

Webinar

Linde

# Die LSD-BG-Novelle 2021

Anpassungen an die Entsenderichtlinie der EU  
und dazu ergangene Judikatur

MMag. Dr. Christoph Wiesinger, LL.M.  
WK Österreich

Dienstag, 21.9.2021, von 15:00 bis 16:30 Uhr

© Diese Unterlage ist urheberrechtlich geschützt und nur für den privaten Gebrauch bestimmt.



# Novelle zum LSD-BG BGBl I 2021/174

---

Dr. Christoph Wiesinger

# Warum eine LSD-BG-Novelle?

---

- Umsetzung der neuen Entsende-RL
  - RL (EU) 2018/957 zur Änderung der Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen.
  - Diese RL wurde nicht nur im LSD-BG, sondern auch im BUAG und im BSchEG umgesetzt (BGBl I 2021/71).
- Reparatur der Strafbestimmungen aufgrund von zwei EuGH-Entscheidungen
  - Strafbestimmungen zur Unterentlohnung:  
EuGH 12.9.2019, C-64/18 *Maksimovic*.
  - Sicherheitsleistung:  
EuGH 13.11.2018, C-33/17 *Čepelnik*.



---

# Geltungsbereich

LSD-BG (Novelle BGBl I 2021/174)  
Folie 3

# Geltungsbereich

---

- Entsendebegriff des LSD-BG ist nunmehr mit dem der Entsende-RL ident.
- Erweiterung der Ausnahmen in § 1 LSD-BG.
- Montageprivileg (§ 3 Abs 5 LSD-BG) betrifft nun jede Entgeltbestimmung, nicht nur (wie zuvor) kollv-liche.



---

# Entsenderecht

LSD-BG (Novelle BGBl I 2021/174)  
Folie 5

# Grundlagen des Entsenderechts (IPR)

---

- Rechtswahl (Art 3 Rom I-VO)
  - Zwingendes Recht des gewöhnlichen Arbeitsorts gilt unabhängig von einer Rechtswahl (Art 8 Abs 1 Rom I-VO)
- Recht des gewöhnlichen Arbeitsorts (Art 8 Abs 2 Rom I-VO)
  - Mangels Rechtswahl gilt das Recht des gewöhnlichen Arbeitsorts.
  - Gewöhnlicher Arbeitsort ist jener Staat, in dem die Arbeitsleistung grdstzl erbracht werden soll.
- Eingriffsnormen (Art 9 Rom I-VO)
  - Rechtsnorm des Empfangsstaats durchbricht Vertragsstatut.
  - Entsende-RL enthält Verpflichtung zur Erlassung einer Eingriffsnorm, aber:
  - Eingriffsnorm aufgrund der Entsende-RL greift nur, wenn sie für den AN günstiger ist.

# Entwicklung des Entsenderechts

---

- EuGH 27.3.1990, C-113/89 *Rush Portuguesa*:
  - EuGH lässt Eingriffsnorm schon vor Erlassung der Entsende-RL zu.
- Entsende-RL 96/71/EG
  - Begriff
    - Entsendung zur Dienstleistungserbringung;
    - Entsendung in eine Niederlassung;
    - Grenzüberschreitende Überlassung.
  - Rechtsfolge: Mindestlohn des Empfangsstaats ist Untergrenze.
  - Umsetzung
    - muss nur für die Bauwirtschaft erfolgen;
    - Österreich setzte Entsende-RL von Anfang an generell um (§ 7b AVRAG).



# Entwicklung des Entsenderechts

---

- Durchsetzungs-RL 2014/67/EU
  - Wortlaut der Entsende-RL wurde nicht geändert (politischer Kompromiss).
  - Flankierende Maßnahmen (zB [www.entsendeplattform.at](http://www.entsendeplattform.at))
- Änderung der Entsende-RL durch RL (EU) 20108/957
  - Entsende-RL für alle Branchen anwendbar (galt in Österreich schon bisher).
  - Erweiterung des (unionsrechtlichen) Entgeltbegriffs (ua Verankerung der Ansicht des EuGH [12.2.2015, C-396/13 *Sähköalojen*] im Text der RL).

# Entgeltanspruch (Systematik)

---

- Unterscheidung Entgelt/Aufwandersatz iSd österreichischen Terminologie spielt keine Rolle.
- Entgeltbestandteile müssen unterschiedlich behandelt werden:
  - Zählt ein gesetzlicher/kollv-licher Entgeltanspruch zur „Entlohnung“ (bisher: „Mindestlohnsatz“) iSd Entsende-RL?
  - Ist eine Zahlung des Arbeitgebers als Entlohnung zu werten?
- Der Anspruch des AN besteht als Summe, nicht hinsichtlich eines einzelnen Entgeltbestandteils.
- Die Umsetzung erfolgte in § 3 LSD-BG (die Entgeltbegriffe der §§ 3 und 29 LSD-BG sind ähnlich, aber nicht ident).

# Einzelne Bestandteile der Entlohnung

	Teil des Anspruchs des AN (Entlohnung)	Leistung des AG als Entlohnung zu werten
Lohn/Gehalt	koll-licher Mindestlohn („Lohngritter“)	Ist-Lohn/Gehalt
SEG-Zulagen	koll-liche Zulagen	ja
Funktionszulagen	lt KollV	Einzelfallprüfung
Überstunden	lt AZG & KollV	für Zeiträume der Entsendung
Sonderzahlungen	aliquot (§ 3 Abs 4 LSD-BG)	ja
Taggelder, Nächtigung	lt KollV	Naturalleistung nur zulässig, wenn der KollV dies vorsieht

# Einzelne Bestandteile der Entlohnung

	Teil des Anspruchs des AN (Entlohnung)	Leistung des AG als Entlohnung zu werten
Reisekosten (An-/Abreise)	ja	Nur im Rahmen der Anspruchsbefriedigung
Reisekosten (während Entsendung)	ja (§ 3 Abs 7 LSD-BG, neu)	Nur im Rahmen der Anspruchsbefriedigung

# Langfristige Entsendungen

---

- Bisher spielte die Dauer der Entsendung im Entsenderecht arbeitsrechtlich keine Rolle.
  - Anders im Steuer- und SV-Recht:
    - Steuern: iaR 0 oder 183 Tage (DBA)
    - SV: Entsendung bis zu zwei Monaten ausgenommen (Koordinierungs-VO 883/2004).
  - Diese Grenzen bleiben weiter gültig und sind nach wie vor nicht harmonisiert.
- Nach 12 Monaten gilt das gesamte österreichische Individualarbeitsrecht
  - Ausnahme: Bestimmungen zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses, BMSVG.
  - Beispiel für einen betroffenen Anspruch: Sonstige Dienstverhinderungsgründe.

# Langfristige Entsendungen

---

- Wird Österreich zum gewöhnlichen Arbeitsort, kommen auch die Bestimmungen zur Beendigung zur Anwendung.
- AG kann die Frist von 12 Monaten auf 18 Monate ausdehnen.
  - Voraussetzung:
    - Zustimmung des AN ist nicht erforderlich (arg „Mitteilung“, nicht „Vereinbarung“ in § 2 Abs 3 LSD-BG).
    - Meldung an ZKO ist erforderlich.
  - Beginn der neuerlichen Laufs der 12-Monatsfrist:
    - Nicht geregelt (auch kein Hinweis in den Mat).
    - Verwaltungspraxis in der SV: 2 Monate.

# Meldung / Bereithalten von Unterlagen

---

- Unterscheidung ZKO-3 und ZKO-4 bleibt; Verwendung des falschen Formulars ist aber nicht mehr strafbar (§ 26 Abs 1a LSD-BG).
- Rahmenmeldung (wiederholte, jeweils kurzfristige Einsätze) für sechs (bisher drei) Monate möglich (§ 19 Abs 5 LSD-BG).
- Vereinfachtes Bereithalten der Lohnunterlagen für Entsendungen < 48 Stunden (§ 22 Abs 1b LSD-BG).
- Alle Unterlagen können nunmehr in englischer Sprache sein.



---

# Strafbestimmungen

LSD-BG (Novelle BGBl I 2021/174)  
Folie 15



# EuGH 12.9.2019, C-64/18 *Maksimovic*

---

- Strittig war die Abgrenzung Entsendung/Werkvertrag.
- Da keine ZKO-4-Meldung erfolgte (wohl aber eine ZKO-3-Meldung), verhängte die Behörde Strafen in Millionenhöhe.
- Die Höhe der Strafe ergab sich aus dem im VStG generell vorgesehenen Prinzip der Mehrfachbestrafung.
- Der EuGH hielt die Höhe der Strafe(n) für unangemessen.

# Was wurde in § 29 neu geregelt?

---

- Der Tatbestand des § 29 LSD-BG ist gleich geblieben.
- Die Neuregelung betrifft „nur“ die Strafsätze.
- Rückwirkungsproblematik
  - Kundmachung im BGBl erfolgte am 9.9.2021.
  - Strafbestimmungen traten „rückwirkend“ mit 1.9.2021 in Kraft.
  - Verfassungskonformität ist gegeben, weil die Tathandlung auch nach der Stammfassung des LSD-BG, die formal in Kraft war, zum Tatzeitpunkt unter Strafe gestellt war.
  - Bestimmung ist daher auch auf eine Unterentlohnung, die vor dem 31.8.2021 geendet hat, anzuwenden (soweit nicht verjährt), aber maximal gedeckelt mit den früheren Strafsätzen.

# Strafraahmen

---

- Strafraahmen bis zu 20.000 €:
  - nur bei Betrieben bis zu neun Arbeitnehmern,
  - nur im Erstfall
  - und nur, wenn die Summe des vorenthaltenen Entgelts geringer als 20.000 € ist.
- Strafraahmen bis zu 50.000 €:
  - wenn die Summe des vorenthaltenen Entgelts geringer als 50.000 € ist
  - oder wenn die Summe des vorenthaltenen Entgelts zwar höher als 50.000 €, aber geringer als 100.000 € ist und der Arbeitgeber an der Wahrheitsfindung mitwirkt;

# Strafraahmen

---

- Strafraahmen bis zu 100.000 €:
  - wenn die Summe des vorenthaltenen Entgelts geringer als 100.000 € ist
  - oder wenn die Summe des vorenthaltenen Entgelts zwar höher als 100.000 €, aber geringer als 250.000 € ist und der Arbeitgeber an der Wahrheitsfindung mitwirkt;
- Strafraahmen bis zu 250.000 €: wenn die Summe des vorenthaltenen Entgelts höher als 100.000 € ist (und der Arbeitgeber an der Wahrheitsfindung nicht mitwirkt).
- Strafraahmen bis zu 400.000 €:
  - wenn die Summe des vorenthaltenen Entgelts höher als 100.000 € ist
  - und die Unterentlohnung vorsätzlich im Durchschnitt mehr als 40 % beträgt.

# Mitwirkung an der Wahrheitsfindung

---

- Die Mitwirkung an der Wahrheitsfindung (iSd § 29 LSD-BG)
  - muss ab dem Beginn des Verwaltungsstrafverfahrens erfolgen,
  - nicht aber bereits bei der vorangehenden Kontrolle (ÖGK, ABB, BUAK).
- Mitwirkung = Offenlegung der Lohnbuchhaltung.
- Eine verspätete Mitwirkung spielt für den Strafraumen keine Rolle, ist aber als Milderungsgrund zu berücksichtigen.

# Zeitraum & Nachzahlung

---

- Die Staffeln bei der Unterentlohnung beziehen sich
  - auf alle Arbeitsverhältnisse eines Arbeitgebers
  - im gesamten Prüfungszeitraum.
- Zahlungen über dem koll-lichen Niveau sind weiterhin nur im selben Lohnzahlungszeitraum zu berücksichtigen (§ 29 Abs 1 LSD-BG), aber:
- Nachzahlungen vor einer Kontrolle führen weiterhin zur Straffreiheit (§ 29 Abs 2 LSD-BG), was de facto zu einem langen Durchrechnungszeitraum führt.
- Nachzahlungen nach einer Kontrolle
  - führen nicht zur Absenkung des Strafrahmens,
  - führen aber im Rahmen des § 29 Abs 3 LSD-BG zur Straffreiheit (geringe Unterentlohnung & geringes Verschulden).

# Weitere Änderungen bei den Strafbestimmungen

---

- Die übrigen Strafbestimmungen wurden ebenfalls geändert und sehen jetzt einen einheitlichen Strafraumen vor.
- Die Formaldelikte stehen zu § 29 LSD-BG in echter Konkurrenz, dh eine Bestrafung sowohl für ein Formaldelikt als auch für eine Unterentlohnung sind möglich.
- Abgabe einer ZKO-3-Meldung anstelle einer ZKO-4-Meldung (und umgekehrt) ist *nicht* strafbar (§ 26 Abs 1a LSD-BG).

# EuGH 13.1.2018, C-33/17 *Čepelnik*

---

- Sicherheitsleistung ist Pfändung (allerdings nicht im rechtstechnischen Sinn, wohl aber funktional) von im Inland befindlichen Vermögenswerten (Werklohnforderung) zur Sicherung der Vollstreckung einer Verwaltungsstrafe wegen Lohn- und Sozialdumping.
- EuGH hält ein solches Mittel grdstzl für zulässig, die frühere Regelung war allerdings überschießend.



# Sicherheitsleistung (§ 34 LSD-BG)

---

- Zahlungsstopp
  - Verhängung durch ABB oder BUAK;
  - Tritt automatischer außer Kraft, wenn Fristen nicht eingehalten werden:
    - Antrag von ABB/BUAK an BVB binnen drei Arbeitstagen.
    - BVB muss innerhalb einer Woche den Arbeitgeber zur Stellungnahme auffordern.
    - BVB muss innerhalb von drei Wochen ab Einlangen der Stellungnahme mit Bescheid entscheiden.
- Sicherheitsleistung
  - Zahlungsstopp tritt außer Kraft.
  - Auftraggeber darf nicht mehr an den Auftragnehmer leisten (wenn doch: BVB kann Betrag nochmals verlangen).

# Sicherheitsleistung (§ 34 LSD-BG)

---

- Zahlungsstopps und Sicherheitsleistung dürfen nicht höher sein als
  - Offener Werklohn;
  - Maximale Strafhöhe.



---

# BUAG/BSchEG-Novelle BGBl I 2021/71

LSD-BG (Novelle BGBl I 2021/174)  
Folie 26

# BUAG & Entsendungen

---

- BUAG hat vier Sachbereiche
  - Urlaub;
  - Abfertigung [alt] (gilt nicht für die Holzindustrie);
  - Winterfeiertagsvergütung (nur Bauindustrie/Baugewerbe, Arbeitskräfteüberlassung);
  - Überbrückungsgeld.
- Bisher kannte das BUAG drei Konstellationen:
  - Reine Inlandsfälle → „alle“ Sachbereiche;
  - Entsendungen & grenzüberschreitende Überlassungen → nur Urlaub;
  - „Unechte Entsendungen“ (dh AG ohne Sitz in Österreich, gewöhnlicher Arbeitsort Österreich) → nur Urlaub.

# Anwendung des BUAG

	AG Inland	AG Ausland, AN Inland	Entsendung (kurz)	Entsendung (lang)
SB Urlaub	X	X	X	X
SB Abfertigung	X	X	-	-
SB WIFEI	X	X	-	-
SB Über- brückungsgeld	X	X	-	ab 24 Monaten
Zuschlagsbe- treibung	Verwal- tungsweg	Gericht	Gericht	Gericht

# Grundzüge des BSchEG (Inland)

---

- Arbeitsrechtlicher Teil
  - Entfall der Arbeit wegen Schlechtwetter (Entscheidung obliegt dem AG allein);
  - AN hat Anspruch auf die Schlechtwetterentschädigung (SWE) in Höhe von 60% des Lohns.
- Arbeitsmarktpolitischer Teil
  - AG erhält von der BUAK die SWE zuzüglich 30% (zur Abdeckung der Lohnnebenkosten) auf Antrag rückerstattet.
  - AG und AN haben zur Deckung der Kosten einen Schlechtwetterbeitrag zu leisten (je 0,7%); die Einhebung erfolgt (aus historischen Gründen) durch die ÖGK.

# Anwendbarkeit des BSchEG bei Auslandsberührungen

---

- Entsendung **von Österreich**
  - AN hat bei schlechtwetterbedingtem Arbeitsentfall Anspruch auf die SWE.
  - Keine Rückerstattung (§ 4 Abs 4 BSchEG) und keine Beitragspflicht während der Entsendung (§ 12 Abs 4 BSchEG).
- Entsendung **nach Österreich SOWIE Arbeitgeber mit Sitz im Ausland, gewöhnlicher Arbeitsort Österreich (neu)**
  - AN hat bei schlechtwetterbedingtem Arbeitsentfall
    - keinen Anspruch auf die SWE (bis 12/18 Monate),
    - Ab einer Entsendung von 12 (18) Monaten besteht der Anspruch.
  - Keine Rückerstattung und keine Beitragspflicht während der Entsendung (§§ 12a, 12b BSchEG).



---

# Danke für die Aufmerksamkeit!



A large yellow circle is positioned in the upper right quadrant of the page, partially overlapping the text.

# Linde

Veranstaltungstipp-Tipp

17. Österreichischer

## Personalverrechnungskongress 2021

Aktuelles & konkrete Umsetzungstipps

Christian Artner I Monika Kunesch I Martina Limbeck  
Alexandra Platzer I Franz Schrank I Michael Seebacher

Donnerstag, 4.11.2021, 9:00 bis 17:00 Uhr und  
Freitag, 5.11.2021, 9:00 bis 11:00 Uhr  
Wien/Online