universität wien

Dissertation

Bekämpfung der Schwarzarbeit und illegaler Beschäftigung in Europa am Beispiel der Rechtsordnungen Österreichs, Deutschlands und Polens – rechtsvergleichende Analyse

Verfasserin

Mag. iur. Paulina Andrysik-Michalska

angestrebter akademischer Grad

Doctor iuris (Dr. iur.)

Wien, im Juni 2013
Studienkennzahl lt. Studienblatt: A 783 101
Studienrichtung lt. Studienblatt: Rechtswissenschaften
Dissertationsgebiet: Strafrecht und Kriminologie
Betreuer: Univ.-Prof. Dr. Frank Höpfel

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis

I Aktualität der Schwarzarbeit und illegalen Beschäftigung für die Wirtschaftsordnung 1

1 Einleitung 1

2 Ursachen der Schwarzarbeit und illegalen Beschäftigung 6

3 Gründe für die Aufnahme einer illegalen Beschäftigung 9

4 Umfang und Hauptbereiche der Schwarzarbeit 13

5 Schutzzwecke der Schwarzarbeitsbekämpfung 16

6 Vorteile der Schwarzarbeit und illegalen Beschäftigung 18

7 Wirtschaftliche Folgen der Schwarzarbeit 20

8 Schlussfolgerungen 22

II Versuch einer Definition der Begriffe Schwarzarbeit – illegale Beschäftigung– Schattenwirtschaft, anhand einzelner Erscheinungsformen 24

A Einleitung 24

1 Abgrenzungsschwierigkeiten 24

2 Wörterbuchdefinitionen 25

3 Begriff der Schwarzarbeit, illegalen Beschäftigung und Schattenwirtschaft in der Lehre und Literatur 26

4 Meine Definition der Begriffe „Schwarzarbeit“ und „illegale Beschäftigung“ 32

B Die Rechtsordnung Österreichs 33

1 Zur strafrechtliche Bestimmung des § 153e StGB 33

1.1 Einleitung 33

1.2 Objektiver Tatbestand 34

1.2.1 Das Anwerben, Vermitteln oder Überlassen einer illegal erwerbstätigen Person nach § 153e Abs 1 Z 1 StGB 34

1.2.2 Die Beschäftigung oder Beauftragung einer größeren Zahl illegal erwerbstätiger Personen nach § 153e Abs 1 Z 2 StGB 36

1.2.3 Die führende Tätigkeit in einer Verbindung einer größeren Zahl illegal erwerbstätiger Personen i.S.d. § 153e Abs 1 Z 3 StGB 38

1.2.4 Das Fehlen der erforderlichen Gewerbeberechtigung i.S.d. § 153e Abs 1 Z 1 StGB 38

1.3 Der bedingte Vorsatz einer gewerbsmäßigen Tatbegehung und der Vorsatz auf Beschäftigung einer „größeren Zahl“ von illegal erwerbstätigen Personen 40

1.4 Vergleich der gesetzlichen Bestimmung des § 153e StGB zum Gesetzesentwurf des Sozialbetrugsgesetzes 41

1.5 Notwendigkeit der Organisation 45

1.6 Zu den Konkurrenzen der Bestimmungen nach dem StGB zueinander und im Verhältnis zu dem FinStrG ... 46

2 Zu den steuer(straf)rechtliche Bestimmungen ... 47

2.1 Nach dem Finanzstrafgesetz (FinStrG) ... 47

2.1.1 Einleitung ... 47

2.1.2 Die Hinterziehung der Lohnsteuer oder der Dienstgeberbeiträge zum Ausgleichfond für Familienbeihilfe ... 48

2.1.3 Die Wissentlichkeit des Verkürzungserfolges und der bedingte Vorsatz hinsichtlich der Lohnkontoführungsverpflichtung ... 49

2.2 Das Umsatzsteuergesetz (UStG) und zur Verpflichtung zur Rechnungslegung ... 50

3 Arbeitsrechtliche Bestimmungen ... 51

3.1 Nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG) ... 51

3.1.1 Einleitung ... 51

3.1.2 Anwendungsbereich des Ausländerbeschäftigungsgesetzes, Begriff des Ausländers insbesondere unter Bedachtnahme auf die Arbeitnehmerfreizügigkeit in der Europäischen Union ... 52

3.1.3 Begriff der Beschäftigung i.S.d. AuslBG ... 56

3.1.4 Voraussetzungen einer legalen Arbeitsaufnahme nach dem AuslBG ... 56

3.2 Nach dem Arbeitsvertragsrechtsanpassungsgesetz (AVRAG) ... 59

3.2.1 Einleitung ... 59

3.2.2 Die gesetzlichen Ansprüche des entsandten Arbeitnehmers nach § 7a (ausländischer Arbeitgeber hat keinen Sitz in einem anderen EWR- Mitgliedstaat) und § 7b AVRAG (ausländischer Arbeitgeber hat Sitz in einem anderen EWR- Mitgliedstaat) ... 59

3.2.2.1 Die EU-Entsendebestätigung nach § 7b AVRAG i.V.m. § 18 Abs 12 AuslBG ... 61

3.2.3 Das Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz - LSDB-G 2011: §§ 7d – 7m AVRAG ... 65

3.2.3.1 Einleitung ... 65

3.2.3.2 Die neuen Pflichten des Beschäftigers nach dem AVRAG ... 66

3.2.3.2.1 Die Bereithaltungspflicht nach § 7d AVRAG ... 66

3.2.3.2.2 Verbot der Unterentlohnung – Zum Begriff des "kollektivvertraglichen Grundlohns“ ... 68

3.2.3.3 Die Kontrollmaßnahmen und Kontrollbefugnisse nach § 7f AVRAG, die Behördenzuständigkeit und das Kompetenzzentrum Lohn- und Sozialdumpingbekämpfung (LSDB) nach § 7e AVRAG ... 70

3.2.3.3.1 Die Verwaltungsstrafevidenz i.S.d. § 7l AVRAG ... 71

3.2.3.4 Die Sicherheitsleistung des § 7k AVRAG ... 72

3.2.3.5 Kritische Auseinandersetzung mit den neuen Bestimmungen des AVRAG ... 72

3.3 Nach dem Arbeitskräfteüberlassungsgesetz (AÜG) ... 74

3.3.1 Einleitung ... 74

3.3.2 Begriff der Arbeitskräfteüberlassung und die rechtliche Beziehung der Personen - Verleiher, Entleiher, Arbeitskraft - zueinander ... 75

3.3.3 Die Arbeitskräfteüberlassung als Gewerbe ... 76

3.3.4 Die Rechte der Arbeitskraft ... 77

3.3.5 Die Überlassungbewilligung versus Überlassungsanzeige ... 77

3.3.6 Die Umsetzung der Leiharbeitsrichtlinie per 01.01.2013 ... 78

4 Sozialversicherungsrechtliche Bestimmungen ... 80

4.1 Nach dem Allgemeinen Sozialversicherungsgesetz (ASVG) ... 80

4.1.1 Allgemeines ... 80

4.1.2 Zur Sofortmeldeverpflichtung des § 33 Abs 1 ASVG ab 01.01.2008 ... 81

4.1.3 Exkurs. Das Dienstleistungsscheckgesetz (DLSG) ... 84

4.1.3.1 Einleitung ... 84

4.1.3.2 Wesentlicher Inhalt des DLSG hinsichtlich der einfachen haushaltsnahen Dienstleistungen ... 84

4.2 Nach dem Arbeitslosenversicherungsgesetz (AlVG) 87

5 Exkurs: Die Regierungsvorlage zum Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz aus dem Jahre 1999 . 88

6 Ausnahmen vom Begriff der Schwarzarbeit 90

C Die Rechtsordnung Deutschlands 91

1 Das Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit und illegalen Beschäftigung (Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz – SchwarzArbG 2004) 91

1.1 Einleitung 91

1.2 Die gesetzliche Definition der Schwarzarbeit nach dem SchwarzArbBG 94

1.2.1 Einführung 94

1.2.2 Begriff der Dienst- oder Werkleistung 95

1.2.3 Zu den sozialversicherungsrechtlichen Aspekte des Begriffs der Schwarzarbeit nach § 1 Abs 2 Z 1 Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz 95

1.2.3.1 Einleitung 95

1.2.3.2 Voraussetzungen einer Melde- bzw. Beitragspflicht zu den Sozialversicherungen 96

1.2.3.3 Zum gerichtlicher Straftatbestand bei Verstößen gegen die sozialversicherungsrechtlichen Verpflichtungen 97

1.2.3.3.1 Vergleich der Strafbarkeit des Nichtabführens von Sozialversicherungsbeiträgen des § 153c öStGB mit dem § 266a dtStGB 98

1.2.3.4 Die Sofortmeldepflicht zu den Sozialversicherungen nach § 28 Abs 4 SGB IV 99

1.2.3.5 Die Mitführungs- und Vorlagepflicht von Ausweisen nach § 2a Abs 1 SchwarzArbG 100

1.2.3.6 Weitere Erscheinungsformen der Schwarzarbeit im sozialversicherungsrechtlichen Bereich 100

1.2.4 Zum steuerrechtlichen Aspekt des Begriffs der Schwarzarbeit nach § 1 Abs 2 Z 2 Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz 101

1.2.4.1 Einleitung 101

1.2.4.2 Steuerliche Pflichten des Arbeitgebers 102

1.2.4.3 Steuerliche Verstöße im Zusammenhang mit der Rechnungslegung 103

1.2.4.4 Zu den gesetzlichen Konkurrenzen 104

1.2.4.5 Schlussbemerkungen 104

1.2.5 Zu den Mitteilungspflichten eines Beziehers von Sozialleistungen nach § 1 Abs 2 Z 3 Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz (Der Leistungsmissbrauch) 105

1.2.6 Das Unterlassen der Anzeige des Beginns eines selbständigen Gewerbebetriebes nach § 1 Abs 2 Z 4 Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz 106

1.2.7 Zur Ausübung eines selbständigen Handwerks ohne Eintragung in die Handwerksrolle nach § 1 Abs 2 Z 5 Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz 107

1.2.8 Ausnahmen der Anwendbarkeit des Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes – Die Nachbarschaftshilfe, Gefälligkeit und Selbsthilfe 108

1.2.8.1 Einleitung 108

1.2.8.2 Die Nachbarschaftshilfe 109

1.2.9 Zusammenfassung der Definition der Schwarzarbeit nach der deutschen Rechtsordnung 110

2 Die illegale Ausländerbeschäftigung nach dem AufenthG und SGB III 110

2.1 Einführung 110

2.2 Zu den Voraussetzungen einer legalen Ausländerbeschäftigung und vice versa 110

2.2.1 Einleitung 110

2.2.2 Zum Begriff des Ausländers unter Bedachtnahme der Arbeitnehmerfreizügigkeit 111

2.2.3 Zu den Voraussetzungen der Arbeitsgenehmigung durch die Bundesagentur für Arbeit 111

2.2.4 Zu den Änderungen auf Grund des Aufenthaltsgesetzes aus dem Jahre 2005 112

2.2.5 Die mittelbare Ausländerbeschäftigung nach § 404 SGB III 113

2.2.6 Umsetzung der Sanktionenrichtlinie in die deutsche Rechtsordnung 114
2.2.7 Zusammenfassung 116

3 Die illegale Arbeitnehmerüberlassung nach dem Arbeitskräfteüberlassungsgesetz (AÜG) 116
3.1 Einleitung 116
3.2 Zu den Voraussetzungen einer legalen Arbeitskräfteüberlassung 117

4 Einführung eines Mindestsozialschutzes für sog. „Minijobs“ 118

C Die Rechtsordnung Polens.....119

1 Einleitung 119

2 Legaldefinition der illegalen Beschäftigung nach dem Gesetz über Beschäftigungsförderung und Arbeitsmarktinstitutionen.....119
2.1 Zum gesetzlichen Tatbestand der illegalen Beschäftigung nach Art 2 Abs 1 Punkt 13 des Gesetzes über Beschäftigungsförderung und Arbeitsmarktinstitutionen 119
2.1.1 Der Arbeitsvertrag als Tatbestandsmerkmal der illegalen Beschäftigung nach der Rechtsordnung Polens versus Dienstzettel nach der Rechtsordnung Österreichs 120
2.1.2 Zum Leistungsbetrug 121
2.1.3 Häufigsten Fälle der illegalen Beschäftigung in Polen i.S.d. Art 2 Abs 1 Punkt 13 122

3 Zu den gerichtlich strafrechtlichen Bestimmungen.....124
3.1 Einleitung 124
3.2 Die gesetzlichen Normen des Art 218 ff StGB 125
3.3 Mangelhafte Vollzugsmöglichkeiten mangels Sofortmeldeverpflichtung zu den Sozialversicherungen 125
3.4 Finanz(straf)rechtliche Normen 126

4 Zum gesetzlicher Tatbestand der illegalen Ausländerbeschäftigung nach Art 2 Abs 1 Punkt 14 des Gesetzes über Beschäftigungsförderung und Arbeitsmarktinstitutionen 126
4.1 Zu den Voraussetzungen einer legalen Ausländerbeschäftigung 127
4.2 Umsetzung der EU-Sanktionenrichtlinie in die polnische Rechtsordnung 128
4.3 Zusammenfassung 131

5 Die illegale Arbeitskräfteüberlassung (praca tymaczasowa) und Entsendung von ausländischen Arbeitnehmern nach Polen 131

D Zusammenfassung des Kapitels II samt Schlussfolgerungen.....135

E Exkurs.....136

1 Die Scheinselbständigkeit.....136
1.1 Einführung 136
1.2 Zur Abgrenzung des selbständigen vom unselbständigen Arbeitnehmer 137
1.3 Ein Beispiel aus der Rechtssprechung zum Thema der Scheinselbständigkeit 139
1.4 Die neuen Selbständigen nach § 2 Abs 1 Z 4 GSVG 139
1.5 Zusammenfassung 141

2 Die „Scheinfirmen“ 142
2.1 Einführung 142
2.2 Bekämpfung von Scheinfirmengründungen - § 153d StGB - Betrügerisches Vorenthalten von Sozialversicherungsbeiträgen und Zuschlägen nach dem BUAG 143

III Zum Sanktionssystem: Gesetzliche Normen zur Bekämpfung der Schwarzarbeit und illegaler Beschäftigung und ihre Strafen 145

A Die Rechtsordnung Österreichs 145

1 Einleitung 145

2 Zu den strafrechtlichen Sanktionen 146

2.1 Nach dem Strafgesetzbuch (StGB) 146

2.1.1 Zur Sanktion und zur Tätereigenschaft nach § 153e StGB 146

2.1.2 Praktische Anwendung des § 153e StGB 147

2.2 Nach dem Finanzstrafgesetzbuch (FinStrG) 148

2.2.1 Einleitung 148

2.2.2 Zu den Sanktionen der Lohnsteuerhinterziehung und deren Konkurrenzen 148

3 Sanktionen im Zusammenhang mit der illegalen Beschäftigung von Ausländern 150

3.1 Einleitung 150

3.2 Zu den verwaltungsrechtlichen Sanktionen nach dem § 28 Abs 1 AuslBG 150

3.2.1 Die Strafbarkeit nach § 28 AuslBG im Hinblick auf das Auslaufen der Übergangsfrist hinsichtlich der Arbeitnehmerfreizügkeit per 01.05.2011 153

3.3 Zu den gerichtlichen Strafen wegen der illegalen Beschäftigung von Ausländern nach § 28c AuslBG in Umsetzung der Sanktionenrichtlinie 154

3.4 Sonstige Nebenstrafen nach dem AuslBG (Untersagung der Beschäftigung von Ausländern, Entziehung der Gewerbeberechtigung, Ausschluss von öffentlichen Förderungen) 157

3.5 Zu den Folgen der illegalen Beschäftigung für den Ausländer 160

3.6 Die zivilrechtliche Folgen der Beschäftigung eines Ausländers ohne Besitz der notwendigen Bewilligung 160

4 Die Bestrafung nach § 153e StGB im Verhältnis zur Strafbarkeit nach § 28 AuslBG, insbesondere im Hinblick auf das „ne bis in idem Prinzip“ 162

4.1 Einleitung 162

4.2 Das Doppelbestrafungsverbot i.S.d. Art 4 Abs 1 des 7. ZPEMRK 162

4.3 Entscheidung des VfGH vom 16.12.2010, B 343/10 hinsichtlich der Konkurrenz des § 153e StGB zum § 28 AuslBG 163

4.4 Zur Lösung des Verfassungsgerichtshofs hinsichtlich des Konkurrenzkonfliktes 164

4.5 Eigene Meinung 165

5 Zu den Sanktionen nach sonstigen arbeitsrechtlichen Nebengesetzen 166

5.1 Nach dem Arbeitsvertragrechtsanpassungsgesetz (AVRAG) 166

5.1.1 Systematische Darlegung der einzelnen Straftatbestände 166

5.1.2 Die Besonderheiten des Verwaltungsstrafverfahrens bei Verstößen gegen das AVRAG 169

5.2 Zu den Sanktionen nach dem Arbeitskräfteüberlassungsgesetz (AÜG) 171

5.2.1 Einleitung 171

5.2.2 Bestrafung des Überlassers 171

5.2.3 Bestrafung des Beschäftigers 172

6 Zu den Sanktionen bei Verstößen gegen Normen des Sozialrechts 173

6.1 Nach dem Allgemeinns Sozialversicherungsgesetzbuch (ASVG) 173

6.1.1 Die Beitragsnachverrechnung für die letzten fünf Jahre 173

6.1.2 Zu den Verwaltungsstrafen und Beitragszuschlägen 174

6.1.2.1 Einleitung 174

6.1.2.2 Die Strafsanktionen nach § 111 ASVG 174

6.1.2.3 Die Beitragszuschläge nach § 113 ASVG 176

6.1.2.4 Zu den gesetzlichen Konkurrenzen 179

6.2 Nach dem Arbeitslosenversicherungsgesetz (AlVG) 179

6.3 Die „mildere“ Bestrafung nach dem Dienstleistungsscheckgesetz (DLSG) 181

7 Bestrafung von „Gewerbepfusch“ nach der GewO 182
7.1 Einleitung 182
7.2 Die Sanktion des § 366 Abs 1 Z 1 GewO im Verhältnis zur gerichtlichen Bestrafung nach § 153e StGB 182
7.3 Sonstige Nebenstrafen nach der GewO (Ausschluss, Versagung, Entziehung des Gewerbescheins) .. 183

8 Exkurs: Entwurf des SchwarzarbeitsbekämpfungsG 1999 und seine Sanktionen 184
8.1 Zur gerichtlichen Strafbestimmung nach § 13 und den Verwaltungsstrafen nach § 14 SchwarzarbeitsbekämpfungsG 184
8.2 Die Nebenstrafen 185
8.3 Die Organstrafverfügung 185

B Die Rechtsordnung Deutschlands 186

1 Nach dem Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit und illegalen Beschäftigung 186
1.1 Einleitung 186
1.2 Zu den „strengeren“ Bußgeldvorschriften nach § 8 Abs 1 SchwarzArbG 186
1.2.1 Zum Begriff des erheblichen Umfangs 187
1.3 Zu den „milderen“ Bußgeldvorschriften nach § 8 Abs 2 SchwarzArbG 188
1.4 Die Sanktionierung des Leistungsmißbrauchs nach § 9 SchwarzArbG 190
1.4.1 Zum Tatbestand des Leistungsmißbrauchs nach § 9 SchwarzArbG 190
1.4.2 Der Tatbestand des § 9 SchwarzArbG im Verhältnis zum Betrug nach § 263 dtStGB 190
1.4.3 Zum Täter des Sozialmissbrauchs 191
1.5 Weitere Sanktionen nach § 21 SchwarzArbG 192

2 Bestrafung von sozialversicherungsrechtlichen Verstößen nach dem deutschen Strafgesetzbuch (StGB) 192

3 Zu den Sanktionen wegen illegaler Beschäftigung von Ausländern 194
3.1 Nach dem Sozialgesetzbuch (SGB) III 194
3.1.1 Zur Bestrafung des Arbeitgebers, insbesondere nach § 404 Abs 2 Z 3 SGB III 194
3.1.2 Zur Bestrafung des Ausländers wegen seiner illegalen Beschäftigung 195
3.2 Zu den Straftatbestände der illegalen Ausländerbeschäftigung nach §§ 10 und 11 SchwarzArbG 196
3.2.1 Einleitung 196
3.2.2 Sanktionen nach § 10 SchwarzArbG wegen der Beschäftigung von Ausländern ohne arbeitsmarktrechtliche Genehmigung oder ohne Aufenthaltstitel und zu ungünstigen Arbeitsbedingungen 196
3.2.2.1 Das auffällige Missverhältnis 196
3.2.2.2 Die Qualifikation nach § 10 Abs 2 SchwarzArbG bei besonders schweren Verstößen 197
3.2.3 Sanktionen nach § 10a SchwarzArbG wegen der Beschäftigung von Ausländern ohne Aufenthaltstitel, die Opfer von Menschenhandel sind 198
3.2.4 Sanktionen nach § 11 SchwarzArbG wegen illegaler Beschäftigung von Ausländern im größeren Umfang 198
3.3 Zu den Straftatbeständen der illegaler Ausländerbeschäftigung nach dem StGB 200
3.3.1 Die Strafbarkeit nach § 233 StGB wegen der Ausnützung von Ausländern 200
3.3.2 Der Lohnwucher nach § 291 Abs 1 S 1 Z 3 StGB 200

4 Zum Sozialgesetzbuch (SGB) IV und der Nichtmeldung des Arbeitnehmers zu den Sozialversicherungen 200
4.1 Zu den Sanktionen, insbesondere nach § 111 SGB IV 200
4.2 Die gesetzliche Fiktion einer Nettolohnvereinbarung samt deren Folgen 201

5 Zum Arbeitnehmer-Entsendegesetz (AEntG) 2009 202

6 Zum Arbeitskräfteüberlassungsgesetz (AÜG) 204
6.1 Einleitung 204
6.2 Die Unwirksamkeit von Verträge bzw. bestimmten Vereinbarungen zwischen Verleiher und Entleiher sowie Leiharbeitnehmer und Verleiher nach § 9 AÜG und seine Rechtsfolgen 205
6.2.1 Zu den Sanktionen wegen illegaler Arbeitskräfteüberlassung 206
6.2.2.1 Die Verhängung von Geldstrafen über den Verleiher und Entleiher 206
6.2.2.2 Die über den Verleiher und Entleiher zu verhängenden Freiheitsstrafen 207

7 Zu den Sanktionen nach den steuerrechtlichen Normen 209
7.1 Zu den Sanktionen in Zusammenhang mit den lohnsteuerrechtlichen Verstößen 209
7.2 Zu den Sanktionen in Zusammenhang mit den umsatzsteuerrechtlichen Verstößen 211

C Die Rechtsordnung Polens 212

1 Zu den gerichtlich strafbaren Sanktionen 212
1.1 Die Bestrafung des Arbeitgebers nach Art 218 f Strafgesetzbuch wegen des Verstoßes gegen die Rechte von Arbeitnehmern u.a. wegen des Verstoßes gegen die Meldeverpflichtung des Arbeitnehmers zu den Sozialversicherungen 212
1.2 Die Strafbarkeit wegen der Vereitelung einer Kontrolle 213

2 Zu den arbeitsrechtlichen Sanktionen 215
2.1 Die Bestrafung wegen der Beschäftigungen ohne Arbeitsvertrag 215
2.2 Zu den Sanktionen wegen Beschäftigung oder Beauftragung eines Ausländers 215
2.3 Zu den Sanktionen bei illegaler Arbeitskräfteüberlassung und Entsendung von ausländischen Arbeitnehmern nach Polen 217

3 Zu den sozialversicherungsrechtlichen Sanktionen 218

4 Zu den finanzstrafrechtlichen Sanktionen 220

IV Besondere Verantwortungen in spezifischen Konstellationen 221

1 Einführung 221

2 Zu der Verantwortlichkeit der juristischen Person nach dem Verbandsverantwortlichkeitsgesetz (VBVG) 222
2.1 Einleitung 222
2.2 Das VbVG versus das „ne bis in idem Prinzip“ des Art 4 Abs 1 7. ZPEMRK 222
2.3 Zu den Tätern des VbVG: Möglichkeit der Tatbegehung entweder durch Entscheidungsträger oder Mitarbeiter 223
2.4 Die Verbandsverantwortlichkeit nach dem StGB und FinStrG und die Selbstanzeige 224
2.5 Zur Verbandsverantwortlichkeit in Deutschland und Polen 225

3 Zur Strafbarkeit der Beauftragten oder der nach außen berufenen Personen nach bestimmten ausgewählten relevanten Gesetzen 225

4 Zur Haftung des Auftraggebers in der Bauwirtschaft 227
4.1 Haftung für Sozialversicherungsbeiträge gemäß §§ 67a ff ASVG 227
4.1.1 Einleitung 227
4.1.2 Zum Anwendungsbereich der Haftung des Auftraggebers für Sozialversicherungsbeiträge in der Bauwirtschaft nach §§ 67a ff ASVG 228
4.1.3 Der befreiende Haftungsentfall 229
4.1.3.1 Die Eintragung in die HFU-Gesamtliste 229
4.1.3.2 Zur Zahlung eines Werklohnanteils an das Dienstleistungszentrum 230

4.1.4 Sozialversicherungsrechtliche Besonderheiten im Falle der Beauftragung eines ausländischen Auftragnehmers ... 230
4.1.5 Die Haftung des Auftraggebers in Deutschland ... 231
4.1.6 Die Haftung des Auftraggebers bzw. Generalunternehmers in Polen ... 231
4.2 Zur Haftung für die Lohnsteuern nach § 82a EStG ... 232
4.2.1 Zum Anwendungsbereich nach § 82 EStG und Haftungsentfall ... 232
4.2.2 Die Besonderheiten im Falle der Beauftragung eines ausländischen Auftragnehmers ... 233
4.3 Zur Haftung für die illegale Ausländerbeschäftigung nach § 28 Abs 6 AuslBG ... 234
4.3.1 Zur gesetzlichen Bestimmung des § 28 Abs 6 AuslBG ... 234
4.3.2 Der Auftraggeber als gesetzlicher Ausfallbürge nach § 29a AuslBG ... 234
4.3.3 Bedenken gegen die Sanktionen nach § 28 Abs 6 AuslBG ... 235
4.3.4 Die gesetzliche Absicherung für die Zahlung und das Abführen von Steuern in der Bauwirtschaft in Deutschland ... 236

5 Die Beteiligung des Arbeitnehmers an der Schwarzarbeit ... 236
5.1 Die rechtlichen Folgen für den Arbeitnehmer nach der Rechtsordnung Österreichs ... 236
5.2 Die rechtlichen Folgen für den Arbeitnehmers nach der Rechtsordnung Deutschlands ... 237
5.3 Die rechtlichen Folgen für den Arbeitnehmers nach der Rechtsordnung Polens ... 237

6 Beteiligung des Konsumenten an der Schwarzarbeit nach dem UStG ... 238
6.1 Zum § 11 UStG und der Rechnungslegungspflicht bei Leistungen in Zusammenhang mit einem Grundstück ... 238
6.2 Zur Beteiligung des Konsumenten an der Abgabenhinterziehung des Pfuschers ... 239

7 Schadenersatzansprüche des Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber ... 241
7.1 Zu der Unterlassung der Meldung des Arbeitnehmers bei der Krankenkasse nach dem ASVG ... 241
7.2 Exkurs: Das Bestehen des Unfallversicherungsschutzes trotz Schwarzarbeit ... 241

8 Zu den zivilrechtliche Folgen der Schwarzarbeit ... 243
8.1 Die Rechtsfolgen nach der Rechtsordnung Deutschlands ... 243
8.2 Die Rechtsfolgen nach der Rechtsordnung Österreichs ... 244

V Die zuständigen Behörden und Stellen bei der Bekämpfung von Schwarzarbeit und illegalen Beschäftigung ... 244

A Die Rechtsordnung Österreichs ... 244

1 Einleitung ... 244

2 Kontrolle illegaler Arbeitnehmerbeschäftigung (KIAB) des Finanzamtes ... 245
2.1 Zur Entstehung, Organisation und Personenanzahl der Ermittlungsbehörde ... 245
2.2 Die (örtliche und sachliche) Zuständigkeit und rechtlichen Stellung der Kontrollorgane ... 246
2.3 Zu den Aufgabenbereichen und deren gesetzliche Grundlagen ... 247
2.3.1 Einleitung ... 247
2.3.2 Der Ablauf einer „klassischen“ Kontrolle und ihre gesetzlichen Grundlagen ... 247
2.3.3 Zu den Befugnisse der KIAB (nunmehr Finanzpolizei) im Konkreten ... 249
2.4 Kurze Kontrollstatistiken aus dem Jahre 2009 ... 252

3 Die Schaffung der Finanzpolizei per 01.01.2011 ... 252
3.1 Einleitung ... 252
3.2 Zu den Befugnissen und Aufgaben der Finanzpolizei ... 253
3.2.1 Zu den ordnungspolitische Aufgaben (Arbeitsmarktaufgaben) ... 254
3.2.2 Die abgabenrechtliche Aufgaben ... 254

4 Die Gerichte und Bezirksverwaltungsbehörden 255
4.1 Einleitung 255
4.2 Zum Einspruch nach § 106 Abs 1 versus Maßnahmenbeschwerde an den UVS 255

5 Die Wirtschaftskammer Österreich (WKO): Initiative der Bundesinnung Bau gegen Schattenwirtschaft 257

6 Zur Zusammenarbeit und gegenseitigen Unterstützung der Behörden bei der Bekämpfung von Schwarzarbeit 257
6.1 Einführung 257
6.2 Die gemeinsame Prüfung aller lohnabhängigen Abgaben – GPLA 259
6.3 Zur Anzeigenlegung der KIAB (nunmehr Finanzpolizei) an die Verwaltungsstrafbehörden 260

B Die Rechtsordnung Deutschlanda 261

1 Zur Behörde „Finanzkontrolle Schwarzarbeit“ (FKS) der Bundeszollverwaltung 261
1.1 Einleitung 261
1.2 Zu der Zuständigkeit der FKS und der anderen Behörden 263
1.3 Zu den Aufgaben und Befugnisse der FKS samt Pflichten der Kontrollierten 264
1.3.1 Einleitung 264
1.3.2 Zu den Duldungs- und Mitwirkungspflichten des Arbeitgebers bzw. Auftraggebers 264
1.3.3 Zu den Duldungs- und Mitwirkungspflichten des ausländischen Arbeitnehmers 265
1.3.4 Der Entfall der Mitwirkungspflichten 265
1.3.5 Zu den Aufgaben und Befugnisse im Rahmen der Kontrolle im Konkreten 266

2 Die Zusammenarbeit der verschiedenen Behörden bei der Bekämpfung von Schwarzarbeit und illegaler Beschäftigung 267
2.1 Allgemeines 267
2.2 Die gegenseitige Unterstützungsverpflichtung 268
2.3 Das Datenabgleich-Leistungsempfänger-Beschäftigter-Verfahren und der Kontospiegel 269
2.4 Zur Zusammenarbeit der Behörden bei Auslandsentsendungen und der Arbeitskräfteüberlassung 270
2.5 Die elektronischen Datenbanken 271
2.6 Besondere Ermittlungsgruppen: GES und EG Bau 272
2.7 Statistiken der Kontrollen in Deutschland im Jahre 2009 272

C Die Rechtsordnung Polens 272

1 Zur Behörde „Państwowa Inspekcja Pracy“ (PIP) = Die „Staatliche Arbeitsinspektion“ 272
1.1 Einleitung 272
1.2 Zu den Aufgaben der Staatlichen Arbeitsmarktinspektionen 273
1.3 Die Beitragspflicht zum Arbeitsfond 274
1.4 Statistiken der Kontrollen hinsichtlich der allgemeinen illegalen Beschäftigung im Jahre 2009 im Vergleich zum Jahr 2011 275
1.5 Statistiken der Kontrollen hinsichtlich der illegalen Beschäftigung von Ausländern im Jahre 2009 im Vergleich zum Jahr 2011 276

2 Zur Zusammenarbeit der polnischen Behörden 278

3 Verbesserungsvorschläge für effektivere Kontrollen hinsichtlich der illegalen Beschäftigung 279

VI Reformvorschläge: Weitere Maßnahmen zur Eindämmung der Schwarzarbeit und illegalen Beschäftigung 281

1 Einleitung 281

2 Effizientere Verfolgung von Schwarzarbeit und illegaler Beschäftigung durch Zusammenarbeit von Behörden, vermehrte Kontrollen und schärfere Strafen 282

3 Steuerliche und sozialversicherungsrechtliche Maßnahmen zur Förderung von legaler Arbeit 284

4 Möglichkeiten der Absetzung bestimmter Arbeitskosten von der Steuerschuld und der „Handwerkerbonus“ 286

5 Arbeitsmarktrechtliche Maßnahmen des Staates 288

6 Öffentliche Informationskampagnen und Sensibilisierungsmaßnahmen 289

7 Verbesserungen der Steuermoral der Bevölkerung 290

VII Schlussfolgerungen und Ausblick - Die Zukunft der Schwarzarbeit und der illegalen Beschäftigung 291

Abstrakt: Kurze Zusammenfasung

Literaturverzeichnis

Curriculum vitae

Abkürzungsverzeichnis

ABGB	=	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
ABl	=	Amtsblatt
Abs	=	Absatz
AEntG	=	Arbeitnehmerentsendegesetz
AG	=	Arbeitgeber oder Auftraggeber
AlVG	=	Arbeitslosenversicherungsgesetz
AMS	=	Arbeitsmarktservice
AN	=	Arbeitnehmer oder Auftragnehmer
AnwBl	=	Österreichisches Anwaltsblatt
AO	=	Abgabenordnung
APA	=	Austria Presse Agentur
Arb	=	Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen der Gerichte und Einigungsämter
ArbVG	=	Arbeitsverfassungsgesetz
ARD	=	ARD-Betriebsdienst
ARD	=	Aktuelles Recht zum Dienstverhältnis
ARG	=	Arbeitsruhegesetz
Art	=	Artikel
ASOK	=	Arbeits- und Sozialrechtskartei
ASVG	=	Arbeits- und Sozialversicherungsgesetz
AÜG	=	Arbeitskräfteüberlassungsgesetz
AuslBG	=	Ausländerbeschäftigungsgesetz
AufenthG	=	(deutsche) Aufenthaltsgesetz
AVOG	=	Abgabenverwaltungsorganisationsgesetz
AVRAG	=	Arbeitsvertragsrechtsanpassungsgesetz
AZG	=	Arbeitszeitgesetz
BAO	=	Bundesabgabenordnung
BBKG	=	Betrugsbekämpfungsgesetz
BG	=	Bundesgesetz, Bezirksgericht
BGB	=	(deutsches) Bürgerliches Gesetzbuch
BGBl	=	Bundesgesetzblatt
BGH	=	(deutscher) Bundesgerichtshof
BGHZ	=	Bundesgerichtshof in Zivirechtssachen

BlgNR	=	Beilagen zu den stenographischen Protokollen des Nationalrates
BMF	=	Bundesministerium für Finanzen
bspw	=	beispielsweise
BSVG	=	Bauern-Sozialversicherungsgesetz
BT	=	Besonderer Teil
Bt – Dr(s)	=	Bundestags Drucksachen
BUAG	=	Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungsgesetz
BVerfG	=	(deutsches) Bundesverfassungsgericht
B-VG	=	Bundes-Verfassungsgesetz
bzw	=	beziehungsweise
ca	=	cirka (ungefähr)
GewO	=	Gewerbeordnung
DALEB	=	Datenabgleich Leistungsempfänger und Beschäftigung
Diss	=	Dissertation
DLSG	=	Dienstleistungsscheckgesetz
DRdA	=	Das Recht der Arbeit
Dz.U.	=	Dziennik Ustaw
E	=	Entscheidung
EB	=	Erläuternde Bemerkungen
ecolex	=	Fachzeitschrift für Wirtschaftsrecht
EFSlG	=	Ehe- und familienrechtliche Entscheidungen
EFTA	=	Die Europäische Freihandelsassoziation (englisch European Free Trade Association
EG	=	Europäische Gemeinschaft(en)
EGMR	=	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EGV	=	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften
ELDA	=	Elektronische Datenaustausch mit den österreichischen Sozialversicherungsträgern
EMRK	=	Europäische Menschenrechtskonvention
Erk	=	Erkenntnis
Erl	=	Erlass

EStG	=	Einkommensteuergesetz
EU	=	Europäische Union
EuGH	=	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften
EvBl	=	Evidenzblatt
EWR	=	Europäischer Wirtschaftsraum
f, ff	=	folgend(e)
FinStrG	=	Finanzstrafgesetz
Fn	=	Fußnote
FPG	=	Fremdenpolizeigesetz
FS	=	Festschrift
FKS	=	Finanzkontrolle Schwarzarbeit
GewO	=	Gewerbeordnung
GG	=	(deutsches) Bonner Grundgesetz
GIP	=	Główna Państwowa Inspekcja Pracy
GKK	=	Gebietskrankenkassa
GmbH	=	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GP	=	Gesetzgebungsperiode
GSVG	=	Gewerbliches Sozialversicherungsgesetz
GZ	=	Geschäftszahl
HG	=	Handelsgericht
Hk	=	Handkommentar
Hrsg	=	Herausgeber
HUF – Liste	=	Liste der haftungsfreistellenden Unternehmen
idR	=	in der Regel
ieS	=	im engeren Sinn(e)
iS	=	im Sinn(e)
iVm	=	in Verbindung mit
iwS	=	im weiteren Sinn(e)
JA	=	Justizausschuss
JAB	=	Bericht des Justizausschusses
JBl	=	Juristische Blätter
JN	=	Jurisdiktionsnorm, RGBl 1895/111
JZ	=	Juristenzeitung

KIAB = Kontrolle der illegalen Arbeitnehmerbeschäftigung (Organisationseinheit der Finanzämter)

KSchG = Konsumentenschutzgesetz, BGBl 1979/140

LG = Landesgericht

LGZ = Landesgericht für Zivilrechtssachen

LH = Landeshauptmann

lit = litera (Buchstabe)

LSDB-G = Lohn-undSozialdumping-Bekämpfungsgesetz

mwN = mit weiteren Nachweisen

NAG = Niederlassungs,- und Aufenthaltsgesetz

NWV = Neuer Wissenschaftlicher Verlag

NJW = Neue Juristische Wochenschrift

NR = Nationalrat

NWV = Neuer Wissenschaftlicher Verlag

NZA = Neue Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht

NZBau = Neu Zeitschrift Bau

OECD = Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (englisch Organisation for Economic Cooperation and Development)

ÖGB = Österreichischer Gewerkschaftsbund

OGH = Oberster Gerichtshof

OHB = Organisationshandbuch

ÖJZ = Österreichische Juristenzeitung

OLG = Oberlandesgericht

ÖStZ = Österreichische Steuerzeitung

OWiG = Gesetz über Ordnungswidrigkeiten

PIP = Państwowa Inspekcja Pracy (polnische Staatliche Arbeitsinspektion)

RdA = (deutsches) Recht der Arbeit

RdW = Österreichisches Recht der Wirtschaft

RL = Richtlinie

RPP = Rzecz Pospolita Polska = Polen

Rs = Rechtssache

Rsp = Rechtsprechung

RV = Regierungsvorlage

Rz	=	Randziffer
RZ	=	Österreichische Richterzeitung
S	=	Seite
SchwaBeG	=	(österreichisches) Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz aus dem Jahr 1999
SchwarzArbG	=	(deutsches) Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz
SGB	=	Sozialgesetzbuch
Slg	=	Sammlung
sog	=	sogenannt
SozBeG	=	Sozialbetrugsgesetz
SozSi	=	Soziale Sicherheit
SRÄG	=	Sozialrechtsänderungsgesetz
StGB	=	Strafgesetzbuch
StGG	=	Staatsgrundgesetz über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger
StPO	=	Strafprozessordnung
SVSlG	=	Sozialversicherungsrechtliche Entscheidungen
SWK	=	Fachzeitschrift für österreichisches Steuer- und Wirtschaftsrecht
SZ	=	Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofes in Zivil- (und Justizverwaltungs) sachen
taxlex	=	Zeitschrift für Steuer und Beratung
ua	=	und andere
UE	=	Unia Europejska (auf polnisch EU)
UStG	=	Umsatzsteuergesetz
usw	=	und so weiter
UVS	=	Unabhängiger Verwaltungssenat
VbVG	=	Verbandsverantwortlichkeitsgesetz
VersR	=	Versicherungsrecht
VfGH	=	Verfassungsgerichtshof
VfSlg	=	Sammlung der Erkenntnisse und wichtigsten Beschlüsse des Verfassungsgerichtshofes
vgl	=	vergleiche

VO	=	Verordnung
VStG	=	Verwaltungsstrafgesetz
VwGH	=	Verwaltungsgerichtshof
VwSlg	=	Sammlung der Entscheidungen des Verwaltungsgerichtshofes
wbl	=	Wirtschaftsrechtliche Blätter
WK	=	Wirtschaftskammer
WKO	=	Wirtschaftskammer Österreich
Z	=	Zahl, Ziffer
ZAK	=	Zivilrecht aktuell
ZAP	=	Zeitschrift für die Anwaltpraxis
ZAS	=	Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht
zB	=	zum Beispiel
ZfA	=	Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZfRV	=	Zeitschrift für Rechtsvergleichung
ZfV	=	Zeitschrift für Verwaltung
Zł	=	złoty (polnische Währung) – Umrechnungskurs 1 Euro = 4,21 Polnischer Zloty (PLN) (Umrechnung vom 24. 05.2013)
ZIP	=	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZPEMRK	=	Zusatzprotokoll zur EMRK
ZPO	=	Zivilprozessordnung
ZUS	=	Zakład Ubezpieczeń Społecznych
ZustG	=	Zustellgesetz
ZUV	=	Zeitschrift der Unabhängigen Verwaltungssenate
ZVR	=	Zeitschrift für Verkehrsrecht

I Aktualität der Schwarzarbeit und illegalen Beschäftigung für die Wirtschaftsordnung

1 Einleitung[1]

Handelt es sich bei der „Schwarzarbeit" und „illegalen Beschäftigung" um aktuelle Themen, welche es „wert sind", dass man sich mit ihnen im Rahmen einer Doktorarbeit beschäftigt, die Thematik dieser Phänomene analysiert und über sie eine Doktorarbeit verfasst?

Schwarzarbeit und illegale Beschäftigung sind ein *„Massenphänomen"*[2] und weltweit, wenn auch in unterschiedlichem Ausmaß, verbreitet.[3] Schwarzarbeit wird im Verborgenen ausgeübt, worauf bereits der Begriff „schwarz" hindeutet.[4] Nach *Miller* zählt Schwarzarbeit zu den *„ältesten Gewerben"*.[5]

So gut wie in jedem Lebensbereich, wo der Einsatz von Menschen notwendig ist, werden Personen „schwarz" eingestellt.[6]

Die anonyme, nicht gemeldete ausländische Putzkraft, die/der günstige PflegerIn der Eltern oder Großeltern, die/der in ihrer/seiner Freizeit unser Auto reparierende AutomechanikerIn oder in unserer Wohnung nach ihrem/seinem Feierabend helfende ElektrikerIn oder MalerIn, die/der uns unterstützende Babysitter, die unseren Kindern Nachhilfe gebende/r StudentIn oder die/der unseren Garten pflegende GelegenheitsgärtnerIn oder die unterstützende Hand beim Hausbau bzw. der Wohnungsrenovierung, hat - vom Gesetz aus - legal beschäftigt zu werden.[7]

Wie anhand der oben genannten Beispiele skizziert, handelt es sich bei der in dieser Arbeit behandelten Problematik der Schwarzarbeit und illegalen Beschäftigung um ein verbreitetes, alltägliches und aktuelles Thema, mit welchem vermutlich fast jeder einmal konfrontiert wird.[8]

Die in der Arbeit behandelte Problematik wird systematisch in den Zeitungen thematisiert.[9] Unter den Schlagzeilen, wie *„Dem Staat entgehen Milliarden"*[10],*„28 Millionen*

---

[1] Bezeichnungen, die nur in männlicher Form angeführt sind, sich auf Frauen undMänner in gleicher Weise beziehen. Alle Bezeichnungen sind daher, soweit sich nichts anderes ergibt, geschlechtsneutral zu verstehen; die jeweils geschlechtsspezifische Form ist zu verwenden.

[2] *Peters*, Die Leistung ohne Rechnung, NJW 2008, S. 247; *Schneider/Torgler/Schaltegger,* Schattenwirtschaft und Steuermoral, Zürich, 2008, S. 84; *Große-Halbuer,* Schattenwirtschaft. Schwarzarbeit ist heimliche Boombranche in Deutschland, Portal der WirtschaftsWoche vom 21.05.2008; *Schneider/Badekow,* Ein Herz für Schwarzarbeiter, Berlin, 2006, S. 123; *Deutsche Presse-Agentur GmbH (dpa),* Deutschland. Weniger Schwarzarbeit dank Wirtschafts-Boom und Freizügigkeit vom 19.05.2011,http://www.handelsblatt.com/politik/deutschland/weniger-schwarzarbeit-dank-wirtschafts-boom-und-freizuegigkeit/4194592.html?p4194592=all.

[3] *Mosler*, Anwendung des kollektiven Arbeitsrechts auf arbeitnehmerähnlich beschäftigte Selbständige? Sonderheft, RdA 2012, S. 100; *Schneider/Badekow,* Ein Herz für Schwarzarbeiter, Berlin, 2006, S. 146; *Miller,* Schwarzarbeit zwischen Anerkennung und Bekämpfung, Konstanz, 1985, S. 24; *Schneider/Torgler/Schaltegger,* Schattenwirtschaft und Steuermoral, Zürich, 2008, S. 11; Schwarzarbeit in Österreich. Umfrage: Große Akzeptanz für Steuerhinterziehung in Österreich, SWK 2007, W 186.

[4] *Friebe,* Das Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit, Köln, 1970, S. 16.

[5] *Miller,* Schwarzarbeit zwischen Anerkennung und Bekämpfung, Konstanz, 1985, S. 3.

[6] *Schneider/Badekow,* Ein Herz für Schwarzarbeiter, Berlin, 2006, S. 21 ff, es werden zahlreiche Fälle des Alltags, welche sich tatsächlich ereignet haben besprochen und zur Grundlage der Erforschungen von *Schneider/Badekow* wurden, in diesem Buch dargestellt.

[7] *Enste,* Schattenwirtschaft und institutioneller Wandel, 2002, S. 14.

[8] *Marschall*, Bekämpfung illegaler Beschäftigung, 2003, S. 2, Rz 3; *Miller,* Schwarzarbeit zwischen Anerkennung und Bekämpfung, Konstanz, 1985, S. 256.

[9] *Marschall*, Bekämpfung illegaler Beschäftigung, 2003, Vorwort und S. 1, Rz 1; *Engelmann,* Schwarzarbeit und ihre wirtschaftspolitischen Konsequenzen, GRIN Verlag, 2009, S. 1; z.B. Schwarzarbeit in fast jedem Haushalt verbreitet, handelsblatt.com vom 12.01.2009; Rentner fördern Schwarzarbeit, stern.de vom 24.02.2009; Die Schwarzarbeit boomt, sueddeut-

arbeiten schwarz – EU legt neuen Bericht zur Schattenwirtschaft vor"[11] wird die Volksaufmerksamkeit für die Thematik geweckt.

In vielen Wirtschaftszweigen wird schwarz gearbeitet und illegal beschäftigt, wobei sich Kernbereiche herauskristallisiert haben; wie die Schwarzarbeit am Bau.[12] Auch im Hotel- und Gaststättengewerbe ist Schwarzarbeit ein häufig auftretendes Phänomen.[13] Darüber hinaus tritt sie ebenfalls in der Fleischbranche, der Branche der Gebäudereinigung, im Personen- und Güterbeförderungssektor auf.[14]

Weiters ist sie im Bereich des Gewerberechtes weit verbreitet und da insbesondere im Friseurgewerbe, bei der Reparatur von Kraftfahrzeugen und in der Gesundheits- und Körperpflege" vorhanden.[15]

Nach *Schneider* arbeiten 98% der Putzkräfte in Haushalten schwarz.[16] Diese Branche wurde fast gänzlich in die Schattenwirtschaft verschoben und so quasi aus dem legalen Sektor ganz ausgegliedert.

Es steht fest, dass Schwarzarbeit, neben dem privaten „Gelegenheits-Pfusch", als schwere Wirtschaftskriminalität zu qualifizieren ist.[17] Sie schädigt die Volkswirtschaft, die Allgemeinheit, erheblich und hat sowohl in Österreich, Deutschland als auch Polen ein beunruhigendes Ausmaß erreicht.[18]

Unter dem Begriff der Wirtschaftskriminalität, welche einen Aspekt des Wirtschaftstrafrechts darstellt, ist zusammenfassend ein Straftatbestand zu verstehen, der einen Konnex zum Wirtschaftsleben hat und darüber hinaus insbesondere das Rechtsgut „Gesamtwirtschaft" geschützt werden soll.[19]

Wirtschaftskriminalität ist bereits in allen Wirtschaftsbereichen, in denen Gewinne erzielt werden können, in verschiedenen Erscheinungsformen ausgeprägt.[20]

Wichtiges Merkmal des Wirtschaftstrafrechts ist die hohe Sozialschädlichkeit, in dem Sinne, dass durch das strafrechtlich verpönte Handeln der Staat und die Allgemeinheit mit hohen finanziellen Verlusten zu rechnen haben und die konkurrierenden

---

sche.de vom 22.12.2009; Schwarzarbeit im Pferde-Stall. Razzia in traditionellem Polo-Club. Pfleger ohne Arbeitsgenehmigung ertappt, Die Krone Österreich vom 20.08.2010, S. 18; Nussbaumer, Schwarzarbeit. Dem Staat entgehen Milliarden, Kurier vom 14.02.2010, S. 6; BMF, Finanzpolizei. Mehr Gerechtigkeit und Fairness, Österreich-Zeitung vom 14/15.08.2011; Hofer, Gerhard, Problemfall Schwarzarbeit, Artikel vom 12.04.2007 in Österreich News. Das österreichische Magazin in Deutschland.

[10] *Schneider*, Schwarzarbeit, dem Staat entgehen Milliarden, Artikel aus Zeitung „Kurier" vom 14.02.2010, S. 6.

[11] „*28 Millionen arbeiten schwarz – EU legt neuen Bericht zur Schattenwirtschaft vor*" in Die Welt online vom 08.04.1998.

[12] *Bartos*, Millionenschaden durch Sozialbetrug, SozSi 2006, 119, S. 124; *Pszczółkowska*, Der polnische Schwarzarbeitsmarkt in der EU-Spitze (*Polski "czarny" rynek pracy w czołówce UE*), Artikel vom 24.10.2007 erschienen in "Gazeta Wyborcza".

[13] *Ambs*, SchwarzArbG in *Erbs/Kohlhaas/Ambs*, (Hrsg.), Strafrechtliche Nebengesetze, München, 2010, Vorm, Rz 1, S. 34.

[14] *BMF,* Entwicklung der Bekämpfung der Schwarzarbeit und der illegalen Beschäftigung, Bericht September 2009, Punkt 3 (Begriff, Umfang, Entwicklung und Schwerpunkte von Schwarzarbeit und illegaler Beschäftigung.

[15] *BMF,* Entwicklung der Bekämpfung der Schwarzarbeit und der illegalen Beschäftigung, Bericht September 2009, Punkt 3 (Begriff, Umfang, Entwicklung und Schwerpunkte von Schwarzarbeit und illegaler Beschäftigung.

[16] APA/pm, Schwarzarbeit. Dank Krise blüht auch in Deutschland der Pfusch, vom 23.11.2009, http://www.solidbau.at/home/artikel/Schwarzarbeit/Dank_Krise_blueht_auch_in_Deutschland_der_Pfusch/aid/1024?analytics_from=archiv.

[17] *Fehn* in *Fehn* (Hrsg.), SchwarzArbG-Hk, 2006, § 1, Rz 1; *Brenner*, Die Strafrechtliche Bekämpfung von Schwarzarbeit, Berlin, 2008, S. 99; *Miller,* Schwarzarbeit zwischen Anerkennung und Bekämpfung, Konstanz, 1985, S. 255.

[18] *Többens,* Wirtschaftsstrafrecht, 1. Auflage, München, 2006, C 74 a, S. 213; *Schneider/Torgler/Schaltegger,* Schattenwirtschaft und Steuermoral, Zürich, 2008, S. 11; BT-Dr 15/2573 vom 02.03.2004, 15. Wahlperiode, S. 1; *Boxleitner* in *Wabnitz/Janovsky,* Hb des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 3. Auflage, Kapitel 17, Rz 1; *Weber,* Wirtschaftsstrafrecht – Die Bekämpfung der Schwarzarbeit, 2009, S. 7.

[19] *Eder-Rieder,* Einführung in das Wirtschaftsstrafrecht, NWV, Wien, Graz, 2010, S. 29 f.

[20] *Müller/Wabnitz,/Janovsky,* Wirtschaftskriminalität, 4. Auflage, München, Beck Verlag, 1997, Vorwort.

Unternehmer, welchen dadurch Schäden entstehen, auch „dazu bewegt" werden, sich nicht gesetzeskonform zu verhalten, um sich auf dem Markt halten zu können.[21]

Bei der Schwarzarbeit und illegalen Beschäftigung waren in den letzten Jahren steigende Zahlen zu verzeichnen, wobei für den Anstieg insbesondere die Wirtschafts- und Finanzkrise der Jahre 2007/2008 kausal gewesen ist. [22] Jede kleinste Finanzkrise eines Staates hat Einfluss auf den Anstieg des Ausmaßes der Schwarzarbeit.[23]

Nach Meinung des Wirtschaftsexperten *Schneider*, hat *„Schwarzarbeit in der Krise Hochkonjunktur"*[24]. Eine Rezession, der Abschwung der Wirtschaft, ist deshalb kausal für den Anstieg des Ausmaßes an Schwarzarbeit.[25]

Das Institut für Angewandte Wirtschaftsforschung (IAW) in Tübingen, Deutschland, stellte fest, dass das Wachstum der Schattenwirtschaft, zu welcher auch die Schwarzarbeit und illegale Beschäftigung, insbesondere von ausländischen Arbeitnehmern zählt, eine „indirekte Folge der Wirtschaftskrise" sei.[26] Die letzte Wirtschaftskrise des Jahres 2007/2008 brachte wegen der Sparmaßnahmen als negative Folge den Anstieg der Arbeitslosigkeit bzw. Verkürzungen der Arbeitszeiten mit sich.[27] Nach der Logik der Wirtschaft ist ein Anstieg des Ausmaßes der Schwarzarbeit zu verzeichnen, wenn die offizielle Arbeitszeit abnimmt.[28] Die aus der Arbeitslosigkeit oder Verkürzungen der Arbeitszeit[29] folgenden finanziellen Einkommensverluste und der Überschuss an freier Zeit haben i.S.d. Einkommen-Freizeit-Modells bei vielen Menschen eine größere Bereitschaft, Einkommen schwarz zu verdienen, geweckt.[30] E contrario ist im Falle eines Wirtschaftsaufschwunges der „Zwang" zur Schwarzarbeit geringer.[31]

Auf Grundlage von empirischen Untersuchungen ist grundsätzlich zu sagen, dass Arbeitszeitverkürzungen eine Zunahme der Schwarzarbeit bewirkt und in der Krise das Ausmaß der Schwarzarbeit noch mehr steigt.[32]

---

[21] *Eder-Rieder,* Einführung in das Wirtschaftsstrafrecht, NWV, Wien, Graz, 2010, S. 30.

[22] *Losse,* Schattenwirtschaft. Schwarzarbeit erreicht 2010 neues Rekordniveau, Artikel vom 16.01.2010; *RPO,* Schattenwirtschaft wächst 2010 leicht, Bundesregierung verschärft Kampf gegen Schwarzarbeit, Berlin, RPO, aktualisiert am 26.1.2010.

[23] *Miller,* Schwarzarbeit zwischen Anerkennung und Bekämpfung, Konstanz, 1985, S. 65; *Schneider/Badekow,* Ein Herz für Schwarzarbeiter, Berlin, 2006, S. 8 f; *Kommenda*, Der Pfusch blüht: Wer braucht eigentlich eine Rechnung? Die Presse, Rechtspanorama vom 26.04.2009; ORF.at, Tirol News, ÖGB fordert mehr Kampf gegen die Schwarzarbeit, in Wirtschaft, 05.01.2011.

[24] *Schneider*, Schwarzarbeit, dem Staat entgehen Milliarden, Artikel aus Zeitung „Kurier" vom 14.02.2010, S. 6.

[25] APA/pm, Schwarzarbeit. Dank Krise blüht auch in Deutschland der Pfusch, vom 23.11.2009, http://www.solidbau.at/home/artikel/Schwarzarbeit/Dank_Krise_blueht_auch_in_Deutschland_der_Pfusch/aid/1024?analytics_from=archiv.

[26] *RP Online,* Schattenwirtschaft wächst 2010 leicht, Bundesregierung verschärft Kampf gegen Schwarzarbeit, Berlin, RPO, aktualisiert am 26.01.2010.

[27] *Losse,* Schattenwirtschaft. Schwarzarbeit erreicht 2010 neues Rekordniveau, Artikel vom 16.01.2010.

[28] *Schneider,* Schwarzarbeit und Korruption in der Bauwirtschaft in *Diederichs*, Führungswissen für Bau- und Immobilienfachleute 1. Grundlagen, 2005, S. 283; *Schneider/Badekow,* Ein Herz für Schwarzarbeiter, Berlin, 2006, S. 45; *Losse,* Schattenwirtschaft. Schwarzarbeit erreicht 2010 neues Rekordniveau, Düsseldorf, Artikel vom 16.01.2010.

[29] *Schneider,* Schattenwirtschaft – Tatbestand, Ursachen, Auswirkungen, Arbeitspapier 0007, Linz, April 2000, S. 6; *Enste,* Schattenwirtschaft und institutioneller Wandel, 2002, S. 121.

[30] *Enste,* Schattenwirtschaft und institutioneller Wandel, 2002, S. 125f und 213 ff; *Losse*, Schwarzarbeit „Schöne Hilfe", WirtschaftsWoche-Interview mit Professor Schneider, Düsseldorf, 16.01.2010 http://www.wiwo.de/politik-weltwirtschaft/schoene-hilfe-419245/; *Schneider/Badekow,* Ein Herz für Schwarzarbeiter, Berlin, 2006, S. 45; *Kommenda*, Der Pfusch blüht: Wer braucht eigentlich eine Rechnung? Die Presse, Rechtspanorama vom 26.04.2009; *Lageman*, Schwarzarbeit im Handwerk. Erscheinungsformen – Dimensionen – Ursachen in *Lamnek/Luedtke* (Hrsg.), Der Sozialstaat zwischen "Markt" und "Hedonismus"?, Band 1, 1999, S. 321; *Schneider/Torgler/Schaltegger,* Schattenwirtschaft und Steuermoral, Zürich, 2008, S. 69.

[31] *Schneider,* SCHWARZARBEIT. Eine Million Österreicher pfuschen, Der Standard, APA vom 04.01.2011.

[32] *Miller,* Schwarzarbeit zwischen Anerkennung und Bekämpfung, Konstanz, 1985, S. 161 ff.

Die aktuellen Entwicklungen in der Wirtschaft werden meiner Meinung nach wieder zu einem Anstieg der Schwarzarbeit führen. Diese Annahme kann durch die folgenden aktuellen Schlagzeilen belegt werden. *„Unser Ausblick ist sehr düster. Aufschwung in EU erlahmt. Europa droht nach nur zwei Jahren schon wieder eine Rezession. Die Ungewissheit über die Lösung der Schuldenkrise lähmt die Wirtschaft. So droht ein weiterer Anstieg der Arbeitslosigkeit.“*[33]

Auch soll wieder, auf Grund der bevorstehenden Rezession, die Kurzarbeit, welche ebenfalls Schwarzarbeit fördert, verstärkt an Aktualität gewinnen. *„Industrie wappnet sich für Kurzarbeit. Abschwung. Nach einem recht guten ersten Halbjahr verschlechtert sich die Auftragslage in den Betrieben zusehends. Damit werden Kriseninstrumente wie die Kurzarbeit wieder aktuell. (…).“*[34]

Die Kurzarbeit ist wiederum, insbesondere für die „nebenberuflichen Schwarzarbeiter“ ein Anreiz sich etwas nebenbei schwarz, auf die Hand, zusätzlich zu verdienen.

In der Literatur wird zwischen Vollzeitschwarzarbeitern, die keinen anderen legalen Beruf nachgehen und nur illegal beschäftigt sind, und den „*nebenberuflichen Schwarzarbeitern*“ getroffen, wobei die zweite Gruppe, sprich Personen, welche neben dem offiziellen legalen Beruf schwarzarbeiten, überwiegt.[35]

Insbesondere in Berufen, welche eine höhere Qualifikationerfordern, wie zum Beispiel Elektriker, Hydrauliker oder Installateure, ist es häufig der Fall, dass Beschäftigte dieser Berufsgruppen neben einer legalen Arbeit auch daneben eine nicht deklarierte Beschäftigung ausüben und auf diese Weise einen Teil ihres Entgelts legal beziehen und den anderen Teil „auf die Hand“, ohne die entsprechenden Steuern und Beiträge zu zahlen.

Laut Professor *Sinn* ist *„Schwarzarbeit der einzige Sektor, der in Deutschland trotz der allgemeinen Wirtschaftsflaute noch kräftig expandiert (…), während die Wirtschaft ansonsten stagniert“.*[36] Schwarzarbeit ist der Zweig der Wirtschaft, bei dem stets ein erhebliches Wachstum, im Vergleich zur offiziellen Wirtschaft, verzeichnet werden kann.[37] Dies wurde durch Berechnungen sowohl für Österreich als auch für Deutschland, festgestellt.[38]

Auch *Schneider/Badekow* sind der Auffassung, dass im Vergleich zur kleiner werdenden offizielle Wirtschaft, im Bereich der illegalen Beschäftigung international stets *„dynamische Vorgänge“* zu verzeichnen sind.[39] In Deutschland betrug z.B. die Schwarzarbeit im Jahre 1975 5,8 % des BIP, verzeichnete einen stetigen Anstieg und betrug im Jahre 2003 bereits 17,5 % des BIP.[40] Im Vergleich zu den anderen OECD-Staaten lag

---

[33] *Grimm*, Unser Ausblick ist sehr düster, in Die Presse vom 11.11.2011, S. 1.

[34] Die Presse vom 11.11.2011, Industrie wappnet sich für Kurzarbeit, Economist, S. 21.

[35] *Niessen/Ollmann,*Schattenwirtschaft in der Bundesrepublik. Eine empirische Bestandaufnahme der sozialen und räumlichen Verteilung schattenwirtschaftlicher Aktivitäten, Opladen, 1987, S. 176; *Enste,* Schattenwirtschaft und institutioneller Wandel, 2002, S. 14; *Schneider,* Schattenwirtschaft – Tatbestand, Ursachen, Auswirkungen, Arbeitspapier 0007, April 2000, S. 8; *Schneider/Torgler/Schaltegger,* Schattenwirtschaft und Steuermoral, 2008, S. 21.

[36] *Sinn*, Ist Deutschland noch zu retten?, 8. Auflage, 2004, Berlin, S. 349.

[37] *Trautmann,* Aspekte der Schwarzarbeit. Die Ethische Bedeutung für den Einzelnen und die Allgemeinheit. GRIN Verlag, 2008, S. 2; *Schneider,* Schattenwirtschaft – Tatbestand, Ursachen, Auswirkungen, Arbeitspapier 0007, Linz, April 2000, S. 1; *Schneider/Torgler/Schaltegger,* Schattenwirtschaft und Steuermoral, Zürich, 2008, S. 34.

[38] *Schneider,* Schattenwirtschaft – Tatbestand, Ursachen, Auswirkungen, Arbeitspapier 0007, Linz, April 2000, S. 5.

[39] *Schneider/Badekow,* Ein Herz für Schwarzarbeiter, Berlin, 2006, S. 32; *Schneider,* Schwarzarbeit und Korruption in der Bauwirtschaft in *Diederichs*, Führungswissen für Bau- und Immobilienfachleute, 1. Grundlagen, 2005, S. 279.

[40] *Brenner*, Die Strafrechtliche Bekämpfung von Schwarzarbeit, Berlin, 2008, S. 31 f; *Schneider,* Schwarzarbeit und Korruption in der Bauwirtschaft in *Diederichs*, Führungswissen für Bau- und Immobilienfachleute 1. Grundlagen, 2005, S. 281.

im Jahr 2002/2003 Deutschland mit 16,8 % im Mittelfeld hinsichtlich des Ausmaßes an Schwarzarbeit; Österreich schnitt mit 10,8 % besser ab, wobei das Land mit dem höchsten Anteil an Schwarzarbeit das „EU-Sorgenkind" Griechenland mit 28,3 % an der Spitze gestanden ist, gefolgt von Italien mit 26,2 % des BIP.[41] Im Jahre 2008 lag die Schattenwirtschaft in Österreich bei ca 8 % des BIP und in Deutschland bei knapp über 15 %, wobei Griechenland und Italien wieder an der Spitze lagen.[42]

Mit der Schwarzarbeit hängt die **Steuerhinterziehung**, der **Sozialbetrug** und **Sozial- und Lohndumping** eng zusammen. Insbesondere mit diesen Schlagworten wurde die öffentliche Diskussion rund um das Thema Schwarzarbeit erneut zu einem Top-Thema.[43]

Ob bzw. inwiefern und auf welche Art und Weise der Gelegenheits-Pfuscher mit Sanktionen zu rechnen hat und mit welchen gesetzlichen Normen die gemeinschädliche Wirtschaftskriminalität bekämpft wird, soll im Rahmen dieser Arbeit beantwortet werden.

Es werden die Gründe und Ursachen der Schwarzarbeit erörtert sowie auch die Vorteile, welche die Schwarzarbeit mit sich bringt. Einen wesentlichen Teil bildet die Herausarbeitung einer Definition, Kapitel II, welche insbesondere in Abgrenzung zur Schattenwirtschaft und illegalen Beschäftigung erörtert wird. Danach werden die einzelnen gesetzlichen Bestimmungen und Rechtsnormen der Länder Österreich, Deutschland und Polen, welche das Ziel verfolgen, Schwarzarbeit und auch illegale Beschäftigung zu bekämpfen, samt deren Erscheinungsformen, erörtert, verdeutlicht und verglichen.

Auch das Arbeits-Vertragsrechtsanpassungsgesetz (AVRAG) wird behandelt werden, weil es in unmittelbarem Zusammenhang mit der Schwarzarbeit steht und mit dem Lohn- und Sozialdumpingbekämpfungsgesetz 2011 erheblich novelliert und durch bedeutsame Rechtsnormen (§§ 7d ff AVRAG) erweitert wurde.

Kapitel III widmet sich dem Sanktionssystem der drei Länder, einerseits nach dem klassischen Strafrecht und andererseits nach dem Verwaltungsstrafrecht. Es wird vergleichend erörtert wie streng die einzelnen Länder die Schwarzarbeit pönalisieren und welche Maßnahmen zur Bekämpfung bzw. Eindämmung der Schwarzarbeit von der Politik gesetzt wurden. Kapitel IV setzt sich mit dem Thema, welches Rechtssubjekt tatsächlich wegen Schwarzarbeit zu bestrafen ist, insbesondere wenn der Arbeitgeber eine juristische Person ist, auseinander, und werden in diesem Kapitel weiters rechtliche Folgen für Rechtssubjekte in besonderen Konstellationen herausgearbeitet, wie für Verbände nach dem VbVG oder für Generalunternehmer etc. Schlussendlich behandelt Kapitel V die Behördenzuständigkeit bei der Bekämpfung der Schwarzarbeit, samt deren Behördenstruktur, Aufgaben und die Zusammenarbeit mit anderen Behörden.

Am Ende der vorliegenden Arbeit sollen in Kapitel VI und VII einige Lösungsvorschläge und weitere Maßnahmen zur Eindämmung der Schwarzarbeit und illegalen Beschäftigung, welche auf Dauer und nicht nur punktuell die Schwarzarbeit eindämmen sollen, präsentiert werden.

---

[41] *Schneider,* Schwarzarbeit und Korruption in der Bauwirtschaft in *Diederichs*, Führungswissen für Bau- und Immobilienfachleute 1. Grundlagen, 2005, S. 281; *Brenner*, Die Strafrechtliche Bekämpfung von Schwarzarbeit, Berlin, 2008, S. 32.

[42] *Schneider/Torgler/Schaltegger,* Schattenwirtschaft und Steuermoral, Zürich, 2008, Skizze Größe der Schattenwirtschaft 2008; APA/pm, Schwarzarbeit. Dank Krise blüht auch in Deutschland der Pfusch, vom 23.11.2009, http://www.solidbau.at/home/artikel/Schwarzarbeit/Dank_Krise_blueht_auch_in_Deutschland_der_Pfusch/aid/1024?analytics_from=archiv.

[43] *Schneider,* Schattenwirtschaft – Tatbestand, Ursachen, Auswirkungen, Arbeitspapier 0007, Linz, April 2000, S. 2; *Marschall*, Bekämpfung illegaler Beschäftigung, 2003, S. 1, Rz 1.

Ziel der Arbeit ist es darzustellen, wie differenziert die einzelnen Staaten mit der Problematik der Schwarzarbeit umgehen, wie verschieden die gesetzlichen Definitionen und wie unterschiedlich empfindlich die Strafen der einzelnen Länder sind. Es soll ein objektives Bild, unter teilweiser Berücksichtigung wirtschaftlicher Aspekte, präsentiert werden, damit sich jeder einzelne Leser eine Meinung über die Effizienz der Herangehensweise der einzelnen Länder beim Kampf gegen die Schwarzarbeit und über die Notwendigkeit deren Bekämpfung machen kann.

Der inhaltliche Schwerpunkt in der Detailbearbeitung liegt beim österreichischen Recht, denn eine tiefgreifende Bearbeitung sämtlicher Details jeder Rechtsordnung würde das Ausmaß der Arbeit sprengen. Es wird somit teilweise an den passenden Stellen die entsprechende Norm vergleichend festgehalten, ohne sämtliche Details diesbezüglich auszuarbeiten.

2 Ursachen der Schwarzarbeit und illegalen Beschäftigung

Neben dem bereits einleitend Erwähnten, wird nun genauer auf die Gründe und Ursachen eingegangen, welche den Arbeitgeber bzw. den Arbeitnehmer zur Aufnahme einer illegalen Beschäftigung „bewegen".

Unter diesem Blickwinkel ist als Hauptursache insbesondere die große Belastung des Faktors Arbeit mit hohen Steuer- und Sozialabgaben zu nennen.[44] Das immer höhere Misstrauen in Steuer- und Sozialgesetze spielt ebenfalls eine Rolle.[45] Und zuletzt ist auch die zunehmende Regulierungsdichte des Arbeitsmarktes, mittels zahlreicher und verschiedener immer mehr dazukommender gesetzlicher Normen, wie z.B. im Bereich der Arbeitszeit, Kündigungsschutz, Arbeitsschutz etc., die Fülle an Bürokratie sind kausal für das hohe Ausmaß an Schwarzarbeit.[46]

---

[44] *Marschall*, Bekämpfung illegaler Beschäftigung, 2003, Vorwort und S. 3, Rz 10; *Huber*, Der Erwerbsschaden des Schwarzarbeiters, ZVR 2000, S. 290; *Brenner*, Die Strafrechtliche Bekämpfung von Schwarzarbeit, Berlin, 2008, S. 40; *Enste,* Schattenwirtschaft und institutioneller Wandel, 2002, S. 163 ff; *Miller,* Schwarzarbeit zwischen Anerkennung und Bekämpfung, Konstanz, 1985, S. 3, 83 ff und 192; *Schneider/Torgler/Schaltegger,* Schattenwirtschaft und Steuermoral, Zürich, 2008, S. 67 f; *Schneider,* Schwarzarbeit und Korruption in der Bauwirtschaft in *Diederichs*, Führungswissen für Bau- und Immobilienfachleute 1. Grundlagen, 2005, S. 283; *Engelmann,* Schwarzarbeit und ihre wirtschaftspolitischen Konsequenzen, GRIN Verlag, 2009, S. 11 f; *Pszczółkowska*, Der polnische Schwarzarbeitsmarkt in der EU-Spitze (*Polski "czarny" rynek pracy w czołówce UE*), Artikel vom 24.10.2007 erschienen in "Gazeta Wyborcza".

[45] *Schneider*, Zunehmende Schattenwirtschaft in Deutschland: eine wirtschafts- uns sozialpolitische Herausforderung, 2002, S. 11; *Schneider,* Schwarzarbeit und Korruption in der Bauwirtschaft in *Diederichs*, Führungswissen für Bau- und Immobilienfachleute 1. Grundlagen, 2005, S. 283.

[46] *Miller,* Schwarzarbeit zwischen Anerkennung und Bekämpfung, Konstanz, 1985, S. 3 und 90 ff; *Enste,* Schattenwirtschaft und institutioneller Wandel, 2002, S. 207 ff und 223; *Brenner*, Die Strafrechtliche Bekämpfung von Schwarzarbeit, Berlin, 2008, S. 40 und 50; *Schneider,* Schwarzarbeit und Korruption in der Bauwirtschaft in *Diederichs*, Führungswissen für Bau- und Immobilienfachleute 1. Grundlagen, 2005, S. 283; *Schneider/Torgler/Schaltegger,* Schattenwirtschaft und Steuermoral, Zürich, 2008, S. 68 f; *Moser,* Strafrechtliche Aspekte der Schwarzarbeit, Innsbruck, Oktober 2001, S. 5; *Engelmann,* Schwarzarbeit und ihre wirtschaftspolitischen Konsequenzen, GRIN Verlag, 2009, S. 11; *Schneider,* Ist Schwarzarbeit ein Volkssport geworden? Juni 1999, Arbeitspapier 9911, Linz, S. 2; *Schneider/Pöll*, Schattenwirtschaft, Juli 1998, Arbeitspapier 9817, Linz, Kapitel 2, S. 19f; *Schneider*/Enste, Schattenwirtschaft und Schwarzarbeit, 2000, S. 47; *Schneider/Badekow,* Ein Herz für Schwarzarbeiter, Berlin, 2006, S. 14, 46 und 64 f; *Schneider,* Determinanten der Steuerhinterziehung und der Schwarzarbeit im internationalen Vergleich, März 1994, Arbeitspapier Nr. 9406, Linz, S. 15 f; *Schneider,* Schattenwirtschaft – Tatbestand, Ursachen, Auswirkungen, Arbeitspapier 0007, Linz, April 2000, S. 1f; *Schneider,* Schattenwirtschaft – Tatbestand, Ursachen, Auswirkungen, Arbeitspapier 0007, Linz, April 2000, S. 6 f;

Im inoffiziellen Bereich hat der Arbeitgeber keine Auflagen und gesetzliche Beschränkungen zu beachten und muss sich nicht über die ständigen Änderungen, der für das Arbeitsverhältnis wichtigen Gesetzeslage informieren.[47]

Kausal ist darüber hinaus auch die immer schlechtere Steuermoral und -mentalität der Bürger.[48] Unter Steuermoral versteht man die *„Zufriedenheit der Bürger mit der Vertretung ihrer Interessen durch den Staat"*[49]. Berechnungen von *Weck* zeigen auf, dass die Steuermoral den größten Einfluss auf das steigende Ausmaß der Schattenwirtschaft hat.[50] Die Bevölkerung kann nicht verstehen, wieso ihre Schwarzleistungen in ihrer Freizeit kriminalisiert werden sollen, während hohe Wirtschaftsführer, Banker und Manager Gelder hinterziehen und dabei des Öfteren ungeschoren davonkommen.[51]

Nach *Schneider/Enste* ist wiederum die wichtigste Ursache für Schwarzarbeit die zu hohe Steuer- und Abgabenlast.[52] Denn - im Vergleich zu Sozialabgaben - ist die subjektive Wahrnehmung der Bevölkerung, dass mit der Zahlung der Steuern keine Gegenleistung verbunden ist und diese eine „*Zwangsabgabe*" sei.[53]

Sowohl *Schneider* als auch *Miller* nennen die Flucht der Menschen in die Schwarzarbeit *„die Schweiz des kleinen Mannes",* welcher versucht eine Versteuerung, auch wenn nur zum Teil, zu umgehen.[54] *Gretschmann* beschreibt die Schwarzarbeit als *„Demokratisierung der Steuerwiderstandes".*[55]

Bemerkenswert ist, dass Veränderungen der Steuersätze auch Einfluss auf das Ausmaß der Schattenwirtschaft haben.[56] Die Erhöhung der Mehrwertsteuer zum Beispiel führt zur Erhöhung der offiziellen Arbeitskosten eines Handwerkers, macht dadurch seine Arbeitsleistung pauschal gleichzeitig teurer und ist unter anderem ein Grund für die erhöhte Bereitschaft zur Schwarzarbeit und führt zum Anstieg der Schattenwirtschaft.[57] Vice versa wirkt sich eine Senkung des Steuersatzes auf die Einbremsung des Ausmaßes der Schwarzarbeit positiv aus.[58]

Ein deutlicher Rückgang der Schwarzarbeit in Österreich wurde auf Grund der im Jahre 2005 in Kraft getretenen Steuerreform verzeichnet, mit welcher ein Dreistufentarif

---

[47] *Brenner*, Die Strafrechtliche Bekämpfung von Schwarzarbeit, Berlin, 2008, S. 50.

[48] *Schneider*/*Enste*, Schattenwirtschaft und Schwarzarbeit, 2000, S. 42 ff und 151; *Engelmann,* Schwarzarbeit und ihre wirtschaftspolitischen Konsequenzen, GRIN Verlag, 2009, S. 12 und 16 f; *Schneider,* Schattenwirtschaft – Tatbestand, Ursachen, Auswirkungen, Arbeitspapier 0007, Linz, April 2000, S. 9; *Enste,* Schattenwirtschaft und institutioneller Wandel, 2002, S. 235 ff; *Schneider/Torgler/Schaltegger,* Schattenwirtschaft und Steuermoral, Zürich, 2008, S. 27 ff und 50 ff.

[49] *Moser,* Strafrechtliche Aspekte der Schwarzarbeit, Innsbruck, Oktober 2001, S. 6.

[50] *Weck/Pommerehne/Frey,* Schattenwirtschaft, München, 1984; *Miller,* Schwarzarbeit zwischen Anerkennung und Bekämpfung, Konstanz, 1985, S. 3.

[51] *Losse,* Schattenwirtschaft. Schwarzarbeit erreicht 2010 neues Rekordniveau, Düsseldorf, Artikel vom 16.01.2010.

[52] *Brenner*, Die Strafrechtliche Bekämpfung von Schwarzarbeit, Berlin, 2008, S. 41; *Schneider/Enste*, Schattenwirtschaft und Schwarzarbeit, 2000, S. 47.

[53] *Enste,* Schattenwirtschaft und institutioneller Wandel, 2002, S. 164.

[54] *Schneider/Badekow,* Ein Herz für Schwarzarbeiter, Berlin, 2006, S. 14; *Miller,* Schwarzarbeit zwischen Anerkennung und Bekämpfung, Konstanz, 1985, S. 126.

[55] *Gretschmann*, Wohlfahrtseffekte schattenwirtschaftlicher Aktivitäten? in *Gretschmann/Heinze/Mettelsiefen* (Hrsg.), Schattenwirtschaft. Wirtschafts- und sozialwissenschaftliche Aspekte, internationale Erfahrungen, Göttingen, 1984, S. 112.

[56] *Schneider/Pöll*, Schattenwirtschaft, Juli 1998, Arbeitspapier 9817, Linz, Kapitel 4, S. 22-27; *Schneider*/*Enste*, Schattenwirtschaft und Schwarzarbeit, 2000, Punkt 6.2.3.2, S. 69 ff; *Schneider,* Determinanten der Steuerhinterziehung und der Schwarzarbeit im internationalen Vergleich, März 1994, Arbeitspapier Nr. 9406, Linz, S. 18 f; *Enste,* Schattenwirtschaft und institutioneller Wandel, 2002, S. 178 ff.

[57] *Schneider/Badekow,* Ein Herz für Schwarzarbeiter, Berlin, 2006, S. 7; *Schneider/Torgler/Schaltegger,* Schattenwirtschaft und Steuermoral, Zürich, 2008, S. 39.

[58] *Enste,* Schattenwirtschaft und institutioneller Wandel, 2002, S. 179.

für die Einkommenssteuer eingeführt wurde.[59] Im Jahre 2005 sank die Schattenwirtschaft in Österreich um ca. eine Milliarde EURO, auf ein Volumen von 10,27 % des Brutto-Inlandsproduktes (BIP) und sank auch in den Jahren 2006 und 2007.[60]

Auch ist die Qualität der staatlichen Institutionen ein Faktor, welcher das Ausmaß der Schattenwirtschaft mitbestimmt.[61] Vertreten die staatlichen Institutionen die Interessen der Bürger gut, effizient und zufriedenstellend, ist die Einstellung und Konnotation der Menschen zum Staat samt seinen Regelungen und Vorschriften positiv. [62] Ist jedoch in der Politik, bei den Behörden und im Wirtschaftsgeschehen Korruption verbreitet, haben die Bürger auch kaum Verständnis dafür, dass sie sich gesetzeskonform verhalten sollen und ist diesfalls die bereitschaft Steuern zu zahlen eher gering.[63] Weiters ist erkennbar, dass allgemein der Verlust des Vertrauens der Bevölkerung in den Staat, insbesondere dessen sparsamer und für die Bevölkerung zweckmäßiger Umgang mit den staatlichen Einnahmen ein Kriterium für das Ausmaß der illegalen Beschäftigung und Schwarzarbeit ist.[64] Beispielsweise konnte dies unter anderem in den südeuropäischen Staaten vielfach festgestellt werden, wo das Ausmaß der Schattenwirtschaft sehr hoch ist.[65]

Nach *Schneider* spiegelt sich das Ausmaß der Schwarzarbeit auch in der Intensität der Schätzung der staatlichen Autorität durch die Bevölkerung wider.[66] Diesbezüglich wurde kürzlich - auf Grund von Umfragen - festgestellt, dass das Vertrauen in die Politik grundsätzlich sehr stark gesunken ist und nunmehr leidglich 13 % der österreichischen Bevölkerung der Politik vertrauen.[67] Auf Grundlage der Aussagen der Befragten seien hierfür insbesondere Korruptionsskandale, wie im Falle der Telekom und Buwog, zu wenig Einsatz für die Bevölkerung und die leeren Versprechen der Politiker kausal.[68]

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die **Hauptursache** für Schwarzarbeit, sowohl von Seiten des Arbeitgebers als auch des Arbeitnehmers, insbesondere die starke Belastung des Faktors Arbeit durch Steuern und Sozialabgaben ist, welche sich in der großen Differenz des Bruttolohnes zum Nettolohn ausdrückt.[69]

---

[59] *Schneider/Badekow,* Ein Herz für Schwarzarbeiter, Berlin, 2006, S. 146.

[60] *Schneider*, Entwicklung der Schattenwirtschaft in Österreich bis 2007 und die Einstellung der Österreicher hierzu, 2007, S. 7.

[61] *Engelmann,* Schwarzarbeit und ihre wirtschaftspolitischen Konsequenzen, GRIN Verlag, 2009, S. 12 und 15 f; *Schneider/Torgler/Schaltegger,* Schattenwirtschaft und Steuermoral, Zürich, 2008, S. 70.

[62] *Schneider/Torgler/Schaltegger,* Schattenwirtschaft und Steuermoral, Zürich, 2008, S. 70 ff.

[63] *Schneider/Enste*, Schattenwirtschaft und Schwarzarbeit, 2000, S. 199; *Schneider/Torgler/Schaltegger,* Schattenwirtschaft und Steuermoral, Zürich, 2008, S. 70 ff.

[64] *Schneider/Badekow,* Ein Herz für Schwarzarbeiter, Berlin, 2006, S. 149.

[65] *Pszczółkowska*, Der polnische Schwarzarbeitsmarkt in der EU-Spitze (*Polski "czarny" rynek pracy w czołówce UE*), Artikel vom 24.10.2007 erschienen in "Gazeta Wyborcza"; *Schneider/Badekow,* Ein Herz für Schwarzarbeiter, Berlin, 2006, S. 149.

[66] *Schneider,* Schwarzarbeit und Korruption in der Bauwirtschaft in *Diederichs*, Führungswissen für Bau- und Immobilienfachleute 1. Grundlagen, 2005, S. 282.

[67] Die Presse vom 12.11.2011, Nur 13 Prozent vertrauen der Politik, S. 1: repräsentative „Presse"-Umfrage von 1000 Österreichern ab 14 Jahren durch das Karmasin-Motivforschungsinstitut im Zeitraum vom 5-26.Oktober 2011.

[68] Die Presse vom 12.11.2011, Nur 13 Prozent vertrauen der Politik, S. 1: repräsentative „Presse"-Umfrage von 1000 Österreichern ab 14 Jahren durch das Karmasin-Motivforschungsinstitut im Zeitraum vom 5-26.Oktober 2011.

[69] *Huber*, Der Erwerbsschaden des Schwarzarbeiters, ZVR 2000, S. 290; *Miller,* Schwarzarbeit zwischen Anerkennung und Bekämpfung, Konstanz, 1985, S. 83 ff; *Enste,* Schattenwirtschaft und institutioneller Wandel. Eine soziologische, sozialpsychologische und ökonomische Analyse, 2002, S. 163 ff; *Marschall*, Bekämpfung illegaler Beschäftigung, 2003, S. 3, Rz 10; *Brenner*, Die Strafrechtliche Bekämpfung von Schwarzarbeit, Berlin, 2008, S. 56.

Nach *Scheider/Badekow* ist Schwarzarbeit „*der häufigste Ausdruck einer Rebellion der Normalverdiener gegen übermäßige Ansprüche des Staates*“.[70]

Beispielweise kostet das Ausmalen einer Wohnung durch einen Schwarzarbeiter ungefähr 9-17 EURO, während die legale Ausführung durch einen gewerberechtlichen Unternehmer auf einen Stundenlohn von rund 42 EURO kommen würde.[71] Ein Auftraggeber hat bei der Beauftragung eines Unternehmens beispielsweise für einen Gesellen einen Betrag i.H.v. 41,11 EURO pro Stunde zu zahlen, da sämtliche Aufwendungen des Arbeitgebers hinzugerechnet werden müssen, wobei sich der Bruttolohn des Gesellen auf 11 EURO beläuft und der an den Gesellen ausbezahlte Netto-Lohn 6,87 EURO beträgt.[72] Der Kunde wird insofern meistens jene Variante wählen, von der er finanziell am meisten profitieren kann und welche die Arbeit, so billig wie nur möglich macht.[73]

Durch Schwarzarbeit möchte sich der Einzelne Kosten ersparen und einen für sich höchstmöglichen Nutzen ziehen.[74] I.S.d. ökonomischen Kosten-Nutzen-Analyse der Kriminalität zahlt sich eine Straftat dann aus, wenn ein Nettoerlös aus der strafbaren Handlung (der Tatertrag) abzüglich der Kosten der Begehung und der möglichen Bestrafung sich noch rentiert.[75]

Insbesondere in finanziell schwierigen Situationen entscheidet der Mensch rational in dem Sinne, dass er die Vorteile und Nachteile, positiven Aspekte und Risiken gegeneinander abwägt und sich dann für die Variante, welche den größeren Nettonutzen mit sich bringt, entscheidet.[76]

Während sich „der kleine Mann“ gegen die Steuer- und Abgabenlast mittels Schwarzarbeit wehrt und dadurch gegen Gesetze verstößt, haben große Unternehmen legale Möglichkeiten gefunden, um ihre Kosten niedrig zu halten und dadurch konkurrenzfähig zu bleiben.[77] Vielfach werden ganze Betriebe in Länder, in welchen die Standortbedingungen günstiger und insbesondere die Personalkosten niedriger sind, verlagert, was als legale „Exit-Option“ bezeichnet wird.[78]

Auch die einfachen Arbeitnehmer und Arbeitgeber versuchen, mittels Abwanderung in die von Abgaben und gesetzlichen Regulierungen freie Schwarzarbeit, das staatliche Steuer- Sozialversicherungs- und Wirtschaftssystem „auszutricksen“.[79]

3 Gründe für die Aufnahme einer illegalen Beschäftigung

[70] *Bundesinnung Bau der WKO,* Wege aus der Schwarzarbeit, März 2009, S. 4; *Schneider/Badekow,* Ein Herz für Schwarzarbeiter, Berlin, 2006, S. 53. Unter Ansprüche sind gemeint: Belastungen durch Steuern und Sozialabgaben.

[71] *Schneider/Badekow,* Ein Herz für Schwarzarbeiter, Berlin, 2006, S. 35; siehe auch die Preisunterschiede in *Schneider/Enste*, Schattenwirtschaft und Schwarzarbeit, 2000, S. 41 f.

[72] Siehe Abbildungen und Erläuterungen in *Brenner*, Die Strafrechtliche Bekämpfung von Schwarzarbeit, 2008, S. 44 f.

[73] *Trautmann,* Aspekte der Schwarzarbeit. Die Ethische Bedeutung für den Einzelnen und die Allgemeinheit. GRIN Verlag, 2008, S. 3; *Miller,* Schwarzarbeit zwischen Anerkennung und Bekämpfung, Konstanz, 1985, S. 50 und 89.

[74] *Brenner*, Die Strafrechtliche Bekämpfung von Schwarzarbeit, Berlin, 2008, S. 35 f.

[75] *Wittig*, Der rationale Verbrecher, S. 121; *Engelmann,* Schwarzarbeit und ihre wirtschaftspolitischen Konsequenzen, GRIN Verlag, 2009, S. 14.

[76] *Enste,* Schattenwirtschaft und institutioneller Wandel, 2002, S. 106.

[77] *Enste,* Schattenwirtschaft und institutioneller Wandel, 2002, S. 95.

[78] *Schneider/Badekow,* Ein Herz für Schwarzarbeiter, Berlin, 2006, S. 46 f; *Enste,* Schattenwirtschaft und institutioneller Wandel. Eine soziologische, sozialpsychologische und ökonomische Analyse, 2002, S. 95.

[79] *Engelmann,* Schwarzarbeit und ihre wirtschaftspolitischen Konsequenzen, GRIN Verlag, 2009, S. 11.

Was sind nun die **Gründe**, wieso in allen Staaten Schwarzarbeiter diese illegale Tätigkeit, welche *Reichel* als die „*anerkannteste Ungesetzlichkeit unsere Gesellschaft*“[80] bezeichnet, gerne und oft ausüben?

An erster Stelle stehen die finanziellen Motive, der Gelderwerb, die Einkommensverbesserung, welche bei der Aufnahme jeder Schwarzbeschäftigung eine zentrale Rolle einnimmt.[81]

Teilweise dient die Schwarzarbeit überhaupt der Sicherung eines physischen Existenzminimums oder es steht auch die Intention dahinter, sich „etwas gönnen“ zu können, wie z.B. einen Urlaub, Auto etc. und nicht nur knapp über dem Existenzminimum leben zu müssen.[82]

Auch stellt Schwarzarbeit eine Möglichkeit zur Überwindung von finanziellen Krisen dar bzw. ist für viele Arbeitslose, un- oder unterbeschäftigte Personen eine Überbrückungschance bevor diese wieder eine legale Beschäftigung finden.[83]

Einer wichtiger Grund, wieso die Schwarzarbeit derart verbreitet ist, spielt die positive subjektive Einstellung der Öffentlichkeit zur illegalen Beschäftigung.[84]

Sowohl das Schwarzarbeiten als auch die Erledigung von Arbeiten durch Pfuscher wird vom Großteil der Bevölkerung als Kavaliersdelikt angesehen.[85] Ein Kavaliersdelikt ist zwar etwas *Illegales, aber dennoch moralisch nicht Verpöntes*.[86] Im Bewusstsein der Bevölkerung wird Schwarzarbeit als etwas nicht Strafwürdiges angesehen.[87]

Auf Grundlage von repräsentativen Befragungen in Österreich im Dezember 2009 zum Thema der Einstellung der Österreicher zur Schwarzarbeit, wird „Pfusch“ von 50 % der ÖsterreicherInnen als Kavaliersdelikt angesehen, wobei dieser Wert gegenüber dem Jahr 2008 um 9 Prozentpunkte zugenommen hat.[88]

Lediglich 2 % der im Jahre 2009 Befragten sind der Auffassung, dass Schwarzarbeiter angezeigt werden sollen und nur 1 % meint, dass hohe Strafen bei der Ausfor-

---

[80] *Reichel*, Pfuschen Schwarzarbeit, Schattenwirtschaft, S. 167 in *Reichel*, *Lesnik*, Ist Arbeit sozial? Arbeiten neu bewerten, Wien, 2000.

[81] *Miller,* Schwarzarbeit zwischen Anerkennung und Bekämpfung, Konstanz, 1985, S. 121 und 145; *Friebe,* Das Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit, Köln, 1970, S. 99-102; *Brenner*, Die Strafrechtliche Bekämpfung von Schwarzarbeit, Berlin, 2008, S. 95.

[82] *Friebe,* Das Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit, Köln, 1970, S. 99 ff; *Miller,* Schwarzarbeit zwischen Anerkennung und Bekämpfung, Konstanz, 1985, S. 147.

[83] *Schneider/Enste*, Schattenwirtschaft und Schwarzarbeit, 2000, S. 171; *Miller,* Schwarzarbeit zwischen Anerkennung und Bekämpfung, Konstanz, 1985, S. 257; *Brenner*, Die Strafrechtliche Bekämpfung von Schwarzarbeit, Berlin, 2008, S. 54 f.

[84] *„Ważną rolę odgrywa przy tym brak negatywnej reakcji środowiska lub opinii publicznej wobec faktu nielegalnego zatrudniania.”* Siehe *Zając,* Sprawozdanie GIP z działalności PIP w 2009 roku, Warzawa, 2010, S. 96; *Enste,* Schattenwirtschaft und institutioneller Wandel, 2002, S. 134 ff.

[85] *Boxleitner* in *Wabnitz/Janovsky,* Hb des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 3. Auflage,, Kapitel 17, Rz 1; *Schneider*, Aktuelle Ergebnisse über die Schattenwirtschaft (Pfusch) in Österreich, November 1996, Arbeitspapier 9618, Johannes Kepler Universität Linz, Institut für Volkswirtschaftslehre, S. 2 und 15; *Enste,* Schattenwirtschaft und institutioneller Wandel, 2002, S. 112; *Schneider/Badekow,* Ein Herz für Schwarzarbeiter, Berlin, 2006, S. 15; *Trautmann,* Aspekte der Schwarzarbeit. Die Ethische Bedeutung für den Einzelnen und die Allgemeinheit. GRIN Verlag, 2008, S. 6; *Lackenbucher,* Pfusch? Garantiert ohne Garantie – Teil 1, WKO Wien, Newsletter Nr. 4/2008, S. 2; *Schneider/Torgler/Schaltegger,* Schattenwirtschaft und Steuermoral, Zürich, 2008, S. 37; *WK Wien,* Jank zu Schwarzarbeit: Auch Wien stark betroffen. Presse vom 07.01.2010, http://portal.wko.at/wk/format_detail.wk?AngID=1&StID=526435&DstID=686&titel=Jank,zu,Schwarzarbeit:,Auch,Wien,stark, betroffen

[86] *Schneider/Badekow,* Ein Herz für Schwarzarbeiter, Berlin, 2006, S. 121.

[87] *Friebe,* Das Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit, Köln, 1970, S. 128.

[88] *Schneider*, Statement, Schwarzarbeit steigt 2010 auf 21,32 Mrd. Euro (+ 4 %) Handwerkerbonus setzt nachhaltige Impulse für die Wirtschaft, Wien, 21. April 2010, S. 1.

schung von Schwarzarbeit zu verhängen seien.[89] Auf Grund von jährlich geführten Meinungsumfragen ist klar erkennbar, dass die große Akzeptanz für Schwarzarbeit und Empfindung dieser als etwas rechtlich Illegales, sich laufend zu Gunsten der Schwarzarbeit verschoben hat.[90]

Hauptgrund für das Fehlen des Unrechtsbewusstseins[91] und die hohe Akzeptanz für Schwarzarbeit ist insbesondere, dass man auf Grund der hohen Steuerbelastung des Faktors Arbeit nicht mehr im Stande wäre Vieles zu finanzieren.[92]

Ein großerTeil der Befragten meint, dass der Staat schuld wäre, dass sie Schwarzarbeiter beschäftigen müssen oder auch selbst schwarz arbeiten müssen.[93] Als wesentliche Ursache für Schwarzarbeit wird eben das „Staatsversagen" angesehen, in dem Sinne, dass, obwohl die Abgaben und Steuern stets angehoben werden, die Leistungserbringung des Staates sich weder qualitativ noch quantitativ verbessere.[94]

Aus Sicht des Arbeitgebers bzw. Auftraggebers kostet ein offizielles Arbeitsverhältnis bzw. ein legaler Auftrag zu viel und zahlt sich vielfach nicht mehr aus.[95] Und aus Sicht des Arbeitnehmers ist das Nettogehalt zu niedrig und die zusätzlich ausgeübte Arbeit würde sich dann nicht mehr rentieren.[96] Ein Mechaniker müsste z.B. fünf Stunden arbeiten, um sich eine legale Mechaniker-Stunde eines Kollegen leisten zu können.[97]

Arbeit ist sogar höher besteuert als z.B. körperliche Produkte, Rohstoffe und der Einsatz von Kapital.[98] Nach *Miller* ist Schwarzarbeit die *„Reaktion der Individuen auf Marktversagen"*, denn auf Grund einer Unterversorgung der Bedürfnisse der Menschen, insbesondere wegen der hohen Preise, wurden das Angebot und die Nachfrage bei

---

[89] *Schneider*, Statement, Schwarzarbeit steigt 2010 auf 21,32 Mrd. Euro (+ 4 %) Handwerkerbonus setzt nachhaltige Impulse für die Wirtschaft, Wien, 21.04.2010, S. 1.

[90] *Schneider/Enste*, Schattenwirtschaft und Schwarzarbeit, 2000, S. 204; *Schneider/Badekow,* Ein Herz für Schwarzarbeiter, Berlin, 2006, S. 17; *Deutsche Presse-Agentur GmbH (dpa),* Deutschland. Weniger Schwarzarbeit dank Wirtschafts-Boom und Freizügigkeit vom 19.05.2011, http://www.handelsblatt.com/politik/deutschland/weniger-schwarzarbeit-dank-wirtschafts-boom-und-freizuegigkeit/4194592.html?p4194592=all.

[91] *Trautmann,* Aspekte der Schwarzarbeit. Die Ethische Bedeutung für den Einzelnen und die Allgemeinheit. GRIN Verlag, 2008, S. 3; *Schneider/Torgler/Schaltegger,* Schattenwirtschaft und Steuermoral, Zürich, 2008, S. 84; *Friebe,* Das Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit, Köln, 1970, S. 112; *Schneider,* Schwarzarbeit und Korruption in der Bauwirtschaft in *Diederichs*, Führungswissen für Bau- und Immobilienfachleute 1. Grundlagen, 2005, S. 285.

[92] *Schneider*, Aktuelle Ergebnisse über die Schattenwirtschaft (Pfusch) in Österreich, November 1996, Arbeitspapier 9618, Johannes Kepler Universität Linz, Institut für Volkswirtschaftslehre, S. 2 und 15; *Sinn*, Hans Werner, Ist Deutschland noch zu retten?, 8. Auflage, 2004, Econ Verlag, Berlin, S. 350; *Schneider/Badekow,* Ein Herz für Schwarzarbeiter, Berlin, 2006, S. 15.

[93] *Miller,* Schwarzarbeit zwischen Anerkennung und Bekämpfung, Konstanz, 1985, S. 70 ff; *Schneider*, Entwicklung der Schattenwirtschaft in Österreich bis 2007 und die Einstellung der Österreicher hierzu, 2007, S. 6 und 15; *Schneider*, Aktuelle Ergebnisse über die Schattenwirtschaft (Pfusch) in Österreich, November 1996, Arbeitspapier 9618, Johannes Kepler Universität Linz, Institut für Volkswirtschaftslehre, S. 2 und 15; *Schneider*/*Enste*, Schattenwirtschaft und Schwarzarbeit, 2000, S. 101 ff.

[94] *Niessen/Ollmann,*Schattenwirtschaft in der Bundesrepublik. Eine empirische Bestandaufnahme der sozialen und räumlichen Verteilung schattenwirtschaftlicher Aktivitäten, Opladen, 1987, S. 56; *Schneider/Enste*, Schattenwirtschaft und Schwarzarbeit, Kapitel 7.1.

[95] *Miller,* Schwarzarbeit zwischen Anerkennung und Bekämpfung, Konstanz, 1985, S. 145; *Schneider,* Schattenwirtschaft – Tatbestand, Ursachen, Auswirkungen, Arbeitspapier 0007, Linz, April 2000, S. 8; *Schneider/Badekow,* Ein Herz für Schwarzarbeiter, Berlin, 2006, S. 53.

[96] *Schneider/Badekow,* Ein Herz für Schwarzarbeiter, Berlin, 2006, S. 26.

[97] *Hofer*, Problemfall Schwarzarbeit, Artikel vom 12.04.2007 in Österreich News, http://www.oesterreichnews.de/130-problemfall-schwarzarbeit-in-oesterreich/.

[98] *Miller,* Schwarzarbeit zwischen Anerkennung und Bekämpfung, Konstanz, 1985, S. 190.

personenbezogenen Dienstleistungen in den inoffiziellen Bereich verlagert.[99] *Miller* sieht darüber hinaus in der Schwarzarbeit eine *„kollektive Notwehr gegenüber der Ignoranz des politisch-administrativen Systems"*[100]. Viele meinen, dass sich Steuerehrlichkeit gegenüber dem Staat einfach nicht mehr auszahlt.[101] Und dass nur die ehrlichen korrekten Steuerzahler „die Dummen" seien.[102] Somit sind die hohen Abgaben und Steuern ein wesentliches Argument für eine Person auf eine Schwarzarbeit einzugehen.

In **Polen** wird als Hauptursache für die illegale Beschäftigung wiederum die fehlende Möglichkeit, eine legale Arbeit zu finden (2004: ca. 55 %), die hohen Arbeitsfixkosten und die damit verbundene niedrigere Entlohnung gesehen.[103] Insbesondere die hohe **Arbeitslosigkeit** und die damit verbundenen geringen Chancen, eine legale offizielle Beschäftigung zu finden, sind ein wesentlicher Grund, um schwarz zu arbeiten.[104] Darüber hinaus werden als Gründe auch die hohen Sozialversicherungsbeiträge, das – immerweder vorgeschlagene - Anbot des Arbeitgebers einer höheren Entlohnung ohne Abschluss eines Arbeitsvertrages, die hohen Steuern, der Verlust von Beihilfen und staatlichen Unterstützungen bei Aufnahme einer legalen Beschäftigung genannt. [105]

Nach Meinung der polnischen Arbeitsinspektoren ist der Hauptgrund für die illegale Beschäftigung der Versuch der Umgehung der hohen Arbeitskosten, welche im Falle einer illegalen Beschäftigung nicht anfallen.[106]

Insbesondere in den 90-er Jahren kamen viele Polen als „Touristen" nach Österreich und blieben hier, um Geld zu verdienen um ihre Familien in Polen ernähren zu können, teilweise unter Inkaufnahme von Schikanen und Ausbeutung sowie starkem Konkurrenzkampf um eine Arbeitsstelle.[107] Auch haben sie vielfach unwürdige Lebens- und Wohnverhältnisse in Kauf nehmen müssen.[108]

Aufgrund des Beitritts von Polen zur EU und der nunmehr geltenden Arbeitnehmerfreizügigkeit sind derartige Zustände und akzeptierten Bedingungen großteils Vergangenheit.

---

[99] *Brenner*, Die Strafrechtliche Bekämpfung von Schwarzarbeit, Berlin, 2008, S. 39 f; *Miller,* Schwarzarbeit zwischen Anerkennung und Bekämpfung, Konstanz, 1985, S. 151.

[100] *Miller,* Schwarzarbeit zwischen Anerkennung und Bekämpfung, Konstanz, 1985, S. 261.

[101] *Enste,* Schattenwirtschaft und institutioneller Wandel, 2002, S. 155.

[102] *Schneider/Enste*, Schattenwirtschaft und Schwarzarbeit, 2000, S. 43; *Schneider,* Schwarzarbeit und Korruption in der Bauwirtschaft in *Diederichs*, Führungswissen für Bau- und Immobilienfachleute 1. Grundlagen, 2005, S. 285.

[103] *„Ważnymi przyczynami funkcjonowania szarej strefy są także wysokie podatki oraz składki na ZUS. Za jedną z głównych przyczyn rozprzestrzenia się pracy nierejestrowanej uważany jest wysoki poziom łącznych kosztów pracy (...)". Pazurek*_f, Praca nierejestrowana i jej ekonomiczne konsekwencje, sciaga.pl, 01.03.2005, http://www.sciaga.pl/tekst/33680-34 praca_nierejestrowana_i_jej_ekonomiczne_konsekwencje; auch *Tomczyk,* Sprawozdanie GIP z działalności PIP w 2011 roku, Warzawa, 2012, S. 117.

[104] *„Główną przyczyną podejmowania nielegalnego zatrudnienia jest wysokie bezrobocie, a więc brak szans na znalezienie legalnej pracy."* sciaga.pl vom 01.03.2005, http://www.sciaga.pl/tekst/33680-34-praca_nierejestrowana_i_jej_ekonomiczne_konsekwencje; *Hofer,* Arbeitsstrich. Unter polnischen Schwarzarbeitern, 1992, S. 16; *Roser*, Hohe Sozialabgaben drücken Polens Wachstum. In Frankfurter Rundschau vom 06.05.2005, S. 6; *Schneider/Torgler/Schaltegger,* Schattenwirtschaft und Steuermoral, Zürich, 2008, S. 75.

[105] *Zając,* Sprawozdanie GIP z działalności PIP w 2009 roku, Warzawa, 2010, S. 96; Siehe *Tomczyk,* Sprawozdanie GIP z działalności PIP w 2011 roku, Warzawa, 2012, S. 117.

[106] *„W ocenie inspektorów pracy, podstawową przyczyną nielegalnego zatrudniania w dalszym ciągu pozostaje zamiar uniknięcia przez pracodawców kosztów, jakie wiążą się z zatrudnianiem pracowników zgodnie z prawem."* Siehe *Zając,* Sprawozdanie GIP z działalności PIP w 2009 roku, Warzawa, 2010, S. 96.

[107] *Hofer,* Arbeitsstrich. Unter polnischen Schwarzarbeitern, 1992, S. 9 ff.

[108] *Hofer,* Arbeitsstrich. Unter polnischen Schwarzarbeitern, 1992, S. 157 ff.

Nichtsdestotrotz ist die Beschäftigung von Staatsbürgern von Drittstaaten noch immer ein weit verbreitetes Phänomen.

Die Gründe für Verstöße gegen die arbeitsrechtlichen Bestimmungen im Zusammenhang mit der Beschäftigung von **Ausländern** sind wiederum andere.[109]

Aus Sicht des Arbeitgebers ist es die Suche nach billigen Arbeitskräften, um die Unternehmenskosten niedrig zu halten.[110]

Auch den beschäftigten Ausländern liegt meist nicht viel an einer legalen Beschäftigung.[111] Das Hauptziel des Ausländers einer Beschäftigung im Ausland ist, so hohe Einkünfte wie nur möglich zu erzielen, teilweise auf Kosten der eigenen Gesundheit.[112] Man darf auch nicht vergessen, dass in vielen Fällen die Ausländer sehr hohe Vermittlungskosten, wobei vielfach die ganze Familie dafür Geld zusammenlegt, zahlen müssen.[113] Deswegen ist es für viele Ausländer nicht mehr wichtig, ob sie vom Arbeitgeber legal beschäftigt oder versichert werden.[114]

Derartige Umstände sind ein Anreiz für die Arbeitgeber die Ausländer auszunutzen und auszubeuten, insbesondere auch, weil diese meist weder die Sprache des Landes, in dem sie beschäftigt werden, noch das Gesetz kennen.[115] Deswegen werden den Arbeitsinspektionen oder den Gerichten selten Verstöße gemeldet.[116] In der Regel handelt der Arbeitgeber bewusst gesetzeswidrig, mit der Intention höhere Gewinne zu erzielen und nimmt die Risiken und Konsequenzen, welche diesen auf Grund der illegalen Beschäftigung erwarten könnten, bewusst in Kauf.[117]

4 Umfang und Hauptbereiche der Schwarzarbeit

Grundsätzlich wäre eine legitime Frage, wie das Ausmaß der Schwarzarbeit überhaupt gemessen werden kann, wenn es ein Charakteristikum der Schwarzarbeit ist, dass sie eben im Verborgenen, ohne jegliche statistische Erfassung, praktiziert wird.[118]

---

[109] *„Motywy naruszania przepisów prawa pracy w stosunku do obcokrajowców są zupełnie inne."* Siehe *Zając*, Sprawozdanie GIP z działalności PIP w 2009 roku, Warzawa, 2010, S. 105.

[110] *„Ze strony pracodawców jest to poszukiwanie taniej siły roboczej w celu minimalizacji kosztów działalności firmy."* Siehe *Zając*, Sprawozdanie GIP z działalności PIP w 2009 roku, Warzawa, 2010, S. 105.

[111] *„Również samym cudzoziemcom często nie zależy na legalnym zatrudnieniu."* Siehe *Zając*, Sprawozdanie GIP z działalności PIP w 2009 roku, Warzawa, 2010, S. 105.

[112] *„Podstawowym celem pracy za granicą jest dla nich maksymalizacja dochodu, nawet kosztem własnego zdrowia."* Siehe *Zając*, Sprawozdanie GIP z działalności PIP w 2009 roku, Warzawa, 2010, S. 105.

[113] *„Trzeba przy tym pamiętać, że w wielu przypadkach zwerbowani cudzoziemcy muszą zapłacić znaczne kwoty pośrednikom (na pokrycie tych kosztów składają się nierzadko całe rodziny)."* Siehe *Zając*, Sprawozdanie GIP z działalności PIP w 2009 roku, Warzawa, 2010, S. 105.

[114] *„Kwestia legalności zatrudnienia i objęcia ubezpieczeniem społecznym staje się dla nich w powyższej sytuacji drugorzędna."* Siehe *Zając*, Sprawozdanie GIP z działalności PIP w 2009 roku, Warzawa, 2010, S. 105.

[115] *„Taki stan rzeczy sprzyja wykorzystywaniu cudzoziemców, tym bardziej że zazwyczaj nie znają oni polskich przepisów dotyczących zatrudnienia oraz realiów naszego rynku pracy; borykają się również z barierą językową."* Siehe *Zając*, Sprawozdanie GIP z działalności PIP w 2009 roku, Warzawa, 2010, S. 106.

[116] *„Wymienione czynniki powodują, że cudzoziemcy stosunkowo rzadko zgłaszają swoje roszczenia do PIP i sądów pracy."* Siehe *Zając*, Sprawozdanie GIP z działalności PIP w 2009 roku, Warzawa, 2010, S. 106.

[117] *„Na ogół są to świadome działania pracodawców podejmowane w celu osiągnięcia wyższego zysku, mimo świadomości konsekwencji wynikających z powierzania nielegalnej pracy."* Siehe Zając, Sprawozdanie GIP z działalności PIP w 2009 roku, Warzawa, 2010, S. 96.

[118] *Boockmann/Döhrn/Groneck/Verbeek,* Abschätzung des Ausmaßes der Schwarzarbeit, März 2010, S. 9; *Schneider/Badekow,* Ein Herz für Schwarzarbeiter, Berlin, 2006, S. 8; *Friebe,* Das Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit, Köln, 1970, S. 93.

Die Wirtschaftswissenschaft und Sozialwissenschaft hat unterschiedliche Ansätze, wie Schwarzarbeit anhand von Indizien, vielfach mit mathematisch komplizierten Methoden, möglichst genau quantifiziert werden kann, entwickelt.[119] In der Literatur wird meist zwischen direkten Methoden, Befragungen von Einzelpersonen auf der Mikroebene[120] oder Erhebung durch Nutzung administrativer Datenquellen, und indirekten Methoden[121], wie Verwendung von auf der Makroebene erworbener Indikatoren der Volkswirtschaft, Diskrepanz zwischen Einnahmen und Ausgaben und zwischen tatsächlicher und offizieller Erwerbsquote, oder monetären Schätzverfahren (Bargeldumlauf, Bargeldnachfrage, Transaktionsmethode)[122], differenziert.[123]

Die einzelnen Methoden zur Erfassung der Schwarzarbeit bringen einerseits Vorteile und andererseits klarerweise auch Nachteile mit sich, auf welche jedoch in der Arbeit nicht eingegangen wird.[124]

In der Arbeit soll der Aspekt der diffizilen empirischen Messungen lediglich erwähnt werden, eine genauere Behandlung würde das Ausmaß der gegenständlichen Arbeit sprengen.[125] Die Schattenwirtschaft stieg in Österreich im Jahre 2009 zum ersten Mal wieder um 5 % auf 20,50 Milliarden EURO an, wobei nach *Schneider* der Grund für den Anstieg, wie bereits erwähnt, die Wirtschaftskrise sei, da die Einkommensverluste aus der offiziellen Wirtschaft von den Menschen durch Schwarzarbeit kompensiert werden.[126]

Statistiken zufolge ist seit dem letzten Anstieg der Schwarzarbeit im Krisenjahr 2009 auf 20,5 Milliarden EURO, im Jahre 2010 ein Rückgang um 1,22 % auf 20,25 Milliarden zu verzeichnen und auch im Jahre 2011 wurde ein minimales Sinken auf 20,2

---

[119] *Brenner*, Die Strafrechtliche Bekämpfung von Schwarzarbeit, Berlin, 2008, S. 28.

[120] *Schneider,* Schwarzarbeit und Korruption in der Bauwirtschaft in *Diederichs*, Führungswissen für Bau- und Immobilienfachleute, 1. Grundlagen, 2005, S. 280; *Schneider/Torgler/Schaltegger,* Schattenwirtschaft und Steuermoral, Zürich, 2008, S. 21 ff; *Engelmann,* Schwarzarbeit und ihre wirtschaftspolitischen Konsequenzen, GRIN Verlag, 2009, S. 8; *Brenner*, Die Strafrechtliche Bekämpfung von Schwarzarbeit, Berlin, 2008, S. 28 f.

[121] *Brenner*, Die Strafrechtliche Bekämpfung von Schwarzarbeit, Berlin, 2008, S. 29 f; *Engelmann,* Schwarzarbeit und ihre wirtschaftspolitischen Konsequenzen, GRIN Verlag, 2009, S. 8 f; *Schneider/Torgler/Schaltegger,* Schattenwirtschaft und Steuermoral, Zürich, 2008, S. 25 ff.

[122] *Schneider,* Determinanten der Steuerhinterziehung und der Schwarzarbeit im internationalen Vergleich, März 1994, Arbeitspapier Nr. 9406, Linz, S. 7 ff; *Engelmann,* Schwarzarbeit und ihre wirtschaftspolitischen Konsequenzen, GRIN Verlag, 2009, S. 9 f.

[123] *Boockmann/Döhrn/Groneck/Verbeek,* Abschätzung des Ausmaßes der Schwarzarbeit, März 2010, S. 3; *Schneider/Pöll*, Schattenwirtschaft, Juli 1998, Arbeitspapier 9817, Linz, Kapitel 2, S. 9-16; *Schneider,* Determinanten der Steuerhinterziehung und der Schwarzarbeit im internationalen Vergleich, März 1994, Arbeitspapier Nr. 9406, Linz, S. 6 f; *Schneider,* Schattenwirtschaft – Tatbestand, Ursachen, Auswirkungen, Arbeitspapier 0007, Linz, April 2000, S. 4; *Engelmann,* Schwarzarbeit und ihre wirtschaftspolitischen Konsequenzen, GRIN Verlag, 2009, S. 5 ff.

[124] Siehe genaue Ausführung zu den Vorteilen und Nachteilen in *Engelmann,* Schwarzarbeit und ihre wirtschaftspolitischen Konsequenzen, GRIN Verlag, 2009, S. 7 f; *Caspar/Volkert/Schneider,* Schattenwirtschaft und Schwarzarbeit, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2002, S. 23; *Schneider/Enste*, Schattenwirtschaft und Schwarzarbeit. Umfang, 2000, S. 19 f.

[125] Bei Interesse siehe ausführliche Darstellung mit Beispielen: S*chneider,* Ist Schwarzarbeit ein Volkssport geworden? Juni 1999, Arbeitspapier 9911, Johannes Kepler Universität Linz, Sozial- und Wirtschaftswissenschaftliche Universität, Institut für Volkswirtschaftslehre; auch *Schneider, Friedrich,* Determinanten der Steuerhinterziehung und der Schwarzarbeit im internationalen Vergleich, März 1994, Arbeitspapier Nr. 9406, Johannes Kepler Universität Linz, Sozial- und Wirtschaftswissenschaftliche Universität, Institut für Volkswirtschaftslehre; *Enste,*Schattenwirtschaft und institutioneller Wandel, 2002, S. 15 ff; *Miller,* Schwarzarbeit zwischen Anerkennung und Bekämpfung, Konstanz, 1985, S. 34ff; *Schneider/Torgler/Schaltegger,* Schattenwirtschaft und Steuermoral, Zürich, 2008, S. 88-100; *Schneider/Enste*, Schattenwirtschaft und Schwarzarbeit. Umfang, 2000, S. 11 ff; *Schneider,* Schwarzarbeit und Korruption in der Bauwirtschaft in *Diederichs*, Führungswissen für Bau- und Immobilienfachleute 1. Grundlagen, 2005, S. 280.

[126] *Schneider*, Statement, Schwarzarbeit steigt 2010 auf 21,32 Mrd. Euro (+ 4 %) Handwerkerbonus setzt nachhaltige Impulse für die Wirtschaft, Wien, 21.04.2010, S. 1.

Milliarden bzw. einen BIP-Anteil von 8,01 % errechnet.[127] Nach Meinung von *Schneider* bringt ein Wirtschaftsaufschwung den Rückgang der Schwarzarbeit mit sich, da der Pfusch dadurch an Reiz verliert.[128] Wesentlichen Einfluss auf die Senkung des Ausmaßes der Schattenwirtschaft hat auch die Arbeitsmarktöffnung per 01.05.2011 für die BürgerInnen der im Jahre 2004 der EU beigetretenen Länder, da durch den Wegfall der Notwendigkeit des Besitzes einer Arbeitsbewilligung für eine legale Aufnahme einer Beschäftigung für die Staatsangehörigen dieser Staaten, die Versuchung zur Aufnahme von Schwarzarbeit deutlich gesunken ist.[129]

[130]

Aus den Berechnungen von *Schneider* für Österreich ist erkennbar, dass im Bereich der **Bauwirtschaft** am meisten gepfuscht wird.[131] Im Jahre 2011 wurde geschätzt, dass 38 % der Schwarzarbeit aller Voraussicht nach aus dem Bereich des Bauwesens und Handwerks kommen, jeweils 17 % auf die Bereiche „andere Gewerbe und Industriebetriebe“ sowie auf Dienstleistungsbetriebe, wie insbesondere Gaststätten und Hotels entfallen, auf sonstige Betriebe und haushaltsnahe Dienstleistungen, wie Babysitten, Nachhilfe, 15 % entfallen und die restlichen 13 % werden, den Prognosen folgend, aus dem Bereich der Unterhaltungs- und Vergnügungsbranche kommen.[132] Eine ähnliche prozentuelle Aufteilung auf die oben angeführten Branchen wurde bereits in Österreich und Deutschland im Jahre 2006 verzeichnet.[133]

---

[127] *Schneider,* SCHWARZARBEIT. Eine Million Österreicher pfuschen, Der Standard, APA vom 04.01.2011.

[128] *Schneider,* SCHWARZARBEIT. Eine Million Österreicher pfuschen, Der Standard, APA vom 04.01.2011.

[129] *Deutsche Presse-Agentur GmbH (dpa),* Deutschland. Weniger Schwarzarbeit dank Wirtschafts-Boom und Freizügigkeit vom 19.05.2011,
http://www.handelsblatt.com/politik/deutschland/weniger-schwarzarbeit-dank-wirtschafts-boom-und-freizuegigkeit/4194592.html?p4194592=all

[130] Ich habe mich bemüht, sämtliche Inhaber der Bildrechte ausfindig zu machen und ihre Zustimmung zur Verwendung der Bilder in dieser Arbeit eingeholt. Sollte dennoch eine Urheberrechtsverletzung bekanntwerden, ersuche ich um Meldung bei mir.

[131] *Bartos*, Millionenschaden durch Sozialbetrug, SozSi 2006, 119, S. 124; *Schneider/Badekow,* Ein Herz für Schwarzarbeiter, Berlin, 2006, S. 36.

[132] *Schneider,* SCHWARZARBEIT. Eine Million Österreicher pfuschen, Der Standard, APA vom 04.01.2011.

[133] *Schneider/Torgler/Schaltegger,* Schattenwirtschaft und Steuermoral, Zürich, 2008, S. 46.

Auch in Deutschland ist das Ausmaß der Schwarzarbeit im Vergleich zu anderen Sektoren in der Bauwirtschaft am höchsten (2008: 39 % des Schattenwirtschaftsvolumens).[134] Laut Aussage von *Wenkel*, dem Hauptgeschäftsführer der Fachgemeinschaft Bau Berlin/Brandenburg, schafft es die Behörde Finanzkontrolle Schwarzarbeit (FKS) nicht, die Schwarzarbeit in Berlin zu bekämpfen, denn *„rein rechnerisch betrachtet gebe es mehr Stellen in der illegalen als in der legalen Bauwirtschaft; von Entspannung kann keine Rede sein.*“[135] Bereits in den 80-er Jahren war das Ausmaß der Schwarzarbeit in der Bauwirtschaft am höchsten.[136]

In Polen wurde verzeichnet, dass am häufigsten im Handel und im Reparaturwesen, in Hotels und Restaurants, in der Bauwirtschaft und im Transportwesen, illegal beschäftigt wird.[137]

Aus den Ermittlungen der Arbeitsinspektoren aus dem Jahre 2009 lässt sich schließen, dass die Wirtschaftsbereiche, in welchen die illegale Ausländerbeschäftigung am häufigsten festgestellt wurde, nachstehende Sektoren sind: die industrielle Verarbeitung (25 %), Baugewerbe (17 %), Handel und Reparatur (11 %), Transportwesen sowie Hotels und Restaurants (je 10 %).[138]

Auch im Jahr 2011 blieben die Branchen, in denen am häufigsten Ausländer illegal beschäftigt werden großteils sehr ähnlich, nämlich in der industriellen Verarbeitung (24 %), Baugewerbe (14 %), Handel und Reparatur (21 %) sowie Hotels und Restaurants (11 %).[139] Im Bereich des Handels und der Reparaturen ist die Anzahl jedoch erheblich gestiegen.

5 Schutzzwecke der Schwarzarbeitsbekämpfung

Die Bekämpfung der Schwarzarbeit und illegalen Beschäftigung birgt mehrere Schutzzwecke in sich. Einerseits sollen Arbeitnehmer, welche legal arbeiten, vor gleichheitswidriger Behandlung und ungerechten Umverteilungen geschützt werden, da illegal Beschäftigte auch an den Zuwendungen des Staates partizipieren, wie z.B. der Unfallversicherung, und daneben öfters mehr verdienen als die Personen, welche offiziell und legal arbeiten.[140] Arbeitnehmer sollen darüber hinaus wegen der Nichtmeldung vor dem Verlust ihrer Beitragsmonate zur Pensionsversicherung geschützt werden.[141] Wobei

---

[134] *Große-Halbuer* im Portal der WirtschaftsWoche, wiwo.de, Schattenwirtschaft, Schwarzarbeit ist heimliche Boombranche in Deutschland, 21.05.2008, am Anfang, S. 1.

[135] *Wenkel* im Artikel von *Große-Halbuer,* Schattenwirtschaft. Schwarzarbeit ist heimliche Boombranche in Deutschland, Portal der WirtschaftsWoche vom 21.05.2008.

[136] *Miller,* Schwarzarbeit zwischen Anerkennung und Bekämpfung, Konstanz, 1985, S. 134 ff.

[137] *„Szara gospodarka i praca nierejestrowana to zjawiska o dużym zasięgu, zwłaszcza w handlu i naprawach; hotelarstwie i restauracjach; czy budownictwie i obsłudze nieruchomości.” Pazurek_f, Praca nierejestrowana i jej ekonomiczne konsekwencje,*sciaga.pl,01.03.2005,
http://www.sciaga.pl/tekst/33680-34 praca_nierejestrowana_i_jej_ekonomiczne_konsekwencje; „*Nielegalne zatrudnienie lub nielegalną inną pracę zarobkową najczęściej stwierdzano w branżach: transport i składowanie, hotele i restauracje oraz budownictwo*.” Siehe *Zając*, Sprawozdanie GIP z działalności PIP w 2009 roku, Warzawa, 2010, S. 92.

[138] *„Dziedziny gospodarki, w których — według ustaleń inspektorów pracy — wystąpiło największe nasilenie nielegalnej pracy cudzoziemców to: przetwórstwo przemysłowe (25% ogółu ujawnionych przypadków), budownictwo (17%), handel i naprawy (11%), a także transport i składowanie oraz hotele i restauracje (po 10%).”* Siehe *Zając*, Sprawozdanie GIP z działalności PIP w 2009 roku, Warzawa, 2010, S. 103.

[139] *„Najwięcej podmiotów kontrolowanych należało do sekcji gospodarki: przetwórstwo przemysłowe (24%), handel i naprawy (21%), budownictwo (14%) oraz zakwaterowanie i usługi gastronomiczne (11%)”;* Siehe *Tomczyk,* Sprawozdanie GIP z działalności PIP w 2011 roku, Warzawa, 2012, S. 118.

[140] *Schneider,* Schattenwirtschaft – Tatbestand, Ursachen, Auswirkungen, Arbeitspapier 0007, April 2000, S. 10.

[141] *Kirchbacher/Presslauer*, § 153e StGB in *Höpfel/Ratz* (Hrsg.), WK zum StGB, 2. Auflage, Rz 2 zu § 153e StGB.

man erwähnen muss, dass wegen des Vertrauensverlustes vieler BürgerInnen in die gesetzliche Pensionsversicherung das Argument des Verlustes von Beitragsmonaten keine entscheidende Rolle mehr spielt und so auch als ein Argument fürs Schwarzarbeiten angesehen wird.[142]

Der **Arbeitnehmerschutz** als Argument für den Kampf gegen die Schwarzarbeit wird mehrfach betont.[143] Insbesondere sollen Arbeitnehmer vor dubiosen Unternehmen, welche Arbeitnehmer gewerbsmäßig schwarz und illegal beschäftigen, geschützt werden.[144] In vielen solcher Fällen erhalten die Arbeitstätigen öfters überhaupt kein Geld für ihre Arbeitsleistung, da die Verantwortlichen derartiger Firmen, wenn die Situation für sie zu gefährlich wird, meistens untertauchen, ohne überhaupt einen Schwarzgeld-Lohn zu bezahlen.[145]

Auch besteht mehrfach die Gefahr der **Ausbeutung** von Arbeitnehmern, wobei dies vor allem bei illegalen ausländischen Arbeitnehmern verbreitet ist.[146] Die Arbeitgeber nützen öfters die Zwangslage ihrer Arbeitnehmer aus und lassen diese unter ausbeuterischen und inhumanen Arbeitsbedingungen und zu einem niedrigeren Entgelt arbeiten.[147]

Außerdem soll die **Allgemeinheit** auf Grund der Nichtentrichtung von Steuern und Sozialversicherungsbeiträgen einer ungleichen Behandlung entzogen werden.[148] Es sollen der Staat und die Sozialversicherungsträger, die wegen Schwarzarbeit sehr hohe Beitragseinbußen erleiden und darüber hinaus Unternehmen, welche ihre Arbeitnehmer stets rechtskonform melden, vor ungerechtem und gleichheitswidrigem Wettbewerb geschützt werden.[149]

Auch die ehrlichen Beitragsleister zu den Sozialversicherungen sollen vor angeblichen Arbeitslosen, die aber nebenbei schwarz (Entlohnung über der Geringfügigkeitsgrenze) welche das System der sozialen Sicherheit ausnutzen, geschützt werden.[150]

Insbesondere die „angeblichen" Arbeitslosen, die jedoch der Schwarzarbeit nachgehen und nebenbei Sozialleistungen beziehen, schaden dem Sozialversicherungssystem.[151]

Die hohen Verluste der Sozialversicherungen sind ein häufig genanntes Argument für die Bekämpfung von Schwarzarbeit.[152]

---

[142] *Schneider/Badekow,* Ein Herz für Schwarzarbeiter, Berlin, 2006, S. 54.

[143] Stenographisches Protokoll, 160. Sitzung des NR, XX. Gesetzgebungsperiode vom 25.02.1999, 1. Anfrage, Nr. 244/M, S. 4.

[144] *Große-Halbuer,* Schattenwirtschaft. Schwarzarbeit ist heimliche Boombranche in Deutschland, Portal der WirtschaftsWoche vom 21.05.2008.

[145] *Große-Halbuer,* Schattenwirtschaft. Schwarzarbeit ist heimliche Boombranche in Deutschland, Portal der WirtschaftsWoche vom 21.05.2008.

[146] *Moser,* Strafrechtliche Aspekte der Schwarzarbeit, Innsbruck, Oktober 2001, S. 4; *Trautmann,* Aspekte der Schwarzarbeit. Die Ethische Bedeutung für den Einzelnen und die Allgemeinheit. GRIN Verlag, 2008, S. 4.

[147] *Hofer,* Arbeitsstrich. Unter polnischen Schwarzarbeitern, 1992: Das Buch beschreibt aus soziologischer Sicht die Umstände, unter welchen die Polen und Polinnen in Österreich arbeiten müssen und mit welchen Schwierigkeiten und Problemen sie sich herumschlagen müssen, um das für ihre Familien notwendige Geld zu verdienen;*Schneider/Badekow,* Ein Herz für Schwarzarbeiter, Berlin, 2006, S. 126; *Marschall*, Bekämpfung illegaler Beschäftigung, 2003, S. 2, Rz 7.

[148] *Enste,* Schattenwirtschaft und institutioneller Wandel, 2002, S. 27.

[149] *Kirchbacher/Presslauer*, § 153e StGB in *Höpfel/Ratz* (Hrsg.), WK zum StGB, 2. Auflage, Rz 2 zu § 153e StGB.

[150] *Miller,* Schwarzarbeit zwischen Anerkennung und Bekämpfung, Konstanz, 1985, S. 77; *Trautmann,* Aspekte der Schwarzarbeit. Die Ethische Bedeutung für den Einzelnen und die Allgemeinheit, GRIN Verlag, 2008, S. 4.

[151] *Brenner*, Die Strafrechtliche Bekämpfung von Schwarzarbeit, Berlin, 2008, S. 61; 1587 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des NR XX. GP, S. 28.

Durch die Pönalisierung der Nichtentrichtung der Sozialversicherungsbeiträge soll das Beitragsaufkommen der Solidargemeinschaft sämtlicher ehrlicher Beitragszahler geschützt werden.[153]

6 Vorteile der Schwarzarbeit und illegalen Beschäftigung

Der Vollständigkeit halber muss noch erwähnt werden, dass Schwarzarbeit und illegale Beschäftigung nicht nur sozial- und finanzschädigendsind, sondern ebenfalls positive Erscheinungen und Vorteile mit sich bringen.[154] Nach *Schneider* ist Schwarzarbeit „sogar wohlfahrtssteigernd".[155] Nach *Miller* fördert die Schwarzarbeit die gesellschaftliche Wohlfahrt.[156] Auf Grundlage von Berechnungen wurde festgestellt, dass der Großteil des durch die illegale Beschäftigung verdienten Gehaltes in den Staatshaushalt zurückgeflossen ist, indem der Schwarzlohn in der offiziellen Wirtschaft wieder ausgegeben wurde.[157] Dies hat wiederum zu einer Ankurbelung der Wirtschaft, v.a. durch die hohen Einnahmen aus der Mehrwertsteuer, geführt und als Folge ein höheres offizielles BIP mit sich gebracht hat.[158] Durch die vom Schwarzarbeiter für seine illegale Arbeit in der offiziellen Wirtschaft erworbenen Materialien und Werkzeuge kommt dem Staat die Umsatzsteuer zu Gute.[159]

Somit ist ein **volkswirtschaftlicher Vorteil** der Schwarzarbeit eine gestärkte private Kaufkraft, was als positive Folge, einen großen Teil des schwarz verdienten Einkommens wieder in die offizielle Wirtschaft rückfließen lässt.[160] Nach *Schneider* ist Schwarzarbeit für den *Wohlstand der Menschen* verantwortlich und seiner Meinung nach würde es zu fatalen Einbußen im regulären Wirtschaftssektor führen, wenn es keine Schwarzarbeit mehr gäbe.[161] Ökonomisch betrachtet sinkt nämlich die Nachfrage, wenn Leistungen, wie in unserem Fall insbesondere durch die Arbeitskosten, zu teuer sind, wiederum steigt die Nachfrage, wenn die Preise verhältnismäßig niedrig sind.[162] Dadurch wird die wirtschaftliche Aktivität erhöht und führt dies zu einer Steigerung des Wohlstandes der Bürger.[163] Durch Schwarzarbeit wird der Wirtschaftsgesamtumsatz gesteigert, weil vielfach, auf Grund zu hoher Kosten, einige Arbeiten gar nicht oder nur zum Teil von den beauftragenden Bürgern von legalen Arbeitern ausgeführt worden wä-

---

[152] Deutscher Bundestag, stenografischer Bericht, 15. Wahlperiode, S. 8483, 8485, 8496.

[153] *Bittmann*, Haftung für rückständige Arbeitnehmeranteile - Zur rechtstaatlichen Anwendung des § 266a Abs 1 StGB, DStR 2001, 855 (858); BGH vom 21.01.1997 - VI ZR 338/95, BGHZ 134, 304 (310) = NJW 1997, 1237 = ZIP 1997, 412 = VersR 1997, 49; BT-Dr. 10/5058, 10. Wahlperiode, S. 31.

[154] *Brenner*, Die Strafrechtliche Bekämpfung von Schwarzarbeit, Berlin, 2008, S. 56; *Engelmann,* Schwarzarbeit und ihre wirtschaftspolitischen Konsequenzen, GRIN Verlag, 2009, S. 1.

[155] *Losse*, Schwarzarbeit „Schöne Hilfe", WirtschaftsWoche-Interview mit Professor *Schneider*, Düsseldorf, 16.01.2010 http://www.wiwo.de/politik-weltwirtschaft/schoene-hilfe-419245/.

[156] *Miller,* Schwarzarbeit zwischen Anerkennung und Bekämpfung, Konstanz, 1985, S. 151.

[157] *Schneider/Badekow,* Ein Herz für Schwarzarbeiter, Berlin, 2006, S. 104 f; *Brenner*, Die Strafrechtliche Bekämpfung von Schwarzarbeit, Berlin, 2008, S. 95.

[158] *Trautmann,* Aspekte der Schwarzarbeit. Die Ethische Bedeutung für den Einzelnen und die Allgemeinheit. GRIN Verlag, 2008, S. 3; *Schneider/Badekow,* Ein Herz für Schwarzarbeiter, Berlin, 2006, S. 102.

[159] *Brenner*, Die Strafrechtliche Bekämpfung von Schwarzarbeit, Berlin, 2008, S. 95.

[160] *Schneider,* Ist Schwarzarbeit ein Volkssport geworden? Juni 1999, Arbeitspapier 9911, Linz, S. 3; *Schneider/Enste*, Schattenwirtschaft und Schwarzarbeit, 2000, S. 181.

[161] *Schneider/Badekow,* Ein Herz für Schwarzarbeiter, Berlin, 2006, S. 9.

[162] *Schneider,* Schwarzarbeit und Korruption in der Bauwirtschaft in *Diederichs*, Führungswissen für Bau- und Immobilienfachleute 1. Grundlagen, 2005, S. 285.

[163] *Schneider/Badekow,* Ein Herz für Schwarzarbeiter, Berlin, 2006, S. 102.

ren.[164] Auf Grund der höheren Kosten wäre die Nachfrage geringer und würde nicht zu einer zusätzlichen Wertschöpfung zum BIP beitragen und den Bedarf der Wirtschaftssubjekte nicht ausreichend decken.[165]

Auch dem Gesundheitssystem kommt die Schwarzarbeit, insbesondere im Pflegebereich, zu Gute, da durch diese die Gesundheitskosten stabil gehalten werden können.[166] Durch Schwarzarbeit kommt es auch zu einer Entlastung der Pflegeeinrichtungen, welche aus Kosten- oder Platzgründen nicht die Betreuung aller Pflegebedürftigen übernehmen können.[167]

Welche Vorteile bringt die Schwarzarbeit zusätzlich, insbesondere für die Arbeitnehmer und Arbeitgeber, mit sich? Es gibt zahlreiche Vorteile, welche als Argumente für die Ausübung einer illegalen Tätigkeit dienen. Für viele Hausfrauen ist die illegale Beschäftigung die einzige Möglichkeit, sich ein wenig eigenes Geld zu verdienen und eine berufliche Identität aufrecht zu erhalten.[168] Für viele Schwarzarbeiter ist die Ausübung einer derartigen verbotenen Tätigkeit unentbehrlich, um mit diesem Zusatzeinkommen ihre Existenz und die ihrer Familien zu wahren.[169] Da der Schwarzarbeiter keine Abgaben zahlt, kann er auf diese Weise mehr verdienen.[170] Arbeitet man schwarz, so kommt man in der halben Arbeitszeit auf den gleichen Verdienst, wie im Rahmen einer legalen Beschäftigung.[171] Darüber hinaus ist Pfuschen eine anerkannte „Freizeitbeschäftigung", welche insbesondere von „nebenberuflichen Schwarzarbeitern" praktiziert wird.[172]

Auch für den Pfusch-Arbeitgeber bringt Schwarzarbeit Vorteile. Schwarzarbeiter sind nämlich billiger.[173] Der Arbeitgeber erspart sich die Lohnabgaben und die Zeit für die bürokratischen Erledigungen, welche mit der Meldung etc. verbunden sind.[174] Schwarzarbeiter sind oft sogar verlässlicher in ihren Zusagen, sowohl was die Kosten als auch die Zeit anbelangt, als größere Firmen.[175] Sie sind flexibler, in Bezug auf Arbeitszeiten, oft schneller und die Qualität ihrer Leistungen und Güter sind zufriedenstellend.[176] Für den Auftraggeber ist es einfacher, eine Ansprechperson zu haben, welche

---

[164] *Miller,* Schwarzarbeit zwischen Anerkennung und Bekämpfung, Konstanz, 1985, S. 151; *Schneider/Enste*, Schattenwirtschaft und Schwarzarbeit, 2000, S. 181; *Brenner*, Die Strafrechtliche Bekämpfung von Schwarzarbeit, Berlin, 2008, S. 57.

[165] *Brenner*, Die Strafrechtliche Bekämpfung von Schwarzarbeit, Berlin, 2008, S. 57 f.

[166] *Brenner*, Die Strafrechtliche Bekämpfung von Schwarzarbeit, Berlin, 2008, S. 95.

[167] *Brenner*, Die Strafrechtliche Bekämpfung von Schwarzarbeit, Berlin, 2008, S. 65.

[168] *Schneider/Badekow,* Ein Herz für Schwarzarbeiter, Berlin, 2006, S. 19.

[169] *Madl* in Stenographisches Protokoll, 160. Sitzung des NR, XX. Gesetzgebungsperiode vom 25.02.1999, 1. Anfrage, Nr. 244/M, S. 5; *Schneider/Badekow,* Ein Herz für Schwarzarbeiter, Berlin, 2006, S. 124.

[170] *Trautmann,* Aspekte der Schwarzarbeit. Die Ethische Bedeutung für den Einzelnen und die Allgemeinheit, 2008, S. 3.

[171] *Schneider/Badekow,* Ein Herz für Schwarzarbeiter, Berlin, 2006, S. 51.

[172] *Friebe,* Das Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit, Köln, 1970, S. 109-111; *Miller,* Schwarzarbeit zwischen Anerkennung und Bekämpfung, Konstanz, 1985, S. 44 und 49 und 106 ff; *Reichel*, Pfuschen Schwarzarbeit, Schattenwirtschaft, S. 167 in *Reichel/Lesnik,* Ist Arbeit sozial? Arbeiten neu bewerten, Wien, 2000; *Brenner*, Die Strafrechtliche Bekämpfung von Schwarzarbeit, Berlin, 2008, S. 95.

[173] *Lageman*, Schwarzarbeit im Handwerk. Erscheinungsformen – Dimensionen – Ursachen in *Lamnek/Luedtke* (Hrsg.), Der Sozialstaat zwischen "Markt" und "Hedonismus"?, Band 1, 1999, S. 330; *Friebe,* Das Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit, Köln, 1970, S. 117.

[174] *Trautmann,* Aspekte der Schwarzarbeit. Die Ethische Bedeutung für den Einzelnen und die Allgemeinheit, 2008, S. 3.

[175] *Reichel*, Pfuschen Schwarzarbeit, Schattenwirtschaft, S. 167 f. in *Reichel/Lesnik*, Ist Arbeit sozial? Arbeiten neu bewerten, Wien, 2000; *Schneider,* Schwarzarbeit und Korruption in der Bauwirtschaft in *Diederichs*, Führungswissen für Bau- und Immobilienfachleute 1. Grundlagen, 2005, S. 284.

[176] *Schneider/Enste*, Schattenwirtschaft und Schwarzarbeit, 2000, S. 41 und 188; *Friebe,* Das Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit, Köln, 1970, S. 123; *Schneider,* Schwarzarbeit und Korruption in der Bauwirtschaft in *Diederichs*, Führungs-

alle einzelnen Schwarzarbeiten koordiniert, als mit jedem Handwerker separat die Details durchzugehen und die Arbeitstermine auszumachen.[177]

Unternehmer können durch die Inanspruchnahme von Schwarzarbeitern flexibler auf die schwankende Nachfragesituation reagieren, indem sie in Zeiten mit hoher Auftragslage Schwarzarbeiter zusätzlich arbeiten lassen, um nicht Kunden zu verlieren.[178]

Darüber hinaus leisten Schwarzarbeiter meist sehr gute Arbeit, erstens weil sie von Bekannten, bei denen sie bereits erfolgreich und zufriedenstellend eingesetzt wurden, empfohlen werden und zweitens weil ihre Vermarktung ausschließlich auf der Ausübung eines „guten Jobs" und guten Rufs basiert und ihnen nur auf Grund von Weiterempfehlungen neue Aufträge vermittelt werden.[179]

Durch die Erwähnung von auch positiven Aspekten der Schwarzarbeit soll darauf aufmerksam gemacht werden, dass, wenn man die Schwarzarbeit nur wegen finanzieller Gesichtspunkt als etwas Schlechtes betrachtet, diese Sichtweise zu eng ist .[180] Auch wäre es nicht wahrheitstreu dem Schwarzarbeiter reine Bereicherungsinteressen vorzuwerfen und diesen als „Bösen" darzustellen.[181] Grundsätzlich wird es jedoch so sein, dass sowohl der Arbeitgeber als auch der Arbeitnehmer von der Schwarzarbeit profitieren, der erste wegen der Möglichkeit des Einsatzes von billigen Arbeitskräften und der zweite wegen der Erzielung eines höheren Netto-Einkommens, jedoch immer zum Nachteil der Allgemeinheit.[182]

7 Wirtschaftliche Folgen der Schwarzarbeit

Auch wenn die Schwarzarbeit teilweise Vorteile mit sich bringt, muss jedoch entschlossen festgehalten werden, dass die negativen Folgen jedenfalls ins Gewicht fallen.[183] Denn die hohen Steuereinbußen und nicht abgeführten Sozialabgaben, welche zu massiven Defiziten des Staates und der Sozialversicherungsträger[184] führen, wirken sich auf das Gemeinwohl aller Bürger negativ aus.[185] Schwarzarbeit kann auch zur Schädigung von exekutionsrechtlichen Gläubigern führen, weil mangels Anführung des Schwarzlohns im Vermögensverzeichnis dieser Verdienst im Rahmen der Lohnpfändung unbeachtet bleibt.[186]

---

wissen für Bau- und Immobilienfachleute 1. Grundlagen, 2005, S. 284; *Brenner*, Die Strafrechtliche Bekämpfung von Schwarzarbeit, Berlin, 2008, S. 57.

[177] *Schneider,* Schwarzarbeit und Korruption in der Bauwirtschaft in *Diederichs*, Führungswissen für Bau- und Immobilienfachleute 1. Grundlagen, 2005, S. 284.

[178] *Friebe,* Das Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit, Köln, 1970, S. 119 und 123.

[179] *Schneider/Badekow,* Ein Herz für Schwarzarbeiter, Berlin, 2006, S. 20; *Miller,* Schwarzarbeit zwischen Anerkennung und Bekämpfung, Konstanz, 1985, S. 27; *Reichel*, Pfuschen Schwarzarbeit, Schattenwirtschaft, S. 167 f, in *Reichel/ Lesnik,* Ist Arbeit sozial? Arbeiten neu bewerten, Wien, 2000.

[180] *Reichel*, Pfuschen Schwarzarbeit, Schattenwirtschaft, S. 167 f. in *Reichel/Lesnik*, Ist Arbeit sozial? Arbeiten neu bewerten, Wien, 2000.

[181] *Friebe,* Das Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit, Köln, 1970, S. 108.

[182] *Boxleitner* in *Wabnitz/Janovsky,* Hb des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 3. Auflage, Kapitel 17, Rz 41.

[183] *Marschall*, Bekämpfung illegaler Beschäftigung, 2003, S. 2, Rz 6.

[184] *Schneider,* Determinanten der Steuerhinterziehung und der Schwarzarbeit im internationalen Vergleich, März 1994, Arbeitspapier Nr. 9406, Linz, S. 3.

[185] *Fehn* (Hrsg.), SchwarzArbG-Hk, 2006, Vorwort, S. 6; *Schneider*, Zunehmende Schattenwirtschaft in Deutschland: eine wirtschafts- und staatspolitische Herausforderung, 2002, S. 14; *Marschall*, Bekämpfung illegaler Beschäftigung, 2003, S. 2, Rz 6.

[186] *Marschall*, Bekämpfung illegaler Beschäftigung, 2003, S. 3 f, Rz 10.

Schwarzarbeit wird bekämpft, weil sie die Wirtschaft gefährdet und erhebliche Ausfälle an Steuern verursacht.[187] Auch gehen hohe Summen an Sozialversicherungsbeiträgen durch Schwarzarbeit verloren.[188] Schwarzarbeit schädigt somit sowohl den Fiskus als auch die Sozialversicherungsträger.[189]

Nach Aussage des Forschers des Instituts der Deutschen Wirtschaft Köln, *Dominik Enste*, verliert der Staat auf Grund von Schwarzarbeit jährlich 5 Milliarden EURO an Einkommensteuern und 12 Milliarden EURO an Sozialabgaben.[190]

Aber nicht nur der Entgang der Staatseinnahmen ist ein Grund, wieso die Schwarzarbeit und illegale Beschäftigung ein Problem darstellen, sondern auch die verzerrte Wahrnehmung des Konsums, der Kaufkraft, des Einkommens, die Verfälschung der offiziellen Wirtschaftsmessung.[191] Insbesondere kommt es dadurch zu einer Überschätzung der Arbeitslosenquote.[192] Denn die als arbeitslos gemeldeten Personen, welche trotzdem einer illegalen Tätigkeit nachgehen, werden nicht in die offizielle Zahl der Beschäftigten eingerechnet, was folglich eine niedrigere Beschäftigungszahl, als die wahrheitsgetreue, faktisch wirkliche Zahl ergibt.[193] Der Staat setzt folglich falsche arbeits- bzw. wirtschaftspolitische Maßnahmen auf Grund der verfälschten offiziellen Arbeitsmarkt-, Kaufkraft- und Wirtschaftsmarktstatistiken, und die volkswirtschaftliche Entwicklung wird falsch bewertet.[194]

Eine negative Folge ist auch die **Verzerrung des Wettbewerbs** zwischen den Unternehmen.[195] Denn die Unternehmen, welche legal Arbeitnehmer beschäftigen haben gezwungenermaßen höhere Ausgaben im Vergleich zu Unternehmen, welche Arbeitnehmer schwarz beschäftigen und können in weiterer Folge ihre Leistungen zu billigeren Preisen anbieten.[196] Dies hat zur Folge, dass der „brave" Unternehmer, der rechtskonform Agierende, der immer Steuern zahlt und Sozialabgaben entrichtet, mit erheblichen Wettbewerbsnachteilen zu rechnen hat, weil er niedrige Erträge erwirtschaften

---

[187] *BMF,* Anfragebeantwortung, GZ BMF-310205/0006-I/4/2010, 4241/AB XXIV. GP, Wien, 2010, S. 4 von 17, enthält eine Tabelle mit den Rückständen an Umsatzsteuer, Einkommensteuer, Körperschaftsteuer und Lohnsteuer von dem Jahre 2000 bis 2009, wobei überall steigende Tendenzen zu verzeichnen sind.

[188] *Berger/Schneider*, Schattenwirtschaft und Steuerhinterziehung: Ökonomische und psychologische Aspekte, S. 10 f; *Schneider,* Determinanten der Steuerhinterziehung und der Schwarzarbeit im internationalen Vergleich, März 1994, Arbeitspapier Nr. 9406, Linz, S. 3.

[189] *Boxleitner* in *Wabnitz/Janovsky,* Hb des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 3. Auflage, Kapitel 17, Rz 1.

[190] *Enste* im Artikel von *Große-Halbuer,* Schattenwirtschaft. Schwarzarbeit ist heimliche Boombranche in Deutschland, Portal der WirtschaftsWoche vom 21.05.2008.

[191] *Brenner*, Die Strafrechtliche Bekämpfung von Schwarzarbeit, Berlin, 2008, S. 58; *Miller,* Schwarzarbeit zwischen Anerkennung und Bekämpfung, Konstanz, 1985, S. 157 ff.

[192] *Moser,* Strafrechtliche Aspekte der Schwarzarbeit, Innsbruck, Oktober 2001, S. 4; *Schneider,* Determinanten der Steuerhinterziehung und der Schwarzarbeit im internationalen Vergleich, März 1994, Arbeitspapier Nr. 9406, Linz, S. 3 f; *Schneider,* Schattenwirtschaft – Tatbestand, Ursachen, Auswirkungen, Arbeitspapier 0007, Linz, April 2000, S. 10.

[193] *Enste,* Schattenwirtschaft und institutioneller Wandel, 2002, S. 31; *Moser,* Strafrechtliche Aspekte der Schwarzarbeit, Innsbruck, Oktober 2001, S. 4.

[194] *Berger/Schneider*, Schattenwirtschaft und Steuerhinterziehung: Ökonomische und psychologische Aspekte, S. 11; *Schneider/Pöll*, Schattenwirtschaft, Juli 1998, Arbeitspapier 9817, Linz, Kapitel 2, S. 3 f; *Schneider,* Ist Schwarzarbeit ein Volkssport geworden? Juni 1999, Arbeitspapier 9911, Linz, S. 2; *Miller,* Schwarzarbeit zwischen Anerkennung und Bekämpfung, Konstanz, 1985, S. 259; *Brenner*, Die Strafrechtliche Bekämpfung von Schwarzarbeit, Berlin, 2008, S. 58 f.

[195] *Marschall*, Bekämpfung illegaler Beschäftigung, 2003, S. 3, Rz 9; *Hempel,* Geleitwort in *Mayer (Hrsg.),* Schwarzarbeit, Pfuscht der Gesetzgeber? 1999, S. V; *Enste,* Schattenwirtschaft und institutioneller Wandel, 2002, S. 24; *Moser,* Strafrechtliche Aspekte der Schwarzarbeit, Innsbruck, Oktober 2001, S. 4; *Houf,* Neue Wege der Betrugsbekämpfung. KIAB, persaldo, S. 11.

[196] *Enste,* Schattenwirtschaft und institutioneller Wandel, 2002, S. 61; *Lechner/Strunz,* Bekämpfung der Schwarzarbeit, 4. Auflage, 2007, S. 34; *WKO,* Jank zu Schwarzarbeit: Auch Wien stark betroffen. Presse und Medienmanagment vom 07.01.2010,

wird, als ein vergleichbarer „Pfuscher-Arbeitgeber“, welcher derartige finanzielle Aufwendungen auf Grund seiner illegalen Tätigkeit nicht hat.[197] Dies kann sich für seriöse Unternehmer existenzbedrohend auswirken.[198] Daraus folgt, dass gesetzestreu beschäftigende Arbeitgeber Wettbewerbsnachteile erleiden und vielfach dadurch legale Arbeitsplätze zerstört werden.[199]

8 Schlussfolgerungen

Trotz all dieser einführenden Gedanken und teilweise positiver Aspekte, wie zusätzliche Wertschöpfung, günstigere Befriedigung der Bedürfnisse der Menschen, muss meiner Meinung nach jedenfalls jeder Staat Maßnahmen mittels effektiver normativer Bestimmungen setzen, mit denen jegliche steigenden Tendenzen zur Ausübung der Schwarzarbeit und illegaler Beschäftigung in Grenzen gehalten werden, insbesondere um einen gut organisierten und funktionierenden Sozialstaat zu erhalten. Es müssen die Ungerechtigkeiten gegenüber der Allgemeinheit als Solidargemeinschaft gestoppt werden, die Marktteilnehmer vor unlauterem Wettbewerb und gleichheitswidrigen Konkurrenten geschützt werden und die finanziellen Defizite des Staates und der Sozialversicherungsträgern begrenzt werden, welche vielfach mit Verlusten in Milliardenhöhe kalkulieren müssen.[200]

Nach stRsp des VwGH stellt die Ausübung einer Beschäftigung, ohne im Besitz der dafür erforderlichen Berechtigung zu sein, im Hinblick auf das große öffentliche Interesse an der Verhinderung von Schwarzarbeit eine schwerwiegende *Gefährdung der öffentlichen Ordnung* dar.[201]

Auch unter dem Blickwinkel der Beibehaltung eines geregelten Arbeitsmarktes besteht ein großes öffentliches Interesse an der Verhinderung von Schwarzarbeit.[202]

Zusätzlich wird durch die Schwarzarbeit die Arbeitslosigkeit gefördert.[203] Wegen wirtschafts- und sozialpolitischer Nachteile und auch aus gesellschaftswirtschaftlicher Sicht ist Schwarzarbeit jedenfalls abzulehnen.[204]

Schwarzarbeit ist als große **staatspolitische und wirtschaftspolitische Herausforderung** jedes Staates zu qualifizieren.[205] Auch stellt sie stets ein empfindliches politi-

---

[197] *Weber*, Illegale Beschäftigung – Aussagen über das Hellfeld in *Lamnek/Luedtke* (Hrsg.), Der Sozialstaat zwischen "Markt" und "Hedonismus"?, Band 1, 1999, S. 337; *Trautmann,* Aspekte der Schwarzarbeit. Die Ethische Bedeutung für den Einzelnen und die Allgemeinheit. GRIN Verlag, 2008, S. 5; *Boxleitner* in *Wabnitz/Janovsky,* Hb des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 3. Auflage, Kapitel 17, Rz 1; *Marschall*, Bekämpfung illegaler Beschäftigung, 2003, S. 149, Rz 572; 1587 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des NR XX. GP, S. 28.

[198] *Bundesinnung Bau der WKO,* Wege aus der Schwarzarbeit, März 2009, S. 7; *Achitz/Weber, AK/ÖGB (Hrsg.),* Kampfansage! Stopp dem Sozial- und Steuerbetrug durch »schwarze Schafe« unter den Unternehmern vom 15.04.2002.

[199] *Marschall*, Bekämpfung illegaler Beschäftigung, 2003, S. 3, Rz 8 f; *Boxleitner* in *Wabnitz/Janovsky,* Hb des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 3. Auflage, Kapitel 17, Rz 1; *Berwanger* in *Fehn* (Hrsg.), SchwarzArbG-Hk, 2006, § 21, Rz 2; *Fehn* in *Fehn* (Hrsg.), SchwarzArbG-Hk, 2006, § 1, Rz 7.

[200] *Lechner/Strunz,* Bekämpfung der Schwarzarbeit, 4. Auflage, 2007, S. 33; *Trautmann,* Aspekte der Schwarzarbeit. Die Ethische Bedeutung für den Einzelnen und die Allgemeinheit. GRIN Verlag, 2008, S. 5; *Brenner*, Die Strafrechtliche Bekämpfung von Schwarzarbeit, Berlin, 2008, S. 92; *WK Wien,* Jank zu Schwarzarbeit: Auch Wien stark betroffen. Presse und Medienmanagment vom 07.01.2010,

[201] VwGH vom 05.07.2011, 2008/21/0125; VwGH vom 10.05.2011, 2007/18/0681.

[202] VwGH vom 10.05.2011, 2007/18/0681; VwGH vom 20.12.2011, 2011/23/0262; VwGH vom 21.06.2012, 2011/23/0421; VwGH vom 21.06.2012, 2011/23/0146; VwGH vom 10.10.2012, 2009/18/0491.

[203] BMAS, Illegale Beschäftigung und Schwarzarbeit schadet uns allen, S. 6 f; *Schneider,* Schwarzarbeit und Korruption in der Bauwirtschaft in *Diederichs*, Führungswissen für Bau- und Immobilienfachleute 1. Grundlagen, 2005, S. 279.

[204] *Schneider,* Schwarzarbeit und Korruption in der Bauwirtschaft in *Diederichs*, Führungswissen für Bau- und Immobilienfachleute 1. Grundlagen, 2005, S. 285; *Marschall*, Bekämpfung illegaler Beschäftigung, 2003, S. 149, Rz 572.

sches Thema dar.[206] Einerseits könnte es sich keine politische Partei leisten, jede Art von Schwarzarbeit und illegaler Beschäftigung zu sanktionieren oder ihre Bekämpfung strikt zu fordern, weil dadurch die Wahrscheinlichkeit des Verlustes von Wählerstimmen – unter anderem wegen der hohen Akzeptanz der Schwarzarbeit unter der Bevölkerung – sehr hoch wäre.[207] Anderseits muss auf Grund der hohen Finanzverluste und sonstiger negativen Folgen, insbesondere für die ausgebeuteten Arbeitnehmer, vor allem die Verfolgung von kriminell organisierten mafiösen Schwarzarbeitgebern konsequent durchgesetzt werden.[208] Doch den großen Schwarzarbeitgeberunternehmer ist es vielfach, wegen eines gut durchdachten Systems und Organisation, schwierig etwas nachzuweisen.[209]

Die Österreichische Bundesregierung hat zum Beispiel in ihrem Regierungsprogramm für die XXII. Gesetzgebungsperiode im Kapitel „Justiz" sich die Strafbarkeit von Sozialbetrug und insbesondere organisierter Schwarzarbeit zum Ziel gemacht.[210] Unter dem Kapitel „Finanzen" wurden Einsparungen von 3,0 Mrd. EURO durch Maßnahmen zur Schwarzarbeitsbekämpfung angekündigt.[211] Die Bekämpfung der Schwarzarbeit stellt ebenfalls einen wesentlichen Aspekt des Regierungsprogramms für die XXIV. Gesetzgebungsperiode dar.[212]

Wobei zu erwähnen ist, dass das Bestreben der Regierung, die Schwarzarbeit zu bekämpfen, bereits in der XX. Gesetzgebungsperiode verfolgt wurde und im Jahre 1999 ein eigenes Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz angestrebt wurde, welches auch gerichtliche Strafen in Fällen von qualifizierter Schwarzarbeit vorgesehen hat, jedoch ein derartiges Gesetz niemals in Kraft getreten ist und es bei einem Gesetzesentwurf geblieben ist.[213]

Im Vergleich dazu gibt es in Deutschland seit längerem ein eigenes Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz. Neben gesetzlichen Sanktionen wird auch von der Politik versucht, mit wirtschaftspolitischen Maßnahmen, wie Steuererhöhungen- bzw. -senkungen, Erhöhungen bzw. Senkungen der Versicherungsbeiträge, Schaffung der Möglichkeit, bestimmte Aufwendungen steuerlich abzusetzen, das Ausmaß der Schattenwirtschaft zu regulieren..[214]

Inwiefern die Regierung die Punkte des Gesetzesentwurfes aus dem Jahre 1999 bis zum Jahr 2013 effektiv umsetzen konnte und welche Maßnahmen die Gesetzgeber von Deutschland und Polen gesetzt haben, um die Schwarzarbeit und die illegale Beschäftigung zu bekämpfen, wird unter anderem in der Arbeit behandelt werden.

---

[205] *Enste,* Schattenwirtschaft und institutioneller Wandel, 2002, S. 240; *Schneider,* Schattenwirtschaft – Tatbestand, Ursachen, Auswirkungen, Arbeitspapier 0007, Linz, April 2000, S. 13; *Schneider/Torgler/Schaltegger,* Schattenwirtschaft und Steuermoral, Zürich, 2008, S. 83.

[206] *Moser,* Strafrechtliche Aspekte der Schwarzarbeit, Innsbruck, Oktober 2001, S. 1.

[207] *Schneider*/*Enste*, Schattenwirtschaft und Schwarzarbeit, 2000, S. 189 und 192; *Schneider/Badekow,* Ein Herz für Schwarzarbeiter, Berlin, 2006, S. 123; *Schneider,* Schattenwirtschaft – Tatbestand, Ursachen, Auswirkungen, Arbeitspapier 0007, Linz, April 2000, S. 8; *Schneider,* Schwarzarbeit und Korruption in der Bauwirtschaft in *Diederichs*, Führungswissen für Bau- und Immobilienfachleute 1. Grundlagen, 2005, S. 279.

[208] *Fehn* (Hrsg.), SchwarzArbG-Hk, 2006, Vorwort, S. 5; *Miller,* Schwarzarbeit zwischen Anerkennung und Bekämpfung, Konstanz, 1985, S. 254 f.

[209] *Schneider/Badekow,* Ein Herz für Schwarzarbeiter, Berlin, 2006, S. 125.

[210] Regierungsprogramm der Bundesregierung für die XXII. Gesetzgebungsperiode, S. 9 von 40.

[211] Regierungsprogramm der Bundesregierung für die XXII. Gesetzgebungsperiode, S. 37 von 40.

[212] Regierungsprogramm für die XXIV. Gesetzgebungsperiode. Regierungsprogramm 2008 – 2013. Gemeinsam für Österreich, S. 28 f von 267.

[213] EBRV SozBeG 698 BlgNR XXII. GP, S. 4 von 22.

[214] *Schneider/Torgler/Schaltegger,* Schattenwirtschaft und Steuermoral, Zürich, 2008, S. 40 f.

Die einzelnen Gesetzgeber reagieren vielfach auch mit gerichtlichen Strafen bei der Bekämpfung von Schwarzarbeit. Ob die Notwendigkeit von gerichtlichen Strafsanktionen erforderlich ist, weil das Strafrecht als **ultima ratio** dem Staat als letzte und stärkste Keule zur Verfügung stehen soll und erst dann gerichtliche Strafen vorzusehen sind, wenn andere rechtliche Alternativen keinen Erfolg gebracht haben,[215] wird ebenfalls in der Arbeit behandelt werden.

Der Hauptteil der Arbeit wird sich mit den gesetzlichen Normen, die der Bekämpfung der Schwarzarbeit dienen sollen, beschäftigen.

II Versuch einer Definition der Begriffe Schwarzarbeit – illegale Beschäftigung–Schattenwirtschaft, anhand einzelner Erscheinungsformen

A Einleitung

1 Abgrenzungsschwierigkeiten

Schwarzarbeit und illegale Beschäftigung sind ein Problem, mit dem der Staat schon seit vielen Jahren zu kämpfen hat. Doch was versteht man unter diesen Begriffen? Sind Schwarzarbeit und illegale Beschäftigung als Synonyme zu verstehen oder handelt es sich um zwei voneinander zu differenzierende Begriffe?

Gegenstand der Untersuchung umfasst zunächst die Frage, was unter den Begriffen „Schwarzarbeit“ und „illegale Beschäftigung“ allgemein zu verstehen ist und wie sich der Begriff „Schattenwirtschaft“ zum Begriff der „Schwarzarbeit“ verhält.

Außerdem werden in dem Kapitel die **Erscheinungsformen,** welche den beiden Begriffen „Schwarzarbeit“ und „illegale Beschäftigung“ zu Grunde liegen, behandelt werden.

Die illegale Beschäftigung stellt ein komplexes Thema dar, welches sich auf mehrere Rechtsgebiete verteilt, nämlich das Strafrecht und Ordnungswidrigkeiten- Verwaltungsstrafrecht, das Steuerrecht, Arbeits- und Sozialrecht, Gewerberecht sowie Zivilrecht.[216]

Prinzipiell kann anfänglich klargestellt werden, dass es an einer alle Erscheinungsformen umfassenden normativen Legaldefinition in den in der Arbeit behandelten Rechtsordnungen mangelt und jeder einzelne Staat den Begriff der Schwarzarbeit mehr oder weniger extensiv bzw. restriktiv normiert.[217] Grundsätzlich ist somit von der **Nicht-Existenz** einer **allgemeingültigen Definition** des Begriffs **Schwarzarbeit** auszugehen, insbesondere wegen der unterschiedlichen Verwendung der Begriffe.[218]

Soweit eine Legaldefinition existiert, wird diese besprochen werden, ansonsten muss die Schwarzarbeit durch die Umschreibung ihrer Tatbestandsmerkmale definiert werden.

Anfänglich werden in diesem Kapitel die Begriffe wie sie in Wörterbüchern definiert werden erörtert, danach wird anhand von repräsentativen Autoren dargelegt, wie die

---

[215] *Ransiek* in *Kohlmann,* Steuerstrafrecht mit Ordnungswidrigkeitenrecht und Verfahrensrecht, Kommentar zu den §§ 369-412 AO, Loseblattsammlung, 42. Ergänzungslieferung, März 2010, Rz 30; *Reindl-Krauskopf*, Sozialbetrug aus strafrechtlicher Sicht, DRdA 2008, S. 389; *Moser,* Strafrechtliche Aspekte der Schwarzarbeit, Innsbruck, Oktober 2001, S. 1.

[216] *Marschall*, Bekämpfung illegaler Beschäftigung, 2003, Vorwort.

[217] *Engelmann,* Schwarzarbeit und ihre wirtschaftspolitischen Konsequenzen, GRIN Verlag, 2009, S. 4.

[218] *Enste,* Schattenwirtschaft und institutioneller Wandel, 2002, S. 6

Begriffe in der Lehre und Literatur verstanden werden und schlussendlich behandelt die Arbeit die gesetzlichen Definitionen nach der Rechtsordnung Österreichs, Deutschlands und Polens und die einzelnen Erscheinungsformen der Begriffe „Schwarzarbeit“ und „illegale Beschäftigung“.

2 Wörterbuchdefinitionen

Anfangs soll behandelt werden, was unter den Begriffen der „illegalen Beschäftigung“ und „Schwarzarbeit“ im allgemeinen Sprachgebrauch zu verstehen ist.

Wenn man sich den Begriff „illegale Beschäftigung“ genauer anschaut, dann wird man feststellen müssen, dass man nach dem Wortlaut unter den Begriff der illegalen Beschäftigung alle Fälle subsumieren kann, bei welchen bei einer Beschäftigung gegen geltende Gesetze verstoßen wird und somit illegal = gesetzwidrig gehandelt wird.[219] Unter diesem Blickwinkel sind somit Verstöße gegen zwingende Bestimmungen, welche der Gesetzgeber in die Rechtsordnung implementiert hat, um insbesondere den Arbeitnehmer zu schützen, wie Verstöße gegen Arbeitszeiten und die gesetzwidrige Beschäftigung von Ausländer ein Aspekt der illegalen Beschäftigung.

Diese Definition wäre jedoch zu weitgehend und der Umfang der Arbeit würde ins uferlose führen, weswegen nachstehend der Begriff eingeengt und konkretisiert werden soll.

Grundsätzlich fallen im Sprachgebrauch unter den Begriff der Schwarzarbeit verschiedenste Tätigkeiten, wie kleine Dienstleistungen nach der Arbeit, die illegale Arbeit als „Hauptberuf“, wie bei Scheinselbständigen, wobei Steuern und Sozialversicherungsbeiträge hinterzogen, gegen Wettbewerbs- und Gewerberecht verstoßen wird sowie staatliche Leistungen, wie Arbeitslosengeld, missbraucht werden.[220]

In der österreichischen Volksöffentlichkeit wird auch häufig ganz allgemein von „*Illegalen*“ oder auch vom "*Pfusch*" gesprochen.[221]

Im allgemeinen Sprachgebrauch der Österreicher ist unter dem Begriff „Pfusch“ einerseits umgangssprachlich abwertend eine „mangelhaft, nachlässig und schlecht gemachte Arbeit“ zu verstehen und andererseits auch die Schwarzarbeit.[222] Insofern kann festgehalten werden, dass ein Österreicher die Begriffe „Pfusch“ und „Schwarzarbeit“ als Synonyme versteht.

Das **österreichische** Wörterbuch begnügt sich bei dem Begriff der Schwarzarbeit mit einer kurzen Definition, nämlich *„illegale Arbeit, Pfusch“*[223]. Schlägt man weiterführend im Wörterbuch den Begriff Pfusch nach, so kann man lesen *„(ugs.) Schwarzarbeit, unbefugtes Arbeiten“*[224]*, aber zusätzlich auch „(ugs. abw.) unsachgemäße Arbeit“*[225].

---

[219] *Marschall*, Bekämpfung illegaler Beschäftigung, 2003, S. 9, Rz 31; *Vial/Walzel,* Illegale Beschäftigung. Unerlaubte Arbeitnehmerüberlassung, unerlaubte Ausländerbeschäftigung, Leistungsmissbrauch, Schriftenreihe der Bundesanstalt für Arbeit, Heft 29, Kohlhammer Verlag, Stuttgart/ Berlin/ Köln, 1989, S. 11.

[220] *Enste,* Schattenwirtschaft und institutioneller Wandel, 2002, S 12.

[221] Verein ZEBRA, Interkulturelles Beratungs- und Therapiezentrum in Graz, Lexikon, Begriff Schwarzarbeit (illegale Beschäftigung), www.zebra.or.at/lexikon.php?show=s#schwarzarbeit; Wikipedia, Schwarzarbeit, http://de.wikipedia.org/wiki/Schwarzarbeit.

[222] *Fussy/Steiner* (Red.), Österreichisches Wörterbuch, Wien, 40.Auflage, 2006, S. 495f.

[223] *Fussy/Steiner* (Red.), Österreichisches Wörterbuch, Wien, 40.Auflage, 2006, S. 584.

[224] *Fussy/Steiner* (Red.), Österreichisches Wörterbuch, Wien, 40.Auflage, 2006, S. 495f.

[225] *Fussy/Steiner* (Red.), Österreichisches Wörterbuch, Wien, 40.Auflage, 2006, S. 496.

Im **deutschen** aktuellen Wörterbuch Duden wird das Wort Schwarzarbeit auf nachstehende Weise definiert: *„die <o. Pl.>: illegale, bezahlte, aber nicht behördlich angemeldete Arbeit, Tätigkeit, für die keine Steuern und Sozialabgaben entrichtet werden“*[226]

Nach Duden spricht von illegaler Beschäftigung, wenn eine Person *„gesetzwidrig, ungesetzlich; ohne behördliche Genehmigung“*[227] einer *„bezahlten Tätigkeit, beruflichen Arbeit“*[228] nachgeht.

Ein sehr umfassendes Lexikon von Brockhaus, Studienlexikon Recht, definiert den Begriff der Schwarzarbeit, insbesondere unter dem Blickwinkel des Sozialrechtes und führt insbesondere mit zusätzlichen Information wie folgt aus: *„Schwarzarbeit, Sozialrecht: Erbringung von Dienstleistungen oder Werkleistungen in erheblichem Umfang ohne Beachtung gesetzlicher Mitteilungspflichten, § 1 des Gesetzes zur Bekämpfung der Schwarzarbeit (SchwarbG).*

Die Missachtung der Mitteilungspflichten ist ordnungswidrig. Die Mitteilungspflichten selbst umfassen für den Bereich der Sozialversicherungspflicht Meldungen gegenüber dem Arbeitsamt, der Krankenkasse, der Unfallversicherung oder Rentenversicherung oder gegenüber einem Sozialhilfeträger und bei den Leistungsträgern nach dem Asylbewerberleistungsgesetz. Verhindert werden soll damit, über den Bereich der Scheinselbständigen hinaus, die illegale Tätigkeit unter Missachtung der Sozialversicherungspflicht als solche. Bezweckt wird damit einerseits die Heranziehung zu den gesetzlichen Pflichtbeiträgen zu den verschiedenen Sozialversicherungszweigen, andererseits soll ein Missbrauch von Leistungsansprüchen in der Sozialversicherung verhindert werden. Illegale Beschäftigung neben beispielsweise den Bezug von Lohnersatzleistungen, wie Krankengeld oder Arbeitslosengeld bzw. Leistungen der Grundsicherung für Arbeitssuchende nach dem SGB II, ist danach zu unterbinden bzw. ein Tätig- werden bestimmter Ausländergruppen, die der Arbeitsgenehmigung bedürfen, aber weder eine Erlaubnis noch Berechtigung haben (§§ 284-288 SGB III), zu verhindern. (…)“[229]

Nach *Köbler* ist Schwarzarbeit *„die ohne die gesetzlich vorgeschriebene Anmeldung bei der zuständigen Behörde ausgeführte Abgabenersparnis ermöglichende Arbeit“*.[230]

Ein deutsch-polnisches Wörterbuch übersetzt den Begriff der Schwarzarbeit folglich *„praca na czarno, praca nielegalna*“[231], was soviel heißt wie Schwarzarbeit, illegale Arbeit.

In Polen wird der Begriff der Schwarzarbeit teilweise auch als umgangssprachliche Bezeichnung für die illegale Arbeitnehmerbeschäftigung verstanden.[232]

3 Begriff der Schwarzarbeit, illegalen Beschäftigung und Schattenwirtschaft in der Lehre und Literatur

Gegenstand dieses Kapitels ist der Begriff der Schwarzarbeit und illegalen Beschäftigung sowie der Schattenwirtschaft, wie er in der Lehre verstanden und definiert wird.

---

[226] *Dudenredaktion* (Hrsg.), Duden Deutsches Universalwörterbuch, 6. Auflage, 2007, S. 1508.

[227] *Dudenredaktion* (Hrsg.), Duden Deutsches Universalwörterbuch, 6. Auflage, 2007, S. 868.

[228] *Dudenredaktion* (Hrsg.), Duden Deutsches Universalwörterbuch, 6. Auflage, 2007, S. 282.

[229] *Alpmann*, Brockhaus Studienlexikon Recht, Verlag C.H. Beck, Münschen, 3. Auflage, 2010, S. 1043.

[230] *Köbler*, Juristisches Wörterbuch, Für Studium und Ausbildung, 13. Auflage, 2005, S. 425.

[231] *Köbler*, Rechtspolnisch. Deutsch-polnisches und polnisch-deutsches Rechtswörterbuch für jedermann, 2001, S. 111.

[232] *„Nielegalne zatrudnienie pracowników, potocznie zwane „pracą na czarno”,* (...).Gospodarka.pl, Praca na czarno a kontrola PIP i jej konsekwencje, 28.07.2009, http://www.prawo.egospodarka.pl/42842,Praca-na-czarno-a-kontrola-PIP-i-jej-konsekwencje,1,34,3.html

In der Literatur definieren die Autoren die Begriffe sehr unterschiedlich, weshalb die wichtigsten Definitionen in diesem Kapitel erörtern werden.

Die verschiedenen Definitionen und daraus resultierenden Abgrenzungsschwierigkeiten ergeben sich sowohl auf Grund des willkürlichen Jonglierens mit den Begriffen Schwarzarbeit, illegale Beschäftigung und Schattenwirtschaft in den Medien, als auch in der Literatur und schaffen zusätzliche Verständnisprobleme.

Zur **Schattenwirtschaft** ist zu sagen, dass sich vor allem in der deutschen Literatur neben der Bezeichnung Schwarzarbeit besonders der Begriff Schattenwirtschaft eingebürgert hat und öfters auch als Synonym verwendet wird.[233]

Insbesondere in juristischen Werken ist die Verwendung als Synonym im Vergleich zur Wirtschaftswissenschaft, welche die beiden Begriffe säuberlich differenziert, evident.[234]

Nach *Engelmann* ist Schwarzarbeit das „*Herzstück*" der Schattenwirtschaft.[235]

Miller definiert Schattenwirtschaft als *„Oberbegriff all dessen, was nicht in offiziellen Statistiken auftaucht"*.[236] Charakteristikum der Schwarzarbeit ist wiederum der Erwerbscharakter, wobei unter diesem Begriff i.S. der deutschen Rechtsordnung Verstöße gegen die Steuer- und Sozialversicherungsgesetze, gegen die Gewerbe- und Handwerksordnung, gegen das Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit und gegen die illegale Beschäftigung zu subsumieren sind.[237]

Schneider von der Universität Linz, welcher auf dem Gebiet der Erforschung der Schwarzarbeit als Experte gilt und die Entwicklung der Schwarzarbeit regelmäßig untersucht, definiert den Begriff der Schwarzarbeit nachstehend: *„Schwarzarbeit sind `schwarz´ geleistete Stunden, bei denen weder Sozialversicherungsabgaben noch Steuern abgeführt und häufig Arbeitsmarkt- und andere Gesetze verletzt werden. Der Schattenwirtschaft werden jene Tätigkeiten zugerechnet, die in dem Sinne der Konvention der volkswirtschaftlichen Gesamtrechnung eine Wertschöpfung darstellen, in den bestehenden amtlichen Statistiken aber nicht (oder nur zum Teil) ausgewiesen werden."*[238]

Schneider subsumiert die Schwarzarbeit und Arbeiten ohne Rechnung als Teilbereiche der Schattenwirtschaft und bezeichnet diese genauer als *„Schattenwirtschaft im engeren Sinne",* wobei nach *Schneider* diese Teilbereiche in der Umgangssprache öfters als „*Schwarzgeschäfte*" bezeichnet werden.[239]

In seinen periodisch erscheinenden Arbeitspapieren, in welchen *Schneider* aktuelle Ergebnisse der einzelnen Jahre auf Grund von Befragungen von Personen zum Thema Schwarzarbeit präsentiert, grenzt *Schneider* wiederum die Begriffe Schwarzarbeit, Schattenwirtschaft und Pfusch nicht voneinander ab, sondern verwendet die drei Begriffe sinngemäß abwechselnd.[240] Der Titel eines Aufsatzes zum Beispiel heißt *„Aktuelle*

---

[233] *Boockmann/Döhrn/Groneck/Verbeek,* Abschätzung des Ausmaßes der Schwarzarbeit, März 2010, S. 11; *Engelmann,* Schwarzarbeit und ihre wirtschaftspolitischen Konsequenzen, GRIN Verlag, 2009, S. 2.

[234] *Weber,* Wirtschaftsstrafrecht – Die Bekämpfung der Schwarzarbeit, 2009, S. 2; BMAS, Illegale Beschäftigung und Schwarzarbeit schadet uns allen, S. 22.

[235] *Engelmann,* Schwarzarbeit und ihre wirtschaftspolitischen Konsequenzen, GRIN Verlag, 2009, S. 1 und 13.

[236] *Miller,* Schwarzarbeit zwischen Anerkennung und Bekämpfung, Konstanz, 1985, S. 3.

[237] *Miller,* Schwarzarbeit zwischen Anerkennung und Bekämpfung, Konstanz, 1985, S. 254 f.

[238] *Schneider*, zunehmende Schattenwirtschaft in Deutschland: eine wirtschafts- und sozialpolitische Herausforderung, 2002, S. 4; auch *Schneider,* Ist Schwarzarbeit ein Volkssport geworden? Juni 1999, Arbeitspapier 9911, S. 3.

[239] *Schneider/Pöll*, Schattenwirtschaft, Juli 1998, Arbeitspapier 9817, Linz, Kapitel 2, S. 5.

[240] *Schneider*, Aktuelle Ergebnisse über die Schattenwirtschaft (Pfusch) in Österreich, November 1996, Arbeitspapier 9618, Johannes Kepler Universität Linz, Institut für Volkswirtschaftslehre, S. 1 ff.

Ergebnisse über die Schattenwirtschaft (Pfusch) in Österreich" und die erste Überschrift lautet *„Die Einstellung der Österreicher zur Schwarzarbeit (Pusch)"* und auch im Text verwendet *Schneider* die drei Begriffe abwechselnd, obwohl der Gegenstand der Untersuchungen stets der gleiche bleibt.[241] Daraus lässt sich meines Erachtens schließen, dass *Schneider* die Begriffe Schattenwirtschaft, Schwarzarbeit und Pfusch im Zweifel als Synonyme verwendet und anscheinend keinen großen Wert auf einer stringente Abgrenzung dieser Begriffe legt.

Fehn wiederum differenziert zwischen den Begriffen Schwarzarbeit und illegale Beschäftigung in dem Sinne, dass er die beiden Begriffe als gegensätzliche Begriffspaare ansieht, die sich gegenseitig ausschließen. Unter Schwarzarbeit sind nach *Fehn* die Verstöße gegen das Sozialversicherungsrecht, gegen das Steuerrecht, den Leistungsmissbrauch und Verstöße gegen das Gewerberecht oder das Handwerksrecht zu verstehen.[242] Im Gegensatz dazu subsumiert er unter dem Begriff illegale Beschäftigung die illegale Ausländerbeschäftigung, indem gegen die Pflicht zur Einholung einer Arbeitsgenehmigung verstoßen wird, die illegale Arbeitnehmerüberlassung und die illegale Arbeitnehmerentsendung.[243]

Nach *Schneider*/*Enste* wird die Volkswirtschaft weiters in eine offizielle und inoffizielle Wirtschaft, anders die **Schattenwirtschaft** i.w.S. unterteilt.[244] Die Schattenwirtschaft i.w.S. dient als *„Oberbegriff für alle informellen, sich im Verborgenen abspielenden Aktivitäten innerhalb einer Volkswirtschaft, welche jedoch nicht vom Bruttosozialprodukt erfasst werden und welche sich wiederum einerseits in den bedarfswirtschaftlichen Bereich, die Selbstversorgungswirtschaft, wie die legale Nachbarschaftshilfe oder Tätigkeiten von Selbsthilfegruppen, und andererseits den erwerbswirtschaftlichen Bereich, Schattenwirtschaft i.e.S., wie die Schwarzarbeit, welche den größten Anteil dieses Bereiches ausmacht"*, unterteilt.[245] Bei der Schattenwirtschaft i.e.S. werden insbesondere Steuern, Gebühren, Abgaben und Sozialversicherungsbeiträge hinterzogen und dem Finanzamt wirtschaftliche Tätigkeiten verschwiegen.[246] Dadurch sollen die arbeitsrechtlichen Gesetze samt deren Mindestanforderungen umgangen oder illegale Gewerbe oder kriminelle Handlungen verheimlicht werden.[247] Zwar wird dadurch ein Beitrag zur Wertschöpfung des Landes beigetragen, jedoch ohne im BIP erfasst zu werden.[248]

Schneider und *Badekow* unterteilen die Schattenwirtschaft einerseits in einen irregulären Sektor (= Schwarzarbeit) und andererseits in einen kriminellen Sektor (= Unter-

---

[241] *Schneider*, Aktuelle Ergebnisse über die Schattenwirtschaft (Pfusch) in Österreich, November 1996, Arbeitspapier 9618, Johannes Kepler Universität Linz, Institut für Volkswirtschaftslehre, S. 1.

[242] *Fehn* in *Fehn* (Hrsg.), SchwarzArbG-Hk, 2006, § 1, Rz 7.

[243] *Fehn* in *Fehn* (Hrsg.), SchwarzArbG-Hk, 2006, § 1, Rz 7.

[244] *Enste,* Schattenwirtschaft und institutioneller Wandel, 2002, S. 8; *Schneider/Enste*, Schattenwirtschaft und Schwarzarbeit, 2000, S. 6.

[245] *Schneider/Enste*, Schattenwirtschaft und Schwarzarbeit, 2000, S. 6 ff; *Schneider,* Schattenwirtschaft – Tatbestand, Ursachen, Auswirkungen, Arbeitspapier 0007, Linz, April 2000, S. 3.

[246] *Schneider/Enste*, Schattenwirtschaft und Schwarzarbeit, 2000, S. 7 f.

[247] *Brenner*, Die Strafrechtliche Bekämpfung von Schwarzarbeit, Berlin, 2008, S. 57; *Schneider,* Schwarzarbeit und Korruption in der Bauwirtschaft in *Diederichs*, Führungswissen für Bau- und Immobilienfachleute 1. Grundlagen, 2005, S. 279 f.

[248] *Stary*, Kontrolle illegaler Arbeitnehmerbeschäftigung aus Sicht des BMF, ÖStZ 2006/1127, Heft 24 vom 15.12.2006, S. 542; *Schneider,* Schwarzarbeit und Korruption in der Bauwirtschaft in *Diederichs*, Führungswissen für Bau- und Immobilienfachleute 1. Grundlagen, 2005, S. 280.

grundwirtschaft), wie Menschen- und Drogenhandel, Raub und Einbruch, verbotenes Glücksspiel, Hehlerei, Betrug und Schmuggel.[249]

Wenn man diese beiden voneinander abzugrenzenden Bereiche genauer untersucht, so stellt man fest, dass beim irregulären Sektor die erbrachte Leistung zwar als legal zu qualifizieren ist, nicht aber die Art und Weise ihrer Entstehung, im Gegensatz dazu ist bei der Untergrundwirtschaft weder die Art und Weise der Entstehung der Leistung noch ihr Endprodukt, das Gut oder die Dienstleistung, legal.[250]

Nach *Ambs* ist Schwarzarbeit eine Form von illegaler Beschäftigung neben der illegalen Arbeitnehmerüberlassung und der illegalen Ausländerbeschäftigung.[251]

Auch nach *Marschall* sind Schwarzarbeit, illegale Ausländerbeschäftigung und die illegale Arbeitnehmerüberlassung Formen der illegalen Beschäftigung.[252]

Nach *Wildemann* liegt Schwarzarbeit wiederum dann vor, wenn Arbeitsleistungen, unter Unterlassung von steuerlichen und sozialversicherungsrechtlichen Verpflichtungen, für einen anderen erbracht werden.[253]

Nach einer älteren Ansicht aus dem Jahre 1970 von *Friebe* handelt es sich bei der Schwarzarbeit um eine Art der Ausführung von erlaubter Tätigkeit, die erst dadurch zur unerlaubten Schwarzarbeit wird, wenn bestimmte gesetzliche Normen nicht beachtet werden.[254]

Nach *Huber* ist unter dem Begriff der Schwarzarbeit entweder das Fehlen der Berufsbefugnis, der entsprechenden Gewerbeberechtigung, oder das Nichtabführen von Steuern und Sozialversicherungsbeiträgen gemeint, welches alternativ oder kumulativ vorliegen kann.[255] Für *Huber* ist die Definition der Schattenwirtschaft weiter und *„umfasst alle wirtschaftlich bedeutsamen Aktivitäten, die nicht über den Markt abgewickelt werden, ohne dass ein Gesetzesverstoß gegeben sein muss.“*[256]

Nach *Huber* fällt unter die Schattenwirtschaft z.B. auch der Bereich der Haushalts- und Pflegedienstleistungen. [257]

Nohlen/Schultze/*Schmidt* verstehen unter dem Begriff der Schattenwirtschaft alle *„privatwirtschaftlichen Aktivitäten, die im Unterschied zur offiziellen (öffentlichen und privaten) Wirtschaft nicht oder nur teilweise in die Sozialproduktrechnung eingehen, obwohl sie Teil der gesamtwirtschaftlichen Wertschöpfung sind“*.[258]

Wollweber verwendet wiederum den Begriff Schwarzarbeit i.w.S. und versteht darunter z.B. die illegale Beschäftigung von Ausländern, die illegale Leiharbeit, aber auch den Leistungsmissbrauch sowie die Hinterziehung von Abgaben und Steuern.[259]

---

[249] *Schneider/Badekow,* Ein Herz für Schwarzarbeiter, Berlin, 2006, S. 8 und 26; *Schneider/Torgler/Schaltegger,* Schattenwirtschaft und Steuermoral, Zürich, 2008, S. 17; *Trautmann,* Aspekte der Schwarzarbeit. Die Ethische Bedeutung für den Einzelnen und die Allgemeinheit. GRIN Verlag, 2008, S. 2.

[250] *Schneider/Badekow,* Ein Herz für Schwarzarbeiter, Berlin, 2006, S. 26; *Schneider/Torgler/Schaltegger,* Schattenwirtschaft und Steuermoral, Zürich, 2008, S. 17.

[251] *Ambs*, SchwarzArbG in *Erbs/Kohlhaas/Ambs*, (Hrsg.), Strafrechtliche Nebengesetze, 2010, Vorm, Rz 1.

[252] *Marschall*, Bekämpfung illegaler Beschäftigung, 2003, S. 5, Rz 15 f .

[253] *Wildemann*, Wirtschaftspolitik, Oldenbourg Verlag, München, 2007, S. 218.

[254] *Friebe,* Das Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit, Köln, 1970, S. 16.

[255] *Huber*, Der Erwerbsschaden des Schwarzarbeiters, ZVR 2000, S. 290.

[256] *Huber*, Der Erwerbsschaden des Schwarzarbeiters, ZVR 2000, S. 290, Fn 1.

[257] *Huber*, Der Erwerbsschaden des Schwarzarbeiters, ZVR 2000, S. 290, Fn 1.

[258] *Nohle/Schultze*, Lexikon der Politikwissenschaft, Band 2 N-Z, Beck'sche Reihe, München, 2002, S. 826 f; *Schmidt, Manfred G.*, Pipers Wörterbuch zur Politik, Band 2, Westliche Industriegesellschaft, München/Zürich, 1983, S. 39 ff.

[259] *Wollweber*, Alternative Regelungsmodelle in *Rodi* (Hrsg.), Abgabenrechtliche Quellensicherungsverfahren zur Bekämpfung illegaler Tätigkeit im Baugewerbe. Band 1, Lexxion Verlagsgesellschaft mbH, Berlin, 2006, S. 111.

Auch *Caspar/Volkert/Schneider* bedienen sich einerseits des Begriffs Schwarzarbeit i.w.S. und verstehen darunter sämtliche illegale Beschäftigungen, wie die illegale Ausländerbeschäftigung, die illegale Arbeitskräfteüberlassung, Leistungsmissbrauch, Verstöße gegen das AEntG und andererseits Schwarzarbeit i.e.S., worunter die Ausübung von Tätigkeiten unter Hinterziehung von Steuern und Sozialversicherungsabgaben, sowie die unerlaubte Ausübung eines Gewerbes oder Handwerks fallen.[260]

Lageman spricht sich dafür aus, dass umgangssprachlich unter dem Begriff Schwarzarbeit *„die entgeltliche Erbringung von Arbeitsleistungen für Dritte unter Umgehung der gesetzlichen Anmelde- und Anzeigepflichten verstanden“* wird.[261] Den Begriff der Schwarzarbeit i.w.S. setzt *Lageman* mit der Schattenwirtschaft gleich und seiner Ansicht nach fallen darunter die illegale Ausländerbeschäftigung, die Verstöße gegen die Gleichstellung der Ausländer nach dem Entsendegesetz und das Nichtabführen von Steuern und Abgaben an die Sozialversicherungen.[262]

Boxleitner setzt wiederum die illegale Beschäftigung mit dem Begriff der Schwarzarbeit i.w.S. wie Synonyme gleich und subsumiert darunter sämtliche *„Steuerverkürzungen und das Nichtentrichten von Sozialabgaben, die illegale Arbeitnehmerbeschäftigung, -überlassung, -entsendung oder auch die ungesetzliche Verschaffung von Wettbewerbsvorteilen.“*[263]

Weiters ist nach *Brenner* die Schwarzarbeit wiederum ein Teilaspekt der Schattenwirtschaft und dieser untergeordnet, da Schwarzarbeit nur jene Tätigkeiten erfasst, *„die für die Erstellung von legalen Dienstleistungen oder Gütern erbracht werden, ohne dass dafür die nötigen Sozialabgaben oder Steuern gezahlt wurden.*“[264] Auch nach Ansicht der freien Enzyklopädie Wikipedia stellt Schwarzarbeit einen Teilbereich der Schattenwirtschaft dar, wobei erwähnt wird, dass beide Begriffe öfters in den Periodika und im Fernsehen als Synonyme verwendet werden.[265]

Nach dem deutschen Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit fallen unter den Begriff der Schwarzarbeit verschiedene *Tätigkeiten, von kleinen handwerklichen Tätigkeiten in der Freizeit bis zu organisierten hauptberuflichen illegalen Erwerbstätigkeit unter Verletzung von sozialversicherungsrechtlichen, steuerrechtlichen, wettbewerbsrechtlichen, handwerks- und gewerberechtlichen Normen, wie auch die illegale Arbeitnehmerüberlassung und die Ausländerbeschäftigung*.[266]

In dem elften Bericht des Deutschen Bundesministeriums für Finanzen zum Thema Entwicklung der Bekämpfung der Schwarzarbeit und illegalen Beschäftigung wird unter dem Begriff der illegalen Beschäftigung insbesondere *„die illegale Ausländerbeschäftigung, die illegale Arbeitnehmerüberlassung, sowie Verstöße gegen das Arbeitnehmer-Entsendegesetz“* subsumiert.[267]

In Polen wird unter dem Begriff der illegalen Beschäftigung eine entgeltliche Arbeit definiert, welche ohne ein Arbeitsverhältnis einzugehen ausgeübt wird, wobei der Ar-

---

[260] *Caspar/Volkert/Schneider,* Schattenwirtschaft und Schwarzarbeit, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2002, S. 14.

[261] *Lageman*, Schwarzarbeit im Handwerk. Erscheinungsformen – Dimensionen – Ursachen in *Lamnek/Luedtke* (Hrsg.), Der Sozialstaat zwischen "Markt" und "Hedonismus"?, Band 1, 1999, S. 322.

[262] *Lageman*, Schwarzarbeit im Handwerk. Erscheinungsformen – Dimensionen – Ursachen in *Lamnek/Luedtke* (Hrsg.), Der Sozialstaat zwischen "Markt" und "Hedonismus"?, Band 1, 1999, S. 324.

[263] *Boxleitner* in *Wabnitz/Janovsky,* Hb des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 3. Auflage, Kapitel 17, Rz 3.

[264] *Brenner*, Die Strafrechtliche Bekämpfung von Schwarzarbeit, Berlin, 2008, S. 22 f.

[265] Wikipedia, Schwarzarbeit, http://de.wikipedia.org/wiki/Schwarzarbeit.

[266] *Schneider,* Schwarzarbeit und Korruption in der Bauwirtschaft in *Diederichs*, Führungswissen für Bau- und Immobilienfachleute 1. Grundlagen, 2005, S. 280

[267] *BMF,* Entwicklung der Bekämpfung der Schwarzarbeit und der illegalen Beschäftigung, Bericht September 2009, Punkt 4.2 (illegale Beschäftigung).

beitnehmer, mangels Meldung, keinen Anspruch auf etwaige Sozialleistungen hat und die Arbeitszeit nicht zu den Beitragsmonaten, insbesondere zu der Pensionsversicherung, hinzugezählt wird und der Arbeitgeber keine Beiträge an die Sozialversicherungen und den Arbeitsfond abführt und darüber hinaus auch keine Einkommenssteuer abgeführt wird.[268]

Die Definition der *OECD* setzt den Schwerpunkt auf die nicht im BIP erfassten Tätigkeiten und bezeichnet die Schwarzarbeit sinngemäß als Untergrundproduktion.[269] Unter dem Begriff der Untergrundproduktion versteht man *„wirtschaftliche Aktivitäten, welche grundsätzlich legal sind, die aber gegenüber den Behörden verheimlicht werden, um sich Steuern oder Sozialabgaben zu ersparen und gesetzliche Regeln oder behördliche Vorschriften, wie Mindestlöhne oder Gesundheitsvorschriften, zu umgehen"*.[270] In internationalen Untersuchungen wird meistens von „undeclared work" oder „informal work" gesprochen.[271]

Sowohl in den Arbeiten der *OECD*, wie auch der Europäischen Kommission hat sich für den Begriff der Schwarzarbeit der Begriff *„undeclared work"* herauskristallisiert, welcher im Großen und Ganzen den Bereich der Untergrundproduktion umfasst.

Unter dem Begriff *„undeclared work"* = übersetzt: *„nicht deklarierte Arbeit"* werden jene Aktivitäten der Schwarzarbeit zugerechnet, die grundsätzlich legal sind, aber den Behörden gegenüber nicht gemeldet werden, etwa um die damit verbundene Pflicht zur Entrichtung von Steuern und Sozialabgaben zu umgehen.[272]

Anhand der verschiedenen Meinungen wird aufgezeigt, dass die Begriffe Schwarzarbeit und illegale Beschäftigung teilweise als Synonyme angesehen werden und andererseits als voneinander abgegrenzte Begriffe.

Verantwortlich für die Komplexität des Begriffes der Schwarzarbeit bzw. illegalen Beschäftigung ist insbesondere die gesetzliche Verankerung ihrer Erscheinungsformen in einer großen Anzahl von Gesetzen.[273]

Es muss, abhängig vom **Gegenstand der Untersuchung**, jeweils eine differenzierte Definition herangezogen werden, wobei es darauf ankommt, ob es sich bei der Materie um Ausländerbeschäftigungsrecht oder doch um die Ausübung eines Gewerbes ohne Gewerbeberechtigung handelt, bzw. ob man den Sachverhalt unter dem Blickwinkel des Sozialbetrugs oder der Steuerhinterziehung betrachtet.

---

[268] *„Jest to praca najemna, wykonywana bez nawiązania stosunku pracy, czyli bez umowy o pracę, umowy-zlecenia, umowy o dzieło lub jakiejkolwiek innej pisemnej umowy pomiędzy pracodawcą i pracownikiem. Praca nie może być również wykonywana na podstawie powołania, mianowania lub wyboru. Pracownik nie uzyskuje ubezpieczenia społecznego, a więc uprawnień do korzystania ze świadczeń społecznych. Okres wykonywania tej pracy nie jest także zaliczany jako składkowy przez ZUS, a pracodawca nie odprowadza na konto ZUS i Funduszu Pracy odpowiednich sum z tytułu wypłacanego wynagrodzenia.Od dochodów z pracy nierejestrowanej nie płacone są podatki osobiste." Pazurek*_f, Praca nierejestrowana i jej ekonomiczne konsekwencje, sciaga.pl, 01.03.2005,
http://www.sciaga.pl/tekst/33680-34-praca_nierejestrowana_i_jej_ekonomiczne_konsekwencje

[269] OECD, Measuring the Nonobserved Economy – A Handbook, Paris, 2002, Folien 138 ff von 250.

[270] OECD, Measuring the Non-observed Economy – A Handbook, Paris, 2002, Folie 44 und 228 von 250.

[271] *Boockmann/Döhrn/Groneck/Verbeek,* Abschätzung des Ausmaßes der Schwarzarbeit, März 2010, S. 11.

[272] *Renoy/Piet/Staffan Ivarsson/Olga van der Wusten-Gritsai/Emco Meijer,* Undeclared Work in an Enlarged Union. An in-depth study of specific items, DG Employment and Social Affairs, European Commission, Brussels, 2004, S. 94; Eurobarometer, Undeclared Work in the European Union, Special Eurobarometer 284, Wave 67.3 – TNS Opinion & Social, 2007, S. 8; OECD, Declaring Work or Staying Underground: Informal Employment in seven OECD countries, Employment Outlook, Paris, 79-137, 2008, S. 84.

[273] *Marschall*, Bekämpfung illegaler Beschäftigung, 2003, Vorwort.

In dieser Arbeit wird besonders auf die strafrechtlichen und arbeitsrechtlichen Bestimmungen eingegangen und es werden die entsprechenden Normen der österreichischen, deutschen und polnischen Rechtsordnung erörtert.

4 Meine Definition der Begriffe „Schwarzarbeit“ und „illegale Beschäftigung“

Replizierend auf die obigen Meinungen bieten sich meiner Ansicht nach – bei Beleuchtung der einzelnen Tatbestandsmerkmale von „Schwarzarbeit“ und „illegalre Beschäftigung“ – nachstehende Definitionen dieser beiden Begriffe an:

Unter dem Begriff der Schwarzarbeit i.e.S. kann man jedenfalls den Fall subsumieren, wenn eine Person von ihrem Arbeitgeber nicht ordnungsgemäß bei den Sozialversicherungen angemeldet wird.

Auch die Ausübung einer entgeltlichen Beschäftigung über die Geringfügigkeitsgrenze während einer Arbeitslosigkeit, zum Nachteil der Sozialversicherungen, ist meiner Ansicht nach ebenfalls als Schwarzarbeit zu qualifizieren.

Darüber hinaus versteht man unter dem Begriff der Schwarzarbeit, wenn eine Person eine Arbeitsleistung erbringt, ohne dass Abgaben und Steuern für diese entrichtet werden.

Wenn es sich bei der Person um einen Ausländer handelt, der grundsätzlich einer arbeitsmarktrechtlichen Beschäftigungserlaubnis bedarf, und eine solche nicht vorhanden ist, liegt ein illegales Arbeitsverhältnis vor, welches meiner Meinung nach unter dem Begriff der Schwarzarbeit i.w.S. bzw. als illegale Ausländerbeschäftigung zu qualifizieren ist.

Bei der illegalen Ausländerbeschäftigung wird eine Tätigkeit ausgeübt, die ohne Vorliegen der entsprechenden arbeitsrechtlichen Bewilligung von Anfang an gar nicht ausgeübt werden darf, und bei der Schwarzarbeit wird wiederum eine Tätigkeit ausgeübt, die so auch zulässig ist, aber nicht den Sozialversicherungsträgern gemeldet wird und auch keine Lohnsteuer ans Finanzamt für diese Arbeit abgeführt wird.

Eine Werkerstellung durch einen Selbständigen, obwohl dieser nicht die erforderliche Gewerbeberechtigung besitzt, stellt meiner Ansicht nach auch einen Aspekt der illegalen Erwerbstätigkeit dar.

Wird ein Arbeitnehmer in einen anderen Staat entsendet, Dritten überlassen oder an Dritte entliehen, obwohl die gesetzlichen Bestimmungen nicht eingehalten wurden, ist meiner Meinung nach von einer illegalen Beschäftigung zu sprechen sein.

Als illegale Beschäftigung sind meiner Meinung ganz allgemein alle entgeltlichen Arbeiten, die in irgendeiner Weise gegen gesetzliche Bestimmungen jeder Art verstoßen, gemeint.

Schwarzarbeit wiederum ist meines Erachtens etwas Konkreteres, das man, im Vergleich zum Begriff der illegalen Beschäftigung, leichter eingrenzen kann.

Dass eine klare Abgrenzung – auf Grund der divergeriendenLiteratur und uneinheitlichen Rechtssprechung – kaum getroffen werden kann, zeigt auch eine erst kürzlich ergangene Entscheidung des VwGH vom 15.09.2011, welcher u.a. in seiner rechtlichen Beurteilung ausführt, dass es sich bei den Übertretungen des § 3 Abs 1 AuslBG, auf Grund der Ausübung einer Beschäftigung durch einen Ausländer, die er mangels Bewil-

ligung nach dem AuslBG nicht hätte ausüben dürfen, um einen typischen Fall von "Schwarzarbeit" handelt.[274]

Mit diesem allgemeinen „Vorwissen“ ausgestattet werden wir nunmehr in medias res gehen und die gesetzlichen Normen beleuchten, welche im Zusammenhang mit der Schwarzarbeit und illegalen Beschäftigung stehen.

B Die Rechtsordnung Österreichs

1 Zur strafrechtliche Bestimmung des § 153e StGB

1.1 Einleitung

Im Zusammenhang mit strafrechtlichen Bestimmungen ist primär das Strafgesetzbuch[275] zu prüfen, welche Bestimmungen in diesem normiert sind, die der Bekämpfung der Schwarzarbeit und illegalen Beschäftigung dienen sollen. Die relevante Bestimmung in diesem Zusammenhang ist der §153e StGB.

„(1) Wer gewerbsmäßig

1. Personen zur selbstständigen oder unselbstständigen Erwerbstätigkeit ohne die erforderliche Anmeldung zur Sozialversicherung oder ohne die erforderliche Gewerbeberechtigung anwirbt, vermittelt oder überlässt,

2. eine größere Zahl illegal erwerbstätiger Personen (Z 1) beschäftigt oder mit der selbstständigen Durchführung von Arbeiten beauftragt oder

3. in einer Verbindung einer größeren Zahl illegal erwerbstätiger Personen (Z 1) führend tätig ist, ist mit einer Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren zu bestrafen.

(2) Nach Abs 1 ist auch zu bestrafen, wer eine der dort genannten Handlungen als leitender Angestellter (§ 74 Abs 3) einer juristischen Person oder einer Personengemeinschaft ohne Rechtspersönlichkeit begeht.“

Die gesetzliche Bestimmung des § 153e StGB ist im Rahmen des Sozialbetrugsgesetzes[276] per 01.03.2005 in das Strafgesetzbuch aufgenommen worden. Von der inhaltlichen Intention ist die gesetzliche Norm des § 153e StGB auf die Regierungsvorlage des Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes[277] aus dem Jahre 1999 zurückzuführen.[278]

---

[274] VwGH vom 15.09.2011, 2009/09/0145; siehe auch VwGH vom 29.01.2013, 2012/22/0228, Vorinstanz Bescheid der Sicherheitsdirektion für Wien vom 23.09.2010, Zl. E1/326.592/2010 betreffend Aufenthaltsverbot.

[275] Strafgesetzbuch, BGBl. Nr. 60/1974 idF von BGBl. I Nr. 111/2010.

[276] Bundesgesetz, mit dem das Strafgesetzbuch, das Allgemeine Sozialversicherungs-gesetz und die Konkursordnung zur Bekämpfung des Sozialbetrugs geändert werden (Sozialbetrugsgesetz-SozBeG) vom 30.12.2004, BGBl I 2004/152 idF des Budgetbegleitgesetzes 2011, BGBl I Nr. 111/2010.

[277] Regierungsvorlage zum Bundesgesetz, mit dem ein Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz erlassen wird und das Allgemeine Sozialversicherungsgesetz, das Gewerbliche Sozialversicherungsgesetz, das Bauern-Sozialversicherungsgesetz, das Arbeitslosenversicherungsgesetz 1977, das Arbeitsmarktförderungsgesetz, das Ausländerbeschäftigungsgesetz, das Bundesvergabegesetz 1997, das Fremdengesetz 1997, die Gewerbeordnung 1994, das Abgabenverwaltungsorganisationsgesetz, das Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz, das Arbeitskräfteüberlassungsgesetz, das Arbeits- und Sozialgerichtsgesetz und das Sonn- und Feiertags- Betriebszeitengesetz geändert werden (1587 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des NR XX. GP).

[278] EBRV SozBeG 698 BlgNR XXII. GP, S. 9 von 22.

Es wurde gezielt der Begriff Sozial**betrug** gewählt, da der „Schwerpunkt der Bekämpfung im Strafrecht“ liegen soll.[279] Für Personen mit weniger „krimineller Energie“ wurden verwaltungsstrafrechtliche Regelungen in Nebengesetzen normiert.[280]

Die Überschrift des § 153e lautet **„organisierte Schwarzarbeit“,** wobei die Arbeitnehmer, welche die Arbeitstätigkeit aufnehmen in der Bestimmung § 153e Abs 1 Z 2 und 3 als „illegal erwerbstätige Personen“ bezeichnet werden.Für den Begriff der illegalen Erwerbstätigkeit i.S.d. Strafbestimmung ist eine Legaldefinition in § 153e Abs 1 Z 1 normiert. Gemeint ist darunter eine *„selbständige oder unselbständige Erwerbstätigkeit ohne die erforderliche Anmeldung zur Sozialversicherung oder ohne die erforderliche Gewerbeberechtigung“*.[281]

Tathandlung des § 153e StGB ist insbesondere das Unterlassen der Anmeldung des Arbeitnehmers zu den Sozialversicherungen.[282]

1.2 Objektiver Tatbestand

1.2.1 Das Anwerben, Vermitteln oder Überlassen einer illegal erwerbstätigen Person nach § 153e Abs 1 Z 1 StGB

Objektiver Tatbestand nach **Abs 1 Z 1** ist mit dem Anwerben, Vermitteln oder Überlassen illegal erwerbstätiger Personen erfüllt.[283]

Wobei zum **Anwerben** zu sagen ist, dass nach Meinung von *Höpfel/Ratz* das Anwerben nicht zwingend zum Abschluss eines Vertrages führen muss.[284] Anderer Meinung ist *Venier*, welcher lediglich dann von einem Anwerben spricht, wenn mit einer angeworbenen Arbeitskraft ein Vertrag abgeschlossen wird.[285] Im Falle, dass es zu keinem Vertragsabschluss kommt, kann jedoch weiterhin eine Versuchsstrafbarkeit bestehen.[286]

Grundsätzlich ist das Ziel des Anwerbens eine Vermittlung oder Überlassung der Arbeitskraft an Dritte, wobei das Anwerben bereits eine eigene Begehungsform der Z 1 darstellt, wenn der Täter eine spätere Vermittlung oder Überlassung seinem Vorsatz zu Grunde legt.[287]

Unter **Vermitteln** versteht man Tätigkeiten, die darauf abzielen, dass der Schwarzarbeiter für die Person, für welche der Schwarzarbeiter vermittelt wurde de facto arbeitet und auch von dieser entlohnt wird.[288]

Beim **Überlassen** wird der Schwarzarbeiter tatsächlich für einen anderen Arbeitgeber tätig, doch der Täter als Überlasser ist für die Entlohnung des Schwarzarbeiters verantwortlich.[289] *Venier* bezeichnet den Täter der Ziffer 1, den Überlasser, als Personalbereitsteller.[290]

---

[279] *Brodil*, Sozialbetrug aus dem Blickwinkel des Verwaltungsstrafrechts, DRdA 2008, S. 383.

[280] *Brodil*, Sozialbetrug aus dem Blickwinkel des Verwaltungsstrafrechts, DRdA 2008, S. 383.

[281] *Fabrizy*, StGB samt ausgewählten Nebengesetzen Kurzkommentar, 2010, S. 497, RZ 1.

[282] *Reindl-Krauskopf*, Sozialbetrug aus strafrechtlicher Sicht, DRdA 2008, S. 392.

[283] *Wonisch*, Die gerichtlichen Straftatbestände des Sozialbetrugsgesetzes, ZAS 2008, S. 17.

[284] *Kirchbacher/Presslauer*, § 153e StGB in *Höpfel/Ratz* (Hrsg.), WK zum StGB, 2. Auflage, Rz 9 zu § 153e StGB.

[285] *Bertel/Schwaighofer/Venier,* Österreichisches Strafrecht BT I, 11. Auflage, Rz 1 zu § 153e StGB.

[286] *Bertel/Schwaighofer/Venier,* Österreichisches Strafrecht BT I, 11. Auflage, Rz 1 zu § 153e StGB.

[287] *Kirchbacher/Presslauer*, § 153e StGB in *Höpfel/Ratz* (Hrsg.), WK zum StGB, 2. Auflage, Rz 19 zu § 153e StGB; *Bertel/Schwaighofer/Venier,* Österreichisches Strafrecht BT I, 11. Auflage, Rz 1 zu § 153e StGB.

[288] *Bertel/Schwaighofer/Venier,* Österreichisches Strafrecht BT I, 11. Auflage, Rz 1 zu § 153e StGB; *Wonisch*, Die gerichtlichen Straftatbestände des Sozialbetrugsgesetzes, ZAS 2008, S. 17.

[289] *Wonisch*, Die gerichtlichen Straftatbestände des Sozialbetrugsgesetzes, ZAS 2008, S. 17.

[290] *Bertel/Schwaighofer/Venier,* Österreichisches Strafrecht BT I, 11. Auflage, Rz 1 zu § 153e StGB.

Darüber hinaus macht sich erstmals der Auftraggeber eines ohne die erforderliche Gewerbeberechtigung handelnden Auftragnehmers außerhalb des Gewerberechts gerichtlich strafbar.[291]

Filzmoser plädiert bei der gerichtlichen Strafbarkeit eines Auftraggebers, welcher einen Gewerbetreibenden beauftragt, der zwar eine Gewerbeberechtigung besitzt und auch die Sozialversicherungsbeiträge an die Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft zahlt und sonst auch keine Abgaben hinterzieht, jedoch um das beauftragte Werk zu verrichten seine Berechtigungen aus der vorhandenen Gewerbeberechtigung nicht ausreichen, für eine „teleologische Reduktion"[292] des Tatbestandes des § 153e Abs 1 Z 1 StGB.[293] Mit der Begründung, dass der Gesetzgeber mit Einführung des § 153e StGB das Ziel verfolgt hat, Sozialversicherungsbetrug zu bekämpfen und somit die Begründung einer gerichtlichen Strafbarkeit lediglich wegen des Fehlens einer erforderlichen Gewerbeberechtigungen viel zu weit wäre.[294]

Es bleibt eine einschlägige Rechtsprechung abzuwarten.

Meiner Meinung nach wäre es – der Ansicht *Filzmosers* folgend – jedenfalls unbillig das Strafrecht in dem Fall einzusetzen und gerichtliche Strafen bereits dann zu verhängen, wenn der Täter „lediglich" ohne entsprechende Gewerbeberechtigung agiert und muss meiner Meinung nach der Tatbestand derart verstanden werden und teleologisch reduziert werden, dass der gerichtlichen Tatbestand nur dann erfüllt sein soll, wenn jemand selbständig, ohne aber die entsprechende Gewerbeberechtigung zu besitzen, tätig wird und darüber hinaus überhaupt keine Sozialversicherungsbeiträge an die Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft entrichtet.

Im Vergleich zu Ziffer 2 und 3, welche explizit vorsehen, dass ***„eine größere Zahl"*** von illegal Erwerbstätigen für die Erfüllung des Tatbestandes notwendig ist, wird in der Ziffer 1 diese Voraussetzung nicht explizit normiert. Auf Grund dessen stellt sich an dieser Stelle die Frage, ob nach Z 1 die Strafbarkeit bereits bei der Beschäftigung eines Schwarzarbeiters gegeben sein soll.

In den Gesetzesmaterialien wird auf diese Problematik gar nicht eingegangen. Nach Meinung von *Bertel/Venier* ist die Anzahl der Personen in der Ziffer 1 nicht relevant und ist somit nicht notwendig, dass der Täter eine bestimmte Anzahl von Schwarzarbeitern anwirbt, vermittelt oder überlässt; es reciht bereits die beschäftigung eines „Illegalen".[295]

Nach *Wonisch* erscheint die Ansicht *Bertels/Veniers* zu „*pauschalisierend*", weil zumindest auf Grund des Wortlauts der Ziffer 1 („Personen") die Mehrzahl verwendet wird, was darauf schließen lässt, dass zumindest zwei Personen gemeint sein müssen, wobei der Gesetzgeber lediglich bei der Z 2 und 3 als Tatbestand die „größere Zahl" von Menschen verlangt.[296]

Nach herrschender Rechtssprechung und Lehre wird „eine größere Zahl" an Personen bei ungefähr zehn Personen angenommen. [297]

---

[291] *Filzmoser*, Gewerberechtliche Aspekte des Sozialbetrugsgesetzes, ecolex 2005 - Heft 7, S. 547.

[292] Zur teleologischen Reduktion: *Bydlinski* im *Rummel* (Hrsg.), ABGB-Kommentar, Band 1, 3. Auflage, § 7 Rz 7 = Einschränkung eines überschießend weiten Gesetzeswortlautes.

[293] *Filzmoser*, Gewerberechtliche Aspekte des Sozialbetrugsgesetzes, ecolex 2005 - Heft 7, S. 548.

[294] *Filzmoser*, Gewerberechtliche Aspekte des Sozialbetrugsgesetzes, ecolex 2005 - Heft 7, S. 548.

[295] *Bertel/Schwaighofer/Venier,* Österreichisches Strafrecht BT I, 11. Auflage, Rz 1 zu § 153e StGB.

[296] *Wonisch*, Die gerichtlichen Straftatbestände des Sozialbetrugsgesetzes, ZAS 2008, S. 18.

[297] Ministerialentwurf zum Sozialbetrugsgesetz - 192/ME XXII. GP - Vorblatt und Erläuterungen, S. 8; EBRV SozBeG 698 BlgNR XXII. GP, S. 10 von 22; *Bertel/Schwaighofer/Venier,* Österreichisches Strafrecht BT I, 11. Auflage, Rz 2 zu §

Da in Z 1 nicht ausdrücklich eine „größere Zahl" verlangt wird, muss nach *Wonisch* auf Grund der subjektiven-teleologischen Interpretation geschlossen werden, dass somit eine Zahl zwischen zwei bis neun Personen vom Gesetzgeber gemeint sein musste.[298]

Meiner Meinung nach kann dieser interpretativen Schlussfolgerung, dass zumindest zwei Personen illegal beschäftigt werden müssen, um den Tatbestand des § 153e Abs 1 Z 1 StGB zu erfüllen, gefolgt werden, doch bleiben eine entsprechende Rechtsprechung des OGH oder tiefgreifendere Erläuterungen in der Literatur abzuwarten.

1.2.2 Die Beschäftigung oder Beauftragung einer größeren Zahl illegal erwerbstätiger Personen nach § 153e Abs 1 Z 2 StGB

Absatz 1 Z 2 stellt die Beschäftigung einer größeren Anzahl von illegal erwerbstätigen Personen bzw. die Beauftragung eines solchen Personenkreises mit der selbständigen Durchführung von Arbeiten unter Strafe.[299] I.S.d. Ziffer 2 ist somit Täter eine Person, welche als Arbeitgeber Schwarzarbeiter für sich beschäftigt oder als Auftraggeber Schwarzarbeiter beauftragt, welche insofern unmittelbar für den Täter tätig werden und auch von diesem die Entlohnung erhalten.[300]

Wenn man den Wortlaut der Ziffer 1 mit der Ziffer 2 vergleicht wird erkennbar, dass die Notwendigkeit einer größeren Zahl gleichzeitig illegal Beschäftigter bei der Ziffer 2 für die Erfüllung des objektiven Tatbestandes notwendig ist.[301]

Wie aus den Gesetzesmaterialien zum § 153e StGB erkennbar, soll nur die Beschäftigung bzw. Beauftragung einer größeren Zahl von Personen gerichtlich verfolgt werden können, wobei dann von einer *„größeren Zahl von Personen"* zu sprechen ist, wie bereits bei den Ausführungen zur Z 1 angeführt, wenn mehr als zehn Personen der illegalen Erwerbstätigkeit nachkommen.[302]

Auch *Bertel/Schwaighofer/Venier* vertreten die herrschende Auffassung, dass für die Erfüllung des Tatbestandes eine größere Zahl von Personen, zumindest zehn gemeint sein müssen.[303]

Auch *Fabrizy* und *Kirchbacher/Presslauer* sind der Auffassung, dass die Lehre und Rechtsprechung eine größere Zahl von Personen mit etwa zehn Personen beziffert, wobei es sich seiner Meinung nach hierbei *„nicht um eine fixe Anzahl, sondern um einen Richtwert handle, welcher nach den Umständen des Einzelfalls, variabel, aber nicht gänzlich unbestimmt sei"*.[304]

153e StGB; *Fabrizy*, StGB samt ausgewählten Nebengesetzen Kurzkommentar,, 2010, Rz 4 zu § 153e StGB; *Kirchbacher/Presslauer*, § 153e StGB in *Höpfel/Ratz* (Hrsg.), WK zum StGB, 2. Auflage, Rz 13 zu § 153e StGB.

[298] *Wonisch*, Die gerichtlichen Straftatbestände des Sozialbetrugsgesetzes, ZAS 2008, S. 18.

[299] *Fabrizy*, StGB samt ausgewählten Nebengesetzen Kurzkommentar, 2010, S. 497, Rz 2ff.

[300] *Wonisch*, Die gerichtlichen Straftatbestände des Sozialbetrugsgesetzes, ZAS 2008, S. 18.

[301] *Derntl/Neumann,* Das SozBeG: Scheinfirmen und Schwarzarbeit sollen künftig effektiver bekämpft werden, ASoK 2005, S. 98; *Bertel/Schwaighofer/Venier,* Österreichisches Strafrecht BT I, 11. Auflage, Rz 2 zu § 153e StGB; *Kirchbacher/Presslauer*, § 153e StGB in *Höpfel/Ratz* (Hrsg.), WK zum StGB, 2. Auflage, Rz 12 f zu § 153e StGB.

[302] EBRV SozBeG 698 BlgNR XXII. GP, S. 10 von 22; OGH vom 08.02.1994, 11 Os 190/93; OGH vom 23.02.2006, 12 Os 119/05z, Jus-Extra OGH-St 3886 = Jus-Extra OGH-St 3889 = Jus-Extra OGH-St 3890 = RZ 2006, 233 EÜ310, 311 RZ 2006 EÜ310 = RZ 2007/3, 52 = SSt 2006/20; *Gagawczuk,* Sozialbetrugsgesetz, DRdA 2005, S. 200.

[303] *Bertel/Schwaighofer/Venier,* Österreichisches Strafrecht BT I, 11. Auflage, Rz 2 zu § 153e StGB.

[304] *Fabrizy*, StGB samt ausgewählten Nebengesetzen Kurzkommentar, 2010, S. 552, Rz 11a; 1587 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des NR XX. GP, S. 37; *Kirchbacher/Presslauer*, § 153e StGB in *Höpfel/Ratz* (Hrsg.), WK zum StGB, 2. Auflage, Rz 12 f zu § 153e StGB.

Ebenso wird im Kommentar *Leukauf–Steininger* die herrschende Lehrmeinung vertreten, dass von einer größeren Zahl von Menschen circa ab zehn Personen gesprochen werden kann.[305]

Nach der ständigen Rechtssprechung wird von einem Richtwert von zehn Personen ausgegangen, was hinsichtlich der Strafbarkeit nach § 153e Abs 1 Z 2 StGB vor kurzem vom OGH in seiner Entscheidung vom 05.07.2012 auch bestätigt wurde.[306] Der OGH stellt klar, dass Voraussetzung für die Begründung der Strafbarkeit nach § 153e Abs 1 Z 2 StGB das gleichzeitige Beschäftigen oder Beauftragen einer größeren Zahl illegal erwerbstätiger Personen ist, worunter ein Richtwert von etwa zehn Personen verstanden wird.[307]

Nach *Wonisch* will der Gesetzgeber mit der Regelung der Tatbestandsvoraussetzung einer *„größeren Zahl von Personen"* entgegenwirken, dass nicht strafwürdige Tätigkeiten i.S.d. gerichtlichen Strafrechtes, wie die Beschäftigung eines Schwarzarbeiters durch eine Privatperson, vom Tatbestand des Strafgesetzbuches erfasst werden.[308] Dies wurde ebenfalls von *Bertel/Schwaighofer/Venier* erkannt, welche festhalten, dass natürliche Privatpersonen, welche Pfuscher vereinzelt beschäftigen, eben nach § 153e StGB nicht bestraft werden sollen.[309] Die Beschäftigung oder Beauftragung einer größeren Zahl von illegal Erwerbstätigen muss jedoch, um den Tatbestand zu erfüllen, gleichzeitig, zur selben Zeit und nicht zeitlich nacheinander, was erst nach einer Zusammenrechnung eine größere Zahl ergibt, erfolgen.[310]

Meines Erachtens erscheint jedoch nicht ganz nachvollziehbar und nicht ganz logisch, dass die Ziffer 1 keiner größeren Anzahl von Personen, im Vergleich zur Ziffer 2, bedarf, weil dadurch gleichheitswidrige und unverständliche Ungleichbehandlungen als Konsequenz folgen können. Wie von *Wonisch* an Hand eines Beispiels erläutert, wird eine Person, welche drei Schwarzarbeiter gewerbsmäßig vermittelt oder überlässt nach Z 1 strafbar, aber der gewerbsmäßig tätige Arbeitgeber, welcher eben die gleichen drei Schwarzarbeiter beschäftigt, mangels *„größerer Zahl"* nach Z 2 straflos ist, wenn er wiederum die drei Schwarzarbeiter einen anderen Arbeitgeber gewerbsmäßig überlässt, nach § 153e Abs 1 Z 1 StGB doch wieder strafbar wird.[311]

Nach Meinung von *Wonisch* hat der Gesetzgeber diese Problematik übersehen, somit müsste auch für den objektiven Tatbestand der Ziffer 1 eine *„größere Zahl"* die Voraussetzung sein, wobei sich diese Interpretation nach Meinung von *Wonisch* i.S. einer teleologischen Reduktion[312] noch im Rahmen des äußersten möglichen Wortsinns von „Personen" befindet.[313]

---

[305] *Leukauf/Steininger*, StGB, 3. Auflage, Rz 3 zu § 69, Prugg VerlagGesmbH, Eisenstadt, 1992.

[306] OGH vom 05.07.2012, 13 Os 16/12w, Jus-Extra OGH-St 4660 = EvBl-LS 2013/7 = RdW 2012/648 Heft 10/2012, S. 609 = RS0127943.

[307] OGH vom 05.07.2012, 13 Os 16/12w, Jus-Extra OGH-St 4660 = EvBl-LS 2013/7 = RdW 2012/648 Heft 10/2012, S. 609 = RS0127943.

[308] *Wonisch*, Die gerichtlichen Straftatbestände des Sozialbetrugsgesetzes, ZAS 2008, S. 18.

[309] *Bertel/Schwaighofer/Venier,* Österreichisches Strafrecht BT I, 11. Auflage, Rz 2 zu § 153e StGB.

[310] *Kirchbacher/Presslauer*, § 153e StGB in *Höpfel/Ratz* (Hrsg.), WK zum StGB, 2. Auflage, Rz 12 zu § 153e StGB; *Ratz,* "Größere Zahl" kann sukzessive nicht begründet werden, EvBl-LS 2013/7, 46 f; *Bertel/Schwaighofer/Venier,* Österreichisches Strafrecht BT I, 11. Auflage, Rz 2 zu § 153e StGB.

[311] *Wonisch*, Die gerichtlichen Straftatbestände des Sozialbetrugsgesetzes, ZAS 2008, S. 18.

[312] Zur teleologischen Reduktion: *Bydlinski* im *Rummel* (Hrsg.), ABGB-Kommentar, Band 1, 3. Auflage, § 7 Rz 7 = Einschränkung eines überschießend weiten Gesetzeswortlautes.

[313] *Wonisch*, Die gerichtlichen Straftatbestände des Sozialbetrugsgesetzes, ZAS 2008/3, S. 18, Fn 38.

Da hinsichtlich der erforderlichen Mindestpersonenanzahl der Ziffer 1 meiner Meinung nach keine eindeutige Lösung besteht, bleibt jedenfalls abzuwarten, wie der OGH zukünftig darüber entscheiden wird.

1.2.3 Die führende Tätigkeit in einer Verbindung einer größeren Zahl illegal erwerbstätiger Personen i.S.d. § 153e Abs 1 Z 3 StGB

Den Tatbestand nach **Absatz 1 Z 3** des § 153e StGB erfüllt jene Person, die in einer Verbindung einer größeren Zahl illegal Erwerbstätiger eine führende Tätigkeit hat. Der Täter nach Z 3 ist somit ein führendes Mitglied einer Verbindung von zumindest zehn Schwarzarbeitern, welches vorsätzlich die Schwarzarbeit der Mitglieder der Verbindung fortsetzt.[314] Es muss sich insofern um eine Organisation von zu beschäftigenden Schwarzarbeitern handeln.[315]

Unter dem Begriff der Verbindung ist nach den Materialien zur Regierungsvorlage der *„Zusammenschluss einer größeren Anzahl von Menschen zu einer mehr oder weniger hierarchisch strukturierten Organisation mit einem „Anführer" und festgelegten Regeln in Bezug auf die Zielsetzungen – nämlich die Ausübung illegaler Erwerbstätigkeit - sowie die Rechte und Pflichten der Mitglieder"*[316] zu verstehen, wobei es keiner besonderen Organisations- oder Unternehmensform bedarf.[317]

„Führend tätig" ist eine Person, die in einer Verbindung eine auch nur teilweise selbstständige Anordnungsmacht im größeren Ausmaß inne hat und die wichtigen Einfluss auf die Tätigkeit der Verbindung ausübt;[318] insbesondere dieser, welcher über interne Maßnahmen die Entscheidungsgewalt besitzt.[319] Eine Person, die z.B.Weisungen erteilen kann, wann und wo gearbeitet wird und in welcher Höhe das Entgelt gebührt.[320]

Wobei darunter nicht nur die obersten Entscheidungsträger zu verstehen sind, sondern auch untergeordnete Personen, die wesentlichen Einfluss auf die Verbindungstätigkeit haben.[321]

1.2.4 Das Fehlen der erforderlichen Gewerbeberechtigung i.S.d. § 153e Abs 1 Z 1 StGB

Verrichtet eine Person gewerberechtliche Tätigkeiten ohne jedoch die entsprechende gewerberechtliche Genehmigung nach der Gewerbeordnung zu besitzen, verstößt sie gegen die zwingenden Bestimmungen des Gewerberechts, was auch populär, als „*Gewerbepfusch*" bezeichnet wird.[322]

---

[314] *Bertel/Schwaighofer/Venier,* Österreichisches Strafrecht BT I, 11. Auflage, Rz 3 zu § 153e StGB.

[315] *Wonisch*, Die gerichtlichen Straftatbestände des Sozialbetrugsgesetzes, ZAS 2008, S. 18.

[316] Ministerialentwurf zum Sozialbetrugsgesetz - 192/ME XXII. GP - Vorblatt und Erläuterungen, S. 7; EBRV SozBeG 698 BlgNR XXII. GP, S. 10 von 22; *Fabrizy*, StGB samt ausgewählten Nebengesetzen Kurzkommentar, 2010, Rz 2 zu § 279 StGB; *Leukauf/Steininger*, Kommentar zum StGB, 3. Auflage, Rz 2 zu § 279; *Gagawczuk,* Sozialbetrugsgesetz, DRdA 2005, S. 200.

[317] *Wonisch*, Die gerichtlichen Straftatbestände des Sozialbetrugsgesetzes, ZAS 2008, S. 18; EBRV SozBeG 698 BlgNR XXII. GP, S. 10 von 22.

[318] Ministerialentwurf zum Sozialbetrugsgesetz - 192/ME XXII. GP - Vorblatt und Erläuterungen, S. 8; EBRV SozBeG 698 BlgNR XXII. GP, S. 10 von 22.

[319] *Wonisch*, Die gerichtlichen Straftatbestände des Sozialbetrugsgesetzes, ZAS 2008, S. 18.

[320] *Bertel/Schwaighofer/Venier,* Österreichisches Strafrecht BT I, 11. Auflage,, Rz 3 zu § 153e StGB.

[321] EBRV SozBeG 698 BlgNR XXII. GP, S. 10 von 22.

[322] *Mayer,* Das Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz im System der Rechtsordnung, 1. Kapitel in *Mayer (Hrsg.),* Schwarzarbeit, Pfuscht der Gesetzgeber? 1999, S. 3; *Lackenbucher,* Pfusch? Garantiert ohne Garantie – Teil 1, WKO Wien, Newsletter Nr. 4/2008, S. 2.

Bereits im Mittelalter wurden jene Personen, welche unter Umgehung von Zunftregeln eine handwerkliche Tätigkeit ausübten Schwarzarbeiter genannt.[323]

Aus der historischen Betrachtungsweise ist der Verstoß gegen die Gewerbe- und handwerksrechtlichen Normen, u.a. auch die Arbeitszeiten, Zugangsbeschränkungen und Preisregelungen, die älteste Form der Schwarzarbeit.[324] Sukzessive kamen im Laufe der Jahre noch steuerrechtliche und sozialversicherungsrechtliche Aspekte hinzu.[325]

Die heutige Praxis in Österreich zeigt, dass Auftragnehmer öfters eine Gewerbeberechtigung besitzen, dass diese aber im konkreten Fall nicht ausreicht um die einzelnen Arbeiten auszuführen.[326] Nach dem Wortlaut des § 153e StGB wäre der Auftraggeber - wie bereits dargelegt - auch dann strafbar, wenn der Auftragnehmer nicht die jeweils ("erforderliche") zutreffende Gewerbeberechtigung besitzt und der Auftraggeber dies weiß oder sich zumindest mit dem Nichtbesitz abfindet.

Hierbei muss hervorgehoben werden, dass in solch gelagerten Fällen tätige Unternehmer Sozialversicherungsbeiträge an die gewerblichen Sozialversicherung in gleicher Höhe zahlen wie befugt tätige Gewerbetreibende.[327]

Da dieses Ergebnis nicht dem Ziel des Gesetzgebers, Sozialversicherungsbetrug zu bekämpfen, entspricht, wäre nach *Filzmoser* die normierte Strafmöglichkeit nach dem StGB zu weitreichend und konnte seiner Meinung nach vom Gesetzgeber auch nicht so beabsichtigt gewesen sein.[328] Nach *Filzmoser* bedarf es daher einer sog. "teleologischen Reduktion"[329], um das unbefriedigende Ergebnis zu vermeiden.[330] Lediglich dort, wo Sozialversicherungsbeiträge oder Zuschläge nach dem BUAG nicht gehörig entrichtet werden, soll gerichtliche Strafbarkeit drohen, jedoch nicht, wenn, mangels entsprechender gewerberechtlicher Genehmigung, lediglich die Grundumlage bei der Fachorganisation der Wirtschaftskammer nicht ordnungsgemäß entrichtet wird.[331]

Meines Erachtens ist der Ansicht von *Filzmoser* zu folgen, widrigenfalls - entgegen dem durch das Sozialbetrugsgesetz verfolgten Ziel – auch die ordnungsgemäß entrichtenden Sozialversicherungszahler gerichtlich bestraft werden könnten.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass i.S.d. GewO unter dem Begriff der Schwarzarbeit, die Ausführung einer Tätigkeit, welche grundsätzlich auf Grund von gewerberechtlichen Normen einer Gewerbeberechtigung bedürfe, aber vom Auftragnehmer ohne der entsprechenden Berechtigung ausgeübt wird, zu verstehen.

Die Auftraggeber von Pfuschern denken vielfach nur an ihren momentanen finanziellen Vorteil und bedenken nicht die zukünftigen Konsequenzen, welche mit der Arbeitsleistung, insbesondere wenn diese mangelhaft ist, entstehen können. Im Falle eines mangelhaft ausgeführtes Werkes steht nämlich keine Haftpflichtversicherung hinter

---

[323] *Gretschmann/Heinze/Mettelsiefen* (Hrsg.), Schattenwirtschaft. Wirtschafts- und sozialwissenschaftliche Aspekte, internationale Erfahrungen, Göttingen, 1984, S. 5 ff; *Friebe,* Das Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit, Köln, 1970, S. 15; *Miller,* Schwarzarbeit zwischen Anerkennung und Bekämpfung, Konstanz, 1985, S. 100.

[324] *Friebe,* Das Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit, Köln, 1970, S. 17; Wikipedia, Schwarzarbeit, http://de.wikipedia.org/wiki/Schwarzarbeit.

[325] *Miller,* Schwarzarbeit zwischen Anerkennung und Bekämpfung, Konstanz, 1985, S. 101.

[326] *Filzmoser*, Gewerberechtliche Aspekte des Sozialbetrugsgesetzes, ecolex 2005 - Heft 7, S. 548.

[327] *Filzmoser*, Gewerberechtliche Aspekte des Sozialbetrugsgesetzes, ecolex 2005 - Heft 7, S. 548.

[328] *Filzmoser*, Gewerberechtliche Aspekte des Sozialbetrugsgesetzes, ecolex 2005 - Heft 7, S. 548.

[329] Zur teleologischen Reduktion: *Bydlinski* im *Rummel* (Hrsg.), ABGB- Kommentar, Band 1, 3. Auflage, § 7 Rz 7 = Einschränkung eines überschießend weiten Gesetzeswortlautes.

[330] *Filzmoser*, Gewerberechtliche Aspekte des Sozialbetrugsgesetzes, ecolex 2005 - Heft 7, S. 548.

[331] *Filzmoser*, Gewerberechtliche Aspekte des Sozialbetrugsgesetzes, ecolex 2005 - Heft 7, S. 548.

dem Pfuscher-Auftragnehmer, welche für den Fall die Kosten tragen würde, da diese nur für Schäden, welche im Rahmen von Arbeiten, die von der Gewerbeberechtigung gedeckt sind, entsteht.[332]

1.3 Der bedingte Vorsatz einer gewerbsmäßigen Tatbegehung und der Vorsatz auf Beschäftigung einer „größeren Zahl“ von illegal erwerbstätigen Personen

Zum subjektiven Tatbestandsmerkmal ist zu sagen, dass grundsätzlich der dolus eventualis, der zumindest bedingte Vorsatz des § 5 Abs 1 2 Halbsatz StGB *(„dass der Täter diese Verwirklichung ernstlich für möglich hält und sich damit abfindet“*) gegeben sein muss.[333] Hinsichtlich des Vorsatzes des § 153e StGB ist darüber hinaus zweierlei hervorzuheben:

1. Um den Tatbestand des § 153e StGB zu erfüllen, wird auf der subjektiven Tatseite für jeden einzelnen Fall der Ziffer 1 bis 3 eine gewerbsmäßige Tatbegehung i.S. der strafrechtlichen Gewerbsmäßigkeit des § 70 StGB gefordert.[334] Insofern muss für die Erfüllung des subjektiven Tatbestandes der Täter die Absicht der Erzielung fortlaufender Einnahmen durch wiederkehrende Begehung haben.[335] Hinsichtlich des Vorsatzes zur Gewerbsmäßigkeit ist der dolus eventualis nicht ausreichend, sondern es muss die Absichtlichkeit i.S.d. § 5 Abs 2 StGB vorliegen.[336] Die Absichtlichkeit stellt eine verstärkte Wollenskomponente dar.[337]

Bezüglich der anderen Tatbestandselemente genügt der bedingte Vorsatz.[338] Der Täter muss, durch die Ausübung der Strafhandlung, das Ziel verfolgen, durch die wiederkehrende Begehung derselben Straftat sich eine für längere Zeit wirksame Einnahmequelle zu verschaffen.[339]

Dies wird meines Erachtens bei der Beschäftigung von Schwarzarbeitern nicht problematisch sein. Nach Ziffer 1 wird der Täter grundsätzlich von dem späteren Überlasser oder Vermittler oder Arbeitgeber, der selbst den Schwarzarbeiter beschäftigt, entlohnt.[340] Nach Ziffer 3 erhält die führend tätige Person meist aus den Geldern der Mitglieder eine Entlohnung.[341] Auch ein nach der Z 2 selbst beschäftigender Arbeitgeber erzielt dadurch den wirtschaftlicher Vorteil, dass er sich z.B. höhere Ausgaben erspart, im Vergleich zu Arbeitgebern, welche Arbeitnehmer ordnungsgemäß zu den Sozialversicherungen anmelden, was als fortlaufende Einnahme zu qualifizieren ist.[342]

---

[332] *Lackenbucher,* Pfusch? Garantiert ohne Garantie – Teil 1, WKO Wien, Newsletter Nr. 4/2008, S. 2.

[333] EBRV SozBeG 698 BlgNR XXII. GP, S. 10 von 22; *Derntl/Neumann,* Das SozBeG: Scheinfirmen und Schwarzarbeit sollen künftig effektiver bekämpft werden, ASoK 2005, S. 97; *Wonisch*, Die gerichtlichen Straftatbestände des Sozialbetrugsgesetzes, ZAS 2008, S. 19.

[334] *Derntl/Neumann,* Das SozBeG: Scheinfirmen und Schwarzarbeit sollen künftig effektiver bekämpft werden, ASoK 2005, S. 97; *Wonisch*, Die gerichtlichen Straftatbestände des Sozialbetrugsgesetzes, ZAS 2008, S. 19.

[335] *Wonisch*, Die gerichtlichen Straftatbestände des Sozialbetrugsgesetzes, ZAS 2008, S. 19.

[336] *Wonisch*, Die gerichtlichen Straftatbestände des Sozialbetrugsgesetzes, ZAS 2008, S. 19.

[337] *Eder-Rieder,* Einführung in das Wirtschaftsstrafrecht, NWV, Wien, Graz, 2010, S. 38.

[338] *Jerabek*, § 70 Gewerbsmäßige Begehung in *Höpfel/Ratz,* WK zum StGB, 2. Auflage, Rz 4 zu § 70 StGB.

[339] OGH vom 07.03.2001, 13 Os 25/01; OGH vom 20.09.2001, 15 Os 126/01; OGH vom 26.11.2003, 13 Os 118/03; *Kirchbacher/Presslauer*, § 153e StGB in *Höpfel/Ratz* (Hrsg.), WK zum StGB, 2. Auflage, Rz 16 zu § 153e StGB; *Bertel/Schwaighofer/Venier,* Österreichisches Strafrecht BT I, 11. Auflage,, Rz 4 zu § 153e StGB; *Jerabek*, § 70 Gewerbsmäßige Begehung in *Höpfel/Ratz,* WK zum StGB, 2. Auflage, Rz 7 zu § 70 StGB.

[340] *Wonisch*, Die gerichtlichen Straftatbestände des Sozialbetrugsgesetzes, ZAS 2008, S. 19.

[341] *Wonisch*, Die gerichtlichen Straftatbestände des Sozialbetrugsgesetzes, ZAS 2008, S. 19.

[342] *Filzmoser*, Gewerberechtliche Aspekte des Sozialbetrugsgesetzes, ecolex 2005 - Heft 7, S. 547; StRsp des OGH, z.B. OGH vom 11.10.1977, 11 Os 114/77, EvBl 1978/48, 133 = ÖJZ-LSK 1978/34; OGH vom 28.11.1978, 11 Os 172/77 ÖJZ-

Nach herrschender Literatur genügt, um den Tatbestand der Gewerbsmäßigkeit zu erfüllen, auch bereits eine einzige Tat, wenn eindeutig der Vorsatz gegeben ist, durch wiederkehrende Verstöße gegen die gleiche Norm, fortlaufende Einkünfte zu erzielen.[343]

2. Hinsichtlich des Vorsatzes auf Beschäftigung einer *„größeren Zahl"* von Personen ist der subjektive Tatbestand dann erfüllt, wenn der Täter aus den wahrgenommenen Tatsachen *„die richtigen Schlüsse zieht, so dass er die hinter den Tatbestandsmerkmalen stehenden Wertungen und Rechtsfragen begreift"* [344] bzw. die *„deskriptiven Elemente in ihrem sozialen ‚Bedeutungsgehalt' erfasst"*.[345] Hierbei ist ausreichend, *„dass der Täter diese Elemente und die gesetzgeberische Wertung erkennt und in laienhafter Weise versteht."*[346] Es muss vom Täter der soziale und rechtliche Bedeutungsgehalt der Tat laienhaft richtig verstanden werden.[347] Eine sogenannte *„Parallelwertung in der Laiensphäre"* im Gegensatz zur exakten, juristisch richtigen Subsumtion reicht für den Vorsatz hinsichtlich der „größeren Anzahl" aus.[348]

Nach *Wonisch* muss der Täter eine *„dem entsprechenden Menschenbegriff korrespondierende Zahlenvorstellung"* haben.[349] In concreto müsste sich der Vorsatz des Täters auf eine Anzahl von circa zehn Personen beziehen.

Hinsichtlich dieses Punktes wird das Prozessgericht im Rahmen der Beweiswürdigung Feststellungen treffen müssen, inwiefern der subjektive Tatbestand hinsichtlich der größeren Zahl an Personen als erwiesen anzusehen ist oder nicht.

1.4 Vergleich der gesetzlichen Bestimmung des § 153e StGB zum Gesetzesentwurf des Sozialbetrugsgesetzes

In diesem Kapitel soll dargestellt werden, inwiefern die gesetzliche Bestimmung vom Gesetzesentwurf abweicht und welche Überlegungen und Argumente dafür gesprochen haben, einige Tatbestandsmerkmale nicht gerichtlich strafrechtlich zu pönalisieren. Die gesetzliche Bestimmung weicht in ein paar Punkten vom ursprünglichen Ministerialentwurf ab.

Der Ministerialentwurf definierte die illegale Erwerbstätigkeit extensiver. Nach diesem fiel unter die Definition der illegalen Erwerbstätigkeit auch die Beschäftigung bzw. Inanspruchnahme der Arbeitsleistung eines Ausländers entgegen den zwingenden Bestimmungen des AuslBG, die Ausübung einer Tätigkeit ohne die erforderliche Meldung nach dem AVRAG oder ohne die – nach dem AVRAG – notwendige Bereithaltung von Unterlagen.

Die **Legaldefinition** für den Straftatbestand der illegalen Erwerbstätigkeit war im § 1 Abs 3 in der Fassung des Begutachtungsentwurfes folgendermaßen normiert:

LSK 1979/65; OGH vom 16.10.2003, 15 Os 101/03, RIS-Justiz RS0092421; OGH vom 08.08.2007, 15 Os 54/06i, JusGuide 2007/41/5133 = RIS-Justiz RS0092421; *Wonisch*, Die gerichtlichen Straftatbestände des Sozialbetrugsgesetzes, ZAS 2008, S. 19.

[343] OGH vom 28.07.1997, 15 Os 100/97, RIS-Justiz RS0108366; *Leukauf/Steininger*, Kommentar zum StGB, 3. Auflage, Rz 6 zu § 70.

[344] *Triffterer,* Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Springer-Verlag, 1994, S. 179, Rz 76.

[345] *Triffterer,* Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Springer-Verlag, 1994, S. 179, Rz 76.

[346] *Reindl,* § 5 StGB Vorsatz in *Höpfel/Ratz* (Hrsg.), WK zum StGB, 2. Auflage, Rz 15 zu § 5 StGB.

[347] BFH vom 30.06.2010 - Az. II R 14/09, BGHSt 4, S. 347 (352) = openJur 2011, 88482; BGHSt 8, 321 (324).

[348] *Fabrizy*, StGB samt ausgewählten Nebengesetzten Kurzkommentar, 2010, Rz 3 zu § 5; *Leukauf/Steininger*, StGB, 3. Auflage, Rz 6 ff zu § 7, Prugg VerlagGesmbH, Eisenstadt, 1992; *Triffterer,* Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Springer-Verlag, 1994, S. 179, Rz 76; Ausführungen hierzu: *Kaufmann*, Die Parallelwirkung in der Laiensphäre. 1982.

[349] *Wonisch*, Die gerichtlichen Straftatbestände des Sozialbetrugsgesetzes, ZAS 2008, S. 19.

„wenn ein Dienstnehmer ohne die erforderliche Anmeldung gemäß § 33 Abs 1 des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes (ASVG)[350] beschäftigt wird, eine selbstständige Erwerbstätigkeit in der Land- und Forstwirtschaft ohne die erforderliche Meldung gemäß § 16 Abs 1 des Bauern-Sozialversicherungsgesetzes (BSVG)[351] ausgeübt wird, eine sonstige selbstständige Erwerbstätigkeit ohne die erforderliche Meldung gemäß § 18 Abs 1 des Gewerblichen Sozialversicherungsgesetzes (GSVG)[352] ausgeübt wird, ein Ausländer entgegen § 3 des Ausländerbeschäftigungsgesetzes (AusIBG[353]) oder entgegen § 14g AusIBG beschäftigt oder die Arbeitsleistung eines Ausländers entgegen § 18 AusIBG in Anspruch genommen wird, ein Arbeitgeber (Beauftragter, Arbeitnehmer) ohne die erforderliche Meldung gemäß § 7b Abs 3 des Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetzes (AVRAG)[354] eine (Erwerbs)Tätigkeit ausübt, ein Arbeitgeber (Beauftragter, Arbeitnehmer) ohne die erforderliche Bereithaltung von Unterlagen gemäß § 7b Abs 5 AVRAG eine (Erwerbs)Tätigkeit ausübt oder wenn eine gewerbliche Tätigkeit ohne die nach der Gewerbeordnung 1994 (GewO)[355] hiefür erforderliche Gewerbeberechtigung ausgeübt wird.“[356]

Diese Definition ist jedoch im Rahmen des Begutachtungsverfahrens wesentlichen geändert worden und wurden insbesondere mehrere Tatbestände gestrichen:

1. Unter einem hat der Gesetzesentwurf als illegale Erwerbstätigkeit eine fehlende erforderliche Anmeldung nach den explizit aufgezählten § 33 Abs 1 ASVG, § 16 Abs 1 BSVG und § 18 Abs 1 GSVG, vorgesehen. Im Gegensatz dazu definiert das nunmehrige Gesetz die illegale Erwerbstätigkeit ganz allgemein *„ohne die erforderliche Anmeldung zur Sozialversicherung“* und lässt meiner Meinung nach mangels taxativer Aufzählung einen Spielraum für eventuelle gesetzliche Änderungen und Interpretationen, was ich als positiv werte.

Die Tatbestände, die auf das AVRAG Bezug nehmen, somit die Ausübung einer Tätigkeit ohne die erforderliche Meldung nach § 7b Abs 3 AVRAG bzw. ohne die erforderliche Bereithaltung von Unterlagen gemäß § 7b Abs 5 AVRAG, wurden gänzlich gestrichen, weil nach der kurzen - und meiner Ansicht nach unbefriedigenden - Begründung in den Erläuterungen zur Regierungsvorlage „diese Regelungen im vorliegenden Zusammenhang außer Betracht bleiben können“.[357]

Was diese Aussage bedeutet wird leider weiters nicht erläutert. Meiner Ansicht nach ist jedoch die Streichung des Tatbestandes zu begrüßen, weil es doch eine unverhältnismäßige Sanktion wäre, im Falle der Unterlassenen Meldung bzw. Nichtbereithaltung von Unterlagen nach dem AVRAG, gerichtliche Sanktionen anzuordnen.

---

[350] Allgemeines Sozialversicherungsgesetz - ASVG - BGBl. Nr. 189/1955 idF BGBl. I Nr. 111/2012.

[351] Bundesgesetz vom 11.10.1978 über die Sozialversicherung der in der Land- und Forstwirtschaft selbständig Erwerbstätigen (Bauern-Sozialversicherungsgesetz - BSVG), BGBl. Nr. 559/1978, geändert am 04.09.1999 durch BGBl. I Nr. 194/1999 idF des Budgetbegleitgesetzes 2011, BGBl I Nr. 111/2010.

[352] Bundesgesetz vom 11.10.1978 über die Sozialversicherung der in der gewerblichen Wirtschaft selbständig Erwerbstätigen (Gewerbliches Sozialversicherungsgesetz - GSVG), BGBl. Nr. 560/1978, geändert am 04.09.1999 durch BGBl. I Nr. 194/1999 idF des Sozialrechts-Änderungsgesetz 2012 (SRÄG 2012), BGBl I Nr. 3/2013.

[353] Bundesgesetz vom 20.03.1975, mit dem die Beschäftigung von Ausländern geregelt wird (Ausländerbeschäftigungsgesetz - AuslBG), BGBl. Nr. 218/1975 idF BGBl. I Nr. 98/2012..

[354] Bundesgesetz vom 01.07.1993, mit dem arbeitsvertragsrechtliche Bestimmungen an das EG-Recht angepaßt (Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz - AVRAG) und das Angestelltengesetz, das Gutsangestelltengesetz und das Hausgehilfen- und Hausangestelltengesetz geändert werden, BGBl. Nr. 459/1993 idF BGBl. I Nr. 24/2011.

[355] Gewerbeordnung 1994 - GewO 1994, vom 19. 03. 1994, BGBl. Nr. 194/1994 idF des BGBl I Nr. 85/2012.

[356] EBRV SozBeG 698 BlgNR XXII. GP, S. 9 von 22

[357] EBRV SozBeG 698 BlgNR XXII. GP, S. 9 von 22.

Meiner Ansicht nach könnte mit der Äußerung in den Erläuterungen zur Regierungsvorlage *„diese Regelungen können im vorliegenden Zusammenhang außer Betracht bleiben“* gemeint sein, dass mit dem Sozialbetrugsgesetz die Schädigung der Sozialversicherungen/Sozialversicherungsträger sanktioniert werden soll und nicht sonstige anderen Verstöße, wie die Nichtbereithaltung von Unterlagen, Nichtmeldung nach dem AVRAG. Als conclusio vertrete ich die Auffassung, dass mit der Streichung dieses Tatbestandes richtig vorgegangen wurde und ist eine derartige Streichung zu begrüßen.

Auch die Strafbarkeit nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz**,** wie z.B. die Beschäftigung eines Ausländers entgegen §§ 3 bzw 14g AuslBG, die Inanspruchnahme eines Ausländers gemäß § 18 AuslBG und das Organisieren der illegalen Erwerbstätigkeit von Ausländern in unternehmerischer Form, um sich dadurch eine fortlaufende Einnahmequelle zu verschaffen, wurde nicht in die gesetzliche Norm des § 153e StGB übernommen.[358]

Aus der Erklärung zur Regierungsvorlage war der Grund dafür, dass *„nicht ohne Effizienzverluste und/oder Systemwidrigkeiten in das Regime des Ausländerbeschäftigungsgesetzes eingegriffen werden kann“*.[359]

Ebenfalls diese Streichung werte ich als positiv, insbesondere da das AuslBG bereits empfindliche Strafen vorsieht und die gerichtliche Verfolgung bei „gewöhnlichen“, sprich nicht qualifizierten – was die Anzahl der illegal Beschäftigten anbelangt – Verstößen gegen das AuslBG nicht verhältnismäßig wäre.

In den Erläuterungen wird weiters klargestellt, dass eine gerichtliche Bestrafung, insbesondere gravierender Zuwiderhandlungen gegen das Ausländerbeschäftigungsrecht, grundsätzlich jedenfalls sachlich gerechtfertigt wäre.[360]

Dieses Ansinnen wurde nunmehr, aufgrund der EU-Sanktionen-Richtlinie, welche in der Arbeit noch besprochen wird, per 01.07.2011, mit Einführung des § 28c AuslBG, welcher im Fall von qualifizierten Verstößen gegen das AuslBG gerichtliche Strafen bis zu 2 Jahren Freiheitsstrafe vorsieht, erfüllt.

Die neue Bestimmung des § 28c AuslBG wird noch in der Arbeit an späterer Stelle erörtert.

Die Änderungen hinsichtlich des Ausländerbeschäftigungsrechts gehen insbesondere auf die Einwände der Redaktion der Standesvertretung im Begutachtungsverfahren zurück.[361]

Die Standesvertretung machte in ihrer Stellungnahme darauf aufmerksam, dass nach der aktuellen Rechtslage, die illegale Beschäftigung von Ausländern gemäß § 28 Abs 1 Z 1 AuslBG eine Verwaltungsübertretung darstelle, deren Vollziehung in erster Instanz den Bezirksverwaltungsbehörden (BVB) und in zweiter Instanz den unabhängigen Verwaltungssenaten (UVS) der Ländern zukommt.[362]

Weiters macht die Standesvertretung auf wichtige effizienzsteigernde Vorteile des Verwaltungsstrafverfahrens im Vergleich zum gerichtlichen Verfahren aufmerksam, wie z.B. auf

[358] Redaktion der Standesvertretung, RV zum Sozialbetrugsgesetz, ZUV, 2004, S. 131.
[359] EBRV SozBeG 698 BlgNR XXII. GP, S. 9 von 22.
[360] EBRV SozBeG 698 BlgNR XXII. GP, S. 9 von 22.
[361] Redaktion der Standesvertretung, RV zum Sozialbetrugsgesetz, ZUV, 2004/4, S. 131.
[362] Redaktion der Standesvertretung, RV zum Sozialbetrugsgesetz, ZUV, 2004/4, S. 131.

- die Mitwirkungspflicht des Beschuldigten an der Beweissicherung, durch die materiell-rechtlichen gesetzlichen Vermutungen, insbesondere des § 2 Abs 4 AuslBG, § 28 Abs 7 AuslBG oder § 4 Abs 2 AÜG, sowie
- die Verschuldensvermutung nach § 5 Abs 1 VStG,
- die Möglichkeit der Führung eines Verwaltungsstrafverfahrens auch in Abwesenheit eines Beschuldigten (was insbesondere bei Scheinfirmen oder Strohmännern wichtig ist) und
- die ungeteilte Haftung nach § 9 Abs 7 VStG von juristische Personen, Personengesellschaften für die über die zur Vertretung nach außen Berufenen verhängten Geldstrafen. [363]

Diese Argumente überzeugen meiner Meinung nach jedenfalls, in die Richtung gehend, dass die illegale Ausländerbeschäftigung im Rahmen des Verwaltungsstrafverfahrens effizienter und effektiver verfolgt und bestraft werden kann.

Ein zusätzlicher Punkt der Kritik am Gesetzesentwurf war, dass, aufgrund der **Subsidiaritätsklausel** des § 28 Abs 1 AuslBG vermutlich mit Schwierigkeiten bei der Zuständigkeitsabgrenzung zwischen den Gerichten und den Verwaltungsbehörden zu rechnen gewesen wäre.[364] Die Zuständigkeitsfrage könnte voraussichtlich großteils erst nach Abschluss bzw. Einstellung des gerichtlichen Strafverfahrens geklärt werden, was zumeist nach § 30 Abs 2 VStG zur Unterbrechung des Verwaltungsstrafverfahrens bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Strafgerichtes führen könnte.[365] Eine Fortsetzung der Verwaltungsverfahren wäre vermutlich dann teilweise nicht mehr möglich, weil die Unterbrechung gemäß § 30 Abs 2 VStG den Entscheidungsfristablauf nicht hemmt und die Tat somit möglicherweise bereits schon verjährt wäre.[366]

Zusätzlich verlangt der Tatbestand der illegale Beschäftigung i.S.d. § 153e StGB einen über ein "gewöhnliches" Ausmaß hinausgehenden größeren Umfang illegaler Arbeitnehmer, was widersprüchlich zu § 28 Abs 1 AuslBG wäre, welcher hinsichtlich des Tatbestandes einer größeren Zahl, lediglich mehr als drei Ausländern, vorsieht.[367]

Als conclusio zu der Stellungnahme der Redaktion der Standesvertretung hinsichtlich der Streichung der Verstöße gegen das AuslBG aus dem Tatbestand des § 153e StGB, erachte ich deren Überlegungen jedenfalls als argumentativ überzeugend, insbesondere weil die Aufnahme der Bestrafung nach dem AuslBG in den Tatbestand des § 153e StGB – wie oben aufgezeigt – mehrer Folgeprobleme nach sich ziehen würde und sowohl das materielle, als auch das prozesualle Recht konterkariert wäre.

Als conclusio ist somit festzuhalten, dass der Begriff der Schwarzarbeit im Entwurf zum Soziallbetrugsgesetz **extensiver** geregelt war. Insbesondere sollte auch die illegale Ausländerbeschäftigung gerichtlich sanktioniert werden. Verstöße gegen die Bestimmungen §§ 3, 14g und 18 AuslBG[368], § 7b Abs 3 AVRAG[369] und § 7b Abs 5 AVRAG[370], welche nunmehr nicht in den Anwendungsbereich des § 153e StGB fallen. In weiterer

[363] Redaktion der Standesvertretung, RV zum Sozialbetrugsgesetz, ZUV, 2004/4, S. 131.
[364] Redaktion der Standesvertretung, RV zum Sozialbetrugsgesetz, ZUV, 2004/4, S. 131.
[365] Redaktion der Standesvertretung, RV zum Sozialbetrugsgesetz, ZUV, 2004/4, S. 131.
[366] Redaktion der Standesvertretung, RV zum Sozialbetrugsgesetz, ZUV, 2004/4, S. 131.
[367] Redaktion der Standesvertretung, RV zum Sozialbetrugsgesetz, ZUV, 2004/4, S. 132.
[368] Inanspruchnahme der Arbeitsleistung eines betriebsentsandten Ausländers ohne entsprechender notwendiger Entsendebewilligung
[369] Ausübung einer Tätigkeit ohne die erforderliche Meldung an das AMS.
[370] Ausübung einer Tätigkeit ohne Bereithaltung der von bestimmten Unterlagen.

Folge wird man solcherart Verstöße weiterhin nach dem AuslBG bzw. AVRAG ahnden und verwaltungsstrafrechtlich sanktionieren müssen.

Das AuslBG und AVRAG wird im Rahmen der Arbeit ebenfalls im nachstehenden Kapitel erörtert werden.

Schlussendlich blieb für die Definition von illegaler Erwerbstätigkeit i.S.d. § 153e StGB „lediglich" der Wortlaut über: *„die Ausübung einer Erwerbstätigkeit ohne die erforderliche Anmeldung zur Sozialversicherung oder ohne die erforderliche Gewerbeberechtigung"*.

In den Erläuterungen zur Regierungsvorlage wird hinsichtlich des Verständnisses der Aufzählung im § 153e StGB, ob diese taxativ oder demonstrativ zu deuten seien, lediglich festgehalten: *„Die Umschreibung von Schwarzarbeit bzw. illegaler Erwerbstätigkeit ist damit naturgemäß keineswegs eine allgemeine oder abschließende, sondern soll nur der Abgrenzung bzw. nötigen Bestimmtheit für die gegenständliche Strafbestimmung dienen."*[371]

Aus dieser Argumentation müsste meiner Meinung nach der Schluss gezogen werden, dass die Aufzählung eben nicht taxativ sein soll. Doch muss man sich weiters vor die Augen führen, dass wiederum eine Bestrafung der Verstöße gegen das AuslBG bzw. AVRAG der historischen Interpretation entgegenstehen würde, weil im Rahmen des Begutachtungsverfahrens eben diese Tatbestände explizit – nach reiflicher Überlegung und mehreren Stellungnahmen – aus der Definition des Gesetzesentwurfes des § 153e StGB herausgenommen wurde.

Zusammenfassend wird man meiner Ansicht nach zu dem Ergebnis kommen müssen, dass es sich beim Begriff der Schwarzarbeit nach dem StGB um eine *„deliktspezifische Begriffsbestimmung"* handelt und Arbeitstätigkeiten, welche gegen sonstige gesetzliche Normen verstoßen, nicht unter die Norm des § 153e StGB zu subsumieren sind.[372]

1.5 Notwendigkeit der Organisation

Abschließend ist noch hinsichtlich der Anwendbarkeit des § 153e StGB hervorzuheben, dass diese Strafbestimmung nicht die Beschäftigung eines einfachen Schwarzarbeiters durch einen einzelgängerischen Arbeitgeber pönalisieren soll, sondern die unternehmerische Beschäftigung von Schwarzarbeitern durch Arbeitgeber, die einen bestimmten Grad an Organisation in ihrer Vorgangsweise aufweisen, verfolgt werden soll, da der Gesetzgeber eben nicht den einfachen *„Gelegenheits-Pfuscher"* durch die Bestimmung des § 153e zur Rechenschaft heranziehen wollte, sondern nur die den Arbeitsmarkt- und den Wettbewerb massiv beeinträchtigende *„organisierte Schwarzarbeit"* pönalisieren möchte.[373]

Nach *Reindl-Krauskopf* behandelt die Bestimmung den *„organisierten ‚Pfusch' im großen Stil",* was sie aus der Voraussetzung der Gewerbsmäßigkeit ableitet.[374]

Es soll mit dem neuen Tatbestand nicht die Schwarzarbeit allgemein kriminalisiert werden, sondern nur die organisierte Schwarzarbeit. Was unter dem Begriff „organisiert"

[371] EBRV SozBeG 698 BlgNR XXII. GP, S. 9 f von 22.

[372] *Kirchbacher/Presslauer*, § 153e StGB in *Höpfel/Ratz* (Hrsg.), WK zum StGB, 2. Auflage, Rz 6 zu § 153e StGB; EBRV SozBeG 698 BlgNR XXII. GP, S. 9 f von 22.

[373] *Kirchbacher/Presslauer*, § 153e StGB in *Höpfel/Ratz* (Hrsg.), WK zum StGB, 2. Auflage, Rz 19 zu § 153e StGB; *Derntl/Neumann,* Das SozBeG: Scheinfirmen und Schwarzarbeit sollen künftig effektiver bekämpft werden, ASoK 2005, S. 97.

[374] *Reindl-Krauskopf*, Sozialbetrug aus strafrechtlicher Sicht, DRdA 2008, S. 391.

zu verstehen ist, kann meiner Ansicht nach analog mit dem Begriff der *„organisierten Kriminalität“* gelöst werden.

Es muss sich somit um eine auf Gewinn gerichtete planmäßige Begehung von Straftaten, die von erheblicher Bedeutung sind, handeln, wenn mehr als zwei Beteiligte auf längere Dauer arbeitsteilig unter Verwendung gewerblicher oder geschäftsähnlicher Strukturen zusammenwirken und systematisch kriminelle Ziele verfolgen.[375]

Die Notwendigkeit der Voraussetzung der organisierten Schwarzarbeit wird von *Huber*, welcher die Ansicht vertritt, dass trotz des Sozialbetrugsgesetztes 2005 und der Notwendigkeit der konsequenten Bekämpfung der Schwarzarbeit beispielhaft die Nichtmeldung von Haushaltshilfen weiterhin nicht strafbar ist, weil die Tathandlung unter keinen der neuen Tatbestände zu subsumieren ist und lediglich die Möglichkeit einer strafrechtlichen Verfolgung bei der Beschäftigung von einer größeren Zahl ca. zehn oder mehr Personen gegeben ist.[376]

Meiner Meinung nach ist die Kritik von *Huber* nicht treffend, weil es unbillig und unverhältnismäßig wäre jede Person, die eine private Haushaltshilfe oder PflegerIn etc. bei sich im Haushalt tätig werden lässt mit gerichtlichen Sanktionen zu bestrafen.

Auch sind die von *Derntl/Neumann* aufgeworfenen Zweifel, ob Schwarzarbeit durch strafrechtliche Normen überhaupt effektiv bekämpft und eingebremst werden kann,[377] nicht so abwägig, doch greifen meiner Ansicht nach deren Argumente nur bei „einfachen“ privaten Arbeitgebern im kleineren Rahmen und hat der Gesetzgeber bei Schwarzarbeit im großen Umfang durch die Androhung von gerichtlichen Strafen jedenfalls eine klare Ansage der Verfolgung und Bestrafung von Schwarzarbeit zu machen.

Die neue Bestimmung des § 153e StGB ist meiner Ansicht nach als positive Entwicklung im Kampf gegen die Schwarzarbeit anzusehen. Zweck des Gesetzgebers ist es gewesen mit einer Normierung im StGB überhaupt auf die Problematik der Schwarzarbeit aufmerksam zu machen, Druck auf die Behörden auszuüben effektiver und effizienter das Schwarzarbeiterunternehmertum zu verfolgen und zu bekämpfen.[378] Auch sollte mit der Normierung das Unrechtsbewusstsein bei der Bevölkerung geweckt werden, dass die Normunterworfenen Schwarzarbeit als ein *„sozial inadäquates Verhalten“* ansehen und nicht lediglich als harmloses Kavaliersdelikt.[379]

1.6 Zu den Konkurrenzen der Bestimmungen nach dem StGB zueinander und im Verhältnis zu dem FinStrG

[375] Siehe zur organisierten Kriminalität: Bundesgesetz, mit dem zur Bekämpfung organisierter Kriminalität besondere Ermittlungsmaßnahmen in die Strafprozeßordnung eingeführt sowie das Strafgesetzbuch, das Mediengesetz, das Staatsanwaltschaftsgesetz, das Fernmeldegesetz und das Sicherheitspolizeigesetz geändert werden, 49 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des NR XX. GP, ausgedruckt am 12. 3. 1996.

[376] *Huber*, Nichtanmeldung von Haushaltshilfen weiterhin gerichtlich nicht strafbar! Zweifelsfragen zur Anwendbarkeit des neuen Sozialbetrugsgesetzes, SWK 2005, W 93, S. 788.

[377] *Trautmann,* Aspekte der Schwarzarbeit. Die Ethische Bedeutung für den Einzelnen und die Allgemeinheit. GRIN Verlag, 2008, S. 3; *Derntl/Neumann,* Das SozBeG: Scheinfirmen und Schwarzarbeit sollen künftig effektiver bekämpft werden, ASoK 2005, S. 97.

[378] *Trautmann,* Aspekte der Schwarzarbeit. Die Ethische Bedeutung für den Einzelnen und die Allgemeinheit. GRIN Verlag, 2008, S. 3; *Derntl/Neumann,* Das SozBeG: Scheinfirmen und Schwarzarbeit sollen künftig effektiver bekämpft werden, ASoK 2005, S. 97.

[379] *Trautmann,* Aspekte der Schwarzarbeit. Die Ethische Bedeutung für den Einzelnen und die Allgemeinheit. GRIN Verlag, 2008, S. 3; *Derntl/Neumann,* Das SozBeG: Scheinfirmen und Schwarzarbeit sollen künftig effektiver bekämpft werden, ASoK 2005, S. 97.

Inwiefern die einzelnen Tatbestandsmerkmale des § 153e StGB miteinander **konkurrieren** und wie sie im Verhältnis zu Sanktionen anderer Gesetze stehen, wird nachstehend kurz erörtert werden.

Zu den zwei anderen Tatbeständen, die mit dem Sozialbetrugsgesetz eingeführt wurden, sprich §§ 153c, d StGB, sowie zu anderen Delikten des Strafrechts und auch zu § 33 Abs 2 lit b FinStrG, steht der § 153e StGB in **echter Konkurrenz**.[380] Das heißt, dass wegen mehrerer individueller Tätigkeiten gegen mehrere Strafgesetze verstoßen werden kann, was zur Erfüllung von mehreren Delikten führt.[381]

Hinsichtlich der einzelnen Tatbestände der verschiedenen Ziffern des § 153e StGB besteht grundsätzlich eine Realkonkurrenz, wobei auch eine Idealkonkurrenz möglich ist, wenn der Täter durch eine Handlung mehrere Tatbestände verwirklicht, z.B. wenn ein führend Tätiger nach der Ziffer 3 auch zusätzlich Mitglieder nach der Ziffer 1 vermittelt.[382]

Bei den Tathandlungen der Ziffer 1, *anwerben*, *vermitteln* oder *überlassen*, und der Ziffer 2, *beschäftigen* oder *beauftragen*, handelt es sich um alternative Mischdelikte, wobei die Handlungsweisen als gleichwertig zu qualifizieren sind.[383]

In einer kürzlich ergangenen Entscheidung des Landesgerichts für Strafsachen Graz als Schöffengericht vom 04.04.2012, GZ 12 Hv 24/12s-346 wurde eine Person des Verbrechens des schweren gewerbsmäßigen Betrugs nach §§ 146, 147 Abs 3, 148 erster Fall StGB, teils als Beteiligter nach § 12 dritter Fall StGB, des Verbrechens der betrügerischen Krida nach §§ 156 Abs 1 und Abs 2, 161 Abs 1 StGB, des Vergehens des betrügerischen Vorenthaltens von Sozialversicherungsbeiträgen und Zuschlägen nach dem Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungsgesetz nach § 153d Abs 1 und Abs 3 StGB, der Vergehen der organisierten Schwarzarbeit nach § 153e Abs 1 Z 2 StGB als Beteiligter nach § 12 dritter Fall StGB und der Vergehen der organisierten Schwarzarbeit nach § 153e Abs 1 Z 1 StGB, teils als Beteiligter nach § 12 dritter Fall StGB schuldig erkannt.[384]

Die Bestrafung einer Person nach mehreren Tatbeständen ist somit möglich.

2 Zu den steuer(straf)rechtliche Bestimmungen

2.1 Nach dem Finanzstrafgesetz (FinStrG)

2.1.1 Einleitung

Einen weiterer strafrechtlicher Aspekt der Schwarzarbeit wird im Finanzstrafgesetz[385] normiert. Die relevante gesetzliche Bestimmung für die Schwarzarbeit nach dem Finanzstrafgesetz ist die Norm der Lohn-Abgabenhinterziehung nach § 33 Abs 2 lit b FinStrG.[386]

---

[380] *Kirchbacher/Presslauer*, § 153e StGB in *Höpfel/Ratz* (Hrsg.), WK zum StGB, 2. Auflage, Rz 20 zu § 153e StGB; *Wonisch*, Die gerichtlichen Straftatbestände des Sozialbetrugsgesetzes, ZAS 2008, S. 20.

[381] *Wonisch*, Die gerichtlichen Straftatbestände des Sozialbetrugsgesetzes, ZAS 2008, S. 20, Fn 53.

[382] *Wonisch*, Die gerichtlichen Straftatbestände des Sozialbetrugsgesetzes, ZAS 2008, S. 20.

[383] *Wonisch*, Die gerichtlichen Straftatbestände des Sozialbetrugsgesetzes, ZAS 2008, S. 20.

[384] OGH 12.12.2012, 15 Os 87/12; Unterinstanz LG für Strafsachen Graz als Schöffengericht vom 04.04.2012, 12 Hv 24/12s-346.

[385] Bundesgesetz vom 26.06.1958, betreffend das Finanzstrafrecht und das Finanzstrafverfahrensrecht (Finanzstrafgesetz - FinStrG.), StF: BGBl. Nr. 129/1958 idF BGBl. I Nr. 104/2010.

[386] *Moser,* Strafrechtliche Aspekte der Schwarzarbeit, Innsbruck, Oktober 2001, S. 15.

§ 33 Abs 2 lit b normiert, dass sich derjenige der Abgabenhinterziehung schuldig macht, *wer vorsätzlich unter Verletzung der Verpflichtung zur Führung von Lohnkonten eine Verkürzung von Lohnsteuer oder Dienstgeberbeiträgen zum Ausgleichsfonds für Familienbeihilfen bewirkt und dies nicht nur für möglich, sondern für gewiss hält.*

Per 01.01.2011 wurde mit der Finanzstrafgesetz-Novelle 2010 (FinStrG-Novelle 2010) auch die Verkürzung von Zuschlägen zum Dienstgeberbeitrag in den objektiven Tatbestand aufgenommen.[387] Nach *Reger* ist die nunmehr vorgenommene Änderung und Aufnahme in den Tatbestand bedeutsam, da dadurch der *unbegründeten strafrechtlichen Ungleichbehandlung bei Lohnabgabenverkürzungen* ein Ende gesetzt wird.[388]

Meiner Meinung nach ist der Ansicht von *Reger* zu folgen, da nunmehr sämtliche Verkürzungen des Dienstgeberbeitrages umfassend sanktioniert werden und ist die gesetzliche Erweiterung des Tatbestandes zu begrüßen.

2.1.2 Die Hinterziehung der Lohnsteuer oder der Dienstgeberbeiträge zum Ausgleichfond für Familienbeihilfe

Objektiver Tatbestand des § 33 Abs 2 lit b FinStrG ist somit *die Hinterziehung von Lohnsteuer oder Dienstgeberbeiträgen zum Ausgleichfond für Familienbeihilfe unter Verletzung der Rechtspflicht zur Führung von Lohnkonten gemäß § 76 EStG*.[389]

Die Norm knüpft – als zwingende Tatbestandsvoraussetzung – an die Pflicht des Arbeitgebers zur Führung von Lohnkonten gemäß § 76 EStG.[390] Nach § 76 EStG zählt zu den Arbeitgeberpflichten u.a., für jeden Dienstnehmer ein Lohnkonto am Ort des Arbeitsplatzes zu führen, welches insbesondere den Namen des Arbeitnehmers, seinen Wohnsitz, seine Sozialversicherungsnummer, Daten hinsichtlich des Partners und etwaiger Kinder, den Bruttolohn unter Angabe des Zahltages und die einbehaltene Lohnsteuer, enthalten muss.[391] Im Lohnkonto müssen vor allem sämtliche Bezüge des Arbeitnehmers angeführt werden.[392]

Die Angaben sollen als Grundlage für die Berechnung der Steuern und Abgaben dienen, wobei irrelevant ist, ob der Arbeitnehmer dauerhaft angestellt ist oder nur teilweise oder aushilfsweise.[393]

Vom Tatbestand des § 33 Abs 2 lit b FinStrG wird die Beschäftigung durch den Arbeitgeber ohne Führung von Lohnaufzeichnungen erfasst. Auch das unrichtige oder unvollständige Führen von Lohnkonten, wenn dadurch überhaupt keine Lohnsteuer oder eine verkürzte Lohnsteuer abgeführt wird, bilden den Tatbestand des § 33 Abs 2 lit b FinStrG.[394]

Nach § 78 Abs 1 EStG hat der Arbeitgeber die Lohnsteuer des Arbeitnehmers bei jeder Lohnzahlung einzubehalten. Gemäß § 79 EStG hat der Arbeitgeber die Lohnsteuer, die in einem Kalendermonat einzubehalten war, spätestens am 15-ten Tag nach dem Ablauf des Kalendermonats an das Finanzamt der Betriebsstätte abzuführen.

---

[387] 874 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des NR XXIV. GP, S. 4 von 12; *Fellner,* Kommentar zum FinStrG, § 33 FinStrG, Verkürzung von Lohnsteuer, Band I, 6. Auflage, 13. Lieferung, Jänner 2011, Rz 49.

[388] *Reger*, FinStrG-Novelle 2010 – die wesentlichen Änderungen, ÖStZ 22/2010, Artikel-Nr. 1069, S. 550.

[389] OGH vom 08.09.1983, 13 Os 92/83, LSK 1984/15 = EvBl 1984/107.

[390] *Moser,* Strafrechtliche Aspekte der Schwarzarbeit, Innsbruck, Oktober 2001, S. 15.

[391] *Maitz*/*Bliem* auf der Grundlage von *Cortolezis/Egger/Orgler*, Arbeitsrecht, Band 1, Hrsg. WEKA-Verlag, Wien, 2010, Register 3, Teil G/Kapitel 3/S. 1f.

[392] OGH vom 16.12.1998, 13 Os 30/98.

[393] *Reger/Hacker/Kneidinger,* Das Finanzstrafgesetz, Band 1, Wien, 2002, S. 612, Rz 66 zu § 33 FinStrG.

[394] *Reger/Hacker/Kneidinger,* Das Finanzstrafgesetz, Band 1, Wien, 2002, S. 613, Rz 67 zu § 33 FinStrG.

Für die Verwirklichung des Tatbestandes des § 33 Abs 2 lit b FinStrG muss weiters ein Erfolg eintreten, es muss insofern eine Abgabenverkürzung bewirkt werden, i.S. von verursacht werden.[395] Das Handeln, Tun oder Unterlassen muss jedenfalls für den Eintritt des Erfolges, der Verkürzung der Abgaben, kausal sein.[396]

Die Lohnkontenführung bildet einen notwendigen Tatbestand der Bestimmung des § 33 Abs 2 lit b *(= "unter Verletzung der Verpflichtung zur Führung von Lohnkonten")*.[397] Deswegen wird eine gesetzmäßige Führung von Lohnkonten, auch wenn die Lohnabgaben wissentlich nicht abgeführt werden, nicht eine Strafbarkeit gemäß § 33 Abs 2 lit b begründen können, sondern lediglich eine, mit einer geringeren Geldstrafe zu sanktionierende, Finanzordnungswidrigkeit nach der Bestimmung § 49 Abs 1 FinStrG.[398]

Bei der Beschäftigung von Schwarzarbeitern werden vermutlich kaum bzw. nie Lohnaufzeichnungen für diese geführt und die entsprechenden Steuern für deren Arbeitsleistung nicht an den Staat abgeführt. Der Verstoß gegen die Führung von Lohnkonten wird insofern meines Erachtens – *Moser* folgend – in den meisten Fällen von Schwarzarbeit unmittelbar zur Strafbarkeit nach der Bestimmung des § 33 Abs lit b führen, weil es selten der Fall sein wird, dass der Arbeitgeber bei Schwarzarbeit Lohnaufzeichnungen fürs Finanzamt führen .[399]

2.1.3 Die Wissentlichkeit des Verkürzungserfolges und der bedingte Vorsatz hinsichtlich der Lohnkontoführungsverpflichtung

Auf der **subjektiven Tatseite** wird hinsichtlich des Verkürzungserfolges der Lohnsteuer bzw. der Dienstgeberbeiträge Wissentlichkeit nach § 5 Abs 3 StGB als Schuldform verlangt, hinsichtlich der Lohnkontoführungspflichten jedoch lediglich bedingter Vorsatz.[400]

Bei der Lohnabgabe und den Dienstgeberbeiträgen zum Familienlastenausgleichfond handelt es sich um eine der wichtigsten Selbstberechnungsabgaben i.S.d. § 33 Abs 3 lit b FinStrG, welche vom Abgabepflichtigen selbständig berechnet und automatisch, ohne Aufforderung, an das Finanzamt abgeführt werden müssen.[401]

Da der Arbeitgeber selbst zur Errechnung und zum Abführen der Lohnsteuer verpflichtet ist, wird bereits mit der Nichtentrichtung der Steuer die Abgabenhinterziehung vollendet.[402] Dies lässt fast keinen Freiraum mehr für eine Strafbarkeit wegen Versuchs offen.[403] Das Finanzvergehen nach § 33 Abs 2 lit b FinStrG ist bereits vollendet, sobald die selbst zu berechnende Lohnsteuer oder die ebenso zu ermittelnden Dienstgeberbeiträge zum Ausgleichsfonds für Familienbeihilfen nicht fristgerecht an das örtlich zustän-

---

[395] VwGH vom 28.02.1980, 2219/79 und 2381/79, ÖJZ 1981/54 F (VwGH F) = ÖStZB 1980, 304; VwGH vom 24.09.1981, 81/16/0129, VwSlg 5621 F = ÖJZ 1983/18 F (VwGH F) = REDOK 3826 = ÖStZB 1982, 239.

[396] *Reger/Hacker/Kneidinger,* Das Finanzstrafgesetz, Band 1, Wien, 2002, S. 601, Rz 37 zu § 33.

[397] *Moser,* Strafrechtliche Aspekte der Schwarzarbeit, Innsbruck, Oktober 2001, S. 15.

[398] *Leitner*, Grundzüge des österreichischen Finanzstrafrechtes, Springer Verlag, Wien, 1996, S. 178.

[399] *Moser,* Strafrechtliche Aspekte der Schwarzarbeit, Innsbruck, Oktober 2001, S. 15.

[400] *Eder-Rieder,* Einführung in das Wirtschaftsstrafrecht, NWV, Wien, Graz, 2010, S. 201; *Leitner*, Grundzüge des österreichischen Finanzstrafrechtes, Springer Verlag, Wien, 1996, S. 179; *Reger/Hacker/Kneidinger,* Das Finanzstrafgesetz, Band 1, Wien, 2002, S. 613, Rz 68 zu § 33 FinStrG; VwGH vom 15.09.1986, 84/15/0134; VwGH vom 12.03.1991, 90/14/0137; OGH vom 27.01.2009, 13 Os 115/08y; OGH vom 08.09.1983, 13 Os 92/83, EvBl 1984/107.

[401] *Reger/Hacker/Kneidinger,* Das Finanzstrafgesetz, Band 1, Wien, 2002, S. 605, Rz 44 zu § 33 FinStrG.

[402] OGH vom 23.06.1967, 12 Os 218/66, SSt 38/40 = EvBl 1968/188, 301; VwGH vom 22.10.1986, 83/13/0055, SWK 1987, R 28 = ÖJZ 1987/278 F (VwGH F) = ÖStZ 1987, 68 = REDOK 10.393.

[403] *Leitner*, Grundzüge des österreichischen Finanzstrafrechtes, Springer Verlag, Wien, 1996, S. 180.

dige Finanzamt abgeführt werden. Die Abgabenverkürzung ist damit bewirkt und das Finanzvergehen nach § 33 Abs 2 lit b FinStrG vollendet. [404]

Ein Anwendungsfall des § 33 Abs 2 lit b FinStrG ist ebenfalls, wenn ein Arbeitgeber einen in Wirklichkeit unselbständigen Arbeitnehmer, um sich u.a. Steuern zu ersparen, als Selbständigen im Rahmen eines Werkvertrages für sich tätig werden lässt.[405] Hierbei handelt es sich um einen Fall der Scheinselbständigkeit, welche das Thema eines eigenen, in dieser Arbeit nachstehend behandelten Kapitels darstellt.

Unter dem Begriff der Schwarzarbeit im finanzstrafrechtlichen Sinn versteht man zusammenfassen die Beschäftigung eines Arbeitnehmers ohne Führung von Lohnkonten und Entrichtung der gesetzlich vorgeschriebenen Lohnsteuern und der Dienstgeberbeiträge zum Familienlastenausgleichfond.

2.2 Das Umsatzsteuergesetz (UStG) und zur Verpflichtung zur Rechnungslegung

Weiters enthält auch das UStG einen weiteren Aspekt der Schwarzarbeit, der an dieser Stelle kurz behandelt wird, insbesondere deswegen, weil der Gesetzgeber in letzter Zeit auch in diesem Bereich tätig wurde, um dem „Pfusch" entgegenzuwirken.

In steuerrechtlicher Hinsicht, insbesondere um den Pfusch, in dem Sinne, dass für Arbeiten keine Rechnungen ausgestellt werden, einzudämmen, hat der Gesetzgeber ebenfalls in letzter Zeit reagiert und gesetzliche Schritte gesetzt.

Seit 01.01.2008 müssen gemäß § 11 Abs 1 Umsatzsteuergesetz[406] auch *Unternehmer, die für private Auftraggeber eine Werklieferung oder Werkleistung im Zusammenhang mit einem Grundstück erbringen, eine Rechnung ausstellen.* Der Zweck dahinter war, den Pfusch, insbesondere am Bau, zu bremsen.[407]

Grundsätzlich sieht § 11 Abs 1 UStG vor, dass ein Unternehmer bei Ausführung von Umsätzen i.S.d. § 1 Abs 1 Z 1 UStG berechtigt ist, Rechnungen auszustellen. D.h., meiner Meinung nach, dass ihn grundsätzlich keine zwingende Verpflichtung zur Rechnungslegung trifft, sondern er „darf".

Für jeden Umsatz an einen anderen Unternehmer oder an eine juristische Person ist er jedoch immer **verpflichtet,** eine Rechnung auszustellen, ohne dass der Auftraggeber es ausdrücklich verlangt.

Führt der Unternehmer eine steuerpflichtige Werklieferung oder Werkleistung im Zusammenhang mit einem Grundstück an einen Nichtunternehmer, eine Privatperson, durch, ist er ausnahmsweise ebenfalls von Gesetzes wegen **verpflichtet,** eine Rechnung auszustellen. Der Unternehmer hat gemäß § 11 Abs 2 UStG seiner Verpflichtung zur Rechnungsausstellung innerhalb von sechs Monaten nach Ausführung des Umsatzes nachzukommen.

Was ist jedoch unter dem Begriff der Werklieferungen und Werkleistungen im Zusammenhang mit einem Grundstück zu verstehen? Welche Arbeiten fallen darunter und verpflichten so den Unternehmer zur Ausstellung einer Rechnung an die Privatperson?

Unter die „Werklieferungen und Werkleistungen im Zusammenhang mit einem Grundstück" sind alle *Leistungen, die zur Reparatur bzw. Erstellung oder Entfernung ei-*

[404] OGH vom 20.04.1993, 11 Os 30/93, RIS-Justiz RS0087081; *Leitner*, Grundzüge des österreichischen Finanzstrafrechtes, Springer Verlag, Wien, 1996, S. 180.

[405] *Reger/Hacker/Kneidinger,* Das Finanzstrafgesetz, Band 1, Wien, 2002, S. 613, Rz 67 zu § 33 FinStrG.

[406] Abgabensicherungsgesetz 2007 (AbgSiG 2007), BGBl.Nr. 663/1994 idF BGBl. I Nr. 99/2007 vom 28.12.2007.

[407] *Kommenda*, Der Pfusch blüht: Wer braucht eigentlich eine Rechnung? Die Presse, Rechtspanorama vom 26.04.2009.

nes Bauwerkes beitragen, zu subsumieren[408] Neben dem klassischen Fall eines Gebäudes fallen darüber hinaus auch sonstiges Bauwerke, welche mit dem Grundstück fest verbunden sind, wie Garagen, Schwimmbäder, gemauerte Umzäunungen, aber auch Bodenbeläge, Heizungssysteme und Alarmanlagen unter den Anwendungsbereich des § 11 Abs 1 UStG.[409]

Da eine Rechnungsaustellungsverpflichtung lediglich bei Werklieferungen- und leistungen vorgesehen ist, besteht keine derartige Verpflichtung bei Dienstleistungen auf Grundstücken, welche ohne Materialeinsatz erbracht werden, wie z.B. bei Reinigungsarbeiten.[410]

Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass wenn der Unternehmer die gesetzlich vorgesehene notwendige Rechnung nicht ausstellt, dieser Verstoß und insbesondere die Arbeiten, welche auf keiner Rechnung aufscheinen, als Schwarzarbeiten zu qualifizieren sind.

Weiters begeht der Unternehmer – durch das Unterlassen der gesetzlich zwingend vorgesehenen Ausstellung der Rechnung – den Tatbestand der Umsatzsteuerhinterziehung und wird dieser auch wegen dieses Gesetzesverstoßes zu bestrafen sein.[411]

Wird nicht innerhalb von sechs Monaten nach Ausführung der Werklieferung oder Werkleistung im Zusammenhang mit einem Grundstück, durch einen Unternehmer für einen privaten Auftraggeber, für diesen Umsatz eine Rechnung ausgestellt, droht dem privaten Auftraggeber, wegen dieser Finanzordnungswidrigkeit gemäß § 50 Abs 2 Finanzstrafgesetz, eine Geldstrafe bis zu 5.000 EURO. Der Unternehmer wird in diesem Fall wegen des Tatbestandes der Umsatzsteuerhinterziehung zu bestrafen sein.

Meiner Meinung nach ist die neu eingeführte Norm zwar zu begrüßen, jedoch glaube ich, dass es schwierig sein wird eine derartig unterlassene Rechnungsausstellungsverpflichtung – mangels Ausforschung durch die Behörden – zu sanktionieren. Die Behörden werden kaum jeden privaten Auftraggeber die – zumeist im Privathaushalt – ausgeführten Arbeiten nachweisen können.

3 Arbeitsrechtliche Bestimmungen

3.1 Nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG)

3.1.1 Einleitung

Da in vielen Fällen die Schwarzarbeit, in dem Sinne das Steuern hinterzogen und Sozialabgaben nicht entrichtet werden, mit der Beschäftigung von Ausländern Hand in Hand geht und weil im Gesetzesentwurf zum Sozialbetrugsgesetz 2005 vorgesehen gewesen ist, teilweise Verstöße gegen das AuslBG mittels gerichtlicher Strafen zu pönalisieren, wird auch die Ausländerbeschäftigung in diesem Kapitel näher besprochen werden.

Da ein Staat – im Rahmen seiner Arbeits- und Sozialpolitik und den Fürsorgepflichten für seinen Bürger – verpflichtet ist seinen eigenen Staatsbürgern Arbeitsplätze zu gewährleisten, muss er im Rahmen der Gesetzgebung Normen schaffen, welche die Möglichkeit der Beschäftigung von Ausländern begrenzen und vermeiden, dass, insbe-

[408] *Lackenbucher,* Erfordernisse einer Rechnung, WKO Wien, Newsletter Nr. 4/2008, S. 1.

[409] *Lackenbucher*, Erfordernisse einer Rechnung, WKO Wien, Newsletter Nr. 4/2008 , S. 1.

[410] *Kommenda*, Der Pfusch blüht: Wer braucht eigentlich eine Rechnung? Die Presse, Rechtspanorama vom 26.04.2009.

[411] *Brenner*, Die Strafrechtliche Bekämpfung von Schwarzarbeit, Berlin, 2008, S. 62.

sondere billigere, Arbeitskräfte aus dem Ausland nach Österreich neu zuwandern und den inländischen Arbeitsmarkt „überschwemmen".[412]

In Österreich fällt die Beschäftigung von Ausländern unter den Geltungsbereich des streng reglementiert geregelten Ausländerbeschäftigungsgesetzes[413], welches ein zwingendes öffentliches Recht darstellt.[414] Das aktuelle Ausländerbeschäftigungsgesetz basiert auf dem Ausländerbeschäftigungsgesetz 1975, welches im BGBl 1975/218 kundgemacht wurde und per 01.01.1976 in Kraft getreten ist.

Das AuslBG regelt die unselbständige Beschäftigung von Ausländern am österreichischen Arbeitsmarkt.[415]

3.1.2 Anwendungsbereich des Ausländerbeschäftigungsgesetzes, Begriff des Ausländers insbesondere unter Bedachtnahme auf die Arbeitnehmerfreizügigkeit in der Europäischen Union

Wer ist eigentlich als Ausländer i.S.d AuslBG anzusehen?

Im Vorfeld muss die Frage beantwortet werden, wer überhaupt unter dem Begriff ***„Ausländer"*** fällt. Das Ausländerbeschäftigungsgesetz enthält in § 2 Abs 1 AuslBG eine Legaldefinition des Begriffs: *„Als Ausländer gilt, wer nicht die österreichische Staatsbürgerschaft besitzt."*

Dieser Begriff ist meines Erachtens nach dem gesetzlichen Wortlaut viel zu restriktiv und entspricht nach der Systematik des Gestzes nicht den wahren Begebenheiten, wer faktisch und tatsächlich unter den Anwendungsbereich des AuslBG zu subsumieren ist.

Die Definition des § 2 Abs 1 AuslBG scheint zwar selbsterklärend zu sein, doch geht die Systematik des Gesetzes in diese Richtung, dass viele Personen, die keine österreichische Staatsbürgerschaft besitzen, trotzdem vom Beschäftigungsverbot nicht umfasst werden und somit nicht dem AuslBG unterliegen sollen.

Nicht unter den Geltungsbereich des Ausländerbeschäftigungsgesetzes fallen insbesondere Staatsbürger eines EU-Mitgliedstaates bzw. Staatsbürger aus dem EWR-Raum und deren Familienangehörige.[416] Auch Familienangehörige („Kernfamilie") österreichischer Staatsbürger sind vom Anwendungsbereich des AuslBG ausgenommen.[417] Zusätzliche Voraussetzung, um vom Anwendungsbereich ausgenommen zu werden, ist, dass die Person nach dem Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz (NAG) zur Niederlassung in Österreich berechtigt sein muss.[418] Das NAG normiert die Voraussetzungen

[412] *Schrank,* Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, 34. Auflage, Graz, 2011, S. 82/V f.

[413] Bundesgesetz vom 20.03.1975, mit dem die Beschäftigung von Ausländern geregelt wird (Ausländerbeschäftigungsgesetz - AuslBG), BGBl. Nr. 218/1975 idF BGBl. I Nr. 98/2012.

[414] *Schrammel/Tomandl* (Hrsg.), Arbeitsrecht 2, Sachprobleme, Braumüllerverlag, 6.Auflage, Wien, 2008, S. 9; *Schrammel,* Der Entwurf eines Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes aus arbeits- und sozialrechtlicher Sicht, 3. Kapitel in *Mayer* (Hrsg.), Schwarzarbeit, Pfuscht der Gesetzgeber? 1999, S. 42.

[415] *Bichl/Schmid/Szymanski,* Das neue Recht der Arbeitsmigration, 2. Auflage, NWV, S. 21.

[416] Siehe genauere Ausführungen zu EWR-Bürger und deren Familienangehörige (§§ 51-56 NAG) *Bichl/Schmid/Szymanski,* Das neue Recht der Arbeitsmigration, 2. Auflage, NWV, S. 79 ff.

[417] Siehe genauere Ausführungen zu Familienangehörige von österreichischen Staatsbürgern (§§ 47 f NAG): *Bichl/Schmid/Szymanski,* Das neue Recht der Arbeitsmigration, 2. Auflage, NWV, S. 76-79.

[418] *Schrank,* Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, 34. Auflage, Graz, 2011, S. 80 und 82/III.

für die Erteilung von Aufenthaltstiteln für Ausländer, die einen längeren Aufenthalt als sechs Monate in Österreich planen.[419]

Für bestimmte Personen gelten wiederum Sonderregelungen und Erleichterungen für den Zugang zum österreichischen Arbeitsmarkt, wie z.B. gemäß § 4c AuslBG für türkische Staatsbürger, auf Grundlage des Assoziationsabkommens vom 12.09.1963[420].[421] Oder auch für im Rahmen der EU-Dienstleistungsfreiheit in Österreich tätige Drittstaatsangehörige, welche zu den eigenen Arbeitnehmern des Beschäftigers gehören, sowie Drittstaatsangehörige, die für eine vorübergehende Dienstleistungserbringung in einen anderen Mitgliedstaat entsandt werden.[422]

Arbeitgeber mit Sitz in einem Mitgliedstaat der EU brauchen für drittstaatsangehörige Arbeitnehmer, welche sie in Österreich zur Erbringung einer Dienstleistung verwenden, auf Grund der gemeinschaftsrechtlichen Verpflichtung Österreichs, den freien Dienstleistungsverkehr auch für drittstaatsangehörige Arbeitnehmer eines entsendenden Arbeitgebers zu gewährleisten, keine Bewilligung nach dem AuslBG, soweit der Arbeitnehmer im Mitgliedstaat des Arbeitgebers ordnungsgemäß und dauerhaft beschäftigt ist.[423]

Die Ansicht des VwGH beruht unter anderem auf dem *EuGH*-Urteil vom 09.08.1994 in der Rechtssache *Raymond Vander Elst gegen Office des migrations internationales,* in welchem der EuGH ausgesprochen hat, dass es dem *EWG-Vertrag entgegenstünde, den Arbeitgeber zu verpflichten, für einen drittstaatsangehörigen Arbeitnehmer eine Arbeitserlaubnis einzuholen, wenn dieser in einem Unternehmen eines anderen EU-Mitgliedstaates ordnungsgemäß und dauerhaft beschäftigt wird und nur vorübergehend zur Erbringung einer Dienstleistung in einen anderen Mitgliedstaat entsandt wird und nach Erfüllung seiner Tätigkeiten in sein Wohnsitzland zurückkehrt, eine Arbeitserlaubnis einzuholen.*[424]

Auch die Staatsbürger der Schweiz und deren Familienangehörige haben auf Grund des EU-Schweiz-Personenfreizügigkeitsabkommens nach § 57 NAG ein Niederlassungsrecht in Österreich und sind ebenfalls gemäß § 32 Abs 9 AuslBG von der Notwendigkeit des Besitzes einer arbeitsmarktrechtlichen Bewilligung nach dem AuslBG für die Ausübung einer unselbständigen Beschäftigung in Österreich befreit.[425]

---

[419] *Bichl/Schmid/Szymanski,* Das neue Recht der Arbeitsmigration, 2. Auflage, NWV, S. 21 f.

[420] Assoziationsabkommen vom 12.09.1963 zwischen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und der Türkei, mit Beschluss des Assoziationsrates Nr. 1/1980 teilweise für im EWG-Raum türkische Abreitnehmer übernommen.

[421] *Bichl/Schmid/Szymanski,* Das neue Recht der Arbeitsmigration, 2. Auflage, NWV, S. 62 f; siehe genaue Ausführungen zu den türkischen Arbeitskräften in *Schrammel,* Der Entwurf eines Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes aus arbeits- und sozialrechtlicher Sicht, 3. Kapitel in *Mayer* (Hrsg.), Schwarzarbeit, Pfuscht der Gesetzgeber? 1999, S. 46 f.

[422] *Schrammel/Tomandl* (Hrsg.), Arbeitsrecht 2, Sachprobleme, Braumüllerverlag, 6.Auflage, Wien, 2008, S. 9 ff; *Schrammel,* Der Entwurf eines Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes aus arbeits- und sozialrechtlicher Sicht, 3. Kapitel in *Mayer* (Hrsg.), Schwarzarbeit, Pfuscht der Gesetzgeber? 1999, S. 43.

[423] VwGH vom 26.05.1999, 97/09/0262, VwSlg15151A/1999 = ZfVB 2000/1332 und 1396 - Heft 4 = RdW 1999, 798 = ÖJZ 2000/5 A (VwGH A) = ASoK 2000, 39; *Schrammel,* Ausländerbeschäftigung, ecolex 1997 – Heft 9, S. 724 f; *Wilhelm*, Der Mißbrauch des Gesetzes – das Antimißbrauchgesetz, ecolex 1996 – Heft 3, S. 149f; Risak, Die Entsendung von Drittstaatsangehörigen nach Österreich, ecolex 1997 – Heft 5, S. 375 f.

[424] EuGH vom 09.08.1994, Rs C-43/93, *Vander Elst,* Slg 1994, I-3803,EuGH 693J0043; EuGH Urteil vom 03.12.1974, Rs 33/74, *Van Binsbergen/Bedrijfsvereniging Metaalnijverheid*, Slg 1974, S 1299, EuGH 674J0033; EuGH, 27.03.1990 - C-113/89, *Rush Portuguesa* , Slg. 1990, I-1417 = NZA 1990, 653 , EuGH 689J0113.

[425] *Bichl/Schmid/Szymanski,* Das neue Recht der Arbeitsmigration, 2. Auflage, NWV, S. 76-79 und S. 385.

Darüber hinaus werden in § 1 Abs 2 AuslBG einige Ausnahmen genannt, welche hier nicht mehr weiter erläutert werden sollen.[426] In § 3 AuslBG werden zusätzlich mehrere Ausnahmebestimmungen aufgezählt, in welchen Fällen Ausländer ohne Beschäftigungsbewilligung beschäftigt werden können, z.B. Konzert- oder Bühnenkünstler oder Angehörige der Berufsgruppen Artisten, Filmschaffende, im Rundfunk Tätige oder Musiker, auch bis zu drei Monaten im Kalenderjahr tätige Volontäre oder Personen, die als Ferial- oder Berufspraktikanten beschäftigt werden.

Die **Freizügigkeit** der Beschäftigung im EU-Raum zählt zu den Grundfreiheiten der EU und ist diese Grundfreiheit auf die EU-Freizügigkeitsverordnung[427] zurück zu führen.

Jedoch konnte bzw. kann die Arbeitnehmerfreizügigkeit für bestimmte Staaten der EU eingeschränkt werden, wie z.B. auf Grundlage des § 32a AuslBG. Sowohl Österreich als auch Deutschland entschieden sich, für die „neuen" EU-Mitgliedstaaten, welche am 01.05.2004 der EU beigetreten sind, also Polen, Estland, Lettland, Litauen, Tschechien, Slowakei, Slowenien und Ungarn, Übergangsbeschränkungen für die EU-Arbeitnehmerfreizügigkeit für maximal sieben Jahre vorzusehen.[428] Lediglich für die Staaten Malta und Zypern, welche ebenfalls mit 01.05.2004 der EU beigetreten sind, galt die EU-Freizügigkeit und EU-Dienstleistungsfreiheit mit sofortiger Wirkung im vollen Ausmaß.[429]

Die Staatsbürger der beigetretenen Staaten, bei welchen Übergangsbeschränkungen vorgesehen waren, benötigten somit trotz Aufenthaltsfreiheit eine arbeitsmarktrechtliche Bewilligung für den Übergangszeitraum, welcher per 30.04.2011 endgültig abgelaufen ist, um in Österreich arbeiten zu können, und waren diese insofern nicht vom Geltungsbereich des AuslBG ausgenommen.[430]

Polnische Staatsbürger sind auch nach dem Beitritt Polens zur EU am 01.05.2004 nicht vom Geltungsbereich des AuslBG ausgenommen gewesen und konnten grundsätzlich nur nach den Regeln dieses Gesetzes zu einer Beschäftigung in Österreich zugelassen werden.[431]

Eine Ausnahme vom Anwendungsbereich des AuslBG für Personen aus Ländern, welche den Übergangsregelungen unterlegen sind, war im Bereich der Pflege vorgesehen.[432] Nachdem sich viele Politiker für eine sog. „Pflegeamnestie" ausgesprochen haben, reagierte das Bundesministerium für Arbeit, Gesundheit und Soziales und erließ eine Verordnung mit welcher die Ausnahme der Z 6 des § 1 AuslBG per 01.11.2006 in Kraft getreten ist.[433] Seit diesem Zeitpunkt wurden Ausländer aus den „neuen" Mitgliedstaaten vom Geltungsbereich des AuslBG bei der Pflege und Betreuung von Personen ab der Stufe 3 in Privathaushalten ausgenommen, wenn der Arbeitgeber ein Angehöri-

---

[426] Siehe genauere Ausführungen: *Bichl/Schmid/Szymanski,* Das neue Recht der Arbeitsmigration, 2. Auflage, NWV, S. 83.

[427] VO EWG Nr. 1612/68 des Rates vom 15.10.1968 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft (ABl. Nr. L 257 S. 2) idF Art 41 ÄndVO (EU) 492/2011 vom 05.04.2011 (ABl. Nr. L 141 S. 1).

[428] *Ramin,* Erwerbstätigkeit der „neuen" EU-Bürger in Österreich, migralex 2005, S. 55; *Bichl/Schmid/Szymanski,* Das neue Recht der Arbeitsmigration, 2. Auflage, NWV, S. 19; *Schrank/Mazal,* Arbeitsrecht Ein systematischer Grundriss, 4. Auflage, FACULTAS Verlag, Wien, 2008, S. 69; *Gerhartl,* Entsendung von Arbeitskräften aus neuen EU-Mitgliedstaaten, ecolex 2010, S. 481.

[429] *Lindmayr*, Handbuch zur Ausländerbeschäftigung, 10. Auflage, LexisNexis, Wien, 2010, Rz 7; RV 414 zum AuslBG (EU-Erweiterungs-Anpassungsgesetz, BGBl I 2004/28), Allgemeinder Teil.

[430] OLG Wien 14.01.2005, 28 R 227/04i, NZ 2005/88, 371.

[431] OGH vom 31.08.2006, 6 Ob 208/05i, wbl 2006/265, 582 = ecolex 2007/19, 43 = NZ 2006, 348 = HS 37.223 = HS 37.512.

[432] *Panhölzl,* „Pflegeamnestie" statt Legalisierung der Pflege, Aktuelle Sozialpolitik, RdA 2007, S. 163-165.

[433] *Panhölzl,* „Pflegeamnestie" statt Legalisierung der Pflege, Aktuelle Sozialpolitik, RdA 2007, S. 163.

ger der zu pflegenden Person oder eine Pflegeeinrichtung ist und der ausländische Arbeitnehmer voll versichert wurde.[434]

In derartigen Fällen entfiel die Notwendigkeit der Einholung einer arbeitsmarktrechtlichen Bewilligung.[435]

Nach *Panhölzl* weckt eine derartige Ausnahmebestimmung jedenfalls gleichheitsrechtliche Problematiken,[436] was jedoch auf Grund des Relevanzverlustes seit 01.05.2011 in der Arbeit nicht weiters behandelt werden wird.

Am 01.05.2011 sind die maximalen, sieben Jahre dauernden, Übergangsfristen für die im am 01.05.2004 beigetretenen 8-EU-Mitgliedstaaten endgültig abgelaufen.[437] Die Übergangsfrist hat aus drei Phasen bestanden, dem sog. „2+3+2-Modell.[438] Die Staatsbürger dieser Staaten genießen nunmehr die Arbeitnehmerfreizügigkeit in vollem Ausmaß.[439] Für diese Staaten ist es nicht mehr notwendig, eine Bewilligung einzuholen, um eine Arbeit in Österreich aufzunehmen, da diese nunmehr explizit, samt deren Angehörigen, von der Anwendbarkeit des AuslBG gemäß § 1 Abs 2 lit l und m ausgenommen sind.[440]

Als positiven Effekt der Arbeitsmarktöffnung sieht der Gesetzgeber die Einsparungen im Verwaltungsaufwand, mit welchen auf Grund des Wegfalls der Bewilligungspflicht zu rechnen ist.[441] Auch die Reduktion der Verwaltungsbelastung für Unternehmen wegen Wegfalls der Bewilligungspflicht für deren ausländischen Arbeitnehmer wird als positiv empfunden, wobei für Unternehmer mit einer Gesamtersparnis i.H.v. rund 25,6 Mio. EURO gerechnet wird.[442]

Um jedoch weiterhin den österreichischen Arbeitsmarkt vor Arbeitnehmern aus Ländern, die noch - hinsichtlich der Entlohnung - unter dem Niveau der österreichischen Rechtsordnung liegen zu schützen, hat der Gesetzgeber reagiert und per 01.05.2011 ein sog. Lohndumpinggesetz erlassen, welches nachstehend in der Arbeit auch genauer erörtert wird.

Für Rumänien und Bulgarien, die am 01.01.2007 der EU beigetreten sind, gibt es jedoch gemäß § 32a AuslBG weiterhin Übergangsbeschränkungen, welche mit Ende des Jahres 2013 ablaufen werden.[443] Unter bestimmten Voraussetzungen und mit AMS-Freizügigkeitsbestätigung bedürfen Staatsbürger dieser Länder teilweise bereits jetzt keiner arbeitsmarktrechtlichen Bewilligung, wenn sie in Österreich seit mindestens zwölf Monaten legal und ununterbrochen arbeiten.[444]

---

[434] *Schrank,* Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, 34. Auflage, Graz, 2011, S. 599; *Panhölzl,* „Pflegeamnestie“ statt Legalisierung der Pflege, Aktuelle Sozialpolitik, RdA 2007, S. 163.

[435] *Schrank,* Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, 34. Auflage, Graz, 2011, S. 82/V.

[436] *Panhölzl,* „Pflegeamnestie“ statt Legalisierung der Pflege, Aktuelle Sozialpolitik, RdA 2007, S. 165.

[437] *Bichl/Schmid/Szymanski,* Das neue Recht der Arbeitsmigration, 2. Auflage, NWV, S. 19.

[438] RV 1365 zum AuslBG (2. EU-Erweiterung-Anpassungsgesetz, BGBl I 2006/85), Vorblatt und Erläuterungen zum Allgemeinen Teil.

[439] *Ramin,* Erwerbstätigkeit der „neuen“ EU-Bürger in Österreich, migralex 2005, S. 57; *Bichl/Schmid/Szymanski,* Das neue Recht der Arbeitsmigration, 2. Auflage, NWV, S. 248.

[440] EBRV zum BundesG, mit dem das AuslBG und das AlVG 1977 geändert werden, 1077 BlgNR XXIV. GP, S. 1, 8 und 16 von 18; *Bichl/Schmid/Szymanski,* Das neue Recht der Arbeitsmigration, 2. Auflage, NWV, S. 103-105.

[441] EBRV zum BundesG, mit dem das AuslBG und das AlVG 1977 geändert werden, 1077 BlgNR XXIV. GP, S. 6 von 18.

[442] EBRV zum BundesG, mit dem das AuslBG und das AlVG 1977 geändert werden, 1077 BlgNR XXIV. GP, S. 3 von 18.

[443] EBRV zum BundesG, mit dem das AuslBG und das AlVG 1977 geändert werden, 1077 BlgNR XXIV. GP, S. 1 und 16 von 18; *Bichl/Schmid/Szymanski,* Das neue Recht der Arbeitsmigration, 2. Auflage, NWV, S. 248 f.

[444] *Schrank,* Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, 34. Auflage, Graz, 2011, S. 82/I; RV 1365 zum AuslBG (2. EU-Erweiterung-Anpassungsgesetz, BGBl I 2006/85), Vorblatt.

Staatenlose Personen, das heißt *Ausländer, die nach dem Recht keines Staates eine Staatsangehörigkeit besitzen*,[445] sind ebenfalls als Ausländer i.S.d § 2 Abs 1 AuslBG anzusehen. Nach Rsp des VwGH ist eine derartige Bezeichnung für die Begründung der Strafbarkeit des Arbeitgebers jedenfalls konkret genug.[446]

Zusammenfassen kann somit festgehalten werden, dass die Definition des Ausländers i.S.d. § 2 Abs 1 AuslBG nicht einfach so unreflektiert übernommen werden kann, da – wie dargestellt – zahlreiche Ausnahmen und Sonderregelungen, insbesondere aufgrund der EU-Arbeitnehmerfreizügigkeit, beachtet werden müssen. Um eine Strafbarkeit nach dem AuslBG überhaupt einmal begründen zu können, muss im Vorfeld geklärt werden, ob es sich bei dem Beschäftigten um einen Ausländer i.S.d. AuslBG handelt, der zwingend eine Bewilligung für die Arbeitsaufnahme in Österreich nach dem AuslBG bedarf.

3.1.3 Begriff der Beschäftigung i.S.d. AuslBG

Unter dem Begriff einer Beschäftigung i.S.d. § 2 Abs 2 AuslBG ist eine *„Tätigkeit in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit“* gemeint.[447] Das Beschäftigungsverhältnis ist jedoch nicht danach zu beurteilen, wie es nach außen hin den Anschein vermittelt, sondern es ist, nach stRsp und Lehre, gemäß § 2 Abs 4 AuslBG immer auf den *wahren wirtschaftlichen Gehalt* des zu beurteilenden Sachverhalts und auf das Gesamtbild der Tätigkeit abzustellen.[448]

Nach § 2 Abs 2 lit b ist die *Verwendung eines Ausländers in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis,* sowie die aushilfsweise oder kurzfristige Beschäftigung als bewilligungspflichtige Beschäftigung zu qualifizieren, *wenn der Arbeitnehmer sowohl persönlich als auch wirtschaftlich von seinem Arbeitgeber abhängig ist*.[449] Sinn und Zweck einer derartigen Regelung ist die Verhinderung von Scheinselbständigkeit, bei welcher keine Selbständigkeit vorliegt, sondern die der Bewilligungspflicht unterliegt.[450] Im AuslBG ist eine sog. gesetzliche Beschäftigungsvermutung verankert, die besagt, dass die Kontrollbehörden bei Tätigkeiten, die für gewöhnlich in einem Dienstverhältnis verrichtet werden, vom Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses ausgehen können.[451]

Eine derartige Vermutung ist meines Erachtens zu begrüßen, da ansonsten die Kontrollbehörden vermutlich zumeist mit der Ausrede konfrontiert worden wären, es würde sich bei der ausgeübten Tätigkeit um einen im Rahmen der Selbstständigkeit ausgeübten Werkvertrag handeln.

3.1.4 Voraussetzungen einer legalen Arbeitsaufnahme nach dem AuslBG

---

[445] I.S.d. Art 1 Abs 1 der Konvention über die Rechtsstellung von Staatenlosen vom 28.09.1954, United Nations Treaty Series, vol 360, S. 117 (von Österreich nicht ratifiziert).

[446] VwGH vom 07.04.1999, 97/09/0162, ZfVB 2000/1328 – Heft 4 = ARD 5068/15/99.

[447] § 2 Absatz 2 Ausländerbeschäftigungsgesetz

[448] VwGH vom 20.05.1998, 97/09/0241, ZfVB 1999/812 – Heft 3; *Schrank,* Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, 34. Auflage, Graz, 2011, S. 79; *Stary*, Kontrolle illegaler Arbeitnehmerbeschäftigung aus Sicht des BMF, ÖStZ 2006/1127, Heft 24 vom 15.12.2006, S. 544.

[449] *Stary*, Kontrolle illegaler Arbeitnehmerbeschäftigung aus Sicht des BMF, ÖStZ 2006/1127, Heft 24 vom 15.12.2006, S. 544.

[450] RV 948 zum AuslBG idF BGBl I 2005/101, zu Z 5 (§ 2 Abs 2 lit b).

[451] *Schrank,* Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, 34. Auflage, Graz, 2011, S. 79.

Was ist vor der Arbeitsaufnahme zu tun, um Ausländer in Österreich legal beschäftigen zu können?

Nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz ist vor Aufnahme der Tätigkeit in Österreich eine entsprechende Genehmigung für den Ausländer einzuholen.[452] § 3 Ausländerbeschäftigungsgesetz normiert die notwendigen Voraussetzungen für die Beschäftigung von Ausländern in Österreich und sieht vor, dass ein Arbeitgeber einen Ausländer nur beschäftigen darf, wenn ihm für diesen eine maximal auf 1 Jahr befristete Beschäftigungsbewilligung, eine Zulassung als Schlüsselkraft oder eine auf maximal 4 Monate begrenzte Entsendebewilligung erteilt oder eine Anzeigebestätigung- oder EU-Entsendebestätigung ausgestellt wurde.[453] *Darüber hinaus arbeitet der Ausländer ebenfalls legal, wenn dieser eine für diese Beschäftigung gültige Arbeitserlaubnis oder einen Befreiungsschein einen Aufenthaltstitel "Daueraufenthalt-EG" oder einen Niederlassungsnachweis besitzt.*[454] Die bis zum 30.04.2011 noch existente "Niederlassungsbewilligung - unbeschränkt" wurde mit 01.05.2011 gemäß § 41a NAG durch die „Rot-Weiß-Rot – Karte plus" ersetzt, weswegen hier dieser neue Aufenthaltstitel ebenfalls zu nennen ist.[455]

Vice versa gilt dies auch für den Ausländer, welcher eine Beschäftigung nur dann legal in Österreich ausüben und antreten kann, wenn er eine der in § 3 Abs 1 genannten Bewilligungen besitzt.[456]

Es obliegt jedoch dem Arbeitgeber dafür zu sorgen, dass der ausländische Arbeitnehmer eine Beschäftigungsbewilligung besitzt, weil für die Einhaltung der Bestimmungen nach dem AuslBG nur der Arbeitgeber haftbar ist.[457] Der Arbeitgeber hat die Verpflichtung, sich u.a. auch mit den gesetzlichen Vorschriften betreffend die Ausländerbeschäftigung laufend vertraut zu machen.[458] Der Arbeitgeber kann sich nicht durch Weisungen an den Arbeitnehmer von seiner verwaltungsstrafrechtlichen Verantwortlichkeit i.S. des § 5 Abs 1 VStG betreffend die Einhaltung der Vorschriften des AuslBG befreien, indem er dem Ausländer aufträgt, dass dieser die ausländerrechtlichen Bestimmungen selbst zu beachten habe.[459]

---

[452] *Schrank,* Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, 34. Auflage, Graz, 2011, S. 79.

[453] *Schrank/Mazal,* Arbeitsrecht Ein systematischer Grundriss, 4. Auflage, FACULTAS Verlag, Wien, 2008, S. 67.

[454] § 3 Absatz 1 Ausländerbeschäftigungsgesetz; *Schrank,* Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, 34. Auflage, Graz, 2011, S. 79; *Bichl/Schmid/Szymanski,* Das neue Recht der Arbeitsmigration, 2. Auflage, NWV, S. 24

[455] Bei Interesse siehe: *Bichl/Schmid/Szymanski,* Das neue Recht der Arbeitsmigration, 2. Auflage, NWV; zur Beschäftigungsbewilligung: S. 25-29; zur Arbeitserlaubnis: S. 29-30 und 170-175; zum Befreiungsschein: S. 31-32 und 176-181; zum unbeschränktem Zugang zum Arbeitsmarkt: S. 32 und 182-183; zur Einwanderung nach Österreich (quotenfreie bzw quotenpflichtige Einwanderung): S. 33-35; Rahmenbedingungen für die Erteilung eines Aufenthaltstitels: S. 35-42; zur dauerhaften Einwanderung für Schlüsselkräfte: S. 43 ff: 1. Schlüsselkräfte – insbesondere zum kriteriengeleiteten Punktezulassungssystem ab 01. 07. 2011: S. 44-52; 2. „Daueraufenthalt-EG": S. 52-53; 3. „Blaue Karte EU": S. 53; zur Verlängerung von Aufenthaltstiteln und Aufenthaltverfestigung: S. 55-61; zur „Rot-Weiß-Rot-Karte plus": S. 346-351; EBRV zum BundesG, mit dem das AuslBG und das AlVG 1977 geändert werden, 1077 BlgNR XXIV. GP, zu Art 1 Z 6 (§§ 3 Abs 1 und 2 und 15 Abs 6 AuslBG), S. 8 von 18; siehe genaue Ausführungen: *Schrank,* Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, 34. Auflage, Graz, 2011, S. 82/III ff.

[456] *Schrank,* Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, 34. Auflage, Graz, 2011, S. 80; § 3 Absatz 2 Ausländerbeschäftigungsgesetz.

[457] VwGH vom 28.04.1982, 81/01/0055, VwSlgNF 10.719 A/1982 = ÖJZ 1983/5 A (VwGH A) = ARD 3486/14/83 = ZfVB 1983/3/1010 = ZfVB 1983/3/1389; VwGH vom 15.06.1983, 82/01/0310, ZfVB 1984/381 = infas 1984, A 18 = ZfVB 1984/2/381 = ZfVB 1984/2/708 = ARD-HB 1984, 425 und 467 = ARD 3534/1/83 = SWK 1983, K 80; VwGH vom 13.12.1990, 90/09/0141, ZfVB 1992/6 = ARD 4285/8/91 = ZfVB 1992/127; VwSlg 13497 A/1991 = ARD 4317/15/91 = ÖJZ 1992/132 A (VwGH A) = RdA 1992/27; VwGH vom 26.09.1991, 91/09/0040–0045–0046–0091, ARD 4352/33/92 = ZfVB 1992/6/2009.

[458] VwGH vom 17.12.1998, 96/09/0364, ZfVB 2000/2/532 = ARD 5045/18/99.

[459] VwGH vom 09.09.1997, 97/09/0266, ZfVB 1998/6/1911.

In der Unterlassung Erkundigungen bei der zuständigen Bewilligungsbehörde einzuholen, ob die Heranziehung von Ausländern zu bestimmten Arbeiten gegen Entgelt nicht einer Bewilligungspflicht nach dem AuslBG unterliegt, liegt zumindest ein fahrlässiges Verhalten. Die Erkundigung beim Steuerberater bzw. Meldung an diesen reicht nach dem VwGH nicht aus.[460]

Für die Erteilung einer Bewilligung nach dem AuslBG ist unbedingte individuelle Voraussetzung, dass der Ausländer einen Aufenthaltstitel[461] nach dem Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz (NAG)[462] oder dem Fremdenpolizeigesetz[463] vorweisen kann.[464] Dies gilt jedoch nicht für EWR-Bürger und auch nicht für die neuen Beitrittsstaaten, da diesen die europarechtliche Niederlassungsfreiheit zu Gute kommt.[465] Illegale Ausländerbeschäftigung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz bedeutet nicht automatisch, dass sich die beschäftigte Person illegal in Österreich aufhält. Zum Beispiel können sich Staatsbürger der EU-Mitgliedstaaten auf Grund der Niederlassungsfreiheit legal in Österreich aufhalten, wobei ihnen die Aufnahme einer Beschäftigung lediglich versagt bleibt oder Drittstaatsangehörige, die erstmals einer Beschäftigung legal nachgehen, können - mit Ablauf des Aufenthaltstitels - sich wiederum illegal in Österreich aufhalten.[466]

Wird jedoch eine Beschäftigung aufgenommen und im Nachhinein stellt sich heraus, dass der ausländische Arbeitnehmer keine Aufenthaltsbewilligung besitzt, so stellt dieser Umstand keinen Entlassungsgrund dar.[467]

§ 3 AuslBG ordnet ein verwaltungsrechtliches Verbot der Beschäftigung eines Ausländers im Bundesgebiet, mit Erlaubnisvorbehalt bis zur Erteilung der gesetzlich notwendigen Bewilligung, an.[468]

Die Systematik dieses Gesetzes zeigt, dass grundsätzlich eine Bewilligung bei der Beschäftigung von Ausländern erforderlich ist, jedoch in ein paar Bereichen eine solche auf Grund von gesetzlichen Ausnahmen entbehrlich ist.[469]

Andernfalls, wenn eine Person ohne die nach § 3 AuslBG notwendige arbeitsmarktrechtliche Bewilligung beschäftigt wird, ist die Beschäftigung als rechtswidrig und illegal zu qualifizieren.

Zusammenfassend und abschließend ist somit festzuhalten, dass unter dem Begriff der illegalen Beschäftigung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz, die Beschäfti-

---

[460] VwGH vom 10.02.1999, 98/09/0298, 0299 ZfVB 2000/3/951.

[461] Siehe Ausführungen zum Aufenthaltstitel in *Hauer/Keplinger*, Fremdenrechtspaket 2005, 3. Auflage, 2008, S. 294 ff, 320, 343, 347 ff, 364.

[462] Bundesgesetz über die Niederlassung und den Aufenthalt in Österreich (Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz - NAG), BGBl. I Nr. 100/2005 idF BGBl. I Nr. 38/2011.

[463] Bundesgesetz über die Ausübung der Fremdenpolizei, die Ausstellung von Dokumenten für Fremde und die Erteilung von Einreisetitel (Fremdenpolizeigesetz 2005 - FPG) vom 16.08.2005, BGBl. I Nr. 100/2005 idF BGBl. I Nr. 17/2011 (VfGH).

[464] *Schrank/Mazal,* Arbeitsrecht Ein systematischer Grundriss, 4. Auflage, FACULTAS Verlag, Wien, 2008, S. 67f.

[465] *Schrank,* Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, 34. Auflage, Graz, 2011, S. 80.

[466] *Stary*, Kontrolle illegaler Arbeitnehmerbeschäftigung aus Sicht des BMF, ÖStZ 2006/1127, Heft 24 vom 15.12.2006, S. 542.

[467] OGH vom 11.11.1998, 9 ObA 276/98y, Arb 11.795 = SZ 71/190; OGH vom 09.09.1999, 8 ObA 122/99w, Arb 11.927 = ecolex 2000/102, S. 222 f.

[468] *Ramin,* Erwerbstätigkeit der „neuen" EU-Bürger in Österreich, migralex 2005, S. 58; *Schrammel,* Der Entwurf eines Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes aus arbeits- und sozialrechtlicher Sicht, 3. Kapitel in *Mayer* (Hrsg.), Schwarzarbeit, Pfuscht der Gesetzgeber? 1999, S. 42.

[469] *Schrammel/Tomandl* (Hrsg.), Arbeitsrecht 2, Sachprobleme, Braumüllerverlag, 6.Auflage, Wien, 2008, S. 9.

gung ohne einer, nach dem AuIBG vorgesehenen entsprechenden arbeitsmarktrechtlichen, Bewilligung zu verstehen ist.

Ramin wiederum qualifiziert die Ausübung einer unselbständigen Beschäftigung durch einen Ausländer ohne Besitz der entsprechenden Bewilligung als Schwarzarbeit.[470]

Wobei diese Ansicht, wie bereits eingangs erörtert, eine Mindermeinung darstellt, weil Verstöße gegen die Ausländerbeschäftigung grundsätzlich nicht als Schwarzarbeit, sondern – auch meiner Ansicht nach – als Tatbestand der illegalen Beschäftigung bezeichnet werden.

3.2 Nach dem Arbeitsvertragsrechtsanpassungsgesetz (AVRAG)[471]

3.2.1 Einleitung

Die in diesem Kapitel zu behandelnde Frage ist, wann man von einer illegalen Beschäftigung nach dem Arbeitsvertragsrechtsanpassungsgesetz (AVRAG) spricht.

Die für die Arbeit relevanten Bestimmungen des AVRAG, welche nachstehend behandelt werden, sind einerseits die § 7a und § 7b AVRAG, welche die Voraussetzungen unter welchen ein Arbeitnehmer entsendet werden darf, regeln und insbesondere auch die Ansprüche dieser Arbeitnehmer gegenüber ihrem ausländischen Arbeitgeber.[472] Hierbei wird differenziert, ob der Arbeitgeber seinen Sitz im EWR-Raum (§ 7b) oder außerhalb des EWR-Raums (§ 7a) hat. Des Weiteren werden in der Arbeit ebenfalls die aktuellen Bestimmungen §§ 7d-7m behandelt werden, die mit 01.05.2011 im Rahmen des Lohn- und Sozialdumpinggesetztes in die österreichische Rechtsordnung implementiert wurden.

3.2.2 Die gesetzlichen Ansprüche des entsandten Arbeitnehmers nach § 7a (ausländischer Arbeitgeber hat keinen Sitz in einem anderen EWR- Mitgliedstaat) und § 7b AVRAG (ausländischer Arbeitgeber hat Sitz in einem anderen EWR- Mitgliedstaat)

§§ 7a und 7b AVRAG normiert zwingende Ansprüche des entsandten Arbeitnehmers, wie Urlaub, Einhaltung der Arbeitszeiten sowie das gesetzliche, durch Verordnung festgesetzte oder kollektivvertragliche Entgelt, das einem vergleichbaren inländischen Arbeitnehmer am Arbeitsort eines vergleichbaren Arbeitgebers zusteht, vor. Dadurch soll dem Lohndumping durch ausländische Arbeitgeber, welche Arbeitnehmer in Österreich für Arbeitsleistungen einsetzen, entgegengesteuert werden und eine bestimmtee Mindestentlohnung des Staates, in welchem der Arbeitnehmer beschäftigt wird, gesichert werden.[473] Ab 01.05.2011 ist die Einhaltung der österreichischen kollektivvertraglichen Arbeitszeiten auch für Arbeitgeber ohne Sitz im EWR-Raum zwingend in § 7a Abs 3 Z 2 AVRAG normiert.[474]

---

[470] *Ramin,* Erwerbstätigkeit der „neuen" EU-Bürger in Österreich, migralex 2005, S. 62 f.

[471] Bundesgesetz vom 01.07.1993, mit dem arbeitsvertragsrechtliche Bestimmungen an das EG-Recht angepaßt (Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz - AVRAG) und das Angestelltengesetz, das Gutsangestelltengesetz und das Hausgehilfen- und Hausangestelltengesetz geändert werden, BGBl. Nr. 459/1993 idF BGBl. I Nr. 24/2011.

[472] *Preyer,* Arbeitsrechtliche Aspekte des Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes, 4. Kapitel in *Mayer (Hrsg.),* Schwarzarbeit, Pfuscht der Gesetzgeber? 1999, S. 60.

[473] *Binder,* AVRAG, 2. Auflage, Wien, 2010, Rz 1 zu § 7, Ansprüche bei gewöhnlichem Arbeitsort in Österreich, S. 339 f; *Holzer/Friedrich,* Die Auslegung von § 7 AVRAG aus europarechtlicher Sicht, ASoK 2002, Nr. 8, S. 252.

[474] *Schrank,* Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, 34. Auflage, Graz, 2011, S. 82/X.

Ziel dieser Bestimmung ist somit insbesondere die Verhinderung von Lohn- und Sozialdumping, welche auf Grund der unterschiedlichen Löhne und Arbeitsvoraussetzungen der einzelnen Staaten einen gerechten Wettbewerb zwischen den Unternehmen der einzelnen Staaten unterbinden würde.[475]

Es sollen die Arbeitstätigen in den einzelnen EU-Ländern nach dem Grundsatz *„Gleicher Lohn für gleiche Arbeit“* behandelt werden.[476]

§ 7a AVRAG regelt die Entsendung von Arbeitnehmern nach Österreich, deren ausländischer Arbeitgeber keinen Sitz in einem anderen EWR- Mitgliedstaat hat.

Nach § 7a AVRAG fällt unter den Begriff einer Entsendung i.w.S. einerseits die Arbeitskräfteüberlassung und andererseits die Entsendung i.e.S.[477] Unter einer Entsendung i.e.S. wird *„das grenzüberschreitende Tätigwerden – nur vorübergehender Natur - von Arbeitnehmern im Rahmen von Werk- oder Dienstleistungsverträgen ihres Arbeitgebers mit einem österreichischen Auftraggeber“*[478] verstanden.

Der Unterschied zwischen einer Arbeitskräfteüberlassung und einer Entsendung i.e.S. ist, dass es sich bei der Überlassung um eine Dienstleistung, nämlich das *„Zurverfügungstellung von Arbeitskräften“*, handelt.[479] Diese werden organisatorisch in den Betrieb des Beschäftigers eingegliedert und müssen seinen Weisungen folgen.[480] Bei der Entsendung wiederum werden eigene Arbeitnehmer nur vorübergehend eingesetzt, um ein Werk oder sonstige Dienstleistung auszuführen.[481] Die Entsendung i.e.S. erfolgt im Namen und unter Leitung des eigenen Arbeitgebers.[482]

Notwendige Voraussetzung einer rechtsgültigen Entsendung ist ein aufrechtes und rechtsgültiges Arbeitsverhältnis zwischen dem entsendenden Arbeitgeber und dem entsandten Arbeitnehmer, welches während des ganzen Zeitraumes der Beschäftigung im ausländischen Staat aufrecht und seinen Schwerpunkt stets im Entsendestaat haben muss.[483]

Auch nach ständiger Rechtsprechung ist zwingende Voraussetzung, dass die entsandte Person vor der Entsendung einen gewöhnlichen Arbeitsort im Entsendestaat besitzt und auch während der Entsendung das Arbeitsverhältnis weiter seinen Schwer-

---

[475] *Houf/Lehner,* KIAB-Kontrollen, Wien, 2008, Rz 27; *Binder,* Die Abreitnehmerentsendung aus EU-/EWR- Staaten nach Österreich unter besonderer Berücksichtigung eines möglichen Sozialdumpings, DRdA 1999, S. 5 f; *Weber*, Illegale Beschäftigung – Aussagen über das Hellfeld in *Lamnek/Luedtke* (Hrsg.), Der Sozialstaat zwischen "Markt" und "Hedonismus"?, Band 1, 1999, S. 339.

[476] *Schrank*, Grundfragen des Entgeltanspruchs überlassener Arbeitnehmer nach § 10 Abs1 AÜG, ZAS 1991, 52.

[477] *Preyer,* Arbeitsrechtliche Aspekte des Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes, 4. Kapitel in *Mayer (Hrsg.),* Schwarzarbeit, Pfuscht der Gesetzgeber? 1999, S. 64; *Wolfsgruber*, § 7a AVRAG in *Neumayr/Reissner* (Hrsg.), Zeller Komm, 2. Auflage, 2011, Rz 3 zu § 7a AVRAG.

[478] *Wolfsgruber*, § 7b AVRAG in *Neumayr/Reissner* (Hrsg.), Zeller Komm, 2. Auflage, 2011, Rz 4 zu § 7b AVRAG.

[479] *Sacherer*, §§ 16,16a Grenzüberschreitende Überlassung in *Sacherer/Schwarz*, AÜG, Wien, 2006, S. 256.

[480] *Schrank,* Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, 34. Auflage, Graz, 2011, S. 20/IV; *Wolfsgruber*, § 7a AVRAG in *Neumayr/Reissner* (Hrsg.), Zeller Komm, 2.Auflage, 2011, Rz 3 f zu § 7a AVRAG; *Sacherer*, §§ 16,16a Grenzüberschreitende Überlassung in *Sacherer/Schwarz*, AÜG, Wien, 2006, S. 260.

[481] *Sacherer*, §§ 16, 16a Grenzüberschreitende Überlassung in *Sacherer/Schwarz*, AÜG, Wien, 2006, S. 256.

[482] *Wolfsgruber*, § 7a AVRAG in *Neumayr/Reissner* (Hrsg.), Zeller Komm, 2. Auflage, 2011, Rz 3 f zu § 7a AVRAG, S. 884.

[483] OGH vom 27.05.1986, 14 Ob 81/86, SZ 59/91 = EvBl 1986/178, 760 = JBl 1987, 196 = ZAS 1987, 50 (*Beck-Mannagetta-Mayer-Maly*) = RdW 1987, 59; OGH vom 08.04.1992, 9 ObA 61/92, SZ 65/55 = EvBl 1992/191, 835 = Arb 11035; VwGH vom 28.10.1997, 95/08/0293, VwSlg 14767 A/1997 = SVSlg 41.881 = SVSlg 44.760 = ZASB 1998, 11 = ÖJZ 1998/153 A (VwGH A) = ZAS 1999, 54 = ZAS 1998, 11 = RdA 2001, S 542 = RdW 1998, 89 = ARD 4900/24/98; *Gerlach*, Praktisches zum Entsendungsrecht. Arbeitsverhältnisse im Ausland, ASoK 1998, 269; *Rebhahn*, Maßgebende Rechtsordnung bei AN-Entsendung, DRdA 1993, Nr. 1, Klagenfurt, S. 21.

punkt im Entsendestaat hat.[484] Bei der Bestimmung des gewöhnlichen Arbeitsortes und des Schwerpunktes der Arbeitsleistung ist nicht die Absicht der Parteien relevant, sondern es wird auf den Ort der faktischen Arbeitsleistungserbringung abgestellt.[485]

Darüber hinaus ist ebenfalls ein wichtiges Charakteristikum, dass der entsandte Arbeitnehmer über die Staatsgrenzen hinaus nicht dauernd, sondern lediglich nur vorübergehend, tätig sein darf.[486] Nach *Binder* ist für die Qualifikation einer vorübergehenden Tätigkeit nicht schädlich, wenn diese einen längeren Zeitraum andauert.[487]

Meines Erachtens muss für die Qualifikation des vorübergehenden Tätigwerdens somit ein ausreichend bestimmmbarer Endzeitpunkt vereinbart werden, damit die Dauerhaftigkeit nicht angenommen wird.

Damit die Entsendung eines Ausländers, auf welchen die EU-Freizügigkeitsverordnung keine Anwendung findet, nach Österreich gesetzeskonform erfolgt, muss vom Auftraggeber bei einer Beschäftigung von weniger als vier Monaten, eine AMS Entsendebewilligung eingeholt werden oder bei einer Beschäftigung über vier Monate eine normale Beschäftigungsbewilligung, welche jedoch eine bereits vorhandene Entsendebewilligung voraussetzt.[488]

Wurde die entsprechende Bewilligung nicht eingeholt und liegt nicht vor, so handelt es sich um einen Fall der illegalen Ausländerbeschäftigung.[489]

Die gesetzwidrige Beschäftigung eines Entsandten unter dem gesetzlichen Mindestlohn und nicht zu den gesetzlich vorgesehenen Bedingungen, wie Arbeitszeiten und Urlaubsanspruch, stellt ebenfalls einen Teilbereich der illegalen Beschäftigung dar.

3.2.2.1 Die EU-Entsendebestätigung nach § 7b AVRAG i.V.m. § 18 Abs 12 AuslBG

§ 7b AVRAG regelt die Entsendung von Arbeitnehmern, auch Drittstaatsangehörigen, nach Österreich, deren Arbeitgeber ihren Sitz in einem anderen EWR-Mitgliedstaat haben.[490]

Mit § 7b wurde die Entsenderichtlinie[491], welche insbesondere bestimmte Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen, wie Urlaubanspruch, Mindestentgelte, Arbeits- und Ruhezeiten, Bedingungen für die Überlassung von Arbeitskräften und den besonderen Schutz für bestimmte privilegierte Gruppen, aber auch Diskriminierungsverbote nor-

---

[484] OGH vom 27.05.1986, 14 Ob 81/86, SZ 59/91 = EvBl 1986/178, 760 = JBl 1987, 196 = ZAS 1987, 50 (*Beck-Mannagetta-Mayer-Maly*) = RdW 1987, 59; OGH vom 31.01.1990, 9 ObA 345/89, JBl 1990,671 = Arb 10840 = ZAS 1991, 196 (*Hoye*r); OGH vom 08.04.1992, 9 ObA 61/92, SZ 65/55 = EvBl 1992/191, 835 = Arb 11035; *Rebhahn*, Maßgebende Rechtsordnung bei AN-Entsendung, DRdA 1993, Nr. 1, Klagenfurt, S. 21; *Gerlach*, Praktisches zum Entsendungsrecht. Arbeitsverhältnisse im Ausland, ASoK 1998, 270; *Kerschner*, Arbeitsstatut nach IPRG und Rechtswahl, DRdA 1988 – Heft Nr 4/5, S. 346, Pkt 2.

[485] *Beck-Managetta/Mayer-Maly,* Kommentar zur Entscheidung des OGH vom 27.05.1986, 14 Ob 81, 82/86, ZAS 1987 – Heft 2, Entscheidung Nr. 6, S. 53; *Kerschner*, Arbeitsstatut nach IPRG und Rechtswahl, DRdA 1988 – Heft Nr 4/5, S. 350; *Verschraegen* im *Rummel* (Hrsg.), ABGB-Kommentar, Band 2, 3. Auflage, Art 6 EVÜ Rz 25 f*;* OGH vom 10.12.1998, 8 ObA 154/98z, SZ 71/207 = DRdA 1999, 467.

[486] VwGH vom 28.10.1997, 95/08/0293, VwSlg 14767 A/1997 = SVSlg 41.881 = SVSlg 44.760 = ZASB 1998, 11 = ÖJZ 1998/153 A (VwGH A) = ZAS 1999, 54 = ZAS 1998, 11 = RdA 2001, S 542 = RdW 1998, 89 = ARD 4900/24/98; *Wolfsgruber*, § 7b AVRAG in *Neumayr/Reissner* (Hrsg.), Zeller Kommentar, 2. Auflage, 2011, Rz 4 zu § 7b AVRAG.

[487] *Binder,* Die Abreitnehmerentsendung aus EU-/EWR- Staaten nach Österreich unter besonderer Berücksichtigung eines möglichen Sozialdumpings, DRdA 1999, Heft 2, April, 100, S. 101; *Preyer,* Arbeitsrechtliche Aspekte des Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes, 4. Kapitel in *Mayer (Hrsg.),* Schwarzarbeit, Pfuscht der Gesetzgeber?, 1999, S. 63.

[488] *Schrank,* Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, 34. Auflage, Graz, 2011, S. 82/IX f.

[489] *Schrank,* Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, 34. Auflage, Graz, 2011, S. 82/IX f.

[490] *Preyer,* Arbeitsrechtliche Aspekte des Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes, 4. Kapitel in *Mayer (Hrsg.),* Schwarzarbeit, Pfuscht der Gesetzgeber?, 1999, S. 64. vgl dazu *Friedrich* in *Fuchs/Marhold,* Europäisches Arbeitsrecht, 2010, 436 ff.

[491] Richtlinie 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.12.1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, ABl EG 1997 Nr L 18 vom 21.01.1997, 1, CELEX-Nr 396L0071.

miert, insbesondere mittels Änderung der Bestimmungen im AVRAG, aber auch AÜG und AuslBG, in die österreichische Rechtsordnung implementiert.[492] Die Bestimmungen der Entsenderichtlinie verfolgen insbesondere das Ziel, die entsandten Arbeitnehmer vor ungerechter gleichheitswidriger Behandlung zu schützen.[493]

Ziel dieser Richtlinie ist es einerseits die Dienstleistungsfreiheit des Art 49 EG (nunmehr Art 56 AEUV) zu unterstützen, aber andererseits auch ein Lohndumping durch Entsendung von Arbeitskräften aus Ländern, welche niedrige Mindestlohnvorschriften haben, in Staaten des EWR mit höherem Lohnniveau zu verhindern, um auf Grund verschiedener Arbeitsbedingungen Verzerrungen des Wettbewerbs zu vermeiden.[494]

Im Gegensatz zu § 7a AVRAG normiert § 7b „nur" Entsendungen i.e.S., insofern fallen Überlassungen von Arbeitnehmern aus anderen EWR-Mitgliedstaaten nach Österreich unter die Bestimmungen des AÜG.[495]

Um einen drittstaatsangehörigen Arbeitnehmer aus dem EU/EWR-Raum rechtsgültig in einen anderen Staat des EWR entsenden zu dürfen, ist zwar keine Bewilligung i.S.d. AuslBG notwendig, doch hat nach § 7b Abs 3 AVRAG eine entsprechende Meldung des Entsendenden über die Entsendung an den Staat, in dem der Entsendete seine Erwerbstätigkeit aufnehmen soll, maximal eine Woche vor Aufnahme der Arbeitstätigkeit zu erfolgen. In Österreich ist die Zentrale Koordinationsstelle für die Kontrolle der illegalen Beschäftigung nach dem AuslBG und dem AVRAG des Bundesministeriums für Finanzen für die Meldung zuständig.[496] Diese prüft die materiellen Voraussetzungen der Betriebsentsendung.[497]

Auf Grund des LSDB-G 2011 soll nach § 7b Abs 3 AVRAG in der Meldung auch die Art der Tätigkeit und die Verwendung des Arbeitnehmers enthalten sein.[498]

Die Koordinationsstelle hat daraufhin unverzüglich diese Meldung der regionalen Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservices weiterzuleiten, welche binnen zwei Wochen ab Einlangen der Meldung, wenn die Voraussetzungen des § 18 Abs 12 AuslBG vorliegen, dem Entsender und dem Auftraggeber, der die Arbeitsleistung in Anspruch nimmt, eine entsprechende ***„EU-Entsendebestätigung"*** auszustellen hat. Wenn die entsprechenden materiellen Anspruchsvoraussetzungen für eine Entsendung nicht vorliegen,

---

[492] 1587 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des NR XX. GP, S. 29; *Löschnigg*, Arbeitsrecht, Gesetze und Kommentare 129, 11. Auflage, Rz 2/034, S. 58 f; siehe darüber hinaus zur Problematik *Binder,* Die Abreitnehmerentsendung aus EU-/EWR- Staaten nach Österreich unter besonderer Berücksichtigung eines möglichen Sozialdumpings, DRdA 1999, 1 ff und 100 ff*; Gerhartl,* Entsendung von Arbeitskräften aus neuen EU-Mitgliedstaaten, ecolex 2010, S. 481 ff; *Rebhahn,* Entsendung von Arbeitnehmern in der EU – arbeitsrechtliche Fragen zum Gemeinschaftsrecht, DRdA 1999, 175 f*; Wolfsgruber,* Die grenzüberschreitende Entsendung von Arbeitnehmern, Band 11, 2001; *Schrammel,* Der Entwurf eines Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes aus arbeits- und sozialrechtlicher Sicht, 3. Kapitel in *Mayer* (Hrsg.), Schwarzarbeit, Pfuscht der Gesetzgeber? 1999, S. 49.

[493] *Schrammel,* Der Entwurf eines Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes aus arbeits- und sozialrechtlicher Sicht, 3. Kapitel in *Mayer* (Hrsg.), Schwarzarbeit, Pfuscht der Gesetzgeber? 1999, S. 50.

[494] *Rebhahn*, Entsendung von Arbeitnehmern in der EU – arbeitsrechtliche Fragen zum Gemeinschaftsrecht, DRdA 1999, 173f; *Wolfsgruber,* Die grenzüberschreitende Entsendung von Arbeitnehmern, Band 11, 2001, S. 31f.

[495] *Wolfsgruber,* Die grenzüberschreitende Entsendung von Arbeitnehmern, Band 11, 2001, S. 63 ff.

[496] *Houf/Lehner,* KIAB-Kontrollen, Wien, 2008, Rz 8 und 218; *Wolfsgruber*, § 7b AVRAG in *Neumayr/Reissner* (Hrsg.), Zeller Komm, 2. Auflage, 2011, Rz 10 zu § 7b AVRAG; *Binder,* AVRAG, 2. Auflage, Wien, 2010, Rz 20 zu § 7b, Ansprüche gegen Arbeitgeber im EWR, S. 337; *Schrank,* Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, 34. Auflage, Graz, 2011, S. 82/IX.

[497] *Bichl/Schmid/Szymanski,* Das neue Recht der Arbeitsmigration, 2. Auflage, NWV, S. 187.

[498] *Ercher/Rath,* Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz, LSDB-G, ASoK 2011, 125.

ist vice versa die Entsendung zu untersagen.[499] Das AMS hat zusätzlich zu prüfen, ob die Entsendung gemeinschaftsrechtskonform ist, insbesondere, ob eine Aufenthalts- oder Arbeitsgenehmigung vorliegt, und ob tatsächlich ein ordnungsgemäßes und dauerhaftes Beschäftigungsverhältnis zwischen dem Entsendeten und Entsender im Sitzstaat des Arbeitgebers besteht.[500]

Die neue seit dem 01.01.2008 in Kraft getretene Norm des § 18 Abs 12 AuslBG regelt die Entsendung von Ausländern, die von einem Unternehmen mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat des EWR nach Österreich entsandt werden. In diesem Fall besteht die Notwendigkeit einer EU-Entsendebestätigung.[501] Im Falle einer Arbeitskräfteüberlassung nach dem AÜG, findet § 18 AuslBG keine Anwendung, sondern die spezifischeren Regelungen des AÜG.[502]

Die Bestimmung des § 18 Abs 12 AuslBG ist eine unumgängliche Reaktion auf die Entscheidung des EUGH vom 21.09.2006, Rs C-168/04, welcher die alte Norm auf Grund administrativer Hürden und unverhältnismäßig benachteiligender Bedingungen, wie z.B. Mindestbeschäftigung von einem Jahr des zu entsendeten Arbeitnehmers beim Entsender oder ein abgeschlossener unbefristeter Arbeitsvertrag oder Nachweis der Einhaltung der österreichischen Lohn- und Arbeitsbedingungen durch das Unternehmen, für die Entsendung Drittstaatsangehöriger nach Österreich, nicht mit der Dienstleistungsfreiheit als vereinbar angesehen hat.[503] Dienstleistungsanbieter aus anderen EU-Staaten dürfen nämlich nicht mehr belastet werden, als die inländischen Unternehmer.[504] Es ist jedoch zulässig bestimmte formelle Voraussetzungen für eine Entsendung zu normieren.[505] Die Maßnahmen dürfen jedoch nicht derart gravierend sein, dass sie die ausländischen Arbeitgeber in der Ausübung ihrer europäischen Grundfreiheit auf Dienstleistungserbringung beeinträchtigen.[506]

Gemäß § 18 Abs 12 AuslBG darf die Beschäftigung auch ohne Vorliegen der EU-Entsendebestätigung begonnen werden, wenn alle notwendigen materiellen Voraussetzungen erfüllt sind.[507]

---

[499] *Binder,* AVRAG, 2. Auflage, Wien, 2010, Rz 36 zu § 7b, Ansprüche gegen Arbeitgeber im EWR, S. 383 f; *Houf/Lehner,* KIAB-Kontrollen, Wien, 2008, Rz 8; siehe Ausführungen zu den Voraussetzungen: *Fister*, EU-Entsendebestätigung und Dienstleistungsfreiheit. Anmerkungen zu EuGH 21.09.2006, Rs C-168/04, ASoK 2007 – Heft 1, S. 9.

[500] *Bichl/Schmid/Szymanski,* Das neue Recht der Arbeitsmigration, 2. Auflage, NWV, S. 187; RV 948 zum BGBl I 2005/101, zu Z 34 und 35 (§ 18 Abs 12 bis 16 AuslBG).

[501] Geneu Erläuterungen zur EU-Entsendebestätigung in *Lindmayr*, Handbuch zur Ausländerbeschäftigung, 10. Auflage, LexisNexis, Wien, 2010, Rz 76 ff.

[502] *Gerhartl,* Praxisrelevante Entscheidungen zum AuslBG, RdW 2010/ 40 – Heft 1 vom 23.01.2010, S. 32

[503] EuGH vom 21.09.2006, Rs. C-168/04, Kommission gegen Österreich, Slg. 2006, I-9041, Rz 36 = wbl 2006/209, 466 = DRdA 2007/18, 75 (*Wedl):* unzulässige Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit: insbesondere wegen der Abstellung auf die Dauer des Arbeitsverhältnisses zwischen dem Unternehmner und dem nach Österrecih entsandten Arbeitnehmer, doppelte Kontrolle der Lohn-und Arbeitsbedingungen sowie der sozialversicherungsrechtlichen Normen und die parallele Meldepflicht nach § 7b Abs 3 AVRAG; *Fister*, EU-Entsendebestätigung und Dienstleistungsfreiheit. Anmerkungen zu EuGH 21.09.2006, Rs C-168/04, ASoK 2007 – Heft 1, 9-14; *Bichl/Schmid/Szymanski,* Das neue Recht der Arbeitsmigration, 2. Auflage, NWV, S. 88; genaue Ausführungen zur Entscheidung: *Zanger,* Österreich: EU-Entsendungsbestimmungen für Arbeitnehmer aus Drittstaaten verstoßen gegen Dienstleistungsfreiheit, UVSaktuell 2007, S. 24.

[504] *Schrammel,* Der Entwurf eines Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes aus arbeits- und sozialrechtlicher Sicht, 3. Kapitel in *Mayer* (Hrsg.), Schwarzarbeit, Pfuscht der Gesetzgeber? 1999, S. 44.

[505] *Schrammel,* Der Entwurf eines Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes aus arbeits- und sozialrechtlicher Sicht, 3. Kapitel in *Mayer* (Hrsg.), Schwarzarbeit, Pfuscht der Gesetzgeber? 1999, S. 44.

[506] *Zanger,* Österreich: EU-Entsendungsbestimmungen für Arbeitnehmer aus Drittstaaten verstoßen gegen Dienstleistungsfreiheit, UVSaktuell 2007, S. 28.

[507] *Schrank,* Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, 34. Auflage, Graz, 2011, S. 82/IX.

Nach Ansicht der Kommission kann eine Arbeitsaufnahme des Entsendeten nicht von der Einholung einer EU-Entsendebestätigung abhängig gemacht werden.[508] Nach *Binder* ergibt sich die Erlaubnis zur Arbeitsaufnahme, trotz Nichtvorliegens der EU-Entsendebestätigung, aus dem Umstand, dass dieser lediglich eine deklaratorische Wirkung zukommt.[509] Nach *Schrammel* folgt aus der Zulässigkeit der Beschäftigungsaufnahme ohne Bestätigung der deklarative Charakter der EU-Entsendebestätigung.[510] Anderer Meinung ist *Fister*, nach welchem der EU-Entsendebestätigung konstitutive Wirkung zukommen muss, weil die Strafbestimmung des § 28 Abs 1 Z 4 und 5 AuslBG auf die Beschäftigung ohne EU-Entsendebestätigung als Tatbestandsmerkmal abstellt und somit der Arbeitgeber, um nicht bestraft zu werden, die Entscheidung des AMS abwarten wird müssen.[511]

Darüber hinaus hat der Arbeitgeber die EU-Entsendebestätigung am Arbeitsplatz bereitzuhalten, um nicht nach § 28 Abs 1 Z 1 lit a AuslBG bestraft zu werden, was ebenfalls für eine konstitutive Wirkung der EU-Entsendebestätigung spricht.[512]

Nach *Schrammel* ist deswegen die Inkriminierung der Beschäftigung ohne Bestätigung nicht mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar.[513] Diesfalls müsste der EU-Entsendebestätigung ein konstitutiver Charakter zugeschrieben werden, was sich jedoch mit der expliziten Normierung im § 18 Abs 12 AuslBG nicht vereinbaren lässt.[514]

Nach der Rechtsprechung des EuGH darf nämlich die Arbeitsaufnahme nicht von einer konstitutiven Erlaubnis abhängig gemacht werden.[515]

Meines Erachtens ist hinsichtlich der Frage, ob der EU-Entsendebestätigung ein konstitutiver oder deklarativer Charakter zuzuschreiben ist, zu sagen, dass die gesetzliche Regelung des AuslBG, insbesondere hinsichtlich der §§ 18 Abs 12, 28 Abs 1 Z 1 lit a, § 28 Abs 1 Z 4 und Z 5 AuslBG nicht mit der gemeinschaftsrechtlichen Rechtssprechnung und Ansicht der Kommission, in Einklang steht, da die Straftatbestände der erwähnten Normen an das Nichtvorliegen, Nichtbereitshalten der EU-Entsendebestätigung anknüpfen, und würde dies bedeuten, dass der EU-Entsendebestätigung somit die konstitutive Wirkung zukommt.

Diese Lösung widerspricht jedoch der Rechtssprechung der EU und müsste meiner Meinung nach der österreichische Gesetzgeber diesbezüglich tätig werden und Reformen setzen.

Liegen die obgenannten Voraussetzungen nicht vor, aber der entsendete Arbeitnehmer wird trotzdessen beschäftigt, so spricht man in einem solchen Fall von illegaler Beschäftigung.[516]

---

[508] RV 948 zum BGBl I 2005/101, zu Z 34 und 35 (§ 18 Abs 12 bis 16 AuslBG).

[509] *Binder,* AVRAG, 2. Auflage, Wien, 2010, Rz 36 zu § 7b, Ansprüche gegen Arbeitgeber im EWR, S. 384.

[510] *Schrammel,* Der Entwurf eines Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes aus arbeits- und sozialrechtlicher Sicht, 3. Kapitel in *Mayer* (Hrsg.), Schwarzarbeit, Pfuscht der Gesetzgeber? 1999, S. 45.

[511] *Fister*, EU-Entsendebestätigung und Dienstleistungsfreiheit. Anmerkungen zu EuGH 21.09.2006, Rs C-168/04, ASoK 2007, S. 14.

[512] *Fister*, EU-Entsendebestätigung und Dienstleistungsfreiheit. Anmerkungen zu EuGH 21.09.2006, Rs C-168/04, ASoK 2007, S. 14.

[513] *Schrammel,* Der Entwurf eines Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes aus arbeits- und sozialrechtlicher Sicht, 3. Kapitel in *Mayer* (Hrsg.), Schwarzarbeit, Pfuscht der Gesetzgeber? 1999, S. 45.

[514] *Schrammel,* Der Entwurf eines Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes aus arbeits- und sozialrechtlicher Sicht, 3. Kapitel in *Mayer* (Hrsg.), Schwarzarbeit, Pfuscht der Gesetzgeber? 1999, S. 45.

[515] *Schrammel,* Der Entwurf eines Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes aus arbeits- und sozialrechtlicher Sicht, 3. Kapitel in *Mayer* (Hrsg.), Schwarzarbeit, Pfuscht der Gesetzgeber? 1999, S. 45.

[516] *Schrank,* Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, 34. Auflage, Graz, 2011, S. 82/IX.

3.2.3 Das Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz - LSDB-G 2011: §§ 7d – 7m AVRAG

3.2.3.1 Einleitung

Welche Änderungen brachte das aktuelle **Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz** aus dem Jahre 2011 mit sich?

Die relevanten und spannenden Änderungen sollen nunmehr nachstehend erläutert werden.

Eine ganz aktuelle Entwicklung[517] ist die Implementierung der §§ 7d – 7m AVRAG in die österreichische Rechtsordnung. Gemäß § 19 Abs 1 Z 26 AVRAG sind die gesetzlichen Neuerungen mit 01.05.2011 in Kraft getreten.[518] Die §§ 7d bis 7m sind nicht rückwirkend, sondern nur auf Sachverhalte anzuwenden, die sich nach dem 30.04.2011 ereignet haben.[519]

Die neuen Bestimmungen wurden als Bundesgesetz, mit dem das AVRAG das Insolvenz-Entgeltsicherungsgesetz, das Landarbeitsgesetz 1984, das Arbeitskräfteüberlassungsgesetz und das Allgemeine Sozialversicherungsgesetz geändert werden, unter dem Stichwort Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz - LSDB-G, in der XXIV Gesetzgebungsperiode, am 31.03.2011 vom Nationalrat beschlossen.

Ziel dieser Bestimmungen ist es, gleiche Lohnbedingungen für alle in Österreich Beschäftigte sicherzustellen - dass allen in Österreich beschäftigen Arbeitnehmern zumindest der "*kollektivvertragliche Grundlohn*" zukommt - und gleiche Arbeitsmarkt- und Lohnbedingungen für bereits in Österreich Beschäftigte zu sichern.[520] Darüber hinaus soll ein fairer Wettbewerb zwischen den Unternehmen gewährleistet und die Zahlung der gesetzlich vorgeschriebenen Abgaben und Sozialbeiträge sichergestellt werden.[521]

Erfolge sollen durch öftere und vermehrte Kontrollen hinsichtlich der Einhaltung von Mindestlohnvorschriften und durch die Einführung von neuen Straftatbeständen erzielt werden.[522]

Handelt es sich beim Entsender oder Überlasser um einen land- oder forstwirtschaftlichen Betrieb mit Sitz im Ausland, finden gemäß § 14b LAG die §§ 7d bis 7g und §§ 7i bis 7m AVRAG sinngemäß Anwendung.[523]

Auslöser für das Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz 2011 war der Gedanke, die österreichischen Arbeitnehmer respektive die in Österreich bereits legal beschäftigten ausländischen Arbeitnehmer aus dem EWR-Raum vor Arbeitnehmern aus

---

[517] *Steiger,* Rückblick 2011/Ausblick 2012 in der Sozialversicherung, taxlex 2011, 455 ff.

[518] in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 24/2011.

[519] *Aubauer/Rosenmayr,* LSDB-G, taxlex 2011, 152; Aubauer/Rosenmayr-Khoshideh, Erlass zum LSDP-G, Legislative WKO, taxlex 2011, 383.

[520] *Kühteubl/Wieder,* Das neue Lohn- und SozialdumpingbekämpfungsG, ZAS 2011/36, 208, S. 209; *Kapek,* Neues LSDB-G, ecolex 2011, S. 440.

[521] *Windisch-Graetz,* Fairer Wettbewerb durch das LSDB-G, ecolex 2011, 443; LSDB-G - Ministerialentwurf 181/ME XXIV. GP - Erläuternde Bemerkungen – Vorblatt, S. 1 von 7; *Binder,* AVRAG, 2. Auflage, Wien, 2010, Rz 1 zu §§ 7d-7n, Unterlagenbereithaltung und Kontrollen, S. 402.

[522] *Binder,* AVRAG, 2. Auflage, Wien, 2010, Rz 2 zu §§ 7d-7n, Unterlagenbereithaltung und Kontrollen, S. 402.

[523] *Rath,* Das LSDB-G. Ausgewählte Fragen zum Geltungsbereich, zu den AG-Pflichten sowie zur behördlichen Lohnkontrolle, ASoK 2012, S. 282.

den „neuen“ [524] EU-Staaten (augenommen Rumänien und Bulgarien), welche nach der Öffnung des Arbeitsmarktes ab 01.05.2011, auf Grund des Ablaufes der siebenjährigen Übergangsregelung die Arbeitnehmerfreizügigkeit im vollen Ausmaß genießen und so ihre Arbeitskraft nunmehr ohne einer arbeitsmarktrechtlichen Bewilligung anbieten können, zu schützen.[525]

Es soll nach der Öffnung des Arbeitsmarktes ab 01.05.2011 durch verstärkte Kontrolle die Einhaltung der gesetzlichen oder kollektivvertraglichen Mindestentlohnung für nach Österreich überlassene oder entsandte Arbeitnehmer gewährleistet werden.[526] Darüber hinaus wird nunmehr die Entlohnung unter dem kollektivvertraglich festgesetzten Lohn mittels hoher Verwaltungsstrafen sanktioniert.[527]

Bereits die Sozialpartner haben im Paket *„Arbeitsmarkt – Zukunft 2010“* eine gesetzliche Normierung von Kontrollen der Auszahlung der Mindestlöhne an Arbeitnehmer, sowie die Pflicht zum Bereithalten von Lohnunterlagen in deutscher Sprache am Beschäftigungsort mehrmals urgiert, was nunmehr mit dem Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz 2011 umgesetzt wurde.[528]

3.2.3.2 Die neuen Pflichten des Beschäftigers nach dem AVRAG

Bis dato existierten lediglich die bereits besprochenen Bestimmungen §§ 7, 7a, 7b AVRAG, welche einerseits den österreichischen Arbeitsmarkt vor billigeren ausländischen Arbeitskräften, die in Österreich vorübergehend beschäftigt werden, schützen sollen, und andereseits auch die ausländischen Arbeiskräfte gleiche Arbeitsbedingungen gewährleisten sollen.

Um einen umfassenden Schutz der Arbeitnehmer zu sichern wurden nunmehr die Kontrollmaßnahmen und verwaltungsbehördliche Sanktionen erweitert.[529] Durch das Lohn- und Sozialdumpingbekämpfungsgesetz wurden gleichzeitig neue Straftatbestände geschaffen[530], welche nachstehend besprochen werden.

3.2.3.2.1 Die Bereithaltungspflicht[531] nach § 7d AVRAG

Neu eingefügt wurde die Bereithaltungspflicht des § 7d AVRAG.

§ 7d AVRAG verpflichtet den ausländischen Arbeitgebers bzw. bei Überlassungen den Überlasser (mit Sitz im Ausland) bzw. den weisungsbefugten Beauftragten i.S.d. § 7b Abs 1 Z 4 AVRAG eines EWR-Arbeitgebers, welche Arbeitnehmer in Österreich be-

[524] „neue“ Mitgliedstaaten: das sind jene, welche am 01.05.2004 der EU beigetreten sind und noch nicht der Arbeitnehmerfreuzügigkeit unterlagen: Polen, Estland, Lettland, Litauen, Tschechien, Slowakei, Slowenien und Ungarn, ausgenommen Malta und Zypern, haben bis zum 31.04.2011 gemäß § 32a AuslBG noch den Übergangsbestimmungen des Ausländerbeschäftigungsgesetztes unterlegen; *Schrank/Mazal,* Arbeitsrecht Ein systematischer Grundriss, 4. Auflage, FACULTAS Verlag, Wien, 2008, S. 69.

[525] *Kapek,* Neues LSDB-G, ecolex 2011, S. 440.

[526] *Bichl/Schmid/Szymanski,* Das neue Recht der Arbeitsmigration, 2. Auflage, NWV, S. 19; LSDB-G - Ministerialentwurf 181/ME XXIV. GP - Erläuternde Bemerkungen – Vorblatt, S. 1 von 7.

[527] LSDB-G-Ministerialentwurf 181/ME XXIV.GP - Erläuternde Bemerkungen - Vorblatt, S. 3 von 7; *Bichl/Schmid/Szymanski,* Das neue Recht der Arbeitsmigration, 2. Auflage, NWV, S. 19.

[528] SN-181/ME XXIV. GP - Stellungnahme des Österreichischen Gewerkachaftsbundes zum Entwurf des LSDB-G vom 11. 08. 2010.

[529] *Kühteubl/Wieder,* Das neue Lohn- und SozialdumpingbekämpfungsG, ZAS 2011/36, 208, S. 209.

[530] *Windisch-Graetz,* Fairer Wettbewerb durch das LSDB-G, ecolex 2011, S. 443.

[531] *Kühteubl/Wieder,* Das neue Lohn- und SozialdumpingbekämpfungsG, ZAS 2011/36, 208, S. 211.

schäftigen oder nach Österreich überlassen/entsenden, zur Bereithaltung von bestimmten Unterlagen.[532]

Es sind Unterlagen, d.h. Nachweise über Lohnzahlungen, Arbeitsverträge oder Arbeitsaufzeichnungen, welche die Entlohnung betreffen, für aus dem Ausland entsandte Arbeitnehmer in deutscher Sprache, für die Dauer der Beschäftigung des Arbeitnehmers am Arbeits- bzw Einsatzort bereitzuhalten.[533]

Ist die Bereithaltung am Arbeits(einsatz)ort nicht zumutbar, sind die Unterlagen jedenfalls im Inland bereitzuhalten und der Abgabenbehörde auf Verlangen binnen 24 Stunden zu übermitteln.[534]

Mit der Bereithaltungsverpflichtung soll gewährleistet werden, dass die Überprüfbarkeit der zwingenden Mindestentlohnung von nach Österreich entsandten bzw. überlassenen Arbeitnehmern, für die Kontrollorgane, erleichtert wird.[535]

Nach der Rechtssprechung des EuGH stellt die Bereithaltungspflicht von Unterlagen in deutscher Sprache zwar eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs i.S.d. Art 56 und 57 AEUV dar, welcher jedoch auf Grund der Rechtfertigung mit den im Allgemeininteresse liegendem Ziel (sozialer Schutz der Arbeitnehmer und Gewährleistung dieses Schutzes) nicht gegen diese Grundfreiheit verstößt.[536]

Jedoch scheint die gesetzliche Regelung hinsichtlich der Bereithaltungsverpflichtung - meiner Meinung nach - überschießend zu sein, da verlangt wird, dass Unterlagen in Zusammenhang mit dem gesamten dem Arbeitnehmer zustehenden "Entgelt" bereitzuhalten sind (auch Unterlagen zu Zuschlägen, Zulagen und Sonderzahlungen), die Überprüfung aber lediglich den „kollektivvertraglichen Grundlohn“ betrifft.[537]

In den Erläuterungen zur Regierungsvorlage wird beispielhaft ausgeführt, dass *"als erforderliche Lohnunterlagen neben dem Arbeitsvertrag und dem Dienstzettel, Arbeitszeitaufzeichnungen, Lohnaufzeichnungen oder Lohnzahlungsnachweise des/der Arbeitgebers/in (z.B. Banküberweisungsbelege)“* anzusehen sind.[538]

Die Ausführungen in den Erläuterungen widersprechen wiederum der gesetzlichen Regelung insofern, als nach dem Gesetz die Bereithaltungsverpflichtung lediglich von jenen Unterlagen, die *"zur Überprüfung des gebührenden Entgelts erforderlich sind"* gefordert wird, nicht jedoch auch Unterlagen über die tatsächliche Zahlung, wie Banküberweisungsbelege, bereitzuhalten sind.

Derartige Unklarheiten führen dazu, dass es für die Arbeitgeber nicht mehr klar erkennbar ist, was tatsächlich an Unterlagen bereitzuhalten ist und es wird dadurch eine

---

[532] *Windisch-Graetz,* Fairer Wettbewerb durch das LSDB-G, ecolex 2011, S. 443; *Binder,* AVRAG, 2. Auflage, Wien, 2010, Rz 4 zu §§ 7d-7n, Unterlagenbereithaltung und Kontrollen, S. 403; *Rath,* Das LSDB-G. Ausgewählte Fragen zum Geltungsbereich, zu den AG-Pflichten sowie zur behördlichen Lohnkontrolle, ASoK 2012, S. 282.

[533] *Schrank,* Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, 34. Auflage, Graz, 2011, S. 81 f; *Kapek,* Neues LSDB-G, ecolex 2011, 440, S. 441; *Binder,* AVRAG, 2. Auflage, Wien, 2010, Rz 5 zu §§ 7d-7n, Unterlagenbereithaltung und Kontrollen, S. 403; *Ercher/Rath,* Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz, LSDB-G, ASoK 2011, 125.

[534] *Ercher/Rath,* Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz, LSDB-G, ASoK 2011, 125; *Kapek,* Neues LSDB-G, ecolex 2011, 440, S. 441.

[535] *Schrank,* Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, 34. Auflage, Graz, 2011, S. 82.

[536] EuGH vom 18. 07. 2007, C-490/04, Kommission/Deutschland, Slg 2007, I-6095; EuGH C-515/08, Rs Santos Palhota, Slg 2010, I-0000; 1076 BlgNR 24. GP 6.

[537] *Windisch-Graetz,* Fairer Wettbewerb durch das LSDB-G, ecolex 2011, S. 443.

[538] LSDB-G - Ministerialentwurf 181/ME XXIV. GP - Erläuternde Bemerkungen – Vorblatt, S. 5 von 7; *Windisch-Graetz,* Fairer Wettbewerb durch das LSDB-G, ecolex 2011, 443.

Rechtsunsicherheit geschaffen, welche zwingend von der Rechtssprechung bzw. der Legislative zu bereinigen ist.

Meines Erachtens ist die Bereithaltung von Banküberweisungsbelegen notwendig – obwohl für die Überprüfung des tatsächlich gebührenden Entgelts nicht erforderlich – wenn man jedoch einen Schritt weiter denkt, kann mit dem Überweisungsbeleg nachgewiesen werden, dass der Lohn an den Arbeitnehmer gezahlt wurde. Bei kurzfristigen Einsätzen entsteht jedoch das Problem, dass der Arbeitgeber vermutlich keine Zahlungsbelge wird vorlegen können.[539]

Da auch die richtige Einstufung in die entsprechende Kollektivvertragsstufe wesentlicher Bestandteil bei der Eruierung des „kollektivvertraglichen Grundlohns“ ist, wird es auch sicherlich wesentlich sein, sämtliche Unterlagen (wie z.B.: Beschreibung der Tätigkeit, Nachweise über die sonstigen Einstufungskriterien, wie Dienstzeugnisse, sonstige Ausbildungsnachweise etc.) aus welchen sich die Einstufung ergibt, bereitzuhalten.[540]

Meines Erachtens ist die Verpflichtung zur Bereithaltung einer derartigen Fülle an Unterlagen hinsichtlich des Aufwandes, der den ausländischen Arbeitgebern der ausländischen entsandten/überlassenen Arbeitkräfte aufgebürdet wird, nicht mehr vereinbar mit der EU-Grundfreiheit des freien Dienstleistungsverkehrs und wird meines Erachtens – aufgrund der auferlegten zusätzlichen erschwerdenden Pflichten – dadurch der in der EU geltende freie Dienstleistungsverkehr jedenfalls beschränkt.

3.2.3.2.2 Verbot der Unterentlohnung – Zum Begriff des "kollektivvertraglichen Grundlohns“

Jeder Arbeitskraft gebührt jener Lohn, der einem durchschnittlichen Arbeitnehmer der Branche zusteht, wobei eine darunter liegende Entlohnung als gesetzwidriges und strafbares Lohndumping zu qualifizieren ist.[541]

Die Regelung hinsichtlich der Unterentlohnung gilt für in- und ausländische Arbeitgeber und für in Österreich ständig beschäftigte oder aus dem Ausland nach Österreich entsandte oder überlassene Arbeitskräfte gleichermaßen und steht somit in Einklang mit dem in der EU geltenden Diskriminierungsverbot.[542]

Das Gesetz spricht vom - im Gesetz nicht näher definiertem - "kollektivvertraglichen Grundlohn“, in Abweichung zum Entwurf, in welchem bereits bei einer erheblichen Unterschreitung des „Entgelts“ Sanktionen angedroht hätten werden sollen.[543]

Was ist somit unter dem Begriff des "kollektivvertraglichen Grundlohns“ zu verstehen?

Nach den Erläuterungen zur Regierungsvorlage versteht man unter dem Begriff des "Grundlohns“ den zustehenden Grundbezug (Grundlohn bzw. Grundgehalt), wobei auch das Überstundengrundentgelt mit eingeschlossen wird, nicht jedoch sonstige Zula-

[539] *Kapek,* Neues LSDB-G, ecolex 2011, 440, S. 441.

[540] *Aubauer/Rosenmayr-Khoshideh,* Erlass zum LSDB-G, taxlex 2011, S. 383 f; *Kapek,* Neues LSDB-G, ecolex 2011, 440, S. 441.

[541] LSDB-G - Ministerialentwurf 181/ME XXIV. GP - Erläuternde Bemerkungen - Vorblatt, S. 5 von 7.

[542] *Windisch-Graetz,* Fairer Wettbewerb durch das LSDB-G, ecolex 2011, S. 443.

[543] *Windisch-Graetz,* Fairer Wettbewerb durch das LSDB-G, ecolex 2011, S. 443; LSDB-G - Ministerialentwurf 181/ME XXIV. GP - Erläuternde Bemerkungen – Vorblatt, S. 5 von 7.

gen/Zuschläge/Sonderzahlungen/13. sowie 14. Bezug und grundsätzlich auch nicht Aufwandersätze und Sachbezüge.[544]

Im Gegensatz zum Begriff "Entgelt" ist unter „Grundlohn“ der für die erbrachte Arbeitszeit zustehende Brutto-Grundbezug zu verstehen.[545]

Der dem jeweiligen Arbeitnehmer zustehende "Grundlohn" ist pro Arbeitnehmer anhand der konkreten kollektivvertraglichen Einstufung zu ermitteln, wobei als Kriterien für die richtige Einstufung in die entsprechende Lohnordnung u.a. die vom Arbeitnehmer tatsächlich ausgeübte Tätigkeit und die Anrechnung von Vordienst- oder Schulzeiten zu beachten ist.[546]

Unter den Geltungsbereich des § 7i Abs 3 AVRAG fällt auch der nach – eventuell existierenden – Verordnung zustehende Grundlohn, somit sind auch Mindestlohntarife und Satzungserklärung zu berücksichtigen.[547]

Bestehen Zweifel über die richtige Einstufung soll gemäß § 7e Abs 4 AVRAG das Kompetenzzentrum LSDB die Parteien des entprechenden Kollektivvertrages anhören, was jedenfalls zu tun ist, wenn der Arbeitgeber begründete Einwendungen gegen die vom Kompetenzzentrum LSDB vorgenommene Einstufung erhebt.[548]

Wird von den Kontrollorganen festgestellt, dass der Arbeitgeber, sowohl der ausländische wie auch der inländische, den österreichischen Kollektivvertrags-Grundlohn unterschreitet, so sind empfindliche Strafen zu verhängen.[549]

Eine **erhebliche** Unterentlohnung stellt eine Qualifikation dar und liegt dann vor, wenn ein „*auffallendes Missverhältnis*“ i.S.d. §§ 154, 155 StGB zwischen dem tatsächlich ausbezahlten und rechtlich vorgesehenen und zustehenden Entgelt gegeben ist.[550]

Vorgreifend zum Kapitel Sanktionen sei erwähnt, dass neben dem Verwaltungsstraftatbestand nach dem AVRAG - *"soweit die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet"* - in den gravierendsten Fällen - auch der Straftatbestand des Sachwuchers i.S.d. § 155 StGB *(„Wer außer den Fällen des § 154 gewerbsmäßig die Zwangslage, den Leichtsinn, die Unerfahrenheit oder den Mangel an Urteilsvermögen eines anderen dadurch ausbeutet, daß er sich oder einem Dritten für eine Ware oder eine andere Leistung einen Vermögensvorteil versprechen oder gewähren läßt, der in auffallendem Mißverhältnis zum Wert der eigenen Leistung steht…“*) vorliegen kann und ist in diesen Fällen eine gerichtliche Strafe bis zu drei Jahren bzw., wenn durch die Tat eine größere Zahl von Menschen schwer

---

[544] *Steiger*, Rückblick 2011/Ausblick 2012 in der Sozialversicherung, taxlex 2011, 455, S. 456; *Kapek,* Neues LSDB-G, ecolex 2011, S. 440 f; LSDB-G - Ministerialentwurf 181/ME XXIV. GP - Erläuternde Bemerkungen – Vorblatt, S. 5 von 7; *Aubauer/Rosenmayr-Khoshideh,* Erlass zum LSDB-G, taxlex 2011, S. 383; *Kühteubl/Wieder,* Das neue Lohn- und SozialdumpingbekämpfungsG, ZAS 2011/36, 208, S. 210.

[545] *Aubauer/Rosenmayr-Khoshideh,* Erlass zum LSDB-G, taxlex 2011, S. 383.

[546] *Kühteubl/Wieder,* Das neue Lohn- und SozialdumpingbekämpfungsG, ZAS 2011/36, 208, S. 210; *Windisch-Graetz,* Fairer Wettbewerb durch das LSDB-G, ecolex 2011, S. 443; *Kapek,* Neues LSDB-G, ecolex 2011, S. 440

[547] *Kühteubl/Wieder,* Das neue Lohn- und SozialdumpingbekämpfungsG, ZAS 2011/36, 208, S. 210.

[548] *Kühteubl/Wieder,* Das neue Lohn- und SozialdumpingbekämpfungsG, ZAS 2011/36, 208, S. 210; *Ercher/Rath,* Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz, LSDB-G, ASoK 2011, 125, S. 126.

[549] *Kühteubl/Wieder,* Das neue Lohn- und SozialdumpingbekämpfungsG, ZAS 2011/36, 208, S. 209; *Schrank,* Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, 34. Auflage, Graz, 2011, S. 82 und 82/XII.

[550] *Binder,* AVRAG, 2. Auflage, Wien, 2010, Rz 9 zu §§ 7d-7n, Unterlagenbereithaltung und Kontrollen, S. 404; LSDB-G - Ministerialentwurf 181/ME XXIV. GP - Erläuternde Bemerkungen – Vorblatt, S. 5 von 7.

geschädigt wird, eine Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren zu verhängen.[551]

3.2.3.3 Die Kontrollmaßnahmen und Kontrollbefugnisse nach § 7f AVRAG, die Behördenzuständigkeit und das Kompetenzzentrum Lohn- und Sozialdumpingbekämpfung (LSDB) nach § 7e AVRAG

Die Organe der Abgabenbehörden haben die Einhaltung der Mindestlohnbestimmungen zu kontrollieren, wobei ihnen hierbei nach § 7f Abs 1 AVRAG weitreichende Befugnisse, wie das Betretungsrecht des Arbeitsortes sowie der Aufenthaltsräume, das Recht auf Auskunft über alle für die Ermittlung der Höhe des Grundlohns erheblichen Tatsachen, Einsichtnahme in die Unterlagen und Ausfertigung von Abschriften von diesen Unterlagen, zukommen.[552]

Sowohl die inländischen als auch die ausländischen Arbeitgeber haben hierbei mit den Abgabenbehörden zu kooperieren.[553]

Gemäß § 7f Abs 2 AVRAG haben die Organe der Abgabenbehörden sodann die Ergebnisse der Erhebungen samt Lohndumping-Anzeigen an die BVB und das Kompetenzzentrum LSDB zu übermitteln und auf deren Ersuchen konkret zu bezeichnende weitere Erhebungen durchzuführen.[554]

Im Rahmen des Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetzes wurde im **§ 7e AVRAG** das Kompetenzzentrum Lohn- und Sozialdumpingbekämpfung (Kompetenzzentrum LSDB) eingerichtet, ein Dienstleistungszentrum bei der Wiener Gebietskrankenkasse.[555] Dieses ist für die Entgeltkontrolle, bei nicht dem ASVG unterliegenden Arbeitnehmern, zuständig.[556]

Das Kompetenzzentrum LSDB ist mit zahlreichen Kompetenzen nach § 7e AVRAG ausgestattet, wie z.B. die Entgegennahme von Ermittlungsergebnissen der Abgabenbehörden, die Strafanzeigeerstattungsbefugnis an die BVB, die Auskunftserteilung, Führung der Verwaltungsstrafevidenz und im Verwaltungsstrafverfahren besitzt es darüber hinaus Parteistellung.[557]

Die vom BMASK vorgelegten "Kompetenzzentrum LSDB - Richtlinien 2011 (LSDB-RL 2011)"[558] gelten als Auslegungsbehelf zu den vom Kompetenzzentrum LSDB zu vollziehenden §§ 7e und 7l AVRAG.[559]

Das Kompetenzzentrum LSDB kann weiters auch Organe der Abgabenbehörden (= Finanzpolizei (früher: KIAB) ersuchen – im Falle, dass der Sachverhalt nicht hinreichend vollständig geklärt wurde - weitere Erhebungen durchzuführen.[560]

---

[551] *Ritzberger-Moser,* Neues aus der Gesetzgebung. GleichbehandlungsG-Novelle, ArbVG-Novelle und mehr, Sonderheft ZAS-Seminar 2010, ZAS 2011/24, 141, S. 147.

[552] *Schrank,* Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, 34. Auflage, Graz, 2011, S. 82/XI; *Ercher/Rath,* Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz, LSDB-G, ASoK 2011, 125; *Kühteubl/Wieder,* Das neue Lohn- und SozialdumpingbekämpfungsG, ZAS 2011/36, 208, S. 211.

[553] *Kühteubl/Wieder,* Das neue Lohn- und SozialdumpingbekämpfungsG, ZAS 2011/36, 208, S. 211.

[554] *Schrank,* Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, 34. Auflage, Graz, 2011, S. 82/XII.

[555] *Kapek,* Neues LSDB-G, ecolex 2011, S. 440

[556] *Kühteubl/Wieder,* Das neue Lohn- und SozialdumpingbekämpfungsG, ZAS 2011/36, 208, S. 216; *Binder,* AVRAG, 2. Auflage, Wien, 2010, Rz 7 zu §§ 7d-7n, Unterlagenbereithaltung und Kontrollen, S. 403.

[557] *Binder,* AVRAG, 2. Auflage, Wien, 2010, Rz 7 ff zu §§ 7d-7n, Unterlagenbereithaltung und Kontrollen, S. 403 f.

[558] BMASK-462.203/0014-VII/B/9/2011 vom 25. 05. 2011.

[559] *Aubauer/Rosenmayr-Khoshideh,* Erlass zum LSDB-G, taxlex 2011, S. 383.

Im Baubereich können Unterentlohnungen, neben dem Kompetenzzentrum LSDB, den Abgabenbehörden und dem Krankenversicherungsträger, auch durch die Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse (BUAK) kontrolliert und angezeigt werden, wobei sich die Betretungs- und Einsichtsrechte aus dem §§ 23, 23a BUAG ergeben.[561]

Bei Arbeitnehmern, die dem ASVG unterliegen, hat gemäß § 7g AVRAG der Krankenversicherungsträger festzustellen, ob der/die Arbeitgeber/in nicht unterentlohnt wird, sprich ein niedrigeres Grundgehalt bezieht als das gesetzliche oder kollektivvertragliche bzw. sein/ihr Mindestentgelt sogar erheblich unterschritten wird.[562]

Der Krankenversicherungsträger agiert analog zum Kompetenzzentrum LSDB und hat darüber hinaus nach § 7g Abs 2 AVRAG Einsichtsrechte und Auskunftsbefugnisse gegenüber Arbeitgebern, welche verpflichtet sind, die verlangten notwendigen Unterlagen an die Krankenkasse zu übermitteln. Die Feststellung von Übertretungen der Mindestlohnbestimmungen kann weiters gemäß § 7h AVRAG auch die BUAK im Rahmen ihrer Tätigkeit in ähnlicher Weise treffen und ist diese ebenfalls zur Kontrolle und Anzeige von Verstößen gegen die den Arbeitgeber, auch den ausländischen Arbeitgeber, zwingend verpflichtenden gesetzlichen Bestimmungen, berechtigt.[563]

Zusammenfassend zu der Behördenzuständigkeit ist festzuhalten, dass die Gesetzmäßigkeit der Entlohnug von aus dem Ausland überlassenen/entsandten Arbeitnehmern allgemein von den Organen der Abgabenbehörden überprüft und vom Kompetenzzentrum LSDB beurteilt wird. Die Kontrolle wiederum von in Österreich sozialversicherungspflichtigen Arbeitnehmern erfolgt durch die Träger der Krankenversicherung, wobei in ihrem Tätigkeitsbereich die Kontrollen grundsätzlich durch die BUAK durchgeführt werden.[564]

Vor allem die Unterentlohnungen im Baubereich wird i.S.d. § 7h AVRAG - neben dem Kompetenzzentrum LSDB und dem Träger der Krankenversicherung - auch durch die BUAK kontrolliert und angezeigt.[565]

3.2.3.3.1 Die Verwaltungsstrafevidenz i.S.d. § 7l AVRAG

Gemäß § 7l AVRAG hat das Kompetenzzentrum LSDB eine Evidenz über rechtskräftige Bescheide in Verwaltungsstrafverfahren nach den §§ 7i und 7j AVRAG zu führen und den beteiligten Behörden Auskunft über die rechtskräftigen Entscheidungen zu geben, weil eine „Vorbestrafung“ insbesondere für das konkrete Strafausmaß bzw. die Strafbemessung, der Untersagung der Dienstleistung oder zur Feststellung, dass trotz Untersagung eine Dienstleistung ausgeübt wird, erforderlich ist.[566]

---

[560] *Kapek,* Neues LSDB-G, ecolex 2011, S. 440.

[561] *Kühteubl/Wieder,* Das neue Lohn- und SozialdumpingbekämpfungsG, ZAS 2011/36, 208, S. 216.

[562] *Ercher/Rath,* Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz, LSDB-G, ASoK 2011, 125, S. 126; *Binder,* AVRAG, 2. Auflage, Wien, 2010, Rz 11 zu §§ 7d-7n, Unterlagenbereithaltung und Kontrollen, S. 404; *Schrank,* Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, 34. Auflage, Graz, 2011, S. 220; *Rath,* Das LSDB-G. Ausgewählte Fragen zum Geltungsbereich, zu den AG-Pflichten sowie zur behördlichen Lohnkontrolle, ASoK 2012, S. 282.

[563] *Rath,* Das LSDB-G. Ausgewählte Fragen zum Geltungsbereich, zu den AG-Pflichten sowie zur behördlichen Lohnkontrolle, ASoK 2012, S. 282.

[564] *Kapek,* Neues LSDB-G, ecolex 2011, 440, S. 441

[565] *Ercher/Rath,* Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz, LSDB-G, ASoK 2011, 125, S. 126.

[566] *Kühteubl/Wieder,* Das neue Lohn- und SozialdumpingbekämpfungsG, ZAS 2011/36, 208, S. 212; *Ercher/Rath,* Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz, LSDB-G, ASoK 2011, 125, S. 127.

In der Verwaltungsstrafevidenz sind sämtliche rechtskräftigen Bescheide - bis maximal fünf Jahre nach deren Fällung - eingetragen und ist das Kompetenzzentrum LSDB verpflichtet, auf Verlangen der Bezirksverwaltungsbehörde, des Trägers der Krankenversicherung, der zentralen Koordinationsstelle für die Kontrolle der illegalen Beschäftigung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz sowie der Bauarbeiter-, Urlaubs- und Abfertigungskasse Auskünfte aus der Evidenz zu erteilen.[567]

Es bestehen keine Einsichts- oder Aukunftsrechte für die Öffentlichkeit sondern es sind Auskünfte nur den berechtigten und beteiligten Einrichtungen, d.h. der BVB, dem Träger der Krankenversicherung, der KIAB und der BUAK zu erteilen.[568]

3.2.3.4 Die Sicherheitsleistung des § 7k AVRAG[569]

Um dem Problem vorzubeugen, dass sich der tatsächliche Arbeitgeber im Ausland befindet und die Verwaltungsstrafe insofern vermutlich schwierig einzubringen sein wird, da der inländische Beschäftiger oder Auftraggeber mangels arbeitsrechtlicher Bindung zum unterentlohnten Arbeitnehmer grundsätzlich nicht bestraft werden kann, wurde nach **§ 7k AVRAG** eine spezifische Möglichkeit der Sanktionierung geschaffen.[570]

§ 7k AVRAG bestimmt, dass bei begründetem Verdacht von Lohndumping und der Annahme, dass die Strafverfolgung oder der Strafvollzug, aus in der Person des Arbeitgebers/Überlassers gelegenen Gründen, unmöglich oder wesentlich erschwert seinkönnte, die Bezirksverwaltungsbehörde dem Auftraggeber/Beschäftiger i.S.d. AÜG (also nicht dem Arbeitgeber) durch Bescheid auftragen kann, einen Teil des noch zu leistenden Werklohnes oder des Überlassungsentgelts, mindestens jedoch 5.000 EURO, als Sicherheitsleitung zu erlegen.[571] Auch den Beschäftiger trifft insofern im Falle von „Lohndumpinggefahr“ ein Sicherheitsrisiko.[572]

Gemäß § 7k Abs 3 AVRAG wirkt die Überweisung an die Behörde schuldbefreiend gegenüber dem Auftragnehmer/Überlasser.[573]

Bestätigt sich der Verdacht hat die BVB die Möglichkeit die Sicherheitsleistung nach § 7k Abs 7 AVRAG für verfallen zu erklären und erleidet der inländische Beschäftiger des ausländischen Arbeitgebers sodann einen finanziellen Nachteil.[574]

Gemäß § 37 Abs 3 VStG kommt der Berufung gegen die Bescheide, mit denen der Erlag einer Sicherheitsleistung aufgetragen wurde, keine aufschiebende Wirkung zu, und kann weiters die Sicherheit von der Behörde bis zu einem Jahr einbehalten werden.

3.2.3.5 Kritische Auseinandersetzung mit den neuen Bestimmungen des AVRAG

Auch wenn grundsätzlich die Zielsetzung der neuen Regelungen ein Lohn- und Sozialdumping auf Grund der „EU-Osterweiterung“ gewesen ist, so haben die neuen Regelungen jedoch auch unmittelbaren massiven Einfluss auf alle bestehenden österreichischen Arbeitsverhältnisse. Bis dato ist unbeachtet geblieben, dass nunmehr auch ei-

---

[567] *Kapek,* Neues LSDB-G, ecolex 2011, 440, S. 442.

[568] *Kühteubl/Wieder,* Das neue Lohn- und SozialdumpingbekämpfungsG, ZAS 2011/36, 208, S. 214.

[569] *Resch,* Sicherheitsleistung durch den Auftraggeber bei Lohndumping, Heft 11/2011, S. 672.

[570] *Kühteubl/Wieder,* Das neue Lohn- und SozialdumpingbekämpfungsG, ZAS 2011/36, 208, S. 214.

[571] *Kapek,* Neues LSDB-G, ecolex 2011, 440, S. 442; *Schrank,* Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, 34. Auflage, Graz, 2011, S. 82 f; *Ercher/Rath,* Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz, LSDB-G, ASoK 2011, 125, S. 126.

[572] *Ercher/Rath,* Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz, LSDB-G, ASoK 2011, 125, S. 126; *Schrank,* Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, 34. Auflage, Graz, 2011, S. 24/III.

[573] *Kühteubl/Wieder,* Das neue Lohn- und SozialdumpingbekämpfungsG, ZAS 2011/36, 208, S. 214.

[574] *Kühteubl/Wieder,* Das neue Lohn- und SozialdumpingbekämpfungsG, ZAS 2011/36, 208, S. 214.

ne rein "innerösterreichische" Unterentlohnung von Arbeitnehmern verwaltungsbehördlich strafbar ist und rein "innerösterreichische" Arbeitsverhältnisse ab 01.05.2011 einer verwaltungsstrafrechtlich sanktionierten Kontrolle unterliegen.

Somit ist auch die falsche Einstufung eines Arbeitnehmers in einen falschen Kollektivvertrag bzw. zu niedrige Einstufung im richtigen Kollektivvertrag oder auch, wenn mehr Überstunden erbracht als bezahlt werden, sind unter den Begriff der „Unterentlohnung“ zu subsumieren und sind straftatbestandsbegründend.

Da die Einstufung eines Arbeitnehmers teilweise nicht eindeutig klar ist, kann es sein, dass im Falle, dass der Arbeitgeber sich für die niedrige Einstufung entscheidet, er mit Anzeigen zu rechnen hat, was insbesondere auch bei strittigen Einstufungen eines ganzen Bereiches eines Unternehmens für den Arbeitgeber mit erhebliche Konsequenzen nach sich ziehen kann.

Ebenso kann es zur Bestrafung im Falle von atypischen Beschäftigungsverhältnissen kommen, wenn der Krankenversicherungsträger – nach einer Prüfung – zur Lösung gelangt, dass keine selbständige Tätigkeit bzw. kein freier Dienstvertrag vorliegt, sondern ein unselbständiges Arbeitsverhältnis.[575]

Hinsichtlich der Bereithaltung der Unterlagen ist der österreichische Auftraggeber/Beschäftiger auf das Entgegenkommen des Auftragnehmers/Überlassers angewiesen und kann diesem nur empfohlen werden, dass er vertraglich vereinbart, dass sich der Auftragnehmer/Überlasser einerseits an die Vorschriften über die Entlohnung hält und andererseits auch die Unterlagen tatsächlich und rechtzeitig zur Verfügung stellt und dann diese auch bereit hält.

Da die Strafen verhältnismäßig streng sind, sollten alle österreichischen Arbeitgeber die kollektivvertragliche Einstufung sorgfältig prüfen und ihren Arbeitnehmern zumindest den Grundlohn zahlen, um folglich nicht die böse Überraschung, der Zahlung von erheblichen Strafen, zu erleben.

Weiters ist hinsichtlich der Bereithaltungsverpflichtung des Dienstzettels und/oder Arbeitsvertrages überhaupt fraglich, ob die Bereithaltungsverpflichtung tatsächlich etwas bringt, weil der Grundlohn nach der tatsächlich ausgeübten Tätigkeit beurteilt wird und nicht nach dem, was im Arbeitsvertrag/Dienstzettel steht.

Weiters befinden sich die Dokumente zumeist beim ausländischen Arbeitgeber in ausländischer Sprache und stellt die Übersendung und Bereithaltung der benötigten Unterlagen in Papierform einen extremen Aufwand dar und verursacht die Übersetzung eines jeden - auch nicht bedenklichen - Dienstzettels in die deutsche Sprache zum Teil unnötige, unverhältnismäßige Kosten.

Auch die **Sicherheitsleistung** kann sich zu Lasten des inländischen Auftraggebers/Beschäftigers richten, wenn dieser z.B. auf den Werklohn/das Überlassungsentgelt des ausländischen Auftragnehmers/Überlassers angewiesen ist, diesen aber an die Behörde zahlen muss und dadurch in Zahlungsschwierigkeiten gerät.[576]

Auch sind derartige Sicherheitsleistungen verfassungs- und EU-rechtlich nicht unbedenklich, weil der inländische Auftraggeber/Beschäftiger verpflichtet wird, eine solche

[575] *Kapek,* Neues LSDB-G, ecolex 2011, 440, S. 442; *Ercher/Rath,* Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz, LSDB-G, ASoK 2011, 125, S. 126.

[576] *Kapek,* Neues LSDB-G, ecolex 2011, 440, S. 442.

Sicherheitsleistung gegenüber der Behörde zu erlegen und nicht der ausländische Arbeitgeber, ist weiters die Höhe, zumindest 5.000 EURO der zu hinterlegenden Sicherheitsleistungen im Verhältnis zu der allgemeinen Regelungen des § 37 VStG, wonach die Sicherheit einen Betrag von 2.180 EURO nicht übersteigen darf, extrem hoch.[577]

Die ergänzenden Verpflichtungen der Arbeitgeber und daraus resultierenden Strafen wären nach der Judikatur des EuGH grundsätzlich geeignet, den freien Dienstleistungsverkehr zu beeinträchtigen, sind jedoch durch legitime Ziele (Schutz der entsandten Arbeitnehmer, Schutz eines fairen Wettbewerbs in den Aufnahmestaaten sowie Schutz der Arbeitnehmer des Aufnahmestaats vor Lohndumping,[578] Bemühen Störungen auf dem Arbeitsmarkt des Empfangsstaats zu verhindern und die im Empfangsstaat ansässigen Unternehmen gegen unlauteren Wettbewerb[579] zu schützen) gerechtfertigt.[580]

Das LSDB-G verfolgt eben diese Ziele und dürften meiner Ansicht nach – ausgenommen die zu strenge Strafsanktion des § 7j Abs 2 AVRAG, welche – wie bereits erörtert - gegen das Diskriminierungsverbot verstößt – die vorgenommenen Änderungen und neuen Straftatbestände auch verhältnismäßig sein.

3.3 Nach dem Arbeitskräfteüberlassungsgesetz (AÜG)[581]

3.3.1 Einleitung

Da der Gesetzgeber zum Betrugsbekämpfungsgesetz 2005 auch Verstöße gegen das AÜG als Tatbestand der illegalen Erwerbstätigkeit normieren wollte, ist dieser Aspekt auch an dieser Stelle der Arbeit zu besprechen. Insbesondere auch aus dem Grund, dass die Arbeitskräfteüberlassung in unserer sehr eng mit anderen Staaten vernetzten Arbeitswelt immer mehr an Bedeutung und Relevanz gewinnt. Was versteht man unter „Arbeitskräfteüberlassung“ und welche Voraussetzungen sind zu erfüllen, um eine Arbeitskraft legal überlassen zu können?

Bei der Arbeitskräfteüberlassung handelt es sich um den Fall eines **mittelbaren Arbeitsverhältnisses**, d.h. dass eine beauftragende Person eine andere Person, welche nicht im Unternehmen des Beauftragenden beschäftigt ist, verpflichtet, diesem Arbeitskräfte bereit zu stellen.[582] Auch ist für die Arbeitskräfteüberlassung die Bezeichnung „Dreiecksverhältnis“ typisch.[583] Diese ergibt sich aus dem Umstand, dass die Überlassung von Arbeitskräften drei Personen verlangt, den Überlasser, den Verleiher und die überlassene Arbeitskraft.[584]

---

[577] *Kühteubl/Wieder,* Das neue Lohn- und SozialdumpingbekämpfungsG, ZAS 2011/36, 208, S. 214.

[578] EuGH C-438/05, Viking Line, RN 78 und 79; C-341/05, Laval, RN 103 bis 105.

[579] EuGH C-60/03 Wolff/Müller, RN 35 und 41; C-490/04, Kommission/Deutschland, RN 70.

[580] *Windisch-Graetz,* Fairer Wettbewerb durch das LSDB-G, ecolex 2011, S. 443.

[581] Bundesgesetz vom 23. März 1988, mit dem die Überlassung von Arbeitskräften geregelt (Arbeitskräfteüberlassungsgesetz - AÜG) sowie das Arbeitsmarktförderungsgesetz, das Arbeitsverfassungsgesetz, das Allgemeine Sozialversicherungsgesetz und die Gewerbeordnung 1973 geändert werden, BGBl. Nr. 196/1988 idF des LSDB–G, BGBl. I Nr. 24/2011.

[582] *Löschnigg,* Arbeitsrecht, Gesetze und Kommentare, Nr. 129, 11. Auflage , Rz 4/175, S. 205.

[583] *Schrank,* Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, 34. Auflage, Graz, 2011, S. 34/III; *Wachter*, Terminologische und typologische Überlegungen zur Arbeitnehmerüberlassung, ZAS 1975 – Heft 2, S. 51.

[584] *Sacherer*, § 3 Begriffsbestimmungen in *Sacherer/Schwarz*, AÜG, Wien, 2006, S. 122 f.

Mit der Regelung der Arbeitskräfteüberlassung wurde ein selbständiges Gesetz befasst, nämlich das Arbeitskräfteüberlassungsgesetz, welches im Jahre 1988 beschlossen wurde.

Eine sehr aktuelle Entwicklung ist die EU-Leiharbeitsrichtlinie[585]. Die Umsetzung der Leiharbeitsrichtlinie führt zur Gleichstellung und Gleichbehandlung von überlassenen Arbeitskräften mit Arbeitskräften des Beschäftigerbetriebes im Bereich der Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen des Beschäftigerbetriebes und regelt ein Diskriminierungsverbot im Dreiecksverhältnis.

Das Arbeitskräfteüberlassungsgesetz in der aktuellen Fassung wurde am 14. November 2012 im Bundesgesetzblatt I Nr. 98/2012[586] veröffentlicht und sind die neuen gesetzlichen Bestimmungen per 01.01.2013 in Kraft getreten.

Mit den aktuellsten Änderungen sollen die Rechte und Pflichten der Beteiligten konkretisiert werden, wie etwa auch Fragen zur Haftung von Überlasser und Beschäftiger, zur Arbeitszeit oder zum Arbeitnehmerschutz. Bei diesen einleitenden Bemerkungen soll es belassen werden, da sich der Umsetzung der Leiharbeitsrichtlinie nachstehend ein eigenes Kapitel widmet.

3.3.2 Begriff der Arbeitskräfteüberlassung und die rechtliche Beziehung der Personen - Verleiher, Entleiher, Arbeitskraft - zueinander

Unter dem Begriff der Arbeitskräfteüberlassung ist insbesondere i.S.d. § 3 AÜG jede *„vorübergehende Zurverfügungstellung von Arbeitskräften zur Arbeitsleistung an Dritte unter Aufrechterhaltung des Arbeitsvertrages“* zu verstehen.[587] Für die Überlassung von Arbeitskräften ist insbesondere charakteristisch, dass die Arbeitskraft ihre Arbeitsleistung nicht im Betrieb ihres Arbeitgebers, des Überlassers, sondern in Unterordnung unter die Weisungsbefugnis des Beschäftigers, in dessen Betrieb ausübt.[588]

Zu den rechtlichen Beziehungen zwischen den einzelnen Personen ist zu sagen, dass das Verhältnis zwischen dem Überlasser und der überlassenen Person im Arbeitsvertrag geregelt ist.[589] Die rechtliche Verbindung zwischen Überlasser und Beschäftiger beruht auf einem Überlassungsvertrag, dem sogenannten „**Dienstverschaffungsvertrag**“.[590] Zwischen dem Beschäftiger und der Arbeitskraft besteht darüber hinaus meist

---

[585] Richtlinie 2008/104/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. November 2008 ("Leiharbeitsrichtlinie"), welche bis 05.12.2011 in nationales Recht umgesetzt werden musste.

[586] 98. Bundesgesetz, mit dem das Arbeitskräfteüberlassungsgesetz, das Landarbeitsgesetz 1984, das Arbeitsverfassungsgesetz, das Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz, das ArbeitnehmerInnenschutzgesetz, das Ausländerbeschäftigungsgesetz, das Arbeitsmarktpolitik-Finanzierungsgesetz, das Arbeitslosenversicherungsgesetz 1977, das Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungsgesetz und das Bauarbeiter Schlechtwetterentschädigungsgesetz 1957 geändert werden.

[587] Siehe Erläuterungen zu den einzelnen Tatbestandsmerkmalen*: Wachter*, Terminologische und typologische Überlegungen zur Arbeitnehmerüberlassung, ZAS 1975 – Heft 2, S. 52.

[588] *Sacherer*, § 3 Begriffsbestimmungen in *Sacherer/Schwarz*, AÜG, Wien, 2006, S. 123 f; OGH vom 10.10.1990, 9 ObA 602/90, SZ 63/173 = JBl 1991, 331 = ecolex 1991, 47 = Arb 10896 = ZAS 1991, 204 (*Andexlinger)*.

[589] OGH vom 25.10.1955, 4 Ob 100/55, Arb 6329 = RIS-Justiz RS0021323; OGH vom 08.03.1960, 4 Ob 4/60, Arb 7210; OGH vom 01.07.1986, 14 Ob 103, 104/86, JBl 191987, 198 = REDOK 9396; *Sacherer*, § 3 Begriffsbestimmungen in *Sacherer/Schwarz*, AÜG, Wien, 2006, S. 123; *Wachter*, Terminologische und typologische Überlegungen zur Arbeitnehmerüberlassung, ZAS 1975 – Heft 2, S. 51.

[590] OGH vom 10.10.1990, 9 ObA 602/90, SZ 63/173 = JBl 1991, 331 = ecolex 1991, 47 = Arb 10896 = ZAS 1991, 204 (*Andexlinger)*.

keine unmittelbare vertragliche Vereinbarung.[591] Durch den Dienstverschaffungsvertrag verpflichtet sich der Überlasser, arbeitsbereite Personen zur Verfügung zu stellen.[592] Er verpflichtet sich aber nicht zur Erbringung von bestimmten Dienstleistungen oder eines bestimmten Leistungserfolges.[593]

Der Überlasser schuldet insofern lediglich die Überlassung der Arbeitskraft mit einer durchschnittlichen beruflichen oder fachlichen Qualifikation, er hat aber darüber hinaus nicht für eine besondere Arbeitsbereitschaft einzustehen.[594] Er hat genausowenig für eine bestimmte Qualität der von den Arbeitnehmern verrichteten Arbeit einzustehen.[595]

Gemäß § 3 Abs 2 AÜG ist **Überlasser**, *wer eine Arbeitskraft zur Arbeitsleistung an Dritte vertraglich verpflichtet.*[596] Der Überlasser ist weiterhin Arbeitgeber der Arbeitskraft und hat sämtliche individualarbeitsrechtlichen Normen einzuhalten.[597] Nach § 3 Abs 3 AÜG ist unter dem Begriff des **Beschäftigers** eine *Person zu verstehen, die eine Arbeitskraft des Überlassers zur Arbeitsleistung für die Aufgaben des eigenen Betriebes einsetzt*.[598] Beschäftiger i.S.d Absatzes 3 des § 3 AÜG können zum Beispiel „Entleihfirmen“ sein.[599] Mangels Arbeitsvertrages zur Arbeitskraft besteht keine Verpflichtung zur Zahlung des Lohnes durch Beschäftiger. Der Beschäftiger hat jedoch nach § 5 Abs 1 AÜG die Verpflichtungen, welche sich aus den sozialrechtlichen Gesetzen ergeben, einzuhalten.[600] Auch im Falle der Insolvenz des Überlassers hat er gemäß § 14 AÜG als Ausfallbürge für die Entgeltansprüche und Sozialversicherungsbeiträge einzustehen.[601]

Vielfach wird die Arbeitskräfteüberlassung auch als Arbeitnehmer-Leihe bezeichnet.[602] Nach *Wachter* ist die Verwendung des Begriffes „Leihe“ bei der Arbeitskräfteüberlassung falsch, weil i.S.d. der Leihe nach §§ 971 ff ABGB (Deutschland: §§ 598 ff) Unentgeltlichkeit zwingende Voraussetzung ist und die Arbeitnehmerüberlassung jedoch fast immer entgeltlich erfolgt.[603]

Meines Erachtens ist der Begriff der Leihe - *Wachter* folgend - rechtsdogmatisch falsch eingeordnet, da die Arbeitskräteüberlassung vermutlich in den seltestens Fällen unentgeltlich erfolgt.

3.3.3 Die Arbeitskräfteüberlassung als Gewerbe

---

[591] *Schrank,* Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, 34. Auflage, Graz, 2011, S. 34/III; OGH vom 07.02.2008, 9 ObA 2/08x, ecolex 2008/204, 563 = ARD 5887/2/2008 = Arb 12.738; *Sacherer*, § 3 Begriffsbestimmungen in *Sacherer/Schwarz*, AÜG, Wien, 2006, S. 124.

[592] OGH vom 12.04.1984, 8 Ob 576/83, SZ 57/208 = Arb 10.351 = ARD-HB 1986, 250 = ARD 3740/15/85.

[593] OGH vom 12.04.1984, 8 Ob 576/83, SZ 57/208 = Arb 10.351 = ARD-HB 1986, 250 = ARD 3740/15/85.

[594] OGH vom 16.12.1982, 7 Ob 659/82; OGH vom 12.04.1984, 8 Ob 576/83, SZ 57/208 = Arb 10.351 = ARD-HB 1986, 250 = ARD 3740/15/85.

[595] OGH vom 03.12.2003, 7 Ob 256/03b, LVaktuell 2004 H 5, 5 = ARD 5491/6/2004 = ZAS-Judikatur 2004/104.

[596] *Sacherer*, § 3 Begriffsbestimmungen in *Sacherer/Schwarz*, AÜG, Wien, 2006, S. 119.

[597] *Schrank,* Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, 34. Auflage, Graz, 2011, S. 34/III.

[598] *Sacherer*, § 3 Begriffsbestimmungen in *Sacherer/Schwarz*, AÜG, Wien, 2006, S. 119 ff.

[599] VwGH vom 08.09.1994, 92/18/0250, ZfVB 1995/2036 – Heft 6 = ARD 4619/17/95.

[600] *Sacherer*, § 5 Arbeitgeberpflichten in *Sacherer/Schwarz*, AÜG, Wien, 2006, S. 150-154.

[601] *Schrank,* Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, 34. Auflage, Graz, 2011, S. 34/III.

[602] *Löschnigg,* Arbeitsrecht, Gesetze und Kommentare, Nr. 129, 11. Auflage, Rz 4/187 f, S. 209; *Marschall*, Bekämpfung illegaler Beschäftigung, 2003, S. 21, Rz 79.

[603] *Wachter*, Terminologische und typologische Überlegungen zur Arbeitnehmerüberlassung, ZAS 1975 – Heft 2, S. 50; *Marschall*, Bekämpfung illegaler Beschäftigung, 2003, S. 20, Rz 75.

Um die Qualifikation als Überlasser zu haben, muss man zum Gewerbe der Arbeitskräfteüberlassung befähigt sein.[604] Bei der gewerbsmäßigen[605] Arbeitskräfteüberlassung handelt es sich um ein reglementiertes Gewerbe i.S.d. § 94 Z 72 GewO, wofür nach der Gewerbeordnung eine gewerberechtliche Bewilligung notwendig ist.[606]

Nach § 373g GewO können – um nicht gegen die EU-rechtlichen Bestimmungen zu verstoßen – Überlasser aus dem ganzen EWR-Raum bei Erfüllung der notwendigen Voraussetzungen, also insbesondere des Nachweises eines Befähigungsnachweises, das Gewerbe der Arbeitskräfteüberlassung, wie inländische Überlasser, ausüben.

3.3.4 Die Rechte der Arbeitskraft

Der überlassenen Arbeitnehmer soll hinsichtlich seiner arbeitsrechtlichen Ansprüche und Rechte genauso behandelt werden, wie die österreichischen Arbeitnehmer.

Insbesondere sollen i.S.d. § 10 AÜG die arbeitsvertraglichen Ansprüche des überlassenen Arbeitnehmers, wie ein angemessenes, ortsübliches Entgelt,[607] Arbeitszeiten[608] und der Urlaubsanspruch nach § 10a AÜG,[609] an die, der anderen beim Beschäftiger angestellten Personen, angepasst werden. Dem überlassenen Arbeitnehmer steht jedenfalls das im Kollektivvertrag des Beschäftigers ausgewiesene Mindestentgelt zu.[610]

Die zwingenden Bestimmungen des AÜG verfolgen einerseits das **Ziel**, die überlassenen Arbeitskräfte vor Benachteiligungen und Ausbeutungen zu schützen und dienen andererseits zum Schutz der bereits beschäftigten Arbeitnehmer vor Lohndumping.[611]

Arbeitskräfteüberlassung ist zwar eine Dienstleistung, konnte aber für Angehörige der „neuen“ EU-Mitgliedstaaten trotzdem bis zum 30.04.2011 rechtswirksam beschränkt werden.[612]

3.3.5 Die Überlassungbewilligung versus Überlassungsanzeige

Um einen ausländischen Arbeitnehmer aus einem EWR-Staat in Österreich im Rahmen einer Arbeitskräfteüberlassung beschäftigen zu dürfen, genügt neben der Notwendigkeit des Besitzes einer Beschäftigungsbewilligung i.S.d. AuslBG die Erstattung einer Anzeige an die zuständige Gewerbebehörde vor der Arbeitsaufnahme der Arbeitskraft.[613]

---

[604] *Sacherer/Schwarz*, Einleitung in *Sacherer/Schwarz*, AÜG, Wien, 2006, S. 33.

[605] Siehe zum Begriff der Gewerbsmäßigkeit (Selbständigkeit, Regelmäßigkeit, Absicht einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen): *Sacherer*, Art V – GewO 1994 in *Sacherer/Schwarz*, AÜG, Wien, 2006, S. 342 ff; *Pauger* in *Raschauer (Hrsg.),* Österreichisches Wirtschaftsrecht, 2. Auflage, Manz Verlag, Wien, 2003, Rz 342 ff.

[606] Verordnung des Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit über die Zugangsvoraussetzungen für das reglementierte Gewerbe der Überlassung von Arbeitskräften (Arbeitskräfteüberlassungs-Verordnung) BGBl. II Nr. 92/2003; *Löschnigg,* Arbeitsrecht, Gesetze und Kommentare, Nr. 129, 11. Auflage, Rz 4/188 f, S. 209; *Sachere/Schwarzr*, Einleitung in *Sacherer/Schwarz*, AÜG, Wien, 2006, S. 33.

[607] *Schrank*, Grundfragen des Entgeltanspruchs überlassener Arbeitnehmer nach § 10 Abs 1 AÜG, ZAS 1991, 52; *Schwarz*, § 10 Ansprüche der Arbeitskraft in *Sacherer/Schwarz*, AÜG, Wien, 2006, S. 189.

[608] *Schwarz*, § 10 Ansprüche der Arbeitskraft in *Sacherer/Schwarz*, AÜG, Wien, 2006, S. 203 ff.

[609] *Schwarz*, § 10a Urlaubsanspruch bei grenzüberschreitender Überlassung in *Sacherer/Schwarz*, Arbeitskräfteüberlassungsgesetz, Wien, 2006, S. 208 ff.

[610] *Löschnigg,* Arbeitsrecht, Gesetze und Kommentare, Nr. 129, 11. Auflage, Rz 4/194, S. 211; *Sacherer/Schwarz*, Einleitung in *Sacherer/Schwarz*, AÜG,Wien, 2006, S. 28 ff.

[611] *Sacherer*/*schwarz*, Einleitung in *Sacherer/Schwarz*, AÜG, Wien, 2006, S. 28 f.

[612] VwGH 15.05.2009, 2006/09/0157, ZfVB 2010/26, S 53 = RdA 2009, 535 = RdW 2009/611, S 600 = ARD 5992/2/2009.

[613] *Sacherer*, §§ 16,16a Grenzüberschreitende Überlassung in *Sacherer/Schwarz*, AÜG, Wien, 2006, S. 273.

Wenn der Arbeitgeber keinen Sitz im EWR-Raum hat und einen Arbeitnehmer nach Österreich überlassen will, wird neben einem entsprechenden aufenthalts- und beschäftigungsrechtlichen Titel eine sog. Überlassungsbewilligung gemäß § 16 Abs 3 AÜG benötigt.[614] Eine Überlassungsbewilligung darf von der Gewerbebehörde nur auf Antrag des inländischen Arbeitgebers und nur dann erteilt werden, wenn die Voraussetzungen des § 16 Abs 4 AÜG, wie z.B. *wenn die Beschäftigung besonders qualifizierter Fachkräfte aus arbeitsmarktlichen und volkswirtschaftlichen Gründen unumgänglich notwendig ist; diese Arbeitskräfte ausschließlich im Wege der Überlassung aus dem Ausland verfügbar sind; und deren Beschäftigung keine Gefährdung der Lohn- und Arbeitsbedingungen inländischer Arbeitnehmer bewirkt* bzw. wenn die Erteilungsversagungsgründe des § 16 Abs 5 AÜG, wie z.B. *wenn der Arbeitgeber gegen die Vorschriften des AÜG verstoßen hat oder unzulässige Arbeitsvermittlung betrieben hat oder Verpflichtungen eines Arbeitgebers, die sich aus dem Arbeitsrecht einschließlich des Arbeitnehmerschutzes oder dem Sozialversicherungsrecht ergeben, erheblich verletzt hat,* nicht vorliegen.[615]

Zusammenfassend kann somit festgehalten werden, dass man nach dem AÜG dann von einer illegalen Beschäftigung spricht, wenn der Überlasser vorgibt, er wäre dazu befähigt, Arbeitskräfte zu überlassen, obwohl er keine Gewerbeberechtigung besitzt. Darüber hinaus handelt es sich dann um eine illegale Beschäftigung, wenn ein Arbeitnehmer in ein anderes Land überlassen wird, obwohl keine Überlassungsbewilligung ausgestellt wurde bzw. der Arbeitgeber die Überlassung nicht der entsprechenden Behörde angezeigt hat.

3.3.6 Die Umsetzung der Leiharbeitsrichtlinie per 01.01.2013

Eine sehr aktuelle Entwicklung ist die EU-Leiharbeitsrichtlinie,[616] welche insbesondere die Gleichstellung und Gleichbehandlung von überlassenen Arbeitskräften mit Arbeitskräften des Beschäftigerbetriebes im Bereich der Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen des Beschäftigerbetriebes verfolgt und vor Diskrimierung der überlassenen Arbeitskräfte - im Dreiecksverhältnis – schützen soll.

Das Arbeitskräfteüberlassungsgesetz u.a. wurde am 14.11.2012 im Bundesgesetzblatt I Nr. 98/2012[617] veröffentlicht und sind die neuen gesetzlichen Bestimmungen per 01.01.2013 in Kraft getreten.

Mit der Umsetzung der Richtlinie werden die Rechte und Pflichten der Beteiligten konkretisiert, wie etwa auch Fragen zur Haftung von Überlasser und Beschäftiger, zur Arbeitszeit oder zum Arbeitnehmerschutz.

Die für die Arbeit wesentlichsten inhaltlichen Aspekte dieser Richtlinie werden nachstehend erörtert.

---

[614] OGH vom 25.04.2001, 9 Ob 83/01y, SZ 74/77, RdW 2002/161, 171 = ZfRV 2001/77 = ARD 5253/32/2001 = ecolex 2001/241 = JBl 2001, 653; *Sacherer*, §§ 16,16a Grenzüberschreitende Überlassung in *Sacherer/Schwarz*, AÜG, Wien, 2006, S. 258 und 269.

[615] *Sacherer*, §§ 16,16a Grenzüberschreitende Überlassung in *Sacherer/Schwarz*, AÜG, Wien, 2006, S. 269 ff.

[616] RL 2008/104/EG.

[617] 98. Bundesgesetz, mit dem das Arbeitskräfteüberlassungsgesetz, das Landarbeitsgesetz 1984, das Arbeitsverfassungsgesetz, das Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz, das ArbeitnehmerInnenschutzgesetz, das Ausländerbeschäftigungsgesetz, das Arbeitsmarktpolitik-Finanzierungsgesetz, das Arbeitslosenversicherungsgesetz 1977, das Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungsgesetz und das Bauarbeiter Schlechtwetterentschädigungsgesetz 1957 geändert werden.

Neu eingefügt wurde § 6a AÜG, welcher Gleichbehandlung und Diskriminierungsverbote normiert:

§ 6a. *„(1) Hinsichtlich der Beschäftigung im Betrieb des Beschäftigers gilt auch der Beschäftiger als Arbeitgeber der überlassenen Arbeitskräfte i.S.d. Gleichbehandlungsvorschriften und Diskriminierungsverbote, die für vergleichbare Arbeitnehmer des Beschäftigers gelten.*

(2) Abs 1 gilt insbesondere für die Auswahl der überlassenen Arbeitskräfte und die sonstigen Arbeitsbedingungen, zu denen auch die Beendigung einer Überlassung zählt.

(3) Der Überlasser ist verpflichtet, für angemessene Abhilfe zu sorgen, sobald er weiß oder wissen muss, dass der Beschäftiger während der Dauer der Beschäftigung die Gleichbehandlungsvorschriften oder Diskriminierungsverbote nicht einhält.

(4) Führt eine Diskriminierung zu einer Beendigung der Überlassung, so kann eine in diesem Zusammenhang erfolgte Beendigung oder Nichtverlängerung des Arbeitsverhältnisses i.S.d §§ 12 Abs 7 und 26 Abs 7 des Gleichbehandlungsgesetzes (GlBG), BGBl. I Nr. 66/2004, und gleichartiger gesetzlicher Bestimmungen angefochten und Schadenersatz gefordert werden, als wäre die Beendigung oder Nichtverlängerung des Arbeitsverhältnisses auf Grund der Diskriminierung erfolgt.

(5) Der Überlasser hat gegen den Beschäftiger Anspruch auf Ersatz aller aus den Abs 3 und 4 resultierenden Aufwendungen."

Dem § 10 Abs 1 AÜG wird folgender Satz angefügt:

„Darüber hinaus ist auf die im Beschäftigerbetrieb für vergleichbare Arbeitnehmer mit vergleichbaren Tätigkeiten geltenden sonstigen verbindlichen Bestimmungen allgemeiner Art Bedacht zu nehmen, es sei denn, es gelten ein Kollektivvertrag, dem der Überlasser unterworfen ist, sowie eine kollektivvertragliche, durch Verordnung festgelegte oder gesetzliche Regelung des Entgelts im Beschäftigerbetrieb."

§ 10 Abs 3 AÜG lautet:

„(3) Während der Überlassung gelten für die überlassene Arbeitskraft die im Beschäftigerbetrieb für vergleichbare Arbeitnehmer gültigen gesetzlichen, kollektivvertraglichen sowie sonstigen im Beschäftigerbetrieb geltenden verbindlichen Bestimmungen allgemeiner Art, die sich auf Aspekte der Arbeitszeit und des Urlaubs beziehen."

§ 12a AÜG *„Der Beschäftiger ist verpflichtet, den Überlasser über die für die Überlassung wesentlichen Umstände vor deren Beginn in Kenntnis zu setzen, insbesondere über die benötigte Qualifikation der überlassenen Arbeitskraft und die damit verbundene kollektivvertragliche Einstufung in den im Beschäftigerbetrieb für vergleichbare Arbeitnehmer für vergleichbare Tätigkeiten anzuwendenden Kollektivvertrag sowie über die im Beschäftigerbetrieb geltenden wesentlichen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen, welche in verbindlichen Bestimmungen allgemeiner Art festgelegt sind und sich auf Aspekte der Arbeitszeit und des Urlaubs beziehen. Gleiches gilt im Fall des § 10 Abs 1 letzter Satz auch für verbindliche Bestimmungen allgemeiner Art das Entgelt betreffend."*

Dadurch wird der Arbeitnehmerschutz für überlassene Arbeitskräfte verbessert. Künftig sollen der Überlasser- und Beschäftigungsbetrieb besser miteinander kooperie-

ren, insbesondere indem die schon bisher bestehenden Informationspflichten des Beschäftigers an den Überlasser nachweislich schriftlich erfüllt werden müssen.[618]

Eine Neufassung der Regelung des § 17 AÜG über die Meldung der Arbeitskräfteüberlassung ermöglicht eine Vereinfachung der Meldung für die Arbeitskräfteüberlasser, eine effizientere Verwaltung und Mehrertrag auf Seiten der für die Statistik zuständigen Behörden.[619]

Zusammenfassend sollen bei grenzüberschreitender Überlassung - aus dem Ausland nach Österreich überlassene Arbeitskräfte - hinsichtlich Urlaub, Entgelt, Arbeitszeit, Entgeltfortzahlung, Kündigungsbestimmungen und -entschädigungen wie die Stammbelegschaft behandelt werden, wobei die günstigeren Regelungen des Überlasserstaates unberührt bleiben sollen.

Meines Erachtens sind die Gleichstellungen der überlassenen Arbeitnehmer mit den betriebseigenen Arbeitnehmern, auch hinsichtlich der den überlassenen Arbeitnehmern nunmehr zustehende gleichen Entlohnung – sowohl zum Schutz der ausländischen Arbeitnehmer als auch, um den inländischen Markt vor „billigen Arbeitskräften“ zu schützen, zu begrüßen.

Den überlassenen Arbeitkräften gebührt nicht mehr lediglich das Mindestentgelt nach dem Kollektivvertrag, sondern auch Überzahlungen, die der Stammbelegschaft aufgrund von „*verbindlichen Bestimmungen allgemeiner Art*“ zustehen.

Die Formulierung ist meines Erachtens dem Gesetzgeber nicht geglückt, da derartige „*Bestimmungen allgemeiner Art*“ durch Vereinbarung von speziellen Einzelbestimmungen seitens des Arbeitgebers mit seinen Stammmitarbeitern des Beschäftigerbetriebes leicht umgangen werden können.

Hier würde ich einen Änderungsbedarf sehen.

4 Sozialversicherungsrechtliche Bestimmungen

4.1 Nach dem Allgemeinen Sozialversicherungsgesetz (ASVG)

4.1.1 Allgemeines

Gemäß § 33 Abs 1 ASVG muss der Arbeitgeber jeden Arbeitnehmer, auch einen geringfügig oder fallweise beschäftigten, sowie einen freien Dienstnehmer beim zuständigen Krankenversicherungsträger, sprich der Gebietskrankenkasse des Beschäftigungsortes des Arbeitnehmers, anmelden. [620]

Aus § 33 Abs 1 iVm Abs 2 ASVG ergibt sich, dass sowohl bei geringfügig Beschäftigten, die nach § 7 Z 3 lit a ASVG iVm § 5 Abs 1 Z 2, sowie § 5 Abs 2 Z 2 ASVG lediglich der Teilversicherung in der Unfallversicherung unterliegen, als auch bei Vollbeschäftigten (die der Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung unterliegen), die An- oder Abmeldung beim zuständigen Krankenversicherungsträger vorzunehmen ist.[621]

[618] https://www.usp.gv.at/Portal.Node/usp/public?gentics.am=Content&p.contentid=10007.65655#Bundesgesetzblatt
[619] https://www.usp.gv.at/Portal.Node/usp/public?gentics.am=Content&p.contentid=10007.65655#Bundesgesetzblatt
[620] *Schrank,* Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, 34. Auflage, Graz, 2011, S. 177; *Brodil*, Sozialbetrug aus dem Blickwinkel des Verwaltungsstrafrechts, DRdA 2008, S. 384.
[621] VwGH vom 17.10.2012, 2012/08/0143.

Eine derartige Anmeldung gilt gleichzeitig für die Pensions- und Unfallversicherung und nach § 4 Abs 3 AlVG ebenfalls als Meldung zur Arbeitslosenversicherung.[622] Darüber hinaus hat der Arbeitgeber gemäß § 58 ASVG die Verpflichtung, die - auf ihn selbst und auf den Arbeitnehmer entfallenden - Sozialversicherungsbeiträge einzubehalten und an den Versicherungsträger, ohne Aufforderung, monatlich abzuführen.[623]

Alle Arbeitnehmer, welche im Inland beschäftigt werden, müssen zu den Versicherungen angemeldet werden. Hierbei ist nicht die Staatsbürgerschaft das wesentliche Anknüpfungskriterium, sondern ob der Schwerpunkt der Beschäftigung in Österreich liegt.[624] Eine Ausnahme besteht lediglich bei einer EU-Entsendung nach Österreich, welche unter bestimmten, in der EG-VO Nr. 883/2004[625] normierten Voraussetzungen, welche in einem späteren Kapitel der Arbeit noch behandelt werden, eine Versicherungsmöglichkeit in dem Entsendestaat normiert.[626] Auch im Falle einer Doppelbeschäftigung in zumindest zwei EWR- oder EU-Staaten, unterliegt der Arbeitnehmer weiterhin der Pflichtversicherung des Wohnsitzstaates.[627]

4.1.2 Zur Sofortmeldeverpflichtung des § 33 Abs 1 ASVG ab 01.01.2008

Am 01.01.2008 ist in Österreich für das gesamte Bundesgebiet die gesetzlich im Allgemeinen Sozialversicherungsgesetz (ASVG)[628] normierte Verpflichtung zur Anmeldung des Arbeitnehmers zu den Sozialversicherungen bereits **vor** Arbeitsantritt in Kraft getreten.[629]

Die neue Regelung hat insbesondere die *„Bekämpfung der Schwarzarbeit"* und eine Erleichterung der Kontrolle illegaler Beschäftigung zum Ziel.[630]

Grundsätzlich ist der Arbeitnehmer vor Arbeitsantritt zu den Sozialversicherungen zu melden, jedoch soll es - den Gesetzesmaterialien nach - auch noch rechtzeitig sein, wenn die Anmeldung spätestens unmittelbar vor Arbeitsantritt erfolgt.[631] Eine derartige Verpflichtung wurde im Rahmen eines Pilotversuches im Bundesland Burgenland erstmals getestet und hat sich als sehr sinnvoll bewährt.[632]

Die Verpflichtung zur Meldung eines Arbeitnehmers spätestens mit Arbeitsantritt wurde bereits im Jahre 1998 in Erwägung gezogen, jedoch bis zur aktuellen Änderung

---

[622] *Maitz*/*Bliem* auf der Grundlage von *Cortolezis/Egger/Orgler*), Arbeitsrecht, Band 1, Hrsg. WEKA-Verlag, Wien, 2010, Register 3, Teil G/Kapitel 4.2/S. 1.

[623] *Wonisch*, Die gerichtlichen Straftatbestände des Sozialbetrugsgesetzes, ZAS 2008, S. 14.

[624] *Schrank,* Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, 34. Auflage, Graz, 2011, S. 173.

[625] Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.04.2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, Amtsblatt der Europäischen Union L 166 vom 30. April 2004.

[626] *Schrank,* Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, 34. Auflage, Graz, 2011, S. 173.

[627] *Schrank,* Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, 34. Auflage, Graz, 2011, S. 173.

[628] idF BGBl I 2007/31.

[629] *Brodil*, Sozialbetrug aus dem Blickwinkel des Verwaltungsstrafrechts, DRdA 2008, S. 383; *Schrank,* Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, 34. Auflage, Graz, 2011, S. 184/II.

[630] Sozialrechts-Änderungsgesetz 2007 (SRÄG 2007) – Erläuterungen zur RV, 77 der Beilagen XXIII. GP, S. 3 von 9; *Lehner,* Auswirkungen der Anmeldung vor Arbeitsbeginn auf KIAB-Kontrollen, taxlex 2008, S. 118 f; *Marko,* 43. Tagung der Österreichischen Gesellschaft für Arbeitsrecht und Sozialrecht, RdA 2008, S. 290; VwGH 27.04.2011, 2010/08/0172, SVSlg 57.782 = ARD 6159/6/2011.

[631] Sozialversicherungs-Änderungsgesetz 2005 (SVÄG 2005) – Erläuterungen zur RV 1111 BlgNR XXII. GP – Materialien, S. 5 von 79.

[632] Bundesgesetz, mit dem das Allgemeine Sozialversicherungsgesetz, das Gewerbliche Sozialversicherungsgesetz, das Bauern-Sozialversicherungsgesetz, das Allgemeine Pensionsgesetz und das Bundespflegegeldgesetz geändert werden (Sozialrechts-Änderungsgesetz 2007 - SRÄG 2007) vom 29. 06. 2007, BGBl. I Nr. 31/2007, In-Kraft-Treten 01.01.2008, ASoK 6/2007, S. 236, Pkt. 2.

im Jahre 2008 nicht erfolgreich umgesetzt.[633] Darüber hinaus wurde damals (im Jahr 1998) in § 10 Abs 8 ASVG erwogen eine Vermutung zu normieren, nach der im Falle der Nichtmeldung des Arbeitnehmers zu den Sozialversicherungen und unmöglichen Feststellung des Arbeitsbeginns die widerlegbare Tatsachenvermutung greifen sollte, dass die Erwerbstätigkeit bereits 30 Tage ausgeübt wird. Dies hätte eine Beitragsvorschreibung für den rückwirkenden Zeitraum von zumindest 30 Tagen als Folge gehabt, sollte jedoch für die Bemessung der Strafe des § 111 ASVG unbeachtlich bleiben.[634]

Eine derartige ähnliche Regelung wurde jedoch im Rahmen der ab 01.01.2008 in Kraft getretenen Norm, nicht mehr eingeführt.

Bis zum 01.01.2008 war eine Meldung spätestens bei Arbeitsantritt vorzunehmen bzw. nach der Satzung der Krankenversicherungen auch innerhalb einer Woche nach Arbeitsbeginn bzw. für bestimmte Gruppen von Pflichtversicherten auch bis zu einem Monat nach Aufnahme der Arbeitstätigkeit noch rechtzeitig.[635]

Die alte Regelung hatte die negative Konsequenz, dass die Umgehung der Verpflichtung zur Anmeldung durch den Arbeitgeber sehr leicht gewesen ist.[636] Denn im Falle einer Kontrolle wurde vom Arbeitgeber einfach behauptet, dass der Arbeitnehmer gerade mit dem heutigen Tage bzw. in den letzten sieben Tagen seine Arbeitstätigkeit aufgenommen hat und erst durch den Arbeitgeber gemeldet werden würde.[637] Die Kontrolle einer tatsächlich erfolgten und ordnungsgemäßen Anmeldung und eine effektive Überprüfung der korrekten Anmeldung waren auf Grund dieser Umstände kaum praktisch durchführbar.

Gemäß § 33 Abs 1 neu ASVG hat der *Arbeitgeber jede von ihm beschäftigte, nach dem ASVG in der Krankenversicherung pflichtversicherte Person (Vollversicherte und Teilversicherte) vor Arbeitsantritt beim zuständigen Krankenversicherungsträger anzumelden und binnen sieben Tagen nach dem Ende der Pflichtversicherung abzumelden.* Ab 01.01.2008 sind auch die fallweise beschäftigten Personen jedenfalls vor Arbeitsantritt zur Sozialversicherung anzumelden.[638]

Die Anmeldeverpflichtung gilt ebenfalls für arbeitnehmerähnliche freie Dienstnehmer.[639] Freie Dienstverhältnisse bzw Verträge arbeitnehmerähnlicher Personen sind nach hM nicht als entsprechende Arbeitsverhältnisse anzusehen.[640]

---

[633] *Klein,* Aktuelle Sozialpolitik. Schwarzarbeitsgesetz, DRdA 1998, S. 457; *Miklau*, Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz, Sozialpolitik – aktuell, ZAS 1999, S. 60; *Gagawczuk,* Sozialbetrugsgesetz, DRdA 2005, S. 200; 1587 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des NR XX. GP, S. 38.

[634] 1587 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des NR XX. GP, S. 38; *Schrammel,* Der Entwurf eines Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes aus arbeits- und sozialrechtlicher Sicht, 3. Kapitel in *Mayer* (Hrsg.), Schwarzarbeit, Pfuscht der Gesetzgeber? 1999, S. 56.

[635] *Lehner,* Auswirkungen der Anmeldung vor Arbeitsbeginn auf KIAB-Kontrollen, taxlex 2008, S. 118; *Schrammel,* Der Entwurf eines Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes aus arbeits- und sozialrechtlicher Sicht, 3. Kapitel in *Mayer* (Hrsg.), Schwarzarbeit, Pfuscht der Gesetzgeber? 1999, S. 53 und Fn 113; *Brodil*, Sozialbetrug aus dem Blickwinkel des Verwaltungsstrafrechts, DRdA 2008, S. 384.

[636] *Brodil*, Sozialbetrug aus dem Blickwinkel des Verwaltungsstrafrechts, DRdA 2008, S. 384.

[637] *Stary*, Kontrolle illegaler Arbeitnehmerbeschäftigung aus Sicht des BMF, ÖStZ 2006/1127, Heft 24 vom 15.12.2006, S. 544; *Gagawczuk,* Sozialbetrugsgesetz, DRdA 2005, S. 200.

[638] Bundesgesetz, mit dem das Allgemeine Sozialversicherungsgesetz, das Gewerbliche Sozialversicherungsgesetz, das Bauern-Sozialversicherungsgesetz, das Allgemeine Pensionsgesetz und das Bundespflegegeldgesetz geändert werden (Sozialrechts-Änderungsgesetz 2007 - SRÄG 2007) vom 29.06.2007, BGBl. I Nr. 31/2007, In-Kraft-Treten 01.01.2008, ASoK 6/2007, S. 236f., Pkt. 2.

[639] *Marko,* 43. Tagung der Österreichischen Gesellschaft für Arbeitsrecht und Sozialrecht, RdA 2008, S. 290.

Der freie Dienstvertrag unterscheidet sich von einem Beschäftigungsverhältnis i.S.d § 4 Abs 2 ASVG durch das Fehlen der persönlichen Abhängigkeit des Dienstnehmers vom Dienstgeber.[641]

Nicht desto trotz gilt die Anmeldeverpflichtung zu den Sozialversicherungen gemäß § 33 ASVG ebenfalls für die arbeitnehmerähnlichen freien Dienstnehmer.[642]

Der Dienstgeber kann vor Arbeitsantritt entweder die Meldung mit allen notwendigen Daten auf einmal, sog. „Vollmeldung" vornehmen oder alternativ seiner Anmeldeverpflichtung in zwei Schritten nachkommen, sog. *„Mindest-Angaben-Meldung"*.[643]

Im Falle einer sog „Mindest-Angaben-Meldung" hat der Arbeitgeber zumindest die Dienstgeberkontonummer, den Name und die Versicherungsnummer bzw. das Geburtsdatum des Arbeitnehmers, sowie Ort und Tag der Beschäftigungsaufnahme bekannt zu geben.[644] Daraufhin sind innerhalb von sieben Tagen ab Beginn der Pflichtversicherung noch die fehlenden Angaben zu ergänzen (= „vollständige Anmeldung").[645]

Die Meldung kann per Post, telefonisch oder per Fax erfolgen, lediglich eine Anmeldung per SMS oder E-Mail ist ausgeschlossen.[646]

Meines Erachtens wäre ebenfalls die Gewährung der Möglichkeit der Anmeldung des Arbeitnehmers zu den Sozialversicherungen per E-Mail eine zeitadäquate, den Arbeitgeber entlastende Variante. Wieso eine derartige Möglichkeit den Arbeitgebern verwährt wird, ist meines Erachtens nicht nachvollziehbar.

Viele Arbeitgeber führen die Anmeldung ihrer Arbeitnehmer bereits mittels der elektronischen Datenfernübertragung ELDA, welche bei der oberösterreichischen GKK eingerichtet ist, durch.[647]

Nach *Schrank* fällt unter den neuen Meldetatbestand nur der erstmalige Arbeitsantritt, wobei er darunter auch echte Unterbrechungen subsumiert.[648] Die Wiedereintritte von Beschäftigten, die bereits im Versicherungsmeldebestand vorhanden sind, sind *Schrank's* Meinung nach nicht als neue Meldungen, sondern als Änderungen zu qualifizieren, und unterliegen insofern weiterhin der Meldefrist von sieben Tagen.[649]

Dem ist beizupflichten, insbesondere deswegen, um dem Arbeitgeber in derartigen Fällen nicht noch zusätzliche Meldehürden aufzubürden und ihn zusätzlich zu belasten.

---

[640] *Strasser* in *Strasser/Jabornegg/Resch* (Hrsg), ArbVG-Kommentar § 1 Rz 13; *Runggaldier* in *Tomandl* (Hrsg), Arbeitsverfassungsgesetz § 1 Rz 8 ff; *Reissner* in *Neumayr/Reissner* (Hrsg), ZellKomm, 2. Auflage, § 1 Rz 11; *Risak*, Kollektive Rechtssetzung auch für Nicht-Arbeitnehmer?, ZAS 2002, 165, S. 166; OGH vom 11.05.1988, 9 Ob A 165/87, RdA 1990/37, 349 (*Runggaldier*) = JBl 1989, 667 (*Schima*); OGH vom 08.02.1988, 9 Ob A 43/89, SZ 62/21 = infas 1990 A 7 = RS0086121.

[641] VwGH vom 27.04.2011, Zl. 2009/08/0123.

[642] *Marko,* 43. Tagung der Österreichischen Gesellschaft für Arbeitsrecht und Sozialrecht, RdA 2008, S. 290.

[643] *Houf/Lehner,* KIAB-Kontrollen, Wien, 2008, Rz 259; *Brodil*, Sozialbetrug aus dem Blickwinkel des Verwaltungsstrafrechts, DRdA 2008, S. 384; *Schrank,* Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, 34. Auflage, Graz, 2011, S. 184/II.

[644] *Maitz*/*Bliem* auf der Grundlage von *Cortolezis/Egger/Orgler,* Arbeitsrecht, Band 1, Hrsg. WEKA-Verlag, Wien, 2010, Register 3, Teil G/Kapitel 4.2/S. 1.

[645] *Maitz*/*Bliem* auf der Grundlage von *Cortolezis/Egger/Orgler*, Arbeitsrecht, Band 1, Hrsg. WEKA-Verlag, Wien, 2010, Register 3, Teil G/Kapitel 4.2/S. 1.

[646] *Houf/Lehner,* KIAB-Kontrollen, Wien, 2008, Rz 260; *Schrank,* Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, 34. Auflage, Graz, 2011, S. 184/II; *Lehner,* Auswirkungen der Anmeldung vor Arbeitsbeginn auf KIAB-Kontrollen, taxlex 2008, S. 119.

[647] *Lehner,* Auswirkungen der Anmeldung vor Arbeitsbeginn auf KIAB-Kontrollen, taxlex 2008, S. 119; *Schrank,* Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, 34. Auflage, Graz, 2011, S. 184/IIa.

[648] *Schrank*, Neue Melde- und Sanktionsprobleme nach dem ASVG, ZAS 2008/2, S. 5.

[649] *Schrank,* Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, 34. Auflage, Graz, 2011, S. 184/II; *Schrank*, Neue Melde- und Sanktionsprobleme nach dem ASVG, ZAS 2008/2, S. 5.

I.S.d. ASVG ist insofern dann von einer Schwarzarbeit zu sprechen, wenn eine Person ohne die entsprechende notwendige Anmeldung zu den Sozialversicherungen beschäftigt wird.

Eine Verletzung der Meldepflicht stellt eine Verwaltungsübertretung i.S.d. § 111 Abs 1 Z 1 ASVG dar.[650] Ausführungen zu den Sanktionen erfolgen nachstehend in einem eigenen Punkt der Arbeit.

4.1.3 Exkurs. Das Dienstleistungsscheckgesetz (DLSG)[651]

4.1.3.1 Einleitung

Das Dienstleistungsscheckgesetz (DLSG) ist mit 01.01.2006 in Kraft getreten und gilt nur für Arbeitsverhältnisse, die nach dem 31.12.2005 abgeschlossen wurden.[652]

Die Legislative verfolgte mit der Einführung eines Dienstleistungschecks das Ziel, eine attraktive legale Variante zur Schwarzarbeit zu schaffen und insbesondere den Beschäftigten in Privathaushalten einen gewissen Sozialversicherungsschutz zu gewährleisten.[653]

Darüber hinaus soll nach Meinung der Bundesvorsitzenden der Abteilung der WKO *"Frau in der Wirtschaft",* der *„Haushalt aus der Grauzone der Schwarzarbeit"* hinausgeführt werden.[654]

4.1.3.2 Wesentlicher Inhalt des DLSG hinsichtlich der einfachen haushaltsnahen Dienstleistungen

Das DLSG regelt *die Ansprüche und Verpflichtungen aus Arbeitsverhältnissen, die von arbeitsberechtigten Arbeitnehmern mit natürlichen Personen zur Erbringung von einfachen haushaltstypischen Dienstleistungen in deren Privathaushalten auf längstens einen Monat befristet abgeschlossen werden (…)"* (§ 1 Abs 1 DLSG).

Die Entgeltgrenze bei derartigen Tätigkeiten darf nicht die monatliche Geringfügigkeitsgrenze des § 5 Abs 2 Z 2 ASVG überschreiten.[655] Für die Entgeltgrenze sind Urlaubsersatzleistungen und aliquote Sonderzahlungen nicht zu berücksichtigen.[656] Daraus folgt, dass der Grenzwert immer höher ist als die Geringfügigkeitsgrenze.

Im Jahre 2013 betrug die Geringfügigkeitsgrenze 386,80 EURO und der Grenzwert für Dienstgeberabgabe (DAG) 580,20 EURO.[657]

Die Folge einer Überschreitung der Geringfügigkeitsgrenze wäre das Entstehen eines „normalen Arbeitsverhältnisses".[658] D.h. dass dem Arbeitnehmer in diesem Fall die

---

[650] VwGH 16.03.2011, 2009/08/0056, ARD 6181/14/2011 = RdA 2011, 465.

[651] Bundesgesetz, mit dem ein Dienstleistungsscheckgesetz (DLSG) erlassen wird, sowie das Allgemeine Sozialversicherungsgesetz, das Arbeitsmarktpolitik-Finanzierungsgesetz, das Einkommensteuergesetz 1988 und das Arbeits- und Sozialgerichtsgesetz geändert werden, BGBl. I Nr. 45/2005 idF BGBl. I Nr. 114/2005.

[652] *Schrank,* Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, 34. Auflage, Graz, 2011, S. 602/I.

[653] *Maitz*/*Bliem* auf der Grundlage von *Cortolezis/Egger/Orgler)*, Arbeitsrecht, Band 1, Hrsg. WEKA-Verlag, Wien, 2010, Register 3, Teil D/Kapitel 5/S. 1.

[654] *Sporer,* WKO Frau in der Wirtschaft, Dienstleistungsscheck ist Schritt in die richtige Richtung, 18.06.2009 http://portal.wko.at/wk/format_detail.wk?angid=1&stid=146989&dstid=281.

[655] *Schrank,* Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, 34. Auflage, Graz, 2011, S. 602/I.

[656] *WKO,* Dienstleistungsscheck, Info, Arbeit und Soziales März 2011.

[657] BGBl II Nr. 441/2012; NÖDIS, Nr. 14/Dezember 2012.

[658] *WKO,* Dienstleistungsscheck, Info, Arbeit und Soziales März 2011.

Kranken- und Pensionsversicherungsbeiträge vom Sozialversicherungsträger normal vorgeschrieben werden.[659]

Meines Erachtens ist hierbei jedoch fraglich, ob derartige Überschreitungen der Geringfügigkeitsgrenze, inbesondere was die Überschreitung der gemeldeten Arbeitsstunden anbelangt, von Kontrollbehörden überhaupt faktisch überprüft werden können.

Welche Tätigkeiten fallen nun konkret unter den Tatbestand dieses Gesetzes und was ist insbesondere unter dem Begriff der „einfachen haushaltstypischen Dienstleistungen" zu verstehen?

Unter dem Begriff der einfachen haushaltsnahen Dienstleistungen sind insbesondere Tätigkeiten, wie Babysitten und Kinderbetreuung, Reinigungsarbeiten in einer Wohnung, einfache Gartenarbeiten, welche keine gewerberechtliche Bewilligung erfordern und Hilfeleistungen bei der Haushaltsführung, wie Krankenbetreuungstätigkeiten, sofern diese keine besondere Ausbildung voraussetzen, zu verstehen.[660]

Nach § 1 Abs 1 ist zwingende Voraussetzung, dass der Arbeitnehmer überhaupt **arbeitsberechtigt** ist. Ein arbeitsberechtigter Arbeitnehmer ist *„wer zur Aufnahme einer Beschäftigung im Bundesgebiet bzw. im jeweiligen Bundesland ohne Erteilung einer arbeitsmarktrechtlichen Bewilligung berechtigt ist"*.[661] Der Arbeitgeber hat gemäß § 2 Abs 1 DLSG die Verpflichtung spätestens vor Aufnahme der Beschäftigung des Arbeitnehmers von der Arbeitsberechtigung des Arbeitnehmers zu überzeugen. Nach § 4 Abs 6 DLSG ist jedoch eine fehlende Arbeitsberechtigung für die Gültigkeit des Dienstleistungsschecks irrelevant.

Der Dienstleistungsscheck soll somit auch – im Falle eines Verstoßes – rechtgültig sein. Meines Erachtens ist dem, um die Rechte der Arbeitnehmer zu schützen – beizupflichten, widrigenfalls der Arbeitnehmer vermutlich nicht an seine Entlohnung gelangen könnte.

Nach § 1 Abs 3 DLSG können wiederholt befristete Arbeitsverhältnisse i.S.d. Absatz 1 ohne zahlenmäßige Begrenzung und auch unmittelbar hintereinander abgeschlossen werden, was jedoch kein Arbeitsverhältnis auf unbestimmte Zeit als Folge nach sich zieht.[662]

Eine derartige Erlaubnis von mehreren befristeten Arbeitsverträgen verstößt grundsätzlich gegen ein wesentliches Prinzip des Arbeitsrechtes, namentlich gegen das **Kettenarbeitsvertragsverbot**.

Unter einem Kettenarbeitsvertragsverbot versteht man, wenn der Arbeitgeber anstatt ein Arbeitsverhältnis auf unbestimmte Zeit abzuschließen, jeweils nacheinander kurz befristete Arbeitsverträge aneinanderreiht.[663] Auf diese Weise wird es dem Arbeitgeber

---

[659] *Schrank,* Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, 34. Auflage, Graz, 2011, S. 602/II.

[660] *Bichl/Schmid/Szymanski,* Das neue Recht der Arbeitsmigration, 2. Auflage, NWV, S. 73; *Maitz*/*Bliem* auf der Grundlage von *Cortolezis/Egger/Orgler*, Arbeitsrecht, Band 1, Hrsg. WEKA-Verlag, Wien, 2010, Register 3, Teil D/Kapitel 5/S. 1; *WKO,* Dienstleistungsscheck, Info, Arbeit und Soziales März 2011.

[661] *WKO,* Dienstleistungsscheck, Info, Arbeit und Soziales März 2011.

[662] *Maitz*/*Bliem* auf der Grundlage von *Cortolezis/Egger/Orgler,* Arbeitsrecht, Band 1,Hrsg. WEKA-Verlag, Wien, 2010, Register 3, Teil D/Kapitel 5/S. 2.

[663] *Mayrhofer,* Arbeitsrecht für die betriebliche Praxis, Weis Verlag Ges.m.b.H.& Co. KG, Wien 2010, S. 39.

ermöglicht, zwingende Arbeitnehmerschutzbestimmungen zu umgehen.[664] Er kann z.B. bei Beendigung einer Frist, ohne besondere Kündigung, das Arbeitsverhältnis beenden.

Grundsätzlich ist es unzulässig, wenn nicht besondere wirtschaftliche oder soziale Rechtfertigungsgründe im Einzelfall vorliegen, solche Kettenarbeitsverträge abzuschließen.[665] Ein Verstoß gegen diesen Grundsatz hat die Unwirksamkeit derartiger Kettenarbeitsverträge als Folge und führt zur Annahme eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses.[666] Die Vergütung mit einem Dienstleistungscheck stellt eine explizite gesetzliche Ausnahme vom Kettenarbeitsvertragsverbot dar.[667] In ihrer Stellungnahme hat sich die Bundesarbeiterkammer gegen eine gesetzliche Einführung von Kettenarbeitsverträgen ausgesprochen, da *„damit prekäre Arbeitsverhältnisse geschaffen werden und die arbeitsrechtlichen Standards untergraben und ausgehöhlt werden (…)"* und müsste die sachliche Rechtfertigung erst im Einzelfall geprüft werden."[668]

Meiner Meinung nach ist zwar die Einführung der Möglichkeit eines Dienstleistungsschecks als Entlohnungsmöglichkeit zu befürworten. Wewegen jedoch eine Rechtfertigung von Kettenarbeitsverträgen in diesen Fällen sachlich gerechtfertigt sein soll, ist meines Erachtens nicht nachvollziehbar und müsste auch hier den Arbeitskräften die Möglichkeit des Eingehens eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses ermöglicht werden. Auf der anderen Seite würde vermutlich kaum ein privater Arbeitgeber überhaupt den Dienstleistungsscheck attraktiv finden und in Anspruch nehmen, wenn er als „Konsequenz" ein unbefristetes Arbeitsverhältnis mit der Arbeitskraft eingehen müsste.

Entgelte aus derartigen Arbeitsverhältnissen hat der Arbeitgeber jeweils unmittelbar nach Beendigung der Beschäftigung am jeweiligen Arbeitstag mit Dienstleistungsscheck, und nicht wie sonst mit Bargeld, zu entlohnen, wobei die Höhe des Lohnes frei vereinbart werden kann.[669] Keinesfalls darf jedoch die Lohnhöhe unter dem Mindestlohntarif für Haushaltsgehilfen laut Bundeseinigungsamt liegen.[670] Gemäß § 4 Abs 4 DLSG besteht der *Preis des Dienstleistungsschecks aus dem Entgelt, dem Unfallversicherungsbeitrag* i.H.v. 1,4 % *und dem Verwaltungskostenanteil* i.H.v. 0,6 %, *und ist vom Arbeitgeber zu tragen*.[671]

Mit der Übergabe des Dienstleistungsschecks an den Arbeitnehmer in Höhe des geschuldeten Entgelts sind sämtliche Entgeltverpflichtungen und sozialversicherungsrechtlichen Verpflichtungen auf Grund des Arbeitsverhältnisses, wie Urlaubsanspruch und Sonderzahlungen des Arbeitgebers, erfüllt.[672]

Nach § 3 Abs 2 „*hat der Arbeitnehmer die in einem Kalendermonat erhaltenen Dienstleistungsschecks spätestens bis zum Ablauf des nächsten Kalendermonates der nach seinem Wohnort zuständigen Gebietskrankenkasse zu übermitteln",* welche das

---

[664] OGH vom 25.06.1998, 8 Ob A 58/98g, infas 1998, A 136 = wbl 1998/351 = RdW 1996, 96 = Arb 11.746 = ARD 4953/4/98 = ZASB 1998, 41; OGH 09.12.1999, 8 Ob A 275/98v, RdW 2000/10, 625 = RdA 2000, 261 = wbl 2000/289 = ARD 5141/17/2000 = ASoK 2000, 299.

[665] *Mayrhofer,* Arbeitsrecht für die betriebliche Praxis, Weis Verlag Ges.m.b.H.& Co. KG, Wien 2010, S. 40.

[666] *Mayrhofer,* Arbeitsrecht für die betriebliche Praxis, Weis Verlag Ges.m.b.H.& Co. KG, Wien 2010, S. 40.

[667] *WKO,* Dienstleistungsscheck, Info, Arbeit und Soziales März 2011.

[668] *Moritz,* Stellungnahme der Bundesarbeiterkammer zum Entwurf eines DLSG vom 02.02.2005, S. 3 von 15.

[669] *Schrank,* Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, 34. Auflage, Graz, 2011, S. 602/I f; *Maitz*/*Bliem* auf der Grundlage von *Cortolezis/Egger/Orgler*, Arbeitsrecht, Hrsg. WEKA-Verlag, Wien, 2010, Register 3, Teil D/Kapitel 5/S. 3.

[670] *Schrank,* Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, 34. Auflage, Graz, 2011, S. 602/I f; *Maitz*/*Bliem* auf der Grundlage von *Cortolezis/Egger/Orgler*, Arbeitsrecht, Hrsg. WEKA-Verlag, Wien, 2010, Register 3, Teil D/Kapitel 5/S. 3.

[671] *WKO,* Dienstleistungsscheck, Info, Arbeit und Soziales März 2011.

[672] *Schrank,* Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, 34. Auflage, Graz, 2011, S. 602/II.

Entgelt im vollen Wert des eingereichten Dienstleistungsschecks an den Arbeitnehmer auszahlt.[673] Auf diese Weise erfolgt dann die Einlösung des Dienstleistungsschecks.[674]

Die Bundesagenturarbeit äußerte sich kritisch zu dem Entwurf dieses Gesetzes, insbesondere weil, nach deren Ansicht, das Problem der Schwarzarbeit mit diesem nicht zu lösen sein wird.[675] Einerseits, weil die Entlohnung mit Dienstleistungsscheck nur in Österreich Beschäftigungsberechtigten vorbehalten bleibt und andererseits weil eine derartige Entlohnungsart lediglich bis zur Geringfügigkeitsgrenze möglich ist.[676]

Meiner Ansicht nach ist eine gewisse „Beschränkung", wie hier „bis zur Geringfügigkeitsgrenze" jedenfalls angebracht, weil widrigenfalls die Gefahr bestünde das gesamte Entlohnungs,- und Sozialversicherungssystem auszuhebeln und kann andererseits auch nicht den privaten Arbeitgebern zugemutet werden, dass sie sämtliche aus einem unbefristeten Arbeitsverhältnis resultierende Verpflichtungen auf sich nehmen.

Mit 01.05.2011 sollte meiner Ansicht nach eine Entlohnung mit einem Dienstleistungsscheck nach dem DLSG attraktiver werden, da auf Grund der uneingeschränkten Arbeitnehmerfreizügigkeit, die Anzahl der nach diesem Gesetz Arbeitsberechtigten enorm gestiegen ist.

4.2 Nach dem Arbeitslosenversicherungsgesetz (AlVG) [677]

Die hier zu beantwortende Frage ist, wann Schwarzarbeit nach dem AlVG vorliegt?

Grundsätzlich ist gemäß § 50 Arbeitslosenversicherungsgesetz (AlVG) „*wer Leistungen aus der Arbeitslosenversicherung bezieht, ist verpflichtet, die Aufnahme einer Tätigkeit gemäß § 12 Abs 3 AlVG* (Tätigkeit im Rahmen eines Dienstverhältnisses, eine selbständige Erwerbstätigkeit, eine Tätigkeit im Betrieb des Ehegatten, des Lebensgefährten, der Eltern oder des Kindes) *unverzüglich der zuständigen regionalen Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservices anzuzeigen*."

Die Verpflichtung trifft explizit den Arbeitslosen, weswegen es keinen Rechtfertigungsgrund darstellt, dass sich der Arbeitslose darauf verlassen hat, dass sein Arbeitgeber die Meldung vornimmt.[678]

Auch sämtliche wichtige Änderungen der wirtschaftlichen Verhältnisse, welche für das Bestehen und Ausmaß des Leistungsanspruches von Relevanz sein könnten, sind der regionalen Geschäftsstelle, ohne Verzug, nach *Krapf/Keul* spätestens jedoch binnen einer Woche seit dem Eintritt des Ereignisses, anzuzeigen.[679]

Unter dem Begriff der Unverzüglichkeit versteht man ein Tätigwerden (Meldung) *"ohne schuldhaftes Zögern"* bzw. *"ohne unnötigen Aufschub*".[680] War dem Arbeitslosen die Meldung nach Arbeitsaufnahme möglich und zumutbar, hat er jedoch einen längeren Zeitraum zugewartet und die Meldung nicht vorgenommen, so ist darin die Pflichtverlet-

---

[673] *Maitz*/*Bliem* auf der Grundlage von *Cortolezis/Egger/Orgler*, Arbeitsrecht, Band 1, Hrsg. WEKA-Verlag, Wien, 2010, Register 3, Teil D/Kapitel 5/S. 4; *Schrank,* Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, 34. Auflage, Graz, 2011, S. 602/II.

[674] *Maitz*/*Bliem* auf der Grundlage von *Cortolezis/Egger/Orgler*, Arbeitsrecht, Band 1, Hrsg. WEKA-Verlag, Wien, 2010, Register 3, Teil D/Kapitel 5/S. 4; *Schrank,* Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, 34. Auflage, Graz, 2011, S. 602/II.

[675] *Moritz,* Stellungnahme der Bundesarbeiterkammer zum Entwurf eines DLSG vom 02.02.2005, S. 5 von 15.

[676] *Moritz,* Stellungnahme der Bundesarbeiterkammer zum Entwurf eines DLSG vom 02.02.2005, S. 5 von 15.

[677] Arbeitslosenversicherungsgesetz 1977 (AlVG), BGBl. Nr. 609/1977 (WV) idF BGBl. I Nr. 98/2012.

[678] VwGH vom 16.06.2004, 2001/08/0112; VwGH vom 18.02.2004, 2002/08/0137.

[679] *Krapf/ Keul,* AlVG, Praxiskommentar, Band 1, 6. Lfg, Rz 832 f zu § 50 AlVG.

[680] *Walter/Thienel,* Verwaltungsverfahrensgesetze I, 2. Auflage (2008) § 8 ZustG E 22; *Gerhartl*, AlVG, § 50 Rz 4; VwGH vom 27.04.2011, 2008/08/0141.

zung – weil verspätet – zu sehen.[681] Nach *Gerhartl* wäre eine Meldung innerhalb von drei Tagen nicht mehr rechtzeitig.[682]

Auch die Rechtsprechung erachtet eine Meldung innerhalb von drei Tagen als nicht mehr unverzüglich, somit nicht rechtzeitig- und somit verspätet.[683]

Dem ist beizupflichten, insbesondere weil für die Meldung der Arbeitsaufnahme bereits eine telefonische Bekanntgabe durch den Arbeitslosen ans AMS ausreicht, was jedenfalls für jeden zumutbar ist.

Grund für die Meldepflicht ist, dass im Falle eines zusätzlichen Verdienstes die Sozialleistung um die Zusatzeinnahme gemindert wird oder ganz entfällt.[684]

Ein Arbeitnehmer, welcher Empfänger von Arbeitslosengeld oder Notstandshilfe ist, hat mit finanziellen Sanktionen nach § 25 Abs 2 AlVG zu rechnen, wenn er bei der Ausübung einer nicht dem AMS gemeldeten Erwerbstätigkeit gemäß § 12 Abs 3 lit a, b oder d von einem öffentlichen Organ, insbesondere einem Organ der Sozialversicherungen, einem Exekutivorgan oder einem Organ einer sonstigen Behörde, angetroffen wird, die er nicht unverzüglich der zuständigen regionalen Geschäftsstelle angezeigt hat.

Mit Einführung des § 25 Abs 2 AlVG, als Maßnahme gegen den Leistungsmißbrauch, verfolgt der Gesetzgeber - im Bereich der Arbeitsmarktpolitik - das Ziel, Schwarzarbeit zu bekämpfen.[685]

I.S.d. AlVG wird unter dem Begriff der Schwarzarbeit die Ausübung einer dem AMS nicht gemeldeten Erwerbstätigkeit bzw. das Unterlassen der Anzeige über die Aufnahme einer Tätigkeit an das AMS durch den Arbeitslosen verstanden.[686]

5 Exkurs: Die Regierungsvorlage zum Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz[687] aus dem Jahre 1999

Ein interessanter Aspekt in der Geschichte der Schwarzarbeit und illegalen Beschäftigung in Österreich war das Vorhaben der Schaffung eines eigenen Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes in der XX Gesetzesperiode, mit welchem gleichzeitig 14 Gesetze geändert werden hätten sollen.[688] Die Regierungsvorlage zum SchwaBeG 1999 fand jedoch bis dato keinen Eingang in die Rechtsordnung Österreichs, da der von den Sozialpartner erarbeitete Gesetzesentwurf, mangels Zustimmung des Parlaments-

[681] *Gerhartl,* Aktuelle Rechtsprechung zum AlVG, Trends und Tendenzen in der Judikatur, ASoK 2012, 45, S. 52

[682] *Gerhartl,* Aktuelle Rechtsprechung zum AlVG, Trends und Tendenzen in der Judikatur, ASoK 2012, 45, S. 52

[683] VwGH 27.04.2011, 2008/08/0141, ARD 6191/11/2011 = JusGuide 2011/29/2209.

[684] *Enste,* Schattenwirtschaft und institutioneller Wandel, 2002, S. 205.

[685] RV zum Strukturanpassungsgesetz 1996 – Volltext, 72 der BlgNR, XX. GP, S. 211 von 340.

[686] *Gerhartl*, Betretung bei „Schwarzarbeit" – Folgen für DN und DG, ASok 6/2007, S. 222.

[687] Regierungsvorlage zum Bundesgesetz, mit dem ein Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz erlassen wird und das Allgemeine Sozialversicherungsgesetz, das Gewerbliche Sozialversicherungsgesetz, das Bauern-Sozialversicherungsgesetz, das Arbeitslosenversicherungsgesetz 1977, das Arbeitsmarktförderungsgesetz, das Ausländerbeschäftigungsgesetz, das Bundesvergabegesetz 1997, das Fremdengesetz 1997, die Gewerbeordnung 1994, das Abgabenverwaltungsorganisationsgesetz, das Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz, das Arbeitskräfteüberlassungsgesetz, das Arbeits- und Sozialgerichtsgesetz und das Sonn- und Feiertags- Betriebszeitengesetz geändert werden (1587 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des NR XX. GP).

[688] *Mayer,* Das Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz im System der Rechtsordnung, 1. Kapitel in *Mayer (Hrsg.),* Schwarzarbeit, Pfuscht der Gesetzgeber? 1999, S. 1.

klubs der ÖVP, scheiterte.[689] Bis heute gibt es in Österreich kein selbständiges Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz.[690]

In diesem Kapitel möchte ich kurz darstellen, wie Österreich das Problem der Schwarzarbeit vorgehabt hätte zu lösen und welche Mittel dabei eingesetzt hätten werden sollen.

In der Arbeit werde ich lediglich auf die wichtigsten Punkte eingehen.

Nach den Erläuterungen zu Art 1 des **österreichischen SchwaBeG** aus dem Jahre 1999 ist unter Schwarzarbeit *„eine wirtschaftliche Tätigkeit zu verstehen, die ohne die erforderlichen Berechtigungen (nach der Gewerbeordnung oder nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz), ohne ordnungsgemäßes Abführen von Steuern und Abgaben oder ohne ordnungsgemäße Anmeldung zur Sozialversicherung ausgeübt wird."*

Gemäß § 1 SchwaBeG und den Erläuterungen zu der Regierungsvorlage vom 23.02.1999 nach, war Ziel dieses Bundesgesetzes die *Sicherstellung der Einhaltung der gesetzlichen Bedingungen bei Ausübung von selbständigen und unselbständigen Erwerbstätigkeiten, wobei die illegale Erwerbstätigkeit durch wirksame Kontrollen und verbesserte Koordination der zuständigen Behörden und Rechtsträger bekämpft werden sollte.*[691] Darüber hinaus wurden die Sicherstellung von Beschäftigungsmöglichkeiten zu rechtskonformen Arbeitsbedingungen, insbesondere hinsichtlich des Entgelts, und die generelle Abschaffung der Schwarzarbeit angestrebt.[692]

Illegale Erwerbstätigkeit sollte i.S.d. RV 1999 dann vorliegen, wenn, alternativ, [693]

1. ein Arbeitnehmer ohne die erforderliche Anmeldung nach § 33 Abs 1 ASVG beschäftigt wird

2. eine Person selbständige in der Land- und Forstwirtschaft, ohne die erforderliche Meldung gemäß § 16 Abs 1 des Bauern-Sozialversicherungsgesetzes (BSVG) erwerbstätig wird oder

3. eine sonstige selbständige Erwerbstätigkeit ohne die erforderliche Meldung gemäß § 18 Abs 1 des Gewerblichen Sozialversicherungsgesetzes (GSVG) ausgeübt wird oder

4. ein Ausländer entgegen § 3 AuslBG oder entgegen § 14g AuslBG beschäftigt oder die Arbeitsleistung eines Ausländers entgegen § 18 AuslBG in Anspruch genommen wird oder

5. ein aus dem EWR-Raum entsandter Arbeitnehmer, unabhängig von dessen Staatsbürgerschaft, ohne die erforderliche Meldung gemäß § 7b Abs 3 AVRAG eine (Erwerbs)- Tätigkeit ausübt oder

6. ohne die erforderliche Bereithaltung von Unterlagen gemäß § 7b Abs 5 AVRAG eine (Erwerbs)Tätigkeit ausübt.

---

[689] *Gagawczuk,* Der Frächterskandal – sechs Monate danach, RdA 2002, S. 434; *Achitz/ Weber, AK/ÖGB (Hrsg.),* Kampfansage! Stopp dem Sozial- und Steuerbetrug durch `schwarze Schafe` unter den Unternehmern vom 15.04.2002.

[690] *Moser,* Strafrechtliche Aspekte der Schwarzarbeit, Innsbruck, Oktober 2001, S. 25.

[691] *Mayer,* Das Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz im System der Rechtsordnung, 1. Kapitel in *Mayer (Hrsg.),* Schwarzarbeit, Pfuscht der Gesetzgeber? 1999, S. 3; 1587 der Blg zu den Stenographischen Protokollen des NR XX. GP, S. 1.

[692] 1587 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des NR XX. GP, S. 28.

[693] 1587 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des NR XX. GP, S. 1; *Schrammel,* Der Entwurf eines Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes aus arbeits- und sozialrechtlicher Sicht, 3. Kapitel in *Mayer* (Hrsg.), Schwarzarbeit, Pfuscht der Gesetzgeber? 1999, S. 41.

Nach Absatz 2 lag illegale Erwerbstätigkeit weiters dann vor, *wenn eine gewerbliche Tätigkeit ohne die nach der Gewerbeordnung hierfür erforderliche Gewerbeberechtigung ausgeübt wird*.[694]

Wie aus der Definition zur Regierungsvorlage erkennbar, war angedacht einen extensiven Begriff der Schwarzarbeit und illegalen Beschäftigung zu schaffen, was sich auch in der Regierungsvorlage zum Sozialbetrugsgesetz wiederspiegelt, jedoch - wie bereits ausgeführt – im Rahmen des Begutachtungsverfahrens – wegen triftiger Argumente verworfen wurde.

Unter den Begriff der Schwarzarbeit sollte zusammenfassen die Beschäftigung von Arbeitnehmern ohne Meldung zu den Sozialversicherungen, die Beschäftigung von Ausländern unter Verstoß gegen das AuslBG und die Ausübung einer selbständigen Tätigkeit ohne Besitz der entsprechenden Gewerbeberechtigung bzw Nicht-Meldung zu den Sozialversicherungen nach dem GSVG oder BSVG subsumiert werden.[695] Doch ist dieser Versuch der damaligen Regierung gescheitert.

Zwar wurde die Definition aus dem Jahre 1999 auch im Rahmen des Sozialbetrugsgesetzes 2005 als Grundlage herbeigezogen, doch wie bereits oben in der Arbeit erörtert, wurde diese Definition auch um viele Tatbestandselemente gekürzt. Die Tatbestandselementen, welche über geblieben sind, wurden als § 153e StGB vom Nationalrat beschlossen.

6 Ausnahmen vom Begriff der Schwarzarbeit

Teilweise ist eine Tätigkeit von Anfang an nicht als Schwarzarbeit zu qualifizieren und die ausgeübte Tätigkeit nicht strafwürdig.

Nach den Erläuterungen zu Art 1 des österreichischen SchwaBeG aus dem Jahre 1999 sind *Hilfeleistungen, wie die gegenseitige Unterstützung im Familien-, Freundes- oder Nachbarschaftskreis, welche nicht zu Erwerbszwecken erfolgen,* keine Schwarzarbeit und wurden explizit aus diesem Begriff herausgenommen.[696]

Nach der Regierungsvorlage zum österreichischen SchwaBeG 1999 sind *Hilfeleistungen, die nicht darauf gerichtet sind, Einkommen oder einen sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu lukrieren, sondern aus ideellen Erwägungen erfolgen*, nicht unter den Tatbestand der Schwarzarbeit zu subsumieren.[697]

Als Beispiel werden in den Erläuterungen zur Regierungsvorlage unter dem Begriff „Nachbarschaftshilfe“ ua die Hilfe- und Pflegeleistungen für pflegebedürftige, v.a. ältere Personen in der Familie, im Freundes- oder Nachbarschaftsbereich erwähnt, die vom Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz nicht umfasst werden sollen.[698] Auch die Gegenleistung in Form einer Verköstigung, die den Rahmen einer üblichen Bewirtung nicht übersteigt, ist genausowenig ein wirtschaftlicher Vorteil.[699]

---

[694] *Schrammel,* Der Entwurf eines Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes aus arbeits- und sozialrechtlicher Sicht, 3. Kapitel in *Mayer* (Hrsg.), Schwarzarbeit, Pfuscht der Gesetzgeber? 1999, S. 41.

[695] *Klein,* Aktuelle Sozialpolitik. Schwarzarbeitsgesetz, DRdA 1998, S. 456

[696] Stenographisches Protokoll, 160. Sitzung des NR, XX. Gesetzgebungsperiode vom 25.02.1999, 1. Anfrage, Nr. 244/M, S. 4; 1587 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des NR XX. GP, S. 28.

[697] 1587 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des NR XX. GP, S. 32.

[698] 1587 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des NR XX. GP, S. 32.

[699] 1587 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des NR XX. GP, S. 32.

Auch in den Materialien zu der neuen gesetzlichen Regelung des § 153e StGB wird festgehalten, dass *„Hilfsleistungen, die nicht zu Erwerbszwecken erfolgen, wie die gegenseitige Unterstützung im Familien,- Freundes- oder Nachbarschaftskreis nicht unter Schwarzarbeit fallen“*[700].

Bei Freundschaftsdiensten oder Gefälligkeitsdienstes handelt es sich genausowenig um eine Beschäftigung i.S.d. § 2 Abs 2 AuslBG.

Als Gefälligkeitstätigkeiten werden jedoch nur *„kurzfristige, freiwillige und unentgeltliche Dienste anerkannt, die vom Leistungserbringer auf Grund spezifischer Bindung zwischen ihm und dem Begünstigten erbracht werden.“*[701]

Hinsichtlich der Unentgeltlichkeit muss beachtet werden, dass bereits die Leistung von Kost und Logis, sowie sonstige Vorteilsgewährungen durchaus als Entgelt angesehen werden.[702]

Die neue gesetzliche Norm hat somit keine Auswirkung auf diese Bereiche und begründet keine Strafbarkeit im Falle derartiger Tätigkeiten.

Meiner Meinung nach ist der Ausnahmetatbestand jedenfalls zu begrüßen, birgt jedoch viel Interpretationsspielraum in sich, wann es sich bei einer Tätigkeit tatsächlich um eine Unterstützung im Familien,- Freundes- oder Nachbarschaftskreis handelt bzw. wann doch wieder eine klassische Beschäftigung i.S.d arbeits,- und sozialrechtlichen Normen vorliegt.

Meines Erachtens wird der Ausnahme-Tatbestand vermutlich öfters „missbraucht“ werden, in dem Sinne, dass grundsätzlich ganz normale Arbeitsverhältnisse zwischen einem Arbeitnehmer und Arbeitgeber bzw. Werkverträge zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer als Freundes,- Familien- oder Nachbarschaftsdienste deklariert werden, obwohl tatsächlich eine entsprechende Vergütung – über das Ausmaß einer Geringfügigkeit – erfolgt und der Arbeitnehmer/Auftragnehmer über das Ausmaß eines derartigen freiwilligen Dienstes hinaus Arbeitsleistungen erbringt.

Meines Erachtens werden, v.a. bei gegenseitigen Unterstützungen im Familienkreis die Behörden große Schwierigkeiten haben werden eine Schwarzarbeitsleistung nachzuweisen.

C Die Rechtsordnung Deutschlands

1 Das Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit und illegalen Beschäftigung (Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz – SchwarzArbG 2004)[703]

1.1 Einleitung

Die Rechtsordnung Deutschlands hat im Vergleich zu Österreich eine andere Herangehensweise, wie sie mit der Problematik der Schwarzarbeit und illegalen Beschäftigung umgeht.

---

[700] EBRV SozBeG 698 BlgNR XXII. GP, S. 4 von 22.

[701] VwGH vom 26. 01. 2012, Zl. 2009/09/0286; VwGH vom 22. 03. 2012, 2009/09/0252.

[702] VwGH vom 22. 03. 2012, 2009/09/0252.

[703] Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit und illegalen Beschäftigung (Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz – SchwarzArbG) vom 23.07.2004 (BGBl. I S. 1842), idF des Artikel 7 des Gesetzes vom 21.07.2012 (BGBl. I S. 1566); siehe Ausführungen zur Schwarzarbeit in *Meyerhoff*, Die Bekämpfung der Schwarzarbeit. Eine systematische Darstellung des Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes für die Praxis, Neue Wirtschafts-Briefe, NWB 2006, 1233;

Deutschland ist eines der wenigen Länder (auch in der Schweiz gibt es seit 01.01.2008 ein eigenes Bundesgesetz über Maßnahmen zur Bekämpfung der Schwarzarbeit), das mit einem Gesetz, nämlich dem *„Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit und illegalen Beschäftigung (Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz – SchwarzArbG 2004)“* die Schwarzarbeit bekämpft.[704] In den meisten Ländern wird Schwarzarbeit als Sozialleistungsbetrug bzw Steuerhinterziehung pönalisiert.[705]

In Deutschland wurde bereits im Jahr 1957 (BGBl I S. 315) ein eigens Schwarzarbeitsgesetz eingeführt.[706] Dieses hat jedoch lediglich aus vier Paragraphen bestanden, welche insbesondere die Verstößen gegen die Gewerbeordnung und Handwerksordnung als strafrechtlich relevante Tatbestände angesehen haben.[707] Im Jahre 1973 und 1981 wurde dieses Gesetz novelliert.[708]

Mit der Gesetzesnovelle im Jahr 1957 wurde erstmals der Begriff der Schwarzarbeit in die Gesetzesterminologie aufgenommen.[709] Die Notwendigkeit eines Schwarzarbeitsgesetzes wurde damals vom Staat und Gesetzgeber mit arbeitsmarktpolitischen, steuerpolitischen und wirtschaftspolitischen Argumenten begründet.[710]

Mit dem im Bundesgesetzblatt vom 23.07.2004 verkündeten *„Gesetz zur Intensivierung der Bekämpfung der Schwarzarbeit und damit zusammenhängender Steuerhinterziehung“*[711] ist das aktuelle Gesetz aus dem Jahre 2004, *„Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit und illegalen Beschäftigung (Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz – SchwarzArbG)“*[712] in die Rechtsordnung Deutschlands implementiert worden. Das, nach Art 26 Abs 1 SchwarzArbG, am 01.08.2004 in Kraft getreten Gesetz, bildet die Kernnorm bei der Bekämpfung der Schwarzarbeit und illegalen Beschäftigung.[713] Die Debatte um die Einführung dieses Gesetzes war sehr kontrovers und hatte neben Befürworter auch sehr viele kritische Stimmen, die sich gegen ein derartiges Gesetz ausgesprochen haben.[714]

Vorgänger des SchwarzArbBG 2004 war das Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit aus dem Jahre 1995.[715]

Das gegenständliche Gesetz stellt einen wesentlichen Punkt der Zielvorgaben der Bundesregierung, nämlich Schwarzarbeit und Schattenwirtschaft entschlossen zu verfolgen, dar.[716]

Durch das SchwarzArbG 2004 wurden wichtige bisher in verschiedenen Gesetzen, wie zum Beispiel im Sozialgesetzbuch III und Arbeitnehmerentsendegesetz verstreute

---

[704] *Engelmann,* Schwarzarbeit und ihre wirtschaftspolitischen Konsequenzen, GRIN Verlag, 2009, S. 4; *Schneider/Torgler/Schaltegger,* Schattenwirtschaft und Steuermoral, Zürich, 2008, S. 18 ff.

[705] *Boockmann/Döhrn/Groneck/Verbeek,* Abschätzung des Ausmaßes der Schwarzarbeit, März 2010, S. 3.

[706] *Schneider/Torgler/Schaltegger,* Schattenwirtschaft und Steuermoral, Zürich, 2008, S. 64; *Marschall*, Bekämpfung illegaler Beschäftigung, 2003, S. 5 , Rz 15.

[707] *Friebe,* Das Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit, Köln, 1970, S. 17.

[708] *Miller,* Schwarzarbeit zwischen Anerkennung und Bekämpfung, Konstanz, 1985, S. 194 und 215.

[709] *Friebe,* Das Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit, Köln, 1970, S. 15.

[710] *Friebe,* Das Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit, Köln, 1970, S. 128.

[711] Gesetz zur Intensivierung der Bekämpfung der Schwarzarbeit und damit zusammenhängender Steuerhinterziehung vom 23.07.2004, dtBGBl. I Nr. 39, S. 1842 ff.

[712] Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit und illegalen Beschäftigung (Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz – SchwarzArbG) vom 23.07.2004 (BGBl. I S. 1842), idF des Artikel 7 des Gesetzes vom 21.07.2012 (BGBl. I S. 1566).

[713] *Brenner*, Die Strafrechtliche Bekämpfung von Schwarzarbeit, Berlin, 2008, S. 72; *Fehn* in *Fehn* (Hrsg.), SchwarzArbG-Hk, 2006, Vorbemerkungen vor § 1, Rz 1.

[714] Genaue Ausführungen zur Debatte und Notwendigkeit des Gesetzes in *Brenner*, Die Strafrechtliche Bekämpfung von Schwarzarbeit, Berlin, 2008, S. 91 ff.

[715] Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit i.d F des Beschlusses vom 06.02.1995, BGBl. S. 165.

[716] *Joecks,* Bekämpfung der Schwarzarbeit, in Wistra-Heft 12, 2004, S. 441.

Bestimmungen zur Schwarzarbeitsbekämpfung in einem einzigen zentralen Gesetz gebündelt.[717] Dadurch sollte mehr Transparenz geschaffen werden.[718]

Erstmals wird auch der Begriff Schwarzarbeit gesetzlich definiert.[719] Er wird auch erweitert, insbesondere um den Tatbestand der Verletzung der steuerlichen Pflichten.[720]

In den vorangehenden Gesetzen wurden lediglich die strafbaren Verhaltensweisen normiert, wobei ein Begriffsverständnis der Schwarzarbeit vorausgesetzt wurde.[721] Das Gesetz enthielt keine Legaldefinition.

Nach alter Rechtslage stellte lediglich die Verletzung von Mitwirkungspflichten nach § 60 Abs 1 Z 2 SGB I (nunmehr § 1 Abs 2 Z 3 SchwarzArbG), die Nichtanzeige des Betriebes eines selbständigen Gewerbes oder der Nichterwerb der erforderlichen Reisegewerbekarte (nunmehr § 1 Abs 2 Z 4 SchwarzArbG) und das Betreiben eines Handwerks ohne in die Handwerksrolle eingetragen zu sein (nunmehr § 1 Abs 2 Z 5 SchwarzArbG), eine Ordnungswidrigkeit dar.[722]

Darüber hinaus war eine notwendige Voraussetzung für die Strafbarkeit, dass der Schwarzarbeiter Dienst- oder Werkleistungen im **erheblichen** Umfang erbringt, was mit dem Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz 2004 nunmehr endgültig weggefallen ist.[723] Durch den Wegfall der Tatbestandvoraussetzung der „Erheblichkeit" ist meines Erachtens der Anwendungsbereich erweitert worden und sind die Tatbestandselemente nunmehr objektiver zu prüfen.

Meiner Meinung nach ermöglicht die Normierung des Tatbestandes der Schwarzarbeit in einem einzigen Gesetz, samt ihrer auch in diesem Gesetz festgelegten Sanktionen, die Schaffung einer klareren und verständlicheren gesetzlichen Grundlage, welches Handeln konkret als gesetzwidrige Schwarzarbeit anzusehen ist und allenfalls welche Rechtsfolgen bei einem Verstoß vorgesehen sind und angedroht werden können.

Außerdem wird bei den Normunterworfenen ein Unrechtsbewusstsein und eine gewisse Empfindlichkeit geweckt, welche der Schwarzarbeit präventiv entgegenwirken soll, dass es sich bei Schwarzarbeit nicht um ein Kavaliersdelikt handeln kann, wenn sogar ein eigenes Gesetz mit dem Titel „Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit und illegalen Beschäftigung" vom Gesetzgeber beschlossen wurde.[724] Darüber hinaus wird auf die verantwortlichen Behörden verstärkt Druck ausgeübt mehrfach und öfters die Schwarzarbeiter zu verfolgen.[725]

---

[717] *Spatscheck/Fraedrich*, Schwarzarbeit auf dem Bau, NZBau 11/2007, S. 673; *Többens,* Wirtschaftsstrafrecht, 1. Auflage, München, 2006, C 74 a, S. 214; Merkblatt Bekämpfung von Schwarzarbeit, Juli 2008, Punkt.1 Allgemeines, S. 2, http://www.laehn-stb.de/upload/36547860.pdf; *Joecks,* Bekämpfung der Schwarzarbeit, in Wistra-Heft 12, 2004, S. 441 ff.

[718] *Schneider/Badekow,* Ein Herz für Schwarzarbeiter, Berlin, 2006, S. 116.

[719] *Laitenberger*, Beitragsvorenthaltung, Minijobs und Schwarzarbeitsbekämpfung, NJW 2004, S. 2703; *Spatscheck/Fraedrich*, Schwarzarbeit auf dem Bau, NZBau 11/2007, S. 673; *Engelmann,* Schwarzarbeit und ihre wirtschaftspolitischen Konsequenzen, GRIN Verlag, 2009, S. 4.

[720] *Brenner*, Die Strafrechtliche Bekämpfung von Schwarzarbeit, Berlin, 2008, S. 26 f; *Fehn* in *Fehn* (Hrsg.), SchwarzArbG-Hk, 2006, Vorbemerkungen vor § 1, Rz 1.

[721] *Marschall*, Bekämpfung illegaler Beschäftigung, 2003, S. 149, Rz 571; *Brenner*, Die Strafrechtliche Bekämpfung von Schwarzarbeit, Berlin, 2008, S. 25.

[722] *Brenner*, Die Strafrechtliche Bekämpfung von Schwarzarbeit, Berlin, 2008, S. 25; *Marschall*, Bekämpfung illegaler Beschäftigung, 2003, S. 150, Rz 575.

[723] *Marschall*, Bekämpfung illegaler Beschäftigung, 2003, S. 163 ff, Rz 632 ff.

[724] *Fehn* in *Fehn* (Hrsg.), SchwarzArbG-Hk, 2006, § 1, Rz 22; BT-Dr 15/2573 vom 02.03.2004, 15. Wahlperiode, S. 18; *Többens,* Wirtschaftsstrafrecht, 1. Auflage, München, 2006, C 74 a, S. 214; *Ambs*, SchwarzArbG in *Erbs/Kohlhaas/Ambs*, (Hrsg.), Strafrechtliche Nebengesetze, München, 2010, § 1, Rz 2.

[725] *Ambs*, SchwarzArbG in *Erbs/Kohlhaas/Ambs*, (Hrsg.), Strafrechtliche Nebengesetze, München, 2010, Vorm., Rz 4; *Schneider/Badekow,* Ein Herz für Schwarzarbeiter, Berlin, 2006, S. 113.

1.2 Die gesetzliche Definition der Schwarzarbeit nach dem SchwarzArbBG

1.2.1 Einführung

§ 1[726] ***Zweck*** *des Gesetzes i.S.d. § 1 Abs 1 SchwarzArbBG ist die Intensivierung der* ***Bekämpfung der Schwarzarbeit****.*[727]

§ 1 Abs 2 enthält anschließend eine **Legaldefinition** des Begriffs der Schwarzarbeit und definiert diesen auf nahstehende Weise:

„Schwarzarbeit leistet, wer Dienst- oder Werkleistungen erbringt oder ausführen lässt und dabei

1. als Arbeitgeber, Unternehmer oder versicherungspflichtiger Selbstständiger seine sich auf Grund der Dienst- oder Werkleistungen ergebenden ***sozialversicherungsrechtlichen Melde-, Beitrags- oder Aufzeichnungspflichten*** *nicht erfüllt,*

2. als Steuerpflichtiger seine sich auf Grund der Dienst- oder Werkleistungen ergebenden ***steuerlichen Pflichten*** *nicht erfüllt,*

3. als Empfänger von ***Sozialleistungen*** *seine sich auf Grund der Dienst- oder Werkleistungen ergebenden* ***Mitteilungspflichten*** *gegenüber dem Sozialleistungsträger nicht erfüllt,*

4. als Erbringer von Dienst- oder Werkleistungen seiner sich daraus ergebenden Verpflichtung zur ***Anzeige vom Beginn des selbstständigen Betriebes eines stehenden Gewerbes*** *nach § 14 der Gewerbeordnung*[728] *nicht nachgekommen ist oder die erforderliche Reisegewerbekarte nach § 55 der Gewerbeordnung nicht erworben hat,*

5. als Erbringer von Dienst- oder Werkleistungen ein zulassungspflichtiges ***Handwerk*** *als stehendes Gewerbe selbstständig betreibt, ohne gemäß § 1 Handwerksordnung*[729] *in der Handwerksrolle eingetragen zu sein.“*

Zusammenfassend versteht man unter dem Begriff der Schwarzarbeit iSd SchwarzArbBG die Erbringung oder das Ausführen lassen von Dienst- oder Werkleistungen unter Verstoß gegen sozialversicherungsrechtliche oder steuerrechtliche Bestimmungen. Darüber hinaus fällt unter dem Begriff der Schwarzarbeit ebenfalls die ungerechtfertigte Beziehung von Sozialleistungen oder die Verletzung von Anzeige- und Eintragungspflichten nach dem Gewerbe- oder Handwerksrecht, welche Voraussetzungen für den Berufszugang darstellen.[730] Es werden sowohl gewerberechtliche, als auch handwerksrechtliche, aber insbesondere auch fiskalische Aspekte von Schwarzarbeit erfasst.[731] Allgemein kann gesagt werden, dass die Strafbarkeit aus der Verletzung von Pflichten

---

[726] § 1 geändert durch Gesetz vom 21.12.2000 (BGBl. I S. 1983), in Kraft ab 01.01.2002; geändert durch Gesetz vom 13.09.2001 (BGBl. I S. 2376), in Kraft ab 01.01.2002; geändert durch Gesetz vom 23.07.2002 (BGBl. I S. 2787), in Kraft ab 01.08.2002; geändert durch Gesetz vom 23.12.2003 (BGBl. I S. 2848), in Kraft ab 01.01.2004; geändert durch Gesetz vom 23.07.2004 (BGBl. I S. 1842), in Kraft ab 01.08.2004.

[727] *Fehn* in *Fehn* (Hrsg.), SchwarzArbG-Hk, 2006, § 1, Rz 7.

[728] Gewerbeordnung (GewO) vom 21.06.1869 idF der Bekanntmachung vom 22.02.1999, BGBl. I S. 202, geändert durch BGBl. I S. 1341 vom 11.07.2011.

[729] Gesetz zur Ordnung des Handwerks (HwO) vom 17.09.1953, BGBl I 1953, 1411, neugefasst durch Bekanntmachung vom 24.09.1998, BGBl. I S, 3074, geändert durch BGBl. I S. 1341 vom 11.07.2011.

[730] *Fricke,* Die Definition des § 1 II SchwarzArbG in *Leßmann/Backhaus* (Hrsg.), Zivilrechtliche Folgen von Verstößen gegen das SchwarzArbG, Band 15, Frankfurt am Main 2005, S. 7 f; *Brenner*, Die Strafrechtliche Bekämpfung von Schwarzarbeit, Berlin, 2008, S. 72 ff.

[731] *Marschner*, Gesetzliche Neuregelungen zur Schwarzarbeit, NWB 2004 F 15, 791 (792); *Kohlmann,* Steuerstrafrecht mit Ordnungswidrigkeitenrecht und Verfahrensrecht, Kommentar zu § 370 AO, Rz 63; *Fehn* in *Fehn* (Hrsg.), SchwarzArbG-Hk, 2006, Vorbemerkungen vor § 1, Rz 2.

resultiert, insbesondere von Mitteilungs- Melde- Aufzeichnungs- und/oder Zahlungspflichten.[732]

Die Legaldefinition ist zwar sehr weit, jedoch ist hervorzuheben, dass die Sanktionierung bestimmter Tatbestände gar keinen Niederschlag in den Straf- bzw Bußgeldvorschriften des SchwarzArbBG gefunden hat, sondern die Sanktionen zu gewissen Tatbeständen in eigenen Gesetzen normiert sind.

1.2.2 Begriff der Dienst- oder Werkleistung

Der Begriff der Dienst- bzw. Werkleistung ist weit auszulegen.[733] Darunter sollen nicht nur echte Dienstverträge iSd §§ 611 ff BGB oder Werkverträge iSd §§ 631 ff BGB fallen, sondern auch andere Vertragsarten, wie der Maklervertrag, der Reisevertrag, der Geschäftsbesorgungsvertrag, der Speditionsvertrag oder auch der Werklieferungsvertrag.[734] Darüber hinaus muss die Ausführung der Leistung jedenfalls für einen anderen Dritten erfolgen.[735] Ein Schwarzarbeiter kann insofern entweder ein Arbeitnehmer oder ein Auftragnehmer sein.[736]

1.2.3 Zu den sozialversicherungsrechtlichen Aspekte des Begriffs der Schwarzarbeit nach § 1 Abs 2 Z 1 Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz

1.2.3.1 Einleitung

Welcher Aspekt der Schwarzarbeit wird in der Ziffer 1 der gesetzlichen Definition behandelt? Die **Ziffer 1** des § 1 Abs 2 SchwarzArbBG behandelt **sozialversicherungsrechtliche** Aspekte des Begriffs Schwarzarbeit. Die entsprechenden Pflichten des Arbeitgebers und die daraus resultierenden möglichen Verstöße ergeben sich aus den Sozialgesetzbüchern.[737] Die in der Ziffer 1 normierten, sich aus dem Sozialrecht ergebenden, Pflichten des Arbeitgebers, Aufzeichnungen zu führen, bestimmte für das Sozialversicherungsverhältnis notwendigen Meldungen zu machen, Zahlungen durchzuführen und die Arbeitgeber- und Arbeitnehmeranteile an Sozialversicherungsbeiträgen monatlich zu berechnen und an die Versicherungen abzuführen, sind insbesondere im deutschen Sozialgesetzbuch IV in den §§ 28a, 28e und 28f SGB IV normiert.[738] Hinsichtlich der Unfallversicherung ergibt sich die Meldeverpflichtung aus §§ 165, 166, 192 SGB VII und die Beitragspflicht aus § 150 SGB VII.[739] Der Arbeitgeber ist Schuldner der gesamten Sozialversicherungsbeiträge.[740]

---

[732] *Weigand* in *Dornbusch/Fischermeier/Löwisch,* Fachanwaltskommentar Arbeitsrecht, 2. Auflage, 2008, SchwarzArbG, § 1 Rz 2; *Brenner*, Die Strafrechtliche Bekämpfung von Schwarzarbeit, Berlin, 2008, S. 72 f; *Fehn* in *Fehn* (Hrsg.), SchwarzArbG-Hk, 2006, § 1, Rz 22.

[733] BT-Dr 15/2573 vom 02.03.2004, 15. Wahlperiode, S. 18; *Brenner*, Die Strafrechtliche Bekämpfung von Schwarzarbeit, Berlin, 2008, S. 184.

[734] *Berwanger* in *Fehn* (Hrsg.), SchwarzArbG-Hk, 2006, § 2, Rz 6 und S. 62, Fn 30; *Friebe,* Das Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit, Köln, 1970, S. 33 f; siehe zum Begriff Dienst- oder Werkleistungen in *Marschall*, Bekämpfung illegaler Beschäftigung, 2003, S. 161 ff, Rz 624 ff.

[735] *Ambs*, SchwarzArbG in *Erbs/Kohlhaas/Ambs*, (Hrsg.), Strafrechtliche Nebengesetz, München, 2010, § 8, Rz 23; *Friebe,* Das Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit, Köln, 1970, S. 33 f.

[736] *Wamers* in *Fehn* (Hrsg.), SchwarzArbG-Hk, 2006, § 3, Rz 16.

[737] *Brenner*, Die Strafrechtliche Bekämpfung von Schwarzarbeit, Berlin, 2008, S. 73.

[738] *Marschall*, Bekämpfung illegaler Beschäftigung, 2003, S. 106 f, Rz 413 f; *Brenner*, Die Strafrechtliche Bekämpfung von Schwarzarbeit, Berlin, 2008, S. 73; *Fehn* in *Fehn* (Hrsg.), SchwarzArbG-Hk, 2006, § 1, Rz 30.

[739] *Fehn* in *Fehn* (Hrsg.), SchwarzArbG-Hk, 2006, § 1, Rz 30.

[740] *Brenner*, Die Strafrechtliche Bekämpfung von Schwarzarbeit, Berlin, 2008, S. 73.

Der häufigste Fall eines Verstoßes gegen die Ziffer 1 ist, wenn der Arbeitgeber seinen Arbeitnehmer, trotz Meldepflicht, nicht, oder verspätet zu den Sozialversicherungen meldet.[741] Vielfach führt der Arbeitgeber, trotz Meldung des Arbeitnehmers zu den Sozialversicherungen, pflichtwidrig keine Sozialversicherungsbeiträge an die Sozialversicherungen ab, obwohl er diese vom Bruttogehalt des Arbeitnehmers einbehält.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die zwei häufigsten Verstöße gegen die Ziffer 1, einerseits die komplette Unterlassung der Meldung des Arbeitnehmers zu den Sozialversicherungen ist, andererseits, wenn der Arbeitgeber, trotz ordnungskonformer Meldung des Arbeitnehmers, die vom Arbeitgeber einbehaltenen Sozialversicherungsbeiträge gesetzwidrig nicht an die Sozialversicherungen abführt.

1.2.3.2 Voraussetzungen einer Melde- bzw. Beitragspflicht zu den Sozialversicherungen

Wann besteht überhaupt eine sozialversicherungsrechtliche Melde- und Beitragspflicht?

Eine Beitragspflicht zu den Sozialversicherungen besteht lediglich bei unselbständiger entgeltlicher Beschäftigung iSd § 2 Abs 2 und § 7 Abs 2 SGB IV. Darunter fallen sowohl Arbeiter als auch Angestellte und auch arbeitnehmerähnliche Beschäftigte, wobei für eine Qualifikation eine Gesamtbeurteilung aller wesentlichen Umstände vorzunehmen ist.[742] Dabei wird auf die typischen Merkmale eines Unselbständigen nach § 7 SGB IV zurückgegriffen und insbesondere auf die Vermutungsregelung des § 7 Abs 4 SGB IV.[743] § 7 Abs 4 SGB IV normiert: *„Für Personen, die für eine selbständige Tätigkeit einen Zuschuss nach § 421l des Dritten Buches oder eine entsprechende Leistung nach § 16 des Zweiten Buches beantragen, wird widerlegbar vermutet, dass sie in dieser Tätigkeit als Selbständige tätig sind. Für die Dauer des Bezugs dieses Zuschusses gelten diese Personen als selbständig Tätige."*

Auch ist grundsätzlich für die Annahme einer Versicherungspflicht gemäß § 3 SGB IV iSd Territorialitätsprinzips eine Beschäftigung auf dem Bundesgebiet notwendige Voraussetzung. Es besteht nach § 27 Abs 1 SGB IV z.B. keine Versicherungspflicht für sog. versicherungsfreie Beschäftigte, wie zB Beamte, Soldaten, Studenten, Schüler und Praktikanten. Auch bei einer Ausstrahlung gemäß § 4 SGB IV, insbesondere im Falle einer Entsendung in ein anderes Land bzw. einer Einstrahlung gemäß § 5 SGB IV, insbesondere bei einer Entsendung nach Deutschland, besteht keine Verpflichtung der Anmeldung dieses Arbeitnehmers zu den Sozialversicherungen.[744] Diese bleiben nämlich ausnahmsweise weiterhin in ihrem Land versichert. Um das Ausmaß der Arbeit nicht zu sprengen wird das Thema nicht weiter erörtert und soll es bei den einleitenden allgemeinen Ausführungen belassen werden.

Der Arbeitgeber hat selbständig zu prüfen, ob und in welcher Höhe Sozialversicherungsbeiträge für eine Beschäftigung zu entrichten sind.[745] Die Arbeitnehmeranteile werden auf Grundlage der Höhe des Lohns berechnet und bilden einen Teil des Brutto-

[741] *Weber,* Wirtschaftsstrafrecht – Die Bekämpfung der Schwarzarbeit, 2009, S. 13.

[742] Genauere Ausführungen zum Begriff des unsebständig Beschäftigten in *Marschall*, Bekämpfung illegaler Beschäftigung, 2003, S. 107-110, Rz 417-426.

[743] Genauere Ausführungen zum Begriff des unsebständig Beschäftigten in *Marschall*, Bekämpfung illegaler Beschäftigung, 2003, S. 107-110, Rz 417-426.

[744] Zum Begriff der Ausstrahlung: *Marschall*, Bekämpfung illegaler Beschäftigung, 2003, S. 111 f, Rz 433-435; Zum Begriff der Einstrahlung: *Marschall*, Bekämpfung illegaler Beschäftigung, 2003, S. 113 f, Rz 436-441.

[745] *Boxleitner* in *Wabnitz/Janovsky,* Hb des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 3. Auflage, Kapitel 17, Rz 46.

lohns, welcher dem Arbeitnehmer vom Arbeitgeber gemäß § 28g SGB IV abgezogen werden darf.[746]

Z 1 pönalisiert grundsätzlich die durch den Arbeitgeber begangenen Verstöße gegen Formvorschriften, wobei davon ausgegangen werden kann, dass mit derartigen Verstößen gleichzeitig der strafrechtlich relevante Tatbestand der Verkürzung von Sozialversicherungsbeiträgen begangen wird.[747]

1.2.3.3 Zum gerichtlicher Straftatbestand bei Verstößen gegen die sozialversicherungsrechtlichen Verpflichtungen

Mit welchen gerichtlichen Straftatbeständen werden die Verstöße gegen die sozialversicherungsrechtlichten Pflichten des Arbeitgebers in Deutschland verfolgt?

§ 266a dtStGB[748] ist die zentrale gerichtlich strafrechtliche Norm bei der Bekämpfung der Schwarzarbeit und pönalisiert unter der Überschrift *„Vorenthalten und Veruntreuung von Arbeitnehmerentgelt"* die Beschäftigung von Schwarzarbeitern idS dass der Arbeitgeber die gesetzlich vorgesehenen Sozialversicherungsabgaben an die Einzugsstelle pflichtwidrig nicht abführt.[749]

Hinsichtlich des **subjektiven Tatbestandes** ist der Eventualvorsatz hinsichtlich aller objektiven Merkmale ausreichend idS dass der Täter eine Pflichtverletzung billigend in Kauf nimmt und sich damit abfindet.[750] Mangels Normierung im Tatbestand des § 266a StGB ist kein Schädigungs- oder Bereicherungsvorsatz für die Strafbarkeit notwendig.

§ 266a StGB sieht neben der Nichtabführung von Arbeitnehmeranteilen auch seit dem Jahre 2004[751] unter bestimmten Voraussetzungen das Nichtabführen von Dienstgeberanteilen an Beiträgen zur Sozialversicherung als strafrechtlich relevante Straftat an. Das Nichtabführen von Arbeitgeberbeiträgen war bis dahin nicht einmal eine verwaltungsstrafrechtliche Ordnungswidrigkeit.[752]

Die häufigsten Fälle in diesem Zusammenhang sind, wenn sozialversicherungsrechtlich erhebliche Tatsachen unvollständig oder unrichtig angegeben wurden oder derartige Angaben pflichtwidrig überhaupt gänzlich unterlassen wurden.[753] Die Strafbarkeit hinsichtlich der Arbeitgeberbeiträge wird insbesondere durch ein „Verschweigen", „in Unkenntnis lassen" der Sozialversicherungen begründet.[754] Es wird u.a. die Verletzung der Offenlegungspflicht sozialversicherungsrechtlich relevanter Tatsachen pönalisiert.[755]

---

[746] *Tag* in *Kindhäuser* (Hrsg.), Nomos Kommentar zum StGB, 2. Auflage, 2006, Rz 40 zu § 266a StGB.

[747] BT-Dr 15/2573 vom 02.03.2004, 15. Wahlperiode, S. 19; *Ambs*, SchwarzArbG in *Erbs/Kohlhaas/Ambs*, (Hrsg.), Strafrechtliche Nebengesetze, München, 2010, § 1 Zweck des Gesetzes Rz 5.

[748] StGB vom 15.05.1871 idF der Bekanntmachung vom 13.11.1998, BGBl. I S. 3322, idF BGBl. I S. 1266 vom 23.06.2011.

[749] *Brenner*, Die Strafrechtliche Bekämpfung von Schwarzarbeit, Berlin, 2008, S. 99.

[750] *Tag* in *Kindhäuser* (Hrsg.), Nomos Kommentar zum StGB, 2. Auflage, 2006, Rz 80 zu § 266a StGB.

[751] Gesetz zur Intensivierung der Bekämpfung der Schwarzarbeit und damit zusammenhängender Steuerhinterziehung vom 23.07.2004, dBGBl. I Nr. 39, S. 1849.

[752] *Tag* in *Kindhäuser* (Hrsg.), Nomos Kommentar zum StGB, 2. Auflage, 2006, Rz 85 zu § 266a StGB.

[753] *Fehn* in *Fehn* (Hrsg.), SchwarzArbG-Hk, 2006, Vorbemerkungen vor § 1, Rz 12; *Spatscheck/Fraedrich*, Schwarzarbeit auf dem Bau, NZBau 11/2007, S. 678; *Weber,* Wirtschaftsstrafrecht – Die Bekämpfung der Schwarzarbeit, 2009, S. 15; *Laitenberger*, Beitragsvorenthaltung, Minijobs und Schwarzarbeitsbekämpfung, NJW 2004, S. 2703; *Brenner*, Die Strafrechtliche Bekämpfung von Schwarzarbeit, Berlin, 2008, S. 117 f.

[754] *Laitenberger*, Beitragsvorenthaltung, Minijobs und Schwarzarbeitsbekämpfung, NJW 2004, S. 2704.

[755] *Radtke* in *Joecks/Miebach* (Hrsg.), Münchner Kommentar zum StGB, Band 5, Rz 90 zu § 266a StGB.

Die Strafbarkeit wurde analog zu § 370 AO normiert, welcher einerseits ein positives Tun, die Abgabe von unvollständigen oder unrichtigen Angaben und andererseits das gänzliche Unterlassen einer Angabe sanktioniert.[756] Die Verletzung derartiger Mitteilungspflichten führt zu einer straftatbestandsrelevanten Handlung.[757]

Zu den Arbeitgeberanteilen zählt neben den Anteilen, die auch auf den Arbeitnehmer entfallen, wie die Beiträge zur Kranken- oder Pensionsversicherung, ebenfalls der nur vom Arbeitgeber zu leistende Beitrag zu der Unfallversicherung.[758]

Durch die Normierung der Strafbarkeit des Nichtabführens der Dienstgeberanteile an die Sozialversicherungen wird erstmal auch die geringfügige Beschäftigung vom strafrechtlichen Tatbestand des § 266a StGB erfasst, da bei derartigen Beschäftigungen lediglich der Arbeitgeber die Sozialversicherungsbeiträge zu tragen hat.[759] Von der Strafbarkeit sollen jedoch gemäß § 8a SGB IV die Fälle der geringfügigen Beschäftigung in **Privathaushalten** ausgenommen werden, weswegen in § 111 SGB IV und § 209 SGB VII gesetzlich verankert wurde, dass derartige Fälle, Tatbestände des Ordnungswidrigkeitenrechts sind.[760] Teleos dieser Ausnahme wird der zumeist geringe Schuld- und Unrechtsgehalt einer derartigen Tätigkeit sein.

Mit Einführung des Absatzes 2 wurde ein umfassender Schutz der Sozialversicherungsbeiträge geschaffen und nicht, wie zuvor, nur eines Teiles davon.[761] Absatz 1 und Absatz 2 des § 266a StGB bilden eine Tateinheit iSd § 52 StGB.[762]

Für Sachverhalte - vor In-Kraft-Treten der Strafbarkeit des Nichtabführens von Arbeitgeberanteile nach § 266a Abs 2 StGB - kommt weiterhin die Möglichkeit einer Bestrafung wegen Betruges nach § 263 dtStGB zu, wenn der Arbeitgeber die Sozialversicherungen mit Bereicherungsvorsatz über wesentliche Tatsachen täuscht und diese auf Grund des Irrtums Vermögensverfügungen tätigen und dadurch einen Schaden erleiden.[763]

Die vollständige Sanktionierung, sowohl hinsichtlich der Arbeitnehmerbeiträge, als auch der Arbeitgeberbeiträge, ist meines Erachtens positiv zu werten, da nunmehr die Beitragszahlungen zu den Sozialversicherungen vollständig geschützt werden.

1.2.3.3.1 Vergleich der Strafbarkeit des Nichtabführens von Sozialversicherungsbeiträgen des § 153c öStGB mit dem § 266a dtStGB

Im Vergleich zum österreichischen § 153c StGB, welcher das Vorenthalten von Dienstnehmer-Anteilen pönalisiert, kommt es für die Strafbarkeit der Nichtbezahlung und Abführung der Dienstnehmerbeiträge nach der deutschen Rechtsordnung eben nicht darauf an, ob der Lohn de facto bezahlt wurde oder nicht.[764] Auch im Falle der Nichtauszahlung des Lohns wird, nach der deutschen Rechtsordnung, der Tatbestand

[756] *Radtke* in *Joecks/Miebach* (Hrsg.), Münchner Kommentar zum StGB, Band 5, Rz 1 zu § 266a StGB; *Brenner*, Die Strafrechtliche Bekämpfung von Schwarzarbeit, Berlin, 2008, S. 117 ff.

[757] *Spatscheck/Fraedrich*, Schwarzarbeit auf dem Bau, NZBau 11/2007, S. 678.

[758] *Tag* in *Kindhäuser* (Hrsg.), Nomos Kommentar zum StGB, 2. Auflage, 2006, Rz 87 f zu § 266a StGB.

[759] *Laitenberger*, Beitragsvorenthaltung, Minijobs und Schwarzarbeitsbekämpfung, NJW 2004, S. 2704.

[760] *Laitenberger*, Beitragsvorenthaltung, Minijobs und Schwarzarbeitsbekämpfung, NJW 2004, S. 2704.

[761] *Laitenberger*, Beitragsvorenthaltung, Minijobs und Schwarzarbeitsbekämpfung, NJW 2004, S. 2703.

[762] *Fehn* in *Fehn* (Hrsg.), SchwarzArbG-Hk, 2006, §§ 8,9, Rz 34.

[763] *Boxleitner* in *Wabnitz/Janovsky,* Hb des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 3. Auflage, Kapitel 17, Rz 52; *Brenner*, Die Strafrechtliche Bekämpfung von Schwarzarbeit, Berlin, 2008, S. 151 ff.

[764] § 266a dtStGB idF Gesetzes zur Erleichterung der Bekämpfung von illegaler Beschäftigung und Schwarzarbeit vom 23.07.2002 - dtBGBl I, 52, 2787; *Brenner*, Die Strafrechtliche Bekämpfung von Schwarzarbeit, Berlin, 2008, S. 19 und 111.

des § 266a erfüllt. Werden die Sozialversicherungsbeiträge am Tage ihrer Fälligkeit nicht an die Sozialversicherungen entrichtet, so gilt die Tat mit diesem Zeitpunkt als vollendet.[765] Der Tag der Fälligkeit ist gemäß § 23 Abs 1 SGB IV der *drittletzte Bankarbeitstag des Monats, in welchem der Arbeitnehmer gearbeitet hat oder arbeiten hätte sollen*.[766] Handelt der Täter vorsätzlich so wird mit dem Zeitpunkt der Fälligkeit die Strafbarkeit nach § 266a Abs 1 StGB vollendet.[767]

Im Unterschied zum § 266a StGB der deutschen Rechtordnung ist zusätzlich nach § 153c öStGB die Strafbarkeit nur dann gegeben, wenn es sich um Dienstnehmeranteile von tatsächlich ausbezahlten Löhnen handelt.[768]

Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass die Regelung der deutschen Rechtsordnung viel extensiver ist. Einserseits was den Aspekt der mangelnden Strafbarkeit des Nichtabführens der Arbeitgeberbeiträge nach der österreichischen Rechtsordnung anbelang und weiters hinsichtlich des Umstandes, dass, um die Strafbarkeit des § 153c StGB zu erfüllen, zwingende Voraussetzung ist, dass der Lohn an den Arbeitnehemer auch tatsächlich ausbezahlt wird.

Um einen umfassenden Schutz des Sozialversicherungssystems zu sichern wäre meiner Meinung nach auch in Österreich eine Anpassung des Tatbestandes an den der deutschen Rechtsordnung eine rechtspolitisch empfehlenswerte Maßnahme.

1.2.3.4 Die Sofortmeldepflicht zu den Sozialversicherungen nach § 28 Abs 4 SGB IV

Wann ist eine Meldung als rechtzeitig zu qualifizieren?

Die Bestimmung des § 28a Abs 4 SGB IV normiert eine Sofortmeldepflicht des Arbeitgebers an die Datenstelle der Rentenversicherung bei der Aufnahme einer Beschäftigung eines Arbeitnehmers. Durch die Sofortmeldeverpflichtung soll Schwarzarbeit und illegale Beschäftigung einschränkt werden.[769] Die Norm wurde erst mit 01.01.2009 in Deutschland eingeführt (Gesetz vom 21.12.2008, BGBl. I S. 2940).

Dadurch wurde – lediglich jedoch in gewissen Branchen – die bisher in Geltung stehende 6-wöchige Frist zur Meldung des Arbeitnehmers zu den Sozialversicherungen abgelöst.

Die Sofortmeldepflicht gilt jedoch nicht allumfassend für alle Branchen, sondern ist auf neun bestimmte Wirtschaftszweige beschränkt, welche im § 28a Abs 4 SGB IV aufgezählt wurden. Die relevanten Wirtschaftsbereiche sind danach, *„das Baugewerbe, das Gaststätten- und Beherbergungsgewerbe, das Personenbeförderungsgewerbe, das Speditions-, Transport- und damit verbundenen Logistikgewerbe, das Schaustellergewerbe, Unternehmen der Forstwirtschaft, das Gebäudereinigungsgewerbe, Unternehmen, die sich am Auf- und Abbau von Messen und Ausstellungen beteiligen und die Fleischwirtschaft."* Eine Sofortmeldung muss den Vor- und Familiennamen des Arbeitnehmers, seine Versicherungsnummer, den Tag des Beschäftigungsbeginns und die

[765] BGH Beschluss vom 28.05.2002 – 5 StR 16/02 (LG Neuruppin), NJW 2002 – Heft 34, S. 2480; *Weber,* Wirtschaftsstrafrecht – Die Bekämpfung der Schwarzarbeit, 2009, S. 14; *Radtke* in *Joecks/Miebach* (Hrsg.), Münchner Kommentar zum StGB, Band 5, Rz 24 zu § 266 a StGB.

[766] *Brenner*, Die Strafrechtliche Bekämpfung von Schwarzarbeit, Berlin, 2008, S. 112.

[767] *Spatscheck/Fraedrich*, Schwarzarbeit auf dem Bau, NZBau 11/2007, S. 678.

[768] *Kirchbacher/Presslauer*, § 153c StGB in *Höpfel/Ratz* (Hrsg.), WK zum StGB, 2. Auflage, Rz 2 zu § 153c StGB; EBRV SozBeG 698 BlgNR XXII. GP, S. 7 von 22.

[769] *BMF,* Entwicklung der Bekämpfung der Schwarzarbeit und der illegalen Beschäftigung, Bericht September 2009, Punkt 5.3 (Administrative Maßnahmen); Deutsches Handwerksblatt, Juli 2008, www.handwerksblatt.de

Betriebsnummer des Arbeitgebers enthalten. Abgesehen von den in § 28a Abs 4 SGB IV genannten Branchen, ist nach § 6 Datenerfassungs- und übermittlungs-Verordnung (DEÜV)[770] eine Meldung sämtlicher versicherungspflichtiger Beschäftigungen durch Datenübertragung erst mit der ersten folgenden Lohn- und Gehaltsabrechnung, spätestens innerhalb von sechs Wochen nach nach der Zahlung zu erstatten, wenn nicht kürzere Meldefristen gesetzlich bestimmt sind, wie eben die oben beschriebene Sofortmeldeverpflichtung.

In Unterschied zur deutschen Rechtsordnung ist in Österreich seit 01.01.2008 eine umfassende Meldepflicht vor Arbeitsbeginn nach § 33 ASVG für sämtliche Arbeitnehmer in allen Wirtschaftsbereichen normiert, was meines Erachtens vom deutschen Gesetzgeber auch derart zu normieren sein müsste, um einen umfassenden Schutz der Sozialversicherungen zu gewährleisten.

1.2.3.5 Die Mitführungs- und Vorlagepflicht von Ausweisen nach § 2a Abs 1 SchwarzArbG

Gleichzeitig mit der gesetzlichen Verpflichtung zur Sofortmeldung der Beschäftigungsaufnahme wurde mit Beginn des Jahres 2009 im § 2a Abs 1 SchwarzArbG eine Mitführungs- und Vorlagepflicht von Ausweispapieren, welche eine dauernden Mitführung eines Reisepasses oder Personalausweises durch Arbeitnehmer und Selbständige, wie auch die Vorlage der Papiere den Zollbehörden gesetzlich vorsieht, normiert. Diese Verpflichtung ist jedoch auch nur auf die obgenannten Wirtschaftsbereiche beschränkt.

Ein Führerschein oder eine E-Card reichen, auf Grund ihrer erhöhten Fälschungsmöglichkeit, zur Identitätsfeststellung nicht aus.[771] Auch in Österreich ist eine Mitführungspflicht eines Reisepasses durch Ausländer in § 32 Abs 2 FPG normiert.[772]

1.2.3.6 Weitere Erscheinungsformen der Schwarzarbeit im sozialversicherungsrechtlichen Bereich

Darüber hinaus gibt es im sozialversicherungsrechtlichen Bereich weitere Erscheinungsformen von gesetzwidrigen Verstößen gegen das Sozialversicherungsrecht. Solche Erscheinungsformen sind zB Scheinentsendungen, die Scheinselbständigkeit, Lohnsplitting, Verwendung von Abdeckrechnungen im Rahmen von gegründeten Scheinfirmen und die doppelte Lohnbuchhaltung. [773]

Unter **Scheinentsendungen** wird die Erbringung von Leistungen durch ausländische Arbeitnehmer von ausländischen europäischen Unternehmen, die iSd europäischen Gemeinschaftsrechtes nicht entsendefähig sind, verstanden.[774]

Hinsichtlich der **Scheinselbstständigkeit** ist auf die Ausführungen, welche nachstehend in einem selbständigen Kapitel behandelt werden, zu verweisen. Einleitend ist lediglich zu erwähnen, dass unter dem Begriff der Scheinselbständigkeit eine de facto

---

[770] Verordnung über die Erfassung und Übermittlung von Daten für die Träger der Sozialversicherung (Datenerfassungs- und -übermittlungsverordnung - DEÜV) neugefasst durch Beschluss vom 23.01.2006, BGBl. I S. 152 idF vom 29.09.2011, BGBl. I 2011, Nr. 49, S. 1889-1944.[771] Deutsches Handwerksblatt, Juli 2008, www.handwerksblatt.de

[771] Deutsches Handwerksblatt, Juli 2008, www.handwerksblatt.de

[772] *Houf/Lehner,* KIAB-Kontrollen, Wien, 2008, Rz 214.

[773] *BMF,* Entwicklung der Bekämpfung der Schwarzarbeit und der illegalen Beschäftigung, Bericht September 2009, Punkt 4.1 (Schwarzarbeit).

[774] *BMF,* Entwicklung der Bekämpfung der Schwarzarbeit und der illegalen Beschäftigung, Bericht September 2009, Punkt 4.1 (Schwarzarbeit).

abhängige unselbständige Beschäftigung, die aber nach außen hin zum Schein selbständig ausgeführt wird, zu verstehen ist.[775] Auch die Problematik der **Scheinfirmen** wird in einem weiteren Kapitel der Arbeit eigens behandelt werden.

Im Rahmen eines **Lohnsplittings** werden Lohnabrechnungen eines Vollzeitbeschäftigten über mehrere geringfügig beschäftigte fiktive Personen, welche faktisch gar nicht bei diesem Arbeitgeber beschäftigt sind, vielfach Familienangehörige, geführt, obwohl der Lohn an nur eine Person ausbezahlt wird und nur dieser für seine Arbeitsleistung zusteht.[776]

1.2.4 Zum steuerrechtlichen Aspekt des Begriffs der Schwarzarbeit nach § 1 Abs 2 Z 2 Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz

1.2.4.1 Einleitung

Welchen Aspekt der Schwarzarbeit behandelt die Ziffer 2 des gegenständlichen Gesetzes?

In **Ziffer 2** wird ein weiterer Aspekt, der Schwarzarbeit, nämlich der Verstoß gegen **steuerliche Verpflichtungen**, normiert.

Unter dem Begriff der Steuer in diesem Zusammenhang ist vor allem die Lohn-Einkommens-Körperschaftssteuer, sowie die Umsatz- und Gewerbesteuer zu subsumieren.[777]

Im Falle des selbständigen Schwarzarbeiters ist insbesondere die Umsatz- und Gewerbesteuer die relevante Steuer.[778]

Die Ziffer 2 umfasst, im Falle des unselbständigen Arbeitnehmers, insbesondere die Verpflichtung zur Abführung der Lohnsteuer, welche eine Unterart der Einkommensteuer ist, wenn eine derartige Verpflichtung für den Arbeitnehmer im Inland nach § 1 EStG besteht.[779] Der Arbeitgeber ist zu einer Lohnsteuervoranmeldung und Abführung der geschuldeten Lohnsteuer für jeden unselbständigen Arbeitnehmer auf Grund des Dienstverhältnisses verpflichtet.[780] Wobei der Arbeitnehmer in Wirklichkeit der wahre Steuerschuldner ist.[781]

Um den Tatbestand der Ziffer 2 zu erfüllen ist jedoch die Steuerhinterziehung nicht unbedingte Voraussetzung, sondern reicht für die Erfüllung des Tatbestandes bereits das Unterlassen der Lohnsteuervoranmeldung und Abführung der geschuldeten Lohnsteuer aus.[782]

---

[775] Siehe Ausführungen zur Scheinselbständigkeit in *Brenner*, Die Strafrechtliche Bekämpfung von Schwarzarbeit, Berlin, 2008, S. 106 ff.

[776] *Weber,* Wirtschaftsstrafrecht – Die Bekämpfung der Schwarzarbeit, 2009, S. 13; *Boxleitner* in *Wabnitz/Janovsky,* Hb des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 3. Auflage, Kapitel 17, Rz 43; *BMF,* Entwicklung der Bekämpfung der Schwarzarbeit und der illegalen Beschäftigung, Bericht September 2009, Punkt 4.1 (Schwarzarbeit).

[777] *Fehn* in *Fehn* (Hrsg.), SchwarzArbG-Hk, 2006, § 1, Rz 31; *Brenner*, Die Strafrechtliche Bekämpfung von Schwarzarbeit, Berlin, 2008, S. 73; BT-Dr 15/2573 vom 02.03.2004, 15. Wahlperiode, S. 19.

[778] *Spatscheck/Fraedrich*, Schwarzarbeit auf dem Bau, NZBau 11/2007, S. 677; *Brenner*, Die Strafrechtliche Bekämpfung von Schwarzarbeit, Berlin, 2008, S. 239.

[779] *Marschall*, Bekämpfung illegaler Beschäftigung, 2003, S. 85, Rz 314; siehe genaue Ausführungen zur Lohnsteuerpflicht (unbeschränkten und beschränkten) in *Marschall*, Bekämpfung illegaler Beschäftigung, 2003, S. 85-87, Rz 313-320; *Spatscheck/Fraedrich*, Schwarzarbeit auf dem Bau, NZBau 11/2007, S. 677.

[780] Ausführungen zum Bgriff des Dienstverhältnisses und steuerlichen Begriff des Arbeitnehmers in *Marschall*, Bekämpfung illegaler Beschäftigung, 2003, S. 88-90, Rz 322-330.

[781] *Marschall*, Bekämpfung illegaler Beschäftigung, 2003, S. 85, Rz 311; *BMF,* Entwicklung der Bekämpfung der Schwarzarbeit und der illegalen Beschäftigung, Bericht September 2009, Punkt 4.1 (Schwarzarbeit).

[782] BT-Dr 15/2573 vom 02.03.2004, 15. Wahlperiode, S. 19.

1.2.4.2 Steuerliche Pflichten des Arbeitgebers

Welche steuerlichen Pflichten treffen den Arbeitgeber in Zusammenhang mit der Beschäftigung von unselbständigen Arbeitnehmern?

Zu den wichtigsten und bedeutendsten Pflichten, welche die Beschäftigung von Arbeitnehmern mit sich bringt, gehört insbesondere die Abführung der Lohnsteuer.

In der deutschen Rechtsordnung ergibt sich die Steuerpflicht des Arbeitgebers, der eine juristische Person ist, für die Lohnsteuer des Arbeitnehmers aus § 33 Abs 1 AO.[783]

Diese Bestimmung normiert die Steuerpflicht von Steuerschuldner (= Personen, die für eine Steuer haften bzw auch Steuern für Rechnung eines anderen abzuführen haben).[784] Wenn der Arbeitgeber eine natürliche Person ist, ergibt sich die Verpflichtung aus § 38 Abs 3 EStG[785].[786]

Die Verpflichtung zur Anmeldung und Abführung der Lohnsteuer ist im § 41a EStG normiert.[787]

„Der Arbeitgeber hat spätestens am zehnten Tag nach Ablauf eines jeden Lohnsteuer-Anmeldungszeitraums

1. dem Finanzamt, in dessen Bezirk sich die Betriebsstätte (§ 41 Absatz 2) befindet (Betriebsstättenfinanzamt), eine Steuererklärung einzureichen, in der er die Summen der im Lohnsteuer-Anmeldungszeitraum einzubehaltenden und zu übernehmenden Lohnsteuer angibt (Lohnsteuer-Anmeldung),

2. die im Lohnsteuer-Anmeldungszeitraum insgesamt einbehaltene und übernommene Lohnsteuer an das Betriebsstättenfinanzamt abzuführen."

§ 41 EstG normiert die Aufzeichnungspflichten beim Lohnsteuerabzug.

Der Arbeitgeber hat am Ort der Betriebsstätte (Absatz 2) für jeden Arbeitnehmer und jedes Kalnderjahr ein Lohnkonto zu führen."

In diesem muss er alle für den Steuerabzug relevanten Informationen nach § 41 EStG und §§ 5 und 7 Lohnsteuer-Durchführungs-VO eintragen. Nach § 41b EStG hat er darüber hinaus für jeden Arbeitnehmer eine Lohnsteuerbescheinigung auszustellen.[788] Zu seinen steuerlichen Pflichten zählen auch Erklärungen nach §§ 153 f AO zu berichtigen, bei Bauleistungen die entsprechenden Steuern gemäß § 48 EStG abzuziehen und die Umsatzsteuervoranmeldungs- und Abgabepflicht nach § 18 UStG.[789]

Bemessungsgrundlage für die Steuer ist der tatsächlich dem Arbeitnehmer zugeflossene Arbeitslohn. Nach § 2 der Lohnsteuer-Durchführungsverordnung handelt es sich hierbei um einen weiten Begriff und fallen darunter alle laufenden oder einmaligen

[783] Abgabenordnung (AO) vom 16.03.1976 idF der Bekanntmachung vom 01.10.2002 (BGBl. I S. 3866; 2003 I S. 61), zuletzt durch Art 2 des Gesetzes vom 28.04.2011 (BGBl. I S. 676) geändert.

[784] *Weigand* in *Dornbusch/Fischermeier/Löwisch,* Fachanwaltskommentar Arbeitsrecht, 2. Auflage, 2008, SchwarzArbG, § 1 Rz 9; *Brenner*, Die Strafrechtliche Bekämpfung von Schwarzarbeit, Berlin, 2008, S. 73.

[785] Einkommensteuergesetz (EStG) vom 16.10.1934 idF der Bekanntmachung vom 08.10.2009 (BGBl. I S. 3366, 3862), zuletzt durch Art 7 des Gesetzes vom 22.06.2011 (BGBl. I S. 1126) geändert.

[786] *Fehn* in *Fehn* (Hrsg.), SchwarzArbG-Hk, 2006, § 1, Rz 31; *Marschall*, Bekämpfung illegaler Beschäftigung, 2003, S. 85, Rz 311.

[787] *Brenner*, Die Strafrechtliche Bekämpfung von Schwarzarbeit, Berlin, 2008, S. 73; *Marschall*, Bekämpfung illegaler Beschäftigung, 2003, S. 93, Rz 344.

[788] *Brenner*, Die Strafrechtliche Bekämpfung von Schwarzarbeit, Berlin, 2008, S. 236.

[789] BT-Dr 15/2573 vom 02.03.2004, 15. Wahlperiode, S. 19; *Brenner*, Die Strafrechtliche Bekämpfung von Schwarzarbeit, Berlin, 2008, S. 73.

Einnahmen in Geld oder Geldeswert, wie zB der Lohn, Provisionen und andere Vorteile oder Bezüge aus einem Arbeitsverhältnis, wie zB Sachbezüge.[790]

Auch kommt es dann zu einer Steuerhinterziehung, wenn ein tatsächlich Vollzeitbeschäftigter als geringfügig Beschäftigter gemeldet wird, wobei der viel höhere Schwarzlohn, ohne Steuern abzuführen, an den Arbeitnehmer ausgezahlt wird.[791] Handeln der Arbeitgeber und Arbeitnehmer im Einvernehmen sind beide als Mittäter der Lohnsteuer- und Einkommensteuerhinterziehung zu qualifizieren und jeder entsprechend seinem Verschulden zur Verantwortung zu ziehen.[792]

Unter dem Tatbestand der Schwarzarbeit im steuerrechtlichen Sinne ist die Umgehung der steuerlichen Pflichten durch das Unterlassen der Abgabe von bestimmten gesetzlich vorgesehenen Angaben.[793]

1.2.4.3 Steuerliche Verstöße im Zusammenhang mit der Rechnungslegung

Neben dem Tatbestand der gesetzwidrigen Nicht-Abführung der Lohnsteuer, ist ein wesentlicher und öfters vorkommender Tatbestand, welcher einen steuerlichen Verstoß darstellt, die fehlende Rechnungsstellung iSd UStG[794] durch einen Unternehmer an einen anderen Unternehmer, aber auch durch einen Unternehmer an eine Privatperson, welche jedoch nur bei Grundstücken zwingend vorgesehen ist.

Jeder Unternehmer hat seit 01.01.2004 die Pflicht eine Rechnung nach §§ 14, 14a dtUStG an einen anderen Unternehmer zu legen, wenn er eine Leistung im Inland erbringt.[795]

Durch das Gesetz zur Intensivierung der Bekämpfung der Schwarzarbeit und damit zusammenhängender Steuerhinterziehung (SchwarzArbG)[796] vom 23.07.2004 wurde im Art 12 Nr 1a der § 14 Abs 2 UStG durch die Ziffer 1 ergänzt. Danach werden Unternehmer verpflichtet für jede steuerpflichtige Werklieferung oder sonstige Leistung im Zusammenhang mit einem Grundstück innerhalb von sechs Monaten nach Ausführung der Leistungen eine Rechnung iS der §§ 14, 14a UStG auszustellen, auch dann, wenn es sich beim Auftraggeber um eine private Person handelt.[797]

Zusätzlich verpflichtet § 14 Abs 1 UStG die privaten Auftraggeber derartige Rechnungen, Belege oder Unterlagen in Zusammenhang mit einem Grundstück bis zu 2 Jahre aufzubewahren.[798]

Unter den Begriff Leistungen im Zusammenhang mit dem Grundstück sind insbesondere Bauleistungen zu subsumieren, darüber hinaus auch Reparaturen und Tätigkeiten im Garten, wobei es unerheblich ist ob der Auftraggeber der Eigentümer oder der

---

[790] Siehe zum Begriff des Arbeitslohns: *Marschall*, Bekämpfung illegaler Beschäftigung, 2003, S. 90-93, Rz 331-343.

[791] *Weber,* Wirtschaftsstrafrecht – Die Bekämpfung der Schwarzarbeit, 2009, S. 17.

[792] *Kummer* in *Wabnitz/Janovsky,* Hb des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 3. Auflage, Kapitel 17, Rz 210.

[793] *Brenner*, Die Strafrechtliche Bekämpfung von Schwarzarbeit, Berlin, 2008, S. 237.

[794] Umsatzsteuergesetz (UStG) vom 26.11.1979 idF der Bekanntmachung vom 21.02.2005 (BGBl. I S. 386), geändert durch Art 6 des Gesetzes vom 16.06.2011 (BGBl. I S. 1090).

[795] § 14 UStG, Umsetzung der Richtlinie 2001/115/ EG (Rechnungsrichtlinie) und der Rechtsprechung des EuGH und des BFH zum unrichtigen und unberechtigten Steuerausweis durch das Zweite Gesetz zur Änderung steuerlicher Vorschriften (Steueränderungsgesetz 2003 – StÄndG 2003), BMF-Schreiben vom 29.01.2004 IV B 7 - S 7280- 19/04, BStBl 2004 I S. 258, Rz 3.

[796] Gesetz zur Intensivierung der Bekämpfung der Schwarzarbeit und damit zusammenhängender Steuerhinterziehung vom 23.07.2004, dtBGBl. I Nr. 39, S. 1842 ff.

[797] BMF-Schreiben vom 29.01.2004 IV B 7 - S 7280- 19/04, BStBl 2004 I S. 258 enthält genaue Ausführungen zu den Gesetzesänderungen.

[798] *Fehn* in *Fehn* (Hrsg.), SchwarzArbG-Hk, 2006, Vorbemerkungen vor § 1, Rz 14.

Mieter ist.[799] Eine Rechnungslegungspflicht besteht zum Beispiel für Gärtner, Fliesenleger, Maler, Installateure aber auch Fensterputzer.[800]

Es kommt weiters ebenfalls häufig vor, dass die wahren Einnahmen eines Unternehmers mittels Scheinrechnungen verschleiert werden und dadurch die Umsatzsteuer hinterzogen wird.[801]

Meistens erfolgt die Verschleierung durch Zwischenschaltung von Subunternehmen, welche tatsächlich keine Leistungen für den Generalunternehmer erbringen, sondern lediglich Scheinrechnungen ausstellen, um die Einnahmen zu Verschleiern oder auch zur Verdeckung des Umstandes, dass der Generalunternehmer Dienstnehmer zur Leistungserbringung herangezogen hat ohne diese pflichtgemäß bei den Sozialversicherungen zu melden.[802]

Wird das Vorliegen einer Scheinrechnung von den Behörden nachgewiesen hat das zur Konsequenz, dass die von einem Unternehmer in der Scheinrechnung ausgewiesene Steuer, die nicht auf eine Lieferung oder sonstige Leistung zurückzuführen ist, den Rechnungsempfänger nicht zum Vorsteuerabzug nach § 12 Abs 1 Z 1 UStG berechtigt und diesem somit keine Vorsteuerabzug zusteht.[803]

1.2.4.4 Zu den gesetzlichen Konkurrenzen

Im Verhältnis zum § 263 StGB (Betrug) stellt der § 370 AO (Steuerhinterziehung) ein Spezialgesetz dar und genießt Vorrang, wenn sämtliche Tatbestandmerkmale erfüllt sind.[804]

Im Verhältnis von § 263 StGB zu § 266a Abs 1 StGB wurde die zweitgenannte Norm vor dem Jahre 2004 als Auffangtatbestand qualifiziert, insofern verdrängte § 263 StGB als lex specialis bei der Bestrafung des Arbeitgebers den § 266a Abs 1 StGB.[805] Die Gründe für einen Vorrang waren die fehlende Sanktionierung des Vorenthaltens der Arbeitgeberbeiträge (geändert 2004) und fehlende Qualifikation des Tatbestandes im Falle besonders schwerer Fälle der Tat (eingeführt 2002).

Nunmehr genießt § 266a StGB konkurrenzrechtlich Vorrang.[806] § 266a StGB ist als betrugsähnliches Sonderdelikt zu qualifizieren und macht einen Rückgriff auf den klassischen Betrug des § 263 StGB entbehrlich.[807]

1.2.4.5 Schlussbemerkungen

Es ist klarzustellen, dass nicht jede Steuerhinterziehung unbedingt auf Schwarzarbeit zurückzuführen ist. Gemäß § 370 Abgabenordnung (AO) wird der Tatbestand der Steuerhinterziehung als das Verschweigen *„steuerlich erheblicher Tatsachen“* verstanden.

---

[799] Merkblatt Bekämpfung von Schwarzarbeit, Juli 2008, Punkt.3.1, S. 2 f., http://www.laehn-stb.de/upload/36547860.pdf,

[800] *Schneider/Badekow,* Ein Herz für Schwarzarbeiter, Berlin, 2006, S. 114.

[801] BT-Dr 15/2573 vom 02.03.2004, 15. Wahlperiode, S. 20.

[802] UFS Wien vom 19.12.2012, RV/1390-W/12, Steuer (Referent), Scheinrechnungen - verdeckte Schwarzarbeit, Umsatzsteuer und Einkommensteuer 2005 – 2009, FINDOK 61734.

[803] *Kanduth-Kristen/Payerer in Berger/Bürgler/Kanduth-Kristen/Wakounig*, UStG-ON 2.02, Manz 2012, UStG § 12 Rz 30.

[804] *Müller/Wabnitz,/Janovsky,* Wirtschaftskriminalität, 4. Auflage, München, Beck Verlag, 1997, S. 292, Rz 23.

[805] BGH vom 12.02.2003 – 5 StR 165/02 (LG Kleve), NJW 2003, Heft 25, 1821, S. 1823.

[806] *Spatscheck/Fraedrich*, Schwarzarbeit auf dem Bau, NZBau 11/2007, S. 678.

[807] *Tag* in *Kindhäuser* (Hrsg.), Nomos Kommentar zum StGB, 2. Auflage, 2006, Rz 14 zu § 266a StGB.

Das SchwarzArbG beschäftigt sich lediglich mit einem Teilbereich, nämlich der Nichtmeldung von grundsätzlich legal erbrachten Dienst- oder Werkleistungen und Nichtabführung der sich daraus ergebenden Lohnsteuer. Insofern werden steuerlich erhebliche Tatsachen in einem Arbeitsverhältnis verschwiegen um sich dadurch die Lohnsteuer zu ersparen. [808]

Zusammenfassend pönalisiert die Ziffer 2 den Verstöße gegen die steuerlichen Pflichten im Rahmen eines unselbständigen oder selbständigen Arbeitsverhältnisses, welche insbesondere durch unrichtige oder unvollständige oder fehlende Angaben, welche sich auf die Entstehung, Fälligkeit oder Höhe eines Steueranspruchs auswirken können, begangen werden.[809]

1.2.5 Zu den Mitteilungspflichten eines Beziehers von Sozialleistungen nach § 1 Abs 2 Z 3 Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz (Der Leistungsmissbrauch)

Die **Ziffer 3** der gesetzlichen Definition der Schwarzarbeit des § 1 Abs 2 behandelt den Fall der Nichtmeldung von, für einen Leistungsbezug wesentlicher Veränderungen der wirtschaftlichen bzw finanziellen Verhältnisse, d.h. solcher die sich auf die Höhe des Anspruchs auswirken könnten, durch eine Person, welche staatliche Sozialleistungen empfängt.[810] Grundsätzlich hat der Sozialleistungsempfänger (Sozialhilfeempfänger, Arbeitsloser, Krankengeldbezieher, teilweise Rentenbezieher) Mitteilungspflichten hinsichtlich sämtlicher sozialversicherungsrechtlicher Leistungen.[811] Die wichtigsten Leistungen sind hierbei das Arbeitslosengeld und die Arbeitslosenhilfe.[812] Die Mitteilungsverpflichtung ist im § 60 Abs 1 S 1 Z 1 und Z 2 SGB I explizit normiert.

Diese Bestimmung sieht vor, dass der Sozialleistungsempfänger verpflichtet ist, jegliche Änderungen in seinen wirtschaftlichen Verhältnissen unverzüglich, ohne schuldhafte Verzögerung und spezielle Aufforderung, dem zuständigen Sozialleistungsträger (Krankenkasse, Agentur für Arbeit, Sozialamt, ARGE, Rentenversicherungsträger) mitzuteilen. In einem solchen Fall entfällt nämlich grundsätzlich der Anspruch des Empfängers oder wird zumindest gemindert.[813]

Die Bekämpfung des Leistungsmissbrauchs ist meines Erachtens ein wichtiger Aspekt bei der Bekämpfung der Schwarzarbeit, da die Gemeinschaft der Sozialversicherten durch die nicht rechtmäßige Leistungsinanspruchnahme einen großen Schaden erleidet.

Es soll verhindert werden, dass die Bezieher von finanziellen Ansprüchen, wie Arbeitslosengeld, nicht weiterhin gesetzeswidrig und unberechtigt Leistungen beziehen, obwohl die Voraussetzungen dafür nicht mehr gegeben sind.[814]

---

[808] *Boxleitner* in *Wabnitz/Janovsky,* Hb des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 3. Auflage, Kapitel 17, Rz 65.

[809] *Brenner*, Die Strafrechtliche Bekämpfung von Schwarzarbeit, Berlin, 2008, S. 234 f; *Kummer* in *Wabnitz/Janovsky,* Hb des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 3. Auflage, Kapitel 18, Rz 17.

[810] *Weber,* Wirtschaftsstrafrecht – Die Bekämpfung der Schwarzarbeit, 2009, S. 18; *Brenner*, Die Strafrechtliche Bekämpfung von Schwarzarbeit, Berlin, 2008, S. 73.

[811] *Fehn* in *Fehn* (Hrsg.), SchwarzArbG-Hk, 2006, § 1, Rz 32; *Ambs*, SchwarzArbG in *Erbs/Kohlhaas/Ambs*, (Hrsg.), Strafrechtliche Nebengesetze, München, 2010, § 8, Rz 4.

[812] *Weber*, Illegale Beschäftigung – Aussagen über das Hellfeld in *Lamnek/Luedtke* (Hrsg.), Der Sozialstaat zwischen "Markt" und "Hedonismus"?, Band 1, 1999, S. 341; *Marschall*, Bekämpfung illegaler Beschäftigung, 2003, S. 152, Rz 583.

[813] *Fehn* in *Fehn* (Hrsg.), SchwarzArbG-Hk, 2006, § 1, Rz 32; *Marschall*, Bekämpfung illegaler Beschäftigung, 2003, S. 11, Rz 39; *Weber*, Illegale Beschäftigung – Aussagen über das Hellfeld in *Lamnek/Luedtke* (Hrsg.), Der Sozialstaat zwischen "Markt" und "Hedonismus"?, Band 1, 1999, S. 341.

[814] *Marschall*, Bekämpfung illegaler Beschäftigung, 2003, S. 11, Rz 39.

Jedenfalls mitteilungspflichtig ist eine Person, welche eine Beschäftigung über die Geringfügigkeitsgrenze hinaus ausübt, wobei beachtet werden muss, dass, wenn der Sozialleistungsempfänger mehrere Beschäftigungen gleichzeitig ausübt, diese zusammenzurechnen sind.[815] Mitteilungspflichtig sind sämtliche Einnahmen aus Dienst- oder Werkleistungen, um den Zweck des Gesetzes, Leistungsmißbrauch zu vermeiden, zweckmäßig verfolgen zu können.[816]

Öfters werden tatsächlich Vollzeitbeschäftigte vom Arbeitgeber mit Einverständnis des Arbeitnehmers als geringfügig Beschäftigte bei den Sozialversicherungen gemeldet, obwohl der Arbeitnehmer de facto viel mehr Arbeitsstunden leistet und auch ein höherer Lohn, welcher die Geringfügigkeitsgrenze weit überschreitet, schwarz ausgezahlt wird.[817] Dadurch erspart sich der Arbeitgeber die Zahlung von höheren Lohnnebenkosten und der Beiträge zu den Sozialversicherungen.[818] Der Arbeitnehmer wiederum kann auf Grund dieser falschen Einkommensbescheinigung weiterhin seine Sozialleistungen beanspruchen.[819]

Derartige Praktiken sind nicht selten und müssen derartige „Betrüger", die sich zum Nachteil der gesamten Gemeinschaft der Sozialversicherungsnehmer gesetzwidrig einen eigenen finanziellen Vorteil verschaffen, meiner Meinung nach, streng bestraft werden. Diesem Ansinnen wird auch von den Rechtsordnungen der besprochenen Ländern, mittels strenger Strafen, Rechnung getragen.

1.2.6 Das Unterlassen der Anzeige des Beginns eines selbständigen Gewerbebetriebes nach § 1 Abs 2 Z 4 Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz

In der **Ziffer 4** wird alternativ zwischen der Nichtanzeige des selbständigen Gewerbebetriebsbeginns und dem Nichterwerb der erforderlichen Reisegewerbekarte für ein Reisegewerbe i.S.d. § 55 GewO, im Rahmen der Erbringung von Dienst- oder Werkleistungen, differenziert.[820] In dieser Arbeit wird aus Praktikabilitätsgründen und wegen der Häufigkeit des Auftretens nur der erste Fall behandelt werden.[821]

Gemäß § 14 Abs 1 S 1 GewO hat der Betreiber eines selbständigen Betriebes eines stehenden Gewerbes oder einer Zweigniederlassung, die Betriebsaufnahme der zuständigen Behörde bei tatsächlichem Beginn der Tätigkeit anzuzeigen.[822]

Um den Tatbestand des § 1 Abs 2 Z 4 S 1 SchwarzArbG i.S.d. Begriffs Schwarzarbeit zu erfüllen, ist eine auf eine gewisse Dauer angelegte Betätigung am Wirtschaftsleben notwendig, wobei die Absicht des Betreibers auf die Erzielung unmittelbarer oder mittelbarer wirtschaftlicher Vorteile, wie z.B. die Verbesserung von Wettbewerbschan-

---

[815] *Fehn* in *Fehn* (Hrsg.), SchwarzArbG-Hk, 2006, § 1, Rz 32.

[816] *Marschall*, Bekämpfung illegaler Beschäftigung, 2003, S. 150, Rz 579.

[817] *Boxleitner* in *Wabnitz/Janovsky,* Hb des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 3. Auflage, Kapitel 17, Rz 71; *Taschlizki*, Schwarzabreit – Definition und Auswirkung. Studienarbeit, GRIN Verlag, Berlin 2008, S. 8; *BMF,* Entwicklung der Bekämpfung der Schwarzarbeit und der illegalen Beschäftigung, Bericht September 2009, Punkt 4.1 (Schwarzarbeit); *Weber,* Wirtschaftsstrafrecht – Die Bekämpfung der Schwarzarbeit, 2009, S. 13; *Stary*, Kontrolle illegaler Arbeitnehmerbeschäftigung aus Sicht des BMF, ÖStZ 2006/1127, Heft 24 vom 15.12.2006, S. 544.

[818] *Taschlizki*, Schwarzabreit – Definition und Auswirkung. Studienarbeit, GRIN Verlag, Berlin 2008, S. 8; *Weber,* Wirtschaftsstrafrecht – Die Bekämpfung der Schwarzarbeit, 2009, S. 8.

[819] *Boxleitner* in *Wabnitz/Janovsky,* Hb des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 3. Auflage, Kapitel 17, Rz 71.

[820] *Weber,* Wirtschaftsstrafrecht – Die Bekämpfung der Schwarzarbeit, 2009, S. 20.

[821] Ausführungen zur Reisegewerbekarte: *Marschall*, Bekämpfung illegaler Beschäftigung, 2003, Rz 607 ff.

[822] *Marschall*, Bekämpfung illegaler Beschäftigung, 2003, S. 153, Rz 588; *Friebe,* Das Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit, Köln, 1970, S. 19 ff.

cen, gerichtet sein muss.[823] Die Pflicht zur Anzeige besteht grundsätzlich mit Beginn des selbstständigen Betreibens eines stehenden Gewerbes.[824] Der Unternehmer betreibt ein Gewerbe selbstständig, wenn er dieses persönlich, unter eigener Verantwortung, im eigenen Namen, für eigene Rechnung betreibt und zusätzlich das Betriebsrisiko trägt.[825] Nach *Fehn* sind insbesondere das Schulden eines bestimmten Erfolges, das Gewinn- und Verlusttragungsrisiko und die Zurverfügungstellung von Kapital und Werkzeug wesentliche Kriterien der Selbstständigkeit.[826] Schuldet jemand nicht seine Arbeitsleistung, sondern ein bestimmtes Werk, so ist meines Erachtens von einem selbstständigen Unternehmer auszugehen.

Die Bestimmung behandelt lediglich die Notwendigkeit der Anzeige des Beginns eines **stehenden Gewerbes**, wobei darunter e contrario solche Betriebe zu verstehen sind, welche keine Reisegewerbe nach §§ 55 GewO, Ausstellungen, Messen oder Märkte nach §§ 64 ff GewO sind.[827]

1.2.7 Zur Ausübung eines selbständigen Handwerks ohne Eintragung in die Handwerksrolle nach § 1 Abs 2 Z 5 Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz

Die letzte Ziffer des Absatzes 2 des § 1, die **Ziffer 5,** behandelt den Fall der Schwarzarbeit, wenn jemand „*ein zulassungspflichtiges Handwerk*[828] *als stehendes Gewerbe selbstständig betreibt ohne* (gemäß §§ 6, 7b HWO) *in der Handwerksrolle eingetragen zu sein*“.[829] Die Eintragungsverpflichtung gilt nur für die Handwerksbetriebe i.S.d. Handwerksordnung, für Gewerbebetriebe, die handwerksmäßig ausgeübt werden und in der Anlage A zur HandwerksO aufgezählt sind.[830] Für die Qualifikation des handwerksfähigen Betriebes müssen die ausgeführten Arbeiten wesentlich sein und den Kernbereich dieses Handwerks ausmachen.[831] Die Eintragung in die Handwerksrolle wirkt konstitutiv.[832]

Dieser fünfte Tatbestand knüpft in wirtschaftshistorischer Perspektive an ein ständisches Denken an, welches, durch die mittelalterlichen Zunftsordnungen geprägt, in Deutschland im Vergleich zu den Wirtschaftsordnungen anderer Länder, noch immer eine gewisse Tradition und Bedeutung hat.[833]

Gegen die Verpflichtung zur Eintragung eines selbstständigen Handwerksbetrieb in die Handwerksrolle wird einerseits dadurch verstoßen, wenn entweder gar keine Eintragung durchgeführt wird oder aber versucht wird, die Eintragung in die Handwerksrolle

[823] BVerwG vom 13.04.1962 – VII C 34. 61, BVerwGE 14,125; *Marschall*, Bekämpfung illegaler Beschäftigung, 2003, S. 154 f, Rz 595 ff.

[824] *Marschall*, Bekämpfung illegaler Beschäftigung, 2003, S. 153, Rz 589.

[825] *Marschall*, Bekämpfung illegaler Beschäftigung, 2003, S. 156, Rz 602; OLG Köln GewArch 1984, 342; OLG Düsseldorf GewArch 1994, 380.

[826] *Fehn* in *Fehn* (Hrsg.), SchwarzArbG-Hk, 2006, § 1, Rz 24.

[827] *Ambs*, Gesetz SchwarzArbG in *Erbs/Kohlhaas/Ambs*, (Hrsg.), Strafrechtliche Nebengesetze, München, 2010, § 1 Zweck des Gesetzes Rz 10; siehe zum Begriff Reisegewerbe, Messen, Ausstellungen und Märkte in *Marschall*, Bekämpfung illegaler Beschäftigung, 2003, S. 155 f, Rz 600 f.

[828] Siehe zum Begriff des Handwerks: *Miller,* Schwarzarbeit zwischen Anerkennung und Bekämpfung, Konstanz, 1985, S. 31 ff.

[829] *Marschall*, Bekämpfung illegaler Beschäftigung, 2003, S. 159, Rz 613.

[830] *Marschall*, Bekämpfung illegaler Beschäftigung, 2003, S. 159, Rz 614 f.

[831] *Fehn* in *Fehn* (Hrsg.), SchwarzArbG-Hk, 2006, § 8, 9, Rz 9; *Brenner*, Die Strafrechtliche Bekämpfung von Schwarzarbeit, Berlin, 2008, S. 74.

[832] *Fehn* in *Fehn* (Hrsg.), SchwarzArbG-Hk, 2006, § 1, Rz 27.

[833] *Lageman*, Schwarzarbeit im Handwerk. Erscheinungsformen – Dimensionen – Ursachen in *Lamnek/Luedtke* (Hrsg.), Der Sozialstaat zwischen "Markt" und "Hedonismus"?, Band 1, 1999, S. 323; *Boockmann/Döhrn/Groneck/Verbeek,* Abschätzung des Ausmaßes der Schwarzarbeit, März 2010, S. 13.

zu umgehen, indem handwerksähnliche Gewerbe, wie Bausanierung, Bautenschutz, angegeben werden, welche jedoch nicht der tatsächlichen und in Wirklichkeit ausgeübten Tätigkeit entsprechen.[834]

Mit der Eintragungsverpflichtung soll das Handwerk vor einem beliebigen uneingeschränkten Zugang geschützt werden.[835]

Wird ein Unternehmer handwerklich tätig ohne in die Handwerksrolle eingetragen zu sein, wird der Tatbestand der **Ziffer 5** bereits erfüllt, auch wenn er weder Steuern hinterzieht und die gesetzlich vorgesehenen Sozialabgaben von ihm entrichtet werden.[836]

In Österreich fällt dieser Tatbestand unter den Begriff des Gewerbes, da keine Differenzierung zwischen Gewerbe und Handwerk im Vergleich zum deutschen Recht gemacht wird.

1.2.8 Ausnahmen der Anwendbarkeit des Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes – Die Nachbarschaftshilfe, Gefälligkeit und Selbsthilfe

1.2.8.1 Einleitung

Manche Tätigkeit ist von Anfang an nicht als Schwarzarbeit zu qualifizieren und fällt aus dem Anwendungsbereich des SchwarzArbG heraus. Im Absatz 3 des § 1 SchwarzArbG werden jene Fälle aufgezählt, welche nicht unter dem Begriff der Schwarzarbeit zu subsumieren sind.

„Absatz 2 findet keine Anwendung für nicht nachhaltig auf Gewinn gerichtete Dienst- oder Werkleistungen, die

1. von Angehörigen[837] im Sinne des § 15 der Abgabenordnung oder Lebenspartnern,

2. aus Gefälligkeit,

3. im Wege der Nachbarschaftshilfe oder

4. im Wege der Selbsthilfe im Sinne des § 36 Abs. 2 und 4 des Zweiten Wohnungsbaugesetzes in der Fassung der Bekanntmachung vom 19. August 1994 (BGBl. I S. 2137) oder als Selbsthilfe im Sinne des § 12 Abs. 1 Satz 2 des Wohnraumförderungsgesetzes vom 13. September 2001 (BGBl. I S. 2376), zuletzt geändert durch Artikel 7 des Gesetzes vom 29. Dezember 2003 (BGBl. I S. 3076), erbracht werden. Als nicht nachhaltig auf Gewinn gerichtet gilt insbesondere eine Tätigkeit, die gegen geringes Entgelt erbracht wird."

Unter einer **Gefälligkeit** versteht man die Erbringung einer Leistung auf Grund einer selbstständigen Hilfeanbietung bzw. auch in Notfällen.[838] Diese darf nicht das Ziel verfolgen, einen wirtschaftlichen bzw. finanziellen Vorteil zu erlangen.[839] Ob es sich um

---

[834] *BMF,* Entwicklung der Bekämpfung der Schwarzarbeit und der illegalen Beschäftigung, Bericht September 2009, Punkt 4.1 (Schwarzarbeit); *Brenner*, Die Strafrechtliche Bekämpfung von Schwarzarbeit, 2008, S. 52.

[835] *Weber,* Wirtschaftsstrafrecht – Die Bekämpfung der Schwarzarbeit, 2009, S. 23.

[836] *Schneider/Badekow,* Ein Herz für Schwarzarbeiter, Berlin, 2006, S. 72; *Boockmann/Döhrn/Groneck/Verbeek,* Abschätzung des Ausmaßes der Schwarzarbeit, März 2010, S. 13.

[837] Siehe Erläuterungen zum Begriff Angehörige: *Fehn* in *Fehn* (Hrsg.), SchwarzArbG-Hk, 2006, Vorbemerkungen vor § 1, Rz 34.

[838] *Ambs*, SchwarzArbG in *Erbs/Kohlhaas/Ambs*, (Hrsg.), Strafrechtliche Nebengesetze, München, 2010, § 8, Rz 37; *Fehn* in *Fehn* (Hrsg.), SchwarzArbG-Hk, 2006, Vorbemerkungen vor § 1, Rz 36.

[839] *Marschall*, Bekämpfung illegaler Beschäftigung, 2003, S. 166, Rz 642.

eine Ausnahme von Schwarzarbeit nach dem Absatz 3 des § 1 SchwarzArbG handelt, ist nach den Gesamtumständen jedes Einzelfalles zu beurteilen, wobei dafür insbesondere die fehlende Gebundenheit an Weisungen oder die persönliche Unabhängigkeit, keine fixen Arbeitszeiten und keine ständige Entlohnung, sprechen.[840] Beispiele dafür, was nicht als Schwarzarbeit zu qualifizieren ist, wären z.B. das gelegentliche Rasenmähen oder das Babysitten ein paar Mal im Monat sowie die gegenseitige Hilfe und Unterstützung bei bestimmten geringfügigen Arbeiten.[841]

Nachstehend soll die Ausnahme, die Nachbarschaftshilfe**,** genauer erörtert werden.

1.2.8.2 Die Nachbarschaftshilfe

Die Hilfe und Unterstützung unter Nachbarn, „*Nachbarschaftshilfe*“, ist ein wichtiger und zu unterstützender Aspekt des Zusammenlebens.[842]

Nach der deutschen Rechtordnung wird die Nachbarschaftshilfe explizit aus dem Tatbestand der Legaldefinition herausgenommen.[843]

Unter dem Begriff der Nachbarschaftshilfe nach der deutschen Rechtsordnung wird die gegenseitige Unterstützung von Nachbarn verstanden.[844]

Im Gegensatz zu einer Gefälligkeit verlangt die Nachbarschaftshilfe ein bestimmtes räumliches und örtliches Naheverhältnis und eine persönliche und soziale Beziehung zwischen dem Erbringer und dem Empfänger der Dienst- oder Werkleistung.[845] Für die Qualifikation ist das räumliche Naheverhältnis ausschlaggebend.[846] Meist handelt es sich um eine gewisse gegenseitige Hilfe beider Nachbarn. Keine Nachbarschaftshilfe ist, wenn im Vordergrund der Leistung die Gewinnerzielung steht. Vielmehr muss die Motivation für die Ausübung der Tätigkeit die Hilfsbereitschaft sein und der gegenseitige Austausch der Leistungen.[847]

Grundsätzlich wird Nachbarschaftshilfe unentgeltlich geleistet, jedoch schließt die Entgeltlichkeit nicht von vornherein das Vorliegen einer Nachbarschaftshilfe aus.[848] Nach *Friebe* ist die Entgeltlichkeit nicht unbedingt ein Indiz für das Vorliegen einer Schwarzarbeit.[849] Keine Schwarzarbeit ist auch, wenn nur *„über kleine Aufmerksamkeiten hinausgehende geldwerte Zuwendungen erfolgen“*[850].

---

[840] *Fehn* in *Fehn* (Hrsg.), SchwarzArbG-Hk, 2006, Vorbemerkungen vor § 1, Rz 38.

[841] Merkblatt Bekämpfung von Schwarzarbeit, Juli 2008, Punkt.2.2 Was gilt nicht als Schwarzarbeit?, S. 2, http://www.laehn-stb.de/upload/36547860.pdf.

[842] *Brenner*, Die Strafrechtliche Bekämpfung von Schwarzarbeit, Berlin, 2008, S. 27; 1587 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des NR XX. GP, S. 5.

[843] *Brenner*, Die Strafrechtliche Bekämpfung von Schwarzarbeit, Berlin, 2008, S. 27.

[844] *Fehn* in *Fehn* (Hrsg.), SchwarzArbG-Hk, 2006, § 1, Rz 36; *Marschall*, Bekämpfung illegaler Beschäftigung, 2003, S. 166, Rz 644.

[845] *Weigand* in *Dornbusch/Fischermeier/Löwisch,* Fachanwaltskommentar Arbeitsrecht, 2. Auflage, 2008, SchwarzArbG, § 1 Rz 21; *Fehn* in *Fehn* (Hrsg.), SchwarzArbG-Hk, 2006, § 1, Rz 35 f; *Friebe,* Das Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit, Köln, 1970, S. 51; *Marschall*, Bekämpfung illegaler Beschäftigung, 2003, S. 166, Rz 644; BT-Dr 15/2573 vom 02.03.2004, 15. Wahlperiode, S. 19.

[846] *Brenner*, Die Strafrechtliche Bekämpfung von Schwarzarbeit, Berlin, 2008, S. 195.

[847] BT-Dr 15/2573 vom 02.03.2004, 15. Wahlperiode, S. 19; *Brenner*, Die Strafrechtliche Bekämpfung von Schwarzarbeit, Berlin, 2008, S. 27 f; *Friebe,* Das Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit, Köln, 1970, S. 52.

[848] *Marschall*, Bekämpfung illegaler Beschäftigung, 2003, S. 166, Rz 645.

[849] *Friebe,* Das Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit, Köln, 1970, S. 52.

[850] *Fricke,* Die Definition des § 1 II SchwarzArbG in *Leßmann/Backhaus* (Hrsg.), Zivilrechtliche Folgen von Verstößen gegen das SchwarzArbG, Band 15, Frankfurt am Main 2005, S. 8.

Nachhaltigkeit liegt dann vor, wenn eine Tätigkeit nicht nur bei Gelegenheit, sondern dauernd und wiederholt ausgeübt wird.[851] Eine Tätigkeit, die gegen geringes Entgelt erbracht wird, wird meistens nicht nachhaltig auf Gewinn gerichtet sein.[852]

Eine klare Trennung, ob eine Tätigkeit eine verbotene Schwarzarbeit darstellt, oder doch eine unterstützende Hilfeleistung unter Nachbarn ist, kann faktisch vielfach nicht vorgenommen werden.[853] Nach *Fricke* ist der Ausschlusstatbestand der Nachbarschaftshilfe bei Zweifeln restriktiv auszulegen.[854]

Meiner Meinung nach werden die Kontrollbehörden vermutlich von angeblicher „vorgetäuschter" Nachbarschaftshilfe in den geringsten Fällen überhaupt Kenntnis erlangen und im Falle eines Verdachts, wird es vermutlich schwierig nachzuweisen sein, dass es sich um ein klassisches Arbeitsverhältnis handelt, da sich der Leistungserbringer und Leistungsempfänger voraussichtlich gegenseitig „decken werden" und ist meines Erachtens die Grauzone in diesem Bereich sehr hoch.

1.2.9 Zusammenfassung der Definition der Schwarzarbeit nach der deutschen Rechtsordnung

Zusammenfassend kann die Legaldefinition des SchwarzArbG in vier Haupttatbestände unterteilt werden. Erstens die Verstöße gegen die sozialversicherungsrechtlichen Pflichten, zweitens Verletzungen der steuerrechtlichen Pflichten, drittens Verletzung der Mitteilungspflichten an die Sozialleistungserbringer (= der Leistungsmissbrauch) und viertens die Verstöße gegen das Handwerks- bzw. Gewerberecht.

2 Die illegale Ausländerbeschäftigung nach dem AufenthG und SGB III

2.1 Einführung

Die Eindämmung der illegalen Ausländerbeschäftigung stellt eine sehr wichtige Aufgabe dar, da mit dieser massive negativen Folgen, sowohl wirtschaftliche, arbeitsmarktpolitische als auch gesellschaftliche und sozialpolitische, verbunden sind.[855]

2.2 Zu den Voraussetzungen einer legalen Ausländerbeschäftigung und vice versa

2.2.1 Einleitung

---

[851] *Spatscheck/Fraedrich*, Schwarzarbeit auf dem Bau, NZBau 11/2007, S. 673; *Fehn* in *Fehn* (Hrsg.), SchwarzArbG-Hk, 2006, Vorbemerkungen vor § 1, Rz 35.

[852] *Brenner*, Die Strafrechtliche Bekämpfung von Schwarzarbeit, Berlin, 2008, S. 27; *Spatscheck/Fraedrich*, Schwarzarbeit auf dem Bau, NZBau 11/2007, S. 674; *Fricke,* Die Definition des § 1 II SchwarzArbG in *Leßmann/Backhaus* (Hrsg.), Zivilrechtliche Folgen von Verstößen gegen das SchwarzArbG, Band 15, Frankfurt am Main 2005, S. 8.

[853] *Spatscheck/Fraedrich*, Schwarzarbeit auf dem Bau, NZBau 11/2007, S. 674; *Mayer,* Das Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz im System der Rechtsordnung, 1. Kapitel in *Mayer (Hrsg.),* Schwarzarbeit, Pfuscht der Gesetzgeber? 1999, S. 3; *Miller,* Schwarzarbeit zwischen Anerkennung und Bekämpfung, Konstanz, 1985, S. 27.

[854] *Fricke* in *Leßmann/Backhaus* (Hrsg.), Zivilrechtliche Folgen von Verstößen gegen das SchwarzArbG, Band 15, Frankfurt am Main 2005,S. 40.

[855] *Marschall*, Bekämpfung illegaler Beschäftigung, 2003, S. 222, Rz 855 f.

Unter dem Begriff der illegalen Ausländerbeschäftigung versteht man die Beschäftigung jener Ausländer, die grundsätzlich arbeitsgenehmigungspflichtig sind, aber ohne eine Arbeitsgenehmigung nach § 284 Abs 1 SGB III beschäftigt werden.[856]

2.2.2 Zum Begriff des Ausländers unter Bedachtnahme der Arbeitnehmerfreizügigkeit

Im Vergleich zu Österreich, wo der Begriff des Ausländers gleich im Ausländerbeschäftigungsgesetz definiert ist, muss in Deutschland für die Definition das Deutsche Grundgesetz[857] herangezogen werden. Gemäß Art 116 Abs 1 GG ist Deutscher*, „wer die deutsche Staatsbürgerschaft besitzt oder als Flüchtling oder Vertriebener deutscher Volkszugehörigkeit oder als dessen Ehegatte oder Abkömmling in dem Gebiet des deutschen Reiches nach dem Stand vom 31.12.1937 aufgenommen wurde"*.[858] Mittels Umkehrschluss ist vice versa ein Ausländer, wer nicht Deutscher ist. Auch ein Staatenloser gilt als Ausländer.[859] Grundsätzlich benötigen somit fremde Staatsbürger, Staatenlose und Asylberechtigte eine schriftliche Arbeitsgenehmigung, um eine Beschäftigung in Deutschland legal ausüben zu können.[860]

Auch in Deutschland stellt die EU-weit geltende Arbeitnehmerfreizügigkeit ein Grundrecht dar, weswegen gemäß § 284 SGB III Ausländer keiner Genehmigung für die Arbeitsaufnahme bedürfen, wenn es sich hierbei um Personen handelt, die auf Grund von Rechtsvorschriften der EG oder nach dem Übereinkommen über den EWR, das Recht auf Freizügigkeit genießen, oder auf Grund von besonderen zwischenstaatlichen Vereinbarungen oder internationalen Übereinkommen keiner Arbeitsgenehmigung bedürfen.[861]

2.2.3 Zu den Voraussetzungen der Arbeitsgenehmigung durch die Bundesagentur für Arbeit

Die Bestimmung des **§ 284 SGB III** sieht vor, dass Ausländer in Deutschland grundsätzlich nur dann beschäftigt werden können, wenn dies vor Arbeitsaufnahme von der Bundesagentur für Arbeit genehmigt wurde.[862]

Staatsbürger der EU, ausgenommen Bulgarien und Rumänien, sowie der Schweiz, Island, Liechtenstein und Norwegen, welchen das Recht zur Einreise, Aufenthalt und Beschäftigungsaufnahme gebührt, benötigen keine arbeitsrechtliche Genehmigung.[863]

§ 284 Abs 7 SGB III normiert einige weitere Ausnahmen, wie für Ausländer, die einen unbefristeten Aufenthaltstitel besitzen, das diplomatische Personal und dessen Fa-

---

[856] *Weber*, Illegale Beschäftigung – Aussagen über das Hellfeld in *Lamnek/Luedtke* (Hrsg.), Der Sozialstaat zwischen "Markt" und "Hedonismus"?, Band 1, 1999, S. 338; *Kammmann*, Die illegale Beschäftigung von Ausländern, 2002, S. 3; *Berwanger* in *Fehn* (Hrsg.), SchwarzArbG-Hk, 2006, § 2, Rz 19.

[857] Grundgesetz (GG) für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. 05. 1949 in der im BGBl Teil III, Gliederungsnummer 100-1 idF Art 1 des Gesetzes vom 21.07.2010 (BGBl. I S. 944).

[858] Siehe Ausführungen zum Begriff Nichdeutscher Arbeitnehmer: *Marschall*, Bekämpfung illegaler Beschäftigung, 2003, S. 185 ff, Rz 710 ff; *Klösel/Christ/Häußer,* Dt. Aufenthalts- und Ausländerrecht - Kommentar, 5. Auflage, Band 1, § 2 Rz 5.

[859] *Klösel/Christ/Häußer,* Dt. Aufenthalts- und Ausländerrecht - Kommentar, 5. Auflage, Band 1, § 2 Rz 4 und 6.

[860] *Marschall*, Bekämpfung illegaler Beschäftigung, 2003, S. 186 f, Rz 715.

[861] *Klösel/Christ/Häußer,* Dt. Aufenthalts- und Ausländerrecht - Kommentar, 5. Auflage, Band 2, Erwerbs- und Sozialrecht 511, SGB III, Vorbemerkungen, S. 2.

[862] *Marschall*, Bekämpfung illegaler Beschäftigung, 2003, S. 184, Rz 707; *Klösel/Christ/Häußer,* Dt. Aufenthalts- und Ausländerrecht - Kommentar, 5. Auflage, Band 2, Erwerbs- und Sozialrecht 511, SGB III, Vorbemerkungen, S. 1.

[863] *Boxleitner* in *Wabnitz/Janovsky,* Hb des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 3. Auflage, Kapitel 17, Rz 83.

milienangehörige.[864] Diese Ausnahmen erscheinen von höchster praktischer Bedeutung zu sein, weswegen die weiteren zahlreichen Ausnahmen, um das Ausmaß der Arbeit nicht zu sprengen, nicht weiter erläutert werden.[865]

Eine Genehmigung ist jedoch nur bei unselbstständiger Erwerbsausübung, bei welcher der Arbeitnehmer abhängig vom Arbeitgeber ist und dessen Weisungen befolgen muss, notwendig.[866] Für die Aufnahme einer selbstständigen Tätigkeit besteht folglich keine Genehmigungspflicht.[867]

Wesentliche Voraussetzung für die Erteilung der Arbeitserlaubnis ist gemäß § 4 Abs 1 und 3 AufenthG der rechtmäßige Aufenthalt des Ausländers im Inland. Der ausländische Nicht-EU-Bürger benötigt insofern entweder ein Visum (§ 6) oder eine Aufenthaltserlaubnis (§ 7), eine Niederlassungserlaubnis (§ 9) oder eine Erlaubnis zum Daueraufenthalt-EG (§ 9a). Die Genehmigung einer Beschäftigung ist somit **ausländerrechtlich akzessorisch**.[868]

Wie in Österreich enthält auch die Bestimmung über die Genehmigungspflicht in der deutschen Rechtsordnung ein allgemeines, präventives Beschäftigungsverbot mit einem Erlaubnisvorbehalt. Sinn und Zweck eines bedingten Beschäftigungsverbotes ist die Vermeidung von nachteiligen Störungen des inländischen Arbeitsmarktes, sowie der Schutz der inländischen Arbeitnehmer.[869]

2.2.4 Zu den Änderungen auf Grund des Aufenthaltsgesetzes aus dem Jahre 2005

Eine wesentliche Änderung im Bereich der Beschäftigung von Ausländern brachte das mit 01.01.2005 in Kraft getretene Aufenthaltsgesetz[870] (AufenthG), durch welches das Ausländerrecht wesentlich geändert wurde. Mit dessen In-Kraft-treten ist das bisherige AuslG ersetzt worden und ist nunmehr in Fragen des Ausländerrechtes das AufenthG anzuwenden.[871] Mit dem neuen Gesetz wurden die Aufenthalts- und Einreiserechte der Ausländer und das Arbeitsgenehmigungsrecht einheitlich in einem Gesetz zusammengefasst.[872]

Gemäß § 1 Abs 1 AufenthG ist der Zweck des Gesetzes, die Lenkung und Beschränkung des Zuzugs von Ausländern nach Deutschland.[873]

---

[864] *Marschall*, Bekämpfung illegaler Beschäftigung, 2003, S. 189 , Rz 728.

[865] Siehe genaue Ausführungen zu den sachlichen Ausnahmen in *Marschall*, Bekämpfung illegaler Beschäftigung, 2003, S. 191-196, Rz 736-750 (z.B. kurze Tätigkeiten in Wissenschaft, Sport oder Kunst, Journalisten, Montagearbeiter, Studenten bzw Schüler etc.).

[866] *Henkes/Baur/Kopp/Polduwe,* Arbeitsförderung SGB III, 1999, S. 1; *Marschall*, Bekämpfung illegaler Beschäftigung, 2003, S. 190, Rz 731.

[867] *Bartz*, Kommentar zum § 284, Rz 35, S. 2036 im Nomos Kommentar, SGB III, Arbeitsförderung, Praxiskommentar, Herausgeber *Wissing/Mutschler/Bartz/ Schmidt-De Caluwe*, 2. Auflage, 2004, Baden-Baden.

[868] *Marschall*, Bekämpfung illegaler Beschäftigung, 2003, S. 198 f, Rz 761; *Bartz*, Kommentar zum § 284, Rz 3, S. 2031 im Nomos Kommentar, SGB III, Arbeitsförderung, Praxiskommentar, Herausgeber *Wissing/Mutschler/Bartz/ Schmidt-De Caluwe*, 2. Auflage, 2004, Baden-Baden.

[869] *Bartz*, Kommentar zum § 284, Rz 4, S. 2031 im Nomos Kommentar, SGB III, Arbeitsförderung, Praxiskommentar, Herausgeber *Wissing/Mutschler/Bartz/ Schmidt-De Caluwe*, 2. Auflage, 2004, Baden-Baden.

[870] Gesetz über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet (Aufenthaltsgesetz - AufenthG) vom 30.07.2004 idF BGBl. I S. 162 vom 25.02.2008 idF BGBl. I S. 254 vom 15.02.2013.

[871] *Klösel/Christ/Häußer,* Dt. Aufenthalts- und Ausländerrecht - Kommentar, 5. Auflage, Band 1, Einführung Rz 45.

[872] *Marschall*, Bekämpfung illegaler Beschäftigung, 2003, S. 223, Rz 857.

[873] *Klösel/Christ/Häußer,* Dt. Aufenthalts- und Ausländerrecht - Kommentar, 5. Auflage, Band 1, § 1 Rz 6.

Insbesondere § 18 AufenthG befasst sich mit der illegalen Ausländerbeschäftigung und normiert die Voraussetzungen für eine legale Beschäftigung eines Ausländers. Der Aufenthalt zum Zweck der Erwerbstätigkeit eines ausländischen Arbeitnehmers ist danach nur zu bewilligen, wenn das für Deutschland, unter Berücksichtigung der Verhältnisse auf dem Arbeitsmarkt, erforderlich ist.

Außerdem muss gemäß § 18 Abs 2 AufenthG die Bundesagentur für Arbeit zustimmen, wenn keine Rechtsverordnung oder bilaterale Vereinbarung, die die Ausübung der Beschäftigung ohne Zustimmung zulässt, diesbezüglich existiert.

Der Antrag auf Bewilligung des Aufenthalts und Ausstellung einer Arbeitsgenehmigung ist nur mehr bei der Ausländerbehörde einzubringen, welche hinsichtlich der Arbeitserlaubnis die notwendige Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit von sich aus einzuholen hat. Somit wird in einem einzigen Verfahren darüber entschieden, ob ein Aufenthaltstitel und eine Arbeitsgenehmigung dem Ausländer gewährt werden.

Auch in Österreich – was ich aus eigener Erfahrung, wegen mehrfacher Antragstellungen für Mandanten während meiner Tätigkeit als Rechtsanwaltsanwärterin weiß – ist im Falle, dass der Ausländer sowohl um Genehmigung des Aufenthalts als auch der Beschäftigung ansucht, über die Bewilligungen in einem Verfahren zu entscheiden. Zuerst ist der Antrag auf Ausstellung einer „Rot-Weiß-Rot-Karte“ beim zuständigen Landeshauptmann oder der von ihm ermächtigten Bezirksverwaltungsbehörde (die Bezirkshauptmannschaft; in Statutarstädten der Magistrat; in Wien: die MA 35) zu stellen. Der Akt wir dann direkt von dieser Behörde an das Arbeitsmarktservice übermittelt, welches dann über die beantragte Arbeitserlaubnis entscheidet.

Der vom Arbeitsmarktservice ergangene Bescheid wird dann wieder an die Ausgangsbehörde retourniert, welche daraufhin das Vorliegen sämtlicher anderen Voraussetzungen für die Gewährung des Aufenthaltes prüft und danach entgültig über die Ausstellung der Aufenthalt,- Arbeitsberechtigung entscheidet.

2.2.5 Die mittelbare Ausländerbeschäftigung nach § 404 SGB III[874]

Was versteht man unter dem Begriff der mittelbaren Ausländerbeschäftigung?

Von einer **mittelbaren Ausländerbeschäftigung** i.S.d. § 404 Abs 1 SGB III spricht man dann, wenn ein *„Unternehmerin oder Unternehmer Dienst- oder Werkleistungen in erheblichem Umfang ausführen lässt, indem sie oder er eine andere Unternehmerin oder einen anderen Unternehmer beauftragt, von dem sie oder er weiß oder fahrlässig nicht weiß, dass diese oder dieser zur Erfüllung dieses Auftrags*

1. entgegen § 284 Absatz 1 oder § 4 Absatz 3 Satz 2 des Aufenthaltsgesetzes eine Ausländerin oder einen Ausländer beschäftigt oder

2. eine Nachunternehmerin oder einen Nachunternehmer einsetzt oder es zulässt, dass eine Nachunternehmerin oder ein Nachunternehmer tätig wird, die oder der entgegen § 284 Absatz 1 oder § 4 Absatz 3 Satz 2 des Aufenthaltsgesetzes eine Ausländerin oder einen Ausländer beschäftigt.“

Um den unternehmerischen Auftraggeber zu einer gewissen Sorgfalt bei der Vergabe seiner Dienst- oder Werkleistungen zu verpflichten, reicht eben bereits das fahrlässige Nichtwissen aus.[875]

---

[874] SGB III - Arbeitsförderung - Gesetz vom 24.03.1997, BGBl. I S. 594, geändert durch BGBl. I S. 1202 vom 22.06.2011.

[875] *Eustrup*, Kommentar zum § 404, Rz 16, S. 2537 im Nomos Kommentar, SGB III, Arbeitsförderung, Praxiskommentar, Herausgeber *Wissing/Mutschler/Bartz/ Schmidt-De Caluwe*, 2. Auflage, 2004, Baden-Baden.

Unentbehrliche Voraussetzung für eine derartige Ordnungswidrigkeit ist, dass der Unternehmer Dienst- oder Werkleistungen ***„in erheblichem Umfang“*** ausführen lässt, wobei im Einzelfall, insbesondere auf den objektiven Umfang der Leistung, sowie eine damit verbundene Wettbewerbsverzerrung, einzugehen ist.[876] Die Voraussetzung eines „erheblichen Umfangs“ soll Sachverhalte, die nicht einen bestimmten Umfang erreichen, von der strengen Strafbarkeit herausnehmen.[877] Wobei als Kriterien des Tatbestandes des „erheblichen Umfangs“ u.a. die regelmäßige, wiederholte Verletzung der Vorschriften und der Wert der erstellten Arbeit heranzuziehen sind.[878]

Zusätzlich ist auch zu berücksichtigen, dass nur über einen Unternehmer eine Geldbuße auf Grund des Tatbestandes der mittelbar illegalen Ausländerbeschäftigung verhängt werden darf und Privatpersonen somit nicht erfasst werden.[879]

Sind diese Tatbestandsvoraussetzungen gegeben, so handelt der Auftraggeber ordnungswidrig und wird hierfür zu bestrafen sein.

Die Bestimmung scheint jedenfalls etwas problematisch zu sein, weil sie den Auftraggeber zu Nachforschungen verpflichtet, die zumeist unzumutbar sind. Insbesondere unter dem Aspekt, dass es im geltende Recht keine Norm gibt, die dem Auftraggeber die Möglichkeit zur Verfügung stellt, dem Auftragnehmer zur Vorlage der Arbeitsgenehmigungen seiner Arbeitskräfte zu verpflichten.

2.2.6 Umsetzung der Sanktionenrichtlinie[880] in die deutsche Rechtsordnung

Art 17 der *„Richtlinie 2009/52/EG des Europäischen Parlaments und Rates vom 18. Juni 2009 über Mindeststandards für Sanktionen und Maßnahmen gegen Arbeitgeber, die Drittstaatsangehörige ohne rechtmäßigen Aufenthalt beschäftigen“*[881] (kurz: Sanktionenrichtlinie)[882] regelt die Umsetzungsfrist der Richtlinie. Den Mitgliedstaaten wurde bis zum 20.07.2011 Zeit gewährt, um die Richtlinie ins inländische Recht umzusetzen.

In der Richtlinie sind jedoch keine konkreten Tatbestände vorgesehen, die national umzusetzen sind. Art 17 Abs 1 spricht lediglich von *„erforderlichen Maßnahmen“*, die ergriffen werden müssen.

Die in der Richtlinie enthaltenen Sanktionen waren bereits größtenteils im deutschen Recht enthalten.

Vergleicht man die jetzige Rechtsordnung mit den Regelungen vor der Umsetzung der Richtlinie, so gelange ich zur Lösung, dass sich der Umsetzungsbedarf in Deutschland auf vier Regelungen beschränkt:

Diese betreffen die Pflicht der Arbeitgeber nach Art 4 Abs 1 lit b, Kopien der Aufenthaltstitel von Drittstaatenangehöriger aufzubewahren, die Information gemäß Art 6 Abs 2 von Drittstaatenangehöriger über ihre Rechte nach der Sanktionsrichtlinie vor Vollstreckung einer Rückführungsentscheidung, die Festlegung von Bedingungen gemäß Art 13 Abs 4, unter denen Drittstaatenangehöriger, die zu besonders ausbeuteri-

---

[876] *Eustrup*, Kommentar zum § 404, Rz 15, S. 2537 im Nomos Kommentar, SGB III, Arbeitsförderung, Praxiskommentar, Herausgeber *Wissing/Mutschler/Bartz/ Schmidt-De Caluwe*, 2. Auflage, 2004, Baden-Baden.

[877] *Friebe,* Das Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit, Köln, 1970, S. 34 f.

[878] *Friebe,* Das Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit, Köln, 1970, S. 35 f.

[879] *Eustrup*, Kommentar zum § 404, Rz 15, S. 2537 im Nomos Kommentar, SGB III, Arbeitsförderung, Praxiskommentar, Herausgeber *Wissing/Mutschler/Bartz/ Schmidt-De Caluwe,* 2. Auflage, 2004, Baden-Baden.

[880] ABl. L 168 vom 30.06.2009, S. 24

[881] ABl. L 168 vom 30.06.2009, S. 24

[882] EBRV zum BundesG, mit dem das AuslBG und das AlVG 1977 geändert werden, 1077 BlgNR XXIV. GP, S. 1 von 18.

schen Bedingungen beschäftigt werden, im Einzelfall befristete Aufenthaltstitel gewährt werden können, sowie die Festlegung von Bedingungen gemäß Art 6 Abs 5, unter denen ein Aufenthaltstitel bis zum Erhalt der ausstehenden Vergütung verlängert werden kann.[883]

Obgenannte erforderliche Änderungen wurden in die deutsche Rechtsordnung implementiert und gilt die Richtlinie in Deutschland somit als umgesetzt.

Gemäß § 4 Abs 3 letzter Satz AufenthG muss, „wer im Bundesgebiet einen Ausländer beschäftigt, muss für die Dauer der Beschäftigung eine Kopie des Aufenthaltstitels oder der Bescheinigung über die Aufenthaltsgestattung oder über die Aussetzung der Abschiebung des Ausländers in elektronischer Form oder in Papierform aufbewahren."

Gemäß § 59 Abs 8 AufenthG sind *Ausländer, die ohne die nach § 4 Abs 3 erforderliche Berechtigung zur Erwerbstätigkeit beschäftigt waren, vor der Abschiebung, über die Rechte nach Art 6 Abs 2* (Möglichkeit der Geltendmachung von Ansprüchen gegen den Arbeitgeber für alle ausstehenden Vergütungen und Vollstreckung einr diesbezüglichen gerichtlichen Entscheidung und zwar auch nach ihrer Rückkehr oder Rückführung) *und Art 13* (Erleichterung der Einreichung von Beschwerden gegen Arbeitgeber, auch durch Dritte, wie Gewerkschaften oder andere Vereinigungen) *der Richtlinie 2009/52/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18. Juni 2009 über Mindeststandards für Sanktionen und Maßnahmen gegen Arbeitgeber, die Drittstaatsangehörige ohne rechtmäßigen Aufenthalt beschäftigen (ABl. L 168 vom 30.6.2009, S. 24), zu unterrichten.*

§ 25 AufenthG regelt die Erteilung einer vorübergehenden Aufenthaltserlaubnis aus humanitären Gründen. Der auf Grund der Sanktionenrichtlinie neu angefügte Absatz 4b normiert, dass „*einem Ausländer, der Opfer einer Straftat nach § 10 Abs 1 oder § 11 Absatz 1 Nummer 3 des SchwaArbG oder nach § 15a des AÜG wurde, abweichend von § 11 Abs 1, auch wenn er vollziehbar ausreisepflichtig ist, für einen vorübergehenden Aufenthalt eine Aufenthaltserlaubnis erteilt werden kann."*

Der letzte Satz des Absatzes 4b normiert, dass die Aufenthaltserlaubnis auch verlängert werden kann, *„wenn dem Ausländer von Seiten des Arbeitgebers die zustehende Vergütung nach § 98a AufenthG noch nicht vollständig geleistet wurde und es für den Ausländer eine besondere Härte darstellen würde, seinen Vergütungsanspruch aus dem Ausland zu verfolgen."*

Gemäß § 98a AufenthG wird hinsichtlich der Vergütung vermutet, dass der Arbeitgeber den Ausländer drei Monate beschäftigt hat.

Ferner ist allgemein zur Richtlinie auszuführen, dass heftige Diskussionen in den Verhandlungen darüberstattgefunden haben, ob strafrechtliche Sanktionen überhaupt sinnvoll sind, da bereits in 19 Mitgliedstaaten solche im nationalen Recht verankert waren.[884]

Wie bereits in der Arbeit ausführlich besprochen sind/waren im deutschen Recht z.B. die §§ 233, 291 StGB, sowie §§ 10, 11 SchwarzArbG enthalten, die die Sanktionierung von Arbeitgebern, die illegal beschäftigen oder sogar ihre Arbeitnehmer ausbeuten,

[883] *Voglrieder,* Die Sanktionsrichtlinie: ein weiterer Schritt auf dem Weg zu einer umfassenden Migrationspolitik der EU, ZAR 2009, 168. S 178.

[884] *Voglrieder,* Die Sanktionsrichtlinie: ein weiterer Schritt auf dem Weg zu einer umfassenden Migrationspolitik der EU, ZAR 2009, 168. S 173.

regeln. Auch waren bereits Normen im Bereich der Arbeitskräfteüberlassung in §§ 15, 15a AÜG vorhanden.

Diese Vorschriften entsprachen bereits den Vorgaben der Richtlinie respektive gingen teilweise sogar darüber hinaus. Arbeitgeber können bereits nach § 233 StGB mit Freiheits- oder Geldstrafen sanktioniert werden, wenn sie Ausländer ohne Aufenthaltsgenehmigung oder Arbeitsbewilligung zu Bedingungen beschäftigen, die in einem besonderen Missverhältnis zu den Arbeitsbedingungen deutscher Arbeiter stehen.

Dasselbe gilt bei vorsätzlicher Beschäftigung von mehr als fünf Ausländern zu gleicher Zeit oder bei andauernder Wiederholung, wobei ein Strafrahmen bis zu zehn Jahren oder bis zu 360 Tagessätzen Geldstrafe vorgesehen ist.

Ein wichtiger Aspekt der Richtlinie ist deren Ergänzungsfunktion. Wie aufgezeigt, ist das deutsche Recht in Bezug auf die Inhalte der Richtlinie nicht erschöpft und fehlt es in den anderen Rechtsordnungen der Mitgleidstaaten vereinzelt ebenfalls an entsprechenden gesetzlichen Bestimmungen, was für Österreich und Polen auch noch in der Arbeit besprochen wird.

Ein weiterers Anliegen der Richtlinie ist die Vereinheitlichung der Normen in den einzelnen Staaten der EU, da das Problem der Ausländerbeschäftigung und Arbeitskräfteüberlassung ein grenzenübergreifendes ist.

Im Endeffekt profitieren meines Erachtens alle Staaten von einer Angleichung der Standards zur Bekämpfung von illegaler Beschäftigung, da z.B. EU-weit gleiche Wettbewerbsbedingungen für Unternehmen geschaffen werden und die Unternehmen keine Vorteile – weil z.B. strenge Sanktionen in Zusammenhang mit der Beschäftigung von Ausländern in einem Land fehlen – haben sollen.

2.2.7 Zusammenfassung

Sämtliche Verstöße gegen die Voraussetzungen einer legalen Beschäftigung, insbesondere das Beschäftigen eines Ausländers ohne entsprechende Arbeitsgenehmigung, sowie sämtliche nicht dem Gesetz entsprechenden Formen und Umgehungen, sind unter dem Begriff der illegalen Beschäftigung zu subsumieren und werden vom deutschen Gesetzgeber mittels unterschiedlicher Strafsanktionen im SGB III, AufenthG, SchwarzArbG und StGB sanktioniert.

Sehr häufig werden die grundsätzlich gesetzlich korrekt erteilten Arbeitsgenehmigungen über ihre Gültigkeitsdauer hinaus oder auch für andere als die bewilligten Arbeiten missbraucht und werden derartige Tätigkeiten dadurch zur illegalen Ausländerbeschäftigung.[885]

Dem Sanktionssystem widmet sich ein späteres Kapitel der Arbeit.

3 Die illegale Arbeitnehmerüberlassung nach dem Arbeitskräfteüberlassungsgesetz (AÜG)[886]

3.1 Einleitung

[885] *BMF,* Entwicklung der Bekämpfung der Schwarzarbeit und der illegalen Beschäftigung, Bericht September 2009, Punkt 4.2 (illegale Beschäftigung).

[886] Gesetz zur Regelung der Arbeitnehmerüberlassung, (Arbeitnehmerüberlassungsgesetz - AÜG) vom 07.08.1972, BGBl. I S. 1393 idF BGBl. I S. 158 vom 03.02.1995, geändert durch BGBl. I S. 2854 vom 20.12.2011.

Mit in Kraft treten des AÜG am 12.10.1972 wurde die gewerbsmäßige Arbeitskräfteüberlassung erstmals gesetzlich geregelt.[887]

Bei einer Arbeitnehmerüberlassung i.S.d. deutschen AÜG handelt es sich um eine vorübergehende gewerbsmäßige Zurverfügungstellung einer Arbeitskraft von einem Unternehmer, dem Verleiher, an einen zweiten, dem Entleiher, wobei die Arbeitskraft im Unternehmen des Entleihers wie sein eigener Arbeitnehmer beschäftigt wird, jedoch weiterhin Arbeitnehmer des Verleihers angestellt bleibt.[888] Da zumindest drei Personen für eine Arbeitnehmerüberlassung notwendig sind, handelt es sich bei der Arbeitnehmerüberlassung um ein sogenanntes „Dreiecksverhältnis".[889]

3.2 Zu den Voraussetzungen einer legalen Arbeitskräfteüberlassung

Um von einer Arbeitnehmerüberlassung i.S.D. AÜG zu sprechen, müssen mehrere zwingende im AÜG normierte Voraussetzungen erfüllt werden.

Erstens die Gewerbsmäßigkeit, welche i.S.d. gewerberechtlichen Begriffes zu bestimmen ist.[890] Da in Deutschland in keinem gewerberechtlichen Gesetz eine Definition des Begriffs der Gewerbsmäßigkeit normiert ist, muss auf die Definition in der Lehre und ständigen Rechtsprechung zurückgegriffen werden.[891] Diese zählen als Kriterien der Gewerbsmäßigkeit das auf eine gewisse Dauer, selbstständiges Betreiben, im eigenen Namen und auf eigene Rechnung, mit Wiederholungs- und Gewinnabsicht, um dadurch wirtschaftliche Vorteilen zu erzielen, auf.[892]

Zweitens muss nach dem Wortlaut des dt AÜG zwischen dem Verleiher und dem Leiharbeitnehmer zwingend ein gültiger Arbeitsvertrag vorliegen.[893] Die Arbeitskraft bleibt weiterhin Arbeitnehmer des Verleihers, welcher diese weiter entlohnen und für diese die Sozialversicherungsbeiträge abführen muss.[894] Zwischen dem Entleiher und dem Leiharbeitnehmer besteht grundsätzlich keinerlei rechtliche Bindung, lediglich die Weisungserteilung durch den Entleiher hinsichtlich der Art der Tätigkeit steht diesem zu. Für die Anwendung des AÜG muss darüber hinaus ein unselbstständiger Arbeitnehmer überlassen werden.

Drittens muss der Arbeitnehmer an einen Dritten überlassen werden. Dies ist dann nicht gegeben, wenn der Arbeitnehmer bloß in einer anderen Betriebsstätte des Arbeitgebers für eine Tätigkeit eingesetzt wird. Wesentliches Merkmal der Arbeitskräfteüberlassung ist nämlich die Zurverfügungstellung von fremden Arbeitskräften.[895]

Viertens ist für die Gültigkeit des Rechtsverhältnisses zwischen dem Verleiher und dem Entleiher ein schriftlicher Vertrag notwendig, welcher insbesondere die Erklärung des Verleihers über den Besitz einer Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis i.S.d. § 1 AÜG

---

[887] *Marschall*, Bekämpfung illegaler Beschäftigung, 2003, S. 13, Rz 42 .

[888] *Weber,* Wirtschaftsstrafrecht – Die Bekämpfung der Schwarzarbeit, 2009, S. 27.

[889] *Wachter*, Terminologische und typologische Überlegungen zur Arbeitnehmerüberlassung, ZAS 1975 – Heft 2, S. 51; *Sacherer*, § 3 Begriffsbestimmungen in *Sacherer/Schwarz*, AÜG, Wien, 2006, S. 122 f.

[890] *Boxleitner* in *Wabnitz/Janovsky,* Hb des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 3. Auflage, Kapitel 17, Rz 128; *Marschall*, Bekämpfung illegaler Beschäftigung, 2003, S. 22, Rz 82; *Kaul* in *Achenbach/Ransiek* (Hrsg.),Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 2004, XII 3, Rz 10.

[891] *Marschall*, Bekämpfung illegaler Beschäftigung, 2003, S. 23, Rz 83.

[892] *Marschall*, Bekämpfung illegaler Beschäftigung, 2003, S. 23-26, Rz 83-97; *Wank* in *Dietrich* (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 2007, AÜG, § 1, Rz 42 ff.

[893] *Marschall*, Die Bekämpfung illegaler Beschäftigung, 2003, S. 14, Rz 45.

[894] *Brenner*, Die Strafrechtliche Bekämpfung von Schwarzarbeit, Berlin, 2008, S. 224, 226.

[895] *Marschall*, Bekämpfung illegaler Beschäftigung, 2003, S. 15 f, Rz 51 ff .

enthalten muss. Der Überlassungsvertrag ist widrigenfalls nichtig i.S.d. § 125 BGB und es werden keine Rechte und Pflichten zwischen Verleiher und Entleiher begründet.[896]

Nach dem AÜG ist nämlich für die gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung eine entsprechende Verleiherlaubnis notwendig, welche nur mit Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit erteilt werden kann.[897]

Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass, wenn eine Arbeitskraft im Widerspruch zu zwingenden gesetzlichen Bestimmungen des AÜG überlassen wird, insbesondere ohne Verleiherlaubnis oder einer bereits abgelaufenen Erlaubnis bzw. in einem Wirtschaftszweig, wo die Überlassung von Arbeitskräften gesetzlich verboten ist, man von illegaler Arbeitnehmerüberlassung spricht. Diese stellt, wie bereits mehrmals in der Arbeit erwähnt, einen Aspekt der illegalen Beschäftigung dar.

Auch, wenn enn ein Verleiher dem Entleihbetrieb mittels gefälschter Urkunden vorspiegelt, er hätte eine Verleiherlaubnis, ist die Überlassung der Arbeitskräfte illegal.[898]

4 Einführung eines Mindestsozialschutzes für sog. „Minijobs“

Mit 01.04.2003 trat in Deutschland die sog. „Minijob-Regelung“ in Kraft, welche unter anderem zur Senkung der Schwarzarbeit in Deutschland beigetragen hat, indem sie die geringfügige Beschäftigung reizvoller machte.[899] Minijobs sind geringfügig entlohnte Beschäftigungen, welche einen monatlichen Verdienst von 450 EURO (ab 01.01.2013) pro Monat nicht überschreiten.[900] Die Regelung brachte insbesondere folgende positive Veränderungen mit sich: die Verdienstgrenze wurde angehoben, die maximale Wochenstundenanzahl im Ausmaß von 15 Wochenstunden ist entfallen und wurde ausschließlich der Arbeitgeber zur Tragung der Sozialversicherungsabgaben und der Lohnsteuer verpflichtet.[901] Darüber hinaus wurde das Anmeldeverfahren vereinfacht, indem es für die Anmeldung des Arbeitnehmers für einen „Minijob“ nunmehr ausreicht, diesen telefonisch bei einer Minijobs-Zentrale zu melden.[902] Darüber hinaus wurde für den Arbeitgeber die Möglichkeit geschaffen, den im Rahmen eines „Minijobs“ getätigten finanziellen Aufwand von der Steuer absetzen zukönnen.[903]

Ein weiteres Eingehen auf das Thema, was genau unter einem „Minijob“ zu subsumieren ist, würde das Ausmaß der Arbeit sprengen.

Die Einführung der Möglichkeit der Ausübung eines Minijobs führte zu einer erheblichen Senkung der Schwarzarbeit und brachte viele Arbeitgeber dazu, ihre Arbeitnehmer legal einzustellen, was *Schneider/Badekow* als *„wirksamsten Beitrag, der jemals im Kampf gegen die Schwarzarbeit geleistet wurde“* bezeichnen.[904]

Eine Parallele zum „Minijob“ nach dem deutschen Recht kann in der österreichischen Rechtsordnung beim Dienstleistungsscheck erblickt werden, mit dessen Einfüh-

---

[896] *Marschall*, Bekämpfung illegaler Beschäftigung, 2003, S. 35, Rz 126 f.

[897] *Marschall*, Bekämpfung illegaler Beschäftigung, 2003, S. 13, Rz 43 und S. 35, Rz 125.

[898] *BMF,* Entwicklung der Bekämpfung der Schwarzarbeit und der illegalen Beschäftigung, Bericht September 2009, Punkt 4.2 (illegale Beschäftigung).

[899] *Schneider/Badekow,* Ein Herz für Schwarzarbeiter, Berlin, 2006, S. 33.

[900] *Fehn* in *Fehn* (Hrsg.), SchwarzArbG-Hk, 2006, Vorbemerkungen vor § 1, S. 20, Fn 11.

[901] *Marschall*, Bekämpfung illegaler Beschäftigung, 2003, S. 98, Rz 368; *Schneider/Badekow,* Ein Herz für Schwarzarbeiter, Berlin, 2006, S. 32.

[902] *Schneider/Badekow,* Ein Herz für Schwarzarbeiter, Berlin, 2006, S. 32.

[903] *Schneider/Badekow,* Ein Herz für Schwarzarbeiter, Berlin, 2006, S. 32.

[904] *Schneider/Badekow,* Ein Herz für Schwarzarbeiter, Berlin, 2006, S. 33.

rung auch das Ziel verfolgt wird geringfügig und gelegentlich ausgeübte kleine „Jobs“ in den legalen Sektor zu verschieben.

Im Vergleich zu Deutschland gibt es in Österreich jedoch keine Möglichkeit derartige Beschäftigungen steuerrechtlich abzusetzen.

In Polen mangelt es überhaupt an jeglicher „Minijobregelung“ oder der Möglichkeit der Entlohnung mittels eines Schecks. In diesem Bereich müsste die polnische Legislative noch tätig werden.

Möglicherweise bestand in diesem Bereich noch kein Normierungsbedarf, da aus meiner eigenen Erfahrung die klassischen „Minijob“,- bzw. „Dienstleistungsscheck“- Tätigkeiten entweder von Familienangehörigen ausgeübt werden bzw. im Rahmen der Nachbarschaftshilfe. Vermutlich wird in diesem Bereich zukünftig die Legislative einschreiten müssen, da ich davon ausgehe, dass auch bei der Ausübung derartiger Tätigkeiten im Rahmen der Familie bzw. unter Freunden rückgängige Tendenzen zu verzeichnen sein werden.

C Die Rechtsordnung Polens

1 Einleitung

Auch die Rechtsordnung Polens enthält zahlreiche gesetzliche Bestimmungen, mit welchen die illegale Beschäftigung und Schwarzarbeit bekämpft werden sollen.

Das nachstehende Kapitel befasst sich einerseits mit den arbeitsrechtlichen Bestimmungen, welche mit verwaltungsrechtlichen Sanktionen bestraft werden sollen und andererseits mit gerichtlichen Tatbeständen.

Der größte Teil der Ausführungen hinsichtlich der polnischen Rechtslage wurde von mir eigenständig übersetzt, weil ansonsten keinerlei aktuelle Literatur in deutscher Sprache aufzufinden gewesen war, welche die juristische Problematik der illegalen Beschäftigung behandelt.

Auf Grund meiner polnischen Wurzeln und des Umstandes, dass ich mehrere Semester Dolmetschen und Übersetzen studiert habe, war es mir möglich die polnische Rechtslage zu erfassen, zu verstehen und textspezifisch zu übersetzen.

2 Legaldefinition der illegalen Beschäftigung nach dem Gesetz über Beschäftigungsförderung und Arbeitsmarktinstitutionen

2.1 Zum gesetzlichen Tatbestand der illegalen Beschäftigung nach Art 2 Abs 1 Punkt 13 des Gesetzes über Beschäftigungsförderung und Arbeitsmarktinstitutionen

Die Frage nach einer Definition des Begriffes „illegale Beschäftigung” wird in der Rechtsordnung Polens mit einer Legaldefinition beantwortet. In dem Gesetz vom 20.04.2004 über Beschäftigungsförderung und Arbeitsmarktinstitutionen[905] ist in Art 2 Abs 1 unter Punkt 13 gesetzlich normiert, was unter dem Begriff *„illegale Beschäftigung”* zu verstehen ist.[906]

[905] Ustawa z dnia 20.04.2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy (Gesetz vom 20.04.2004 über die Beschäftigungsförderung und Arbeitsmarktinstitutionen), Dz. U. Nr 99, Poz. 1001 idF Nr 257, poz 1725 vom 01.02.2011.

[906] Zur Definition auch: *Amielanczyk*, Praca na czarno i jej konsekwencje (dt: Schwarzarbeit und ihre Konsequenzen) in prawnikow.pl vom 18.02.2010.

Illegale Beschäftigung bzw. anderweitige illegale entgeltliche Arbeit[907] bedeutet:

a) Die Beschäftigung einer Person **ohne schriftlichen Vertrag**, welcher die Art des Arbeitsverhältnisses und die Beschäftigungsbedingungen regelt.[908]

b) Die Nichtmeldung einer erwerbstätigen Person oder einer, eine anderweitige entgeltliche Arbeit ausübenden, Person zu den **Sozialversicherungen**.[909]

c) Die Aufnahme einer unselbständigen oder selbständigen Erwerbstätigkeit durch einen **Arbeitslosen**, einer sonstigen entgeltlichen Arbeit oder selbständigen Tätigkeit ohne das zuständige Arbeitsmarkservice darüber zu verständigen.[910]

d) Die Beschäftigung oder Beauftragung eines Arbeitslosen ohne dies dem zuständigen Arbeitsmarkservice zu melden.[911]

e) Die Beschäftigung eines Ausländers, welchem es an einer von der zuständigen Behörde erteilten Arbeitserlaubnis mangelt, oder Beschäftigung des Ausländers in einer anderen Position oder unter anderen Bedingungen als in der Arbeitserlaubnis vorgesehen.[912]

f) Die Aufnahme einer Arbeitstätigkeit durch einen Ausländer ohne Besitz einer Arbeitserlaubnis, oder Beschäftigung in einer anderen Position oder unter anderen Bedingungen als in der Arbeitserlaubnis vorgesehen.[913]

Ausgenommen vom gesetzlichen Tatbestand der illegalen Beschäftigung nach der litera e und f sind jedoch stets die von der Genehmigungspflicht gemäß Art 87 des Gesetzes über Beschäftigungsförderung und Arbeitsmarktinstitutionen befreiten Ausländer, insbesondere EU-Bürger.

2.1.1 Der Arbeitsvertrag als Tatbestandsmerkmal der illegalen Beschäftigung nach der Rechtsordnung Polens versus Dienstzettel nach der Rechtsordnung Österreichs

Welche Bedeutung hat das Fehlen eines schriftlichen Arbeitsvertrages für die Schwarzarbeit?

Der wesentliche und wichtige Unterschied zu der Rechtsordnung Österreichs und Deutschlands ist, dass die polnische Rechtsordnung als Tatbestandsmerkmal der illegalen Beschäftigung das Fehlen eines schriftlichen Vertrages zwischen dem Arbeitnehmer und Arbeitgeber ansieht.[914]

---

[907] *„nielegalnym zatrudnieniu lub nielegalnej innej pracy zarobkowej"*

[908] *„zatrudnienie przez pracodawcę osoby bez potwierdzenia na piśmie w wymaganym terminie rodzaju zawartej umowy i jej warunków."*

[909] *„niezgłoszenie osoby zatrudnionej lub wykonującej inną pracę zarobkową do ubezpieczenia społecznego"*

[910] *„podjęcie przez bezrobotnego zatrudnienia, innej pracy zarobkowej lub działalności bez powiadomienia o tym właściwego powiatowego urzędu pracy."*

[911] *„zatrudnienie lub powierzenie wykonywania innej pracy zarobkowej bezrobotnemu bez zawiadomienia właściwego powiatowego urzędu pracy."*

[912] *„powierzenie wykonywania pracy cudzoziemcowi nieposiadającemu zezwolenia na pracę wydanego przez właściwy organ, z wyjątkiem cudzoziemców zwolnionych na podstawie art. 87 z obowiązku posiadania takiego zezwolenia, lub powierzenie wykonywania pracy na innym stanowisku lub na innych warunkach niż określone w zezwoleniu na pracę."*

[913] *„wykonywanie pracy przez cudzoziemca bez zezwolenia na pracę wydanego przez właściwy organ, z wyjątkiem cudzoziemców zwolnionych na podstawie art. 87 z obowiązku posiadania takiego zezwolenia, lub na innym stanowisku lub na innych warunkach niż określone w zezwoleniu na pracę."*

[914] *Heinz,* (Hrsg.), Arbeits- und Sozialrecht in Mittel- und Osteuropa, 2. Auflage, Manz-Verlag, Wien, 2010, S. 60; *Amielanczyk*, Praca na czarno i jej konsekwencje (dt: Schwarzarbeit und ihre Konsequenzen) in prawnikow.pl vom 18.02.2010.

Gemäß Art 29 Abs 2 des Arbeitsgesetzes hat der Arbeitsvertrag schriftlich zu sein.[915]

Falls jedoch das Schriftlichkeitsprinzip des Arbeitsvertrages nicht eingehalten wird, ist der Arbeitgeber zumindest verpflichtet – spätestens am ersten Arbeitstag – dem Arbeitnehmer eine schriftliche Bestätigung über die Parteien des Dienstverhältnisses, die Art der Vereinbarung und die Arbeitsbedingungen auszuhändigen.[916]

In Österreich ist auf Grund des Prinzips der Privatautonomie Vertragsfreiheit gegeben, was auch grundsätzlich im Arbeitsvertragsrecht gelten soll, wobei hinsichtlich vieler arbeitsrechtlicher Bestimmungen restriktivere Gesetzesnormen zwingend vorgesehen sind.[917]

Hinsichtlich der Formvorschriften ist zu erwähnen, dass im österreichischen Arbeitsvertragsrecht grundsätzlich Formlosigkeit besteht und insofern ein Arbeitsvertrag mündlich, schriftlich oder konkludent abgeschlossen werden kann.[918] Auf Grund von Beweissicherungsüberlegungen ist die Schriftlichkeit, insbesondere für den Arbeitnehmer, jedenfalls vorteilhafter.

Auch wenn nach der österreichischen Rechtsordnung kein schriftlicher Arbeitsvertrag vorgesehen ist, so darf nicht die Verpflichtung des Arbeitgebers zur Ausstellung eines Dienstzettels nach § 2 Abs 1 AVRAG unbeachtet bleiben.

Die Verpflichtung zur Ausstellung eines Dienstzettels, unverzüglich nach Beginn des Dienstverhältnisses, basiert auf der sog. EU-Nachweisrichtlinie.[919]

Bei einem Dienstzettel handelt es sich um eine schriftliche Aufzeichnung der wichtigsten Rechte und Pflichten, welche aus einem Arbeitsverhältnis resultieren. Dieser muss dem Arbeitnehmer gemäß § 2 Abs 1 AVRAG bzw § 1164a ABGB unmittelbar nach Beginn des Arbeitsverhältnisses bzw. gemäß § 6 Abs 3 AngG bereits bei Abschluss des Arbeitsvertrages übergeben werden.[920]

Im Unterschied zum Arbeitsvertrag, welchem konstitutive Wirkung zukommt, hat der Dienstzettel lediglich deklaratorische Wirkung.[921] Beim Dienstzettel handelt es sich keinesfalls um einen Dienstvertrag.[922] Dieser hat lediglich als Beweismittel den Inhalt eines Arbeitsvertrages darzulegen und nachzuweisen.[923]

Insofern ist der in der polnischen Rechtsordnung normierte Tatbestand der illegalen Beschäftigung bei Fehlen eines Arbeitsvertrages eine Einzigartigkeit im Vergleich zu der Rechtsordnung in Österreich.

2.1.2 Zum Leistungsbetrug

---

[915] *„Zgodnie z art. 29 par. 2 k.p. umowę o pracę zawiera się na piśmie."*

[916] *„Jeżeli umowa o pracę nie została zawarta z zachowaniem formy pisemnej, obowiązkiem pracodawcy jest, najpóźniej w dniu rozpoczęcia pracy przez pracownika, potwierdzić na piśmie ustalenia co do stron umowy, rodzaju umowy oraz jej warunków." Stawicka,* Jak odzyskać pensję za pracę na czarno? Art vom 10.03.2011, http://praca.wp.pl/title,Jak-odzyskac-pensje-za-prace-na-czarno,wid,13210324,wiadomosc.html?ticaid=1103d6.

[917] *Löschnigg,* Arbeitsrecht, Gesetze und Kommentare, Nr. 129, 11. Auflage, Rz 5/040, S. 237.

[918] OGH vom 21.05.1975, 4 Ob 19/75, Arb 9349 = ZAS 1976, 141 (*Hoyer)*; OGH vom 14. 06. 1977, 4 Ob 82/77, SWK 1979, B I 4 = ARD-HB 1979, 639 = ARD 3013/6/78; *Schrank,* Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, 34. Auflage, Graz, 2011, S. 53.

[919] Richtlinie 91/533/EWG des Rates vom 14.10.1991 über die Pflicht des Arbeitgebers zur Unterrichtung des Arbeitnehmers über die für seinen Arbeitsvertrag oder sein Arbeitsverhältnis geltenden Bedingungen, sog. Nachweisrichtlinie.

[920] *Löschnigg,* Arbeitsrecht, Gesetze und Kommentare, Nr. 129, 11. Auflage , Rz 5/057, S. 241; *Schrank,* Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, 34. Auflage, Graz, 2011, S. 54.

[921] *Gruber*, Mangelhafter Dienstzettel – Nichtigkeit als Rechtsfolge?, ecolex 2000, S. 57.

[922] *Schrank,* Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, 34. Auflage, Graz, 2011, S. 54.

[923] OGH vom 16.02.2000, 9 Ob A 250/99a in ASoK 2000, S. 300.

Ein Tatbestandselement der illegalen Beschäftigung nach der polnischen Rechtsordnung i.S.d. litera c.) und d.) ist der Leistungsbetrug. Im Hinblick auf den Leistungsbetrug i.S.d. polnischen Arbeitslosenversicherungsgesetzes hat ein Arbeitsloser gemäß Art 74 AlVG die Verpflichtung, binnen sieben Tagen das zuständige Arbeitsamt über die Aufnahme einer Beschäftigung oder entgeltlichen Arbeit oder anderer Umstände, welche den Verlust seines Anspruchs oder seinen Status als Arbeitsloser bewirken könnten, zu benachrichtigen, widrigenfalls der Arbeitslose mit Sanktionen zu rechnen hat.[924]

Meines Erachtens ist die zeitliche Komponente sehr liberal gewählt, da die polnische Rechtsordnung die Meldung binnen sieben Tagen als rechtzeitig ansieht. Im Vergleich dazu normiert die österreichische Rechtsordnung eine unverzügliche Meldung, wobei nach österreichischer Rechtssprechung und Literatur bereits die Meldung nach 3 Tagen als verspätet angesehen wird.[925]

2.1.3 Häufigsten Fälle der illegalen Beschäftigung in Polen i.S.d. Art 2 Abs 1 Punkt 13

Im Rahmen der bei den Arbeitgeber durchgeführten Kontrollen haben die Kontrollbehörden in Polen insbesondere nachstehende Verletzungen bzw. Umgehungen hinsichtlich der illegalen Beschäftigung festgestellt:

1. Einer der häufigsten Verstöße ist, dass der Unternehmer mit seinem „Arbeitnehmer" einen zivilrechtlichen Vertrag, vor allem einen Werkvertrag, abschließt, obwohl ein klassisches unselbständiges abhängiges Arbeitsverhältnis besteht und i.S.d. Art 22 § 1 des Arbeitsgesetzes ein Arbeitsvertrag abgeschlossen hätten werden müssen.[926]

Im Jahre 2011 wurden von den Arbeitsinspektoren über 34.000 zivilrechtliche Verträge überprüft, wobei in ca. 13 % der Fälle festgestellt wurde, dass hier ein unselbstständiges Arbeitsverhältnis vorliegt und ein Arbeitsvertrag hätte abgeschlossen werden sollen.[927]

Weiters wird mit den Arbeitnehmern öfters nicht ein reguläres Arbeitsverhältnis eingegangen, sondern werden die Arbeitnehmer verpflichtet, als selbständige Unternehmer die Arbeiten durchzuführen.[928] Bei diesen Umgehungsformen handelt es sich um die klassischen Fälle einer Scheinselbstständigkeit.

---

[924] Art. 74. *„Bezrobotny jest obowiązany zawiadomić w ciągu 7 dni powiatowy urząd pracy o podjęciu zatrudnienia, innej pracy zarobkowej lub pozarolniczej działalności oraz zaistnienia innych okoliczności powodujących utratę statusu bezrobotnego albo utratę prawa do zasiłku."*

[925] VwGH 27.04.2011, 2008/08/0141, ARD 6191/11/2011 = JusGuide 2011/29/2209; *Gerhartl,* Aktuelle Rechtsprechung zum AlVG, Trends und Tendenzen in der Judikatur, ASoK 2012, 45, S. 52

[926] *Zalewski*, Die Arbeitgeber beschäftigen öfters schwarz (*Pracodawcy częściej zatrudniają na czarno*), Artikel erschienen am 05.08.2009 in der Zeitschrift „Rzeczpospolita"; *„Poważny problem stanowi także narastającezjawisko zawierania umów cywilnoprawnych w warunkach charakterystycznych dla stosunku pracy, a zwłaszcza niepodlegających ubezpieczeniu społecznemu umów o dzieło. W roku sprawozdawczym inspektorzy pracy sprawdzili ponad 34 tys";* Siehe *Tomczyk,* Sprawozdanie GIP z działalności PIP w 2011 roku, Warzawa, 2012, S. 116; auch *Zając,* Sprawozdanie GIP z działalności PIP w 2009 roku, Warzawa, 2010, S. 96.

[927] *„W roku sprawozdawczym (2011) inspektorzy pracy sprawdzili ponad 34 tys. umów cywilnoprawnych, stwierdzając, że 13% z nich zostało zawartych w warunkach, w których powinna zostać zawarta umowa o pracę (...)"* Siehe *Tomczyk,* Sprawozdanie GIP z działalności PIP w 2011 roku, Warzawa, 2012, S. 116;

[928] *„Pracodawcy szukają oszczędności poprzez stosowanie innych niż stosunek pracy form zatrudnienia, takich jak tworzenie podmiotów gospodarczych samozatrudniających się";* Siehe *Tomczyk,* Sprawozdanie GIP z działalności PIP w 2011 roku, Warzawa, 2012, S. 51.

Der Zweck derartiger Praktiken ist u.a. die Minimierung der Kosten, die auf Grund eines unselbständigen Arbeitsverhältnisses entstehen, wie z.B. wegen der Zahlung der Sozialversicherungsbeiträge für den Arbeitnehmer und Zahlung der Lohnsteuer.[929] Auch wollen die Arbeitgeber durch den Abschluss von Werkverträgen die Einschränkungen, welche sich auf Grundlage von arbeitsrechtlichen Bestimmungen ergeben, wie die Mindestlöhne, die Arbeitszeitregelungen oder die Bestimmungen hinsichtlich der Beendigung des Arbeitsverhältnisses, umgehen.[930]

2. Die Arbeitgeber schließen öfters auch mit ihren Arbeitnehmern „Probearbeitsverhältnisse" ab, während derer sie die Fähigkeit und Brauchbarkeit der beschäftigten Person für eine bestimmte Tätigkeit testen können, ohne mit diesen einen Arbeitsvertrag abgeschlossen oder diese zu den Sozialversicherungen gemeldet zu haben.[931]

3. Öfters wird auch ein Vertrag „für den Fall der Fälle", z.B. für den Fall einer Kontrolle abgeschlossen, wobei derartige Verträge de facto nur für den Zeitraum der Arbeitstätigkeit aufrecht bleiben und nach deren Beendigung gleich vernichtet werden und das Entgelt schwarz bar, von Hand zu Hand, ohne Zahlung von Steuern und Sozialversicherungsabgaben, ausbezahlt wird.[932]

4. Auch werden Arbeitsverträge oftmals ohne Datum unterschrieben, was den Vorteil hat, dass das Datum erst bei einer Kontrolle hinzugefügt werden kann oder wenn der nicht angemeldete Arbeitnehmer einem Arbeitsunfall haben sollte, erst mit diesem Zeitpunkt.[933] Dadurch schaffen sich die Arbeitgebdie Möglichkeit, dass sie für den Fall der Fälle ein legales Arbeitsverhältnis vorweisen könne, auch wenn grundsätzlich vielfach gegen gesetzliche Normen verstoßen wird.

5. Häufig wird auch ein Arbeitsvertrag auf Teilzeit abgeschlossen, obwohl der Arbeitnehmer de facto vollzeitbeschäftigt ist, wobei der Arbeitgeber den einen Teil seinem Arbeitnehmer legal, d.h. nach Abführen der Sozialversicherungsbeiträge und der Steuer, und den anderen Teil schwarz, ohne öffentliche Dokumentation, und ohne Steuern und Sozialversicherungsbeiträge abzuführen.[934]

---

[929] *„Praktyki takie są stosowane w celu ograniczenia dodatkowych kosztów pracy, np. kosztów szkoleń z zakresu bhp, profilaktycznych badań lekarskich bądź, w przypadku umów o dzieło, składek na ubezpieczenie społeczne";* Siehe *Zając,* Sprawozdanie GIP z działalności PIP w 2009 roku, Warzawa, 2010, S. 96.

[930] *„Pracodawcy próbują również w ten sposób unikać ograniczeń wynikających z przepisów Kodeksu pracy, np. w zakresie ochrony wynagrodzeń, czasu pracy, czy rozwiązywania umów o pracę";* Siehe *Zając,* Sprawozdanie GIP z działalności PIP w 2009 roku, Warzawa, 2010, S. 96.

[931] *„– posługiwaniu się nieformalnymi „okresami próbnymi", podczas których ocenia się przydatność danej osoby do określonej pracy, zatrudniając ją bez pisemnej umowy i bez zgłoszenia do ubezpieczenia społecznego";* Siehe *Zając,* Sprawozdanie GIP z działalności PIP w 2009 roku, Warzawa, 2010, S. 96; auch Siehe *Tomczyk,* Sprawozdanie GIP z działalności PIP w 2011 roku, Warzawa, 2012, S. 116.

[932] *„– zawieraniu umów „na wszelki wypadek" (np. kontroli) — umowy takie faktycznie istnieją tylko przez okres wykonywania pracy, zaś po jej zakończeniu pieniądze przekazywane są „z ręki do ręki" (bez opłacenia podatku dochodowego i składek ZUS), a umowa jest niszczona";* Siehe *Zając,* Sprawozdanie GIP z działalności PIP w 2009 roku, Warzawa, 2010, S. 96.

[933] *– podpisywanie umów bez daty — umowa stanowi w takim przypadku swoistą „polisę" i może być użyta podczas kontroli lub też np. w sytuacji, gdy niezarejestrowany pracownik ulegnie wypadkowi;* Siehe *Zając,* Sprawozdanie GIP z działalności PIP w 2009 roku, Warzawa, 2010, S. 96.

[934] *– zawieraniu umów o pracę na część etatu, podczas gdy faktycznie praca jest świadczona w pełnym wymiarze czasu pracy (a nawet z jego przekroczeniem) — pozostałą część wynagrodzenia wypłaca się bez odzwierciedlenia w oficjalnej dokumentacji, z pominięciem podatku i składek;* Siehe *Zając,* Sprawozdanie GIP z działalności PIP w 2009 roku, Warzawa, 2010, S. 96; *Tomczyk,* Sprawozdanie GIP z działalności PIP w 2011 roku, Warzawa, 2012, S. 116.

Durch derartige Praktiken schafft sich der Arbeitgeber die Möglichekit, dass er ein legales Arbeitsverhältnis zu seinem Arbeitnehemer vorweisen kann und sich dabei auch erhebliche finanzielle Vorteile lukriert, da die Sozialversicherungsbeiträge und Steuern von dem niedrigeren offiziellen Lohn errechnet werden. Meines Erachtes sind die Dunkelziffern bei derartigen Verstößen vermutlich sehr hoch, da es die Kontrollbehörden schwer haben werden, nachzuweisen, dass der Arbeitnehmer tatsächlich mehrere Arbeitsstunden leistet und einen Teil dafür schwarz ausbezahlt bekommt.

6. Vielfach werden auch die Bedingungen des Arbeitsverhältnisses mit einer minimalen und geringen Entlohnung schriftlich bestätigt, obwohl de facto ein viel höherer Betrag als Lohn bezahlt wird, wobei die Steuern und Sozialversicherungsbeiträge von dem falschen geringeren Lohn berechnet und abgeführt werden.[935]

Durch derartige Praktiken wird sowohl der Staat als auch die Sozialversicherungsträger finanziell geschädigt.

7. Ein klassischer Verstoß ist auch die Nichtmeldung des Arbeitnehmers oder des selbständigen Auftragnehmers zu den Sozialversicherungen.[936]

8. Auch liegt ein Fall der illegalen Beschäftigung i.w.S. vor, wenn der Arbeitgeber gegen arbeitszeitrechtliche Bestimmungen verstößt, indem er es insbesondere unterlässt, die Aufteilung der Arbeitszeiten der Arbeitnehmer zu regeln und die Einhaltung der Arbeitszeiten zu kontrollieren.[937]

3 Zu den gerichtlich strafrechtlichen Bestimmungen

3.1 Einleitung

Im nachstehenden Kapitel soll erörtert werden mittels welcher gerichtlicher Straftatbestände Schwarzarbeit in Polen verfolgt wird.

Kapitel XXVIII des polnischen Strafgesetzbuches[938] widmet sich dem „Arbeitsstrafrecht“ und regelt u.a. die *„Strafbarkeit von Arbeitgebern, die gegen Rechte von Personen, welche bei ihnen entgeltlich beschäftigt werden, verstoßen.“*

In der deutschen juristischen Literatur wird unter dem Begriff „Arbeitsstrafrecht“ ein Teilbereich des Strafrechts verstanden, welcher Verstöße gegen arbeitsrechtliche Bestimmungen sanktioniert.[939] Hierbei wird zwischen dem „Kriminalstrafrecht“ und dem „Ordnungswidrigkeitenrecht“ unterschieden.[940]

---

[935] *– potwierdzaniu na piśmie warunków zatrudnienia z wynagrodzeniem minimalnym, a wypłacanie należności w znacznie wyższej kwocie, przy czym podatek i składki są odprowadzane od minimalnego wynagrodzenia.* Siehe *Zając,* Sprawozdanie GIP z działalności PIP w 2009 roku, Warzawa, 2010, S. 96.

[936] *– niezgłaszaniu do ubezpieczenia społecznego pracowników lub zleceniobiorców prowadzących działalność gospodarczą.* Siehe *Zając,* Sprawozdanie GIP z działalności PIP w 2009 roku, Warzawa, 2010, S. 96.

[937] *Kontrole przestrzegania przepisów dotyczących czasu pracy wykazały, że podobnie jak w roku poprzednim, nadal najwięcej nieprawidłowości (52% pracodawców) stwierdzono w zakresie dotyczącym obowiązku określenia w układzie zbiorowym pracy, regulaminie pracy lub obwieszczeniu — systemów czasu pracy, rozkładów czasu pracy i okresów rozliczeniowych; Tomczyk,* Sprawozdanie GIP z działalności PIP w 2011 roku, Warzawa, 2012, S. 66 f.

[938] Ustawa z dnia 06.06.1997 r. Kodeks karny (=polnisches Strafgesetzbuch) idF Dz.U. z 2010 r. Nr 7, poz. 46.

[939] *Hahn,* Arbeitsstrafrecht, Frankfurt an der Main, 1992, S. 17.

[940] *Hahn,* Arbeitsstrafrecht, Frankfurt an der Main, 1992, S. 17.

3.2 Die gesetzlichen Normen des Art 218 ff StGB

Gemäß § 1 des Art 218 des plStGB soll jener Arbeitgeber bestraft werden, die beharrlich und boshaft die Rechte ihrer Arbeitnehmer, welche sich auf Grundlage des Arbeitsverhältnisses bzw. aus dem Sozialversicherungsrecht ergeben, verletzt.[941]

Art 219 regelt die gerichtliche Strafbarkeit bei Verletzung der Sozialversicherungsnormen durch den Arbeitgeber, indem dieser die Arbeitsaufnahme seines Arbeitnehmers den Sozialversicherungen nicht meldet oder falsche Angaben macht, welche Einfluss auf den Sozialleistungsanspruch, insbesondere auf seine Höhe haben, auch wenn der Arbeitnehmer mit dieser gesetzwidrigen Vorgangsweise einverstanden ist, ihr zustimmt und in das gesetzwidrige Vorgehen einwilligt.[942]

In Polen existiert weder ein eigener gesetzlicher Straftatbestand im StGB der den Begriff Schwarzarbeit erwähnt, sondern werden lediglich die Verstöße gegen die sozialversicherungsrechtlichen Verpflichtungen des Arbeitgebers mittels gerichtlicher Straftatbestände bestraft, ohne dass der Begriff Schwarzarbeit erwähnt wird.

Aber auch die beharrliche und boshafte Verletzung der Rechte des Arbeitnehmers, welche sich aus einem Arbeitsverhältnis ergeben, wird in Polen gerichtlich sanktioniert. Die Bestrafung derartiger Verstöße mittels gerichtlicher Strafen stellt wiederum im Vergleich zu den Rechtsordnungen Österreichs und Deutschlands ein Unikum dar.

3.3 Mangelhafte Vollzugsmöglichkeiten mangels Sofortmeldeverpflichtung zu den Sozialversicherungen

Ein großes Problem in Polen stellt die Effizienz der Kontroll,- und Vollzugsmöglichkeit der Gesetze hinsichtlich der Nichtmeldung eines Arbeitnehmers zu den Sozialversicherungen dar.[943] Die Arbeitgeber sind genau darüber informiert, dass sie erst am ersten Arbeitstag die Verpflichtung haben, dem Arbeitnehmer eine schriftliche Arbeitsvertragsbestätigung zu übergeben oder dass sie sieben Tage Zeit haben, um den Arbeitnehmer bei den Sozialversicherungen anzumelden.[944]

Im Falle einer Kontrolle wird behauptet, dass die Person erst heute oder gestern begonnen hat zu arbeiten.[945] Auch die Arbeitnehmer bestätigen diese Aussagen des Arbeitgebers, aus Angst um ihre Beschäftigung.[946] Auf Grund dieser übereinstimmen-

---

[941] Art 218 *(„Naruszenie praw pracowniczych") § 1. „Kto, wykonując czynności w sprawach z zakresu prawa pracy i ubezpieczeń społecznych, złośliwie lub uporczywie narusza prawa pracownika wynikające ze stosunku pracy lub ubezpieczenia społecznego podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2."*

[942] Art. 219 *(„Naruszenie przepisów prawa o ubezpieczeniach społecznych") "Kto narusza przepisy prawa o ubezpieczeniach społecznych, nie zgłaszając, nawet za zgodą zainteresowanego, wymaganych danych albo zgłaszając nieprawdziwe dane mające wpływ na prawo do świadczeń albo ich wysokość, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2."*

[943] *„Inspektorzy pracy wskazują też na wadliwość regulacji prawnych, które nie zapewniają skutecznego egzekwowania prawa."* Siehe *Zając,* Sprawozdanie GIP z działalności PIP w 2009 roku, Warzawa, 2010, S. 97.

[944] *„Pracodawcy są doskonale zorientowani, że np. nie ma obowiązku potwierdzenia umowy o pracę na piśmie przed dopuszczeniem pracownika do pracy (lecz dopiero w dniu jej rozpoczęcia) oraz że mają 7 dni na zgłoszenie osoby wykonującej pracę do ubezpieczenia społecznego."* Siehe *Zając,* Sprawozdanie GIP z działalności PIP w 2009 roku, Warzawa, 2010, S. 97.

[945] *„W razie kontroli oświadczają, iż dana osoba pracuje „od dzisiaj", a w przypadku umów cywilnoprawnych — „od wczoraj"".* Siehe *Zając,* Sprawozdanie GIP z działalności PIP w 2009 roku, Warzawa, 2010, S. 97; auch *Tomczyk,* Sprawozdanie GIP z działalności PIP w 2011 roku, Warzawa, 2012, S. 117.

[946] *„W obawie o utratę pracy poświadczają to również sami pracownicy."* Siehe *Zając,* Sprawozdanie GIP z działalności PIP w 2009 roku, Warzawa, 2010, S. 97.

den Aussagen ist es für den kontrollierenden Arbeitsinspektor schwierig, die illegale Beschäftigung nachzuweisen.[947]

Hierbei ist jedenfalls ein Verbesserungsbedarf notwendig und eine ähnliche Bestimmung wie in Österreich anzustreben, wo der Arbeitgeber gemäß § 33 ASVG bereits vor Arbeitsbeginn die Verpflichtung hat seinen Arbeitnehmer zu den Sozialversicherungen zu melden.

3.4 Finanz(straf)rechtliche Normen

Da nach der polnischen Rechtsordnung die finanz(straf)rechtliche Komponente keinen Eingang in die gesetzliche Definition der Schwarzarbeit gefunden hat und in der relevanten polnischen Literatur im Zusammenhang mit Schwarzarbeit die finazrechtliche Komponente kaum angeführt wird, soll diesbezüglich dabei belassen werden die relevanten Bestimmungen in diesem Zusammenhang zu erwähnen.

Das relevante Gesetz in diesem Zusammenhang ist das Einkommenssteuergesetz für natürliche Personen[948], sowie das Einkommenssteuergesetzes für juristische Personen[949].

Danach hat das verspätete Abführen der geschuldeten Steuern auf das Konto der Finanzbehörden einerseits zur Folge, dass Zinsen vom zu spät Abführenden von der Finanzbehörde verlangte werden können, und drohen weiters Sanktionen nach dem Finanzstrafgesetzbuch[950] [951].

Wenn der Arbeitgeber einen Arbeitnehmer beschäftigt und die Aufnahme des Arbeitsverhältnisses gegenüber den Finanzbehörden verschweigt und somit die Lohnsteuern seines Arbeitnehmers nicht rechtzeitig ans Finanzamt abführt, hat er nach Art 77 Finanzstrafgesetz, weil er verpflichtet ist, die aufgrund des Arbeitsverhältnisses anfallenden Steuern zu berechnen, einzubehalten und abzuführen, bestraft zu werden.[952]

Das Sanktionssystem nach dem polnischen Finanzstrafgesetzbuch wird nachstehend in einem eigenen Kapitel der Arbeit besprochen.

4 Zum gesetzlicher Tatbestand der illegalen Ausländerbeschäftigung nach Art 2 Abs 1 Punkt 14 des Gesetzes über Beschäftigungsförderung und Arbeitsmarktinstitutionen

[947] *„Wobec zgodności tych oświadczeń trudno jest w trakcie kontroli wykazać nielegalne zatrudnienie."* Siehe *Zając,* Sprawozdanie GIP z działalności PIP w 2009 roku, Warzawa, 2010, S. 97.

[948] ustawa z dnia 26.07.1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych, Dz. U. 1991 Nr 80 poz. 350 idF z 2013 r. poz. 21.

[949] ustawie z dnia 15.02.1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych (Dz. U. z 2011 r. Nr 74, poz. 397, z późn. zm.9)

[950] ustawa z dnia 10.09.1999 r. Kodeks karny skarbowy, Dz.U.2007.111.765 idF vom 18.04.2012, Dz.U.2012.362

[951] *„Odprowadzanie należnych podatków na konto urzędu skarbowego z opóźnieniem może skończyć się o wiele poważniejszymi konsekwencjami niż obciążenia odsetkowe. Grożą za to sankcje karne skarbowe." Żujewska,* Fiskus karze za wpłacanie podatków po terminie, Gazeta Podatkowa Nr 102 (934) vom 20.12.2012.

[952] *„O wiele poważniejsze sankcje grożą przedsiębiorcy za nieodprowadzanie w terminie do urzędu skarbowego należności pobranych w związku z wykonywaniem funkcji płatnika, np. zaliczek na podatek dochodowy od wynagrodzeń pracowników. Podstawę karania za to stanowi art. 77 Kodeksu karnego skarbowego." Żujewska,* Fiskus karze za wpłacanie podatków po terminie, Gazeta Podatkowa Nr 102 (934) z dnia 20.12.2012.

Im bereits erwähnten Gesetz[953] vom 20.04.2004 über Beschäftigungsförderung und Arbeitsmarktinstitutionen wird im Punkt 14 des Art 2 Abs 1 ebenfalls der Begriff der *„illegalen Ausländerbeschäftigung"*[954] *definiert*.

Unter dem Begriff der „illegalen Ausländerbeschäftigung" wird die „Ausübung einer Arbeit durch eine Person, welche keine polnische Staatsbürgerschaft besitzt und genausowenig im Besitz eines gültigen Visums oder eines anderweitigen Dokumentes, welches diese zum Aufenthalt auf dem polnischen Staatsgebiet berechtigt"[955] gesetzlich definiert.

Darüber hinaus ist nach der Legaldefinition unter der „illegalen Ausländerbeschäftigung" zu verstehen, wenn ein auf dem polnischen Staatsterritorium berechtigt und legal aufhältiger Ausländer einer Beschäftigung nachkommt, obwohl er trotz des legalen Aufenthalts nicht zur Aufnahme einer Arbeitstätigkeit berechtigt ist.[956] Darüber hinaus, wenn ein Ausländer eine Arbeitsleistung erbringt, obwohl keine von Gesetzes wegen verlangte Arbeitserlaubnis vorhanden ist, oder wenn der Ausländer unter anderen Bedingungen oder in einer anderen Position arbeitet, als in der Arbeitserlaubnis vorgeschrieben.[957] Auch dann, wenn der Ausländer ohne den notwendigen Arbeitsvertrag oder zivilrechtlichen Vertrag beschäftigt/beauftragt wird.[958]

4.1 Zu den Voraussetzungen einer legalen Ausländerbeschäftigung

Die grundlegenden Bestimmungen über die Beschäftigung von Ausländern auf dem polnischen Staatsgebiet normiert das 16. Kapitel (Art 84 bis 90a) des Gesetzes vom 20. April 2004 über Beschäftigungsförderung und Arbeitsmarktinstitutionen[959].

Grundsätzlich ist, wie ebenfalls in Österreich und in Deutschland, eine Arbeitsbewilligung vorgesehen, welche vom nach dem Betriebssitz des Arbeitgebers zuständigen Woiwod-Amt (Landeshauptmannschaft) erteilt werden muss.[960]

Hierbei sind einige Ausnahmen vorgesehen, wie nach Art 87 Punkt 5 für Familienmitglieder eines polnischen Staatsbürgers oder nach Art 87 Punkt 6 für die Familienmitglieder eines Ausländers, der von der Verpflichtung des Besitzes einer Arbeitserlaubnis auf Grund anderweitiger internationaler Bestimmungen befreit ist und nach Art 87 auch für Personen, welche die Staatsbürgerschaft eines Mitgliedstaates der EU besitzen sowie deren Familienmitglieder.[961]

Diese Personen sind von der Notwendigkeit des Besitzes einer arbeitsrechtlichen Bewilligung - um in Polen einer legalen Beschäftigung nachkommen zu können - ausgenommen.

---

[953] Ustawa z dnia 20.04.2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy (Gesetz vom 20.04.2004 über die Beschäftigungsförderung und Arbeitsmarktinstitutionen), Dz. U. Nr 99, Poz. 1001 idF Nr 257, poz 1725 vom 01.02.2011.

[954] *„nielegalnym wykonywaniu pracy przez cudzoziemca"*

[955] *„wykonywanie pracy przez cudzoziemca, który nie posiada ważnej wizy lub innego dokumentu uprawniającego go do pobytu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, (...)"*

[956] *„(...) lub którego podstawa pobytu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej nie uprawnia do wykonywania pracy, (...)"*

[957] *„(...) lub który wykonuje pracę bez zezwolenia, w przypadkach gdy jest ono wymagane, lub na innych warunkach lub na innym stanowisku niż określone w zezwoleniu na pracę (...)"*

[958] *„(...) lub bez zawarcia wymaganych umów o pracę albo umów cywilnoprawnych."*

[959] Ustawa z dnia 20. 04. 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy (Gesetz vom 20. 04. 2004 über die Beschäftigungsförderung und Arbeitsmarktinstitutionen), Dz. U. Nr 99, Poz. 1001 idF Nr 257, poz 1725 vom 01. 02. 2011.

[960] *Heinz* (Hrsg.), Arbeits- und Sozialrecht in Mittel- und Osteuropa, 2. Auflage, Manz-Verlag, Wien, 2010, S. 61.

[961] Encyklopedia Prawa, Wydawnictwo C.H.Beck, Warszawa, 3. Auflage, 2004, S. 996.

Die Voraussetzungen, um einen Ausländer überhaupt die Arbeitserlaubnis erteilen zu können, ist der Besitz eines gültigen Visums bzw. eines anderweitigen Aufenthaltstitels für das polnische Staatsgebiet.

Das einschlägige Gesetz, welches den Aufenthalt von Ausländern auf polnischem Staatsgebiet regelt, ist das Fremdengesetz vom 13.06.2003.[962]

In Polen besteht hinsichtlich der Beschäftigung von Ausländern die Tendenz, die Auländer Tätigkeiten ausüben zu lassen, die jedoch nicht den Bedingungen der Beschäftigungsbewilligung entsprechen, insbesondere, was die Höhe der Entlohnung anbelangt.[963]

4.2 Umsetzung der EU-Sanktionenrichtlinie[964] in die polnische Rechtsordnung

Im Jahr 2012 wurde die Sanktionenrichtlinie, welche Mindesbestimmungen hinsichtlich der Sanktionen und Maßnahmen gegenüber Arbeitgebern vorsieht, die im Inland illegal aufhältige Drittstaatsangehörige beschäftigen, in Polen umgesetzt und auf deren Grundlage zahlreiche gesetzliche Neuerungen/Ergänzungen in die polnische Rechtsordnung implementiert.

Die Änderungen wurden in Polen durch das Gesetz vom 15.06.2012 über die Rechtsfolgen der Beschäftigung von Ausländern, welche sich entgegen den gesetzlichen Bestimmungen illegal auf polnischem Staatsgebiet aufhalten, umgesetzt.[965]

Auch wird der Begriff des Drittstaatsangehörigen in Art 1 Z 2 definiert und fallen darunter Personen, die nicht Staatsbürger eines EU-Mitgleidstaates, EFTA-Staates oder der Schweiz sind, sowie deren Familienangehörige.

In Art 2 f wird der Arbeitgeber verpflichtet – vor Aufnahme der Beschäftigung durch den Ausländer – von diesem die Vorlage eines gültigen Aufenthaltstitels für Polen zu verlangen und muss der Arbeitgeber eine Kopie dieses Titel während der gesamten Tätigkeit des Ausländers aufbewahren.

Art 4 normiert die Ansprüche eines ohne Aufenthaltstitel von einem Arbeitgeber beschäftigten Drittstaatsangehörigen. Wie z.B. die Entlohnung[966], wobei bei Zweifel über die Dauer des Arbeitsverhältnisses – wenn der Arbeitgeber oder Arbeitnehmer nicht etwas Gegenteiliges beweisen – die Vermutung normiert wurde, dass das Arbeitsverhältnis zumindest drei Monate aufrecht bestanden hat und der Arbeitgeber schuldet eine

---

[962] Podstawowym aktem prawnym regulującym kwestię statusu pobytowego cudzoziemców w Rzeczypospolitej Polskiej jest ustawa z dnia 13.06.2003 r. o cudzoziemcach, Dz. U. z 2006 r. Nr 234, poz. 1694, z późn. zm.

[963] *§(...)niedozwolonego powierzania pracy cudzoziemcom na innych warunkach niż określone w zezwoleniu na pracę. W dużym stopniu ma to związek z (...) z wypłacaniem cudzoziemcom wynagrodzeń w kwocie niższej niż wskazana w zezwoleniu." Tomczyk,* Sprawozdanie GIP z działalności PIP w 2011 roku, Warzawa, 2012, S. 121.

[964] *„dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2009/52/WE z dnia 18 czerwca 2009 r. przewidującej minimalne normy w odniesieniu do kar i środków stosowanych wobec pracodawców zatrudniających nielegalnie przebywających obywateli krajów trzecich"*

[965] Ustawa z dnia 15.06.2012 o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, Dz. U. z 2012 r. poz. 769.

[966] Art 4 Z 1: *„Cudzoziemcowi przebywającemu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej bez ważnego dokumentu uprawniającego do pobytu, któremu powierzono wykonywanie pracy, przysługuje roszczenie o wypłatę zaległego wynagrodzenia i związanych z nim świadczeń."*

Entlohnung zumindest in diesem Ausmaß.[967] Der Arbeitgeber hat darüber hinaus gemäß Art 5 die Kosten der Überweisung der ausstehenden Entlohnung ins Ausland, in welches der Ausländer ausgewiesen wurde, zu tragen.[968]

Mit Art 6 wurde erstmals auch die **Generalunternehmerhaftung** in die polnische Rechtsordnung implementiert, welche in einem nachstehenden Kapitel, welches sich mit der General,- Auftraggeberhaftung beschäftigt, besprochen wird.

In Art 9 werden die Tatbestände der illegalen Beschäftigung erweitert und sieht diese Bestimmung vor, dass derjenige mit einer Geld- oder Freiheitsstrafe zu bestrafen ist, der viele illegale Drittstaatsangehörige gleichzeitig beschäftigt oder der Minderjährige beschäftigt, die keinen Aufenthaltstitel für Polen besitzen.[969]

Weiters wird in Art 10 die Beschäftigung von Drittstaatsangehörigen unter besonders ausbeuterischen Arbeitsbedingungen und die Beschäftigung von Drittstaatsangehörigen, die Opfer von Menschenhandel sind, mit einer Freiheitsstrafe von drei Jahren bestraft.[970]

In Ziffer 3 des Art 10 wird der Begriff „besonders ausbeuterischen Arbeitsbedingungen" definiert. Dabei handelt es sich um Arbeitsbedingungen, die insbesondere auf Grund des Geschlechts den Arbeitnehmer diskriminieren, die in einem auffälligen Missverhältnis zu den Arbeitsbedingungen rechtmäßig beschäftigter Arbeitnehmer stehen, sowie, wenn sich die Beschäftigung in derartigen Arbeitsverhältnissen negativ auf die Gesundheit und Sicherheit des Arbeitnehmers auswirkt und die Menschenwürde verletzend ist.[971]

Art 11 normiert die Verhängung einer Geldstrafe von 10.000,00 zl (per 21.04.2013: 2.438 EURO) über eine Person, die beharrlich den illegalen Drittstaatsangehörigen in einem Bereich tätig werden lässt, der vom Gewerbeumfang des Beschäftigenden nicht mitumfasst ist, wobei auch die Bestimmungstäterschaft und Beteiligung am Delikt explizit in Ziffer 2 gennant werden und kann über einen Bestimmungs-, Beitragstäter auch die gleiche Sanktion verhängt werden, wie über den unmittelbaren Ausführungstäter.[972]

---

[967] Art 4 Z 2: *„W przypadku powierzenia wykonywania pracy cudzoziemcowi na podstawie stosunku pracy, przy dochodzeniu zaległego wynagrodzenia i związanych z nim świadczeń, domniemywa się istnienie stosunku pracy przez okres 3 miesięcy, chyba że pracodawca lub cudzoziemiec dowiodą innego okresu zatrudnienia."*

[968] *Podmiot powierzający wykonywanie pracy cudzoziemcowi przebywającemu bez ważnego dokumentu uprawniającego do pobytu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej jest obowiązany pokryć koszty związane z przesłaniem cudzoziemcowi zaległych należności do państwa, do którego cudzoziemiec powrócił lub został wydalony.*

[969] Art 9: *„1. Kto powierza, w tym samym czasie, wykonywanie pracy wielu cudzoziemcom podlega grzywnie albo karze ograniczenia wolności. 2. Tej samej karze podlega, kto powierza wykonywanie pracy małoletniemu cudzoziemcowi przebywającemu bez ważnego dokumentu uprawniającego do pobytu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej."*

[970] *„Kto powierza wykonywanie pracy cudzoziemcowi (...) w warunkach szczególnego wykorzystania, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3. 2. Tej samej karze podlega, kto powierza wykonywanie pracy cudzoziemcowi, będącemu pokrzywdzonym przestępstwem określonym w art. 189a § 1 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz. U. Nr 88, poz. 553, z późn. zm.3))."*

[971] Art 10 Z 3: *„Przez warunki szczególnego wykorzystania, o których mowa w ust. 1, rozumie się warunki pracy osoby lub osób, którym powierzono wykonywanie pracy z naruszeniem prawa, uchybiające godności człowieka i rażąco odmienne, w szczególności ze względu na płeć, w porównaniu z warunkami pracy osób,*
którym powierzono wykonywanie pracy zgodnie z prawem, wpływające zwłaszcza na zdrowie lub bezpieczeństwo osób wykonujących pracę."

[972] Art 11: *„1. Kto uporczywie powierza wykonywanie pracy cudzoziemcowi w przypadku gdy praca ta nie ma związku z prowadzoną przez powierzającego wykonywanie pracy działalnością gospodarczą, podlega karze grzywny do 10.000 zł. 2. Podżeganie i pomocnictwo do czynu, o którym mowa w ust. 1, są karalne."*

Als weitere Sanktionen bei einem Vertoß gegen Art 9 oder 10 kann das Gericht nach Art 12 Z 1 1.) i.V.m. Z 2 auch einen Spruch fällen, dass der Arbeitgeber von öffentlichen Förderungen bis zu fünf Jahre ausgeschlossen werden soll.[973]

Darüber hinaus kann das Gericht nach Z 1 2.) den Arbeitgeber zugunsten des Finanzhaushaltes des Staates zur Rückzahlung der in den letzten 12 Monaten vor der Verurteilung bezogene Förderungen verpflichten.[974]

In Art 13 sind Strafbefreiungen normiert. Danach soll der Arbeitgeber nicht nach Art 9, 10 und 11 bestraft werden, wenn er die Voraussetzungen nach Art 2 und 3 erfüllt hat und den Drittstaatsangehörigen auch zu den Sozialversicherungen gemeldet hat.[975]

Mittels Art 15 wird das Grenzpolizeigesetz[976] geändert und insbesondere die Befugnisse der Grenzpolizei im Zusammenhang mit der Verfolgung von Arbeitgebern, die Drittstaatsangehörige illegal beschäftigen, erweitert, die Zusammenarbeit mit anderen Behörden vorgeschrieben und der Grenzpolizei die Anzeige ans Gericht bei Übertretungen ermöglicht.

Weiters wurde mittels Art 18 das Sozialversicherungsgesetz geändert und die Zusammenarbeit der Sozialversicherungsträger mit der Grenzpolizei und der Staatlichen Arbeitsinspektion um die Verpflichtung erweitert die, durch die Sozialversicherungsträger, ermittelten Daten der Staatsanwaltschaft, den Gerichten, der Arbeitsinspektion und der Grenzpolizei zur Verfügung zu stellen und zahlreichen anderen Behörden die Möglichkeit gewährt, auf die ermittelten Daten greifen zu können.[977]

Mitttel Art 19 wurde das Verbandsveranwortlichkeitsgesetz[978] geändert. Eingefügt wurde u.a. der Art 9 Abs 1 Punkt 2a welcher vorsieht, dass bei Verstößen, der für den Verband handelnden physischen Personen i.S.d. Art 3 des VbVG, die Möglichkeit der Inanspruchnahme von öffentlichen Förderungen fürs Unternehmen versagt werden soll.[979]

---

[973] Art 12 Z 1: *„1) W przypadku skazania za przestępstwo, o którym mowa w art. 9 lub art. 10, sąd może: 1) orzec zakaz dostępu do środków, o których mowa w art. 5 ust. 3 pkt 1 i 4 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. Nr 157 poz. 1240, z późn. zm.4));"*

[974] Art 12 Z 1: *„2.) zasądzić na rzecz Skarbu Państwa kwotę stanowiącą równowartość środków publicznych, o których mowa w pkt 1, otrzymanych w okresie 12 miesięcy poprzedzających wydanie wyroku."*

[975] Art 13: *„Nie podlega karze za przestępstwo określone w art. 9 i art. 10 oraz za wykroczenie określone w art. 11, kto powierzając wykonywanie pracy cudzoziemcowi przebywającemu bez ważnego dokumentu uprawniającego do pobytu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, spełnił łącznie następujące warunki: 1) wypełnił obowiązki, o których mowa w art. 2 i art. 3, chyba że wiedział, że przedstawiony dokument uprawniający do pobytu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej został sfałszowany; 2) zgłosił cudzoziemca, któremu powierzył wykonywanie pracy, do ubezpieczeń społecznych, o ile obowiązek taki wynika z obowiązujących przepisów."*

[976] ustawie z dnia 12.10.1990 r. o Straży Granicznej (Dz. U. z 2011 r. Nr 116, poz. 675 idF 2012 r. poz. 627 i 664; geändert/eingefügt wurden: Art. 1 Absatz 2 Pkt 4 lit i; Art. 9 Absatz 1f; Art. 9e Absatz 1 Pkt 6e; Art. 9f Absatz 1 Pkt 2a; Art. 10d Absatz 21 und 23a.

[977] W ustawie z dnia 13.10.1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (Dz. U. z 2009 r. Nr 205, poz. 1585, z późn. zm.10)); geändert/eingefügt wurden: Art. 50 Absatz 3, 9, 11-13.

[978] Ustawa z dnia 28.10.2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary, Dz.U. z 2002 r. Nr 197, poz. 1661 idF Dz. U. z 2012 r. poz. 768.

[979] *„zakaz dostępu do środków, o których mowa w art. 5 ust. 3 pkt 1 i 4 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. Nr 157, poz. 1240, z późn. zm.11)) – w przypadku skazania osoby, o której mowa w art. 3, za przestępstwo, o którym mowa w art. 9 lub art. 10 ustawy z dnia 15 czerwca 2012 r. o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. poz. 769);"*

Auch wurde das Fremdengesetz geändert und insbesondere der Art 10 Abs 1a neu hinzugefügt, welcher vorsieht, dass im Falle der Ausweisung des Fremden dieser über seine Rechte zu informieren ist, die ihm gegenüber seinem ursprünglichen Arbeitgeber zustehen, insbesondere auch das Recht des weiteren vorübergehenden Aufenthalts des Ausländers während des Strafverfahrens gegen seinen Arbeitgeber, im Falle der Beschäftigung eines Minderjährigen oder der Beschäftigung unter besonders ausbeuterischen Arbeitsbedingungen, und das Recht sich in einem solchen Verfahren als Opfer anzuschließen.[980]

Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass mit dem Gesetz vom 15.06.2012 über die Rechtsfolgen der Beschäftigung von Ausländern, welche sich entgegen den gesetzlichen Bestimmungen illegal auf polnischem Staatsgebiet aufhalten, die EU-Sanktionenrichtlinie entsprechend und umfassend umgesetzt wurde.

4.3 Zusammenfassung

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass auch in Polen die Ausübung einer Beschäftigung durch einen Ausländer grundsätzlich an den Besitz einer Arbeitserlaubnis geknüpft wird.

Bestimmte Ausländer werden jedoch auf Grundlage des Art 87 von der Verpflichtung der Notwendigkeit des Besitzes einer solchen Erlaubnis befreit. Es ist auch dann von einer illegalen Ausländerbeschäftigung zu sprechen, wenn der ausländische Arbeitnehmer unter anderen Bedingungen oder auf einer anderen Position arbeitet, als in der Arbeitserlaubnis bestimmt, nicht übereinstimmend mit dem deklarierten und ausgewiesenen Aufenthaltsziel und ohne Abschluss des geforderten Arbeitsvertrages oder zivilrechtlichen Vertrages.[981]

Im Vergleich zu den Rechtsordungen Österreichs und Deutschlands sind die Regelungen hinsichtlich der illegalen Ausländerbeschäftigung vom Umfang her nicht so umfassend. Dies liegt insbesondere daran, dass es in Polen – im Vergleich zu den anderen EU-Ländern - sehr wenige Arbeitsmigranten gibt und deswegen das Interesse der Politik und Legislative diesbezüglich Regelungen zu schaffen, sehr gering ist.

5 Die illegale Arbeitskräfteüberlassung (praca tymaczasowa) und Entsendung von ausländischen Arbeitnehmern nach Polen

[980] *„1a. W przypadku postępowania w sprawach o wydalenie z terytorium RPP w pouczeniu, o którym mowa w ust. 1, uwzględnia się także informację o możliwości: 1) wystąpienia z roszczeniem przeciwko podmiotowi powierzającemu wykonywanie pracy cudzoziemcowi oraz wyegzekwowania orzeczenia wydanego przeciwko takiemu podmiotowi, w związku z zaległym wynagrodzeniem, również w przypadku wydalenia z terytorium Rzeczypospolitej Polskiej; 2) udzielenia zezwolenia na zamieszkanie na czas oznaczony na okres trwania postępowania karnego toczącego się przeciwko podmiotowi powierzającemu wykonywanie pracy, w którym cudzoziemiec występuje w charakterze pokrzywdzonego: a) przez przestępstwo powierzenia wykonywania pracy w warunkach szczególnego wykorzystania, o którym mowa w art. 10 ust. 1 ustawy z dnia 15 czerwca 2012 r. o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium RPP (Dz. U. poz. 769), b) małoletniego przebywającego bez ważnego dokumentu uprawniającego do pobytu na terytorium RPP, któremu powierzono wykonywanie pracy;"*

[981] Punkt 14: *„nielegalnym wykonywaniu pracy przez cudzoziemca (= osoba nie posiadająca obywatelstwa polskiego) - oznacza to wykonywanie pracy przez cudzoziemca bez zezwolenia na pracę, z wyjątkiem cudzoziemców zwolnionych na podstawie art. 87 z obowiązku posiadania takiego zezwolenia, lub na innych warunkach lub na innym stanowisku niż określone w zezwoleniu na pracę, niezgodnie z deklarowanym celem pobytu oraz bez zawarcia wymaganych umów o pracę lub umów cywilnoprawnych;"*

Kurz angeschnitten sei an dieser Stelle, dass auch Polen ein AÜG hat, welches die illegale Überlassung von Arbeitskräften sanktioniert.

Um jedoch den Rahmen der Arbeit nicht zu sprengen und insbesondere deswegen, weil die illegale Arbeitskräfteüberlassung nicht unter den Tatbestand der gesetzlichen Definition der illegalen Beschäftigung fällt, werde ich die Erörterung dieses Gesetzes nur anschneiden.

Das relevante Gesetz in diesem Zusammenhang ist – wie bereits erwähnt – das Arbeitskräfteüberlassungsgesetz[982], aber auch das polnische Arbeitsrechtsgesetz.

Wie bereits öfters erörtert, ist ein Charakteristikum der Arbeitskräfteüberlassung das Verhältnis von drei Personen zueinander. Dem faktisch Arbeitenden, dem Überlasser (öfters handelt es sich hierbei um eine Arbeitskräfteüberlassungsagentur) und dem Beschäftiger.

In Polen wird gemäß Art 7 plAÜG zwischen dem Arbeitnehmer und dem Überlasser ein Arbeitsvertrag abgeschlossen, die Arbeitsleistung erfolgt jedoch beim Beschäftiger. Der Überlasser und Beschäftiger haben jedoch zwingend einen Überlassungsvertrag nach Art 9 des plAÜG zu schließen, in welchem sämtliche Regelungen hinsichtlich der Überlassung des Arbeitnehmers geregelt werden, ab.

Der Arbeitnehmer bleibt über die ganze Zeit der Überlassung der Arbeitnehmer des Überlassers, auch wenn zwischenzeitig der Beschäftiger wechseln sollte.

Der Überlasser ist u.a. gemäß Art 13 verantwortlich für die Einhaltung sämtlicher administrativer und gesetzlicher Normen hinsichtlich der Überlassung und ist auch zur Lohnzahlung, Zahlung allfälliger Überstunden verpflichtet und hat der Arbeitnehmer auch sämtliche auf Grund des Arbeitsverhältnisses entstandene Ansprüche, wie Urlaub i.S.d. Art 10 und 17, Arbeitszeugnis nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses gemäß Art 18b etc., gegenüber dem Überlasser geltend zu machen.

Der Überlasser ist – wie der klassische Arbeitgeber – weiters verpflichtet, die steuerrechtlichen und sozialversicherungsrechtlichen Normen im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis einzuhalten und haftet er im Falle eines Verstoßes.

Für die Gültigkeit einer Überlassung ist u.a. nach Art 9 Abs 1 3.) i.V.m. Art 13 zwingende Voraussetzung, dass im Überlassungsvertrag ein konkretes Datum bis wann der Arbeitnehmer beim Beschäftiger seine Arbeitsleistung erfüllen soll, nachvollziehbar festgelegt wird.

Eine derartige konkretisierende Regelung sollte meines Erachtens auch in Österreich und Deutschland eingeführt werden, da in den zwei letzgenannten Staaten lediglich notwendig ist, dass der Arbeitnehmer vorübergehend überlassen werden darf und ist ein konkretes Beendigungsdatum nicht in den Überlassungsvertrag zwingend aufzunehmen.

Die einzige Verantwortung des Beschäftigers i.S.d. Art 9 Abs 2a und 2b i.V.m. Art 14 liegt darin, die Arbeitszeiten des Arbeitnehmers zu organisieren, ihn über die betrieblichen Sicherheits- und Hygienevorschriften zu informieren und ihn einzuschulen.

[982] Ustawa z dnia 09.07.2003 r. o zatrudnianiu pracowników tymczasowych, Dz. U. Nr 166, poz. 1608, z 2004 r. nr 96, poz. 959, z 2007 r. nr 89, poz. 589, z 2009 r. nr 6, poz. 33, Dz. U. z 2009 r. nr 221, poz. 1737.

Art 1 des AÜG bestimmt den Anwendungsbereich des AÜG und sieht vor, dass das Gesetz Regelungen über die Beschäftigung von überlassenen Arbeitnehmern von Arbeitgebern, welche Arbeitsagenturen sind, trifft, sowie Regelungen betreffend Personen, die nicht Arbeitnehmer von Arbeitsagenturen sind, jedoch eine vorübergehende Tätigkeit für einen Beschäftiger ausüben.[983]

Wie sich auch bereits auf Grund des Wortlautes des plAÜG ergibt, erfolgt auch tatsächlich in Polen die Überlassung von Arbeitskräften insbesondere durch Arbeitsagenturen, bei welchen die Arbeitnehmer angestellt sind und welche für die Arbeitnehmer verpflichtet sind Steuern und Sozialversicherungsbeitäge zu entrichten.

Die häufigsten Verstöße gegen die Überlassung von polnischen Arbeitskräften durch inländische Agenturen an ausländische Beschäftiger im Ausland wurden festgestellt im Zusammenhang mit der Vereinbarung von Arbeitsbedingungen (Arbeitszeit, Entgelthöhe), aber auch in Zusammenhang mit anderen für den Arbeitnehmer für die Aufnahme einer Beschäftigung im Ausland wesentlichen Umständen, wie z.B. die fehlende Meldung zu den Sozialversicherungen.[984]

Nach Meinung der Arbeitsinspektoren sind die Gründe für die Verstöße im Zusammenhang mit der Arbeitskräfteüberlassung insbesondere nachtehende:

- Die mangelhafte rechtliche Absicherung der überlassenen Arbeitskraft resultiert daraus, dass nicht sämtliche Umgehungen und Verstöße umfassend vom Arbeitskräfteüberlassungsgesetz mit Sanktionen bedroht sind.[985]

- Die finanziellen Schwierigkeiten der Arbeitsagenturen, welche sich aus der nicht termingerechten Begleichung der Forderungen durch die Beschäftiger ergeben und dazu führen, dass die Arbeitsagenturen nicht die verpflichtenden Sozialversicherungsbeiträge, Beiträge an den Arbeitsfond, die Lohnsteuer und andere öffentliche Beiträge zahlen können.[986]

Im Jahre 2009 wurden die Kontrollen auch hinsichtlich der ausländischen Arbeitgebern, welche ihre Arbeitnehmer auf das polnische Staatsgebiet zur Erbringung einer Arbeitsleitung **entsenden**, intensiviert.[987]

---

[983] Art 1 AÜG*: „Ustawa reguluje zasady zatrudniania pracowników tymczasowych przez pracodawcę będącego agencją pracy tymczasowej oraz zasady kierowania tych pracowników i osób niebędących pracownikami agencji pracy tymczasowej do wykonywania pracy tymczasowej na rzecz pracodawcy użytkownika."*

[984] *„Do najczęstszych nieprawidłowości związanych z kierowaniem osób do pracy w zagranicznej agencji pracy tymczasowej lub u zagranicznego pracodawcy użytkownika należy nieokreślenie w umowach warunków zatrudnienia (okresu pracy, wysokości wynagrodzenia) oraz pozostałych kwestii mających znaczenie dla osób kierowanych do pracy za granicą (np. świadczeń socjalnych)." Tomczyk,* Sprawozdanie GIP z działalności PIP w 2011 roku, Warzawa, 2012, S. 128.

[985] *„– niezapewnienie właściwej ochrony prawnej pracownikom tymczasowym — niektóre rozwiązania ustawowe pozwalają na obchodzenie przepisów bądź świadome ich naruszanie bez żadnych konsekwencji;" Tomczyk,* Sprawozdanie GIP z działalności PIP w 2011 roku, Warzawa, 2012, S. 129.

[986] *„– trudności finansowe podmiotów, wynikające także z nieterminowego regulowania należności przez kontrahentów, czego skutkiem mogą być zaległości w opłacaniu składek na ubezpieczenie społeczne i Fundusz Pracy, podatków i innych należności publicznych." Tomczyk,* Sprawozdanie GIP z działalności PIP w 2011 roku, Warzawa, 2012, S. 129.

[987] *„W 2009 r. działania te zintensyfikowano także w stosunku do pracodawców zagranicznych, którzy delegują swoich pracowników do pracy na terytorium Polski."* Siehe *Zając*, Sprawozdanie GIP z działalności PIP w 2009 roku, Warzawa, 2010, S. 104.

Die ausländischen entsendenden Arbeitgeber sind zur Befolgung der minimalen Voraussetzungen der polnischen Rechtsordnung, insbesondere der Art 671 - 673 des polnischen Arbeitsrechtskodex, verpflichtet.[988] Der ausländische Arbeitgeber hat danach z.B. die Verpflichtung, dem entsandten Arbeitnehmer die gleichen, keinesfalls aber schlechtere, Arbeitsbedingen, welche sich als Minimalanforderungen aus dem polnischen Recht ergeben, zu gewährleisten, u.a. im Bereich der Einhaltung der Arbeitszeitbestimmungen, der Urlaubsbestimmungen, der Bezahlung von Überstunden, der Mindestentlohnung und Sicherheit und Hygiene am Arbeitsplatz.[989]

Unter anderem wurde festgestellt, dass öfters den Arbeitnehmern ein niedrigeres Entgelt ausbezahlt wurde, als das in der Arbeitsbewilligung ausgewiesene.[990]

Im Jahr 2011 wurden 1.385 entsandte Ausländer (im Jahr 2010 waren es lediglich 593) kontrolliert, wobei bei 14 Unternehmen, das sind 9 % der kontrollierten Unternehmen, bei 225 Ausländern Verletzungen der zwingenden arbeitsrechtlichen Bestimmungen festgestellt wurden.[991]

Die Arbeitnehmer werden vielfach auch aus Drittstaaten, Nicht-EU-Ländern, wie z.B. China, nach Polen entsandt, da vielfach große Investitionen im Infrastrukturbereich auf dem polnischen Staatsgebiet von Unternehmen, die ihren Sitz in Ländern, welche nicht zur EU gehören, tätigen.[992]

Hinsichtlich der entsandten und überlassenen Ausländer, dessen ausländische Arbeitgeber nicht in Polen niedergelassen sind, haben die Arbeitsinspektoren öfters Schwierigkeiten die Kontrollen effektiv durchzuführen, weil sie insbesondere schwer an die relevanten Arbeitsdokumente gelangen und gesetzliche Bestimmungen, welche die Exekutierung der Dokumente vom ausländischen Arbeitgeber normieren, in der polnischen Rechtsordnung fehlen.[993]

---

[988] *„Są oni bowiem ustawowo zobowiązani do przestrzegania wobec pracowników delegowanych co najmniej minimalnych standardów wynikających z polskiego prawa pracy (art. 671—673 Kodeksu pracy)."* Siehe *Zając*, Sprawozdanie GIP z działalności PIP w 2009 roku, Warzawa, 2010, S. 104; auch *Tomczyk,* Sprawozdanie GIP z działalności PIP w 2011 roku, Warzawa, 2012, S. 123.

[989] *„Pracodawca zagraniczny ma obowiązek zagwarantować pracownikom delegowanym warunki zatrudnienia nie mniej korzystne niż wynikające z przepisów polskiego prawa pracy, m.in. w zakresie norm i wymiaru czasu pracy, okresów odpoczynku, wymiaru urlopu wypoczynkowego, minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz bezpieczeństwa i higieny pracy."* Siehe *Zając*, Sprawozdanie GIP z działalności PIP w 2009 roku, Warzawa, 2010, S. 106 f; auch auch auch *Tomczyk,* Sprawozdanie GIP z działalności PIP w 2011 roku, Warzawa, 2012, S. 123.

[990] *„Stwierdzono m.in. wypłacanie cudzoziemcom wynagrodzenia w wysokości niższej niż określona we wniosku o wydanie zezwolenia na pracę."* Siehe *Zając*, Sprawozdanie GIP z działalności PIP w 2009 roku, Warzawa, 2010, S. 104.

[991] *„Kontrolą (...) objęto 1385 cudzoziemców (w 2010 r. - 593). Niezachowanie takich standardów, (...) stwierdzono w 14 podmiotach - 9% poddanych kontroli (...), wobec 225 cudzoziemców (w 2010 r. - 149)." Tomczyk,* Sprawozdanie GIP z działalności PIP w 2011 roku, Warzawa, 2012, S. 123.

[992] *„W związku z coraz liczniejszymi przypadkami realizacji dużych inwestycji infrastrukturalnych na terytorium RP przez firmy z siedzibą w krajach nienależących do UE/EOG (np. chińskie), można się spodziewać znacznego napływu cudzoziemców delegowanych do Polski w ramach usług eksportowych."* Siehe *Zając*, Sprawozdanie GIP z działalności PIP w 2009 roku, Warzawa, 2010, S. 106.

[993] *„Inspektorzy prowadzący kontrole przedsiębiorców zagranicznych nieposiadających siedziby, oddziału, zakładu ani innej formy zorganizowanej działalności na terytorium RP nadal borykają się z trudnościami i problemami, które obniżają skuteczność podejmowanych działań kontrolnych. Przeszkody te dotyczą zwłaszcza możliwości uzyskania dokumentów pracowniczych od wyznaczonych przedstawicieli firm zagranicznych, którzy z kolei nie są w stanie ich wyegzekwować od pracodawcy z siedzibą w innym kraju." Tomczyk,* Sprawozdanie GIP z działalności PIP w 2011 roku, Warzawa, 2012, S. 123 f.

Die Arbeitsinspektoren arbeiten im Bereich der Beschäftigung/Überlassung von ausländischen Arbeitgebern sehr eng mit der Grenzpolizei zusammen, welcher seit dem Jahr 2009 – auf Grundlage des Abkommens über die Zusammenarbeit des Arbeitsinspektorats mit der Grenzpolizei vom 18.04.2008 [994] an zweiter Stelle – neben den Arbeitsinspektoren – Kontrollbefugnisse hinsichtlich der illegalen Ausländerbschäftigung zukommt.[995]

Weiters sieht die Vereinbarung auch einen Informationsaustausch hinsichtlich der Verletzung von Bestimmungen im Zusammenhang mit der Beschäftigung von Ausländern vor, die Durchführung von gemeinsamen Kontrollen sowie die Veranstaltung gemeinsamer Schulungen und den Austausch von Erfahrungen und bewährten Praktiken.[996]

Die gemeinsame Durchführung von Kontrollen mit der Grenzpolizei bringt u.a. den Vorteil mit sich, dass die Polizisten – im Vergleich zu den Arbeitsinspektoren – erkennungsdienstliche Maßnahmen setzten können und ihnen weiters die Möglichkeit von unmittelbaren Zwangsmaßnahmen, wie die Festnahme der Ausländer, zukommt, was den Arbeitsinspektoren rechtlich nicht gestattet ist.[997]

D Zusammenfassung des Kapitels II samt Schlussfolgerungen

In diesem Kapitel wurde die Frage behandelt, in welchen Gesetzen Normen vorhanden sind, die der Bekämpfung der Schwarzarbeit dienen sollen. Hierbei ist man zur Lösung gekommen, dass jede Rechtsordnung ein wenig anders die Problematik gelöst hat.

Als **conclusio** für die **polnische** Rechtsordnung ist festzuhalten, dass eine extensiv geregelte gesetzliche Definition vorhanden ist, welche auch die Beschäftigung von Ausländern ohne die entsprechende notwendige Arbeitserlaubnis in seine Legaldefinition aufgenommen hat. Darüber hinaus sind die gravierendsten Verstöße gegen die Rechte eines Arbeitnehmers im Zusammenhang mit der Meldung zu den Sozialversicherungen mit gerichtlichen Strafen sanktioniert und im polnischen Strafgesetzbuch unter Kapitel XXVIII normiert.

Im Unterschied zu Österreich bzw Deutschland enthält die polnische Definition nicht die Erscheinungsform, dass eine Person ohne die erforderliche Gewerbeberechtigung eine Tätigkeit ausübt. Nach der polnischen Rechtsordnung liegt das Hauptaugenmerk insofern auf der Ausübung einer unselbständigen Tätigkeit, wobei Verstöße gegen ge-

---

[994] Porozumienie Głównego Inspektora Pracy i Komendanta Głównego Straży Granicznej z dnia 18.04.2008 r. w sprawie zasad współdziałania Państwowej Inspekcji Pracy i Straży Granicznej,

[995] *„W obszarze kontroli legalności zatrudnienia cudzoziemców kluczowym partnerem Państwowej Inspekcji Pracy jest Straż Graniczna, która od 2009 r. pełni funkcję drugiego obok PIP organu uprawnionego do prowadzenia kontroli w tym zakresie." Tomczyk,* Sprawozdanie GIP z działalności PIP w 2011 roku, Warzawa, 2012, S. 124.

[996] „(...) *które przewiduje m.in. wzajemne przekazywanie informacji o naruszeniach przepisów dotyczących cudzoziemców, podejmowanie wspólnych kontroli oraz kontroli na wniosek organu współdziałającego, a także wspólne szkolenia oraz wymianę doświadczeń i dobrych praktyk." Tomczyk,* Sprawozdanie GIP z działalności PIP w 2011 roku, Warzawa, 2012, S. 124.

[997] *„W takich przypadkach szczególnie przydatne okazują się uprawnienia straży granicznej w kwestii prowadzenia działalności operacyjnej i rozpoznania środowisk cudzoziemskich oraz prawo do stosowania środków przymusu bezpośredniego, w tym do zatrzymywania cudzoziemców (inspektorzy pracy nie dysponują takimi uprawnieniami)." Tomczyk,* Sprawozdanie GIP z działalności PIP w 2011 roku, Warzawa, 2012, S. 124.

setzliche Normen im Hinblick auf unrechtmäßige Gewerbetreibende nicht vom Tatbestand umfasst werden.

Was vielfach von den zuständigen Organen für die Verfolgung der illegalen Beschäftigung, der Arbeitsinspektoren (PIP) kritisiert wird, ist die passive Stellung der Legislative gegenüber dem Thema der Schwarzarbeit und das Fehlen neuer rechtlicher Lösungen im Bereich der Bekämpfung der Erscheinungen der Schwarzarbeit.[998]

Die **deutsche** Rechtsordnung bedient sich eines eigenen Gesetzes, des Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes, und zählt in ihrem § 1 Abs 2 SchwarzArbG sämtliche Tatbestände auf, welche unter den Begriff der Schwarzarbeit fallen sollen. In dieser Definition wird ebenfalls den Verstoß gegen steuerliche Pflichten als einer der zahlreichen Tatbestandsmerkmale vorgesehen, was weder in der österreichischen, noch in der polnischen Rechtsordnung der Fall ist.

Der **österreichische** Gesetzgeber hat sich entschieden kein eigenes Gesetz zu beschließen, welches der Problematik der Schwarzarbeit dienen soll, sondern hat mehrere Normen mit dem teleos dahinter, Schwarzarbeit zu bekämpfen, in verschiedenen Gesetzen verstreut, normiert, wobei die zentrale strafrechtliche Norm hierbei der § 153e StGB sein soll.

Summa summarum kann hinsichtlich der Definition Schwarzarbeit und illegale Beschäftigung die Schlussfolgerung getroffen werden, dass sich die Definitionsmerkmale zum Teil überschneiden, wie zB der Verstoß gegen die sich aus dem Sozialversicherungsrecht ergebenden Pflichten, wie die Meldeverpflichtung, doch grundsätzlich unterscheiden sich die Definitionsmerkmale evident, wie zB hinsichtlich der illegalen Ausländerbeschäftigung, der steuerlichen Verstöße oder der Verstöße gegen die gewerberechtlichen Bestimmungen.

Jede der behandelten Rechtsordnungen hat sich für eine eigene Herangehensweise entschieden, wie sie die Problematik der Schwarzarbeit und illegalen Beschäftigung bekämpfen will und für eine selbständige Definition mit spezifischen Definitionsmerkmalen entschieden.

E Exkurs

1 Die Scheinselbständigkeit

1.1 Einführung

In diesem Kapitel wird die Thematik behandelt, was unter dem Begriff einer „Scheinselbständigkeit“ zu verstehen ist.

Von Scheinselbstständigkeit wird grob gesagt dann gesprochen, wenn ein Erwerbstätiger formal wie ein Selbstständiger auftritt, obwohl es sich tatsächlich um ein unselbständiges Abhängigkeitsverhältnis handelt.[999] Auf Grund des Umstandes der Selbständigkeit werden keine Beiträge an die Sozialversicherungen entrichtet und wird genausowenig die Lohnsteuern an das Finanzamt abgeführt.[1000] Es handelt sich zumeist um die Beschäftigung von angeblich selbständigen ausländischen Unternehmern,

[998] *„Ze względu na brak nowych rozwiązań prawnych w zakresie zwalczania tego zjawiska, od kilku lat jego motywy nie ulegają zasadniczej zmianie";* Siehe *Tomczyk,* Sprawozdanie GIP z działalności PIP w 2011 roku, Warzawa, 2012, S. 116.

[999] *Dörner/Baeck,* Die Vorschläge der Kommission „Scheinselbständigkeit“, NZA 1999, 1136, S. 1137.

[1000] *Dörner/Baeck,* Die Vorschläge der Kommission „Scheinselbständigkeit“, NZA 1999, 1136, S. 1137.

bei denen jedoch – bei einer Gesamtbetrachtung aller Umstände – die Tatbestandselemente eines unselbständigen Arbeitnehmers überwiegen. [1001] Die Abgrenzung von der tatsächlichen Selbständigkeit zur vorgetäuschten „Scheinselbständigkeit" ist einerseits hinsichtlich der Verpflichtung zur Zahlung von Sozialversicherungsbeiträgen relevant, da eine Versicherung- und Abführungspflicht lediglich bei Scheinselbständigen besteht und andererseits auch für die steuerlichen Pflichten, insbesondere wegen der Lohnsteuerpflicht iSd §§ 41 EStG ff, von großer Bedeutung.[1002]

1.2 Zur Abgrenzung des selbständigen vom unselbständigen Arbeitnehmer

Um sagen zu können, was unter dem Begriff des Scheinselbständigkeit zu verstehen ist, muss vorerst eine Abgrenzung zwischen einem Selbständigem und einem unselbständigen abhängigen Arbeitnehmer getroffen werden.[1003]

Wichtige Kriterien der Selbständigkeit sind die fehlende persönlichen Abhängigkeit, die Weisungsungebundenheit und/oder die fehlende Eingliederung in die Organisation des Auftraggebers und, ein die Tragung eines unternehmerischen Risikos, sowie das Auftreten am Markt.[1004] Die Selbständigkeit ist von der Eigenbestimmtheit geprägt, wobei es ein wichtiges Indiz darstellt, dass der Selbständige an keine fremdbestimmten Arbeitszeiten gebunden ist.[1005]

Vice versa sind die Charakteristika eines unselbständigen Arbeitsverhältnisses, dass sich ein Arbeitnehmer verpflichtet persönlich, eine auf Dauer angelegte Tätigkeit unter persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit auszuführen.[1006]

Darüber hinaus sind relevante Charakteristika der Unselbständigkeit die Unterordnung des Arbeitnehmers in die Organisation des Arbeitgebers, die Verrichtung der Tätigkeit mit den Arbeitsmitteln des Arbeitgebers und unter seiner Leitung.[1007]

Eine Abgrenzung ist insbesondere wegen des Umstandes, dass keine Legaldefinition des Begriffs des „Arbeitnehmers" noch des „Selbständigen" weder im Arbeitsrecht noch im Sozialversicherungsrecht existiert, noch diffiziler.

Der Begriff eines Dienstverhältnisses i.S.d. § 47 EStG ist nicht taxativ definiert, sondern sind nur bestimmte wichtige Merkmale aufgezählt.[1008] Für die Beurteilung, ob ein unselbständiges Dienstverhältnis oder ein selbständiger Werkvertrag vorliegt, ist auf das *„Gesamtbild der vereinbarten Tätigkeit"* abzustellen und ist zu prüfen, ob die Merkmale eines Dienstverhältnisses oder eines Werkvertrages überwiegen.[1009] Es ist der

---

[1001] *Houf/Lehner,* KIAB-Kontrollen, Wien, 2008, Rz 226.

[1002] *Brenner*, Die Strafrechtliche Bekämpfung von Schwarzarbeit, Berlin, 2008, S. 106.

[1003] Siehe Erläuterungen zur Abgrenzung in *Brenner*, Die Strafrechtliche Bekämpfung von Schwarzarbeit, Berlin, 2008, S. 107 ff.

[1004] *Boockmann/Döhrn/Groneck/Verbeek,* Abschätzung des Ausmaßes der Schwarzarbeit, März 2010, S. 51; *Voelzke* in *Küttner*, Personalbuch 2006, 13. Auflage, Nr. 24, Rz 63 ff.

[1005] *Schrank,* Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, 34. Auflage, Graz, 2011, S. 184/VI.

[1006] Siehe zu Merkmalen der wirtschaftlichen Abhängigkeit: *Houf/Lehner,* KIAB-Kontrollen, Wien, 2008, Rz 230.

[1007] *Fischerlehner*, Dienstverhältnis oder Subunternehmer? – «Scheinselbständigkeit» zur Umgehung arbeits- und ausländerbeschäftigungsrechtlicher Bestimmungen, taxlex 2007 – Heft 1, S. 19-22; OGH vom 19.05.1981, 4 Ob 104/80, SZ 54/75 = EvBl 1982/24, 72 = JBl 1982, 500 = Arb 9972 = DRdA 1982,191 (*Strasser*) = ZAS 1982,10 (*Tomandl*); OGH vom 18.12.1979, 4 Ob 124/79, Arb 9845 = DRdA 1982, 207 (*Rabofsky*) = RdA 1982/10; OGH vom 01.09.1999, 9 Ob A 187/99m, RdW 2000/4, 242 = ARD 5121/7/2000; *Kirchbacher/Presslauer*, § 153c StGB in *Höpfel/Ratz* (Hrsg.), WK zum StGB, 2. Auflage, Rz 9 f zu § 153c StGB; *Voelzke* in *Küttner*, Personalbuch 2006, 13. Auflage, Nr. 24, Rz 67.

[1008] *Fischerlehner*, Dienstverhältnis oder Subunternehmer? – «Scheinselbständigkeit» zur Umgehung arbeits- und ausländerbeschäftigungsrechtlicher Bestimmungen, taxlex 2007 – Heft 1, S. 19.

[1009] *Schrank,* Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, 34. Auflage, Graz, 2011, S. 184/VII; *Fischerlehner*, Dienstverhältnis oder Subunternehmer? – «Scheinselbständigkeit» zur Umgehung arbeits- und ausländerbeschäftigungsrechtlicher Bestim-

„wahre wirtschaftliche Gehalt“ zu prüfen und „nicht der äußere Anschein“.[1010] Wenn zB ein schriftlicher Arbeitsvertrag vorliegt, kann nicht sofort von einem unselbständigen Arbeitsverhältnis ausgegangen werden.[1011]

Nach der ständigen Rechtsprechung des VwGH ist für die Beurteilung der persönlichen Abhängigkeit iSd § 4 Abs 2 ASVG darauf abzustellen, *„ob nach dem Gesamtbild dieser konkret zu beurteilenden Beschäftigung die Bestimmungsfreiheit des Beschäftigten durch diese und während dieser Beschäftigung weitgehend ausgeschaltet oder - wie bei anderen Formen der Gestaltung einer Beschäftigung - nur beschränkt ist.“*[1012]

Voraussetzung für die persönliche Abhängigkeit i.S.d. § 4 Abs 2 ASVG und somit ein versicherungspflichtiges Arbeitsverhältnis ist zB die persönliche Arbeitspflicht.[1013]

Weiters ist neben der persönlichen Leistungspflicht auch ein weiteres wesentliches Kriterium, ob die, die Tätigkeit ausübende Person an Arbeitszeiten, gebunden ist, an – allfälligen – täglichen Besprechung teilnehmen muss und Weisungen unterliegt.[1014]

In Einzelfällen kann jedoch auch dann ein unselbständiges Arbeitsverhältnis vorliegen, auch wenn es an einer örtlichen Bindung fehlt und dem Arbeitnehmer eine freie Gestaltung seiner Arbeitszeit eingeräumt wurde.[1015]

Die wirtschaftliche Abhängigkeit (= *„Fehlen der im eigenen Namen auszuübenden Verfügungsmacht über die wesentlichen organisatorischen Einrichtungen und Betriebsmittel“*), Ausschaltung der Bestimmungsfreiheit des Beschäftigten, Bindung an Ordnungsvorschriften über den Arbeitsort, die Arbeitszeit, sowie die Weisungs- und Kontrollbefugnisse und die damit eng verbundene persönliche Arbeitspflicht ist bei entgeltlichen Arbeitsverhältnissen die zwangsläufige Folge persönlicher Abhängigkeit.[1016]

„Auch der Umstand, dass die Ausländer im Besitz von gewerberechtlichen Berechtigungen gewesen sind war daher, für die Beurteilung der Frage nicht ausschlaggebend, ob die reale Tätigkeit der Ausländer (…) als Ausübung eines Gewerbes oder als unselbständige Tätigkeit zu beurteilen waren.“[1017]

Auch wenn ein Ausländer eine Gewerbeberechtigung besitzt, schließt dies nicht automatisch das Verschuldens des - den Ausländer zu unselbständigen Tätigkeiten bewilligungslos beschäftigenden - Arbeitgeber i.S.d. § 5 Abs 1 VStG aus.[1018]

Ein genaueres Eingehen auf die Problematik der Abgrenzung eines Selbständigen von einem Arbeitnehmer würde das Ausmaß dieser Arbeit sprengen, weshalb auf die obgenannte Abgrenzung zurückzugreifen ist.[1019]

---

mungen, taxlex 2007 – Heft 1, S. 20; *Houf/Lehner,* KIAB-Kontrollen, Wien, 2008, Rz 231 ff; *Brenner*, Die Strafrechtliche Bekämpfung von Schwarzarbeit, Berlin, 2008, S. 109.

[1010] VwGH vom 04.10.2012, 2012/09/0134; *Houf/Lehner,* KIAB-Kontrollen, Wien, 2008, Rz 226; VwGH vom 06.11.2012, 2012/09/0123.

[1011] *Houf/Lehner,* KIAB-Kontrollen, Wien, 2008, Rz 226.

[1012] VwGH vom 14.11.2012, 2011/08/0157; VwGH vom 10.12.1986, Slg. Nr. 12.325/A.

[1013] VwGH vom 25.05.2011, 2010/08/0026, JusGuide 2011/30/2230 = ZfVB 2011, 1077.

[1014] VwGH 16.11.2011, 2008/08/0152, ARD 6204/9/02012 = RdA 2012, 356 = infas 2012, S 11.

[1015] VwGH vom 31.01.1995, 92/08/0213, VwSlg 14.216/A = SVSlg 42.035 (bei einem Zeitungskolporteur); OGH vom 11.05.1988, 9 Ob A 48/88 RdA 1990, 353 (*Runggaldier*) = Arb 10.741 (bei einem Partyvertriebssystem).

[1016] VwGH vom 14.11.2012, 2011/08/0157.

[1017] VwGH vom 25.03.2010, Zl. 2007/09/0261.

[1018] VwGH vom 26.01.2012, Zl. 2009/09/0099.

[1019] Sehr genaue Ausführungen zum Begriff des Arbeitnehmers in *Klein,* Beschäftigung im Rahmen von „Pflegepools“ – freiberufliche Tätigkeit oder Arbeitsvertrag?, DRdA 2006, S. 432 ff.

1.3 Ein Beispiel aus der Rechtssprechung zum Thema der Scheinselbstständigkeit

Mit Urteil vom 30.05.2007[1020] wurde die Geschäftsführerin einer GmbH vom Landesgericht St.Pölten wegen des Vergehens der organisierten Schwarzarbeit gemäß § 153e Abs 1 Z 2 und Abs 2 StGB schuldig gesprochen, weil sie mit 67 polnische Staatsangehörige, welchen zuvor in Deutschland eine Gewerbe angemeldet haben, als „Werksvertrag" bezeichnete Verträge abgeschlossen hat.

Tatsächlich handelte es sich jedoch bei der ausgeübten Tätigkeit – in seiner Gesamtbetrachtung – inhaltlich und faktisch um einen klassischen Arbeitsvertrag zur Erbringung von Leistungen im Rahmen des Baugewerbes auf verschiedenen Baustellen. Die durch die Geschäftsführerin gewählte Handlungsweise, Einstellung von „Scheinselbstständigen", sollte lediglich dazu dienen die gesetzliche Verpflichtung der Anmeldung von unselbständigen Arbeitnehmern zur gesetzlichen Sozialversicherung in Österreich zu umgehen. Die Geschäftsführerin, als Verantwortliche, wurde nach § 153e Abs 1 iVm § 43 Abs 1 StGB zu einer auf drei Jahren bedingt nachgesehene Freiheitsstrafe von acht Monaten verurteilt.

Weiters hat der Arbeitgeber, der einen Scheinselbständigen beschäftigt hat, zumeist dann auch eine Kündigungsentschädigung, eine Urlaubsersatzleistung zu zaheln, die Sozialversicherungsbeiträge nach zu zahlen und allfällige Überstunden zu entgelten.[1021]

1.4 Die neuen Selbständigen nach § 2 Abs 1 Z 4 GSVG[1022]

Nach der Rechtslage vor dem Arbeits,- und Sozialänderungsgesetz (ASRÄG 1997)[1023] waren selbständig tätige Personen, die ein Gewerbe ohne entsprechende Gewerbeberechtigung ausübten aus dem Schutzbereich der Sozialversicherungen ausgeschlossen.[1024]

Durch das Arbeits- und Sozialrechtsänderungsgesetz 1998 wurde in § 2 Abs 1 Z 4 ASVG eine weitere Gruppe von Pflichtversicherten eingefügt, bei denen es nicht mehr auf die Mitgliedschaft zu einer Kammer der gewerblichen Wirtschaft ankommt (§ 8 Abs 1 Z 3 lit a ASVG zweiter Gedankenstrich).[1025] Teleos der Änderung der Rechtslage war u.a die Umgehungsmöglichkeiten von Schwarzarbeit einzudämmen.[1026]

Es werden im GSVG nicht mehr nur - wie bisher - die Mitglieder einer Kammer der gewerblichen Wirtschaft bzw bestimmter Gesellschaften, die Mitglieder einer Kammer der gewerblichen Wirtschaft sind, pflichtversichert, sondern alle selbstständig erwerbstä-

---

[1020] siehe Entscheidungsbesprechung in VwGH vom 12.07.2011, 2009/09/0032.

[1021] „*Wówczas czeka cię szereg wydatków: np. odszkodowanie za niezgodne z prawem rozwiązanie umowy o pracę, ekwiwalent za niewykorzystany urlop wypoczynkowy, zaległe składki na ubezpieczenie chorobowe, wynagrodzenie za nadgodziny.",* Kwantum kancelaria radcow prawnych, Czym ryzykujesz zatrudniając na czarno, Art vom 03.10.2010, http://www.wykonawca.pl/eprawnik/czytaj/Czym_ryzykujesz_zatrudniajac_na_czarno,0188206001286093141.html

[1022] Bundesgesetz vom 11.10.1978 über die Sozialversicherung der in der gewerblichen Wirtschaft selbständig Erwerbstätigen (Gewerbliches Sozialversicherungsgesetz - GSVG), BGBl. Nr. 560/1978, geändert am 04.09.1999 durch BGBl. I Nr. 194/1999 idF des Sozialrechts-Änderungsgesetz 2012 (SRÄG 2012), BGBl I Nr. 3/2013.

[1023] BGBl I 1997/139.

[1024] *Tomandl*, Rechtsprobleme einer umfassenden Sozialversicherung, ZAS 1998, 9, S. 11; *Pöltner*, Die Einbeziehung aller Erwerbseinkommen in die Sozialversicherung, DRdA 1998, 316, S. 322.

[1025] OGH vom 01.09.1998, 10 ObS 160/98x, RS0110615, SSV-NF 12/111.

[1026] *Souhrada,* Sozialversicherungspflicht für „Werkverträge": Der Sinn im Chaos (Teil I), SozSi 1996, 1002, S. 1003

tigen Personen, die aufgrund einer betrieblichen Tätigkeit Einkünfte i.S.d. § 22 Z 1 bis 3 und 5 und/oder des § 23 des EStG 1988 erzielen.[1027]

Ob es sich bei der Nichtmeldung durch den neuen Selbständigen zu den Sozialversicherungen gleich um Schwarzarbeit handelt oder man stets nach Sachverhalten bei der Beurteilung differenzieren muss, wird nachstehend kurz erläutert:

Bei den „neuen Selbständigen" ergibt sich die Sozialversicherungspflicht aus der steuerlichen Erfassung des Einkommens.[1028]

Gemäß § 2 Abs 1 Z 4 GSVG sind „*selbständig erwerbstätige Personen*, *die auf Grund einer betrieblichen Tätigkeit Einkünfte i.S.d. §§ 22 Z 1 bis 3 und 5 und (oder) 23 des EStG 1988 erzielen, verpflichtet sich in der Krankenversicherung und in der Pensionsversicherung zu versichern, wenn auf Grund dieser betrieblichen Tätigkeit nicht bereits Pflichtversicherung nach diesem Bundesgesetz oder einem anderen Bundesgesetz in dem (den) entsprechenden Versicherungszweig(en) eingetreten ist. Solange ein rechtskräftiger Einkommensteuerbescheid oder ein sonstiger maßgeblicher Einkommensnachweis nicht vorliegt, ist die Pflichtversicherung nur dann festzustellen, wenn der Versicherte erklärt, daß seine Einkünfte aus sämtlichen der Pflichtversicherung nach diesem Bundesgesetz unterliegenden Tätigkeiten im Kalenderjahr die in Betracht kommende Versicherungsgrenze (§ 4 Abs 1 Z 5 oder Z 6) übersteigen werden. In allen anderen Fällen ist der Eintritt der Pflichtversicherung erst nach Vorliegen des rechtskräftigen Einkommensteuerbescheides oder eines sonstigen maßgeblichen Einkommensnachweises im nachhinein festzustellen.*"

E contrario sind gemäß § 4 Abs 1 Z 5 und Z 6 GSVG *„Personen von der Pflichtversicherung in der Kranken,- und Pensionsversicherung ausgenommen, wenn deren Beitragsgrundlagen (§ 25) im Kalenderjahr das 12-fache des Betrages gemäß § 25 Abs 4 Z 2 lit a aus sämtlichen der Pflichtversicherung nach § 2 Abs 1 Z 4 unterliegenden Tätigkeiten nicht übersteigen, wenn sie im betreffenden Kalenderjahr ausschließlich diese Erwerbstätigkeit(en) ausüben und keine in Z 6 lit. b angeführte Leistung beziehen; sowie nach Ziffer 6, wenn deren Beitragsgrundlagen (§ 25) im Kalenderjahr das 12-fache des Betrages gemäß § 25 Abs 4 Z 2 lit b aus sämtlichen der Pflichtversicherung nach diesem Bundesgesetz unterliegenden Tätigkeiten nicht übersteigen, wenn sie im betreffenden Kalenderjahr sonstige Erwerbstätigkeiten ausüben, oder eine Pension nach diesem oder einem anderen Bundesgesetz, einen Ruhe- oder Versorgungsgenuß, eine Versorgungsleistung einer gesetzlichen beruflichen Vertretung (Kammer), Kranken- oder Wochengeld, Karenzgeld, Kinderbetreuungsgeld, Sonderunterstützung oder Geldleistungen nach dem AlVG 1977 beziehen; dies gilt nicht für Personen, die eine Erklärung gemäß § 2 Abs 1 Z 4 zweiter Satz abgegeben haben."*

Der **Unfallversicherungsschutz** der in der Unfallversicherung teilversicherten selbstständig Erwerbstätigen wird somit entweder durch die Mitgliedschaft zu einer Wirtschaftskammer begründet bzw. bei den „neuen Selbstständige" nach § 8 Abs 1 Z 3 lit a zweiter Gedankenstrich ASVG, wenn sie – aufgrund der abgegebenen Erklärung

[1027] *Teschner/Widlar,* GSVG, 88 Erg.-Lfg § 2 Anm 13; *Karl,* Die Unterschiede zwischen gewerblichen und „neuen" Selbstständigen und die daraus resultierenden verfassungsrechtlichen Probleme, ASoK 2000, 85, 86.

[1028] *Karl,* Die Unterschiede zwischen gewerblichen und „neuen" Selbstständigen und die daraus resultierenden verfassungsrechtlichen Probleme, ASoK 2000, 85, 86.

zur Pflichtversicherung - in der Kranken- oder Pensionsversicherung gemäß § 2 Abs 1 Z 4 GSVG pflichtversichert sind.[1029]

Mit 01.01.2011 wurde auf das bisherige Abstellen des Pflichtversicherungsbeginns in der Unfallversicherung auf eine Meldung nach § 10 Abs 2 ASVG Abstand genommen und wird nunmehr der Anfang und das Ende der Pflichtversicherung "neuer Selbständiger" an den Beginn/Ende der Pflichtversicherung in der Kranken- und/oder Pensionsversicherung nach dem GSVG geknüpft.[1030]

Übt ein neuer Selbständiger jedoch eine Tätigkeit aus, obwohl er eine entsprechende Gewerbeberechtigung nicht besitzt, unterliegt er trotzdem § 2 Abs 1 Z 4 GSVG und zieht dies folglich eine Teilversicherung in der Unfallversicherung gemäß § 8 Abs 1 Z 3 lit a 2 Gedankenstrich ASVG nach sich.[1031]

Ergänzend sei in diesem Zusammenhang zu erwähnen, dass seit 01.01.2009[1032] die freiwillige **Arbeitslosenversicherung** für Selbständige in Kraft getreten ist. Es wurde ein sog. „opting-in" System geschaffen, welches den Selbständigen ermöglichen soll auch in die Arbeitslosenversicherung - unter Wahrung der bisher erworbenen Ansprüche – freiwillig hinein zu optieren.[1033]

Durch die Versicherungsmeldeverpflichtung (zur Krankenversicherung und Pensionsversicherung) für die „neuen Selbständigen" gemäß § 2 Abs 1 Z 4 GSVG und für dienstnehmerähnlichen freie Dienstnehmer gemäß § 4 Abs 4 ASVG wurde die Lücke zur Sozialversicherungspflicht geschlossen.[1034]

Ergänzend ist festzuhalten, dass die neuen Selbständigen wie freie Dienstnehmer zu behandeln sind, weil sie wegen ihrer wirtschaftlichen Abhängigkeit bzw. Unselbständigkeit gleichermaßen schutzwürdig sind.[1035]

Aus meinen eigenen Umfragen im Bekanntschaftskreis konnte ich die Erkenntnis erlangen, dass bereits in vielen Branchen Arbeitgeber nicht mehr bereit sind ein klassisches unselbständiges Arbeitsverhältnis mit den Arbeitnehmern einzugehen, sondern sich vielfach zur Verrichtung von Tätigkeiten der Gruppe der „neuen Selbständigen" bedienen. Dies bringt dem Leistungsempfänger z.B. den Vorteil, dass er sich nicht selbst um die Anmeldung der Arbeitnehmer kümmern muss und keine Sozialversicherungsbeiträge und Steuern für diese zu entrichten hat.

1.5 Zusammenfassung

[1029] *Tomandl* in *Tomandl*, SV-System 13. Erg.-Lfg, 281.

[1030] *Steiger*, Rückblick 2011/Ausblick 2012 in der Sozialversicherung, taxlex 2011, 455, S. 456.

[1031] OGH vom 14.02.2012, 10ObS11/12h, ARD 6224/6/2012 = RdW 2012/310 S 295 - RdW 2012,295 = ZAS-Judikatur 2012/102 = Jus-Extra OGH-Z 5162 = RZ 2012,204 EÜ174 - RZ 2012 EÜ174.

[1032] BGBl I 2007/104.

[1033] Vorblatt zu den ErläutRV 298 BlgNR 23. GP; *Galler,* Die neue Auftraggeberhaftung bei Bauleistungen und die Arbeitslosenversicherung für Selbständige, Neuerungen im Sozialrecht ab 2009, ZAS 2009/19, S. 113; *Mosler,* Anwendung des kollektiven Arbeitsrechts auf arbeitnehmerähnlich beschäftigte Selbständige? Sonderheft, RdA 2012, 100, S. 101.

[1034] *Mosler,* Anwendung des kollektiven Arbeitsrechts auf arbeitnehmerähnlich beschäftigte Selbständige? Sonderheft, RdA 2012, 100, S. 101.

[1035] *Mosler,* Anwendung des kollektiven Arbeitsrechts auf arbeitnehmerähnlich beschäftigte Selbständige? Sonderheft, RdA 2012, 100, S. 107.

Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass unter dem Begriff der „Scheinselbständigkeit“ zu verstehen ist, dass ein nach außen als „Selbständiger“ auftretender eine Tätigkeiten auf Grund eines Werkvertrages ausführt, obwohl nach den Gesamtumständen grundsätzlich eine klassische Arbeitnehmerbeschäftigung vorliegt. Obwohl ein Werkvertrag vorliegt agiert der Werkvertragserbringer nicht weisungsfrei und ist von seinem „Auftraggeber“ persönlich abhängig.

Viele Arbeitgeber wollen die von Ihnen zu tragende Steuern und Sozialversicherungsbeiträgen nicht zahlen und neigen dazu, von Ihnen grundsätzlich abhängige Arbeitnehmer, nach außen hin als Selbständige auftreten zu lassen, um dadurch Wettbewerbsvorteile, durch finanzielle Ersparnisse zu erlangen. Wie zB im Pflegebereich, wo Pflegepersonal, auf Grundlage von einem Werkvertrag, Pflegeleistungen erbringt, hierbei aber überwiegend Merkmale eines klassischen Arbeitsverhältnisses vorliegen, was konsequenterweise ein unselbständiges Arbeitsverhältnis zu Folge haben müsste.[1036]

Die negative Seite einer Scheinselbstständigkeit ist, dass der Scheinselbständige, wegen seiner Behandlung als Selbstständiger, insbesondere den einem Arbeitnehmer zustehenden, arbeits- und sozialversicherungsrechtlichen Schutz verliert und somit seine soziale Vorsorge auf eigene Rechnung finanzieren muss.[1037] Darüber hinaus kommt es - aufgrund des Ausfalls von Arbeitnehmer- und Arbeitgeberbeiträgen - bei den Sozialversicherungen zu Einnahmeverlusten.[1038]

Wird Scheinselbstständigkeit festgestellt, so hat dies zur Folge, dass der Erwerbstätige den Arbeitnehmerstatus erhält und der beschäftigende Arbeitgeber den Scheinselbstständigen bei der gesetzlichen Krankenversicherung anmelden muss. Der Arbeitgeber hat, ab diesem Zeitpunkt, die Sozialversicherungsleistungen sowie die Lohn- bzw Einkommensteuer für seinen Arbeitnehmer abzuführen, wobei Sozialversicherungsbeiträge auch rückwirkend, sowohl dem Arbeitgeber, als auch dem Arbeitnehmer, vorgeschrieben werden können.[1039]

Steigende Tendenzen an Scheinselbständigen waren insbesondere mit der Ostöffnung der EU zu beobachten, aus dem Umstand, dass Zugangsbeschränkungen für unselbständige Arbeitnehmer aus den Mitgliedstaaten, welche der EU im Mai 2004 beigetreten sind, normiert wurden, selbständigen Gewerbetreibenden jedoch Dienstleistungsfreiheit gewährt wurde.[1040]

Mit dem Wegfall der Arbeitnehmerfreizügigkeit per 01.05.2011, für die, der EU am 01.05.2004 beigetretenen Mitgliedsstaaten, wird meines Erachtens das Thema der Scheinselbständigkeit nicht mehr so aktuell sein.

2 Die „Scheinfirmen“

2.1 Einführung

Gegenstand dieses Kapitels ist der Begriff der Scheinfirma. Was versteht man unter dem Begriff einer Scheinfirm?

[1036] *Klein,* Beschäftigung im Rahmen von „Pflegepools“ – freiberufliche Tätigkeit oder Arbeitsvertrag? DRdA 2006, S. 431 ff.

[1037] *Boockmann/Döhrn/Groneck/Verbeek,* Abschätzung des Ausmaßes der Schwarzarbeit, März 2010, S. 50.

[1038] *Boockmann/Döhrn/Groneck/Verbeek,* Abschätzung des Ausmaßes der Schwarzarbeit, März 2010, S. 50.

[1039] *Boockmann/Döhrn/Groneck/Verbeek,* Abschätzung des Ausmaßes der Schwarzarbeit, März 2010, S. 50.

[1040] *Filzmoser*, Gewerberechtliche Aspekte des Sozialbetrugsgesetzes, ecolex 2005 - Heft 7, S. 548; *BMF,* Entwicklung der Bekämpfung der Schwarzarbeit und der illegalen Beschäftigung, Bericht September 2009, Punkt 5.3 (Administrative Maßnahmen).

Es wird ein Unternehmen von Hintermännern gegründet, welche Scheinfirmenkonten eröffnen, wobei die Gründung des Unternehmens einzig und allein dem Zweck dienen soll Steuern und Abgaben zu hinterziehen oder Arbeitnehmer illegal zu beschäftigen.[1041] Die faktisch agierenden und entscheidenden Personen scheinen in den offiziellen Unterlagen gar nicht auf, sie entscheiden aber im Hintergrund.[1042]

Der bestellte Geschäftsführer ist zumeist eine vermögenslose Person, dessen Aufenthaltsort, wenn es darauf ankommt, nicht mehr erfolgreich ausgeforscht werden kann.[1043] Nachdem die kriminellen Hintermänner einen Gewinn lukrieren konnten, melder das unredliche Unternehmen meist nach ein paar Monaten der Konkurs an.[1044]

Dem Staat entgehen dadurch hohe Beträge an Steuern und Sozialversicherungsbeiträgen.[1045] Die Arbeitnehmer derartiger dubioser Unternehmen haben nämlich wegen des Ex-lege Versicherungsschutzes trotzdessen einen Anspruch auf Sozialleistungen und einen Betrag aus dem Insolvenzausgleichfond, in welches jedoch durch die Scheinfirma niemals Beiträge einbezahlt worden sind.[1046] Ungeachtet dessen gehen sonstige Gläubiger, Arbeitnehmer und Behörden dann zumeist leer aus, da grundsätzlich kein Gesellschaftsvermögen vorhanden ist auf welches man greifen könnte und auch die verantwortlichen Personen selten auffindbar sind.[1047]

2.2 Bekämpfung von Scheinfirmengründungen - § 153d StGB - Betrügerisches Vorenthalten von Sozialversicherungsbeiträgen und Zuschlägen nach dem BUAG

Die Gründung von Scheinfirmen ist insbesondere in der Baubranche sehr häufig.[1048] Dies zeigt sich an Hand der Statistiken, da von ca 800 jährlich neu gegründeten Unternehmen in der Baubranche ein Jahr später nur mehr 100 bis 200 weiterhin bestehen.[1049]

Um dieses Phänomen einzudämpfen wurde mit dem Sozialbetrugsgesetz 2005 die Strafbestimmung des § 153d StGB[1050] in das österreichische Strafgesetzbuch eingeführt, welche das *„Betrügerische Vorenthalten von Sozialversicherungsbeiträgen und Zuschlägen nach dem Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungsgesetz“* zum Inhalt hat. Eine Subsumtion dieser Tatbestände unter die Norm des § 146 StGB (Betrug) ist mangels Kausalität der Täuschungshandlung für den Eintritt des Schadens nicht möglich.[1051]

[1041] *Kirchbacher/Presslauer*, § 153d StGB in *Höpfel/Ratz* (Hrsg.), WK zum StGB, 2. Auflage, Rz 2 zu § 153d StGB; *Bartos*, Millionenschaden durch Sozialbetrug, SozSi 2006, 119, S. 120; *Stary*, Kontrolle illegaler Arbeitnehmerbeschäftigung aus Sicht des BMF, ÖStZ 2006/1127, Heft 24 vom 15.12.2006, S. 543.

[1042] *Reindl-Krauskopf*, Sozialbetrug aus strafrechtlicher Sicht, DRdA 2008, S. 389; *Stary*, Kontrolle illegaler Arbeitnehmerbeschäftigung aus Sicht des BMF, ÖStZ 2006/1127, Heft 24 vom 15.12.2006, S. 543.

[1043] *Bartos*, Sozialbetrug, - Ja, bitte! SozSi 2004, 344, S. 345.

[1044] *Derntl/Neumann,* Das SozBeG: Scheinfirmen und Schwarzarbeit sollen künftig effektiver bekämpft werden, ASoK 2005, S. 95.

[1045] EBRV SozBeG 698 BlgNR XXII. GP, S. 5 von 22; *Reindl-Krauskopf*, Sozialbetrug aus strafrechtlicher Sicht, DRdA 2008, S. 389.

[1046] *Reindl-Krauskopf*, Sozialbetrug aus strafrechtlicher Sicht, DRdA 2008, S. 389; *Kirchbacher/Presslauer*, § 153d StGB in *Höpfel/Ratz* (Hrsg.), WK zum StGB, 2. Auflage, Rz 2 zu § 153d StGB; *Stary*, Kontrolle illegaler Arbeitnehmerbeschäftigung aus Sicht des BMF, ÖStZ 2006/1127, Heft 24 vom 15.12.2006, S. 543.

[1047] *Gagawczuk,* Sozialbetrugsgesetz, DRdA 2005, S. 198.

[1048] *Bartos*, Sozialbetrug - Ja, bitte! SozSi 2004, 344, S. 344; *Gagawczuk,* Sozialbetrugsgesetz, DRdA 2005, S. 198.

[1049] *Kirchbacher/Presslauer*, § 153d StGB in *Höpfel/Ratz* (Hrsg.), WK zum StGB, 2. Auflage, Rz 2 § 153d StGB.

[1050] Eingefügt durch SozBeG, BGBl I 2004/152 idF BGBl I Nr. 111/2010.

[1051] *Gagawczuk,* Sozialbetrugsgesetz, DRdA 2005, S. 198.

Nach § 153d Abs 1 ist eine Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren zu verhängen, wenn ein Dienstgeber Beiträge zur Sozialversicherung dem berechtigten Versicherungsträger oder Zuschläge nach dem Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungsgesetz der Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse betrügerisch vorenthält. Nach § 153d Abs 1 StGB handelt derjenige **betrügerisch***, wer schon bei der Anmeldung zur Sozialversicherung oder bei der Meldung bei der Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse den Vorsatz hat, keine ausreichenden Beiträge oder Zuschläge zu leisten und dies Beträge dann auch in weiterer Folge tatsächlich vorenthält*.[1052]

In diesem Sinne handelt es sich somit um ein sog **zweiaktiges** Delikt, weil einerseits die Meldung zu den Sozialversicherungen mit dem Vorsatz der Nichtzahlung der Beiträge erfolgen muss und andererseits es der Täter tatsächlich unterlässt die Beiträge an die Sozialversicherungen zu entrichten.[1053]

Gegenstand des Vorenthaltens sind sowohl die Dienstnehmerbeiträge, als auch die Dienstgeberbeiträge zur Sozialversicherung, sowie die Zuschläge nach dem Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungsgesetz.[1054] Somit ist der Begriff der Sozialversicherungsbeiträge nach § 153d StGB extensiver als der des § 153c StGB, bei welchem nur die Nichtbezahlung der Arbeitnehmeranteile unter Strafe gestellt wird.[1055]

Die Wertqualifikation des Absatzes 2 sieht einen Strafrahmen von sechs Monaten bis zu fünf Jahren Freiheitsstrafe vor, wenn Beiträge oder Zuschläge in einem 50.000,00 EURO übersteigenden Ausmaß vorenthalten werden.[1056]

Der Zweck der Norm ist das Verhalten von Scheinfirmenunternehmern unter Strafe zu stellen, welche zwar die Arbeitnehmer zu den Sozialversicherungen anmelden, jedoch bereits bei der Anmeldung den zumindest bedingten Vorsatz haben gar keine Beiträge zu entrichten und abzuführen bzw keine ausreichenden Beiträge zu leisten.[1057]

Meines Erachtens ist es positiv zu bewerten, dass bereits der bedingte Vorsatz des subjektiven Tatbestandes ausreicht, widrigenfalls vermutlich Öfters eine Straflosigkeit – mangels Vorliegens des subjektiven Tatbestandes – die Konsequenz wäre.

Mit Einführung des § 153d StGB soll zusammenfassend die Gründung von Firmen vermieden werden, welche lediglich die Absicht verfolgen Aufträge anzunehmen, um sich zu bereichern und welche im voraus die Absicht haben nach ein paar Monaten den Konkurs anzumelden. Es soll der Schädigung zahlreicher öffentlicher Gläubiger wegen Nichtabführen von Abgaben und Sozialbeiträgen entgegengewirkt werden.[1058]

Die Bekämpfung und Bestrafung derartiger Scheinfirmenkonstuktionen birgt jedoch eine Menge, insbesondere verfahrensrechtlicher Probleme in sich.

Vielfach gelingt es derartige Scheinfirmen nicht einmal nach dem VbVG zur Verantwortung zu ziehen, da nach Auflösung – auf Grund der Insolvenz – kein Verband

---

[1052] *Reindl-Krauskopf*, Sozialbetrug aus strafrechtlicher Sicht, DRdA 2008, S. 391; siehe zum Begriff „Betrügerisches Vorenthalten“: *Wonisch*, Die gerichtlichen Straftatbestände des Sozialbetrugsgesetzes, ZAS 2008, S. 16.

[1053] *Bertel/Schwaighofer/Venier,* Österreichisches Strafrecht BT I, 11. Auflage, Rz 1 zu § 153d StGB; *Kirchbacher/Presslauer*, § 153d StGB in *Höpfel/Ratz* (Hrsg.), WK zum StGB, 2. Auflage, Rz 18 zu § 153d StGB.

[1054] *Reindl-Krauskopf*, Sozialbetrug aus strafrechtlicher Sicht, DRdA 2008, S. 391; *Fabrizy*, StGB samt ausgewählten Nebengesetzten Kurzkommentar, 2010, S. 496, Rz 3; *Kirchbacher/Presslauer*, § 153d StGB in *Höpfel/Ratz* (Hrsg.), WK zum StGB, 2. Auflage, Rz 3 zu § 153d StGB.

[1055] EBRV SozBeG 698 BlgNR XXII. GP, S. 7 von 22.

[1056] *Kirchbacher/Presslauer*, § 153d StGB in *Höpfel/Ratz* (Hrsg.),WK zum StGB, 2. Auflage, Rz 21 § 153d StGB.

[1057] *Fabrizy*, StGB samt ausgewählten Nebengesetzten Kurzkommentar, 2010, S. 495, Rz 1.

[1058] *Huber*, Nichtanmeldung von Haushaltshilfen weiterhin gerichtlich nicht strafbar! Zweifelsfragen zur Anwendbarkeit des neuen Sozialbetrugsgesetzes, SWK 2005, W 93, S. 788.

mehr existiert der strafrechtlich verurteilt werden kann.[1059] Mangels Tatsubjekt, eines Verbandes, sind dann lediglich die natürlichen Personen strafrechtlich zu verfolgen.

Hierbei stellt sich ein weiteres Problem. Denn bei den im Firmenbuch eingetragenen Geschäftsführern handelt es sich zumeist um sog. „Strohmänner", welche unter einem falschen Namen aufgetreten sind und einen gefälschten Reisepass bei Eintragung des Unternehmens vorgewiesen haben.[1060] Die Lösung ist vielfach sehr unbefriedigend, denn es kann oftmals weder die juristische Person noch die verantwortliche natürliche Person derartiger Scheinfirmen bestraft werden.

Auf Grund des fehlenden Aufenthalts des Beschuldigten im Strafverfahren muss dieses öfters prozessual nach § 197 StPO abgebrochen werden.[1061]

Genau dreartige „Schlupflöcher" des Gesetzes nutzen die Agierenden aus und sind der Exekutive und Judikative in derartigen Fällen vielfach die Hände gebunden.

III Zum Sanktionssystem: Gesetzliche Normen zur Bekämpfung der Schwarzarbeit und illegaler Beschäftigung und ihre Strafen

A Die Rechtsordnung Österreichs

1 Einleitung

Welche Sanktionen sind im Falle von Schwarzarbeit und illegaler Beschäftigung zu verhängen?

In Österreich waren bis zum Jahre 2005 hinsichtlich der Sanktionierung der Schwarzarbeit und illegalen Beschäftigung hauptsächlich verwaltungsrechtliche Sanktionen vorgesehen. Mit dem Sozialbekämpfungsgesetz 2005[1062] wurde in der österreichischen Rechtsordnung die Verhängung einer gerichtlichen Strafe erstmals bei dem Tatbestand der Schwarzarbeit ermöglicht und per 01.07.2011 eine gerichtliche Bestrafung im Falle von bestimmten Formen der illegalen Ausländerbeschäftigung.

Schwarzarbeit und illegale Beschäftigung ist mit zahlreichen negativen Folgen für den Arbeitnehmer und insbesondere für den Ausländer verbunden. Im Gegensatz dazu kann der Arbeitgeber zahlreiche Vorteile aus einer solchen Beschäftigung lukrieren.

Einerseits spart er sich durch die illegale Beschäftigung hohe Geldsummen innerhalb von sehr kurzer Zeit. Auch schafft er sich die Freiheit in der Vereinbarung von Arbeitsbedingungen, insbesondere hinsichtlich des Arbeitslohnes und der Arbeitszeiten, die grundsätzlich der Art gesetzlich unzulässig wären. Der Arbeitgeber, welcher eine Arbeitskraft schwarz einstellt, ist genauso wenig an bestimmte Kündigungsfristen, noch an irgendwelche Arbeitnehmerschutzbestimmungen gebunden.[1063] Er kann sich über die gesetzlich vorgesehenen Arbeits- und Ruhezeiten hinweg setzen.[1064]

[1059] *Lehner*, Das VbVG - ein aktuelles Risiko für Unternehmer bei Kontrollen durch die Finanzvw?, taxlex 2006, S. 475.

[1060] *Bartos*, Millionenschaden durch Sozialbetrug, SozSi 2006, 119, S. 125.

[1061] *Bartos*, Millionenschaden durch Sozialbetrug, SozSi 2006, 119, S. 125.

[1062] Bundesgesetz, mit dem das Strafgesetzbuch, das Allgemeine Sozialversicherungsgesetz und die Konkursordnung zur Bekämpfung des Sozialbetrugs geändert werden (Sozialbetrugsgesetz-SozBeG) vom 30.12.2004, BGBl I 2004/152 idF des Budgetbegleitgesetzes 2011, BGBl I Nr. 111/2010.

[1063] *Hofer,* Arbeitsstrich. Unter polnischen Schwarzarbeitern, 1992, S. 107 f.

[1064] *Hofer,* Arbeitsstrich. Unter polnischen Schwarzarbeitern, 1992, S. 107 f.

Arbeitnehmer, v.a. der illegale Ausländer, werden vielfach ausgenutzt, weil sie öfters keine große viel Arbeitsauswahl haben und deswegen keine allzu hohen Ansprüche haben und eben das annehmen müssen, was ihnen angeboten wird.[1065]

Der Arbeitnehmer eines solchen Arbeitgebers wiederum hat wenig zu sagen. Im Gegensatz zu legal beschäftigten Arbeitnehmern muss er sich öfters gefallen lassen, dass er ungerecht und schlecht behandelt wird, ansonsten muss er damit rechnen, dass er seinen Arbeitsplatz von einem Tag auf den anderen verliert.[1066]

2 Zu den strafrechtlichen Sanktionen

2.1 Nach dem Strafgesetzbuch (StGB)

2.1.1 Zur Sanktion und zur Tätereigenschaft nach § 153e StGB

Welche Sanktionen sieht der § 153e StGB für die organisierte Schwarzarbeit vor?

Über eine Person, welche Schwarzarbeiter i.S.d. § 153e StGB beschäftigt, indem sie illegal erwerbstätige Personen gewerbsmäßig anwirbt, vermittelt oder beschäftigt, ist eine Strafdrohung bis zu zwei Jahren vorgesehen.

Hierbei ist auch der Grundsatz des § 37 StGB zu beachten, welcher die *„Verhängung von Geldstrafen an Stelle von Freiheitsstrafen“* normiert.

„Ist für eine Tat keine strengere Strafe als Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren, sei es auch in Verbindung mit einer Geldstrafe, angedroht, so ist statt auf eine Freiheitsstrafe von nicht mehr als sechs Monaten gleichwohl auf eine Geldstrafe von nicht mehr als 360 Tagessätzen zu erkennen, wenn es nicht der Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe bedarf, um den Täter von weiteren strafbaren Handlungen abzuhalten oder der Begehung strafbarer Handlungen durch andere entgegenzuwirken.“ (§ 37 StGB)

Bei der Verhängung einer Geldstrafe anstatt einer Freiheitsstrafe sind somit stets general- und spezialpräventive Überlegungen anzustellen.

Nach § 153e kommt als Täter jede Person in Frage.[1067] Beim § 153e StGB handelt es sich somit um ein sog. Allgemeindelikt, insofern ist jeder der den Tatbestand des § 153e StGB erfüllt, strafrechtlich zu verfolgen.[1068] Im Unterschied dazu sind die §§ 153c und 153d Sonderdelikte und können nur vom Arbeitgeber begangen werden.[1069]

Nach Ansicht von *Filzmoser* wird eine Person, welche der Schwarzarbeit regelmäßig und gewerbsmäßig nachgeht, sich meistens auch anderer nicht bei den Sozialversicherungen angemeldeter Personen oder Personen ohne entsprechende Gewerbeberechtigung bedienen, um große Aufträge erledigen zu können, und wird auch dieser Schwarzarbeiter als Auftraggeber qualifiziert und hat nach § 153e StGB bestraft zu werden.[1070]

[1065] BMAS, Illegale Beschäftigung und Schwarzarbeit schadet uns allen, S. 23.

[1066] *Hofer,* Arbeitsstrich. Unter polnischen Schwarzarbeitern, 1992, S. 107.

[1067] *Kirchbacher/Presslauer*, § 153e StGB in *Höpfel/Ratz* (Hrsg.), WK zum StGB, 2. Auflage, Rz 3 f zu § 153e StGB.

[1068] *Eder-Rieder,* Einführung in das Wirtschaftsstrafrecht, NWV, Wien, Graz, 2010, S. 35; *Wonisch*, Die gerichtlichen Straftatbestände des Sozialbetrugsgesetzes, ZAS 2008, S. 19.

[1069] *Wonisch*, Die gerichtlichen Straftatbestände des Sozialbetrugsgesetzes, ZAS 2008, S. 15 und 17.

[1070] *Filzmoser*, Gewerberechtliche Aspekte des Sozialbetrugsgesetzes, ecolex 2005 - Heft 7, S. 547.

Absatz 2 des § 153e StGB dehnt die **Tätereigenschaft** auf leitende Angestellte i.S.d. § 306a Abs 4 StGB einer juristischen Person oder Personengemeinschaft ohne Rechtspersönlichkeit aus und kann so auch der Geschäftsführer, ein Vorstandsmitglied, oder Prokurist – ohne jegliches Arbeitsverhältnis zum Arbeitnehmer – Täter i.S.d. § 153e StGB sein.[1071]

Im Hinblick auf den Umstand, dass es sich beim § 153e StGB sowieso um ein Allgemeindelikt handelt, scheint der Absatz 2, welcher die Strafbarkeit von leitenden Angestellten explizit normiert, meiner Meinung nach, der Ansicht *Wonischs* folgend, lediglich eine reine „Klarstellungsfunktion" zu haben.[1072]

Das Ausmaß der Freiheitsstrafe gilt, ohne jegliche gesetzliche Abstufung auf Grund des Unrechtsgehalts des jeweiligen objektiven Tatbestandes, für alle Handlungen des § 153e StGB gleich.[1073] Somit besteht nach der Norm kein Unrechts- bzw. Unwertsunterschied zwischen der Strafbarkeit eines Täters, welcher einen Schwarzarbeiter selber beschäftigt, der einen Schwarzarbeiter verbermittelt oder überlässt bzw. einer führend tätigen Person in einer Schwarzarbeiterverbindung.[1074]

2.1.2 Praktische Anwendung des § 153e StGB

Zur praktischen Anwendung des neuen Tatbestandes des § 153e StGB ist zu sagen, dass bis dato wenig einschlägige Rechtssprechung vorliegt und es kaum Entscheidungen des OGH gibt, welche sich auch inhaltlich mit der Norm, und den Tatbestandsvoraussetzungen des § 153e StGB beschäftigen.[1075]

Insbesondere der SPÖ-Konsumentenschutzsprecher *Johann Maier*, welcher im Rahmen einer Pressekonferenz insbesondere für Verschärfungen im Kampf gegen die organisierte Schwarzarbeit plädierte, übte Kritik an der Umgangsweise mit den neuen Bestimmungen des Sozialbetrugsgesetztes. *Maier* meint, dass zwar die Strafanträge, Bescheide von Bezirksverwaltungsbehörden und Berichte an die Staatsanwaltschaft nach Einführung des Sozialbetrugsgesetztes angestiegen sind, die Anzahl der konsequenten Verurteilungen jedoch weiterhin extrem minimal blieb.[1076]

Im Jahre 2009 z.B. haben sich zwar die Staatsanwaltschaft und Gerichte mit 1.892 Fällen nach den Bestimmungen des §§ 153c-e StGB, im Vergleich zum Jahre 2008, wo es 1.683 Fälle gewesen sind, beschäftigt, doch nach *Maier* ist eine *„deutliche richterliche Tendenz zum Ausspruch von bedingten Strafen"* zu beobachten,[1077] anstatt, dass i.S.d. Generalprävention unbedingte Strafen verhängt werden.

In den fünf Jahren seit Einführung des Sozialbetrugsgesetztes sind bis zum Jahr 2009 1.989 rechtskräftige Verurteilungen nach den neuen drei Tatbeständen des §§153c-153e zu verzeichnen.[1078] Nach genauer Analyse ist festzuhalten, dass von die-

---

[1071] EBRV SozBeG 698 BlgNR XXII. GP, S. 11 von 22.

[1072] *Wonisch*, Die gerichtlichen Straftatbestände des Sozialbetrugsgesetzes, ZAS 2008, S. 19.

[1073] *Wonisch*, Die gerichtlichen Straftatbestände des Sozialbetrugsgesetzes, ZAS 2008, S. 18.

[1074] *Wonisch*, Die gerichtlichen Straftatbestände des Sozialbetrugsgesetzes, ZAS 2008, S. 18.

[1075] z.B.: OGH vom 05.07.2012, 13 Os 16/12w, Jus-Extra OGH-St 4660 = EvBl-LS 2013/7 = RdW 2012/648 Heft 10/2012, S. 609 = RS0127943 (beschäfigt sich auch ansatzweise inhaltlich mit dem § 153e StGB (Begriff: eine größere Zahl)); OGH vom 02.03.2010, 11Os196/09x (Unterinstanz: LG für Strafsachen Wien vom 06.10.2009, 123 Hv 48/09v) geht nur auf formelle Aspekte ein; OGH vom 12.12.2012, 15Os87/12a (Unterinstanz: LG für Strafsachen Graz vom 04.04.2012, 12 Hv 24/12s-346) geht nur auf formelle Aspekte ein.

[1076] *BMF*, Anfragebeantwortung, GZ BMF-310205/0006-I/4/2010, 4241/AB XXIV. GP, Wien, 2010, S. 9-12.

[1077] *Maier*, SPÖ-Maier fordert Verschärfungen im Kampf gegen „Organisierte Schwarzarbeit", 09.08.2010.

[1078] *Maier*, SPÖ-Maier fordert Verschärfungen im Kampf gegen „Organisierte Schwarzarbeit", 09.08.2010.

sen Verurteilungen lediglich 69 Verurteilungen unbedingt ausgesprochen wurden, wobei sich diese Zahl auf 52 unbedingte Geldstrafen und 17 unbedingte Freiheitsstrafen aufteilt.[1079] In dem besagten Zeitraum wurden folglich Geldstrafen in einem Verhältnis von 284 bedingten Geldstrafen zu 52 unbedingten Geldstrafen und 1.589 bedingte Freiheitsstrafen zu 17 unbedingt verhängten Freiheitstrafen ausgesprochen.[1080]

Im Jahre 2009 gab es 88 Anzeigen nach der Bestimmung des § 153e StGB, welche lediglich zu 7 Verurteilungen geführt haben.[1081]

Diese Verhältnisse zeigen, nach Meinung von *Maier*, auf, dass die richterliche Praxis den Sozialversicherungsbetrügern und Personen, welche organisierte Schwarzarbeit favorisieren ganz milde straft.[1082]

Obwohl ich auch der Meinung bin, dass organisierte Schwarzarbeit jedenfalls strenger bestraft werden sollte, kann ich mich nicht der Meinung von *Maier* anschließen, insbesondere was die Verhängung der bedingten Strafen anbelangt, weil es im Falle eines unbescholtenen Täters aus spezialpräventiven Gründen unverhältnismäßig wäre, eine unbedingte Freiheitsstrafe zu verhängen.

Meines Erachtens sollten lediglich Arbeitgeber, die Schwarzarbeiter beschäftigen insbesondere im Falle von wiederholten „Erwischen" streng bestraft werden bzw. auch dann, wenn sie eine weit über eine „große Zahl" von Schwarzarbeitern übersteigende Anzahl von Schwarzarbeitern beschäftigt.

2.2 Nach dem Finanzstrafgesetzbuch (FinStrG)

2.2.1 Einleitung

Wie sieht das Sanktionssystem für Schwarzarbeit nach dem FinStrG aus?

Das Finanzstrafverfahren besitzt die Besonderheit, dass, abhängig von der Höhe des Hinterziehungsbeitrages gemäß § 53 Abs 1 FinStrG, welcher als Abgrenzungskriterium einen Betrag i.H.v. 100.000 EURO vorsieht, die Rechtssache in die Zuständigkeit von Gerichten oder Verwaltungsbehörden, den Finanzstrafbehörden, fällt.

Das Gericht ist dann für die finanzstrafrechtliche Tat zuständig, wenn das Finanzvergehen vorsätzlich begangen wurde und der maßgebliche strafbestimmende Wertbetrag 100.000 EURO übersteigt. Die Wertgrenze, welche sich auf die Zuständigkeit auswirkt, ist per 01.01.2011 mit der FinStrG-Novelle 2010[1083] von 75.000 auf 100.000 EURO angehoben worden. Wobei gemäß § 53 Abs 1 FinStrG bei Ermittlung des strafbestimmenden Wertbetrages zu beachten ist, dass die Beträge aus mehreren Finanzvergehen zusammenzurechnen sind, wenn sie alle in die örtliche und sachliche Zuständigkeit derselben Finanzstrafbehörde fallen.[1084]

2.2.2 Zu den Sanktionen der Lohnsteuerhinterziehung und deren Konkurrenzen

[1079] *Maier*, SPÖ-Maier fordert Verschärfungen im Kampf gegen „Organisierte Schwarzarbeit", 09.08.2010.
[1080] *Maier*, SPÖ-Maier fordert Verschärfungen im Kampf gegen „Organisierte Schwarzarbeit", 09.08.2010.
[1081] *BMJ* Anfragebeantwortung, BMJ-Pr7000/0154-Pr 1/2010 zur Zahl 5599/J-NR/2010, 5568/AB XXIV.GP, Juli 2010, S. 2.
[1082] *Maier*, SPÖ-Maier fordert Verschärfungen im Kampf gegen „Organisierte Schwarzarbeit", 09.08.2010.
[1083] Bundesgesetz, mit dem das Finanzstrafgesetz und das Bankwesengesetz geändert werden (Finanzstrafgesetz-Novelle 2010 – FinStrG-Novelle 2010), 874 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des NR XXIV. GP.
[1084] *Leitner*, Grundzüge des österreichischen Finanzstrafrechtes, Springer Verlag, Wien, 1996, S. 259.

Die Rechtsfolge des Verstoßes gegen die Bestimmung des § 33 FinStrG ist in Absatz 5 normiert. Danach soll bei einer Abgabenhinterziehung nach § 33 Abs 2 lit b FinStrG eine Geldstrafe bis zum Zweifachen des Verkürzungsbetrages verhängt werden. Dabei handelt es sich um sog. „***Summengeldstrafe***“[1085], welche bei der Berechnung der Strafe nach dem klassischen Tagsatzsystem des StGB, im FinStrG zur Ermittlung der Höhe der Strafe herangezogen wird.

Dies stellt einen Unterschied zum klassischen Tagsatzsystem des StGB im Vergleich zu einer „*Summengeldstrafe*“[1086] nach dem Finanzstrafgesetz dar.[1087] Bei der Geldstrafe ist der strafbestimmende Wertbetrag heranzuziehen. Dabei handelt es sich um jenen Betrag, um den die Abgabe zu niedrig festgesetzt wurde, der Verkürzungsbetrag, und somit dem Fiskus tatsächlich entgangen ist.[1088]

Außerdem ist hervorzuheben, dass im Finanzstrafrecht die Kumulation einer Geldstrafe mit einer Freiheitsstrafe durchaus möglich.[1089]

Im verwaltungsbehördlichen Finanzstrafverfahren, wenn der Hinterziehungsbetrag unter 100.000 EURO liegt; darf gemäß § 15 Abs 3 FinStrG die Freiheitsstrafe nur maximal drei Monate betragen.[1090] Ansonsten kann, unter Berücksichtigung des § 15 FinStrG, eine Freiheitsstrafe im Ausmaß von bis zu zwei Jahren verhängt werden.[1091] Eine Freiheitstrafe ist jedoch bei Finanzvergehen, die nicht mit einer zwingend zu verhängenden Freiheitsstrafe bedroht sind, gemäß § 15 Abs 2, nur subsidiär zu verhängen, nämlich dann, wenn sie aus generalpräventiven und spezialpräventiven Gründen notwendig ist.[1092]

Bei Rückfalltätern i.S.d. § 41 Abs 1 FinStrG, welche zumindest zweimal nach § 33 FinStrG bestraft wurden, sowie bei gewerbsmäßiger Abgabenhinterziehung besteht die Möglichkeit der Verhängung einer Freiheitsstrafe, sogar im Ausmaß von 4,5 Jahren.[1093] Für die Gewerbsmäßigkeit muss jedoch die Absicht vorliegen, sich durch die wiederholte Begehung eine fortlaufende Einnahme verschaffen zu wollen.[1094] Eine Bereicherung ist u.a. als Einnahme zu qualifizieren.[1095]

Wird ein Arbeitgeber von Schwarzarbeitern sohin zumindest zwei Mal nach dem FinStrG bestraft, drohen ihm hohe Strafen, da meines Erachtens der Nachweis der Gewerbsmäßigkeit i.S.d. Bereicherung leicht nachzuweisen werden wird können.

Weiters können dem Arbeitgeber gemäß § 217 Abs 1 BAO auch Säumniszuschläge i.H.v. 2 % des Abgabenbetrages, sowie gemäß § 135 BAO Verspätungszuschläge

---

[1085] *Eder-Rieder,* Einführung in das Wirtschaftsstrafrecht, NWV, Wien, Graz, 2010, S. 197; *Moser,* Strafrechtliche Aspekte der Schwarzarbeit, Innsbruck, Oktober 2001, S. 18.

[1086] *Eder-Rieder,* Einführung in das Wirtschaftsstrafrecht, NWV, Wien, Graz, 2010, S. 197; *Moser,* Strafrechtliche Aspekte der Schwarzarbeit, Innsbruck, Oktober 2001, S. 18.

[1087] OGH vom 23.10.1985, 9 Os 98/85, SSt 56/82; *Reger/Hacker/Kneidinger,* Das Finanzstrafgesetz, Band 1, Wien, 2002, S. 413, Rz 8 zu § 23 FinStrG.

[1088] *Tannert* (Hrsg.) auf Grundlage von *Dorazil/Harbich*, Kommentar zum Finanzstrafgesetz, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien, 1974, Band 2, E 142 zu § 33 E; *Reger/Hacker/Kneidinger,* Das Finanzstrafgesetz, Band 1, Wien, 2002, S. 656, Rechtsprechung 31 zu § 33 Absatz 2 FinStrG; *Moser,* Strafrechtliche Aspekte der Schwarzarbeit, Innsbruck, Oktober 2001, S. 17.

[1089] *Reger/Hacker/Kneidinger,* Das Finanzstrafgesetz, Band 1, Wien, 2002, S. 614, Rz 77 zu § 33 FinStrG; *Moser,* Strafrechtliche Aspekte der Schwarzarbeit, Innsbruck, Oktober 2001, S. 18.

[1090] *Moser,* Strafrechtliche Aspekte der Schwarzarbeit, Innsbruck, Oktober 2001, S. 17.

[1091] *Moser,* Strafrechtliche Aspekte der Schwarzarbeit, Innsbruck, Oktober 2001, S. 17.

[1092] *Reger/Hacker/Kneidinger,* Das Finanzstrafgesetz, Band 1, Wien, 2002, S. 615, Rz 79 zu § 33 FinStrG.

[1093] *Moser,* Strafrechtliche Aspekte der Schwarzarbeit, Innsbruck, Oktober 2001, S. 17.

[1094] *Plückhahn,* Die Finanzstrafgesetznovelle 1998, in *Leitner (Hrsg),* Aktuelles zum Finanzstrafrecht, 2000, S. 100.

[1095] *Moser,* Strafrechtliche Aspekte der Schwarzarbeit, Innsbruck, Oktober 2001, S. 17.

i.H.v. 10 % der festgesetzten Abgabe und eventuell auch Anspruchszinsen nach § 205 BAO vorgeschrieben werden.[1096]

In Österreich ist im Vergleich zu anderen europäischen Staaten bei Steuerhinterziehung eine eher geringe Freiheitsstrafe vorgesehen. In Deutschland (§ 370 Abs 3 AO), Frankreich oder Griechenland ist für Finanzvergehen eine Freiheitsstrafe bis zu zehn Jahren normiert.[1097] Auch der Corps iuris der EU sieht bei derartigen Finanzvergehen eine Freiheitstrafe von bis zu fünf Jahren vor.[1098]

Zu der Konkurrenz zwischen dem FinStrG und dem StGB ist zu sagen, dass betrügerisch oder durch Täuschung begangene Finanzvergehen, welche gleichzeitig den Tatbestand des § 147 Abs 3 StGB erfüllen, auf Grund der expliziten Bestimmung des § 22 Abs 2 FinStrG als Finanzvergehen zu ahnden sind und somit eine Bestrafung nach dem StGB gar nicht in Betracht kommt.

3 Sanktionen im Zusammenhang mit der illegalen Beschäftigung von Ausländern

3.1 Einleitung

In Österreich ist die Beschäftigung von Ausländern hauptsächlich in den verwaltungsstrafrechtlichen Bereich einzuordnen, was folglich auch verwaltungsrechtliche Sanktionen als Rechtsfolge nach sich zieht, die gemäß § 28 Abs 1 AuslBG von den Bezirksverwaltungsbehörden (BVB) zu ahnden sind.[1099]

Für das Verfahren kommen das AuslBG selbst, sowie das AVG und das VStG zur Anwendung.[1100] Die Sanktionen sind insbesondere im AuslBG und seit kurzem auch im AVRAG normiert.

Die Kontrolle illegaler Arbeitnehmerbeschäftigung[1101], kurz KIAB, welche nunmehr in die Finanzpolizei eingegliedert wurde und in einem weiteren Kapitel besprochen wird, kontrolliert u.a. die Einhaltung der zwingenden Normen nach dem AuslBG.

Die Finanzpolizei führt im Rahmen ihrer Kompetenzen Ermittlungen durch; für die Einleitung des Verwaltungsstrafverfahrens ist dann die BVB zuständig, welche im Falle eines Verstoßes einen Strafbescheid erlässt, wobei dem Täter als Rechtsmittel gegen diesen Bescheid die Möglichkeit einer Berufung nach § 51 Abs 1 VStG zukommt, über welche der UVS als zweite Instanz zu entscheiden hat.[1102]

3.2 Zu den verwaltungsrechtlichen Sanktionen nach dem § 28 Abs 1 AuslBG

Welche verwaltungsstrafrechtlichen Sanktionen drohen im Falle der illegalen Ausländerbeschäftigung?

Hinsichtlich der Strafbestimmungen im Ausländerbeschäftigungsgesetz ist insbesondere der § 28 Abs 1 Z 1 lit 1a AuslBG hervorzuheben, welcher regelt:

[1096] *Leitner/Toif/Brandl,* Österreichisches Finanzstrafrecht Handbuch, 2008, S. 8, Rz 21f.

[1097] *Plückhahn,* Die Finanzstrafgesetznovelle 1998, in *Leitner (Hrsg),* Aktuelles zum Finanzstrafrecht, 2000, S. 100.

[1098] *Plückhahn,* Die Finanzstrafgesetznovelle 1998, in *Leitner (Hrsg),* Aktuelles zum Finanzstrafrecht, 2000, S. 100.

[1099] *Bichl/Schmid/Szymanski,* Das neue Recht der Arbeitsmigration, 2. Auflage, NWV, S. 22; *Schrank,* Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, 34. Auflage, Graz, 2011, S. 80.

[1100] *Houf/Lehner,* KIAB-Kontrollen, Wien, 2008, Rz 425.

[1101] *Houf/Lehner,* KIAB-Kontrollen, Wien, 2008, S. 1 ff.

[1102] *Houf/Lehner,* KIAB-Kontrollen, Wien, 2008, Rz 438 ff.

„Sofern die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet, derjenige begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde zu bestrafen wer, entgegen § 3 einen Ausländer beschäftigt, für den weder eine Beschäftigungsbewilligung (§§ 4 und 4c) oder Zulassung als Schlüsselkraft (§ 12) erteilt, noch eine Anzeigebestätigung (§ 3 Abs 5) oder eine Arbeitserlaubnis (§ 14a) oder ein Befreiungsschein (§§ 15 und 4c) oder ein Aufenthaltstitel "Daueraufenthalt-EG" (§ 45 NAG) oder ein Niederlassungsnachweis (§ 24 FrG 1997) ausgestellt wurde (...)." Mit 01.05.2011 wurde die vormalige „Niederlassungsbewilligung – unbeschränkt" durch die „Rot-Weiß-Rot – Karte plus" nach § 41a NAG ersetzt. [1103]

Bestraft wird jene Person, welche die Arbeitstätigkeit des Ausländers in Anspruch nimmt, somit grundsätzlich der Arbeitgeber.[1104] Auch der Betriebsinhaber nach § 2 Abs 3 lit b AuslBG, in dessen Unternehmen der Ausländer beschäftigt wird, ist als Arbeitgeber zu qualifizieren.[1105]

Bei Weitergabe eines Auftrags an einen Subunternehmer ist sowohl dieser als Beschäftiger, wie auch der Auftraggeber, wenn dieser die illegale Beschäftigung wissentlich geduldet hat bzw. nicht der Verpflichtung zur Aufforderung des Subunternehmens zum Nachweis der erforderlichen Bewilligungen vor Auftragsübergabe nachgekommen ist, zu bestrafen.[1106] Dazu folgen genauere Ausführungen in einem weiteren Kapitel der Arbeit.

Bei unberechtigter Beschäftigung von höchstens drei Ausländern ist für jeden einzelnen eine Geldstrafe von 1.000 EURO bis zu 10.000 EURO und im Falle einer Wiederholung eine Geldstrafe von 2.000 bis zu 20.000 EURO zu verhängen.[1107]

Bei unberechtigter Beschäftigung von mehr als drei Ausländern ist für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer eine Geldstrafe von 2.000 bis zu 20.000 EURO, im Falle einer Wiederholung jedoch eine Geldstrafe von 4.000 bis zu 50.000 EURO zu verhängen.[1108]

Seit der Novelle BGBl 1988/231 ist für jeden illegal beschäftigten Ausländer eine eigene Strafe gemäß § 28 Abs 1 Z 1 lit a vorgesehen.[1109] Werden mehrere ausländische Arbeitnehmer illegal beschäftigt, so begeht der Arbeitgeber nicht lediglich eine Verwaltungsübertretung, sondern für jeden einzelnen illegal Beschäftigten eine eigenständige Verwaltungsübertretung, welche mit einer eigenen separaten Strafe zu sanktionieren ist.[1110]

Um eine Strafbarkeit nach § 28 Abs 1 Z 1 lit a zu begründen, muss eindeutig feststehen, welchen konkreten Ausländer der Arbeitgeber, wann und wo illegal beschäftigt

---

[1103] EBRV zum BundesG, mit dem das AuslBG und das AlVG 1977 geändert werden, 1077 BlgNR XXIV. GP, zu Art 1 Z 6 (§§ 3 Abs 1 und 2 und 15 Abs 6 AuslBG), S. 8 von 18: *Bichl/Schmid/Szymanski,* Das neue Recht der Arbeitsmigration, 2. Auflage, NWV, S. 346-351.

[1104] *Schrank,* Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, 34. Auflage, Graz, 2011, S. 80.

[1105] VwGH vom 01.12.1988, 88/09/0008, ZfVB 1989/1112 - Heft 4.

[1106] *Schrank,* Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, 34. Auflage, Graz, 2011, S. 80.

[1107] *Schrank,* Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, 34. Auflage, Graz, 2011, S. 80.

[1108] *Schrank,* Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, 34. Auflage, Graz, 2011, S. 80.

[1109] VwGH vom 13.12.1990, 90/09/0170, ZfVB 1992/7 – Heft 1; VwGH vom 15.12.1989, 89/09/0100, VwSlg 13088 A/1989 = ZfVB 1990/2086 - Heft 5-6 = ARD 4244/5/91 = ÖJZ 1990/348 A (VwGH A) = ecolex 1990, 325; VwGH vom 17.01.1991, 90/09/0135, ZfVB 1992/237 – Heft 2; VwGH vom 17.01.1991, 90/09/0154, ZfVB 1992/239 - Heft 2; VwGH vom 21.05.1992, 92/09/0015, ZfVB 1993/1179 - Heft 4 = ARD 4386/19/92; VwGH vom 04.11.1992, 92/09/0136, ZfVB 1994/246 – Heft 1.

[1110] VwGH vom 16.11.1995, 95/09/0108, ZfVB 1996/2178 – Heft 6 = ARD 4745/11/96; VwGH vom 22.03.2012, 2009/09/0252.

hat.[1111] Ohne hinreichende Individualisierung der Person des Ausländers in dem Sinn, dass gegen den Arbeitgeber eine Strafe wegen illegaler Beschäftigung eines unbekannten Ausländers verhängt wird, wäre die Bestrafung rechtswidrig.[1112]

Hinsichtlich der qualifizierten Strafe bei der illegalen Beschäftigung von mehr als drei Ausländern ist nicht notwendig, dass mehr als drei Ausländer gleichzeitig tätig sind oder waren.[1113]

Im Vergleich dazu verlangt der Straftatbestand des § 153e StGB, dass eine größere Zahl von Personen zu gleichen Zeit beschäftigt wird.

Beschäftigt der Arbeitgeber ausländische Arbeitskräfte über eine längere Dauer illegal, so ist dieser Umstand von der BVB bei der Strafbemessung als Erschwerungsgrund zu würdigen.[1114]

Die Beschäftigung eines Ausländers, welcher zwar keine Beschäftigungsbewilligung besitzt, aber vom Arbeitgeber zu den Sozialversicherungen angemeldet wurde und einen kollektivvertragsrechtlich korrekten Lohn erhält, stellt nach der Rechtsprechung des VwGH keine typische Erscheinungsform der „Schwarzarbeit“ dar und kann sich im verwaltungsstrafrechtlichen Verfahren strafmildernd auswirken.[1115]

Neben der im § 28 Abs 1 Z 1 AuslBG gesetzlich normieren Geldstrafe, darf auch nicht auf die Möglichkeit der Verhängung einer Ersatzfreiheitsstrafe nach dem Verwaltungsstrafgesetz[1116] vergessen werden.

Nach § 16 VStG ist im Falle der Verhängung einer Geldstrafe zugleich für den Fall ihrer Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe festzusetzen. Die Ersatzfreiheitsstrafe darf, wenn keine Freiheitsstrafe angedroht und nichts anderes bestimmt ist, wie im Falle des Ausländerbeschäftigungsgesetzes, zwei Wochen nicht übersteigen.

Die Übertretungen des § 28 Abs 1 Z 1 lit a sind Ungehorsamsdelikte i.S.d. § 5 Abs 1 VStG.[1117] Wegen Verlagerung der Behauptungslast hat die Behörde lediglich die Verwirklichung des objektiven Tatbestands zu beweisen, während der Arbeitgeber sich freibeweisen muss, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft.[1118]

Eine derartige Beweislastumkehr ist meiner Ansicht nach zwar, u.a. im Hinblick auf die Unschuldsvermutung und die dem Täter aufgebürdete Last, dass er prinzipiell zu bestrafen ist, sofern er seine Unschuld nicht beweisen kann, etwas problematisch. Jedoch hätten im Falle, dass es keine derartige Beweislastumkehrregelung gäbe, die Be-

---

[1111] VwGH vom 23.04.1992, 91/09/0199, ARD 4377/19/92 = RdW 1992, 382 = SWK 1992, B I 11; VwGH vom 18.10.1996, 95/09/0073; VwGH vom 13.09.1999, 97/09/0171, ZfVB 2000/1751 – Heft 5 = ARD 5126/11/2000; VwGH vom 26.06.2003, 2002/09/0005, ZUV 2003/3, 95 = ARD 5442/9/2003.

[1112] VwGH vom 19.02.1993, 92/09/0280, ZfVB 1994/902 - Heft 3 = ZfVB 1994/1115 - Heft 3 = ÖJZ 1993/214 A (VwGH A) = ARD 4540/15/94 = RdW 1993, 223.

[1113] VwGH vom 18.10.1990, 90/09/0093, ZfVB 1991/1965 – Heft 5-6 = ARD 4260/11/91; VwGH vom 23.04.1992, 91/09/0199, ARD 4377/19/92 = RdW 1992, 382 = SWK 1992, B I 11.

[1114] VwGH vom 07.09.1996, 94/09/0123, ZfVB 1996/1801.

[1115] *Andexlinger*, „Midernde Notwehr“ des Schwarzarbeitgebers, ecolex 1992, S. 41; VwGH vom 26.09.1991, 91/09/0068, ARD 4343/18/92.

[1116] Verwaltungsstrafgesetz 1991 – VStG, vom 01.02.1991, BGBl. Nr. 52/1991 idF des Budgetbegleitgesetzes 2011, BGBl I Nr. 111/2010.

[1117] VwGH vom 07.07.1999, 97/09/0281, VwSlgNF 15190 A/1999 = ZfVB 2000/1642 – Heft 4 = ÖJZ 2000/136 A (VwGH A) = ARD 5076/12/99; VwGH vom 12.11.1999, 97/09/0301, ZfVB 2001/23 – Heft 1 = ARD 5205/23/2001; VwGH vom 17.01.2000, 98/09/0059, ZfVB 2001/391 - Heft 2 = ARD 5268/13/2001.

[1118] VwGH vom 07.07.1999, 97/09/0281, VwSlgNF 15190 A/1999 = ZfVB 2000/1642 – Heft 4 = ÖJZ 2000/136 A (VwGH A) = ARD 5076/12/99; VwGH vom 22.10.2003, 2000/09/0170, ZUV 2004/73 = ARD 5466/8/2004.

hörden vermutlich mit unverhältnismäßigen Beweis,- bzw. Nachweisschwierigkeiten zu kämpfen haben.

Es sei noch der § 28 Abs 1 Z 5 AuslBG kurz angesprochen, welcher zusammenfassend normiert, dass im Falle einer illegalen Entsendung eines Ausländers durch einen Unternehmer mit Betriebssitz in einem Mitgliedstaat der EWR eine Sanktion über diesen bzw. auch über den inländischen Unternehmer zu verhängen ist, wenn trotz Nichtvorliegens der gemeinschaftsrechtlichen Voraussetzungen die Arbeitskraft trotzdem entsandt wird.[1119] Die Höhe der Strafe reicht von 1.000 bis zu 10.000 EURO pro unberechtigt beschäftigtem Ausländer und bei wiederholter Beschäftigung von mehr als drei Ausländern von 4.000 bis zu 50.000 EURO.

3.2.1 Die Strafbarkeit nach § 28 AuslBG im Hinblick auf das Auslaufen der Übergangsfrist hinsichtlich der Arbeitnehmerfreizügkeit per 01.05.2011

Es stellt sich die Frage, ob ein, nach dem 01.05.2011 erlassener Strafbescheid, wegen der Beschäftigung von ausländischen Staatsangehörigen der „neuen" EU- Mitgliedsstaaten auf Grund des Umstandes, dass zu diesen Zeitpunkt keine Strafbarkeit mehr begründet werden kann, rechtgültig erlassen und der Arbeitgeber bestraft werden kann.

Folgt man den Wortlaut des § 1 Abs 2 VStG (*„Die Strafe richtet sich nach dem zur Zeit der Tat geltenden Recht, es sei denn, dass das zur Zeit der Fällung des Bescheides in erster Instanz geltende Recht für den Täter günstiger wäre.")* so müsste man zur Lösung kommen, dass eine Bestrafung des Arbeitgebers nach dem 01.05.2011 gesetzwidrig wäre und somit unzulässig ist.

In einer aktuellen Entscheidung vom 08.03.2012 ergänzt der VfGH jedoch die Interpretation des § 1 Abs 2 VStG bei derartigen Fällen dahingehend, dass man bei der Vornahme des Günstigkeitsvergleichs i.S.d. § 1 Abs 2 VStG prüft*, „ob durch die spätere Änderung der Rechtslage das strafrechtliche Unwerturteil beseitigt wurde."*[1120]

Der VfGH kommt zu der Lösung, dass das Auslaufen der Übergangsfrist per 01.05.2011 nicht zum Wegfall des Unwerturteils über das zur Zeit seiner Begehung strafbare Verhalten führt und die Beschäftigung von Ausländern ohne entsprechende Bewilligung nach dem AuslBG weiterhin strafbar und mit der gleichen Strafsanktion bedroht ist, auch wenn das AuslBG seit einem bestimmten, nach dem strafbaren Verhalten liegenden Zeitpunkt die beschäftigten Staatsbürger der „neuen" EU-Mitgliedstaaten nicht mehr umfasst und das gleiche strafbare Verhalten in Zukunft auch nicht mehr gesetzt werden kann.[1121]

Weiters muss jedoch auch noch ergänzend für die Prüfung der Strafbarkeit der Art 49 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, ABl. 2010, C 83, und Art 7 Abs 1 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (Europäische Menschenrechtskonvention; BGBl. Nr. 210/1958) zur Interpretation hinsichtlich der Problematik herangezogen werden.

[1119] *Bichl/Schmid/Szymanski,* Das neue Recht der Arbeitsmigration, 2. Auflage, NWV, S. 187.
[1120] VfGH vom 08.03.2012, B 1003/11-7, B 1004/11-7.
[1121] VwGH vom 23.11.1970, 553/69; VwGH vom 29.03.1978, 823/77; VwGH vom 16.03.1994, 92/03/0106; VwGH vom 27.02.1996, 93/05/0240; VfGH vom 08.03.2012, B 1003/11-7, B 1004/11-7.

Der VfGH folgt der Auslegung des Art 7 EMRK durch den EGMR[1122], wonach grundsätzlich bei Änderungen der Rechtslage die günstigere Strafe über den Beschuldigten zu verhängen ist, wobei es jedoch - bezugnehmend auf Art 49 Abs 1 Grundrechte-Charta - nicht verhältnismäßig wäre, von der Verhängung der Strafe im Fall eines Verstoßes gegen ein bestimmtes Verhaltensgebot, das zur Zeit seiner Begehung strafbar war, dessen Strafbarkeit nach Begehung der Tat, aber noch vor der Verhängung der Strafe weggefallen ist, ganz Abstand zu nehmen.[1123]

Aus der bisherigen Rechtssprechung des VfGH und VwGH ergibt sich zusammenfassend, dass Änderungen der Rechtslage nach erfolgter Verwaltungsübertretung - bei Fehlen besonderer, gegenteiliger Übergangsbestimmungen - die bereits eingetretene Strafbarkeit nicht berühren und bleibt die bereits abgeschlossene Tat daher strafbar ohne, dass ein Verstoß gegen die Norm des § 1 Abs 2 VStG vorliegen würde.[1124]

Diese Lösung ist meine Ansicht nach jedenfalls zutreffend, da es unbillig wäre, einen Täter einfach ohne einer Bestrafung entkommen zu lassen, nur weil im Zeitpunkt der Entscheidung die Tat nicht mehr strafbar ist.

Zum Zeitpunkt der Tatbegehung hat der Täter sowohl den objektiven als auch den subjektiven Tatbestand erfüllt, er hatte Kenntis vom Gesetzesverstoß und ist somit – auch wenn der Bescheid später erlassen wird – zu bestrafen.

Eine andere Lösung wäre hier jedenfalls unbillig, weil es vermutlich vielerlei zu Ungleichbehandlungen kommen würde. Wenn man sich z.B. den Fall vorstellt, dass zwei unterschiedliche Täter vor dem 01.05.2011 den Tatbestand des § 28 AuslBG erfüllt haben, in einem Fall erlässt die Behörde den Strafbescheif schneller, noch vor dem 01.05.2011 und in dem anderen Fall braucht die Behörde länger bei den Ermittlungen und erlässt den Bescheid z.B. erst am 02.05.2011. In diesem Fall müsste der eine Täter bestraft werden und würde der zweite Täter straflos davon kommen.

3.3 Zu den gerichtlichen Strafen wegen der illegalen Beschäftigung von Ausländern nach § 28c AuslBG in Umsetzung der Sanktionenrichtlinie

Besteht in Österreich ebenfalls die Möglichkeit die illegale Ausländerbeschäftigung mit gerichtlichen Strafen zu verfolgen?

Eine **Neuheit** bei der Bestrafung wegen illegaler Beschäftigung ist seit 01.07.2011 die Möglichkeit der Verhängung von **gerichtlichen Strafen** nach § 28c AuslBG für schwere Formen vorsätzlicher illegaler Beschäftigung von Ausländern.[1125]

„Wer entgegen § 3 Abs. 1 gleichzeitig eine größere Zahl von Ausländern ohne Aufenthaltsrecht im Bundesgebiet oder einen minderjährigen Ausländer ohne Aufenthaltsrecht im Bundesgebiet beschäftigt, ist vom Gericht mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen zu bestrafen."

Gerichtliche Strafen sollen nur bei Vorliegen von qualifizierten Tatbestandsvoraussetzungen vorgesehen.[1126] Der Arbeitgeber soll nur dann bestraft werden, wenn die ille-

[1122] EGMR vom 17.09.2009, Fall Scoppola (Nr. 2), Appl. 10.249/03, Z 106, 109.

[1123] VfGH vom 08.03.2012, B 1003/11-7, B 1004/11-7.

[1124] VfGH vom 08.03.2012, B 1003/11-7, B 1004/11-7; VwGH vom 06.09.2012, Zl. 2012/09/0105; *Hauer/Leukauf*, Handbuch des österreichischen Verwaltungsverfahrens, 5. Auflage, S. 589; VwGH vom 24.04.2003, Zl. 2000/09/0083; VwGH vom vom 23.06.2010, Zl. 2009/06/0129.

[1125] EBRV zum BundesG, mit dem das AuslBG und das AlVG 1977 geändert werden, 1077 BlgNR XXIV. GP, S. 3 von 18; *Bichl/Schmid/Szymanski,* Das neue Recht der Arbeitsmigration, 2. Auflage, NWV, S. 219.

gal beschäftigten Ausländer auch keinen gültigen Aufenthaltstitel für Österreich besitzen.[1127] Die Berechnung der Geldstrafe hat nach § 19 StGB zu erfolgen und kann sogar, wenn man den höchsten Tagessatz i.H.v. 5.000 EURO heranzieht, eine Maximalstrafe von 1.800.000 EURO ergeben.[1128]

Die Qualifikation dieses Tatbestandes sieht eine Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren vor, wer entgegen § 3 AuslBG einen (ein einziger) *Ausländer ohne Aufenthaltsrecht im Bundesgebiet unter besonders ausbeuterischen Arbeitsbedingungen (Z1), einen Ausländer ohne Aufenthaltsrecht im Bundesgebiet, von dem er weiß, dass er ein Opfer von Menschenhandel (§ 104a StGB) ist (Z 2) oder eine größere Zahl von Ausländern ohne Aufenthaltsrecht im Bundesgebiet länger als einen Monat beschäftigt (Z 3).*

Für die Begründung der Strafbarkeit ist nicht erforderlich, dass die Ausländer gleichzeitig beschäftigt werden.[1129]

Unter dem Begriff der „***besonders ausbeuterischen Arbeitsbedingungen"*** des Art 2 i) i.S.d. Richtlinie versteht man *„Arbeitsbedingungen, einschließlich der Arbeitsbedingungen infolge von geschlechtsbezogener oder anderweitiger Diskriminierung, die in einem auffälligen Missverhältnis zu den Arbeitsbedingungen rechtmäßig beschäftigter Arbeitnehmer stehen — zum Beispiel indem sie die Gesundheit und Sicherheit der Arbeitnehmer gefährden und die Menschenwürde verletzen"*[1130].

§ 28c Abs 2 AuslBG bestimmt explizit, dass der illegal beschäftigte Ausländern nicht als Beitragstäter zu bestrafen ist, wobei die Möglichkeit der Bestrafung des Ausländers als Bestimmungstäter nicht auszuschließen ist.[1131]

Die obgenannten Neuerungen basieren auf Art 9 der *„Richtlinie 2009/52/EG des Europäischen Parlaments und Rates vom 18.06.2009 über Mindeststandards für Sanktionen und Maßnahmen gegen Arbeitgeber, die Drittstaatsangehörige ohne rechtmäßigen Aufenthalt beschäftigen"*[1132], mit welcher das Ziel verfolgt wird die illegale Einwanderung in die EU-Länder einzudämmen, wie auch der Ausbeutung von Migranten entgegenzusteuern.

Die Umsetzungsfrist der Richtlinie in das nationale Recht ist gemäß Art 17 mit 20.07.2011 abgelaufen. Großteils bestand, wegen bereits überwiegend inhaltlich entsprechender vorhandener Normen in der österreichischen Rechtsordnung, kein dringender umfassender Umsetzungsbedarf der in der Sanktionenrichtlinie vorgesehenen Maßnahmen.[1133] Z.B. bestand nach der österreichischen Rechtslage bereits die Möglichkeit des Ausschlusses der Arbeitgeber, die wegen illegaler Beschäftigung bereits bestraft wurden, von öffentlichen Aufträgen; die Möglichkeit der Haftung des Auftraggebers bei illegaler Beschäftigung durch seinen Auftragnehmer gemäß § 28 Abs 6 AuslBG; die Möglichkeit der gerichtlichen Geltendmachung ausstehenden Lohns des

---

[1126] *Schrank,* Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, 34. Auflage, Graz, 2011, S. 81.

[1127] EBRV zum BundesG, mit dem das AuslBG und das AlVG 1977 geändert werden, 1077 BlgNR XXIV. GP, zu Art 1 Z 30 bis 34 (§ 28c AuslBG), S. 15 von 18.

[1128] *Bichl/Schmid/Szymanski,* Das neue Recht der Arbeitsmigration, 2. Auflage, NWV, S. 220.

[1129] *Bichl/Schmid/Szymanski,* Das neue Recht der Arbeitsmigration, 2. Auflage, NWV, Wien, Graz, 2011, S. 220 f.

[1130] Richtlinie 2009/52 EG- Art 2 i), S. 28.

[1131] *Bichl/Schmid/Szymanski,* Das neue Recht der Arbeitsmigration, 2. Auflage, NWV, Wien, Graz, 2011, S. 221.

[1132] ABl. L 168 vom 30. Juni 2009, S. 24

[1133] EBRV zum BundesG, mit dem das AuslBG und das AlVG 1977 geändert werden, 1077 BlgNR XXIV. GP, zu Art 1 Z 22 bis 24 und 28 (§§ 26 Abs 4 bis 6, 28 Abs 6 AuslBG), S. 15 von 18.

Arbeitnehmers und darüber hinaus existierte auch die Möglichkeit der Verhängung von empfindlichen Geldstrafen für die Beschäftigung von illegalen Ausländern.[1134]

Doch einige Punkte, welche jeweils an der passenden Stelle der Arbeit besprochen werden, musste der österreichische Gesetzgeber entsprechend umsetzen, wie z.B. durch Einführung des § 28c AuslbG.

Art 9 der Richtlinie sieht z.B. vor, dass alle EU-Staaten strafrechtliche Sanktionen für die fünf nachstehend aufgezählten besonders schwerwiegenden Fälle von illegaler Beschäftigung von Drittstaatsangehörigen, sowohl Nicht-Unionsbürgern, als auch Bürgern der EU, schaffen müssen.[1135]

Erstens für andauernde und wiederholte Zuwiderhandlungen gegen die Ausländerbeschäftigung. Welche z.B dann vorliegt, wenn die zuständigen innerstaatlichen Behörden oder Gerichte binnen eines Zeitraums von zwei Jahren bei drei Gelegenheiten eine Zuwiderhandlung des Arbeitgebers festgestellt haben.[1136]

Zweitens, wenn der Arbeitgeber eine erhebliche Anzahl Illegaler gleichzeitig beschäftigt. Nach dem Kommissionsvorschlag ist die Anzahlqualifikation dann gegeben, wenn mindestens vier Drittstaatsangehörige illegal beschäftigt werden.[1137] *Bichl/Schmid/Szymanski* ziehen hinsichtlich der Anzahl eine Parallele zum Begriff der größeren Zahl nach § 153e Abs 1 Z 2 StGB und sehen diese bei einer Anzahl von rund zehn Personen als gegeben an. Mangels einschlägiger Rechtsprechung kann noch nicht eindeutig gesagt werden, welche Anzahl für die Strafbarkeit nunmehr faktisch notwendig ist. Hinsichtlich der Beschäftigung von Minderjährigen genügt für die Strafbarkeit nach Absatz 2 bereits die illegale Beschäftigung einer einzigen Person.[1138]

Meiner Meinung nach ist *Bichl/Schmid/Szymanski* zu folgen, widrigenfalls die Systematik des Sanktionssystems hinsichtlich der Arbeitgeber, die ihre Arbeitnehmer melden und solcher, die ihre ausländischen Arbeitnehmer ohne entsprechender arbeitsrechtlicher Bewilligungen beschäftigen, was die Zahl anbelangt, auseinander fallen.

Drittens sollen solche Arbeitgeber, die wissentlich Minderjährige oder viertens Opfer von Menschenhandel beschäftigen, nach dem qualifizierten Tatbestand bestraft werden. Auch sollen zuletzt, fünftens, besonders ausbeuterische Praktiken und Arbeitsverhältnisse von den Mitgliedstaaten strafrechtlich geahndet werden. Die illegale Beschäftigung geht nämlich öfters mit dem Delikt des Menschenhandels und der Schlepperei Hand in Hand und wird vielfach in menschenunwürdigen und menschenrechteverletzenden Formen praktiziert.[1139]

Jeder der oben genannten Fälle wurde vom österreichischen Gesetzgeber im § 28 c AuslBG somit umgesetzt.

[1134] EBRV zum BundesG, mit dem das AuslBG und das AlVG 1977 geändert werden, 1077 BlgNR XXIV. GP, zu Art 1 Z 22 bis 24 und 28 (§§ 26 Abs 4 bis 6, 28 Abs 6 AuslBG), S. 15 von 18.

[1135] *Bichl/Schmid/Szymanski,* Das neue Recht der Arbeitsmigration, 2. Auflage, NWV, Wien, Graz, 2011, S. 219.

[1136] Europa-Zusammenfassungen der EU- Gesetzgebung http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/free_movement_of_persons_asylum_immigration/l14566_de.htm

[1137] Vorschlag für die Richtlinie durch die Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Brüssel, den 16.05.2007, KOM (2007) 249 endgültig 2007/0094 (COD), zu Art 9, S. 19

[1138] *Bichl/Schmid/Szymanski,* Das neue Recht der Arbeitsmigration, 2. Auflage, NWV, S. 219.

[1139] *Stary*, Kontrolle illegaler Arbeitnehmerbeschäftigung aus Sicht des BMF, ÖStZ 2006/1127, Heft 24, S. 543.

Für die Zuwiderhandlungen gemäß Art 9 der Richtlinie sollen sowohl natürliche als auch juristische Personen strafbar bzw. verantwortlich gemacht werden und müssen die verhängten Sanktionen wirksam, angemessen und abschreckend sein.

Im Falle der fahrlässigen Beschäftigung einer größeren Anzahl von Ausländern oder bei Beschäftigung einer kleineren Anzahl droht keine gerichtliche Strafsanktion nach § 28 c AuslBG, sondern „lediglich" eine Verwaltungsstrafe nach § 28 Abs 1 Z 1 AuslBG.[1140]

Im Verhältnis zum § 153e StGB bzw. § 104a StGB ist die Norm des § 28c AuslBG – auf Grund der Subsidiaritätsklausel des Absatz 4 – nachrangig[1141]

3.4 Sonstige Nebenstrafen nach dem AuslBG (Untersagung der Beschäftigung von Ausländern, Entziehung der Gewerbeberechtigung, Ausschluss von öffentlichen Förderungen)

Welche Sanktionen drohen im Falle der illegalen Beschäftigungen von Ausländern neben den „klassischen" Strafen, wie der Geld- und Freiheitsstrafe?

Zusätzlich zur Strafsanktion des § 28 AuslBG kann die illegale Beschäftigung von Ausländern noch anderweitige Folgen nach sich ziehen. Zum Beispiel besteht die Möglichkeit gemäß § 30 AuslBG der **Untersagung** der Beschäftigung von Ausländern für maximal ein Jahr. Die Untersagung wird gemäß § 30 Abs 1 AuslBG durch die BVB auf Antrag des AMS, der Abgabenbehörde oder der sonst zur Wahrnehmung des Arbeitnehmerschutzes berufenen Behörde, genehmigt, wenn der Arbeitgeber innerhalb der letzten zwei Jahre vom Zeitpunkt der Antragstellung zurückgerechnet, mindestens dreimal gemäß § 28 Abs 1 Z 1 rechtskräftig bestraft wurde.

Darüber hinaus ist gemäß § 14g AuslBG einem Arbeitgeber die Beschäftigung eines Ausländers zu untersagen.

„Dem Arbeitgeber, welcher einen Ausländer auf Grund einer Arbeitserlaubnis beschäftigt, ist die Beschäftigung zu untersagen, wenn die Lohn- und Arbeitsbedingungen einschließlich der sozialversicherungsrechtlichen Vorschriften nicht eingehalten werden, wenn der Betrieb einem örtlichen oder fachlichen Bereich zuzuordnen ist, für den die Arbeitserlaubnis nicht gilt."

Darüberhinaus normiert § 14g Abs 3 einen Schadenersatzanpruch des Ausländers gegen seinen Arbeitgeber: *„Der Ausländer, dessen Arbeitsverhältnis wegen Untersagung der Beschäftigung gemäß Abs. 1 endet, hat Anspruch auf **Schadenersatz** wie auf Grund eines berechtigten vorzeitigen Austritts."*

Wiederholungstätern droht zusätzlich die administrative Maßnahme gemäß § 30a AuslBG, die **Entziehung der Gewerbeberechtigung** mangels Zuverlässigkeit, welche auf Antrag der Abgabenbehörde verhängt werden kann, wenn z.B. der Täter wiederholt unerlaubt Ausländer beschäftigt.[1142]

[1140] *Bichl/Schmid/Szymanski,* Das neue Recht der Arbeitsmigration, 2. Auflage, NWV, S. 219.

[1141] *Bichl/Schmid/Szymanski,* Das neue Recht der Arbeitsmigration, 2. Auflage, NWV, S. 221.

[1142] *Houf/Lehner,* KIAB-Kontrollen, Wien, 2008, Rz 44; *Schrank,* Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, 34. Auflage, Graz, 2011, S. 81.

Dazu kommt noch, dass nach § 73 des Bundesvergabegesetz 2006, kurz BVergG 2006[1143] der, wegen illegaler Beschäftigung mehrmalig rechtskräftig bestrafte Arbeitgeber, wegen fehlender Zuverlässigkeit von der **Vergabe öffentlicher Aufträge ausgeschlossen** werden kann, wenn er nicht glaubhaft darlegen kann, *dass er konkrete technische, organisatorische oder personelle Maßnahmen getroffen hat, die geeignet sind, das nochmalige Setzen der betreffenden strafbaren Handlungen bzw. Verfehlungen zu verhindern.*[1144] Eine Auskunft über erfolgte Verurteilungen kann nach § 28b Abs 2 und 5 AuslBG beim BMF eingeholt werden, welches eine zentrale Verwaltungsstrafevidenz der rechtskräftigen Verwaltungsstrafen führt.[1145]

Der Begriff der Zuverlässigkeit ist weiter als der der Unbescholtenheit und verlangt, dass keine Umstände vorliegen dürfen, die daran zweifeln lassen, dass der Gewerbeinhaber sein Gewerbe rechtskonform und ordnungsgemäß betreibt.[1146]

Ab 01.07.2011 droht dem Arbeitgeber als zusätzliche Sanktion gemäß § 30b AuslBG der **Ausschluss von öffentlichen Förderungen**, sowohl des Bundes als auch von EU-Förderungen, bis zu drei Jahren, wenn das Unternehmen zum Zeitpunkt der Antragstellung wiederholt (= mehr als einmal) wegen illegaler Beschäftigung von mehr als drei Ausländern rechtskräftig bestraft wurde.[1147] Darüber hinaus besteht nach § 30b Abs 1 S 2 AuslBG eine Rückzahlungsverpflichtung von in den letzten 6 Monaten bezogene Förderungen, wenn der Arbeitgeber wiederholt bestraft wird.[1148] Vergleicht man den Wortlaut des Gesetzes des Ausschlusses mit dem der Rückzahlung, so ergibt sich, dass die Rückzahlung („hat zurückzuerstatten"), im Vergleich zum Ausschluss von zukünftigen Förderungen („kann"), zwingend vorgesehen ist

Die letzgenannte Sanktion des § 30b AuslBG ist im Rahmen der Umsetzung des Art 7 Abs 1 lit a, c und d der Sanktionsrichtlinie[1149] in die österreichische Rechtsordnung eingeführt worden.[1150]

Unter bestimmten, in Absatz 2 des § 30b AuslBG demonstrativ aufgezählten Voraussetzungen, kann sich der Unternehmer im Rahmen der Einzelfallprüfung, freibeweisen und trotz vorliegender rechtskräftiger Bestrafung nachweisen, dass er förderwürdig ist, weil er insbesondere z.B. Maßnahmen getroffen hat, um weitere Verstöße gegen das AuslBG zu verhindern.[1151] Kann dies nachgewiesen werden, so wird von der Verhängung dieser Sanktion abgesehen.

Die Umsetzung dieses Art erfolgte nicht hinreichend, da viele Fragen noch offen bleiben; wie z.B. wer die Entscheidung in welcher Form zu treffen hat und welche

---

[1143] Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz 2006 - BVergG 2006) vom 31.01.2006, BGBl. I Nr. 17/2006 idF BGBl. I Nr. 73/2010.

[1144] *Stary*, Kontrolle illegaler Arbeitnehmerbeschäftigung aus Sicht des BMF, ÖStZ 2006/1127, Heft 24 vom 15.12.2006, S. 544; *Schrank,* Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, 34. Auflage, Graz, 2011, S. 81.

[1145] *Schrank,* Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, 34. Auflage, Graz, 2011, S. 81.

[1146] *Pauger* in *Raschauer* (Hrsg.), Österreichisches Wirtschaftsrecht, 2. Auflage, Manz Verlag, Wien, 2003, Rz 369.

[1147] *Bichl/Schmid/Szymanski,* Das neue Recht der Arbeitsmigration, 2. Auflage, NWV, S. 229 f; *Schrank,* Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, 34. Auflage, Graz, 2011, S. 81.

[1148] *Schrank,* Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, 34. Auflage, Graz, 2011, S. 81.

[1149] Richtline 2009/52/EG des Europäischen Parlaments und Rates vom 18.06.2009 über Mindeststandards für Sanktionen und Maßnahmen gegen Arbeitgeber, die Drittstaatsangehörige ohne rechtmäßigen Aufenthalt beschäftigen, ABl. L 168 vom 30. Juni 2009, S. 24.

[1150] EBRV zum BundesG, mit dem das AuslBG und das AlVG 1977 geändert werden, 1077 BlgNR XXIV. GP, S. 16 von 18.

[1151] *Schrank,* Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, 34. Auflage, Graz, 2011, S. 81; EBRV zum BundesG, mit dem das AuslBG und das AlVG 1977 geändert werden, 1077 BlgNR XXIV. GP, zu Art 1 Z 30 bis 34 (§ 30b AuslBG), S. 16 von 18; *Bichl/Schmid/Szymanski,* Das neue Recht der Arbeitsmigration, 2. Auflage, NWV, S. 230.

Rechtsmittel dem Unternehmer gegen eine für ihn nachteilige Entscheidung zur Verfügung stehen.[1152]

Zu den öffentlichen Förderungen und deren Rückzahlung ist im Vergleich zur polnischen Rechtslage festzuhalten, dass in Polen das Gericht stets eine derartige Sanktionen verhängen kann und weiters, dass eine Rückzahlungsverpflichtung rückwirkend für die letzten 12 Monate ausgesprochen werden kann (in Österreich sechs Monate) und die Rückzahlungsverpflichtung unabhängig davon verhängt werden kann, wie oft der Arbeitgeber bestraft wurde, ob der Arbeitgeber das erste Mal bestraft wurde oder ob es sich um eine wiederholte Bestrafung handelt.[1153]

Auf weitere Ausführungen diesbezüglich ist auf die Erörterungen bei der polnischen Rechtslage zu verweisen.

Ab 01.07.2011 trifft den Arbeitgeber darüber hinaus gemäß § 29 Abs 1 AuslBG der Ersatz der Kosten einer Entgeltsüberweisung ins Ausland. Auch besteht seit 01.07.2011 im § 29 Abs 1 AuslBG eine neue ***„Zweifelsfall-Regelung"***, welche die Vermutung aufstellt, dass die unerlaubte Beschäftigung vom Ausländer zumindest drei Monate ausgeübt wurde, sofern der Arbeitgeber oder der Ausländer diese Vermutung nicht widerlegen können.[1154] Eine derartige Regelung führt dazu, dass ein Ausländer, welcher vielleicht nur wenige Tage illegal gearbeitet hat, einen Anspruch auf ein Entgelt von drei Monaten erhält, wenn der Arbeitgeber nicht das Gegenteil beweisen kann.[1155]

Auch diese Verschärfung ist auf die „Richtlinie 2009/52/EG des Europäischen Parlaments und Rates vom 18.06.2009 über Mindeststandards für Sanktionen und Maßnahmen gegen Arbeitgeber, die Drittstaatsangehörige ohne rechtmäßigen Aufenthalt beschäftigen"[1156] (kurz: Sanktionenrichtlinie)[1157] zurückzuführen.

Art 6 regelt die sog. Nachzahlungen und verpflichtet Arbeitgeber zur Nachzahlung von noch ausstehenden Löhnen.[1158] Gemäß Art 6 Abs 1 der Richtlinie sind *Arbeitgeber verpflichtet, den illegal Beschäftigten Drittstaatsangehörigen noch zustehende Vergütungen nach den gesetzlichen Mindestlöhnen nachzuzahlen*. Weiters sind auch die Sozialversicherungsbeiträge, sowie unterbliebene Steuern zu entrichten und auch gegebenenfalls die Kosten der Überweisung ausstehender Beträge in das Land, in das der Drittstaatsangehörige zurückkehrt, vom Arbeitgeber zu tragen. Dabei wird gemäß Art 6 Abs 3 der Richtlinie von einem mindestens drei Monate dauernden Arbeitsverhältnis ausgegangen, wenn nichts Gegenteiliges bewiesen wird.

Meines Erachtens birgt die „Zweifelsfall-Regelung" i.d.S., dass vermutet wird, dass die unerlaubte Beschäftigung vom Ausländer zumindest drei Monate ausgeübt wurde, sofern der Arbeitgeber oder der Ausländer diese Vermutung nicht widerlegen können, wegen des Umstandes, dass grundsätzlich dem Arbeitnehmer jene Entlohnung zustehen soll, für welche er tatsächlich eine Arbeitsleistung erbracht hat, Gefahren in sich.

In vielen Fällen wird – mangels Nachweisbarkeit – der Arbeitgeber einen Lohn entrichten müssen, auch, wenn der Arbeitnehmer tatsächlich nicht in einem derartigem

---

[1152] *Bichl/Schmid/Szymanski,* Das neue Recht der Arbeitsmigration, 2. Auflage, NWV, S. 230.

[1153] Art 12 Z 1: *„2.) zasądzić na rzecz Skarbu Państwa kwotę stanowiącą równowartość środków publicznych, o których mowa w pkt 1, otrzymanych w okresie 12 miesięcy poprzedzających wydanie wyroku."*

[1154] *Bichl/Schmid/Szymanski,* Das neue Recht der Arbeitsmigration, 2. Auflage, NWV, S. 23, Fn 12 und S. 223 f; EBRV zum BundesG, mit dem das AuslBG und das AlVG 1977 geändert werden, 1077 BlgNR XXIV. GP, S. 6 und 15 von 18.

[1155] *Schrank,* Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, 34. Auflage, Graz, 2011, S. 81/XIII.

[1156] ABl. L 168 vom 30.06.2009, S. 24

[1157] EBRV zum BundesG, mit dem das AuslBG und das AlVG 1977 geändert werden, 1077 BlgNR XXIV. GP, S. 1 von 18.

[1158] Richtlinie 2009/52 EG- Art 6, S. 29

Ausmaß gearbeitet hat, sondern in einem geringeren und wird eine zusätzliche Sanktion geschaffen, indem dem Arbeitgeber noch zusätzliche fianzielle Lasten aufgebürdet werden.

Auf der anderen Seite gewährt die Vermutungsregelung dem Arbeitnehmer einen gewissen Schutz, damit er im schlimmesten Fall, wenn der Arbeitgeber jegliche Arbeitsleistung des ausländischen Arbeitnehmers bestreitet, nicht ganz ohne Entlohnung verbleibt.

3.5 Zu den Folgen der illegalen Beschäftigung für den Ausländer

Wie bereits erwähnt, sind illegal beschäftigte Ausländer nicht Adressat der Strafbestimmungen des Ausländerbeschäftigungsgesetztes und müssen deswegen mit keinen strafrechtlichen Sanktionen rechnen.

Der Ausländer hat jedoch mit fremdenrechtlichen Sanktionen, wie Aufenthaltsverbot[1159] gemäß §§ 60 ff FPG, Abschiebung[1160] oder Ausweisung[1161] gemäß §§ 53 ff FPG nach dem Fremdenpolizeigesetz[1162] (FPG) zu rechnen hat. Der Vollzug derartiger Sanktionen samt dem Verwaltungsstrafverfahren obliegt den Fremdenpolizeibehörden.[1163]

Gemäß § 60 Abs 1 FPG kann gegen einen Fremden ein Aufenthaltsverbot erlassen werden, wenn auf Grund bestimmter Tatsachen die Annahme gerechtfertigt ist, dass sein Aufenthalt die öffentliche Ordnung und Sicherheit gefährdet (Z 1) oder anderen im Art 8 Abs 2 EMRK genannten öffentlichen Interessen zuwiderläuft (Z 2). Die Betretung bei Schwarzarbeit ist jedenfalls eine die Gefährdungsprognose i.S.d. § 60 Abs 2 Z 8 FPG rechtfertigende Tatsache.[1164]

Weitere Ausführungen zu diesem Thema würden das Ausmaß der Arbeit sprengen, weswegen es beim Erwähnten belassen werden soll.[1165]

3.6 Die zivilrechtliche Folgen der Beschäftigung eines Ausländers ohne Besitz der notwendigen Bewilligung

Beschäftigt der Arbeitgeber, trotz Nichtvorliegens der notwendigen Bewilligung, den Ausländer, so stellt sich die Frage, wie dieses Verhältnis zwischen diesen beiden Personen zu qualifizieren ist.

Diesbezüglich ist die Lehre und Rechtsprechung einhelliger Meinung, dass das Fehlen der notwendigen Bewilligung für die Beschäftigung eines Ausländers als Rechtsfolge die Nichtigkeit des Arbeitsvertrags bewirkt.[1166] Als Argument für die Nichtigkeit

---

[1159] VfGH vom 02.05.2011, G 67/10 (Beschluss), VfSlg 19367/2011; *Hauer/Keplinger*, Fremdenrechtspaket 2005, 3. Auflage, 2008, S. 217, 219, 222, 223, 228.

[1160] *Hauer/Keplinger*, Fremdenrechtspaket 2005, 3. Auflage, 2008, S. 202, 205, 207.

[1161] *Hauer/Keplinger*, Fremdenrechtspaket 2005, 3. Auflage, 2008, S. 211 f, 216, 229.

[1162] Bundesgesetz über die Ausübung der Fremdenpolizei, die Ausstellung von Dokumenten für Fremde und die Erteilung von Einreisetitel (Fremdenpolizeigesetz 2005 - FPG) vom 16.08.2005, BGBl. I Nr. 100/2005 idF. BGBl. I Nr. 17/2011 (VfGH).

[1163] *Lindmayr*, Handbuch zur Ausländerbeschäftigung, 10. Auflage, LexisNexis, Wien, 2010, Rz 203 und 207; *Bichl/Schmid/Szymanski,* Das neue Recht der Arbeitsmigration, 2. Auflage, NWV, S. 22.

[1164] VwGH vom 31.05.2012, 2011/23/0408; VwGH vom 21. 06. 2012, 2011/23/0146.

[1165] siehe genaue Ausführungen zum Fremndenrechtspaket 2005, inbesondere Asylgesetz 2005, Fremdenpolizeigesetz, Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz in *Hauer/Keplinger*, Fremdenrechtspaket 2005, 3. Auflage, 2008.

[1166] OGH vom 04.06.1963, 4 Ob 12/63, SZ 36/78 = EvBl 1963/375, 517 = JBl 1963, 542 = SozM IA/e, 503 = Arb 7798 = RS0038461; OGH vom 11.06.1968, 4 Ob 31/68, EvBl 1968/421, 662 = Arb 8523 = JBl 1969, 226 = ZAS 1969, 214 (*Hoyer)* = SozM IA/e,763 = RS0052177; OGH vom 07.09.1976, 4 Ob 70/76, EvBl 1977/51, S. 127 = ZAS 1978/9, 57 *(Hoyer)* = DRdA 1978, 241 (*Apathy*); OGH vom 18.10.1977, 4 Ob 95/77, SZ 50/132 = EvBl 1978/87, 243 = Arb 9678 = DRdA 1978,

spricht der Zweck der Verbotsnorm.[1167] Nach *Schrank* ergibt sich die Nichtigkeit explizit aus dem § 29 AuslBG.[1168] Die Kündigung eines solchen Arbeitsverhältnisses ist somit nicht möglich und wirkungslos. Insofern kann jeder Teil, ohne sich an bestimmte gesetzliche Bestimmungen zu halten, fristlos kündigen.[1169]

Trotz dessen ist nach § 29 Abs 1 AuslBG der illegal beschäftigte Ausländer für die Dauer der illegalen Beschäftigung hinsichtlich seiner laufendenden Entlohnung, seiner Sonderzahlungen, seines Sozialversicherungsanspruchs und seines Urlaubsersatzanspruches so zu stellen, als ob er auf Grund eines gültigen Arbeitsvertrages beschäftigt worden wäre.[1170]

Weiters hat der Ausländer, dessen Arbeitsverhältnis - wegen Untersagung der Beschäftigung - auf Grund des Verschuldens des Arbeitgebers endet, gemäß § 14g Abs 3 AuslBG Ansprüche gegen seinen Arbeitgeber, wie auf Grund eines berechtigten vorzeitigen Austritts.[1171]

Auch in Deutschland wird nach § 812, 818 BGB das Bestehen eines Ersatzanspruches bei Schwarzarbeit vertreten, da der Schwarzarbeitsvertrag nach § 134 BGB nichtig ist.[1172]

In Polen hat es der Schwarzarbeiter schwieriger, seine Ansprüche aus der Schwarzarbeit vom Arbeitgeber einzufordern, da es an einer gesetzlichen Norm, die trotz der Nichtigkeit des Arbeitsvertrages Ersatzansprüche des Arbeitnehmers vorsieht, mangelt.

Um seine Ansprüche gerichtlich geltend zu machen, muss der Arbeitnehmer zuerst im Rahmen eines Feststellungsverfahrens nach Art 189 der polnischen ZPO, sich vom Gericht das Bestehen des Arbeitsverhältnisses bestätigen lassen.[1173]

Der Arbeitnehmer kann entweder die Feststellungsklage bei Gericht selbst einbringen oder besteht auch die Möglichkeit, dass die Klage durch die Staatliche Arbeitsinspektion, im Namen des Schwarzarbeiters, eingebracht wird.[1174]

---

346 (*Holzer/Posch*) = ZAS 1979, Entscheidung Nr. 7, S. 54-63 (*Schuhmacher*); OGH vom 28.11.1978, 4 Ob 103/78, Arb 9745; *Rummel*, Vorvertragliche Schutzpflichten bei Ausländerbeschäftigung, DRdA 1979, Heft 152, Linz, Entscheidung 23, S. 392; OGH vom 25.04.2001, 9 Ob 83/01y, SZ 74/77, RdW 2002/161, 171 = ZfRV 2001/77 = ARD 5253/32/2001 = ecolex 2001/241 = JBl 2001, 653; OGH vom 16.01.2008, 8 ObA 83/07z, Arb 12.730 = infas 2008, 141/A60 = ARD 5912/12/2008 = DRdA 2008, 441; OGH vom 26.08.2009, 9 ObA 118/08f, ARD 6054/6/2010 = DRdA 2010, 152 = Arb 12.845 = infas 2010, 18/A9 = ZAS 2011/22, 123 (*Schrank*); OGH vom 22.04.2010, 8 ObA 58/09a, wbl 2010, 415/156 = ZAS-Judikatur 2010/122 = ecolex 2010/255, 695 = ZAS 2010/50, 306 (*Reiner*) = DRdA 2010, 513 = infas 2010,154/A57 = RdW 2010/498, 490 (Info aktuell) = RdW 2010/667, 650 = ZAS 2011/22, 123 (*Schrank*); Deutschland: *Mache* in *Berscheid/ Kunz/Brand* (Hrsg.), Praxis des Arbeitsrechts, ZAP Verlag für die Rechts- und Anwaltspraxis, 2. Auflage, 2003, Teil 3 Rz 1100; *Schrank,* Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, 34. Auflage, Graz, 2011, S. 82/XIII; *Bichl/Schmid/Szymanski,* Das neue Recht der Arbeitsmigration, 2. Auflage, NWV, S. 23, Fn 12; *Schrammel,* Der Entwurf eines Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes aus arbeits- und sozialrechtlicher Sicht, 3. Kapitel in *Mayer* (Hrsg.), Schwarzarbeit, Pfuscht der Gesetzgeber? 1999, S. 42; *Lindmayr*, Handbuch zur Ausländerbeschäftigung, 10. Auflage, LexisNexis, Wien, 2010, Rz 107.

[1167] OGH vom 16.03.1994, 9 Ob 51/94, infas 1994, A 131 = Arb 11.139 = ecolex, 1994, 560 = DRdA 1978, 241 (*Apathy*).

[1168] *Schrank/Mazal,* Arbeitsrecht Ein systematischer Grundriss, 4. Auflage, FACULTAS Verlag, Wien, 2008, S. 70.

[1169] *Schuhmacher,* ZAS 1979, Entscheidung Nr. 7, S. 60; *Schrank,* ZAS 1982, Entscheidung Nr. 18, S. 141; *Neurath/Steinbach,* AuslBG, Wien, 1991, S. 304.

[1170] *Bichl/Schmid/Szymanski,* Das neue Recht der Arbeitsmigration, 2. Auflage, NWV, S. 23, Fn 12 und S. 199; *Schrank,* Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, 34. Auflage, Graz, 2011, S. 81/XIII.

[1171] *Schrank/Mazal,* Arbeitsrecht Ein systematischer Grundriss, 4. Auflage, FACULTAS Verlags- und Buchhandels AG, Wien, 2008, S. 70.

[1172] BGH vom 31.05.1990 – VII ZR 336/89 (Köln) NJW 1990, Heft 40, S. 2542 f.

[1173] *„Aby można się było ubiegać przed Sądem wypłaty wynagrodzenia za wykonaną pracę, konieczne jest wcześniejsze sądowe ustalenie istnienia stosunku pracy, co może zostać przeprowadzone na drodze powództwa z art. 189 kodeksu postępowania cywilnego." Stawicka,* Jak odzyskać pensję za pracę na czarno? Artikel vom 10.03.2011.

Erst nach Feststellung, dass hier ein aufrechtes Arbeitsverhältnis vorgelegen ist. Kann der Arbeitnehmer seine Ansprüche geltend machen.

Meines Erachtens ist eine derart – für den Arbeitnehmer – umständige Lösung für den Arbeitnehmer nachteilig. Möglicherweise sollen dadurch auch die Schwarzarbeiter abgeschreckt werden, doch meiner Ansicht nach auf eine ziemlich unbefriedigende Art und Weise.

4 Die Bestrafung nach § 153e StGB im Verhältnis zur Strafbarkeit nach § 28 AuslBG, insbesondere im Hinblick auf das „ne bis in idem Prinzip“

4.1 Einleitung

Der VfGH hat Ende 2010 nunmehr erstmals ausführlich klargestellt, ob durch eine Verurteilung nach dem § 153e StGB auch die Verstöße nach dem AuslBG konsumiert werden und wie die beiden Bestimmungen im Hinblick auf das Doppelbestrafungsverbot i.S.d. Art 4 Abs 1 7. Zusatzprotokoll Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK)[1175] zueinander stehen.[1176] Die Entscheidung soll in der Arbeit auch kurz erörtert werden, um verfassungsrechtliche Bedenken einer Doppelbestrafung für die Zukunft zu klären.

4.2 Das Doppelbestrafungsverbot i.S.d. Art 4 Abs 1 des 7. ZPEMRK

Nach Art 4 Abs 1 des 7. ZPEMRK (in seiner deutschen Übersetzung) darf niemand *"wegen einer Straftat, wegen der er bereits nach dem Gesetz und dem Strafverfahrensrecht eines Staates rechtskräftig verurteilt oder freigesprochen worden ist, in einem Strafverfahren desselben Staates erneut vor Gericht gestellt oder bestraft werden".* Art 4 des 7. EMRK-ZP ist als Verbot mehrfacher Bestrafung und auch als Verbot mehrfacher Strafverfolgung zu verstehen.[1177]

Früher judizierte der OGH, dass sich der Grundsatz "ne bis in idem" lediglich auf rechtskräftige Entscheidungen der Strafgerichte beziehe und demnach Straferkenntnisse einer Verwaltungsbehörde der Verfolgung durch ein Strafgericht wegen desselben Tatverhalts nicht entgegenstehen könnten.[1178] Bei der Ratifizierung des 7. ZPMRK erklärte der EGMR den Vorbehalt, der diese Auslegung ermöglichte, für ungültig.[1179] Die

---

[1174] *„Pozew do sądu pracy o ustalenie istnienia stosunku pracy może Pan wnieść samodzielnie, jak również może to zrobić w Pana imieniu właściwy organ Państwowej Inspekcji Pracy*.” *Stawicka,* Jak odzyskać pensję za pracę na czarno? Artikel vom 10.03.2011.

[1175] Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten = Europäische Menschenrechtskonvention = EMRK, Rom, am 4.11.1950; in Österreich in Kraft seit 03.09.1958 idF BGBl. III Nr. 47/2010 (14. ZP); BGBl. 210/1958 (EMRK und 1. ZP), 59/1964 (EMRK und 1. ZP in Verfassungsrang erhoben), 329/1970 (2. ZP), 330/1970 (3. ZP), 434/1969 (4. ZP), 84/1972 (5. ZP), 138/1985 (6. ZP), 628/1988 (7. ZP), Straßburg vom 22.11.1984 = CETS No. 117) 64/1990 (8. ZP), 69/1996 (9. ZP), BGBl. III Nr. 30/1998 (11. ZP), BGBl. III Nr. 22/2005 (13. ZP).

[1176] VfGH vom 16.12.2010, B 343/10, UVS-Slg 2011/45 = ARD 6128/2/2011 = RdW 2011/192 - Heft 4, S. 190.

[1177] EGMR vom 29.05.2001, *Fischer gegen Ö*, Nr 37950/97, ÖIM-NL 2001, 112 f = ÖJZ [MRK] 2001/22, 657 = ZVR 2001/69, 273.

[1178] *Thienel/Hauenschild,* Verfassungsrechtliches "ne bis in idem" und seine Auswirkung auf das Verhältnis von Justiz- und Verwaltungsstrafverfahren (Teil I), JBl 2004, 69, S. 70.

[1179] Inhalt dieser Erklärung sollte sein, dass sich Art 4 nur auf Strafverfahren iS der StPO bezieht; doch erfüllt diese Erklärung nicht die Anforderungen der MRK und sei daher ungültig ist = EGMR vom 23.10.1995, Beschwerdesache *Gradinger gegen Österreich*, Serie A-328-C, VfSlg 14.696/1996 = ZVR 1996/1 = ÖJZ-MRK 1995/51 = JBl 1997, 577 = Newsletter 1995/5/10 = ecolex 1996, 55; *Kucsko-Stadlmayer*, Das "*Gradinger* Urteil" des EGMR, ecolex 1996, 50 ff.

österreichische Rsp musste somit umschwenken und dem EGMR folgen, demzufolge niemand wegen derselben tatsächlichen Handlung in einem Staat zwei Mal verfolgt und bestraft werden darf.

Der VfGH tendiert bei seiner Beurteilung dazu, den Art 4 des 7. ZPMRK im Lichte der materiell-rechtlichen Konkurrenzlehre zu prüfen, insoweit, ob der materiell-rechtliche Unwert einer Handlung bereits durch die Erstverurteilung ausgeschöpft ist.[1180] Eine derartige Betrachtungsweise ist häufig in den Entscheidungen des VfGH erkennbar i.d.S., dass der VfGH einen Zusammenhang zwischen dem prozessualen Doppelverfolgungsverbot und der materiell-rechtlichen Lehre von der Scheinkonkurrenz sieht.[1181] *Lewisch* nennt diese materiell rechtliche Betrachtung des VfGH eine ***„Strafbedürftigkeitsbetrachtung***", wobei ein Beschuldigter nochmals in der gleichen Sache verfolgt und bestraft werden kann, wenn der Unwert einer Tat nicht vollständig erschöpft wird.[1182]

Darüber hinaus stellen bei der Beurteilung des Vorliegens des Doppelverfolgungs- und Doppelbestrafungsverbotes sowohl der VfGH als auch der EGMR auf die Identität der *„wesentlichen Gesichtspunkte eines Straftatbestandes"* ab, weswegen eine gerichtliche Bestrafung nicht unrechtmäßig wird, wenn durch die Beendigung im verwaltungsstrafrechtlichen Verfahren die inhaltlichen Bestrafungsgesichtspunkte nicht voll ausgeschöpft wurden.[1183]

4.3 Entscheidung des VfGH vom 16.12.2010, B 343/10[1184] hinsichtlich der Konkurrenz des § 153e StGB zum § 28 AuslBG

In seiner Entscheidung hatte der VfGH zu prüfen, ob sich der Straftatbestand des § 28 Abs 1 Z 1 lit a AuslBG, auf dessen Grundlage eine rechtskräftige "Verurteilung" i.S.d. Art 4 Abs 1 7. ZPEMRK durch die belangte Verwaltungsbehörde erfolgt ist, von dem gerichtlichen Straftatbestand des §153e Abs 1 Z 1 StGB in seinen wesentlichen Gesichtspunkten unterscheidet.[1185] Weiters hatte der VfGH zu prüfen, ob durch die gerichtliche Verurteilung nach § 153e StGB auch der Unrechts- und Schuldgehalt wegen des gesetzwidrigen Verhaltens nach dem AuslBG, vollständig erschöpft wird.[1186]

[1180] VfGH vom 05.12.1996, G 9/96, VfSlg 14.696/1996 = ZfVB 1997/1175 - Heft 3 = JBl 1997, 447 = ZVR 1997/90, 239 = JAP 1997/98, 38 = SWK 1997, R 74; VfSlg 15.128, 15.199, 15.293, 15.821 und 15.867; VfGH vom 02.07.2009, B 559/08, ecolex 2009, 1001 = JAP 2009/2010/22 = Die Presse 2009/39/01.

[1181] VfGH vom 05.12.1996, G 9/96, VfSlg 14.696/1996 = ZfVB 1997/1175 - Heft 3 = JBl 1997, 447 = ZVR 1997/90, 239 = JAP 1997/98, 38 = SWK 1997, R 74; VfGH vom 19.06.1998, G 275/96, VfSlg 15.199 = ZfVB 1998/2265, 2284, 2289; VfGH vom 11.03.1998, G 262/97, VfSlg. Nr. 15.128 = ZfVB 1998/1833 - Heft 5; VfGH vom 19.06.2000, B 246/99, VfSlg. Nr. 15.824 = ZfVB 2001/1156 - Heft 3 = ZVR 2001/21; OGH vom 16.10.2008 15 Os 89/08i, EvBl 2009/21, 135 = Jus-Extra OGH-St 4234 = AnwBl 2009, 367 = SSt 2008/78.

[1182] *Lewisch* in *Fuchs/Ratz* (Hrsg.), WK zur StPO, Vorbemerkungen zu §§ 352–363, VII. A. 2. Verhältnis Verwaltungsstrafrecht – Kriminalstrafrecht, Rz 111.

[1183] *Birklbauer* in *Fuchs/Ratz (Hrsg.),* WK zur StPO, §§ 16, 17 StPO, Rz 21 zu § 17 StPO; *Lewisch* in *Fuchs/Ratz* (Hrsg.), WK zur StPO, Vorbemerkungen zu §§ 352–363, VII. A. 2. Verhältnis Verwaltungsstrafrecht – Kriminalstrafrecht, Rz 108.

[1184] Mit ausführlicher Begründung im Erkenntnis unter Hinweis auf Gesetzesmaterialien (RV 1587 BlgNR 20. GP; RV 698 BlgNR 22. GP, 9; RV 449 BlgNR 17. GP, 15; RV 992 BlgNR 22. GP) und VfSlg. 18833/2009; VfSlg 14969/1996; VfSlg 15821/2000 und Urteil EGMR 10.02.2009 (GK), Fall *Zolothukin*, Appl. 14939/03.

[1185] VfGH vom 05.12.1996, G 9/96, VfSlg 14.696/1996 = ZfVB 1997/1175 - Heft 3 = JBl 1997, 447 = ZVR 1997/90, 239 = JAP 1997/98, 38 = SWK 1997, R 74.

[1186] *Kienapfel/Höpfel*, Grundriss des Strafrechts, Wien, Manz Verlag, 13. Auflage, 2009, E 8 Rz 55d,e, S. 284 f; OGH vom 16.10.2008 15 Os 89/08i, EvBl 2009/21, 135 = Jus-Extra OGH-St 4234 = AnwBl 2009, 367 = SSt 2008/78; VfGH vom 05.12.1996, G 9/96, VfSlg 14.696/1996 = ZfVB 1997/1175 - Heft 3 = JBl 1997, 447 = ZVR 1997/90, 239 = JAP 1997/98, 38 = SWK 1997, R 74.

Das AuslBG verfolgt primär das Ziel, die inländischen Arbeitnehmer vor einer Überflutung durch ausländische Arbeitnehmer und bereits legal beschäftigte ausländische Arbeitskräfte zu schützen, wobei die Kontrolle der Ausländerbeschäftigung dem Staat als arbeitsmarktpolitische Aufgabe zukommt.[1187] Auch in der aktuellen Entscheidung des VwGH vom 24.02.2011 wird bestärkend wiederholt, dass das zu schützende Rechtsgut nach dem AuslBG primär der inländische Arbeitsmarkt ist.[1188]

Durch die Norm im **StGB** soll wiederum der Staat vor hohen finanziellen Verlusten durch den Entgang von Sozialversicherungsbeiträgen und Abgaben geschützt werden, die Allgemeinheit Ungleichbehandlungen entzogen werden und darüber hinaus sollen redliche Unternehmer vor unfairen Konkurrenzpraktiken und gleichheitswidrigem Wettbewerb bewahrt werden.[1189] Weiters sollen Arbeitnehmer vor dem Verlust ihrer Beitragsmonate zur Pensionsversicherung geschützt werden.[1190]

Da sich die **wesentlichen Gesichtspunkte**, einerseits nach dem AuslBG, die Regulierung der Ausländerbeschäftigung in Österreich, anderseits nach §153e StGB, Schutz des Vermögens des Staates und implizit auch der Allgemeinheit, deutlich voneinander unterscheiden, stehen sie nicht in einem Verhältnis der **Scheinkonkurrenz.**[1191] Der VwGH entschied, dass es um den Schutz unterschiedlicher Rechtsgüter geht und sich die Tatbestandselemente und die Zielrichtungen des AuslBG von jenen des ASVG/§153e Abs 1 StGB deutlich unterscheiden und so die Normen wegen des unterschiedlichen Schuld- und Unrechtsgehaltes, in einem Verhältnis der Idealkonkurrenz zueinander stehen.[1192]

Schließlich haben beide Gesetze **unterschiedliche Regelungszwecke.** Denn §153 Abs 1 StGB bezieht sich allgemein auf die Beschäftigung von Personen, gleichgültig ob diese Österreicher oder Ausländer sind, während § 28 Abs 1 Z1 lit a AuslBG lediglich die Beschäftigung von Ausländern unter Strafe stellt.[1193]

Der, einer Bestrafung wegen Übertretung des § 28 Abs 1 Z 1 lit a AuslBG zu Grunde liegende, Sachverhalt unterscheidet sich somit in wesentlichen Elementen von dem, der Vergehen nach § 153e StGB, insbesondere weil unter den Tatbestand des § 153e StGB die Beschäftigung von Ausländern ohne Beschäftigungsbewilligung nicht zu subsumieren ist.[1194]

4.4 Zur Lösung des Verfassungsgerichtshofs hinsichtlich des Konkurrenzkonfliktes

Der VfGH kam zu der Lösung, dass auf Grund unterschiedlicher Regelungszwecke es nicht gegen das Doppelbestrafungsverbot verstößt, wenn ein Arbeitgeber, der nicht

---

[1187] *Neurath/Steinbach,* AuslBG, 1991, Rz 1 zu § 28; Schutz des heimischen Arbeitsmarktes: RV 992 BlgNR 22. GP zur Novelle BGBl. I 103/2005, mit welcher die Strafsätze des § 28 AuslBG verdoppelt wurden.

[1188] VwGH vom 24.02.2011, 2007/09/0361, ZVR 2011/184 = RdW 2011/326 - Heft 6/2011, S. 318 = ARD 6149/1/2011.

[1189] *Kirchbacher/Presslauer*, § 153e StGB in *Höpfel/Ratz* (Hrsg.), WK zum StGB, 2. Auflage, Rz 2 zu § 153e StGB.

[1190] *Kirchbacher/Presslauer*, § 153e StGB in *Höpfel/Ratz* (Hrsg.), WK zum StGB, 2. Auflage, Rz 2 zu § 153e StGB.

[1191] Bei der Scheinkonkurrenz gibt es 3 Arten: Subsidiarität, Konsumtion, Spezialität; Kienapfel/*Höpfel*, Grundriss des Strafrechts, Wien, Manz Verlag, 13. Auflage, 2009, E 8 Rz 19 ff, S. 276 ff.

[1192] VwGH 25.03.2010, 2008/09/0203, RdW 2010/10/669, 652 = ZfVB 2010/5/1256, S. 791 = ARD 6095/3/2010.

[1193] VwGH 25.03.2010, 2008/09/0203, RdW 2010/10/669, 652 = ZfVB 2010/5/1256, S. 791 = ARD 6095/3/2010.

[1194] VwGH vom 12.07.2011, Zl. 2009/09/0032; VfGH vom 16.12.2010, B 343/10; VwGH vom 04.10.2012, 2012/09/0134; VwGH vom 06.11.2012, 2012/09/0123.

angemeldete Ausländer beschäftigt hat, wegen unerlaubter Beschäftigung von Ausländern ohne arbeitsmarktbehördliche Genehmigung nach § 28 AuslBG und auch wegen gewerbsmäßiger Beschäftigung der Arbeitnehmer ohne Anmeldung zu den Sozialversicherungen nach § 153e StGB ("organisierte Schwarzarbeit") bestraft wird.[1195] Die Bestrafung nach § 28 AuslBG neben einer Bestrafung nach § 153e StGB ist sehr wohl gerechtfertigt, weil es um den *„Schutz unterschiedlicher Rechtsgüter"* geht und unterschiedliche Ziele verfolgt werden.[1196] Darüber hinaus sind auch die wesentlichen Tatbestandselemente beider Strafnormen verschieden.[1197]

Durch die Bestrafung nach dem AuslBG wird nicht der gesamte Unrechtsgehalt des verwirklichten Sachverhaltes abgedeckt, weswegen ein weitergehendes Strafbedürfnis gegeben ist.

4.5 Eigene Meinung

Meiner Meinung nach sind die Ausführungen des VfGH und auch der Unterinstanzen (LG Leoben vom 20.10.2009 und OLG Graz vom 04.08.2010), welche eine einheitlich und einstimmige Argumentation aufweisen und auch im Einklang mit der Literatur und der Rechtsprechung des EGMR stehen, nachvollziehbar und richtig.

Wie öfters betont, kommt es bei der Beurteilung, ob gegen das „ne-bis-in-idem-Prinzip" verstoßen wurde, auf die Frage an, ob der Unrechts- und Schuldgehalt einer Norm durch die gerichtliche Bestrafung oder verwaltungsrechtliche Bestrafung vollständig ausgeschöpft wird.

Auf Grund der obgenannten Ausführungen ist klar erkennbar, dass sich die primären Zwecke dieser beiden Gesetze doch ziemlich voneinander unterscheiden. Klarerweise verfolgt fast jede Norm doch implizit irgendwelche vermögensrechtlichen Aspekte. Stimmt man diese jedoch, wie notwendig, auf die wesentlichen Aspekte des AuslBG im Verhältnis zum StGB ab, so wird man die Verfolgung einerseits nach dem AuslBG und andererseits nach dem StGB als nicht gegen das Doppelbestrafungsverbot als richtig werten müssen, da die Schutzzwecke der Normen andere sind.

Darüber hinaus divergieren die wesentlichen Tatbestandselemente beider Strafnormen und deren Regelungszwecke evident. Die relevante Handlung, welche die Strafbarkeit nach dem § 153e StGB begründet, ist die Nichtmeldung eines Ausländers oder Inländers zur Sozialversicherung und für die Bestrafung nach § 3 Abs 1 i.V.m. § 28 Abs 1 Z 1 lit a AuslBG ist die Nichteinholung einer arbeitsmarktrechtlichen Bewilligung nur für einen Ausländer Voraussetzung.

Meiner Meinung nach hatte jedoch der VfGH hinsichtlich seiner Entscheidung, im Hinblick auf den Umstand, dass das OLG Graz die den Täter verurteilenden Entscheidung des LG Leoben aufgehoben und den Beschuldigten freigesprochen hat, nicht wirklich viel Spielraum.

In concreto würde es bei einer gegenteiligen Entscheidung jedenfalls zu einem sehr unbefriedigenden Ergebnis kommen. Der Freispruch im Strafverfahren hätte für die verwaltungsrechtliche Strafe bedeutet, dass diese nicht rechtmäßig gewesen ist.

Eine gegenteilige Entscheidung des VfGH, dass gegen das „Ne-bis-in-idem- Prinzip" verstoßen wurde, würde in unserem Fall für den Beschwerdeführer bedeuten, dass er ohne jegliche Strafe davon gekommen wäre.

[1195] VfGH vom 16.12.2010, B 343/10, UVS-Slg 2011/45 = ARD 6128/2/2011 = RdW 2011/192 - Heft 4, S. 190.
[1196] VfGH vom 16.12.2010, B 343/10, UVS-Slg 2011/45 = ARD 6128/2/2011 = RdW 2011/192 - Heft 4, S. 190.
[1197] VfGH vom 16.12.2010, B 343/10, UVS-Slg 2011/45 = ARD 6128/2/2011 = RdW 2011/192 - Heft 4, S. 190.

Schlussendlich finde ich, dass der VfGH eine richtige Wertung hinsichtlich der Bestimmungen des § 153e Abs1 StGB einerseits, und § 28 Abs1 Z1 lit a AuslBG anderseits, vorgenommen hat und die beiden Normen umfangreich erläutert und voneinander abgegrenzt hat.

Die gegenständliche Entscheidung wird sicherlich zukunfts- und wegweisend für weitere Entscheidungen sein. Deswegen war es gut, dass der VfGH klar und eindeutig zu der Problematik des „Ne-bis-in-idem" im Verhältnis des § 153e StGB und § 28 Abs 1 Z 1 lit a AuslBG Stellung genommen hat, um jegliche verfassungsrechtliche Bedenken einer Doppelbestrafung für die Zukunft zu klären und Rechtsklarheit für die Behörden und Gerichte sowie Rechtssicherheit für die Bürger zu gewährleisten.

Der Verwaltungsgerichtshof stützt sich in seiner Entscheidung vom 12.07.2011, in einem ähnlich gelagerten Fall, in welchem es auch um die Abgrenzung einer Verurteilung nach dem § 153e StGB und dem § 28 AuslBG ging, bereits auf die obige Entscheidung des VfGH und kommt zu derselben Lösung, nämlich: *„Angesichts dieser aufgezeigten Unterschiede ist auch der Verwaltungsgerichtshof der Ansicht, dass in den hier gegenständlichen Fällen vom Vorliegen verschiedener Straftatbestände auszugehen ist, die sich in wesentlichen Elementen unterscheiden, und deshalb die erwähnte strafgerichtliche Verurteilung die Verfolgung wegen des inkriminierten Verwaltungstatbestandes nicht hindert."*[1198]

5 Zu den Sanktionen nach sonstigen arbeitsrechtlichen Nebengesetzen

5.1 Nach dem Arbeitsvertragrechtsanpassungsgesetz (AVRAG)

5.1.1 Systematische Darlegung der einzelnen Straftatbestände

Kommt der Arbeitgeber bei der Entsendung i.S.d. § 7b AVRAG seiner **Meldepflicht** nicht nach, so droht ihm ab 01.05.2011 gemäß § 7b Abs 9 AVRAG eine Verwaltungsstrafe von 500 EURO bis zu 5.000 EURO je nicht gemeldetem Arbeitnehmer, welche im Wiederholungsfall auf bis zu 10.000 EURO verdoppelt werden kann.

Darüber hinaus wird auch ein Verstoß gegen die **Bereithaltungspflicht** von Sozialversicherungsdokumenten, Lohnunterlagen und Unterlagen über die Meldung des Arbeitnehmers zu den Sozialversicherungen mit einer Strafe von 500 bis zu 5.000 EURO sanktioniert und kann im Falle der Wiederholung sogar um das Doppelte angehoben.

Die Verweigerung der **Einsichtnahme** in Unterlagen oder die Vereitelung der nach § 7f AVRAG vorgesehenen Betretungs-, Einsichts- und Befragungsrechte der Organe der Abgabenbehörden, indem der Arbeitgeber durch Zutrittsverweigerung zum Arbeitsort eine Kontrolle behindert, erschwert oder verhindert, sowie das Nichtbereithalten der Lohnunterlagen in deutscher Sprache oder die Verweigerung der Auskunftserteilung sowie die Entlohnung unter dem Mindestlohn, stellen Straftatbestände i.S.d. des § 7i AVRAG dar und sind je nach Delikt und Häufigkeit der Verstöße mit unterschiedlichen, aber verhältnismäßig hohen Sanktionen zwischen 500 und 50.000 EURO zu bestrafen.[1199]

[1198] VwGH vom 12.07.2011, 2009/09/0032.

[1199] *Ercher/Rath,* Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz, LSDB-G, ASoK 2011, 125, S. 126; *Binder,* AVRAG, 2. Auflage, Wien, 2010, Rz 15 zu §§ 7d-7n, Unterlagenbereithaltung und Kontrollen, S. 405

Für den Baubereich regelt § 32 Abs 1 Z 2 und 3 BUAG Verwaltungsstrafen für die Vereitelung von Kontrollen und sieht Geldstrafen von 500 bis 5.000 EURO und im Wiederholungsfall von 1.000 bis 10.000 EURO vor.

Weiters droht dem Arbeitgeber der Eintrag der Verwaltungsübertretung in die Verwaltungsstrafevidenz.[1200]

Bei der **Unterentlohnung** von weniger als drei Arbeitnehmern droht dem Arbeitgeber nach § 7i Abs 3 AVRAG eine Sanktion von 1.000 bis zu 10.000 EURO, welche im Wiederholungsfall verdoppelt werden kann. Bei der Beschäftigung von mehr als drei Arbeitnehmern unter dem Grundgehalt kann eine Sanktion von 2.000 bis zu 20.000 EURO verhängt werden, welche im Wiederholungsfall sogar bis auf 50.000 EURO erhöht werden kann.[1201] Die höchste Strafe droht somit gemäß § 7i Abs 3 AVRAG bei wiederholter Unterentlohnung von mehr als drei Arbeitnehmern und kann maximal einen Betrag von 50.000 EURO ausmachen.[1202]

Weiters ist unklar, für welche Zeiträume einer Unterentlohnung Geldstrafen zu verhängen sind. Da jedoch Löhne grundsätzlich am Ende des Monats fällig werden, würde eine Unterentlohnung über mehrere Monate pro abgelaufenem Monat einen neuen Fall auslösen und müssten exorbitante Strafen über den Arbeitgeber verhängt werden.[1203] Da es sich jedoch bei dem Verstoß der Unterentlohnung um ein Dauerdelikt handelt, welches erst dann beendet ist, wenn das rechtswidrige Verhalten beendet wurde, ist die Geldstrafe daher für jeden einzelnen Arbeitnehmer - unabhängig von der Dauer der Unterentlohnung - nur einmal zu verhängen.[1204]

Hierbei ist noch vorzuheben, dass der Ministerialentwurf eine Höchststrafe von 100.000 EURO vorgesehen hat.[1205] Meiner Meinung wäre eine derart hohe Strafe im Vergleich zu anderen Bestimmungen, welche illegale Beschäftigung sanktionieren, im Hinblick auf deren Höchststrafen nicht mehr verhältnismäßig.

Die Strafen sind auf Grund der expliziten Regelung stets **pro** unterentlohntem Arbeitnehmer zu verhängen.[1206]

Auch wenn die Geldstrafen - im Vergleich zum Ministerialentwurf - bei Unterentlohnung sehr reduziert wurden, sind die Geldstrafen unter dem Blickwinkel, dass für die Bestrafung bereits Fahrlässigkeit ausreicht bzw. Verschulden vermutet wird und die Geldstrafe für jeden einzelnen betroffenen Arbeitnehmer verhängt werden kann meines Erachtens noch immer hoch angesetzt.

Auch besteht die Möglichkeit einer gerichtlichen Verurteilung (§ 7i Abs 3 AVRAG: *„sofern die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet“*). In diesem Zusammenhang wäre meines Erachtens insbesondere der Tatbestand des Betuges nach § 146 StGB zu prüfen, wonach derjenige gerichtlich zu bestrafen ist, „*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, die diesen oder einen anderen am Vermögen schädigt.“*

[1200] *Schrank,* Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, 34. Auflage, Graz, 2011, S. 82 und 82/XII; *Kühteubl/Wieder,* Das neue Lohn- und SozialdumpingbekämpfungsG, ZAS 2011/36, 208, S. 214.

[1201] *Schrank,* Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, 34. Auflage, Graz, 2011, S. 82.

[1202] *Steiger,* Rückblick 2011/Ausblick 2012 in der Sozialversicherung, taxlex 2011, 455, S. 456.

[1203] *Kühteubl/Wieder,* Das neue Lohn- und SozialdumpingbekämpfungsG, ZAS 2011/36, 208, S. 212.

[1204] *Kühteubl/Wieder,* Das neue Lohn- und SozialdumpingbekämpfungsG, ZAS 2011/36, 208, S. 213.

[1205] LSDB-G - Ministerialentwurf 181/ME XXIV. GP - Gesetzestext, S. 2 von 5.

[1206] *Ercher/Rath,* Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz, LSDB-G, ASoK 2011, 125, S. 126; *Steiger*, Rückblick 2011/Ausblick 2012 in der Sozialversicherung, taxlex 2011, 455, S. 456; *Kapek,* Neues LSDB-G, ecolex 2011, S. 442.

Nach *Reindl-Krauskopf* wird es jedoch sehr selten der Fall sein, dass der Arbeitgeber wegen Unterentlohnung seines Arbeitnehmers i.S.d. Betruges verurteilt wird, weil der Arbeitgeber z.B. seinen Arbeitnehmer darüber täuschen müsste, was ein kollektivvertraglicher Lohn ist.[1207] Eine gerichtliche Bestrafung kommt weiters nach *Reindl-Krauskopf* auch im Falle der Ausbeutung des Arbeitnehmers bzw. in Fällen von sklavereiähnlichen Arbeitsverhältnissen in Betracht.[1208]

Zusätzlich hat (kein Ermessen der Behörde) nach § 7j Abs 1 AVRAG die BVB dem Arbeitgeber die Ausübung der Tätigkeit für die Dauer von mindestens einem Jahr zu **untersagen**, wenn dieser wegen Unterschreitung des Grundlohns von mehr als drei Arbeitnehmern rechtskräftig bestraft wurde.[1209] Bei einem Verstoß wiederum gegen diese Untersagung ist eine Strafe von 2.000 bis 20.000 EURO zu verhängen (§ 7j Abs 2 AVRAG).[1210]

Diese Norm bezieht sich nur auf Arbeitgeber nach §§ 7, 7a Abs 1 ohne Sitz in Österreich oder wenn der Arbeitgeber Überlasser ist.[1211]

Für österreichische Arbeitgeber findet sich eine ähnliche Regelung in § 87 Abs 1 Z 3 GewO, welche vorsieht, dass dem (inländischen) Arbeitgeber der Entzug der Gewerbeberechtigung droht, wenn er erheblich gegen die Interessen, welche die arbeitsrechtlichen Normen schützen sollen, verstößt.[1212]

Auf Grund dieses bereits in der österreichischen Rechtsordnung ähnlich lautenden, bestehenden Pendants ist meiner Meinung nach keine Gleichheitswidrigkeit zu erblicken.

Ob jedoch die Strafdrohung des § 7j Abs 2 AVRAG, wonach ein ausländischer Arbeitgeber, der trotz Untersagung der Dienstleistung gemäß § 7j AVRAG eine Tätigkeit erbringt, mit einer Verwaltungsstrafe von 2.000 bis 20.000 EURO zu bestrafen ist, unionskonform ist oder ob darin eine unmittelbare Diskriminierung ausländischer Dienstleistungserbringer zu sehen ist, da gemäß seinem Pendant, § 366 Abs 1 Z 1 GewO, über den österreichischen Arbeitgeber, der ein Gewerbe, trotz Untersagung und Nichtbesitz der entsprechenden Gewerbeberechtigung, ausübt, lediglich eine Verwaltungsstrafe bis zu 3.600 EURO zu verhängen ist, ist fraglich.

Der Unterschied in der Strafhöhe ist immens und stellt meiner Meinung nach – der Meinung von *Windisch-Graetz* folgend - eine ungerechtfertigte unmittelbare Diskriminierung ausländischer Dienstleistungserbringer dar.[1213]

Zusammenfassend sind die Strafsanktionen nach dem AVRAG, die Verhängung einer Geldstrafe, Untersagung der Dienstleistung, Erlag einer Sicherheitsleistung und die Eintrag in die Verwaltungsstrafevidenz. Im Ministerialentwurf war noch - gemäß § 7m AVRAG – eine Abschöpfung des wirtschaftlichen Vorteils vorgesehen, wurde jedoch, nach Kritik der Arbeitgeberinteressenvertretung, nicht ins Gesetz übernommen.[1214]

[1207] *Aichinger*, Gleicher Lohn: Österreich klagt für Zuwanderer, Rechtspanorama 21. 03. 2011, Die Presse 2011/12/01.

[1208] *Aichinger*, Gleicher Lohn: Österreich klagt für Zuwanderer, Rechtspanorama 21. 03. 2011, Die Presse 2011/12/01.

[1209] *Kühteubl/Wieder,* Das neue Lohn- und SozialdumpingbekämpfungsG, ZAS 2011/36, 208, S. 213 f.

[1210] *Kühteubl/Wieder,* Das neue Lohn- und SozialdumpingbekämpfungsG, ZAS 2011/36, 208, S. 212.

[1211] *Windisch-Graetz,* Fairer Wettbewerb durch das LSDB-G, ecolex 2011, 443.

[1212] VwGH vom 14.03.2012, 2012/04/0012; *Kühteubl/Wieder,* Das neue Lohn- und SozialdumpingbekämpfungsG, ZAS 2011/36, 208, S. 214; *Binder,* AVRAG, 2. Auflage, Wien, 2010, Rz 16 zu §§ 7d-7n, Unterlagenbereithaltung und Kontrollen, S. 405.

[1213] *Windisch-Graetz,* Fairer Wettbewerb durch das LSDB-G, ecolex 2011, 443.

[1214] *Kühteubl/Wieder,* Das neue Lohn- und SozialdumpingbekämpfungsG, ZAS 2011/36, 208, FN 18.

Darüber hinaus, um den Entgeltschutz für den Arbeitnehmer leichter durchsetzbar zu machen, haften gemäß § 7a Abs 2 AVRAG ausländische Arbeitgeber ohne Sitz in einem EWR-Mitgliedstaat und die österreichischen Auftraggeber für die Ansprüche der Arbeitnehmer gesamtschuldnerisch.[1215] Dies hat zur Folge, dass ein ausländischer Arbeitnehmer wegen auch den inländischen Unternehmer, bei welchem er tätig ist, bei einem österreichischen Arbeitsgericht verklagen kann.[1216]

Meines Erachtens ist zwar die Fülle an Sanktionen zu befürworten, entbehren meiner Meinung nach die mit dem LSBG eingeführten Sanktionen jeglicher Struktur und Ordnung und bereitet es erhebliche Schwierigkeiten sich einen klaren Überblick über das Sanktionssystem zu verschaffen.

5.1.2 Die Besonderheiten des Verwaltungsstrafverfahrens bei Verstößen gegen das AVRAG

In diesem Kapitel werden einige verfahrensrechtliche Besonderheiten, welche sich aus der Einführung des neuen Tatbestandes des LSDG ergeben, kurz erörtert.

Stellt das Kompetenzzentrum LSDB fest, dass der Grundlohn nicht geleistet wurde, hat es den Verstoß der zuständigen Bezirksverwaltungsbehörde anzuzeigen und gleichzeitig eine Kopie der Anzeige der Abgabenbehörde vorzulegen, damit diese die entsprechenden Nachverrechnungen vornehmen kann.[1217]

Nach der klarstellenden und ergänzend auslegenden „Kompetenzzentrum LSDB - Richtlinien 2011 (LSDB-RL 2011)"[1218] reicht für die Erstattung einer Anzeige bereits der Verdacht einer Unterentlohnung aus.[1219]

Das Kompetenzzentrum LSDB ist jedoch nicht verpflichtet, jeden Fall der BVB anzuzeigen. Denn im Fall einer erstmaligen, bloß geringen Unterschreitung des zu leistenden Grundlohns (Grundlohn um nicht mehr als 3 % unterschritten) durch einen und denselben Arbeitgeber oder bei bloß geringfügigem Verschulden des Arbeitgebers an der Unterentlohnung, ist gemäß § 7e Abs 5 AVRAG von einer Anzeige abzusehen, sofern der Arbeitgeber die Differenz zwischen dem tatsächlich geleisteten und dem, dem Arbeitnehmer, nach den österreichischen Rechtsvorschriften, zustehenden Entgelt binnen einer festgesetzten Frist leistet.[1220]

Meines Erachtens ist eine derartige Regelung des „Freikaufens" von der Strafbarkeit unter den genannten Voraussetzungen (erstmaliger Verstoß, geringes Verschulden, geringe Unterentlohnung) eine gute Lösung und wäre es unbillig jeden – wenn auch nur geringfügigen – Verstoß gleich zu sanktionieren.

Zur Geringfügigkeit des Verschulden des Arbeitgebers ist auszuführen, dass dann von einem solchen auszugehen ist, *„wenn das tatbildmäßige Verhalten des Arbeitgebers hinter dem in der betreffenden Strafdrohung typisierten Unrechts- und Schuldgehalts erheblich zurückbleibt"*[1221]. Sofern sämtliche Voraussetzungen vorliegen, um von

---

[1215] *Preyer,* Arbeitsrechtliche Aspekte des Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes, 4. Kapitel in *Mayer (Hrsg.),* Schwarzarbeit, Pfuscht der Gesetzgeber? 1999, S. 64 f.

[1216] *Schrank,* Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, 34. Auflage, Graz, 2011, S. 82/X.

[1217] *Kapek,* Neues LSDB-G, ecolex 2011, S. 440.

[1218] BMASK-462.203/0014-VII/B/9/2011 vom 25.05.2011.

[1219] *Aubauer/Rosenmayr-Khoshideh,* Erlass zum LSDB-G, taxlex 2011, S. 383.

[1220] *Aubauer/Rosenmayr-Khoshideh,* Erlass zum LSDB-G, taxlex 2011, 383, S. 384 f; *Kapek,* Neues LSDB-G, ecolex 2011, 440, S. 441; *Kühteubl/Wieder,* Das neue Lohn- und SozialdumpingbekämpfungsG, ZAS 2011/36, 208, S. 213.

[1221] 1076 BlgNR 24. GP 7.

einer Anzeige abzusehen, hat der Arbeitgeber einen Rechtsanspruch darauf und liegt die Entscheidung darüber somit nicht im freien Ermessen dieser Behörde.[1222]

Stets ist somit auch das Verschulden zu prüfen, wobei jedoch bereits Fahrlässigkeit i.S.d. § 5 VStG für die Begründung der Strafbarkeit ausreicht.[1223]

Fahrlässigkeit i.S.d. § 5 Abs 1 letzter Satz VStG liegt daher bereits dann vor, wenn der Arbeitgeber nicht glaubhaft machen kann, dass ihn an dem Verstoß gegen das LSDB-G kein Verschulden trifft.[1224]

Die Straftat der Unterentlohnung stellt ein Dauerdelikt dar und endet erst mit der Beendigung der strafbaren Handlung.[1225] Ab diesem Zeitpunkt läuft die Verfolgungsverjährungsfrist i.S.d. § 7i Abs 5 VStG von einem Jahr, innerhalb welcher die BVB eine Verfolgungshandlung zu setzen hat.

Weiters handelt es sich bei den Verstößen gegen das LSDB-G um sog. **Ungehorsamsdelikte**, bei welchen der Tatbestand durch ein bloßes Verhalten erfüllt wird, ohne dass ein Erfolg eintreten muss.[1226]

Zur **Verjährung** ist auszuführen, dass im Vergleich zum Ministerialentwurf, in welchem für die Verwaltungsübertretung der Unterentlohnung noch eine Verjährungsfrist von fünf Jahren vorgesehen war, nun eine einjährige Verjährungsfrist engültig in den § 7i Abs 5 AVRAG aufgenommen wurde.[1227] Nichtsdestotrotz ist im Vergleich zur allgemeinen Bestimmung des § 31 Abs 1 VStG (Verjährungsfrist sechs Monate) trotzdem eine doppelt so lange Frist vorgesehen.[1228]

Für die **Vollstreckung** von Verwaltungsstrafen im EU-Ausland ist das EU-Verwaltungsstrafvollstreckungsgesetz[1229] maßgeblich.

Der Rahmenbeschluss über die gegenseitigen Anerkennung von Geldstrafen und Geldbußen wurde allerdings noch nicht von allen Mitgliedstaaten umgesetzt und sind in einem anderen Mitgliedstaat ergangene Entscheidungen nur dann zu vollstrecken, wenn die Entscheidung eine Handlung betrifft, die entweder im Rahmenbeschluss angeführt ist oder nach dem Recht des Vollstreckungsstaats eine Straftat darstellt.[1230]

Da die Handlung der Unterentlohnung nicht im Rahmenbeschluss angeführt ist, wird eine Vollstreckung nur im Falle, dass die Handlung im Vollstreckungsstaat eine Straftat darstellt, erfolgreich durchgeführt werden können.

Hinsichtlich der **Zustellung** der Strafbescheide der BVB an den ausländischen Arbeitgeber normiert § 7m AVRAG, dass auch die im Inland gelegene auswärtige Arbeitsstelle, an der Arbeitnehmer beschäftigt werden, als Abgabestelle i.S.d. § 2 Z 4 ZustG zu

---

[1222] *Kühteubl/Wieder,* Das neue Lohn- und SozialdumpingbekämpfungsG, ZAS 2011/36, 208, S. 213.

[1223] *Kapek,* Neues LSDB-G, ecolex 2011, 440, S. 442.

[1224] *Kühteubl/Wieder,* Das neue Lohn- und SozialdumpingbekämpfungsG, ZAS 2011/36, 208, S. 212.

[1225] *Aubauer/Rosenmayr-Khoshideh,* Erlass zum LSDB-G, taxlex 2011, S. 383; Entsendet zB ein AG einen AN für 5 Monate nach Ö und wird im Rahmen einer Kontrolle festgestellt, dass der AN in den ersten 3 Monaten und im 5 Monat der Entsendung den Grundlohn nicht, im 4 Monat der Entsendung jedoch geleistet hat, hat der AG den Tatbestand der Unterentlohnung zwei Mal realisiert.

[1226] *Gerhartl/Nadlinger,* Die Öffnung des Arbeitsmarktes, ASoK-Spezial Mai 2011, 60.

[1227] *Kühteubl/Wieder,* Das neue Lohn- und SozialdumpingbekämpfungsG, ZAS 2011/36, 208, S. 217.

[1228] *Kühteubl/Wieder,* Das neue Lohn- und SozialdumpingbekämpfungsG, ZAS 2011/36, 208, S. 217.

[1229] BGBl I 2008/3, das in Umsetzung des Rahmenbeschlusses über die Anwendung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung von Geldstrafen und Geldbußen (2005/214/JI) (ABl L 2005/76, 16) erlassen wurde.

[1230] *Ritzberger-Moser,* Neues aus der Gesetzgebung. GleichbehandlungsG-Novelle, ArbVG-Novelle und mehr, Sonderheft ZAS-Seminar 2010, ZAS 2011/24, 141, S. 148.

qualifizieren ist und ein dort angetroffener Arbeitnehmer des Empfängers als Ersatzempfänger i.S.d. § 16 ZustG anzusehen ist.

Die neu eingefügte Norm hinsichtlich der Zustellung ist jedenfalls zu befürworten, da sie den ausländischen Arbeitgebern die Möglichkeit nimmt das Verwaltungsverfahren - auf Grund von formellen Mängeln (Unterlassen der Zustellung) - zu konterkarieren.

5.2 Zu den Sanktionen nach dem Arbeitskräfteüberlassungsgesetz (AÜG)

5.2.1 Einleitung

Bei Verstößen gegen die Bestimmungen des AÜG sind hauptsächlich Geldstrafen vorgesehen, welche über den Überlasser oder Beschäftiger verhängt werden können. Eine nach § 9 VStG für den Beschäftiger und für den Überlasser verantwortliche Person kann daher, wenn die beiden Unternehmen an der obgenannten Verwaltungsübertretung beteiligt sind, auch mehrfach nach dem AuslBG verwaltungsstrafrechtlich bestraft werden.[1231]

Voraussetzung einer rechtmäßigen Überlassung ist eine gewerberechtliche Bewilligung gemäß § 127 Z 19 iVm § 257 Abs 1 GewO. Ein Verstoß gegen diese Bestimmung ist zu bestrafen.

5.2.2 Bestrafung des Überlassers

Der Überlasser ist trotz der faktischen Beschäftigung des Ausländers im Unternehmen des Beschäftigers als Arbeitgeber zu qualifizieren.[1232] Gemäß § 22 Abs 1 Z 1 lit d AÜG ist über eine Person, welche Arbeitskräfte trotz Untersagung überlässt, eine Geldstrafe von 1.000 bis zu 5.000 EURO **je Arbeitnehmer** zu verhängen und im Wiederholungsfall sogar eine Geldstrafe von 2.000 bis zu 10.000 EURO.

Die genannten Strafbestimmungen wurden per 01.01.2013 mit dem BGBl. I Nr. 98/2012[1233] verschärft (die Geldstrafe betrug bis dato zwischen 750 EURO bis zu 3.600 EURO und im Wiederholungsfall bis zu 7.260 EURO).

Darüber hinaus kommt der Arbeitskräfteüberlasser auch als Täter einer Verwaltungsübertretung nach § 28 Abs 1 Z 1 lit a AuslBG in Betracht.[1234]

Weiters hat der Überlasserebenfalls mit Sanktionen – im Ausmaß der genannten Strafen - zu rechnen, wenn er gesetzwidrige Vereinbarungen i.S.d. §§ 8 und 11 Abs 2 trifft, und deren Einhaltung vom Arbeitnehmer verlangt (litera a) oder an einer unzulässigen grenzüberschreitenden Überlassung (§ 16) beteiligt ist (litera c).

Mit Geldstrafe von 500 bis zu 5.000 EURO pro Arbeitnehmer, im Wiederholungsfall von 1.000 bis zu 10.000 EURO ist gemäß § 22 Abs 1 Z 2 derjenige zu bestrafen, der

---

[1231] VwGH vom 26.09.1991, 90/09/0190, VwSlg 13497 A/1991 = ARD 4317/15/91 = ÖJZ 1992/132 A (VwGH A) = RdA 1992/27; VwGH vom 24.02.1995, 94/09/0261, ZfVB 1996/875 – Heft 3 = ARD 4723/27/96; VwGH vom 06.03.1997, 95/09/0342. ZfVB 1998/593 – Heft 3 = ARD 4862/42/97 = ÖJZ 1997/168 A (VwGH A).

[1232] *Dirschmied*, Beschäftigungsverhältnisse eines Ausländers, DRdA 1992, Nr. 4, Wien, S. 277; VwGH vom 26.09.1991, 90/09/0190, VwSlg 13497 A/1991 = ARD 4317/15/91 = ÖJZ 1992/132 A (VwGH A) = RdA 1992/27; VwGH 18.11.1993, 93/09/0364, ZfVB 1995/29 – Heft 1 = ARD 4543/20/94.

[1233] Bundesgesetz, mit dem das Arbeitskräfteüberlassungsgesetz, das Landarbeitsgesetz 1984, das A beitsverfassungsgesetz, das Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz, das ArbeitnehmerInnenschutzgesetz, das Ausländerbeschäftigungsgesetz, das Arbeitsmarktpolitik-Finanzierungsgesetz, das Arbeitslosenversicherungsgesetz 1977, das Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungsgesetz und das Bauarbeiter-Schlechtwetterentschädigungsgesetz 1957 geändert werden

[1234] *Schrank,* Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, 34. Auflage, Graz, 2011, S. 34/V; VwGH 18.12.1998, 98/09/0181, ZfVB 2000/546 – Heft 2 = ARD 5217/10/2001; VwGH 17.01.2000, 99/09/0171 – 0173, ZfVB 2001/400 – Heft 2.

die Meldungen gemäß § 17 Abs 2 (bei bewilligungsfreier Überlassung von Arbeitskräften vom Ausland nach Österreich) nicht rechtzeitig (d.h. spätenstens eine Woche vor Arbeitsaufnahme) erstattet.

Weiters ist nach § 22 Abs 1 Z 4 AÜG derjenige mit Geldstrafe bis zu 1.000 EURO, im Wiederholungsfall von 500 bis zu 2.000 EURO, zu bestrafen, *„wer den, zur Überwachung berufenen Behörde und Trägern der Sozialversicherung, auf deren Aufforderung, die für die Überprüfung der Einhaltung der Bestimmungen des AÜG erforderlichen Auskünfte nicht erteilt (§ 20 Abs 2 Z 1) oder die für diese Überprüfung benötigten Unterlagen nicht zur Einsicht vorlegt (§ 20 Abs 2 Z 2) oder die Anfertigung von Abschriften, Auszügen oder Ablichtungen dieser Unterlagen verwehrt (§ 20 Abs 2 Z 3) oder den Zutritt zum Betrieb oder die Einsicht in die die Arbeitskräfteüberlassung betreffenden Unterlagen verwehrt (§ 20 Abs 3)."*

Gemäß § 22 Abs 2 AÜG ist bei der Bemessung der Höhe der Geldstrafe insbesondere auf den durch die Überlassung erzielten Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil Bedacht zu nehmen.

5.2.3 Bestrafung des Beschäftigers

Ein Beschäftiger kann gleichzeitig, sowohl wegen einer unzulässigen grenzüberschreitenden Arbeitskräfteüberlassung nach dem § 22 Abs 1 Z 1 lit c AÜG als auch wegen einer Verwaltungsübertretung nach § 28 Abs 1 Z 1 lit a AuslBG bestraft werden, weil diesbezüglich zwischen den Delikten Idealkonkurrenz besteht.[1235]

Die eingenommenen Strafen nach dem AÜG kommen gemäß § 22 Abs 3 AÜG dem Arbeitsmarktservice zu und die nach der GewO gemäß § 372 Abs 1 GewO der Landeskammer der gewerblichen Wirtschaft.

Darüber hinaus kann ein Verstoß gegen das AÜG die Unzuverlässigkeit bewirken und zur Entziehung der Gewerbeberechtigung durch die Gewerbebehörde führen.[1236]

Die Presse vom 20.02.2013 berichtete über einen aktuellen Fall des Verstoßes gegen gesetzliche Bestimmungen nach dem AÜG, welche nunmehr hinsichtlich der arbeitsrechtlichen Bedingungen von der Bundesagentur für Arbeit in Deutschland aufgeklärt wird.[1237] Es besteht der Verdacht, dass von der österreichischen Firma Trenkwalder an die in Deutschland ansässige Firma Amazone überlassene Zeitarbeiter erstens nicht den Lohn erhalten haben, der mit ihnen vereinbart wurde und zweitens der Lohn unter dem gültigen Tariflohn ausbezahlt wurde.[1238]

Als Konsequenz wurde dem österreichischen Unternehmen Trenkwalder der Entzug der Lizenz für Deutschland drohen.[1239]

[1235] *Schrank,* Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, 34. Auflage, Graz, 2011, S. 34/V; VwGH 18.12.1998, 98/09/0181, ZfVB 2000/546 – Heft 2 = ARD 5217/10/2001; VwGH 17.01.2000, 99/09/0171 – 0173, ZfVB 2001/400 – Heft 2; VwGH 23.02.1994, 93/09/0173, ZfVB 1995/844 – Heft 3/1995 = ARD 4633/9/95.

[1236] *Sacherer*, Art V – GewO 1994 in *Sacherer/Schwarz*, AÜG, Wien, 2006, S. 354 f.

[1237] *Hierländer,* Trenkwalder droht Entzug der Lizenz. Arbeit. Die in Österreich ansässige Zeitarbeitsfirma Trenkwalder könnte in Deutschland ihre Lizenz verlieren. Dort läuft nun eine Sonderprüfung des Unternehmens, Die Presse vom 20.02.2013, S. 15.

[1238] *Hierländer,* Trenkwalder droht Entzug der Lizenz. Arbeit. Die in Österreich ansässige Zeitarbeitsfirma Trenkwalder könnte in Deutschland ihre Lizenz verlieren. Dort läuft nun eine Sonderprüfung des Unternehmens, Die Presse vom 20.02.2013, S. 15.

[1239] *Hierländer,* Trenkwalder droht Entzug der Lizenz. Arbeit. Die in Österreich ansässige Zeitarbeitsfirma Trenkwalder könnte in Deutschland ihre Lizenz verlieren. Dort läuft nun eine Sonderprüfung des Unternehmens, Die Presse vom 20.02.2013, S. 15.

6 Zu den Sanktionen bei Verstößen gegen Normen des Sozialrechts

6.1 Nach dem Allgemeinns Sozialversicherungsgesetzbuch (ASVG)

6.1.1 Die Beitragsnachverrechnung für die letzten fünf Jahre

Im nachstehenden Kapitel werden die Sanktionen dargelegt, welche bei Verstößen gegen die Normen des Sozial(versicherungs)rechts verhängt werden können.

Arbeitgeber, welche ihre Arbeitnehmer nicht gesetzeskonform zu den Sozialversicherungen melden und die entsprechenden Beiträge nicht entrichten, haben mit einer Beitragsvorschreibung der Krankenkasse zu rechnen, welche rückwirkend die Dienstnehmer- und Dienstgeberbeiträge enthält.[1240] Gemäß § 68 Abs 1 ASVG muss bei den Beitragsnachverrechnungen jedoch die Verjährungsfrist von fünf Jahren beachtet werden.

Die sog. **Beitragsnachverrechnung** ergehen anfangs grundsätzlich in Form einer Zahlungsaufforderung und muss die Nachverrechnung den Namen des betroffenen Arbeitnehmers, den Zeitraum der Nachverrechnung und die Höhe der nachzuzahlenden Beiträge enthalten.[1241]

Erst wenn keine Einigung im außergerichtlichen Bereich getroffen werden kann, wird ein rechtsmittelfähiger Bescheid ausgestellt.[1242] Dieser Bescheid kann dann mittels Einspruchs binnen einem Monats bekämpft werden und wird derart eine endgültige Entscheidung der Rechtsmittelbehörde im ordentlichen Rechtswege über die Beitragssache gefällt.[1243]

Mit dem Betrugsbekämpfungsgesetz 2010 (BBKG 2010) [1244], welches vom Nationalrat zur Intensivierung der Bekämpfung von Schwarzarbeit und der mit ihr eng zusammenhängenden Steuerhinterziehung[1245] beschlossen wurde, wird im Falle der Nichtmeldung des Arbeitnehmers durch den Arbeitgeber nach § 33 ASVG und der Nichtabführung der Lohnsteuer durch den Arbeitgeber die Vermutung aufgestellt, dass ein Nettogehalt vereinbart wurde.[1246] Dies hat zur Folge, dass für die Zeit der illegalen Beschäftigung die gesetzlich bestimmten Lohnabgaben und Sozialversicherungsbeiträge vom ausbezahlten Nettoentgelt hochzurechnen sind. [1247]

Die unwiderlegbare Vermutung wird von der Rechtsanwaltskammer kritisiert, weil im Falle, dass kein Nettoarbeitsentgelt vereinbart wurde, ein nicht verwirklichter Tatbestand bestraft wird.[1248]

Meiner Ansicht nach ist der Kritik der Rechtsanwaltkammer beizupflichten, da hier der Arbeitgeber erneut, ohne sich wehren zu können, mit zusätzlichen finanziellen

---

[1240] *Trattner,* Regress bei „Schwarzarbeit". Unfallversicherungsschutz besteht trotz unterlassener Anmeldung, ASoK 2008 – Heft 9, S. 346.

[1241] *Schrank,* Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, 34. Auflage, Graz, 2011, S. 218.

[1242] *Schrank,* Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, 34. Auflage, Graz, 2011, S. 218 f.

[1243] *Schrank,* Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, 34. Auflage, Graz, 2011, S. 218 f.

[1244] Bundesgesetz mit dem das Einkommensteuergesetz 1988, das Körperschaftsteuergesetz 1988, die Bundesabgabenordnung, das Abgabenverwaltungsorganisationsgesetz 2010 und das EU-Polizeikooperationsgesetz geändert werden (Betrugsbekämpfungsgesetz 2010 – BBKG 2010), 875 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des NR XXIV. GP; Steuerrecht aktuell, BBKG 2010, Gesetzesbeschluss des NR samt Erl, ÖStZ 22/2010, Artikel-Nr. 1067, S. 529.

[1245] Steuerrecht aktuell, BBKG 2010, Gesetzesbeschluss des NR samt Erl, ÖStZ 22/2010, Artikel-Nr. 1067, S. 529.

[1246] Steuerrecht aktuell, BBKG 2010, Gesetzesbeschluss des NR samt Erl, ÖStZ 22/2010, Artikel-Nr. 1067, S. 529.

[1247] Steuerrecht aktuell, BBKG 2010, Gesetzesbeschluss des NR samt Erl, ÖStZ 22/2010, Artikel-Nr. 1067, S. 529.

[1248] *Rech*, Stellungnahme der RAK zum BBKG 2010 zu I.) Änderungen des EStG 1988 zu Z1- § 62, Abs 2 EStG.

Nachteilen und Erschwernissen belastet wird und die erwähnte Nettolohnvermutung eine zusätzliche „Sanktionierung“ des Arbeitgebers darstellt.

6.1.2 Zu den Verwaltungsstrafen und Beitragszuschlägen

6.1.2.1 Einleitung

Darüber hinaus sind im Falle des Verstoßes gegen § 33 ASVG Verwaltungsstrafen nach § 111 ASVG und Beitragszuschläge nach § 113 ASVG vorgesehen, welche nachstehend besprochen werden.[1249]

Mit in Kraft treten der Bestimmung des § 33 ASVG per 01.01.2008, welche nunmehr den Arbeitgeber verpflichten, seinen Arbeitnehmer bereits vor Arbeitsbeginn zur Sozialversicherung zu melden, wurden gleichzeitig die Strafbestimmungen bei Verstößen gegen diese melderechtlichen Bestimmungen nach § 111 ASVG verschärft und die Beitragszahlungen nach § 113 ASVG geändert. Zusätzlich wurden die Obergrenzen des Strafrahmens bei Wiederholungstätern angehoben.[1250]

Der Sachverhalt für die Bestrafung wird von der KIAB (nunmehr Finanzpolizei) ermittelt, welche im Falle des Verstoßes gegen Meldepflichten die zuständige Krankenkasse zu verständigen hat, sowie nach § 111 Abs 4 ASVG die Verpflichtung hat, den Verstoß der zuständigen Verwaltungsstrafbehörde anzuzeigen.[1251] Auch kann die Nichtmeldung ein Indiz für den gerichtlichen Straftatbestand des § 153e StGB darstellen.[1252]

6.1.2.2 Die Strafsanktionen nach § 111 ASVG

Der Schutzzweck des § 111 Abs 1 Z 1 i.V.m. § 33 Abs 1 ASVG ist einerseits die Gewährleistung der Pflichtversicherung für die Beschäftigten, andererseits soll durch die - vor Arbeitsantritt vorzunehmende - Meldepflicht nach § 33 ASVG die Bekämpfung der Schwarzarbeit forciert werden.[1253]

Gemäß § 111 Abs 1 ASVG handelt es sich u.a. dann um eine Ordnungswidrigkeit, *„wenn der Arbeitgeber oder ein sonstiger Meldepflichtiger nach § 36 oder ein Bevollmächtigter nach § 35 Abs 3 entgegen dem ASVG Meldungen oder Anzeigen nicht oder falsch oder nicht rechtzeitig erstattet (Z 1) oder Meldungsabschriften nicht oder nicht rechtzeitig weitergibt (Z 2) oder Auskünfte nicht oder falsch erteilt (Z 3) oder Bediensteten der Versicherungsträger die Einsicht in Geschäftsbücher, Belege und sonstige Aufzeichnungen, die für das Versicherungsverhältnis bedeutsam sind, nicht einsehen lässt (Z 4).“*[1254]

[1249] *Schrank,* Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, 34. Auflage, Graz, 2011, S. 220 ff.

[1250] ASoK Nr.6/2007, S. 237, Bundesgesetz, mit dem das Allgemeine Sozialversicherungsgesetz, das Gewerbliche Sozialversicherungsgesetz, das Bauern-Sozialversicherungsgesetz, das Allgemeine Pensionsgesetz und das Bundespflegegeldgesetz geändert werden (Sozialrechts-Änderungsgesetz 2007 - SRÄG 2007) vom 29.06.2007, BGBl. I Nr. 31/2007, In-Kraft-Treten 01.01.2008, Punkt 3: Modifizierung der bei Verstößen gegen melderechtliche Vorschriften anzuwendenden Strafbestimmung und der Beitragszuschlagsregelung.

[1251] *Schrank,* Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, 34. Auflage, Graz, 2011, S. 184/IIa; Organisationshandbuch – KIAB, BMF-280000/0070-IV/2/2008, Punkt 3.4.1; *Houf /Lehner,* KIAB-Kontrollen, Wien, 2008, S. 216.

[1252] *Schrank,* Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, 34. Auflage, Graz, 2011, S. 184/IIa.

[1253] VwGH 27.04.2011, 2010/08/0172, SVSlg 57.782 = ARD 6159/6/2011.

[1254] *Schrank*, Neue Melde- und Sanktionsprobleme nach dem ASVG, ZAS 2008/2, S. 6; Allgemeines Sozialversicherungsgesetz - ASVG - BGBl. Nr. 189/1955 idF BGBl. I Nr. 111/2012.

Beim § 111 ASVG handelt es sich um eine Strafbestimmungen, welche eine schuldhafte Vorwerfbarkeit des Meldepflichtigen voraussetzt.[1255] Nach *Brodil* sollen auch fahrlässige Verstöße gegen die Meldepflichten nach § 111 ASVG sanktioniert werden.[1256]

Der Arbeitgeber hat die Verpflichtung, sich mit den Bestimmungen, welche das Arbeitsverhältnis zu seinem Arbeitnehmer betreffen, bekannt zu machen, wobei die melderechtlichen Vorschriften jedenfalls darunter fallen.[1257] Widrigenfalls ist ihm das Nichtvertraut-machen mit den relevanten Normen zum Vorwurf zu machen und die Verhängung einer Strafe gerechtfertigt.

Darüber hinaus ist der Arbeitgeber verpflichtet, sich - bei Zweifel - über die Vertretbarkeit seiner rechtlichen Auffassung bei der zuständigen Behörde oder einem Rechtsanwalt zu erkundigen.[1258]

In Absatz 2 des § 111 ASVG sind die Sanktionen, welche bei Ordnungswidrigkeit nach § 111 Abs 1 ASVG von der Bezirksverwaltungsbehörde (BVB) zu verhängen sind, normiert.[1259]

Beim ersten Mal besteht die Möglichkeit der Verhängung einer Geldstrafe in einem Strafrahmen von 730 bis zu 2.180 EURO, im Wiederholungsfall, bereits bei der zweiten Bestrafung, kann eine Strafe in der Höhe von 2.180 bis zu 5.000 EURO verhängt werden kann.[1260] Bei Uneinbringlichkeit der Geldstrafe kann subsidiär eine Freiheitsstrafe bis zu zwei Wochen verhängt werden.[1261]

Die BVB hat darüber hinaus die Möglichkeit nach § 111 Abs 2 letzter Satz die Geldstrafe bis auf 365 EURO herabzusetzen, wenn der Täter das erste Mal gegen den Absatz 1 des § 111 ASVG verstoßen hat, sein Verschulden geringfügig ist und die Folgen unbedeutend.[1262] Diese Bestimmung ist insbesondere in Fällen, wo ein geringes Verschulden, z.B. einer fehlerhaften Meldung, dem Arbeitgeber zum Vorwurf gemacht werden kann, sinnvoll.[1263]

Da die unterlassene Erstattung von Meldungen oder Anzeigen sanktioniert weden soll, ist eben dieser Verstoß zu sanktionieren, unabhängig davon wieviele Arbeitnehmer nicht gemeldet wurden. Die Sanktion versteht sich somit – meiner Meinung nach – nicht pro Arbeitnehmer, sondern soll lediglich der Meldeverstoß sanktioniert werden.

Die BVB hat bei der Bemessung der Strafe i.S.d. § 19 Abs 2 VStG die persönliche Vorwerfbarkeit (das Verschulden des Täters) zu prüfen.[1264] Hierbei sind die allgemeinen Kriterien der Strafzumessung zu beachten und insbesondere auch sinngemäß die Erschwerungs- und Milderungsgründe nach §§ 32 bis 35 StGB.[1265]

[1255] *Blume* in *Sonntag* (Hrsg.), ASVG Kommentar, 1. Auflage, Linde Verlag Wien Ges.m.b.H., Wien, 2010, § 111 Rz 1.

[1256] *Brodil*, Sozialbetrug aus dem Blickwinkel des Verwaltungsstrafrechts, DRdA 2008, S. 386; *Marko,* 43. Tagung der Österreichischen Gesellschaft für Arbeitsrecht und Sozialrecht, RdA 2008, S. 290; anderer Ansicht ist *Schrank*: *Schrank*, Neue Melde- und Sanktionsprobleme nach dem ASVG, ZAS 2008/2, S. 7.

[1257] VwGH vom 13.06.1989, 89/08/0042, ZfVB 1990/4/1809 = SVSlg 34.622 = ARD 4104/5/89.

[1258] VwGH vom 17.09.1991, 91/08/0052, SVSlg 36.964; VwGH vom 13. 06. 1989, 85/08/0064, SVSlg 34.384 = ZfVB 1990/1793 ARD 4095/9/89.

[1259] *Brodil*, Sozialbetrug aus dem Blickwinkel des Verwaltungsstrafrechts, DRdA 2008, S. 386.

[1260] *Houf/Lehner,* KIAB-Kontrollen, Wien, 2008, Rz 34 und 264; *Schrank,* Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, 34. Auflage, Graz, 2011, S. 184/IIa und S. 217

[1261] *Schrank*, Neue Melde- und Sanktionsprobleme nach dem ASVG, ZAS 2008/2, S. 7; *Schrank,* Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, 34. Auflage, Graz, 2011, S. 224/I.

[1262] *Brodil*, Sozialbetrug aus dem Blickwinkel des Verwaltungsstrafrechts, DRdA 2008, S. 386.

[1263] *Brodil*, Sozialbetrug aus dem Blickwinkel des Verwaltungsstrafrechts, DRdA 2008, S. 387.

[1264] *Brodil*, Sozialbetrug aus dem Blickwinkel des Verwaltungsstrafrechts, DRdA 2008, S. 386.

[1265] *Schrank*, Neue Melde- und Sanktionsprobleme nach dem ASVG, ZAS 2008/2, S. 9 f.

Keinen Grund für eine Unterschreitung der Mindeststrafe wegen einer Meldepflichtverletzung stellt der Fall dar, wenn die Sozialversicherungsmeldung erst nach einer Kontrolle wegen Schwarzarbeit durchgeführt wird.[1266]

Nach Absatz 4 des § 111 ASVG sind die Prüforgane der Versicherungsträger bzw. die Abgabenbehörden im Betretungsfall verpflichtet, alle Vergehen nach Absatz 1 der BVB anzuzeigen, welche ein Verwaltungsstrafverfahren einzuleiten hat.[1267]

6.1.2.3 Die Beitragszuschläge nach § 113 ASVG

Gemäß § 113 Abs 1 ASVG können den in § 111 Abs 1 genannten Personen (Stellen) zusätzlich auch „*Beitragszuschläge*" vorgeschrieben werden, *„wenn die Anmeldung zur Pflichtversicherung nicht vor Arbeitsantritt erfolgt ist (Z 1) oder die vollständige Anmeldung zur Pflichtversicherung nach § 33 Abs 1a Z 2 nicht oder verspätet erstattet wurde (Z 2) oder der Lohnbezug nicht oder verspätet gemeldet wurde (Z 3) oder ein zu niedriger Lohn gemeldet wurde (Z 4)."*[1268]

Gemäß § 113 Abs 2 ASVG setzt sich der Beitragszuschlag aus zwei Teilbeträgen zusammen, mit denen einerseits die Bearbeitungskosten und andererseits die Kosten für den Prüfeinsatz pauschal abgegolten werden.[1269] Der Teilbetrag für die separate Bearbeitung beträgt 500 EURO pro nicht angemeldeter Person und der Teilbetrag für den Prüfeinsatz 800 EURO.[1270]

Schrank ist der Ansicht, dass der Teilbetrag für den Prüfeinsatz nur je Einsatz verhängt werden kann, unabhängig davon, wie viele Arbeitnehmer der Arbeitgeber gesetzwidrig nicht zu den Sozialversicherungen gemeldet hat.[1271] Wobei, wenn man sich den Gesetzeswortlaut genauer ansieht (*„der Teilbetrag für den Prüfeinsatz beläuft sich auf 800 EURO"*), auch eine gegenteilige Interpretation möglich wäre.

Hierbei sollte es jedoch – meiner Meinung nach – bei der einmaligen Zahlung des Teilbetrages bleiben, da es ansonsten zu unverhältnismäßig hohen Geldbußen kommen könnte und würde, wenn man das Verhältnis zwischen dem Arbeitsaufwand der Behörde und der verhängten Strafe abwägt, der Arbeitger zu hart bestraft werden.

Der Gesetzeswortlaut lässt womöglich aber auch eine andere Deutung zu.

Beim erstmaligen Verstoß oder Verstößen mit unbedeutenden Folgen kann der Teilbetrag für die Bearbeitung gänzlich entfallen und der Teilbetrag für den Prüfeinsatz bis auf 400 EURO herabgesetzt werden oder auch gänzlich entfallen.[1272]

[1266] VwGH 27.04.2011, 2010/08/0172, SVSlg 57.782 = ARD 6159/6/2011.

[1267] *Houf/Lehner,* KIAB-Kontrollen, Wien, 2008, Rz 35; Bundesgesetz, mit dem das Allgemeine Sozialversicherungsgesetz, das Gewerbliche Sozialversicherungsgesetz, das Bauern-Sozialversicherungsgesetz, das Allgemeine Pensionsgesetz und das Bundespflegegeldgesetz geändert werden (Sozialrechts-Änderungsgesetz 2007 - SRÄG 2007) vom 29.06.2007, BGBl. I Nr. 31/2007, In-Kraft-Treten 01.01.2008, ASoK 6/2007, S. 237, Pkt. 3.

[1268] Allgemeines Sozialversicherungsgesetz - ASVG - BGBl. Nr. 189/1955 idF BGBl. I Nr. 111/2012.

[1269] *Brodil*, Sozialbetrug aus dem Blickwinkel des Verwaltungsstrafrechts, DRdA 2008, S. 387.

[1270] *Lehner,* Auswirkungen der Anmeldung vor Arbeitsbeginn auf KIAB-Kontrollen, taxlex 2008, S. 122; *Houf/Lehner,* KIAB-Kontrollen, Wien, 2008, Rz 264; *Schrank,* Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, 34. Auflage, 2011, S. 184/II und S. 221 f.

[1271] *Schrank*, Neue Melde- und Sanktionsprobleme nach dem ASVG, ZAS 2008/2, S. 8.

[1272] *Schrank,* Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, 34. Auflage, Graz, 2011, S. 184/II; Allgemeines Sozialversicherungsgesetz - ASVG - BGBl. Nr. 189/1955 idF BGBl. I Nr. 111/2012; VwGH 07.09.2011, 2008/08/0218, ARD 6189/6/2011 = ASoK 2011, 477 = RdA 2012, 242; *Lehner,* Auswirkungen der Anmeldung vor Arbeitsbeginn auf KIAB-Kontrollen, taxlex 2008, S. 122; VwGH vom 21.12.2011, 2008/08/0201.

Wird der Betrag jedoch auf unter 400 EURO, z.B. 200 EURO herabgesetzt, liegt nach neuester Rechtssprechung des VwGH Rechtswidrigkeit vor, da eine derartige Minderung nicht vom Gesetzeswortlaut gedeckt ist.[1273]

Der Beitragszuschlag i.S.d. § 113 ASVG soll pauschal den Verwaltungsaufwand, welcher durch die Nicht,- oder Falschmeldung bzw. nicht rechtzeitige Meldung durch den Beitragspflichtigen verschuldet wurde und auch den Zinsenentgang auf Grund der verspäteten Entrichtung der Beiträge, abgelten.[1274] Unter dem Verwaltungsaufwand ist nur *der, wegen der Beitragsschuldfeststellung verbundene Mehraufwand* zu verstehen.[1275] Nur solcher Aufwand ist zu berücksichtigen, der nicht entstanden wäre, wenn kein Meldeverstoß begangen worden wäre[1276].

Bei Fehlen eines Verwaltungsmehraufwands ist trotzdessen eine Strafbarkeit nach der Norm des § 111 f ASVG möglich.[1277]

Meines Erachtens ist der Betrag von 800 EURO, unabhängig davon ob der Arbeitgeber eine oder auch zehn oder mehr Personen nicht zu den Sozialversicherungen gemeldet hat gleichheitswidrig, da der Verwaltungsaufwand jedenfalls ein anderer ist. Auch ist das Abdecken des Zinsentganges mit dem Beitragszuschlag nicht nachvollziehbar, insbesondere ist nicht erkennbar welcher Zinssatz bei der Berechnung durch die Behörde herangezogen wird und ist ein derartiger pauschaler Beitragszuschlag, mangels Nachvollziehbarkeit, für was er tatsächlich zu entrichten ist, gleichheitswidrigund verstößt wegen der Ungleichbehandlung der „Täter“ gegen das Gleichheitsprinzip.

Die Vorschreibung des Beitragszuschlags erfolgt in Bescheidform und ist ebenfalls mittels gesonderten Einspruchs neben einer allfälligen Beitragsnachverrechnung, bekämpfbar.[1278]

Der Beitragszuschlag des § 113 ASVG ist keine Verwaltungsstrafe, weswegen kein subjektives Verschulden des Verantwortlichen zu prüfen ist.[1279]

Wie bereits angeschnitten handelt es sich beim Beitragszuschlag um einen pauschalierten Ersatz für den erhöhten Verwaltungsaufwand und den Entgang von Zinsen wegen der Säumnis des zur Beitragszahlung Verpflichteten und daher kann ein Zuschlag nach § 113 ASVG auch bei Nichtvorliegen eines Verschuldens verhängt werden.[1280] Nur die objektiven Umstände des Tatbestandsverstoßes sind relevant, somit

---

[1273] VwGH 07.09.2011, 2008/08/0218, ARD 6189/6/2011 = ASoK 2011, 477 = RdA 2012, 242.

[1274] *Blume* in *Sonntag (Hrsg.)*, ASVG Kommentar, 1. Auflage, Ges.m.b.H., Wien, 2010, § 113 Rz 12 und 24.

[1275] VwGH vom 13.12.1990, 90/09/0141, ZfVB 1992/6 = ARD 4285/8/91 = ZfVB 1992/127; VwGH vom 16.04.1991, 90/08/0103, SVSlg 37.276, ARD 4302/13/91.

[1276] VwGH vom 20.11.2002, 2000/08/0186, SVSlg 47.952 = SVSlg 48.222 = ZfVB 2004/3/760 = ARD 5384/11/2003; VwGH vom 30.09.1994, 91/08/0069, SVSlg 40.035 = ARD 4610/29/94; VwGH vom 19.02.1991, 90/08/0142, ZfVB 1992/2/490 = ZfVB 1992/2/640 = ARD 4296/17/91; VwGH vom 17.03.1988, 87/08/0112, VwSlg 12674 A/1988 = SVSlg 34.626 = ZfVB 1989/2/510 = ARD 3985/3/88 = ÖJZ 1989/134 A (VwGH A); VwGH vom 26.03.1987, 86/08/0223. ZfVB 1988/3/979 = SVSlg 32.452 = SVSlg 32.627 = ARD 3885/1/87.

[1277] VwGH vom 17.03.1988, 87/08/0112, VwSlg 12674 A/1988 = SVSlg 34.626 = ZfVB 1989/2/510 = ARD 3985/3/88 = ÖJZ 1989/134 A (VwGH A).

[1278] *Schrank,* Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, 34. Auflage, Graz, 2011, S. 223 f.

[1279] *Schrank*, Neue Melde- und Sanktionsprobleme nach dem ASVG, ZAS 2008/2, S. 12; VwGH vom 20.11.2002, 2000/08/0186, SVSlg 47.952 = SVSlg 48.222 = ZfVB 2004/3/760 = ARD 5384/11/2003; VwGH vom 20.06.2001, 96/08/0331, SVSlg 48.213 = ARD 5297/17/2002 = LVaktuell 2002 H 1, 20.

[1280] VwGH vom 13.06.1989, 89/08/0042, ZfVB 1990/4/1809 = SVSlg 34.622 = ARD 4104/5/89; VwGH vom 13.09.1985, 83/08/0323, ZfVB 1986/2127 = SVSlg 31.115; VwGH vom 23.05.1985, 83/08/0169, ZfVB 1986/2/676 = SVSlg 28.664 = SVSlg 28.906 = ARD-HB 1986, 381 = ARD 3738/3/85 = SozSi 1986, 416; VwGH vom 18.12.1981, 08/2119/79, SVSlg

muss nur objektiv ein Meldeverstoß vorliegen, wobei die Gründe für den Verstoß irrelevant sind.[1281]

Bei der Berechnung der Höhe des Beitragszuschlages ist jedoch auf die wirtschaftlichen Verhältnisse des Meldepflichtigen, auf die Art des Meldeverstoßes, auf das Ausmaß der Verspätung Bedacht zu nehmen und ob der Beitragspflichtige bis dato seinen Meldepflichten nachgekommen ist, und sind diese Umstände bei der Vorschreibung des Beitragszuschlags entsprechend berücksichtigt werden.[1282] Die Behörden müssen jedoch dann keine Rücksicht auf die wirtschaftliche Lage des Beitragspflichtigen nehmen, wenn der Beitragsschuldner trotz Aufforderung der Offenlegung seiner wirtschaftlichen Lage, dieser Mitwirkungspflicht nicht nachkommt.[1283]

Im Folgenden möchte ich kurz – basierend auf der aktuellen Rechtssprechung – auf die Konkurrenz der Ziffern 1 zur Ziffer 4 und Ziffer 1 zur Ziffer 2 des § 113 Abs 1 ASVG eingehen:

Grundsätzlich können die einzelnen Tatbestände des § 113 ASVG kumuliert werden und auch mehrere Beitragszuschläge nach § 113 ASVG verhängt werden.[1284]

Beitragszuschläge nach § 113 Abs 1 Z 1 ASVG einerseits und solche nach Z 4 andererseits unterscheiden sich sowohl hinsichtlich des Tatbestandes als auch der Rechtsfolge (Höhe des Beitragszuschlages, Ermäßigungsmöglichkeit oder gänzlicher Entfall der Zuschläge).[1285]

Im Fall der ungerechtfertigten Meldung als geringfügig Beschäftigter, trotz Vorliegens einer Vollzeitbeschäftigung, ist der Beitragszuschlag nach § 113 Abs 1 Z 4 ASVG vorzuschreiben, wiederum sind § 113 Abs 1 Z 1 und Abs 2 ASVG auf den Fall anwendbar, wo ein Arbeitnehmer überhaupt nicht zur Sozialversicherung gemeldet wird.[1286]

Die Strafbestimmung des § 113 Abs 1 Z 4 ASVG ist somit die speziellere Norm, welche die Bestrafung nach § 113 Abs 1 Z 1 ASVG verdrängt.[1287]

Die Vorschreibung eines Beitragszuschlages durch die Gebietskrankenkasse nach § 113 Abs 1 Z 2 ASVG wegen einer verspätet erfolgten vollständigen Anmeldung eines Arbeitnehmers zur Pflichtversicherung steht der Vorschreibung eines Beitragszuschlages nach § 113 Abs 1 Z 1 ASVG wegen unterlassener Anmeldung des Arbeitnehmers vor Arbeitsantritt nicht entgegen.[1288]

Die Vorschreibung von Beitragszuschlägen bei Meldeverstößen hinsichtlich der Höhe des Entgeltes (auch das Unterlassen der Meldung eines späteren Anstiegs des

---

27.114 = ARD-HB 1983, 267 = ARD 3409/3/82 = ZfVB 1983/192; *Schrank*, Neue Melde- und Sanktionsprobleme nach dem ASVG, ZAS 2008/2, S. 12.

[1281] VwGH vom 13.12.1990, 90/09/0141, ZfVB 1992/6 = ARD 4285/8/91 = ZfVB 1992/127; VwGH vom 16.04.1991, 90/08/0103, SVSlg 37.276, ARD 4302/13/91; VwGH vom 27.03.1990, 89/08/0050, SVSlg 34.632 = ARD 4196/8/90 = ZfVB 1991/652 = ARD 4196/8/90.

[1282] *Blume* in *Sonntag (Hrsg.)*, ASVG Kommentar, 1. Auflage, Linde Verlag Wien Ges.m.b.H., Wien, 2010, § 113 Rz 18; *Schrank,* Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, 34. Auflage, Graz, 2011, S. 223.

[1283] VwGH vom 05.06.2002, 99/08/0138, SVSlg 48.217 = ARD 5384/14/2003; VwGH vom 17.12.1991, 91/08/0042, ARD 4358/16/92.

[1284] *Schrank*, Neue Melde- und Sanktionsprobleme nach dem ASVG, ZAS 2008/2, S. 12.

[1285] VwGH vom 11.07.2012, Zl. 2009/08/0091.

[1286] VwGH vom 17.10.2012, 2012/08/0143.

[1287] VwGH vom 17.10.2012, 2012/08/0143.

[1288] VwGH 27.04.2011, 2011/08/0073, ARD 6147/8/2011 = ASoK 2011, 279 = RdW 2011, 318 = ZAS-Judikatur 2011/128.

Lohnes über die Geringfügigkeitsgrenze bzw. ursprünglich zu niedrig gemeldetes Entgelt) wird in § 113 Abs 1 Z 3 und 4 i.V.m. Abs 3 ASVG eigens geregelt.[1289]

6.1.2.4 Zu den gesetzlichen Konkurrenzen

Die Verwaltungsstrafe nach § 111 ASVG ist neben einem Beitragszuschlag nach § 113 ASVG zu verhängen.

Nach *Brodil* ist die Möglichkeit der Verhängung einer Verwaltungsstrafe und gleichzeitig eines Beitragszuschlages jedenfalls eine zweckmäßige Konstruktion, um general- und spezialpräventiv den Sozialbetrug zu bekämpfen.[1290]

Schrank sieht wiederum in der Vorschreibung eines Beitragszuschlags neben der Beitragsnachverrechnung und Verwaltungsstrafe einen Verstoß gegen das Doppelbestrafungsverbot.[1291]

Meiner Meinung nach müsste hierbei differenziert werden.

Im Falle, dass der Arbeitgeber erstmals gegen die Meldeverpflichtung verstößt, wäre meiner Meinung nach lediglich eine Nachverrechnung der Beiträge samt einer geringen Strafe eine ausreichende Sanktion, die sowohl aus spezial- als auch generalpräventiven Überlegungen zweckentsprechend wäre.

Eine derartige Vorgangsweise würde nicht dazu führen, dass der Arbeitgeber beim erstmaligen Verstoß bereits finanziell massiv belastet wird. Auch wäre zu überlegen, bereits in diesem ersten Strafbescheid den vollen Umfang an Sanktionen (Beitragszuschlag neben der Beitragsnachverrechnung und Verwaltungsstrafe) im Falle eines wiederholten Verstoßes – dem Arbeitgeber anzudrohen, damit dieser gewarnt ist, dass es beim nächsten Verstoß zu einer umfangreichen Sanktionierung und einer hohen Rückzahlungssumme kommen kann.

Bei jedem weiteren Verstoß ist die Vorschreibung eines Beitragszuschlags neben der Beitragsnachverrechnung und Verwaltungsstrafe meiner Ansicht ein effizientes Mittel, um die Verstöße der Arbeitgeber zum Nachteil der Sozialversicherungen und somit auch der Allgemeinheit zu unterbinden.

Da die einzelnen Normen unterschiedliche Schutzzwecke verfolgen ist hierbei kein Verstoß gegen das Doppelbestrafungsverbot zu erblicken und i.S.d. Schutzes des Budgets der Sozialversicherungen die Vorschreibung der Geldsummen kumulativ auch gerechtfertigt.

Neben der Verwaltungsstrafe nach § 111 ASVG kann ein gerichtlich strafrechtlicher Tatbestand nach §§ 153c-e StGB oder der finanzstrafrechtliche Tatbestand nach § 33 Abs 2 lit b FinStrG *(„wissentliche Hinterziehung von Lohnabgaben")* erfüllt werden oder auch der Verwaltungsstraftatbestand nach § 71 AlVG und dafür eine entsprechende Sanktion verhängt werden.[1292]

6.2 Nach dem Arbeitslosenversicherungsgesetz (AlVG)

[1289] VwGH vom 11.07.2012, Zl. 2009/08/0091.

[1290] *Brodil*, Sozialbetrug aus dem Blickwinkel des Verwaltungsstrafrechts, DRdA 2008, S. 388.

[1291] *Schrank*, Neue Melde- und Sanktionsprobleme nach dem ASVG, ZAS 2008/2, S. 11.

[1292] *Lehner,* Auswirkungen der Anmeldung vor Arbeitsbeginn auf KIAB-Kontrollen, taxlex 2008, S. 122; *Houf/Lehner,* KIAB-Kontrollen, Wien, 2008, Rz 265; *Schrank,* Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, 34. Auflage, Graz, 2011, S. 224 f.

Wenn ein Arbeitsloser, der Empfänger von Arbeitslosengeld oder Notstandshilfe ist, *bei der Ausübung einer Erwerbstätigkeit gemäß § 12 Abs 3 lit a, b oder d (Tätigkeit im Rahmen eines Dienstverhältnisses, eine selbständige Erwerbstätigkeit, eine Tätigkeit im Betrieb des Ehegatten, des eingetragenen Partners, der eingetragenen Partnerin, des Lebensgefährten, der Lebensgefährtin, der Eltern oder des Kindes), die er nicht unverzüglich der zuständigen regionalen Geschäftsstelle angezeigt hat, von einem öffentlichen Organ,* insbesondere einem Organ der Sozialversicherungsträger oder einem Exekutivorgan, *betreten wird,* hat er mit finanziellen Konsequenzen gemäß § 25 Abs 2 AlVG zu rechnen. *Schrank* bezeichnet das Wort „*betreten*" als eine Art „*Erwischen in flagranti*".[1293]

Den Arbeitslosen muss jedenfalls ein Verschulden am Unterlassen der Anzeige an das AMS treffen.[1294]

In diesem Fall hat das AMS für zumindest vier Wochen das Arbeitslosengeld bzw. die Notstandshilfe zurückzufordern und der Arbeitslose muss diesen Betrag zurückzahlen, da die unwiderlegliche Rechtsvermutung vorliegt, dass diese Tätigkeit über der Geringfügigkeitsgrenze entlohnt ist.[1295] Es wird vermutet, dass ein sog. „Pfuschen" vorliegt.[1296]

Die Rechtsvermutung in § 25 Abs 2 AlVG bezieht sich jedoch nur darauf, dass eine Tätigkeit über der Geringfügigkeitsgrenze entlohnt wird, jedoch muss die Behörde trotzdem prüfen, ob überhaupt eine Tätigkeit i.S.d. zitierten gesetzlichen Bestimmung erbracht worden ist.[1297]

Der *„rückwirkende Anspruchsverlust stellt keine Strafsanktion, sondern eine rechtlich unbedenkliche leistungsrechtliche Lösung einer Beweisschwierigkeit, dar"*.[1298]

Die Sanktion gemäß § 25 Abs 2 AlVG ist auch dann zu verhängen, wenn der Arbeitslose nicht schwarz arbeitet, sprich ordnungsgemäß von seinem Arbeitgeber zu den Sozialversicherungen gemeldet wurde, der Arbeitslose es aber unterlassen hat, seine Beschäftigungsaufnahme dem AMS zu melden, denn § 25 Abs 2 erster Satz AlVG betrifft die Unterlassung der rechtzeitigen Meldung einer Beschäftigungsaufnahme des Arbeitslosen gegenüber dem AMS.[1299]

Der Rückforderungsanspruch des AMS entsteht aber erst mit Erlassung des Rückforderungsbescheides.[1300]

Bis zur Novelle des AlVG BGBl. I Nr. 103/2000[1301] sah der Normtext vor, dass der Arbeitslose zusätzlich zur Rückforderung für die Dauer von acht, auf die Beendigung der dem AMS verschwiegenen Tätigkeit folgenden Wochen den Anspruch auf Arbeitslosengeld verliert. Diese Bestimmung wurde vom VfGH als „überschießend" und folglich verfassungswidrig aufgehoben.[1302]

[1293] *Schrank*, Neue Melde- und Sanktionsprobleme nach dem ASVG, ZAS 2008/2, S. 9.

[1294] *Krapf/ Keul,* AlVG, Praxiskommentar, Band 1, 4. Lfg, Rz 540 zu § 25 AlVG.

[1295] VwGH vom 15.09.2010, 2007/08/0300; VwGH vom 16.11.2011, 2008/08/0220; *Krapf/ Keul,* AlVG, Praxiskommentar, Band 1, 4. Lfg, Rz 540 zu § 25 AlVG.

[1296] *Maitz*/*Bliem* auf der Grundlage von *Cortolezis/Egger/Orgler*, Arbeitsrecht, Band 2, Hrsg. WEKA-Verlag, Wien, 2010, Register 5, Teil N/Kapitel 1/S. 3f.

[1297] VwGH vom 28.03.2012, 2010/08/0239, JusGuide 2012/19/2917 (VwGH)

[1298] VfGH 21.06.2000, G 78/99 und G 70/00, VfSlg 15850/2000 = ARD 5150/16/2000 = ZfVB 2001/1905 - Heft 5-6 = ZASB 2000, 46; *Krapf/ Keul,* AlVG, Praxiskommentar, Band 1, 4. Lfg, Rz 541 zu § 25 AlVG.

[1299] VwGH vom 22.02.2012, 2011/08/0150.

[1300] VwGH vom 26.05.2010, 2010/08/0080 (dies ist vor allem im Falle von Insolvenz von Bedeutung).

[1301] 103. Kundmachung: Aufhebung des § 25 Abs 2 dritter Satz des AlVG 1977 durch den Verfassungsgerichtshof.

[1302] VfGH 21.06.2000, G 78/99 und G 70/00, VfSlg 15850/2000 = ARD 5150/16/2000 = ZfVB 2001/1905 - Heft 5-6 = ZASB 2000, 46.

Hat der Arbeitgeber es auch unterlassen, zeitgerecht eine Meldung an den zuständigen Träger der Krankenversicherung vorzunehmen, obwohl er wusste, dass sein Arbeitnehmer beim AMS arbeitslos gemeldet ist, so ist dem Arbeitgeber von der regionalen Geschäftsstelle des AMS ebenfalls ein Sonderbeitrag zur Finanzierung des Verwaltungsaufwandes in der doppelten Höhe des Dienstgeber- und des Dienstnehmeranteiles zur Arbeitslosenversicherung für die Dauer von sechs Wochen aufzuerlegen.[1303] Gemäß § 25 Abs 2 AlVG ist als Bemessungsgrundlage des Sonderbeitrages der jeweilige Kollektivvertragslohn bzw. der Anspruchslohn heran zu ziehen. Ob der Arbeitgeber zeitgerecht seinen Arbeitnehmer meldet, wird durch die Vorschriften des ASVG (§ 33 ASVG) bestimmt und ist eine Anmeldung im Vorhinein erforderlich.[1304]

Auf Grund der expliziten Bestimmung des § 25 Abs 2 letzter Satz AlVG gilt die Vorschreibung als vollstreckbarer Titel und ist im Wege der gerichtlichen Exekution sofort eintreibbar.

Darüber hinaus hat die Abgabenbehörde den Verstoß gegen die Einhaltung der Meldepflichten nach § 50 AlVG bei der BVB anzuzeigen, was Sanktionen nach § 71 AlVG nach sich ziehen kann.[1305] Die Bestrafung ist vom Verschulden des Arbeitgebers bzw Arbeitslosen abhängig und mit einer Strafe von 200 bis 2.000 EURO und im Wiederholungsfall von 400 bis zu 4.000 EURO zu bestrafen.[1306]

Die Strafe wurde durch das Budgetbegleitgesetz 2001, BGBl I 2002/142, mit der Begründung der Verhinderung von Schwarzarbeit verschärft.[1307]

Auch kann der Tatbestand des Betruges nach § 146 StGB vorliegen, wenn durch Täuschung oder auch durch Unterlassen der Aufklärung eines Irrtums über Tatsachen vermögensrechtliche Vorteile vom Täter erlangt werden.[1308] Diesfalls hat die Abgabenbehörde eine Anzeige bei der Staatsanwaltschaft einzubringen.[1309] Die Verwaltungsstrafe nach § 71 AlVG ist jedoch im Verhältnis zur strafrechtlichen Normen des StGB subsidiär.[1310]

6.3 Die „mildere" Bestrafung nach dem Dienstleistungsscheckgesetz (DLSG)

Ausländer dürfen nur dann mittels Dienstleistungsscheck entlohnt werden, wenn sie nach dem AuslBG oder dem NAG berechtigt sind einer Beschäftigung in Österreich nachzugehen,[1311] widrigenfalls der Arbeitgeber gemäß § 10 DLSG zu bestrafen ist.

„Wer als Arbeitgeber ein Arbeitsverhältnis im Sinne des § 1 Abs. 1 mit einem Arbeitnehmer, der nicht gemäß § 1 Abs. 2 arbeitsberechtigt ist, eingeht, begeht eine Verwaltungsübertretung. Bei erstmaliger Übertretung ist der Arbeitgeber von der Bezirksverwaltungsbehörde unter Hinweis auf die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens mit Bescheid zu ermahnen und von einer Strafe abzusehen. Bei jeder weiteren Übertretung ist

---

[1303] *Gerhartl*, Betretung bei „Schwarzarbeit" – Folgen für DN und DG, ASok 6/2007, S. 226; *Gerhartl,* Aktuelle Rechtsprechung zum AlVG, Trends und Tendenzen in der Judikatur, ASoK 2012, 45, S. 52.

[1304] VwGH vom 27.04.2011, 2011/08/0058.

[1305] *Houf/Lehner,* KIAB-Kontrollen, Wien, 2008, Rz 31.

[1306] *Houf/Lehner,* KIAB-Kontrollen, Wien, 2008, Rz 27; *Krapf/ Keul,* AlVG, Praxiskommentar, Band 1, 1. Lfg, Rz 890 zu §71 AlVG.

[1307] *Krapf/ Keul,* AlVG, Praxiskommentar, Band 1, 1. Lfg, Rz 890 zu §71 AlVG.

[1308] *Houf/Lehner,* KIAB-Kontrollen, Wien, 2008, Rz 39.

[1309] *Houf/Lehner,* KIAB-Kontrollen, Wien, 2008, Rz 39.

[1310] *Krapf/ Keul,* AlVG, Praxiskommentar, Band 1, 1. Lfg, Rz 888 zu § 71 AlVG.

[1311] *Bichl/Schmid/Szymanski,* Das neue Recht der Arbeitsmigration, 2. Auflage, NWV, S. 73.

der Arbeitgeber von der Bezirksverwaltungsbehörde mit Geldstrafe bis zu 200 Euro zu bestrafen. § 28 des Ausländerbeschäftigungsgesetzes (AuslBG), BGBl. Nr. 218/1975, ist auf solche Verwaltungsübertretungen nicht anzuwenden."

Nach dem expliziten Wortlaut des § 10 letzter Satz DLSG ist § 28 des AuslBG auf solche Verwaltungsübertretungen nicht anzuwenden.

Dies hat zur Folge, dass der Arbeitgeber bei erstmaliger illegaler Ausländerbeschäftigung straffrei bzw. mit einer bloßen Verwarnung davon- kommen kann und bei jeder weiteren Übertretung lediglich eine Geldstrafe i.H.v. 200 EURO verhängt wird.[1312]

Meiner Meinung nach stellen die niedrigen Strafen nach dem DLSG im Verhältnis zu den viel höheren Strafen nach dem AuslBG im Falle von illegaler Beschäftigung ein krasses Missverhältnis dar. Eine derartige Ungleichbehandlung kann ich mir nur damit erklären, dass private Arbeitgeber nicht allzu hart bestraft werden sollen, wenn sie Personen für einfache haushaltsnahe Dienstleistungen in Privathaushalten beschäftigen. Nichts desto trotz wäre meines Erachtens eine Erhöhung der Strafen, insbesondere aus generalpräventiven Überlegungen, angebracht.

7 Bestrafung von „Gewerbepfusch" nach der GewO

7.1 Einleitung

Die Ausübung eines Gewerbes ohne Besitz der erforderlichen Gewerbeberechtigung und auch die sog. „Beauftragung von Pfuschern" i.S.d. § 367 Z 54 GewO (*„wer sich durch einen anderen eine Tätigkeit besorgen lässt oder einen anderen zu einer Tätigkeit veranlasst, obwohl er wissen musste, dass der andere durch die Ausübung dieser Tätigkeit eine Verwaltungsübertretung nach § 366 Abs 1 Z 1 begeht, oder dies nach seinem Beruf oder seiner Beschäftigung bei Anwendung entsprechender Aufmerksamkeit wissen konnte"[1313] = „Beauftragung von Pfuschern"*) stellt eine Verwaltungsübertretung nach § 366 Abs Z 1 GewO dar, welche mit einer Sanktion von bis zu 3.600 EURO bestraft werden kann.[1314] Der Auftraggeber kann auch wegen sonstiger Beihilfe gemäß § 366 Abs 1 Z 1 GewO iVm § 7 VStG bestraft werden.

Seit 01.03.2005 besteht erstmals die Möglichkeit, die Auftraggeber von Personen, welche eine selbständige Erwerbstätigkeit unbefugt ohne die erforderliche Gewerbeberechtigung ausüben auch außerhalb des Gewerberechtes, nämlich nach § 153e StGB zu bestrafen.[1315]

7.2 Die Sanktion des § 366 Abs 1 Z 1 GewO im Verhältnis zur gerichtlichen Bestrafung nach § 153e StGB

Bei der Beurteilung, ob ein nach der GewO zu bestrafende verwaltungsrechtlichen Tatbestand vorliegt oder doch die gerichtliche Strafbarkeit des § 153e StGB gegeben ist, soll im Lichte des „*Doppelbestrafungsgebotes*" i.S.d. Art 4 Abs 1 ZPMRK[1316] kurz erörtert werden.

[1312] *Schrank,* Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, 34. Auflage, Graz, 2011, S. 599 und 602/I.

[1313] Gewerbeordnung 1994 - GewO 1994, vom 19.03.1994, BGBl. Nr. 194/1994 idF des BGBl I Nr. 85/2012.

[1314] Gewerbeordnung 1994 - GewO 1994, vom 19.03.1994, BGBl. Nr. 194/1994 idF des BGBl I Nr. 85/2012.

[1315] *Filzmoser*, Gewerberechtliche Aspekte des Sozialbetrugsgesetzes, ecolex 2005 - Heft 7, S. 547.

[1316] *Schwaighofer*, Überlegungen zur Reichweite des innerstaatlichen „Doppelbestrafungsverbotes" nach Art 4 Abs 1 7. ZPMRK, ÖJZ 2005, Heft Nr. 5, S. 173 ff.

Liegt ein Straftatbestand nach § 153e StGB vor, dürfte nämlich grundsätzlich auf Grund des "Doppelbestrafungsverbotes" i.S.d. Art 4 Abs 1 7. ZPMRK wegen Verstoßes gegen die GewO weder eine Strafverfolgung eingeleitet werden, noch eine Bestrafung erfolgen.[1317]

Meines Erachtens wird es die Gewerbebehörde vermutlich nicht gleich beurteilen können, ob die für die Erfüllung des Tatbestandes des § 153e StGB erforderliche Gewerbsmäßigkeit bzw. eine größere Zahl von illegalen Beschäftigten i.S.d. §§ 69 ff StGB vorliegt.

Auch ist jeweils nach der GewO, wie auch nach dem StGB ein differenzierter Vorsatztypus beachtenswert. Während es nämlich zur Erfüllung des verwaltungsstrafrechtlichen Tatbestandes nach § 367 Z 54 GewO bereits ausreicht, wenn der Auftraggeber *„nach seinem Beruf oder seiner Beschäftigung, bei Anwendung entsprechender Aufmerksamkeit, wissen konnte“,* dass der Auftragnehmer sein Gewerbe unbefugt ausübt, kann dieses „Wissen können“ keine Strafbarkeit nach dem StGB begründen.[1318]

Oft ist eine genaue Beurteilung der Tatbestandsmerkmale ad hoc schwer zu ziehen, was häufig negative Kompetenzkonflikte nach sich zieht.

Wenn feststeht, dass die gerichtlichen Voraussetzungen, die eine Strafbarkeit nach dem StGB begründen, vorliegen, darf die Gewerbebehörde kein Verwaltungsstrafverfahren einleiten, sondern müssen sie die Gerichte einschalten. Diese Vorgangsweise führt öfters zu negativen Kompetenzkonflikten und erschwert die Verfolgung der Schwarzarbeit und illegalen Beschäftigung.[1319]

Im Ergebnis führt dies zum Resultat, dass die Verwaltungsbehörden lediglich durch das StGB eingeschränkte Kompetenzen wahrnehmen können und nur dann Verwaltungsstrafverfahren einleiten dürfen, wenn im gegenständlichen Fall kein gerichtlicher Straftatbestand berührt wird.[1320]

7.3 Sonstige Nebenstrafen nach der GewO (Ausschluss, Versagung, Entziehung des Gewerbescheins)

Gemäß § 13 GewO besteht darüber hinaus die Möglichkeit eine natürliche Person von der Ausübung eines Gewerbes auszuschließen, wenn sie wegen bestimmter Straftaten gerichtlich verurteilt wurde.[1321] Die Straftatbestände, welche einen Gewerbeausschluss rechtfertigen, sind u.a. nach § 13 Abs 1 Z 1 lit a GewO das betrügerische Vorenthalten von Sozialversicherungsbeiträgen und Zuschlägen nach dem BUAG gemäß § 153d StGB und auch die organisierte Schwarzarbeit des § 153e StGB, wobei bei rechtskräftiger Verurteilung, der den Verlust der Gewerbeberechtigung rechtfertigende Tatbestand automatisch eintritt - unabhängig von der konkret ausgesprochenen Strafe und Strafhöhe.[1322]

[1317] Siehe dazu etwa OGH 27.05.2004, 12 Os 26, 27/04 und 16.12.2003, 14 Os 65/03 sowie *Schwaighofer*, Überlegungen zur Reichweite des innerstaatlichen "Doppelbestrafungsverbots" nach Art 4 Abs 1 7. ZPMRK, ÖJZ 2005, Hefr Nr 5, 173 ff.

[1318] *Filzmoser*, Gewerberechtliche Aspekte des Sozialbetrugsgesetzes, ecolex 2005 – Heft 7, S. 548.

[1319] *Filzmoser*, Gewerberechtliche Aspekte des Sozialbetrugsgesetzes, ecolex 2005 – Heft 7, S. 548.

[1320] *Schwaighofer*, Überlegungen zur Reichweite des innerstaatlichen "Doppelbestrafungsverbots" nach Art 4 Abs 1 7. ZPMRK, ÖJZ 2005, Heft Nr 5, S. 178.

[1321] VwGH vom 25.09.2012, 2012/04/0113.

[1322] *Jesionek/Birklbauer/Rauch,* Nebenfolgen einer gerichtlichen Verurteilung, Rechtslage zum 1. Oktober 2011, RZ 2012, 4, S. 6; VwGH vom 25. 09. 2012, 2012/04/0113.

Neben der Versagung der Aufnahme eines Gewerbes durch die Gewerbebehörde bereits im Vorfeld, hat diese auch die Möglichkeit im Nachhinein den Gewerbeschein zu entziehen.[1323] Einerseits hat die Gewerbebehörde eine derartige Möglichkeit, wenn eine Gewerbeausschlussgrund im Nachhinein aufkommt und andererseits nach der Bestimmung des § 87 Abs 1 Z 3 GewO, wenn der Gewerbeinhaber infolge schwerwiegender Verstöße gegen zu beachtenden Normen und Schutzinteressen, wie z.B. bei illegaler Beschäftigung, die für die Ausübung dieses Gewerbes erforderliche Zuverlässigkeit verliert.[1324]

Weiters ist gemäß § 87 Abs 1 Z 4 GewO die Gewerbeberechtigung von der Behörde zu entziehen, wenn der Gewerbeinhaber wegen Beihilfe zur Begehung einer Verwaltungsübertretung gemäß § 366 Abs 1 Z 1 bestraft worden ist und diesbezüglich ein weiteres vorschriftswidriges Verhalten zu befürchten ist.

Auch in Deutschland existiert eine ähnliche Bestimmung, nämlich der § 35 Abs 1 GewO, welcher normiert, dass *einem Gewerbetreibenden die Ausübung eines Gewerbes ganz oder teilweise zu untersagen ist, wenn Tatsachen vorliegen, welche ihre Unzuverlässigkeit oder die einer mit der Leitung des Gewerbebetriebes beauftragten Person in Bezug auf dieses Gewerbe belegen* (u.a. bei Schwarzarbeit oder illegaler Beschäftigung).

8 Exkurs: Entwurf des SchwarzarbeitsbekämpfungsG 1999 und seine Sanktionen

8.1 Zur gerichtlichen Strafbestimmung nach § 13 und den Verwaltungsstrafen nach § 14 SchwarzarbeitsbekämpfungsG

Nach dem Entwurf zum SchwarzarbeitsbekämpfungsG aus dem Jahre 1999 wurde als Sanktion zwischen einer gerichtliche Strafbestimmung nach § 13 und einer Verwaltungsstrafe nach § 14 unterschieden.

Gerichtliche Strafen im Ausmaß von einem Jahr Freiheitsstrafe oder eine Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen hätten über Personen verhängt werden sollen, die *„illegale Erwerbstätigkeit in unternehmensähnlicher Form organisieren, um sich dadurch eine fortlaufende Einnahmequelle zu verschaffen oder in einer Verbindung einer größeren Zahl von illegal erwerbstätigen Personen führend tätig sind.“*[1325]

§ 13 SchwaBeG sollte lediglich derartige Formen illegaler Beschäftigung, in größerem Umfang, sanktionieren, die sich durch eine gewisse Organisationsdichte, hierarchischen Aufbau und dauerhaftem Zusammenschluss charakterisieren, und den Arbeitsmarkt und den Wettbewerb erheblich gefährden.[1326]

Darüber hinaus sollte nach § 14 SchwaBeG vom Hauptzollamt eine Verwaltungsstrafe über eine Person verhängt werden, die eine sonstige Verwaltungsübertretung

[1323] *Aicher*, Pfusch/Schattenwirtschaft, Pfusch – Überblick über die Rechtsfolgen von Pfusch im Steuerrecht, 11.01.2010, Portal der WKO, http://portal.wko.at/wk/format_detail.wk?AngID=1&StID=453704&DstID=838

[1324] Ausführungen zu §87 Abs 1 Z 3 GewO siehe VwGH vom 14.03.2012, 2012/04/0012; *Aicher*, Pfusch/Schattenwirtschaft, Pfusch – Überblick über die Rechtsfolgen von Pfusch im Steuerrecht, 11.01.2010, Portal der WKO, http://portal.wko.at/wk/format_detail.wk?AngID=1&StID=453704&DstID=838

[1325] *Klein,* Aktuelle Sozialpolitik. Schwarzarbeitsgesetz, DRdA 1998, S. 457.

[1326] 1587 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des NR XX. GP, S. 36.

hinsichtlich der illegalen Erwerbstätigkeit gemäß § 2 Abs 1 begeht, wie z.B. gegen das Werbeverbot nach § 3 verstößt, Kontrollen behindert etc.[1327] Verstöße hinsichtlich illegaler Erwerbstätigkeit gemäß § 2 Abs 2 sollten von der Bezirksverwaltungsbehörde mit Geldstrafe bis zu 30.000 öS, im Wiederholungsfall von 2.000 öS bis zu 60.000 öS bestraft werden.

8.2 Die Nebenstrafen

Als Nebensanktionen waren die Betriebseinstellung bzw. Sperre der Arbeitsstelle nach § 7 SchwaBeG und der Verfall vorgesehen, wobei die Voraussetzungen hierfür sehr streng sein sollten.[1328] Auch die Abschöpfung des wirtschaftlichen Vorteils wurde als mögliche Nebensanktion im § 7 SchwaBeG normiert.[1329]

Sonstigen Sanktionen nach anderen Gesetzesbestimmungen, wie z.B. Nichtzulassung zu öffentlichen Aufträgen, Streichung von Förderungen oder sonstige Nebensanktionen nach dem AuslBG, sollten aufrecht bleiben und daneben verhängt werden können.[1330]

8.3 Die Organstrafverfügung

In § 15 SchwaBeG wurde bei Gesetzesverletzungen geringeren Ausmaßes, bei welchen keine höhere Geldstrafen als bis zu 20.000 öS zu verhängen waren, eine Option der Hauptzollämter zum Erlass von Organstrafverfügungen normiert. Im Falle der Nichtzahlung der Geldstrafe laut Strafverfügung binnen zwei Wochen, wurde daraufhin ein ordentliches Verwaltungsstrafverfahren eingeleitet.[1331] Nach *Mayer* hätte die Möglichkeit der Verhängung einer solchen Strafverfügung wegen des willkürlichen *„indeterminierten Ermessens“* der Organe des Hauptzollamtes aller Voraussicht nach eine Verfassungswidrigkeit zur Konsequenz gehabt.[1332] Nach *Mayer* hat es der Gesetzgeber unterlassen eine genau Abgrenzung zu ziehen, wann eine Strafverfügung zu erlassen und wann ein ordentliches Verfahren einzuleiten ist.

Meines Erachtens ist *Mayer* zu folgen, da die gesetzlichen Bestimmungen zu wenig konkretisiert gewesen sind und hat dadurch eine große Rechtsunsicherheit vorgelegen. Weiters wäre durch die Einräumung der Möglichkeit der Erlassung eines Strafverfügung in zahlreichen Fällen der illegalen Beschäftigung wesentliche Rechte, wie insbesondere das Prinzip der Unschuldsvermutung, konterkariert werden.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass es sicherlich eine gute Lösung gewesen wäre, sämtliche Tatbestände der Schwarzarbeit und Strafen in einem Gesetz komprimiert darzulegen. Eine gerichtliche Verurteilung war auch nur für den Fall zu ver-

---

[1327] 1587 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des NR XX. GP, S. 37.

[1328] *Bachler,* Ausgewählte Fragen der geplanten Bekämpfung illegaler Erwerbstätigkeit, 2. Kapitel in *Mayer (Hrsg.),* Schwarzarbeit, Pfuscht der Gesetzgeber? 1999, S. 27 ff; 1587 der Blg zu den Stenographischen Protokollen des NR XX. GP, S. 28 und 33 f.

[1329] *Klein,* Aktuelle Sozialpolitik. Schwarzarbeitsgesetz, DRdA 1998, S. 457; *Bachler Heinz,* Ausgewählte Fragen der geplanten Bekämpfung illegaler Erwerbstätigkeit, 2. Kapitel in *Mayer (Hrsg.),* Schwarzarbeit, Pfuscht der Gesetzgeber? 1999, S. 29 f.

[1330] 1587 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des NR XX. GP, S. 35.

[1331] *Bachler,* Ausgewählte Fragen der geplanten Bekämpfung illegaler Erwerbstätigkeit, 2. Kapitel in *Mayer (Hrsg.),* Schwarzarbeit, Pfuscht der Gesetzgeber? 1999, S. 31 f; *Klein,* Aktuelle Sozialpolitik. SchwarzarbeitsG, DRdA 1998, S. 457.

[1332] *Mayer,* Das Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz im System der Rechtsordnung, 1. Kapitel in *Mayer (Hrsg.),* Schwarzarbeit, Pfuscht der Gesetzgeber? 1999, S. 10.

hängen, dass es sich um ein gewerbsmäßige illegale Beschäftigung, im Rahmen einer unternehmerähnlichen Organisation, handelt.

B Die Rechtsordnung Deutschlands

1 Nach dem Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit und illegalen Beschäftigung

1.1 Einleitung

Auch in Deutschland wurde die Wichtigkeit der Bekämpfung von Schwarzarbeit und illegaler Beschäftigung erkannt und das Ausmaß dieser illegalen Tätigkeiten sukzessive mittels unterschiedlicher gesetzlicher Normen unterbunden, wobei eine Erweiterung und Verschärfung der gesetzlichen Vorschriften in den letzten Jahren zu verzeichnen ist.[1333]

1.2 Zu den „strengeren" Bußgeldvorschriften nach § 8 Abs 1 SchwarzArbG

In § 8 des Gesetzes zur Bekämpfung der Schwarzarbeit und illegalen Beschäftigung werden verschiedenartige Ordnungswidrigkeiten-Tatbestände zusammengefasst, welche im unmittelbaren Zusammenhang mit den Prüfungsaufgaben der Zollverwaltung stehen.[1334] Abhängig von der Art und der Schwere des Verstoßes sind Bußgeldvorschriften in unterschiedlicher Höhe normiert, wobei durch diese die Ordnungswidrigkeitstatbestände andere Gesetze, wie des AÜG, des AEntG, des SGB IV, nicht tangiert werden.[1335]

Die Bußgeldvorschriften wurden folgendermaßen in die deutsche Rechtsordnung implementiert:

§ 8 Abs 1 SchwarzArbG pönalisiert lediglich die Tatbestände der Z 3, 4 und 5 des § 1 Abs 2 und nicht sämtliche in § 1 Abs 2 genannten Tatbestände, insbesondere nicht die steuerlichen Aspekte.[1336]

Nach § 8 Abs 1 SchwarzArbBG handelt es sich u.a. dann um eine Ordnungswidrigkeit, „*wer*

a) entgegen § 60 Abs 1 Satz 1 Z 1 SGB I[1337] eine Tatsache, die für eine Leistung nach dem SGB erheblich ist, gar nicht, nicht richtig oder nicht vollständig anzeigt oder

b) entgegen § 60 Abs 1 Satz 1 Z 2 SGB I eine Änderung in den Verhältnissen, die für eine Leistung nach dem SGB erheblich ist, gar nicht, nicht richtig, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig mitteilt oder

c) entgegen § 8a des AsylbewerberleistungsG[1338] die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit durch einen leistungsberechtigten Asylwerber binnen dreier Tage nicht, nicht richtig, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig meldet."

Grundsätzlich muss jede Art der Beschäftigung angezeigt werden, somit auch jeder unselbstständige sowie selbstständige Nebenerwerb.[1339] Die Mitteilungspflichten beziehen sich auf alle Sozialleistungen nach den Sozialgesetzbüchern.[1340]

[1333] *Marschall*, Bekämpfung illegaler Beschäftigung, 3. Auflage, München, 2003, Vorwort.

[1334] *Fehn* in *Fehn* (Hrsg.), SchwarzArbG-Hk, 2006, Vorbemerkungen vor § 8,9, Rz 1.

[1335] *Fehn* in *Fehn* (Hrsg.), SchwarzArbG-Hk, 2006, Vorbemerkungen vor § 1, Rz 7.

[1336] *Brenner*, Die Strafrechtliche Bekämpfung von Schwarzarbeit, Berlin, 2008, S. 77.

[1337] SGB I - Allgemeiner Teil - (Art 1 des Gesetzes vom 11.12.1975, BGBl I S. 3015), idF BGBl. I S. 453 vom 24.03.2011.

[1338] Asylbewerberleistungsgesetz vom 30.06.1993 idF der Bekanntmachung vom 05.08.1997 (BGBl. I S. 2022), geändert durch BGBl. I S. 1856 vom 24.09.2008.

Gemäß § 8 Abs 3 werden die obgenannten Fälle des § 8 Abs 1 Z 1 lit a, b und c mit der strengsten Strafe bedroht, nämlich mit einer Geldbuße bis zu 300.000 EURO.

Die Strafe wird i.S.d. § 60 Abs 1 S 1 SGB I über ein Person, welche staatliche Leistungen bezieht und es unterlässt, die Aufnahme einer Dienst- oder Werkleistung der zuständigen Behörde mitzuteilen, verhängt.[1341]

Nur derjenige kann bestraft werden, der gegen seine gesetzlichen Pflichten verstößt, was ein besonderes persönliches Merkmal i.S.d. § 9 Abs 1 OwiG darstellt.[1342]

Dem Leistungsbezieher droht darüber hinaus eine gerichtliche Strafe wegen Betruges gemäß § 263 StGB, wobei er für die Verwirklichung des Tatbestandes vorsätzlich und mit Bereicherungsabsichten handeln muss.[1343]

Der Leistungsbezieher kann nicht behaupten, dass er von seinen gesetzlichen Pflichten nichts gewusst habe, da die Leistungsempfänger stets mit zahlreichen Broschüren, welche ihre Pflichten aufzeigen, ausgestattet werden und insofern eine derartige Schutzbehauptung nach § 17 StGB einen nicht zu beachtenden Motivirrtum darstellt.[1344]

Eine derart harte Bestrafung eines Leistungbeziehers – was die Höhe der Strafe anbelangt – ist im Vergleich zu den Rechtsordnungen Österreichs und Polens sehr hoch angesetzt.

Eine Ordnungswidrigkeit i.S.d. § 8 Abs 1 SchwarzArbG liegt auch dann vor, wenn eine Person

„d) der Verpflichtung zur Anzeige vom Beginn des selbstständigen Betriebes eines stehenden Gewerbes (§ 14 der Gewerbeordnung) nicht nachgekommen ist oder die erforderliche Reisegewerbekarte (§ 55 der Gewerbeordnung) nicht erworben hat oder

e) ein zulassungspflichtiges Handwerk als stehendes Gewerbe selbstständig betreibt, ohne gemäß § 1 Handwerksordnung[1345] in die Handwerksrolle eingetragen zu sein."

Für die Erfüllung des Tatbestandes müssen zwingend in sämtlichen Fällen Dienst- oder Werkleistungen in erheblichem Umfang erbracht werden.[1346]

1.2.1 Zum Begriff des erheblichen Umfangs

Für den Begriff des *„erheblichen Umfangs"* fehlt eine einheitliche Definition und welche Voraussetzungen für die Tatbestandserfüllung notwendig sind.[1347] Meiner Ansicht ist *Fehn* zu folgen, welcher den erheblichen Umfang dann als gegeben ansieht, wenn laufende Einnahmen aus einer Schwarzarbeit lukriert werden.[1348] Bei Dienstleis-

---

[1339] *Ambs*, SchwarzArbG in *Erbs/Kohlhaas/Ambs*, (Hrsg.), Strafrechtliche Nebengesetze, München, 2010, § 1, Rz 8.

[1340] *Fehn* in *Fehn* (Hrsg.), SchwarzArbG-Hk, 2006, § 8, 9, Rz 9.

[1341] *Weber,* Wirtschaftsstrafrecht – Die Bekämpfung der Schwarzarbeit, 2009, S. 20; *Fehn* in *Fehn* (Hrsg.), SchwarzArbG-Hk, 2006, §§ 8,9, Rz 16.

[1342] *Fehn* in *Fehn* (Hrsg.), SchwarzArbG-Hk, 2006, §§ 8,9, Rz 9.

[1343] *Weber,* Wirtschaftsstrafrecht – Die Bekämpfung der Schwarzarbeit, 2009, S. 20.

[1344] *Brenner*, Die Strafrechtliche Bekämpfung von Schwarzarbeit, Berlin, 2008, S. 159.

[1345] Gesetz zur Ordnung des Handwerks (HwO) vom 17.09.1953, BGBl I 1953, 1411, neugefasst durch Bekanntmachung vom 24.09.1998, BGBl. I S, 3074, geändert durch BGBl. I S. 1341 vom 11.07.2011.

[1346] *Marschall*, Bekämpfung illegaler Beschäftigung, 2003, S. 161, Rz 623.

[1347] *Fehn* in *Fehn* (Hrsg.), SchwarzArbG-Hk, 2006, § 1, Rz 21; *Brenner*, Die Strafrechtliche Bekämpfung von Schwarzarbeit, Berlin, 2008, S. 185.

[1348] *Fehn* in *Fehn* (Hrsg.), SchwarzArbG-Hk, 2006, § 8, 9, Rz 10.

tungen ist der Umfang, die Arbeitszeit und die Häufigkeit ein relevantes Indiz und bei Werkleistungen der Wert des ausgeführten Werks.[1349]

Auch in der Rechtsprechung fehlt eine einheitliche Definition des Begriffs des *„erheblichen Umfangs“* und wird vom Einzelfall abhängig kasuistisch entschieden.[1350] Vielfach werden insbesondere die regionalen Besonderheiten und die Art des Gewerbes berücksichtigt.[1351] Verfassungsrechtlich stellt sich die Frage, ob diese Unbestimmtheit des Rechtsbegriffes und uneinheitliche Entscheidungsfindung nicht verfassungswidrig ist. Diese Frage soll in den Raum gestellt werden, aber nicht weiter behandelt werden, um das Ausmaß der Arbeit nicht zu sprengen. Die Lösung wird jedoch in die Richtung der Verneinung einer Verfassungswidrigkeit gehen, denn der Gesetzgeber darf grundsätzlich Generalklauseln aufstellen, die dann von der Judikatur konkretisiert werden sollen.[1352]

In den Fällen des Absatzes 1 Z 1 Buchstabe d und e droht eine Geldbuße bis zu 50.000 EURO, wobei diese nur bei vorsätzlichem Handeln verhängt werden kann.[1353] Hierbei reicht der bedingte Vorsatz aus.[1354] Handelt der Täter fahrlässig, so kommt wiederum eine Bestrafung nach § 145 Abs 1 Z 1 GewO oder § 146 Abs 2 Z 1 GewO in Betracht.[1355]

Die Ordnungswidrigkeit der Nichteintragung in die Handwerksrolle nach § 8 Abs 1 Z 1 lit e geht der Bestimmung des § 8 Abs 1 Z 1 lit d SchwarzArbG, als lex specialis vor.[1356] Der vorsätzliche Verstoß des Betreibens eines stehenden Gewerbes ohne in die Handwerksrolle eigetragen zu sein stellt darüber hinaus eine Ordnungswidrigkeit nach § 117 Abs 1 Z 1 HandwerksO dar.[1357]

1.3 Zu den „milderen“ Bußgeldvorschriften nach § 8 Abs 2 SchwarzArbG

§ 8 Abs 2 sanktioniert insbesondere die Verletzung von Mitwirkungspflichten und *„handelt ordnungswidrig, wer vorsätzlich oder fahrlässig*

1. entgegen § 2a Abs 1 ein dort genanntes Dokument nicht mitführt, nicht oder nicht rechtzeitig vorlegt und

2. entgegen § 2a Abs 2 den schriftlichen Hinweis über die Pflichten des Arbeitnehmers nicht oder nicht für die vorgeschriebene Dauer aufbewahrt oder nicht rechtzeitig vorlegt.“

Vorsätzliche und fahrlässige Zuwiderhandlungen gegen die Ausweismitführungspflicht nach § 8 Abs 2 Z 1 SchwarzArbBG sind mit einer Geldbuße bis zu 5.000 EURO bedroht.

§ 2a Abs 2 SchwarzArbBG normiert: *„Der Arbeitgeber hat jeden und jede seiner Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen nachweislich und schriftlich auf die Pflicht nach Absatz 1* (= Ausweismitführungspflicht) *hinzuweisen, diesen Hinweis für die Dauer der*

[1349] *Marschall*, Bekämpfung illegaler Beschäftigung, 2003, Rz 636 f.

[1350] *Brenner*, Die Strafrechtliche Bekämpfung von Schwarzarbeit, Berlin, 2008, S. 188 ff.

[1351] *Brenner*, Die Strafrechtliche Bekämpfung von Schwarzarbeit, Berlin, 2008, S. 193.

[1352] *Brenner*, Die Strafrechtliche Bekämpfung von Schwarzarbeit, Berlin, 2008, S. 190 f.

[1353] *Fehn* in *Fehn* (Hrsg.), SchwarzArbG-Hk, 2006, §§ 8,9, Rz 16.

[1354] *Brenner*, Die Strafrechtliche Bekämpfung von Schwarzarbeit, Berlin, 2008, S. 77.

[1355] *Wamers* in *Fehn* (Hrsg.), SchwarzArbG-Hk, 2006, § 5, Rz 35; *Weber,* Wirtschaftsstrafrecht – Die Bekämpfung der Schwarzarbeit, 2009, S. 21.

[1356] *Weber,* Wirtschaftsstrafrecht – Die Bekämpfung der Schwarzarbeit, 2009, S. 23.

[1357] *Wamers* in *Fehn* (Hrsg.), SchwarzArbG-Hk, 2006, § 5, Rz 35.

Erbringung der Dienst- oderWerkleistungen aufzubewahren und auf Verlangen bei den Prüfungen nach § 2 Abs 1 vorzulegen."

Die vorsätzliche oder fahrlässige Zuwiderhandlung durch den Arbeitgeber gegen diese Verpflichtung ist mit einer Geldbuße in Höhe von 1.000 EURO zu ahnden.

Weiters handelt derjenige nach § 8 Abs 2 ordnungswidrig, der

„3. entgegen a) § 5 Abs 1 Satz 1 oder 2 oder b) § 5 Abs 2 Satz 1 eine Prüfung oder das Betreten eines Grundstücks oder eines Geschäftsraumes nicht duldet oder bei einer Prüfung nicht mitwirkt,

4. entgegen § 5 Abs 1 Satz 4 ein dort genanntes Dokument (Pass, den Pass- oder Ausweisersatz, Aufenthaltstitel, Aufenthaltsgestattung) nicht oder nicht rechtzeitig vorlegt oder

5. entgegen § 5 Abs 3 Satz 1 Daten nicht, nicht richtig, nicht vollständig, nicht in der vorgeschriebenen Weise oder nicht rechtzeitig übermittelt."

In den Fällen des Absatzes 2 Z 3 Buchstabe a und Z 5 ist eine Geldbuße bis zu 30.000 EURO zu verhängen. In den Fällen des Absatzes 2 Z 1 eine Geldbuße bis zu 5.000 EURO und in den übrigen Fällen, wenn ein ausländischer Arbeitnehmer z.B. seiner Ausweisvorlagepflicht nicht nachkommt, eine Geldbuße bis zu 1.000 EURO.[1358]

Für die Höhe der Geldbuße spielt der Monatsverdienst des zu bestrafenden Verantwortlichen eine relevante Rolle.[1359]

Auf der **subjektiven** Tatseite reicht der Eventualvorsatz aus, wobei dieser dann vorliegt, *„wenn der Täter die Verwirklichung des Tatbestandes für möglich hält und sich damit abfindet, auch wenn sich der Täter die Verwirklichung nicht wünscht."*[1360]

Bei Vorliegen sämtlicher Tatbestände kommt den Strafen nach dem SchwarzArbG im Verhältnis zu sonstigen Ordnungswidrigkeiten wegen der Spezialität des SchwarzArbG Vorrang zu.[1361]

Zu den Mitwirkungspflichten ist jedoch anzumerken, dass keine Bußgeldvorschriften nach § 8 Abs 2 SchwarzArbG verhängt werden dürfen, wenn der Mitwirkende im Rahmen seiner Mitwirkungspflicht dadurch den verfassungsgesetzlichen Grundsatz *„nemo tenetur se ipsum accusare"*, Selbstbelastungsverbot, nicht in Anspruch nehmen könnte und sich mit der Offenbarung einer Straftat selbst belasten müsste.[1362] Die Unschuldsvermutung darf durch die Sanktionsnorm nicht konterkariert werden und die Beweislast, welche bei den Kontrollbehörden liegt, auf den Kontrollierten überwälzt werden.[1363]

Anhand dieser einzelnen sehr zerklaffenden Strafbestimmungen ist erkennbar, wie die Geldbußen fallspezifisch und unterschiedlich zu verhängen sind und wie komplex die Norm des § 8 SchwarzArbG in realita ist.

[1358] *Fehn* in *Fehn* (Hrsg.), SchwarzArbG-Hk, 2006, §§ 8, 9 Rz 16.

[1359] *Leitner*, Baustellenkontrollen in Deutschland, ASoK, 2010, Nr. 4, S. 134.

[1360] *Fehn* in *Fehn* (Hrsg.), SchwarzArbG-Hk, 2006, §§ 8,9, Rz 8.

[1361] *Marschall*, Bekämpfung illegaler Beschäftigung, 2003, S. 169.

[1362] *Spatscheck/Fraedrich*, Schwarzarbeit auf dem Bau, NZBau 11/2007, S. 678, Fn 56.

[1363] Wikipedia, Schwarzarbeit, http://de.wikipedia.org/wiki/Schwarzarbeit.

1.4 Die Sanktionierung des Leistungsmißbrauchs nach § 9 SchwarzArbG

1.4.1 Zum Tatbestand des Leistungsmißbrauchs nach § 9 SchwarzArbG

In § 9 SchwarzArbG wird die Sanktion für das *„Erschleichen von Sozialleistungen im Zusammenhang mit der Erbringung von Dienst- oder Werkleistungen“* normiert. *„Wer eine in § 8 Abs 1 Z 1 Buchstabe a, b oder c bezeichnete Handlung begeht und dadurch bewirkt, dass ihm eine Leistung zu Unrecht gewährt wird, für den ist eine Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder eine Geldstrafe zu verhängen, sofern die Tat nicht wegen Betrugs nach § 263 StGB mit Strafe bedroht ist.“*[1364] Im Verhältnis zu § 263 StGB ist der § 9 SchwarzArbG formell subsidiär und geht auf Grund der Gesetzeskonkurrenz bei Verwirklichung beider Tatbestände dem Betrug des § 263 StGB nach.[1365]

Beim § 9 SchwarzArbG handelt es sich insofern um einen Auffangtatbestand, welcher einige der in § 8 SchwarzArbG genannten Ordnungswidrigkeiten, welche grundsätzlich mit Bußgeldern zu sanktionieren sind, zu Straftaten erhebt. Der Leistungsbezieher muss vorsätzlich gegen seine Mitteilungspflichten verstoßen, bewusst ungerechtfertigt seine Leistungen beziehen und dadurch einen rechtswidrigen Vermögensvorteil erlangen wollen.[1366]

§ 9 SchwarzArbG wurde im Jahre 2004 neu ins Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit eingefügt, um insbesondere Beweisschwierigkeiten hinsichtlich der Irrtumserregung und der Bereicherungsabsicht, welche für den Tatbestand des Betruges notwendig sind, entgegenzuwirken.[1367]

Der Tatbestand des § 9 wird nämlich lediglich durch den vorsätzlichen unrechtmäßigen Bezug von Sozialleistungen durch die Verletzung von bestimmten Pflichten erfüllt und füllt so die Lücke zum Betrug.[1368] Durch die neue Bestimmung wurde die Sanktionierung von Leistungsbetrug wesentlich erleichtert.[1369]

1.4.2 Der Tatbestand des § 9 SchwarzArbG im Verhältnis zum Betrug nach § 263 dtStGB

Der Tatbestand des Betruges nach § 263 StGB ist nur dann einschlägig, wenn der Arbeitnehmer neben dem Bezug von Sozialversicherungsleistungen unselbständig beschäftigt oder selbständig tätig wird und durch das Unterlassen der Mitteilung den Leistungsträger vom weiteren Bestehen der Anspruchsvoraussetzungen täuscht und einen Irrtum beim Getäuschten erweckt, welcher deswegen Vermögensverfügungen in die Wege leitet und dadurch ungerechtfertigt einen Vermögensschaden erleidet.[1370] Beim Unterlassen wird eine besondere Garantenstellung verlangt, wobei sich diese einerseits aus den Pflichten nach § 60 SGB I und andererseits auch auf Grund des bestehenden

---

[1364] *Fehn* in *Fehn* (Hrsg.), SchwarzArbG-Hk, 2006, §§ 8,9, Rz 29; Strafgesetzbuch (StGB) vom 15.05.1871 idF der Bekanntmachung vom 13.11.1998, BGBl. I S. 3322, geändert durch BGBl. I S. 1266 vom 23.06.2011.

[1365] *Brenner*, Die Strafrechtliche Bekämpfung von Schwarzarbeit, Berlin, 2008, S. 199; *Fehn* in *Fehn* (Hrsg.), SchwarzArbG-Hk, 2006, Vorbemerkungen vor § 8,9, Rz 1.

[1366] *Spatscheck/Fraedrich*, Schwarzarbeit auf dem Bau, NZBau 11/2007, S. 678; *Brenner*, Die Strafrechtliche Bekämpfung von Schwarzarbeit, Berlin, 2008, S. 181; *Weber,* Wirtschaftsstrafrecht – Die Bekämpfung der Schwarzarbeit, 2009, S. 20.

[1367] *Fehn* in *Fehn* (Hrsg.), SchwarzArbG-Hk, 2006, Vorbemerkungen vor § 1, Rz 8; *Brenner*, Die Strafrechtliche Bekämpfung von Schwarzarbeit, Berlin, 2008, S. 199.

[1368] *Fehn* in *Fehn* (Hrsg.), SchwarzArbG-Hk, 2006, §§ 8,9, Rz 30.

[1369] Merkblatt Bekämpfung von Schwarzarbeit, Juli 2008, Punkt.6 Weitere Maßnahmen, S. 5, http://www.laehn-stb.de/upload/36547860.pdf.

[1370] *Brenner*, Die Strafrechtliche Bekämpfung von Schwarzarbeit, Berlin, 2008, S. 153 ff.

Vertrauensverhältnisses zwischen dem Leistungsempfänger und dem Leistungsträger.[1371]

Vor in Kraft treten dieser Bestimmung hat man, um eine strafrechtliche Verfolgung in die Wege leiten zu können, dem Täter jedenfalls die Tatbestandselemente des Betruges nach § 263 StGB nachweisen müssen.[1372] Dies bereitet jedoch insbesondere hinsichtlich des Bereicherungsvorsatzes Schwierigkeiten, mit der Folge, dass öfters die Täter straflos blieben.[1373]

1.4.3 Zum Täter des Sozialmissbrauchs

Nur der Leistungsbezieher kann als Täter nach § 9 SchwarzArbG in Frage kommen.[1374] Er muss vorsätzlich handeln, wobei der Eventualvorsatz für die Verwirklichung des Tatbestandes ausreicht.[1375]

Darüber hinaus hat der Arbeitslose das unrechtmäßig bezogene Arbeitslosengeld und sämtliche Unterhaltsbeihilfen gemäß § 50 SGB X bzw. auch im Rahmen der Begünstigungsrücknahme nach § 45 SGB X zurückzuzahlen, was vielfach eine immense Summe ergeben kann.[1376]

Der Arbeitgeber kann ebenfalls wegen Anstiftung oder Beihilfe zur Sozialleistungserschleichung nach § 9 SchwarzArbG bestraft werden.

Der Arbeitgeber kann ebenfalls wegen Anstiftung oder Beihilfe zur Sozialleistungserschleichung nach § 9 SchwarzArbG bzw. wegen Beihilfe zum Betrug oder als Mittäter gemäß § 263 StGB iVm § 27 StGB bestraft werden, wenn er seinem Arbeitnehmer eine falsche (niedrigere) Einkommensbescheinigung ausstellt, damit der Arbeitnehmer weiterhin seine Sozialleistungen beziehen kann.[1377]

Im Verhältnis des § 9 SchwarzArbG zu § 266a StGB ist Tatmehrheit i.S.d. § 53 StGB möglich, die Normen stehen in einem Verhältnis der Realkonkurrenz zueinander.[1378]

Wenn der Arbeitgeber jedoch lediglich gegen die Arbeitsbescheinigungsverpflichtung verstößt, indem er eine falsche oder nicht vollständige Bescheinigung ausstellt, kann über diesen eine Geldbuße nach § 404 Abs 2 Z 20 SGB III verhängt werden.[1379] Derartige Gesetzesumgehungen sind schwer nachzuweisen, da im Rahmen einer Prüfung gemäß § 2 Abs 1 S 1 Z 3 SchwarzArbG die Kontrollorgane auf Grund einer vorhandenen Meldung selten einen Verdacht einer Gesetzesverletzung schöpfen und weiterforschen werden.[1380] Sie müssten ansonsten jede geringfügige Meldung hinterfragen, was ins Uferlose gehen würde.

[1371] *Brenner*, Die Strafrechtliche Bekämpfung von Schwarzarbeit, Berlin, 2008, S. 154 ff.

[1372] *Maaß,* Strafrechtliche Probleme bei der illegalen Beschäftigung von Positivstaatern, insbesondere Angehörige mittel- und osteuropäischer Staaten, Frankfurt am Main, 2004, S. 37.

[1373] Merkblatt Bekämpfung von Schwarzarbeit, Juli 2008, Punkt.6, Weitere Maßnahmen, S. 5, http://www.laehn-stb.de/upload/36547860.pdf.

[1374] *Brenner*, Die Strafrechtliche Bekämpfung von Schwarzarbeit, Berlin, 2008, S. 181.

[1375] *Brenner*, Die Strafrechtliche Bekämpfung von Schwarzarbeit, Berlin, 2008, S. 194; *Fehn* in *Fehn* (Hrsg.), SchwarzArbG-Hk, 2006, §§ 8,9, Rz 31.

[1376] *Brenner*, Die Strafrechtliche Bekämpfung von Schwarzarbeit, Berlin, 2008, S. 69.

[1377] *Boxleitner* in *Wabnitz/Janovsky,* Hb des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 3. Auflage, Kapitel 17, Rz 75.

[1378] *Fehn* in *Fehn* (Hrsg.), SchwarzArbG-Hk, 2006, § 8, 9, Rz 34.

[1379] *Berwanger* in *Fehn* (Hrsg.), SchwarzArbG-Hk, 2006, § 2, Rz 17.

[1380] *Boxleitner* in *Wabnitz/Janovsky,* Hb des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 3. Auflage, Kapitel 17, Rz 43.

1.5 Weitere Sanktionen nach § 21 SchwarzArbG

Als weitere Sanktion normiert § 21 SchwarzArbG einen Ausschluss von öffentlichen Aufträgen bis zu einer Maximaldauer von drei Jahren, wenn gegen die taxativ aufgezählten Normen der illegalen Beschäftigung nach § 8 Abs 1 Z 2, §§ 9-11 SchwarzArbG, § 404 Abs 1 oder Abs 2 Z 3 SGB III bzw. der Arbeitskräfteüberlassung nach §§ 15, 15a, 16 Abs 1 Z 1, 1b oder 2 AÜG oder gegen § 266 a StGB verstoßen wird und eine Freiheitsstrafe von mehr als drei Monaten, eine Geldstrafe von mehr als 90 Tagessätzen oder eine Geldbuße von mindestens 2.500 EURO verhängt wurde.[1381]

Die öffentlichen Auftraggeber sind bei der Vergabe von Bauaufträgen zur Auskunftseinholung, ob die Voraussetzungen für einen Ausschluss vorliegen, verpflichtet, indem sie nach § 150a GewO das Gewerbezentralregister abrufen oder das Unternehmen zur Vorlage einer Unbedenklichkeitsbescheinigung auffordern.[1382] Eine derartige Sanktion soll Unternehmer von illegalen Geschäftspraktiken abhalten, da erfahrungsgemäß Geldbußen nicht ausreichend abschreckend sind.[1383]

Die Ausschlussvorschrift des § 21 SchwarzArbG ist lediglich eine Ermessensvorschrift, gilt nicht zwingend und kann in bestimmten Fällen unangewendet bleiben.[1384] Die Vergabestelle kann nach Abwägung bestimmter Umstände, wie Anzahl der Illegalen, Dauer der illegalen Beschäftigung, Ausmaß der Verzerrung des Wettbewerbs durch die illegale Beschäftigung etc., von der Sanktion des Ausschlusses des Unternehmens von öffentlichen Aufträgen Abstand nehmen.[1385]

Eine erfolgte gerichtliche Verurteilung ist jdoch nicht zwingend notwendig und kann ein Ausschluss auch bereits vor einer Verurteilung ausgesprochen werden, wenn im Einzelfall angesichts der Beweislage kein vernünftiger Zweifel an einer schwerwiegenden Verfehlung im Zusammenhang mit Schwarzarbeit besteht.[1386]

2 Bestrafung von sozialversicherungsrechtlichen Verstößen nach dem deutschen Strafgesetzbuch (StGB)[1387]

Eingangs soll kurz die Strafbemessung nach dem dtStGB erklärt werden. Hinsichtlich der Strafbemessung der Geld- und Freiheitsstrafen in Deutschland sind einge Besonderheiten hervorzuheben. Freiheitsstrafen müssen gemäß § 38 Abs 2 StGB mindestens einen Monat betragen. Geldstrafen werden ebenfalls nach Tagsätzen verhängt, wobei stets i.S.d. § 40 Abs 2 und 3 StGB auf die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse des Täters einzugehen ist.[1388]

Die Zahl der Tagessätze kann gemäß § 40 dtStGB von fünf bis zu 360 betragen, wenn nichts anderes normiert ist, wobei der Mindesttagsatz 1 EURO bis zu maximal

---

[1381] *Boxleitner* in *Wabnitz/Janovsky,* Hb des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 3. Auflage, Kapitel 17, Rz 40; *Marschall*, Bekämpfung illegaler Beschäftigung, 2003, S. 9, Rz 30 und S. 178, Rz 690; *Spatscheck/Fraedrich*, Schwarzarbeit auf dem Bau, NZBau 11/2007, S. 678 f; *Berwanger* in *Fehn* (Hrsg.), SchwarzArbG-Hk, 2006, § 21, Rz 11 f.

[1382] *Berwanger* in *Fehn* (Hrsg.), SchwarzArbG-Hk, 2006, § 21, Rz 19; *Schneider/Badekow,* Ein Herz für Schwarzarbeiter, Berlin, 2006, S. 112; *BMF,* Entwicklung der Bekämpfung der Schwarzarbeit und der illegalen Beschäftigung, Bericht September 2009, Punkt 5.1 (wesentliche gesetzliche Änderungen).

[1383] BT-Dr 14/8221 vom 11.02.2002, 14. Wahlperiode, S. 11 und 19.

[1384] *Marschall*, Bekämpfung illegaler Beschäftigung, 2003, S. 180, Rz 695.

[1385] *Berwanger* in *Fehn* (Hrsg.), SchwarzArbG-Hk, 2006, § 21, Rz 15; BT-Dr 12/7563 12. Wahlperiode, S. 10 ff.

[1386] *Marschall*, Bekämpfung illegaler Beschäftigung, 2003, S. 82, Rz 307.

[1387] Strafgesetzbuch (StGB) vom 15.05.1871 idF der Bekanntmachung vom 13.11.1998, BGBl. I S. 3322, geändert durch BGBl. I S. 1266 vom 23.06.2011.

[1388] *Marschall*, Bekämpfung illegaler Beschäftigung, 2003, S. 54, Rz 202.

5.000 EURO betragen kann. Neben der Verhängung einer Freiheitsstrafe kann auch eine Geldstrafe verhängt werden, wenn sich der Täter durch die Tatbegehung bereichert hat.[1389]

Der § 266a dtStGB normiert das *„Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt".*

„(1) Wer als Arbeitgeber der Einzugsstelle Beiträge des Arbeitnehmers zur Sozialversicherung einschließlich der Arbeitsförderung, unabhängig davon, ob Arbeitsentgelt gezahlt wird, vorenthält, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. (2) Ebenso wird bestraft, wer als Arbeitgeber

1. der für den Einzug der Beiträge zuständigen Stelle über sozialversicherungsrechtlich erhebliche Tatsachen unrichtige oder unvollständige Angaben macht oder

2. die für den Einzug der Beiträge zuständige Stelle pflichtwidrig über sozialversicherungsrechtlich erhebliche Tatsachen in Unkenntnis lässt und dadurch dieser Stelle vom Arbeitgeber zu tragende Beiträge zur Sozialversicherung einschließlich der Arbeitsförderung, unabhängig davon, ob Arbeitsentgelt gezahlt wird, vorenthält."

§ 266a dtStGB ist die wichtigste strafrechtliche Norm bei der Bekämpfung der Schwarzarbeit.[1390]

Die Qualifikation als Arbeitgeber stellt ein spezifisches persönliches Merkmal dar, wobei die in Absatz 5 des § 266a StGB aufgezählten Personen, wie der Auftraggeber eines Heimarbeiters, Hausgewerbetreibenden oder einer Person, die i.S.d. Heimarbeitsgesetzes diesen gleichgestellt ist, sowie der Zwischenmeister, dem Arbeitgeber gleichgestellt werden.[1391] Beim § 266a StGB handelt es sich insofern um ein echtes Sonderdelikt, da ein tauglicher Täter lediglich der Arbeitgeber oder eine ihm gleichgestellte Person sein kann.[1392]

§ 266a Abs 4 StGB sieht eine Strafrahmenerhöhung (Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren) bei „besonders schweren Fällen". Diese Tatbestände werden als Regelbeispiele demonstrativ in Absatz 4 aufgezählt und da die Aufzählung nicht taxativ ist, kann ein Verhaltens auch nach diesem qualifizierten Tatbestand bestraft werden, wenn nach Würdigung sämtlicher Umstände der Unrechtsgehalt der Tat gleich schwer wiegt, wie eines der Beispiele in Absatz 4.[1393]

Beispiele für „besonders schwere Fälle" sind, *„wenn der Arbeitgeber z.B. aus grobem Eigennutz in großem Ausmaß Beiträge vorenthält (S 2 Z 1) und dadurch insbesondere allgemeinschädigend handelt bzw. um die Tat zu begehen nachgemachte oder verfälschte Belege, welche wichtige sozialrechtliche Tatsachen belegen, zur fortgesetzten Begehung verwendet (S 2 Z 2) oder wenn der Täter bei der Strafhandlung von einem Amtsträger unterstützt wird, der seine Position missbraucht (S 2 Z 3)."*[1394] Die Freiheitsstrafe kann auch neben der Geldstrafe verhängt werden, wenn sich der Täter bereichert hat und die persönlichen und wirtschaftlichen Interessen des Täters dies zulassen.[1395]

[1389] *Marschall*, Bekämpfung illegaler Beschäftigung, 2003, S. 54, Rz 202.

[1390] *Brenner*, Die Strafrechtliche Bekämpfung von Schwarzarbeit, Berlin, 2008, S. 99.

[1391] *Brenner*, Die Strafrechtliche Bekämpfung von Schwarzarbeit, Berlin, 2008, S. 99.

[1392] *Radtke* in *Joecks/Miebach* (Hrsg.), Münchner Kommentar zum StGB, Band 5, Rz 7 f zu § 266 a StGB.

[1393] *Brenner*, Die Strafrechtliche Bekämpfung von Schwarzarbeit, Berlin, 2008, S. 146.

[1394] *Weber,* Wirtschaftsstrafrecht – Die Bekämpfung der Schwarzarbeit, 2009, S. 15; genaue Erläuterungen zu den besonders schweren Fällen in *Brenner*, Die Strafrechtliche Bekämpfung von Schwarzarbeit, Berlin, 2008, S. 146-151.

[1395] *Marschall*, Bekämpfung illegaler Beschäftigung, 2003, S. 144, Rz 556.

Auch kann der selbständig tätige Schwarzarbeiter wegen Betruges nach § 266a StGB bestraft werden, wenn er den Auftraggeber über seine legalen Ausführungsberechtigungen, mit Bereicherungsvorsatz täuscht und trotzdessen den im offiziellen Sektor marktüblichen Preis verlangt.[1396] Der durch die Täuschung durch den Auftragnehmer verursachte Irrtum muss kausal für eine Vermögensverfügung des Auftraggebers sein.[1397]

Durch § 266a StGB als betrugsähnliches Sonderdelikt erübrigt sich jedoch ein Rückgriff auf den klassischen Betrug des § 263 StGB.[1398]

3 Zu den Sanktionen wegen illegaler Beschäftigung von Ausländern

3.1 Nach dem Sozialgesetzbuch (SGB) III[1399]

3.1.1 Zur Bestrafung des Arbeitgebers, insbesondere nach § 404 Abs 2 Z 3 SGB III

Mit dem Gesetz zur Erleichterung der Bekämpfung von illegaler Beschäftigung und Schwarzarbeit[1400] aus dem Jahre 2002 wurden das Bußgeld und die Strafvorschriften für illegale Ausländerbeschäftigung verdoppelt.[1401]

In § 404 des SGB III sind Bußgeldvorschriften für mehr als zwanzig unterschiedliche Ordnungswidrigkeiten normiert.

Grundsätzlich besteht nach den Bestimmungen der §§ 284 ff SGB III nur dann die Möglichkeit der unselbständigen Beschäftigung eines Ausländers, wenn dieser eine Arbeitsgenehmigung besitzt.[1402] Die Geldbuße kann nur dann verhängt werden, wenn der Ausländer beschäftigt wird, die Arbeitsleistung tatsächlich leistet und nicht bloß mit Abschluss eines Arbeitsvertrages mit dem illegalen Ausländer.[1403]

Die gesetzwidrige Beschäftigung oder Beauftragung eines Ausländers mit entgeltlichen Dienst- oder Werkleistungen entgegen § 284 Abs 1 SGB III, stellt eine Ordnungswidrigkeit nach § 404 Abs 2 Z 3 SGB III dar und ist gemäß § 404 Abs 3 SGB III mit einer Geldstrafe bis zu 500.000 EURO zu bestrafen.[1404]

Eine illegale Beschäftigung liegt auch dann vor, wenn sämtliche Voraussetzungen für die Erteilung einer Arbeitserlaubnis erfüllt sind, eine solche aber noch nicht von der Bundesagentur für Arbeit erteilt wurde.[1405] Eine strafbare Tat kann nämlich nicht rückwirkend legalisiert werden, auch wenn der Arbeitnehmer später auch tatsächlich die Arbeitserlaubnis wirklich erteilt bekommt.[1406]

[1396] *Brenner*, Die Strafrechtliche Bekämpfung von Schwarzarbeit, Berlin, 2008, S. 161 ff.

[1397] *Kindhäuser* in *Kindhäuser* (Hrsg.), Nomos Kommentar zum StGB, 2. Auflage, 2006, Rz 225 zu § 266a StGB.

[1398] *Tag* in *Kindhäuser* (Hrsg.), Nomos Kommentar zum StGB, 2. Auflage, 2006, Rz 14 zu § 266a StGB.

[1399] SGB III - Arbeitsförderung - Gesetz vom 24.03.1997, BGBl. I S. 594, geändert durch BGBl. I S. 1202 vom 22.06.2011.

[1400] Gesetz zur Erleichterung der Bekämpfung von illegaler Beschäftigung und Schwarzarbeit vom 23.07.2002 - dtBGBl I, 52, 2787.

[1401] *Schneider/Badekow,* Ein Herz für Schwarzarbeiter, Berlin, 2006, S. 112; *Marschall*, Bekämpfung illegaler Beschäftigung, 2003, S. 9, Rz 30.

[1402] *Ambs*, SchwarzArbG in *Erbs/Kohlhaas/Ambs* (Hrsg), Strafrechtliche Nebengesetze, München, 2010, § 10, Rz 4a.

[1403] *Eustrup*, Kommentar zum § 404, Rz 21, S. 2538 im Nomos Kommentar, SGB III, Arbeitsförderung, Praxiskommentar, *Wissing/Mutschler/Bartz/ Schmidt-De Caluwe* (Hrsg.), 2. Auflage, 2004, Baden-Baden.

[1404] *Leitner*, Baustellenkontrollen in Deutschland, ASoK, 2010, Nr. 4, S. 134; *Marschall*, Bekämpfung illegaler Beschäftigung, 2003, S. 184, Rz 707 und S. 217, Rz 845.

[1405] *Ambs*, SchwarzArbG in *Erbs/Kohlhaas/Ambs*, (Hrsg.), Strafrechtliche Nebengesetze, München, 2010, § 10, Rz 6.

[1406] *Ambs*, SchwarzArbG in *Erbs/Kohlhaas/Ambs*, (Hrsg.), Strafrechtliche Nebengesetze, München, 2010, § 10, Rz 6.

Die Ordnungswidrigkeit kann vorsätzlich aber auch fahrlässig begangen werden. Fahrlässigkeit liegt dann vor, wenn der Arbeitgeber einen ausländischen Arbeitnehmer beschäftigt, ohne sich über dessen Arbeitsgenehmigung erkundet zu haben.[1407]

Bei Fahrlässigkeit des Arbeitgebers ist die Bestimmung des § 17 Abs 2 OWiG zu beachten, welche vorsieht, dass fahrlässiges Handeln nur mit der Hälfte des angedrohten Höchstbetrages der Geldbuße geahndet werden darf, und somit in diesem Fall als höchste Strafe die Hälfte, somit 250.000 EURO, verhängt werden darf.[1408]

Darüber hinaus kann gemäß § 404 Abs 2 Z 5 SGB III im Falle von falschen Auskünften gegenüber der Bundesagentur für Arbeit hinsichtlich der beschäftigten ausländischen Arbeitnehmer über die Arbeitszeiten, die Arbeitsbedingungen und das Entgelt über den Verantwortlichen eine Geldbuße i.H.v. 30.000 EURO verhängt werden. Auch stellt die Beschäftigung eines Ausländers ohne Aufenthaltstitel durch den Arbeitgeber nach §§ 95 Abs 1 Z 2 AufenthG i.V.m. 26, 27 StGB eine Beihilfehandlung zum illegalen Aufenthalt des Ausländers dar.[1409]

Gemäß § 404 Abs 3 SGB III besteht bei der **mittelbaren illegalen Ausländerbeschäftigung** i.S.d. § 404 Abs 1 SGB III die Möglichkeit der Verhängung einer Geldbuße bis zu 500.000 EURO.

„(1) Ordnungswidrig handelt, wer als Unternehmerin oder Unternehmer Dienst- oder Werkleistungen in erheblichem Umfang ausführen lässt, indem sie oder er eine andere Unternehmerin oder einen anderen Unternehmer beauftragt, von dem sie oder er weiß oder fahrlässig nicht weiß, dass diese oder dieser zur Erfüllung dieses Auftrags

1.entgegen § 284 Absatz 1 oder § 4 Absatz 3 Satz 2 des Aufenthaltsgesetzes eine Ausländerin oder einen Ausländer beschäftigt oder

2.eine Nachunternehmerin oder einen Nachunternehmer einsetzt oder es zulässt, dass eine Nachunternehmerin oder ein Nachunternehmer tätig wird, die oder der entgegen § 284 Absatz 1 oder § 4 Absatz 3 Satz 2 des Aufenthaltsgesetzes eine Ausländerin oder einen Ausländer beschäftigt.“

3.1.2 Zur Bestrafung des Ausländers wegen seiner illegalen Beschäftigung

Über den ausländischen Arbeitnehmer, der entgegen § 284 Abs 1 oder § 4 Abs 3 Satz 1 des AufenthaltsG eine Beschäftigung ausübt, kann gemäß § 404 Abs 2 Z 4 SGB III eine Geldstrafe bis zu 5.000 EURO verhängt werden.[1410]

Darüber hinaus ist über den Ausländer nach § 11 Abs 1 Nr 2 b) SchwarzArbG im Falle wiederholter Ausübung einer Beschäftigung ohne einen hierzu berechtigenden Aufenthaltstitel oder eine hierzu berechtigende Aufenthaltsgestattung oder Arbeitsgenehmigung-EU zu besitzen, eine Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr bzw. eine Geldstrafe verhängt werden.

Weiters kann über den illegal arbeitenden Arbeitnehmer - wegen des Verstoßes gegen das Ausländerrecht hinsichtlich seines Aufenthaltes - unter bestimmten Voraussetzungen nach § 95 Abs 1 Z 2 und 1a AufenthG auch eine Freiheitstrafe bis zu einem

[1407] *Marschall*, Die Bekämpfung illegaler Beschäftigung, 2003, S. 82, Rz 305 f.

[1408] *Marschall*, Die Bekämpfung illegaler Beschäftigung, 2003, S. 82, Rz 306.

[1409] *Kammann*, Illegale Beschäftigung von Ausländern, 2002, S. 13; *Weber,* Wirtschaftsstrafrecht – Die Bekämpfung der Schwarzarbeit, 2009, S. 25.

[1410] *Weber*, Illegale Beschäftigung – Aussagen über das Hellfeld in *Lamnek/Luedtke* (Hrsg.), Der Sozialstaat zwischen "Markt" und "Hedonismus"?, Band 1, 1999, S. 338; *Marschall*, Bekämpfung illegaler Beschäftigung, 2003, S. 216, Rz 843.

Jahr verhängt werden. Darüber hinaus besteht für den Ausländer im Falle der Entdeckung die Gefahr der Abschiebung.[1411]

Für die Kosten der Abschiebung haftet gemäß § 66 Abs 4 S 1 AufenthG der Arbeitgeber, der den Ausländer, dem die Ausübung einer Erwerbstätigkeit nicht erlaubt war, beschäftigt hat.

3.2 Zu den Straftatbestände der illegalen Ausländerbeschäftigung nach §§ 10 und 11 SchwarzArbG

3.2.1 Einleitung

§§ 10 und 11 SchwarzArbG enthalten keine Ordnungswidrigkeiten, sondern Straftatbestände wegen illegaler Beschäftigung von Ausländern und erweitern die Ordnugswidrigkeiten des § 404 Abs 2 SGB III.[1412]

3.2.2 Sanktionen nach § 10 SchwarzArbG wegen der Beschäftigung von Ausländern ohne arbeitsmarktrechtliche Genehmigung oder ohne Aufenthaltstitel und zu ungünstigen Arbeitsbedingungen

§ 10 regelt die Sanktionen, welche bei *„Beschäftigung von Ausländern ohne arbeitsmarktrechtliche Genehmigung oder ohne Aufenthaltstitel und zu ungünstigen Arbeitsbedingungen“*, dem Arbeitgeber drohen. Für die Erfüllung des Tatbestandes müssen die Arbeitsbedingungen in einem auffälligen Missverhältnis zu den Arbeitsbedingungen deutscher Dienstnehmer stehen.[1413]

3.2.2.1 Das auffällige Missverhältnis

Über den Arbeitgeber ist dann nach § 10 SchwarzArbG eine Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit eine Geldstrafe zu verhängen.

„1) Wer vorsätzlich eine in § 404 Abs. 2 Nr. 3 des Dritten Buches Sozialgesetzbuch bezeichnete Handlung begeht und den Ausländer zu Arbeitsbedingungen beschäftigt, die in einem auffälligen Missverhältnis zu den Arbeitsbedingungen (Entgelt, Sachbezüge, Urlaub etc.)[1414] *deutscher Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen stehen, die die gleiche oder eine vergleichbare Tätigkeit ausüben, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.“*

Nach *Erbs* und *Fehn* kann das Missverhältnis bei bereits einer Arbeitsbedingung die Strafbarkeit nach § 10 SchwarzArbG begründen.[1415] *Brenner* ist der Ansicht, dass dies dem Wortlaut der Gesetzesnorm entgegenstünde und die Strafbarkeit nur bei Missverhältnissen bei mehreren Arbeitsbedingungen gegeben ist.[1416] Die Arbeitsbedingungen der Ausländer müssen auffällig schlechter sein als die vergleichbarer deutscher

---

[1411] *Marschall*, Bekämpfung illegaler Beschäftigung, 2003, S. 216, Rz 842 und S. 216, Rz 842.

[1412] *Fehn* in *Fehn* (Hrsg.), SchwarzArbG-Hk, 2006, Vorbemerkungen vor § 1, Rz 9; *Brenner*, Die Strafrechtliche Bekämpfung von Schwarzarbeit, Berlin, 2008, S. 77 und 200; *Berwanger* in *Fehn* (Hrsg.), SchwarzArbG-Hk, 2006, § 2, Rz 19.

[1413] *Spatscheck/Fraedrich*, Schwarzarbeit auf dem Bau, NZBau 11/2007, S. 678.

[1414] *Weber,* Wirtschaftsstrafrecht – Die Bekämpfung der Schwarzarbeit, 2009, S. 25 f; *Brenner*, Die Strafrechtliche Bekämpfung von Schwarzarbeit, Berlin, 2008, S. 204 ff.

[1415] *Ambs*, SchwarzArbG in *Erbs/Kohlhaas/Ambs*, (Hrsg.), Strafrechtliche Nebengesetze, München, 2010, § 10, Rz 8; *Fehn* in *Fehn* (Hrsg.), SchwarzArbG-Hk, 2006, §§ 10,11, Rz 4.

[1416] *Brenner*, Die Strafrechtliche Bekämpfung von Schwarzarbeit, Berlin, 2008, S. 206.

Dienstnehmer oder die Arbeit muss unzumutbar und in einem krassen Missverhältnis stehen.[1417]

Meines Erachtens ist der Ansicht von Brenner zu folgen und sollte auch für die Begründung der Strafbarkeit ein auffälliges Missverhältnis bei lediglich einer Arbeitsbedingung ausreichen.

Man spricht dann von einem Missverhältnis, wenn im Rahmen einer Gesamtbeurteilung evidente Verletzungen von arbeitsrechtlichen Normen vorliegen bzw. die Sozialversicherungsbeiträge für die ausländischen Arbeitnehmer nicht abgeführt werden und sich der Arbeitgeber durch die Beschäftigung der Ausländer erheblich bereichert.[1418] Ein tatbestandbegründendes Missverhältnis ist dann gegeben, wenn der Ausländer z.B. zum gleichen Lohn, wie die deutschen Arbeitnehmer, aber dafür mangels Urlaub etc. mehr arbeiten muss und wird bei einer Abweichung von mehr als 20 % ein *„auffälliges Missverhältnis“* angenommen.[1419]

3.2.2.2 Die Qualifikation nach § 10 Abs 2 SchwarzArbG bei besonders schweren Verstößen

Absatz 2 sieht darüber hinaus eine Qualifikation vor. Bei besonders schweren Fällen ist eine Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren zu verhängen.

(2) In besonders schweren Fällen des Absatzes 1 ist die Strafe Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren. Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn der Täter gewerbsmäßig oder aus grobem Eigennutz handelt.“

Die Aufzählung im Gesetz, was unter einem besonders schweren Fall zu verstehen ist, ist demonstrativ. Der Täter muss z.B. gewerbsmäßig, wiederholt handeln und sich dadurch eine dauerhafte Einnahmequelle schaffen oder zum eigenen Vorteil im erheblichen Ausmaß.[1420] Gewerbsmäßigkeit kann auch bereits bei der ersten Tat vorliegen, wenn der Täter mit Wiederholungsabsichten handelt.[1421] Was wiederum dem Täter nachgewiesen werden muss.

Auch liegt der qualifizierte Tatbestand dann vor, wenn der Täter skrupellos handelt und nur die Gewinnerzielung vor Augen hat, wobei das Streben nach Gewinn massiv ausgeprägt sein muss.[1422] Die obgenannte Beispiele der Qualifikation des Absatzes 2 sind lediglich Regelbeispiele.[1423] Die Aufzählung gilt nicht abschließend und auch ein ähnlich intensiv verwirklichtes Unrecht, wie gesundheitsgefährdende Arbeitsbedingungen oder erniedrigende bzw. menschenunwürdige Behandlung, kann die Strafbarkeit nach § 10 Abs 2 SchwarzArbG begründen.[1424]

[1417] *Boxleitner* in *Wabnitz/Janovsky,* Hb des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 3. Auflage, Kapitel 17, Rz 32; *Brenner*, Die Strafrechtliche Bekämpfung von Schwarzarbeit, Berlin, 2008, S. 204, 206.

[1418] OLG Frankfurt/Main vom 25.02.2005, 1 Ss 9/04, NJW 2005, 2026 = NStZ-RR 2005, 184, S. 185; *Mosbacher* in *Achenbach/Ransiek* (Hrsg.),Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 2004, XII 4, Rz 34; *Ambs*, SchwarzArbG in *Erbs/Kohlhaas/Ambs*, (Hrsg.), Strafrechtliche Nebengesetze, München, 2010, § 10, Rz 10.

[1419] *Mosbacher* in *Achenbach/Ransiek* (Hrsg.), Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 2004, XII 4, Rz 34 f.

[1420] *Stree/Sternberg-Lieben* in *Schönke/Schröder*, Kommentar zum Strafgesetzbuch, Vorbemerkungen zu § 52, Rz 95; *Fehn* in *Fehn* (Hrsg.), SchwarzArbG-Hk, 2006, §§ 10,11, Rz 6 f.

[1421] *Stree/Sternberg-Lieben* in *Schönke/Schröder*, Kommentar zum Strafgesetzbuch, Vorbemerkungen zu § 52, Rz 95; *Fehn* in *Fehn* (Hrsg.), SchwarzArbG-Hk, 2006, §§ 10,11, Rz 6 f.

[1422] *Mosbacher* in *Achenbach/Ransiek* (Hrsg.),Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 2004, XII 4, Rz 39.

[1423] *Fehn* in *Fehn* (Hrsg.), SchwarzArbG-Hk, 2006, §§ 10,11, Rz 7.

[1424] *Brenner*, Die Strafrechtliche Bekämpfung von Schwarzarbeit, Berlin, 2008, S. 209.

Mit derart massiven Sanktionen will der Gesetzgeber die Ausbeutung der sich öfters in einer Notlage befindenden Ausländer, welche vielfach illegal arbeiten müssen, um ihre Existenz und die ihrer Familien zu sichern und zu schützen.[1425]

Die Sanktionen sollen bezwecken, dass ausländische Arbeitnehmer nicht im Rahmen des Arbeitsverhältnisses ausgebeutet werden.[1426] Ausbeuten ist eine Qualifikation des Ausnutzens.[1427] Täter kann insbesondere der Arbeitgeber, aber auch der Geschäftsführer oder ein Vorstandsmitglied einer juristischen Person sein.[1428] Der Täter muss hinsichtlich sämtlicher Tatbestandsmerkmale vorsätzlich handeln.

3.2.3 Sanktionen nach § 10a SchwarzArbG wegen der Beschäftigung von Ausländern ohne Aufenthaltstitel, die Opfer von Menschenhandel sind

Mit der Novelle des Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz vom 21.07.2012 (BGBl. I S. 1566) wurde ein neuer Paragraph, nämlich § 10a SchwarzArbG eingefügt, welcher die „Beschäftigung von Ausländern ohne Aufenthaltstitel, die Opfer von Menschenhandel sind", pönalisiert. *„Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder eine Geldstrafe wird bestraft, wer entgegen § 4 Abs 3 Satz 2 des Aufenthaltsgesetzes einen Ausländer beschäftigt und hierbei eine Lage ausnutzt, in der sich der Ausländer, durch eine gegen ihn gerichtete Tat eines Dritten nach § 232 („Menschenhandel zum Zweck der sexuellen Ausbeutung") oder § 233 („Menschenhandel zum Zweck der Ausbeutung der Arbeitskraft") des Strafgesetzbuchs befindet."*

3.2.4 Sanktionen nach § 11 SchwarzArbG wegen illegaler Beschäftigung von Ausländern im größeren Umfang

§ 11 SchwarzArbG sanktioniert die *„Erwerbstätigkeit von Ausländern ohne Genehmigung oder ohne Aufenthaltstitel in größerem Umfang oder von minderjährigen Ausländern"*

„(1) Wer

1. gleichzeitig mehr als fünf Ausländer entgegen § 284 Abs. 1 des Dritten Buches Sozialgesetzbuch beschäftigt oder entgegen § 4 Abs. 3 Satz 2 des Aufenthaltsgesetzes beschäftigt oder mit Dienst- oder Werkleistungenbeauftragt,

2. eine in a) § 404 Abs. 2 Nr. 3 des Dritten Buches Sozialgesetzbuch, b) § 404 Abs. 2 Nr. 4 des Dritten Buches Sozialgesetzbuch, c) § 98 Abs. 2a des Aufenthaltsgesetzes oder d) § 98 Abs. 3 Nr. 1 des Aufenthaltsgesetzes bezeichnete vorsätzliche Handlung beharrlich wiederholt oder

3. entgegen § 4 Absatz 3 Satz 2 des Aufenthaltsgesetzes eine Person unter 18 Jahren beschäftigt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Handelt der Täter in den Fällen des Absatzes 1 Nummer 1, Nummer 2 Buchstabe a oder Buchstabe c oder Nummer 3 aus grobem Eigennutz, ist die Strafe Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe."

Für die Strafbarkeit ist der Vorsatz des Täters hinsichtlich der Ausländereigenschaft, der fehlenden Genehmigung, sowie die Anzahl von sechs gleichzeitig arbeiten-

[1425] BT-Dr 15/2573 vom 02.03.2004, 15. Wahlperiode, S. 21.

[1426] *Fehn* in *Fehn* (Hrsg.), SchwarzArbG-Hk, 2006, § 10, 11, Rz 4; *Weber,* Wirtschaftsstrafrecht – Die Bekämpfung der Schwarzarbeit, 2009, S. 25.

[1427] *Stree/Sternberg-Lieben* in *Schönke/Schröder*, Kommentar zum Strafgesetzbuch, Vorbemerkungen zu § 291, Rz 29.

[1428] *Ambs*, SchwarzArbG in *Erbs/Kohlhaas/Ambs*, (Hrsg.), Strafrechtliche Nebengesetze, München, 2010, § 10, Rz 2.

den ausländischen Arbeitnehmern, notwendig.[1429] Ein bestimmter Zeitraum in welchem die Beschäftigung ausgeübt werden muss, ist nicht notwendig, insofern reicht für die Strafbarkeit nach § 11 SchwarzArbG die Beschäftigung von zumindest sechs Ausländern an nur einem Tag aus.[1430]

Beharrlichkeit liegt bei vorsätzlich wiederholten Verstößen gegen die illegale Ausländerbeschäftigung vor, wobei zumindest ein einmaliger vorsätzlicher Verstoß gegen das Verbot vorliegen muss.[1431] Der Täter muss gleichgültig und missachtlich gegen das Verbot der illegalen Ausländerbeschäftigung verstoßen und trotz Abmahnung oder Belehrung bzw. Verfolgung wieder einschlägig straffällig werden.[1432]

Eine Strafe oder ein beendetes Verfahren wegen illegaler Beschäftigung ist keine zwingende Voraussetzung, der Täter muss sich aber durch ein besonders stures Verhalten auszeichnen und rechtsfeindlich zu bereits selbst gemachten Erfahrungen, Abmahnungen oder etwaigen Verfolgungen eingestellt sein.[1433]

Handelt der Täter in den Fällen des § 11 Abs 1 Z 1, 2a und c SchwarzArbG grob eigennützig, so ist sogar eine Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe vorgesehen.[1434]

Hinsichtlich des subjektiven Tatbestandes ist für die Verwirklichung der §§ 10 und 11 SchwarzArbG der Eventualvorsatz, das In-Kauf-nehmen, ausreichend.[1435]

Die Strafe wird grundsätzlich über den Arbeitgeber verhängt. Nach § 9 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten (OWiG)[1436] kann aber auch ein Vertreter oder Beauftragter des Arbeitgebers bestraft werden. Gemäß § 30 OWiG besteht ebenfalls, als Nebenfolge, die Möglichkeit der Festsetzung einer Geldbuße gegen eine juristische Person.[1437] Darüber hinaus kann im Falle einer Arbeitnehmerüberlassung auch der Entleiher als Arbeitgeber bei Verstößen gegen §§ 10 f SchwarArbG bestraft werden.[1438]

Im Verhältnis von § 404 Abs 2 Z 3 SGB III zu § 11 Abs 1 Z 2a SchwarzArbG stellt die zweitgenannte Norm eine Qualifikation dar und genießt konkurrenzrechtlich den Vorrang auch gilt das gleiche im Verhältnis des § 404 Abs 2 Z 4 SGB III zu § 11 Abs 1 Z 2b SchwarzArbG.[1439]

[1429] *Mosbacher* in *Achenbach/Ransiek* (Hrsg.),Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 2004, XII 4, Rz 41.

[1430] *Brenner*, Die Strafrechtliche Bekämpfung von Schwarzarbeit, Berlin, 2008, S. 211.

[1431] *Ambs*, SchwarzArbG in *Erbs/Kohlhaas/Ambs*, (Hrsg.), Strafrechtliche Nebengesetze, 2010, § 11, Rz 12.

[1432] *Mosbacher* in *Achenbach/Ransiek* (Hrsg.),Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 2004, XII 4, Rz 43; *Fehn* in *Fehn* (Hrsg.), SchwarzArbG-Hk, 2006, §§ 10,11, Rz 9.

[1433] BGH, GewArch 1992, S. 179-181.

[1434] *Weber,* Wirtschaftsstrafrecht – Die Bekämpfung der Schwarzarbeit, 2009, S. 26.

[1435] *Fehn* in *Fehn* (Hrsg.), SchwarzArbG-Hk, 2006, §§ 10,11, Rz 5.

[1436] Gesetz über Ordnungswidrigkeiten (OWiG) idF vom BGBl. I S. 602 vom 19.02.1987, geändert durch BGBl. I S. 2353 vom 29.07.2009.

[1437] *Eustrup*, Kommentar zum § 404, Rz 22, S. 2538 im Nomos Kommentar, SGB III, Arbeitsförderung, Praxiskommentar, *Wissing/Mutschler/Bartz/ Schmidt-De Caluwe* (Hrsg.), 2. Auflage, 2004, Baden-Baden.

[1438] *Boxleitner* in *Wabnitz/Janovsky,* Hb des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 3. Auflage, Kapitel 17, Rz 138.

[1439] *Boxleitner* in *Wabnitz/Janovsky,* Hb des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 3. Auflage, Kapitel 17, Rz 33; *Brenner*, Die Strafrechtliche Bekämpfung von Schwarzarbeit, Berlin, 2008, S. 212.

3.3 Zu den Straftatbeständen der illegaler Ausländerbeschäftigung nach dem StGB

3.3.1 Die Strafbarkeit nach § 233 StGB wegen der Ausnützung von Ausländern

Hinsichtlich der Beschäftigung von Ausländern sieht das deutsche Strafgesetzbuch in § 233 StGB zusätzlich eine hohe Strafe (Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren) vor, *„wer eine andere Person unter Ausnutzung einer Zwangslage oder der Hilflosigkeit, die mit ihrem Aufenthalt in einem fremden Land verbunden ist, in Sklaverei, Leibeigenschaft oder Schuldknechtschaft oder zur Aufnahme oder Fortsetzung einer Beschäftigung bei ihm oder einem Dritten zu Arbeitsbedingungen, die in einem auffälligen Missverhältnis zu den Arbeitsbedingungen anderer Arbeitnehmerinnen oder Arbeitnehmer stehen, welche die gleiche oder eine vergleichbare Tätigkeit ausüben, bringt, wird mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren bestraft. Ebenso wird bestraft, wer eine Person unter einundzwanzig Jahren in Sklaverei, Leibeigenschaft oder Schuldknechtschaft oder zur Aufnahme oder Fortsetzung einer in Satz 1 bezeichneten Beschäftigung bringt."*

Eine Bestrafung analog zu den obgenannten Tatbeständen ist auch bei der Beschäftigung von Personen, welche das einundzwanzigste Lebensjahr nicht überschritten haben, vorgesehen.

3.3.2 Der Lohnwucher nach § 291 Abs 1 S 1 Z 3 StGB

Mittelbar im Zusammenhang mit Schwarzarbeit, insbesondere im Hinblick auf ungünstige Arbeitsbedingungen, wie die Zahlung von Dumpinglöhnen, steht der Lohnwucher zu Lasten des Arbeitnehmers des § 291 Abs 1 S 1 Z 3 dtStGB.[1440] Dieser normiert eine Strafbarkeit im Ausmaß von drei Jahren Freiheitsstrafe oder einer Geldstrafe, „*wer die Zwangslage, die Unerfahrenheit, den Mangel an Urteilsvermögen oder die erhebliche Willensschwäche eines anderen dadurch ausbeutet, dass er sich oder einem Dritten für eine sonstige Leistung Vermögensvorteile versprechen oder gewähren lässt, die in einem auffälligen Missverhältnis zu der Leistung oder deren Vermittlung stehen."* Da jedoch bereits das SchwarzArbG die Beschäftigung von Ausländern zu ungünstigeren Arbeitsbedingungen in einem auffälligen Missverhältnis im § 10 SchwarzArbG normiert und § 291 StGB hinsichtlich des Arbeitsrechtes eine geringfügige Bedeutung hat,[1441] wird die Erörterung des Wuchers des § 291 StGB nicht weiter behandelt.

4 Zum Sozialgesetzbuch (SGB) IV[1442] und der Nichtmeldung des Arbeitnehmers zu den Sozialversicherungen

4.1 Zu den Sanktionen, insbesondere nach § 111 SGB IV

Bei einer Nichtmeldung eines Arbeitnehmers zu den Sozialversicherungen handelt es sich um eine **Ordnungswidrigkeit**, welche gemäß § 111 Abs 1 Z 2 i.V.m. § 111 Abs 4 SGB IV mit einem Bußgeld bis zu 25.000 EURO über eine Person zu verhängen ist,

[1440] *Brenner*, Die Strafrechtliche Bekämpfung von Schwarzarbeit, Berlin, 2008, S. 213 ff.

[1441] *Brenner*, Die Strafrechtliche Bekämpfung von Schwarzarbeit, Berlin, 2008, S. 213.

[1442] SGB IV - Gemeinsame Vorschriften für die Sozialversi-cherung vom 23.12.1976, BGBl. I S. 3845 idF der Bekanntmachung vom 12.11.2009, BGBl. I S. 3710, 3973 zuletzt geändert durch Gesetze vom 22.06.2011, BGBl. I S. 1202.

„wer vorsätzlich entgegen § 28a Abs 1 bis 3, 4 Satz 1 oder Abs 9 eine Meldung nicht, nicht richtig, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig erstattet.“[1443]

Eine Ordnungswidrigkeit liegt auch dann vor, wenn der Täter leichtfertig gehandelt hat. Leichtfertigkeit ist mit grober Achtlosigkeit ungefähr gleich zu setzen.[1444] Leichtfertigkeit ist wiederum i.S.d. § 17 Abs 1 und 2 OWiG mit einer Maximalstrafe in Höhe der Hälfte, insofern 12.500 EURO, zu bestrafen.[1445]

Eine leichte Fahrlässigkeit alleine kann keine Strafbarkeit nach § 111 SGB IV begründen.

Darüber hinaus werden dem Arbeitgeber im Falle der Nichtentrichtung von Sozialversicherungsbeiträgen für sozialversicherungspflichtige Beschäftigte Säumniszuschläge i.H.v. 1 % oder 2 % des rückständigen Betrages für jeden angefangenen Monat nach § 24 SGB IV und nach § 28p Abs 1 die entsprechenden Beiträge vom Sozialversicherungsträger vorgeschrieben.[1446]

Gemäß § 111 Abs 1 Nr 2a SGB IV ist im Falle einer geringfügigen Beschäftigung in Privathaushalten eine viel geringere Strafe, nämlich lediglich eine Geldbuße in Höhe von 5.000 EURO zu verhängen.

Weiters kann im Falle des Verstoßes gegen eine Auskunfts- oder Vorlagepflicht nach § 28o SGB IV oder eine Aufbewahrungspflicht von Lohnunterlagen nach § 28f SGB IV gemäß § 111 Abs 1 Z 3, 3a, 3b oder 4 iVm Abs 4 SGB IV, über den Arbeitgeber ein Bußgeld bis zu 5.000 EURO verhängt werden.

Auch über den Arbeitnehmer ist eine Geldbuße zu verhängen, wenn er den Sozialversicherungen nicht die verlangten Auskünfte über sein Beschäftigungsverhältnis erteilt und die gesetzlich vorgesehenen Unterlagen nicht vorlegt.[1447]

4.2 Die gesetzliche Fiktion einer Nettolohnvereinbarung samt deren Folgen

In Deutschland wurde im Rahmen des Gesetzes zur Erleichterung der Bekämpfung von illegaler Beschäftigung und Schwarzarbeit vom 23.07.2002[1448] durch Art 3 Z 2 eine neue Norm, nämlich der § 14 Abs 2 SGB IV in die deutsche Rechtsordnung eingeführt.

Diese Bestimmung hat insbesondere zum Inhalt, dass ein Nettoarbeitsentgelt als vereinbart gelten soll, wenn auf Grund eines illegalen Beschäftigungsverhältnisses ein Teil des Entgelts „schwarz“, sprich ohne, dass die gesetzlich vorgeschriebenen Steuern und Sozialabgaben abgeführt bzw. bezahlt werden.[1449] Dies hat im Betretungsfall die Folge, dass der Arbeitgeber, sofern eine derartige Vereinbarung von den Behörden aufgedeckt wird, die gesamten Sozialversicherungsbeiträge und Steuern nachzuzahlen hat und werden die Beträge vom Nettogehalt errechnet.[1450] Davor wurde für die Berechnung

[1443] *Marschall*, Bekämpfung illegaler Beschäftigung, 2003, S. 145, Rz 559 f.

[1444] BT-Dr 12/7563, 12. Wahlperiode, S. 9.

[1445] *Marschall*, Bekämpfung illegaler Beschäftigung, 2003, S. 145 f, Rz 560 f.

[1446] *Marschall*, Bekämpfung illegaler Beschäftigung, 2003, S. 141 f, Rz 541 ff.

[1447] *Marschall*, Bekämpfung illegaler Beschäftigung, 2003, S. 146, Rz 566.

[1448] Gesetz zur Erleichterung der Bekämpfung von illegaler Beschäftigung und Schwarzarbeit vom 23.07.2002 - dtBGBl I, 52, 2787.

[1449] *Schneider/Badekow,* Ein Herz für Schwarzarbeiter, Berlin, 2006, S. 112; Entscheidung des LAG Meckelburg-Vorpommern, Urteil vom 25.11.2008, 5 Sa 174/08.

[1450] *Schneider/Badekow,* Ein Herz für Schwarzarbeiter, Berlin, 2006, S. 112; Entscheidung des LAG Meckelburg-Vorpommern, Urteil vom 25.11.2008, 5 Sa 174/08.

nicht der Nettolohn herangezogen, sondern man ist von einem Bruttolohnbetrag ausgegangen.[1451]

Diese besondere Fiktion einer Nettoarbeitslohnvereinbarung ist jedoch nur auf den Bereich des Sozialversicherungsrechts anzuwenden und dient lediglich dazu, die rechtswidrig nicht abgeführten Sozialversicherungsbeiträge zu berechnen und nachzufordern und hat keinen Einfluss auf das Arbeitsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer.[1452] Arbeitsverträge mit einer Schwarzgeldabrede sollen arbeitsrechtlich wirksam sein.[1453] Nur die vereinbarte Abrede, dass Sozialversicherungsbeiträge und Steuern nicht zu zahlen sind, ist mit Nichtigkeit behaftet, nicht jedoch die Vereinbarung über die Vergütung.[1454] Würde man die Nichtigkeit des Grundverhältnisses bejahen, würde man den Schutzzweck der Norm untergraben, weil mangels Anspruches des Arbeitnehmers auf Erfüllung, keine Steuern und Sozialversicherungsbeiträge anfallen würden.[1455]

Nach § 14 Abs 1 SGB IV ist somit auf Grund der in § 14 Abs 2 SGB IV normierten Fiktion eines Nettoarbeitslohnentgeltes der sozialversicherungsrechtliche Lohn des Beschäftigten durch Hochrechnung des Nettoentgelts um die Steuern und den gesamten Sozialversicherungsbeitrag zu einem Bruttogehalt zu eruieren.

Sinn und Zweck der Einführung einer derartigen Fiktion ist insbesondere die Verhinderung von Beweisschwierigkeiten bei der Berechnung der Sozialversicherungsbeiträge im Falle von illegaler Beschäftigung, wo keine Steuern und Sozialversicherungsabgaben entrichtet werden.[1456]

Meines Erachtens ist die besprochene deutsche Bestimmung eine sehr gute Lösung jeglicher Beweisschwierigkeiten und gereicht darüber hinaus insbesondere zu Gunsten des Arbeitnehmers und wäre meines Erachtens die Einführung einer derartigen Fiktion auch in die Rechtsordnungen der anderen Staaten ein weiterer Schritt in die richtige Richtung hinsichtlich der Bekämpfung von illegalen Praktiken in Zusammenhang mit der Ausübung von Arbeitsleistungen.

5 Zum Arbeitnehmer-Entsendegesetz (AEntG) 2009[1457]

Das Arbeitnehmer-Entsendegesetz ist am 20.04.2009 in Kraft getreten.

Mit diesem Gesetz wurde die Richtlinie über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen (Entsenderichtlinie)[1458] in das deutsche nationale Recht umgesetzt.[1459] Das Gesetz soll sowohl in Deutschland ansässige Arbeitgeber, als auch Arbeitgeber mit Sitz im Ausland, sowie Entleiher und Verleiher zur

---

[1451] *Brenner*, Die Strafrechtliche Bekämpfung von Schwarzarbeit, Berlin, 2008, S. 111.

[1452] *Fuchs,* Schwarzgeldabreden im Arbeitsverhältnis, Urteilsbesprechung vom 20.10.2003, Urteil vom 26.02.2003 – 5 AZR 690/01, JR 10/2003, S. 440; Entscheidung des LAG München, BAG, Urteil vom 17.03.2010, 5 AZR 301/09, aus den Gründen II. 2.

[1453] BAG vom 26.02.2003 - 5 AZR 690/01, BAGE 105, 187 (191) = MDR 2003, 1185 = DB 2003, 1581 = NZA 2004, 313.

[1454] BAG vom 26.02.2003 - 5 AZR 690/01, BAGE 105, 187 (191) = MDR 2003, 1185 = DB 2003, 1581 = NZA 2004, 313.

[1455] BAG vom 26.02.2003 - 5 AZR 690/01, lexetius.com, 2003, S. 1151, Abs 18-23.

[1456] BT-Dr 14/8221 vom 11.02.2002, 14. Wahlperiode, S. 14.

[1457] Gesetz über zwingende Arbeitsbedingungen für grenzüberschreitend entsandte und für regelmäßig im Inland beschäftigte Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen (Arbeitnehmer-Entsendegesetz - AEntG) vom 20.04.2009, dBGBl. I, S. 799.

[1458] Richtlinie 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.12.1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, ABl EG 1997 Nr L 18 vom 21.01.1997, S. 1.

[1459] *Marschall*, Bekämpfung illegaler Beschäftigung, 2003, S. 77, Rz 286 f; *BMF,* Entsendung von Arbeitnehmern, Stand: 05.01.2011, http://www.zoll.de/d0_zoll_im_einsatz/b0_finanzkontrolle/e0_aentg/index.html

Einhaltung gesetzlicher Arbeitsbedingungen, wie insbesondere der Mindestentgeltsätze verpflichten.[1460]

Eine Entsendung liegt dann vor, wenn ein Arbeitnehmer auf Grund einer Weisung seines Arbeitgebers auf einen geografisch anderen Arbeitsort, als seinen üblichen, zur Arbeitsleistung geschickt wird.[1461]

Die Arbeitgeber dieser ausländischen Arbeitnehmer haben diverse arbeitsrechtliche Pflichten, insbesondere müssen sie der Verpflichtung zur Zahlung der Mindestlöhne, der Einhaltung der Arbeitszeiten und des Urlaubsanspruchs nachkommen.[1462] Der Arbeitgeber muss die Rechtsvorschriften und Tarifverträge, die in dem Staat, in welchem der Arbeitnehmer beschäftigt wird, verbindlich sind, jedenfalls einhalten.[1463]

Bei Verstößen gegen das Arbeitnehmer-Entsendegesetz können gemäß § 23 Abs 3 AEntG Geldbußen bis zu 500.000 EURO über den Arbeitgeber verhängt werden. Bei leichten formalen Verstößen, wie Angaben im Meldeformular, kann eine Geldbuße bis zu 200 EURO verhängt werden.

Gemäß § 23 Abs 3 i.V.m. § 23 Abs 1 Z 1 AEntG ist bei Nichteinhaltung der nach § 8 AEntG von Arbeitgebern mit Sitz im In- oder Ausland zu gewährenden Arbeitsbedingungen (z.B. Zahlung des tariflichen Mindestlohns und der Gewährung von Urlaub samt Zahlung von Urlaubsgeld sowie Nichtentrichtung von Beiträgen zur Sozialkasse des Baugewerbes) eine Geldbuße bis zu 500.000 EURO zu verhängen.[1464]

In sonstigen Fällen nach § 23 Abs 1 Z 2-9 AEntG, wie z.B. bei Nichtduldung oder Nichtmitwirkung an einer Prüfung entgegen § 17 S 1 i.V.m. § 5 Abs 1 Satz 1 des SchwarzArbG oder Nichtduldung des Betretens eines Grundstücks oder Geschäftsraums entgegen § 17 S 1 i.V.m. § 5 Abs 1 S 2 des SchwarzArbG, Nichtübermittlung von Daten entgegen § 17 S 1 i.V.m. § 5 Abs 3 S 1 des SchwarzArbG, Verstößen gegen die Anmeldeverpflichtung der nach Deutschland entsandten bzw. verliehenen Arbeitnehmer - vor Beginn jeder Werk- oder Dienstleistung - durch Arbeitgeber/Verleiher mit Sitz im Ausland oder Unterlassen des Beifügens einer Versicherung entgegen § 18 Abs 2 oder 4, ist gemäß § 23 Abs 3 AentG eine Geldbuße bis zu 30.000 EURO zu verhängen.

Weiters ist nach § 23 Abs 1 i.V.m. Abs 3 AEntG mit einer Geldbuße bis zu 30.000 EURO derjenige zu bestrafen, wer entgegen § 19 AEntG eine Aufzeichnung nicht, nicht richtig oder nicht vollständig erstellt oder es unterlässt die Dauer der täglichen Arbeitszeit aufzuzeichnen, sowie die Aufzeichnungen für mindestens zwei Jahre aufzubewahren oder die zur Kontrolle erforderlichen Unterlagen in deutscher Sprache im Inland für die gesamte Dauer der Beschäftigung des Arbeitnehmers in Deutschland nicht bereit hält und aufbewahrt.“[1465]

Wer Werk- oder Dienstleistungen im Baubereich in erheblichem Umfang durch Unternehmen oder von diesen eingesetzten Subunternehmen, die die nach § 8 AEntG zu gewährenden Arbeitsbedingungen (Mindestlohn, Urlaubsgeld, Urlaub) nicht einhält oder

---

[1460] *Berwanger* in *Fehn* (Hrsg.), SchwarzArbG-Hk, 2006, § 2, Rz 22; *Marschall*, Bekämpfung illegaler Beschäftigung, 2003, S. 77, Rz 286 f.

[1461] *Berwanger* in *Fehn* (Hrsg.), SchwarzArbG-Hk, 2006, § 2, Rz 22; *Marschall*, Bekämpfung illegaler Beschäftigung, 2003, S. 78 f, Rz 292.

[1462] *Weber*, Illegale Beschäftigung – Aussagen über das Hellfeld in *Lamnek/Luedtke* (Hrsg.), Der Sozialstaat zwischen "Markt" und "Hedonismus"?, Band 1, 1999, S. 340.

[1463] *Marschall*, Bekämpfung illegaler Beschäftigung, 2003, S. 77, Rz 288.

[1464] *Leitner*, Baustellenkontrollen in Deutschland, ASoK, 2010, Nr. 4, S. 134.

[1465] *Leitner*, Baustellenkontrollen in Deutschland, ASoK, 2010, Nr. 4, S. 134.

Beiträge zur Sozialkasse des Baugewerbes nicht entrichtet, ist gemäß § 23 Abs 2 AEntG mit einer Geldbuße von 500.000 EURO zu bestrafen.

Darüber hinaus kann als Sanktion der Ausschluss von der Teilnahme an Wettbewerben um öffentliche Liefer-, Bau- oder Dienstleistungsaufträge der in § 98 GWB genannten Auftraggeber für eine angemessene Zeit bis zur nachgewiesenen Wiederherstellung der Zuverlässigkeit, nach § 21 AEntG drohen, wenn eine Geldbuße von wenigstens 2.500 EURO verhängt wurde.

Meines Erachtens sind die Voraussetzungen eines Ausschlusses an nicht allzu strenge Voraussetzungen geknüpft und kann dem Unternehmen sehr schnell die Sanktion des Ausschlusses drohen. Da ein derartiger Ausschluss zum Teil für das Unternehmen existenzzerstörend sein kein, wäre meiner Meinung nach ein Ausschluss bei Vorliegen von strengeren Voraussetzungen erst gerechtfertigt, z.B. wäre zu überlegen die verhängte Geldbuße von wenigstens 2.500 EURO anzuheben.

Teilweise kann bereits vor Durchführung eines Bußgeldverfahrens der Unternehmer von der öffentlichen Vergabe ausgeschlossen werden, wenn angesichts der Beweislage kein vernünftiger Zweifel an einem schwerwiegenden Verstoß vorliegt.[1466]

Um die Anspruchsdurchsetzung zu erleichtern, haftet ebenfalls der Auftraggeber nach § 14 AEntG für die Verpflichtungen, die grundsätzlich den Auftragnehmer (auch bei Nachunternhemern oder von diesen beauftragten Verleihern) hinsichtlich der entsendeten Leiharbeitnehmer treffen, v.a. hinsichtlich der Zahlung des Mindestlohns und der Beiträge an eine gemeinsame Einrichtung der Tarifvertragsparteien nach § 8 AEntG (Sozialkassenbeiträge), wie ein Bürge.

Um die Ansprüche der Arbeitnehmer zu schützen erschein eine derartige Haftung jedenfalls sinnvoll, insbesondere auf Grund des Umstandes, dass sich der Auftraggeber seine Auftragnehmer selbst aussucht und diese somit seiner Sphäre zugerechnet werden können. Dies kann nicht mehr von sonstigen Sub-Sub-Unternehmern behauptet werden und wäre hierbei eine Haftung des Auftraggebers restriktiver zu regeln gewesen.

6 Zum Arbeitskräfteüberlassungsgesetz (AÜG)[1467]

6.1 Einleitung

Die Rechtsfolgen der illegalen Arbeitskräfteüberlassung i.S.d. AÜG sind nach der deutschen Rechtsordnung vielfältiger und strenger als jene der österreichischen, wobei hinsichtlich der Sanktionen zwischen dem illegalen Verleih von deutschen und ausländischen Arbeitskräften unterschieden wird.[1468]

In Deutschland gab es Anfang des Jahres 2013 ungefähr 18.500 Arbeitskräfteüberlasser, in Vergleich dazu waren es in Österreich um die 2.000.[1469]

[1466] *Marschall*, Bekämpfung illegaler Beschäftigung, 2003, S. 82, Rz 307.

[1467] Gesetz zur Regelung der Arbeitnehmerüberlassung, (Arbeitnehmerüberlassungsgesetz - AÜG) vom 07.08.1972, BGBl. I S. 1393 idF BGBl. I S. 158 vom 03.02.1995, geändert durch BGBl. I S. 2854 vom 20.12.2011.

[1468] *Marschall*, Bekämpfung illegaler Beschäftigung, 2003, S. 41 f, Rz 150 und 153.

[1469] *Hierländer,*Trenkwalder droht Entzug der Lizenz. Arbeit. Die in Österreich ansässige Zeitarbeitsfirma Trenkwalder könnte in Deutschland ihre Lizenz verlieren. Dort läuft nun eine Sonderprüfung des Unternehmens, Die Presse vom 20.02.2013, S. 15.

6.2 Die Unwirksamkeit von Verträge bzw. bestimmten Vereinbarungen zwischen Verleiher und Entleiher sowie Leiharbeitnehmer und Verleiher nach § 9 AÜG und seine Rechtsfolgen

§ 9 AÜG regelt verschiedene Fälle, in denen Verträge oder Vereinbarungen im Falle der Arbeitskräfteüberlassung unwirksam und ungültig werden sollen. Die illegale Beschäftigung bewirkt nach § 9 AÜG die Unwirksamkeit von Verträgen zwischen dem Verleihern und Entleihern sowie zwischen dem Verleiher und Leiharbeitnehmer, wenn der Verleiher die nach § 1 erforderliche Verleihererlaubnis nicht besitzt (Z 1). Auch werden gemäß § 9 Z 2 AÜG Vereinbarungen, die für den Leiharbeitnehmer für die Zeit der Überlassung an einen Entleiher schlechtere als die, im Betrieb des Entleihers für einen vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers geltenden, wesentlichen Arbeitsbedingungen, einschließlich des Arbeitslohns vorsehen, unwirksam.

In Deutschland ist bei einer legalen Arbeitskräfteüberlassung der Verleiher Arbeitgeber und nur zwischen diesem und dem Leiharbeitnehmer besteht eine arbeits- und sozialversicherungsrechtliche Bindung.[1470] Wenn der Vertrag zwischen einem Verleiher und einem Leiharbeitnehmer jedoch nach § 9 Z 1 AÜG unwirksam wird, so soll ein Arbeitsverhältnis zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer zustande kommen.[1471] Ein fiktives Arbeitsverhältnis des Leiharbeitnehmers zum Entleiher soll auch entstehen, wenn der Arbeitnehmer von einem nicht hierfür befugten Verleiher entliehen wird und auch dann, wenn der ausländische Leiharbeitnehmer keine Arbeitsgenehmigung besitzt.[1472] Die Fiktion eines Arbeitsverhältnisses zwischen dem Leiharbeitnehmer und dem Entleiher verfolgt das Ziel den Arbeitnehmer zu schützen.[1473] Die gesetzliche Fiktion soll deswegen auch ohne jegliches Verschulden oder Unkenntnis der Beteiligten greifen.[1474]

Bei einer illegalen Arbeitskräfteüberlassung greift die Fiktion des § 10 Abs 3 AÜG und der Entleiher wird mit sämtlichen Pflichten zum Arbeitgeber, wobei hinsichtlich der Sozialversicherungsbeiträge sowohl Entleiher als auch Verleiher als Gesamtschuldner haften, wenn nach § 28e Abs 2 S 3, 4 SGB IV der Verleiher weiterhin den Leiharbeitnehmer entlohnt.[1475]

Entlohnt der Verleiher jedoch seinen Arbeitnehmer nicht weiter, bürgt der Entleiher nach § 28e Abs 2 SGB IV für die Erfüllung der Zahlungen durch den Verleiher und ist der Entleiher darüber hinaus zur Entrichtung der Sozialversicherungsabgaben und Steuern verpflichtet, da das fingierte Arbeitsverhältnis als „vollwertig“ zu qualifizieren ist.

Im Falle der Abschiebung des Ausländers hat der Entleiher auch für die Abschiebungskosten aufzukommen.[1476]

[1470] *Radtke* in *Joecks/Miebach* (Hrsg.), Münchner Kommentar zum StGB, Band 5, Rz 10 zu § 266a StGB.

[1471] *Marschall*, Bekämpfung illegaler Beschäftigung, 2003, S. 49, Rz 182.

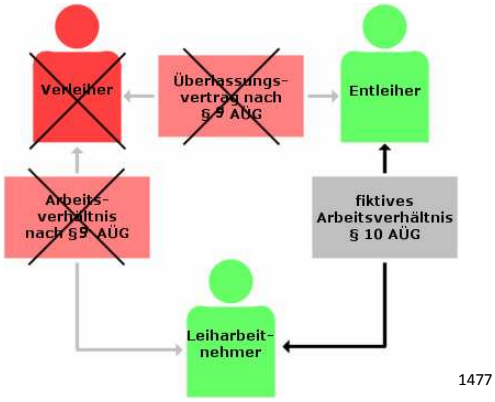
[1472] *Marschall*, Die Bekämpfung illegaler Beschäftigung, 2003, S. 63, Rz 241.

[1473] *Marschall*, Bekämpfung illegaler Beschäftigung, 2003, S. 50, Rz 186.

[1474] *Marschall*, Bekämpfung illegaler Beschäftigung, 2003, S. 58, Rz 221.

[1475] *Brenner*, Die Strafrechtliche Bekämpfung von Schwarzarbeit, Berlin, 2008, S. 105 f.

[1476] *Marschall*, Bekämpfung illegaler Beschäftigung, 2003, S. 60, Rz 227.



[1477]

Im Vergleich zu der österreichischen Rechtsordnung wird insofern nach dem dtAÜG bei illegaler Arbeitnehmerüberlassung, insbesondere bei fehlender Verleiherlaubnis, ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Entleiher und Leiharbeitnehmer gesetzlich explizit vorgesehen.

Gemäß § 10 Abs 1 AÜG i.V.m. § 9 Nr 1 AÜG werden Entleiher auch dann zu Arbeitgebern, wenn ihnen Ausländer, die einen zur Ausübung einer Beschäftigung berechtigenden Aufenthaltstitel oder Arbeitsgenehmigung nicht besitzen, von einem Verleiher, ohne der nach § 1 Abs 1 S 1 AÜG erforderliche Erlaubnis, überlassen wurden.

Die gesetzliche Normierung der Fiktion des Arbeitsverhältnisses ist für die Klärung der Rechtsfolge sehr wichtig. Leider wurde weder in der österreichischen noch in der polnischen Rechtsordnung eindeutig klargestellt, was gelten soll, wenn eine Arbeitskraft illegal überlassen wird. Hierbei besteht jedenfalls ein Nachholbedarf, um Rechtssicherheit für die illegal überlassenen Arbeitskräfte zu gewährleisten.

6.2.1 Zu den Sanktionen wegen illegaler Arbeitskräfteüberlassung

6.2.2.1 Die Verhängung von Geldstrafen über den Verleiher und Entleiher

Für die illegale Arbeitskräfteüberlassung sind ebenfalls hohe Geldstrafen und teilweise auch Freiheitsstrafen vorgesehen.

Mit der letzten Gesetzesnovelle[1478] wurden die Geldstrafen per 01.01.2012 wesentlich angehoben. Auch in Österreich erfolgte eine Anhebung des Strafausmaßes bei illegaler Arbeitskräfteüberlassung per 01.01.2013.

Ein **Verleiher**, der vorsätzlich oder fahrlässig einen Leiharbeitnehmer einem Dritten überlässt, obwohl er keine Erlaubnis für den Verleih von Arbeitnehmern besitzt oder diese bereits abgelaufen ist, begeht eine Ordnungswidrigkeit. Gemäß § 16 Abs 1 Z 1 iVm § 16 Abs 2 AÜG ist über diesen eine Geldbuße bis zu 30.000 EURO (vorher: bis zu 25.000 EURO) *zu verhängen*.[1479] Bei Fahrlässigkeit ist jedoch § 17 Abs 2 OWiG zu beachten, nach welchem die Maximalstrafe „nur“ die Hälfte betragen kann, nämlich max 15.000 EURO.

[1477] Ich habe mich bemüht, sämtliche Inhaber der Bildrechte ausfindig zu machen und ihre Zustimmung zur Verwendung der Bilder in dieser Arbeit eingeholt. Sollte dennoch eine Urheberrechtsverletzung bekanntwerden, ersuche ich um Meldung bei mir.

[1478] AÜG zuletzt geändert durch Art 26 des Gesetzes vom 20.12.2011 (BGBl. I S. 2854).

[1479] *Marschall*, Bekämpfung illegaler Beschäftigung, 2003, S. 42, Rz 153.

Die Unkenntnis der Rechtsnormen des AÜG stellt keinen Entschuldigungsgrund dar.[1480] Die Beteiligung an der Strafbarkeit des Verleihers, z.B. durch den Steuerberater, ist i.S.d. § 14 S 1 OWiG möglich, jedoch keinesfalls kommt als Beteiligter der überlassene Arbeitnehmer in Betracht und auch nicht der Entleiher, da für diesen eigene Straftatbestände nach § 16 Abs 1 Z 1a AÜG normiert sind.[1481]

Dem **Entleiher** droht eine Ordnungswidrigkeit gemäß § 16 Abs 2 AÜG i.V.m. § 16 Abs 1 Z 1a AÜG, welche mit einer Geldstrafe bis zu 30.000 EURO sanktioniert wird, wenn er einen Leiharbeitnehmer trotz Nichtvorliegens einer Verleiherlaubnis des Verleihers, tätig werden lässt.[1482] Mit einer Geldbuße von bis zu 500.000 EURO i.S.d. § 16 Abs 1 Z 2 i.V.m. § 16 Abs 2 AÜG hat der Entleiher zu rechnen, wenn er einen ihm von einem Verleiher mit Verleiherlaubnis überlassenen ausländischen Arbeitnehmer, der aber keinen Aufenthaltstitel, der zur Ausübung einer Beschäftigung berechtigen, oder keine Genehmigung nach § 284 Abs 1 SGB III besitzt, beschäftigt.[1483]

Im Falle, dass der Verleiher keine gültige Verleiherlaubnis besitzt, ist der Entleiher darüber hinaus nach § 404 Abs 2 Z 3 SGB III zu bestrafen, da er auf Grund des fiktiven Arbeitsverhältnisses nach § 10 AÜG zum Arbeitgeber der überlassenen ausländischen Arbeitskraft wird.[1484]

Der Entleiher handelt schuldhaft , also vorsätzlich oder fahrlässig, wobei es auch als Verschulden zu qualifizieren ist, wenn er sich z.B. keine schriftliche Bestätigung i.S.d. § 12 Abs 1 S 1 AÜG vom Verleiher ausstellen lässt, dass der Verleiher eine entsprechende Verleiherlaubnis besitzt.[1485]

Auch im Falle einer unzulässigen Überlassung im Bereich des Bausektors kann sowohl über den Verleiher als auch den Entleiher nach § 16 Abs 1 Z 1b i.V.m. § 16 Abs 2 dtAÜG eine Geldstrafe bis zu 30.000 EURO verhängt werden. Die Strafbarkeit wird bereits mit Abschluss eines Überlassungsvertrages begründet.[1486] Der Überlassungsvertrag im Bereich des Bausektors zwischen Entleiher und Verleiher selbst wird ebenfalls nichtig, jedoch nicht nach § 9 AÜG, da nach dieser Norm ein Verleih ohne Verleiherlaubnis zwingend vorgesehen wird, sondern nach § 134 BGB, wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot.[1487]

Sonstige unterschiedliche Ordnungswidrigkeiten, welche in der Norm des § 16 Abs 1 Z 2a bis Z 8 AÜG aufgezählt sind, wie z.B. bei denen es sich meist um Unterlassung einer Anzeige, Auskunft oder Aufbewahrungspflicht, sind mit einer Geldbuße bis zu 2.500 EURO bzw. bis zu 1.000 EURO (vorher: bis zu 500 EURO) zu ahnden.

Keinesfalls kann der illegal verliehene Leiharbeitnehmer bestraft werden.[1488]

6.2.2.2 Die über den Verleiher und Entleiher zu verhängenden Freiheitsstrafen

Bei Straftaten besteht zusätzlich die Möglichkeit der Verhängung von Freiheitsstrafen nach den Bestimmungen der §§ 15 f AÜG.

[1480] *Marschall*, Bekämpfung illegaler Beschäftigung, 2003, S. 45, Rz 170.

[1481] *Marschall*, Bekämpfung illegaler Beschäftigung, 2003, S. 46, Rz 172 ff.

[1482] *Berwanger* in *Fehn* (Hrsg.), SchwarzArbG-Hk, 2006, § 2, Rz 19; *Marschall*, Bekämpfung illegaler Beschäftigung, 2003, S. 57, Rz 214 f.

[1483] *Marschall*, Bekämpfung illegaler Beschäftigung, 2003, S. 64, Rz 245 und S. 184, Rz 707.

[1484] Hamm BB 1981, S. 122; *Marschall*, Bekämpfung illegaler Beschäftigung, 2003, S. 67, Rz 254.

[1485] *Marschall*, Bekämpfung illegaler Beschäftigung, 2003, S. 57 f, Rz 218.

[1486] *Marschall*, Bekämpfung illegaler Beschäftigung, 2003, S. 71 f, Rz 271 f.

[1487] *Marschall*, Bekämpfung illegaler Beschäftigung, 2003, S. 72, Rz 273.

[1488] *Marschall*, Bekämpfung illegaler Beschäftigung, 2003, S. 57, Rz 215.

Im Falle des illegalen Verleihes von Ausländern handeln oft Banden mit besonderer krimineller Energie, welche die Arbeitnehmer terrorisieren und vielfach unter unmenschlichen Bedingungen und zu niedrigen Löhnen arbeiten lassen, weswegen die Verhängung von empfindlichen Strafen in diesem Bereich sehr wichtig ist.[1489]

Eine Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder eine Geldstrafe kann gemäß § 15 Abs 1 dtAÜG über einen **Verleiher** verhängt werden, *„wenn dieser vorsätzlich ausländische Leiharbeitnehmer ohne Besitz der erforderlichen Arbeitsgenehmigung nach § 284 Abs 1 S 1 SGB III oder zur Beschäftigungsaufnahme berechtigenden Aufenthaltstitel nach § 4 Abs 3 des AufenthaltsG einem Dritten ohne die Verleiherlaubnis nach § 1 AÜG oder Anzeige nach § 1 a AÜG überlässt.“*[1490]

Die **Qualifikation** des Absatzes 2 sieht eine Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren bei besonders schweren Fällen vor, insbesondere wenn der Verleiher gewerbsmäßig oder aus grobem Eigennutz handelt, was sich tatbestandsmäßig mit der Qualifikation des § 10 Abs 2 SchwarzArbG überschneidet.[1491] Die Aufzählung gilt demonstrativ, insofern kann der Richter auch bei anderen besonders schweren Fällen, wie z.B. bei der Begehung über einen langen Zeitraum, durch organisierte Banden, bei außergewöhnlich hohen Schäden oder bei der Anwendung von besonders gefährlichen Mitteln, die Qualifikation des Absatzes heranziehen.[1492] Hinsichtlich des Tatbestandes Gewerbsmäßigkeit kann dieser nur im strafrechtlichen Sinne gemeint sein, da schon als Kriterium des Anwendungsbereiches des AÜG die Gewerbsmäßigkeit verlangt wird.[1493] Die Gewerbsmäßigkeit im strafrechtlichen Sinne liegt nach herrschender Ansicht dann vor, wenn eine Tätigkeit auf Erwerbserzielung ausgerichtet ist und mit Wiederholungsabsicht der Schaffung einer fortlaufenden Einnahmequelle von einiger Dauer ausgeübt wird.[1494]

Der Strafrahmen ist in den Bereich der Schwerstkriminalität einzuordnen und wollte der Gesetzgeber mit der Normierung eines derart hohen Strafausmaßes zu erkennen geben, dass er diese Fälle der illegalen Beschäftigung von Ausländern als eine gefährliche Form der Wirtschaftskriminalität ansieht.[1495]

Für die Strafbarkeit ist der Vorsatz des Täters zwingendes Tatbestandsmerkmal, wobei diesen die Verpflichtung trifft, die notwendigen Auskünfte hinsichtlich der Voraussetzungen einer Überlassung und der vorhandenen Beschäftigungsbewilligung des Ausländers einzuholen, widrigenfalls ihm auf Grund seines Verschuldens ein Verbotsirrtum nicht zugute kommen kann.[1496]

§ 15a behandelt den Fall des Entleihes von einem Verleiher mit Verleiherlaubnis von Ausländern ohne entsprechender arbeitsmarktrechtlicher Genehmigung analog wie in § 15, wobei zusätzlich eine größere Zahl illegal überlassener Arbeitskräfte, oder die wiederholte Begehung verlangt wird, oder die Arbeitsbedingungen des Leiharbeitsverhältnisses in einem auffälligen Missverhältnis zu den Arbeitsbedingungen deutscher

[1489] *Marschall*, Bekämpfung illegaler Beschäftigung, 2003, S. 52, Rz 195.

[1490] *Brenner*, Die Strafrechtliche Bekämpfung von Schwarzarbeit, Berlin, 2008, S. 226; *Weber*, Illegale Beschäftigung – Aussagen über das Hellfeld in *Lamnek/Luedtke* (Hrsg.), Der Sozialstaat zwischen "Markt" und "Hedonismus"?, Band 1, 1999, S. 338; *Marschall*, Bekämpfung illegaler Beschäftigung, 2003, S. 51 f, Rz 196 ff.

[1491] *Brenner*, Die Strafrechtliche Bekämpfung von Schwarzarbeit, Berlin, 2008, S. 227.

[1492] *Marschall*, Bekämpfung illegaler Beschäftigung, 2003, S. 55, Rz 206 f.

[1493] *Brenner*, Die Strafrechtliche Bekämpfung von Schwarzarbeit, Berlin, 2008, S. 227.

[1494] *Fehn* in *Fehn* (Hrsg.), SchwarzArbG-Hk, 2006, § 1, Rz 25.

[1495] *Marschall*, Bekämpfung illegaler Beschäftigung, 2003, S. 56, Rz 211.

[1496] *Marschall*, Bekämpfung illegaler Beschäftigung, 2003, S. 53, Rz 199.

Leiharbeitnehmer stehen müssen, die die gleiche oder eine vergleichbare Tätigkeit ausüben.[1497]

Derartige *„besonders anstößige Begehungsweisen"* sollen als *„kriminelles Unrecht"* bestraft wenden.[1498] Dem Entleiher droht diesfalls eine Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder eine Geldstrafe.

§ 15a Abs 2 AÜG stimmt mit den Tatbeständen des § 11 SchwarzArbG überein.[1499]

Wenn der **Entleiher** nach der Bestimmung des § 15a Abs 2 Z 1 AÜG gleichzeitig mehr als fünf Ausländer, die keine rechtmäßige Arbeitsgenehmigung besitzen, beschäftigt oder gemäß Abs 1 Z 2 die Zuwiderhandlung vorsätzlich beharrlich (= ununterbrochen) wiederholt (= zumindest zweimal), ist über diesen eine Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder eine Geldstrafe zu verhängen.[1500]

Handelt der Täter jedoch aus grobem Eigennutz oder gewerbsmäßig, ist in diesen besonders schweren Fällen nach § 15a Abs 1 AÜG eine Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder eine Geldstrafe zu verhängen.[1501]

Für die Strafbarkeit nach §§ 15, 15a AÜG ist Voraussetzung, dass der Täter vorsätzlich handelt. Zumindest muss er es für möglich halten, dass die Leiharbeitskraft keine Arbeitsbewilligung oder keinen Aufenthaltstitel besitzt und das Fehlen der zwingenden Verleiherlaubnis des Verleihers für möglich halten und dies billigend in Kauf nehmen.[1502] Im Falle des Fehlens eines Vorsatzes besteht noch immer die Möglichkeit der Ahndung des strafbaren Handels als Ordnungswidrigkeit nach § 16 AÜG.[1503]

Konkurrenzrechtlich gehen die Strafen des AÜG jenen der illegalen Beschäftigung vor.[1504] Wenn jedoch nicht die Verleihereigenschaft des Täters und keine Arbeitskräfteüberlassung nachgewiesen werden kann, so ist der Täter trotzdem nach § 10 SchwarzArbG zu bestrafen.[1505]

§ 15 AÜG konsumiert sowohl § 16 Abs 1 Z 1 AÜG als auch § 404 Abs 2 Z 3 SGB III.[1506] Mit § 266a StGB und § 370 AO bildet § 15 AÜG jedoch eine Tateinheit und stellt zu § 10 SchwarzArbG einen Alternativtatbestand dar.[1507]

7 Zu den Sanktionen nach den steuerrechtlichen Normen

7.1 Zu den Sanktionen in Zusammenhang mit den lohnsteuerrechtlichen Verstößen

Kommt der Arbeitgeber bzw. das verantwortliche Organ des Unternehmens i.S.d. § 14 StGB und §§ 34 f AO, seiner Verpflichtung zur Abführung der Lohnsteuer nach § 33 Abs 1 AO[1508] iVm § 41a EStG[1509] nicht nach, so hat er ebenfalls mit steuerlichen bzw.

[1497] *Berwanger* in *Fehn* (Hrsg.), SchwarzArbG-Hk, 2006, § 2, Rz 19; *Marschall*, Bekämpfung illegaler Beschäftigung, 2003, S. 184, Rz 707.

[1498] *Hahn,* Arbeitsstrafrecht, Frankfurt an der Main, 1992, S. 266 f.

[1499] *Brenner*, Die Strafrechtliche Bekämpfung von Schwarzarbeit, Berlin, 2008, S. 229.

[1500] *Marschall*, Bekämpfung illegaler Beschäftigung, 2003, S. 65, Rz 249.

[1501] *Brenner*, Die Strafrechtliche Bekämpfung von Schwarzarbeit, Berlin, 2008, S. 229.

[1502] *Brenner*, Die Strafrechtliche Bekämpfung von Schwarzarbeit, Berlin, 2008, S. 226 f.

[1503] *Brenner*, Die Strafrechtliche Bekämpfung von Schwarzarbeit, Berlin, 2008, S. 229.

[1504] *Marschall*, Bekämpfung illegaler Beschäftigung, 2003, S. 64, Rz 243.

[1505] *Brenner*, Die Strafrechtliche Bekämpfung von Schwarzarbeit, Berlin, 2008, S. 226.

[1506] *Brenner*, Die Strafrechtliche Bekämpfung von Schwarzarbeit, Berlin, 2008, S. 233.

[1507] *Brenner*, Die Strafrechtliche Bekämpfung von Schwarzarbeit, Berlin, 2008, S. 233.

[1508] AO vom 16.03.1976 idF BGBl. I S. 3866 geändert durch BGBl. I S. 676 vom 28.04.2011.

steuerstrafrechtlichen Folgen zu rechnen.[1510] Etwaige steuerliche Unregelmäßigkeiten beim Arbeitgeber werden im Rahmen einer Lohnsteuer-Außenprüfung gemäß § 42f EStG durch das Betriebsstättenfinanzamt ermittelt, an welcher der Arbeitgeber oder sonstige Dritte gehalten sind durch Vorlage von Unterlagen, Auskunftserteilungen bzw. Duldung der Betretung der Arbeitsstätte etc. mitzuwirken.[1511]

Gemäß § 42d EStG haftet der Arbeitgeber für die korrekte Abführung der Lohnsteuer und hat für Steuerverkürzungen auf Grund von falschen Angaben somit einzustehen.[1512]

Im Falle einer Arbeitskräfteüberlassung ist grundsätzlich der Verleiher als Arbeitgeber für die Einhaltung der steuerlichen Pflichten i.S.d. § 38, 41a EStG verantwortlich und insofern zu bestrafen, wobei nach § 42d Abs 6 EStG auch der Entleiher subsidiär zur Haftung für nicht abgeführte Lohnsteuer herangezogen werden kann.

Sowohl dem Arbeitgeber, wie auch sämtlichen anderen Beteiligten, wie z.B. auch dem Arbeitnehmer droht gemäß § 370 AO für die Steuerhinterziehung eine Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren.[1513]

„(1) Mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer

1.den Finanzbehörden oder anderen Behörden über steuerlich erhebliche Tatsachen unrichtige oder unvollständige Angaben macht,

2.die Finanzbehörden pflichtwidrig über steuerlich erhebliche Tatsachen in Unkenntnis lässt oder

3.pflichtwidrig die Verwendung von Steuerzeichen oder Steuerstemplern unterlässt und dadurch Steuern verkürzt oder für sich oder einen anderen nicht gerechtfertigte Steuervorteile erlangt."

Die Verkürzung liegt bereits dann vor, wenn der Arbeitgeber im Zeitpunkt der Fälligkeit die Steuern gar nicht, unrichtig oder unvollständig festsetzt wird.[1514] Darüber hinaus ist ein relevanter Tatbestand des § 370 AO der Erfolgseintritt, insofern muss die Steuer tatsächlich verkürzt worden sein bzw. ein ungerechtfertigter Steuervorteil erlangt werden.[1515]

Handelt der Täter bei der Steuerhinterziehung nach § 370 AO vorsätzlich, so begeht er eine Straftat. Im Falle eines leichtfertigen Handelns, was verschuldenstechnisch mehr als fahrlässig heißt, z.B. bei Unterlassung von Erkundigungen über die steuerrechtlichen Vorschriften, droht ihm eine Ordnungswidrigkeit gemäß § 378 AO, wobei diesfalls eine Strafe bis zu 50.000 EURO verhängt werden kann.[1516] § 370 Abs 3 AO normiert die Qualifikation der Steuerhinterziehung:

„(3) In besonders schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren. Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn der Täter

1.in großem Ausmaß Steuern verkürzt oder nicht gerechtfertigte Steuervorteile erlangt,

2.seine Befugnisse oder seine Stellung als Amtsträger missbraucht,

---

[1509] Einkommensteuergesetz (EStG) vom 16.10.1934 idF vom BGBl. I S. 3366, 3862 vom 08.10.2009, geändert durch BGBl. I S. 1126 vom 22.06.2011.

[1510] *Marschall*, Bekämpfung illegaler Beschäftigung, 2003, S. 100, Rz 379.

[1511] *Marschall*, Bekämpfung illegaler Beschäftigung, 2003, S. 102, Rz 392 ff.

[1512] *Marschall*, Bekämpfung illegaler Beschäftigung, 2003, S. 100, Rz 384.

[1513] *Brenner*, Die Strafrechtliche Bekämpfung von Schwarzarbeit, Berlin, 2008, S. 235; *Marschall*, Bekämpfung illegaler Beschäftigung, 2003, S. 104, Rz 403 f; *Spatscheck/Fraedrich*, Schwarzarbeit auf dem Bau, NZBau 11/2007, S. 677.

[1514] *Marschall*, Bekämpfung illegaler Beschäftigung, 2003, S. 104, Rz 404; *Brenner*, Die Strafrechtliche Bekämpfung von Schwarzarbeit, Berlin, 2008, S. 237 f.

[1515] *Brenner*, Die Strafrechtliche Bekämpfung von Schwarzarbeit, Berlin, 2008, S. 237.

[1516] *Marschall*, Bekämpfung illegaler Beschäftigung, 2003, S. 105 f, Rz 408 f.

3.die Mithilfe eines Amtsträgers ausnutzt, der seine Befugnisse oder seine Stellung missbraucht,

4.unter Verwendung nachgemachter oder verfälschter Belege fortgesetzt Steuern verkürzt oder nicht gerechtfertigte Steuervorteile erlangt, oder

5.als Mitglied einer Bande, die sich zur fortgesetzten Begehung von Taten nach Absatz 1 verbunden hat, Umsatz- oder Verbrauchssteuern verkürzt oder nicht gerechtfertigte Umsatz- oder Verbrauchssteuervorteile erlangt."

Darüber hinaus ist im Falle der Nichtzahlung der Steuer mit dem Fälligkeitstag, ein Säumniszuschlag nach § 240 Abs 1 AO, in der Höhe von 1 % für jeden angefangenen Monat der Säumnis des rückständigen Steuerbetrags, zu entrichten.

In § 50e EStG werden seit 2004 die privilegierten Sanktionen für Verstöße gegen steuerliche Verpflichtungen hinsichtlich des Tatbestandes der Steuerhinterziehung i.S.d. § 370 AO bei der geringfügigen Beschäftigung in Privathaushalten i.S.d. § 8a SGB IV normiert.[1517]

Arbeitgeber derartiger Beschäftigungsformen haben die Verpflichtung, nach § 40a Abs 2 EStG eine Pauschalsteuer i.H.v. 2 % abzuführen. Eine Verletzung dieser Anmeldepflicht wird als mildere Ordnungswidrigkeit nach § 378 AO zu bestrafen sein und nicht nach dem strengeren Straftatbestand der Steuerhinterziehung des § 370 Abs 1 AO.[1518]

Die Privilegierung von Arbeitgebern, von in Privathaushalten beschäftigten Personen, ist jedenfalls zu begrüßen und entspricht der Systematik der Rechtsnormen, welche vielfach „begünstigte Strafen", was die Höhe der Strafe anbelangt, vorsieht.

7.2 Zu den Sanktionen in Zusammenhang mit den umsatzsteuerrechtlichen Verstößen

Gemäß § 26a Abs 1 Z 1 UStG[1519] ist für die vorsätzliche oder fahrlässige Verletzung der Rechnungslegungsverpflichtung des § 14 Abs 2 Z 1 UStG (= Leistungen im Zusammenhang mit einem Grundstück) ein Bußgeld bis zu 5.000 EURO vorgesehen.[1520] Der private Auftraggeber ist darüber hinaus verpflichtet, die Rechnung, einen Zahlungsbeleg oder eine andere beweiskräftige Unterlage zwei Jahre aufzubewahren. Gemäß § 26a Abs 1 Z 3 UStG kann beim Verstoß gegen diese Rechnungsaufbewahrungspflicht, wenn die Privatperson (= Empfänger von Lieferungen bzw. Leistungen, die nicht unternehmerisch tätig sind) *„vorsätzlich oder leichtfertig entgegen § 14b Abs. 1 Satz 5 eine dort bezeichnete Rechnung, einen Zahlungsbeleg oder eine andere beweiskräftige Unterlagen"* über Werklieferungen oder sonstige Leistungen im Zusammenhang mit einem Grundstück *„nicht oder nicht mindestens zwei Jahren aufbewahrt"*, ein Bußgeld bis zu 500 EURO verhängt werden.

Diese Neuregelungen sind per 01.08.2004 in Kraft getreten.[1521] § 5 Abs 2 SchwarzArbG normiert die Verpflichtung der privaten Auftraggeber zur Vorlage derartiger Rechnungen, widrigenfalls eine Strafe bis zu 1.000 EURO gemäß § 8 Abs 2 Z 3 lit b iVm Abs 3 SchwarzArbG verhängt werden kann.

[1517] *Brenner*, Die Strafrechtliche Bekämpfung von Schwarzarbeit, Berlin, 2008, S. 80.

[1518] *Fehn* in *Fehn* (Hrsg.), SchwarzArbG-Hk, 2006, Vorbemerkungen vor § 1, Rz 15; *Spatscheck/Fraedrich*, Schwarzarbeit auf dem Bau, NZBau 11/2007, S. 677.

[1519] Umsatzsteuergesetz (UStG) vom 26.11.1979 idF BGBl. I S. 386 vom 21.02.2005, geändert durch BGBl. I S. 1090 vom 16.06.2011.

[1520] *Fehn* in *Fehn* (Hrsg.), SchwarzArbG-Hk, 2006, §§ 8,9, Rz 17.

[1521] Art 26 Absatz 1 SchwarzArbG.

Systematisch betrachtet ist die Normierung der Sanktion des § 26a Abs 1 Z 3 UStG meines Erachtens nicht einmal notwendig, da logischerweise dem privaten Auftraggeber erst dann nachgewiesen werden kann, dass er eine Rechnung nicht aufbewahrt hat, wenn er sie nicht vorlegen kann. Unter dieser Prämisse ist die Sanktion für die unterlassene Aufbewahrung, Nichtvorlage der entsprechenden Rechnungen mit einer Höchststrafe von 1.000 EURO bedroht.

C Die Rechtsordnung Polens

1 Zu den gerichtlich strafbaren Sanktionen

Hinsichtlich des Strafsystems und der Strafzumessung in Polen ist zu sagen, dass nach Art 34 des polnischen Strafgesetzbuches die Möglichkeiten der Verhängung einer Geldstrafe oder Freiheitsstrafe – wie üblich – vorgesehen sind und als Besonderheit auch eine dritte Strafvariante besteht, nämlich die Verhängung einer sog. „*Freiheitsbeschränkung*“**.**

Eine Freiheitsbeschränkung kann minimal für einen Monat und maximal für zwölf Monate verhängt werden.[1522] In dem Zeitraum, in welchem der Verurteilte seine Strafe verbüßt, darf er nicht ohne Zustimmung des Gerichtes seinen Wohnsitz ändern, er ist grundsätzlich verpflichtet eine vom Gericht auferlegte Arbeit auszuführen und regelmäßig dem Gericht Erklärungen hinsichtlich des Verlaufes seiner Strafbuße vorzulegen.[1523]

Im Vergleich zur österreichischen Rechtsordnung ist die Freiheitsbeschränkung nach polnischen Recht eine Kombination aus der bedingten Verurteilung mit Auflagen.

Darüber hinaus ist zur Geldstrafe auszuführen, dass in Polen ebenfalls das sog. „Tagessatz-System“ (Art 33 des pl StGB) existiert. Das heißt, dass das Gericht die Anzahl an Tagsätzen und darüber hinaus die betragliche Höhe eines Tagsatzes zu bestimmen hat und ergibt sich die Geldstrafe aus der Multiplikation dieser beiden Zahlen.

Gemäß Art 33 § 1 plStGB ist die geringste Anzahl an zu verhängenden Tagsätze, zehn Tagsätze, die höchste dreihundersechzig.

Die Höhe eines Tagsatzes darf nach Art 33 § 3 plStGB nicht niedriger sein als 10 zł und ist betraglich mit einem maximalen Tagessatzbetrag von 2000 zł begrenzt.

Gemäß Art 33 § 2 plStGB kann das Gericht neben einer Freiheitsstrafe auch zusätzlich daneben eine Geldstrafe verhängen, wenn sich der Täter auf Grund des strafbaren Verhaltens bereichert hat.[1524]

1.1 Die Bestrafung des Arbeitgebers nach Art 218 f Strafgesetzbuch wegen des Verstoßes gegen die Rechte von Arbeitnehmern u.a. wegen des Verstoßes gegen die Meldeverpflichtung des Arbeitnehmers zu den Sozialversicherungen

[1522] Art. 34. „*Ograniczenie wolności” § 1.”(...) kara ograniczenia wolności trwa najkrócej miesiąc, najdłuzej 12 miesięcy;”*

[1523] Art 34 § 2. „*W czasie odbywania kary ograniczenia wolności skazany: 1) nie moze bez zgody sądu zmieniać miejsca stałego pobytu, 2) jest obowiązany do wykonywania pracy wskazanej przez sąd 3) ma obowiązek udzielania wyjaśnień dotyczących przebiegu odbywania kary.”*

[1524] § 2. „*Sąd może wymierzyć grzywnę także obok kary pozbawienia wolności wymienionej w art. 32 pkt 3, jeżeli sprawca dopuścił się czynu w celu osiągnięcia korzyści majątkowej lub gdy korzyść majątkową osiągnął.”*

Kapitel XXVIII des polnischen Strafgesetzbuches ist Straftaten gewidmet, welche gegen Rechte von Personen, welche eine entgeltliche Beschäftigung ausüben, verstoßen und normiert in diesem Sinne entsprechende Geld- und Freiheitsstrafen.[1525]

Gemäß § 1 des Art 218 des polnischen Strafgesetzbuches[1526] soll über einen Arbeitgeber eine Geldstrafe, Freiheitsbeschränkung oder eine Freiheitstrafe bis zu zwei Jahren verhängt werden, wenn dieser boshaft oder beharrlich die Rechte eines Arbeitnehmers, welche sich auf Grundlage des Arbeitsverhältnisses bzw. aus dem Sozialversicherungsrecht ergeben, verletzt.[1527]

Wird der Arbeitgeber auf Grund eines Gerichtsurteils verpflichtet den Lohn auszubezahlen oder eine sonstige Leistung auf Grund des Arbeitsverhältnisses zu erbringen und kommt er dieser gerichtlich auferlegten Verpflichtung nicht nach, ist er gemäß § 3 des Art 218 mit einer Geldstrafe, einer Freiheitseinschränkung oder einer Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren zu bestrafen.[1528]

Ein Verstoß des Arbeitgebers gegen die Meldepflicht des Arbeitnehmers zu den Sozialversicherungen oder die Angabe von falschen Daten, welche Einfluss auf den Sozialversicherungsanspruch oder auf dessen Höhe haben, zieht eine gerichtliche Strafbarkeit des Arbeitgebers gemäß Art 219 nach sich. Über den Arbeitgeber ist eine Geldstrafe, Freiheitsbeschränkung oder Freiheitstrafe bis zu zwei Jahren zu verhängen, auch wenn der Arbeitnehmer dieser gesetzwidrigen Vorgangsweise zugestimmt hat.[1529]

Im Vergleich zu den Rechtsordnungen Österreichs und Deutschlands ist in der polnischen Rechtsordnung keine Qualifikation hinsichtlich der Bestrafung von Arbeitgebern, die ihre Arbeitnehmer unter besonders ausbeuterischen Arbeitsbedingungen arbeiten lassen. Genausowenig ist für die Begründung der Strafbarkeit des Verstoßes gegen die Meldeverpflichtung eine größere Anzahl von nichtgemeldeten Arbeitnehmern notwendig. Die Strafbarkeit wegen der unterlassenen Meldung des Arbeitnehmers zu den Sozialversicherungen wir unabhängig von der Anzahl der nichtgemeldeten Arbeitnehmer begründet.

1.2 Die Strafbarkeit wegen der Vereitelung einer Kontrolle

Gemäß Art 225 § 2 ist über eine Person, die eine Kontrolle durch die staatliche Arbeitsinspektion vereitelt oder die Verrichtung von deren Diensttätigkeit erschwert, eine Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren zu verhängen.[1530]

Diese erhebliche Sanktion, bei Vereitelung einer Kontrolle eine Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren verhängen zu können, stellt einen großen Unterschied zu den Rechts-

---

[1525] Rozdział XXVIII: *„Przestępstwa przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową"*

[1526] Ustawa z dnia 06.06.1997 r. Kodeks karny (=polnisches Strafgesetzbuch) idF Dz.U. z 2010 r. Nr 7, poz. 46.

[1527] Art. 218. *(„Naruszenie praw pracowniczych") § 1. „Kto, wykonując czynności w sprawach z zakresu prawa pracy i ubezpieczeń społecznych, złośliwie lub uporczywie narusza prawa pracownika wynikające ze stosunku pracy lub ubezpieczenia społecznego. podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2."*

[1528] § 3. *„Osoba określona w § 1, która będąc zobowiązana orzeczeniem sądu do wypłaty wynagrodzenia za pracę lub innego świadczenia ze stosunku pracy, obowiązku tego nie wykonuje – podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 3."*

[1529] Art. 219. *(„Naruszenie przepisów prawa o ubezpieczeniach społecznych") „Kto narusza przepisy prawa o ubezpieczeniach społecznych, nie zgłaszając, nawet za zgodą zainteresowanego, wymaganych danych albo zgłaszając nieprawdziwe dane mające wpływ na prawo do świadczeń albo ich wysokość, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2."*

[1530] § 2. *„Tej samej karze podlega, kto osobie uprawnionej do kontroli w zakresie inspekcji pracy lub osobie przybranej jej do pomocy udaremnia lub utrudnia wykonanie czynności służbowej."*

ordnungen Österreichs und Deutschlands dar. In Österreich bzw. Deutschland sind derartige Verstöße „lediglich" mit Geldstrafen sanktioniert.

In Österreich ist z.B. eine Behinderung, Verhinderung oder Gefährdung einer Kontrolle nach dem AuslBG mit einer Geldstrafe von mindestens 2.500 EURO bis zu 8.000 EURO i.S.d. § 28 Abs 1 Z 2 lit c bis f AuslBG zu sanktionieren.[1531]

Für die Qualifikation als Behinderung einer Kontrolle reicht bereits aus, wenn der Arbeitgeber die Kontrollorgane auffordert, sich von der Arbeitsstätte zu entfernen.[1532]

Behindert, erschwert oder verhindert der Arbeitgeber jedoch eine Kontrolle auf Grund des Lohndumpinggesetztes, so drohen ihm nach den neuen Bestimmungen im AVRAG, welche mit 01.07.2011 in Kraft getreten sind, Strafen von 500 EURO bis 5.000 EURO, welche im Wiederholungsfall verdoppelt werden können.

In Deutschland werden ebenfalls hohe Geldbußen in diesem Zusammenhang angedroht.

Gemäß § 8 Abs 2 Nr 3a SchwarzArbG und nach § 23 Abs 1 Nr 2 und 3 AEntG sind Sanktionen bis zu 500.000 EURO zu verhängen, wenn ein Arbeitgeber, Arbeitnehmer, Auftraggeber i.S.d. § 2 UStG oder Dritter (bei dem der Arbeitnhmer tätig ist), eine Prüfung der Zollverwaltung nach § 2 Abs 1 SchwarzArbG nicht duldet oder an einer solchen nicht mitwirkt (Nichterteilung von erheblichen Auskünften, Nichtvorlage der in § 3 f SchwarzArbG, sowie § 17 Satz 1 AEntG genannten Unterlage, Nichtzulassung des Betretens von Geschäftsräumen bzw. Grundstücken).

Gemäß § 8 Abs 2 Nr 3b SchwarzArbG sind Sanktionen bis zu 1.000 EURO zu verhängen, wenn ein Auftraggeber, der nicht Unternehmer i.S.d. § 2 UStG ist*, vorsätzlich oder fahrlässig entgegen § 5 Abs. 2 Satz 1 eine Prüfung der Zollverwaltung nach § 2 Abs 1 SchwarzArbG nichrt duldet oder an einer solchen nicht mitwirkt* (z.B. Verweigerung der Auskunftserteilung, Nichtvorlage von Unterlagen).

Hierbei müssen jedoch die Vernehmungsverbote, das Aussageverweigerungsrecht und das Zeugenentschlagungsrecht i.S.d. *„nemo tenetur – Prinzips"* beachtet werden, was vielfach den Kontrollorganen Schwierigkeiten bei der Feststellung des wahren Sachverhaltes bereiten wird.[1533]

Die Androhung der Verhängung einer erheblichen Freiheitsstrafe, bereits am Anfang des Prüfungsprozederes, ist meiner Meinung nach wichtig, doch stellt sich die Frage, ob die Verhängung derart hoher Freiheitssanktionen, wie in der polnischen Rechtsordnung vorgesehen, überhaupt mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in Einklang zu bringen ist. Andererseits ist es nicht so abwegig, bereits dort hohe Sanktionen anzudrohen, wo Kontrollen von Anfang an vereitelt werden könnten und die Ermittlung des Sachverhalts gar nicht möglich wird, obwohl grobe gesetzliche Verstöße in dem zu kontrollierenden Unternehmen praktiziert werden. Derart hohe Sanktionen sollen dazu dienen, die Erforschung des wahren Sachverhalts durch die Kontrollorgane zu ermöglichen und so gesetzwidrige Verhaltensweisen zu unterbinden.

[1531] *Schrank,* Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, 34. Auflage, Graz, 2011, S. 82/XI; *Houf/Lehner,* KIAB-Kontrollen, Wien, 2008, Rz 26 und Rz 356; *Stary*, Kontrolle illegaler Arbeitnehmerbeschäftigung aus Sicht des BMF, ÖStZ 2006/1127, Heft 24 vom 15.12.2006, S. 544.

[1532] VwGH vom 30.06.1994, 93/09/0491, VwSlg 14093 A/1994.

[1533] *Houf/Lehner,* KIAB-Kontrollen, Wien, 2008, Rz 380-392.

2 Zu den arbeitsrechtlichen Sanktionen

2.1 Die Bestrafung wegen der Beschäftigungen ohne Arbeitsvertrag

Stellt der Arbeitsinspektor, der für die Bekämpfung von Schwarzarbeit in Polen zuständig ist, das Fehlen eines schriftlichen Arbeitsvertrages oder zumindest das Fehlen einer schriftlichen Bestätigung über die Art und die Bedingungen der Arbeitsvereinbarung, welche spätestens am ersten Arbeitstag dem Arbeitnehmer zu übergeben ist, fest, kann er über die dafür verantwortliche Person ein Strafmandat zwischen 1.000 zł und 30.000 zł gemäß Art 281 Punkt 2 i.V.m. Art 29 § 2 Arbeitsgesetzbuch[1534] verhängen.[1535] Um sich die Höhe der Strafe vorstellen zu können ist zu erwähnen, dass der Wechselkurs am 24.05.2013 für 1 EURO 4.21 PLN zł betragen hat.

Eine gleich hohe Geldbuße kann der Arbeitsinspektor nach Art 281 Punkt 5 Arbeitsgesetzbuch über einen Arbeitgeber verhängen, welcher gegen die Arbeitszeitbestimmungen verstößt.[1536]

2.2 Zu den Sanktionen wegen Beschäftigung oder Beauftragung eines Ausländers

Gemäß Art 120 Z 1 des Gesetzes über Beschäftigungsförderung und Arbeitsmarktinstitutionen[1537] ist über eine Person, die einen Ausländer beschäftigt oder beauftragt eine Geldstrafe von Minimum 3.000 zł zu verhängen.[1538] Eine derartige Strafhöhe ist im Vergleich zur Rechtsordnung Österreichs und Deutschlands sehr niedrig.

Auch über den Ausländer kann gemäß Art 120 Z 2 des Gesetzes über Beschäftigungsförderung und Arbeitsmarktinstitutionen eine Geldstrafe von mindestens 1.000 zł verhängt werden.[1539] Die Bestrafung des ausländischen Arbeitnehmers stellt im Vergleich zur Rechtsordnung Österreichs ein wesentliches Unterscheidungsmerkmal dar.

Weiters hat der Wojewode gemäß Art 88k des Gesetzes über Beschäftigungsförderung und Arbeitsmarktinstitutionen die Möglichkeit, dem Ausländer seine Arbeitsgenehmigung zu entziehen, wenn dieser eine Tätigkeit, die nicht mit dem Inhalt der Arbeitserlaubnis übereinstimmt, ausführt oder wenn die Voraussetzungen für die Erteilung der Berechtigung zur Ausübung der Arbeitstätigkeit weggefallen sind oder wenn der Ausländer gegen Normen des Arbeitsrechtes verstößt.[1540]

Nach Art 120 Z 3 ist weiters derjenige mit einer Geldstrafe bis zu 10.000 zł zu bestrafen, der den Ausländer in die Irre führt und diesen Irrtum oder auch die arbeitsrecht-

---

[1534] Kodeks pracy (Arbeitsgesetzbuch vom 26.06.1974), Ustawa z dnia 26.06.1974 r. Dz.U. Nr 24, Poz. 141 idF idF 2011 r. Nr 144, poz. 855; Art 29 § 2: „*Umowę o pracę zawiera się na piśmie. Jeżeli umowa o pracę nie została zawarta z zachowaniem formy pisemnej, pracodawca powinien, najpóźniej w dniu rozpoczęcia pracy przez pracownika, potwierdzić pracownikowi na piśmie ustalenia co do rodzaju umowy oraz jej warunków.*"

[1535] Art. 281. „*Kto, będąc pracodawcą lub działając w jego imieniu: 2) nie potwierdza na piśmie zawartej z pracownikiem umowy o pracę, - podlega karze grzywny od 1.000 zł do 30.000 zł.*"

[1536] „5) *narusza przepisy o czasie pracy.*"

[1537] Ustawa z dnia 20.04.2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy (Gesetz vom 20.04.2004 über die Beschäftigungsförderung und Arbeitsmarktinstitutionen), Dz. U. Nr 99, Poz. 1001 idF Nr 257, poz 1725 vom 01.02.2011.

[1538] Z 1: „*Kto powierza cudzoziemcowi nielegalne wykonywanie pracy podlega karze grzywny nie niższej niż 3.000 zł.*"

[1539] Z 2: „*Cudzoziemiec, który nielegalnie wykonuje pracę, podlega karze grzywny nie niższej niż 1.000 zł.*"

[1540] Encyklopedia Prawa, Wydawnictwo C.H.Beck, Warszawa, 3. Auflage, 2004, S. 996.

liche Abhängigkeit des Ausländers und dadurch den Ausländer zu einer illegalen Tätigkeit verleitet.[1541]

Nach Ziffer 4 ist derjenige mit einer Geldbuße von mindestens 3.000 zł zu bestrafen, der von einem Ausländer für die Erlangung einer arbeitsmarktrechtlichen Arbeitserlaubnis oder eines anderen Dokuments, welches den Ausländer zur Arbeitsausübung berechtigt, einen geldwerten Vorteil verlangt.[1542]

Eine derartige vergleichbare Bestimmung findet man weder in der österreichischen noch in der deutschen Rechtsordnung.

Ziffer 4 stellt ein Spezifikum im Vergleich zu der Rechtsordnung Österreichs oder Deutschlands dar, da diese Rechtsordnungen derartige Sachverhalte nicht explizit sanktionieren.

Nach Ziffer 5 ist derjenige mit einer Geldstrafe bis zu 10.000 zł zu bestrafen, der durch Irreführung bzw. Ausnützung eines Irrtums eine dritte Person dazu verleitet eine Tätigkeit durch einen illegalen Ausländer ausführen zu lassen.[1543]

Auf Grund des Gesetzes[1544] vom 15.06.2012 über die Rechtsfolgen der Beschäftigung von Ausländern, welche sich entgegen den gesetzlichen Bestimmungen illegal auf polnischem Staatsgebiet aufhalten, wurde der Art 120a angefügt.

Dieser normiert die Straffreiheit des Arbeitgebers unter bestimmten Voraussetzungen und sieht vor, dass derjenige nicht dem Straftatbestand des Art 120 unterliegen soll, der die Normen nach Art 2 und 3 des Gesetzes vom 15.06.2012, also vor Aufnahme der Beschäftigung durch den Ausländer sich einen gültigen Aufenthaltstitel vorlegen lässt und eine Kopie dieses während der gesamten Tätigkeit des Ausländers aufbewahrt, einhält und weiters den Ausländer auch zu den Sozialversicherungen meldet.[1545]

Mit der Novellierung des Gesetzes über die Staatliche Arbeitsinspektion per 08.08.2011 wurde den Arbeitsinpektoren in den Fällen des Art 120 Z 2-3 und 5-6 die selbständige Kompetenz zur Verhängung von Geldstrafen in Form eines Strafmandates bei illegaler Ausländerbeschäftigung – über den Arbeitgeber oder Ausländer - gewährt, anstatt wie vormals, wo diese – im Falle einer illegalen Beschäftigung – lediglich die Möglichkeit hatten, einen Antrag auf Verurteilung bei Gericht zu stellen.[1546]

[1541] Z 3: *„Kto za pomocą wprowadzenia cudzoziemca w błąd, wyzyskania błędu, wykorzystania zależności służbowej lub niezdolności do należytego pojmowania przedsiębranego działania doprowadza cudzoziemca do nielegalnego wykonywania pracy, podlega karze grzywny do 10.000 zł."*

[1542] Z 4: *„Kto żąda od cudzoziemca korzyści majątkowej w zamian za podjęcie działań zmierzających do uzyskania zezwolenia na pracę lub innego dokumentu uprawniającego do wykonywania pracy, podlega karze grzywny nie niższej niż 3.000 zł."*

[1543] *„Kto za pomocą wprowadzenia w błąd, wyzyskania błędu lub niezdolności do należytego pojmowania przedsiębranego działania doprowadza inną osobę do powierzenia cudzoziemcowi nielegalnego wykonywania pracy, podlega karze grzywny do 10.000 zł."*

[1544] Ustawa z dnia 15.06.2012 o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, Dz. U. z 2012 r. poz. 769.

[1545] Art 120a: *„Nie podlega karze za wykroczenie określone w art. 120 ust. 1, polegające na powierzeniu wykonywania pracy cudzoziemcowi nieposiadającemu ważnej wizy lub innego dokumentu uprawniającego do pobytu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, kto powierzając wykonywanie pracy cudzoziemcowi, spełnił łącznie następujące warunki: 1) wypełnił obowiązki, o których mowa w art. 2 i art. 3 ustawy z dnia 15 czerwca 2012 r. o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. poz. 769), chyba że wiedział, że przedstawiony dokument uprawniający do pobytu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej został sfałszowany; 2) zgłosił cudzoziemca, któremu powierzył wykonywanie pracy, do ubezpieczeń społecznych, o ile obowiązek taki wynika z obowiązujących przepisów."*

[1546] *„nakładanie przez inspektorów pracy grzywien w drodze mandatu karnego za niektóre wykroczenia (art. 120 ust. 2–3 i 5–6), określone w ustawie z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy, a nie tylko, jak w*

Weiters haben die Arbeitsinspektoren die Verpflichtung, gemäß Art 37 Abs 2 Z 3 des Gesetzes vom 13.04.2007 über die Polnische Arbeitsinspektion[1547], die Grenzpolizei über die Verletzung von den ausländerbeschäftigungsrechtlichen Bestimmungen zu informieren.

In weiterer Folge droht dem - sich auf polnischem Staatsgebiet unrechtmäßig aufhaltenden - Ausländer gemäß Art 97 Abs 1 und Art 98 Abs 1 des Ausländergesetzes die Ausweisung aus Polen.[1548]

Die Kosten der Ausweisung hat jedoch im Falle der Ausweisung wegen Verletzungen der Bestimmungen über die illegale Ausländerbeschäftigung nach dem Gesetz vom 20.04.2004 über Beschäftigungsförderung und Arbeitsmarktinstitutionen[1549] gemäß Art 96 Abs 3 des Ausländergesetzes der illegal beschäftigende Arbeitgeber zu tragen.[1550]

2.3 Zu den Sanktionen bei illegaler Arbeitskräfteüberlassung und Entsendung von ausländischen Arbeitnehmern nach Polen

Zwar gibt es in Polen auch ein eigenes Arbeitskräfteüberlassungsgesetz, jedoch sind in diesem keine eigenen Sanktionen normiert, die über den Überlasser oder Beschäftiger verhängt werden sollen.

Nach der polnischen Rechtslage werden derartige Verstöße auf Grundlage der Bestimmungen des Arbeitsgesetz bestraft.

Der Überlasser hat bei den jeweiligen Verstößen – wie ein Arbeitgeber – nach den jeweiligen Normen des Arbeitsrechtsgesetz bestraft zu werden bzw. drohen ihm auch gerichtliche Strafsanktionen. Hierbei wird auf die Ausführungen in den einzelnen Kapiteln zur Arbeitgeberstrafbarkeit verwiesen.

Auch der Beschäftiger hat im Falle der Nichteinhaltung – in verpflichtenden Bestimmungen – nach dem Arbeitsrechtskodex bestraft zu werden.

Nach Meinung der polnischen Arbeitsinspektoren müsste der Strafkatolog des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes erweitert werden, um Verstöße der illegalen Arbeitskräfteüberlassung erfolgversprechend verfolgen zu können.[1551]

Zum Beispiel wird – nach der jetzigen Rechtslage – der überlassenen Arbeitskraft das Anvertrauen einer anderen Tätigkeit als einer der im Art 2 Punkt 3 des AÜG aufgelisteten nicht sanktioniert und ist auch das Übeschreiten des zeitlich zulässigen Zeitrahmens der Arbeitskräfteüberlassung zugunsten eines Beschäftigers nicht strafbar.[1552]

---

poprzednim stanie prawnym, wyłącznie kierowanie w tych sprawach wniosków o ukaranie do sądu." Tomczyk, Sprawozdanie GIP z działalności PIP w 2011 roku, Warzawa, 2012, S. 125.

[1547] Ustawa z dnia 13.04.2007 r. O Państwowej Inspekcji Pracy (Staatliche Arbeitsinspektion), Dziennik Ustaw z 2007 r. Nr 89 poz. 589 idF Dz. U. z 2010 r. Nr 109, poz. 708, Nr 128, poz. 1228, Nr 238, poz. 1578, Nr 257, poz. 1725, Dz. U. z 2012 r. poz. 404.

[1548] Ustawa z 13.06.2003 o cudzoziemcach (= Ausländergesetz) idF Dz. U. z 2006 r. Nr. 234, poz. 1694.

[1549] Ustawa z dnia 20.04.2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy (Gesetz vom 20.04.2004 über die Beschäftigungsförderung und Arbeitsmarktinstitutionen), Dz. U. Nr 99, Poz. 1001 idF Nr 257, poz 1725 vom 01.02.2011.

[1550] *Baranowska-Skimina,* Nielegalne zatrudnianie cudzoziemców, Artykuł z 25.07.2009, www.firma.egospodarka.pl/42860,Nielegalne-zatrudnianie-cudzoziemcow,1,47,1.html.

[1551] *„W ocenie inspektorów pracy, ograniczenie nieprawidłowości dotyczących praw pracowników tymczasowych wymaga rozszerzenia katalogu sankcji z tytułu naruszenia przepisów ustawy z dnia 9 lipca 2003 r. o zatrudnianiu pracowników tymczasowych." Tomczyk,* Sprawozdanie GIP z działalności PIP w 2011 roku, Warzawa, 2012, S. 130.

[1552] *„Przykładowo, w obecnym stanie prawnym nie jest sankcjonowane powierzanie pracownikowi tymczasowemu zadań o innym charakterze niż wyszczególnione w art. 2 pkt 3 ww. ustawy — pozostających w sprzeczności z definicją pracy*

Da die Überlassung von Arbeitskräften in Polen zumeist durch Arbeitsagenturen erfolgt, ist die Untersagung der Ausübung deren Tätigkeit, sicherlich eine effektive Sanktion – im Falle des Verstoßes gegen die gesetzlichen Bestimmungen in Zusammenhang mit der Überlassung von Arbeitskräften.[1553]

Im Vergleich zu den Rechtsordnungen Österreichs und Deutschlands ist somit ein wesentlicher Unterschied die mangelhafte Aufzählung von Sanktionen im Arbeitskräfteüberlassungsgesetz, welche zumal strenger angesetzt sind als die Bestrafung des „gewöhnlichen" Arbeitgebers im zweipersonalem Verhältnis.

Hier besteht in Polen sicherlich noch ein Nachholbedarf.

3 Zu den sozialversicherungsrechtlichen Sanktionen

Entdeckt der Arbeitsinspektor während einer Kontrolle, dass ein Arbeitnehmer bzw. Auftragnehmer nicht zu den Sozialversicherungen gemeldet wurde, hat er die Verpflichtung die entsprechende Gebietskrankenkassa darüber zu informieren, weil Arbeitsinspektoren diesbezüglich keine Sanktionsbefugnisse zukommen.[1554] Sämtliche Ergebnisse der durchgeführten Kontrollen sind den Sozialversicherungsträgern auf deren Antrag nach Art 96 Abs 2 des Gesetzes über das Sozialversicherungssystem[1555] auszuhändigen.[1556]

Auf Grundlage dieser erlangten Informationen haben die Sozialversicherungen die entsprechenden gesetzesgemäßen Schritte vorzunehmen und Strafen zu verhängen.

Der Sozialversicherungsträger hat gemäß Art 98 Abs 1 des Gesetzes über das Sozialversicherungssystem bei bestimmten Verstößen, die Erscheinungsformen der Schwarzarbeit darstellen, eine Geldstrafe - pro nicht gemeldetem Arbeitnehmer - von bis zu 5.000 zł über den Beitragszahler oder eine in dessen Namen handelnde verpflichtete Person, zu verhängen.[1557] Insbesondere in nachstehenden Fällen:

Wenn der Verpflichtung zur Abfuhr der nach diesem Gesetz verpflichtenden Sozialversicherungsbeiträge bis zum gesetzlich vorgesehenen Zeitpunkt nicht nachgekommen wird. (Z1)[1558]

---

tymczasowej, zatrudnianie na stanowiskach, na których zgodnie z ustawą praca tymczasowa nie może być powierzana (np. przy pracach szczególnie niebezpiecznych), a także przekraczanie dopuszczalnego okresu wykonywania pracy tymczasowej na rzecz jednego pracodawcy użytkownika." Tomczyk, Sprawozdanie GIP z działalności PIP w 2011 roku, Warzawa, 2012, S. 130.

[1553] „(...) *o naruszeniach warunków prowadzenia agencji zatrudnienia, zawartych w przepisach o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy. Z uzyskanych informacji zwrotnych wynika, że w następstwie tych powiadomień 22 podmioty zostały wykreślone z rejestru podmiotów świadczących usługi agencji zatrudnienia. Na podstawie zawiadomień przekazanych w 2010 r. status agencji utraciło 28 podmiotów." Tomczyk,* Sprawozdanie GIP z działalności PIP w 2011 roku, Warzawa, 2012, S. 128.

[1554] „*Niezgłoszenie pracownika do ubezpieczenia społecznego nie należy do wykroczeń sankcjonowanych przez organy Państwowej Inspekcji Pracy. Nie jest to jednak równoznaczne z uniknięciem ewentualnych kłopotów razie stwierdzenia uchybienia w tym zakresie inspektor pracy przekazuje informację do właściwego organu, tj. do Zakładu Ubezpieczeń Społecznych, a ten rozpoczyna stosowną procedurę we własnym zakresie."* eGospodarka.pl, Praca na czarno a kontrola PIP i jej konsekwencje, 28.07.2009,
http://www.prawo.egospodarka.pl/42842,Praca-na-czarno-a-kontrola-PIP-i-jej-konsekwencje,1,34,3.html

[1555] Ustawa z dnia 13.10.1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (Sozialversicherungsgesetzbuch), Dziennik Ustaw z 1998 r. Nr 137 poz. 887 idF Dz. U. z 2011 r. Nr 45, poz. 235, Nr 75, poz. 398, Nr 138, poz. 808.

[1556] Art 96 Z 2. „*Organy kontroli, rewizji i inspekcji działające w administracji rządowej i samorządzie terytorialnym są zobowiązane do udostępniania Zakładowi, na jego wniosek, wyników kontroli przeprowadzonych przez te organy."*

[1557] *Art 98 Z 1. „Kto, jako płatnik składek albo osoba obowiązana do działania w imieniu płatnika."*

[1558] 1) „*nie dopełnia obowiązku opłacania składek na ubezpieczenia społeczne w przewidzianym przepisami terminie."*

Wenn die, auf Grund dieses Gesetzes, verlangten Daten nicht gemeldet, oder falsche Angaben gemacht werden, oder hinsichtlich derartiger Angelegenheiten unrichtige Erklärungen abgegeben werden, oder deren Abgabe verweigert wird. (Z 2)[1559]

Wenn die Durchführung einer Kontrolle vereitelt oder erschwert wird. (Z 3)[1560]

Wenn der Verpflichtung zur Auszahlung der Sozialversicherungsleistungen nicht nachgekommen wird, oder diese nicht gesetzeskonform ausbezahlt werden. (Z 4)[1561]

Wenn keine entsprechende Dokumentation hinsichtlich der Berechnung der Versicherungsbeiträge und der Auszahlung der Leistungen aus den Sozialversicherungen geführt wird. (Z 5)[1562]

Darüber hinaus hat der Arbeitgeber, welcher den Arbeitnehmer schwarz beschäftigt hat, die ausstehenden Beträge zu den Sozialversicherungen, sowie die einbehaltene und nicht abgeführte Einkommenssteuer rückwirkend zu entrichten.[1563]

Die Arbeitsinspektoren haben jedoch im Falle, dass die Arbeitskraft nicht vom Arbeitgeber zu den Sozialversicherungen gemeldet wird, diesen Verstoß als Vergehen nach Art 122 Punkt 2 (= Nichtmeldung der erforderlichen Daten, welche Einfluss auf das Ausmaß des Beitrages zum Arbeitsfond haben) des Gesetzes über Beschäftigungsförderung und Arbeitsmarktinstitutionen[1564] zu werten. In diesem Fall stellt das Arbeitsinspektorat einen Antrag auf Verurteilung des Verantwortlichen ans Gericht und drohen diesem darüber hinaus eine Geldstrafe von 3.000 zł bis 5.000 zł und prüft das Gericht weiters, ob nicht die Voraussetzungen einer gerichtlichen Verurteilung nach Art 219 des StGB wegen des Straftatbestandes der Nichtmeldung des Arbeitnehmers zu den Sozialversicherungen vorliegen.

Weiters hat auch der Arbeitnehmer in Polen, welcher zum Zeitpunkt, als er bei der Schwarzarbeit betreten wird, arbeitslos gemeldet war und das zuständige Arbeitsamt darüber nicht informiert hat, mit Konsequenzen zu rechnen.[1565]

Gemäß Art 119 Abs 2 des Gesetzes über Arbeitsförderung und Arbeitsmarktinstitution kann eine Geldstrafe i.H.v. 500 zł bis 5.000 zł über den Arbeitnehmer verhängt werden.[1566]

[1559] 2) *„nie zgłasza wymaganych ustawą danych lub zgłasza nieprawdziwe dane albo udziela w tych sprawach nieprawdziwych wyjaśnień lub odmawia ich udzielenia."*

[1560] 3) „*udaremnia lub utrudnia przeprowadzenie kontroli."*

[1561] 4) „*nie dopełnia obowiązku wypłacania świadczeń z ubezpieczeń społecznych i zasiłków finansowanych z budżetu państwa albo wypłaca je nienależnie."*

[1562] 5) „*nie prowadzi dokumentacji związanej z obliczaniem składek oraz z wypłatą świadczeń z ubezpieczeń społecznych, (...)"*

[1563] *„Pozwoli to osobie dotychczas zatrudnionej „na czarno", dochodzić od pracodawcy zapłaty zaległych odsetek na ubezpieczenia społeczne oraz niewpłaconych zaliczek na podatek dochodowy." Amielanczyk*, Praca na czarno i jej konsekwencje (dt: Schwarzarbeit und ihre Konsequenzen) in prawnikow.pl vom 18.02.2010.

[1564] Ustawa z dnia 20.04.2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy (Gesetz vom 20.04.2004 über die Beschäftigungsförderung und Arbeitsmarktinstitutionen), Dz. U. Nr 99, Poz. 1001 idF Nr 257, poz 1725 vom 01.02.2011.

[1565] *„Niemiłe konsekwencje kontroli PIP odczuje pracownik, który z chwilą zatrudnienia go „na czarno" był zarejestrowany jako bezrobotny i o podjęciu zatrudnienia lub innej pracy zarobkowej nie zawiadomił w terminie 7 dni właściwego powiatowego urzędu pracy. Wspomnianą karę wymierza sąd w oparciu o wniosek o ukaranie skierowany przez inspektora PIP."* eGospodarka.pl, Praca na czarno a kontrola PIP i jej konsekwencje, 28.07.2009, http://www.prawo.egospodarka.pl/42842,Praca-na-czarno-a-kontrola-PIP-i-jej-konsekwencje,1,34,3.html

[1566] *„W takim przypadku pracownicza kieszeń może uszczuplić się o kwotę grzywny, która oscyluje między 500 zł a 5 000 zł" (art. 119 ust. 2 ustawy o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy);* siehe auch: *Amielanczyk*, Praca na czarno i jej konsekwencje (dt: Schwarzarbeit und ihre Konsequenzen) in prawnikow.pl vom 18.02.2010.

Auch wird gleichzeitig die Finanzstrafbehörde verständigt, da diesfalls ein begründeter Verdacht besteht, dass gegen steuerrechtliche Normen, wie z.B. die Nichtabführung der Lohnsteuer, verstoßen wurde. Da die Verpflichtung zur Abführung der Lohnsteuer jedoch den Arbeitgeber trifft, hat Arbeitnehmer diesbezüglich mit keinen rechtlichen Konsequenzen zu rechnen.[1567]

4 Zu den finanzstrafrechtlichen Sanktionen

Da - nach der polnischen Rechtslage - Verstöße gegen finanzrechtliche Normen im Zusammenhang mit der Beschäftigung nicht unter den gesetzlichen Straftatbestand der illegalen Beschäftigung zu subsumieren sind, werden die finanzrechtlichen Sanktionen in dieser Arbeit nur angeschnitten.

Es sei lediglich die Bestimmung des Art 77 FinStrG zu erwähnen. Für dier Erfüllung des Tatbestandes Art 77 reicht aus, dass es der Arbeitgeber unterlässt die einbehaltenen Steuer an die Finanzbehörden abzuführen.[1568]

Der Tatbestand besteht in dem rechtswidrigen Nichtabführen der geschuldeten Steuer durch den Arbeitgeber.[1569]

Der Tatbestand kann entweder als Finanzvergehen oder als Finanzstraftat (Verbrechen) qualifiziert werden. Die Qualilifikation hängt von der Höhe des rechtswidrig nichtabgeführten Betrages ab, wobei dieser bei 8.000 zł liegt.[1570]

Finanzvergehen werden, nach § 3 des Art 77, mit einer Geldstrafe, die per 01.01.2013 erheblich erhöht wurde, von 160 zł bis 32.000 zł sanktioniert.[1571]

Für die gerichtliche Straftat des Finanzverbrechens droht dem Arbeitgeber nach § 1 des Art 77 eine Geldstrafe in der Höhe von bis zu 720 Tagessätzen oder ist eine Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren zu verhängen.[1572]

Die Verhängung einer Geldstrafe und einer Freiheitsstrafe kann auch kumulativ nebeneinander erfolgen. Auch in Österreich besteht die Möglichkeit der kumulativen Verhängung der Geldstrafe einerseits und Freiheitsstrafe andererseits.

[1567] *„Ujawnienie że dana osoba pracuje nielegalnie wiąże się ze skierowaniem zawiadomienia do urzędu kontroli skarbowej. W takiej sytuacji istnieje bowiem uzasadnione podejrzenie, że naruszone zostały przepisy prawa podatkowego (nieodprowadzanie podatku dochodowego).”* eGospodarka.pl, Praca na czarno a kontrola PIP i jej konsekwencje, 28.07.2009, http://www.prawo.egospodarka.pl/42842,Praca-na-czarno-a-kontrola-PIP-i-jej-konsekwencje,1,34,3.html

[1568] *Żujewska,* Fiskus karze za wpłacanie podatków po terminie, Gazeta Podatkowa Nr 102 (934) z dnia 20.12.2012.

[1569] *„Nie ma też znaczenia, czy płatnik fizycznie przejął kwoty stanowiące równowartość nieodprowadzonych należności,” postanowienie SN z dnia 2 sierpnia 2002 r.,* sygn. akt IV KKN 426/98.

[1570] *„Czyn ten może być zakwalifikowany jako przestępstwo skarbowe albo wykroczenie skarbowe. Kwalifikacja zależy od kwoty nieodprowadzonego podatku. Jeżeli w czasie popełniania czynu zabronionego nie przekracza ona 7.500 zł (w 2013 r. – 8.000 zł), to mamy do czynienia z wykroczeniem skarbowym. Jeżeli ta kwota jest wyższa – zostało popełnione przestępstwo skarbowe.”*

[1571] § 3. *„Jeżeli kwota niewpłaconego podatku nie przekracza ustawowego progu, sprawca czynu zabronionego określonego w § 1 podlega karze grzywny za wykroczenie skarbowe.”*

[1572] Art.77. *„§ 1. Płatnik lub inkasent, który pobranego podatku nie wpłaca w terminie na rzecz właściwego organu, podlega karze grzywny do 720 stawek dziennych albo karze pozbawienia wolności do lat 3, albo obu tym karom łącznie.”*

IV Besondere Verantwortungen in spezifischen Konstellationen

1 Einführung

Grundsätzlich hat der Arbeitgeber, also derjenige welchem der Arbeitnehmer zur Arbeitsleistung verpflichtet ist, wegen Schwarzarbeit und illegaler Beschäftigung bestraft zu werden.[1573]

Der Arbeitgeber ist nämlich derjenige, der für die rechtmäßige Durchführung der arbeitsrechtlichen und sozialversicherungsrechtlichen Bestimmungen verantwortlich ist und dem Bestätigungspflichten im Leistungsrecht treffen.[1574]

Hinsichtlich der Sozialversicherungsabgaben drohen dem Arbeitgeber hohe Nachzahlungsbeträge und Beitragszuschläge nach dem ASVG und bei Erfüllung des Tatbestandes des § 153e StGB auch strafrechtliche Sanktionen. Die Folge einer gerichtlichen Verurteilung wegen des § 153e StGB oder wegen eines Finanzstrafdeliktes, ist der Ausschluss von einer weiteren Gewerbeausübung und die Entziehung des Gewerbescheins durch die Gewerbebehörde.[1575]

Unter finanzstrafrechtlichen Aspekten wird der Arbeitgeber die Steuern nachzahlen müssen. Der Arbeitgeber ist nämlich hinsichtlich der Lohnsteuer abfuhrpflichtig und hinsichtlich der Dienstgeberbeiträge zum Familienausgleichfond abgabepflichtig.[1576]

Da nur dieser als Täter in Betracht kommen kann, handelt es sich bei der Bestimmung § 33 Abs 2 lit b FinzStrG um ein Sonderdelikt.[1577]

Aus finanzrechtlicher Sicht können dem Arbeitgeber auch Säumniszuschläge, Verspätungszuschläge und eventuell auch Anspruchszinsen nach § 205 BAO vorgeschrieben werden.[1578] Außerdem wird bei der Lohnsteuerhinterziehung ein Verfahren bei der Finanzstrafbehörde bzw. bei einem hinterzogenen Betrag über 100.000 EURO ein gerichtliches Finanzstrafverfahren eingeleitet.

Bei Beschäftigung eines Arbeitslosen drohen dem Arbeitgeber, der davon Kenntnis hatte, ebenfalls Sanktionen nach dem AlVG. Hat der Dienstgeber keine rechtzeitige Meldung an die Gebietskrankenkasse erstattet, so ist ihm vom AMS, wie bereits in einem Vorkapitel behandelt, ein Sonderbeitrag in der doppelten Höhe des Dienstgeber- und Dienstnehmerbeitrages zur Arbeitslosenversicherung für die Dauer von sechs Wochen vorzuschreiben.

Neben dem Arbeitgeber, als klassischen Fall des zu bestrafenden Täters, haben in spezifischen Konstellationen auch andere Rechtsubjekte mit Sanktionen zu rechnen. Das nachstehende Kapitel IV widmet sich dem Thema der Haftung verschiedener Rechtssubjekte in spezifischen Konstellationen.

[1573] *Radtke* in *Joecks/Miebach* (Hrsg.), Münchner Kommentar zum StGB, Band 5, Rz 9 zu § 266 a StGB.

[1574] *Schrank,* Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, 34. Auflage, Graz, 2011, S. 215.

[1575] *Aicher*, Pfusch/Schattenwirtschaft, Pfusch – Überblick über die Rechtsfolgen von Pfusch im Steuerrecht, 11.01.2010, Portal der WKO http://portal.wko.at/wk/format_detail.wk?AngID=1&StID=453704&DstID=838

[1576] *Reger/Hacker/Kneidinger,* Das Finanzstrafgesetz, Band 1, Wien, 2002, S. 612, Rz 65 zu § 33.

[1577] *Eder-Rieder,* Einführung in das Wirtschaftsstrafrecht, NWV, Wien, Graz, 2010, S. 35 i.V.m S. 201.

[1578] *Leitner/Toif/Brandl,* Österreichisches Finanzstrafrecht Handbuch, 2008, S. 8, Rz 21f.

2 Zu der Verantwortlichkeit der juristischen Person nach dem Verbandsverantwortlichkeitsgesetz (VBVG)[1579]

2.1 Einleitung

Seit Einführung des VbVG mit 01.01.2006 kann auch eine juristische Person, sowohl des Privatrechts als auch des öffentlichen Rechts bzw. eine Personengesellschaft, gerichtlich strafrechtlich verfolgt und bestraft werden.[1580]

Das VbVG sieht erstmals eine strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen und sonstigen rechtsfähigen Organisationen vor und setzt sich über das, sich aus dem § 4 StGB ergebende, *"societas delinquere non potest*" – Prinzip, *„dass eine juristische Person nie straffällig werden kann"*[1581] hinweg.[1582] Bereits mit Erfüllung des Straftatbestandes tritt die Haftung des Verbandes wegen des eingetretenen objektiven Erfolges ein, was nicht im Einklang mit dem Schuldprinzip des Strafrechts nach § 4 StGB steht.[1583]

2.2 Das VbVG versus das *„ne bis in idem Prinzip"* des Art 4 Abs 1 7. ZPEMRK

Die Verbandsverantwortlichkeit nach dem VbVG tritt, nach dem expliziten Wortlaut des § 3 Abs 4 VbVG, zusätzlich zur Strafbarkeit der natürlichen Person, des Entscheidungsträgers oder Mitarbeiters, für dieselbe strafbare Handlung ein, ohne dabei gegen das Doppelbestrafungsverbot, ne bis in idem Prinzip des Art 4 Abs 1 des 7. ZPEMRK zu verstoßen.[1584]

Das Verfahren gegen den Verband und die natürliche Person wird i.d.R. auch, aus verfahrensökonomischen Erwägungen, gemeinsam geführt.[1585]

Somit kann bei Vorliegen aller notwendigen Tatbestandsmerkmale sowohl der Entscheidungsträger und/oder der Mitarbeiter persönlich bestraft als auch zusätzlich über den Verband für das gleiche Delikt eine Geldbuße verhängt werden.

Auch nach herrschender Ansicht und den Gesetzesmaterialien liegt hier keine verbotene Doppelbestrafung vor, weil es sich zwar um die gleiche Straftat handelt, aber um

---

[1579] Bundesgesetz über die Verantwortlichkeit von Verbänden für Straftaten (Verbandsverantwortlichkeitsgesetz – VbVG), BGBl. I Nr. 151/2005 idF BGBl. I Nr. 112/2007.

[1580] *Kert,* Verbandsverantwortlichkeit und Finanzstrafrecht in *Leitner,*(Hrsg.), Finanzstrafrecht 2006, Wien, Linde-Verlag, 2007, S. 9*; Eder-Rieder,* Einführung in das Wirtschaftsstrafrecht, NWV, Wien, Graz, 2010, S. 50; *Schrottmeyer*, Finanzstrafrecht. Strafbefreiende Wirkung durch Selbstanzeige auch für Verbände? Strafbarkeit von Unternehmen seit 01.01.2006, SWK 2006 – Heft 15 vom 20.05.2006, S 481.

[1581] *Steininger,* VbVG – Kommentar, Linde Verlag, Wien, 2006, Vorbemerkungen Rz 4, S. 16; *Kert,* Verbandsverantwortlichkeit und Finanzstrafrecht in *Leitner,*(Hrsg.), Finanzstrafrecht 2006, Wien, Linde-Verlag, 2007, S. 9.

[1582] *Lehner*, Das VbVG - ein aktuelles Risiko für Unternehmer bei Kontrollen durch die Finanzverwaltung?, taxlex 2006, S. 473.

[1583] *Steininger,* VbVG – Kommentar, Linde Verlag, Wien, 2006, Vorbemerkungen Rz 6, S. 17; *Lehner*, Das VbVG - ein aktuelles Risiko für Unternehmer bei Kontrollen durch die Finanzverwaltung?, taxlex 2006, S. 473.

[1584] *Lehner*, Das VbVG - ein aktuelles Risiko für Unternehmer bei Kontrollen durch die Finanzverwaltung?, taxlex 2006, S. 473.

[1585] *Steininger,* VbVG – Kommentar, Linde Verlag, Wien, 2006, § 22 Rz 1.

verschiedene Rechtssubjekte, die bestraft werden.[1586] Darüber hinaus werden zwei unterschiedliche Tathandlungen sanktioniert.[1587]

2.3 Zu den Tätern des VbVG: Möglichkeit der Tatbegehung entweder durch Entscheidungsträger oder Mitarbeiter

Es gibt zwei Konstellationen im Falle derer ein Verband haftet.

Schaut man sich das VbVG systematisch an, so fallen nach der Kernnorm des § 3 VbVG zwei Varianten auf, wie es zur Verantwortlichkeit eines Verbandes kommen kann. § 3 Abs 1 VbVG regelt die Tatbegehung durch Entscheidungsträger, § 3 Abs 2 wiederum normiert die Begehung durch Mitarbeiter auf Grund mangelnder Überwachung. Die Person, welche die Anlasstat begeht, muss ein gewisses Naheverhältnis zum Verband haben, diesem organisatorisch eingegliedert sein und somit dessen Risikobereich entstammen.[1588]

Die Begehung durch **Entscheidungsträger**, eine Person mit Führungsmacht, wie Geschäftsführer, Vorstandsmitglied, Prokurist oder eine Person mit Vertretungsbefugnis, kann nach § 3 Abs 1 VbVG dem Verband zugerechnet werden, wenn die Tat zugunsten des Verbands erfolgt ist oder der Täter durch die Tat Pflichten, die den Verband treffen, verletzt hat.[1589]

Bei einer Begehung durch **Mitarbeiter**[1590], Personen die beim Verband angestellt sind, trifft den Verband die Verantwortung, wenn dieser die Begehung der Tat dadurch ermöglicht oder wesentlich erleichtert hat, dass im Innenverhältnis des Verbands die gebotene und zumutbare Sorgfalt außer Acht gelassen wurde, dass technische, organisatorische oder personelle Maßnahmen zur Verhinderung von Straftaten gesetzt werden, welche derartige Taten verhindern sollen.[1591]

Auch bei der Zurechnung ist zu differenzieren, ob die Straftat durch einen Entscheidungsträger des Verbandes oder durch einen Mitarbeiter begangen wird. Das Handeln eines Entscheidungsträgers ist gemäß § 3 Abs 2 VbVG dem Verband dann zuzurechnen, wenn der Entscheidungsträger den Tatbestand rechtswidrig und schuldhaft erfüllt, während für die Zurechnung des Verhaltens eines Mitarbeiters nach § 3 Abs 3 VbVG ausreicht, wenn dieser wegen der mangelnden Sorgfalt der Entscheidungsträger, sog. „*Organisationsverschulden*“, gegen den objektiven Tatbestand rechtswidrig verstößt, ohne dass er schuldhaft handeln muss.[1592]

[1586] Verbandsverantwortlichkeitsgesetz - ErlRV 994 BlgNR XXII. GP, S. 23 f; *Steininger,* VbVG – Kommentar, Linde Verlag, Wien, 2006, § 3 Rz 95; *Grabenwarter*, Grundrechtliche Schranken des finanzstrafrechtlichen Sanktionensystems in *Leitner* (Hrsg.), Finanzstrafrecht 2005, Wien, Linde-Verlag, 2006, 9, S. 28 f.

[1587] *Grabenwarter*, Grundrechtliche Schranken des finanzstrafrechtlichen Sanktionensystems in *Leitner* (Hrsg.), Finanzstrafrecht 2005, Wien, Linde-Verlag, 2006, 9, S. 29.

[1588] *Eder-Rieder,* Einführung in das Wirtschaftsstrafrecht, NWV, Wien, Graz, 2010, S. 51.

[1589] Sehr genaue Ausführungen zum Begriff Entscheidungsträger in *Steininger,* VbVG – Kommentar, Linde Verlag, Wien, 2006, § 2 Rz 3 - 17; *Kert,* Verbandsverantwortlichkeit und Finanzstrafrecht in *Leitner,*(Hrsg.), Finanzstrafrecht 2006, Wien, Linde-Verlag, 2007, S. 15; *Eder-Rieder,* Einführung in das Wirtschaftsstrafrecht, NWV, Wien, Graz, 2010, S. 51 f.

[1590] Sehr genaue Ausführungen zum Begriff Mitarbeiter in *Steininger,* VbVG – Kommentar, Linde Verlag, Wien, 2006, § 2 Rz 18 – 27.

[1591] *Steininger,* VbVG – Kommentar, Linde Verlag, Wien, 2006, § 3 Rz 52; *Eder-Rieder,* Einführung in das Wirtschaftsstrafrecht, Wien, Graz, 2010, S. 51 f; Verbandsverantwortlichkeitsgesetz - ErlRV 994 BlgNR XXII. GP, S. 22 f.

[1592] *Kert,* Verbandsverantwortlichkeit und Finanzstrafrecht in *Leitner,*(Hrsg.), Finanzstrafrecht 2006, Wien, Linde-Verlag, 2007, S. 16 f*; Lehner*, Wilfried, Das VbVG - ein aktuelles Risiko für Unternehmer bei Kontrollen durch die Finanzverwaltung?, taxlex 2006, S. 473.

Die Schuld ergibt sich aus dem Organisationsverschulden bzw. Überwachungsmangel der Entscheidungsträger des Verbandes.[1593]

2.4 Die Verbandsverantwortlichkeit nach dem StGB und FinStrG und die Selbstanzeige

§ 12 VbVG normiert, dass die allgemeinen Strafgesetze auch für Verbände gelten sollen, sofern sie nicht ausschließlich auf natürliche Personen anwendbar sind. Die Bestimmungen des StGB und des FinStrG sollen somit auch auf Verbände analog angewendet werden, wobei einige Begriffe dabei angepasst werden müssen, z.B. ist das Wort „*straffrei*" für juristische Personen in „*nicht verantwortlich"* umzudeuten.[1594]

Nach § 12 Abs 1 VbVG sind die Normen der §§ 153c – e StGB des Sozialbetrugsgesetzes ebenfalls auf Verbände i.S.d. VbVG anzuwenden.[1595] Als Sanktion ist eine Verbandsgeldbuße nach § 4 VbVG zu verhängen.[1596]

Gemäß § 4 Abs 2 VbVG ist die Verbandsgeldbuße in Tagessätzen zu bemessen. Sie beträgt mindestens einen Tagessatz und maximal 180. Die Anzahl der Tagessätze ist abhängig davon welche Strafe für die Tat angedroht ist.

Da Finanzvergehen mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren bedroht sind, ist gemäß § 4 Abs 3 VbVG eine Verbandsgeldbuße bis zu 85 Tagsätzen vorgesehen.

„Der Tagessatz ist nach der Ertragslage des Verbandes unter Berücksichtigung von dessen sonstiger wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit zu bemessen. Er ist mit einem Betrag festzusetzen, der dem 360. Teil des Jahresertrages entspricht oder diesen um höchstens ein Drittel über- oder unterschreitet, mindestens jedoch mit 50 und höchstens mit 10.000 EURO." (§ 4 Abs 4 VbVG)

Weiters ist die Verantwortlichkeit von Verbänden im § 28a Abs 1 des Finanzstrafgesetzbuches normiert.[1597] Dieser sieht vor, dass für gerichtliche Finanzvergehen von Verbänden die Bestimmungen des VbVG gelten sollen. Als Strafe soll eine Verbandsgeldbuße, bemessen nach dem 1,5-fachen der angedrohten Geldstrafe, verhängt werden.

Zum Schluss wird in diesem Zusammenhang erörtert, wann eine juristische Person im Nachhinein ihren gesetzlichen Verstoß eingestehen kann und im Rahmen der **Selbstanzeige** nach § 29 FinStrG ihrer Verantwortung entgehen kann.

Ein Problem stellt das Erfordernis der genauen Bezeichnung der Person, für welche die Selbstanzeige gelten soll, dar. Gemäß § 29 Abs 5 FinStrG wirkt eine Selbstanzeige nur hinsichtlich jener Person strafbefreiend, für die sie erstattet wird.

Um einem Finanzstrafverfahren zu entgehen muss somit die Person, insofern auch die juristische Person, als eigenes Rechtssubjekt, genau bezeichnet sein, um straffrei

---

[1593] *Eder-Rieder,* Einführung in das Wirtschaftsstrafrecht, NWV, Wien, Graz, 2010, S. 52; *Leitner/Toifl/Brandl,* Österreichisches Finanzstrafrecht Handbuch, 2008, S. 250, Rz 705.

[1594] *Kert,* Verbandsverantwortlichkeit und Finanzstrafrecht in *Leitner* (Hrsg.), Finanzstrafrecht 2006, Wien, Linde-Verlag, 2007, S. 28 f; *Schrottmeyer*, Finanzstrafrecht. Strafbefreiende Wirkung durch Selbstanzeige auch für Verbände? Strafbarkeit von Unternehmen seit 01.01.2006, SWK 2006 – Heft 15 vom 20.05.2006, S 480 ff.

[1595] *Lehner*, Das VbVG - ein aktuelles Risiko für Unternehmer bei Kontrollen durch die Finanzverwaltung?, taxlex 2006, S. 474; *Eder-Rieder,* Einführung in das Wirtschaftsstrafrecht, NWV, Wien, Graz, 2010, S. 53.

[1596] Sehr genaue Ausführungen in *Steininger,* VbVG – Kommentar, Linde Verlag, Wien, 2006, § 4 Rz 1- 30.

[1597] *Schrottmeyer*, Finanzstrafrecht. Strafbefreiende Wirkung durch Selbstanzeige auch für Verbände? Strafbarkeit von Unternehmen seit 01.01.2006, SWK 2006 – Heft 15 vom 20.05.2006, S 483.

zu werden.[1598] Somit muss sowohl die natürliche Person als Täter, als auch der Verband in der Selbstanzeige explizit genannt werden.[1599]

Im Falle der Nichtnennung des Verbandes erlangt durch die Selbstanzeige der natürlichen Person die Strafbehörde Kenntnis von dem Finanzdelikt, was weiters dazu führt, dass die Tat nach der Bestimmung des § 29 Abs 3 lit b FinStrG bereits als entdeckt gilt und dem Verband die Möglichkeit einer strafbefreienden Selbstanzeige genommen wird.[1600] Gegen den Verband wird diesfalls das Finanzstrafverfahren einzuleiten sein.

2.5 Zur Verbandsverantwortlichkeit in Deutschland und Polen

In Deutschland kann bei Ordnungswidrigkeiten gemäß § 30 OWiG ebenfalls über eine juristische Person oder einen Verein eine Geldbuße verhängt werden.[1601] Daneben kann gemäß §§ 9 und 29 OWiG über die zur Vertretung nach außen berufene Person oder den Geschäftsführer eine Geldstrafe verhängt werden.

In Polen gibt es – wie in Österreich – ein eigenes Verbandsverantwortlichkeitsgesetz[1602], welches am 28.11.2003 in Kraft getreten ist.

Das polnische VbVG normiert die Voraussetzungen, unter welchen ein Verband für die Straftaten oder Finanzdelikte der in seinem Namen oder zu seinem Gunsten einschreitenden Personen einzustehen hat und das Vefahren, wie im Falle der Bestrafung einer juristischen Person vorzugehen ist.[1603]

Gemäß Art 7 hat das Gericht über den Verband eine Geldstrafe in der Höhe von 1.000 bis 5.000 000, zl zu verhängen, keinesfall darf jedoch die Strafe höher als 3 % des Umsatzes des Verbandes in dem Jahr, in welchem die Straftat begangen wurde, sein.[1604]

Meines Erachtens ist die Anknüpfung der Maximalstrafe an das Kriterium des Umsatzes jedenfalls ein gute Lösung, da bei der Verhängung der Strafe beachtet wird, ob die Finanzierbarkeit gewährleistet ist und durch die Verhängung der Strafe das Unternehmens nicht in die Insolvenz getrieben wird.

Weitere Ausführungen zum VbVG würden den Umfang der Arbeit sprengen.

3 Zur Strafbarkeit der Beauftragten oder der nach außen berufenen Personen nach bestimmten ausgewählten relevanten Gesetzen

[1598] VwGH vom 24.06.2004, 2001/15/0134, ÖStZB 2005/38, S 71 – Heft 3 = SWK 2005, R 10, S 140 – Heft 3.

[1599] *Lehner*, Das VbVG - ein aktuelles Risiko für Unternehmer bei Kontrollen durch die Finanzverwaltung?, taxlex 2006, S. 476.

[1600] VwGH vom 15.05.1997, 95/15/0184. ARD 4892/33/97.

[1601] *Marschall*, Bekämpfung illegaler Beschäftigung, 2003, S. 57, Rz 216.

[1602] Ustawa z dnia 28. 10. 2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary, Dz.U. z 2002 r. Nr 197, poz. 1661 idF Dz. U. z 2012 r. poz. 768.

[1603] Art 1: *„Ustawa określa zasady odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary jako przestępstwa lub przestępstwa skarbowe oraz zasady postępowania w przedmiocie takiej odpowiedzialności."*

[1604] Artikel 7: *„Wobec podmiotu zbiorowego sąd orzeka karę pieniężną w wysokości od 1000 do 5.000 000 złotych, nie wyższą jednak niż 3% przychodu osiągniętego w roku obrotowym, w którym popełniono czyn zabroniony będący podstawą odpowiedzialności podmiotu zbiorowego."*

Mit dem Zeitpunkt der rechtswirksamen Bestellung eines verantwortlichen Beauftragten i.S.d. § 9 VStG ist der Arbeitgeber grundsätzlich von der verwaltungsstrafrechtlichen Verantwortung befreit.[1605]

Bei juristischen Personen sind über die nach außen zur Vertretung berufenen Personen verwaltungsstrafrechtliche Sanktionen zu verhängen.[1606] Im Fall, dass mehrere Personen zur Vertretung nach außen berufen wurden, sind alle anzuzeigen und jeder nach seinem individuellen Verschulden zu bestrafen.[1607]

Neben der allgemeinen Bestrafung nach § 9 VStG von Beauftragten oder Vertretungsbefugten, normiert auch **§ 9 Abs 1 BAO** im Falle der Verletzung spezifischer abgabenrechtlicher Pflichten, eine Haftung der zur Vertretung juristischer Personen oder Personenhandelsgesellschaften berufenen Personen und gesetzlichen Vertreter natürlicher Personen, insoweit, als die Abgaben, infolge schuldhafter Verletzung der den Vertretern auferlegten Pflichten, nicht eingebracht werden können.

Auch nach **§ 28a AusIBG** besteht unter bestimmten Voraussetzungen, wie schriftliche Mitteilung an die Abgabenbehörde über die Bestellung des verantwortlichen Beauftragten und Zustimmung des Beauftragten, welcher seinen Wohnsitz im Inland haben muss, die Möglichkeit, die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Unternehmers auf einen bestellten verantwortlichen Beauftragten abzuwälzen.[1608] Grundsätzlich wird der Arbeitgeber straffrei davonkommen, außer der verantwortliche Beauftragte kann nachweisen, dass er auf Grund einer Weisung eines Vorgesetzten tätig geworden ist und deswegen die Verwaltungsvorschriften nicht einhalten konnte.[1609]

Nach dem **AVRAG** ist entweder der Arbeitgeber selbst zu bestrafen, oder im Falle der Bestellung eines Beauftragten durch den Arbeitgeber dieser.[1610] Bei Unternehmen hat gemäß § 9 VStG über den nach außen zur Vertretung Berufenen eine Sanktion verhängt zu werden, wenn kein selbständiger Beauftragter hinsichtlich der Einhaltung dieser Normen bestellt wurde.[1611]

Nach dem ASVG wird grundsätzlich der Arbeitgeber bestraft werden.[1612] Im Falle der Verletzung sozialversicherungsrechtlicher Pflichten ist im **§ 67 Abs 10 ASVG** eine *„Haftung der zur Vertretung juristischer Personen oder Personenhandelsgesellschaften berufenen Personen und gesetzlichen Vertreter natürlicher Personen“* normiert, insoweit, als die Beiträge infolge schuldhafter Verletzung der den Vertretern auferlegten Pflichten nicht eingebracht werden können.

Adressat der Bestimmungen des §§ 111 und 113 ASVG kann neben dem Arbeitgeber auch ein Bevollmächtigter sein, welchem nach § 35 Abs 3 ASVG die Pflichten nach §§ 33 ff ASVG übertragen worden sind, wobei jedoch der Name und die Anschrift des

---

[1605] *Houf/Lehner,* KIAB-Kontrollen, Wien, 2008, Rz 208 f.

[1606] OHB – KIAB, BMF-280000/0070-IV/2/2008, Punkt 4.1; *Houf/Lehner,* KIAB-Kontrollen, Wien, 2008, S. 220.

[1607] OHB – KIAB, BMF-280000/0070-IV/2/2008, Punkt 4.1; *Houf/Lehner,* KIAB-Kontrollen, Wien, 2008, S. 220.

[1608] OHB – KIAB, BMF-280000/0070-IV/2/2008, Punkt 4.1; *Houf /Lehner,* KIAB-Kontrollen, Wien, 2008, S. 220 f; siehe sehr genau ausführungen zu § 9 VStG in *Bachler,* Ausgewählte Fragen der geplanten Bekämpfung illegaler Erwerbstätigkeit, 2. Kapitel in *Mayer (Hrsg.),* Schwarzarbeit, Pfuscht der Gesetzgeber? 1999, S. 15 ff.

[1609] OHB – KIAB, BMF-280000/0070-IV/2/2008, Punkt 4.1; *Houf/Lehner,* KIAB-Kontrollen, Wien, 2008, S. 221.

[1610] OHB – KIAB, BMF-280000/0070-IV/2/2008, Punkt 4.2; *Houf/Lehner,* KIAB-Kontrollen, Wien, 2008, S. 222.

[1611] *Kühteubl/Wieder,* Das neue Lohn- und SozialdumpingbekämpfungsG, ZAS 2011/36, 208, S. 2012; OHB – KIAB, BMF-280000/0070-IV/2/2008, Punkt 4.2; *Houf/Lehner,* KIAB-Kontrollen, Wien, 2008, S. 222.

[1612] OHB – KIAB, BMF-280000/0070-IV/2/2008, Punkt 4.3; *Houf/Lehner,* KIAB-Kontrollen, Wien, 2008, S. 223.

Bevollmächtigten dem zuständigen Versicherungsträger mitgeteilt sein muss, oder kann alternativ bzw. teilweise kumulativ auch eine nach § 9 VStG beauftragte Person bestraft werden.[1613]

Im Falle der Beauftragung eines Arbeitnehmers durch den Geschäftsführer zur Durchführung der Meldungen zu den Sozialversicherungen, hat der Geschäftsführer ein wirksames Kontrollsystem einzurichten, um sicherzustellen, dass die Meldungen auch bei der Gebietskrankenkasse rechtzeitig einlangen, widrigenfalls dem Geschäftsführer auch ein Verschulden anzulasten ist und dieser haftet.[1614]

Im Bauwesen haftet der Geschäftsführer einer zahlungsunfähigen Baugesellschaft für die Zahlung von Zuschlägen nach dem Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungsgesetz (BUAG), soweit sie uneinbringlich sind.[1615] Dies ergibt sich explizit aus der Haftungsnorm des § 25a Abs 7 BUAG.

Der Geschäftsführer haftet jedoch erst subsidiär für die von der GmbH zu entrichtenden Zuschläge nach dem BUAG, insbesondere wenn diese wegen Konkurseröffnung über das Unternehmen uneinbringlich werden.[1616]

4 Zur Haftung des Auftraggebers in der Bauwirtschaft

4.1 Haftung für Sozialversicherungsbeiträge[1617] gemäß §§ 67a ff ASVG[1618]

4.1.1 Einleitung

In der Bauwirtschaft ist die Weitergabe eines Auftrages durch einen Generalunternehmer an weitere Subunternehmer gängiger Usus.[1619] Öfters zahlen die beauftragten Subunternehmer jedoch keine Beiträge an die Sozialversicherungen.[1620] Entdecken die Sozialversicherungsträger derartige Verstöße gegen die Arbeitgeberpflichten, meldet der Subunternehmer dann meistens Konkurs an und die Sozialversicherungen müssen deswegen erhebliche finanzielle Verluste hinnehmen.[1621]

Die Haftung für Sozialversicherungsbeiträge gilt jedoch nicht für alle Wirtschafsbranchen, sondern beschränkt sich nur auf den Sonderfall der Bauwirtschaft, weil hier das Bedürfnis und die Notwendigkeit einer präventiven Absicherung im Rahmen einer Mithaftung Dritter am größten ist.[1622] Die Gründe für die Beschränkung auf den Bausektor sind die extrem hohen Beitragsrückstände und -ausfälle bei Insolvenzen in dieser Branche und weil, wegen der vielfachen Weitergabe der Aufträge, oftmals der Arbeit-

[1613] VwGH vom 27.07.2001, 98/08/0268, SVSlg 48.207 = ARD 5286/21/2002; VwGH vom 03.10.2002, 98/08/0326; VwGH vom 07.07.1992, 88/08/0145, SVSlg 36.973 = ZfVB 1993/1737 = ARD 4396/12/92; *Schrank*, Neue Melde- und Sanktionsprobleme nach dem ASVG, ZAS 2008/2, S. 7 f.

[1614] VwGH vom 16.02.2011, 2011/08/004, ARD 6181/13/2011 = JusGuide 2011/17/2013 = ZAS-Judikatur 2012/11.

[1615] VwGH vom 20.12.2000, 97/ 08/ 0568, ZfVB 2002/3/920 = ARD 5200/39/2001 = ZASB 2001, 26.

[1616] VwGH vom 14.03.2001, 98/08/0332, ARD 5286/29/2002 = ZIK 2001/282, 179.

[1617] Beiträge zu dem Thema: *Thomas*, Auftraggeberhaftung in der Bauwirtschaft für Sozialversicherungsbeiträge, ecolex 2008, 506; *Thomas*, Sozialversicherungsbeiträge in der Bauwirtschaft – Ausgewählte Fragen der neuen Auftraggeberhaftung, ZAS 2009, 14; *Galler,* Die neue Auftraggeberhaftung bei Bauleistungen und die Arbeitslosenversicherung für Selbständige, Neuerungen im Sozialrecht ab 2009, ZAS 2009/19, S. 109 ff.

[1618] Allgemeines Sozialversicherungsgesetz - ASVG - BGBl. Nr. 189/1955 idF BGBl. I Nr. 111/2012.

[1619] *Reindl-Krauskopf*, Sozialbetrug aus strafrechtlicher Sicht, DRdA 2008, S. 392; *Rebhahn,* Grundfragen einer Auftraggeberhaftung, RdA 2008, 207, S. 208.

[1620] *Rebhahn,* Grundfragen einer Auftraggeberhaftung, RdA 2008, 207, S. 209.

[1621] *Rebhahn,* Grundfragen einer Auftraggeberhaftung, RdA 2008, 207, S. 209.

[1622] *Marko,* 43. Tagung der Österreichischen Gesellschaft für Arbeitsrecht und Sozialrecht, RdA 2008, S. 290.

nehmer seinem entsprechenden beitragspflichtigen Arbeitgeber gar nicht mehr konkret zugeordnet werden kann.[1623] In den letzten Jahren werden im Bausektor immer häufiger und sehr gerne unüberschaubare *„verzweigende Ketten von Sub-, Subsub-, Subsubsub- und weiteren Nachunternehmen“* gebildet.[1624]

Im Regierungsprogramm der XXIII. Gesetzgebungsperiode wurde unter dem Titel *„Bekämpfung von Schwarzarbeit“* deklariert, dass eine besondere Haftung von Auftraggebern für die Arbeitnehmer ihrer Vertragspartner umgesetzt werden muss, um die Steuereinnahmen und Einnahmen an Sozialversicherungsbeiträgen zu erhöhen.[1625]

Unter dem Titel *„GeneralunternehmerInnenhaftung für Sozialversicherungsbeiträge zur Bekämpfung von Schwarzarbeit“* haben die Sozialpartner dem Ministerrat am 14.11.2007 ihren Vorschlag für ein neues Gesetz vorgelegt.[1626] Dieser ist schlussendlich mit Verordnung des Bundesministers für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz unter der Bezeichnung „Auftraggeberhaftung“ per 01.09.2009 in Kraft getreten. Die gesetzliche Umsetzung sieht jedoch grundsätzlich keine allgemeine Generalunternehmerhaftung – wie in der Regierungsvorlage angedacht – vor, sondern lediglich die Haftung des unmittelbaren Auftragnehmers für dessen Beitragsschulden.[1627]

Mit diesen neuen Haftungsbestimmungen soll insbesondere dem Ausfall der Sozialversicherungsbeiträge durch Sozialbetrug entgegengewirkt werden.[1628]

Die Auftraggeberhaftung stellt eine weitere Maßnahme zur Bekämpfung der Schwarzarbeit am Bau dar.[1629]

4.1.2 Zum Anwendungsbereich der Haftung des Auftraggebers für Sozialversicherungsbeiträge in der Bauwirtschaft nach §§ 67a ff ASVG

Die Auftraggeberhaftung findet Anwendung bei der Weitergabe von Aufträgen im Bereich von Bauleistungen, wenn der Auftraggeber Unternehmer ist, seine Niederlassung in Österreich hat und auf seine Arbeitnehmer die Normen über den österreichischen Sozialversicherungsschutz anzuwenden sind.[1630] Unter dem Begriff der Bauleistungen sind insbesondere „*alle Leistungen, die der Herstellung, Beseitigung, Änderung, Instandsetzung oder Instandhaltung von Bauwerken nützen sollen“*, zu subsumieren.[1631] Bei dem Begriff eines Bauwerks handelt es sich um einen extensiven Begriff und fallen darunter sämtliche mit dem Boden fest verbundene oder auf ihm ruhende Anlagen, sowie auch Türen und Fenster, Fliesen, Heizanlagen, die mit dem Gebäude fest verbunden sind.[1632]

[1623] *Rebhahn,* Grundfragen einer Auftraggeberhaftung, RdA 2008, 207, S. 208 f.

[1624] *Rebhahn*, Grundfragen einer Auftraggeberhaftung, RdA 2008, 207, S. 208.

[1625] RV 523 der Beilagen XXIII. GP – Materialien zum AuftraggeberInnen-Haftungsgesetz, S. 2 von 18.

[1626] RV 523 der Beilagen XXIII. GP – Materialien zum AuftraggeberInnen-Haftungsgesetz, S. 1 f von 18.

[1627] *Marko,* 43. Tagung der Österreichischen Gesellschaft für Arbeitsrecht und Sozialrecht, RdA 2008, S. 290.

[1628] RV 523 der Beilagen XXIII. GP – Materialien zum AuftraggeberInnen-Haftungsgesetz, S. 1 f von 18.

[1629] *Rainer,* AuftraggeberInnen-HaftungsG, BGBl I 2008/91, immolex 2008, S. 257.

[1630] *Lanik,* AuftraggeberInnen-Haftungsgesetz, ASoK 6/2008, S. 225 f.

[1631] *Fehn* in *Fehn* (Hrsg.), SchwarzArbG-Hk, 2006, § 1, Rz 31; *Bartos* in *Sonntag (Hrsg.)*, ASVG Kommentar, 2010, § 67a Rz 1; *WK Wien,* Auftraggeberhaftung, Bauleistungen - Reinigungsleistungen - Höhe der Haftung - Umfang der Haftung, April 2011.

[1632] *Bartos* in *Sonntag (Hrsg.)*, ASVG Kommentar, 2010, § 67a Rz 2.

Ab 01.01.2011 ist unter dem Begriff der Bauleistung auch die Reinigung von Bauwerken zu subsumieren, was die Anwendbarkeit der Auftraggeberhaftung auf diesen Gewerbebereich erweitert hat.[1633]

Der Begriff der Reinigungsarbeiten wird vom Bundesministerium für Finanzen extensiv definiert und fallen darunter auch alle Säuberungen von Räumlichkeiten oder Oberflächen, die einen Teil eines Bauwerks darstellen, wie die Reinigung von Gebäuden, Fenstern, Fassaden, Swimmingpools, Straßen, Parkplätzen und Kanälen, unter diesen Begriff.[1634]

Der Auftraggeber haftet für alle Beiträge und Umlagen, die von den Krankenversicherungsträgern eingehoben werden, die bis zum Ende des Monats in dem die Zahlung des Werklohns erfolgt ist, fällig werden, bis zur betragsmäßigen Höchstsumme i.H.v. 20 % des an das beauftragte Unternehmen geleisteten Werklohnes.[1635]

Die Haftung des Auftraggebers, welche Bauaufträge weitervergeben, hat somit die Haftung für die Sozialversicherungsbeiträge ihres Auftragnehmers zum Gegenstand, jedoch gemäß § 67a Abs 2 ASVG lediglich subsidiär, wenn die Gebietskrankenkasse erfolglos gegen den Subunternehmer Exekution geführt hat oder wenn dieser bereits insolvent ist.[1636]

4.1.3 Der befreiende Haftungsentfall[1637]

Weiters kann es unter besonderen Voraussetzungen auch zum Haftungsentfall des Auftraggebers kommen, insbesondere dann, wenn ein, hinsichtlich der Schwarzarbeit unbedenkliches Unternehmen, beauftragt wird.[1638] Hierbei sind zwei Varianten zu erwähnen:

4.1.3.1 Die Eintragung in die HFU-Gesamtliste[1639]

Die Auftraggeberhaftung für das auftraggebende Unternehmen entfällt gemäß § 67a Abs 3 Z 1 ASVG, wenn das beauftragte Subunternehmen zum Zeitpunkt der Leistung des Werklohns in einer sogenannten Gesamtliste der haftungsfreistellenden Unternehmen (HFU-Gesamtliste) geführt wird und aufscheint. Die sog. „*Freistellungsbescheinigung*“ der Sozialversicherungen besagt, dass dieses Bauunternehmen zu den vertrauenswürdigen Beitragszahlern gehört und somit keine erhöhte Wahrscheinlichkeit für eine Gefährdung der Beitragszahlung besteht.[1640]

Die Haftung entfällt insofern, wenn der Beitragsschuldner ein Unternehmen ist, das seine Beitragsschulden bis dato im Wesentlichen ordnungsgemäß erfüllt hat und auch

---

[1633] WKO, Ausdehnung der Auftraggeberhaftung auf Reinigungsarbeiten ab 01.012011.

[1634] Info des *BMF*, GZ. BMF-010219/0321-VI/4/2010 vom 22.12.2010, Übergang der Steuerschuld bei der Reinigung von Bauwerken ab 01.012011.

[1635] *Bartos* in *Sonntag (Hrsg.)*, ASVG Kommentar, 2010, § 67a Rz 10.

[1636] *Rainer,* AuftraggeberInnen-HaftungsG, BGBl I 2008/91, immolex 2008, S. 257; *WK Wien,* Auftraggeberhaftung, Bauleistungen - Reinigungsleistungen - Höhe der Haftung - Umfang der Haftung, April 2011.

[1637] Siehe *Galler,* Die neue Auftraggeberhaftung bei Bauleistungen und die Arbeitslosenversicherung für Selbständige, Neuerungen im Sozialrecht ab 2009, ZAS 2009/19, S. 111.

[1638] RV 523 der Beilagen XXIII. GP – Materialien zum AuftraggeberInnen-Haftungsgesetz, S. 2 von 18.

[1639] *WK Wien,* Auftraggeberhaftung - Entfall der Haftung, April 2011; *Galler,* Die neue Auftraggeberhaftung bei Bauleistungen und die Arbeitslosenversicherung für Selbständige, Neuerungen im Sozialrecht ab 2009, ZAS 2009/19, S. 111 f.

[1640] *Rebhahn,* Grundfragen einer Auftraggeberhaftung, RdA 2008, 207, S. 210; *Marko,* 43. Tagung der Österreichischen Gesellschaft für Arbeitsrecht und Sozialrecht, RdA 2008, S. 290.

keine Beitragsrückstände bei den Sozialversicherungen bestehen.[1641] Sinn und Zweck ist es Auftragnehmer, welche bisher ihre sozialrechtlichen Beiträge gezahlt haben, und Auftraggeber, die sich solcher Auftragnehmer bedient haben, nicht allzu sehr zu belasten.[1642]

Um schnell erfahren zu können, welches Unternehmen haftungsfreigestellt ist, wurde nach § 67b Abs 6 ASVG eine elektronische Liste, welche immer aktuell unter www.sozialversicherung.at/agh online abgerufen werden kann, ins Netz gestellt. Diese Liste wird als HFU-Gesamtliste bezeichnet, weil in ihr alle Unternehmen der neun Listen der einzelnen Gebietskrankenkassen zusammengefügt sind.[1643] Nach § 67c ASVG wird diese Liste von dem bei der WGKK eingerichteten Dienstleistungszentrum geführt.

Unternehmen, welche alle Voraussetzungen für eine Freistellungsbescheinigung erfüllen, haben einen Rechtsanspruch auf die Aufnahme in die Liste.[1644] Eine rechtswidrige und schuldhafte, auch wenn nur fahrlässige Verweigerung der Eintragung in die Liste durch die Sozialversicherungen kann eine Amtshaftung der Sozialversicherungen wegen entgangenen Gewinns zur Folge haben.[1645]

4.1.3.2 Zur Zahlung eines Werklohnanteils an das Dienstleistungszentrum

Wenn der Subunternehmer nicht in die HFU-Liste eingetragen ist, kann die Auftraggeberhaftung allerdings auch gemäß § 67a Abs 3 Z 2 ASVG dadurch vermieden werden, dass der Auftraggeber 20 % des zu leistenden Werklohns („*Haftungsbetrag*“) einbehält und i.S.d. § 67c ASVG an das Dienstleistungszentrum überweist.[1646]

Das Dienstleistungszentrum ist gemäß § 67c ASVG für die Entgegennahme der Zahlungen, Weiterleitung dieser an den entsprechenden Krankenversicherungsträger, Verrechnung des Haftungsbetrages und Auszahlung eines allfälligen Guthabens an den Subunternehmer, zuständig.[1647]

Die Haftung nach §§ 67a ff AVG wird daher erst schlagend, wenn der Auftragnehmer weder eine Freistellungsbescheinigung vorweisen kann, noch der Auftraggeber 20 % vom Werklohn an die Sozialversicherung abgeführt hat.[1648]

4.1.4 Sozialversicherungsrechtliche Besonderheiten im Falle der Beauftragung eines ausländischen Auftragnehmers

Ein Spezialfall, welcher sich auf die Haftung des Auftraggebers auswirken kann, stellt die Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer im Unternehmen eines ausländischen Auftragnehmers dar.

Nach EU-Recht unterliegen Versicherte, die für die Erbringung einer Arbeitsleitung in einen anderen Mitgliedstaat wechseln, gemäß Art 12 Abs 1 EG-VO 883/2004 maximal für 24 Monate weiterhin dem Sozialrecht des Herkunftsstaates.[1649] Wenn ausländi-

---

[1641] *Rainer,* AuftraggeberInnen-HaftungsG, BGBl I 2008/91, immolex 2008, S. 257.

[1642] *Rebhahn*, Grundfragen einer Auftraggeberhaftung für Sozialversicherungsbeiträge, RdA 2008, 207, S. 217.

[1643] *Bartos* in *Sonntag (Hrsg.)*, ASVG Kommentar, 2010, § 67a Rz 15.

[1644] *Rebhahn*, Grundfragen einer Auftraggeberhaftung (FN 1), RdA 2008, 207, S. 212.

[1645] *Rebhahn*, Grundfragen einer Auftraggeberhaftung (FN 1), RdA 2008, 207, S. 212.

[1646] *Rainer,* AuftraggeberInnen-HaftungsG, BGBl I 2008/91, immolex 2008, S. 257.

[1647] *Rainer,* AuftraggeberInnen-HaftungsG, BGBl I 2008/91, immolex 2008, S. 257.

[1648] *Rebhahn*, Grundfragen einer Auftraggeberhaftung, RdA 2008, 207, S. 217.

[1649] *Sacherer*, §§ 16, 16a Grenzüberschreitende Überlassung in *Sacherer/Schwarz*, AÜG, Wien, 2006, S. 280 f; *Binder,* AVRAG, 2. Auflage, Wien, 2010, Rz 46 zu § 7b, Ansprüche gegen Arbeitgeber im EWR, S. 387.

sche Unternehmen in Österreich als Auftragnehmer tätig werden wollen, muss vorerst geprüft werden, ob die in Österreich tätig werdenden Arbeitnehmer in Österreich sozialversicherungspflichtig sind.[1650] Denn grundsätzlich werden die entsandten Arbeitnehmer weiterhin dem Sozialrecht des Entsendestaates unterliegen und nur ausnahmsweise in das inländische Sozialversicherungssystem einbezogen.[1651]

Die Koordinierungs-VO 883/2004/EG[1652] löste am 01.05.2010 die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 des Rates vom 14.06.1971 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbständige, sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu– und abwandern, ab.[1653] Der Verordnung kommt absoluter Anwendungsvorrang zu innerstaatlichen Bestimmungen, wie z.B. in diesem Fall zum § 3 ASVG, zu.[1654]

Die Haftung ist im Zivilrechtsweg beim Handelsgericht, in dessen Sprengel der Auftraggeber seinen Sitz hat, geltend zu machen.[1655]

4.1.5 Die Haftung des Auftraggebers in Deutschland

In Deutschland ist ebenfalls eine besondere Absicherung für die Zahlung und Abführung von Sozialversicherungsbeiträgen in der Bauwirtschaft vorgesehen.

In § 28e Abs 3a bis 3f dtSGB IV ist eine Haftung des Generalunternehmers für Sozialversicherungsbeiträge im Baugewerbe vorgesehen, welche im Jahre 2002 mit dem Gesetz zur Erleichterung der Bekämpfung von illegaler Beschäftigung und Schwarzarbeit[1656] in die deutsche Rechtsordnung implementiert wurde und per 01.08.2002 in Kraft getreten ist.

Danach hat der Unternehmer des Baugewerbes, der einen anderen Unternehmer mit der Erbringung von Bauleistungen i.S.v. § 175 Abs 2 SGB III beauftragt, für die vom Arbeitgeber abzuführenden Sozialversicherungsbeiträge der bei seinem Subunternehmer beschäftigten Arbeitnehmer einzustehen.[1657]

Insofern besteht in Deutschland hinsichtlich der Auftraggeberhaftung eine ähnliche Regelung wie in Österreich.

4.1.6 Die Haftung des Auftraggebers bzw. Generalunternehmers in Polen

In die polnischen Rechtsordnung wurde – im Rahmen der Umsetzung der Sanktionenrichtlinie – ebenfalls eine derartige Auftraggeberhaftung, sogar in der extensiveren Form der Generalunternehmerhaftung**,** eingeführt.

[1650] *Rebhahn*, Grundfragen einer Auftraggeberhaftung, RdA 2008, 207, S. 217.

[1651] *Schrammel,* Der Entwurf eines Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes aus arbeits- und sozialrechtlicher Sicht, 3. Kapitel in *Mayer* (Hrsg.), Schwarzarbeit, Pfuscht der Gesetzgeber? 1999, S. 50 f.

[1652] Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.04. 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, Amtsblatt der Europäischen Union L 166 vom 30.04.2004.

[1653] *Binder,* AVRAG, 2. Auflage, Wien, 2010, Rz 46 zu § 7b, Ansprüche gegen Arbeitgeber im EWR, S. 387.

[1654] *Schrank,* Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, 34. Auflage, Graz, 2011, S. 20/V.

[1655] *Lanik,* AuftraggeberInnen-Haftungsgesetz, ASoK 6/2008, Punkt 7. Verfahrensrecht.

[1656] Gesetz zur Erleichterung der Bekämpfung von illegaler Beschäftigung und Schwarzarbeit vom 23.07.2002 - dtBGBl I, 52, 2787.

[1657] *Schneider/Badekow,* Ein Herz für Schwarzarbeiter, Berlin, 2006, S. 112.

Danach haftet der Generalunternehmer subsidiär – wenn gegen den Subunternehmer erfolglos Exekution geführt wurde bzw. der Subunternehmer insolvent wird oder aus beachtlichen Interessen des Ausländers – für die ausstehende Entlohnung samt den Sonderzahlungen, für die Kosten der Überweisung ins Ausland und hat der Generalunternehmer zusätzlich auch die Kosten der Ausweisung des Ausländers i.S.d. § 96 Fremdengesetz zu tragen.[1658]

Gemäß Art 6 Z 2 entfällt die Haftung des Generalunternehmers, wenn er nachweist, dass er die notwendigen Voraussetzungen der erforderlichen Sorgfalt erfüllt hat und insbesondere den Subunternehmer über die Rechtsfolgen der illegalen Beschäftigung des Drittstaatsangehörigen ohne Vorhandensein eines Aufenthaltstitels informiert hat und die zwingenden Anmeldung des Drittstaatsangehörigen zu den Sozialversicherungen überprüft hat.[1659]

Sowohl der Generalunternehmer als auch sämtliche Subunternehmer haften gemäß Art 7 Z 2 solidarisch subsidiär – wenn gegen den Subunternehmer erfolglos Exekution geführt wurde bzw. der Subunternehmer insolvent wird oder aus beachtlichen Interessen des Ausländers – für die ausstehende Entlohnung samt den Sonderzahlungen, für die Kosten der Überweisung ins Ausland und die Kosten der Ausweisung des Ausländers.[1660]

Die Haftung entfällt nach Art 7 Abs 2, wenn die Voraussetzungen – wie in Art 6 Z 2 – erfüllt wurden.[1661]

4.2 Zur Haftung für die Lohnsteuern nach § 82a EStG

4.2.1 Zum Anwendungsbereich nach § 82 EStG und Haftungsentfall

Gemäß § 82 EStG haftet der Arbeitgeber dem Bund für Lohnabgaben (Lohnsteuer, Dienstgeberbeitrag, Zuschlag zum Dienstgeberbeitrag) und ist zur Einbehaltung und Abfuhr der vom Lohn einbehaltenden Lohnsteuer verpflichtet.[1662]

[1658] *„Jeżeli podmiotem powierzającym wykonywanie pracy cudzoziemcowi (...) jest podwykonawca, wykonawca jest obowiązany do: 1) wypłaty cudzoziemcowi zasądzonego zaległego wynagrodzenia i związanych z nim świadczeń oraz pokrycia kosztów związanych z przesłaniem cudzoziemcowi zaległych należności do państwa, do którego cudzoziemiec powrócił lub został wydalony, 2) poniesienia kosztów wydalenia cudzoziemca, o których mowa w art. 96 ust. 3 ustawy z dnia 13.06.2003 r. o cudzoziemcach – jeżeli podmiot powierzający wykonywanie pracy cudzoziemcowi, będący podwykonawcą wykonawcy jest niewypłacalny, w rozumieniu przepisów o ochronie roszczeń pracowniczych w razie niewypłacalności pracodawcy, egzekucja przeciw niemu okaże się bezskuteczna lub przemawia za tym szczególnie ważny interes cudzoziemca."*

[1659] Art 6 Z 2: *„Wykonawca, o którym mowa w ust. 1, nie ponosi odpowiedzialności w zakresie określonym w tym przepisie, jeżeli wykaże, że spełnił wymagania należytej staranności, w szczególności poinformował podwykonawcę o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcowi przebywającemu bez ważnego dokumentu uprawniającego do pobytu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej oraz sprawdził wykonanie obowiązku zgłoszenia cudzoziemca do ubezpieczeń społecznych, o ile obowiązek taki wynika z obowiązujących przepisów."*

[1660] *„Główny wykonawca oraz każdy podwykonawca, który pośredniczy między głównym wykonawcą a podmiotem powierzającym wykonywanie pracy cudzoziemcowi (...), są solidarnie obowiązani do: 1) wypłaty zasądzonego zaległego wynagrodzenia i związanych z nim świadczeń oraz pokrycia kosztów związanych z przesłaniem zaległych należności do państwa, do którego cudzoziemiec powrócił lub został wydalony, 2) poniesienia kosztów wydalenia cudzoziemca, o których mowa w art. 96 ust. 3 ustawy z dnia 13.06.2003 r. o cudzoziemcach – jeżeli wiedzieli, że podmiot powierzył wykonywanie pracy cudzoziemcowi przebywającemu bez ważnego dokumentu uprawniającego do pobytu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, a podmiot ten lub wykonawca, o którym mowa w art. 6, jest niewypłacalny w rozumieniu przepisów o ochronie roszczeń pracowniczych w razie niewypłacalności pracodawcy, egzekucja przeciw niemu okaże się bezskuteczna lub przemawia za tym szczególnie ważny interes cudzoziemca."*

[1661] Art 7 Z 2: *„Główny wykonawca oraz podwykonawca, o którym mowa w ust. 1, nie ponosi odpowiedzialności w zakresie określonym w tym przepisie, jeżeli spełnił wymagania należytej staranności określone w art. 6 ust. 2."*

Gemäß § 124b Z 176 wurde per 01.07.2011 im Rahmen des sog. Betrugsbekämpfungsgesetz 2010 – BBKG 2010, die Auftraggeberhaftung um die Haftung für die Lohnsteuer erweitert und der neue § 82a EStG in die österreichische Rechtsordnung implementiert.[1663]

Bei dieser Norm handelt es sich um eine Haftungsbestimmung der Bauunternehmer für Lohnabgaben des Auftragnehmers, ähnlich den Regelungen nach den §§ 67a ff ASVG im Bereich des Sozialversicherungsrechts. Die Bestimmung soll verhindern, dass die steuerpflichtigen Lohnabgaben nicht mehr eingehoben werden können, weil entweder der Subunternehmer insolvent ist oder keine verantwortliche Person auffindbar ist, die zur Zahlung verpflichtet werden könnte.[1664]

Der Auftraggeber haftet nach § 82a EStG subsidiär für die Lohnabgaben des Auftragnehmers, wobei die Haftung nach § 82a Abs 1 EStG mit einem Höchstausmaß von 5 % des geleisteten Werklohns begrenzt ist.[1665]

Analog zum sozialversicherungsrechtlichen Bereich besteht unter bestimmten Voraussetzungen die Möglichkeit eines Haftungsentfalls. Die Haftung entfällt, wenn entweder der Beauftragte in der sog HFU-Liste, einer Liste unbedenklicher Unternehmen aufscheint, oder der Auftraggeber 25 % (20 % für Sozialversicherungsbeiträge und 5 % für Lohnabgaben) des Werklohns an das Dienstleistungszentrum der Wiener Gebietskrankenkasse für den Subunternehmer überweist.[1666] Das Dienstleistungszentrum hat sodann die Beträge grundsätzlich im Verhältnis 4:1 aufzuteilen, 80 % sollen auf die Beiträge an die Krankenversicherungsträger entfallen und 20 % auf die Lohnabgaben.[1667]

Ab 01.07.2011 wird ein Auftraggeber somit erst dann vollständig von seiner Haftung befreit, wenn er einen Gesamtbetrag von 25 % des Werklohns an das Dienstleistungszentrum des Subunternehmers abführt.[1668]

4.2.2 Die Besonderheiten im Falle der Beauftragung eines ausländischen Auftragnehmers

Die Haftung für die Sozialabgaben und Lohnsteuer muss jedoch nicht immer zusammenfallen. Insbesondere bei ausländischen Unternehmen, die ihre Arbeitnehmer nicht in Österreich, sondern im Ausland versichern, wird nur die Steuer geschuldet, ohne dass eine Verpflichtung zur Abfuhr der Sozialversicherungsbeiträge an die Sozialversicherungsträger besteht.[1669]

Sowohl bei der Arbeitskräfteüberlassung als auch bei Entsendungen besteht die Möglichkeit, den Arbeitnehmer für einen gewissen Zeitraum – gemäß Art 12 Abs 1 EG-

---

[1662] UFS Wien vom 30.05.2011, RV/0472-W/04, FINDOK 53783.

[1663] Bundesgesetz mit dem das Einkommensteuergesetz 1988, das Körperschaftsteuergesetz 1988, die Bundesabgabenordnung, das Abgabenverwaltungsorganisationsgesetz 2010 und das EU-Polizeikooperationsgesetz geändert werden (Betrugsbekämpfungsgesetz 2010 – BBKG 2010), 875 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des NR XXIV. GP; Steuerrecht aktuell, BBKG 2010, Gesetzesbeschluss des NR samt Erl, ÖStZ 22/2010, Artikel-Nr. 1067, S. 529 ff.

[1664] Steuerrecht aktuell, BBKG 2010, Gesetzesbeschluss des NR samt Erl, ÖStZ 22/2010, Artikel-Nr. 1067, S. 530.

[1665] *WK Wien,* Ausdehnung der Auftraggeberhaftung, 26.07.2011.

[1666] *Bruckner,* BBKG 2010 als Regierungsvorlage beschlossen, Wien, ÖStZ 2010/859, S. 425.

[1667] Steuerrecht aktuell, BBKG 2010, Gesetzesbeschluss des NR samt Erl, ÖStZ 22/2010, Artikel-Nr. 1067, S. 530 f.

[1668] *WK Wien,* Ausdehnung der Auftraggeberhaftung, 26.07. 2011.

[1669] *Bendlinger/Walch*, Auslandsentsendungen in der Praxis des internationalen Steuer- und Sozialversicherungsrechts, Lexis Nexis Verlag, Wien, 2006, III 2.3.4.3, S. 194.

VO 883/2004 maximal 24 Monate - in dem Versicherungssystem seines eigenen Staates zu belassen.[1670]

In einem solchen Fall entfallen 100 % des an das Dienstleitungszentrum gezahlten Haftungsbetrages auf die lohnabhängigen Abgaben.[1671]

4.3 Zur Haftung für die illegale Ausländerbeschäftigung nach § 28 Abs 6 AuslBG

4.3.1 Zur gesetzlichen Bestimmung des § 28 Abs 6 AuslBG

Die Norm des § 28 Abs 6 AuslBG bestimmt:

„Ein Unternehmen, welches die Erbringung einer Leistung an ein anderes Unternehmen ganz oder teilweise weitergibt, ist neben dem beauftragten Unternehmen gemäß Abs. 1 Z 1 zu bestrafen, wenn es

1. die Übertretung des von ihm unmittelbar beauftragten oder – im Fall der Auftragsweitergabe – jedes weiteren beauftragten Unternehmens bei der Auftragserfüllung wissentlich geduldet hat, oder

2. seiner Verpflichtung gemäß § 26 Abs. 6 (Aufforderung des Auftraggebers an den Auftragnehmer zum Nachweis der erforderlichen Berechtigungen für die beschäftigten Ausländer) *nicht nachgekommen ist.“*

Zweck dieser Bestimmung war es, die Zuordnung der aufgegriffenen Arbeitnehmer zu einem Arbeitgeber zu erleichtern und die Sanktionsverhängung überhaupt ermöglichen zu können.[1672]

Es kann jeder Unternehmer bestraft werden, welcher einen Auftrag weitergibt, auch wenn er diesen Auftrag selbst von einem anderen Unternehmen oder Kunden erhalten hat, somit sowohl der Subunternehmer als auch der Sub-Subunternehmer etc.[1673] Der Auftraggeber bzw. der nach außen zur Vertretung Befugte i.S.d. § 9 VStG kann wegen Verstoßes gegen die Nachweisverpflichtung des Besitzes der entsprechenden Bewilligungen zur Beschäftigung des Ausländers nach § 28 Abs 6 Z 2 AuslBG mit einer Verwaltungsstrafe nach § 28 Abs 1 Z 1 AuslBG bestraft werden.[1674]

Unterlässt der Auftragnehmer die Erbringung des vom Auftraggeber geforderten Nachweises der entsprechenden Bewilligun, so hat er jedoch, mangels gesetzlicher Norm, mit keiner Strafe zu rechnen.[1675]

Die besprochenen Neuerungen entspringen Art 8 der bereits erwähnten Sanktionenrichtlinie.[1676]

4.3.2 Der Auftraggeber als gesetzlicher Ausfallbürge nach § 29a AuslBG

[1670] *Schrank,* Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, 34. Auflage, Graz, 2011, S. 20/V; *Sacherer*, §§ 16,16a Grenzüberschreitende Überlassung in *Sacherer/Schwarz*, AÜG, Wien, 2006, S. 280 f.

[1671] Steuerrecht aktuell, BBKG 2010, Gesetzesbeschluss des NR samt Erl, ÖStZ 22/2010, Artikel-Nr. 1067, S. 531.

[1672] *Wilhelm*, Der Mißbrauch des Gesetzes – das Antimißbrauchgesetz, ecolex 1996 – Heft 3, S. 149.

[1673] *Bichl/Schmid/Szymanski,* Das neue Recht der Arbeitsmigration, 2. Auflage, NWV, S. 211.

[1674] *Bichl/Schmid/Szymanski,* Das neue Recht der Arbeitsmigration, 2. Auflage, NWV, S. 200 und 212.

[1675] *Bichl/Schmid/Szymanski,* Das neue Recht der Arbeitsmigration, 2. Auflage, NWV, S. 201.

[1676] EBRV zum BundesG, mit dem das AuslBG und das AlVG 1977 geändert werden, 1077 BlgNR XXIV. GP, S. 1 von 18 und zu Art 1 Z 22 bis 24 und 28 (§§ 26 Abs 4 bis 6, 28 Abs 6 AuslBG), S. 15 von 18.

Im Falle der ganzen oder teilweisen Weitergabe eines Auftrages an einen Subunternehmer haftet der Auftraggeber gemäß § 29a AuslBG als gesetzlicher Ausfallbürge i.S.d. § 1356 ABGB für die anteiligen Entgeltansprüche der zur Erbringung der Leistung eingesetzten Ausländer seines unmittelbaren Auftragnehmers, wenn er von der illegalen Beschäftigung wusste und diese duldete oder gegen seine Sorgfaltspflichten nach § 26 Abs 6 AuslBG (= *„Nachweiseinholung über den Besitz der erforderlichen Berechtigungen der beim Auftragnehmer beschäftigten Ausländer“*) verstoßen hat und keine Anzeige an die Abgabenbehörde erstattet hat.[1677]

§ 29a AuslBG wurde der Generalunternehmerhaftung des § 7c Abs 3 AVRAG nachgebildet, welcher als Haftungsnorm ebenfalls die mildere Ausfallbürgschaft vorsieht.[1678]

Der neue Tatbestand des AuslBG ist jedoch weiter gefasst, da er keine Einschränkung auf den Bausektor vorsieht und auch im Falle der Insolvenz des Auftragnehmers zur Anwendung kommt.[1679] Die neue Regelung soll den ausländischen Beschäftigten vor einer eventuellen Zahlungsunfähigkeit seines Arbeitgebers schützen und einer daraus resultierenden unzureichenden Entgeltung.[1680]

Auch die Auftraggeberhaftung nach § 29a AuslBG ist auf Art 8 der Sanktionenrichtlinie zurück zu führen.[1681]

4.3.3 Bedenken gegen die Sanktionen nach § 28 Abs 6 AuslBG

Wilhelm sieht in einer derartigen Haftungsbestimmung einen Verstoß gegen das *„nullum crimen sine lege – Prinzip“* und kritisiert eine derartige *„reine Erfolgshaftung“* massiv, welche lediglich an das Verschulden eines anderen die Strafbarkeit anknüpft.[1682]

Bichl/Schmid/Szymanski kritisieren, dass der einheitliche Strafrahmen einerseits für die wissentliche Duldung einer illegalen Ausländerbeschäftigung und andererseits der Verstoß gegen die Nachweisverpflichtung des Auftraggebers bzw. Meldeverpflichtung an die Abgabenbehörden wegen unterschiedlichen Unrechtsgehalts nicht sachgerecht ist.[1683]

Meiner Meinung müsste jedenfalls ein differenzierter Strafrahmen hinsichtlich der einzelnen unterschiedlichen Straftatbestände geschaffen werden und ist meines Erachtens die Bestraffung des Auftragnehmern mit derart hohen Sanktionen, ohne dass er überhaupt schuldhaft gehandelt hat, äußerst fraglich.

[1677] *Schrank,* Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, 34. Auflage, Graz, 2011, S. 81/XIII; EBRV zum BundesG, mit dem das AuslBG und das AlVG 1977 geändert werden, 1077 BlgNR XXIV. GP, zu Art 1 Z 22 bis 24 und 28 (§§ 26 Abs 4 bis 6, 28 Abs 6 AuslBG), S. 2 und 15 von 18; *Bichl/Schmid/Szymanski,* Das neue Recht der Arbeitsmigration, 2. Auflage, NWV, S. 200.

[1678] *Wilhelm*, Der Mißbrauch des Gesetzes – das Antimißbrauchgesetz, ecolex 1996 – Heft 3, S. 150; *Klein*, Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz und Umsetzung der Entsenderichtlinie, ASoK 1999, S. 103; *Schrank,* Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, 34. Auflage, Graz, 2011, S. 81/XIII.

[1679] EBRV zum BundesG, mit dem das AuslBG und das AlVG 1977 geändert werden, 1077 BlgNR XXIV. GP, zu Art 1 Z 30 bis 34 (§ 29a AuslBG), S. 15 f von 18.

[1680] *Bichl/Schmid/Szymanski,* Das neue Recht der Arbeitsmigration, 2. Auflage, NWV, S. 225.

[1681] EBRV zum BundesG, mit dem das AuslBG und das AlVG 1977 geändert werden, 1077 BlgNR XXIV. GP, S. 1 von 18 und zu Art 1 Z 22 bis 24 und 28 (§§ 26 Abs 4 bis 6, 28 Abs 6 AuslBG), S. 15 von 18.

[1682] *Wilhelm*, Der Mißbrauch des Gesetzes – das Antimißbrauchgesetz, ecolex 1996 – Heft 3, S. 14.

[1683] *Bichl/Schmid/Szymanski,* Das neue Recht der Arbeitsmigration, 2. Auflage, NWV, S. 212.

4.3.4 Die gesetzliche Absicherung für die Zahlung und das Abführen von Steuern in der Bauwirtschaft in Deutschland

In Deutschland ist ebenfalls eine besondere Absicherung für die Zahlung und das Abführen von Steuern in der Bauwirtschaft vorgesehen.

Per 01.01.2002[1684] wurden in Deutschland §§ 48 ff dtEStG eingeführt. Durch die neuen Bestimmungen soll im Bereich der Bauwirtschaft die Verpflichtung zur Zahlung von Steuern der Auftragnehmer, durch eine Abzugspflicht durch die Auftraggeber, i.H.v. 15% vom Schlusswerklohn der Bauleistung, gesichert werden.[1685]

Der wesentliche Inhalt dieser Änderungen ist, dass Auftraggeber im Baugewerbe 15 % des in der Rechnung des Auftragnehmers angeführten Entgelts einzubehalten und an das Finanzamt abzuführen haben.

Im Falle einer Bauleistung an einem Unternehmer i.S.d. § 2 UStG oder eine Person des öffentlichen Rechts hat der Auftraggeber Steuern abzuziehen und den Betrag an das Finanzamt abzuführen, sofern das beauftragte Bauunternehmen nicht dem Auftraggeber eine Freistellungsbescheinigung i.S.d. § 48b EStG vorlegen kann.[1686]

Das Ziel der Regelung ist das präventive Entgegenwirken des Staates, dass Steuern von Bauunternehmen hinterzogen werden.[1687]

5 Die Beteiligung des Arbeitnehmers an der Schwarzarbeit

5.1 Die rechtlichen Folgen für den Arbeitnehmer nach der Rechtsordnung Österreichs

Seit 01.01.2011 wird in der Norm des § 83 Abs 3 EStG eine *„unmittelbare Inanspruchnahme des Arbeitnehmers für Lohnabgaben in Betrugsfällen“* normiert, was eine Neuheit in der österreichischen Rechtsordnung darstellt.[1688] Die Bestimmung sieht eine subsidiäre Inanspruchnahme des Arbeitnehmers vor, wenn der Arbeitgeber in der Zwischenzeit insolvent wird und der Arbeitnehmer vorsätzlich mit dem Arbeitgeber an der Verkürzung der Lohnsteuer mitgewirkt hat und auch nachgewiesen werden kann, dass Schwarzlohnzahlungen an den Arbeitnehmer ausbezahlt wurden.[1689] Der Arbeitnehmer wusste oder hätte wissen müssen, dass der Arbeitgeber die einbehaltene Lohnsteuer nicht rechtskonform an das Finanzamt abgeführt hat und es unterlassen hat das Finanzamt darüber zu informieren.[1690] Die grundsätzlich den Arbeitgeber treffende Verpflichtung zur Abfuhr der Lohnsteuer wird in diesem Fall untypischerweise auf den Arbeitnehmer überwälzt.

[1684] Gesetz zur Eindämmung illegaler Betätigung im Baugewerbe vom 30.08.2001, BGBl I S. 2267.

[1685] *Schneider,* Schwarzarbeit und Korruption in der Bauwirtschaft in *Diederichs*, Führungswissen für Bau- und Immobilienfachleute 1. Grundlagen, 2005, S. 287.

[1686] *Fehn* in *Fehn* (Hrsg.), SchwarzArbG-Hk, 2006, § 1, Rz 31; *Schneider,* Schwarzarbeit und Korruption in der Bauwirtschaft in *Diederichs*, Führungswissen für Bau- und Immobilienfachleute 1. Grundlagen, 2005, S. 287.

[1687] *Schneider/Badekow,* Ein Herz für Schwarzarbeiter, Berlin, 2006, S. S. 111.

[1688] Steuerrecht aktuell, BBKG 2010, Gesetzesbeschluss des NR samt Erl, ÖStZ 22/2010, Artikel-Nr. 1067, S. 531

[1689] Steuerrecht aktuell, BBKG 2010, Gesetzesbeschluss des NR samt Erl, ÖStZ 22/2010, Artikel-Nr. 1067, S. 531.

[1690] *Rech*, Stellungnahme der RAK zum BBKG 2010 zu I.) Änderungen EStG 1988 zu Z 3 - § 83, Abs 2, Z 6 EStG.

Die Inanspruchnahme des Arbeitnehmers stellt eine Ermessensentscheidung der Abgabenbehörde dar und führt keinesfalls dazu, dass der Arbeitgeber von seiner Haftung gänzlich befreit wird.[1691]

Die Bestimmung wurde von der Rechtsanwaltskammer – meiner Meinung nach zu Recht – kritisiert, da dadurch der schwache Arbeitnehmer, welcher vielfach die Beschäftigung auf Grund einer Notlage annehmen musste, bestraft wird und auf diesen die Zahlungsverpflichtung des Arbeitgebers überwälzt wird.[1692]

Weder in Deutschland noch in Polen existiert eine derartige Regelung, welche den Arbeitnehmer für die Lohnabgaben seines Arbeitgebers einstehen lässt.

5.2 Die rechtlichen Folgen für den Arbeitnehmers nach der Rechtsordnung Deutschlands

In Deutschland hat der Arbeitnehmer, welcher mit dem Arbeitgeber einvernehmlich eine Schwarzentlohnung vereinbart hat und sich den Lohn auch tatsächlich schwarz, ohne Steuern und Sozialversicherungsbeiträge abzuführen, ausbezahlen lässt, bestraft zu werden. Der Arbeitnehmer kann in diesem Fall wegen Beihilfe zum Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt bestraft werden.[1693]

Es besteht keine Möglichkeit einer Mittäterschaft, da § 266a StGB ein Sonderdelikt darstellt und nur der Arbeitgeber Täter sein kann, weil nur er den Melde- und Zahlungspflichten nach den § 23 Abs 1, § 28a, e f, h SGB IV originär nachkommen muss. Der Arbeitgeber hat im Falle einer Nichtzahlung dafür einzustehen, weil er von Gesetzes wegen für die Sozialversicherungsbeiträge haftet.[1694]

Im Falle der einverständlichen Vereinbarung zwischen dem Arbeitgeber und Arbeitnehmer über die Schwarzlohnzahlungen und die Nichtentrichtung von Sozialversicherungsabgaben, ist der Arbeitnehmer als Beihilfetäter gemäß §§ 266a i.V.m. 27 StGB zu bestrafen, wobei hierbei die Milderungsgründe nach § 28 Abs 1 dtStGB beachtet werden müssen.[1695]

5.3 Die rechtlichen Folgen für den Arbeitnehmers nach der Rechtsordnung Polens

Weiters hat auch der Arbeitnehmer in Polen, welcher zum Zeitpunkt, als er bei der Schwarzarbeit betreten wird, arbeitslos gemeldet war und das zuständige Arbeitsamt darüber nicht informiert hat, mit Konsequenzen zu rechnen.[1696]

Gemäß Art 119 Abs 2 des Gesetzes über Arbeitsförderung und Arbeitsmarktinstitution kann eine Geldstrafe i.H.v. 500 zł bis 5.000 zł über den Arbeitnehmer verhängt werden.[1697]

[1691] Steuerrecht aktuell, BBKG 2010, Gesetzesbeschluss des NR samt Erl, ÖStZ 22/2010, Artikel-Nr. 1067, S. 531.

[1692] *Rech*, Stellungnahme der RAK zum BBKG 2010 zu I.) Änderungen EStG 1988 zu Z3 - § 83, Abs 2, Z 6 EStG.

[1693] OLG Stuttgart, Beschluss vom 17.04.2000, 2 Ss 47/00 zu StGB § 263, wistra 2000, 392.

[1694] *Weber,* Wirtschaftsstrafrecht – Die Bekämpfung der Schwarzarbeit, 2009, S. 14.

[1695] OLG Stuttgart, Beschluss vom 17.04.2000, 2 Ss 47/2000, Wistra 2000, 392 f.

[1696] *„Niemiłe konsekwencje kontroli PIP odczuje pracownik, który z chwilą zatrudnienia go „na czarno" był zarejestrowany jako bezrobotny i o podjęciu zatrudnienia lub innej pracy zarobkowej nie zawiadomił w terminie 7 dni właściwego powiatowego urzędu pracy. Wspomnianą karę wymierza sąd w oparciu o wniosek o ukaranie skierowany przez inspektora"* PIP.eGospodarka.pl, Praca na czarno a kontrola PIP i jej konsekwencje, 28.07.2009, http://www.prawo.egospodarka.pl/42842,Praca-na-czarno-a-kontrola-PIP-i-jej-konsekwencje,1,34,3.html

Auch über den ausländischen kann gemäß **Art 120 Z 2** des Gesetzes über Beschäftigungsförderung und Arbeitsmarktinstitutionen eine Geldstrafe von mindestens 1.000 zł verhängt werden.[1698] Die Bestrafung des ausländischen Arbeitnehmers stellt im Vergleich zur Rechtsordnung Österreichs ein wesentliches Unterscheidungsmerkmal dar.

Zusammenfassend ist allen drei Rechtsordnungen ausschließlich gleich, dass der, als arbeitslos gemeldete, Schwarzarbeiter bei vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen des Betruges nach dieser gerichtlichen Strafnorm zu bestrafen ist.

6 Beteiligung des Konsumenten an der Schwarzarbeit nach dem UStG

6.1 Zum § 11 UStG und der Rechnungslegungspflicht bei Leistungen in Zusammenhang mit einem Grundstück

In diesem Kapitel wird behandelt, inwiefern sich ein Nicht-Unternehmer, ein Konsument, strafrechtlich an der Nichterfüllung der steuerlichen Pflichten eines Unternehmers beteiligt werden kann, im Falle, dass die beiden Parteien eine sogenannte „Pfuschabrede" abschließen. In diesem Kapitel wird jedoch nur der Fall der Vereinbarung einer Werkleistung geprüft.

Grundsätzlich besteht i.S.d. § 11 Abs 1 UStG keine zwingende Verpflichtung des Unternehmers bei einem Werkvertrag mit einem Konsumenten, eine Rechnung zu legen.

Die Bestimmung des § 11 UStG, welche innerhalb der letzten Jahre mehrfachen Änderungen unterzogen wurde, regelt die Rechnungsausstellung. Die letzte Änderung des § 11 Abs 1 UStG erfolgte mit 31.12.2007.[1699] § 11 Abs 1 S 3 UStG normiert:

„Führt der Unternehmer eine steuerpflichtige Werklieferung oder Werkleistung im Zusammenhang mit einem Grundstück an einen Nichtunternehmer aus, ist er verpflichtet eine Rechnung auszustellen. Der Unternehmer hat seiner Verpflichtung zur Rechnungsausstellung innerhalb von sechs Monaten nach Ausführung des Umsatzes nachzukommen."

Unter dem Begriff der **Werkleistungen** bzw. **Werklieferungen** im Zusammenhang mit einem Grundstück versteht man alle Leistungen, die der Herstellung oder Zerstörung, Änderung, Verbesserung oder Reparatur eines Bauwerks dienlich sind.[1700]

Unter dem Begriff Bauwerk wird nicht nur ein Gebäude im klassischen Sinne subsumiert, sondere jedes Objekt, das mit einem Grundstück verbunden ist, wie z.B. Garage, Schwimmbecken, gemauerte Zäune, aber u.a. auch Alarmanlagen, Heizungen und Bodenbeläge.[1701]

[1697] *„W takim przypadku pracownicza kieszeń może uszczuplić się o kwotę grzywny, która oscyluje między 500 zł a 5 000 zł (art. 119 ust. 2 ustawy o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy);"* siehe auch: *Amielanczyk*, Praca na czarno i jej konsekwencje (dt: Schwarzarbeit und ihre Konsequenzen) in prawnikow.pl vom 2010-02-18.

[1698] Z 2: „*Cudzoziemiec, który nielegalnie wykonuje pracę, podlega karze grzywny nie niższej niż 1.000 zł."*

[1699] Bundesgesetz, mit dem das Einkommensteuergesetz 1988, das Körperschaftsteuergesetz 1988, das Umgründungssteuergesetz, das Umsatzsteuergesetz 1994, die Bundesabgabenordnung, das Finanzstrafgesetz, die Abgabenexekutionsordnung, das Familienlastenausgleichsgesetz 1967 und das Kommunalsteuergesetz 1993 geändert werden (Abgabensicherungsgesetz 2007 - AbgSiG 2007), BGBl. I Nr. 99/2007.

[1700] *Aicher*, Pfusch/Schattenwirtschaft, Pfusch – Überblick über die Rechtsfolgen von Pfusch im Steuerrecht, 11.01.2010, Portal der WKO, http://portal.wko.at/wk/format_detail.wk?AngID=1&StID=453704&DstID=838

[1701] *Aicher*, Pfusch/Schattenwirtschaft, Pfusch – Überblick über die Rechtsfolgen von Pfusch im Steuerrecht, 11.01.2010, Portal der WKO, http://portal.wko.at/wk/format_detail.wk?AngID=1&StID=453704&DstID=838

Kommt der Unternehmer seiner Verpflichtung zur Rechnungsausstellung nicht innerhalb von sechs Monaten nach Ausführung des Umsatzes nach, so begeht er eine Finanzordnungswidrigkeit gemäß § 51 Abs 1 lit d FinStrG und kann mit einer Geldstrafe bis zu 5.000 EURO bestraft werden.

Bei diesem Delikt handelt es sich um ein Sonderdelikt, weil nur der verpflichtete Unternehmer Adressat der Bestimmung nach § 11 UStG ist.

Nach österreichischer Rechtslage ist der Konsument nicht einmal verpflichtet, eine solche Rechnung aufzubewahren und den Finanzbehörden vorzulegen.[1702] Dies hat zur Folge, dass die Verfolgung von Personen, welche gegen die Rechnungslegungspflicht des § 11 UStG verstoßen, sehr ineffizient ist

Im Gegensatz dazu sieht § 14 Abs 4 S 1 Z 9 dtUStG in Deutschland eine zweijährige Aufbewahrungsfrist der Rechnungen und Belege durch den Konsumenten vor.

In Polen existiert keine Regelung, welche eine Verpflichtung zur Rechnungslegung durch einen Unternehmer an ein private Person vorsieht und genausowenig ist eine Aufbewahrungsverpflichtung normiert.

6.2 Zur Beteiligung des Konsumenten an der Abgabenhinterziehung des Pfuschers

Nachstehend wird die Frage beantwortet, wann sich der Konsument finanzstrafrechtlich an der Abgabenhinterziehung des „Pfuschers" beteiligt und insbesondere, wie mit der Frage des Unternehmers *„Brauchen Sie eine Rechnung?"* umzugehen ist.

Für die Strafbarkeit ist insbesondere wesentlich, ob das Verhalten des Konsumenten, insbesondere seine Aussagen, kausal gewesen sind, dass der Unternehmer als unmittelbarer Täter anders gehandelt hätte, wenn der Konsument nicht den unterstützenden Tatbeitrag erwirkt hätte.[1703] Dabei darf nicht verkannt werden, dass bereits die kleinste Unterstützung, welche zu Vollendung der Straftat durch den unmittelbaren Täter führt, als Beitrag zur Tat zu qualifizieren ist.[1704]

Darüber hinaus ist die objektive Zurechenbarkeit der Beitragshandlung zum Beitragstäter zu prüfen, welche dann vorliegt, wenn der Beitrag die Wahrscheinlichkeit der Erfüllung des Tatbilds durch den unmittelbaren Täter schafft oder erhöht.[1705] Die Bestärkung des Tatentschlusses durch einen Konsumenten, bei gänzlicher Tatentschlossenheit des Unternehmers Steuern zu hinterziehen, zieht jedoch keine Strafbarkeit des Konsumenten nach sich.[1706]

Eine Barzahlung und der Verzicht des Konsumenten auf die Rechnungsausstellung ist kein Indiz für die Rechtswidrigkeit weil, abgesehen von der Rechnungslegung im Zusammenhang mit Grundstücken, keine gesetzliche Verpflichtung existiert, welche eine zwingende Rechnungslegung zwischen Unternehmer und Konsumenten vorsieht.[1707]

[1702] *Leitner*, „Brauchen Sie eine Rechnung?" Pfuschgeschäfte, SWK 2009, Heft 6 vom 15.02.2009, T 19, S. 307.

[1703] *Fuchs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Auflage, Springer – Verlag, 2008, Kapitel 33, S. 303, Rz 53 f.

[1704] *Kienapfel/Höpfel,* Strafrecht, Allgemeiner Teil, 13. Auflage, 2009, E 5, Rz 11; *Kommenda*, Der Pfusch blüht: Wer braucht eigentlich eine Rechnung? Die Presse, Rechtspanorama vom 26.04.2009.

[1705] OGH vom 22.06.2006, 12 Os 21/06i, Jus-Extra OGH-St 3934 = Jus-Extra OGH-St 3950 = SSt 2006/54; *Fabrizy*, § 12 Behandlung aller Beteiligten als Täter in *Höpfel/Ratz,* WK zum StGB, 2. Auflage, Rz 86 zu § 12 StGB; *Triffterer,* Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Springer-Verlag, 1994, S. 144 ff und S. 409, Rz 95 f; *Kienapfel/Höpfel,* Allgemeiner Teil, 13. Auflage, 2009, E 5, Rz 9 f; *Fuchs* Allgemeiner Teil, Kapitel 32, Rz 24, 43 und Kapitel 33, Rz 57-60.

[1706] *Leitner*, „Brauchen Sie eine Rechnung?" Pfuschgeschäfte, SWK 2009, Heft 6 vom 15.02.2009, T 24, S. 312.

[1707] *Kommenda*, Der Pfusch blüht: Wer braucht eigentlich eine Rechnung? Die Presse, Rechtspanorama vom 26.04.2009.

Eine Barabwicklung ohne Rechnung ist von der österreichischen Rechtsordnung zugelassen, üblich und sozialadäquat.[1708]

In Polen wiederum ist eine Barzahlung bei einem Geschäft zwischen zwei Unternehmern lediglich bis zu einem Betrag von 15.000 zł gesetzlich zulässig und besteht darüber hinaus die Verpflichtung einer Banküberweisung.[1709]

Ein klassischer Fall, wann sich der Konsument strafrechtlich als Beitragstäter zu verantworten hat, ist, wenn er auf die Rechnungslegung durch den Unternehmer verzichtet und sich als Gegenleistung einen Rabatt versprechen lässt.[1710] Auch wenn das Entgelt ohne der Mehrwertsteuer vereinbart wird.[1711] Durch eine Preisreduktion „zwingt" der Konsument implizit den Unternehmer zur illegalen Steuerhinterziehung und zum Rechtsbruch, weil in vielen Fällen es sich für den Unternehmer gar nicht mehr rentieren würde, dass er die Einnahme rechtmäßig versteuert, da das Geschäft vielfach für diesen wirtschaftlich nicht mehr leistbar wäre.[1712]

In einem solchen Fall spricht man von einem sozialinadäquaten Bestärkungspotential.[1713] Der Konsument überschreitet in diesem Fall durch seinen Tatbeitrag die Grenze der Sozialadäquanz und wird der Unternehmer zur Schwarzabwicklung gezwungen.[1714]

Treffen der Unternehmer und der Konsument einvernehmlich die Vereinbarung, dass der Konsument auf die Rechnung verzichtet, der Unternehmer ihm dafür einen Preisnachlass gewährt, teilen die beiden Parteien auf diese Art und Weise den illegalen Vorteil auf und machen sich beide dadurch strafbar.[1715] Der Unternehmer macht sich als unmittelbarer Täter strafbar und der Konsument als unterstützender Beteiligter bei der Verschleierung der Umsätze des Unternehmers.[1716]

Als Sanktion droht dem Konsumenten bei vorsätzlicher Beteiligung an der Umsatzsteuerhinterziehung eine Strafe bis zum zweifachen des hinterzogenen Betrages.[1717]

Der Konsument wird lediglich dann nicht finanzstrafrechtlich bestraft, wenn der Pfuscher von Anfang an fest entschlossen war, die Arbeit schwarz abzuwickeln und Steuern zu hinterziehen, wobei kein Raum mehr für den bestärkenden Tatbeitrag des Konsumenten bleibt.[1718]

[1708] *Leitner*, „Brauchen Sie eine Rechnung?" Pfuschgeschäfte, SWK 2009, Heft 6 vom 15.02.2009, T 18, S. 306.

[1709] „*Jedynym ograniczeniem jest to, że jako przedsiębiorca nie możesz płacić innemu przedsiębiorcy gotówką więcej niż równowartość 15.000 euro. Powyżej tej kwoty należy się rozliczać za pomocą rachunku bankowego.",* Kwantum kancelaria radcow prawnych, Czym ryzykujesz zatrudniając na czarno, Artikel vom 03.10.2010, http://www.wykonawca.pl/eprawnik/czytaj/Czym_ryzykujesz_zatrudniajac_na_czarno,0188206001286093141.html

[1710] *Leitner*, „Brauchen Sie eine Rechnung?" Pfuschgeschäfte, SWK 2009, Heft 6 vom 15.02.2009, T 23, S. 311.

[1711] *Peters*, Die Leistung ohne Rechnung, NJW 2008, S. 2478.

[1712] *Lackenbucher,* Pfusch? Garantiert ohne Garantie – Teil 1, WKO Wien, Newsletter Nr. 4/2008, S. 3; *Leitner*, „Brauchen Sie eine Rechnung?" Pfuschgeschäfte, SWK 2009, Heft 6 vom 15.02.2009, T 24, S. 311.

[1713] *Kommenda*, Der Pfusch blüht: Wer braucht eigentlich eine Rechnung? Die Presse, Rechtspanorama vom 26.04.2009; *Leitner*, „Brauchen Sie eine Rechnung?" Pfuschgeschäfte, SWK 2009, Heft 6 vom 15.02.2009, T 24, S. 312.

[1714] *Kommenda*, Der Pfusch blüht: Wer braucht eigentlich eine Rechnung? Die Presse, Rechtspanorama vom 26.04.2009; *Leitner*, „Brauchen Sie eine Rechnung?" Pfuschgeschäfte, SWK 2009, Heft 6 vom 15.02.2009, T 24, S. 312.

[1715] *Peters*, Die Leistung ohne Rechnung, NJW 2008, S. 2478; *Leitner*, „Brauchen Sie eine Rechnung?" Pfuschgeschäfte, SWK 2009, Heft 6 vom 15. 02. 2009, T 24, S. 312.

[1716] *Leitner*, „Brauchen Sie eine Rechnung?" Pfuschgeschäfte, SWK 2009, Heft 6 vom 15.02 2009, T 24, S. 312.

[1717] *Kommenda*, Der Pfusch blüht: Wer braucht eigentlich eine Rechnung? Die Presse, Rechtspanorama vom 26.04.2009.

[1718] *Kommenda*, Der Pfusch blüht: Wer braucht eigentlich eine Rechnung? Die Presse, Rechtspanorama vom 26.04.2009.

7 Schadenersatzansprüche des Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber

7.1 Zu der Unterlassung der Meldung des Arbeitnehmers bei der Krankenkasse nach dem ASVG

Es stellt sich die Frage inwiefern ein Arbeitnehmer, welcher von seinem Arbeitgeber nicht ordnungsgemäß zu den Sozialversicherungen gemeldet wurde, einen Anspruch gegenüber seinem Arbeitgeber hinsichtlich des ihm dadurch entstandenen Schadens begehren kann.

Der OGH hat diesbezüglich entschieden, dass der Arbeitgeber für sämtliche verursachte Schäden, welche dem Arbeitnehmer aus der verspäteten Anmeldung zu den Sozialversicherungen entstanden sind, einzustehen hat, zumindest die entstandenen Nachteile im Rahmen der Pensionsversicherung.[1719] Der Schadenersatzanspruch besteht insbesondere dann, wenn das Recht auf Feststellung der bestandenen Pflichtversicherung bereits verjährt ist oder Versicherungszeiten vom Pensionsträger nicht anerkannt wurden.[1720] Bei der Pensionsversicherung handelt es sich nämlich um keine ex-lege- Versicherung und sind i.S.d § 225 ASVG nur solche Zeiten als Beitragszeiten anzuerkennen, die vom Arbeitgeber angemeldet werden.

Dabei muss jedoch ein etwaiges Mitverschulden des Arbeitnehmers i.S.d. § 1304 ABGB mitberücksichtigt werden. Dass der Arbeitnehmer trotz Kenntnis, dass er nicht von seinem Arbeitgeber zu den Sozialversicherungen gemeldet wurde, sorglos den Arbeitgeber niemals auf dessen Rechtswidrigkeit anspricht und seine rechtmäßige Anmeldung fordert, ist als Mitverschulden zu qualifizieren.[1721] Der Geschädigte hat nämlich seiner Schadenminderungspflicht entsprechend nachzukommen.[1722] Ein Verstoß gegen die Schadenminderungspflicht des Arbeitnehmers steht der Geltendmachung eines vollen Schadenersatzanspruches gegen den Arbeitgeber entgegen, insbesondere, wenn der Arbeitnehmer im Falle eines Verdachts von Verstößen gegen die Verpflichtungen des Arbeitgebers hinsichtlich seiner Meldepflichten zu den Sozialversicherungen es unterlässt, eine Überprüfung des Arbeitgebers durch die Sozialversicherungsträger zu verlangen.[1723]

Wenn der Arbeitnehmer mit dem Arbeitgeber hinsichtlich der Nichtmeldung zu den Sozialversicherungen vorsätzlich und gewollt zusammenwirkt, zieht dies eine Schadensteilung mit gleich hohem Verschulden sowohl des Arbeitgebers als auch des Arbeitnehmers als Folge nach sich.[1724]

7.2 Exkurs: Das Bestehen des Unfallversicherungsschutzes trotz Schwarzarbeit

Im **österreichischen** Versicherungsrecht gilt allgemein das Prinzip der ex-lege-Versicherung, was soviel heißt, dass der Arbeitnehmer ab Beginn der faktischen Ausübung seiner Arbeitsleistung ohne seinen Willen, und ohne dass ihn der Arbeitgeber

[1719] OGH vom 26.02.1992, 9 Ob A 21/92, Infas 1992/A 93 = RdA 1992/39.

[1720] *Schrank,* Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, 34. Auflage, Graz, 2011, S. 171.

[1721] OGH vom 22.12.1993, 9 Ob A 238/93, Infas 1994/A 94; OGH vom 11.10.2007, 8 Ob A 41/07y ARD 5837/7/2008 = ZAS-Judikatur 2008/3 = zuvo 2008/34, 50 = DRdA 2008, 171 = JusGuide 2007/52/5322.

[1722] *Schrank,* Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, 34. Auflage, Graz, 2011, S. 224/I.

[1723] *Schrank,* Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, 34. Auflage, Graz, 2011, S. 224/I f.

[1724] OGH vom 10.05.1995, 9 Ob A 59/95, Infas 1995/A 103 = RS0043257; *Gruber,* Der Schadenersatz aus Meldepflichtverletzungen, DRdA 1984, 119 ff.

anmeldet, nach § 10 ASVG pflichtversichert ist und insofern die Ansprüche aus der Kranken-, Unfall- und Arbeitslosenversicherung in Anspruch nehmen kann.[1725] Auch der OGH hat mehrfach entschieden, dass die Pflichtversicherung schon kraft Gesetzes besteht.[1726] Wenn zwischen den Beteiligten ein Beschäftigungsverhältnis i.S.d. § 4 Abs 2 ASVG besteht, kommt es für den Sozialversicherungsanspruch nicht darauf an, ob der Arbeitgeber den Arbeitnehmer zu den Sozialversicherungen anmeldet oder nicht und die Beiträge entrichtet, weil gemäß § 175 bzw § 176 Abs 3 ASVG der Versicherungsschutz trotz unterlassener Anmeldung besteht.[1727] Die Meldevorschriften sind zwar streng zu beachten, haben aber keine versicherungsbegründende und somit anspruchsbegründende Bedeutung.[1728] Trotz Nichtmeldung steht insofern dem Arbeitnehmer voller Versicherungsschutz zu.

In Vergleich zu Österreich, wo trotz Nichtmeldung eine ex-lege-Versicherung dem Arbeitnehmer zusteht, existiert in Polen kein derartiges, den Arbeitnehmer sozialversicherungsrechtlich absicherndes Konstrukt, insofern hat sich der illegal beschäftigte Arbeitnehmer immer vor Augen zu halten, dass er mangels legaler Beschäftigung nicht sozialversichert ist und im Falle eines Unfalls keinen Anspruch auf Sozialversicherungsleistungen hat und somit selber für die Arztkosten und Heilungskosten aufkommen wird müssen, was vielfach seinen Ruin bedeuten kann.

In Deutschland wiederum existiert - hinsichtlich des sozialversicherungsrechtlichen Schutzes - auch eine für den Arbeitnehmer vorteilhafte Regelung. Gemäß § 22 Abs 1 SGB IV greift der Versicherungsschutz zu den Unfallversicherungen nach § 2 Abs 1 Z 2 SGB VII bereits dann, wenn eine Tätigkeit in einem abhängigen Arbeitsverhältnis gegen Entgelt ausgeübt wird, ohne Rücksicht darauf, ob die Sozialversicherungsbeiträge de facto entrichtet werden.[1729] Insofern genießt der Schwarzarbeiter auch dann Sozialversicherungsschutz, wenn der Arbeitgeber gesetzeswidrig die Beiträge zu den Sozialversicherungen nicht abführt.[1730]

Voraussetzung ist lediglich das Bestehen eines abhängigen Arbeitsverhältnisses gegen Entgelt.

Nach § 110 Abs 1a SGB VII hat der Unfallversicherungsträger jedoch die Möglichkeit sich – wegen allfälliger getätigten Aufwendungen – beim Unternehmer für den eingetretenen Versicherungsfall und die erbrachten Leistungen, im Rahmen einer bei diesem ausgeführten Schwarzarbeit, zu regressieren.

[1725] *Brodil*, Sozialbetrug aus dem Blickwinkel des Verwaltungsstrafrechts, DRdA 2008, S. 384; *Bartos*, Millionenschaden durch Sozialbetrug, SozSi 2006, 119, S. 119; *Kirchbacher/Presslauer*, § 153d StGB in *Höpfel/Ratz* (Hrsg.), WK zum StGB, 2. Auflage, Rz 11 zu § 153d StGB; *Schrank,* Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, 34. Auflage, Graz, 2011, S. 170; *Schrammel,* Der Entwurf eines Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes aus arbeits- und sozialrechtlicher Sicht, 3. Kapitel in *Mayer* (Hrsg.), Schwarzarbeit, Pfuscht der Gesetzgeber? 1999, S. 55.

[1726] OGH vom 03.11.2005, 6 Ob 190/04s, SZ 2005/156 = ecolex 2006/97 = RdA 2007/5.

[1727] *Trattner*, Regress bei „Schwarzarbeit", ASoK 2008 – Heft 9, 346; OGH vom 10.04.2008, 9 ObA 172/07w, RIS-Justiz RS0119389 = ARD 5901/6/2008 = ecolex 2008/320, 848 = infas 2008, 211/A92 = DRdA 2008, 443.

[1728] *Schrank,* Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, 34. Auflage, Graz, 2011, S. 170.

[1729] *Mache* in *Berscheid/ Kunz/Brand* (Hrsg.), Praxis des Arbeitsrechts, ZAP Verlag für die Rechts- und Anwaltspraxis, 2. Auflage, 2003, Teil 3 Rz 1103; *Brenner*, Die Strafrechtliche Bekämpfung von Schwarzarbeit, Berlin, 2008, S. 110.

[1730] *Mache* in *Berscheid/ Kunz/Brand* (Hrsg.), Praxis des Arbeitsrechts, ZAP Verlag für die Rechts- und Anwaltspraxis, 2. Auflage, 2003, Teil 3 Rz 1103.

8 Zu den zivilrechtliche Folgen der Schwarzarbeit

Bei einer Leistung ohne Rechnung, bei welcher der Arbeitslohn „schwarz“ ausbezahlt wird, stellt sich aus zivilrechtlicher Sicht einerseits für den Auftragnehmer die Frage, ob er jegliche Ansprüche, wie Gewährleistung oder Schadenersatz gegenüber dem Aufraggeber geltend machen kann und andererseits für den Auftraggeber, ob er bei Nichtzahlung des Werklohns durch den Auftragnehmer eine Werklohnklage anstreben kann, obwohl beide gesetzwidrig handeln und mangels Rechnung keinen urkundlichen Beweis für die Durchführung des Werkes besitzen. Diese Thematik soll in diesem Kapitel kurz angerissen.

8.1 Die Rechtsfolgen nach der Rechtsordnung Deutschlands

Dazu wurde in Deutschland mehrfach entschieden, dass Gewährleistung und Schadenersatz auch bei Schwarzarbeit geltend gemacht werden kann.[1731] Der BGH judizierte in seiner Entscheidung vom 24.04.2008, dass dem Auftraggeber ganz normal die Möglichkeit zukommt, seine Gewährleistungsansprüche geltend zu machen.[1732] Bis zu dieser Zäsur-Entscheidung wurde die Auffassung vertreten, dass auf Grund der Nichtigkeit des Vertrages weder bereicherungsrechtliche noch gewährleistungsrechtliche Ansprüche zustehen und genauso wenig Schadenersatz geltend gemacht werden kann.[1733]

Hinsichtlich der Nichtigkeit eines derartigen Pfusch-Vertrages ist zu sagen, dass es zu einer Gesamtnichtigkeit des Vertrages nach § 139 BGB nur dann kommt, wenn der Hauptzweck des Vertrages die Steuerhinterziehung ist, was bei einem Bauvertrag selten der Fall sein wird, da grundsätzlich die Werkerrichtung den Hauptzweck darstellt.[1734]

Die Schwarzgeldabrede bewirkt nicht automatisch die Nichtigkeit des gesamten Vertrages, sondern nur dieser gesetzwidrigen Abrede und ist die Teilnichtigkeit die Konsequenz.[1735] Der BGH vertritt die Auffassung, dass sich der Auftragnehmer im Falle einer mangelhaften Werkerfüllung nicht auf die Nichtigkeit des Vertrages stützen darf, insbesondere wenn der Vertrag bereits erfüllt und es insofern nur mehr um etwaige Gewährleistungs,- Schadenersatzansprüche geht.[1736] Dadurch verstößt der Auftragnehmer nämlich gegen den allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben.[1737]

Nach *Peters* muss im Fall, dass dem Auftraggeber sämtliche Gewährleistungsansprüche – trotz vorliegender Pfuscharbeit ohne Rechnung – zustehen, vice versa dem Auftragnehmer die Möglichkeit der Durchsetzung seines Lohnanspruchs gegenüber dem Auftraggeber zustehen.[1738]

Die Entscheidung des BGH stellt meiner Meinung nach, *Brenner* folgend, einen Beitrag zur Förderung der Schwarzarbeit dar, da dem Auftraggeber und Auftragnehmer

---

[1731] Urteile des BGH vom 24.04.2008, VII ZR 42/07 und 140/07; Landgericht Frankfurt/Oder vom 14.07.2006, 17 O 416/04; Brandenburgisches OLG vom 08.02.2007, 12 U 155/06; Landgericht Aachen vom 28.04.2006, 12 O 621/04; OLG Köln vom 22.11.2006, 11 U 89/06; Wikipedia, Schwarzarbeit, http://de.wikipedia.org/wiki/Schwarzarbeit.

[1732] BGH vom 24.04.2008 - VII ZR 42/07, NJW-RR 2008, 1050 f = ZIP 2008, 1636 = IBR 2008, 431.

[1733] *Marschall*, Bekämpfung illegaler Beschäftigung, 2003, S. 182 f, Rz 701 ff.

[1734] BGH vom 23.06.1997 – II ZR 220/95, BGHZ 136, 125; BGH ZIP 2001, 202 (204).

[1735] *Warto*, Schwarzarbeit und die zivilrechtlichen Folgen, ZAK 2008/564, S. 324.

[1736] BGH vom 24.04.2008 - VII ZR 42/07, NJW-RR 2008, 1050 f, Rz 13 ff = ZIP 2008, 1636 = IBR 2008, 431.

[1737] *Warto*, Schwarzarbeit und die zivilrechtlichen Folgen, ZAK 2008/564, S. 324.

[1738] *Peters*, Die Leistung ohne Rechnung, NJW 2008, S. 2480.

nunmehr weniger Risiken im Falle des Erwischen beim „Pfuscharbeiten“ drohen.[1739] Die Entscheidung wird damit begründet, dass Schwarzarbeit so oder so mit ausreichend steuerrechtlichen, strafrechtlichen und sozialrechtlichen Maßnahmen bekämpft wird und insofern ergänzende Sanktionen nicht mehr erforderlich sind.[1740]

8.2 Die Rechtsfolgen nach der Rechtsordnung Österreichs

Auch nach österreichischer Judikatur steht dem Auftragnehmer, trotz allfälliger Nichtigkeit des Werkvertrages, jedenfalls das vereinbarte Entgelt zu.[1741] Hinsichtlich der Nichtigkeit ist zu sagen, dass grundsätzlich ein Vertrag, der gegen gesetzliche Normen verstößt, gemäß § 879 ABGB nichtig ist.[1742]

Doch haben sich die herrschende Lehre und Rechtssprechung dafür ausgesprochen, dass ein Pfuschvertrag dann gültig sein soll, wenn der Zweck der Norm dies nicht verbietet bzw. nicht erforderlich macht und sich der Zweck nicht auf den Inhalt der Leistung selbst richtet.[1743]

Eine Gesamtnichtigkeit eines Pfuscher-Vertrages ist insofern nicht notwendig und kann der Auftraggeber seine Gewährleistungsansprüche auf einem gültigen Vertrag stützen.[1744]

Jedoch muss beachtet werden, dass die Möglichkeit der Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen lediglich bei Pfuscher-Verträgen, bei denen steuerliche Normen verletzt werden, möglich ist. Keine derartige Anspruchsmöglichkeit besteht bei Verstößen gegen gewerberechtliche Bestimmungen, wenn der Werkbesteller Kenntnis von der fehlenden Gewerbeberechtigung des beauftragten Werkunternehmers hatte.[1745]

In einem solchen Fall hat der Werkbesteller keinen gerichtlichen Anspruch auf Verbesserung, da dies auf eine gerichtliche Erlaubnis zu rechtswidrigen Tätigkeiten hinauslaufen würde.[1746] Lediglich wenn der Werkbesteller keine Kenntnis von der fehlenden Gewerbeberechtigung des Werkunternehmers hatte, kann er sich Abhilfe durch einen befugten Subunternehmer schaffen und das in Pfusch erstellte Werk, auf Kosten des vormaligen beauftragten Auftragnehmers verbessern.[1747]

V Die zuständigen Behörden und Stellen bei der Bekämpfung von Schwarzarbeit und illegalen Beschäftigung

A Die Rechtsordnung Österreichs

1 Einleitung

[1739] *Brenner*, Die Strafrechtliche Bekämpfung von Schwarzarbeit, Berlin, 2008, S. 67; *Peters*, Die Leistung ohne Rechnung, NJW 2008, S. 2479.

[1740] BGH vom 31.05.1990 - VII ZR 336/89, BGHZ 111, 308 (313).

[1741] *Iro*, Entgeltsanspruch für Schwarzarbeit, RdW 1999, S. 453; *Warto*, Schwarzarbeit und die zivilrechtlichen Folgen, ZAK 2008/564, S. 323.

[1742] *Warto*, Schwarzarbeit und die zivilrechtlichen Folgen, ZAK 2008/564, S. 324.

[1743] *Krejci* im *Rummel* (Hrsg.), ABGB-Kommentar, Band 1, 3. Auflage, § 879 Rz 168; *Kletečka/Koziol,* Bürgerliches Recht, Band 1, 13. Auflage, Manz Verlag, Wien, 2006, S. 159; OGH vom 21.12.1967, 1 Ob 264/67, JBl 1968, 366 = EvBl 1968/209, S. 348; OGH vom 25.03.1999, 2 Ob 289/97g, ZVR 2000/68 = ZVR 2000, 290 = EFSlg 90.173.

[1744] *Warto*, Schwarzarbeit und die zivilrechtlichen Folgen, ZAK 2008/564, S. 325.

[1745] *Warto*, Schwarzarbeit und die zivilrechtlichen Folgen, ZAK 2008/564, S. 325.

[1746] *Iro*, Entgeltsanspruch für Schwarzarbeit, RdW 1999, S. 453.

[1747] *Warto*, Schwarzarbeit und die zivilrechtlichen Folgen, ZAK 2008/564, S. 325.

Einleitend ist zu sagen, dass bei der Bekämpfung der Schwarzarbeit unterschiedliche Behörden einschreiten.

Für die Ermittlung und Ausforschung von Schwarzarbeit und illegaler Beschäftigung war bis zum 31.12.2010 die, seit 01.01.2007 bei jedem Finanzamt ansiedelte, Behörde *„Kontrolle illegaler Arbeitnehmerbeschäftigung"* kurz KIAB, zuständig. [1748] Deren Organe, welche im Rahmen der Kontrollen u.a. auch verfahrensfreie Verwaltungsakte ohne förmliches Verfahren setzen durften, werden als „Exekutivorgane der Verwaltung" bezeichnet.[1749]

Der KIAB wurden weitreichende Aufgabenbereiche auf Grund verschiedener Materiengesetze, wie das AuslBG, das AVRAG, die Gewerbeordnung, steuerliche Gesetze und das Sozialbetrugsgesetz, anvertraut.[1750]

Die verschiedenen Gesetzesgrundlagen sind u.a. auch der Grund für die mannigfaltige Anwendung von verschiedenen und unterschiedlichen Verfahrensrechten.[1751]

Das nachstehende Kapitel behandelt die Behördentätigkeit bei der Bekämpfung der Schwarzarbeit, wobei insbesondere die KIAB und die mit Wirkung ab 01.01.2011 aus dieser Sondereinheit in die **„Finanzpolizei"** umgetauft Behörde besprochen wird, sowie deren Einschreiten in Zusammenhang mit dem § 153e StGB.

2 Kontrolle illegaler Arbeitnehmerbeschäftigung (KIAB) des Finanzamtes

2.1 Zur Entstehung, Organisation und Personenanzahl der Ermittlungsbehörde

Seit 01.01.2007 obliegt der Vollzug der Kontrolle der illegalen Arbeitnehmerbeschäftigung ausschließlich den Finanzämtern.[1752] Mit 01.01.2007 wurde in jedem Finanzamt ein eigenständiges KIAB-Team eingerichtet, wobei die Organe der KIAB nunmehr als Organe der Abgabenbehörden zu qualifizieren sind.[1753]

Durch die organisatorischen Änderungen wurde die Effizienz und Effektivität hinsichtlich der Betrugsbekämpfung gesteigert und verfahrensrechtlich vereinheitlichende und sinnvollere Maßnahmen gesetzt.[1754]

Zu der Entwicklung der bei der KIAB beschäftigten Personenanzahl ist zu sagen, dass bis Juni 2002 34 Mitarbeiter, ab Juli 2002 86 Zollbedienstete bei BMF, ab Mai 2004 184 Zollbedienstete, ab Jänner 2007 309 Finanzbedienstete beim BMF angestellt waren.[1755] Per 01.02.2010 waren 327 Bedienstete der KIAB bundesweit beschäftigt.[1756] Bis 2014 wird eine Anzahl von 600 beim Finanzamt Beschäftigten angestrebt.[1757]

[1748] *Lehner*, Beschwerderechte im Kontrollverfahren der KIAB, taxlex 2007 – Heft 09, S. 413.

[1749] *Funk*, Der verfahrensfreie Verwaltungsakt. Die „faktische Amtshandlung" in Praxis und Lehre, Springer, Wien, New York, 1975, S. 139; *Houf/Lehner,* KIAB-Kontrollen, Wien, 2008, Rz 447.

[1750] *Lehner*, Beschwerderechte im Kontrollverfahren der KIAB, taxlex 2007 – Heft 09, S. 413.

[1751] *Houf/Lehner,* KIAB-Kontrollen, Wien, 2008, Rz 81.

[1752] *Fellner,* Kommentar zum FinStrG, §§ 195-196 FinStrG, Verfolgung des Sozialbetruges, 6. Auflage, 14. Lieferung, Band II, Rz 18; RV Betrugsbekämpfungsgesetz 2006,1435 BlgNR XXII. GP, zu Art 8 (§ 3 Abs 5), S. 6 von 25.

[1753] Wikipedia, Schwarzarbeit, http://de.wikipedia.org/wiki/Schwarzarbeit; *Houf/Lehner,* KIAB-Kontrollen, Wien, 2008, Rz 1.

[1754] RV Betrugsbekämpfungsgesetz 2006,1435 BlgNR XXII. GP, zu Art 8 (§ 3 Abs 5), S. 6 von 25.

[1755] *BMF,* Finanzpolizeikontrollen ab 01.05.2011, S. 2, http://www.akstmk.at/bilder/d147/Finanzpolizei_Schloegl.pdf.

[1756] *BMF,* Anfragebeantwortung, GZ BMF-310205/0006-I/4/2010, 4241/AB XXIV. GP, Wien, 2010, S. 13 von 17.

[1757] *BMF,* Finanzpolizeikontrollen ab 01.05.2011, S. 2, http://www.akstmk.at/bilder/d147/Finanzpolizei_Schloegl.pdf.

Per 19.03.2012 waren bereits rund 430 Finanzpolizisten österreichweit im Einsatz, wobei bei dringendem Bedarf noch auf weitere 250 Mitarbeiter zurückgegriffen werden kann.[1758]

Die laufende Aufstockung der Mitarbeiteranzahl ist jedenfalls positiv zu beurteilen. Eine geringe Anzahl der Mitarbeiter stellt meiner Meinung nach eine gewaltige Schwachstelle einer effizienten Verfolgung/Bekämpfung der Schwarzarbeit dar und verhindert flächendeckende Kontrollen. Im Vergleich zu Österreich arbeiten z.B. in Deutschland über 6.500 Beamte der „Finanzkontrolle Schwarzarbeit" flächendeckend an 113 Standorten.[1759]

Damit die Bekämpfung der Schwarzarbeit und illegalen Beschäftigung Erfolge bringt, ist meiner Meinung nach jedenfalls wichtig, dass oft und flächendeckend Kontrollen durchgeführt werden. Denn vielfach ist die Einstellung der Bürger, dass die Steuer- und Abgabenlast sehr hoch und die Wahrscheinlichkeit erwischt zu werden sehr gering ist.[1760]

2.2 Die (örtliche und sachliche) Zuständigkeit und rechtlichen Stellung der Kontrollorgane

Die örtliche und sachliche Zuständigkeit der Kontrollorgane ergibt sich aus dem jeweiligen Materiengesetz, wie z.B. § 26 und 27 Abs 2 AuslBG, § 89 Abs 3 EStG, § 7 b AVRAG.[1761] Soweit sich die Organe an der Vollziehung des ASVG beteiligen, werden gemäß § 86 Abs 1 Satz 3 EStG sowie § 360 Abs 7 ASVG die Tätigkeiten der Organe unmittelbar dem zuständigen Sozialversicherungsträger, also der örtlich zuständigen Gebietskrankenkasse, zugerechnet.[1762]

Die weitgehenden Zuständigkeitsbefugnisse, die Zurechnung von Handlungen der jeweils zuständigen Behörde und die Ermittlungspflichten von Amts wegen, dienen insbesondere der effizienten und zweckmäßigen Bekämpfung der organisierten Schwarzarbeit.[1763]

Abhängig von dem jeweiligen Materiengesetz und dem Verfahren, nehmen die Kontrollorgane eine unterschiedliche Stellung ein.[1764] Z.B. sind die Organe im Bereich der BAO Organe der Abgabenbehörde, im Bereich des AuslBG wiederum *„Hilfs,- Kontroll- und Ermittlungsorgan"* der BVB.[1765] Bei der Vollziehung des AuslBG, AVRAG

[1758] *Horcicka*, Fekters Eingreiftruppe: Die Finanzpolizei ist Fekters schärfste Waffe gegen Schwarzgeld, Format online vom 19.03.2012,
http://www.format.at/articles/1211/521/323482_s2/fekters-eingreiftruppe-die-finanzpolizei-fekters-waffe-schwarzgeld.

[1759] *Houf/Lehner,* KIAB-Kontrollen, Wien, 2008, Rz 4.

[1760] *Enste,* Schattenwirtschaft und institutioneller Wandel, 2002, S. 116; *Schneider/Badekow,* Ein Herz für Schwarzarbeiter, Berlin, 2006, S. 55; *Schneider/Enste*, Schattenwirtschaft und Schwarzarbeit, 2000, S. 150 f.

[1761] Siehe ausführliche Erläuterungen zur örtlichen und sachlichen Zuständigkeit in *Houf/Lehner,* KIAB-Kontrollen, Wien, 2008, Rz 266 ff.

[1762] *Schrank,* Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, 34. Auflage, Graz, 2011, S. 216; *Houf/Lehner,* KIAB-Kontrollen, Wien, 2008, Rz 30 und Rz 106; *Lehner,* Auswirkungen der Anmeldung vor Arbeitsbeginn auf KIAB-Kontrollen, taxlex 2008, S. 119; *Houf,* Neue Wege der Betrugsbekämpfung. KIAB, persaldo, S. 12.

[1763] *Stary*, Kontrolle illegaler Arbeitnehmerbeschäftigung aus Sicht des BMF, ÖStZ 2006/1127, Heft 24 vom 15.12.2006, S. 543; *Houf /Lehner,* KIAB-Kontrollen, Wien, 2008, Rz 274.

[1764] *Houf/Lehner,* KIAB-Kontrollen, Wien, 2008, Rz 324.

[1765] *Houf/Lehner,* KIAB-Kontrollen, Wien, 2008, Rz 429.

ASVG und GewO agiert die KIAB/Finanzpolizei niemals als Behörde, sondern immer nur das Organ.[1766]

Darüber hinaus agiert die KIAB (jetzt: Finanzpolizei) bei der Verfolgung von Sozialbetrug nach § 153c ff StGB als Kriminalpolizei im funktionellen Sinn und bei der Vollziehung von abgabenrechtlichen Bestimmungen als Finanzstrafbehörde.[1767]

2.3 Zu den Aufgabenbereichen und deren gesetzliche Grundlagen

2.3.1 Einleitung

Dreh- und Angelpunkt der Tätigkeit ist die Kontrolle des Arbeitsmarkts, sowohl der unselbständig wie auch der selbständig, inländischen als auch ausländischen Erwerbstätigen sowie die Kontrolle von Arbeitgebern, ob diese die abgaben- und sozialversicherungsrechtlichen Bestimmungen einhalten und nicht Ausländer illegal beschäftigen oder Steuern hinterziehen, Bestimmungen des Gewerberechts übertreten bzw. gegen strafrechtliche Bestimmungen des Sozialbetrugsgesetzes verstoßen.[1768] Auf Grundlage des AVRAG werden auch ausländische Arbeitgeber und Arbeitskräfte nach Österreich entsenden, kontrolliert, um ein gleichheitswidriges Lohndumping zu unterbinden.[1769]

Den Kontrollorganen kommen zahlreiche Aufgaben auf Grundlage verschiedener Gesetze, wie nach dem AuslBG, dem AVRAG, der Gewerbeordnung, dem StGB und nach den Steuergesetzen zu.[1770] Den Organen kommen strafrechtliche, verwaltungsstrafrechtliche, verwaltungsrechtliche und finanzstrafrechtliche Ermittlungskompetenzen zu, was *Lehner* und *Houf* zur Bezeichnung der Kontrollen als *„One-stop-shop-Kontrollen“* bewogen hat.[1771]

Zu den Aufgaben der Ermittlungsbehörde gehört insbesondere die Feststellung von illegaler Beschäftigung nach dem AuslBG, die mit dieser Beschäftigung in Zusammenhang stehenden Steuerhinterziehungen nach dem FinStrG und Nichtentrichtung von Sozialversicherungsbeiträgen, sowie der Sozialversicherungsbetrug.[1772]

Per 01.01.2011 wurde die Behörde „Finanzpolizei“ geschaffen, wobei sich deren Kompetenzen insbesondere aus dem neu eingeführten § 12 AVOG ergben.

Per 30.03.2013 erschien weiters zum ersten Mal ein eigener Kodex „Finanzpolizei 2013“, in welchem die steuerrechtlichen, beschäftigungsrechtlichen und glücksspielrechtlichen etc. Rechtsgrundlagen (Gesetze, Verordungen, Verfahrensrechte und Erlässe) auf deren Basis die Finanzpolizei tätig werden kann, komprimiert zusammengefasst werden.[1773]

2.3.2 Der Ablauf einer „klassischen“ Kontrolle und ihre gesetzlichen Grundlagen

[1766] *Houf/Lehner,* KIAB-Kontrollen, Wien, 2008, Rz 31.
[1767] *Houf/Lehner,* KIAB-Kontrollen, Wien, 2008, Rz 85 f.
[1768] *Houf/Lehner,* KIAB-Kontrollen, Wien, 2008, S. 3 f, 179 und 192.
[1769] *Houf/Lehner,* KIAB-Kontrollen, Wien, 2008, Rz 27.
[1770] *Houf/Lehner,* KIAB-Kontrollen, Wien, 2008, Rz 2, 18 und 447.
[1771] *Lehner*, Beschwerderechte im Kontrollverfahren der KIAB, taxlex 2007 – Heft 09, S. 413; *Houf/Lehner,* KIAB-Kontrollen, Wien, 2008, Rz 447.
[1772] *Lehner*, Beschwerderechte im Kontrollverfahren der KIAB, taxlex 2007 – Heft 09, S. 414
[1773] *Lehner/Doralt (Hrsg.),* KODEX Finanzpolizei 2013 vom 30.03.2013, Linde Verlag.

Grundsätzlich ist die KIAB (nunmehr Finanzpolizei) die „ersteinschreitende“ Behörde, welche auf eigene Faust, ohne Prüfungsauftrag[1774], sämtliche Erstkontrollen auf Grundlage des AuslBG beginnt.[1775]

Eine „klassische“ Kontrolle wird zumeist mit einer Identitätsfeststellung von ausländischen Arbeitnehmern nach § 26 Abs 4 AuslBG beginnen. Eine zwangsweise Identitätsfeststellung ist lediglich dann möglich, wenn Grund zur Annahme besteht, dass es sich bei dem Arbeitnehmer um einen Ausländer handelt, denn bei Inländern ist eine zwangsweise Identitätsfeststellung nicht zulässig.[1776] i.S.d. AuslBG wird lediglich der Sachverhalt festgestellt, welcher dann in weiterer Folge in Entsprechung des § 27 AuslBG den zuständigen Behörden mitgeteilt wird und folglich zur Verfolgung von betrügerischen Tätigkeiten durch andere Behörden, wie insbesondere Verwaltungsstrafbehörden, Gerichte, Gewerbebehörden und Sozialversicherungsträger, führt.[1777]

Wenn kein ausländerbeschäftigungsrechtlicher Verstoß festgestellt werden kann, werden weitere Ermittlungen auf Grundlage der Normen § 89 Abs 3 EStG iVm §§ 143,144 BAO durchgeführt.[1778]

§ 89 Abs 3 EStG normiert die Tätigkeit der Abgabenbehörden, wobei jedoch nur eine Teilanwendung der BAO vorgesehen ist.[1779]

Die Teilanwendung der BAO heißt, dass bei den Kontrolltätigkeiten, im Bereich der GewO, des AlVG, der melderechtlichen Normen des ASVG, nur bestimmte für die Ermittlung notwendige Normen der BAO, wie z.B. §§ 111f BAO Ordnungs[1780]- Mutwillens- und Zwangsstrafen[1781], §§ 143f BAO Auskunftspflichten und Nachschau, § 141f BAO Unterstützungspflichten des Arbeitgebers, §§ 166-183 BAO Beweisverfahren, zur Anwendung kommen sollen.[1782]

Für eine Kontrolle nach dem AuslBG oder auch nach § 89 Abs 3 EStG ist ein Prüfungsauftrag und eine Voranmeldung der Kontrolle nicht notwendig, da die Kontrollen keine abgabenbehördlichen Prüfungen darstellen und auch die Effektivität von Kontrollen verhindern würden.[1783] Die Kontrollorgane müssen aber stets beachten, dass sie vor Beginn einer Amtshandlung den Kontrollierten auf die jeweils zur Anwendung kommende Verfahrensgrundlage hinweisen, z.B. AuslBG, BAO, StPO etc., was im Hinblick auf das Grundrecht auf ein faires Verfahren wesentlich ist.[1784]

[1774] Siehe zum Begriff und Notwendigkeit des Prüfungsauftrags: *Houf/Lehner,* KIAB-Kontrollen, Wien, 2008, Rz 312 ff.

[1775] *Houf/Lehner,* KIAB-Kontrollen, Wien, 2008, Rz 18 und 23; *Houf,* Neue Wege der Betrugsbekämpfung. KIAB, persaldo, S. 11.

[1776] *Schrank,* Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, 34. Auflage, Graz, 2011, S. 82/XI; *Houf/Lehner,* KIAB-Kontrollen, Wien, 2008, S. 206; *Lehner,* Auswirkungen der Anmeldung vor Arbeitsbeginn auf KIAB-Kontrollen, taxlex 2008, S. 121.

[1777] *Stary*, Kontrolle illegaler Arbeitnehmerbeschäftigung aus Sicht des BMF, ÖStZ 2006/1127, Heft 24, S. 542.

[1778] *Houf/Lehner,* KIAB-Kontrollen, Wien, 2008, Rz 84.

[1779] Genaue Erläuterungen zur Erhebung in *Houf /Lehner,* KIAB-Kontrollen, Wien, 2008, Rz 256 f; *Lehner,* Auswirkungen der Anmeldung vor Arbeitsbeginn auf KIAB-Kontrollen, taxlex 2008, S. 120.

[1780] Genaue Erläuterungen zu Zwangsstrafen in Organisationshandbuch – KIAB, BMF-280000/0070-IV/2/2008, Punkt 3.4.2.2; *Houf/Lehner,* KIAB-Kontrollen, Wien, 2008, S. 219.

[1781] Genaue Erläuterungen zu Zwangsstrafen in Organisationshandbuch – KIAB, BMF-280000/0070-IV/2/2008, Punkt 3.4.2.1; *Houf/Lehner,* KIAB-Kontrollen, Wien, 2008, S. 217 f.

[1782] OrganisationsHB – KIAB, BMF-280000/0070-IV/2/2008, Punkt 3.4.; *Houf/Lehner,* KIAB-Kontrollen, 2008, S. 214 ff.

[1783] *Stary*, Kontrolle illegaler Arbeitnehmerbeschäftigung aus Sicht des BMF, ÖStZ 2006/1127, Heft 24 vom 15.12.2006, S. 542; *Lehner,* Auswirkungen der Anmeldung vor Arbeitsbeginn auf KIAB-Kontrollen, taxlex 2008, S. 122.

[1784] *Houf/Lehner,* KIAB-Kontrollen, Wien, 2008, Rz 348.

2.3.3 Zu den Befugnisse[1785] der KIAB (nunmehr Finanzpolizei) im Konkreten

Die Kontrollbefugnisse der Ermittlungsorgane sind sehr umfangreich und umfassen insbesondere das Auskunfts- und Einsichtsrecht in Geschäftsunterlagen, das Betretungsrecht, die Identitätsfeststellung, das Festnahmerecht.[1786] Im Falle von Zuwiderhandlungen sind sie berechtigt, Zwangstrafen nach § 111 BAO anzudrohen, um dadurch eine erfolgreiche Durchsetzung gewährleisten zu können.[1787] Sowohl der Arbeitgeber als auch der inländische und ausländische Arbeitnehmer, wie Auftraggeber und Dritte sind gesetzlich verpflichtet, bei den Prüfungen mitzuwirken.[1788]

Die KIAB holt abgabenrelevante Informationen ein, führt Erhebungen[1789] i.S.d. §143 BAO und Nachschau[1790] gemäß § 144 BAO. Ihnen steht jedoch nicht zu, Abgabenbescheide selbst zu erlassen.[1791]

Zum Auskunftsrecht[1792] ist auszuführen, dass der Arbeitgeber bzw. dessen vertretungsbefugter Bevollmächtigte auf Verlangen der Ermittlungsorgane, Anzahl und Namen der im Betrieb beschäftigten Ausländer bekannt zu geben hat.[1793] Weiters hat der Arbeitgeber die notwendigen Auskünfte zu erteilen und die erforderlichen Unterlagen vorzulegen, widrigenfalls diesem Sanktionen u.a. nach § 28 Abs 1 Z 2 lit c AuslBG im Ausmaß von 2.500 EURO bis zu 8.000 EURO drohen.[1794]

Weiters sind die Ermittlungsorgane auf Grundlage des § 26 Abs 2 AuslBG, § 7b Abs 6 AVRAG und § 7f AVRAG berechtigt, auch ohne Genehmigung des Betriebsinhabers oder Grundstückeigentümers, die Betriebsstätten, Aufenthaltsräume der Arbeitnehmer etc. zu betreten und Wege zu befahren, die sonst der Allgemeinheit nicht zugänglich sind.[1795]

„ 26 Abs 2 AuslBG:„*Die im Abs. 1 genannten Behörden* (des Arbeitsmarktservice und die regionalen Geschäftsstellen des Arbeitsmarktservice) *und Organe der Abgabenbehörden sowie die Organe der Träger der Krankenversicherung sind zur Durchführung ihrer Aufgaben berechtigt, die Betriebsstätten, Betriebsräume und auswärtigen Arbeitsstätten sowie die Aufenthaltsräume der Arbeitnehmer zu betreten und Wege zu befahren, auch wenn dies sonst der Allgemeinheit untersagt ist.“*

Wird ein Ausländer an einem Ort des Unternehmens angetroffen, welcher ansonsten Betriebsfremden nicht zugänglich ist, so wird auf Grund der expliziten Bestimmung des § 28 Abs 7 AuslBG vermutet – wenn für diese keine ausländerbeschäftigungsrecht-

---

[1785] Siehe zu den Kontrollbefugnissen auch *Lindmayr*, Handbuch zur Ausländerbeschäftigung, 10. Auflage, LexisNexis, Wien, 2010, Rz 97 ff.

[1786] *Houf/Lehner,* KIAB-Kontrollen, Wien, 2008, Rz 89.

[1787] *Lehner*, KIAB – Die Wirtschaftskontrollore, Rubrik Steueralltag, taxlex 2006 – Heft 1, S. 4 f.

[1788] *Houf/Lehner,* KIAB-Kontrollen, Wien, 2008, Rz 121, 185 ff, 221, 356, 420 und 433.

[1789] Genaue Erläuterungen zur Erhebung in *Houf/Lehner,* KIAB-Kontrollen, Wien, 2008, Rz 241 ff.

[1790] Genaue Erläuterungen zur Nachschau in *Houf/Lehner,* KIAB-Kontrollen, Wien, 2008, Rz 249 ff.

[1791] *Lehner*, KIAB – Die Wirtschaftskontrollore, Rubrik Steueralltag, taxlex 2006 – Heft 1, S. 5.

[1792] Siehe ausführliche Erläuterungen zu den Pflichten des Arbeitgebers in *Houf/Lehner,* KIAB-Kontrollen, Wien, 2008, S. 54-60; Organisationshandbuch – KIAB, BMF-280000/0070-IV/2/2008, Punkt 3.2.2, 3.3.2.

[1793] *Stary*, Kontrolle illegaler Arbeitnehmerbeschäftigung aus Sicht des BMF, ÖStZ 2006/1127, Heft 24 vom 15.12.2006, S. 542; *Houf/Lehner,* KIAB-Kontrollen, Wien, 2008, Rz 95 f.

[1794] *Schrank,* Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, 34. Auflage, Graz, 2011, S. 82/XI; *Houf/Lehner,* KIAB-Kontrollen, Wien, 2008, Rz 101 und 222.

[1795] *Schrank,* Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, 34. Auflage, Graz, 2011, S. 82/XII; *Houf/Lehner,* KIAB-Kontrollen, Wien, 2008, Rz 362; *Stary*, Kontrolle illegaler Arbeitnehmerbeschäftigung aus Sicht des BMF, ÖStZ 2006/1127, Heft 24 vom 15.12.2006, S. 542; *Houf/Lehner,* KIAB-Kontrollen, Wien, 2008, Rz 356 und Rz 363;

liche Genehmigung vorliegt, dass dieser illegal beschäftigt wird.[1796] Der Arbeitgeber muss insofern im Rahmen der teilweisen Beweislastumkehr den „*Entlastungsbeweis*“ erbringen und glaubhaft machen, dass eine legale Beschäftigung vorliegt.[1797] Hierbei handelt es sich um eine *„Vermutung der Verwirklichung des objektiven Tatbestandes“*.[1798] *Wilhelm* kritisiert eine derartige Beweislastumkehr, insbesondere weil dadurch öfters Generalunternehmer ohne Verwirklichung des objektiven Tatbestandes bestraft würden, wenn Arbeitnehmer aufgegriffen werden, die keinem Sub-Unternehmer zugerechnet werden können, weil in diesem Fall als einziger Beschuldigter der Generalunternehmer übrig bleibt.[1799]

Eine derartige Beweislastumkehr wird meiner Meinung schnell zu einer Bestrafung wegen illegaler Beschäftigung führen.

Die Kontrolle hat tunlichst ohne Störung des Betriebsablaufes zu erfolgen.[1800] Daraus ist jedoch nicht abzuleiten, dass die Kontrollen nur dann stattzufinden haben, wenn es im Unternehmen „ruhiger“ ist, sprich nur wenige Arbeitnehmer vor Ort sind.[1801]

Keinesfalls darf das Betretungsrecht als Möglichkeit der Kontrollorgane zur Durchführung einer Hausdurchsuchung gedeutet werden und dürfen private Wohnräume und Ausländerquartiere nicht durchsucht werden. Das Grundrecht des Art 8 EMRK auf Achtung des Familienlebens und der Schutz des Hausrechts nach § 9 StGG i.V.m. dem Gesetz zum Schutz des Hausrechts muss jedenfalls beachtet und darf nicht verletzt werden.[1802] Bei der Beurteilung, ob es sich bei einem Ort, welcher betreten werden soll, um ein dem Hausrecht unterliegenden Ort handelt, ist eine strenge Abwägung vorzunehmen und im Zweifel davon auszugehen, dass es sich um einen Ort handelt der dem Hausrechtschutz unterliegt. [1803]

Nach § 26 Abs 4 AuslBG können die Kontrollorgane auch Fahrzeuge anhalten und überprüfen und ausnahmsweise, unter bestimmten restriktiven Voraussetzungen, auch das ausländische Arbeitnehmer festnehmen.[1804]

„(4) Die Organe der Abgabenbehörden sind im Rahmen ihrer Kontrolltätigkeit nach diesem Bundesgesetz befugt, die Identität von Personen festzustellen sowie Fahrzeuge und sonstige Beförderungsmittel anzuhalten und zu überprüfen, wenn Grund zur Annahme besteht, dass es sich bei diesen Personen um ausländische Arbeitskräfte handelt, die beschäftigt werden oder zu Arbeitsleistungen herangezogen werden. Die Organe der Abgabenbehörden sind, wenn wegen Gefahr im Verzug das Einschreiten von Organen des öffentlichen Sicherheitsdienstes nicht abgewartet werden kann, auch ermächtigt, Ausländer für die Fremdenpolizeibehörde festzunehmen, wenn Grund zur An-

---

[1796] *Schrank,* Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, 34. Auflage, Graz, 2011, S. 80; *Houf/Lehner,* KIAB-Kontrollen, Wien, 2008, Rz 240; *Schrammel,* Der Entwurf eines Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes aus arbeits- und sozialrechtlicher Sicht, 3. Kapitel in *Mayer* (Hrsg.), Schwarzarbeit, Pfuscht der Gesetzgeber? 1999, S. 42.

[1797] *Schrank,* Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, 34. Auflage, Graz, 2011, S. 80; *Houf/Lehner,* KIAB-Kontrollen, Wien, 2008, Rz 240; *Schrammel,* Der Entwurf eines Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes aus arbeits- und sozialrechtlicher Sicht, 3. Kapitel in *Mayer* (Hrsg.), Schwarzarbeit, Pfuscht der Gesetzgeber? 1999, S. 42.

[1798] *Wilhelm*, Der Mißbrauch des Gesetzes – das Antimißbrauchgesetz, ecolex 1996 – Heft 3, S. 149.

[1799] *Wilhelm*, Der Mißbrauch des Gesetzes – das Antimißbrauchgesetz, ecolex 1996 – Heft 3, S. 150.

[1800] *Schrank,* Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, 34. Auflage, Graz, 2011, S. 82/XI; Siehe Erläuterungen hierzu in *Houf/Lehner,* KIAB-Kontrollen, Wien, 2008, Rz 301.

[1801] *Stary*, Kontrolle illegaler Arbeitnehmerbeschäftigung aus Sicht des BMF, ÖStZ 2006/1127, Heft 24 vom 15.12.2006, S. 543.

[1802] *Houf/Lehner,* KIAB-Kontrollen, Wien, 2008, Rz 375 ff.

[1803] OHB – KIAB, BMF-280000/0070-IV/2/2008, Punkt 6.5.1.4; *Houf/Lehner,* KIAB-Kontrollen, Wien, 2008, S. 242 ff.

[1804] *Houf/Lehner,* KIAB-Kontrollen, Wien, 2008, Rz 369 und S. 209 f; Organisationshandbuch – KIAB, BMF-280000/0070-IV/2/2008, Punkt 3.2.7; *Schrank,* Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, 34. Auflage, Graz, 2011, S. 82/XI.

nahme besteht, dass diese Ausländer im Bundesgebiet eine Erwerbstätigkeit ausüben oder ausüben wollen, ohne dazu berechtigt zu sein, und sich nicht rechtmäßig im Bundesgebiet aufhalten. Den Organen der Abgabenbehörden kommen dabei die im § 35 VStG geregelten Befugnisse der Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes zu. Die Ausländer sind in geeigneter Weise über ihre Ansprüche gemäß § 29 und die Möglichkeiten der Geltendmachung zu informieren und unverzüglich der Fremdenpolizeibehörde oder der nächstgelegenen Sicherheitsdienststelle zu übergeben."

Die Ausländer sind nach der Festnahme unverzüglich der Fremdenpolizeibehörde oder der nächstgelegenen Sicherheitsdienststelle zu übergeben.[1805] Durch diese Bestimmung soll gewährleistet werden, dass ausländerrechtliche bzw. fremdenrechtliche Normen effizient vollzogen werden können, weil zumeist die Ausländer versuchen werden zu fliehen.[1806]

Vor Übergabe des illegal aufhältigen Ausländers an die Fremdenpolizei haben die Organe der Abgabenbehörde den Ausländer über seine Ansprüche gemäß § 29 AuslBG (gleiche Ansprüche wie auf Grund eines gültigen Arbeitsvertrages) und deren Geltendmachung nach § 26 Abs 4 mittels Aushändigung eines mehrsprachigen Informationsblattes an die betroffenen Ausländer zu informieren.[1807]

Diese Verpflichtung basiert auf Art 6 der bereits mehrfach erwähnten Sanktionenrichtlinie.

Die Festnahme und zwangsweise Identitätsfeststellung sind die einzigen Maßnahmen, bei welchen der Einsatz von Zwangsgewalt gesetzlich zugelassen ist.[1808]

In einem solchen Fall liegt kein, in einem förmlichen Verfahren, ergangener Bescheid dem Einschreiten zu Grunde, sondern wird ein *„Akt der unmittelbaren Befehls- und Zwangsgewalt"* gesetzt, welcher unmittelbar in die Rechtssphähre der Betroffenen, ohne Dazwischentreten eines Bescheides, eingreift.[1809]

Mangels bekämpfbaren Bescheides fällt die Beurteilung der Rechtmäßigkeit derartiger Akte im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens in die Zuständigkeit der Unabhängigen Verwaltungssenate (UVS).[1810] Dies gilt auch für Beschwerden gegen die Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt nach der BAO, ohne durchgeführtes Finanzstrafverfahren.[1811]

Für Beschwerden gegen die Ausübung unmittelbarer finanzstrafbehördlicher Befehls- und Zwangsakte, wie z.B. bei Beschlagnahme von Unterlagen bei Gefahr in Verzug nach § 89 Abs 2 FinStrG, ist als Rechtsmittel nach § 152 Abs 1 FinStrG eine Be-

[1805] Bericht des Wirtschaftsausschusses vom 19.03.2002 über die RV (977 der Beilagen) zum Konjunkturbelebungsgesetz 2002, S. 3.

[1806] Bericht des Wirtschaftsausschusses vom 19.03.2002 über die RV (977 der Beilagen) zum Konjunkturbelebungsgesetz 2002, S. 3; *Houf/Lehner,* KIAB-Kontrollen, Wien, 2008, Rz 370.

[1807] EBRV zum BundesG, mit dem das AuslBG und das AlVG 1977 geändert werden, 1077 BlgNR XXIV. GP, zu Art 1 Z 22 bis 24 und 28 (§§ 26 Abs 4 bis 6, 28 Abs 6 AuslBG), S. 15 von 18.

[1808] *Houf/Lehner,* KIAB-Kontrollen, Wien, 2008, S. 206.

[1809] *Houf/Lehner,* KIAB-Kontrollen, Wien, 2008, Rz 448.

[1810] Möglichkeit einer derartigen Beschwerde an den UVS besteht seit B-VG-Novelle 1988, BGBl 1988/685; *Houf/Lehner,* KIAB-Kontrollen, Wien, 2008, Rz 449.

[1811] *Fellner*, Der Unabhängige Finanzsenat aus der Sicht des Verwaltungsgerichtshofes. Die ab 01.01.2003 geltenden Rechtsschutzbestimmungen im Abgabenbereich, SWK, 2002 – Heft 35/36 vom 15.12.2002, S. 912; *Ritz*, Unabhängiger Finanzsenat, RdW 7/2002, Artikel-Nr. 430, S. 437; *Houf/Lehner,* KIAB-Kontrollen, Wien, 2008, Rz 450.

schwerde vorgesehen, wobei hierbei nicht dem UVS, sondern dem Unabhängigen Finanzsenat (UFS) die Zuständigkeit zukommt.[1812]

Im Bereich des StGB haben die Ermittlungsorgane erstmals seit dem Sozialbetrugsgesetz, als Finanzbehörde, unmittelbare Kompetenzen im gerichtlich strafrechtlichen Bereich.[1813] Das Einschreiten der KIAB bzw. Finanzpolizei im Rahmen der Vollziehung des StGB wird in einem nachstehenden Kapitel behandelt werden.

2.4 Kurze Kontrollstatistiken aus dem Jahre 2009

Im Jahre 2009 kontrollierte die KIAB bundesweit 26.787 Betriebe, stellte 11.019 Strafanträge nach dem ASVG und AuslBG, beantragte Geldbußen nach dem AuslBG i.H.v. 30.374.656 EURO und informierte die Staatsanwaltschaft in 182 Fällen über mögliche Verstöße nach dem Sozialbetrugsgesetz.[1814] Von den Verstößen gegen das Sozialbetrugsgesetz wurden 26 Übertretungen nach dem § 153e StGB festgestellt, wo im Vergleich zum Jahre 2008 es lediglich neun Übertretungen gewesen sind.[1815] Im Jahre 2009 wurden von den Bezirksverwaltungsbehörden 8.870 Verwaltungsbescheide erlassen, wobei stets die höchste Anzahl sowohl an Strafanträgen als auch an Bescheiden der BVB, in Wien verzeichnet wurde.[1816]

3 Die Schaffung der Finanzpolizei per 01.01.2011

3.1 Einleitung

Eine Zäsur hinsichtlich der Behördenzuständigkeit erfolgte per 01.01.2011, da mit diesem Zeitpunkt die neue Behörde „Finanzpolizei“ geschaffen wurde.

Die Finanzpolizei ist eine Behörde und bleibt weiterhin bei den Finanzämtern angesiedelt.[1817] Nach Ansicht der Rechtsanwaltskammer könnte auf Grund des Begriffes „Finanzpolizei“ fälschlicherweise geschlossen werden, dass es sich nicht um eine Einrichtung der Abgabenbehörde, sondern um eine Finanzstrafbehörde handelt.[1818]

Nach der Arbeitsmarktöffnung mit 01.05.2011 hat die KIAB ihre Kontrollkompetenzen hinsichtlich der ausländischen Staatsbürger der „neuen“ EU-Mitgliedstaaten, welche im Jahre 2005 der EU beigetreten sind, nach dem AuslBG verloren. Die Bürger der „neuen“ Mitgliedstaaten benötigen keine entsprechende arbeitsmarktrechtliche Bewilligung mehr, um legal eine Arbeitsbeschäftigung in Österreich aufzunehmen.

So wurde die KIAB in die „Finanzpolizei“ umbenannt. Die Organisation der KIAB wurde vollständig übernommen, der Aufgabenbereich der Finanzpolizei wurde jedoch erweitert und die Anzahl der Mitarbeiter durch Postbedienstete, Mitarbeiter der Telekom oder Personen des Bundesheeres aufgestockt.[1819] Im März 2012 zählte die Finanzpoli-

---

[1812] *Lehner*, Beschwerderechte im Kontrollverfahren der KIAB, taxlex 2007 – Heft 09, S. 415; *Houf/Lehner,* KIAB-Kontrollen, Wien, 2008, Rz 455 ff.

[1813] *Houf/Lehner,* KIAB-Kontrollen, Wien, 2008, Rz 47.

[1814] *BMF,* Anfragebeantwortung, GZ BMF-310205/0006-I/4/2010, 4241/AB XXIV. GP, Wien, 2010, S. 9 von 17.

[1815] *BMF,* Anfragebeantwortung, GZ BMF-310205/0006-I/4/2010, 4241/AB XXIV. GP, Wien, 2010, S. 11 und 12 von 17.

[1816] *BMF,* Anfragebeantwortung, GZ BMF-310205/0006-I/4/2010, 4241/AB XXIV. GP, Wien, 2010, S. 10 von 17.

[1817] *WKO,* Finanzpolizei, Info Arbeit und Soziales, Stand vom Mai 2011.

[1818] *Rech*, Stellungnahme der RAK zum BBKG 2010 zu III.) Änderungen AVOG 2010 zu Z1 - § 12 AVOG 2010.

[1819] Vorarlberg.orf.at, POLIZEI, Aus KIAB ist Finanzpolizei geworden vom 04.01.2011, http://vbgv1.orf.at/stories/490929.

zei 430 Mitarbeiter bundesweit, wobei in dringenden Fällen noch auf weitere 250 Mitarbeiter zurückgegriffen werden kann.[1820]

3.2 Zu den Befugnissen und Aufgaben der Finanzpolizei

Die Befugnisse der Finanzpolizei werden nunmehr im § 12 AVOG normiert.

„§ 12. (1) Die Organe der Abgabenbehörden sind für Zwecke der Abgabenerhebung und zur Wahrnehmung anderer durch unmittelbar anwendbares Recht der Europäischen Union oder Bundesgesetz übertragener Aufgaben berechtigt, Grundstücke und Baulichkeiten, Betriebsstätten, Betriebsräume und Arbeitsstätten zu betreten und Wege zu befahren, auch wenn dies sonst der Allgemeinheit untersagt ist, wenn Grund zur Annahme besteht, dass dort Zuwiderhandlungen gegen die von den Abgabenbehörden zu vollziehenden Rechtsvorschriften begangen werden.

(2) Die Organe der Abgabenbehörden sind im Rahmen ihrer Aufsichts- und Kontrolltätigkeit befugt, die Identität von Personen festzustellen, bei denen Grund zur Annahme besteht, dass sie Zuwiderhandlungen gegen die von den Abgabenbehörden zu vollziehenden Rechtsvorschriften begehen, sowie Fahrzeuge und sonstige Beförderungsmittel anzuhalten und diese einschließlich der mitgeführten Güter zu überprüfen und berechtigt, von jedermann Auskunft über alle für die Erfüllung der übertragenen Aufgaben maßgebenden Tatsachen zu verlangen.

(3) Die Feststellung der Identität ist das Erfassen der Namen, des Geburtsdatums und der Wohnanschrift eines Menschen in dessen Anwesenheit. Sie hat mit der vom Anlass gebotenen Verlässlichkeit zu erfolgen. Menschen, deren Identität festgestellt werden soll, sind hievon in Kenntnis zu setzen. Jeder Betroffene ist verpflichtet, an der Feststellung seiner Identität mitzuwirken und die unmittelbare Durchsetzung der Identitätsfeststellung zu dulden."

Zusammenfassend ist zu sagen, dass zu den Befugnissen der Finanzpolizei insbesondere die Prüfung der Einhaltung der Arbeitszeiten und der Entgeltbestimmungen vor Ort (Auszahlung des Mindeslohns). Angeführt sei, dass trotz der Verpflichtung zur Einhaltung der Lohnbestimmungen die ausländischen Arbeitskräfte aus dem EU-Raum dem Arbeitgeber trotzdem billiger kommen können, weil – wie bereits erörtert – rechtlich weiterhin die Möglichkeit besteht, den Arbeitnehmer bei den Sozialversicherungen seines Entsendestaates angemeldet zu lassen.

Zur Wahrnehmung ihrer Aufgaben kann die Finanzpolizei den Arbeitsort betreten und prüfen, ob der Arbeitgeber die Unterlagen betreffend den Lohn in deutscher Sprache, die Meldung der Arbeitsaufnahme, ein Dokument, das die Meldung zu den Sozialversicherungen bestätigt, sowie Belege über Banküberweisungen, bereit hält.[1821]

§ 12 Abs 1 AVOG normiert das „Betretungsrecht", die „Fahrzeuganhaltung" und das „Auskunftsverlangen", Abs 2 sieht eine „Identitätsfeststellung" vor. Absatz 4 und 5 normieren Aufsichtsmaßnahmen nach der BAO bzw. nach dem AuslBG und dem Glücksspielgesetz.[1822]

Die rechtlichen Möglichkeiten der Finanzpolizei wurden an die der KIAB eingeräumten Befugnisse angepasst.

[1820] *Horcicka*, Fekters Eingreiftruppe: Die Finanzpolizei ist Fekters schärfste Waffe gegen Schwarzgeld, Format online vom 19.03.2012,http://www.format.at/articles/1211/521/323482_s2/fekters-eingreiftruppe-die-finanzpolizei-fekters-waffe-schwarzgeld.

[1821] *WKO,* Finanzpolizei, Info Arbeit und Soziales, Stand vom Mai 2011.

[1822] *BMF,* KIAB-Agenden neu ab 01.01.2011. „FINANZPOLIZEI", PPP vom 14.02.2011, Folie 32 f von 39.

Zweck der Schaffung einer Finanzpolizei war u.a. die Aufsichts-, Kontroll- und Beweissicherungsbefugnisse der Organe der Abgabenbehörde zu erweitern und die Möglichkeiten der Steueraufsicht in der Finanzverwaltung zu erweitern und die Anzahl von Betrugsfällen vor Ort zu verringern.[1823]

Die Finanzpolizei soll im Rahmen der Beweissicherung vor Ort (Fotos, Niederschriften, Aktenvermerke) die zeitnahe Feststellung von Sachverhalten ermöglichen, um Änderungen der Daten durch Unternehmer im Nachhinein zu verhindern. [1824] Weiters soll ihre häufige Präsenz präventiv gegen potentielle Täter wirken.[1825]

3.2.1 Zu den ordnungspolitische Aufgaben (Arbeitsmarktaufgaben)

Zu den Aufgaben der Finanzpolizei gehört einerseits die Erfüllung von ordnungspolitischen Aufgaben (Arbeitsmarktaufgaben), wie die Aufdeckung illegaler Arbeitnehmerbeschäftigung, Aufdeckung von Verstößen gegen die Bestimmungen des AVRAG, ASVG, Meldepflichten nach dem AlVG, Aufdeckung von illegaler Gewerbeausübung und die Erstermittlungen hinsichtlich Sozialbetrug und Schwarzarbeit.[1826]

3.2.2 Die abgabenrechtliche Aufgaben

Zu den Aufgaben gehört andererseits die Setzung von abgabenrechtlichen Maßnahmen, insbesondere bei Verdacht der Umgehung von abgabenrechtlichen Vorschriften.[1827]

Die Finanzpolizei hat den steuerrechtlich relevanten Sachverhalt im Rahmen einer Momentaufnahme vor Ort festzustellen.[1828] Durch die Erweiterung der Befugnisse der Ermittlungsorgane der Steueraufsicht in der Finanzverwaltung wird die unmittelbare Gewinnung von Informationen über steuerrechtlich wichtige Sachverhalte ermöglicht und dadurch die Ermittlung von Steuersündern und Aufdeckung von Verstößen gegen steuerrechtliche Normen gewährleistet.[1829]

Auch sind bei Verdacht des Bestehens einer Scheinselbständigkeit Kontrollen von und in Unternehmen durchzuführen, um den wahren wirtschaftlichen Gehalt eines Beschäftigungsverhältnisses zu überprüfen.[1830]

Nach Meinung der Rechtsanwaltskammer sind die Rechte, z.B. hinsichtlich der Auskunftsverlangung und Eingriffsbefugnisse der Finanzpolizei zu weit und deren Position zu mächtig, weswegen sich die Rechtsanwaltskammer entschieden gegen die Schaffung einer Finanzpolizei ausgesprochen hat.[1831]

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass die KIAB praktisch in die Finanzpolizei umbenannt wurde. Ihre Kompetenzen wurden insbesondere im Hinblick auf das Lohndumpinggesetz und um die Steueraufsicht erweitert. Es kommen ihr nunmehr zahl-

[1823] *Rech*, Stellungnahme der RAK zum BBKG 2010 zu III.) Änderungen AVOG 2010 zu Z1 - § 12 AVOG 2010.
[1824] *BMF,* KIAB-Agenden neu ab 01.01.2011. „FINANZPOLIZEI", PPP vom 14.02.2011, Folie 34 von 39.
[1825] *BMF,* KIAB-Agenden neu ab 01.01.2011. „FINANZPOLIZEI", PPP vom 14.02.2011, Folie 34 von 39.
[1826] *BMF,* KIAB-Agenden neu ab 01.01.2011. „FINANZPOLIZEI", PPP vom 14.02.2011, Folie 38.
[1827] *WKO,* Finanzpolizei, Info Arbeit und Soziales, Stand vom Mai 2011; *BMF,* KIAB-Agenden neu ab 01.01.2011. „FINANZPOLIZEI", PPP vom 14.02.2011, Folie 35 von 39.
[1828] *BMF,* KIAB-Agenden neu ab 1.1.2011. „FINANZPOLIZEI", PPP vom 14.02.2011, Folie 37.
[1829] Vorarlberg.orf.at, POLIZEI, Aus KIAB ist Finanzpolizei geworden vom 04.01.2011.
[1830] *BMF,* KIAB-Agenden neu ab 1.1.2011. „FINANZPOLIZEI", PPP vom 14.02.2011, Folie 36.
[1831] *Rech*, Stellungnahme der RAK zum BBKG 2010 zu III.) Änderungen AVOG 2010 zu Z1 - § 12 AVOG 2010.

reichere Aufgaben und Befugnisse zu, welche komprimiert in der zentralen Rechtsgrundlage des § 12 AVOG verankert sind.

4 Die Gerichte und Bezirksverwaltungsbehörden

4.1 Einleitung

Die Zuständigkeit der Gerichte bei der Bekämpfung der Schwarzarbeit ist seit dem Sozialbetrugsgesetz 2005, insbesondere hinsichtlich der Bestrafung nach den §§ 153c ff StGB, gefragt.

Auf Grund der besonderen Spezialkenntnisse der dem BMF untergeordneten KIAB (nunmehr Finanzpolizei) können sich nach Absatz 2 des Art III Sozialbetrugsgesetz[1832] Staatsanwaltschaft und Gerichte dieser Behörde bzw. ihrer Organe bedienen, wenn Ermittlungen von Straftaten u.a. nach § 153e StGB (Organisierte Schwarzarbeit) durchzuführen sind.[1833]

Bei der Regelung des Art III Abs 2 SozBeG handelt es sich um eine Amtshilferegelung zur Unterstützung der Gerichte und der Staatsanwaltschaften.[1834]

Nach Art III Sozialbetrugsgesetz wird die KIAB (nunmehr Finanzpolizei) im Dienste der Strafrechtspflege gemäß Art 10 Abs 1 Z 6 B-VG tätig und stehen ihr somit bei Aufklärung der Delikte des Sozialbetruges die in der StPO geregelten Aufgaben und Befugnisse der Kriminalpolizei zu.[1835]

Da hierbei Organe der Verwaltung im Auftrag der Gerichtsbarkeit tätig werden, sind diese als **Gerichtsorgane** zu qualifizieren.[1836]

Die Organe sind damit auch berechtigt, zum Einsatz von Zwangsmitteln, wie Festnahme nach §§ 170 ff StPO, Identitätsfeststellungen[1837] nach § 117 Z 1 und § 118 StPO, Durchsuchungen[1838] nach § 117 StPO von Personen, Orten und Gegenständen, Nachschau und Sicherstellungen[1839] nach § 110 Abs 3 StPO, sowie zur Durchführung sonstiger Amtshandlungen, wenn diese Maßnahmen keinen Aufschub gestatten und eine Gefahr in Verzug- Situation vorliegt.[1840]

4.2 Zum Einspruch nach § 106 Abs 1 versus Maßnahmenbeschwerde an den UVS

[1832] SozBeG, BGBl I 2004/152 idF BGBl I Nr. 111/2010.

[1833] *Stary*, Kontrolle illegaler Arbeitnehmerbeschäftigung aus Sicht des BMF, ÖStZ 2006/1127, Heft 24 vom 15.12.2006, S. 543; *Fellner,* Kommentar zum FinStrG, §§ 195-196 FinStrG, Verfolgung des Sozialbetruges, 6. Auflage, 14. Lieferung, Band II, Rz 16; *Houf,* Neue Wege der Betrugsbekämpfung. KIAB, persaldo, S. 12; EBRV SozBeG 698 BlgNR XXII. GP, S. 1 von 22.

[1834] *Kirchbacher/Presslauer*, § 153c StGB in *Höpfel/Ratz* (Hrsg.), WK zum StGB, 2. Auflage, Rz 32 § 153c StGB.

[1835] Art III Abs 2 Sozialbetrugsgesetz , BGBl I 2004/152 idF des Budgetbegleitgesetzes 2011, BGBl I Nr. 111/2010; *Fellner,* Kommentar zum FinStrG, §§ 195-196 FinStrG, Verfolgung des Sozialbetruges, 6. Auflage, 14. Lieferung, Band II, Rz 17; OHB – KIAB, BMF-280000/0070-IV/2/2008, Punkt 6.1.; *Houf/Lehner,* KIAB-Kontrollen, Wien, 2008, S. 230.

[1836] VfGH vom 17.06.1991, B 1017/90, ZfVB 1992/1288 – Heft 3 = AnwBl 1992/4288; *Houf/Lehner,* KIAB-Kontrollen, Wien, 2008, Rz 451.

[1837] OHB – KIAB, BMF-280000/0070-IV/2/2008, Punkt 6.5.1.1; *Houf/Lehner,* KIAB-Kontrollen, 2008, S. 239.

[1838] OHB – KIAB, BMF-280000/0070-IV/2/2008, Punkt 6.5.1.3 f;*Houf/Lehner,* KIAB-Kontrollen, 2008, S. 242 ff.

[1839] OHB – KIAB, BMF-280000/0070-IV/2/2008, Punkt 6.5.1.2; *Houf/Lehner,* KIAB-Kontrollen, 2008, S. 240 ff.

[1840] *Houf/Lehner,* KIAB-Kontrollen, 2008, Rz 128.

Alle Handlungen und gegebenfalls auch Rechtsverletzungen der KIAB (Finanzpolizei) sind funktional der Gerichtsbarkeit zuzuordnen.[1841]

Das Tätigwerden der KIAB zur Aufklärung solcher Straftaten ist nach Absatz 2 des Art III Sozialbetrugsgesetzes nur dann gerechtfertigt, *wenn es im Umfang der staatsanwaltlichen Anordnung erfolgt*.[1842]

Grundsätzlich hat die KIAB auf Anordnung der Staatsanwaltschaft einzuschreiten, teilweise, insbesondere bei sensibleren Bereichen, auch erst nach gerichtlicher Bewilligung.[1843] Liegt jedoch Gefahr in Verzug vor wird keine gerichtliche Bewilligung notwendig sein, jedoch hat in diesem Fall die Staatsanwaltschaft nachträglich das Einschreiten zu genehmigen.[1844]

Maßnahmen, welche im Rahmen eines Ermittlungsverfahrens im Dienste der Gerichtsbarkeit i.S.d. § 1 Abs 2 StPO als selbständige Maßnahmen der Behörden erfolgen, wie v.a. eine Festnahme bei Gefahr in Verzug, Erkundigungen und Vernehmungen nach §§ 152 ff StPO, Durchsuchungen von Orten oder Personen, die Identitätsfeststellung und Sicherstellung, die sich auf keinen richterlichen Befehl stützen jedoch subjektive Rechte des Kontrollierten verletzen, sind seit 01.01.2008[1845] nur mittels eines bei der Staatsanwaltschaft einzubringenden Einspruchs nach § 106 Abs 1 StPO, im Rahmen eines Rechtsmittelverfahrens bei Gericht, anfechtbar und nicht wie davor beim UVS.[1846]

Bei Verletzung der Bestimmungen der StPO hat der Verletzten die Möglichkeit Einspruch bei Gericht i.S.d. § 106 Abs 1 StPO zu erheben. Im Falle eines Handlungsexzesses durch die Organe, wenn also der richterliche Auftrag offensichtlich und offenkundig überschritten wird, ist jedoch das Handeln der Verwaltung zuzurechnen und steht dem Verletzten als Rechtsmittel die Maßnahmenbeschwerde an den UVS zu.[1847]

Gemäß Art 129a Abs 1 Z 2 B-VG und § 67a Abs 1 Z 2 AVG sind nämlich Maßnahmen unmittelbarer verwaltungsrechtlicher Befehls- und Zwangsgewalt, welche auf Grundlage des AuslBG oder BAO erfolgten, weiterhin beim UVS, im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens, bekämpfbar.[1848] Wurde jedoch eine Maßnahme gerichtlich angeordnet steht dem Verletzten keine Möglichkeit eines Einspruchs offen, sondern eine Beschwerde nach § 85 StPO.[1849]

Ab 01.01.2013[1850] ist für die Verfolgung von Delikten nach § 153e StGB und § 153d Abs 2 und 3 StGB gemäß § 20a Abs 1 Z 2 StPO eine eigens eingerichtete zentrale Staatsanwaltschaft zur Verfolgung von Wirtschaftsstrafsachen und Korruption – die Korruptionsstaatsanwaltschaft (WKStA) zuständig. Die Korruptionsstaatsanwaltschaft ist zuständig für die Führung von Wirtschaftsstrafachen, d.h. *„Verfahren wegen strafbarer*

[1841] *Lehner*, Beschwerderechte im Kontrollverfahren der KIAB, taxlex 2007 – Heft 09, S. 414; *Houf/Lehner,* KIAB-Kontrollen, Wien, 2008, Rz 451 und S. 230.

[1842] *Fellner,* Kommentar zum FinStrG, §§ 195-196 FinStrG, Verfolgung des Sozialbetruges, 6. Auflage, 14. Lieferung, Band II, Rz 17; OHB – KIAB, BMF-280000/0070-IV/2/2008, Punkt 6.1.; *Houf/Lehner,* KIAB-Kontrollen, Wien, 2008, S. 229.

[1843] OHB – KIAB, BMF-280000/0070-IV/2/2008, Punkt 6.5.2; *Houf/Lehner,* KIAB-Kontrollen, Wien, 2008, S. 247 ff.

[1844] OHB – KIAB, BMF-280000/0070-IV/2/2008, Punkt 6.5.2; *Houf/Lehner,* KIAB-Kontrollen, Wien, 2008, S. 247 ff.

[1845] Bundesgesetz, mit dem die Strafprozessordnung 1975 neu gestaltet wird (Strafprozessreformgesetz) BGBl. Nr. 631/1975 eingeführt durch BGBl. I Nr. 19/2004 vom 23.03.2004.

[1846] Regierungsvorlage 25 BGBlNR 22.GP, S. 143; *Houf/Lehner,* KIAB-Kontrollen, Wien, 2008, Rz 452 f; *Lehner*, Beschwerderechte im Kontrollverfahren der KIAB, taxlex 2007 – Heft 09, S. 415.

[1847] *Houf/Lehner,* KIAB-Kontrollen, Wien, 2008, Rz 451.

[1848] *Lehner*, Beschwerderechte im Kontrollverfahren der KIAB, taxlex 2007 – Heft 09, S. 415.

[1849] *Lehner*, Beschwerderechte im Kontrollverfahren der KIAB, taxlex 2007 – Heft 09, S. 415.

[1850] StPO, BGBl. Nr. 631/1975, idF BGBl. I Nr. 61/2012.

Handlungen gegen fremdes Vermögen im Zusammenhang mit unternehmerischer Tätigkeit, die durch ihren Umfang oder die Komplexität oder die Vielzahl der Beteiligten des Verfahrens, die involvierten Wirtschaftskreise oder das besondere öffentliche Interesse an der Aufklärung der zu untersuchenden Sachverhalte gekennzeichnet sind." (§ 20b Abs 2 StPO)

Nunmehr ist die einzige Ansprechperson der KIAB (Finanzpolizei) der Staatsanwalt, welchem die Organe Bericht zu erstatten haben und an dessen Weisungen sie gebunden sind.[1851]

Im Rahmen des SozBeG hat die KIAB (nunmehr Finanzpolizei) nicht lediglich den Anfangsverdacht zu prüfen, sondern den Sachverhalt umfangreich und erschöpfend zu ermitteln, damit auf Grundlage dieser Ermittlungen die Fällung einer gerichtlichen Entscheidung möglich wird.[1852]

5 Die Wirtschaftskammer Österreich (WKO): Initiative der Bundesinnung Bau gegen Schattenwirtschaft

Bei der Wirtschaftskammer Wien wurde das Referat für „Wettbewerbsschutz" eingerichtet, welches Anlaufstelle für Unternehmer, Behörden und Konsumenten ist und Fälle der Beschäftigung von Schwarzarbeitern, unbefugter Gewerbeausübung, Steuer- und Abgabenhinterziehung, sowie anderweitige unlautere Geschäftspraktiken verfolgt.[1853] Außerdem besteht eine Anzeigemöglichkeit durch jeden Bürger unter der speziell dafür eingerichteten Web-Seite http://wko.at/wien/pfuscher/pfuscherformular.htm.

Ob ein derartiger Weg der Denunziation richtig ist, sei dahingestellt.

Durch die Initiative *„BAUfair"* Bundesinnung Bau gegen Schattenwirtschaft[1854] *„Wege aus der Schwarzarbeit…"* der Wirtschaftskammer Österreich sollen einerseits die Baumeisterbetriebe in ganz Österreichs zu fairen Praktiken im Baugewerbe aufgerufen werden, andererseits stellt die Initiative einen Appell an die politischen Entscheidungsträger dar, rasch die erforderlichen Maßnahmen zur Bekämpfung der Schattenwirtschaft und insbesondere der Schwarzarbeit umzusetzen.[1855]

Das Projekt „BAUfair" soll durch Aufklärung und Motivation das Verantwortungsbewusstsein der Bevölkerung und der Politiker wecken, sowie das Interesse der Medien über die negativen Seiten der Schwarzarbeit zu schreiben um insbesondere der Bevölkerung klar zu machen, dass „Pfusch" nicht als etwas „Normales" akzeptiert ist und nicht toleriert werden darf.[1856]

6 Zur Zusammenarbeit und gegenseitigen Unterstützung der Behörden bei der Bekämpfung von Schwarzarbeit

6.1 Einführung

[1851] *Houf/Lehner,* KIAB-Kontrollen, Wien, 2008, Rz 50.

[1852] OHB – KIAB, BMF-280000/0070-IV/2/2008, Punkt 6.1.; *Houf/Lehner,* KIAB-Kontrollen, Wien, 2008, S. 230

[1853] *Lackenbucher,* Pfusch? Garantiert ohne Garantie – Teil 1, WKO Wien, Newsletter Nr. 4/2008, S. 3.

[1854] *Bundesinnung Bau der WKO,* Wege aus der Schwarzarbeit, März 2009, S. 1 ff.

[1855] *Bundesinnung Bau der WKO,* Wege aus der Schwarzarbeit, März 2009, S. 3.

[1856] *Bundesinnung Bau der WKO,* Wege aus der Schwarzarbeit, März 2009, S. 4.

Inwieweit arbeiten die einzelnen Behörden zusammen und sind zur gegenseitigen Unterstützung verpflichtet? Um eine noch effektivere Verfolgung von Schwarzarbeit gewährleisten zu können, werden im Rahmen von sog. **Schwerpunktaktionen**, insbesondere bei großen Baustellen, Kontrollen gemeinsam von der KIAB (nunmehr Finanzpolizei), den Sozialversicherungen, der Fremdenpolizei und dem Magistrat durchgeführt.[1857] Dadurch wird das Spektrum der Kontrolle erweitert, weil auf diese Weise die illegale Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer, Scheinanmeldungen, Scheinbetriebe, Unternehmensführungen ohne Gewerbeberechtigungen, unrechtmäßiger Arbeitslosengeldbezug und Verstöße gegen steuerliche Bestimmungen in einem geprüft werden können.[1858]

Darüber hinaus fanden gelegentlich Aktionstage der KIAB mit anderen Behörden zur Betrugsbekämpfung mit bestimmten Schwerpunkten, wie Weihnachtsmärkte und Sonntagsöffnungen in Wien, Schischulen in den südlichen Regionen, Grenzgänger in den westlichen Regionen etc. und bundesweit im Bau- und Baunebengewerbe sowie Diskotheken statt.[1859]

Für die Durchführung einer Lohnsteuerprüfung gemäß § 81, 86 EStG ist das Finanzamt der Betriebstätte zuständig. Für die sog Sozialversicherungsprüfung sind gemäß § 41a ASVG die Krankenversicherungsträger zuständig, welche für die Prüfung aller für das Versicherungsverhältnis relevanten Umstände verantwortlich sind.

Gemäß § 321 Abs 1 ASVG und § 360 Abs 7 ASVG „*haben die Abgabenbehörden und ihre Organe nach Maßgabe der Bestimmungen des Abgabenverwaltungsorganisationsgesetzes - AVOG, BGBl. Nr. 18/1975, in ihrem Wirkungsbereich an der Vollziehung der sozialversicherungsrechtlichen Bestimmungen mitzuwirken. Soweit Organe der Abgabenbehörden nach Maßgabe der Bestimmungen des AVOG Maßnahmen im Sinne des ersten Satzes setzen, ist ihr Handeln dem zuständigen Krankenversicherungsträger zuzurechnen.“*

Eine Unterstützungsverpflichtung besteht für alle Behörden, wie z.B. auch i.S.d. § 27f AuslBG für die Sozialversicherungsträger, die Bauarbeiterurlaubskasse, das AMS etc., welche nach § 27 Abs 2 AuslBG bei Verdacht von Verstößen gegen sozialversicherungsrechtliche, abgabenrechtliche, gewerberechtliche oder gesundheitsschutzrechtliche Bestimmungen die Verpflichtung haben, den zuständigen Behörden die Verstöße zu melden.[1860] Hier besteht insofern kein good will oder Ermessen zur Meldung, sondern eine explizite gesetzliche Verpflichtung.[1861]

Im Rahmen der Vollziehung des AlVG haben die Ermittlungsorgane die Möglichkeit zu prüfen, ob der kontrollierte Arbeitnehmer nicht Bezieher von Leistungen des AMS ist, da sie nunmehr selbstständig automationsunterstützt auf Daten des AMS greifen können.[1862]

[1857] *Aicher*, Pfusch/Schattenwirtschaft, Pfusch – Überblick über die Rechtsfolgen von Pfusch im Steuerrecht, 11.01.2010, Portal der WKO, http://portal.wko.at/wk/format_detail.wk?AngID=1&StID=453704&DstID=838

[1858] *Aicher*, Pfusch/Schattenwirtschaft, Pfusch – Überblick über die Rechtsfolgen von Pfusch im Steuerrecht, 11.01.2010, Portal der WKO, http://portal.wko.at/wk/format_detail.wk?AngID=1&StID=453704&DstID=838

[1859] *BMF,* Anfragebeantwortung, GZ BMF-310205/0006-I/4/2010, 4241/AB XXIV. GP, Wien, 2010, S. 13ff von 17.

[1860] *Houf,* Neue Wege der Betrugsbekämpfung. KIAB, persaldo, S. 12; *Lehner*, KIAB – Die Wirtschaftskontrollore, Rubrik Steueralltag, taxlex 2006 – Heft 1, S. 4.

[1861] *Houf,* Neue Wege der Betrugsbekämpfung. KIAB, persaldo, S. 12; *Lehner*, KIAB – Die Wirtschaftskontrollore, Rubrik Steueralltag, taxlex 2006 – Heft 1, S. 4.

[1862] *Houf/Lehner,* KIAB-Kontrollen, Wien, 2008, Rz 40.

6.2 Die gemeinsame Prüfung aller lohnabhängigen Abgaben – GPLA

Seit Jänner 2003[1863] erfolgt die Lohnsteuer-, Sozialversicherungs- und Kommunalsteuerprüfung im Rahmen einer gemeinsamen Prüfung aller lohnabhängigen Abgaben, welche kurz GPLA genannt wird. Durch die GPLA-Prüfung wurde die Effizienz der Prüfungen und Verhängung von Strafen erhöht.[1864] Die rechtlichen Grundlagen finden sich nicht in einem eigenen GPLA-Gesetz, sondern sind in § 86 Abs 1 S 2 EStG, § 41a Abs 3 S 1 ASVG, § 14 Abs 1 S 2 KommSt und den §§ 148 ff Bundesabgabenordnung (BAO) verankert.[1865]

Aufgabe der GPLA ist die Durchführung von Aufsichts- und Prüfungsmaßnahmen i.S.d. §§ 143 bis 151 BAO. Die GPLA umfasst die Prüfung aller lohnabhängigen Abgaben, insbesondere der Lohnsteuer (§ 86 EStG 1988), der Sozialversicherungsbeiträge (§ 41a ASVG) und der Kommunalsteuer (§ 14 KommStG).[1866]

Nach § 89 Abs 1 Satz 2 sind die Ergebnisse der gemeinsamen Prüfung ohne Aufforderung vom Sozialversicherungsträger dem Finanzamt zur Verfügung zu stellen. Das Finanzamt hat umgekehrt gemäß § 86 Abs 1 letzter Satz seine Prüfungsergebnisse dem Versicherungsträger zur Verfügung zu stellen.[1867] Durch eine derartige Vorgangsweise soll insbesondere eine rasche und effektive Zusammenarbeit der beiden Behörden zur Bekämpfung der Schwarzarbeit ermöglicht werden.[1868]

Nach § 89 Abs 3[1869] haben die Abgabenbehörden im Rahmen der Vollziehung der abgabenrechtlichen Bestimmungen, insbesondere im Rahmen ihres Einsichtsrechtes in Geschäftsbücher, Belege und sonstige Aufzeichnungen und Befragungsrecht von Arbeitgebern und auch Arbeitnehmern zu erheben, ob die versicherungs- und melderechtlichen Bestimmungen des ASVG, die Zahlung von Mindestentgelten nach dem AVRAG, die Anzeigepflichten des AlVG und die Bestimmung des § 366 Abs 1 Z 1 GewO eingehalten wurden.[1870]

Grund und Zweck für die Übertragung von außersteuerlichen Aufgaben an die Abgabenbehörden durch § 89 EStG[1871] ist, dass die illegale Beschäftigung allgemein mit Schwarzlohnzahlungen, der Lohnabgabenhinterziehung, der Einnahmenverkürzung und Umsatzsteuerhinterziehung Hand in Hand geht.[1872]

Die AMS-Geschäftsstellen und die Arbeitsinspektorate haben ebenfalls die Verpflichtung, bei Verdacht einer Übertretung sozialversicherungsrechtlicher, finanzrechtlicher oder gewerberechtlicher Normen, die jeweils zuständigen Behörden zu informieren.[1873]

[1863] Gesetz über die gemeinsame Prüfung lohnabhängiger Abgaben, 316/ME, XXI. GP = 2. Abgabenänderungsgesetz 2002, BGBl. I 132/2002.

[1864] *Schrank,* Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, 34. Auflage, Graz, 2011, S. 220.

[1865] *Schrank,* Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, 34. Auflage, Graz, 2011, S. 216.

[1866] *WKO,* Info Arbeit und Soziales, Gemeinsame Prüfung aller lohnabhängigen Abgaben (GPLA), Jänner 2011.

[1867] *Andexlinger,* Mehrarbeit gegen Schwarzarbeit: Datenaustausch GKK-FA, ecolex 1998, S. 574.

[1868] *Andexlinger,* Mehrarbeit gegen Schwarzarbeit: Datenaustausch GKK-FA, ecolex 1998, S. 574; RV zum BBG 1998, 1099 BlgNR 20. GP ausgedruckt am 24.03.1998, S. 22.

[1869] in der ab 01.01.2007 anzuwendenden Fassung des Betrugsbekämpfungsgesetzes 2006, BGBl I 99/2006.

[1870] *Lehner,* Auswirkungen der Anmeldung vor Arbeitsbeginn auf KIAB-Kontrollen, taxlex 2008, S. 119 f; *Houf/Lehner,* KIAB-Kontrollen, Wien, 2008, Rz 255; *Schrank,* Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, 34. Auflage, Graz, 2011, S. 216 f.

[1871] In der Fassung des Betrugsbekämpfungsgesetzes 2006, BGBl I 2006/99 vom 26.06.2006.

[1872] *Houf/Lehner,* KIAB-Kontrollen, Wien, 2008, Rz 1; RV zum Betrugsbekämpfungsgesetz 2006, 1435 BlgNR XXII. GP, II. Besonderer Teil, zu Art 1, zu Z 4 und 5, S. 3 von 25.

[1873] *Schrank,* Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, 34. Auflage, Graz, 2011, S. 82/XI.

Der Zugriff auf Daten des Arbeitsmarktservices und die elektronische Übermittlung von Daten betreffend Vormerks- und Bezugszeiten von Leistungsbeziehern sollen eine wesentliche Verbesserung von Effizienz und Effektivität der Kontrolltätigkeit der illegalen Beschäftigung erbringen.[1874]

Bei Verdacht einer Übertretung nach dem AuslBG trifft auch jede andere Behörde die Verpflichtung, die Abgabenbehörde oder das zuständige AMS zu verständigen.[1875]

Durch das Betrugsbekämpfungsgesetz 2010[1876] ist ab 01.07.2011 ein Folgeabsatz 6 im § 89 EStG eingeführt worden. Dieser sieht eine Datenübermittlung der Sozialversicherungsträger über gemeldete Arbeitnehmer an die Abgabenbehörden des Bundes vor.

Dieser Absatz verfolgt das Ziel einer ununterbrochenen Kontrolle der Selbstbemessungsabgaben, wie Lohnsteuer und Dienstgeberbeitrag, welche von den Steuerpflichtigen selbst bemessen werden können.[1877] Um dieses Ziel effizient verfolgen zu können, sind die bei den Sozialversicherungsträgern vorhandenen Informationen hinsichtlich der Anzahl der gemeldeten Arbeitnehmer samt deren Monatslöhne im Wege des Datenträgeraustausches oder automationsunterstützt an die Abgabenbehörden zu übermitteln.[1878]

6.3 Zur Anzeigenlegung der KIAB (nunmehr Finanzpolizei) an die Verwaltungsstrafbehörden

Davon abhängig nach welcher Materie die Kontrolle erfolgt ist, hat die Anzeige durch die Abgabenbehörde an verschiedene Behörden zu erfolgen.

Nach dem **AuslBG** hat eine Anzeigenlegung an die Bezirksverwaltungsbehörde (BVB) zu erfolgen. Es ist der gesamte Ermittlungsakt an die BVB zu übermitteln, wobei die Abgabenbehörde, nach Abwägung von Erschwerungs- und Milderungsgründen, ein Strafausmaß zu beantragen hat.[1879] Darüber hinaus ist das zuständige Finanzamt des Unternehmersitzes zu informieren, da die illegale Beschäftigung gleichzeitig mit dem Verstoß gegen steuerrechtliche Vorschriften Hand in Hand gehen wird.[1880]

Bei Verstößen gegen die Meldepflichten nach dem **ASVG** hat gemäß § 111 Abs 4 ASVG eine Anzeige an den Magistrat am Sitz der Krankenkasse, welche grundsätzlich für die Meldung zuständig gewesen wäre, zu erfolgen[1881]

Wird ein Verstoß gegen die Pflichten nach dem **AIVG** ermittelt, so hat die Abgabenbehörde eine Kontrollmitteilung an die zuständige Geschäftsstelle des AMS, wo der Arbeitslose seine Meldepflicht hätte erfüllen müssen, übermitteln. Die Setzung von weiteren Maßnahmen obliegt dem AMS. Im Falle des Verdachts eines ungerechtfertigten

---

[1874] RV Betrugsbekämpfungsgesetz 2006,1435 BlgNR XXII. GP, S. 6 von 25.

[1875] *Schrank,* Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, 34. Auflage, Graz, 2011, S. 82/XI.

[1876] Bundesgesetz mit dem das Einkommensteuergesetz 1988, das Körperschaftsteuergesetz 1988, die Bundesabgabenordnung, das Abgabenverwaltungsorganisationsgesetz 2010 und das EU-Polizeikooperationsgesetz geändert werden (BBKG 2010 – BBKG 2010), 875 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des NR XXIV. GP.

[1877] Steuerrecht aktuell, Betrugsbekämpfungsgesetz 2010, Gesetzesbeschluss des NR samt Erläuterungen, ÖStZ 2010/1067, S. 531.

[1878] Steuerrecht aktuell, BBKG 2010, Gesetzesbeschluss des NR samt Erl, ÖStZ 2010/1067, S. 531.

[1879] OHB – KIAB, BMF-280000/0070-IV/2/2008, Punkt 4.1; *Houf/Lehner,* KIAB-Kontrollen, Wien, 2008, S. 220.

[1880] OHB – KIAB, BMF-280000/0070-IV/2/2008, Punkt 4.1; *Houf/Lehner,* KIAB-Kontrollen, Wien, 2008, S. 220.

[1881] *Lehner,* Auswirkungen der Anmeldung vor Arbeitsbeginn auf KIAB-Kontrollen, taxlex 2008, S. 121; OHB – KIAB, BMF-280000/0070-IV/2/2008, Punkt 4.3; *Houf/Lehner,* KIAB-Kontrollen, Wien, 2008, S. 223.

Leistungsmissbrauchs hat ebenfalls eine Anzeige an die Staatsanwaltschaft wegen des Verdachts von Betrug nach § 146 StGB zu erfolgen.[1882]

Hinsichtlich der Bestrafung nach dem AIVG und dem StGB ist zu sagen, dass diese im Verhältnis der Idealkonkurrenz zueinander stehen, wobei stets Rücksicht auf das Doppelbestrafungsverbot nach Art 4 Abs 1 7. ZPMRK Bedacht zu nehmen ist.[1883]

Auch nach der **GewO** besteht bei Ermittlung eines Verstoßes gegen § 366 Abs 1 Z 1 GewO eine Anzeigepflicht an die BVB, in deren Sprengel die Verwaltungsübertretung begangen wurde. Hinsichtlich sonstiger Verstöße besteht die Möglichkeit einer Mitteilung, wobei gleichzeitig die entsprechenden Beweismittel zu übergeben sind.[1884] Der KIAB kommt im gewerberechtlichen Verfahren keine Parteistellung zu und hinsichtlich der Beantragung eines Strafausmaßes hat diese lediglich die Milderungs- und Erschwerungsgründe zu dokumentieren.[1885]

B Die Rechtsordnung Deutschlanda

1 Zur Behörde „Finanzkontrolle Schwarzarbeit“ (FKS) der Bundeszollverwaltung

1.1 Einleitung

Hauptakteur bei der Verfolgung von illegaler Beschäftigung und Schwarzarbeit ist seit In-Kraft-Treten des Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes im Jahre 2004 bundesweit die Finanzkontrolle Schwarzarbeit (FKS).[1886]

Bis zum Jahre 2004 waren die Zollbehörden und die Bundesagentur für Arbeit gemeinsam verpflichtet Schwarzarbeit und illegale Beschäftigung zu bekämpfen.[1887] Im Jahre 2004 wurde die Zuständigkeit für derartige Aufgaben lediglich der FKS übertragen, welche bei der Bundeszollverwaltung eingerichtet ist.[1888] Darüber hinaus wurden die Ermittlungsbefugnisse erweitert.[1889] Die rund 6.500 - 7.000 Beschäftigten der Finanzkontrolle Schwarzarbeit der Zollverwaltung sind bundesweit flächendeckend an 113 Standorten bei den Zollämtern angesiedelt.[1890] Die Zentrale der FKS ist die Stadt Köln.[1891] Es ist stets eine Aufstockung der Anzahl des für die illegale Beschäftigung zuständigen Personals zu verzeichnen.[1892]

[1882] OHB – KIAB, BMF-280000/0070-IV/2/2008, Punkt 4.4; *Houf/Lehner,* KIAB-Kontrollen, Wien, 2008, S. 224.

[1883] OHB – KIAB, BMF-280000/0070-IV/2/2008, Punkt 4.4; *Houf/Lehner,* KIAB-Kontrollen, Wien, 2008, S. 224.

[1884] OHB – KIAB, BMF-280000/0070-IV/2/2008, Punkt 4.5; *Houf/Lehner,* KIAB-Kontrollen, Wien, 2008, S. 225

[1885] OHB – KIAB, BMF-280000/0070-IV/2/2008, Punkt 4.5; *Houf/Lehner,* KIAB-Kontrollen, Wien, 2008, S. 226.

[1886] *Spatscheck/Fraedrich*, Schwarzarbeit auf dem Bau, NZBau 11/2007, S. 673; *Boxleitner* in *Wabnitz/Janovsky,* Hb des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 3. Auflage, Kapitel 17, Rz 4; *Engelmann,* Schwarzarbeit und ihre wirtschaftspolitischen Konsequenzen, GRIN Verlag, 2009, S. 4.

[1887] Merkblatt Bekämpfung von Schwarzarbeit, Juli 2008, Punkt.4, Prüfungsinstanz, S. 3, http://www.laehn-stb.de/upload/36547860.pdf.

[1888] *Boxleitner* in *Wabnitz/Janovsky,* Hb des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 3. Auflage, Kapitel 17, Rz 4; *Spatscheck/Fraedrich*, Schwarzarbeit auf dem Bau, NZBau 11/2007, S. 674.

[1889] *Laitenberger*, Beitragsvorenthaltung, Minijobs und Schwarzarbeitsbekämpfung, NJW 2004, S. 2703; *Schneider/Badekow,* Ein Herz für Schwarzarbeiter, Berlin, 2006, S. 113.

[1890] *Leitner*, Baustellenkontrollen in Deutschland, ASoK, 2010, Nr. 4, S. 132; *Spatscheck/Fraedrich*, Schwarzarbeit auf dem Bau, NZBau 11/2007, S. 674; Wikipedia, Schwarzarbeit, http://de.wikipedia.org/wiki/Schwarzarbeit.

[1891] *Fehn* in *Fehn* (Hrsg.), SchwarzArbG-Hk, 2006, § 1, Rz 1 f und Fn 1; *Schneider/Badekow,* Ein Herz für Schwarzarbeiter, Berlin, 2006, S. 113; *Boxleitner* in *Wabnitz/Janovsky,* Hb des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 3. Auflage, Kapitel 17, Rz 4.

[1892] *Marschall*, Bekämpfung illegaler Beschäftigung, 2003, Vorwort und S. 1, Rz 1.

Die Mitarbeiter der FKS sind zum Teil Personen, welche bei der Behörde *„Bekämpfung illegale Beschäftigung Zoll“*, kurz „*BillBZ*“, tätig gewesen sind bzw. Personen, welche vormals als Arbeitsmarktinspektoren der Arbeitsverwaltung im Einsatz waren oder auch zum kleinen Teil Beamte, z.B. der Deutschen Bahn und Post, welche in anderen Verwaltungsbereichen nicht mehr benötigt wurden.[1893]

Die FKS ist eine Bundespolizeieinheit, die der Eingriffsverwaltung zuzuordnen ist.[1894] *Leitner* bezeichnet die Zollbeamten der FKS als *„polizeiähnlich ausgestattete Zollorgane“*.[1895] Die Oberfinanzdirektion Köln samt der Abteilung FKS und die einzelnen Standorte der FKS bei den Hauptzollämtern sind Finanzbehörden i.S.d. § 6 Abs 2 Z 4, 5 AO.[1896] Im Rahmen ihrer Tätigkeit können die Organe sowohl präventive als auch repressive Maßnahmen setzen, wobei hinsichtlich der Bekämpfung eher repressive Strafverfolgung im Vordergrund steht.[1897]

Darüber hinaus sind die Beschäftigten der Finanzkontrolle Schwarzarbeit auf Grundlage des § 14 Abs 1 S 2 SchwarzArbG Ermittlungspersonen der leitenden Staatsanwaltschaft.[1898] Gemäß § 14 Abs 1 S 1 SchwarzArbG wurden ihnen bei der Verfolgung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten Polizeibefugnisse nach der Strafprozessordnung und dem Gesetz über Ordnungswidrigkeiten übertragen.[1899] Insofern ist der § 14 SchwarzArbG eine zentrale Befugnisnorm für die Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten und Straftaten bei der Bekämpfung von Schwarzarbeit und illegaler Beschäftigung und mit diesen zusammenhängenden Delikten.[1900]

Das bedeutet, dass sie alle Maßnahmen nach der StPO treffen können, um Straftaten und Ordnungswidrigkeiten aufzuklären, wobei dazu insbesondere Identitätsfeststellungen, erste Vernehmungen, Sicherstellungen oder Beschlagnahmen von Beweismitteln, Durchsuchungen, Anordnungen von Sicherheitsleistungen, Aufforderung zur Benennung eines Zustellungsbevollmächtigten und vorläufige Festnahmen bei Straftaten dazugehören.[1901] Besteht z.B. ein Verdacht auf einen Verstoß gegen das Steuerrecht und hat die FKS unaufschiebbare Maßnahmen zu setzten, so kann sie die Aufgaben der Steuerkontrolle wahrnehmen.[1902]

[1893] *Ambs*, SchwarzArbG in *Erbs/Kohlhaas/Ambs*, (Hrsg.), Strafrechtliche Nebengesetze, München, 2010, Vorm., Rz 4; *Schneider/Badekow,* Ein Herz für Schwarzarbeiter, Berlin, 2006, S. 113; *Schneider/Torgler/Schaltegger,* Schattenwirtschaft und Steuermoral, Zürich, 2008, S. 64.

[1894] *Ambs*, SchwarzArbG in *Erbs/Kohlhaas/Ambs*, (Hrsg.), Strafrechtliche Nebengesetze, München, 2010, Vorm., Rz 4; *Brüssow/Petri,* Arbeitsstrafrecht, München, 2008, Rz 481.

[1895] *Leitner*, Baustellenkontrollen in Deutschland, ASoK, 2010, Nr. 4, S. 133.

[1896] *Fehn* in *Fehn* (Hrsg.), SchwarzArbG-Hk, 2006, § 22, 23, Rz 4.

[1897] *Fehn* in *Fehn* (Hrsg.), SchwarzArbG-Hk, 2006, § 1, Rz 6; *Brenner*, Die Strafrechtliche Bekämpfung von Schwarzarbeit, Berlin, 2008, S. 82 f; *Wamers* in *Fehn* (Hrsg.), SchwarzArbG-Hk, 2006, § 3, Rz 21.

[1898] *Fehn* in *Fehn* (Hrsg.), SchwarzArbG-Hk, 2006, Vorbemerkungen vor § 1, Rz 10; *Brenner*, Die Strafrechtliche Bekämpfung von Schwarzarbeit, Berlin, 2008, S. 78; *Brüssow/Petri,* Arbeitsstrafrecht, München, 2008, Rz 500; § 14 Absatz 1 des Gesetzes zur Bekämpfung der Schwarzarbeit und illegalen Beschäftigung; *Spatscheck/Fraedrich*, Schwarzarbeit auf dem Bau, NZBau 11/2007, S. 674.

[1899] *Spatscheck/Fraedrich*, Schwarzarbeit auf dem Bau, NZBau 11/2007, S. 674; *Brüssow/Petri,* Arbeitsstrafrecht, München, 2008, Rz 500; § 14 Absatz 1 des Gesetzes zur Bekämpfung der Schwarzarbeit und illegalen Beschäftigung; *Brenner*, Die Strafrechtliche Bekämpfung von Schwarzarbeit, Berlin, 2008, S. 78; *Wamers* in *Fehn* (Hrsg.), SchwarzArbG-Hk, 2006, § 14, Rz 3.

[1900] *Wamers* in *Fehn* (Hrsg.), SchwarzArbG-Hk, 2006, §§ 14, Rz 1 ff.

[1901] http://www.zoll.de/d0_zoll_im_einsatz/b0_finanzkontrolle/i0_aufgaben/index.html

[1902] *Fehn* in *Fehn* (Hrsg.), SchwarzArbG-Hk, 2006, § 1, Rz 9.

1.2 Zu der Zuständigkeit der FKS und der anderen Behörden

§ 2 SchwarzArbG ist die wichtigste und zentrale Norm hinsichtlich der Zuständigkeiten bei der Bekämpfung von Schwarzarbeit und illegaler Beschäftigung, welche die bis dato in unterschiedlichen Gesetzen (§ 107 SGB IV, § 304 SGB III und § 2 AEntG) normierten Prüfungsaufträge der Behörden, komprimiert zusammenfasst.[1903] § 2 Abs 1 SchwarzArbG richtet sich an verschiedene Behörden auf Länder- und Bundebene.

Die Behörde der Zollverwaltung ist mit der Prüfung der Erfüllung der Pflichten nach § 28a SGB IV ausgestattet und prüft zudem ob Sozialleistungen bzw. Arbeitsförderungen oder auch Leistungen nach dem Altersteilzeitgesetz zu Unrecht bezogen werden/wurden. Darüber hinaus sind sie dafür zuständig, ob die Angaben des Arbeitgebers richtig sind oder Ausländer mit der erforderlichen arbeitsmarktrechtlichen Bewilligung und nicht zu ungünstigeren Arbeitsbedingungen als vergleichbare deutsche ArbeitnehmerInnen beschäftigt werden.[1904] Wie an Hand der weitreichenden Zuständigkeitstatbestände erkennbar, kommen den Zollbehörden auch zahlreiche Prüfungsaufgaben im sozialrechtlichen Bereich zu. *Berwanger* sieht eine derartige Prüfung von sozialrechtlichen Sachverhalten durch Finanzbehörden als verfassungsrechtlich problematisch an.[1905]

Die FKS ist jedoch nicht in allen Fällen der gesetzlich definierten Schwarzarbeit zuständig. Z.B. kommen ihr keine Kompetenzen im Bereich des Handwerks und der Gewerbeanzeigen zu.[1906]

Die Prüfungszuständigkeit bei der Erfüllung steuerlicher Pflichten kommt nach § 2 Abs 1 S 2 SchwarzArbBG den Landesfinanzbehörden, sprich den Steuerfahndungsstellen, zu. Die Zollbehörde (Abteilung E) hat diesbezüglich nur Mitwirkungsrechte, sowie Unterstützungs- und Mitteilungspflichten i.S.d. § 6 Abs 1 S 2 und 3 i.V.m. Abs 3 Z 4 SchwarzArbBG. Die Landesfinanzbehörden sind insbesondere darüber zu informieren, ob Anhaltspunkte für Verstöße gegen steuerliche Pflichten des Arbeitgebers vorliegen.[1907] Der FKS kommen insofern die anfänglichen Aufgaben einer Steuerkontrolle zu.[1908]

Bei Verstößen gegen handwerksrechtliche und gewerberechtliche Tatbestände sind die zuständigen Stellen, v.a. die örtlichen Gewerbepolizeien oder die Handwerkskammern.[1909]

Vielfach werden sich im Rahmen der Kontrollen die Zuständigkeiten der verschiedenen Behörden bei identen Sachverhalten vermutlich überschneiden.

[1903] *Berwanger* in *Fehn* (Hrsg.), SchwarzArbG-Hk, 2006, § 2, Rz 1; *Fehn* in *Fehn* (Hrsg.), SchwarzArbG-Hk, 2006, vor § 1, Rz 3.

[1904] *Brenner*, Die Strafrechtliche Bekämpfung von Schwarzarbeit, Berlin, 2008, S. 75; genauste Ausführungen zu den einzelnen Tatbeständen der SGB in *Berwanger* in *Fehn* (Hrsg.), SchwarzArbG-Hk, 2006, § 2, Rz 5 ff.

[1905] *Berwanger* in *Fehn* (Hrsg.), SchwarzArbG-Hk, 2006, § 2, Rz 14.

[1906] *Dürr*, Gedanken zur Schwarzarbeitsbekämpfung, vor allem im Handwerk, Zeitschrift für Gewerbe- und Wirtschaftsverwaltungsrecht (GewA) 2007 – Heft 2, Abhandlungen, S. 61; *Brenner*, Die Strafrechtliche Bekämpfung von Schwarzarbeit, Berlin, 2008, S. 75.

[1907] *Spatscheck/Fraedrich*, Schwarzarbeit auf dem Bau, NZBau 11/2007, S. 674; *Weber,* Wirtschaftsstrafrecht – Die Bekämpfung der Schwarzarbeit, 2009, S. 8; *Berwanger* in *Fehn* (Hrsg.), SchwarzArbG-Hk, 2006, § 2, Rz 28 f.

[1908] *Fehn* in *Fehn* (Hrsg.), SchwarzArbG-Hk, 2006, § 22, 23, Rz 4.

[1909] *Berwanger* in *Fehn* (Hrsg.), SchwarzArbG-Hk, 2006, § 2, Rz 34.

Dies hat jedoch der Gesetzgeber gezielt in Kauf genommen, um möglichst effizient Schwarzarbeit kontrollieren zu können.[1910]

1.3 Zu den Aufgaben und Befugnisse der FKS samt Pflichten der Kontrollierten

1.3.1 Einleitung

Die Mitarbeiter der Finanzkontrolle Schwarzarbeit (FKS) führen grundsätzlich verdachtsunabhängige Schwerpunktprüfungen stichprobenartig durch.[1911] Vielfach erfolgen Kontrollen auch auf Grund von durchgeführten Analysen, in welchen Gebieten am meisten schwarz gearbeitet wird.

Dabei wird kontrolliert, ob Sozialleistungen nicht zu Unrecht bezogen werden oder wurden, ausländische Arbeitnehmer nicht zu ungünstigeren Arbeitsbedingungen als vergleichbare deutsche Arbeitnehmer beschäftigt werden und ob bei Ausländern die erforderlichen Arbeitsgenehmigungen vorliegen. Außerdem hat die FKS zu prüfen, ob Arbeitgeber ihren Meldepflichten nachkommen sind und die Arbeitsbedingungen nach dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz einhalten.

In concreto haben die Behörden Verstöße gegen arbeitsrechtliche, gewerbe- und handwerksrechtliche Normen, aufenthaltsrechtliche Verstöße und Verhaltensweisen des Leistungsmissbrauchs und der Steuerhinterziehung zu ahnden.[1912]

Sämtliche Befugnisse und Aufgaben der FKS, wie z.B. das Recht auf Betreten von Grundstücken/Geschäftsräumen, das Recht auf Auskunfteinholung über sämtliche zur Erfüllung des Prüfungszwecks notwendige Daten, die Prüfung von Personen, Anhaltung von Fahrzeugen, Einsicht in die notwendigen Lohn- und Meldeunterlagen und Geschäftsbücher, sind in den §§ 3 und 4 SchwarzArbG normiert. Die Behörden der Zollverwaltung haben die Befugnisse soweit auszuüben, dass dadurch der Zweck des Gesetzes erfüllt wird, nämlich die Verhinderung von illegaler Beschäftigung, Lohndumping und Sozialdumping.[1913]

1.3.2 Zu den Duldungs- und Mitwirkungspflichten des Arbeitgebers bzw. Auftraggebers

Sowohl der Arbeitgeber als auch der inländische und ausländische Arbeitnehmer, wie Auftraggeber und Dritte, sind gesetzlich verpflichtet bei Prüfungen mitzuwirken.[1914]

Sie müssen insbesondere die erforderlichen Auskünfte erteilen, das Betreten der Grundstücke/Geschäftsräume dulden und alle dem FKS-Mitarbeiter im Rahmen der Prüfung zweckdienlichen Unterlagen vorlegen.[1915]

Die Duldungs- und Mitwirkungspflichten des Arbeitgebers bzw. Auftraggebers sind ausführlich in § 5 SchwarzArbG geregelt.[1916] Das passive Dulden, um Verzögerungen

---

[1910] BT-Dr 15/2573 vom 02. 03. 2004, 15. Wahlperiode, S. 21.

[1911] Merkblatt Bekämpfung von Schwarzarbeit, Juli 2008, Punkt. 4, Prüfungsinstanz, S. 3, http://www.laehn-stb.de/upload/36547860.pdf.

[1912] *Leitner*, Baustellenkontrollen in Deutschland, ASoK, 2010, Nr. 4, S. 132.

[1913] *Leitner*, Baustellenkontrollen in Deutschland, ASoK, 2010, Nr.4, S. 132.

[1914] § 5 des Gesetzes zur Bekämpfung der Schwarzarbeit und illegalen Beschäftigung.

[1915] *Leitner*, Baustellenkontrollen in Deutschland, ASoK, 2010, Nr. 4, S. 132.

bzw. Verhinderungen der Kontrolle entgegenzuwirken und die aktive Mitwirkung, um zur Feststellung des wahren Sachverhalts durch die Behörden beizutragen, stellen Verwaltungsakte dar und können mit der Verhängung von Geldbußen z.B. nach § 111 Abs 1 OWiG erzwungen werden.[1917]

Auch die Subunternehmer haben den FKS-Mitarbeitern Einsicht in Unterlagen über die Entlohnung zu gewähren.[1918]

Darüber hinaus hat ebenfalls ein privater Aufraggeber nach § 5 Abs 2 SchwarzArbG hinsichtlich steuerpflichtiger Leistungen oder Werklieferungen im Zusammenhang mit Grundstücken, Einsicht in Rechnungen, Zahlungsbelege oder andere beweiskräftige Unterlagen über Werklieferungen oder sonstige Leistungen auf seinem Grundstück zu gewähren.[1919]

Nach *Wamers* handelt es sich bei den §§ 3-5 SchwarzArbG um *„klassische Wirtschaftsüberwachung unter polizeilichen Gesichtspunkten, der Verhinderung und Verfolgung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten“.*[1920]

1.3.3 Zu den Duldungs- und Mitwirkungspflichten des ausländischen Arbeitnehmers

Ausländer haben gemäß § 5 Abs 1 S 4 bis 8 SchwarzArbBG die Verpflichtung diejenige Unterlage vorzulegen, aus welcher sich der Aufenthaltstitel und legale Beschäftigung ergeben.[1921] Den Kontrollbehörden kommt im Falle eines Verstoßes gegen ausländerrechtliche Bestimmungen das Recht zu, den Ausweis einzubehalten und unverzüglich der Ausländerbehörde zu ihrer weiteren Verwendung zu übermitteln.[1922]

Der Arbeitnehmer, welcher nicht Deutscher ist, hat grundsätzlich auch die Verpflichtung, ein seine Identität feststellendes Dokument, wie Reisepass oder einen Ausweisersatz, Führerschein und zudem auch den Aufenthaltstitel vorzulegen.[1923] Im Zusammenhang mit der Ausweisverpflichtung des Arbeitnehmers hat der Arbeitgeber zu dokumentieren, dass er den Arbeitnehmer über seine Ausweispflicht schriftlich belehrt hat.[1924] Eine Überprüfung der Personalien ist nur bei Arbeitnehmern zulässig, also solchen Personen, die nach dem äußeren Anschein im Unternehmen beschäftigt sind.[1925]

1.3.4 Der Entfall der Mitwirkungspflichten

Die FKS hat nur den Sachverhalt zu erforschen und bei einem diesbezüglich verdichteten Verdacht die entsprechende zuständige Behörde, wie insbesondere den Sozi-

---

[1916] *Fehn* in *Fehn* (Hrsg.), SchwarzArbG-Hk, 2006, Vorbemerkungen vor § 1, Rz 4 f; *Brenner*, Die Strafrechtliche Bekämpfung von Schwarzarbeit, Berlin, 2008, S. 75 f; *Boxleitner* in *Wabnitz/Janovsky,* Hb des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 3. Auflage, Kapitel 17, Rz 13.

[1917] *Wamers* in *Fehn* (Hrsg.), SchwarzArbG-Hk, 2006, § 5, Rz 4 f.

[1918] *Leitner*, Baustellenkontrollen in Deutschland, ASoK, 2010, Nr. 4, S. 133.

[1919] *Fehn* in *Fehn* (Hrsg.), SchwarzArbG-Hk, 2006, Vorbemerkungen vor § 1, Rz 4; *Leitner*, Baustellenkontrollen in Deutschland, ASoK, 2010, Nr. 4, S. 133; *Wamers* in *Fehn* (Hrsg.), SchwarzArbG-Hk, 2006, § 4, Rz 12 f.

[1920] *Wamers* in *Fehn* (Hrsg.), SchwarzArbG-Hk, 2006, § 3, Rz 1.

[1921] *Boxleitner* in *Wabnitz/Janovsky,* Hb des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 3. Auflage, Kapitel 17, Rz 13.

[1922] *Wamers* in *Fehn* (Hrsg.), SchwarzArbG-Hk, 2006, § 5, Rz 12 f.

[1923] *Wamers* in *Fehn* (Hrsg.), SchwarzArbG-Hk, 2006, § 3, Rz 26 f; § 5 Absatz 1 Satz 4 des Gesetzes zur Bekämpfung der Schwarzarbeit und illegalen Beschäftigung.

[1924] § 2a Absatz 2 des Gesetzes zur Bekämpfung der Schwarzarbeit und illegalen Beschäftigung.

[1925] *Wamers* in *Fehn* (Hrsg.), SchwarzArbG-Hk, 2006, § 3, Rz 25.

alversicherungsträger, die Ausländerbehörde, die Behörden der Finanz bzw. die Polizei, zu verständigen.[1926]

Darüber hinaus wird mit der Begründung eines Anfangsverdachts einer Straftat der Kontrollierte zum Beschuldigten und gewinnen mit diesem Zeitpunkt die Normen der StPO bzw OWiG an Relevanz.[1927] Ab diesem Zeitpunkt entfallen für den Kontrollierten etwaige Mitwirkungspflichten nach § 5 SchwarzArbG oder nach §§ 90, 135, 200, 211, 213 AO.[1928]

Es muss im Rahmen einer Kontrolle stets das verfassungsrechtlich gewährleistete Recht auf Auskunftsverweigerung beachtet werden, welches vorsieht, dass Personen nicht zu einer Auskunftserteilung oder Mitwirkung gezwungen werden können, wenn sie sich dadurch selbst oder eine ihr nahestehende Person der Gefahr aussetzen würden, wegen einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit verfolgt zu werden (§ 383 dtZPO).

1.3.5 Zu den Aufgaben und Befugnisse im Rahmen der Kontrolle im Konkreten

Die Mitarbeiter der Finanzkontrolle Schwarzarbeit dürfen im Rahmen ihrer Kontrolltätigkeiten Geschäftsräume, sowie Grundstücke des Arbeitgebers und Auftraggebers, auch gegen dessen Willen betreten und dabei Auskünfte von den Arbeitnehmern hinsichtlich ihrer Tätigkeit einholen, Einsicht in alle zweckdienlichen Unterlagen, aus welchen sich Art und Dauer eines Beschäftigungsverhältnisses ableiten lässt, wie z.B. Arbeitsverträge, Lohnabrechnungen, Nachweise über gezahlte Löhne und Arbeitszeitaufzeichnungen, nehmen.[1929]

Sie dürfen auch die Identität der angetroffenen Personen überprüfen und vom Arbeitnehmer die Ausweisung verlangen.[1930]

Hierbei sind sie jedoch nicht befugt, nach Unterlagen in Schränken etc. zu suchen, da hierfür ein Durchsuchungsbefehls erforderlich ist.[1931] Eine zielgerichtete Suche nach bestimmten Sachen oder Personen i.S. einer Durchsuchung ist i.S.d. Art 13 Abs 2 GG nicht zulässig, da eine solche Durchsuchung nur vom Richter im Falle eines konkret begründeten Tatverdachts angeordnet werden darf.[1932]

Die FKS hat ebenfalls das Recht nach § 3 Abs 5 S 1 SchwarzArbG Fahrzeuge anzuhalten.[1933] Dies ist insbesondere bei der Bekämpfung von Schwarzarbeit und illegaler Beschäftigung bei Taxiunternehmen und im Speditionswesen wichtig und sehr nützlich.[1934]

Die Kontrollen in privaten Haushalten erfolgen nicht auf Grund von Risikoanalysen und auf Eigenantrieb der FKS, sondern nur auf Grund einer Anzeige oder eines konkre-

---

[1926] Merkblatt Bekämpfung von Schwarzarbeit, Juli 2008, Punkt. 4, Prüfungsinstanz, S. 3, http://www.laehn-stb.de/upload/36547860.pdf.

[1927] *Boxleitner* in *Wabnitz/Janovsky,* Hb des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 3. Auflage, Kapitel 17, Rz 15; *Wamers* in *Fehn* (Hrsg.), SchwarzArbG-Hk, 2006, § 4, Rz 8.

[1928] *Brüssow/Petri,* Arbeitsstrafrecht, München, 2008, Rz 501.

[1929] § 3 Absatz 1 des Gesetzes zur Bekämpfung der Schwarzarbeit und illegalen Beschäftigung; *Wamers* in *Fehn* (Hrsg.), SchwarzArbG-Hk, 2006, § 3, Rz 19.

[1930] *Leitner*, Baustellenkontrollen in Deutschland, ASoK, 2010, Nr.4, S. 132; BT-Dr 15/2573 vom 02. 03. 2004, 15. Wahlperiode, S. 22; *Spatscheck/Fraedrich*, Schwarzarbeit auf dem Bau, NZBau 11/2007, S. 676.

[1931] *Spatscheck/Fraedrich*, Schwarzarbeit auf dem Bau, NZBau 11/2007, S. 676; § 3 des Gesetzes zur Bekämpfung der Schwarzarbeit und illegalen Beschäftigung; *Wamers* in *Fehn* (Hrsg.), SchwarzArbG-Hk, § 3, Rz 18 f.

[1932] *Wamers* in *Fehn* (Hrsg.), SchwarzArbG-Hk, 2006, § 3, Rz 18.

[1933] § 3 Absatz 5 des Gesetzes zur Bekämpfung der Schwarzarbeit und illegalen Beschäftigung.

[1934] *Fehn* in *Fehn* (Hrsg.), SchwarzArbG-Hk, 2006, § 1, Rz 10.

ten anonymen Hinweises und nur mit einem Durchsuchungsbeschluss.[1935] Unter dem Wohnungsbegriff sind auch die Garage, das Gartenhaus, der Garten, die Stallungen und der Hof zu subsumieren.[1936] Die kontrollierende Behörde darf nicht private Wohnungen gegen den Willen des Eigentümers oder Verfügungsberechtigten betreten.[1937] Diesfalls würde die Behörde den Tatbestand des Hausfriedensbruchs nach § 123 StGB begehen.

Führt eine Privatperson eine Baumaßnahme am eigenen Haus durch, handelt es sich in diesem Fall nicht mehr um einen Privatbereich, sondern um eine Baustelle.[1938] Wird jedoch ein Raum sowohl privat als auch geschäftlich genutzt gilt dieser als Privatraum.[1939]

2 Die Zusammenarbeit der verschiedenen Behörden bei der Bekämpfung von Schwarzarbeit und illegaler Beschäftigung

2.1 Allgemeines

Die Zusammenarbeit zwischen den einzelnen Behörden spielt bei der Bekämpfung der Schwarzarbeit und illegalen Beschäftigung eine essentielle Rolle.

In § 6 SchwarzArbG ist die Unterrichtung und Zusammenarbeit der Zollverwaltung mit anderen zuständigen Behörden im Prüfungsverfahren, um Straftaten i.Z.m. dem SchwarzArbG zu verhüten (präventiv) oder zu verfolgen (repressiv), normiert.[1940] Die einzelnen unterstützenden Behörden sind wechselseitig verpflichtet, alle wesentlichen Informationen, insbesondere Prüfungsergebnisse und personenbezogene Daten, die für die Prüfungen der FKS notwendig sind, zu übermitteln i.S. von weitergeben (= Datenaustausch).[1941] Gemäß § 6 Abs 1 S 3 haben die Zollbehörden auch die Justizbehörden über ihre gewonnenen Erkenntnisse zu informieren.[1942] In § 13 SchwarzArbG ist wiederum die Zusammenarbeit der Behörden und der diese unterstützenden Stellen im Bußgeldverfahren normiert.[1943] Im Rahmen von Bußgeldverfahren sollen wiederum Gerichte und die Staatsanwaltschaften den zuständigen Stellen Erkenntnisse weiterleiten, welche aus deren Sicht zur Verfolgung der Ordnungswidrigkeitentatbestände nach § 8 SchwarzArbG notwendig erscheinen.[1944]

Mit der Novelle des Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz vom 21.07.2012, BGBl. I S. 1566, wurde eine neuer Paragraph, nämlich § 6a SchwarzArbG eingefügt, welcher die Übermittlung personenbezogener Daten an Mitgliedstaaten der Europäischen Union normiert.

Danach können Behörden der Zollverwaltung personenbezogene Daten, die im Zusammenhang mit einem der in § 2 Abs 1 genannten Prüfgegenstände steht, eine für die

[1935] Merkblatt Bekämpfung von Schwarzarbeit, Juli 2008, Punkt.5, S. 4, http://www.laehn-stb.de/upload/36547860.pdf,

[1936] *Wamers* in *Fehn* (Hrsg.), SchwarzArbG-Hk, 2006, § 3, Rz 11.

[1937] *Fehn* in *Fehn* (Hrsg.), SchwarzArbG-Hk, 2006, § 1, Rz 12; *Spatscheck/Fraedrich*, Schwarzarbeit auf dem Bau, NZBau 11/2007, S. 676; *Wamers* in *Fehn* (Hrsg.), SchwarzArbG-Hk, 2006, § 3, Rz 9; *Wamers* in *Fehn* (Hrsg.), SchwarzArbG-Hk, 2006, § 5, Rz 19.

[1938] Merkblatt Bekämpfung von Schwarzarbeit, Juli 2008, Punkt.5, S. 4.

[1939] BVerfG vom 13.10.1971 - 1 BvR 280/66, BVerfGE 32, 54 = NJW 1971, 2299.

[1940] *Fehn* in *Fehn* (Hrsg.), SchwarzArbG-Hk, 2006, Vorbemerkungen vor § 1, Rz 5; *Wamers* in *Fehn* (Hrsg.), SchwarzArbG-Hk, 2006, § 6, Rz 6 f.

[1941] *Spatscheck/Fraedrich*, Schwarzarbeit auf dem Bau, NZBau 11/2007, S. 676 f; *Wamers* in *Fehn* (Hrsg.), SchwarzArbG-Hk, 2006, § 6, Rz 2 f.

[1942] *Wamers* in *Fehn* (Hrsg.), SchwarzArbG-Hk, 2006, §§ 12, Rz 7.

[1943] *Wamers* in *Fehn* (Hrsg.), SchwarzArbG-Hk, 2006, § 6, Rz 1.

[1944] *Fehn* in *Fehn* (Hrsg.), SchwarzArbG-Hk, 2006, §§ 10,11, Rz 7.

Verhütung und Verfolgung von Straftaten zuständige Behörde eines Mitgliedstaates der EU übermitteln.

In den weiteren Absätzen werden die Voraussetzungen sowie die Hinderungsgründe einer Übermittlung normiert.

2.2 Die gegenseitige Unterstützungsverpflichtung

Obwohl hauptsächlich den Zollbehörden die Kontrollkompetenzen zukommen, sind viele andere Behörden, wie unter anderem die Finanzbehörden nach § 6 Abs 2 AO, die Bundesagentur für Arbeit nach §§ 19 Abs 2 i.V.m. 6 Abs 1 Z 1 SGB II, die Renten- und Unfallversicherungsträger nach §§ 22 f SGB I, die Einzugsstellen nach § 28i SGB IV, die Ordnungsämter, die Träger der Sozialhilfe nach § 28 Abs 2 SGB I, die nach dem Asylbewerberleistungsgesetz bzw. Aufenthaltsgesetz zuständigen Behörden, zur Zusammenarbeit i.S. einer generellen dauernden Unterstützung der Behörden der Zollverwaltung verpflichtet.[1945]

Gemäß § 31a AO haben die Finanzbehörden die Verpflichtung, die notwendigen Tatsachen über die steuerlichen Verhältnisse eines Steuerpflichtigen, welche für die Bekämpfung der illegalen Beschäftigung bzw. des Leistungsmissbrauchs erforderlich sind, zu offenbaren, auch wenn dadurch das grundsätzlich zu schützende Steuergeheimnis des § 30 AO durchbrochen wird.[1946]

Auch die Krankenkassen unterliegen einer derartigen ähnlichen Unterrichtungsverpflichtung nach § 306 SGB V[1947].

§ 306 SGB V: *„Zur Verfolgung und Ahndung von Ordnungswidrigkeiten arbeiten die Krankenkassen insbesondere mit der Bundesagentur für Arbeit, den Behörden der Zollverwaltung, den Rentenversicherungsträgern, den Trägern der Sozialhilfe, den in § 71 des Aufenthaltsgesetzes genannten Behörden, den Finanzbehörden, den nach Landesrecht für die Verfolgung und Ahndung von Ordnungswidrigkeiten nach dem Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz zuständigen Behörden, den Trägern der Unfallversicherung und den für den Arbeitsschutz zuständigen Landesbehörden zusammen, wenn sich im Einzelfall konkrete Anhaltspunkte ergeben für*

1. Verstöße gegen das Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz,

2. eine Beschäftigung oder Tätigkeit von nichtdeutschen Arbeitnehmern ohne den erforderlichen Aufenthaltstitel nach § 4 Abs. 3 des Aufenthaltsgesetzes, eine Aufenthaltsgestattung oder eine Duldung, die zur Ausübung der Beschäftigung berechtigen, oder eine Genehmigung nach § 284 Abs. 1 des Dritten Buches,

3. Verstöße gegen die Mitwirkungspflicht nach § 60 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 des Ersten Buches gegenüber einer Dienststelle der Bundesagentur für Arbeit, einem Träger der gesetzlichen Unfall- oder Rentenversicherung oder einem Träger der Sozialhilfe oder gegen die Meldepflicht nach § 8a des Asylbewerberleistungsgesetzes,

4. Verstöße gegen das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz,

5. Verstöße gegen die Vorschriften des Vierten und des Siebten Buches über die Verpflichtung zur Zahlung von Beiträgen, soweit sie im Zusammenhang mit den in den Nummern 1 bis 4 genannten Verstößen stehen,

---

[1945] § 2 Absatz 2 des Gesetzes zur Bekämpfung der Schwarzarbeit und illegalen Beschäftigung; BT-Dr 15/2573 vom 02.03.2004, 15. Wahlperiode, S. 21; *Berwanger* in *Fehn* (Hrsg.), SchwarzArbG-Hk, 2006, § 2, Rz 35.

[1946] *Alpmann*, Brockhaus Studienlexikon Recht, Verlag C.H. Beck, Münschen, 3. Auflage, 2010, S. 1043; *Marschall*, Bekämpfung illegaler Beschäftigung, 2003, S. 84 , Rz 310 .

[1947] SGB V - Gesetzliche Krankenversicherung vom 20.12.1988, BGBl. I S. 2477 idF des Gesetzes vom 28.07.2011, BGBl. I S. 1622.

6. Verstöße gegen Steuergesetze,

7. Verstöße gegen das Aufenthaltsgesetz.

Sie unterrichten die für die Verfolgung und Ahndung zuständigen Behörden, die Träger der Sozialhilfe sowie die Behörden nach § 71 des Aufenthaltsgesetzes. Die Unterrichtung kann auch Angaben über die Tatsachen enthalten, die für die Einziehung der Beiträge zur Kranken- und Rentenversicherung erforderlich sind. Die Übermittlung von Sozialdaten, die nach den §§ 284 bis 302 von Versicherten erhoben werden, ist unzulässig."

Auch die hier aufgezählten Behörden haben Unterrichtungspflichten, wie z.B. nach § 18 AuslBG, § 2a SchwarzArbG, § 139b Abs 7 GewO, § 321 SGB VI oder § 308 Abs 3 SGB III.

Nach § 14 Abs 5 Z 7 GewO haben die Gewerbebehörden die Gewerbeanzeigen an die FKS weiterzuleiten.[1948]

Im Rahmen der Zusammenarbeit soll insbesondere mitgeteilt werden, ob Verdachtsmomente für die Annahme einer illegalen Beschäftigung oder Schwarzarbeit bestehen. Die Durchführung gemeinsamer Kontrollen, v.a. in größeren Firmen, ist ebenfalls zweckentsprechend.[1949]

Im Falle des Vorliegens von Anhaltspunkten für eine Straftat wird die Staatsanwaltschaft verständigt, welche auf Grundlage der Anzeige einzuschreiten hat.[1950]

2.3 Das Datenabgleich-Leistungsempfänger-Beschäftigter-Verfahren und der Kontospiegel

Für die Ausforschung von Schwarzarbeit ist ein sehr hilfreiches Mittel das sog. DALEB-Verfahren, mittels welchem Daten elektronisch abgeglichen werden und insbesondere Zeiträume in denen eine Person Sozialleistungen bezogen hat und mit vom Arbeitgeber gemeldeten Beschäftigungszeiten miteinander verglichen werden,.[1951] Meldet in Deutschland ein Arbeitgeber seinen Arbeitnehmer bei der Krankenkassa an, wird die Einstellung mit dem Lohn entsprechend vermerkt. Wegen der Verknüpfung der Krankenkassa mit der Rentenversicherung und dieser wiederum mit der Bundesanstalt für Arbeit, kann präzise festgestellt werden, wann der Arbeitnehmer seine Arbeitstätigkeit aufgenommen und ob eine Person, welche bisher arbeitslos gemeldet war und Arbeitslosengeld bezogen hat, eine Erwerbstätigkeit aufgenommen hat.[1952]

Diese Vorgangsweise ist insbesondere in Fällen von Leistungsmissbrauch relevant. Die Bundesanstalt für Arbeit kann im Rahmen des elektronischen Datenabgleichs zwischen der Beschäftigtendatei und der Datei der Leistungsbezieher Schwarzarbeitern

---

[1948] *BMF,* Entwicklung der Bekämpfung der Schwarzarbeit und der illegalen Beschäftigung, Bericht September 2009, Punkt 5.1 (wesentliche gesetzliche Änderungen).

[1949] *Boxleitner* in *Wabnitz/Janovsky,* Hb des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 3. Auflage, Kapitel 17, Rz 8; *Schneider/Badekow,* Ein Herz für Schwarzarbeiter, Berlin, 2006, S. 118.

[1950] *Schneider,* Schwarzarbeit und Korruption in der Bauwirtschaft in *Diederichs*, Führungswissen für Bau- und Immobilienfachleute 1. Grundlagen, 2005, S. 287

[1951] *Weber*, Illegale Beschäftigung – Aussagen über das Hellfeld in *Lamnek/Luedtke* (Hrsg.), Der Sozialstaat zwischen "Markt" und "Hedonismus"?, Band 1, 1999, S. 343.

[1952] *Weber*, Illegale Beschäftigung – Aussagen über das Hellfeld in *Lamnek/Luedtke* (Hrsg.), Der Sozialstaat zwischen "Markt" und "Hedonismus"?, Band 1, 1999, S. 343.

leichter auf die Schliche kommen und somit ungerechtfertigte Sozialleistungsinanspruchnahmen schneller und effektiver entdecken.[1953]

Ein Nachteil dieses Verfahrens ist jedoch die mangelhafte Ausforschungsmöglichkeit im Fall, dass der Arbeitgeber oder Auftraggeber seiner gesetzlich vorgesehenen Meldeverpflichtung überhaupt nicht nachkommt.[1954]

Im Bereich der illegalen Ausländerbeschäftigung ist der sog. **Kontospiegel** eine effektive Ausforschungsmethode.

Bei dem Verfahren des Kontospiegels wird die arbeitsrechtliche Genehmigung mit den tatsächlichen Beschäftigung des Ausländers verglichen.[1955]

Anhand dieser Daten ist erkennbar, ob ein Ausländer ohne die notwendige arbeitsmarktrechtliche Bewilligung beschäftigt wird oder eine derartige besitzt.[1956]

2.4 Zur Zusammenarbeit der Behörden bei Auslandsentsendungen und der Arbeitskräfteüberlassung

Gemäß § 18 Abs 1 AEntG[1957] hat ein Arbeitgeber mit Sitz im Ausland, welcher einen Arbeitnehmer nach Deutschland entsenden möchte, sowie nach § 18 Abs 3 AEntG ein Verleiher mit Sitz im Ausland, der einen Arbeitnehmer zur Arbeitsleistung einem Entleiher in Deutschland überlässt, Meldepflichten.

„Vor Beginn jeder Werk- oder Dienstleistung hat der Arbeitgeber eine schriftliche Anmeldung in deutscher Sprache bei der zuständigen Behörde der Zollverwaltung vorzulegen, welche die für die Prüfung wesentlichen Angaben gemäß § 18 AEntG, wie Ort und Zeitraum der Arbeitsleistung, Tätigkeitsbereich und Branche, enthält."

In Deutschland ist die zuständige Behörde die Zentralstelle der FKS, die Oberfinanzdirektion Köln. Diese hat von sich aus die Meldung an andere Behörden, u.a. an die FKS-Zollbehörden, die zuständige Finanzbehörde, die Träger der Renten- und Unfallversicherung, die Bundesagentur für Arbeit, zu übermitteln.[1958]

Gemäß § 16 Abs 3 AÜG sind die Behörden der Zollverwaltung für die Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten nach Abs 1 Z 1 bis 2a und die Bundesagentur für Arbeit für Ordnungswidrigkeiten nach Abs 1 Z 3 bis 8 befugt.

Der Bundesagentur für Arbeit steht einerseits die Aufgabe zu, die Überlassung nach § 1 AÜG zu genehmigen und andererseits die Kontrolle der arbeitsrechtlichen- und sozialrechtlichen Gefahren einer Überlassung, die Verhinderung derartiger Missstände und deren Aufdeckung.[1959]

[1953] *Eustrup*, Kommentar zum § 404, Rz 9, S. 2536 im Nomos Kommentar, SGB III, Arbeitsförderung, Praxiskommentar, Herausgeber *Wissing/Mutschler/Bartz/ Schmidt-De Caluwe*, 2. Auflage, 2004, Baden-Baden.

[1954] *Weber*, Illegale Beschäftigung – Aussagen über das Hellfeld in *Lamnek/Luedtke* (Hrsg.), Der Sozialstaat zwischen "Markt" und "Hedonismus"?, Band 1, 1999, S. 343.

[1955] *Weber*, Illegale Beschäftigung – Aussagen über das Hellfeld in *Lamnek/Luedtke* (Hrsg.), Der Sozialstaat zwischen "Markt" und "Hedonismus"?, Band 1, 1999, S. 345.

[1956] *Weber*, Illegale Beschäftigung – Aussagen über das Hellfeld in *Lamnek/Luedtke* (Hrsg.), Der Sozialstaat zwischen "Markt" und "Hedonismus"?, Band 1, 1999, S. 345.

[1957] Gesetz über zwingende Arbeitsbedingungen für grenzüberschreitend entsandte und für re-gelmäßig im Inland beschäftigte Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen (Arbeitnehmer-Entsendegesetz - AEntG) vom 20.04.2009, BGBl. I, S. 799.

[1958] *Leitner*, Baustellenkontrollen in Deutschland, ASoK, 2010, S. 133.

[1959] *Kaul* in *Achenbach/Ransiek* (Hrsg.),Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 2004, XII 3, Rz 5.

Ein wichtiger Aspekt ist auch die Zusammenarbeit mit den im § 18 des dtAÜG[1960] aufgelisteten Behörden wie z.B. den Trägern der Krankenversicherung als Einzugsstellen für die Sozialversicherungsbeiträge, den Finanzbehörden, den für die Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten nach dem SchwarzArbBG zuständigen Behörden, den Trägern der Unfallversicherung, Rentenversicherung und Sozialhilfe und den für den Arbeitsschutz zuständigen Landesbehörden.

§ 18 Abs 2 dtAÜG normiert die **Informationsverpflichtung** der Bundesagentur für Arbeit oder der Behörden der Zollverwaltung an die für die Verfolgung und Ahndung zuständigen Behörden, die Träger der Sozialhilfe, sowie die Behörden nach § 71 AufenthaltsG im Rahmen der Durchführung des AÜG, ob konkrete Anhaltspunkte für z.B. Verstöße gegen das SchwarzArbBG, eine Beschäftigung oder Tätigkeit von Ausländern ohne erforderlichen Aufenthaltstitel nach § 4 Abs 3 des AufenthaltsG, Verstöße gegen die Mitwirkungspflicht nach § 60 Abs 1 Satz 1 Z 2 des SGB I, Verstöße gegen die Vorschriften des SGB IV und VII über die Verpflichtung zur Zahlung von Sozialversicherungsbeiträgen und Verstöße gegen die Steuergesetze, vorliegen.

2.5 Die elektronischen Datenbanken

Auf Grund des technischen Fortschritts ist v.a. die elektronische Datenverarbeitung und -übermittlung eine wichtige und gute Möglichkeit einer effizienten Zusammenarbeit.

Um ein Informationsdefizit zwischen den einzelnen Behörden zu vermeiden, besteht nunmehr die Möglichkeit eines Online-Datenaustausches. Insbesondere die zentrale Prüfungs- und Ermittlungsdatenbank der FKS nach § 16 SchwarzArbG, sog. Schwarzarbeiterdatenbank *„ProFiS“ („Programmunterstützung Finanzkontrolle Schwarzarbeit“)* ist relevant und deswegen hier zu erwähnen. Im ProFis werden die, für die Bekämpfung bzw. Prävention der Schwarzarbeit oder die, für die Durchführung von Prüfungen nach § 2 Abs 1 SchwarzArbG relevanten Daten, sowie Angaben über Anlass, Inhalt und Verlauf von durchgeführten Prüfungen gespeichert und können sowohl die Polizei als auch die Finanzbehörden in diese Einblick nehmen, wenn Anhaltspunkten für Verstöße vorliegen.[1961]

§ 17 SchwarzArbG sieht eine Übermittlungspflicht von über in der zentralen Datenbank gespeicherten Daten an die Behörden der Zollverwaltung, an die Polizeivollzugsbehörden der Länder, an die Finanzbehörden der Länder und an die Staatsanwaltschaften vor.[1962] Genauere Erläuterungen würden jedenfalls den Rahmen dieser Arbeit sprengen.

Zusätzlich wurde im Jahre 2000, um die Prüfungen nach dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz zu erleichtern, ein elektronischer Datenaustausch mit der Urlaubs- und Lohnausgleichskasse der Bauwirtschaft (ULAK) geschaffen, welcher die notwendigen Meldungen der Arbeitgeber nach dem AEntG enthält.[1963] Diese Informationen werden in das Informationssystem zur Bekämpfung der illegalen Beschäftigung (INBIL) eingetra-

---

[1960] Gesetz zur Regelung der Arbeitnehmerüberlassung, (Arbeitnehmerüberlassungsgesetz - AÜG) vom 07.08.1972, BGBl. I S. 1393 idF BGBl. I S. 158 vom 03.02.1995, geändert durch BGBl. I S. 2854 vom 20.12.2011.

[1961] *Brüssow/Petri,* Arbeitsstrafrecht, München, 2008, Rz 505; Merkblatt Bekämpfung von Schwarzarbeit, Juli 2008, Punkt.4, Prüfungsinstanz, S. 3; *Spatscheck/Fraedrich*, Schwarzarbeit auf dem Bau, NZBau 11/2007, S. 677; *Fehn* in *Fehn* (Hrsg.), SchwarzArbG-Hk, 2006, Vorbemerkungen vor § 1, Rz 11; *Lenz* in *Fehn* (Hrsg.), SchwarzArbG-Hk, 2006, § 16, Rz 1; Siehe sehr genaue Erläuterungen über die Zentrale Datenbank in *Lenz* in *Fehn* (Hrsg.), SchwarzArbG-Hk, 2006, § 16, Rz 1-40.

[1962] Siehe genaue Erläuterungen über Auskunftserteilung in *Lenz* in *Fehn* (Hrsg.), SchwarzArbG-Hk, 2006, § 17, Rz 1-57.

[1963] *Schneider,* Schwarzarbeit und Korruption in der Bauwirtschaft in *Diederichs*, Führungswissen für Bau- und Immobilienfachleute 1. Grundlagen, 2005, S. 287.

gen und sollen allen Personen, die für die Bekämpfung der illegalen Beschäftigung zuständig sind, hilfreich zur Seite stehen.[1964]

2.6 Besondere Ermittlungsgruppen: GES und EG Bau

Darüber hinaus hat das Landeskriminalamt die Gemeinsame Ermittlungsgruppe Schwarzarbeit (GES) gegründet, welche sich insbesondere aus Kriminalbeamten, Beamten des Hauptzollamtes und Personal der Steuerfahndungsstelle beim Finanzamt für Fahndung und Steuersachen zusammensetzt, und mit den Betriebsprüfdiensten der Rentenversicherungsträger und der Abteilung der Staatsanwaltschaft zur Verfolgung der organisierten Schwarzarbeit zusammenarbeitet.[1965]

Daneben gibt es im Bereich der Bauwirtschaft ebenfalls eine eigene Behörde, die sogenannte Eingreifgruppe Bau, EG Bau, welche vor allem die Aufgabe hat auf den Baustellen zu prüfen, ob die Tarifverträge befolgt werden und ob für die Einsetzung von Subunternehmern die notwendige Genehmigung vorhanden sind.[1966]

2.7 Statistiken der Kontrollen in Deutschland im Jahre 2009

Im Jahr 2009 kontrollierte die Behörde, Finanzkontrolle Schwarzarbeit, über 470.000 Personen und überprüfte 51.600 Arbeitgeber, wobei dabei ein Schaden von in etwa 625 Millionen EURO aufgedeckt wurde.[1967]

Im Jahre 2009 konnten die Mitarbeiter der FKS, insbesondere auf Grund der Einführung der Sofortmeldepflicht nach § 28a SGB IV und der Mitführungs- und Vorlagepflicht eines Ausweises nach § 2a SchwarzArbG, effizienter kontrollieren.[1968] Nun kann der Zoll an Ort und Stelle sofort nachprüfen, ob der Arbeitnehmer von seinem Arbeitgeber ordnungsgemäß zur Sozialversicherung gemeldet wurde. Die Ausrede, man habe die Arbeit gerade erst aufgenommen und die Meldung zur Sozialversicherung werde mit der Gehaltsabrechnung erstellt, gilt somit nicht mehr.[1969]

In Deutschland ist die Anzahl der inländischen Schwarzarbeiter viel größer (um das 7 - 8-fache) als die der illegal ausländischen Beschäftigten.[1970]

C Die Rechtsordnung Polens

1 Zur Behörde *„Państwowa Inspekcja Pracy“* (PIP) = Die „Staatliche Arbeitsinspektion“

1.1 Einleitung

In Polen ist für die Kontrolle der Schwarzarbeit und illegalen Beschäftigung hauptsächlich die „Staatliche Arbeitsinspektion”, auf polnisch Państwowa Inspekcja Pracy

[1964] *Schneider,* Schwarzarbeit und Korruption in der Bauwirtschaft in *Diederichs*, Führungswissen für Bau- und Immobilienfachleute 1. Grundlagen, 2005, S. 287.
[1965] *Schneider/Badekow,* Ein Herz für Schwarzarbeiter, Berlin, 2006, S. 118.
[1966] *Schneider/Badekow,* Ein Herz für Schwarzarbeiter, Berlin, 2006, S. 119.
[1967] Monatsbericht des BMF Mai 2010, S. 70.
[1968] Monatsbericht des BMF Mai 2010, S. 70.
[1969] Monatsbericht des BMF Mai 2010, S. 70f.
[1970] *Schneider/Torgler/Schaltegger,* Schattenwirtschaft und Steuermoral, Zürich, 2008, S. 48 f; *Taschlizki*, Schwarzabreit – Definition und Auswirkung. Studienarbeit, GRIN Verlag, Berlin 2008, S. 3.

(PIP), die zuständige Behörde.[1971] Der Gegenstand der Untersuchungen dieser Behörde ist im Gesetz über die Staatliche Arbeitsinspektion[1972] definiert.[1973]

Die Bekämpfung der Schwarzarbeit und illegalen Beschäftigung gehört seit dem 01.07.2007 zu den Aufgaben der PIP.[1974]

Grundsätzlich ist der polnische Woiwod (= das Oberhaupt jedes „Bundeslandes"; in etwa wie der Landeshauptmann in Österreich) derjenige, welchem die Kontrolle, ob die Bestimmungen des Gesetzes vom 20.04.2004 über Beschäftigungsförderung und Arbeitsmarktinstitutionen[1975] eingehalten werden, zukommt.

Er arbeitet hierbei sehr eng mit der PIP hinsichtlich der Verletzung der Bestimmungen des Arbeitsrechtes, den Sozialversicherungsanstalten hinsichtlich der Verletzung der Bestimmungen des Sozialversicherungsrechtes u.a. beim Nichtabführen der Beiträge zum Arbeitsfond, dem Finanzamt hinsichtlich der Verletzung der Normen des Steuerrechts und mit der Polizei, v.a. der Grenzpolizei, im Bereich der Verletzung des Ausländerbeschäftigungsrechts, zusammen.[1976]

Per 31.12.2011 waren 2.753 Mitarbeiter bei der staatlichen Arbeitsinpektion tätig.[1977]

1.2 Zu den Aufgaben der Staatlichen Arbeitsmarktinspektionen

Gemäß Art 10 Abs 1 Punkt 3 des Gesetzes über die Staatliche Arbeitsinspektion gehört zu den Aufgaben der Arbeitsinspektoren die Kontrolle der Legalität von Beschäftigungen und der Ausübung jeglicher anderen entgeltlichen Tätigkeit sowie die Kontrolle der Einhaltung aller gesetzlichen arbeits-, sozial- und steuerrechtlichen Verpflichtungen durch den Arbeitgeber.

Die Arbeitsinspektoren, welche den Wojewode repräsentieren, können sowohl natürliche als auch juristische Personen, hinsichtlich der Beschäftigung von polnischen Staatsbürgern als auch von Ausländern kontrollieren.[1978]

[1971] *„Za kontrolę legalności zatrudnienia odpowiadają organy kontroli (potocznie zwane policją pracy), do niedawna działające na podstawie ustawy o zatrudnieniu i przeciwdziałaniu bezrobociu, a obecnie ustawy o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy." Pazurek*_f, Praca nierejestrowana i jej ekonomiczne konsekwencje, sciaga.pl, 01.03.2005.

[1972] Ustawa z dnia 13.04.2007 r. o Państwowej Inspekcji Pracy (Staatliche Arbeitsinspektion), Dz. U. z 2007 r. Nr 89 poz. 589 idF Dz. U. z 2010 r. Nr 109, poz. 708, Nr 128, poz. 1228, Nr 238, poz. 1578, Nr 257, poz. 1725, Dz. U. z 2012 r. poz. 404.

[1973] *„Nowelizacja ustawy o PIP, która weszła w życie 8 sierpnia 2011 r. na mocy ustawy z dnia 9 czerwca 2011 r. o zmianie ustawy o Państwowej Inspekcji Pracy oraz niektórych innych ustaw;" Tomczyk,* Sprawozdanie GIP z działalności PIP w 2011 roku, Warzawa, 2012, S. 125.

[1974] *Zalewski*, Die Arbeitsinspektionen wollen nicht wegen Schwarzarbeit verfolgen (*Inspekcja nie chce ścigać za pracę na czarno*), Artikel vom 19.02.2009 erschienen in der Zeitschrift „Rzeczpospolita".

[1975] Ustawa z dnia 20.04.2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy (Gesetz vom 20.04.2004 über die Beschäftigungsförderung und Arbeitsmarktinstitutionen), Dz. U. Nr 99, Poz. 1001 idF Nr 257, poz 1725 vom 01.02.2011.

[1976] *Encyklopedia Prawa,* Wydawnictwo C.H.Beck, Warszawa, 3. Auflage, 2004, S. 405; „*Organy kontrolne współdziałają z partnerami społecznymi, Państwową Inspekcją Pracy, PIP, policją, Zakładem Ubezpieczeń Społecznych, Strażą Graniczną oraz urzędami kontroli skarbowej." Pazurek*_f, Praca nierejestrowana i jej ekonomiczne konsekwencje, sciaga.pl, 01.03.2005.

[1977] *Tomczyk,* Sprawozdanie GIP z działalności PIP w 2011 roku, Warzawa, 2012, S. 14.

[1978] *„Reprezentujący wojewodę Inspektorzy mogą kontrolować wszystkich pracodawców, jednoosobowych przedsiębiorców i inne instytucje oraz osoby fizyczne w zakresie zatrudniania zarówno obywateli polskich, jak obcokrajowców." Pazurek_f, Praca nierejestrowana i jej ekonomiczne konsekwencje,* sciaga.pl, 01.03.2005, http://www.sciaga.pl/tekst/33680-34-praca_nierejestrowana_i_jej_ekonomiczne_konsekwencje

Bis zum 08.08.2011 hatten die Arbeitsinspektoren – i.S.d. Art 13 des Gesetzes über Arbeitsinspektionen - nur die Möglichkeit, Arbeitgeber und Unternehmer zu kontrollieren[1979] und war es ihnen versagt, Rechtssubjekte zu kontrollieren, die nicht den Status eines Arbeitgebers oder Unternehmers innehaben, wie z.B. private Investoren.[1980]

Mit der Novellierung des Gesetzes über Staatliche Arbeitsinspektion per 08.08.2011 ist dieser Kompetenzbereich erweitert worden, als den Arbeitsinspektoren nunmehr die Möglichkeit zukommt, Kontrollen bei Rechtssubjekten durchzuführen, die keinen Arbeitgeberstatus bzw. Unternehmerstatus haben, jedoch natürliche Personen mit Tätikeiten betrauen (z.B. im Rahmen eines Werkvertrages bei Vereinen oder Stiftungen).[1981]

Die Arbeitsinspektoren haben darüber hinaus zu kontrollieren, ob Arbeitnehmer ohne Besitz eines schriftlichen Arbeitsvertrages beschäftigt werden oder Scheinmeldungen oder Scheinselbständigkeiten vorliegen.[1982]

Ihnen kommt insbesondere, neben den Kontrollbefugnissen, auch die Kompetenz zur Verhängung von Geldsanktionen und weiters die Möglichkeit der Anregung der gerichtlichen Erledigung einer Angelegenheit zu.[1983]

Die Möglichkeit der Verhängung von Geldstrafen durch die Ermittlungsbehörde stellt zu der Rechtsordnungen Österreichs einen gewaltigen Unterschied und dar, wonach die Finanzpolizei „lediglich" den Sachverhalt ermittelt und auf Grund dieses Sachverhaltssubstrats die BVB erst die Geldstrafen mittels Beschiedes zu verhängen hat.

1.3 Die Beitragspflicht zum Arbeitsfond

Zu den Pflichten des Arbeitgebers gehört es u.a., Beiträge an den Arbeitsfond abzuführen.

Die Missstände im Bereich der Einzahlung der Beiträge zum **Arbeitsfond** sind beunruhigend hoch und wurden derartige Verstöße (Nichteinzahlung der Beiträge zum Arbeitsfond oder nicht rechtzeitige Beitragszahlung) in jedem fünften kontrollierten Betrieb festgestellt.[1984]

Die Höhe des Beitrags zum Arbeitsfond beträgt 2,45 % der Bemessungsgrundlage und trifft v.a. Arbeitgeber und Auftraggeber, welche wirtschaftliche nichtagrarische Tä-

---

[1979] *„Wynika to z faktu, że w myśl art. 13 ustawy o Państwowej Inspekcji Pracy, kontroli podlegają jedynie pracodawcy oraz przedsiębiorcy, na rzecz których jest świadczona praca przez osoby fizyczne."* Siehe *Zając*, Sprawozdanie GIP z działalności PIP w 2009 roku, Warzawa, 2010, S. 98.

[1980] „*Inspektorzy pracy nie mogą zatem kontrolować podmiotów, które nie mają statusu pracodawcy ani przedsiębiorcy (np. osób fizycznych), nawet jeżeli powierzają one pracę innym osobom."* Siehe *Zając*, Sprawozdanie GIP z działalności PIP w 2009 roku, Warzawa, 2010, S. 98.

[1981] *„(...) prowadzenie kontroli legalności zatrudnienia w jednostkach organizacyjnych, które nie mają statusu pracodawcy (tj. nie zatrudniają nikogo w ramach stosunku pracy) ani też statusu przedsiębiorcy, jednak powierzają pracę osobom fizycznym (przykładowo można tu wskazać niezatrudniające pracowników, lecz wyłącznie osoby na podstawie umów cywilnoprawnych — stowarzyszenia, fundacje i inne podobne organizacje);" Tomczyk,* Sprawozdanie GIP z działalności PIP w 2011 roku, Warzawa, 2012, S. 125.

[1982] *Zalewski*, Die Arbeitsinspektionen wollen nicht wegen Schwarzarbeit verfolgen (*Inspekcja nie chce ścigać za pracę na czarno),* Artikel vom 19.02.2009 erschienen in der Zeitschrift „Rzeczpospolita".

[1983] *„Policja pracy nie może np. karać mandatami za wykroczenia, które ściga. Mandaty z kolei stosuje na ogół PIP, w sporadycznych przypadkach kierując sprawy do sądu." Pazurek*_f, Praca nierejestrowana i jej ekonomiczne konsekwencje, sciaga.pl, 01.03.2005, http://www.sciaga.pl/tekst/33680-34-praca_nierejestrowana_i_jej_ekonomiczne_konsekwencje

[1984] *„Nadal niepokoi skala nieprawidłowości w zakresie opłacania składek na Fundusz Pracy. Tego rodzaju naruszenia przepisów, tzn. Nieopłacenie składek na FP lub ich nieterminowe opłacanie, stwierdzono w co piątym podmiocie poddanym kontroli."* Siehe *Zając*, Sprawozdanie GIP z działalności PIP w 2009 roku, Warzawa, 2010, S. 94.

tigkeiten ausüben lassen.[1985] Die Geldmittel aus dem Arbeitsfond dienen insbesondere als Arbeitslosenhilfe und sind für Öffentlichkeitsarbeit und für Schulungen von Arbeitslosen bestimmt.

Vielfach wurden auch Missstände bei der Nichtmeldung der verlangten Daten von Arbeitnehmern bzw. die Meldung von falschen Daten des Arbeitnehmern, welche Einfluss auf die Höhe der Beitragszahlungen an den Arbeitsfond zu den Sozialversicherungen haben, festgestellt.

1.4 Statistiken der Kontrollen hinsichtlich der allgemeinen illegalen Beschäftigung im Jahre 2009 im Vergleich zum Jahr 2011

Im Jahre 2009 wurden im Rahmen der durchgeführten Kontrollen wegen Schwarzarbeit und anderweitiger entgeltlicher Tätigkeit polnischer Staatsbürger 20.000 Rechtssubjekte, bei welchen insgesamt 800.000 Personen beschäftigt waren, geprüft.[1986]

Im Jahr 2011 wurden bereits 23.800 Kontrollen durchgeführt, wobei über 818.000 beschäftigte Personen überprüft wurden, von denen 207.000 auf Grundlage eines zivilrechtlichen Vertrages, v.a. auf eigene Rechnung als Selbständige beschäftigt gewesen sind, obwohl es sich bei diesen um klassische Arbeitnehmer mit welchen grundsätzlich ein Arbeitsvertrag hätte abgeschlossen werden müssen.[1987]

Fast bei jedem zweiten kontrollierten Rechtssubjekt haben die Arbeitsinspektoren verschiedenartige Verstöße gegen die Normen des Gesetzes vom 20.04.2004 über Beschäftigungsförderung und Arbeitsmarktinstitutionen hinsichtlich der illegalen Beschäftigung festgestellt; im Jahr 2009 waren es 46 %, im Jahr 2010 47 % und im Jahr 2011 bereits 50 %.[1988] Daraus lässt sich schließen, dass die Tendenzen zur illegalen Beschäftigung tendeziell leicht steigen.

Zum Beispiel wurden Personen ohne Arbeitsvertrag beschäftigt bzw. ohne dass diesen die Art und die Bedingungen der Arbeitsvereinbarung schriftlich bestätigt wurden bzw. wurden die Arbeitnehmer nicht bei den Sozialversicherungen angemeldet bzw. haben Arbeitslose eine Beschäftigung oder entgeltliche Arbeit aufgenommen, ohne darüber das Arbeitsamt zu benachrichtigen.[1989]

Im Vergleich zum Jahr 2008 ist im Jahre 2009 die Anzahl der Verstöße gegen die illegale Beschäftigung angestiegen; um 35 % ist die Anzahl der Personen gestiegen, die

---

[1985] *„Fundusz Pracy – składki na Fundusz Pracy: Dotyczy m.in. osób prowadzących pozarolniczą działalność gospodarczą, pracodawców oraz zleceniodawców. Wysokość składki na Fundusz Pracy wynosi 2,45% podstawy wymiaru."*

[1986] *„Legalność zatrudnienia i innej pracy zarobkowej obywateli polskich była badana podczas 20,8 tys. kontroli. Objęto nimi blisko 20 tys. podmiotów, w których wykonywało pracę ponad 800 tys. Osób";* siehe *Zając*, Sprawozdanie GIP z działalności PIP w 2009 roku, Warzawa, 2010, S. 90 f.

[1987] *„W 2011 r. inspektorzy pracy przeprowadzili 23,8 tys. kontroli, podczas których badali legalność zatrudnienia i innej pracy zarobkowej obywateli polskich (..) ponad 818 tys. osób, w tym 207 tys. w ramach umów cywilnoprawnych oraz ponad 12 tys. prowadzących na własny rachunek działalność gospodarczą (samozatrudnionych);"* Siehe *Tomczyk,* Sprawozdanie GIP z działalności PIP w 2011 roku, Warzawa, 2012, S. 110.

[1988] *„Różnego rodzaju nieprawidłowości w zakresie legalności zatrudnienia oraz przestrzegania przepisów ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy dotyczyły prawie połowy skontrolowanych podmiotów (2011 r. – 50% 2010 r. – 47%, 2009 - 46%);"* Siehe *Zając*, Sprawozdanie GIP z działalności PIP w 2009 roku, Warzawa, 2010, S. 91; *Tomczyk,* Sprawozdanie GIP z działalności PIP w 2011 roku, Warzawa, 2012, S. 111.

[1989] *„(...) tzn. zatrudnienie bez potwierdzenia na piśmie rodzaju zawartej umowy i jej warunków, niezgłoszenie osoby zatrudnionej lub wykonującej inną pracę zarobkową do ubezpieczenia społecznego, a także podjęcie przez bezrobotnego zatrudnienia, innej pracy zarobkowej lub działalności — bez zawiadomienia o tym właściwego powiatowego urzędu pracy."* Siehe *Zając*, Sprawozdanie GIP z działalności PIP w 2009 roku, Warzawa, 2010, S. 91.

ohne schriftlichen Arbeitsvertrag beschäftigt werden, bei den Nichtmeldungen zu den Sozialversicherungen ist die Prozentzahl um die Hälfte gestiegen.[1990] Sowohl im Jahr 2009 als auch im Jahr 2011 wurden bei jedem vierten kontrollierten Unternehmen rechtswidrige Nichtmeldungen festgestellt.[1991]

Auch ist die Anzahl der Unternehmen, in welchen Verstöße gegen Bestimmungen hinsichtlich der Zahlung der Beiträge an den Arbeitsfond festgestellt wurden, deutlich gestiegen, nämlich um 30 %, auf 13 % bei Nichtzahlung der Beiträge und über das Doppelte bei nicht rechtzeitiger Einzahlung der Beiträge.[1992] Einfluss auf derartige Anstiege hatte jedenfalls die gestiegen Arbeitslosigkeit, welche in Polen im Dezember 2008 9,5 % betragen hat und im Dezember 2009 bereits auf 11,9 % gestiegen ist.[1993]

Die schwierige Lage am Arbeitsmarkt und hohe Arbeitslosigkeit wird vielfach von Arbeitgebern ausgenutzt, welche übermächtig die Arbeitsbedingungen bestimmen, wobei sie meist in voller Kenntnis darüber handeln, dass sie dadurch gegen Gesetze verstoßen.[1994]

1.5 Statistiken der Kontrollen hinsichtlich der illegalen Beschäftigung von Ausländern im Jahre 2009 im Vergleich zum Jahr 2011

Seit Beginn des Jahres 2009 ist die Staatliche Arbeitsinspektion hinsichtlich der Kontrolle der illegalen Ausländerbeschäftigung umorganisiert worden.[1995]

In jeder regionalen Arbeitsinspektion wurde eine eigene Sektionen, welche sich auf die Legalität der Beschäftigung spezialisiert, eingerichtet und die dort angestellten Arbeitsinspektoren beschäftigen sich hauptsächlich auch nur mit dieser Problematik.[1996] Außerdem wird nun mehr, an Hand einer dauernden Überwachung des illegalen Arbeitsmarktes, mehr darauf geachtet, dass die „richtigen" Rechtssubjekte kontrolliert werden, d.h. solche bei denen der Verdacht der illegalen Beschäftigung von Ausländern besteht, und die Kontrollen selbst entsprechend vorbereitet werden, insbesondere hinsichtlich der Wahl eines entsprechenden Termins und Anfangsortes der Kontrolle.[1997]

[1990] *„Skala ujawnionych w 2009 r. Nieprawidłowości jest znacznie wyższa niż w roku poprzednim: odsetek podmiotów, gdzie stwierdzano zatrudnianie bez zawarcia umów o pracę w formie pisemnej wzrósł o 35%, zaś bez zgłoszenia do ubezpieczenia społecznego — o ponad połowę."* Siehe *Zając*, Sprawozdanie GIP z działalności PIP w 2009 roku, Warzawa, 2010, S. 97.

[1991] *„W porównaniu do 2008 r. wzrosła skala naruszeń przepisów w zakresie zgłaszania do ubezpieczenia społecznego. Nieprawidłowości takie zostały wykazane w co czwartym podmiocie (...)";* Siehe *Zając*, Sprawozdanie GIP z działalności PIP w 2009 roku, Warzawa, 2010, S. 93; *Tomczyk,* Sprawozdanie GIP z działalności PIP w 2011 roku, Warzawa, 2012, S. 113.

[1992] *„Znacznie zwiększył się również odsetek zakładów, w których ujawniono naruszenia przepisów dotyczących składek na Fundusz Pracy (w zakresie nieopłacania składek o ok. 30%, w zakresie nieterminowego ich opłacania — ponad dwukrotnie)."* Siehe *Zając*, Sprawozdanie GIP z działalności PIP w 2009 roku, Warzawa, 2010, S. 97.

[1993] *„Niewątpliwie wpływ na to miał wzrost stopy bezrobocia — z 9,5% w grudniu 2008 r. do 11,9% w grudniu 2009 r."* Siehe *Zając*, Sprawozdanie GIP z działalności PIP w 2009 roku, Warzawa, 2010, S. 97.

[1994] *„Trudna sytuacja na rynku pracy jest wykorzystywana przez część pracodawców, którzy dyktują warunki zatrudnienia, np. zatrudniają bez żadnych umów. Z doświadczeń inspektorów pracy wynika, że działania takie są prowadzone z pełną świadomością łamania prawa."* Siehe *Zając*, Sprawozdanie GIP z działalności PIP w 2009 roku, Warzawa, 2010, S. 97.

[1995] *„Należy również zwrócić uwagę na — wdrożone z początkiem 2009 r. — nowe podejście Państwowej Inspekcji Pracy do sposobu organizowania kontroli legalności zatrudnienia."* Siehe *Zając*, Sprawozdanie GIP z działalności PIP w 2009 roku, Warzawa, 2010, S. 105.

[1996] *„We wszystkich okręgowych inspektoratach pracy utworzono specjalistyczne sekcje legalności zatrudnienia, w skład których wchodzą inspektorzy pracy zajmujący się głównie tą problematyką."* Siehe *Zając*, Sprawozdanie GIP z działalności PIP w 2009 roku, Warzawa, 2010, S. 105.

[1997] *„Poza tym położono duży nacisk na odpowiednie typowanie podmiotów do kontroli (oparte na stałym monitoringu nielegalnego rynku pracy), jak również na odpowiednie przygotowanie samej kontroli, zwłaszcza w zakresie wyboru*

Die obgenannten organisatorischen Änderungen haben die Effektivität der Kontrolltätigkeiten erhöht. Obwohl hinsichtlich der Beschäftigung von Ausländern im Jahre 2008 und 2009 nahezu gleich viele Kontrollen durchgeführt wurden, konnten im Jahr 2009 um 31 % mehr ausländische Arbeitnehmer kontrolliert werden.[1998]

Im Jahr **2009** haben die Arbeitsinspektoren 1.700 Kontrollen durchgeführt, bei welchen sie die Legalität der Ausländerbeschäftigung geprüft haben.[1999] Kontrolliert wurden 1.617 Rechtssubjekte, bei welchen 10.300 Ausländer beschäftigt waren.[2000]

Von der obgenannten Ausländeranzahl ist bei 4.446 Ausländern eine Ausländerbeschäftigungsbewilligung notwendig gewesen.[2001] Die restlichen Ausländer waren von der Notwendigkeit einer Arbeitsbewilligung befreit.[2002]

Im Jahr **2011** wurden bereits fast 2.200 derartiger Kontrollen durchgeführt, wobei 2.057 Unternehmen kontrolliert wurden, bei welchen um die 14.500 Ausländer beschäftigt waren.[2003]

In 13 % (im Jahr 2009) und in 11 % (im Jahr 2011) der kontrollierten Unternehmen wurden Verstöße gegen die gesetzlichen Bestimmungen der illegalen Ausländerbeschäftigung - sprich die Beschäftigung ohne gültiges Visum oder eines anderen den Aufenthalt genehmigenden Dokuments oder ohne Arbeitsbewilligung oder in einer anderen Position oder unter anderen Bedingungen als in der Arbeitsbewilligung vorgesehen oder auch ohne schriftlichen Abschluss der notwendigen Verträge - entdeckt.[2004]

Der häufigste Verstoß im Bereich der illegalen Ausländerbeschäftigung war das Fehlen der notwendigen Arbeitsbewilligung – nämlich in jedem fünften kontrollierten Betrieb.[2005]

In vielen Fällen der illegalen Ausländerbeschäftigung haben die Ausländer zwar eine Arbeitsbewilligung besessen, jedoch übten sie eine Tätigkeit in einer anderen Positi-

---

najdogodniejszego terminu i miejsca jej rozpoczęcia." Siehe *Zając*, Sprawozdanie GIP z działalności PIP w 2009 roku, Warzawa, 2010, S. 105.

[1998] „Powyższe zmiany organizacyjne miały wpływ na zwiększenie efektywności działań kontrolnych: przeprowadzając podobną liczbę kontroli legalności zatrudnienia cudzoziemców jak w 2008 r., w roku sprawozdawczym objęto nimi o 31% obcokrajowców więcej." Siehe *Zając*, Sprawozdanie GIP z działalności PIP w 2009 roku, Warzawa, 2010, S. 105.

[1999] *„W roku sprawozdawczym inspektorzy pracy przeprowadzili 1,7 tys. kontroli, podczas których badali legalność zatrudnienia i wykonywania pracy przez cudzoziemców*." Siehe *Zając*, Sprawozdanie GIP z działalności PIP w 2009 roku, Warzawa, 2010, S. 99.

[2000] *„Kontrole te objęły 1 617 podmiotów, powierzających pracę ponad 10,3 tys. cudzoziemcom."* Siehe *Zając*, Sprawozdanie GIP z działalności PIP w 2009 roku, Warzawa, 2010, S. 99.

[2001] *„Zezwolenie na pracę na terytorium Polski było wymagane od 4 446 cudzoziemców*." Siehe *Zając*, Sprawozdanie GIP z działalności PIP w 2009 roku, Warzawa, 2010, S. 99.

[2002] *„Pozostali obcokrajowcy objęci kontrolami byli zwolnieni z obowiązku posiadania zezwolenia na pracę*." Siehe *Zając*, Sprawozdanie GIP z działalności PIP w 2009 roku, Warzawa, 2010, S. 100.

[2003] *„W 2011 r. inspektorzy pracy przeprowadzili prawie 2,2 tys. kontroli legalności zatrudnienia i wykonywania pracy przez cudzoziemców. Kontrolom tym poddano 2057 podmiotów, powierzających pracę blisko 14,5 tys. cudzoziemców;"* Siehe *Tomczyk,* Sprawozdanie GIP z działalności PIP w 2011 roku, Warzawa, 2012, S. 118.

[2004] *„Naruszenia prawa stwierdzono w 43% podmiotów poddanych kontroli, przy czym nielegalne wykonywanie pracy przez cudzoziemców — tj. bez ważnej wizy lub innego dokumentu uprawniającego do pobytu na terytorium RP, bez wymaganego zezwolenia na pracę, na innym stanowisku lub na innych warunkach niż określone w zezwoleniu, bądź bez zawarcia wymaganych umów — ujawniono w blisko 13% skontrolowanych zakładów."* Siehe *Zając*, Sprawozdanie GIP z działalności PIP w 2009 roku, Warzawa, 2010, S. 100; *„(...) przy czym nielegalne wykonywanie pracy przez cudzoziemców (...) ujawniono w blisko 11% skontrolowanych zakładów (w 2010 r. — w 11%, w 2009 r. — w 13%)."* Siehe *Tomczyk,* Sprawozdanie GIP z działalności PIP w 2011 roku, Warzawa, 2012, S. 118.

[2005] *„Najczęściej spotykanym uchybieniem w zakresie legalności zatrudnienia cudzoziemców był brak wymaganego zezwolenia na pracę — stwierdzony w co piątym kontrolowanym w tym zakresie podmiocie."* Siehe *Zając*, Sprawozdanie GIP z działalności PIP w 2009 roku, Warzawa, 2010, S. 103.

on aus oder unter anderen Bedingungen als in der Bewilligung vorgesehen oder ohne entsprechenden aufenthaltsgenehmigenden Titel.[2006]

Im Jahre 2009 wurde eine Verdoppelung der illegalen Ausländerbeschäftigung festgestellt, wobei die Gründe dafür vielfach sind.[2007]

Einer der Gründe ist, dass die Anzahl der nach Polen, mit der Intention der Arbeitsaufnahme, eingereisten Ausländer erheblich angestiegen ist.[2008] Nach Angaben des Ministeriums für Arbeit und Sozialpolitik ist im Vergleich zum Vorjahr im Jahr 2009 die Zahl der ausgestellten Arbeitsgenehmigungen um 63 % gestiegen.[2009]

Grundsätzlich wurden Ausländer aus 36 (im Jahre 2009) und aus 34 (im Jahre 2011) verschiedenen Ländern bei der illegalen Beschäftigung erwischt.[2010]

Seit dem Jahre 2009 ist auf dem polnischen Arbeitsmarkt erstmals die Beschäftigung von Staatsangehörigen der Länder Philippinen, Thailand und Nepal, in den Statistiken präsent.[2011]

Die größte illegal beschäftigte Gruppe von Ausländern in Polen im Ausmaß von 59 % sind, wie schon die Jahre davor, die Staatsbürger aus den ehemaligen kommunistischen Ländern, wobei hierbei insbesondere die Ukrainer dominieren (gesamt: 414 Personen, Ukrainer: 332 Personen).[2012] Die Beschäftigung von ukrainischen Staatsbürgern ist insbesondere im Osten Polens zu beobachten, wo diese v.a. im Bereich der Landwirtschaft illegal für eine Saison beschäftigt werden.[2013]

Die zweite Gruppe von Ausländern, hinsichtlich der Anzahl sind die Staatsbürger der Ländern des Fernen Osten (21 % = 144 Ausländer), insbesondere Chinesen.[2014]

2 Zur Zusammenarbeit der polnischen Behörden

[2006] *„Wiele przypadków nielegalnego zatrudnienia cudzoziemców wiązało się także z wykonywaniem pracy na innym stanowisku lub na innych warunkach niż określone w zezwoleniu na pracę oraz z brakiem wymaganych dokumentów legalizujących pobyt cudzoziemca na terytorium RP w formie uprawniającej do podjęcia pracy*." Siehe *Zając*, Sprawozdanie GIP z działalności PIP w 2009 roku, Warzawa, 2010, S. 103.

[2007] *„Powodów odnotowanego w roku sprawozdawczym ponad dwukrotnego wzrostu liczby cudzoziemców, których nielegalne zatrudnienie stwierdzono, można upatrywać w kilku źródłach."* Siehe *Zając*, Sprawozdanie GIP z działalności PIP w 2009 roku, Warzawa, 2010, S. 104.

[2008] *„Jednym z nich jest niewątpliwie znaczne zwiększenie napływu cudzoziemców do pracy zarobkowej w Polsce*." Siehe *Zając*, Sprawozdanie GIP z działalności PIP w 2009 roku, Warzawa, 2010, S. 104.

[2009] *„Przykładowo można wskazać, że według danych Ministerstwa Pracy i Polityki Społecznej w 2009 r., w porównaniu z rokiem poprzednim, liczba wydanych zezwoleń na pracę cudzoziemców wzrosła o 63%,(...)."* Siehe *Zając*, Sprawozdanie GIP z działalności PIP w 2009 roku, Warzawa, 2010, S. 104.

[2010] *„Ogółem wykazano nielegalną pracę obywateli 36 państw."* Siehe *Zając*, Sprawozdanie GIP z działalności PIP w 2009 roku, Warzawa, 2010, S. 100; *Tomczyk,* Sprawozdanie GIP z działalności PIP w 2011 roku, Warzawa, 2012, S. 118.

[2011] *„Ponadto w 2009 r. pojawili się polskim rynku pracy nielegalnie zatrudnieni cudzoziemcy z krajów, które nie występowały w statystykach z lat poprzednich, m.in. obywatele Filipin, Tajlandii, Nepalu."* Siehe *Zając*, Sprawozdanie GIP z działalności PIP w 2009 roku, Warzawa, 2010, S. 100.

[2012] *„Podobnie jak w latach poprzednich, największą grupę pracujących nielegalnie obcokrajowców stanowili cudzoziemcy pochodzący z państw byłego Związku Radzieckiego (59% — 414 osób; w tym aż 332 obywateli Ukrainy)."* Siehe *Zając*, Sprawozdanie GIP z działalności PIP w 2009 roku, Warzawa, 2010, S. 100; *Roser*, Hohe Sozialabgaben drücken Polens Wachstum. In Frankfurter Rundschau vom 06.05.2005, S. 6.

[2013] *„W tym kontekście zwraca uwagę wysoka pozycja województwa lubelskiego, będąca w dużej mierze konsekwencją nielegalnego wykonywania przez cudzoziemców (głównie z Ukrainy) prac sezonowych w rolnictwie."* Siehe *Zając*, Sprawozdanie GIP z działalności PIP w 2009 roku, Warzawa, 2010, S. 101.

[2014] *„Druga pod względem liczebności grupa cudzoziemców, których nielegalną pracę stwierdzono to obywatele krajów dalekowschodnich (21% — 144 obcokrajowców); jednak w 2009 r. dominowali w tej grupie obywatele Chin*." Siehe *Zając*, Sprawozdanie GIP z działalności PIP w 2009 roku, Warzawa, 2010, S. 100.

Die Arbeitsinspektoren haben gemäß Art 37 Abs 2 Z 2 des Gesetzes vom 13.04.2007 über die polnische Arbeitsinspektion[2015] die Verpflichtung die entsprechenden Organe über die Verletzung der gesetzlichen Bestimmungen zu informieren.

Der zuständig Arbeitsinspektor hat nach Art 37 Abs 2 die zuständigen Organe über die Verletzung der gesetzlichen Bestimmungen, insbesondere[2016] die Sozialversicherungsträger, über die Verletzung der Sozialversicherungsbestimmungen (Z 1),[2017] die Finanzbehörden, über die Verletzung der Normen des Steuerrechts (Z 2),[2018] die Polizei bzw. die Grenzpolizei, über die Verletzung von Bestimmungen hinsichtlich der Beschäftigung von illegalen Ausländern (Z 3),[2019] zu informieren.

Seit 01.01.2009 kommt auch der Grenzpolizei die Befugnis zur Kontrolle der illegalen Ausländerbeschäftigung zu.[2020]

Beurteilt man die Zusammenarbeit mit anderen Kontroll- und Aufsichtsbehörden, insbesondere unter dem Blickwinkel des Informationsaustausches hinsichtlich der illegalen Beschäftigung und der Bekanntgabe der Ergebnisse der durchgeführten Kontrollen, so ist ein deutlicher Anstieg der Bereitschaft dieser Behörden zur Anzeige der Fälle illegaler Beschäftigung zu verzeichnen.[2021]

Insbesondere besteht eine gute Zusammenarbeit mit der Polizei, welche den Arbeitsinspektoren stets Unterstützung und Hilfeleistung gewährt hat.[2022]

Auch verzeichneten die Arbeitsinspektoren eine zufriedenstellende Zusammenarbeit mit den regionalen Arbeitsämtern und den jeweiligen – die Ausländerbschäftigungsbewilligungen ausstellenden.[2023]

3 Verbesserungsvorschläge für effektivere Kontrollen hinsichtlich der illegalen Beschäftigung

Im Jahre 2009 wurde in Polen eine eigene Gruppe berufen, welche die Aufgabe hat, Verbesserungen hinsichtlich des Zusammenwirkens der Sozialversicherungen und den Arbeitsinspektionen auszuarbeiten.[2024] Eine der Aufgaben dieser Gruppe ist die Ausarbeitung von Grundsätzen, wie den Arbeitsinspektoren die Angaben, welche bei den Sozialversicherungen gesammelt sind, am schnellsten zugänglich gemacht werden

---

[2015] Ustawa z dnia 13.04.2007 r. O Państwowej Inspekcji Pracy (Staatliche Arbeitsinspektion), Dziennik Ustaw z 2007 r. Nr 89 poz. 589 idF Dz. U. z 2010 r. Nr 109, poz. 708, Nr 128, poz. 1228, Nr 238, poz. 1578, Nr 257, poz. 1725, Dz. U. z 2012 r. poz. 404.

[2016] *„2. Właściwy inspektor pracy zawiadamia o naruszeniu przepisów prawa właściwe organy, a w szczególności:"*

[2017] *„1) Zakład Ubezpieczeń Społecznych - o naruszeniu przepisów w zakresie ubezpieczeń społecznych;"*

[2018] „2) *urząd kontroli skarbowej - o naruszeniu przepisów prawa podatkowego;"*

[2019] „3) *Policję lub Straż Graniczną - o naruszeniu przepisów o cudzoziemcach."*

[2020] *Zalewski*, Die Arbeitsinspektionen wollen nicht wegen Schwarzarbeit verfolgen *(„Inspekcja nie chce ścigać za pracę na czarno"*), Artikel vom 19.02.2009 erschienen in der Zeitschrift „Rzeczpospolita".

[2021] *„Oceniając współpracę z innymi organami kontroli i nadzoru, w szczególności pod kątem wymiany informacji o nielegalnym zatrudnieniu i wynikach przeprowadzonych kontroli, należy podkreślić widoczny wzrost aktywności tych urzędów w zakresie ujawniania przypadków nielegalnej pracy."* Siehe *Zając*, Sprawozdanie GIP z działalności PIP w 2009 roku, Warzawa, 2010, S. 95.

[2022] *„Na wysoką ocenę zasługuje współpraca z organami Policji, które na wniosek inspektorów pracy zapewniały im pomoc i asystę."* Siehe Zając, Sprawozdanie GIP z działalności PIP w 2009 roku, Warzawa, 2010, S. 95.

[2023] *Tomczyk,* Sprawozdanie GIP z działalności PIP w 2011 roku, Warzawa, 2012, S. 124.

[2024] *„Bardzo pozytywnie należy ocenić powołanie w 2009 r. zespołu ds. wypracowania szczegółowych rozwiązań w zakresie współdziałania pomiędzy Zakładem Ubezpieczeń Społecznych a Państwową Inspekcją Pracy."* Siehe *Zając*, Sprawozdanie GIP z działalności PIP w 2009 roku, Warzawa, 2010, S. 96.

können.[2025] Insbesondere die Gewährung der Möglichkeit, die entsprechenden Daten in elektronischer Form der Arbeitsaufsicht zur Verfügung zu stellen, würde jedenfalls die Kontrollen optimieren und ihre Effektivität verbessern.[2026]

Das Ergebnis der Gruppenarbeit war die Schaffung einer Vereinbarung über die Zusammenarbeit zwischen den Organen des Arbeitsinspektorates und der Sozialversicherungen vom 05.11.2010,[2027] wodurch die Zusammenarbeit zwischen der Arbeitsmarktinspektion und den Sozialversicherungsträgern wesentlich verbessert wurde.

Von Seiten der Arbeitsinspektoren wird weiterhin die Zusammenarbeit mit den Finanzbehörden bemängelt, welche sich lediglich auf gelegentliche gegenseitige Verständigungen von Verstößen beschränkt.[2028]

Um die Effizienz der Tätigkeiten der staatlichen Arbeitsinspektionen, der Überwachung und Kontrolle im Bereich der illegalen Beschäftigung zu gewährleisten, wurden u.a. nachstehende Änderungen vorgeschlagen:[2029]

- Die Zusammenarbeit mit der Polizei, insbesondere das Durchführen gemeinsamer Kontrollen in Begleitung von Polizisten v.a. in Situationen, wo ein erhöhtes Gefahrenrisiko für die Kontrollbehörden besteht und bei Kontrollen auf großflächigen Gebieten, wie Baustellen oder im Straßenbau, sollte erweitert werden.[2030] Auch sollten dadurch die Berechtigungen der Polizei im Bereich des Erkennungsdienstes, welche am Anfang einer Kontrolle notwendig sind, gut ausgenutzt und eingesetzt werden.[2031]
- Gewährung des Rechts zur Durchführung Erkennungsdienstlicher Maßnahmen durch Arbeitsinspektoren, um die die Kontrollen besser organisieren zu können, insbesondere hinsichtlich des Termins und Ortes des Beginns der Kontrolle, auch unter dem Gesichtspunkt der Gewährleistung der Sicherheit der Inspektoren und der möglichst hohen Effektivität der Kontrolle.[2032]

[2025] *„Jednym z zadań tego zespołu jest wypracowanie zasad korzystania przez inspektorów pracy z danych zgromadzonych przez ZUS na koncie ubezpieczonego i koncie płatnika składek, w szczególności poprzez umożliwienie kierowania wniosków o udostępnienie tych danych w formie elektronicznej (...)."* Siehe *Zając*, Sprawozdanie GIP z działalności PIP w 2009 roku, Warzawa, 2010, S. 96.

[2026] *„Taki sposób uzyskiwania danych o osobach ubezpieczonych i płatnikach składek znacznie usprawni kontrole i poprawi ich skuteczność."* Siehe *Zając*, Sprawozdanie GIP z działalności PIP w 2009 roku, Warzawa, 2010, S. 96.

[2027] *„Oceniając współdziałanie z innymi organami, należy podkreślić poprawę współpracy z jednostkami terenowymi ZUS, do czego przyczyniło się zawarte w dniu 5 listopada 2010 r. Porozumienie między Głównym Inspektorem Pracy a Prezesem Zakładu Ubezpieczeń Społecznych w sprawie współdziałania organów PIP i ZUS;"* Siehe *Tomczyk,* Sprawozdanie GIP z działalności PIP w 2011 roku, Warzawa, 2012, S. 115.

[2028] *„Znaczącej poprawie nie uległa natomiast współpraca z organami skarbowymi. Współdziałanie inspektorów pracy z urzędami kontroli skarbowej i urzędami skarbowymi ogranicza się w praktyce do informowania tych organów o stwierdzonych przypadkach naruszenia przepisów prawa podatkowego;"* Siehe *Tomczyk,* Sprawozdanie GIP z działalności PIP w 2011 roku, Warzawa, 2012, S. 115.

[2029] *„W celu poprawy skuteczności działań Państwowej Inspekcji Pracy w kwestii zwalczania nielegalnego zatrudnienia, za uzasadnione należy uznać:"* Siehe *Zając*, Sprawozdanie GIP z działalności PIP w 2009 roku, Warzawa, 2010, S. 98.

[2030] *„kontynuację i poszerzanie współpracy z organami Policji, w szczególności: prowadzenie wspólnych kontroli w asyście funkcjonariuszy Policji w sytuacjach, gdy istnieje ryzyko narażenia kontrolujących na niebezpieczeństwo oraz w przypadku kontroli na rozległych terenach (budowy, roboty drogowe, roboty polowe), (...)."* Siehe *Zając*, Sprawozdanie GIP z działalności PIP w 2009 roku, Warzawa, 2010, S. 98.

[2031] *„(...) a także wykorzystywanie uprawnień Policji w zakresie czynności operacyjno — rozpoznawczych, wykonywanych przed rozpoczęciem kontroli;"* Siehe *Zając*, Sprawozdanie GIP z działalności PIP w 2009 roku, Warzawa, 2010, S. 98.

[2032] *„przyznanie inspektorom pracy prawa do dokonywania określonych czynności rozpoznawczych poprzedzających kontrolę w danym podmiocie, w celu ustalenia organizacji kontroli, w tym najdogodniejszego — z punktu widzenia bezpieczeństwa inspektorów pracy i skuteczności kontroli — terminu i miejsca jej rozpoczęcia;"* Siehe *Zając*, Sprawozdanie GIP z działalności PIP w 2009 roku, Warzawa, 2010, S. 99.

- Auch andere Personen der staatlichen Arbeitsinspektion sollten zur Teilnahme an gemeinsamen Kontrollen mit den Inspektoren zugelassen werden.[2033]

- Der Staatlichen Arbeitsinspektion soll das Recht gewährt werden, unmittelbar und unentgeltlich auf das Register der Arbeitslosen greifen zu dürfen.[2034]

- Die Kontrolltätigkeit sollte durch Präventivmaßnahmen, mit dem Ziel unterstützt werden die Bestimmungen, welche die legale Beschäftigung betreffen, in der Bevölkerung zu verbreiten und die Vorteile, welche sich aus der legalen Beschäftigung ergeben zu propagieren und die Bevölkerung über die negativen Konsequenzen, welche sich auf Grund der illegalen Beschäftigung ergeben, aufzuklären.[2035]

- Es sollte die Verpflichtung zum Abschluss eines Arbeitsvertrages in Schriftform **vor** Beginn der Arbeitstätigkeit durch den Arbeitnehmer eingeführt werden und auch die Verpflichtung, die Arbeitnehmer bereits vor Aufnahme der Arbeitstätigkeit zu den Sozialversicherungen zu melden.[2036] Vor allem müsste in Polen der Punkt umgesetzt werden, dass Arbeitgeber bereits vor Aufnahme einer Beschäftigung durch den Arbeitnehmer gesetzlich verpflichtet werden den Arbeitnehmer zu den Sozialversicherungen anzumelden, wie es in Österreich umfassend vorgesehen ist und in Deutschland bei einigen Wirtschaftsbranchen.

VI Reformvorschläge: Weitere Maßnahmen zur Eindämmung der Schwarzarbeit und illegalen Beschäftigung

1 Einleitung

Welche Maßnahmen sollten zusätzlich gesetzt werden, um Schwarzarbeit einzubremsen respektive einzudämmen?

Im nachstehenden Kapitel sollen einige Vorschläge präsentiert werden, wie man das Ausmaß an Schwarzarbeit effektiv und auf Dauer senken könnte.

Um den „*Teufelskreis*“ der Schwarzarbeit zu durchbrechen muss man bei der Bekämpfung bei den **Ursachen/Wurzeln** für deren Entstehung beginnen.[2037] Nur die kurzfristige Bekämpfung der Symptome wird auf die Dauer nicht effektiv sein.[2038] Um die Ur-

---

[2033] *„uprawnienie innych niż inspektorzy pracy pracowników PIP (pracowników merytorycznych) — do udziału w kontrolach wspólnie z inspektorami;”* Siehe *Zając*, Sprawozdanie GIP z działalności PIP w 2009 roku, Warzawa, 2010, S. 99.

[2034] *„przyznanie Inspekcji Pracy prawa bezpośredniego, nieodpłatnego korzystania z baz danych zgromadzonych w rejestrze bezrobotnych;”* Siehe *Zając*, Sprawozdanie GIP z działalności PIP w 2009 roku, Warzawa, 2010, S. 99.

[2035] *„wspomaganie działalności kontrolnej przedsięwzięciami prewencyjnymi, w celu upowszechniania znajomości przepisów dotyczących legalności zatrudnienia, propagowania korzyści płynących z legalnej pracy oraz uświadamiania negatywnych konsekwencji pracy „na czarno”* Siehe *Zając*, Sprawozdanie GIP z działalności PIP w 2009 roku, Warzawa, 2010, S. 98; auch *Tomczyk,* Sprawozdanie GIP z działalności PIP w 2011 roku, Warzawa, 2012, S. 115.

[2036] *„wprowadzenie obowiązku zawarcia umowy o pracę w formie pisemnej — przed dopuszczeniem pracownika do pracy, a także obowiązku zgłoszenia osób zatrudnionych lub wykonujących inną pracę zarobkową do ubezpieczenia społecznego — przed dopuszczeniem ich do pracy”* Siehe *Zając*, Sprawozdanie GIP z działalności PIP w 2009 roku, Warzawa, 2010, S. 99.

[2037] *Madl,* (Abgeordnete) in Stenographisches Protokoll, 160. Sitzung des NR, XX. Gesetzgebungsperiode vom 25.02.1999, 1. Anfrage, Nr. 244/M, S. 5; *Enste,* Schattenwirtschaft und institutioneller Wandel, 2002, S. 240; *Schneider,* Schattenwirtschaft – Tatbestand, Ursachen, Auswirkungen, Arbeitspapier 0007, Linz, April 2000, S. 1; *Schneider/Badekow,* Ein Herz für Schwarzarbeiter, Berlin, 2006, S. 139; *Miller,* Schwarzarbeit zwischen Anerkennung und Bekämpfung, Konstanz, 1985, S. 231.

[2038] *Schneider/Torgler/Schaltegger,* Schattenwirtschaft und Steuermoral, Zürich, 2008, S. 13 und 66; *Brenner*, Die Strafrechtliche Bekämpfung von Schwarzarbeit, Berlin, 2008, S. 242; Wikipedia, Schwarzarbeit, http://de.wikipedia.org/wiki/Schwarzarbeit; *Bundessektion Gewerbe und Handwerk der WKO*, Anti-Pfusch-Gesetz bekämpft nur Symptome, nicht die Ursachen. *Achleitner*: "Nachbarschaftshilfe ist Einladung zum Pfusch" vom 14.09.1998,

sachen bekämpfen zu können, ist jedoch die Zusammenarbeit der Bevölkerung mit der Gesetzgebung, den Gewerkschaftspartnern und Interessenvertretungen gefragt.[2039] Meines Erachtens sollten insbesondere hinsichtlich der Belastung des Faktors Arbeit durch Steuern konsequentere Schritte gesetzt werden. Denn wie bereits erwähnt, pfuschen umso mehr Personen, je höher die Steuerlast ist. Die durch die Schwarzarbeit entstandenen Ausfälle an Steuern werden wiederum durch Erhöhungen der Steuersätze ausgeglichen und drängen die höheren Steuersätze folglich noch mehr Menschen zur Schwarzarbeit.[2040]

Im worste case führt dies nach Meinung von *Schneider* zu einer *„Abwahl der geltenden Wirtschaftsordnung bis hin zur Staatskrise".*[2041]

Um die schwarz erbrachten Leistungen in die offizielle Wirtschaft zu überführen, müssten insbesondere wirtschafts- und finanzpolitische Maßnahmen gesetzt werden.[2042]

Nachstehend werden einige Maßnahmen vorgeschlagen.

2 Effizientere Verfolgung von Schwarzarbeit und illegaler Beschäftigung durch Zusammenarbeit von Behörden, vermehrte Kontrollen und schärfere Strafen

Behörden müssten vermehrt mittels Informations- und Datenaustausch zur Zusammenarbeit verpflichtet werden, da dadurch die Effizienz von Kontrollen gesteigert wird.[2043]

Nach Ansicht von *Leist*, des ÖGB-Chefs von Tirol, sind vermehrte Kontrollen jedenfalls eine effektive Maßnahme im Kampf gegen die Schwarzarbeit.[2044] Insbesondere müsse auch die Anzahl der Kontrollpersonen aufgestockt werden, da bis dato zu wenig Personal zur Verfügung steht.[2045] Auch setzt sich die Bundesinnung Bau für verstärkte Kontrollen ein.[2046]

Weber spricht sich für eine Verbesserung der Kontrollen und der Überwachung sowie für die Anhebung der Strafen aus.[2047] Ebenfalls *Gagawczuk* würde die Erhöhung der Strafen und der Anzahl der Kontrollorgane begrüßen.[2048] Auch *Engelmann* sieht als wesentlichen Grund für das hohe Ausmaß der Schwarzarbeit die geringe Anzahl der

---

http://www.ots.at/presseaussendung/OTS_19980914_OTS0108/anti-pfusch-gesetz-bekaempft-nur-symptome-nicht-die-ursachen.

[2039] *Schneider,* Schwarzarbeit und Korruption in der Bauwirtschaft in *Diederichs*, Führungswissen für Bau- und Immobilienfachleute 1. Grundlagen, 2005, S. 286.

[2040] *Moser,* Strafrechtliche Aspekte der Schwarzarbeit, Innsbruck, Oktober 2001, S. 5; *Lackenbucher,* Pfusch? Garantiert ohne Garantie – Teil 1, WKO Wien, Newsletter Nr. 4/2008, S. 3.

[2041] *Schneider,* Schwarzarbeit und Korruption in der Bauwirtschaft in *Diederichs*, Führungswissen für Bau- und Immobilienfachleute 1. Grundlageen, 2005, S. 284

[2042] *Schneider/Torgler/Schaltegger,* Schattenwirtschaft und Steuermoral, Zürich, 2008, S. 85.

[2043] *Bundesinnung Bau der WKO,* Wege aus der Schwarzarbeit, März 2009, S. 6.

[2044] *Maier*, SPÖ-Maier fordert Verschärfungen im Kampf gegen „Organisierte Schwarzarbeit", 09.08.2010, http://www.spoe.at/page.php?P=105042; ORF.at, Tirol News, ÖGB fordert mehr Kampf gegen die Schwarzarbeit, in Wirtschaft, 05.01.2011.

[2045] *Maier*, SPÖ-Maier fordert Verschärfungen im Kampf gegen „Organisierte Schwarzarbeit", 09.08.2010, http://www.spoe.at/page.php?P=105042; ORF.at, Tirol News, ÖGB fordert mehr Kampf gegen die Schwarzarbeit, in Wirtschaft, 05.01.2011.

[2046] *Bundesinnung Bau der WKO,* Wege aus der Schwarzarbeit, März 2009, S. 6.

[2047] *Weber,* Wirtschaftsstrafrecht – Die Bekämpfung der Schwarzarbeit, 2009, S. 27.

[2048] *Gagawczuk,* Der Frächterskandal – sechs Monate danach, RdA 2002, S. 434.

durchgeführten Kontrollen.[2049] Auch *Fehn* spricht sich für eine strengere Verfolgung, insbesondere von gewerbsmäßiger und organisierter Schwarzarbeit aus.[2050]

Stary vom BMF setzt sich ebenfalls für die Vermehrung von Schwarzarbeitskontrollen ein, da diese zur Sicherstellung von legaler Beschäftigung und eines fairen Wettbewerbs beitragen würden.[2051] Auch das Deutsche BMF spricht sich für die Intensivierung von Kontrollen aus.[2052] Auch *Jank* (Präsidentin der WK Wien 2010) spricht sich für die Vermehrung von Kontrollen aus, weil dadurch den Unternehmern signalisiert wird, dass der Staat Schwarzarbeit nicht duldet und gegen die Schwarzarbeit streng vorgeht.[2053] Ebenfalls die österreichische Arbeiterkammer und der ÖGB sprechen sich für schärfere Sanktionen aus, da dadurch die Abschreckfunktion von potentiellen Tätern gewährleistet wird.[2054]

Doch nicht alle sind der Auffassung, dass strengere Strafen und öftere Kontrollen bei der Bekämpfung von Schwarzarbeit erfolgversprechend seien.

Anderer Meinung sind z.B. *Schneider/Badekow*, welche die Ansicht vertreten, dass mit strikteren Gesetzen, höheren Strafen und mehr Kontrollpersonal die Schwarzarbeit nicht eingedämmt werden könne und sich genausowenig häufigere Kontrollen sich positiv auf die Gesamtwirtschaft auswirken würden.[2055]

Darüber hinaus betonen *Schneider/Badekow*, dass sich die Aufstockung der Kontrollbeamten und Vermehrung von Kontrollen, im Verhältnis zum Nutzen, dem erfolgreichen Erwischen eines Schwarzarbeitgebers, nicht rentieren würde.[2056] Der Aufwand der vermehrten Kontrollen stünde keinesfalls im Verhältnis zu einem möglichen Erfolg, weil die Kosten, insbesondere die Personal- und Sachkosten, sehr hoch sind.[2057] Auch nach *Schneider/Torgler/Schaltegger* werden durch höhere Strafen und durch öftere Kontrollen nur die Symptome kurzfristig bekämpft und seien zu möglichen Erfolgen nicht verhältnismäßig.[2058]

Bei der Beurteilung der Verhältnismäßigkeit müsse meines Erachtens unterschieden werden, ob es sich um organisierte Kriminalität handelt oder um einen nebenbei privat arbeitenden Schwarzarbeiter.

Im Falle des organisierten Schwarzarbeiterunternehmertums sind vermehrte Kontrollen und eine Aufstockung der Schwarzarbeiterfahnder jedenfalls zielführend, doch im zweiten Fall wäre es aus Gründen der praktischen Umsetzung gar nicht möglich flächendeckende Kontrollen gewährleisten zu können.[2059]

[2049] *Engelmann,* Schwarzarbeit und ihre wirtschaftspolitischen Konsequenzen, GRIN Verlag, 2009, S. 12.

[2050] *Fehn* (Hrsg.), SchwarzArbG-Hk, 2006, Vorwort, S. 6 und § 1, Rz 6.

[2051] *Stary*, Kontrolle illegaler Arbeitnehmerbeschäftigung aus Sicht des BMF, ÖStZ 2006/1127, Heft 24 vom 15.12.2006, S. 542.

[2052] *BMF,* Entwicklung der Bekämpfung der Schwarzarbeit und der illegalen Beschäftigung, Bericht September 2009, Punkt 5.3 (Administrative Maßnahmen).

[2053] *WK Wien,* Jank zu Schwarzarbeit: Auch Wien stark betroffen. Presse und Medienmanagment vom 07.01.2010.

[2054] *Achitz/Weber, AK/ÖGB (Hrsg.),* Kampfansage! Stopp dem Sozial- und Steuerbetrug durch »schwarze Schafe« unter den Unternehmern vom 15.04.2002.

[2055] *Schneider/Badekow,* Ein Herz für Schwarzarbeiter, Berlin, 2006, S. 117, siehe auch *Schneider,* Schattenwirtschaft – Tatbestand, Ursachen, Auswirkungen, Arbeitspapier 0007, Linz, April 2000, S. 7; *Schneider/Enste*, Schattenwirtschaft und Schwarzarbeit, 2000, S. 190.

[2056] *Schneider/Badekow,* Ein Herz für Schwarzarbeiter, Berlin, 2006, S. 117.

[2057] *Schneider/Badekow,* Ein Herz für Schwarzarbeiter, Berlin, 2006, S. 117.

[2058] *Schneider/Torgler/Schaltegger,* Schattenwirtschaft und Steuermoral, Zürich, 2008, S. 13.

[2059] *Losse*, Schwarzarbeit „Schöne Hilfe“, WirtschaftsWoche-Interview mit Professor *Schneider*, Düsseldorf, 16.01.2010 http://www.wiwo.de/politik-weltwirtschaft/schoene-hilfe-419245/. *Schneider,* Schattenwirtschaft – Tatbestand, Ursachen, Auswirkungen, Arbeitspapier 0007, Linz, April 2000, S. 10.

Miller bezeichnet die Verstärkung der Kontrollen und Verschärfung von Sanktionen als *„dirigistische Lösung“*, welche seiner Meinung nach nicht zielführend ist.[2060]

Auch *Pazurek* vertritt die Auffassung, dass restriktivere Strafen für Arbeitgeber und Arbeitnehmer nicht zur Einschränkung des Ausmaßes der illegalen Arbeitnehmerbeschäftigung führen könnten.[2061]

Nach der Logik der Ökonomie müsste die Erhöhung des Risikos der Entdeckung bei gleichzeitiger Anhebung des Strafausmaßes die Schwarzarbeiter und dessen Arbeitgeber von der Ausübung der illegalen Tätigkeiten abhalten.[2062] Aus kriminologischer Sichtweise führen jedoch repressive Straferhöhungen nicht zu einer Minimierung des Ausmaßes an Straftaten.[2063] Durch höhere Strafen werden nur die Symptome der Schattenwirtschaft kurzfristig bekämpft und sind derartige Vorgangsweisen daher nicht erfolgversprechend.

In der Politik wird sehr gerne und häufig als Mittel zur Bekämpfung der Schwarzarbeit auf die Erhöhung von Strafen, Verschärfung und Vermehrung von Kontrollen zurückgegriffen.[2064] Für die Politik ist es am einfachsten mit Gesetzesänderungen auf ein Problem zu reagieren, denn es ergibt sich zumeist erst in der nächsten Wahlperiode, ob ein erlassenes Gesetz wirksam gewesen ist oder jegliches Ziel verfehlt hat.[2065]

Kontrollen wären jedoch z.B. bei neu gegründeten Unternehmen, insbesondere im Baubereich, wünschenswert und eine gute Möglichkeit, um Scheinfirmen frühzeitig zu erkennen.[2066] Die Kontrollbeamten sollten direkt nach Entstehen eines Unternehmens diese aufsuchen und begutachten, um dadurch präventiv der Hinterziehung von Steuern und Sozialversicherungsbeiträgen entgegenwirken.[2067]

Ob verschärfte Repressionen und Sanktionen der richtige Weg zum Ziel ist, sei dahingestellt.

Denn auch Untersuchungen haben bereits nachgewiesen, dass Appelle an das Gewissen der Staatsbürger mehr gebracht haben als höhere Sanktionen.[2068]

3 Steuerliche und sozialversicherungsrechtliche Maßnahmen zur Förderung von legaler Arbeit[2069]

Da eine der wichtigsten Ursachen für die Entstehung von Schwarzarbeit die hohen Steuern und Abgaben sind, sollte man sich um deren Senkung im Arbeitssektor bemühen.[2070]

[2060] *Miller,* Schwarzarbeit zwischen Anerkennung und Bekämpfung, Konstanz, 1985, S. 252.

[2061] *„Trzeba dążyć do ograniczenia szarej strefy w polskiej gospodarce. Celu tego nie osiągnie się sposobami administracyjnymi, stosowaniem restrykcji i kar wobec pracodawców i pracowników tej strefy.”* Pazurek_f, Praca nierejestrowana i jej ekonomiczne konsekwencje, sciaga.pl, 01.03.2005, http://www.sciaga.pl/tekst/33680-34-praca_nierejestrowana_i_jej_ekonomiczne_konsekwencje.

[2062] *Schmidtchen*, Wozu Strafrecht? in *Ott/Schäfer*, Die Präventionswirkung zivil- und strafrechtlicher Sanktionen, 1999, S. 49 (53).

[2063] *Kaiser*, Kriminologie, 3. Auflage, 1996, § 31, Rz 37 ff

[2064] *Engelmann,* Schwarzarbeit und ihre wirtschaftspolitischen Konsequenzen, GRIN Verlag, 2009, S. 20; *Schneider/Enste*, Schattenwirtschaft und Schwarzarbeit, 2000, S. 149 f; *Enste,* Schattenwirtschaft und institutioneller Wandel, 2002, S. 231.

[2065] *Miller,* Schwarzarbeit zwischen Anerkennung und Bekämpfung, Konstanz, 1985, S. 261.

[2066] *Bundesinnung Bau der WKO,* Wege aus der Schwarzarbeit, März 2009, S. 6.

[2067] *Bundesinnung Bau der WKO,* Wege aus der Schwarzarbeit, März 2009, S. 6.

[2068] *Schneider/Torgler/Schaltegger,* Schattenwirtschaft und Steuermoral, Zürich, 2008, S. 77.

[2069] *Enste,* Schattenwirtschaft und institutioneller Wandel, 2002, S. 244.

[2070] *Fehn* (Hrsg.), SchwarzArbG-Hk, 2006, Vorwort, S. 6; *Schneider,* Schattenwirtschaft – Tatbestand, Ursachen, Auswirkungen, Arbeitspapier 0007, Linz, April 2000, S. 1; *Schneider/Badekow,* Ein Herz für Schwarzarbeiter, Berlin, 2006, S. 139;

Nach *Schneider* wäre das effektivste Mittel, um Schwarzarbeit zu bekämpfen, die Steuern und Abgaben zu senken, weil Schwarzarbeit die *„Steuerrebellion des kleinen Mannes“* sei.[2071]

Auch im deutschen Handelsblatt wird die Auffassung vertreten, dass die beste und sinnvollste Maßnahme, um Schwarzarbeit einzudämmen jedenfalls die Reduzierung der Sozialabgaben und Senkung von Steuersätzen ist, weil sich oftmals die Menschen gar keine legale Dienst- oder Arbeitsleistung leisten könnten und anstatt die Arbeiten gar nicht erledigen zu lassen, engagieren sie Schwarzarbeiter.[2072] Auch *Brenner* spricht sich für eine Senkung der Steuern und Abgaben aus.[2073]

Da die Belastung der Arbeit mit Sozialversicherungsbeiträgen ebenfalls eine der Ursachen für Schwarzarbeit ist, muss der Versuch unternommen werden, die Sozialversicherungsbeiträge zu reformieren respektive zu reduzieren.[2074] *Schneider* plädiert für Reformen des Sozialversicherungssystems, für eine Senkung der Beitragssätze zu den Sozialversicherungen, um den Faktor Arbeit zu entlasten.[2075]

Niedrigere Steuern und Sozialversicherungsabgeben würden dazu führen, dass legale Arbeitsstunden billiger und der Unterschied im Verhältnis zu einer schwarz entlohnten Arbeitsstunde geringer werden würde, was sicher ein kleiner Schritt in die richtige Richtung der Minderung der Schwarzarbeit wäre.[2076]

In Deutschland wurde z.B. eine Verringerung des Ausmaßes an Schattenwirtschaft verzeichnet, als die Lohnnebenkosten, in dem Fall die Beiträge zur Arbeitslosenversicherung von 6,5 % auf 4,2 % gesenkt wurden.[2077]

Die Senkung des Mehrwertsteuersatzes, insbesondere für Arbeiten von privaten Auftraggebern, hat sich bereits als wichtiger Schritt bei der Bekämpfung der Schwarzarbeit in vielen EU-Staaten erwiesen.[2078] Ein niedrigerer Mehrwertsteuersatz wäre auch ein Argument für viele Österreicher, um ein Bauunternehmen legal zu beauftragen.[2079]

Schneider plädiert für die Aufhebung, respektive Senkung, der Mehrwertsteuer auf bestimmte Bauleistungen, wie z.B. Altbausanierungen.[2080] Auch die EU-Kommission hat in ihrer Stellungnahme vom 16.12.2003 angeregt, die Steuersätze z.B. auf den Wohnbau, zu senken.[2081]

Schneider/Enste, Schattenwirtschaft und Schwarzarbeit, 2000, S. 190; *Schneider,* Schwarzarbeit und Korruption in der Bauwirtschaft in *Diederichs*, Führungswissen für Bau- und Immobilienfachleute 1. Grundlagen, 2005, S. 286.

[2071] *Losse*, Schwarzarbeit „Schöne Hilfe“, WirtschaftsWoche-Interview mit Professor *Schneider*, Düsseldorf, 16.01.2010 http://www.wiwo.de/politik-weltwirtschaft/schoene-hilfe-419245/. *Schneider,* Schattenwirtschaft – Tatbestand, Ursachen, Auswirkungen, Arbeitspapier 0007, Linz, April 2000, S. 10.

[2072] *Madl* (Abgeordnete) in Stenographisches Protokoll, 160. Sitzung des NR, XX. Gesetzgebungsperiode vom 25.02.1999, 1. Anfrage, Nr. 244/M, S. 5; Deutsches Handwerksblatt, Juli 2008, www.handwerksblatt.de.

[2073] *Brenner*, Die Strafrechtliche Bekämpfung von Schwarzarbeit, Berlin, 2008, S. 242.

[2074] *Madl* (Abgeordnete) in Stenographisches Protokoll, 160. Sitzung des NR, XX. Gesetzgebungsperiode vom 25. Februar 1999, 1. Anfrage, Nr. 244/M, S. 5; *Schneider/Enste*, Schattenwirtschaft und Schwarzarbeit, 2000, S. 196.

[2075] *Schneider,* Schwarzarbeit und Korruption in der Bauwirtschaft in *Diederichs*, Führungswissen für Bau- und Immobilienfachleute 1. Grundlagen, 2005, S. 286.

[2076] *Schneider/Badekow,* Ein Herz für Schwarzarbeiter, Berlin, 2006, S. 92.

[2077] *Schneider/Torgler/Schaltegger,* Schattenwirtschaft und Steuermoral, Zürich, 2008, S. 39 f.

[2078] *Bundesinnung Bau der WKO,* Wege aus der Schwarzarbeit, März 2009, S. 7.

[2079] *Bundesinnung Bau der WKO,* Wege aus der Schwarzarbeit, März 2009, S. 7.

[2080] *Losse,* Schattenwirtschaft. Schwarzarbeit erreicht 2010 neues Rekordniveau, Artikel vom 16.01.2010.

[2081] *Schneider,* Schwarzarbeit und Korruption in der Bauwirtschaft in *Diederichs*, Führungswissen für Bau- und Immobilienfachleute 1. Grundlagen, 2005, S. 286.

Scheider/Badekow verlangen deswegen Reformen der Steuersysteme.[2082]

Auch haben sich vielfach bei den Verhandlungen zum Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz 1999 Abgeordnete gefragt, ob der legale Arbeitsmarkt nicht durch beschäftigungsfördernde Maßnahmen, z.B. steuerliche Begünstigungen, reizvoller gemacht werden könnte als die bloße Verhängung von Sanktionen.[2083]

Die Senkung der Lohnnebenkosten würde für den Arbeitnehmer einen höheren Nettolohn bedeuten und die Schwarzarbeit für den Arbeitnehmer unattraktiver machen.[2084]

Ein Vorschlag wäre, kleine Zusatzarbeiten steuerrechtlich und sozialversicherungsrechtlich mit dem Staat und den Sozialversicherungsträgern pauschal abzurechnen.[2085]

Meiner Ansicht müsste die Besteuerung des Faktors „Arbeit" jedenfalls gesenkt werden, weil vielfach die Menschen nicht einsehen, wieso ihnen von ihrem Bruttolohn nach allen Abzügen ein viel geringer Nettolohn überbleibt.

4 Möglichkeiten der Absetzung bestimmter Arbeitskosten von der Steuerschuld[2086] und der „Handwerkerbonus"

Auch die Anhebung der Abschreibungsgrenze für bestimmte Dienstleistungen oder überhaupt die Schaffung der Möglichkeit, bestimmte Dienstleistungen absetzen zu können, wäre ein guter Vorschlag, die legale Abwicklung von Aufträgen reizvoller zu machen.[2087]

Schneider plädiert z.B. für eine Verbesserung der steuerlichen Absetzbarkeit von Handwerkerrechnungen.[2088]

In Deutschland gibt es ein Gesetz zur steuerlichen Förderung von Wachstum und Beschäftigung[2089], welches normiert, dass Arbeitskosten, wie Erhaltungs- und Modernisierungskosten, zu 20 % von der Steuerlast abgesetzt werden können, wobei dieser Absetzbetrag mit einer Höhe von 600 EURO jährlich begrenzt wird.[2090]

Als Voraussetzung der Absetzbarkeit ist jedoch vorgesehen, dass die Arbeitskosten und die Steuer getrennt in der Rechnung aufscheinen, und dass keine Barabwicklung stattfindet, da solcherart Abwicklungsmodalitäten vom Finanzamt nicht anerkannt werden.[2091] Derartige Absetzmöglichkeiten werden oftmals in Anspruch genommen, jedoch nur bis zu dem vorgesehenen Höchstbetrag und darüber hinaus werden die Arbeiten trotzdem schwarz abgewickelt.[2092]

[2082] *Schneider/Badekow,* Ein Herz für Schwarzarbeiter, Berlin, 2006, S. 163 f.

[2083] Stenographisches Protokoll, 160. Sitzung des NR, XX. Gesetzgebungsperiode vom 25.02.1999, 1. Anfrage, Nr. 244/M, S. 5, z.B. *Elfriede Madl* und Dr. *Volker Kier.*

[2084] *Madl* (Abgeordnete) in Stenographisches Protokoll, 160. Sitzung des NR, XX. Gesetzgebungsperiode vom 25.02.1999, 1. Anfrage, Nr. 244/M, S. 5; *Brenner*, Die Strafrechtliche Bekämpfung von Schwarzarbeit, Berlin, 2008, S. 53.

[2085] *Schneider,* Schattenwirtschaft – Tatbestand, Ursachen, Auswirkungen, Arbeitspapier 0007, 2000, 13.

[2086] *Schneider/Torgler/Schaltegger,* Schattenwirtschaft und Steuermoral, Zürich, 2008, S. 38.

[2087] *Miller,* Schwarzarbeit zwischen Anerkennung und Bekämpfung, Konstanz, 1985, S. 230 f.

[2088] *Losse,* Schattenwirtschaft. Schwarzarbeit erreicht 2010 neues Rekordniveau, Artikel vom 16.01.2010.

[2089] Gesetz zur steuerlichen Förderung von Wachstum und Beschäftigung vom 26.04.2006, Bundesgesetzblatt Jahrgang 2006 Teil I Nr. 22, ausgegeben zu Bonn am 05.05.2006.

[2090] *Schneider/Badekow,* Ein Herz für Schwarzarbeiter, Berlin, 2006, S. 86.

[2091] *Schneider/Badekow,* Ein Herz für Schwarzarbeiter, Berlin, 2006, S. 86.

[2092] *Schneider/Badekow,* Ein Herz für Schwarzarbeiter, Berlin, 2006, S. 86.

Auch in Österreich besteht die Möglichkeit einen Teil der Ausgaben für die Wohnraumsanierung steuerlich, im Rahmen der Arbeitnehmerveranlgung, geltend zu machen.[2093]

Die Möglichkeit der Geltendmachung ist jedoch an einige Voraussetzungen geknüpft, z.B. muss auf Grund der Arbeiten die Nutzungsdauer des Bestandobjektes verlängert bzw. der Nutzwert des Bestandobjektes erheblich verbessert worden sein, die Arbeiten sind durch einen Professionsiten mittels Rechnung durchzuführen und hat auf der Rechnung der Veranlagende als Auftraggeber aufzuscheinen. [2094]

Weiters besteht eine Deckelung mit einem Betrag von 2.920 EURO pro Jahr und knüpft die Absetzbarkeit an das Einkommen des Veranlagenden.[2095]

Auch im Kinderbetreuungsbereich, bei Kindern bis zum vierzehnten Lebensjahr, besteht seit dem Jahre 2006 in Deutschland erstmals die Möglichkeit, unter bestimmten Voraussetzungen, 2/3 der Kosten, jedoch höchstens 4.000 EURO pro Jahr als Betriebsausgabe abzusetzen.[2096]

Auch bei der Betreuung pflegebedürftiger Personen besteht eine ähnliche Regelung, welche eine steuerliche Absetzbarkeit von 20 % der Ausgaben, jedoch maximal bis zu 1.200 EURO pro Jahr, für die Betreuung vorsieht.[2097]
Die Schaffung weiterer Absetzmöglichkeiten von der Steuer wäre noch zu überlegen.

Beim „**Handwerkerbonus“** handelt es sich um die Möglichkeit einer steuerlichen Absetzbarkeit von haushaltsnahen Handwerksleistungen, durch Geltendmachung derartiger Arbeiten in der Einkommenssteuererklärung.[2098]

Nach Ansicht von *Schneider* und *Jank* ist der Handwerkerbonus beschäftigungsfördernd, wirkt sich positiv auf die legale Gewerbewirtschaft aus und ist ein effektives Mittel, um die Schwarzarbeit zu bekämpfen.[2099]

Die Politik müsse mittels effizienter Maßnahmen Anreize schaffen, dass die Schwarzarbeit in die offizielle Wirtschaft übergeführt wird.[2100]

Wenn mehr offizielle Arbeitsplätze geschaffen werden, könnten die Sozialversicherungen wieder mit mehr Einnahmen an Sozialversicherungsbeiträgen und der Staat mit mehr Steuereinnahmen rechnen.[2101]

Eine steuerliche Absetzbarkeit i.H.v. 20 % von haushaltsnahen Dienstleistungen/Investitionen pro Haushalt und Jahr würde bei Ausgaben bis zu 5.000 EURO ein Steuerplus i.H.v. 1.000 EURO für jeden Haushalt bedeuten.[2102] Wenn hiervon 300.000 Haushalte Gebrauch machten, würde dies den Staat mit 300 Millionen EURO „be-

---

[2093] *Kary*, Sanierungskosten: Zuschuss vom Finanzamt, Die Presse vom 13.04.2013 (Immobilienteil).
[2094] *Kary*, Sanierungskosten: Zuschuss vom Finanzamt, Die Presse vom 13.04.2013 (Immobilienteil).
[2095] *Kary*, Sanierungskosten: Zuschuss vom Finanzamt, Die Presse vom 13.04.2013 (Immobilienteil).
[2096] *Schneider/Badekow,* Ein Herz für Schwarzarbeiter, Berlin, 2006, S. 86 f.
[2097] *Schneider/Badekow,* Ein Herz für Schwarzarbeiter, Berlin, 2006, S. 87.
[2098] *Schneider*, Statement, Schwarzarbeit steigt 2010 auf 21,32 Mrd. Euro (+ 4 %), Wien, 21.04.2010, S. 3.
[2099] *WK Wien, Jank* zu Schwarzarbeit: Auch Wien stark betroffen vom 07.01.2010, http://portal.wko.at/wk/format_detail.wk?AngID=1&StID=526435&DstID=686&titel=Jank,zu,Schwarzarbeit:,Auch,Wien,stark, betroffen; *Schneider*, Statement, Schwarzarbeit steigt 2010 auf 21,32 Mrd. Euro (+ 4 %), Wien, 21.04.2010, S. 2.
[2100] *Fehn* (Hrsg.), SchwarzArbG-Hk, 2006, Vorwort, S. 6; *Schneider*, Statement, Schwarzarbeit steigt 2010 auf 21,32 Mrd. Euro (+ 4 %), Wien, 21.04.2010, S. 2.
[2101] *Schneider/Torgler/Schaltegger,* Schattenwirtschaft und Steuermoral, Zürich, 2008, S. 85 f.
[2102] *Schneider*, Statement, Schwarzarbeit steigt 2010 auf 21,32 Mrd. Euro (+ 4 %) Handwerkerbonus setzt nachhaltige Impulse für die Wirtschaft, Wien, 21.04.2010, S. 3.

lasten“, das Schattenwirtschaftsvolumen jedoch um ca. 1 bis 1,7 Milliarden EURO senken.[2103]

Für den Staat wäre ein Handwerkerbonus nach Ansicht *Schneiders* jedenfalls finanziell und wirtschaftlich vorteilhaft, wie anhand des nachstehenden plakativen Beispiels dargestellt:[2104]

5 Arbeitsmarktrechtliche Maßnahmen des Staates

Nach *Schneider/Badekow* und *Schneider/Torgler/Schaltegger* könnte ebenfalls eine „*Deregulierung des Arbeitsmarktes“* und eine übersichtlichere Darstellung der Gesetze bezüglich der illegalen Beschäftigung, zu einer höheren Bereitschaft, eine Arbeit legal auszuüben, und zur Überführung von Arbeiten in die offizielle Wirtschaft führen.[2105] Auch nach *Engelmann* und *Brenner* würden Deregulierungen durch den Gesetzgeber, die Schwarzarbeit senken.[2106] Denn ein zu hohes Ausmaß an Regulierungen ist ein Mitgrund, wieso Arbeitnehmer, insbesondere aber Arbeitgeber, in die Schwarzarbeit abwandern.[2107]

Eine Flexibilisierung des Arbeitsmarktes i.S. einer Anpassung durch Deregulierung von Löhnen und den Rahmenbedingungen würde das Ausmaß an Schwarzarbeit mindern.[2108]

Es müsste weiters die Möglichkeit von Vollzeitjobs gewährleistet werden, da unter solchen Umständen die Menschen keine Zeit mehr hätten, um einer illegalen Beschäftigung schwarz nachzugehen.[2109] Viele Menschen würden mehr arbeiten wollen, wenn sie aber „im Licht“ nicht arbeiten dürfen oder wegen der wirtschaftlichen schweren Lage nicht können, weil sie keine entsprechende Arbeitsstelle finden, bleibt ihnen vielfach nichts anderes über als schwarz zu arbeiten.[2110] I.S.d. „Einkommen-Freizeit-Modells“ steigt die Schwarzarbeit, wenn durch die Minderung der Arbeitszeiten dem gewollten Ausmaß an Arbeitstätigkeiten nicht entsprochen werden kann.[2111]

Vielfach wird auch betont, dass die Erleichterung des Zugangs zur Selbständigkeit die Ausübung von Schwarzarbeiten eindämmen würde.[2112] Gesetzliche Reglementierungen sind nämlich u.a. mit ein Grund für den Anstieg des Ausmaßes an Schwarzarbeit.[2113]

Meiner Meinung nach müsste der Gesetzgeber die gesetzlichen Regelungen betreffend Schwarzarbeit übersichtlicher, vielleicht in einem eigenen Gesetz komprimiert, regeln. Auf Grund der Komplexität der Thematik und daraus folgender Intranspa-

---

[2103] *Schneider*, Statement, Schwarzarbeit steigt 2010 auf 21,32 Mrd. Euro (+ 4 %) Handwerkerbonus setzt nachhaltige Impulse für die Wirtschaft, Wien, 21.04.2010, S. 3.

[2104] *Schneider*, Statement, Schwarzarbeit steigt 2010 auf 21,32 Mrd. Euro (+ 4 %), Wien, 21.04.2010, S. 3.

[2105] *Schneider/Badekow,* Ein Herz für Schwarzarbeiter, Berlin, 2006, S. 67; *Schneider/Torgler/Schaltegger,* Schattenwirtschaft und Steuermoral, Zürich, 2008, S. 13.

[2106] *Engelmann,* Schwarzarbeit und ihre wirtschaftspolitischen Konsequenzen, GRIN Verlag, 2009, S. 12.

[2107] *Brenner*, Die Strafrechtliche Bekämpfung von Schwarzarbeit, Berlin, 2008, S. 48 f.

[2108] *Schneider/Enste*, Schattenwirtschaft und Schwarzarbeit, 2000, S. 201; *Schneider,* Schwarzarbeit und Korruption in der Bauwirtschaft in *Diederichs*, Führungswissen für Bau- und Immobilienfachleute 1. Grundlagen, 2005, S. 288.

[2109] ORF.at, Tirol News, ÖGB fordert mehr Kampf gegen die Schwarzarbeit, in Wirtschaft, 05.01.2011; *Schneider/Badekow,* Ein Herz für Schwarzarbeiter, Berlin, 2006, S. 117.

[2110] *Schneider,* Schwarzarbeit und Korruption in der Bauwirtschaft in *Diederichs*, Führungswissen für Bau- und Immobilienfachleute 1. Grundlagen, 2005, S. 283.

[2111] *Enste,* Schattenwirtschaft und institutioneller Wandel, 2002, S. 218.

[2112] *Friebe,* Das Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit, Köln, 1970, S. 190 und 193.

[2113] *Schneider,* Schwarzarbeit und Korruption in der Bauwirtschaft in *Diederichs*, Führungswissen für Bau- und Immobilienfachleute 1. Grundlagen, 2005, S. 284.

renz der Regelungen können sich Bürger nicht mehr auf die Legislative verlassen. Die Gesetze sind vielfach zu unüberschaubar und kompliziert formuliert, sodass es der Bevölkerung oft nicht mehr zumutbar ist, sich ein rechtliches Gesamtbild über die geltende Gesetzeslage zu verschaffen.

6 Öffentliche Informationskampagnen und Sensibilisierungsmaßnahmen

Eine der Ursachen für das hohe Ausmaß an illegaler Beschäftigung ist das fehlende Bewusstsein der Bevölkerung über die wirtschaftlichen und sozialen Gefahren der illegalen Beschäftigung.[2114] Vielfach sind sich die Auftraggeber von Schwarzarbeitern bzw. die Schwarzarbeiter selbst nicht bewusst, welche, teilweise erheblichen, Konsequenzen die illegale Ausübung nach sich ziehen kann. Hierbei wäre die Verteilung von entsprechenden Informationsblättern in der Öffentlichkeit ein richtiger Schritt in die richtige Richtung.[2115]

Auch wären eine effektive Sensibilisierungsmaßnahmen, die Bevölkerung im Rahmen von aufklärende Pressekampagnen aufzuklären.[2116] Hierbei spielt die bewusste Einsetzung von Massenmedien, um das Interesse der Bevölkerung für die Folgen von Schwarzarbeit zu wecken, eine wichtige Rolle.[2117]

Eine intensive Aufklärung der Bevölkerung über die negativen Folgen der Schwarzarbeit für die Gesellschaft, Wirtschaft, das Sozialsystem und jeder Einzelne wäre somit zu empfehlen, um die Motivation zur Schwarzarbeit einzudämmen.[2118] Nach *Schneider* sollte mit der Aufklärung bereits im Kindergarten begonnen und in der Ausbildung zum Beruf dieses Bewusstsein gestärkt werden.[2119]

In Deutschland wurden z.B. Bündnisse von Wirtschaftsteilnehmern gegründet - wie z.B. im Jahre 2004 in der Bauwirtschaft, im Jahre 2006 im Transport- und Speditionswesen, im Jahre 2008 in der Branche der Gebäudereiniger - welche zum Ziel haben, die Bevölkerung auf die Konsequenzen, welche die Schwarzarbeit mit sich bringt, mittels z.B. Informationsblättern oder Handbüchern, aufmerksam zu machen.[2120]

Auch in Polen wird präventive Aufklärungsarbeit durch die Arbeitsinspektoren betrieben, welche u.a. darin besteht, an Arbeitnehmer und Arbeitgeber Informationsbroschüren zu verteilen und überall dort, wo es sich im Rahmen von öffentlichen Veranstaltungen anbietet, Informationsmaterial auszuteilen oder auch Arbeitslosen und Schülern von Maturaklassen im Rahmen von Schulungen auf die verschiedenen Arbeitsformen aufmerksam zu machen.[2121]

Hierbei arbeiten die Arbeitsinspektoren mit verschiedenen ausländischen Botschaften zusammen, führen Schulungen durch, erstellen Broschüren mit den wichtigsten Fragen-Antworten und veranstalten informative Treffen.[2122]

[2114] *Marschall*, Bekämpfung illegaler Beschäftigung, 2003, S. 4 , Rz 12 .

[2115] *Miller,* Schwarzarbeit zwischen Anerkennung und Bekämpfung, Konstanz, 1985, S. 230.

[2116] Wikipedia, Schwarzarbeit, http://de.wikipedia.org/wiki/Schwarzarbeit.

[2117] *Schneider/Enste*, Schattenwirtschaft und Schwarzarbeit, 2000, S. 193 f.

[2118] *Schneider,* Schwarzarbeit und Korruption in der Bauwirtschaft in *Diederichs*, Führungswissen für Bau- und Immobilienfachleute 1. Grundlagen, 2005, S. 289.

[2119] *Schneider,* Schwarzarbeit und Korruption in der Bauwirtschaft in *Diederichs*, Führungswissen für Bau- und Immobilienfachleute 1. Grundlagen, 2005, S. 289.

[2120] *BMF,* Entwicklung der Bekämpfung der Schwarzarbeit und der illegalen Beschäftigung, Bericht September 2009, Punkt 5.3 (Administrative Maßnahmen).

[2121] *Tomczyk,* Sprawozdanie GIP z działalności PIP w 2011 roku, Warzawa, 2012, S. 115 f.

[2122] *Tomczyk,* Sprawozdanie GIP z działalności PIP w 2011 roku, Warzawa, 2012, S. 125.

Die Sensibilisierung der Bevölkerung für die Problematik der Schwarzarbeit erachte ich jedenfalls als guten Vorschlag, weil viele Personen meiner Ansicht nach Schwarzarbeit als etwas Normales und Harmloses empfinden und nicht damit rechnen, dass sie für eine Schwarzarbeit und zum Teil massiv bestraft werden könnten.

7 Verbesserungen der Steuermoral[2123] der Bevölkerung

Wie in der Arbeit erörtert, ist die Einstellung der Bevölkerung zur Zahlung von Steuern sehr negativ.

Meiner Meinung nach sehen sich die Menschen nach als Individuen und schauen, wo und wie sie selbst am günstigsten davon kommen und einen Vorteil oder Nutzen erlangen können.

Pfuscher-Auftraggeber müssten sich als Teil des Systems sehen und sich bewusst werden, dass Schwarzarbeit negative Auswirkungen auf die gesamte Wirtschaft und das Sozialsystem hat und mit massiven Folgewirkungen für die Zukunft des Staates verbunden ist.[2124] Ich glaube ein Problem ist auch, dass sich die Menschen immer weniger mit dem Staat identifizieren.

Bei der Hinterziehung von Steuern sehen die Täter nur ihren eigenen Vorteil und nehmen in Kauf, dass sie den Staat schädigen, wobei sie hierbei verkennen, dass sich ihr rechtswidriges Verhalten auf Dauer auch für sie negativ auswirken wird.[2125]

Wünschenswert wäre, wenn jeder Einzelne nicht an einen kurzfristigen Vorteil der ihm erwächst denken würde, sondern an das langfristige Wohl der Gesellschaft. Wird nämlich Schwarzarbeit reduziert, nimmt der Staat mehr Steuern ein und die Sozialversicherungen mehr Sozialversicherungsbeiträge und so können die Steuersätze und die Abgabenlast gesenkt werden, was sich für die Allgemeinheit zum Vorteil auswirken würde.[2126]

Durch mehr direktdemokratische Elemente, z.B. Beteiligung der Betroffenen, insbesondere bei der Ausgestaltung des Steuersystems durch Bürgerinitiativen oder Abstimmungen, wird die Identifikation des Einzelnen mit dem Staat gestärkt.[2127] Dadurch wird die Bereitschaft der Bürger zur Zahlung der Steuern erhöht.[2128]

Mehr Mitbestimmungsmöglichkeiten der Individuen und Autonomie wirken sich positiv auf die Steuermoral der Bürger aus, weil diesen dadurch das Gefühl genommen wird, dass die Politik willkürlich und nicht gerechtfertigt die Freiheit der Menschen einschränkt.[2129] Hierbei wirken sich die aufoktroyierten Verordnungen und Richtlinien der EU, auf welche die Bürger gar keinen Einfluss haben, sehr negativ aus.[2130]

Auch würde meiner Meinung nach die Einstellung der Bürger zu Steuern verbessert werden, wenn die Politik transparenter darlegen würde, wie die Steuermittel verwendet werden und in was sie investiert werden.

[2123] *Enste,* Schattenwirtschaft und institutioneller Wandel, 2002, S. 238 f.

[2124] *Lackenbucher,* Pfusch? Garantiert ohne Garantie – Teil 1, WKO Wien, Newsletter Nr. 4/2008, S. 3.

[2125] *Brenner*, Die Strafrechtliche Bekämpfung von Schwarzarbeit, Berlin, 2008, S. 45.

[2126] *Schneider/Enste*, Schattenwirtschaft und Schwarzarbeit, 2000, S. 188.

[2127] *Enste,* Schattenwirtschaft und institutioneller Wandel, 2002, S. 246; *Schneider/Enste*, Schattenwirtschaft und Schwarzarbeit, 2000, S. 197 f.

[2128] *Schneider/Torgler/Schaltegger,* Schattenwirtschaft und Steuermoral, Zürich, 2008, S. 79 f; *Schneider/Enste*, Schattenwirtschaft und Schwarzarbeit, 2000, S. 199.

[2129] *Schneider/Torgler/Schaltegger,* Schattenwirtschaft und Steuermoral, Zürich, 2008, S. 79 f.

[2130] *Schneider/Enste*, Schattenwirtschaft und Schwarzarbeit, 2000, S. 198.

Hier wurden nur einige Lösungsvorschläge zur Eindämmung der Schwarzarbeit präsentiert. Es soll nochmals betont werden, dass es jedenfalls sinnvoller und effektiver ist die Ursachen zu bekämpfen, als die Schwarzarbeit aggressiv, repressiv mittel Erhöhung von Strafen zu verfolgen.

VII Schlussfolgerungen und Ausblick - Die Zukunft der Schwarzarbeit und der illegalen Beschäftigung

Meiner Ansicht nach wird es immer einen inoffiziellen Arbeitsmarkt neben dem legalen geben. Zwar kann das Ausmaß an Schwarzarbeit eingebremst werden, doch eine völlige umfassende Verhinderung wird kaum möglich sein.

Die Politik muss jedoch zumindest versuchen eine erhöhte Abwanderung in die Schwarzarbeit verhindern. *„Denn die Menschen aus dem Schatten ins Licht zurückzuholen, ist letztlich eine schwierigere Aufgabe, als sie an der Abwanderung in die Schattenwirtschaft zu hindern.“*[2131] Meines Erachtens wird die Politik vermutlich niemals das Ziel erreichen können die Schwarzarbeit gänzlich zu beseitigen und wäre bereits ein großer Erfolg nur die schwersten kriminellen Fälle einzudämmen und diese auf ein adäquates Ausmaß einzuschränken.[2132]

Sowohl *Miller* als auch *Enste* und *Schneider* sprechen sich für die Legalisierung der Schwarzarbeit *„bis zu einem gewissen Grad“* aus.[2133] Insbesondere sollten Formen, welche die Bevölkerung legitimiert und toleriert, legalisiert werden.[2134]

Darüber hinaus müssen die Anreize zur Aufnahme einer Schwarzarbeit eingedämmt und Bedingungen geschaffen werden, welche es unattraktiv machen, in die Schwarzarbeit abzuwandern.[2135]

Bereits im Jahre 1998 plädierte die Bundesinnung Bau im Rahmen der Gespräche zur Einführung eines Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes: *„Anstatt immer neue Schikanen und Kontrollen für Unternehmen zu erfinden, sollte Hostasch* (damalige Ministerin für Arbeit, Gesundheit und Soziales) *über eine geringere Besteuerung des Faktors Arbeit nachdenken und die arbeits- und sozialrechtlichen Regelungen entbürokratisieren, damit diese für Unternehmen überschaubarer und nachvollziehbarer werden.“*[2136]

Mit diesem Appell wurde meines Erachtens der Nagel auf den Kopf getreten und ist diese Ansicht jedenfalls vertretbar.

Insbesondere ist auch das Bewusstsein bei der Bevölkerung zu wecken, dass Schwarzarbeit kein angesehenes Kavaliersdelikt ist, sondern eine Straftat darstellt.

Macho folgend plädiere ich für ein *„Fair Play“,* in dem Sinne, dass mittels Zusammenarbeit des Staates (Behörden) mit den Unternehmen die Bereitschaft der Unternehmen zur freiwilligen Einhaltung von Regeln (Gesetzen) gesteigert und dadurch die

---

[2131] *Enste,* Schattenwirtschaft und institutioneller Wandel, 2002, S. 253.

[2132] *Lageman*, Schwarzarbeit im Handwerk. Erscheinungsformen – Dimensionen – Ursachen in *Lamnek/Luedtke* (Hrsg.), Der Sozialstaat zwischen "Markt" und "Hedonismus"?, Band 1, 1999, S. 335.

[2133] *Miller,* Schwarzarbeit zwischen Anerkennung und Bekämpfung, Konstanz, 1985, S. 262; *Enste,* Schattenwirtschaft und institutioneller Wandel, 2002, S. 247 f; *Schneider/Enste*, Schattenwirtschaft und Schwarzarbeit, 2000, S. 201.

[2134] *Schneider/Enste*, Schattenwirtschaft und Schwarzarbeit, 2000, S. 201.

[2135] *Brenner*, Die Strafrechtliche Bekämpfung von Schwarzarbeit, Berlin, 2008, S. 244.

[2136] Stenographisches Protokoll, 160. Sitzung des NR, XX. GP vom 25.02.1999, 1. Anfrage, Nr. 244/M, S. 3.

Abgabenmoral erhöht wird und so das Wohl der Gemeinschaft aufrechterhalten wird und faire Wettbewerbsbedingungen für alle geschaffen werden.[2137]

Die Schwarzarbeit wird meines Erachtens erst dann eingedämmt werden können und ihr Anreiz genommen werden, wenn durch die Senkung von Steuern und Abgaben der Nettolohn steigt, Äquivalenz zwischen dem Brutto- und Nettolohn hergestellt wird, und sich das Ausführen von Schwarzarbeiten finanziell nicht mehr lohnt.

Sicherlich stellt die Bekämpfung der Schwarzarbeit ein extrem schwieriges Thema da, weil derart viele Interessen beachtet werden müssen. Da nicht mit einer schnellen Reduzierung des Ausmaßes der Schwarzarbeit zu rechnen ist, sollte sich die Politik zumindest bemühen, dass die Zunahme und Verbreitung gestoppt wird. Nur eine rationale Wirtschaftspolitik mit von der Bevölkerung akzeptierten Reformen kann auf Dauer zu einer Eingrenzung der Schwarzarbeit führen.

Meiner Meinung nach ist für eine langzeitige Lösung der Problematik der Schwarzarbeit jedenfalls wichtig, dass die Politik mit Wirtschaftsexperten zusammenarbeitet, welche die ökonomischen Hintergründe besser nachvollziehen können und an die Thematik mit größerer Objektivität herangehen.

Die Prognosen scheinen, zumindest was Österreich anbelangt, sehr positiv zu sein.

Laut einem aktuellen Artikel in „Die Presse“ vom 14.06.2013 unter der Überschrift *„Schattenwirtschaft schrumpft, Österreich bleibt musterhaft“* ist Österreich ein *„Vorzeigeland“,* da die Schattenwirtschaft hier zu Lande *„nur“ noch 18,5 Prozent des BIP* ausmacht.[2138]

Nach *Schneider* ist die europäische Schattenwirtschaft in den letzten Jahren geschrumpft. [2139] *„Gemessen an der Wirtschaftsleistung sank der Anteil der Schwarzarbeit in Europa von 22,4 Prozent im Jahr 2003 auf 18,5 Prozent im laufenden Jahr* (2013). *In absoluten Zahlen beläuft sich die informelle Wirtschaft in Europa auf 2,15 Billionen Euro. Österreich ist mit einem Anteil von acht Prozent der Schwarzarbeit am Bruttoinlandsprodukt ein Vorzeigeland und liegt damit hinter der Schweiz (sieben Prozent) auf Rang zwei. In absoluten Zahlen macht der „Pfusch“ hierzulande 24 Mrd. Euro aus.“*

Die Entwicklung in den nächsten Jahren bleibt abzuwarten und wäre eine sinkende Tendenz des Ausmaßes an Schattenwirtschaft bzw. Schwarzarbeit auf europäischer Ebene ein guter Fortschritt, was die Bekämpfung der Schwarzarbeit und illegalen Beschäftigung anbelangt.

[2137] *Macho*, Horizontal Monitoring, Betriebsprüfung für die Praxis, taxlex 2012, 144, S. 148.

[2138] *Die Presse* vom 14.06.2013, Economist, *„Schattenwirtschaft schrumpft, Österreich bleibt musterhaft“,* S. 12.

[2139] *Die Presse* vom 14.06.2013, Economist, *„Schattenwirtschaft schrumpft, Österreich bleibt musterhaft“,* S. 12.

Abstrakt: Kurze Zusammenfassung

Gegenstand der Untersuchung meiner Arbeit war zunächst die Frage, was unter den Begriffen „Schwarzarbeit“ und „illegale Beschäftigung“ zu verstehen ist und insbesondere welche Erscheinungsformen den Begriffen zu Grunde liegen, wie die beiden Begriffe in der Literatur und Rechtssprechung der untersuchten Rechtsordnungen Österreichs, Deutschlands und Polen definiert werden und welche gesetzlichen Bestimmungen bei der Behandlung dieser Themen von Bedeutung sind.

Die Arbeit hat gezeigt, dass Schwarzarbeit und illegale Beschäftigung in verschiedenen Erscheinungsformen auftreten kann, und dass mehrere Rechtsgebiete, wie z.B. das Strafrecht, das Sozial- und Arbeitsrecht, das Steuerrecht durch sie tangiert werden, und dass in zahlreichen Gesetzen, wie z.B. dem StGB (*„organisierte Schwarzarbeit“* des § 153e StGB), AuslBG (Beschäftigung von Personen, die keine österreichische Staatsbürgerschaft besitzen), AVRAG, AZG, ASVG (Vorenthalten und der Nichtabführung von Sozialversicherungsabgaben), FinStrG (Nichtabführung von Lohnabgaben und sonstigen Steuern) etc., Normen zu ihrer Bekämpfung vorhanden sind.

In allen Ländern besteht jedenfalls ein Bedürfnis nach Bekämpfung der Schwarzarbeit, wobei die Staaten unterschiedlich mit der Frage umgehen, insbesondere was die systematische Normierung der, die Schwarzarbeit betreffenden Gesetze, anbelangt.

In **Österreich** gibt es zwar kein selbständiges Gesetz zur Bekämpfung von Schwarzarbeit, jedoch hat die Politik in den letzten Jahren viele Bestimmungen in verschiedenen Gesetzen, welche auf die Eindämmung von Schwarzarbeit hinauslaufen, erlassen. Eine Liste von Forderungen des ÖGB, der Arbeiterkammer und von Gewerkschaften, wie z.B. die verschiedenen Kontrollkompetenzen nach den einzelnen Gesetzen bei einer einzigen Behörde zu konzentrieren, die Anzahl der Mitarbeiter dieser Behörde zu erhöhen, eine Verpflichtung der agierenden Behörden zur Zusammenarbeit zu normieren, sowie die rechtliche Befugnisse der Kontrollorgane zu erweitern, einen gerichtlich strafbaren Tatbestand der organisierten Schwarzarbeit zu schaffen und die Strafen zu erhöhen, die Verpflichtung zur Anmeldung der Arbeitnehmer vor Arbeitsbeginn und eine widerlegbare Tatsachenvermutung hinsichtlich der Dauer der Arbeitstätigkeit im Falle der fehlenden Anmeldung zur Pflichtversicherung zu schaffen, sowie eine schärfere Haftung der Generalunternehmer bei illegaler Ausländerbeschäftigung, bei Nichteinhaltung der Arbeitsbedingungen und Nichtabfuhr der Sozialversicherungsbeiträge durch den Subunternehmer, zu normieren,[2140] wurde, wie im Rahmen der Arbeit dargelegt, bereits umgesetzt.

In **Deutschland** existiert ein eigenes Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz, welches bestimmte Verhaltensweisen mit gerichtlichen Strafen sanktioniert und andere wiederum als Ordnungswidrigkeiten-Tatbestände ansieht.

Mit dem Gesetz zur Intensivierung der Bekämpfung der Schwarzarbeit und illegalen Beschäftigung wurden wesentliche bisher in verschiedenen Gesetzen enthaltene Regelungen zur Schwarzarbeitsbekämpfung zentral in einem neuen Gesetz SchwarzarbeitsbekämpfungsG vom 23.07.2004 zusammengeführt.

[2140] *Achitz/Weber, AK/ÖGB (Hrsg.),* Kampfansage! Stopp dem Sozial- und Steuerbetrug durch »schwarze Schafe« unter den Unternehmern vom 15.04.2002.

Im Sinne dieses Gesetzes unterscheidet man einerseits zwischen Schwarzarbeit und andererseits zwischen illegaler Beschäftigung.

Unter Schwarzarbeit versteht man Verstöße gegen das Sozialversicherungsrecht, gegen das Steuerrecht, den Leistungsmissbrauch und Verstöße gegen das Gewerberecht oder das Handwerksrecht. Im Gegensatz dazu umfasst die illegale Beschäftigung die illegale Ausländerbeschäftigung, illegale Arbeitnhemerüberlassung und illegale Arbeitnehmerentsendung.

In **Polen** existiert kein eigenständiges Gesetz, welches Schwarzarbeit bekämpfen soll. Zwar gibt es umfassende gesetzliche Definitionen, doch die gesetzlichen Sanktionsmöglichkeiten sind genau wie in Österreich in verschiedenen Gesetzen verstreut.

In der Arbeit wurde auch die **Richtlinie**, die *„Richtline 2009/52/EG des Europäischen Parlaments und Rates vom 18.Juni 2009 über Mindeststandards für Sanktionen und Maßnahmen gegen Arbeitgeber, die Drittstaatsangehörige ohne rechtmäßigen Aufenthalt beschäftigen“* [2141] (EU-Sanktionenrichtlinie) erörtert und die Umsetzung derer Bestimmungen in die einzelnen besprochenen Rechtsordnungen, was in vielen Bereichen zur Vereinheitlichung der gesetzlichen Normen geführt hat.

Thema der Arbeit war aber nicht nur das materielle Recht und das Sanktionssystem, sondern auch die Behördenzuständigkeit und welche Behörden bei der Bekämpfung der Schwarzarbeit und illegaler Beschäftigung eine tragende Rolle spielen und insbesondere, inwieweit deren Einschreitungsbefugnisse reichen.

Weiters wurden die besonderen Verantwortungen geprüft, wie die Strafbarkeit nach dem VbVG oder die Haftung von General- Subunternehmer für Verstöße der illegalen Beschäftigung bzw. Schwarzarbeit.

In der vorliegenden Arbeit ging es vorrangig darum, anhand der einzelnen Rechtsordnungen die Unterschiede zu analysieren und aufzuzeigen, mit welchen gesetzlichen Normen und sonstigen Mittel das Problem der Schwarzarbeit und illegalen Beschäftigung bekämpft wird.

Am Ende komme ich zum Ergebnis, dass weder in Österreich oder in Polen noch Deutschland eine allgemeingültige Definition der Begriffe „Schwarzarbeit“ und „illegale Beschäftigung“ existiert, sondern sich die Abgrenzung vielmehr nach dem Untersuchungsgegenstand richtet. Man muss somit immer eine differenzierte Definition heranziehen, abhängig davon, ob es sich bei der Materie um Ausländerbeschäftigungsrecht oder doch um die Ausübung eines Gewerbes ohne Gewerbeberechtigung handelt oder ob man den Sachverhalt unter dem Blickwinkel des Sozialbetrugs oder der Steuerhinterziehung betrachtet wird.

Nach diesen Abgrenzungskriterien ist in weiterer Folge die gesetzliche Grundlage und auch die zu verhängenden Sanktion zu bestimmen und darüber hinaus welche Behörde, in welcher Funktion, einzuschreiten hat.

[2141] ABl. L 168 vom 30.06.2009, S. 24

Literaturverzeichnis

I) Bücher, Zeitschriften

Achenbach, Hans/Ransiek, Andreas (Hrsg.), Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 2004.

Aichinger, Philipp, Gleicher Lohn: Österreich klagt für Zuwanderer, Rechtspanorama vom 21.03.2011, Die Presse vom 01.12.2011.

Alpmann-Pieper, Annegerd (Hrsg.), Alpmann Brockhaus, Studienlexikon Recht, 3. Auflage, München, Verlag C.H. Beck, 2010.

Ambs, Friedrich, Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit und illegalen Beschäftigung (Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz-SchwarzArbG) in *Erbs, Georg/Kohlhaas, Max/Ambs, Friedrich* (Hrsg.), Strafrechtliche Nebengesetze, 182. Ergänzungslieferung, München, Beck'sche Kurz-Kommentare, 2010.

Andexlinger, Helmut, Mehrarbeit gegen Schwarzarbeit: Datenaustausch GKK-FA, ecolex 1998, 574.

Andexlinger, *Helmut*, „Mildernde Notwehr" des Schwarzarbeitgebers, ecolex 1992, 41.

Aubauer, Helwig/Thomas, Rainer, Auftraggeberhaftung, Arbeitslosengeld und IESG, Rubrik Legislative WKO, taxlex 2010, S. 127-129.

Aubauer, Helwig/Rosenmayr-Khoshideh, Martina, Erlass zum Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz, taxlex 2011, 383 ff.

Aubauer, Helwig/Rosenmayr-Khoshideh, Martina, Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz, taxlex 2011, 152 ff.

Bartos, Beatrix, Neue Wege, Beitragsausfälle, Millionenschaden durch Sozialbetrug, SozSi 2006, März 2006, S. 119-129.

Bartos, Beatrix, Neue Wege Schwarzarbeitsbekämpfung, Sozialbetrug - Ja, bitte! SozSi 2004, September 2004, S. 344-347.

Beck-Managetta, Margarethe/Mayer-Maly, Theo, Kommentar zur Entscheidung des OGH vom 27.05.1986, 14 Ob 81, 82/86, ZAS 1987, Entscheidung Nr. 6, S. 50-54.

Bendlinger, Stefan/Walch, Andreas, Auslandsentsendungen in der Praxis des internationalen Steuer- und Sozialversicherungsrechts, Lexis Nexis Verlag ARD Orac GmbH&Co KG, Wien, 2006.

Berger, Matthias/Schneider, Friedrich, Schattenwirtschaft und Steuerhinterziehung: Ökonomische und psychologische Aspekte, Linz-Auhof, Schriftenreihe: Arbeitspapier 9811, Johannes-Kepler-Universität, Linz, Sozial- und Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät, Institut für Volkswirtschaftslehre, 1998.

Berger, Wolfgang/Bürgler, Christian/Kanduth-Kristen, Sabine Barbara/Wakounig, Marian Raimund, UStG-ON, Manz, 2012.

Berscheid, Ernst-Dieter/Kunz, Jürgen/Brand, Jürgen (Hrsg.), Praxis des Arbeitsrechts, ZAP Verlag für die Rechts- und Anwaltspraxis, 2. Auflage, 2003.

Bertel, Christian/Schwaighofer, Klaus, Österreichisches Strafrecht, Besonderer Teil: §§ 75 bis 168e StGB, Wien, Springers Kurzlehrbücher der Rechtswissenschaft, 11. Auflage, 2010.

Bichl, Norbert/Schmid, Christian/Szymanski, Wolf, Das neue Recht der Arbeitsmigration. AuslBG, NAG. Text, Materialien und Kurzkommentar zu den Novellen 2011 samt einer Einführung, 2. Auflage, Neuer Wissenschaftlicher Verlag GmbH Nfg KG, Wien, Graz, 2011.

Binder, Martin, Die Arbeitnehmerentsendung aus EU-/EWR- Staaten nach Österreich unter besonderer Berücksichtigung eines möglichen Sozialdumpings, DRdA 1999, Heft 1, S. 1-12 und Heft 2, April, S. 100-106.

Binder, Martin, Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz, 2. Auflage, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien, 2010.

Bittmann, Haftung für rückständige Arbeitnehmeranteile - Zur rechtstaatlichen Anwendung des § 266a Abs 1 StGB, Deutsches Steuerrecht (DStR) 2001, 855.

Brenner, *Sven*, Die strafrechtliche Bekämpfung von Schwarzarbeit unter besonderer Berücksichtigung wirtschaftlicher Aspekte, BWV Berliner Wissenschafts-Verlag, Berlin, 2008.

Brockhaus, Recht, Das Recht verstehen, seine Rechte kennen, Lexikonredaktion des Verlags F.A. Brockhaus, Mannheim, 2002.

Brodil, *Wolfgang,* Sozialbetrug aus dem Blickwinkel des Verwaltungsstrafrechts, DRdA 2008, S. 383-388.

Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung (*BMAS) – Deutschland* (Hrsg.) Illegale Beschäftigung und Schwarzarbeit schaden uns allen, Presse, Öffentlichkeitsarbeit und Information, Bonn, Dezember, 1999.

Bundesministerium für Finanzen, KIAB-Agenden neu ab 01.01.2011. „FINANZPOLIZEI“, PPP für Wintertagung –Transporteure OÖ –Schladming 14.02.2011, 39 Folien.

Bundesministerium für Finanzen, Anfragebeantwortung, GZ BMF-310205/0006-I/4/2010, 4241/AB XXIV. GP, Wien, März 2010.

BMF-Schreiben vom 29.01.2004 IV B 7 - S 7280- 19/04, BStBl 2004 I S. 258.

Boockmann/Döhrn/Groneck/Verbeek, Abschätzung des Ausmaßes der Schwarzarbeit, Eine Untersuchung im Auftrag des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales, Institut für Angewandte Wirtschaftsforschung e.V. (IAW), Tübingen und Rheinisch-Westfälisches Institut für Wirtschaftsforschung e.V. (RWI), Essen, März 2010.

Bruckner, Karl E., Betrugsbekämpfungsgesetz 2010 als Regierungsvorlage beschlossen, Wien, ÖStZ 2010/859, 425.

Brüssow, Rainer/Petri, Dirk, Arbeitsstrafrecht, Beck Verlag, München, 2008.

Bundesinnung Bau der Wirtschaftskammer Österreich, Wege aus der Schwarzarbeit. Eine Initiative der Bundesinnung Bau gegen die Schattenwirtschaft, 2. Auflage, März 2009, www.baufair.at.

Caspar, Sigried/Volkert, Jürgen/Schneider, Friedrich, Schattenwirtschaft und Schwarzarbeit, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2002.

Coulon, Johannes, Ausländer im österreichischen Recht, allgemeine Rechtsstellung - Einreise und Aufenthalt - Asylrecht - Ausländerbeschäftigung - EG-Integration, Wien, Orac-Verlag, 1991.

Dannecker, Gerhard/Hagemeier, Grenzen der Beteiligung am Finanzvergehen unter besonderer Berücksichtigung von europarechtlichen und völkerrechtlichen Vorgaben, in *Leitner, Roman* (Hrsg.), Finanzstrafrecht 2008, Beteiligung an Finanzvergehen, Umsatzsteuerhinterziehung/Betrug, Mit neuester Rechtsprechung und Literatur zum Finanzstrafrecht, Wien, Linde, 2009, S. 63 – 118.

Derntl, Johannes/Neumann, Thomas, Das SozBeG: Scheinfirmen und Schwarzarbeit sollen künftig effektiver bekämpft werden, ASoK 2005, S. 92 ff.

Dietrich, Thomas (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 7. Auflage, 2007.

Dirschmied, Karl, Beschäftigungsverhältnisse eines Ausländers, DRdA 1992, Nr. 4, Wien, S. 277 ff.

Dornbusch, Gregor/Fischermeier, Ernst/Löwisch, Manfred, Fachanwaltskommentar Arbeitsrecht, 2. Auflage, 2008.

Dörner, Klemens/Baeck, Ulrich, Die Vorschläge der Kommission „Scheinselbständigkeit" – Geht der Alptraum weiter?, NZA (Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht) 1999, Heft 21, 1136.

Dudenredaktion (Hrsg.), Duden Deutsches Universalwörterbuch, 6. Auflage, Dudenverlag, Mannheim-Leipzig-Wien-Zürich, 2007.

Dürr, *Wolfram*, Gedanken zur Schwarzarbeitsbekämpfung, vor allem im Handwerk, Zeitschrift für Gewerbe- und Wirtschaftsverwaltungsrecht (GewA) 2007*,* Abhandlungen, S. 61 ff.

Eder-Rieder, Maria, Einführung in das Wirtschaftsstrafrecht, NWV Neuer Wissenschaftlicher Verlag, Wien, Graz, 2010.

Encyklopedia Prawa, Wydawnictwo C.H.Beck, Warszawa, 3. Auflage, 2004.

Engelmann, Susann, Schwarzarbeit und ihre wirtschaftspolitischen Konsequenzen, Studienarbeit, GRIN Verlag, 2009.

Enste, Dominik H., Schattenwirtschaft und institutioneller Wandel. Eine soziologische, sozialpsychologische und ökonomische Analyse, J. C. B. Mohr- Siebeck, Tübingen, 2002.

Enste, Dominik/Schneider, Friedrich, Welchen Umfang haben Schattenwirtschaft und Schwarzarbeit? Ein Versuch zur Lösung des Rätsels, Zeitschrift für Wirtschaftspolitik, 2006, Jahrgang 86, Heft 3.

Ercher, Gerda/Rath, Erwin, Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz, LSDB-G, ASoK 2011, 125.

Eurobarometer, Undeclared Work in the European Union, Special Eurobarometer 284, Wave 67.3 – TNS Opinion & Social, 2007.

Fabrizy, Strafgesetzbuch samt ausgewählten Nebengesetzen Kurzkommentar, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien, 10. Auflage, 2010.

*Fehn, Bernd Josef (*Hrsg.) *Berwanger, Jörg,* Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz, Handkommentar, 1. Auflage, Baden-Baden, Nomos-Verlags-Ges., 2006.

Fellner, Karl-Werner, Kommentar zum Finanzstrafgesetz, §§ 195-196 FinStrG, Verfolgung des Sozialbetruges, Fellner Fachverlag GmbH, 6. Auflage, Ergänzungslieferung Y, 14. Lieferung, Band II, 01.03.2011.

Fellner, Karl-Werner, Der Unabhängige Finanzsenat aus der Sicht des Verwaltungsgerichtshofes. Die ab 01.01.2003 geltenden Rechtsschutzbestimmungen im Abgabenbereich, SWK, 2002 – Heft 35/36 vom 15. Dezember 2002, S. 910 ff.

Filzmoser, Friedrich, Gewerberechtliche Aspekte des Sozialbetrugsgesetzes, ecolex 2005 – Heft 7, S. 547-549.

Fischerlehner, Johann, Dienstverhältnis oder Subunternehmer? – «Scheinselbständigkeit» zur Umgehung arbeits- und ausländerbeschäftigungsrechtlicher Bestimmungen, taxlex 2007 – Heft 1, S. 19-22.

Fister, *Mathis*, EU-Entsendebestätigung und Dienstleistungsfreiheit. Anmerkungen zu EuGH 21.09.2006, Rs C-168/04, ASoK 2007 – Heft 1, 9-14.

Fricke, Frank, Die Definition des § 1 II SchwarzArbG in *Leßmann, H/Backhaus, R* (Hrsg.), Zivilrechtliche Folgen von Verstößen gegen das SchwarzArbG, Band 15, Frankfurt am Main 2005, S. 1-8.

Friebe, Gunter, Das Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit – Ansätze für eine Neugestaltung, Köln, 1970.

Fuchs, Maximilian/Marhold, Franz, Europäisches Arbeitsrecht, 2010, 3. Auflage, Springer Verlag.

Fuchs, Thomas, Schwarzgeldabreden im Arbeitsverhältnis, Urteilsbesprechung vom 20. Oktober 2003, BAG, Urteil vom 26.02.2003 – 5 AZR 690/01, Juristische Rundschau (JR) 10/2003, 439.

Fuchs, Helmut, Österreichisches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Auflage, Springer Verlag, Wien, 2008.

Fuchs, Helmut/Ratz, Eckart (Hrsg.), Wiener Kommentar zur Strafprozessordnung, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien, entsprechendes aktuelles Austauschheft im Stand des Jahres 2011.

Funk, *Bernd-Christian,* Der verfahrensfreie Verwaltungsakt. Die „faktische Amtshandlung" in Praxis und Lehre. Eine Integration von Ordnungsvorstellungen auf dem Gebiete des Verwaltungsaktes, Springer Verlag, Wien, New York, 1975.

Fussy, Herbert/Steiner, Ulrike (Red.), Österreichisches Wörterbuch, Herausgegeben im Auftrag des Bundesministeriums für Bildung, Wissenschaft und Kultur, Öbvhpt VerlagsgmbH & Co.KG, Wien, 40.Auflage, 2006.

Gagawczuk, Walter, Der Frächterskandal – sechs Monate danach, RdA 2002, 434.

Gagawczuk, Walter, Aktuelle Sozialpolitik. Sozialbetrugsgesetz, DRdA 2005 – Heft 2, S. 198-201.

Galler, Margit, Die neue Auftraggeberhaftung bei Bauleistungen und die Arbeitslosenversicherung für Selbständige, Neuerungen im Sozialrecht ab 2009, Sonderheft ZAS Seminar 2008, ZAS 2009/19, S. 109 ff.

Gerhartl, Andreas, Betretung bei „Schwarzarbeit" – Folgen für Dienstnehmer und Dienstgeber, ASok 2007 – Heft Nr 6, S. 222.

Gerhartl, Andreas, Entsendung von Arbeitskräften aus neuen EU-Mitgliedstaaten, ecolex 2010, Heft Nr 5, S. 481 ff.

Gerhartl, Andreas, Praxisrelevante Entscheidungen zum AuslBG, RdW 2010/ 40 – Heft 1 vom 23.01.2010, S. 32 ff.

Gerhartl, Andreas, Aktuelle Rechtsprechung zum AlVG, Trends und Tendenzen in der Judikatur, ASoK 2012, 45 ff.

Gerhartl, Andreas/Nadlinger, Die Öffnung des Arbeitsmarktes, ASoK-Spezial Mai 2011, 60.

Gerlach, Roland, Praktisches zum Entsendungsrecht. Arbeitsverhältnisse im Ausland, ASoK 1998, 269.

Grabenwarter, Christoph, Grundrechtliche Schranken des finanzstrafrechtlichen Sanktionensystems in *Leitner Roman* (Hrsg.), Finanzstrafrecht 2005, Grundrechtsfragen im Finanzstrafrecht, Wien, Linde-Verlag, 2006, 9 ff.

Gretschmann, Klaus, Wohlfahrtseffekte schattenwirtschaftlicher Aktivitäten? in *Gretschmann, Klaus/Heinze, Rolf G./Mettelsiefen, Bernd* (Hrsg.), Schattenwirtschaft. Wirtschafts- und sozialwissenschaftliche Aspekte, internationale Erfahrungen, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1984, S. 97-129.

Gruber, Bernhard, Mangelhafter Dienstzettel – Nichtigkeit als Rechtsfolge?, ecolex 2000, 57.

Gruber, Ernst, Der Schadenersatz aus Meldepflichtverletzungen (Zum Mitverschulden des Arbeitnehmers), DRdA 1984, Heft 2, April, 119-131.

Hahn, Arbeitsstrafrecht, Frankfurt am Main, 1992.

Hauer, Andreas/Keplinger, Rudolf, Fremdenrechtspaket 2005. Asylgesetz 2005, Fremdenpolizeigesetz 2005, Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz, Durchführungsverordnungen, Texte und Materialien, 3. Auflage, ProLibris Verlagsgesellschaft mbH, 2008.

Heinz, Bernhard (Hrsg.), Arbeits- und Sozialrecht in Mittel- und Osteuropa, 2. Auflage, Manz-Verlag, Wien, 2010.

Heinz Andreas/Schuhmann Helmut/Busemann Andreas , Ausländische Arbeitnehmer, Aufenthalts, Arbeitsgenehmigungs-, Arbeits-, Steuer- und Sozialversicherungsrecht, 2. Auflage, Erich Schmidt Verlag, Berlin, 2002.

Henkes ,Andreas/Baur, Ulrich/Kopp, Joachim/Polduwe, Christian, Arbeitsförderung SGB III, Beck C. H. Verlag, Berlin, 1999.

Hierländer, Jeannine, Trenkwalder droht Entzug der Lizenz. Arbeit. Die in Österreich ansässige Zeitarbeitsfirma Trenkwalder könnte in Deutschland ihre Lizenz verlieren. Dort läuft nun eine Sonderprüfung des Unternehmens, Die Presse vom 20.02.2013, S. 15.

Hofer, Gerhard, Problemfall Schwarzarbeit, Art vom 12.04.2007 in Österreich News. Das österreichische Magazin in Deutschland, http://www.oesterreichnews.de/130-problemfall-schwarzarbeit-in-oesterreich/.

Hofer, *Konrad M,* Arbeitsstrich. Unter polnischen Schwarzarbeitern, Wien, Verlag für Gesellschaftskritik, 1992.

Holzer, Wolfgang/Friedrich, Michael, Die Auslegung von § 7 AVRAG aus europarechtlicher Sicht, ASoK 2002, Nr. 8, S. 252 ff.

Höpfel, Frank/Ratz, Eckart (Hrsg.), Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Auflage, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien, entsprechende aktuelles Austauschheft im Stand des Jahres 2011.

Houf, Herbert/Wilfried, Lehner, Handbuch KIAB-Kontrollen, Manz-Verlag, Wien, 2008.

Houf, Herbert, Neue Wege der Betrugsbekämpfung. KIAB, persaldo 2007 – Heft 1, S. 10-15.

Huber, Christian, Nichtanmeldung von Haushaltshilfen weiterhin gerichtlich nicht strafbar! Zweifelsfragen zur Anwendbarkeit des neuen Sozialbetrugsgesetzes, SWK 2005, W 93.

Huber, *Christian*, Der Erwerbsschaden des Schwarzarbeiters - zugleich Besprechung von OGH 25. 3. 1999, 2 Ob 289/97g , ZVR 2000, S. 290-298 = ZVR 2000/68.

Iro, *Gert*, Entgeltsanspruch für „Schwarzarbeit“, RdW 1999 – Heft 7, S. 453.

Jesionek, Udo/Birklbauer, Alois/Rauch, Hans-Jörg, Nebenfolgen einer gerichtlichen Verurteilung, Rechtslage zum 1. Oktober 2011, RZ 2012, 4 ff.

Joecks, Wolfgang, Bekämpfung der Schwarzarbeit, in Wistra-Heft 12, 2004, S. 441- 447.

Joecks, Wolfgang/Miebach, Klaus (Hrsg.), Münchner Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 5, 1. Auflage, Beck Verlag, München.

Kaiser, *Günther*, Kriminologie, 3. Auflage, 1996.

Kammann, Michael, Die illegale Beschäftigung von Ausländern (unter besonderer Berücksichtigung der Vorschriften des SGB III und des AÜG), Verlag Dr. Kovac, Hamburg, 2002.

Kapek, Wolfgang, Neues Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz - LSDB-G, ecolex 2011, 440 ff.

Kapek, Wolfgang, Geplantes Lohn- und Sozialdumping Bekämpfungsgesetz, 2010, erschienen in der Sonderbeilage Anwälte für die Wirtschaft im Wirtschaftsblatt vom 22.09.2010, www.wirtschaftsanwaelte.at/?p=1670

Karl, Betrix, Die Unterschiede zwischen gewerblichen und „neuen" Selbstständigen und die daraus resultierenden verfassungsrechtlichen Probleme, ASoK 2000, 85 ff.

Kerschner, Ferdinand, Wissenschaftliche Arbeitstechnik und Methodenlehre für Juristen, Leitfaden für juristische Seminar-, Diplom-, Master- und Bakkalaureatsarbeiten, Dissertationen und wissenschaftliche Artikel, 5. Auflage, Wien, WUV Univ.-Verlag, 2006.

Kerschner, Ferdinand, Arbeitsstatut nach IPRG und Rechtswahl, DRdA 1988 – Heft Nr 4/5, S. 345-351.

Kary, Christine, Sanierungskosten: Zuschuss vom Finanzamt, Die Presse vom 13.04.2013 (Immobilienteil).

Kert, Robert, Verbandsverantwortlichkeit und Finanzstrafrecht in *Leitner, Roman* (Hrsg.), Finanzstrafrecht 2006 mit neuester Rechtsprechung und Literatur zum Finanzstrafrecht, Wien, Linde-Verlag, 2007, S. 9-39.

Kienapfel, Diethelm/Höpfel, Frank, Grundriss des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 13. Auflage, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2009.

Kindhäuser, Urs/Ulfrid Neumann/Hans-Ullrich Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Auflage, Nomos, Baden-Baden 2006.

Klein, Christoph, Aktuelle Sozialpolitik. Schwarzarbeitsgesetz, DRdA 1998, S. 456-457.

Klein, Christoph, Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz und Umsetzung der Entsenderichtlinie, ASoK 1999, 103 ff.

Klein, Christoph, Beschäftigung im Rahmen von „Pflegepools" – freiberufliche Tätigkeit oder Arbeitsvertrag?, DRdA 2006 – Heft 6, S. 431-436.

Kletečka, Andreas/Koziol, Helmut, Grundriss des bürgerlichen Rechts. Allgemeiner Teil, Sachenrecht, Familienrecht, Band 1, 13. Auflage, Manz Verlag, Wien, 2006.

Klösel, Arno/Christ, Rudolf/Häußer, Otto, Deutsches Aufenthalts- und Ausländerrecht Kommentar, 5. Auflage, 13. Lieferung, Band 1 und Band 3, Kohlhammer, Stuttgart, 2010.

Köbler, Rechtspolnisch. Deutsch-polnisches und polnisch-deutsches Rechtswörterbuch für jedermann, Vahlen Verlag, München, 2001.

Köbler, Gerhard, Juristisches Wörterbuch, Für Studium und Ausbildung, 13.Auflage, München, Franz Vahlen Verlag, 2005.

Kohlmann, Günter, Steuerstrafrecht mit Ordnungswidrigkeitenrecht und Verfahrensrecht, Kommentar zu den §§ 369-412 AO, Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Köln, Loseblattsammlung, 42. Ergänzungslieferung, März 2010.

Krapf, Günther/Keul, Jutta, Arbeitslosenversicherungsgesetz, Praxiskommentar, Band 1, LexisNexis-Verlag, ARD Orac, Wien idF 6. Lfg, September 2010.

Kucsko-Stadlmayer, Gabriele, Das "*Gradinger* Urteil" des EGMR, ecolex 1996, 50 ff.

Kühteubl, Stefan/Wieder, Silvia, Das neue Lohn- und SozialdumpingbekämpfungsG, ZAS 2011/36, S. 208 ff.

Küttner, *Wolfdieter*, Personalbuch 2006, Arbeitsrecht. Lohnsteuerrecht – Sozialversicherungsrecht, 13. Auflage, 2006.

Laitenberger, Angelika, Beitragsvorenthaltung, Minijobs und Schwarzarbeitsbekämpfung, Neue Juristische Wochenschrift - NJW 2004, S. 2703-2706.

Lamnek, Siegfried/Luedtke, Jens (Hrsg.), Der Sozialstaat zwischen "Markt" und "Hedonismus"?, Band 1, Opladen, Leske + Budrich, 1999.

Lanik, Michaela, Bundesgesetz, mit dem das Allgemeine Sozialversicherungsgesetz geändert wird (AuftraggeberInnen-Haftungsgesetz), ASoK 6/2008, S. 225 ff.

Lechner, Helmut/Strunz, Richard (Red.), Bekämpfung der Schwarzarbeit, 4. Auflage, Boorber Verlag, München, 2007.

Lehner, Wilfried, KIAB – Die Wirtschaftskontrollore, Rubrik Steueralltag, taxlex 2006 – Heft 1, S. 4 ff.

Lehner, Wilfried, Beschwerderechte im Kontrollverfahren der KIAB, taxlex 2007, S. 413-418.

Lehner, Wilfried, Auswirkungen der Anmeldung vor Arbeitsbeginn auf KIAB-Kontrollen, taxlex 2008, Verfahrensrecht & BAO, S. 118-123.

Lehner, Wilfried, Das Verbandsverantwortlichkeitsgesetz - ein aktuelles Risiko für Unternehmer bei Kontrollen durch die Finanzverwaltung?, taxlex 2006 – Heft 09, S. 472-476.

Leitner/Toifl/Brandl, Österreichisches Finanzstrafrecht Handbuch, Springer- Verlag, 3. Erweiterte Auflage, Wien, 2008.

Leitner, Roman, Beteiligung an Abgabenhinterziehung. „Brauchen Sie eine Rechnung?“ Pfuschgeschäfte – finanzstrafrechtliche Beteiligungsrisiken des Konsumenten, SWK 2009, Heft 6 vom 15.02.2009, T 17 bis T 25.

Leitner, Roman, Baustellennkontrollen in Deutschland, Befugnisse der Prüf- und Kontrollstellen, ASoK, 2010, Nr. 4, S. 132-134.

Leitner, Roman, Grundzüge des österreichischen Finanzstrafrechtes, Springers Kurzlehrbücher der Rechtswissenschaft, Wien, 1996.

Leukauf, Otto/Steininger, Kommentar zum Strafgesetzbuch, 3. Auflage, Prugg VerlagGesmbH, Eisenstadt, 1992.

Lindmayr, *Manfred*, Handbuch zur Ausländerbeschäftigung, 10. Auflage, LexisNexis ARD Orac GmbH&Co KG, Wien, 2010.

Löschnigg, Günther, Arbeitsrecht, Gesetze und Kommentare, Nr. 129, 11. Auflage, Verlag des ÖGB GmbH, Wien, 2011.

Macho, *Roland*, Horizontal Monitoring, Betriebsprüfung für die Praxis, taxlex 2012, 144.

Maitz, Astrid/Bliem, Rosalinde auf der Grundlage von Aktuelles Arbeitsrecht für Praktiker *(Cortolezis/Egger/Orgler),* Arbeitsrecht, Praxiswissen, Muster, Rechtsgrundlagen, Band 1., Hrsg. WEKA-Verlag, Wien, 2010.

Marschall, Dieter, Bekämpfung illegaler Beschäftigung. Schwarzarbeit, Illegale Ausländerbeschäftigung, Illegale Arbeitskräfteüberlassung, 3. Auflage, C. K. Beck Verlag, München, 2003.

Marschner, *Andreas*, Gesetzliche Neuregelungen zur Schwarzarbeit, NWB 2004, Fach, 15, 791 ff.

Maaß, Holger, Strafrechtliche Probleme bei der illegalen Beschäftigung von Positivstaatern, insbesondere Angehörige mittel- und osteuropäischer Staaten, Frankfurt am Main, 2004.

Marko, Kathrin, 43. Wissenschaftliche Tagung der Österreichischen Gesellschaft für Arbeitsrecht und Sozialrecht, RdA 2008, S. 288-290.

Mayer, Heinz (Hrsg.), mit Beiträgen von *Mayer, Heinz/Bachler, Heinz/Schrammel, Walter/, Preyer, Helmut,* Schwarzarbeit, Pfuscht der Gesetzgeber?, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung Verlag, Wien, 1999.

Mayrhofer, Karl, Arbeitsrecht für die betriebliche Praxis, Weis Verlag Ges.m.b.H.& Co. KG, Wien 2010.

Meyerhoff, Die Bekämpfung der Schwarzarbeit. Eine systematische Darstellung des Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes für die Praxis, Neue Wirtschafts-Briefe, NWB 2006, 1233.

Miklau, *Fritz,* Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz, Sozialpolitik – aktuell, ZAS 1999, S. 60.

Miller, Schwarzarbeit zwischen Anerkennung und Bekämpfung, Hartung-Gorre Verlag, Konstanz, 1985.

Moritz, Ingrid, Stellungnahme der Bundesarbeiterkammer zum Entwurf eines Bundesgesetzes über den Dienstleistungsscheck (Dienstleistungsscheckgesetz – DLSG), BAK/FF-GSt vom 02.02.2005.

Moser, Sandra, Strafrechtliche Aspekte der Schwarzarbeit, Diplomarbeit aus Strafrecht, Innsbruck, Oktober 2001.

Mosler, Rudolf, Anwendung des kollektiven Arbeitsrechts auf arbeitnehmerähnlich beschäftigte Selbständige? Sonderheft aus Anlass des 65. Geburtstages von Klaus Firlei, Konrad Grillberger und Rudolf Müller, RdA 2012, 100 ff.

Müller, Rudolf/Wabnitz, Heinz-Bernd/Janovsky, Thomas, Wirtschaftskriminalität: eine Darstellung der typischen Erscheinungsformen mit praktischen Hinweisen zur Bekämpfung, 4. Auflage, München, Beck Verlag, 1997.

Neumayr, Matthias/Reissner, Gert-Peter (Hrsg.), Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht, 2. Auflage, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhaltung, Wien, 2011.

Neurath, Erich/Steinbach,Günther, Ausländerbeschäftigungsgesetz, Verlag der Österreichischen Gewerkschaftsbundes, Wien, 1991.

Niessen, Hans-Joachim/Ollmann, Rainer, Schattenwirtschaft in der Bundesrepublik. Eine empirische Bestandaufnahme der sozialen und räumlichen Verteilung schattenwirtschaftlicher Aktivitäten, Opladen, 1987.

Nohle, Dieter/Schultze, Rainer Olaf, Lexikon der Politikwissenschaft, Bans 2 N-Z, Beck'sche Reihe, München, 2002.

OECD, Declaring Work or Staying Underground: Informal Employment in seven OECD countries, Employment Outlook, Paris, 79-137, 2008.

Ott, Claus/Schäfer, Hans-Bernd, Die Präventionswirkung zivil- und strafrechtlicher Sanktionen, 1999.

Peters, *Frank,* Die Leistung ohne Rechnung, Neue Juristische Wochenschrift - NJW 2008, S. 2478-2480.

Plückhahn, Otto, Die Finanzstrafgesetznovelle 1998, in *Leitner, Roman* (Hrsg), Aktuelles zum Finanzstrafrecht. Beiträge der Finanzstrafrechtlichen Tagung Linz 1999, Linde Verlag, Wien, 2000.

Pöltner, Die Einbeziehung aller Erwerbseinkommen in die Sozialversicherung, DRdA 1998, 316 ff.

Pszczółkowska, *Dominika*, Der polnische Schwarzarbeitsmarkt in der EU-Spitze (Polski "czarny" rynek pracy w czołówce UE), Artikel vom 24.10.2007 erschienen in "Gazeta Wyborcza", http://wyborcza.biz/biznes/1,101562,4610570.html

Rainer, Herbert, AuftraggeberInnen-HaftungsG, BGBl I 2008/91, immolex 2008, S. 257.

Ramin, Ralf, Erwerbstätigkeit der „neuen" EU-Bürger in Österreich, migralex 2005, S. 55-64.

*Raschauer, Bernhard (*Hrsg.), Österreichisches Wirtschaftsrecht. Das aktuelle Gewerberecht, Vergaberecht, Beihilfen-, Subventionsrecht u.v.m., 2. Auflage, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien, 2003.

Ratz, Eckart, "Größere Zahl" kann sukzessive nicht begründet werden, Evidenzblatt-Leitsätze, OGH 05.07.2012, 13 Os 16/12w, EvBl-LS 2013/7, 46.

Rebhahn, Robert, Entsendung von Arbeitnehmern in der EU – arbeitsrechtliche Fragen zum Gemeinschaftsrecht, DRdA 1999, Heft 3, Juni, 173-186.

Rebhahn, Robert, Grundfragen einer Auftraggeberhaftung für Sozialversicherungsbeiträge, Abhandlung, RdA 2008, Wien, 207.

Rebhahn, Robert, Maßgebende Rechtsordnung bei AN-Entsendung, DRdA 1993, Nr. 1, Klagenfurt, 21 ff.

Rech, Stellungnahme der Rechtsanwaltskammer an das BMF zum Betrugsbekämpfungsgesetz 2010, GZ 010000/0018-VI/A/2010, Zl. 13/1 10/93.

Redaktion der Standesvertretung, Regierungsvorlage zum Sozialbetrugsgesetz, Focus – aktuelle Kurzinformation, ZUV, 2004/4, S. 131.

Reger, Franz, FinStrG-Novelle 2010 – die wesentlichen Änderungen, ÖStZ 22/2010, Artikel-Nr. 1069, S. 550 – 552.

Reger, Franz/Hacker, Alfred/Kneidinger, Christian, Das Finanzstrafgesetz mit Kommentar und Rechtsprechung, 3. Auflage, Band 1, Linde – Verlag, Wien, 2002.

Reichel, Pfuschen, Schwarzarbeit, Schattenwirtschaft, S.167 in *Reichel/Lesnik,* Ist Arbeit sozial? Arbeiten neu bewerten, Ein Lesebuch, Verlag des ÖGB GmbH, Wien, 2000.

Reindl-Krauskopf, *Susanne,* Sozialbetrug aus strafrechtlicher Sicht, DRdA 2008, S. 389-394.

Renoy/Piet/Staffan Ivarsson/Olga van der Wusten-Gritsai/Emco Meijer, Undeclared Work in an Enlarged Union. An in-depth study of specific items, DG Employment and Social Affairs, European Commission, Brussels, 2004.

Resch, Reinhard, Sicherheitsleistung durch den Auftraggeber bei Lohndumping, Heft 11/2011, S. 672

OECD, Declaring Work or Staying Underground: Informal Employment in seven OECD countries, Employment Outlook, Paris, 79-137, 2008.

Panhölzl, Wolfgang, „Pflegeamnestie" statt Legalisierung der Pflege, Aktuelle Sozialpolitik, RdA 2007, S. 163-165.

Rath, Erwin, Das Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz. Ausgewählte Fragen zum Geltungsbereich, zu den Arbeitgeberpflichten sowie zur behördlichen Lohnkontrolle, ASoK 2012, 282 ff.

Risak, Martin E., Die Entsendung von Drittstaatsangehörigen nach Österreich, ecolex 1997 – Heft 5, S. 375-379.

Risak, Martin E., Kollektive Rechtssetzung auch für Nicht-Arbeitnehmer?, ZAS 2002, 165 ff.

Ritz, *Christoph*, Unabhängiger Finanzsenat, RdW 7/2002, Artikel-Nr. 430, 437 ff.

Ritzberger-Moser, *Anna,* Schutzpflichten beim Leiharbeitsverhältnis, DRdA 1993, Nr. 4, Linz, S. 314 ff.

Ritzberger-Moser, Anna, Neues aus der Gesetzgebung. GleichbehandlungsG-Novelle, ArbVG-Novelle und mehr Sonderheft ZAS-Seminar 2010, ZAS 2011/24, S. 141 ff.

Roser, Thomas, Hohe Sozialabgaben drücken Polens Wachstum. In: Frankfurter Rundschau, 06.05.2005, S. 5 ff.

Rummel, Peter, Vorvertragliche Schutzpflichten bei Ausländerbeschäftigung, DRdA 1979, Heft 152, Linz, Entscheidung 23, S.390-394.

Rummel, Peter (Hrsg.), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch mit IPRG, EVÜ, EheG, MRG, WGG, WEG, BTVG, HeizKG, KSchG in zwei Bänden, Manz Verlag, 3. Auflage, 2000.

Sacherer, Remo/Schwarz, Bernhard, Arbeitskräfteüberlassungsgesetz, Verlag des Österreichischen Gewerkschaftsbundes, Wien, 2006.

Schliemann, Harald, Flucht aus dem Arbeitsverhältnis – falsche oder echte Selbständigkeit?, RdA 1997, Heft Nr 6, 322 ff.

Schmidt, Manfred G. (Hrsg.)*,* Pipers Wörterbuch zur Politik, Band 2, Westliche Industriegesellschaft, München/Zürich, 1983.

Schneider, Friedrich, Ist Schwarzarbeit ein Volkssport geworden? Ein internationaler Vergleich des Ausmaßes der Schwarzarbeit von 1970-1997, Juni 1999, Arbeitspapier 9911, Johannes Kepler Universität Linz, Sozial- und Wirtschaftswissenschaftliche Universität, Institut für Volkswirtschaftslehre.

Schneider, Friedrich, Schattenwirtschaft – Tatbestand, Ursachen, Auswirkungen, April 2000, Arbeitspapier 0007, Johannes Kepler Universität Linz, Sozial- und Wirtschaftswissenschaftliche Universität, Institut für Volkswirtschaftslehre.

Schneider, Friedrich, Schwarzarbeit und Korruption in der Bauwirtschaft – Ursachen, Wirkungen und Maßnahmen zur Eindämmung in *Diederichs, Claus J.*, Führungswissen für Bau- und Immobilienfachleute 1. Grundlagen, 2. Auflage, Springer Verlag, Berlin, Heidelberg, 2005.

Schneider, Friedrich, Schwarzarbeit, dem Staat entgehen Milliarden, Artikel aus Zeitung „Kurier" vom 14.02.2010.

Schneider, Friedrich, Statement, Schwarzarbeit steigt 2010 auf 21,32 Mrd. Euro (+ 4 %), Handwerkerbonus setzt nachhaltige Impulse für die Wirtschaft, Wien, 21.04.2010 im Portal der WKO.

Schneider, Friedrich, Aktuelle Ergebnisse über die Schattenwirtschaft (Pfusch) in Österreich, November 1996, Arbeitspapier Nr. 9618, Johannes Kepler Universität Linz, Sozial- und Wirtschaftswissenschaftliche Universität, Institut für Volkswirtschaftslehre.

Schneider, Friedrich, Determinanten der Steuerhinterziehung und der Schwarzarbeit im internationalen Vergleich, März 1994, Arbeitspapier Nr. 9406, Johannes Kepler Universität Linz, Sozial- und Wirtschaftswissenschaftliche Universität, Institut für Volkswirtschaftslehre.

Schneider, Friedrich/Pöll, Günther, Schattenwirtschaft, Juli 1998, Arbeitspapier Nr. 9817, Johannes Kepler Universität Linz, Sozial- und Wirtschaftswissenschaftliche Universität, Institut für Volkswirtschaftslehre.

Schneider, Friedrich/Enste, Dominik, Schattenwirtschaft und Schwarzarbeit. Umfang, Ursachen, Wirkungen und wirtschaftspolitische Empfehlungen. R. Oldenbourg Verlag München Wien, 2000.

Schneider, Friedrich/Badekow Helmut, Ein Herz für Schwarzarbeiter. Warum die Schattenwirtschaft unseren Wohlstand steigert, Econ – Ullstein Buchverlage GmbH, Berlin 2006.

Schneider, Friedrich/Torgler Benno/Schaltegger Christoph A., Schattenwirtschaft und Steuermoral. Kompaktwissen, Rüegger Verlag, Zürich, 2008.

Schönke, Adolf/Schröder, Horst, Strafgesetzbuch Kommentar, 27. Auflage, München, 2006.

Schrammel, Walter/Tomandl, Theodor (Hrsg.), Arbeitsrecht 2, Sachprobleme, Braumüllerverlag, 6.Auflage, Wien, 2008.

Schrammel, Walter, Ausländerbeschäftigung, ecolex 1997 – Heft 9, Seite 724-727.

Schrank, Franz, ZAS 1982, Entscheidung Nr. 18 zu § § 3 und 29 AuslBG, 22, 23 und 29 AngG, 9 UrlG, S. 140-144.

Schrank, Franz, Grundfragen des Entgeltanspruchs überlassener Arbeitnehmer nach § 10 Abs1 AÜG, ZAS 1991, Heft 2, 49-53.

Schrank, Franz, Arbeits- und Sozialversicherungsrecht. Eine Gesamtdarstellung für die betriebliche Praxis, 34. Auflage, Verlag Druck & Grafik, Graz, 2011.

Schrank, Franz/Mazal, Arbeitsrecht. Ein systematischer Grundriss, 4. Auflage, FACULTAS Verlags- und Buchhandels AG, Wien, 2008.

Schrank, *Franz,* Neue Melde- und Sanktionsprobleme nach dem ASVG, Überlegungen zu den Neuerungen durch BGBl I 2007/31, ZAS 2008/2, S. 4-13.

Schrottmeyer, Norbert, Finanzstrafrecht. Strafbefreiende Wirkung durch Selbstanzeige auch für Verbände? Strafbarkeit von Unternehmen seit 1.1.2006, SWK 2006 – Heft 15 vom 20.05.2006, S 480 ff.

Schuhmacher, Wolfgang, ZAS 1979, Entscheidung 7, S. 54-63.

Schwaighofer, Klaus, Überlegungen zur Reichweite des innerstaatlichen "Doppelbestrafungsverbots" nach Art 4 Abs 1 7. ZPMRK, ÖJZ 2005, Heft Nr 5, 173 ff.

Simon, Stefan/Leuering, Dieter, Nichtabführung von Sozialversicherungsbeiträgen, Neue Juristische Wochenschrift Spezial (NJW) 2008, Gesellschaftsrecht, Rechtsprechung, 719.

Sinn, Hans Werner, Ist Deutschland noch zu retten?, 8. Auflage, Econ Verlag in der Ullstein Buchverlage GmbH, Berlin, 2004.

Sonntag (Hrsg.), ASVG Kommentar, 1. Auflage, Linde Verlag Wien Ges.m.b.H., Wien, 2010.

Souhrada, Josef, Sozialversicherungspflicht für „Werkverträge“: Der Sinn im Chaos (Teil I), SozSi 1996, 1002 ff.

Spatscheck, Rainer/Fraedrich, Jennifer, Schwarzarbeit auf dem Bau, Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht - NZBau 11/2007, S. 673-679.

Stary, Andrea, Kontrolle illegaler Arbeitnehmerbeschäftigung aus Sicht des BMF, ÖStZ 2006/1127, Heft 24 vom 15.12.2006.

Steiger, Stefan, Rückblick 2011/Ausblick 2012 in der Sozialversicherung, taxlex 2011, 455.

Steininger, Einhard, Verbandsverantwortlichkeitsgesetz – Kommentar, Linde Verlag, Wien, 2006.

Strasser/Jabornegg/Resch (Hrsg), ArbVG-Kommentar, Manz-Verlag, 29. Lieferung.

Tannert, Richard Dr.(Hrsg.) auf Grundlage von *Dorazil, Wilfried/Harbich, Heribert,* Kommentar zum Finanzstrafgesetz, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien, 1974 (Band 1 am Stand Dezember 2009, Band 2 am Stand August 2006).

Taschlizki, Jan, Schwarzabreit – Definition und Auswirkung. Studienarbeit, GRIN Verlag, Berlin 2008.

Teschner, Hellmut/Widlar,Peter GSVG, Die Sozialversicherung der in der gewerblichen Wirtschaft selbständig Erwerbstätigen, idF von 105 Ergänzungslieferung.

Thienel, Rudolf/Hauenschild, *Herwig,* Verfassungsrechtliches "ne bis in idem" und seine Auswirkung auf das Verhältnis von Justiz- und Verwaltungsstrafverfahren (Teil I), JBl 2004, 69 – 85.

Thomas, *Rainer*, Auftraggeberhaftung in der Bauwirtschaft für Sozialversicherungsbeiträge, ecolex 2008, 506.

Thomas, *Rainer*, Sozialversicherungsbeiträge in der Bauwirtschaft – Ausgewählte Fragen der neuen Auftraggeberhaftung, ZAS 2009, 14.

Tomandl (Hrsg), Arbeitsverfassungsgesetz, Loseblattsammlung, 9. Lieferung.

Tomandl, Rechtsprobleme einer umfassenden Sozialversicherung, ZAS 1998, 9 ff.

Tomczyk, Anna, Sprawozdanie Głównego Inspektora Pracy z działalności Państwowej Inspekcji Pracy w 2011 roku, Warzawa, 2012.

Többens, Hans W, Wirtschaftsstrafrecht, 1. Auflage, Verlag Franz Vahlen, München, 2006.

Trattner, Hans, Regress bei „Schwarzarbeit". Unfallversicherungsschutz besteht trotz unterlassener Anmeldung, ASoK 2008, 345-346.

Trautmann, Sebastian, Aspekte der Schwarzarbeit. Die Ethische Bedeutung für den Einzelnen und die Allgemeinheit. Studienarbeit, GRIN Verlag, 2008.

Triffterer, Otto, Österreichisches Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Springer-Verlag, Wien, New York, 1994.

Vial, Michael/Walzel, Werner, Illegale Beschäftigung. Unerlaubte Arbeitnehmerüberlassung, unerlaubte Ausländerbeschäftigung, Leistungsmissbrauch, Schriftenreihe der Bundesanstalt für Arbeit, Heft 29, Kohlhammer Verlag, Stuttgart, Berlin, Köln, 1989.

Voglrieder, Sabine, Die Sanktionsrichtlinie: ein weiterer Schritt auf dem. Weg zu einer umfassenden Migrationspolitik der EU, Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik (ZAR) 2009, 168 ff.

Wabnitz, Heinz-Bernd/Janovsky, Thomas, Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, Wirtschaftsrecht, 17. Kapitel. Schwarzarbeit und illegale Beschäftigung, 3. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2007.

Wachter, Gustav, Terminologische und typologische Überlegungen zur Arbeitnehmerüberlassung, ZAS 1975, 50-54.

Walter, Robert/Thienel, Rudolf, Verwaltungsverfahrensgesetze I, 2. Auflage, Manz Verlag, 2008.

Warto, *Patrick*, Schwarzarbeit und die zivilrechtlichen Folgen. Zur Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen, ZAK 2008/564, Heft 17, S. 323-325.

Weber, Sebastian, Wirtschaftsstrafrecht – Die Bekämpfung der Schwarzarbeit. Erscheinungsformen und Ahndung. Studienarbeit, GRIN Verlag, 2009.

Wilhelm, Georg, Der Mißbrauch des Gesetzes – das Antimißbrauchgesetz, ecolex 1996 – Heft 3, im Editorial, Seite 149f.

Wildemann, Lothar, Wirtschaftspolitik, Oldenbourg Verlag, München, 2007.

Windisch-Graetz, Michaela, Fairer Wettbewerb durch das LSDB-G, ecolex 2011, 443.

Wirtschaftskammer Österreich, Finanzpolizei, Info Arbeit und Soziales, Stand vom Mai 2011.

Wissing/Mutschler/Bartz/Schmidt-De Caluwe (Hrsg.), Nomos Kommentar, Sozialgesetzbuch III, Arbeitsförderung, Praxiskommentar, 2. Auflage, 2004, Baden-Baden.

Wolfsgruber, Claudia, Die grenzüberschreitende Entsendung von Arbeitnehmern, Band 11, Verlag des ÖGB, 2001.

Wollweber, Markus, Alternative Regelungsmodelle in *Rodi, Michael* (Hrsg.), Abgabenrechtliche Quellensicherungsverfahren zur Bekämpfung illegaler Tätigkeit im Baugewerbe. Berliner Schriften zum Wirtschaftsverwaltungs-, Finanz- und Steuerrecht Band 1, Lexion Verlagsgesellschaft mbH, Berlin, 2006.

Wonisch, Oliver, Die gerichtlichen Straftatbestände des Sozialbetrugsgesetzes (SozBeG, BGBl I 2004/152), ZAS 2008/3, S.14- 22.

Wünsche, Sylvia, Das Phänomen Scheinselbständigkeit, Die Abgrenzungsproblematik, Gesetzesregelungen und sozialversicherungsrechtlichen Folgen, Studienarbeit, GRIN Verlag, Berlin, 2001.

Zając, Tadeusz Jan, Sprawozdanie Głównego Inspektora Pracy z działalności Państwowej Inspekcji Pracy w 2009 roku, Warzawa, 2010.

Zanger, Georg, Österreich: EU-Entsendungsbestimmungen für Arbeitnehmer aus Drittstaaten verstoßen gegen Dienstleistungsfreiheit, UVSaktuell 2007, S.24-28.

II.) Internetseiten

Achitz, Bernhard/Weber, Ernst, AK/ÖGB (Hrsg.),Kampfansage! Stopp dem Sozial- und Steuerbetrug durch »schwarze Schafe« unter den Unternehmern vom 15.04.2002, *http://www.arbeit-wirt-schaft.at/servlet/ContentServer?pagename=X03/Page/Index&n=X03_1.a_2002_04.a&cid=1193756190506*

Aicher, Hermine, Pfusch/Schattenwirtschaft, Pfusch – Überblick über die Rechtsfolgen von Pfusch im Steuerrecht, 11.01.2010, Portal der Wirtschaftskammer Österreich, http://portal.wko.at/wk/format_detail.wk?AngID=1&StID=453704&DstID=838

Amielanczyk, *Emilia,* Praca na czarno i jej konsekwencje (dt: Schwarzarbeit und ihre Konsequenzen) in prawnikow.pl vom 18.02.2010, http://prawnikow.pl/porady-prawne/prawo-pracy/216608,Praca-na-czarno-i-jej-konsekwencje.html

APA/pm, Schwarzarbeit. Dank Krise blüht auch in Deutschland der Pfusch, vom 23.11.2009, http://www.solidbau.at/home/artikel/Schwarzarbeit/Dank_Krise_blueht_auch_in_Deutschland_der_Pfusch/aid/1024?analytics_from=archiv.

Baranowska-Skimina, Aleksandra, Nielegalne zatrudnianie cudzoziemców, Artykuł z 25.07.2009, www.firma.egospodarka.pl/42860,Nielegalne-zatrudnianie-cudzoziemcow,1,47,1.html.

Bundesministerium der Finanzen (BMF) – Deutschland, Monatsbericht des BMF, Mai 2010, Referat Öffentlichkeitsarbeit, Arbeitsgruppe Monatsbericht, Berlin, Mai 2010, http://www.bundesfinanzministerium.de/nn_97632/DE/BMF__Startseite/Aktuelles/Monatsbericht__des__BMF/2010/05/inhalt/Monatsbericht-Mai 2010,templateId=raw,property=publicationFile.pdf

Bundesministerium der Finanzen, Entsendung von Arbeitnehmern, Stand 05.01.2011, http://www.zoll.de/d0_zoll_im_einsatz/b0_finanzkontrolle/e0_aentg/index.html

Bundesministerim für Finanzen, Finanzpolizeikontrollen ab 01.05.2011, http://www.akstmk.at/bilder/d147/Finanzpolizei_Schloegl.pdf.

Bundessektion Gewerbe und Handwerk der Wirtschaftskammer Österreich, Anti-Pfusch-Gesetz bekämpft nur Symptome, nicht die Ursachen. Achleitner: "Nachbarschaftshilfe ist Einladung zum Pfusch" vom 14.09.1998, http://www.ots.at/presseaussendung/OTS_19980914_OTS0108/anti-pfusch-gesetz-bekaempft-nur-symptome-nicht-die-ursachen

Bundesministerium der Finanzen, Entwicklung der Bekämpfung der Schwarzarbeit und der illegalen Beschäftigung, Elfter Bericht der Bundesregierung, Monatsbericht September 2009, http://www.bundesfinanzministerium.de/DE/BMFStartseite/Aktuelles/Monatsbericht__des__BMF/2009/09/analysen-und-berichte/b04-gesetz-zur-bek_C3_A4mpfung-illegale-besch_C3_A4ftigung/gesetz-zur-bek_C3_A4mpfung-illegale-besch_C3_A4ftigung.html

Deutsche Presse-Agentur GmbH (dpa), Deutschland. Weniger Schwarzarbeit dank Wirtschafts-Boom und Freizügigkeit vom 19.05.2011, http://www.handelsblatt.com/politik/deutschland/weniger-schwarzarbeit-dank-wirtschafts-boom-und-freizuegigkeit/4194592.html?p4194592=all

eGospodarka.pl, Praca na czarno a kontrola PIP i jej konsekwencje, 28.07.2009, http://www.prawo.egospodarka.pl/42842,Praca-na-czarno-a-kontrola-PIP-i-jej-konsekwencje,1,34,3.html

Große-Halbuer, Andreas, Schattenwirtschaft. Schwarzarbeit ist heimliche Boombranche in Deutschland, Portal der WirtschaftsWoche vom 21.05.2008. http://www.wiwo.de/politik-weltwirtschaft/schwarzarbeit-ist-heimliche-boombranche-in-deutschland-293084/

Horcicka, Florian, Fekters Eingreiftruppe: Die Finanzpolizei ist Fekters schärfste Waffe gegen Schwarzgeld, Format online vom 19.03.2012 http://www.format.at/articles/1211/521/323482_s2/fekters-eingreiftruppe-die-finanzpolizei-fekters-waffe-schwarzgeld.

IG BAUFrankfurt am Main, IG BAU fordert mehr Fahnder bei der Finanzkontrolle Schwarzarbeit vom 06.02.2013, http://www.igbau.de/IG_BAU_fordert_mehr_Fahnder_bei_der_Finanzkontrolle_Schwarzarbeit.html

Kommenda, *Benedikt,* Der Pfusch blüht: Wer braucht eigentlich eine Rechnung? In Die Presse, Rechtspanorama, Wirtschaft & Steuern vom 26.04.2009, http://diepresse.com/home/recht/rechtwirtschaft/474006/Der-Pfusch-blueht_Wer-braucht-eigentlich-eine-Rechnung.

Król, Paweł (Administrator der Internetseite), Praca na czarno?!, Biuro karier WSU, 29.12.2008 mit Änderungen vom 28.03.2009, http://biurokarier.wsu.kielce.pl/abc-szukania-pracy/formy-wiadczenia-pracy/27-praca-na-czarno.html

Lackenbucher, Oliver, Erfordernisse einer Rechnung, WKO Wien (Hrsg.), Gewerbe Intern, Newsletter der Sparte Gewerbe und Handwerk, Nr. 4/2008. http://www.wkw.at/docextern/sgewerbe/oeffentlichkeitsarbeit/newsletter/gewerbeIntern/GI_0408.pdf

Lackenbucher, Oliver, Pfusch? Garantiert ohne Garantie - Teil 1, WKO Wien (Hrsg.), Gewerbe Intern, Newsletter der Sparte Gewerbe und Handwerk, Nr. 4/2008. http://www.wkw.at/docextern/sgewerbe/oeffentlichkeitsarbeit/navigationspunkt_service/pfusch_1.pdf

Losse, Bert, Schwarzarbeit „Schöne Hilfe“, WirtschaftsWoche-Interview mit Professor Schneider, Düsseldorf, 16.01.2010, http://www.wiwo.de/politik-weltwirtschaft/schoene-hilfe-419245/

Losse, Bert, Schattenwirtschaft. Schwarzarbeit erreicht 2010 neues Rekordniveau, Düsseldorf, Artikel vom 16.01.2010,

http://www.wiwo.de/politik-weltwirtschaft/schwarzarbeit-erreicht-2010-neues-rekordniveau-419402/

Maier, Johann, SPÖ-Maier fordert Verschärfungen im Kampf gegen „Organisierte Schwarzarbeit", 09.08.2010, http://www.spoe.at/page.php?P=105042.

Merkblatt Bekämpfung von Schwarzarbeit, Juli 2008,
http://www.laehn-stb.de/upload/36547860.pdf.

Pazurek_f, Praca nierejestrowana i jej ekonomiczne konsekwencje, sciaga.pl, 01.03.2005.
http://www.sciaga.pl/tekst/33680-34-praca_nierejestrowana_i_jej_ekonomiczne_konsekwencje

RP Online, Schattenwirtschaft wächst 2010 leicht, Bundesregierung verschärft Kampf gegen Schwarzarbeit, Berlin, RPO, (zuletzt aktualisiert. 26.01.2010),
http://www.rp-online.de/politik/deutschland/Bundesregierung-verschaerft-Kampf-gegen-Schwarzarbeit_aid_811610.html

Schneider, Friedrich, SCHWARZARBEIT. Eine Million Österreicher pfuschen, Der Standard, Wirtschaftsnachrichten, APA vom 04.01.2011,
http://derstandard.at/1293369965323/Schwarzarbeit-Eine-Million-Oesterreicher-pfuschen?seite=11

Schneider, Friedrich, Entwicklung der Schattenwirtschaft („Pfusch") in Österreich bis 2007 und die Einstellung der Österreicher hierzu, Jänner 2007,
http://www.econ.jku.at/members/Schneider/files/publications/SchattOest2007.pdf

Schneider, Friedrich , Beitrag für Vierteljahreshefte des DIW – Sondernummer Niedriglohnsektor in Deutschland, Herbst 2002, Zunehmende Schattenwirtschaft in Deutschland: eine wirtschafts- und staatspolitische Herausforderung, September 2002,
http://www.econ.jku.at/members/Schneider/files/publications/DIW.PDF

Sporer, Ulrike, WKO Frau in der Wirtschaft, Dienstleistungsscheck ist Schritt in die richtige Richtung, 18.06.2009 http://portal.wko.at/wk/format_detail.wk?angid=1&stid=146989&dstid=281.

Stawicka, Małgorzata, Jak odzyskać pensję za pracę na czarno? Artikel vom 10.03.2011, http://praca.wp.pl/title,Jak-odzyskac-pensje-za-prace-na czarno,wid,13210324,wiadomosc.html?ticaid=1103d6.

Weck, Hannelore/Pommerehne, Werner/Frey, Bruno, Schattenwirtschaft, München, 1984.
Wikipedia, Schwarzarbeit vom 03. 11. 2011, http://de.wikipedia.org/wiki/Schwarzarbeit.

Wirtschaftskammer Österreich, Ausdehnung der Auftraggeberhaftung auf Reinigungsarbeiten ab 1.1.11, Jänner 2011 http://portal.wko.at/wk/format_detail.wk?angid=1&stid=593149&dstid=7228.

Wirtschaftskammer Österreich, Info Arbeit und Soziales, Gemeinsame Prüfung aller lohnabhängigen Abgaben (GPLA) Jänner 2011
http://portal.wko.at/wk/format_detail.wk?angid=1&stid=555958&dstid=0&titel=Gemeinsame,Pr%C3%BCfung,aller,lohnabh%C3%A4ngigen,Abgaben,(GPLA).

Wirtschaftskammer Österreich, Dienstleistungsscheck, Info, Arbeit und Soziales März 2011
http://portal.wko.at/wk/format_detail.wk?angid=1&stid=440236&dstid=7228.

Wirtschaftskammer Wien, Auftraggeberhaftung, Bauleistungen - Reinigungsleistungen - Höhe der Haftung - Umfang der Haftung, April 2011
http://portal.wko.at/wk/format_detail.wk?angid=1&stid=508353&dstid=7228.

Wirtschaftskammer Wien, Ausdehnung der Auftraggeberhaftung gemäß für lohnabhängige Abgaben bei Bauleistungen, 26.07.2011
http://portal.wko.at/wk/format_detail.wk?angid=1&stid=626744&dstid=725

Wirtschaftskammer Wien, Auftraggeberhaftung - Entfall der Haftung, April 2011
http://portal.wko.at/wk/format_detail.wk?angid=1&stid=610055&dstid=7228

Wirtschaftskammer Wien, Jank zu Schwarzarbeit: Auch Wien stark betroffen. Allein in Wien verursacht Schattenwirtschaft Schaden von über 1 Mrd. Euro pro Jahr, Presse und Medienmanagement vom 07.01.2010,
http://portal.wko.at/wk/format_detail.wk?AngID=1&StID=526435&DstID=686&titel=Jank,zu,Schwarzarbeit:,Auch,Wien,stark,betroffen.

Zalewski, Tomasz, Die Arbeitgeber beschäftigen öfters schwarz (Pracodawcy częściej zatrudniają na czarno), Artikel erscheinen am 05.08.2009 in der Zeitschrift „Rzeczpospolita“,
http://www.rp.pl/artykul/344386.html.

Zalewski, Tomasz, Die Arbeitsinspektionen wollen nicht wegen Schwarzarbeit verfolgen (Inspekcja nie chce ścigać za pracę na czarno), Artikel erschienen am 19.02.2009 in der Zeitschrift „Rzeczpospolita“,
http://www.rp.pl/artykul/56623,265385_Inspekcja_nie_chce_scigac_za_prace_na_czarno.html

ZEBRA Verein, Interkulturelles Beratungs- und Therapiezentrum in Graz, Lexikon, Begriff Schwarzarbeit (illegale Beschäftigung), www.zebra.or.at/lexikon.php?show=s#schwarzarbeit.

Żujewska, Małgorzata, Fiskus karze za wpłacanie podatków po terminie, Gazeta Podatkowa Nr 102 (934) z dnia 20.12.2012, http://winienczyma.bn.org.pl/?p=1046.

II) Rechtsprechung

1 OGH/OLG

OGH vom 20.04.1993, 11 Os 30/93, RIS-Justiz RS0087081.

OGH vom 26.02.1992, 9 Ob A 21/92, Infas 1992/A 93 = RdA 1992/39.

OGH vom 22.12.1993, 9 Ob A 238/93, Infas 1994/A 94.

OGH vom 11.10.2007, 8 Ob A 41/07y ARD 5837/7/2008 = ZAS-Judikatur 2008/3 = Zuvo 2008/34, 50 = DRdA 2008, 171 = JusGuide 2007/52/5322.

OGH vom 10.05.1995, 9 Ob A 59/95, Infas 1995/A 103 = RS0043257.

OGH vom 03.11.2005, 6 Ob 190/04s, SZ 2005/156 = ecolex 2006/97 = RdA 2007/5.

OGH vom 10.04.2008, 9 ObA 172/07w, RIS-Justiz RS0119389 = ARD 5901/6/2008 = ecolex 2008/320, 848 = infas 2008, 211/A92 = DRdA 2008, 443.

OGH vom 07.03.2001, 13 Os 25/01.

OGH vom 16.12.1998, 13 Os 30/98.

OGH vom 08.09.1983, 13 Os 92/83, LSK 1984/15 = EvBl 1984/107.

OGH vom 20.09.2001, 15 Os 126/01.

OGH vom 26.11.2003, 13 Os 118/03.

OGH vom 19.05.1981, 4 Ob 104/80, SZ 54/75 = EvBl 1982/24, 72 = JBl 1982, 500 = Arb 9972 = DRdA 1982,191 (*Strasser*) = ZAS 1982,10 (*Tomandl*)

OGH vom 18.12.1979, 4 Ob 124/79, Arb 9845 = DRdA 1982, 207 (*Rabofsky*) = RdA 1982/10.

OGH vom 01.09.1999, 9 Ob A 187/99m, RdW 2000/4, 242 = ARD 5121/7/2000.

OGH vom 11.10.1977, 11 Os 114/77, EvBl 1978/48, 133 = ÖJZ-LSK 1978/34.

OGH vom 28.11.1978, 11 Os 172/77 ÖJZ-LSK 1979/65.

OGH vom 16. 10. 2003, 15 Os 101/03, RIS-Justiz RS0092421.

OGH vom 08.08.2007, 15 Os 54/06i, JusGuide 2007/41/5133 = RIS-Justiz RS0092421.

OGH vom 28.07.1997, 15 Os 100/97, RIS-Justiz RS0108366.

OGH vom 04.06.1963, 4 Ob 12/63, SZ 36/78 = EvBl 1963/375, 517 = JBl 1963, 542 = SozM IA/e, 503 = Arb 7798 = RS0038461.

OGH vom 11.06.1968, 4 Ob 31/68, EvBl 1968/421, 662 = Arb 8523 = JBl 1969, 226 = ZAS 1969, 214 (*Hoyer)* = SozM IA/e,763 = RS0052177.

OGH vom 07.09.1976, 4 Ob 70/76, EvBl 1977/51, 127 = DRdA 1978, 241 (*Apathy*) = ZAS 1978/9, 57 (*H. Hoyer*) = JBl 1977, 501.

OGH vom 18.10.1977, 4 Ob 95/77, SZ 50/132 = EvBl 1978/87, 243 = Arb 9678 = DRdA 1978, 346 (*Holzer/Posch*) = ZAS 1979, Entscheidung Nr. 7, S. 54-63 (*Schuhmacher*).

OGH vom 28.11.1978, 4 Ob 103/78, Arb 9745 = DRdA 1979, 390 (*Rummel*).

OGH vom 16.03.1994, 9 Ob 51/94, infas 1994, A 131 = Arb 11.139 = ecolex, 1994, 560 = DRdA 1978, 241 (*Apathy*).

OGH vom 25.04.2001, 9 Ob 83/01y, SZ 74/77, RdW 2002/161, 171 = ZfRV 2001/77 = ARD 5253/32/2001 = ecolex 2001/241 = JBl 2001, 653.

OGH vom 16.01.2008, 8 ObA 83/07z, Arb 12.730 = infas 2008, 141/A60 = ARD 5912/12/2008 = DRdA 2008, 441.

OGH vom 26.08.2009, 9 ObA 118/08f, ARD 6054/6/2010 = DRdA 2010, 152 = Arb 12.845 = infas 2010, 18/A9 = ZAS 2011/22, 123 (*Schrank*).

OGH vom 22.04.2010, 8 ObA 58/09a, wbl 2010, 415/156 = ZAS-Judikatur 2010/122 = ecolex 2010/255, 695 = ZAS 2010/50, 306 (*Reiner*) = DRdA 2010, 513 = infas 2010,154/A57 = RdW 2010/498, 490 (Info aktuell) = RdW 2010/667, 650 = ZAS 2011/22, 123 (*Schrank*).

OGH vom 10.10.1990, 9 ObA 602/90, SZ 63/173 = JBl 1991, 331 = ecolex 1991, 47 = Arb 10896 = ZAS 1991, 204 (*Andexlinger).*

OGH vom 07.02.2008, 9 ObA 2/08x, ecolex 2008/204, 563 = ARD 5887/2/2008 = Arb 12.738.

OGH vom 16.09.1992, 9 ObA 206/92, SZ 65/120 = DRdA 1993, 314 (*Ritzberger-Moser*).

OGH vom 16.12.1982, 7 Ob 659/82.

OGH vom 12.04.1984, 8 Ob 576/83, SZ 57/208 = Arb 10.351 = ARD-HB 1986, 250 = ARD 3740/15/85.

OGH vom 03.12.2003, 7 Ob 256/03b, LVaktuell 2004 H 5, 5 = ARD 5491/6/2004 = ZAS-Judikatur 2004/104.

OGH vom 11.11.1998, 9 ObA 276/98y, Arb 11.795 = SZ 71/190.

OGH vom 09.09.1999, 8 ObA 122/99w, Arb 11.927 = ecolex 2000/102, 222.

OGH vom 02.03.2000, 9 ObA 13/00b.

OGH vom 08.02.1994, 11 Os 190/93.

OGH vom 10.12.1998, 8 ObA 154/98z, SZ 71/207 = DRdA 1999, 467.

OGH vom 23.02.2006, 12 Os 119/05z, Jus-Extra OGH-St 3886 = Jus-Extra OGH-St 3889 = Jus-Extra OGH-St 3890 = RZ 2006, 233 EÜ310, 311 RZ 2006 EÜ310 = RZ 2007/3, 52 = SSt 2006/20.

OGH vom 21.05.1975, 4 Ob 19/75, Arb 9349 = ZAS 1976, 141 (*Hoyer).*

OGH vom 14.06.1977, 4 Ob 82/77, SWK 1979, B I 4 = ARD-HB 1979, 639 = ARD 3013/6/78.

OGH vom 27.05.1986, 14 Ob 81/86, SZ 59/91 = EvBl 1986/178, 760 = JBl 1987, 196 = ZAS 1987, 50 (*Beck-Mannagetta-Mayer-Maly*) = RdW 1987, 59.

OGH vom 31.01.1990, 9 ObA 345/89, JBl 1990, 671 = Arb 10840 = ZAS 1991, 196 (*Hoyer*).

OGH vom 08.04.1992, 9 ObA 61/92, SZ 65/55 = EvBl 1992/191, 835 = Arb 11035 = DRdA 1993, 21 (*Rebhahn)*.

OGH vom 31.08.2006, 6 Ob 208/05i, wbl 2006/265, 582 = ecolex 2007/19, 43 = NZ 2006, 348 = HS 37.223 = HS 37.512.

OGH vom 25.06.1998, 8 Ob A 58/98g, infas 1998, A 136 = wbl 1998/351 = RdW 1996, 96 = Arb 11.746 = ARD 4953/4/98 = ZASB 1998, 41.

OGH vom 25.10.1955, 4 Ob 100/55, Arb 6329 = RIS-Justiz RS0021323.

OGH vom 08.03.1960, 4 Ob 4/60, Arb 7210.

OGH vom 01.09.1998, 10 ObS 160/98x, RS0110615, SSV-NF 12/111.

OGH vom 01.07.1986, 14 Ob 103, 104/86, JBl 191987, 198 = REDOK 9396.

OGH 09.12.1999, 8 Ob A 275/98v, RdW 2000/10, 625 = RdA 2000, 261 = wbl 2000/289 = ARD 5141/17/2000 = ASoK 2000, 299.

OGH vom 22.06.2006, 12 Os 21/06i, Jus-Extra OGH-St 3934 = Jus-Extra OGH-St 3950 = SSt 2006/54.

OGH vom 23.06.1967, 12 Os 218/66, SSt 38/40 = EvBl 1968/188, 301.

OGH vom 23.10.1985, 9 Os 98/85, SSt 56/82.

OLG Wien 14.01.2005, 28 R 227/04i, NZ 2005/88, 371.

OGH vom 21.12.1967, 1 Ob 264/67, JBl 1968, 366 = EvBl 1968/209, S. 348.

OGH vom 25.03.1999, 2 Ob 289/97g, ZVR 2000/68 = ZVR 2000, 290 = EFSlg 90.173.

OGH vom 16.10.2008, 15 Os 89/08i, EvBl 2009/21, 135 = Jus-Extra OGH-St 4234 = AnwBl 2009, 367 = SSt 2008/78.

OGH vom 05.07.2012, 13 Os 16/12w, Jus-Extra OGH-St 4660 = EvBl-LS 2013/7 = RdW 2012/648 Heft 10/2012, S. 609 = RS0127943.

OGH vom 02.03.2010, 11Os196/09x (Unterinstanz: LG für Strafsachen Wien vom 06. 10. 2009, 123 Hv 48/09v)

OGH vom 12.12.2012, 15Os87/12a (Unterinstanz: LG für Strafsachen Graz vom 04. 04. 2012, 12 Hv 24/12s-346)

OGH vom 11.05.1988, 9 Ob A 165/87, RdA 1990/37, 349 (*Runggaldier*) = JBl 1989, 667 (*Schima*);

OGH vom 08.02.1988, 9 Ob A 43/89, SZ 62/21 = infas 1990 A 7 = RS0086121.

OGH vom 12.12.2012, 15 Os 87/12 (Unterinstanz LG für Strafsachen Graz als Schöffengericht vom 04.04.2012, 12 Hv 24/12s-346).

OGH vom 14.02.2012, 10ObS11/12h, ARD 6224/6/2012 = RdW 2012/310 S 295 - RdW 2012,295 = ZAS-Judikatur 2012/102 = Jus-Extra OGH-Z 5162 = RZ 2012,204 EÜ174 - RZ 2012 EÜ174.

OGH vom 11.05.1988, 9 Ob A 48/88 RdA 1990, 353 (*Runggaldier*) = Arb 10.741.

2 VwGH/VfGH/UVS

VwGH vom 13.12.1990, 90/09/0141, ZfVB 1992/6 = ARD 4285/8/91 = ZfVB 1992/127.

VwGH vom 28.10.1997, 95/08/0293, VwSlg 14767 A/1997 = SVSlg 41.881 = SVSlg 44.760 = ZASB 1998, 11 = ÖJZ 1998/153 A (VwGH A) = ZAS 1999, 54 = ZAS 1998, 11 = RdA 2001, S 542 = RdW 1998, 89 = ARD 4900/24/98.

VwGH vom 26.09.1991, 90/09/0190, VwSlg 13497 A/1991 = ARD 4317/15/91 = ÖJZ 1992/132 A (VwGH A) = RdA 1992/27.

VwGH vom 26.09.1991, 91/09/0040–0045–0046–0091, ARD 4352/32/92 = ARD 4352/33/92 = ZfVB 1992/6/2009.

VwGH vom 17.12.1998, 96/09/0364, ZfVB 2000/2/532 = ARD 5045/18/99.

VwGH vom 09.09.1997, 97/09/0266, ZfVB 1998/6/1911.

VwGH vom 10.02.1999, 98/09/0298, 0299 ZfVB 2000/3/951.

VwGH vom 28.04.1982, 81/01/0055, VwSlgNF 10.719 A/1982 = ÖJZ 1983/5 A (VwGH A) = ARD 3486/14/83 = ZfVB 1983/3/1010 = ZfVB 1983/3/1389. □ OK

VwGH vom 15.06.1983, 82/01/0310, ZfVB 1984/381 = infas 1984, A 18 = ZfVB 1984/2/381 = ZfVB 1984/2/708 = ARD-HB 1984, 425 und 467 = ARD 3534/1/83 = SWK 1983, K 80. □ OK

VwGH vom 20.12.2000, 97/08/0568, ZfVB 2002/3/920 = ARD 5200/39/2001 = ZASB 2001, 26.

VwGH vom 14.03.2001, 98/08/0332, ARD 5286/29/2002 = ZIK 2001/282, 179.

VwGH vom 16.04.1991, 90/08/0103, SVSlg 37.276, ARD 4302/13/91.

VwGH vom 20.11.2002, 2000/08/0186, ZfVB 2004/3/760 = ARD 5384/11/2003 = SVSlg 48.222.

VwGH vom 30.09.1994, 91/08/0069, SVSlg 40.035 = ARD 4610/29/94.

VwGH vom 19.02.1991, 90/08/0142, ZfVB 1992/2/490 = ZfVB 1992/2/640 = ARD 4296/17/91.

VwGH vom 17.03.1988, 87/08/0112, SVSlg 34.626 = ZfVB 1989/2/510 = ARD 3985/3/88 = ÖJZ 1989/134 A (VwGH A).

VwGH vom 26.03.1987, 86/08/0223. ZfVB 1988/3/979 = SVSlg 32.452 = SVSlg 32.627 = ARD 3885/1/87.

VwGH vom 20.06.2001, 96/08/0331, SVSlg 48.213 = ARD 5297/17/2002 = LVaktuell 2002 H 1, 20.

VwGH vom 13.06.1989, 89/08/0042, ZfVB 1990/4/1809 = SVSlg 34.622 = ARD 4104/5/89.

VwGH vom 13.09.1985, 83/08/0323, ZfVB 1986/2127 = SVSlg 31.115.

VwGH vom 23.05.1985, 83/08/0169, ZfVB 1986/2/676 = SVSlg 28.664 = SVSlg 28.906 = ARD-HB 1986, 381 = ARD 3738/3/85 = SozSi 1986, 416.

VwGH vom 18.12.1981, 08/2119/79, SVSlg 27.114 = ARD-HB 1983, 267 = ARD 3409/3/82 = ZfVB 1983/192.

VwGH vom 27.03.1990, 89/08/0050, SVSlg 34.632 = ARD 4196/8/90 = ZfVB 1991/652.

VwGH vom 27.07.2001, 98/08/0268, SVSlg 48.207 = ARD 5286/21/2002.

VwGH vom 25.05.2011, 2010/08/0026, JusGuide 2011/30/2230 = ZfVB 2011, 1077.

VwGH vom 03.10.2002, 98/08/0326.

VwGH vom 31.01.1995, 92/08/0213, VwSlg 14.216/A = SVSlg 42.035.

VwGH 27.04.2011, 2011/08/0073, ARD 6147/8/2011 = ASoK 2011, 279 = RdW 2011, 318 = ZAS-Judikatur 2011/128.

VwGH vom 07.07.1992, 88/08/0145, SVSlg 36.973 = ZfVB 1993/1737 = ARD 4396/12/92.

VwGH vom 07.09.1996, 94/09/0123, ZfVB 1996/1801.

VwGH vom 07.07.1999, 97/09/0281, VwSlgNF 15190 A/1999 = ZfVB 2000/1642 – Heft 4 = ÖJZ 2000/136 A (VwGH A) = ARD 5076/12/99.

VwGH vom 12.11.1999, 97/09/0301, ZfVB 2001/23 – Heft 1 = ARD 5205/23/2001.

VwGH vom 17.01.2000, 98/09/0059, ZfVB 2001/391 - Heft 2 = ARD 5268/13/2001.

VwGH vom 22.10.2003, 2000/09/0170, ZUV 2004/73 = ARD 5466/8/2004.

VwGH vom 01.12.1988, 88/09/0008, ZfVB 1989/1112 - Heft 4.

VwGH vom 21.04.1994, 93/09/0423, ZfVB 1995/1664 - Heft 5 = ARD 4581/39/94.

VwGH vom 15.12.1989, 89/09/0100, VwSlg 13088 A/1989 = ZfVB 1990/2086 - Heft 5-6 = ARD 4244/5/91 = ÖJZ 1990/348 A (VwGH A) = ecolex 1990, 325.

VwGH vom 13.12.1990, 90/09/0170, ZfVB 1992/7 – Heft 1.

VwGH vom 17.01.1991, 90/09/0135, ZfVB 1992/237 – Heft 2

VwGH vom 17.01.1991, 90/09/0154, ZfVB 1992/239 - Heft 2.

VwGH vom 21.05.1992, 92/09/0015, ZfVB 1993/1179 - Heft 4 = ARD 4386/19/92.

VwGH vom 04.11.1992, 92/09/0136, ZfVB 1994/246 – Heft 1.

VwGH vom 16.11.1995, 95/09/0108, ZfVB 1996/2178 – Heft 6 = ARD 4745/11/96.

VwGH vom 18.10.1990, 90/09/0093, ZfVB 1991/1965 – Heft 5-6 = ARD 4260/11/91.

VwGH vom 23.04.1992, 91/09/0199, ARD 4377/19/92 = RdW 1992, 382 = SWK 1992, B I 11.

VwGH vom 13.09.1999, 97/09/0171, ZfVB 2000/1751 – Heft 5 = ARD 5126/11/2000.

VwGH vom 26.06.2003, 2002/09/0005, ZUV 2003/3, 95 = ARD 5442/9/2003.

VwGH vom 19.02.1993, 92/09/0280, ZfVB 1994/902 - Heft 3 = ZfVB 1994/1115 - Heft 3 = ÖJZ 1993/214 A (VwGH A) = ARD 4540/15/94 = RdW 1993, 223.

VwGH vom 18.11.1993, 93/09/0364, ZfVB 1995/29 – Heft 1 = ARD 4543/20/94.

VwGH vom 23.02.1994, 93/09/0173, ZfVB 1995/844 – Heft 3/1995 = ARD 4633/9/95.

VwGH vom 18.12.1998, 98/09/0181, ZfVB 2000/546 – Heft 2 = ARD 5217/10/2001.

VwGH vom 17.01.2000, 99/09/0171 – 0173, ZfVB 2001/400 – Heft 2.

VwGH vom 24.02.1995, 94/09/0261, ZfVB 1996/875 – Heft 3 = ARD 4723/27/96.

VwGH vom 24.06.2004, 2001/15/0134, ÖStZB 2005/38, S 71 – Heft 3 = SWK 2005, R 10, S 140 – Heft 3.

VwGH vom 15.05.1997, 95/15/0184. ARD 4892/33/97.

VwGH vom 06.03.1997, 95/09/0342. ZfVB 1998/593 – Heft 3 = ARD 4862/42/97 = ÖJZ 1997/168 A (VwGH A).

VwGH vom 30.06.1994, 93/09/0491, VwSlg 14093 A/1994.

VwGH vom 10.11.1998, 98/08/0154, VwSlg 15003 A/1998 = ARD 5042/21/99 = ÖJZ 1999/176A (VwGH A).

VwGH vom 16.11.2011, 2008/08/0152, ARD 6204/9/02012 = RdA 2012, 356 = infas 2012, S 11.

VwGH vom 26.05.1999, 97/09/0262, VwSlg15151A/1999, ZfVB 2000/1332 und 1396 - Heft 4 = RdW 1999, 798 = ÖJZ 2000/5 A (VwGH A) = ASoK 2000, 39.

VwGH vom 07.04.1999, 97/09/0162, ZfVB 2000/1328 – Heft 4 = ARD 5068/15/99.

VwGH vom 20.05.1998, 97/09/0241, ZfVB 1999/812 – Heft 3.

VwGH vom 08.09.1994, 92/18/0250, ZfVB 1995/2036 – Heft 6 = ARD 4619/17/95.

VwGH vom 15.05.2009, 2006/09/0157, ZfVB 2010/26, S 53 = RdA 2009, 535 = RdW 2009/611, S 600 = ARD 5992/2/2009.

VwGH vom 17.09.1991, 91/08/0052, SVSlg 36.964.

VwGH vom 13. 06.1989, 85/08/0064, SVSlg 34.384 = ZfVB 1990/1793 ARD 4095/9/89.

VwGH vom 05.06.2002, 99/08/0138, SVSlg 48.217 = ARD 5384/14/2003.

VwGH vom 17.12.1991, 91/08/0042, ARD 4358/16/92.

VwGH vom 28.02.1980, 2219/79 und 2381/79, ÖJZ 1981/54 F (VwGH F) = ÖStZB 1980, 304.

VwGH vom 24.09.1981, 81/16/0129, VwSlg 5621 F = ÖJZ 1983/18 F (VwGH F) = REDOK 3826 = ÖStZB 1982, 239.

VwGH vom 22.10.1986, 83/13/0055, SWK 1987, R 28 = ÖJZ 1987/278 F (VwGH F) = ÖStZ 1987, 68 = REDOK 10.393.

VwGH vom 24.02.2011, 2007/09/0361, ZVR 2011/184 = RdW 2011/326 - Heft 6/2011, S. 318 = ARD 6149/1/2011.

VwGH vom 11.05.1998 98/10/0040, VwSlg 14890 A/1998 = ZfVB 2000/820 - Heft 2 = ÖJZ 1999/65 A (VwGH A).

VwGH vom 29.04.2008, 2007/05/0125, ÖJZ 2009/51 = JusGuide 2008/28/642 (VwGH).

VwGH vom 24.02.1995 94/09/0084, ZfVB 1996/867 - Heft 3 = ARD 4687/13/95.

VwGH 25.03.2010 2008/09/0203, RdW 2010/10/669, 652 = ZfVB 2010/5/1256, S. 791 = ARD 6095/3/2010.

VwGH vom 27.04.2011, 2010/08/0172, SVSlg 57.782 = ARD 6159/6/2011.

VwGH vom 10.05.2011, 2007/18/0681.

VwGH vom 05.07.2011, 2008/21/0125.

VwGH vom 16.03.2011, 2009/08/0056, ARD 6181/14/2011 = RdA 2011, 465.

VwGH vom 12.07.2011, 2009/09/0032.

VwGH vom 15.09.2011, 2009/09/0145.

VwGH vom 16.11.2011, 2008/08/0262, JusGuide 2011/51/2634.

VwGH vom 20.12.2011, 2011/23/0262.

VwGH vom 16.06.2004, 2001/08/0112.

VwGH vom 27.04.2011, Zl. 2009/08/0123.

VwGH vom 07.09.2011, 2008/08/0218, ARD 6189/6/2011 = ASoK 2011, 477 = RdA 2012, 242.

VwGH vom 18.02.2004, 2002/08/0137.

VwGH vom 27.04.2011, 2008/08/0141.

VwGH vom 21.12.2011, 2008/08/0201.

VwGH vom 27.04.2011, 2011/08/0058.

VwGH vom 27.04.2011, 2008/08/0141, ARD 6191/11/2011 = JusGuide 2011/29/2209.

VwGH vom 15.09.2010, 2007/08/0300

VwGH vom 16.11.2011, 2008/08/0220.

VwGH vom 26.05.2010, 2010/08/0080.

VwGH vom 28.03.2012, 2010/08/0239, JusGuide 2012/19/2917 (VwGH).

VwGH vom 22.03.2012, 2009/09/0252.

VwGH vom 22.02.2012, 2011/08/0150.

VwGH vom 26.01.2012, Zl. 2009/09/0286.

VwGH vom 31.05.2012, 2011/23/0408.

VwGH vom 21.06.2012, 2011/23/0421.

VwGH vom 21.06.2012, 2011/23/0146.

VwGH vom 25.09.2012, 2012/04/0113.

VwGH vom 04.10.2012, 2012/09/0134.

VwGH vom 16.02.2011, 2011/08/004, ARD 6181/13/2011 = JusGuide 2011/17/2013 = ZAS-Judikatur 2012/11.

VwGH vom 06.09.2012, Zl. 2012/09/0105.

VwGH vom 10.10.2012, 2009/18/0491.

VwGH vom 14.03.2012, 2012/04/0012.

VwGH vom 24.04.2003, Zl. 2000/09/0083.

VwGH vom 23.06.2010, Zl. 2009/06/0129.

VwGH vom 17.10.2012, 2012/08/0143.

VwGH vom 11.07.2012, Zl. 2009/08/0091.

VwGH vom 06.11.2012, 2012/09/0123.

VwGH vom 25.03.2010, Zl. 2007/09/0261.

VwGH vom 26.01.2012, Zl. 2009/09/0099.

VwGH vom 29.01.2013, 2012/22/0228, Vorinstanz Bescheid der Sicherheitsdirektion für Wien vom 23. 09. 2010, Zl. E1/326.592/2010 betreffend Aufenthaltsverbot.

VfGH vom 08.03.2012, B 1003/11-7, B 1004/11-7.

VfGH vom 21.06.2000, G 78/99 und G 70/00, VfSlg 15850/2000 = ARD 5150/16/2000 = ZfVB 2001/1905 - Heft 5-6 = ZASB 2000, 46.

VfGH vom 17.06.1991, B 1017/90, ZfVB 1992/1288 – Heft 3 = AnwBl 1992/4288.

VfGH vom 16.12.2010, B 343/10, UVS-Slg 2011/45 = ARD 6128/2/2011 = RdW 2011/192 - Heft 4, S. 190 = Der Standard 2011/12/02.

VfGH vom 02.07.2009, B 559/08, ecolex 2009, 1001 = JAP 2009/2010/22 = Die Presse 2009/39/01.

VfGH vom 05.12.1996, G 9/96, VfSlg 14.696/1996 = ZfVB 1997/1175 - Heft 3 = JBl 1997, 447 = ZVR 1997/90, 239 = JAP 1997/98, 38 = SWK 1997, R 74.

VfGH vom 19.06.1998, G 275/96, VfSlg 15.199 = ZfVB 1998/2265, 2284, 2289.

VfGH vom 11.03.1998, G 262/97, VfSlg. Nr. 15.128 = ZfVB 1998/1833 - Heft 5.

VfGH vom 19.06.2000, B 246/99, VfSlg. Nr. 15.824 = ZfVB 2001/1156 - Heft 3 = ZVR 2001/21.

VfGH vom 02.05.2011, G 67/10 (Beschluss), VfSlg 19367/2011.

VfGH vom 21.06.2000, VfSlg. 15.850.

UFS Wien vom 30.05.2011, RV/0472-W/04, FINDOK 53783.

UFS Wien vom 19.12.2012, RV/1390-W/12, Steuer (Referent), Scheinrechnungen - verdeckte Schwarzarbeit, Umsatzsteuer und Einkommensteuer 2005 – 2009, FINDOK 61734.

3 Deutsche Gerichte: BGH, LAG, OLG, BAG etc.

LAG Meckelburg-Vorpommern, Urteil vom 25.11.2008, 5 Sa 174/08.

LAG München, BAG, Urteil vom 17.03.2010, 5 AZR 301/09, aus den Gründen II. 2.

OLG Stuttgart, Beschluss vom 17.04.2000, 2 Ss 47/00 zu StGB § 263, wistra 2000, 392.

BGH vom 31.05.1990 – VII ZR 336/89 (Köln) NJW 1990, Heft 40, S. 2542 f.

BGH vom 24.04.2008 - VII ZR 42/07, NJW-RR 2008, 1050 f = ZIP 2008, 1636 = IBR 2008, 431.

BGH vom 23.06.1997 – II ZR 220/95, BGHZ 136, 125.

BGH vom 21.01.1997 - VI ZR 338/95, BGHZ 134, 304 (310) = NJW 1997, 1237 = ZIP 1997, 412 = VersR 1997, 49.

BGH vom 12.02.2003 – 5 StR 165/02 (LG Kleve), NJW 2003, Heft 25, S. 1821-1824.

BGH Beschluss vom 28.05.2002 – 5 StR 16/02 (LG Neuruppin), NJW 2002 – Heft 34, S. 2480-2483.

BGH vom 23.09.1982 – VII ZR 183/80 (Braunschweig), NJW 1983 – Heft 3, S. 109-111.

BFH vom 30.06.2010 - Az. II R 14/09, BGHSt 4, S. 347 = openJur 2011, 88482.

BVerwG vom 13.04.1962 – VII C 34. 61, BVerwGE 14,125.

BVerfG vom 13.10.1971 - 1 BvR 280/66, BVerfGE 32, 54 = NJW 1971, 2299.

Landgericht Frankfurt/Oder vom 14.07.2006, 17 O 416/04.

Brandenburgisches OLG vom 08.02.2007, 12 U 155/06.

Landgericht Aachen vom 28.04.2006, 12 O 621/04.

OLG Köln vom 22.11.2006, 11 U 89/06.

OLG Köln vom 11.10.1989 - 2 U 4/89, NJW 1990, 917 (Ls.) = NJW-RR 1990, 251.

OLG Frankfurt/Main vom 25.02.2005, 1 Ss 9/04, NJW 2005, 2026 = NStZ-RR 2005, 184.

BAG vom 26.02.2003 - 5 AZR 690/01, BAGE 105, 187 (191) = MDR 2003, 1185 = DB 2003, 1581 = NZA 2004, 313.

4 EuGH/EGMR

EuGH vom 21.09.2006, Rs. C-168/04, Kommission gegen Österreich, Slg. 2006, I-9041, Rz 36 = wbl 2006/209, 466 = DRdA 2007/18, 75 (*Wedl).*

EuGH vom 25.10.2001, C-493/99, Slg. 2001, I-8163 = NJW 2001, S. 3767 = NZBau 2002, 46 = EuZW 2001, 757 = NZA 2001, 1299.

EuGH Urteil vom 28.03.1996, Rs C-272/94, *Guiot*, Slg 1996, S I-1905.

EuGH Urteil vom 09.08.1994, Rs C-43/93, *Vander Elst,* Slg 1994, I-3803,EuGH 693J0043.

EuGH Urteil vom 03.12.1974, Rs 33/74, Van Binsbergen/Bedrijfsvereniging Metaalnijverheid, Slg 1974, S 1299, EuGH 674J0033.

EuGH vom 27.03.1990 - C-113/89, *Rush Portuguesa* , Slg. 1990, I-1417 = NZA 1990, 653 , EuGH 689J0113.

EuGH vom 18.07.2007, C-490/04, Kommission/Deutschland, Slg 2007, I-6095.

EuGH C-515/08, Rs Santos Palhota, Slg 2010, I-0000.

EuGH C-438/05, Viking Line, RN 78 und 79.

EuGH C-341/05, Laval, RN 103 bis 105.

EuGH C-60/03 Wolff/Müller, RN 35 und 41.

EuGH C-490/04, Kommission/Deutschland, RN 70.

EGMR vom 29.05.2001, *Fischer gegen Österreich*, Nr 37950/97, ÖJZ [MRK] 2001/22, 657 = ZVR 2001/69, 273.

EGMR vom 23.10.1995, Beschwerdesache *Gradinger gegen Österreich*, Serie A-328-C, VfSlg 14.696/1996 = ZVR 1996/1 = ÖJZ-MRK 1995/51 = JBl 1997, 577 = Newsletter 1995/5/10 = ecolex 1996, 55.

EGMR vom 17.09.2009, Fall Scoppola (Nr. 2), Appl. 10.249/03, Z 106, 109.

III Bundesgesetzblätter

Österreich

698 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates XXII. GP, Regierungsvorlage: Bundesgesetz, mit dem das Strafgesetzbuch, das Allgemeine Sozialversicherungsgesetz, das Firmenbuchgesetz und die Konkursordnung zur Bekämpfung des Sozialbetrugs geändert werden (Sozialbetrugsgesetz-SozBeG) (EBRV SozBeG 698 BlgNR XXII. GP)

1587 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates XX. GP, Ausgedruckt am 23.02.1999, Regierungsvorlage zum Bundesgesetz, mit dem ein Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz erlassen wird und das Allgemeine Sozialversicherungsgesetz, das Gewerbliche Sozialversicherungsgesetz, das Bauern-Sozialversicherungsgesetz, das Arbeitslosenversicherungsgesetz 1977, das Arbeitsmarktförderungsgesetz, das Ausländerbeschäftigungsgesetz, das Bundesvergabegesetz 1997, das Fremdengesetz 1997, die Gewerbeordnung 1994, das Abgabenverwaltungsorganisationsgesetz, das Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz, das Arbeitskräfteüberlassungsgesetz, das Arbeits- und Sozialgerichtsgesetz und das Sonn- und Feiertags- Betriebszeitengesetz geändert werden, (1587 BlgNR, XX. GP)

Bundesgesetz vom 23. Jänner 1974 über die mit gerichtlicher Strafe bedrohten Handlungen (Strafgesetzbuch - StGB) - BGBl. Nr. 60/1974 idF von BGBl. I Nr. 111/2010.

Bundesgesetz, mit dem die Strafprozessordnung 1975 neu gestaltet wird (Strafprozessreformgesetz - StPO) BGBl. Nr. 631/1975 eingeführt durch BGBl. I Nr. 19/2004 vom 23.03.2004 idF von BGBl. I Nr. 2/2013.

Bundesgesetz vom 9. September 1955 über die Allgemeine Sozialversicherung (Allgemeines Sozialversicherungsgesetz - ASVG.) - BGBl. Nr. 189/1955 idF BGBl. I Nr. 111/2012.

Bundesgesetz, mit dem ein Dienstleistungsscheckgesetz (DLSG) erlassen wird, sowie das Allgemeine Sozialversicherungsgesetz, das Arbeitsmarktpolitik-Finanzierungsgesetz, das Einkommensteuergesetz 1988 und das Arbeits- und Sozialgerichtsgesetz geändert werden, BGBl. I Nr. 45/2005 idF BGBl. I Nr. 114/2005.

Abgabenänderungsgesetz 2002 – BGBl I 2002/132 iVm Budgetbegleitgesetz 2003 – BGBl I 2003/71 ab 21.08.2003.

Bundesgesetz, mit dem das Strafgesetzbuch, das Allgemeine Sozialversicherungsgesetz und die Konkursordnung zur Bekämpfung des Sozialbetrugs geändert werden (Sozialbetrugsgesetz-SozBeG) vom 30.12.2004, BGBl I 2004/152 idF des Budgetbegleitgesetzes 2011, BGBl I Nr. 111/2010.

Bundesgesetz, mit dem ein Verbandsverantwortlichkeitsgesetz erlassen wird und mit dem das Mediengesetz, das Lebensmittelsicherheits- und Verbraucherschutzgesetz, das Patentgesetz, das Markenschutzgesetz 1970, das Halbleiterschutzgesetz, das Musterschutzgesetz 1990 und das

Gebrauchsmusterschutzgesetz geändert werden vom 23.12.2005 = Bundesgesetz über die Verantwortlichkeit von Verbänden für Straftaten (Verbandsverantwortlichkeitsgesetz – VbVG), BGBl. I Nr. 151/2005 idF BGBl. I Nr. 112/2007.

Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz 2006 - BVergG 2006) vom 31.01.2006, BGBl. I Nr. 17/2006 idF BGBl. I Nr. 73/2010.

Verwaltungsstrafgesetz 1991 – VStG, vom 01.02.1991, BGBl. Nr. 52/1991 idF des Budgetbegleitgesetzes 2011, BGBl I Nr. 111/2010.

Bundesgesetz vom 11. Oktober 1978 über die Sozialversicherung der in der Land- und Forstwirtschaft selbständig Erwerbstätigen (Bauern-Sozialversicherungsgesetz - BSVG), BGBl. Nr. 559/1978, geändert am 04.09.1999 durch BGBl. I Nr. 194/1999 idF des Budgetbegleitgesetzes 2011, BGBl I Nr. 111/2010.

Bundesgesetz vom 11.Oktober 1978 über die Sozialversicherung der in der gewerblichen Wirtschaft selbständig Erwerbstätigen (Gewerbliches Sozialversicherungsgesetz - GSVG), BGBl. Nr. 560/1978, geändert am 04.09.1999 durch BGBl. I Nr. 194/1999 idF des Sozialrechts-Änderungsgesetz 2012 (SRÄG 2012), BGBl I Nr. 3/2013.

Bundesgesetz vom 20. März 1975, mit dem die Beschäftigung von Ausländern geregelt wird (Ausländerbeschäftigungsgesetz - AuslBG), BGBl. Nr. 218/1975 idF BGBl. I Nr. 98/2012.

Bundesgesetz vom 01. Juli 1993, mit dem arbeitsvertragsrechtliche Bestimmungen an das EG-Recht angepaßt (Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz - AVRAG) und das Angestelltengesetz, das Gutsangestelltengesetz und das Hausgehilfen- und Hausangestelltengesetz geändert werden, BGBl. Nr. 459/1993 idF BGBl. I Nr. 24/2011.

Bundesgesetz, mit dem das AVRAG das Insolvenz-Entgeltsicherungsgesetz, das Landarbeitsgesetz 1984, das Arbeitskräfteüberlassungsgesetz und das Allgemeine Sozialversicherungsgesetz geändert werden, Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz – (LSDB-G), AVRAG idF BGBl. I Nr. 24/2011.

Bundesgesetz über die Ausübung der Fremdenpolizei, die Ausstellung von Dokumenten für Fremde und die Erteilung von Einreisetitel (Fremdenpolizeigesetz 2005 - FPG) vom 16.08.2005, BGBl. I Nr. 100/2005 idF. BGBl. I Nr. 17/2011 (VfGH).

Bundesgesetz über die Niederlassung und den Aufenthalt in Österreich (Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz - NAG), BGBl. I Nr. 100/2005 idF BGBl. I Nr. 38/2011.

Gewerbeordnung 1994 - GewO 1994, vom 19.03.1994, BGBl. Nr. 194/1994 idF des Budgetbegleitgesetzes 2011, BGBl I Nr. 111/2010.

Bundesgesetz, mit dem das Einkommensteuergesetz 1988, das Normverbrauchsabgabegesetz, die Bundesabgabenordnung, das Abgabenverwaltungsorganisationsgesetz, das Finanzstrafgesetz, das Zollrechts-Durchführungsgesetz, das Allgemeine Sozialversicherungsgesetz, das Ausländerbeschäftigungsgesetz, das Fremdenpolizeigesetz 2005, das Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz, das Sperrgebietsgesetz 2002 und das Kraftfahrgesetz 1967 geändert werden – Betrugsbekämpfungsgesetz 2006 vom 26.06.2006, BGBl I 2006/99.

Bundesgesetz vom 26. Juni 1958, betreffend das Finanzstrafrecht und das Finanzstrafverfahrensrecht (Finanzstrafgesetz - FinStrG.), BGBl. Nr. 129/1958 idF BGBl. I Nr. 104/2010.

Bundesgesetz, mit dem das Allgemeine Sozialversicherungsgesetz, das Gewerbliche Sozialversicherungsgesetz, das Bauern-Sozialversicherungsgesetz, das Allgemeine Pensionsgesetz und das Bundespflegegeldgesetz geändert werden (Sozialrechts-Änderungsgesetz 2007 - SRÄG 2007) vom 29.06.2007, BGBl. I Nr. 31/2007, In-Kraft-Treten 01. 01. 2008.

Bundesgesetz, mit dem das Finanzstrafgesetz und das Bankwesengesetz geändert werden (Finanzstrafgesetz-Novelle 2010 – FinStrG-Novelle 2010), 874 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates XXIV. GP.

Bundesgesetz, mit dem das Einkommensteuergesetz 1988, das Körperschaftsteuergesetz 1988, das Umgründungssteuergesetz, das Umsatzsteuergesetz 1994, die Bundesabgabenordnung, das Finanzstrafgesetz, die Abgabenexekutionsordnung, das Familienlastenausgleichsgesetz 1967 und das Kommunalsteuergesetz 1993 geändert werden (Abgabensicherungsgesetz 2007 - AbgSiG 2007), BGBl. I Nr. 99/2007.

Bundesgesetz mit dem das Einkommensteuergesetz 1988, das Körperschaftsteuergesetz 1988, die Bundesabgabenordnung, das Abgabenverwaltungsorganisationsgesetz 2010 und das EU-Polizeikooperationsgesetz geändert werden (Betrugsbekämpfungsgesetz 2010 – BBKG 2010), 875 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates XXIV. GP.

Bundesgesetz vom 23. März 1988, mit dem die Überlassung von Arbeitskräften geregelt (Arbeitskräfteüberlassungsgesetz - AÜG) sowie das Arbeitsmarktförderungsgesetz, das Arbeitsverfassungsgesetz, das Allgemeine Sozialversicherungsgesetz und die Gewerbeordnung 1973 geändert werden, BGBl. Nr. 196/1988 idF des Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz (LSDB–G), BGBl. I Nr. 24/2011.

Wohnungsbau- und Familienheimgesetz - II. WoBauG vom 27.06.1956, BGBl. I S. 523 in der Neufassung vom Zweiten Wohnbaugesetz vom 19.08.1994, BGBl. I S. 2137 idF des Gesetzes zur Reform des Wohnungsbaurechts, des Wohnraumförderungsgesetzes vom 13.09.2001, BGBl. I S. 2376, zuletzt geändert durch Art 7 des Gesetzes vom 29.12.2003, BGBl. I S. 3076.

Verordnung des Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit über die Zugangsvoraussetzungen für das reglementierte Gewerbe der Überlassung von Arbeitskräften (Arbeitskräfteüberlassungs-Verordnung) BGBl. II Nr. 92/2003

Bundesgesetz vom 11. Dezember 1969 über die Regelung der Arbeitszeit (Arbeitszeitgesetz) (AZG), BGBl. Nr. 461/1969 idF BGBl. I Nr. 93/2010.

<u>Deutschland</u>

Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit und illegalen Beschäftigung (Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz –SchwarzArbG) vom 23. Juli 2004 (BGBl. I S. 1842), idF des Art 7 des Gesetzes vom 21.07.2012 (BGBl. I S. 1566).

Sozialgesetzbuch - Viertes Buch (SGB IV) - Gemeinsame Vorschriften für die Sozialversicherung vom 23.12.1976, BGBl. I S. 3845 idF der Bekanntmachung vom 12.11.2009, BGBl. I S. 3710, 3973 zuletzt geändert durch Gesetze vom 22.06.2011, BGBl. I S. 1202.

Sozialgesetzbuch – Fünftes Buch (SGB V) - Gesetzliche Krankenversicherung vom 20.12.1988, BGBl. I S. 2477 idF des Gesetzes vom 28.07.2011, BGBl. I S. 1622.

Asylbewerberleistungsgesetz vom 30.06.1993 idF der Bekanntmachung vom 05.08.1997 (BGBl. I S. 2022), geändert durch BGBl. I S. 1856 vom 24.09.2008. (Deutschland)

Gesetz über Ordnungswidrigkeiten (OWiG) idF vom BGBl. I S. 602 vom 19.02.1987, geändert durch BGBl. I S. 2353 vom 29.07.2009.
Strafgesetzbuch (StGB) vom 15.05.1871 idF der Bekanntmachung vom 13.11.1998, BGBl. I S. 3322, geändert durch BGBl. I S. 1266 vom 23.06.2011.

Gesetz zur Erleichterung der Bekämpfung von illegaler Beschäftigung und Schwarzarbeit vom 23.07.2002 - dtBGBl I Nr. 52, S. 2787 ff.

Gesetz zur Intensivierung der Bekämpfung der Schwarzarbeit und damit zusammenhängender Steuerhinterziehung vom 23.07.2004, dBGBl. i.d.f. I Nr. 39, 1842 ff. in Kraft ab 01.08.2004.

Gewerbeordnung (GewO) vom 21.06.1869 idF der Bekanntmachung vom 22.02.1999, BGBl. I S. 202, geändert durch BGBl. I S. 1341 vom 11.07.2011.

Gesetz zur Ordnung des Handwerks (HwO) vom 17.09.1953, BGBl I 1953, 1411, neugefasst durch Bekanntmachung vom 24.9.1998, BGBl. I S, 3074, geändert durch BGBl. I S.1341 vom 11.07.2011.

Abgabenordnung (AO) vom 16.03.1976 idF vom BGBl. I S. 3866, geändert durch BGBl. I S. 676 vom 28.04.2011.

Einkommensteuergesetz (EStG) vom 16.10.1934 idF vom BGBl. I S. 3366, 3862 vom 08.10.2009, geändert durch BGBl. I S. 1126 vom 22.06.2011.

Umsatzsteuergesetz (UStG) vom 26.11.1979 idF BGBl. I S. 386 vom 21.02.2005, geändert durch BGBl. I S. 1090 vom 16.06.2011.

Grundgesetz (GG) für die Bundesrepublik Deutschland vom 23.05.1949 in der im BGBl Teil III, Gliederungsnummer 100-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, zuletzt geändert durch Art 1 des Gesetzes vom 21.07.2010 (BGBl. I S. 944).

Gesetz über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet (Aufenthaltsgesetz - AufenthG) vom 30.07.2004 idF BGBl. I S. 162 vom 25.02.2008, zuleetzt geändert durch BGBl. I S. 254 vom 15.02.2013.

Sozialgesetzbuch – Erstes Buch (SGB I) - Allgemeiner Teil - Gesetzes vom 11.12.1975, BGBl I S. 3015, idF BGBl. I S. 453 vom 24.03.2011.

Sozialgesetzbuch – Drittes Buch (SGB III) - Arbeitsförderung - Gesetz vom 24.03.1997, BGBl. I S. 594, geändert durch BGBl. I S. 1202 vom 22.06.2011.

Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit i.d F des Beschlusses vom 06.02.1995, BGBl. S. 165.

Gesetz zur Regelung der Arbeitnehmerüberlassung, (Arbeitnehmerüberlassungsgesetz - AÜG) vom 07.08.1972, BGBl. I S. 1393 idF BGBl. I S. 158 vom 03.02.1995, geändert durch BGBl. I S. 2854 vom 20.12.2011.

Gesetz über zwingende Arbeitsbedingungen für grenzüberschreitend entsandte und für regelmäßig im Inland beschäftigte Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen (Arbeitnehmer-Entsendegesetz - AEntG) vom 20.04.2009, BGBl. I, S. 799.

Zweites Gesetz zur Änderung steuerlicher Vorschriften, Steueränderungsgesetz 2003 (StÄndG 2003), Bundesgesetzblatt 2003 Teil I Nr. 63, S. 2645 ff.

<u>Polen</u>

Arbeitslosenversicherungsgesetz 1977 (AlVG), BGBl. Nr. 609/1977 (WV) idF BGBl. I Nr. 25/2011.
Ustawa z dnia 26.06.1974 r. Dz.U. Nr 24, Poz. 141.

Kodeks pracy (Arbeitsgesetzbuch vom 26.06.1974) idF 2011 r. Nr 144, poz. 855.

Ustawa z dnia 06.06.1997 r. Kodeks postępowania karnego (=polnisches Strafgesetzbuch) idF Dz.U. z 2010 r. Nr 7, poz. 46.

Ustawa z dnia 10.09.1999 r. Kodeks karny skarbowy (=polnisches Finanzstrafgesetzbuch), Dz.U.2007.111.765 idF vom 18.04.2012, Dz.U.2012.362

Ustawa z dnia 24.08.2001 r. – Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia (= polnisches Verwaltungsstrafverfahrensgesetz) idF Dz. U. z 2008 r. Nr 133, poz. 848.

Ustawa z dnia 26.07.1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych
(= Einkommenssteuergesetz für natürliche Personen), Dz. U. 1991 Nr 80 poz. 350 idF z 2013 r. poz. 21.

Ustawa z dnia 09.07.2003 r. o zatrudnianiu pracowników tymczasowych
(= Arbeitskräfteüberlassungsgesetz), Dz. U. Nr 166, poz. 1608, z 2004 r. nr 96, poz. 959, z 2007 r. nr 89, poz. 589, z 2009 r. nr 6, poz. 33, Dz. U. z 2009 r. nr 221, poz. 1737.

Ustawie z dnia 12.10.1990 r o Straży Granicznej (= Grenzpolizeigesetz), Dz. U. z 2011 r. Nr 116, poz. 675 idF 2012 r. poz. 627 i 664.

Ustawa z dnia 13.06.2003 o cudzoziemcach (Fremdengesetz vom 13.06.2003) idF Dz. U. z 2011 r. Nr. 264, poz. 1573 oraz z 2012 r. poz. 589.

Ustawa z dnia 20.04.2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy (Gesetz vom 20.04.2004 über die Beschäftigungsförderung und Arbeitsmarktinstitutionen), Dz. U. Nr 99, Poz. 1001 idF Nr 257, poz 1725 vom 01.02.2011.

Ustawa z 13.10.1998r. o systemie ubezpieczeń społecznych (Sozialversicherungsgesetzbuch), Dziennik Ustaw z 1998 r. Nr 137 poz. 887 idF Dz. U. z 2011 r. Nr 45, poz. 235, Nr 75, poz. 398, Nr 138, poz. 808.

Ustawa z dnia 13.04.2007 r. O Państwowej Inspekcji Pracy (Staatliche Arbeitsinspektion), Dziennik Ustaw z 2007 r. Nr 89 poz. 589 idF Dz. U. z 2010 r. Nr 109, poz. 708, Nr 128, poz. 1228, Nr 238, poz. 1578, Nr 257, poz. 1725, Dz. U. z 2012 r. poz. 404.

Richtlinien/Verordnungen/Rahmenbeschlüsse

Verordnung über die Erfassung und Übermittlung von Daten für die Träger der Sozialversicherung (Datenerfassungs- und -übermittlungsverordnung - DEÜV) neugefasst durch Beschluss vom 23. 01. 2006, BGBl. I S. 152 idF vom 29.09.2011, BGBl. I 2011, Nr. 49, S. 1889-1944.

Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 des Rates vom 15.10.1968 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft (ABl. Nr. L 257 S. 2) idF Art 41 ÄndVO (EU) 492/2011 vom 05.04.2011 (ABl. Nr. L 141 S. 1).

Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 des Rates vom 14.06.1971 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu– und abwandern (Konsolidierte Fassung — ABl. Nr. L 28 vom 30.01.1997, S. 1), (ABl. L 149 vom 05.07.1971, S. 2), berichtigt durch ABl. L 179 vom 08.07.1997, S. 12) idF Verordnung (EG) Nr. 629/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 05.04.2006 (L 114 1 27.4.2006).

Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.04.2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, Amtsblatt der Europäischen Union L 166 vom 30. April 2004.

Richtlinie 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.12.1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, ABl EG 1997 Nr L 18 vom 21.01.1997.

Richtlinie 91/533/EWG des Rates vom 14. Oktober 1991 über die Pflicht des Arbeitgebers zur Unterrichtung des Arbeitnehmers über die für seinen Arbeitsvertrag oder sein Arbeitsverhältnis geltenden Bedingungen. Inkrafttreten: 28.10.1991; Datum der Umsetzung: 30.06.1993.

Richtline 2009/52/EG des Europäischen Parlaments und Rates vom 18.Juni 2009 über Mindeststandards für Sanktionen und Maßnahmen gegen Arbeitgeber, die Drittstaatsangehörige ohne rechtmäßigen Aufenthalt beschäftigen - ABl. L 168 vom 30. Juni 2009, S. 24, CELEX Nr. 32009L0052.

Rahmenbeschluss 2002/584/JI des Rates vom 13.06.2002 über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten (ABl. L 190 vom 18.07.2002, S. 1) idF des Rahmenbeschlusses 2009/299/JI (ABl. L 81 vom 27.03.2009, S. 24).

IV Sonstiges: Erläuternde Bemerkungen/Regierungsvorlagen

Organisationshandbuch KIAB – Erlass des BMF vom 01.08.2008-BMF-280000/0070-IV/2/2008.
Abgabensicherungsgesetz 2007 (AbgSiG 2007), BGBl.Nr. 663/1994 idF BGBl. I Nr. 99/2007 vom 28.12.2007.

Deutscher Bundestag, Gesetzesentwurf der Regierung, Entwurf eines Gesetzes zur Erleichterung der Bekämpfung von illegaler Beschäftigung, 14. Wahlperiode, Drucksache 14/8221 vom 11.02.2002.

Deutscher Bundestag, Entwurf eines Gesetzes zur Intensivierung der Bekämpfung der Schwarzarbeit und damit zusammenhängender Steuerhinterziehung, 15. Wahlperiode, Drucksache 15/2573 vom 02.03.2004.

Deutscher Bundestag, Beschlußempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses (6. Ausschuß) zum Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, 10. Wahlperiode, Drucksache 10/5058, Sachgebiet 453 vom 19.02.1986.

ORF.at, Tirol News, ÖGB fordert mehr Kampf gegen die Schwarzarbeit, in Wirtschaft, 05.01.2011, www.tirol.orf.at/stories/491266.

Organisationshandbuch KIAB, SWK 2008 – Heft 26 vom 10.09.2010, S. 703.

Regierungsprogramm der Österreichischen Bundesregierung für die XXII. Gesetzgebungsperiode (insgesamt 40 Seiten), http://www.bs13.goed.at/archiv/regierungsprogramm.pdf

Regierungsprogramm für die XXIV. GGP Regierungsprogramm 2008 – 2013 Gemeinsam für Österreich, http://www.oevp.at/Common/Downloads/Regierungsprogramm2008-2013.pdf

Steuerrecht aktuell, Betrugsbekämpfungsgesetz 2010, Gesetzesbeschluss des Nationalrates samt Erläuterungen, ÖStZ 22/2010, Artikel-Nr. 1067, S. 529-534.

Schwarzarbeit in Österreich. Umfrage: Große Akzeptanz für Steuerhinterziehung in Österreich, SWK 2007, W 186.

Stenographisches Protokoll, 160. Sitzung des Nationalrates der Republik Österreich, XX. Gesetzgebungsperiode vom 25.02.1999, 1. Anfrage, Nr. 244/M.

Vorschlag der Kommission der Europäischen Gemeinschaften für eine Richtlinie über Sanktionen gegen Personen, die Drittstaatsangehörige ohne legalen Aufenthalt beschäftigen, Brüssel vom 16.05.2007 (KOM(2007)0249 – C6-0143/2007 – 2007/0094(COD)).

Zusammenfassungen der EU- Gesetzgebung, Freier Personenverkehr, Asyl und Immigration: Sanktionen gegen die Beschäftigung Drittstaatsangehöriger ohne geregelten Aufenthalt, http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/free_movement_of_persons_asylum_immigration/l14566_de.htm

Bericht des Wirtschaftsausschusses vom 19.03.2002 über die RV (977 der Beilagen) zum Konjunkturbelebungsgesetz 2002.

AuftraggeberInnen-Haftungsgesetz, 523 der Blg XXIII. GP - Regierungsvorlage – Materialien.

Strukturanpassungsgesetz 1996 – Regierungsvorlage – Volltext, 72 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates, XX. GP, 340 Seiten.

Betrugsbekämpfungsgesetz 2006, Regierungsvorlage – Material,1435 BlgNR XXII. GP.
Bundesgesetz, mit dem das Ausländerbeschäftigungsgesetz und das Arbeitslosenversicherungsgesetz 1977 geändert werden, RV 1077 der Beilagen XXIV. GP - Vorblatt und Erläuterungen.

Kompetenzzentrum LSDB - Richtlinien 2011 (LSDB-RL 2011), BMASK-462.203/0014-VII/B/9/2011 vom 25. 05. 2011.

Curriculum vitae

Persönliche Daten:
Name: Paulina Andrysik-Michalska
Titel: Magistra der Rechtswissenschaften
Geboren: 24.05.1986 in Tarnów (Polen)
Familienstand: Verheiratet
Staatsbürgerschaft: Österreich
Kontaktmail: paulina.michalska@gmx.at

Schulausbildung:
1992-1996 Volkschule 1120 Wien
1996-2004 Bundes,- und Realgymnasium 1120 Wien Rosasgasse
2004: Matura mit gutem Erfolg

Zusätzliche Schulausbildung:
1992- 2004: Polnische Schule namens Jan des III Sobieski bei der Botschaft der Republik Polen in Wien, Kollegium Kalksburg, 1238 Wien

Universitäre Bildung:
Oktober 2004 - 25.01.2010: Studium der Rechtswissenschaften am Juridicum in Wien
Oktober 2007 - Jänner 2010: Studium der Transkulturelle Kommunikation, mit den Sprachen Polnisch und Spanisch (ohne Abschluss)
Februar 2010: Doktorat-Studium der Rechtswissenschaften bei Prof. Dr. Höpfel am Institut für Strafrecht und Kriminologie

Wissenschaftlicher Werdegang:
SS 2010 bis WS 2012: Besuch der Dissertantenseminare aus Straf- und Strafprozessrecht - unter Einbeziehung der Gerichtsmedizin bei Professor Höpfel und Hochmeister

01 bis 05 Juli 2012: Teilnahme am Workshop für Jungakademiker zum Thema „Pfusch, Steuerhinterziehung und andere Kavaliersdelikte: Kriminelles Handeln oder Hilfe unter Freunden?“ in Traunkirchen mit den Vortragenden Prof. Dr. Dr. Friedrich Schneider, Prof. Dr. Erich Kirchler, Prof. Dr. Markus Achatz, JKU und Gerald Nestler (organisiert von der Internationale Akademie Traunkirchen)

Berufliche Daten:
Ab 2005 – April 2010: Kongress,- und Messemitarbeiterin bei diversen internationalen Agenturen
Ab 2007 – April 2010: Mitarbeit an Hauptversammlungen diverser Aktiengesellschaften
Mai 2010 – Juni 2011: Rechtsanwaltsanwärterin bei einem Wiener Rechtsanwalt, Dr. Christian Schauberger, in 1010 Wien
Oktober 2011 – Juni 2012: Gerichtspraxis beim OLG Wien (LG Wr. Neustadt, BG Meidling, Arbeits- und Sozialgericht Wien)
Seit September 2012: Rechtsanwaltsanwärterin in der Kanzlei Ehrlich-Rogner & Schlögel Rechtsanwalts-Partnerschaft in 1010 Wien