

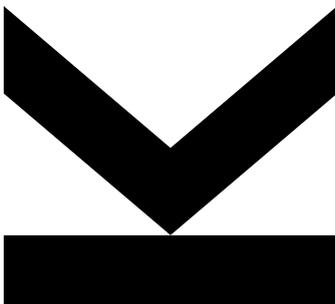
Eingereicht von  
**Andreas  
Deimbacher**

Angefertigt am  
**Institut für  
öffentliches  
Wirtschaftsrecht**

Beurteiler / Beurteilerin  
**o.Univ.Prof. Dr.  
Bruno Binder**

Monat Jahr  
09/2017

# **Pfusch und Schwarzarbeit**



## **Diplomarbeit**

zur Erlangung des akademischen Grades

### **Magister der Rechtswissenschaften**

im Diplomstudium

### **der Rechtswissenschaften**

## **EIDESSTATTLICHE ERKLÄRUNG**

Ich erkläre an Eides statt, dass ich die vorliegende Diplomarbeit selbständig und ohne fremde Hilfe verfasst, andere als die angegebenen Quellen und Hilfsmittel nicht benutzt bzw. die wörtlich oder sinngemäß entnommenen Stellen als solche kenntlich gemacht habe.

Die vorliegende Diplomarbeit ist mit dem elektronisch übermittelten Textdokument identisch.

Münchendorf, 06.09.2017

Unterschrift

# 1. Inhaltsverzeichnis

<b>1. Inhaltsverzeichnis .....</b>	<b>3</b>
<b>2. Abkürzungsverzeichnis .....</b>	<b>5</b>
<b>3. Einleitung.....</b>	<b>7</b>
<b>4. Definitionen .....</b>	<b>8</b>
4.1. Pfusch.....	8
4.2. Schwarzarbeit .....	8
<b>5. Vorteile des Pfusches bzw. der Schwarzarbeit .....</b>	<b>9</b>
<b>6. Verfassungsgesetzlicher Rahmen .....</b>	<b>10</b>
6.1. Stufenbau der Rechtsordnung.....	10
6.2. Grundrechte .....	11
6.2.1. Erwerbsfreiheit (Art 6 StGG).....	14
6.2.2. Freiheit der Berufswahl und der Berufsausbildung (Art 18 StGG).....	15
6.2.3. Eigentumsfreiheit (Art 5 StGG).....	15
6.2.4. Weitere betroffene Grundrechte .....	16
<b>7. Maßgebliche gesetzliche Bestimmungen .....</b>	<b>16</b>
7.1. § 5 GewO .....	16
7.1.1. Anmeldung von Gewerben.....	16
7.1.2. Strafbestimmungen .....	19
7.1.3. Scheinselbständigkeit.....	19
7.2. § 33 ASVG .....	21
7.2.1. Anmeldung von Dienstnehmern .....	21
7.2.2. Strafbestimmungen .....	22
7.2.3. Beitragszuschlag.....	23
7.3. § 153e StGB - Organisierte Schwarzarbeit.....	24
7.4. § 19 LSD-BG – Grenzüberschreitende Schwarzarbeit.....	27
7.4.1. Entsendung von Dienstnehmern nach Österreich .....	28
7.4.2. Strafrechtliche Sanktionen.....	30
7.4.3. Grenzüberschreitende Arbeitskräfteüberlassung.....	31
7.4.4. Strafrechtliche Sanktionen.....	32
7.4.5. Sicherheitsleistung – Zahlungsstopp .....	33
<b>8. Behörden zur Bekämpfung von Schwarzarbeit.....</b>	<b>34</b>

8.1.	Finanzpolizei .....	34
8.2.	Sozialversicherungsträger / Gebietskrankenkasse .....	35
<b>9.</b>	<b>Zusammenfassung.....</b>	<b>37</b>
<b>10.</b>	<b>Literaturverzeichnis.....</b>	<b>39</b>
10.1.	Bücher .....	39
10.2.	Dissertationen.....	39
10.3.	Kommentare .....	39
10.4.	Regierungsvorlagen.....	40
10.5.	Internet .....	40
10.6.	Statistiken .....	41
10.7.	Judikatur .....	41

## 2. Abkürzungsverzeichnis

Abs	Absatz
AG	Aktiengesellschaft
AIVG	Arbeitslosenversicherungsgesetz 1977
AMS	Arbeitsmarktservice
AMSG	Arbeitsmarktservicegesetz
Art	Artikel
ASVG	Allgemeines Sozialversicherungsgesetz
AÜG	Arbeitskräfteüberlassungsgesetz
ausl	ausländische(r)
AVOG	Abgabenverwaltungsorganisationsgesetz 2010
AVOG 2010-DV	Durchführung des Abgabenverwaltungsorganisationsgesetzes 2010
AVRAG	Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz
BGBI	Bundesgesetzblatt
BlgNR	Beilage, -n zu den stenografischen Protokollen des Nationalrates
BMF	Bundesministerium für Finanzen
BMWFW	Bundesministerium für Wissenschaft, Forschung und Wirtschaft
BUAG	Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungsgesetz
BUAK	Bauarbeiter- Urlaubskasse
BVB	Bezirksverwaltungsbehörde
B-VG	Bundes-Verfassungsgesetz
bzw	beziehungsweise
dh	das heißt
EG	Europäische Gemeinschaft
ELDA	Elektronischer Datenaustausch
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
ErläutRV	Erläuterungen zur Regierungsvorlage
EStG	Einkommenssteuergesetz 1988
EU	Europäische Union
ev	eventuell
FBG	Firmenbuchgesetz
ff	folgende
gem	gemäß
GewO	Gewerbeordnung

GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GP	Gesetzesperiode
GSpG	Glücksspielgesetz
GSVG	Gewerbliches Sozialversicherungsgesetz
hM	herrschende Meinung
idF	in diesem Fall
iHv	in Höhe von
iSd	im Sinne der/des
jur	juristische
KG	Kommanditgesellschaft
leg cit	legis citatae
LSD-BG	Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz
max	maximal
NÖGKK	Niederösterreichische Gebietskrankenkasse
Nr	Nummer
OG	Offene Gesellschaft
OÖGKK	Oberösterreichische Gebietskrankenkasse
RL	Richtlinie
RV	Regierungsvorlage
SBBG	Sozialbetrugsbekämpfungsgesetz
StGB	Strafgesetzbuch
StGG	Staatsgrundgesetz
SV	Sozialversicherung
ua	unter anderem
usw	und so weiter
WGKK	Wiener Gebietskrankenkassa
Z	Ziffer
zB	Zum Beispiel
ZKO	Zentrale Koordinationsstelle des Bundesministeriums für Finanzen
7. ZPEMRK	7. Zusatzprotokoll zur Europäischen Menschenrechtskonvention

### 3. Einleitung

Durch Pusch und Schwarzarbeit entstehen sowohl massive fiskalische als auch enorme wirtschaftliche Schäden.

So schätzt die Politik den fiskalischen Schaden (inkl Schäden der Sozialversicherungsträger) der durch Sozialbetrug<sup>1</sup> entsteht auf € 800.000.000,- bis € 1.000.000.000,- pro Jahr.<sup>2</sup>

Die Wirtschaftskammer Wien beziffert den durch Pusch in Wien verlorenen Schaden in Höhe von 2 Milliarden Euro.<sup>3</sup>

Ebenso liegen höchstgerichtliche Entscheidungen vor, dass die illegale Beschäftigung von ausländischen Arbeitskräften die Gefahr, schwere volkswirtschaftliche Schäden durch Entfall von Steuern, Abgaben und Beiträgen zu sozialen Sicherheitssystemen und einer Wettbewerbsverzerrung hervorrufen.<sup>4</sup>

In engem Zusammenhang mit der Schwarzarbeit steht die steuerliche Komponente, da die Dienstnehmer idF die Schwarzarbeiter auch entlohnt werden und die Schwarzarbeiter durch Schwarzlohn (Lohn, der nicht in der offiziellen Buchhaltung aufscheint) bezahlt werden.

Ebenso stehen zahlreiche Gesetze wie zB ASVG, StGB, GewO, EStG und SBBG in engem Zusammenhang mit der Schwarzarbeit bzw Bekämpfung der Schwarzarbeit.

Durch meine berufliche Tätigkeit bei der Finanzpolizei habe ich einen besonderen Bezug zu Pusch und Schwarzarbeit sowie deren Bekämpfung.

---

<sup>1</sup> Darunter fällt auch der Tatbestand des § 153e StGB - organisierte Schwarzarbeit; siehe unten Seite 24.

<sup>2</sup> ErläutRV 698 BlgNR 22. GP 5.

<sup>3</sup> [https://www.wko.at/service/w/wirtschaftsrecht-gewerberecht/Garantiert\\_ohne\\_Garantie\\_061212\\_3.pdf](https://www.wko.at/service/w/wirtschaftsrecht-gewerberecht/Garantiert_ohne_Garantie_061212_3.pdf), Seite 1, abgefragt am 22.06.2017.

<sup>4</sup> VwGH 19.09.2001, 99/09/0264.

## 4. Definitionen

### 4.1. Pfusch

Pfusch bedeutet einerseits die selbständige Erbringung von Werk- oder Dienstleistungen ohne die dafür erforderliche Gewerbeberechtigung<sup>5</sup> als auch die mangelhafte Ausführung von Werk- oder Dienstleistungen.<sup>6</sup> In dieser Arbeit wird jedoch auf die mangelhafte Ausführung von Werk- oder Dienstleistungen nicht eingegangen.

Ebenfalls fällt „Pfusch“ in dieser Auslegung unter den Begriff der Schwarzarbeit des § 153e StGB<sup>7</sup>.

Pfusch wird umgangssprachlich auch die Erbringung von Dienstleistungen gegenüber dem offiziellen Arbeitgeber, außerhalb der Normalarbeitszeit ohne der steuerlichen und sozialversicherungsrechtlichen Erfassung, bezeichnet.<sup>8</sup>

### 4.2. Schwarzarbeit

In Österreich ist lediglich der Begriff „organisierte Schwarzarbeit“ in § 153e StGB gesetzlich näher umschrieben und umfasst die Vermittlung, das Anwerben und das Überlassen von selbständigen und unselbständigen Erwerbstätigen, die nicht zur Sozialversicherung angemeldet sind oder ohne erforderlicher Gewerbeberechtigung tätig sind. Ebenso ist die Beschäftigung oder das Beauftragen dieser Erwerbstätigen bei größerer Anzahl davon erfasst, sowie die führende Tätigkeit in einer solchen Verbindung.<sup>9</sup>

Darüber hinaus wird in zahlreichen Publikationen ebenso die Schwarzarbeit als Nichtanmeldung von Dienstnehmern bei ihren Dienstgebern verstanden<sup>10</sup>.

---

<sup>5</sup> [https://www.wko.at/service/w/wirtschaftsrecht-gewerberecht/Garantiert\\_ohne\\_Garantie\\_061212\\_3.pdf](https://www.wko.at/service/w/wirtschaftsrecht-gewerberecht/Garantiert_ohne_Garantie_061212_3.pdf), abgefragt am 06.06.2017.

<sup>6</sup> *Nussbaum-Sekora*, (K)ein Pfusch am Bau : wie ein Bausachverständiger (s)ein Haus richtig und dennoch kostengünstig bauen würde (2012), 9.

<sup>7</sup> *Meissnitzer*, Sozialbetrug, Schwarzarbeit, Schattenwirtschaft (2012) 115.

<sup>8</sup> Vgl. *Reichel/Lesnik*, Ist Arbeit sozial? : Arbeit neu bewerten, ein Lesebuch (2000) 167 ff.

<sup>9</sup> BGBl I 98/2009.

<sup>10</sup> WGKK, Dienstgeberinformation 1/2008, 6.

## 5. Vorteile des Pfusches bzw. der Schwarzarbeit

Weshalb sollte eine Person pfuschen oder schwarzarbeiten?

Im Vordergrund stehen die finanziellen Vorteile des Pfuschers bzw. Schwarzarbeiters:

- Der Pfusch stellt ein gewichtiges Einkommen dar, um einen gewissen Lebensstandard zu erhalten.
- Oftmals ist der Pfusch die einzige Möglichkeit zur Einkommenserzielung von Hausfrauen zB Putzfrau, Frisörin oder Schneiderin.
- Im Falle der Arbeitslosigkeit ist der Pfusch ein finanzieller Schutz durch ein erhöhtes Zusatzeinkommen.

Neben den finanziellen Vorteilen gibt es eine Reihe von geistigen / psychischen Vorteilen, die beim Pfuschen bzw. bei der Schwarzarbeit hinzukommen:

- Aus Angst dem Dienstgeber zu enttäuschen bzw die Furcht vor Folgen (ev Kündigung), lässt sich der Dienstnehmer vom Arbeitgeber pfuschen schicken.
- Im Falle einer Arbeitslosigkeit dient der Pfusch auch zur geistigen Unterstützung der eigenen Identität.
- Es entsteht ein gesteigertes Selbstwertgefühl, da sich Entwicklungen zu einem gesuchten Spezialisten oder Allrounder ergeben können.
- Entstehung von eingespielten Arbeitsgemeinschaften und daraus entspringenden Freundschaften.
- Der Pfuscher erhält eine höhere Schätzung der Leistung vom Auftraggeber als vom eigentlichen Arbeitgeber.
- Pfusch ist einerseits eine Freizeitbeschäftigung und dient auch als Zufluchtsort / Ausweichung zB von privaten Familienkonflikten.<sup>11</sup>

Neben dem Pfuscher bzw. Schwarzarbeiter hat auch der sog. Pfuschergeber ebenso Vorteile:

- Bei der Zeit- und Kostenfrage sind Pfuscher verlässlicher als Firmen.
- Im Vergleich zu offiziellen Arbeitnehmern müssen Pfuscher ihren guten Ruf erhalten und sind daher genauer.
- Die gelegentliche Beschäftigung von Pfuschern kann zur Erhöhung des Selbstwertgefühles beitragen, da sich ein Pfuschergeber als Unternehmer fühlen kann.<sup>12</sup>

---

<sup>11</sup> Reichel/Lesnik, Ist Arbeit sozial? 167.

## 6. Verfassungsgesetzlicher Rahmen

Nach dem Grundsatz der strikten Kompetenzverteilung ist eine Zuständigkeit entweder dem Bund oder dem Land zugewiesen.<sup>13</sup>

Die allgemeine Kompetenzverteilung ist in den Art 10, 11, 12 und 15 B-VG geregelt und teilt die Bereiche Gesetzgebung und Vollziehung zwischen Bund und Land auf. Da die Gerichtsbarkeit nach Art 82 B-VG ohnehin dem Bund zugewiesen ist, ist mit Vollziehung idS nur die Verwaltung betroffen.<sup>14</sup>

Der Art 15 B-VG ist eine Generalklausel für Kompetenzen, die nicht von den Art 10 - 12 B-VG<sup>15</sup> geregelt sind und sieht die Gesetzgebung und Vollziehung als Landessache an, wodurch sich keine zuweisungsfreie Materie ergeben kann.<sup>16</sup>

Das Thema meiner Diplomarbeit „Pfuscher und Schwarzarbeit“ umfasst mehrere Bereiche, sodass zuerst herauszufinden ist, welche Kompetenzzuständigkeiten gegeben sind. Wie bereits in den Definitionen dargelegt<sup>17</sup>, sind vor allem die Bereiche des Gewerbes und der Sozialversicherung von dieser Arbeit betroffen.

Die Gewerbeordnung ist unter Angelegenheit des Gewerbes (Art 10 Abs 1 Z 8 B-VG) zu subsumieren. Das Allgemeine Sozialversicherungsrecht und das Gewerbliche Sozialversicherungsrecht sind unter der Kompetenz Sozial- und Vertragsversicherungswesen (Art 10 Abs 1 Z 11 B-VG) einzuordnen, sodass bei beiden Materien dem Bund die Kompetenz zur Gesetzgebung und Vollziehung vorbehalten ist.

### 6.1. Stufenbau der Rechtsordnung

Nach dem Stufenbau der Rechtsordnung dürfen untergeordnete Rechtssatzformen den übergeordneten nicht widersprechen. Daher muss das gesamte staatliche Recht auf die Verfassung zurückzuführen sein.

---

<sup>12</sup> *Reichel/Lesnik*, Ist Arbeit sozial? 168.

<sup>13</sup> *Leitl-Staudinger*, Öffentliches Recht I<sup>8</sup> (2015) Rz 7/13.

<sup>14</sup> *Leitl-Staudinger*, Öffentliches Recht I<sup>4</sup> (2009) Rz 7/14.

<sup>15</sup> Die Kompetenztatbestände der Art 10 – 12 B-VG sind taxativ aufgezählt.

<sup>16</sup> *Leitl-Staudinger*, Öffentliches Recht I<sup>8</sup> Rz 7/20.

<sup>17</sup> Siehe oben Seite 8.

Darstellung des Stufenbaumodells<sup>18</sup>

Baugesetze / Grundprinzipien der Bundesverfassung
Verfassungsrecht
einfache Gesetze
Verordnungen
Urteil, Beschluss, Bescheid, Maßnahme
Vollstreckungsakte

Durch das Verfassungsrecht werden vor allem Kompetenzen, Gesetzgebungsorgane und das Gesetzgebungsverfahren sowie Grundrechte<sup>19</sup> festgelegt.

Die einfachen Gesetze müssen entsprechend dem Verfahren nach verfassungsgesetzlichen Vorgaben erlassen werden und sind grundsätzlich in der Umsetzung bzw inhaltlichen Ausgestaltung frei vor Vorgaben, sofern nicht Schranken wie Grundrechte gegeben sind.

## 6.2. Grundrechte

Die Grundrechte sollen dem Einzelnen einen geschützten Bereich gegenüber dem Staat geben, sodass keine oder nur unter bestimmten Voraussetzungen Eingriffe in die individuelle Freiheit möglich sind.

Wer Grundrechtsträger ist, bestimmt das jeweilige Grundrecht. In Frage kommen Staatsbürger („Staatsbürgerrechte“), alle Personen („Jedermannsrechte“) sowie juristische Personen. Aufgrund des Diskriminierungsverbotes gem Art 18 AEUV betreffend Unionsbürgern, sind die sog Staatsbürgerrechte auch auf Unionsbürger anzuwenden.<sup>20</sup> Wenn der Sinn des Grundrechts es zulässt, dass auch juristische Personen davon umfasst sind, können sie Grundrechtsträger sein. Demnach ist eine juristische Person Grundrechtsträger bei der Erwerbsfreiheit gem Art 6 StGG; nicht in Frage kommt eine

<sup>18</sup> *Leitl-Staudinger*, Öffentliches Recht I<sup>8</sup> Rz 8/7.

<sup>19</sup> Grundrechte als inhaltliche Schranken für den Gesetzgeber.

<sup>20</sup> *Öhlinger*, Verfassungsrecht<sup>11</sup> (2016) Rz 702.

Grundrechtsträgereigenschaft von juristischen Personen bei der Glaubens- und Gewissensfreiheit gem Art 14 StGG.<sup>21</sup>

Grundrechte sind verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte, genießen aufgrund ihres Verfassungsranges erhöhten Bestandschutz<sup>22</sup> und binden unter anderem den einfachen Gesetzgeber.<sup>23</sup> Inwiefern auch in ein Grundrecht eingegriffen werden darf, ist dem jeweiligen Grundrecht zu entnehmen - dieser Eingriff wird als Gesetzesvorbehalt bezeichnet. Ein Gesetzesvorbehalt ermächtigt den Gesetzgeber zur Ausgestaltung oder Beschränkung des Grundrechtes. In Frage kommen dazu der Eingriffsvorbehalt<sup>24</sup> oder der Ausgestaltungsvorbehalt bzw Ausführungsvorbehalt.<sup>25</sup>

Fraglich ist, inwieweit durch den Gesetzesvorbehalt das Grundrecht eingeschränkt werden darf.

Der formelle Gesetzesvorbehalt ist dergestalt niedergeschrieben, dass er zur Ausgestaltung auf ein eigenes Gesetz verweist (Art 6 StGG ...unter den gesetzlichen Bedingungen...).

Ein materieller Gesetzesvorbehalt regelt im Grundrecht selbst die Eingriffsmodalitäten wie zB. in Art 8 Abs 2 EMRK (...für die nationale Sicherheit, die öffentliche Ruhe und Ordnung ... notwendig ist).<sup>26</sup>

Einschränkungen dürfen nur insoweit getroffen werden, sodass nicht der Wesensgehalt des Grundrechtes beseitigt wird.<sup>27</sup> Dieser Vorgang/Schutzbereich wird auch als Wesensgehaltssperre<sup>28</sup> oder Wesensgehaltstheorie<sup>29</sup> bezeichnet, und ist nicht der einzige Schutz des Grundrechtes. Denn auch das öffentliche Interesse sowie die Verhältnismäßigkeitsprüfung sind als Prüfungsmaßstäbe für einen Gesetzesvorbehalt heranzuziehen.

Um einen verfassungskonformen Grundrechtseingriff durchführen zu können, müssen folgende Prüfungsschritte des Verfassungsgerichtshofes eingehalten werden:

---

<sup>21</sup> *Öhlinger*, Verfassungsrecht<sup>11</sup> Rz 705.

<sup>22</sup> *Leitl-Staudinger*, Öffentliches Recht I<sup>8</sup> Rz 11/8.

<sup>23</sup> *Leitl-Staudinger*, Öffentliches Recht I<sup>8</sup> Rz 11/17.

<sup>24</sup> Der Gesetzgeber darf die Grundrechte / den bereits bestehenden Freiheitsbereich (unter bestimmten Voraussetzungen) beschränken.

<sup>25</sup> Der Gesetzgeber darf die Grundrechte näher ausgestalten.

<sup>26</sup> *Öhlinger*, Verfassungsrecht<sup>11</sup> Rz 712 ff.

<sup>27</sup> VfGH 04.10.1984, G70/84.

<sup>28</sup> *Leitl-Staudinger*, Öffentliches Recht I<sup>8</sup> Rz 11/22.

<sup>29</sup> *Öhlinger*, Verfassungsrecht<sup>11</sup> Rz 713.

- es muss ein öffentliches Interesse am Ziel der gesetzlichen Regelung bestehen, (Einwände können nur erhoben, wenn Ziele verfolgt werden, die nicht als öffentliches Interesse einzuordnen sind)
- die gesetzliche Regelung muss sich für die Zielerreichung eignen, (die Beurteilung zur Zielerreichung ist grundsätzlich die Aufgabe des Gesetzgebers, Einwände des VfGH können nur vorgebracht werden, wie die Zielerreichung von Anbeginn auszuschließen ist.
- es muss möglichst das gelindeste Mittel herangezogen werden – Erforderlichkeit (mögliche Alternativen müssen beachtet werden) und
- die gesetzliche Regelung muss zudem adäquat sein (es muss eine angemessene Relation zwischen dem Grundrechtseingriff und dem öffentlichen Interesse bestehen).<sup>30</sup>

Da auf verfassungsebene (im Stufenbau der Rechtsordnung) eine Abänderung von Grundrechten durchgeführt werden kann,<sup>31</sup> besteht eine Bindungswirkung der Grundrechte grundsätzlich nur für einfache Gesetze sowie für die Vollziehung.<sup>32</sup>

Die eben dargestellten Prüfungsschritte sind sowohl für formelle Gesetze als auch für Verordnungen anzuwenden.<sup>33</sup>

Zudem prüft der VfGH Grundrechtsverletzungen, die mit Bescheid erfolgten. Folgendes Prüfungsschema wurde hierfür entwickelt:

Ein Bescheid verletzt ein Grundrecht unter Gesetzesvorbehalt, wenn

- er gesetzlos ergangen ist (wenn keine gesetzliche Grundlage – auch Verordnung - für den Verwaltungsakt besteht),
- das Gesetz, auf den sich der Bescheid stützt, denk unmöglich angewendet wurde (wenn ein Gesetz nur zum Schein angewendet wurde, wenn ein Gesetz einem unmittelbar anwendbaren Gemeinschaftsrecht offenkundig widerspricht oder wenn ein verfassungswidriger Inhalt dem Gesetz durch die Behörde unterstellt wird – dies kann auch als gesetzlos betrachtet werden) oder
- wenn sich der Bescheid auf ein verfassungswidriges Gesetz oder eine gesetzwidrige Verordnung stützt (wenn das verfassungswidrige Gesetz oder die gesetzwidrige

<sup>30</sup> Öhlinger, Verfassungsrecht<sup>11</sup> Rz 716.

<sup>31</sup> Ebenso können auf Verfassungsebene auch neue Grundrechte geschaffen werden.

<sup>32</sup> Leitl-Staudinger, Öffentliches Recht I<sup>8</sup> Rz 11/25.

<sup>33</sup> Öhlinger, Verfassungsrecht<sup>11</sup> Rz 723.

Verordnung durch den VfGH aufgehoben wird, wird dadurch der Bescheid gesetzlos).<sup>34</sup>

### **6.2.1. Erwerbsfreiheit (Art 6 StGG)**

Das für diese Arbeit maßgeblichste Grundrecht ist das Grundrecht auf Erwerbsfreiheit (Art 6 StGG).

Grundrechtsträger gem Art 6 StGG sind Staatsbürger und inländische juristische Personen.

Fraglich ist, ob dieses Grundrecht nur auf Staatsbürger und nur auf natürliche Personen anwendbar ist.

Wie bereits oben dargelegt darf gem Art 18 AEUV eine Diskriminierung aufgrund der Staatsbürgerschaft eines Unionsmitgliedsstaates nicht erfolgen<sup>35</sup> und ist somit auch auf Unionsbürger anwendbar.<sup>36</sup> Aufgrund des Diskriminierungsverbotes kann bei grenzüberschreitenden Erwerbstätigkeiten auch eine juristische Person mit Sitz in einem Mitgliedsstaat der Europäischen Union Grundrechtsträger sein.<sup>37</sup>

Von diesem Grundrecht sind der unmittelbare Antritt und die unmittelbare Ausübung jeder unselbständigen oder selbständigen Tätigkeit, die auf wirtschaftlichen Erfolg gerichtet ist, umfasst.<sup>38</sup>

Das gegenständliche Grundrecht normiert, dass unter den gesetzlichen Bedingungen (= formellen Gesetzesvorbehalt)<sup>39</sup> jeder Erwerbszweig ausgeübt werden darf. In Anwendung des oben angeführten Prüfungsverfahrens sind Einschränkungen des Grundrechtes gestattet, sofern sie im öffentlichen Interesse, geeignet, erforderlich und adäquat sind.

Wie auch oben dargelegt ist das Prüfungsverfahren betreffend der Bescheide, die das gegenständliche Grundrecht verletzen anzuwenden. Demnach verletzt ein Bescheid das Grundrecht auf Erwerbsfreiheit, wenn

- er gesetzlos ist,

---

<sup>34</sup> *Öhlinger*, Verfassungsrecht<sup>11</sup> Rz 726.

<sup>35</sup> Siehe oben Seite 11.

<sup>36</sup> *Hengstschläger/Leeb*, Grundrechte<sup>2</sup> (2013) Rz 10/3.

<sup>37</sup> VfGH 10.06.2010, B887/09.

<sup>38</sup> *Hengstschläger/Leeb*, Grundrechte<sup>2</sup> Rz 10/4.

<sup>39</sup> Siehe oben Seite 12.

- ein Gesetz, auf das sich der Bescheid stützt, denkunmöglich angewendet wurde oder
- wenn das Gesetz, auf das sich der Bescheid stützt verfassungswidrig ist (ebenso eine gesetzwidrige Verordnung).

Nur Bescheide, die gezielt die Ausübung oder den Antritt untersagen, können in die Erwerbsfreiheit eingreifen.<sup>40</sup>

### **6.2.2. Freiheit der Berufswahl und der Berufsausbildung (Art 18 StGG)**

In engem Zusammenhang mit Art 6 StGG ist Art 18 StGG – die Freiheit der Berufswahl oder Berufsausbildung.

Aufgrund der obigen Ausführungen erfolgt nur noch eine punktuelle Darstellung.

Art 18 StGG ist ein Jedermannsrecht, sodass sich alle natürlichen Personen<sup>41</sup> darauf stützen können. Juristische Personen sind davon nicht erfasst.<sup>42</sup>

Die Grundrechte der Berufswahl und der Berufsausbildung finden ihre Schranken, obwohl kein Gesetzesvorbehalt normiert ist, im Zusammenhang in den anderen Grundrechten. Vorschriften über den Antritt oder der Ausübung, wie zB. Berufsvorbereitungen, treffen nicht die Wahl des Berufes, sondern stellen „lediglich“ eine Voraussetzung für die Ausübung dar und fallen somit unter den Gesetzesvorbehaltes des Art 6 StGG.

Sollten gleichwertige Ausbildungsalternativen bestehen, müssen diese, sofern einheitliche Prüfungsanforderungen gesetzlich gefordert sind, anerkannt werden.<sup>43</sup>

### **6.2.3. Eigentumsfreiheit (Art 5 StGG)**

Um Pfusch und Schwarzarbeit entgegen zu treten, sind seitens des Gesetzgebers auch Geldstrafen vorgesehen. Die Eigentumsfreiheit ist ein Jedermannsrecht<sup>44</sup> und ist sowohl für natürliche als auch juristische Personen anwendbar. Der Schutzbereich des Grundrechts auf

---

<sup>40</sup> Hengstschläger/Leeb, Grundrechte<sup>2</sup> Rz 10/14.

<sup>41</sup> Unionsbürger können sich zudem auch auf das Diskriminierungsverbot (Art 18 AEUV), die Dienstleistungsfreiheit (Art 56 AEUV) und die Arbeitnehmerfreizügigkeit (Art 45 AEUV) berufen.

<sup>42</sup> VfGH 29.11.1980, B207/76.

<sup>43</sup> Hengstschläger/Leeb, Grundrechte<sup>2</sup> Rz 10/4 ff.

<sup>44</sup> Siehe obige Darstellungen.

Eigentum umfasst alle vermögenswerten Privatrechte;<sup>45</sup> mitumfasst sind davon auch Geldstrafen.<sup>46</sup> Daher greift jede verhängte Geldstrafe, die bescheidmäßig verhängt wurde, in das Eigentumsrecht ein, wenn der Bescheid gesetzlos ergangen ist, bei denkmöglicher Gesetzesanwendung sowie bei verfassungswidriger bzw. gesetzeswidriger Anwendung.

#### **6.2.4. Weitere betroffene Grundrechte**

Selbstverständlich ist auch bei Verhängung einer Freiheitsstrafe das Recht auf persönliche Freiheit (Art 5 EMRK sowie BVG zum Schutze der persönlichen Freiheit) betroffen.

Zudem wird darauf hingewiesen, dass auch bei der Thematik Pfusch und Schwarzarbeit der Gleichheitsgrundsatz ein betroffenes Grundrecht ist. Auf eine nähere Darstellung dieser Grundrechte wird jedoch in dieser Diplomarbeit verzichtet.

## **7. Maßgebliche gesetzliche Bestimmungen**

### **7.1. § 5 GewO**

Wie bereits oben dargelegt, sind die Angelegenheiten des Gewerbes unter Art 10 Abs 1 Z 8 B-VG zu subsumieren. Das bedeutet, dass die Gesetzgebung und die Vollziehung dem Bund vorbehalten sind. Das daraufhin erlassene Gesetz wurde als einfaches Bundesgesetz erlassen und trägt den Namen „Gewerbeordnung 1994“. Die Vollziehung wird in mittelbarer Bundesverwaltung ausgeübt<sup>47</sup> - die Behörde ist gem § 333 GewO die Bezirksverwaltungsbehörde.

#### **7.1.1. Anmeldung von Gewerben**

Die Gewerbeordnung regelt vor allem die Anmeldung von Gewerben, die entsprechenden Antrittsvoraussetzungen und Strafbestimmung bei Übertritten. Auf weitere Bestimmungen zB Betriebsanlagengenehmigung wird in dieser Arbeit nicht eingegangen.

---

<sup>45</sup> Öhlinger, Verfassungsrecht<sup>11</sup> Rz 868.

<sup>46</sup> Hengstschläger/Leeb, Grundrechte<sup>2</sup> Rz 8/4.

<sup>47</sup> Leitl-Staudinger, Besonderes Verwaltungsrecht<sup>4</sup> (2014) Rz 475.

Bevor ein Gewerbe ausgeübt wird, muss es bei der Gewerbebehörde gem § 5 Abs 1 GewO angemeldet werden. Ebenso sieht die Gewerbeordnung vor, dass für bestimmte Gewerbe ein sog Befähigungsnachweis erbracht werden muss.<sup>48</sup>

Diese Voraussetzungen stellen Antrittsbeschränkungen, somit einen Eingriff in das Grundrecht auf Erwerbsfreiheit, dar, die verhältnismäßig sein müssen, um verfassungskonform zu sein.

Festzuhalten ist, dass grundsätzlich jedes Gewerbe<sup>49</sup> vor Ausübung bei der Bezirksverwaltungsbehörde anzumelden ist und dass Befähigungsnachweise nur bei bestimmten Gewerben erforderlich sind. Die Gewerbeordnung unterteilt dazu entsprechend die Gewerbe in freie Gewerbe (§ 5 Abs 2 GewO), reglementierte Gewerbe (§ 94 GewO), Teilgewerbe (§ 31 GewO), verbundene Gewerbe (§ 6 GewO) und Industriebetriebe (§7 GewO).

Der Unterschied der Sparten liegt im Befähigungsnachweis, der eine materielle Voraussetzung bei der Gewerbeanmeldung ist. Ein freies Gewerbe, wie zB. Berufsfotograf<sup>50</sup> benötigt keinen Befähigungsnachweis. Die reglementierten Gewerbe sind in § 94 GewO aufgelistet und bedürfen, wie dargelegt, eines Befähigungsnachweises. Zu den reglementierten Gewerben nach § 94 GewO zählen insbesondere Baumeister (Z 5) und Gastgewerbe (Z 26); beispielsweise wird als Befähigungsnachweis die erfolgreich abgelegte Meisterprüfung (§ 18 Abs 2 Z 1 GewO) angeführt.

Eine Abschwächung der Ausbildung / Voraussetzungen werden im Vergleich zu Teilgewerben deutlich erkennbar.

Teilgewerbe sind Teilbereiche von reglementierten Gewerben, bei denen „nur“ eine „vereinfachte“ Befähigung<sup>51</sup> nachgewiesen werden muss, zB. Lehrabschlussprüfung.<sup>52</sup> Zu den Teilgewerben zählen beispielsweise Betonbohren und –schneiden.<sup>53</sup>

Die Tätigkeit / das Aufgabengebiet eines Baumeisters geht deutlich über die Tätigkeit eines Betonbohrers- und schneiders hinaus und erfordert daher höhere Kenntnisse bzw Ausbildungsnachweise.

---

<sup>48</sup> Vgl § 5 Abs 2 iVm § 16 Abs 1 GewO.

<sup>49</sup> § 2 GewO sieht Ausnahmen, wie zB. Land- und Forstwirtschaft, Bergbau und Buschenschank vor.

<sup>50</sup> BMWFW, Bundeseinheitliche Liste der freien Gewerbe, 7.

<sup>51</sup> Vgl Meisterprüfung gem § 18 Abs 2 Z 1 GewO mit Lehrabschlussprüfung gem § 31 Abs 2 Z 1 GewO.

<sup>52</sup> Gruber/Pallege-Barfuß, Die Gewerbeordnung - GewO<sup>7</sup> (2016) § 5 Rz 10.

<sup>53</sup> <https://www.wien.gv.at/wirtschaft/gewerbe/gewerbeverfahren/teilgewerbe.html>, abgefragt am 22.06.2017.

In diesem Vergleich ist eindeutig die Verhältnismäßigkeitsprüfung<sup>54</sup> zu erkennen. Eine „geringere Tätigkeit“ erfordert auch eine „geringere Antrittsvoraussetzungen“<sup>55</sup>. Das öffentliche Interesse liegt zweifelsfrei im Schutz der Allgemeinheit vor mangelhaften Ausführungen durch mangelhafte Kenntnisse.

Der VfGH hat auch in der Rsp<sup>56</sup> bereits Ausübungsbeschränkungen / Antrittsvoraussetzungen nachträglich aufgehoben, da die Verhältnismäßigkeit nicht mehr gegeben ist. Hauptgründe waren die geringere Einstufung der Gefahrenabwehr<sup>57</sup> und des Konsumentenschutzes.<sup>58</sup>

Das Erfordernis eines Befähigungsnachweises wird daher vom VfGH zugelassen, wenn die Tätigkeit besondere Kenntnisse erfordert.

Ein bloßer Konkurrenzschutz der die Freiheit einzelner Gewerbetreibender ausschließt ist nicht verhältnismäßig und wäre eine Grundrechtsverletzung.<sup>59</sup>

Bedarfsprüfungen, dh ob ein Gewerbe an einem bestimmten Standort aufgrund der Nachfrage zugelassen wird, sind nur aus besonderen Gründen zulässig. Zulässig war dies beim Bestattergewerbe, da ein entsprechendes Leistungsangebot notwendig ist, um nicht durch den öffentlichen Dienst handeln zu müssen sowie um die Angehörigen von Bedrängungen und Belästigungen in der Ausnahmesituation durch Werbung zu schützen.<sup>60</sup> Werbeverbote ersetzen mittlerweile die Bedarfsprüfung.<sup>61</sup> Die Besonderheit der Bedarfsprüfung wurde auch für Rauchfangkehrer aufgrund des Brand- und Umweltschutzes zugelassen (Rechte, die die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit rechtfertigten, seien daher gerechtfertigt).<sup>62</sup>

Antrittsbeschränkungen sind gegenüber Ausübungsbeschränkungen intensiver. Daher wird vom VfGH ein größerer Gestaltungsspielraum dem Gesetzgeber eingeräumt.<sup>63</sup>

Die Anmeldung ist gem § 339 Abs 1 GewO beim Sitz der jeweiligen Bezirksverwaltungsbehörde durchzuführen. Daraufhin überprüft die Behörde die

---

<sup>54</sup> Ua Erforderlichkeit und Adäquanz.

<sup>55</sup> Vgl Baumeisterprüfung mit Lehrabschlussprüfung.

<sup>56</sup> VfGH 27.11.2013, G49/2013.

<sup>57</sup> Der technische Fortschritt (Digitalisierung) erfordert nicht mehr den Umgang mit Werkstoffen wie fotochemischen Lösungen und Dunkelkammertechnik.

<sup>58</sup> Durch die technisch geschaffene Möglichkeit der digitalen Vorbegutachtung kann die Qualität der Berufsfotografen eingeschätzt werden.

<sup>59</sup> *Leitl-Staudinger*, Besonderes Verwaltungsrecht<sup>4</sup> Rz 388.

<sup>60</sup> VfSlg 11.503/1987.

<sup>61</sup> *Leitl-Staudinger*, Besonderes Verwaltungsrecht<sup>4</sup> Rz 392.

<sup>62</sup> VfSlg 12.296/1990.

<sup>63</sup> *Leitl-Staudinger*, Besonderes Verwaltungsrecht<sup>4</sup> Rz 393.

Voraussetzungen und trägt das Gewerbe bei positivem Ausgang der Überprüfung das Gewerbe in das GISA (= Gewerbeinformationssystem Austria) ein.

### 7.1.2. Strafbestimmungen

Um eine Einhaltung der gewerberechtlichen Vorschriften durchzusetzen, um Pfusch hintanzuhalten, sind Strafbestimmungen vorgesehen. Wird ein Gewerbe ohne entsprechende Gewerbeberechtigung ausgeübt, können Verwaltungsstrafen von bis zu € 3.600,- verhängt werden.

Zusatzanmerkung: Die selbständig Erwerbstätigen haben ihre Selbständigkeit weiters auch an die Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft und an das Finanzamt binnen eines Monats<sup>64</sup> zu melden. Es besteht gem § 333 Abs 2 GewO eine einheitliche Einlaufstelle bei der Gewerbebehörde, die diese Meldung an das Finanzamt und an die Sozialversicherung der gewerblichen Wirtschaft weiterzuleiten hat.

Weiters besteht seit 31.07.2017 die Möglichkeit, die Meldung an die Gewerbebehörde, die Sozialversicherungsanstalt und an das Finanzamt auf elektronischem Wege, im Sinne eines One-Stop-Shop Modells<sup>65</sup> im Internet auf <http://www.usp.gv.at> durchzuführen.<sup>66</sup>

### 7.1.3. Scheinselbständigkeit

Bei der Scheinselbständigkeit wird vorgegeben, dass jemand selbständig ist, obwohl ein Dienstverhältnis vorliegt. Trotz einer Gewerbeberechtigung kann ein meldepflichtiges Dienstverhältnis vorliegen, das zu einer Strafe führen kann, wenn die betroffenen Personen nicht entsprechend als Dienstnehmer angemeldet werden.<sup>67</sup> Dieses Modell wird von Auftraggebern / Dienstgebern gewählt, um die damit verknüpften Dienstgeberpflichten<sup>68</sup> zu umgehen.

---

<sup>64</sup> Gem § 120 iVm § 121 BAO.

<sup>65</sup> Alle behördlich notwendigen Anträge (an unterschiedliche Behörden) müssen nur noch bei bloß einer Behörde eingebracht werden.

<sup>66</sup> <https://www.usp.gv.at/Portal.Node/usp/public/content/gruendung/egrueundung/269403.html>, abgefragt am 29.08.2017.

<sup>67</sup> Siehe unten Seite 21.

<sup>68</sup> Anmeldung bei der Gebietskrankenkasse, Berechnung und Abfuhr der Lohnsteuer, Entgeltfortzahlungspflicht im Krankheitsfall, bezahlter Erholungsurlaub, Mutterschutz usw.

Oftmals bereitet diese Beurteilung, ob eine Tätigkeit als Dienstnehmer oder als Selbständiger durchgeführt wird, Schwierigkeiten / Streitfragen, die bis zum VwGH gelangt sind.

Die Gewerbeordnung gilt gem § 1 Abs 1 GewO für alle gewerbsmäßig ausgeübten Tätigkeiten sofern sie nicht gesetzlich verboten sind. Die Gewerbsmäßigkeit ist ebenfalls definiert und beinhaltet ua den Punkt der Selbständigkeit.<sup>69</sup> Zur Einstufung der Selbständigkeit muss die Tätigkeit auf eigene Rechnung und Gefahr ausgeübt werden.

Zur Beurteilung der Scheinselbständigkeit zählen Indizien, wie zB

- persönliche und wirtschaftliche Abhängigkeit
- organisatorische Eingliederung in den Betrieb
- von wem das Arbeitsmaterial zur Verfügung gestellt wird
- Umfang und Ausgestaltung des Vertrages.
- 

Die persönliche Abhängigkeit setzt jedenfalls die persönliche Arbeitspflicht voraus, sodass keine generelle Vertretung des Arbeiters erfolgen darf.<sup>70</sup> Ebenso muss ein sanktionsloses Ablehnungsrecht von Aufträgen bedacht werden.

Auch die organisatorische Eingliederung in das Unternehmen, wie zB. Arbeitszeitaufzeichnungen, Meldung im Krankheitsfall und Meldung bei Urlaub, Weisungsgebundenheit, kann ein Indiz für ein Dienstverhältnis sein.

Oftmals wird auch das gesamte Arbeitsmaterial (Werkzeug, Baumittel wie Beton usw) vom Auftraggeber zur Verfügung gestellt, sodass der Arbeiter „nur“ seine Arbeitskraft zu Verfügung stellt.

Der Werkvertrag muss ebenso berücksichtigt werden, da in dieser meist die Modalitäten der Bezahlung, der Dauer, des Gewerkes, der Vertretung, usw geregelt werden. Dazu kann ein Vergleich mit offiziellen Dienstnehmern geschlossen werden, ob sich die Tätigkeit vom Selbständigen / Subunternehmer zu den offiziellen Dienstnehmern unterscheidet.<sup>71</sup>

---

<sup>69</sup> Siehe § 1 Abs 3 GewO.

<sup>70</sup> Eine Vertretung im Krankheitsfall wäre noch nicht ausreichend, um von einer generellen Vertretungserlaubnis zu sprechen.

<sup>71</sup> VwGH 11.06.2014, 2012/08/0240.

Zudem ist auch die Art und der Umfang der Tätigkeit maßgeblich. Einfache manipulative Tätigkeiten (Tätigkeiten einfachster Art) wie zB einfache Reinigungstätigkeiten und Holzzerkleinerungstätigkeiten sind nicht Gegenstand einer selbständigen Tätigkeit.<sup>72</sup>

Sohin wurde in einem Fall die Tätigkeit eines Schwarzdeckers nicht als selbständige Tätigkeit gewertet.<sup>73</sup>

Auch hat der VwGH entschieden, dass die Tätigkeit des Pizzazustellers nicht als selbständige Tätigkeit ausgeübt wird.<sup>74</sup>

## **7.2. § 33 ASVG**

Das ASVG wurde als Bundesgesetz aufgrund der Kompetenzverteilung in Art 10 Abs 1 Z 11 B-VG erlassen und regelt die Allgemeine Sozialversicherung im Inland beschäftigter Personen. Finanziert wird der Versicherungsschutz durch die lohnabhängigen Beitragszahlungen gem § 44ff ASVG. Eine verfassungsrechtliche Problematik ist aufgrund des öffentlichem Interesses am Versicherungsschutz nicht gegeben.

### **7.2.1. Anmeldung von Dienstnehmern**

Gem § 33 Abs 1 ASVG sind die Dienstnehmer vor Arbeitsantritt<sup>75</sup> vom Dienstgeber beim zuständigen Krankenversicherungsträger anzumelden. Mussten noch bis 31.12.2007 die Dienstnehmer bis spätestens bei Arbeitsantritt<sup>76</sup> angemeldet werden, so wurde zur Bekämpfung der Schwarzarbeit<sup>77</sup> die Regelung auf „...Anmeldung vor Arbeitsantritt...“ geändert.<sup>78</sup>

Die Anmeldung kann auf 2 Arten vollzogen werden. Durch die vollständige Anmeldung oder nur die sog. Mindestangabenmeldung nach § 33 Abs 1a ASVG. Bei der Mindestangabenmeldung muss der Dienstgeber gem Z 1 leg cit notwendigste Daten des

---

<sup>72</sup> VwGH 21.12.2011, 2010/08/0089.

<sup>73</sup> VwGH 11.06.2014, 2012/08/0240.

<sup>74</sup> VwGH 26.01.2010, 2009/08/0269.

<sup>75</sup> Die gesetzliche Regelung „vor Arbeitsantritt“ ist seit 01.01.2008 in Geltung.

<sup>76</sup> BGBl I 132/2005.

<sup>77</sup> ErläutRV 77 BlgNR 23. GP 3.

<sup>78</sup> BGBl I 31/2007.

Dienstnehmers sowie dessen Arbeitsort vor Arbeitsbeginn angeben. Die fehlenden Angaben (wie zB Entlohnung usw) sind binnen 7 Tagen nachzumelden (Z 2 leg cit).<sup>79</sup>

Die Anmeldung hat grundsätzlich gem § 41 ASVG auf elektronischem Wege zu erfolgen, Papieranmeldungen sind nur in Ausnahmefällen und für Privathaushalte möglich.<sup>80</sup>

Für den Versicherungsschutz des Dienstnehmers ist eine Anmeldung gem § 33 ASVG nicht ausschlaggebend – er beginnt mit der Beschäftigungsaufnahme und endet gemeinsam mit diesem.<sup>81</sup> Selbst wenn die Anmeldung in der Form des § 153d StGB durchgeführt<sup>82</sup> bzw wenn die Beiträge nach der Anmeldung nicht entrichtet und somit vorenthalten werden, dadurch der Tatbestand des § 153c StGB, erfüllt wurde, besteht der Versicherungsschutz für den Dienstnehmer.

#### Geringfügiges Beschäftigungsverhältnis

Die Vollversicherung nach § 4 ASVG umfasst die Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung. Beispielsweise ist dies der Fall bei Dienstnehmern, die bei einen (oder mehreren) Dienstgebern beschäftigt sind. Ausnahmen bilden ua geringfügige Beschäftigungsverhältnisse. Dieses liegt vor, wenn der Dienstnehmer beim Dienstgeber pro Kalendermonat max € 425,70<sup>83</sup> verdient, wobei ua Dienstverhältnisse, die auf eine Dauer von länger als 1 Monat vereinbart wurden, diese im Laufe des Monats begonnen oder beendet wurden, nicht darunter fallen.

### **7.2.2. Strafbestimmungen**

Verstöße gegen die melderechtlichen Bestimmungen sind gem § 111 Abs 2 ASVG mit Strafen von € 730,- bis € 2.180,- und im Wiederholungsfall von € 2.180,- bis € 5.000,- zu bestrafen.<sup>84</sup> Auch ist bei einer eventuellen Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von bis zu 2 Wochen gesetzlich normiert. Bei geringfügigem Verschulden und sofern die Folgen der Handlung (idF der Unterlassung der Anmeldung) unbedeutend sind, kann die Strafe bis auf € 365,- herabgesetzt werden.<sup>85</sup> Dies ist kommt jedoch in der Praxis nur in seltenen Fällen

<sup>79</sup> Feik/Mosler in Mosler/Müller/Pfeil, Der SV-Komm (2017) § 33 Rz 10.

<sup>80</sup> Feik in Mosler/Müller/Pfeil, Der SV-Komm (2017) § 41 ASVG Rz 3.

<sup>81</sup> Bugelnig in Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer, Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch (2016) § 153d StGB Rz 31.

<sup>82</sup> § 153d StGB sanktioniert das Anmelden von Dienstnehmern zur Sozialversicherung oder der BUAK, wenn dies mit dem Wissen durchgeführt wird, dass die daraus folgenden Beiträge nicht vollständig geleistet werden sollen, sofern auch diese Beiträge in weiterer Folge nicht vollständig geleistet werden.

<sup>83</sup> Wert im Kalenderjahr 2017; im Jahr 2016 war die monatliche Grenze € 405,98.

<sup>84</sup> BGBl I 113/2015.

<sup>85</sup> § 111 Abs 2 letzter Satz ASVG.

vor, da für die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmung auch ein geeignetes Kontrollsystem eingerichtet sein müsste.<sup>86</sup> Ist ein solches Kontrollsystem eingerichtet, so kann eine Schwarzarbeit nicht „unabsichtlich“ passieren.

Werden Dienstnehmer geringfügig angemeldet, obwohl sie einer Vollzeitbeschäftigung nachgehen, so liegt ein Verstoß gem § 111 Abs 1 Z1 ASVG vor, da die Meldung nach § 33 ASVG falsch erstattet wurde. Nicht alle falschen Meldungen fallen darunter. Liegt zB der Fehler in einer falschen Adresse, so ist die Anmeldung dennoch als richtig zu betrachten, da sich das Versicherungsverhältnis und die daraus folgenden Beiträge nicht verändern.<sup>87</sup>

### 7.2.3. Beitragszuschlag

Neben den Verwaltungsstrafen nach § 111 ASVG kann den Dienstgeber gem § 113 ASVG bei falscher oder unterlassener Anmeldung ein Beitragszuschlag in Höhe von insgesamt € 1.300,- treffen. Dieser setzt sich aus zwei Teilbeträgen, nämlich € 500,- (für eine gesonderte Bearbeitung bei nicht gemeldeten Personen) sowie € 800,- für einen Prüfeinsatz. Der Prüfeinsatz kann unter Umständen halbiert werden.

Im Falle des § 113 Abs 1 Z 1 ASVG, das ist der Fall, wenn eine Person nicht vor Arbeitsantritt angemeldet wurde, ist ein Beitragszuschlag nur dann möglich, wenn der Sachverhalt unmittelbar von Prüfungsorganen (zB Finanzpolizei oder Organe der Sozialversicherungsträger) festgestellt wurde.<sup>88</sup>

Fraglich ist, ob der Beitragszuschlag nicht gegen das Doppelbestrafungsverbot gem Art 4 7. ZPEMRK verstößt.

Das bisher noch nicht erwähnte Grundrecht „ne bis in idem“ (Doppelbestrafungsverbot) könnte bei Verhängung einer Verwaltungsstrafe gem §§ 33 iVm 111 ASVG und der Vorschreibung einem Beitragszuschlag gem § 113 ASVG verletzt sein.

Wenn aufgrund einer strafbaren Handlung iSd Art 6 Abs 1 EMRK rechtskräftig abgeurteilt wurde, entweder durch Verurteilung oder durch Freispruch, wird dieses Grundrecht dergestalt anwendbar, dass keine neuerliche Bestrafung (auch schon eine neuerliche Verfolgung) erfolgen darf.

---

<sup>86</sup> VwGH 27.04.2011, 2010/08/0172.

<sup>87</sup> Bugelnig in Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer, Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch (2016) § 153e StGB Rz 29.

<sup>88</sup> Feik in Mosler/Müller/Pfeil, Der SV-Komm (2012) § 113 ASVG Rz 7.

Die Betragszuschläge stellen jedoch keine Verwaltungsstrafen<sup>89</sup>, sondern Bearbeitungs- und Prüfungskosten<sup>90</sup> somit pauschale Abgeltungen eines Verwaltungsaufwandes, der vom Beitragspflichtigen verursacht worden ist, dar.<sup>91</sup>

Der VfGH hat daher entschieden, dass die Verhängung von Beitragszuschlägen gem § 113 ASVG nach der rechtskräftigen Verurteilung gem § 33 iVm § 111 ASVG nicht das Grundrecht auf Verbot der Doppelbestrafung verletzt.<sup>92</sup>

Dem Dienstgeber drohen daher im günstigsten Fall bei einer Schwarzarbeit € 1.265,-. Dies setzt sich zusammen aus dem halben Strafsatz von € 365,- (111 Abs 2 letzter Satz ASVG), € 500,- (Bearbeitung GKK) sowie der halbe Prüfeinsatz in Höhe von € 400,-. Schlechtesten Falles drohen dem Dienstgeber € 3.480,-<sup>93</sup> bei erstmaligem Verstoß.

### 7.3. § 153e StGB - Organisierte Schwarzarbeit

Die kompetenzrechtliche Einordnung des StGB ist in Art 10 Abs 1 Z 6 B-VG unter „Strafrechtswesen“.

§ 153e StGB wird gemeinsam mit §§ 153c und 153d StGB auch als Sozialbetrug bezeichnet.<sup>94</sup>

§ 153e StGB sieht eine Bestrafung von bis zu 2 Jahren vor, wenn unselbständige oder selbständige Personen ohne die erforderliche Anmeldung zur Sozialversicherung oder ohne die erforderliche Gewerbeberechtigung zur Erwerbstätigkeit angeworben, vermittelt oder überlassen werden (Abs 1 Z 1).

Auch ist die Beschäftigung oder Beauftragung solcher Personen bei einer größeren Anzahl strafbar (Abs 1 Z 2). Dies gilt sowohl für führend tätige Personen (Abs 1 Z 3) als auch für leitende Angestellte einer juristischen Person oder einer Personengemeinschaft ohne Rechtspersönlichkeit (Abs 2).<sup>95</sup>

---

<sup>89</sup> *Poperl*, Allgemeines Sozialversicherungsgesetz (2017) § 113 Rz 14.

<sup>90</sup> *Poperl*, Allgemeines Sozialversicherungsgesetz § 113 Rz 24.

<sup>91</sup> *Feik* in *Mosler/Müller/Pfeil*, Der SV-Komm § 113 ASVG Rz 1.

<sup>92</sup> VfGH 07.03.2017, G407/2016 ua.

<sup>93</sup> Zusammengesetzt aus € 2.180,- (§ 111 Abs 2 ASVG) + € 500,- Bearbeitungsgebühr (§ 113 Abs 2 ASVG) + € 800,- Prüfwuschlag (§ 113 Abs 2 ASVG).

<sup>94</sup> Vgl. § 2 LSD-BG.

<sup>95</sup> BGBl I 98/2009.

Wie bereits angeführt, sind Dienstnehmer vor Arbeitsantritt beim zuständigen Sozialversicherungsträger anzumelden<sup>96</sup> bzw haben selbständige Personen eine Meldung bei der GSVG einzubringen<sup>97</sup>. Dass der Dienstgeber strafrechtlich belangt wird, wenn er Dienstnehmer ohne die erforderliche Anmeldung zur Sozialversicherung beschäftigt, ist unzweifelhaft und nachvollziehbar, da der Dienstgeber eine Handlungsverpflichtung zur Anmeldung hat. Die Anmeldungen müssen sowohl fristgerecht als auch richtig, dh auf das Versicherungsverhältnis und der Beitragspflicht betreffend, erfolgen. Dies gilt vor allem, wenn Dienstnehmer als geringfügig angemeldet werden, jedoch über diese Grenze hinaus entlohnt werden.<sup>98</sup> Bei den selbständig Erwerbstätigen ist der Selbständige selbst verpflichtet, die Meldung bei der GSVG zu erstatten. Ebenso haben selbständig erwerbstätige Personen eine entsprechende Gewerbeausübung bei der Gewerbebehörde anzumelden.<sup>99</sup> Eine Bestrafung trifft auch den Vermittler, Anwerber und Überlasser, wenn er es zumindest ernstlich für möglich hält, dass der selbständige Erwerbstätige keine Meldung gem § 18 GSVG erstattet hat bzw keine entsprechende Gewerbeberechtigung hat, und er sich damit auch abfindet, also dolus eventualis gem § 5 Abs 1 StGB handelt.

Anwerben iSd § 153e StGB bedeutet, dass eine Anregung zur Schwarzarbeit geschaffen wird, somit der Schwarzarbeiter für die illegale Tätigkeit motiviert werden soll.<sup>100</sup>

Vermitteln, dh durch einen Dritten (= Täter iSd § 153e StGB) wird eine Verbindung zwischen dem Schwarzarbeiter und Dienstgeber hergestellt. Der Dritte spricht<sup>101</sup> seine Empfehlung aus.<sup>102</sup>

Überlassen wird ein Schwarzarbeiter, wenn er vom eigentlichen Dienstgeber bei einem anderen Dienstgeber eingesetzt wird. Die Arbeitskraft wird weiterhin vom ursprünglichen Dienstgeber bezahlt, jedoch beim neuen Dienstgeber tätig.<sup>103</sup>

Der Tatbestand des § 153e Z 2 StGB ist dann erfüllt, wenn Arbeitsverhältnisse zwischen dem Dienstgeber und den Schwarzarbeitern zustande kommen bzw wenn selbständig Erwerbstätige ohne die entsprechenden Meldungen (bei der Gewerbebehörde und GSVG)

---

<sup>96</sup> Siehe oben Seite 21.

<sup>97</sup> § 18 GSVG bestimmt die Meldepflicht selbständiger Erwerbstätiger und ist das Pendant zu § 33 ASVG; es wird die Meldepflicht von selbständig Erwerbstätigen bei der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft bestimmt - die Meldung muss binnen einem Monat einlangt sein. Ein Verstoß gegen diese Meldepflicht ist gem § 23 GSVG mit einer Verwaltungsstrafe von bis zu € 440,- zu bestrafen.

<sup>98</sup> *Bugelnig* in *Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer*, Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch § 153e StGB Rz 29.

<sup>99</sup> Siehe oben Seite 16 ff.

<sup>100</sup> *Wegscheider*, Strafrecht Besonderer Teil<sup>4</sup> 254.

<sup>101</sup> Aussprechen in jeglicher erdenklicher Art (wörtlich, schriftlich, usw).

<sup>102</sup> *Wegscheider*, Strafrecht Besonderer Teil<sup>4</sup> 254.

<sup>103</sup> *Wegscheider*, Strafrecht Besonderer Teil<sup>4</sup> 254.

beauftragt werden. Dies jedoch nur dann, wenn eine größere Zahl an Schwarzarbeitern beschäftigt oder beauftragt wird. Ein Richtwert liegt bei 10 Personen. Diese müssen gleichzeitig, zumindest für eine kurze Zeit, beschäftigt / beauftragt werden. Eine Zusammenrechnung illegaler Erwerbstätiger über einen gewissen Zeitraum erfolgt nicht.<sup>104</sup>

Ebenso ist die führende Tätigkeit bei einer größeren Anzahl von Schwarzarbeitern strafbar, sofern sie gewerbsmäßig ausgeführt wird. Es bedarf daher eine selbständige Anordnungsgewalt<sup>105</sup> bzw faktische Befehlsgewalt<sup>106</sup> für den Anführer.

Bei einigen Delikten, wie zB. § 153d StGB ist „gewerbsmäßig“ eine bloße Strafverschärfung, hingegen ist bei § 153e StGB „gewerbsmäßig“ die Voraussetzung für eine Bestrafung.

Um die Gewerbsmäßigkeit zu erfüllen, können die Delikte des Abs 1 Z 1 abwechselnd erfüllt werden. Ebenso können die Handlungen nach Z 2 abwechselnd erfolgen, sodass die Gewerbsmäßigkeit erfüllt wird. Eine Mischung aus einem Delikt aus Z 1 und Z 2 führt noch nicht zur Strafe, da Z 1 und Z 2 nicht gleiche Deliktstypen sind. Jedoch ist es belanglos, ob die Taten als Bestimmungs-, Beitrags- oder unmittelbarer Täter ausgeführt werden.<sup>107</sup>

Es muss nicht jede einzelne Tat € 400 übersteigen, sondern es genügt, wenn der Täter durch die Tat € 400,- pro Monat bei einer jährlichen Betrachtungsweise verdient bzw. wenn er um € 400,- pro Monat weniger an die Sozialversicherungsträger oder BUAK entrichtet.<sup>108</sup>

§ 153e Abs 2 StGB sieht auch eine Bestrafung für leitende Angestellte bei Übertretungen nach Abs 1 StGB vor.

Leitende Angestellte sind nach § 74 Abs 3 StGB Personen, denen maßgeblicher Einfluss auf die Geschäftsführung zukommt. Dies sind sowohl die jeweiligen Organwalter<sup>109</sup> als auch Dienstnehmer die einen leitenden Einfluss auf die Geschäftsführung haben, wie zB Abteilungsleiter.<sup>110</sup>

---

<sup>104</sup> *Bugelnig* in *Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer*, Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch § 153e StGB Rz 56-58.

<sup>105</sup> ErläutRV 689 BlgNR 25. GP 11.

<sup>106</sup> *Wegscheider*, Strafrecht Besonderer Teil<sup>4</sup> 255.

<sup>107</sup> *Bugelnig* in *Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer*, Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch § 153e StGB Rz 81.

<sup>108</sup> ErläutRV 689 BlgNR 25. GP 15.

<sup>109</sup> *Kirchbacher* in *Höpfel/Ratz*, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch<sup>2</sup> (2011) § 161 Rz 7.

<sup>110</sup> *Kirchbacher* in *Höpfel/Ratz*, WK-StGB<sup>2</sup> § 161 Rz 16.

Die Verurteilungen sind eher gering. 2013 gab es 15<sup>111</sup>, 2014 24<sup>112</sup>, 2015 18<sup>113</sup> und 2016 15<sup>114</sup> rechtskräftige Verurteilungen gem § 153e StGB.

#### 7.4. § 19 LSD-BG – Grenzüberschreitende Schwarzarbeit

Nicht nur auf nationaler Ebene, sondern auch auf europäischer Ebene finden sich Beschäftigungsverhältnisse wieder. Diesbezüglich wurde die Entsende-Richtlinie<sup>115</sup> geschaffen, um Hindernisse in der Personen- und Dienstleistungsfreiheit zu beseitigen.<sup>116</sup> EU Richtlinien bedürfen zur innerstaatlichen Geltung eines Normsetzungsverfahrens in Form eines Gesetzes oder Verordnung.<sup>117</sup>

Innerstaatliche Normen wie in den §§ 7ff Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz wurden geschaffen, um diese Richtlinie umzusetzen. Die Normen des §§7ff AVRAG wurden mittlerweile aufgehoben und in das LSD-BG übernommen.

Typische grenzüberschreitende Arbeitsverhältnisse sind die Entsendung und grenzüberschreitende Arbeitskräfteüberlassung.

Eine Entsendung liegt vor, wenn ein Dienstnehmer mit gewöhnlichem Arbeitsort im Ausland beschäftigt wird, wobei der ausländische Arbeitgeber keinen Sitz im Inland hat.

Hingegen liegt eine Arbeitskräfteüberlassung vor, wenn ein Arbeitnehmer zur Arbeitsleitung an ein anderes Unternehmen verliehen wird.<sup>118</sup>

Da, wie bereits dargelegt, die Bestimmungen der §§7ff AVRAG seit 31.12.2016 aufgehoben sind, wird nur noch die aktuelle Rechtslage des LSD-BG näher ausgeführt. Für Sachverhalte, die vor 01.01.2017 entstanden sind, gilt weiterhin die alte Rechtslage nach dem AVRAG.<sup>119</sup>

Ebenso wie zum Begriff „Schwarzarbeit“<sup>120</sup>, gibt es zum Begriff „Lohn- und Sozialdumping“ keine gesetzliche Definition. Sowohl von der Rechtslehre und Praxis wird darunter die

---

<sup>111</sup> Statistik Austria, Gerichtliche Kriminalstatistik 2013, Tabelle A1.

<sup>112</sup> Statistik Austria, Gerichtliche Kriminalstatistik 2014, 22.

<sup>113</sup> Statistik Austria, Gerichtliche Kriminalstatistik 2015, 22.

<sup>114</sup> Statistik Austria, Gerichtliche Kriminalstatistik 2016, 28.

<sup>115</sup> RL 96/71/EG.

<sup>116</sup> RL 96/71/EG, 1.

<sup>117</sup> *Leitl-Staudinger*, Öffentliches Recht I<sup>8</sup>, 10/55.

<sup>118</sup> *Lindmayr*, Handbuch zur Ausländerbeschäftigung<sup>10</sup> (2010) Rz 71.

<sup>119</sup> Vgl BGBl I 64/2017.

<sup>120</sup> Siehe oben Seite 8.

Übertretung von Arbeits- und Sozialrechtsnormen, vor allem Entgelts-, Arbeitszeit- und Urlaubsregelungen, verstanden.<sup>121</sup>

Um Befürchtungen wie die Überschwemmung des österreichischen Arbeitsmarktes von Billigarbeitern nach der EU-Ost-Öffnung<sup>122</sup> entgegenzuwirken, wurden Regelungen geschaffen<sup>123</sup>, die den Arbeitsmarkt, die Lohnbedingungen, einen fairen wirtschaftlichen Wettbewerb sowie die fiskalischen Abgaben sichern sollen.<sup>124</sup> Weiterentwicklungen führten letztendlich zum derzeit geltenden LSD-BG,<sup>125</sup> das seit 01.01.2017 in Kraft ist.

#### 7.4.1. Entsendung von Dienstnehmern nach Österreich

Werden Dienstnehmer nach Österreich entsandt, so treffen den Dienstgeber Pflichten, die bei Missachtung zu erheblichen Strafen führen können. Entsendung bedeutet, dass die Dienstnehmer an einem bestimmten Ort, abweichend vom gewöhnlichen Arbeitsort, Dienstleistungen erbringen oder Gegenstände herstellen und kein fertiges Produkt liefern.<sup>126</sup>

##### ZKO3-Meldung

Dienstgeber<sup>127</sup>, die ihre Mitarbeiter nach Österreich entsenden, haben die Entsendung vor der Arbeitsaufnahme gem § 19 Abs 1 iVm § 19 Abs 2 LSD-BG automationsunterstützt mittels elektronischem Formular (auf der Homepage des BMF), für jeden Dienstnehmer gesondert zu melden. Die Meldung (§ 19 Abs 3 LSD-BG) ist an die Zentrale Koordinationsstelle des Bundesministeriums für Finanzen zu übermitteln. Ebenso sind nachträgliche Änderungen unverzüglich zu melden. Die Entsendemeldung beinhaltet wesentliche Angaben zum Arbeit- und Auftraggeber, Daten des Dienstnehmers und seiner Entlohnung, den Zeitraum und Ort der Entsendung.<sup>128</sup>

Abweichend zur allgemeinen Regelung nach Abs 3 leg cit ist für den Transportbereich (Güter- und Personenbeförderung) nach Abs 7 leg cit vorgesehen, dass die Entsendemeldung jeweils für einen Zeitraum von 6 Monaten zu erfolgen hat. Dies soll einen

---

<sup>121</sup> Kraft/Kronberger, Lohn- und Sozialdumping aus der Sicht der Personalverrechnung<sup>2</sup> (2017) 1.

<sup>122</sup> Auslaufen der Übergangsfristen für Tschechien, Slowakei, Ungarn, Slowenien, Polen, Estland, Lettland und Litauen.

<sup>123</sup> BGBl I 24/2011.

<sup>124</sup> ErläutRV 1076 BlgNR 24. GP 1.

<sup>125</sup> BGBl I 44/2016.

<sup>126</sup> Borgmann, Die Entsendung von Arbeitnehmern in der Europäischen Gemeinschaft : Wechselwirkungen zwischen Kollisionsrecht, Grundfreiheiten und Spezialgesetzen (2000) 3.

<sup>127</sup> Aus einem EU-Mitgliedsstaat, EWR-Staat oder der schweizerischen Eidgenossenschaft

<sup>128</sup> Vgl. § 19 Abs 3 LSD-BG.

Pauschalzeitraum unabhängig von einer tatsächlichen Entsendung ermöglichen und somit eine Vereinfachung für den Dienstgeber darstellen.<sup>129</sup>

#### E 101 bzw. A 1

Wird ein Dienstnehmer entsandt, so ist ihm vom jeweiligen Sozialversicherungsträger im Herkunftsland ein Nachweis über die Anmeldung beim Dienstgeber auszuhändigen. Dies ist das Sozialversicherungsdokument E 101 nach der Verordnung (EWG) Nr 1408/71, oder Sozialversicherungsdokument A 1 nach der Verordnung (EG) Nr 883/04 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit.<sup>130</sup>

#### Bereithaltung der Unterlagen

Die Entsendemeldung ist am Arbeitsort während des Entsendezeitraumes bereitzuhalten oder zum Kontrollzeitpunkt in elektronischer Form zur Verfügung zu stellen. Gleiches gilt für die Unterlagen über die Anmeldung zur Sozialversicherung.<sup>131</sup> Sofern sich mehrere Arbeitsorte an einem Arbeitstag ergeben, sind die genannten Unterlagen am ersten Arbeitsort bereitzuhalten. Die Bereithaltung der Unterlagen hat entweder bei einer entsandten Person (Ansprechperson gem § 19 Abs 3 Z 3 LSDBG), bei einem Berufsmäßigen Vertreter zB Steuerberater oder Rechtsanwalt, bei einer in Österreich eingetragenen Zweigniederlassung oder bei einer inländischen selbständigen Tochtergesellschaft oder inländischen Muttergesellschaft eines Konzerns zu erfolgen. Erfolgt die Aufforderung zur Vorlegung der Unterlagen (durch die Abgabenbehörde oder BUAK) außerhalb der Geschäftszeiten des Parteienvertreters, so sind diese nach Aufforderung bis zum Ablauf des zweitfolgenden Tages entsprechend zu übermitteln.<sup>132</sup> Im Transportbereich sind die Unterlagen im Fahrzeug bereitzuhalten.<sup>133</sup>

In der Praxis werden die Unterlagen meist im Baubüro in Papierform bereitgehalten und vorgelegt (sofern sie vorhanden sind).

#### Lohnunterlagen

Die bedeutendste Regelung im Kampf gegen das Lohndumping bildet § 22 LSD-BG. Die Arbeitnehmer haben einen Anspruch auf ein nach dem Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag gebührendes Entgelt. Daher haben Arbeitgeber neben den oben genannten Unterlagen ebenso die Lohnunterlagen während des Entsendezeitraumes bereitzuhalten. Was unter den Lohnunterlagen zu verstehen ist, ist gesetzlich definiert. Gem § 22 Abs 1

<sup>129</sup> ErläutRV 1589 BgNR 25. GP 1.

<sup>130</sup> <https://www.sozialversicherung.at/portal27/esvportal/content?contentid=10007.684286&viewmode=content>, abgefragt am 20.06.2017.

<sup>131</sup> § 21 Abs 1 Z 1 und Z 2 LSD-BG.

<sup>132</sup> § 19 Abs 1 und 2 LSD-BG.

<sup>133</sup> Gilt gem § 19 Abs 1 letzter Satz LSD-BG ab Einreise in das Bundesgebiet.

LSD-BG sind dies der Arbeitsvertrag oder Dienstzettel, Lohnzettel, Lohnzahlungsnachweise oder Bankbelege, Lohnaufzeichnungen, Arbeitsaufzeichnungen und Unterlagen betreffend derlohneinstufung. Diese Unterlagen, mit Ausnahme des Arbeitsvertrages<sup>134</sup>, sind in deutscher Sprache vor Ort bereit zu halten oder in elektronischer Form während der Kontrolle zur Verfügung zu stellen. Für den Transportbereich sind Abweichungen vorgesehen. Es sind hier nur der Arbeitsvertrag oder Dienstzettel sowie Arbeitsaufzeichnungen bereits ab Einreise in das Bundesgebiet im Fahrzeug bereit zu halten. Die weiteren Lohnunterlagen sind auf Verlangen binnen 14 Tagen zu übermitteln.<sup>135</sup>

#### Ausnahmen vom LSD-BG

Ebenso wie in vielen weiteren Gesetzen<sup>136</sup> sind auch Ausnahmen von der gesetzlichen Anwendbarkeit des LSD-BG vorgesehen. Dies sind taxativ in § 1 Abs 5 LSD-BG genannte Tätigkeiten, die von geringem Umfang und kurzer Dauer sind. Auszugsweise werden angeführt: geschäftliche Besprechungen ohne Erbringung von weiteren Dienstleistungen (Z 1) und die Teilnahme an Messen die Teilnahme an Kongressen und Tagungen (Z 4).

#### **7.4.2. Strafrechtliche Sanktionen**

Erfolgen Verstöße gegen die Bestimmungen über die ordnungsgemäße oder rechtzeitige Meldung der Entsendung (ZKO3) sind Geldstrafen von € 1.000,- bis € 10.000,-, im Wiederholungsfall von € 2.000,- bis € 20.000,- gem § 26 Abs 1 LSD-BG vorgesehen.

Gleiche Geldstrafen bestehen, wenn die Unterlagen betreffend der Sozialversicherung nicht bereitgehalten werden oder den Abgabenbehörden oder der BUAK während der Kontrolle elektronisch zur Verfügung gestellt werden.

Die Nichtbereithaltung der Lohnunterlagen ist mit Geldstrafe von € 1.000,- bis € 10.000,-, im Wiederholungsfall von € 2.000,- bis € 20.000,-, bei mehr als 3 Arbeitnehmer von € 2.000,- bis € 20.000,-, im Wiederholungsfall von € 4.000,- bis € 50.000,- sanktioniert.

Sollte eine Unterentlohnung vorliegen, so sind zudem Geldstrafen wie bei der Nichtbereithaltung von Lohnunterlagen vorgesehen.

---

<sup>134</sup> Dieser kann in deutscher oder englischer Sprache bereitgehalten werden.

<sup>135</sup> § 22 Abs 1a LSD-BG.

<sup>136</sup> Vgl § 2 GewO.

### Dienstbehinderung bzw Vereitelung der Lohnkontrolle

Um Vereitelungshandlungen der Lohnkontrolle entgegenzuwirken sind ebenso verwaltungsstrafrechtliche Sanktionen vorgesehen.

Sollten die Lohnunterlagen trotz Verlangen nicht der Abgabenbehörde oder dem Sozialversicherungsträger übermittelt werden, drohen Geldstrafen von € 500,- bis € 5.000,- pro Dienstnehmer, im Wiederholungsfall von € 1.000,- bis € 10.000,- gem 27 Abs 1 LSD-BG.

Bei Dienstbehinderungen, wie die Verweigerung des Betretungsrechts, Erschwerungen oder Behinderungen der Kontrolle sind Geldstrafen von € 1.000,- bis € 10.000,-, im Wiederholungsfall von € 2.000,- bis € 20.000,- angedroht.<sup>137</sup>

Die Verweigerung der Einsicht in die Sozialversicherungsunterlagen ist ebenso wie die Verweigerung der Einsicht in die Lohnunterlagen von € 1.000,- bis € 10.000,-, im Wiederholungsfall von € 2.000,- bis € 20.000,-, pönalisiert.

Die Pflichten und Sanktionen bei der Entsendung zur Bereithaltung bzw. Nachsendung treffen nur den jeweiligen Arbeitgeber im Ausland.<sup>138</sup>

Die Sanktionen einer Dienstbehinderung bzw Vereitelung von Lohnkontrollen können im Gegensatz dazu jede Person betreffen, die die bedrohten Handlungen setzt.<sup>139</sup>

### **7.4.3. Grenzüberschreitende Arbeitskräfteüberlassung**

Bei der Entsendung von Dienstnehmern treffen die Strafen den Arbeitgeber. Im Gegensatz dazu, sind bei der Überlassung von Arbeitskräften sowohl für den Arbeitgeber (= Überlasser) als auch für den Beschäftiger (= Dienstgeber, an dem die Arbeitskraft überlassen wird) bei Verstößen gegen die Rechtsvorschriften Sanktionen vorgesehen.

### ZKO4-Meldung

Die Dienstgeber haben analog zu den Entsendebestimmungen die Überlassung von Arbeitskräften an die ZKO vor Arbeitsaufnahme zu übermitteln. Die Bestimmungen über die Überlassungsmeldung sind in § 19 Abs 4 LSD-BG geregelt. Daher wird die

---

<sup>137</sup> § 27 Abs 2 LSD-BG.

<sup>138</sup> Kraft/Kronberger, Lohn- und Sozialdumping<sup>2</sup>, 84 ff.

<sup>139</sup> Kraft/Kronberger, Lohn- und Sozialdumping<sup>2</sup>, 86.

Überlassungsmeldung ZKO4-Meldung genannt und ist ebenfalls automationsunterstützt mittels elektronischem Formular durchzuführen.

#### E 101 / A1

Bei der Überlassung von Arbeitskräften sind ebenso Bestimmungen über die Bereithaltung (bzw elektronisch zur Verfügung stellen) der sozialversicherungsrechtlichen Unterlagen vorgesehen.

#### Lohnunterlagen

Eine Abweichung zur Entsendung ist bei den Lohnunterlagen vorgesehen. Eine Verpflichtung der Bereithaltung der Lohnunterlagen trifft bei der grenzüberschreitenden Arbeitskräfteüberlassung nur den inländischen Beschäftiger. Der Überlasser muss die Lohnunterlagen dem Beschäftiger übermitteln.<sup>140</sup>

### **7.4.4. Strafrechtliche Sanktionen**

Die Strafen bezüglich der ordnungsgemäßen und rechtzeitigen Meldungen (ZKO4) sind gleich wie die Strafen bezüglich der ZKO3 Meldungen<sup>141</sup> und sind für den Überlasser vorgesehen.

Den Beschäftiger treffen Strafen im Ausmaß von € 500,- bis € 5.000,-, im Wiederholungsfall von € 1.000,- bis € 10.000,-, wenn er die ZKO4 Meldung oder die sozialversicherungsrechtlichen Unterlagen nicht bereit hält oder zugänglich macht.

Den Überlasser treffen weiters Strafen in Höhe von € 1.000,- bis € 10.000,-, im Wiederholungsfall von € 2.000,- bis € 20.000,-, bei mehr als 3 Arbeitnehmer von € 2.000,- bis € 20.000,-, im Wiederholungsfall von € 4.000,- bis € 50.000,-, wenn er dem Beschäftiger die Lohnunterlagen nicht bereitstellt.

Ebenso sind auch die Strafen für den Beschäftiger vorgesehen, wenn er die Lohnunterlagen nicht bereit hält oder elektronisch während der Kontrolle zugänglich macht.

Wie bereits dargelegt<sup>142</sup> richten sich die Strafdrohungen bei Dienstbehinderungen oder Vereitelungshandlungen gegen die Lohnkontrolle gegen Jedermann, sodass hier nicht mehr darauf eingegangen werden muss.

---

<sup>140</sup> § 22 Abs 2 LSD-BG.

<sup>141</sup> Siehe oben Seite 30.

#### 7.4.5. Sicherheitsleistung – Zahlungsstopp

Liegt der begründete Verdacht einer Übertretung<sup>143</sup> vor, so kann eine Sicherheitsleistung eingehoben oder ein Zahlungsstopp verhängt werden, sofern die Strafverfolgung oder der Strafvollzug aus Gründen, die in der Person des Arbeitgebers (= Auftragnehmers) oder in der Person des Überlassers liegen, unmöglich oder wesentlich erschwert wird. Die vorläufige Sicherheit kann bis zum Höchstmaß der angedrohten Geldstrafe festgesetzt und eingehoben werden.

Indizien für eine Erschwerung der Strafverfolgung können sein, wenn

- sehr hohe Geldstrafen drohen,
- keine Unterlagen übermittelt werden,
- wenn keine UID-Nr. vorhanden ist,
- Firmen, die im internationalen Bereich tätig sind, nicht durch einfache Suche im Internet gefunden werden können,
- bereits mehrere laufende Strafverfahren eingeleitet wurden,
- Vorstrafen bestehen,
- wenn die Dienstnehmer weder den genauen Firmensitz noch den Chef kennen.

Kann keine vorläufige Sicherheit festgesetzt oder eingehoben werden, kann gem § 34 Abs 2 Satz 2 LSD-BG ein Zahlungsstopp von der Abgabenbehörde oder BUAK verhängt werden. Hierbei wird der Auftraggeber oder Beschäftigter schriftlich angewiesen, den noch offenen Werklohn/Überlassungsentgelt nicht mehr an den Auftragnehmer oder Überlasser zu bezahlen. Der Zahlungsstopp ist nur bis zum Ausmaß der noch offenen Entgeltforderung wirksam.

Innerhalb von 3 Tagen nach dem Zahlungsstopp, ist der Antrag auf Erlegung einer Sicherheitsleistung an die Bezirksverwaltungsbehörde zuzustellen. Sollte der Antrag nicht zeitgerecht erfolgen, tritt der Zahlungsstopp ex lege außer Kraft. Die BVB muss innerhalb von 4 Wochen über den Antrag entscheiden, andernfalls tritt er ebenfalls ex lege außer Kraft. Wird durch den Auftragnehmer oder Überlasser die Sicherheitsleistung nachträglich gelegt, ist der Zahlungsstopp durch Bescheid der Bezirksverwaltungsbehörde aufzuheben.

Die BVB kann anschließend, sofern die Gründe für eine wesentliche Erschwerung oder Unmöglichkeit des Strafvollzuges bestehen, dem Auftraggeber oder Beschäftigter mittels

---

<sup>142</sup> Siehe oben Seite 31 ff.

<sup>143</sup> Siehe oben Strafsanktionen bei Entsendung Seite 30 und Überlassung Seite 32.

Bescheid auftragen, dass der noch offene Werklohn oder das Überlassungsentgelt oder einen Teil davon als Sicherheit, binnen einer angemessenen Frist, zu erlegen ist. Die Zahlung des Auftraggebers/Beschäftiger hat schuldbefreiende Wirkung im Schuldverhältnis zum Dienstgeber/Überlasser.

Bezahlt der Auftraggeber/Beschäftiger entgegen dem Zahlungsstopp an den Dienstgeber/Überlasser, wird dies nicht als schuldbefreiend gewertet.<sup>144</sup>

## 8. Behörden zur Bekämpfung von Schwarzarbeit

Folgende Behörden bzw Selbstverwaltungskörper sind eingesetzt, um die Schwarzarbeit zu bekämpfen.

### 8.1. Finanzpolizei

Mit dem Betrugsbekämpfungsgesetz 2010<sup>145</sup> wurde die Finanzpolizei ua zur Bekämpfung der Schattenwirtschaft ins Leben gerufen. Die Finanzpolizei ist eine Betrugsbekämpfungseinheit des Bundesministeriums für Finanzen und dient auch der Chancengleichheit des österreichischen Wirtschaftslebens.

Vorreiter der Finanzpolizei war die KIAB, Kontrolle der illegalen Arbeitnehmerbeschäftigung.<sup>146</sup> Die Befugnisse der KIAB wurden erheblich erweitert, vor allem im Bereich der Steueraufsichtsmaßnahmen.<sup>147</sup>

#### Gesetzliche Grundlage

In der Kompetenzverteilung sind die öffentlichen Abgaben in Art 10 Abs. 1 Z 4 B-VG sowie die Errichtung von Bundesbehörden in Art 10 Abs. 1 Z 16 B-VG angesiedelt. Das bedeutet, dass die Gesetzgebung und die Vollziehung Bundessache ist. Die Bundesfinanzen werden gem. Art 102 Abs. 2 B-VG unmittelbar durch Bundesbehörden besorgt. Die gesetzliche Grundlage für die Finanzpolizei ist § 9 Abs. 3 AVOG iVm § 10b AVOG 2010-DV. Die

---

<sup>144</sup> Das Verfahren ist in § 34 LSD-BG geregelt.

<sup>145</sup> BGBl I 105/2010.

<sup>146</sup> *Lehner*, Wegweiser Finanzpolizei (2014) 5.

<sup>147</sup> ErläutRV 875 BlgNR 24. GP 3.

Finanzpolizei ist sowohl wirtschaftlich als auch personell selbständig und wird bei Erfüllung ihrer Aufgaben als Organ der Abgabenbehörde tätig.<sup>148</sup>

### Aufgaben

Zu den Kernaufgaben der Finanzpolizei zählt die Prüf- und Kontrolltätigkeit der Bestimmungen:

- des Ausländerbeschäftigungsgesetzes
- des Allgemeines Sozialversicherungsgesetzes
- des Arbeitslosenversicherungsgesetzes
- der Gewerbeordnung<sup>149</sup>

Weiters zählt zu den Kernaufgaben die Aufdeckung von:

- Sozialbetrug nach dem StGB
- Scheinunternehmen nach dem SBBG
- Lohn- und Sozialdumping nach dem LSD-BG
- Illegalem Glücksspiel nach dem GSpG.<sup>150</sup>
- 

### Befugnisse

Um die gesetzlichen Aufgaben erfüllen zu können, müssen auch entsprechende Befugnisse vorhanden sein. Diese umfassen ua:

- ein umfassendes Betretungsrecht
- inklusive Wege zu befahren, auch wenn dies der Allgemeinheit untersagt ist
- Identitätsfeststellungen
- Exekutionsmaßnahmen
- Sämtliche Kontroll- und Beweissicherungsmaßnahmen

## **8.2. Sozialversicherungsträger / Gebietskrankenkasse**

Der Hauptverband der österreichischen Sozialversicherung ist der Dachverband der Sozialversicherungsträger, bei dem die einzelnen Sozialversicherungsträger zusammengefasst sind.<sup>151</sup>

---

<sup>148</sup> Lehner, Wegweiser Finanzpolizei 5.

<sup>149</sup> Lehner, Wegweiser Finanzpolizei 5.

<sup>150</sup> <https://www.bmf.gv.at/betrugsbekaempfung/finanzpolizei/finanzpolizei.html>, abgefragt am 06.06.2017.

<sup>151</sup> Resch, Sozialrecht<sup>6</sup> (2014) 47.

Die Sozialversicherungsträger sind Körperschaften öffentlichen Rechts und erbringen die einzelnen Leistungen aus der gesetzlichen Sozialversicherung.

Für selbständig Erwerbstätige sind die folgenden SV-Träger eingerichtet: Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft, die allgemeine Unfallversicherungsanstalt, die Sozialversicherungsanstalt der Bauern und die Versicherungsanstalt des österreichischen Notariats.

Für unselbständig Erwerbstätige sind folgende SV-Träger eingerichtet: die Gebietskrankenkassen in den Bundesländern (zB WGKK, OÖGKK, NÖGKK usw), Versicherungsanstalt für Eisenbahn und Bergbau, Versicherungsanstalt für öffentlich Bedienstete, sowie 6 Betriebskrankenkassen wie zB Betriebskrankenkasse voestalpine Bahnsysteme (Donawitz und Kindberg).<sup>152</sup>

Die GKK sind durch Außenprüfer und Erhebungsorgane auch im Bereich der Bekämpfung der Schattenwirtschaft tätig, unter anderem:

- bei der Aufdeckung von Schwarzarbeit
- bei der Aufdeckung Sozialbetrug nach dem StGB<sup>153</sup>
- als Kooperationsstelle nach dem SBBG<sup>154</sup>
- in der Vollziehung des LSD-BG<sup>155</sup>

Für diese Aufgaben sind umfassende Befugnisse wie zB Auskunftserteilung<sup>156</sup> und Einsichtsrechte<sup>157</sup> gem § 42 ASVG essentiell.

---

<sup>152</sup> Resch, Sozialrecht<sup>6</sup>, 46 ff.

<sup>153</sup> Vgl § 153d StGB.

<sup>154</sup> § 3 Abs 2 Z 2 SBBG.

<sup>155</sup> § 11 LSD-BG.

<sup>156</sup> Vgl. §§ 42 und 43 ASVG.

<sup>157</sup> Vgl. § 14 Abs 2 LSD-BG.

## 9. Zusammenfassung

Zahlreiche komplexe Bestimmungen im Zusammenhang mit Pusch und Schwarzarbeit prägen die gesamte Rechtsordnung. Diese sind jedoch nötig, um den Wettbewerbsverzerrungen, den fiskalischen Schäden und der sozialen Sicherheit Einhalt zu gebieten. Daher gilt es, den Pusch und die Schwarzarbeit durch gesetzliche Bestimmungen einzudämmen.

Dies erfolgt ua durch Vorschriften, die Ausübungs- bzw. Antrittsbeschränkungen in Grundrechten darstellen können. Hierbei ist besonders auf die Verhältnismäßigkeit zu achten. Diese kann sich auch im Wandel der Zeit, wie obiges Beispiel<sup>158</sup> darlegt - vor allem bei technischen Erweiterungen, verändern.

Der Gesetzgeber ist dahingehend besonders gefordert, dass die Grundrechte der Wirtschaftsteilnehmer nur unter gelindeste Mittel eingeschränkt werden und dass ein Ausgleich mit dem Schutz des öffentlichen Interesses gegeben ist.

Trotz der hohen Geldstrafen lässt sich eine gänzliche Eindämmung des Pusches und der Schwarzarbeit nicht erreichen. So bestehen zum Beispiel Schwierigkeiten im Bereich des LSD-BG<sup>159</sup> bei der Lohnkontrolle. Wenn zB der entsendete Arbeitnehmer laut Arbeitsvertrag und LohnEinstufung € 1.900,- verdienen soll, dies dem inländischen Kollektivvertrag entspricht und auch entsprechende Bankbelege vorlegt werden, welche die Zahlung in Höhe von € 1.900,- belegen, so müssen dennoch häufig die Arbeitnehmer durch sog Kick-back Zahlungen einen Teil davon wieder abheben und an den Arbeitgeber zurückbezahlen, damit nicht der Eindruck entsteht, dass entgegen den österreichischen Rechtsvorschriften gehandelt wurde. Der ausländische Versicherungsträger wird über die Angaben in den ZKO3 und 4 – Meldungen nicht informiert, wodurch Sozialversicherungsbeiträge nicht entsprechend entrichtet werden. Der Datenzugriff bzw die Datenweitergabe an die Mitgliedsstaaten wäre eine geeignete Maßnahme um Falschangaben in den ZKO3 und 4 Meldungen hintanzuhalten und dadurch Lohndumping / Schwarzarbeit einzudämmen.

Ein weiterer wirtschaftlicher Schaden entsteht durch die Kick-back Zahlung, da auch oftmals eine Unterentlohnung entsteht, mit dieser der ausländische Unternehmer seine Preiseangebote kalkulieren und österreichische Anbieter beträchtlich unterbieten kann.

---

<sup>158</sup> Siehe oben Seite 18.

<sup>159</sup> Siehe oben Seite 27.

Schwarzarbeiter werden meist erst bei den Pensionsanträgen wegen der geringen Pension überrascht, da die Tätigkeiten der Schwarzarbeit nicht bei der Pension berücksichtigt werden.

## **10. Literaturverzeichnis**

### **10.1. Bücher**

Birklbauer/Hilf/Tipold, Strafrecht Besonderer Teil I<sup>3</sup> (2015).

Borgmann, Die Entsendung von Arbeitnehmern in der Europäischen Gemeinschaft : Wechselwirkungen zwischen Kollisionsrecht, Grundfreiheiten und Spezialgesetzen (2000).

Hengstschläger/Leeb, Grundrechte<sup>2</sup>, Kurzlehrbuch (2013).

Lehner, Wegweiser Finanzpolizei (2014).

Leitl-Staudinger, Besonderes Verwaltungsrecht<sup>4</sup>, Studienbuch (2014).

Leitl-Staudinger, Öffentliches Recht I<sup>4</sup>, Lehrbuch (2009).

Leitl-Staudinger, Öffentliches Recht I<sup>8</sup>, Lehrbuch (2015).

Lindmayr, Handbuch zur Ausländerbeschäftigung<sup>10</sup> (2010).

Kraft/Kronberger, Lohn- und Sozialdumping aus der Sicht der Personalverrechnung, 2. Aktualisierte Auflage (2017).

Öhlinger, Verfassungsrecht<sup>11</sup> (2016).

Nussbaum-Sekora, (K)ein Pfusch am Bau : Wie ein Bausachverständiger (s)ein Haus richtig und dennoch kostengünstig bauen würde (2012).

Reichel/Lesnik, Ist Arbeit sozial? : Arbeit neu bewerten; ein Lesebuch (2000).

Resch, Sozialrecht<sup>6</sup> (2014).

Wegscheider, Strafrecht Besonderer Teil<sup>4</sup> (2012).

WGKK, Dienstgeberinformation 1/2008 (2008).

### **10.2. Dissertationen**

Meissnitzer, Sozialbetrug, Schwarzarbeit, Schattenwirtschaft (2012).

### **10.3. Kommentare**

Mosler/Müller/Pfeil, Der SV-Komm § 33 (2017).

Mosler/Müller/Pfeil, Der SV-Komm § 41 ASVG (2017).

Mosler/Müller/Pfeil, Der SV-Komm § 113 ASVG (2012).

Gruber/Paliego-Barfuß, Die Gewerbeordnung - GewO<sup>7</sup> § 5 GewO (2016).

Höpfel/Ratz, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch<sup>2</sup> § 161 (2011).

Poperl, Allgemeines Sozialversicherungsgesetz § 113 ASVG (2017).

Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer, Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch § 153d StGB (2016).

Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer, Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch § 153e StGB (2016).

#### **10.4. Regierungsvorlagen**

ErläutRV 77 BlgNR 23. GP.

ErläutRV 689 BlgNR 25. GP.

ErläutRV 698 BlgNR 22. GP.

ErläutRV 875 BlgNR 24. GP.

ErläutRV 1076 BlgNR 24. GP.

ErläutRV 1589 BlgNR 25. GP.

#### **10.5. Internet**

[https://www.wko.at/service/w/wirtschaftsrecht-gewerberecht/Garantiert\\_ohne\\_Garantie\\_061212\\_3.pdf](https://www.wko.at/service/w/wirtschaftsrecht-gewerberecht/Garantiert_ohne_Garantie_061212_3.pdf), Seite 1, abgefragt am 22.06.2017.

[https://www.wko.at/service/w/wirtschaftsrecht-gewerberecht/Garantiert\\_ohne\\_Garantie\\_061212\\_3.pdf](https://www.wko.at/service/w/wirtschaftsrecht-gewerberecht/Garantiert_ohne_Garantie_061212_3.pdf), abgefragt am 06.06.2017.

[https://www.bmfwf.gv.at/Unternehmen/Gewerbe/Documents/Bundeseinheitliche\\_Liste\\_der\\_freien\\_Gewerbe.pdf](https://www.bmfwf.gv.at/Unternehmen/Gewerbe/Documents/Bundeseinheitliche_Liste_der_freien_Gewerbe.pdf), Stand 31. Jänner 2017, abgefragt am 31.05.2017.

<https://www.wien.gv.at/wirtschaft/gewerbe/gewerbeverfahren/teilmgewerbe.html>, abgefragt am 22.06.2017.

<https://www.bmf.gv.at/betrugsbekaempfung/finanzpolizei/finanzpolizei.html>, abgefragt am 06.06.2017.

<https://www.usp.gv.at/Portal.Node/usp/public/content/gruendung/egrueundung/269403.html>, abgefragt am 29.08.2017.

## **10.6. Statistiken**

Statistik Austria, Gerichtliche Kriminalstatistik 2013, Tabelle A1.

Statistik Austria, Gerichtliche Kriminalstatistik 2014.

Statistik Austria, Gerichtliche Kriminalstatistik 2015.

Statistik Austria, Gerichtliche Kriminalstatistik 2016.

## **10.7. Judikatur**

VfGH 29.11.1980, B207/76.

VfGH 04.10.1984, G70/84.

VfGH 10.06.2010, B887/09.

VfGH 27.11.2013, G49/2013.

VfGH 07.03.2017, G407/2016 ua.

VfSlg 11.503/1987.

VfSlg 12.296/1990.

VwGH 19.09.2001, 99/09/0264.

VwGH 26.01.2010, 2009/08/0269.

VwGH 27.04.2011, 2010/08/0172.

VwGH 21.12.2011, 2010/08/0089.

VwGH 11.06.2014, 2012/08/0240.