

Warum das LSDB-G geschaffen wurde

Mit dem EU-Beitritt von Bulgarien und Rumänien hat Österreich eine Ausnahme erwirkt, indem diesen Ländern für sieben Jahre das EU-Grundrecht auf Arbeitnehmerfreizügigkeit verweigert werden durfte – zuletzt kodifiziert im § 32a Abs. 1 AuslBG. Diese Einschränkung ist am 31. Dezember 2013 ausgelaufen.

Am 30. April 2011 ist die Übergangsbestimmung für acht andere Mitgliedsstaaten ausgelaufen (Estland, Lettland, Litauen, Polen, Slowakei, Slowenien, Tschechien und Ungarn). Für diese Staaten musste der österreichische Arbeitsmarkt geöffnet werden.

Gleichzeitig wurden Befürchtungen laut, dass diese Arbeitnehmer unser Land als billige Arbeitskräfte fluten würden und das tradierte Lohngefüge untergraben könnten. Offiziell begründet wurde das mit Chancengleichheit für die „ehrlichen“ Unternehmer und der Aufrechterhaltung des Abgabenaufkommens.

Deshalb wurde das LSDB-G geschaffen, das eine Bezahlung unter dem Grundlohn lt. Einstufung (ohne Zulagen und Sonderzahlungen) sanktionieren soll – mit Inkrafttreten am 1. Mai 2011.

In den EBs sind u.a. folgende Zitate zu finden:

„Die Normierung einer Verwaltungsstrafbestimmung bei einer Unterschreitung des Grundlohns hat nicht die Verhängung von Geldstrafen zum Ziel...“

„Der Verwaltungsstraftatbestand soll in diesem Sinne nicht Arbeitgeber/innen pönalisieren, sondern primär präventive Wirkung entfalten.“

Die Prüfpraxis der BUAK zeigt allerdings in eine andere Richtung.

Die Stammfassung des LSDB-G

Mit dem BGBl I 24 / 2011 wurde das Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz per 1. Mai 2011 in Kraft gesetzt.

Die Umsetzung erfolgte in den §§ 7a – 7m AVRAG (Arbeits Vertrags Recht Anpassung Gesetz). Wenn nicht anders angegeben, bezieht sich das folgende auf das AVRAG.

Das AVRAG ist ein Sammelgesetz für Bestimmungen, die in kein anderes Materiengesetz des Arbeitsrechts (z.B.: AZG, MSchG, UrlG, ...) passen.

Entsandten Dienstnehmern steht der nach österreichischen Bestimmungen zu zahlende Grundlohn zu. Dazu hat der Beschäftiger die entsprechenden Lohnunterlagen bereitzuhalten (§ 7d).

Mit den §§ 7e – 7g wird das Kompetenzzentrum LSDB bei den Krankenkassen eingerichtet und mit Prüf- und Anzeigevollmacht ausgestattet (= hoheitliches Handeln durch eine Behörde). Im § 7h wird der BUAK das gleiche Recht eingeräumt, wie dem Kompetenzzentrum LSDB.

Die Strafbestimmungen im § 7i sehen als Höchststrafe € 50.000,- vor. Außerdem kommt es zu einer temporären Entziehung der Gewerbeberechtigung, wenn mindestens drei Dienstnehmer betroffen sind.

In dieser Fassung war das LSDB-G ein relativ „zahnloser Papiertiger“ – der allerdings von der BUAK sehr ernst genommen wurde und wird. Viele der Bestimmungen sind schwammig (z.B. „Grundlohn lt. Einstufung“) und es wurde von den GKKs bei GPLAs bisher ignoriert – was speziell bei Umqualifizierungen von Werkverträgen auf Dienstverträge von Vorteil war.

Das LSDB-G (aF) hat grenzüberschreitend tätige Werkunternehmer zur Ausnutzung der 183-Tage Regelung im DBA-Recht verleitet. Gemäß den weitgehend gleichlautenden EU-Rom-Verordnungen bzw. OECD-DBA-Musterabkommen verbleibt die Sozialversicherung und Einkommenbesteuerung eines grenzüberschreitend tätigen Dienstnehmers im Entsendestaat, wenn der Dienstnehmer maximal 183 Tage im Beschäftigerstaat tätig ist. Ab dem 184. Tag wird der Beschäftigungsstaat für die SV und die LSt zuständig. Damit konnten grenznah agierende ausländische Unternehmer weiterhin billiger anbieten als vergleichbare österreichische Auftragnehmer.

Die Verschärfungen durch das ASRÄG 2014

Mit dem BGBl I 94 / 2014 wurde das LSDB-G deutlich ausgeweitet, sprachlich präzisiert und die Strafen drastisch erhöht. Diese Änderungen sind am 1. Jänner 2015 in Kraft getreten.

Das LSDB-G (nF) füllt nun die §§ 7a – 7o AVRAG.

Generell tritt eine Unterentlohnung ein, wenn weniger bezahlt wird, als ein anzuwendendes Gesetz (z.B. Mindestlohntarif), Verordnung oder Kollektivvertrag gemäß den Einstufungskriterien vorgeben. Ausgenommen sind nur Zulagen oder spezielle § 68-EStG-Zahlungen, die nicht der SV-Pflicht unterliegen (§ 7i). Freiwillige Überzahlungen werden allerdings angerechnet.

Ebenfalls verschärfend hinzugekommen ist das Abstellen auf die Einstufungskriterien. Dies kann bereits dann zu einer Unterentlohnung iSd LSDB-G (nF) führen, wenn (z.B.) der OGH, wie im u.s. Falle des betroffenen Tankstellenbetreibers, feststellt, welcher KV anzuwenden ist. In einem anderen OGH-Entscheid, wurde festgestellt, daß Supermarktkassierinnen, die zu mindestens 50% der Arbeitszeit an der Kassa sind, in die VGr. 3 des Handels-KV einzustufen sind – anstatt, wie es bisher gelebte Praxis war, in der VGr. 2.

Dem Kompetenzzentrum LSDB wurde das Recht eingeräumt, die Kollektivvertragsparteien anzuhören, um die Einstufung im KV zu prüfen. Die Organe sind mit einem Betretungs- und Einsichtsrecht ausgestattet worden, das dem der Finanzpolizei entspricht. Die BUAK-Prüfer sind den LSDB-Organen der GKK gleichgestellt (§ 7h).

Hinzugekommen zum Tatbild der Unterentlohnung sind die Sonderzahlungen. Allerdings ohne Prüfung, ob die Höhe korrekt ist – „nur“ deren Nicht-Auszahlung bis zum Ende des Kalenderjahres unterliegt dem Sanktionenkatalog des LSDB-G (nF).

Die Pflichten eines Entsenders wurden deutlich ausgeweitet und es wurde ein taxativer Katalog eingeführt, was nicht als Entsendung gilt (z.B. die Teilnahme an Besprechungen, Seminaren oder Messen). Das Montageprivileg wurde präzisiert und eingeschränkt (§ 7b). Außerdem sind entsandte Dienstnehmer bereits **ab dem 1. Tag** nach österreichischem Recht zu entlohnen.

Der Beschäftiger im Entsendungsfall haftet solidarisch mit dem Entsender (§ 7a Abs. 2).

Massiv verschärft wurden die Strafbestimmungen (§ 7i). Die Höchststrafe von € 50.000,- gilt nun mehr für **jeden betroffenen** Dienstnehmer. Zusätzlich wird – analog zu den §§ 22 f BAO und dem § 539a ASVG – explizit festgehalten, daß nur der wahre wirtschaftliche Gehalt maßgebend ist. Darüberhinaus hat die Behörde jeden betroffenen Dienstnehmer von der erfolgten Unterzahlung zu informieren.

Präzisiert wurde die Bestellung von verantwortlichen Beauftragten (§ 7j). Diese wurde von den Bestimmungen im ASchG übernommen. Wurde ein solcher Beauftragter gesetzeskonform bestellt, trifft diesen der Strafsanktionenkatalog – statt den „Dienstgeber“.

Die Untersagung der Dienstleistung (aF: temporärer Entzug der Gewerbeberechtigung) wurde komplett neu gestaltet, präzisiert und verschärft (§ 7k). Ebenso wurde der Zahlungsstopp (§ 7m) neu gefaßt, präzisiert und verschärft - als behördlich angeordneter Stopp von Zahlungen vom Auftraggeber an den Auftragnehmer — inklusive schuldbefreiender Erlegung bei der Behörde auf deren Anordnung.

Mit der Ausweitung der Kompetenzen der Behörden (GKK bzw. BUAK) und den erweiterten Tatbeständen bezüglich der Unterentlohnung ist zu befürchten, dass die GPLA-Praxis hier nachziehen wird, und bei (rechtskräftigen) Umqualifizierungen von einem Werkvertrag auf einen Dienstvertrag im zweiten Schritt eine Prüfung nach dem LSDB-G vornehmen könnte. Die BUAK wird ihre bisher schon strenge Prüfungspraxis wahrscheinlich noch schärfer gestalten.

Diese Novelle will grundsätzlich den Bereich der grenzüberschreitenden Entsendung bzw. Überlassung und den ohnehin streng geprüfte Baubereich erfassen. Allerdings stellen die mit dem ASRÄG 2014 eingeführten Verschärfungen jeden Dienstgeber unter einen Generalverdacht und zwingen zu erhöhter Vorsicht bei jeder Maßnahme im Personalbereich.

Noch völlig offen ist, wie sich die (GPLA-) Prüfpraxis – und die daran anknüpfende Judikatur - entwickeln wird, wenn höchstrichterliche Einstufungskriterien – wie im OGH Entscheid 9 ObA 81/14y (siehe nachfolgendes Zitat) zu einer nachträglichen Änderung der Einstufung führen.

9 ObA 81/14y: Streit um die Frage, welcher Kollektivvertrag anzuwenden ist.

Die Klägerin war in einer Selbstbedienungstankstelle der Beklagten samt Waschanlage, Shop und Bistro im Schichtdienst tätig, den sie grundsätzlich alleine verrichtete. Sie war überwiegend mit dem Kassieren der Tankrechnungs- und Warenbeträge beschäftigt. Die Gesamtabrechnung wurde täglich vom Stationsleiter durchgeführt; die Schichtabrechnung machte sie jedoch selbst. Abends verwahrte sie die Einnahmen im Tresor. Bei Frühschichten backte sie das Gebäck auf, bereitete die Kaffeemaschine vor, kontrollierte das Wechselgeld in der Kassa, den Stand der Tabakwaren und der im Shop angebotenen Gutscheine, las den Zählerstand der Waschstraße ab und sperrte den Shop auf. Die Klägerin hatte auch die Regalbetreuung und die Reinigung des Innen- wie Außenbereichs über. Sie hatte zwar keinen Einfluss auf die Preisbildung, die Auswahl der Lieferanten oder die Zusammenstellung des Warensortiments, konnte aber nach eigenem Ermessen Waren selbständig bestellen und hatte den Wareneingang zu prüfen. Alle drei Monate machte sie gemeinsam mit dem Stationsleiter und einer weiteren Mitarbeiterin Inventur. Darüber hinaus betreute sie die im Shop befindliche Paketannahmestelle für einen Paketzusteller.

Die Klägerin vertrat die Ansicht, dass sie dadurch nicht dem Kollektivvertrag für die Arbeiter der Garagen-, Tankstellen- und Servicestationsunternehmungen, sondern dem ihr günstigeren Kollektivvertrag für Handelsangestellte unterliegt.

Das Erst- und das Berufungsgericht gaben ihr Recht.

Der Oberste Gerichtshof bestätigte diese Entscheidung. Die Grenzziehung zwischen kaufmännischen Diensten und untergeordneten Verrichtungen ist einzelfallbezogen zu sehen. Berücksichtigt wurde, dass etliche Aufgaben der Klägerin neben dem Kassieren eine Anpassung an die konkrete Marktsituation erfordern, der Wareneingangsüberprüfung ein gewisses Gewicht zukommt und vor allem, dass sich ihre Tätigkeit durch das Shopkonzept der Tankstelle jener in einem gewöhnlichen Handelsbetrieb sehr stark angenähert hat. Die Einstufung der Klägerin in den Kollektivvertrag für Handelsangestellte wurde daher gebilligt (ebenso OGH 25.9.2014, 9 ObA 74/14v).