlohnung ist auf Ebene des einzelnen AN
 - die Summe aller Entgeltansprüche aller Lohnzahlungszeiträume
 - der Summe der Entgeltansprüche gegenüberzustellen,
 - wobei Lohnzahlungszeiträume,
 - die unmittelbar vor der Beginn des ersten Monats der 3-jährigen (5-jährigen) Frist liegen, zeitlich solange zu berücksichtigen sind,
 - bis (exklusive) dem ersten Monat mit korrekter Entlohnung.
- Ob diese Regelung auch einer Überprüfung vor dem VfGH standhalten würde, ist fraglich.
- Rechtspolitisch ist eine Überarbeitung der Regelung im Sinne der Rechtssicherheit wohl zu begrüßen.



Danke für die Aufmerksamkeit!