

ANSPRUCH UND DURCHSETZUNG EINER COVID-19-BEIHILFE UND RISKEN BEI UNGERECHTFERTIGTER GELTENDMACHUNG



UNIV.-LEKTOR, DR. GEORG BRUCKMÜLLER

Rechtsanwalt/Partner

Am Beginn der COVID-19-Krise wurde von Regierungsvertretern und Sozialpartnern die neu geschaffene „COVID-19-Kurzarbeit“ als Alternative zu Kündigungen und einvernehmlichen Auflösungen mit Wiedereinstellungszusagen massiv beworben. Dies hat unter anderem dazu geführt, dass im Rahmen der CoV-Kurzarbeit per 11. Mai über 109.000 Anträge beim AMS eingelangt sind. Diese Anträge umfassen laut Ministerium etwa 1,3 Millionen Arbeitsplätze.¹ Nach weitgehender Überwindung der mit der Einführung verbundenen Unklarheiten und Abrechnungsschwierigkeiten, stellen sich auch nach positiver Stellungnahme des AMS oft rechtliche Fragen für Unternehmer, die im Folgenden behandelt werden.

KEINE COVID-19-KURZARBEITSBEIHILFE GEMÄSS § 37b ARBEITSMARKTSERVICEGESETZ (AMSG) TROTZ VORLIEGEN DER VORAUSSETZUNGEN

Nach positiver Mitteilung über die Gewährung der Kurzarbeitsbeihilfe ist dem AMS monatlich (bis zum 28. des Monats) eine Abrechnungsliste zu übermitteln. Gemeinsam mit der Abrechnungsliste über den letzten Kalendermonat des Kurzarbeitszeitraums ist ein Durchführungsbericht vorzulegen, der jedenfalls Angaben über die Aufrechterhaltung des Beschäftigtenstands sowie über die Einhaltung des Mindest- und Höchststarbeitszeitausfalls zu enthalten hat.² Auf Verlangen des Arbeitsmarktservice sind über die gemachten Angaben Nachweise vorzulegen. Was können Unternehmer tun, die trotz Erfüllung aller Formalia keine Zahlung erhalten?

Auch wenn in den Kurzarbeitsrichtlinien darauf hingewiesen wird, dass kein Rechtsanspruch auf Kurzarbeitsbeihilfe besteht, können Unternehmer unter bestimmten Voraussetzungen einen solchen durchsetzen. Grundlage für die Kurzarbeitsbeihilfe ist § 37b AMSG. Finanzielle Leistungen des AMS sind Beihilfen iSd §§ 34 -38 AMSG.



MAG. DAVID FUCHS

Konzipient

Nach § 34 Abs. 3 AMSG besteht kein Rechtsanspruch auf Beihilfen. Für Beihilfen, deren Zweck die Abgeltung des Lohnausfalles bei Kurzarbeit ist, gelten die Bestimmungen des Arbeitsmarktförderungsgesetzes (AMFG).³

Die ausdrückliche Bestimmung, es bestehe kein Rechtsanspruch auf Kurzarbeitsbeihilfe, hält bei näherer rechtlicher Untersuchung nicht stand. Zu klären ist als Vorfrage, ob die Gewährung einer Kurzarbeitsbeihilfe im Rahmen hoheitlichen Handelns, also bescheidmäßig erfolgt und daher im Verwaltungsrechtszug zu überprüfen ist, oder ob es sich dabei um staatliches Handeln im Rahmen der sog. Privatwirtschaftsverwaltung handelt. Anders gefragt: Welcher Rechtsnatur ist die Kurzarbeitsbeihilfe?

Dazu wird überwiegend die Ansicht vertreten, dass die Gewährung einer Kurzarbeitsbeihilfe nicht dem hoheitlichen Handeln zuzuordnen ist, sondern der Staat im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung aktiv wird.⁴ Mit der Mitteilung des AMS, es werde aufgrund des Begehrens auf Gewährung der Kurzarbeitsbeihilfe gemäß § 37 b AMSG im Namen und auf Rechnung der Republik Österreich eine COVID-19-Kurzarbeitsbeihilfe gewährt, kommt eine Fördervereinbarung zustande.⁵ Das ist auf den ersten Blick nicht ganz einleuchtend, da der verfahrenseinleitende Schritt ein Begehren – durchaus vergleichbar mit einem Ansuchen um Baubewilligung – ist. Begründet wird die Zuordnung zur Privatwirtschaftsverwaltung damit, dass die Fördergewährung auf Beratungen zwischen der Arbeitsmarktverwaltung, dem Arbeitgeber, Betriebsrat und den zuständigen kollektivvertragstauglichen Körperschaften beruht.

Konsequenz der Zuordnung der Kurzarbeit zur Privatwirtschaftsverwaltung ist, dass das auf hoheitliches Handeln anzuwendende

Legalitätsprinzip⁶, wonach die gesamte Verwaltung nur aufgrund von Gesetzen ausgeübt werden darf, nach herrschender Meinung nicht anzuwenden ist. Dennoch hat der Staat, sofern er im Rahmen des Privatrechts handelt, die gesetzlichen Schranken zu beachten. Kurzarbeitsbeihilfe darf daher nicht nach freiem Ermessen abgelehnt werden oder nach einer positiven Mitteilung die Auszahlung verweigert werden. Bei Vorliegen aller gesetzlichen Voraussetzungen, hat das Arbeitsmarktservice die Kurzarbeitsbeihilfe auch zu gewähren.⁷

Nachdem die Gewährung der Kurzarbeitsbeihilfe im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung erfolgt, haben Beihilfenwerber ihre Ansprüche im Bedarfsfall gerichtlich gegenüber der Republik Österreich geltend zu machen.⁸ Dies hat zur Folge, dass die Kläger auch ein Prozesskostenrisiko auf sich nehmen müssen. Darin besteht ein Nachteil gegenüber Verwaltungsverfahren. Gerichts- und Rechtsanwaltskosten sind für Unternehmer, die mangels ausreichender Beschäftigungsmöglichkeiten um eine Beihilfe ansuchen, eine erhebliche Hürde.

KONSEQUENZEN UNRECHTMÄSSIG ERLANGTER KURZARBEITSBEIHLIFE

In den letzten Tagen mehrten sich Berichte über Unternehmen, die angeblich zu Unrecht Kurzarbeitsbeihilfen beanspruchen. Dass bei Missbrauch von allen Seiten kein Verständnis für die jeweiligen Unternehmen besteht, ist nachvollziehbar. Daher wurde in der Bundesrichtlinie Kurzarbeitsbeihilfe (KUA-COVID-19)⁹ die Rückforderung von ausbezahlten Beihilfen ausdrücklich geregelt. Vorweg ist auf die gegenüber der sonstigen Aufbewahrungspflicht für Lohnunterlagen verlängerte Aufbewahrungsfrist für alle mit der Förderung in Zusammenhang stehenden Unterlagen¹⁰ hinzuweisen. Diese sind im Original¹¹ zehn Jahre ab Ende des Jahres der Auszahlung der gesamten Förderung aufzubewahren.

Bei Nichteinhaltung der in der Förderungsmittelteilung festgehaltenen Bestimmungen, insbesondere bezüglich Aufrechterhaltung des Beschäftigtenstandes während der Kurzarbeit (1) und während der allenfalls zusätzlich vereinbarten Behaltefrist (2) sowie des zulässigen Höchststarbeitszeitausfalls (3), gebührt keine Beihilfe und können bereits ausbezahlte Beihilfenbeträge zurückgefordert werden. Da das AMS an den Gleichheitsgrundsatz gebunden ist, besteht meines Erachtens sogar eine gesetzliche Verpflichtung, Beihilfen, die nicht der KUA-Richtlinie entsprechen, zurückzufordern und allenfalls einzuklagen. Soweit noch keine Auszahlung erfolgt ist, erlischt der Anspruch auf zugesicherte und noch nicht ausbezahlte Förderungsmittel. Ein Rückforderungsanspruch besteht auch dann, wenn Organe oder Beauftragte des Arbeitsmarktservice, des Bundes oder der EU über wesentliche Umstände unrichtig oder unvollständig unterrichtet worden sind, oder von Organen der EU die Aussetzung und/oder Rückforderung verlangt wird oder wenn eine Rückerstattungsverpflichtung gemäß § 30b Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG) vorliegt.

Unternehmer dürfen zudem keinesfalls übersehen, dass der (versuchte) unberechtigte Förderungsbezug auch eine unlautere Handlung im Sinne des Bundesgesetzes gegen den unlauteren

Wettbewerb (UWG) darstellen kann. Ein solcher durch Rechtsbruch erlangter wirtschaftlicher Vorteil ermöglicht Mitbewerbern und befugten Interessensvertretungen insbesondere die gerichtliche Durchsetzung eines Unterlassungsanspruchs nach § 14 UWG gegen den Förderungswerber.

STRAFRECHTLICHES RISIKO IM ZUSAMMENHANG MIT DER FÖRDERUNGSGEWÄHRUNG

Das Arbeitsmarktservice weist im Begehren um Beihilfengewährung gemäß § 37b AMSG die Förderungswerber darauf hin, dass bei Verdacht auf das Vorliegen strafbarer Handlungen im Zusammenhang mit der Förderungsgewährung, insbesondere bei Betrugshandlungen, ausnahmslos Strafanzeige bei der Staatsanwaltschaft erstattet wird. Bei vorsätzlich oder grob fahrlässig gemachten unwahren Angaben oder Verschweigen maßgeblicher Tatsachen ist mit zusätzlichen strafrechtlichen Konsequenzen zu rechnen.¹²

Da die Förderungswerber bei Abgabe des Begehrens um Gewährung von COVID-19-Kurzarbeitsbeihilfe mit ihrer Unterschrift erklären, dass alle im Begehren gemachten Angaben richtig und vollständig sind, kann sowohl die Unterlassung einer Angabe, als auch die unrichtige Angabe eine Täuschungshandlung gegenüber dem Fördergeber sein. Dies ist dann anzunehmen, wenn die Angaben für die Gewährung der Beihilfe relevant waren oder sein konnten. Unbeachtlich sind offenkundige Tippfehler oder Widersprüche.

Wenn die Angaben über die voraussichtlichen Ausfallsstunden im Kurzarbeitszeitraum im Förderungsbegehren nicht mit den Angaben in der dem AMS zur Verfügung zu stellenden Abrechnungsliste, den Arbeitsaufzeichnungen oder dem Durchführungsbericht übereinstimmen, ist dies grundsätzlich nicht strafrechtlich relevant. Zum Zeitpunkt des Ansuchens konnten Unternehmer die Auswirkungen der COVID-19-Krise auf das Beschäftigungsausmaß in Ihren Unternehmen in der Regel nicht einschätzen. Daher ist mE auch strafrechtlich unbedenklich, wenn die gegenüber dem AMS bekannten, tatsächlichen Arbeitszeiten erheblich von den Angaben im Ansuchen abweichen. Nur in jenen Fällen, in denen das Ansuchen um Kurzarbeitsbeihilfe von vornherein darauf abzielt, eine Förderung zu erschleichen, ist von einer Täuschungshandlung auszugehen. Wenn es aber der Beihilfenwerber unterlässt, das AMS über den Bezug von anderen für denselben Zweck gewährten Förderungen zu informieren, verstößt er nicht nur gegen die Förderungsrichtlinie, sondern besteht der Verdacht, dass diese Unterlassung einen strafrechtlichen Tatbestand erfüllt. Aber welches Delikt kommt in Betracht?

Durch die Mitteilung des AMS eine Kurzarbeitsbeihilfe zu gewähren, wird eine zivilrechtliche Vereinbarung getroffen, die auf den Angaben des Förderungswerbers beruht. In Betracht kommt der Tatbestand des Betrugs: Wer mit dem Vorsatz, durch das Verhalten des Getäuschten sich oder einen Dritten unrechtmäßig zu bereichern, jemanden durch Täuschung über Tatsachen zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung verleitet, diesen oder einen anderen am Vermögen zu schädigen, erfüllt den Tatbestand.¹³ Das Delikt ist bereits dann verwirklicht, wenn die unrichtigen Angaben gegenüber dem AMS abgegeben werden oder Unterlagen wie unrichtige Ar-

beitszeitaufzeichnungen eingereicht werden. Auf eine Auszahlung der Förderung kommt es bei der Beurteilung der Verwirklichung des Delikts nicht an. Eine Täuschungshandlung kann etwa dann vorliegen, wenn Arbeitskräfte ausländischer Arbeitgeber, die nach der Richtlinie nicht förderungsberechtigt sind, kurz vorher bei inländischen Unternehmen angemeldet werden, um in der Folge eine KUA-Förderung beantragen zu können. Kritisch ist auch die arbeitsvertragliche Ausdehnung der Arbeitszeit bei bestehender Teilzeitbeschäftigung kurz vor Beginn der Kurzarbeit. Darin könnte ebenfalls ein Missbrauch der Kurzarbeitsbeihilfe liegen. Eine wirtschaftliche Rechtfertigung für derartige Sachverhalte sollte daher von jedem Unternehmen dokumentiert und nachweisbar sein. Dem Hinweis des AMS im Begehren um Beihilfengewährung gemäß § 37b AMSG darauf, dass auch grob fahrlässig gemachte unwahre Angaben und offenbar auch grob fahrlässig verschwiegene Tatsachen zu strafrechtlichen Konsequenzen führen können, ist zu entgegnen, dass es sich beim Betrug um ein Vorsatzdelikt handelt, bei dem der Täter zumindest mit bedingtem Vorsatz handeln muss. Dabei genügt es, wenn der Handelnde die Verwirklichung des Delikts für möglich hält und sich mit ihr abfindet.¹⁴ Es wird daher in der Praxis zu prüfen sein, ob der Täter es in Kauf genommen hat, dass durch seine Angaben der Fördergeber getäuscht wird.

Als Täter kommen neben den Geschäftsführern des Unternehmens auch Arbeitnehmer oder der Betriebsrat in Betracht, wenn diese etwa den Durchführungsbericht mitunterfertigen und darin zum Beispiel die Aufrechterhaltung des Beschäftigtenstandes oder ein unrichtiges Ausmaß an Ausfallszeiten bestätigen. Dass Arbeitnehmer aufgrund des Weisungsrechtes des Arbeitgebers keine strafrechtlichen Konsequenzen zu fürchten haben, ist in dieser Allgemeinheit nicht haltbar. Wenn Arbeitnehmer wissen, dass Kurzarbeit beantragt wurde und dann dennoch unrichtige Arbeitszeitaufzeichnungen erstellen, wird eine Beitragstäterschaft kaum zu vermeiden sein. Daneben kann das Unternehmen im Sinne des Verbandsverantwortlichkeitsgesetz (VbVG) strafrechtlich haftbar werden.¹⁵

Meines Erachtens wird im Zusammenhang mit der Gewährung einer Kurzarbeitsbeihilfe bei Erfüllung des Tatbestandes des Betruges stets ein qualifizierter Betrug iSd §§ 147 f StGB vorliegen. Wer zur Täuschung eine falsche oder verfälschte Urkunde, falsche oder verfälschte Daten oder ein anderes solches Beweismittel benützt, ist dann mit der höheren Strafdrohung, nämlich mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren zu bestrafen.¹⁶ Dies liegt etwa bei Vorlage von unrichtigen Arbeitsaufzeichnungen vor. Im Hinblick auf die Höhe der zu erwartenden Förderungen wird auch leicht die (potentielle) Schadenshöhe von EURO 50.000,-- erreicht, die dann mit einer Freiheitsstrafe von einem bis zu zehn Jahren bedroht ist.¹⁷ Neben diesem Delikt des schweren Betrugs kommt auch ein gewerbsmäßiger Betrug in Betracht.¹⁸

Neben der strafgerichtlichen Relevanz von „Förderbetrug“ können auch noch verwaltungsstrafrechtliche Übertretungen nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz, dem Allgemeinen Sozialversicherungsgesetz, dem Arbeitslosenversicherungsgesetz, dem Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz und dem Arbeitszeitgesetz vorliegen.

Bei diesem nicht zu unterschätzenden Risiko (verwaltungs-)strafrechtlicher Verantwortung ist zu berücksichtigen, dass mit der Einführung der COVID-19-Kurzarbeit eine Vielzahl von arbeits- und sozialrechtlichen Fragen aufgetreten sind, die Unternehmer, Steuerberater und Lohnverrechner, Rechtsanwälte und auch das AMS vor neue und laufend aktualisierte Herausforderungen stellte und daher vertretbare Rechtsansichten und Irrtümer keine derartigen Konsequenzen nach sich ziehen dürfen. ■

KONTAKT:

Bruckmüller Rechtsanwalts-gmbH
Landstraße 50, 4020 Linz, Tel.: +43-732-77 55 44-0
E-Mail: team@bruckmueller-law.at
Sprechstelle Wien: Grünangergasse 8, 1010 Wien
Tel.: 01/5123798

Die Bruckmüller Rechtsanwalts-gmbH hat unmittelbar nach Beginn der Krise eine Task-Force zu rechtlichen Fragen im Zusammenhang mit COVID-19 gegründet und diese in zahlreichen Webinaren, auch für VWT, beantwortet. Die auf Arbeits-, Gesellschaftsrecht, Immobilien und IP spezialisierte Rechtsanwaltskanzlei ist für Unternehmen an den Standorten in Linz und Wien tätig.

- 1 Quelle: www.orf.at, 12.05.2020.
- 2 Für die Dauer der Behaltefrist ist dem AMS die Einhaltung dieser Verpflichtung im sog. Durchführungsbericht nachzuweisen. Dieser ist vom Betriebsrat, bei Fehlen eines solchen von den Arbeitnehmern und Lehrlingen oder der zuständigen Fachgewerkschaft zu unterfertigen.
- 3 § 34 Abs. 4 AMSG.
- 4 G. Schnorr, Rechtsfragen der Kurzarbeit, DRdA 1987, 263.
- 5 Wolf/Potz/Krömer/Jöst/Stella/Hörmann/Holuschka/Scharf in Resch, Corona-Handbuch, Kap 4, Rn 114.
- 6 Art 18 B-VG.
- 7 G. Schnorr, Rechtsfragen der Kurzarbeit, DRdA 1987, 265, der offenbar das Legalitätsprinzip auch auf die Privatwirtschaftsverwaltung anwendet und dies zur Begründung der Bindung der Arbeitsmarktverwaltung heranzieht.
- 8 Zuständig für alle Streitigkeiten aus dem durch die Förderung entstehenden Rechtsverhältnis ist aufgrund der in der Fördervereinbarung vorgesehenen Gerichtsstandsvereinbarung das für die jeweilige Landestelle des AMS zuständige Gericht.
- 9 AMF/4-2020.
- 10 Dies gilt ausdrücklich für Lohnunterlagen sowie Arbeitszeitaufzeichnungen und erstreckt sich auch auf das Ansuchen selbst, allfällige ergänzende Mitteilungen des Förderungswerbers, die Sozialpartnervereinbarung, Auszahlungsnachweise und alle Unterlagen zum Nachweis des Bestehens eines ASVG-pflichtigen Dienstverhältnisses für den Zeitraum, der für die Berechnung des Bruttoentgelts herangezogen wurde bis zum Ablauf der Behaltefrist. Bei unregelmäßigem Entgelt sind daher auch die Lohnunterlagen der letzten drei Monate vor Beginn der Kurzarbeit aufzubewahren.
- 11 Die Aufbewahrung kann auch in Form von Bild- und Datenträgern erfolgen, wenn die Vollständigkeit und Richtigkeit dieser vom Förderungswerber gewährleistet werden kann.
- 12 So der Text im Rahmen der im Begehren enthaltenen Verpflichtungserklärung.
- 13 § 146 Abs. 1 StGB.
- 14 § 5 Abs. 1 StGB.
- 15 § 3 Abs. 2 und 3 VbVG.
- 16 § 147 Abs. 1 StGB.
- 17 § 147 Abs. 3 StGB.
- 18 § 148 StGB: Wer einen Betrug gewerbsmäßig begeht, ist mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren, wer jedoch einen schweren Betrug in der Absicht begeht, sich durch dessen wiederkehrende Begehung eine fortlaufende Einnahme zu verschaffen, ist mit Freiheitsstrafe von einem bis zu zehn Jahren zu bestrafen.