

An das
Bundesministerium für Justiz
zH Herrn Dr Christian Manquet
Museumstraße 7
1070 Wien

Abteilung für Rechtspolitik
Wiedner Hauptstraße 63 | Postfach 195
1045 Wien
T +43 (0)5 90 900-DW | F +43 (0)5 90 900-243
W <http://www.wko.at/rp>

Ihr Zeichen, Ihre Nachricht vom	Unser Zeichen, Sachbearbeiter	Durchwahl	Datum
BMJ-L 318.019/0008-II.1/2004	Rp 658/04/CN/Va Dr Christoph Nauer	4298	5.10.2004

**Entwurf eines BG, mit dem das Strafgesetzbuch, das Allgemeine Sozialversicherungsge-
setzt, das Firmenbuchgesetz, die Konkursordnung, das Gesetz über Gesellschaften mit
beschränkter Haftung und das Aktiengesetz 1965 geändert werden (Sozialbetrugsgesetz -
SozBeG), Stellungnahme**

Die Wirtschaftskammer Österreich nimmt zum oa Gesetzentwurf wie folgt Stellung:

Grundsätzliche Bemerkungen:

Der Gesetzesentwurf wird von der Wirtschaftskammer Österreich im Wesentlichen begrüßt. Maßnahmen gegen die verschiedensten Formen des Sozialbetrugs sind dringend notwendig. Der Entwurf ist daher ein Schritt in die richtige Richtung. Es darf jedoch nicht über das Ziel hinausgeschossen wird. Korrekt agierende Betriebe dürfen daher nicht der Gefahr strafrechtlicher Verfolgung ausgesetzt werden. Eine Nichtzahlung von Sozialversicherungsbeiträgen sollte daher nicht automatisch strafrechtlich pönalisiert werden. Ähnlich dem Finanzstrafrecht sollte die gerichtliche Strafbarkeit erst ab einer bestimmten Wertgrenze eingreifen. Vor Überschreitung dieser Wertgrenzen könnte auf eine Strafbarkeit komplett verzichtet werden oder mit Instrumenten des Verwaltungsstrafrechts das Auslangen gefunden werden. Weiters darf die Bekämpfung von Beweisproblemen nicht zur ungerechtfertigten Ausweitung von Tatbeständen führen: Wenn Löhne und Sozialversicherungsbeiträge aufgrund von Liquiditätsproblemen nicht bezahlt werden, darf es zu keiner strafrechtlichen Verfolgung kommen.

Zu einer effizienten Bekämpfung von Sozialbetrug ist es auch unbedingt erforderlich, das missbräuchliche Erschleichen von Sozialleistungen zu erfassen. Nur dann ist die Zielrichtung des Gesetzes ausgewogen und gerecht. Diese Handlungen schädigen massiv das österreichische Sozialsystem und haben auch den selben Unrechtsgehalt wie die im Entwurf enthaltenen Tatbestände. Der Entwurf vermittelt damit auch den unberechtigten Eindruck, Sozialbetrug gebe es nur auf Dienstgeberseite. Der Entwurf darf nicht dazu führen, dass Sozialbetrug in der öffentlichen Meinung als sozialschädliches Verhalten, das ausschließlich durch Unternehmer gesetzt werde, gewertet wird, und ein das Sozialsystem in gleichem Ausmaß schädigendes Verhalten von Nichtunternehmern als straffrei bzw als Kavaliersdelikt angesehen wird. Die

WKO geht daher davon aus, dass auch Straftatbestände gegen den sozialen Missbrauch durch Einzeltäter in den Gesetzesentwurf aufgenommen werden. Wenn vom BMJ davon ausgegangen wird, dass der Mißbrauch von Sozialleistungen durch Einzelpersonen bereits bisher unter den Tatbestand des Betrugs fallen, sollte dies – auch mit Beispielen – in den EB stärker hervorgehoben werden, um den erwähnten „falschen Eindruck“ zu vermeiden.

Die WKO bekennt sich zu einer effizienten Bekämpfung von Formen der illegalen Erwerbstätigkeit, da diese die Wettbewerbssituation zu Lasten der korrekt agierenden Unternehmen verzerren und reguläre Arbeitsplätze gefährden. Die neuen Straftatbestände müssen jedoch entsprechend enger und exakter gefasst werden, um nicht auch redliche Unternehmer der unverhältnismäßigen Gefahr einer strafgerichtlichen Verfolgung auszusetzen.

Zu den Bestimmungen im Einzelnen:

Zu Art 1 Z 1 (§ 153c StGB):

Der Entwurf übernimmt den bisherigen Straftatbestand des § 114 ASVG in das StGB; der Tatbestand wird aber erweitert: Die Erfüllung des Tatbestandsmerkmal „Vorenthalten von Sozialversicherungsbeiträgen“ soll künftig nicht mehr davon abhängig sein, dass tatsächlich eine Arbeitsvergütung bezahlt wurde. Die EB begründen dies damit, dass besonders bei der Schwarz auszahlung von Löhnen Beweisprobleme aufgetreten sind.

Die Beseitigung der Beweisprobleme führt uE zu einer ungerechtfertigten Erweiterung des Tatbestands. Es besteht die Gefahr, dass die Nichtzahlung von geschuldetem Entgelt (z.B. Schmutz- oder Erschwerniszulagen oder Mehrarbeitsleistungen), wo oftmals der Anspruch strittig ist, den Tatbestand des § 153c StGB erfüllt. Weiters müßte ein Dienstgeber in finanziellen Schwierigkeiten, der weder Löhne und Gehälter bezahlt (bzw bezahlen kann) noch Sozialversicherungsabgaben abführt (bzw abführen kann), eine strafgerichtliche Verfolgung fürchten.

Die Beitragsschuld bei der Sozialversicherung hängt nämlich ausschließlich davon ab, welches Entgelt der Dienstgeber dem Dienstnehmer tatsächlich schuldet und nicht davon, in welchem Ausmaß das Entgelt tatsächlich ausbezahlt wurde. Das heißt, wenn Entgelt geschuldet aber nicht ausbezahlt wird, besteht dafür Beitragspflicht bei der Sozialversicherung.

Im Beitragswesen zur Sozialversicherung bestehen jedoch unzählige Zweifelsfragen (z.B. Diäten oder Arbeitsentgelt; neue Dienstnehmerbegriffe des ASVG etc). Auch bestehen sehr häufig Auffassungsunterschiede zwischen Arbeitgeber einerseits und Arbeitnehmern, Sozialversicherung bzw Finanzamt andererseits, welches Entgelt tatsächlich geschuldet ist bzw wie das geschuldete Entgelt sozialversicherungsrechtlich einzuordnen ist. Beahlt der Dienstgeber einen Entgeltsbestandteil nicht, hält es aber ernstlich für möglich und findet sich damit ab, dass seine Einschätzung uU unzutreffend ist, würde er dadurch den Tatbestand des § 153c StGB (idF des Entwurfs) erfüllen und sich strafbar machen.

Wohl auch aus diesen Überlegungen wurde von der bisherigen Judikatur zu § 114 ASVG ein „Vorenthalten“ nur dann angenommen, wenn tatsächlich Entgelt ausbezahlt wurde.

Nachverrechnungen im Rahmen von Beitragsprüfungen könnten - wie gering sie auch ausfallen mögen - bereits zu einer strafgerichtlichen Verfolgung führen. Dieser Verfolgung könnte man nur durch die Einzahlung der Forderung der Sozialversicherung oder durch eine vertragliche

Verpflichtung zur Entrichtung der Forderungen entgehen. Dies hätte zur Folge, dass Beitragsprüfer bei Beitragsprüfungen einen enormen Druck auf Dienstgeber ausüben könnten.

Auch ein Dienstgeber in finanzielle Schwierigkeiten, der die Beiträge nicht mehr leisten kann, liefe - selbst bei geringsten Rückständen - Gefahr strafgerichtlich verfolgt zu werden.

Um Streitfragen über das Beitragswesen zur Sozialversicherung bzw über Entgeltsbestandteile nicht vor dem Strafgericht austragen zu müssen und um zu vermeiden, dass Dienstgeber in finanziellen Schwierigkeiten nach § 153c StGB verfolgt werden können, sollte der Tatbestand des § 153c StGB wie folgt geändert werden:

- Wenn Entgelt ausbezahlt wird und Beiträge zur Sozialversicherung vorenthalten werden, soll jede Vorsatzform zur Deliktsverwirklichung ausreichen.
- Wenn jedoch kein Entgelt ausbezahlt wurde, sollte zur Deliktsverwirklichung eine qualifizierte Vorsatzform - angelehnt an die betrügerische Handlung im Sinne des § 153d Abs 3 StGB (idF des Entwurfs) - erforderlich sein.

Weiters ist anzumerken, dass der Straftatbestand unabhängig von der Höhe der vorenthaltenen Beiträge greift und mit einer primären Freiheitsstrafe von 2 Jahren bedroht ist. Darin liegt unseres Erachtens ein Wertungswiderspruch zu den Delikten des FinStrG, wo erst ab einer gewissen Wertgrenze überhaupt ein gerichtlich strafbarer Tatbestand vorliegt. Das Vorenthalten von Sozialversicherungsbeiträgen sollte nicht strenger geahndet werden, als ein Finanzvergehen. Ohne eine Wertgrenzen wäre z.B. schon die Nichtentrichtung des Unfallversicherungsbeitrages von 1,4% für eine fallweise geringfügig beschäftigte Person gerichtlich strafbar. Die fehlende Wertgrenze und die primäre Freiheitsstrafe läßt sich praktisch nur durch die Sonderform der tätigen Reue rechtfertigen (§ 153c Abs 4 StGB idF des Entwurfs). Ein Täter hat die Möglichkeit seine Straffreiheit zu erwirken, wenn er bis zum Schluss der Verhandlung die ausstehenden Beiträge einbezahlt. De facto werden dadurch mit Mitteln des Strafrechts ausstehende Sozialversicherungsbeiträge „eingetrieben“. Dennoch erscheint es uns unerlässlich - insbesondere aufgrund der oben dargestellten Verschärfung des Tatbestands - entsprechende Wertgrenzen einzuführen, um Bagatellfälle von einer gerichtlichen Strafbarkeit auszunehmen.

In der öffentlichen Diskussion über den Gesetzesentwurf wurde die vom sonstigen Strafrecht abweichende Ausgestaltung der tätigen Reue kritisiert. Dabei darf jedoch nicht übersehen werden, dass - wie soeben ausgeführt - die besondere Ausgestaltung der tätigen Reue eine Eintreibungshilfe für die Sozialversicherung darstellt. Würde die tätige Reue anders ausgestaltet werden, könnte die primäre Strafandrohung einer Freiheitsstrafe und der gänzliche Verzicht auf Wertgrenzen sicher nicht mehr gerechtfertigt werden. Zur tätigen Reue sollte auch klargestellt werden, dass die Strafbarkeit auch dann entfällt, wenn eine juristische Person zur Beitragszahlung verpflichtet ist und die juristische Person die tätige Reue leistet.

Es ist auch darauf hinzuweisen, dass weder § 153c StGB noch die Straftatbestände §§ 153d und 153e StGB die Abgaben an die Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse (BUAK) berücksichtigen. Nach der derzeitigen Formulierung sind nur Sozialversicherungsabgaben (also Abgaben für die Unfall-, Kranken- und Pensionsversicherung) betroffen; BUAK-Zuschläge jedoch ausgenommen. Die BUAK befindet sich in einer ähnlichen Situation wie die Sozialversicherungsträger: Weder eine fehlende Gewerbeberechtigung (vgl. *Martinek/Widorn*, Kommentar zum BUAG, 67f) noch Arbeitsverträge, die entgegen den Bestimmungen des AusIBG abgeschlossen wurden (vgl OGH 9 Ob A 59/00 t), führen dazu, dass keine Ansprüche gegen die Kasse gericht-

tet werden können. In all diesen Fällen hat die Kasse ungeschmälert ihre Leistungen zu erbringen, die von sämtlichen beitragspflichtigen Unternehmen mit Beiträgen gemäß §§ 21 ff BUAG finanziert werden müssen.

Zu Art 1 Z 1 (§ 153d StGB):

Richtig und notwendig ist es, das Vorenthalten von Sozialversicherungsbeiträgen strenger zu bestrafen, wenn schon die Anmeldung zur Sozialversicherung mit dem Vorsatz vorgenommen wurde, keine oder keine ausreichenden Beiträge zu leisten und in diesem Sinne „betrügerisch“ vorgegangen wurde. Diese Definition der betrügerischen Handlung ist ausreichend. Auf weitergehende Tatbestandsmerkmale, die mit dem Beitragsschuldverhältnis zur Sozialversicherung nicht im Zusammenhang stehen, sollte verzichtet werden.

Gemäß Abs 3 liegt jedoch betrügerisches Handeln auch dann vor, wenn die Tat im Rahmen unternehmerischen Handelns begangen wird, das darauf ausgerichtet ist, den Arbeitnehmern gebührende Entgelte nicht oder nur zum Teil zu zahlen oder Gläubiger nicht oder nur zum Teil zu befriedigen. Das betrügerische Vorenthalten von Sozialversicherungsbeiträgen wird somit mit Tatbestandsmerkmalen definiert, die völlig unabhängig von einem Beitragsschuldverhältnis bei der Sozialversicherung sind. Es besteht keinerlei Zusammenhang mit dem Vorenthalten von Sozialversicherungsbeiträgen und einem unternehmerischen Handeln, das darauf ausgerichtet ist, Arbeitnehmern die gebührenden Entgelte nicht oder nur zum Teil zu zahlen bzw Gläubiger nicht oder nur zum Teil zu befriedigen. Liegt unternehmerisches Handeln vor, das darauf ausgerichtet ist, den Arbeitnehmern gebührende Entgelte nicht zu bezahlen oder Gläubiger nicht zu befriedigen, wird in der Regel der Tatbestand des Betrugs erfüllt sein. Ein betrügerisches Vorenthalten von Beiträgen zur Sozialversicherung kann daran uE nicht angeknüpft werden. Der Tatbestand des § 153d Abs 3 StGB könnte sohin formuliert werden wie folgt: *„(3) Betrügerisch handelt, wer schon die Anmeldung zur Sozialversicherung mit dem Vorsatz vorgenommen hat, keine oder keine ausreichenden Beiträge zu leisten oder wer die Tat im Rahmen unternehmerischen Handelns begeht, das drauf ausgerichtet ist, lohnabhängige Abgaben nicht oder nur zum Teil zu entrichten.“*

Wir weisen nochmals ausdrücklich darauf hin, dass Sozialbetrug nicht allein bei einer unternehmerischen Tätigkeit festgemacht werden kann. Der Tatbestand des Sozialbetrugs sollte daher auch das vorsätzliche Erschleichen von Sozialversicherungsleistungen (zB Arbeitslosengeld, Notstandshilfe, Alterspension etc) umfassen.

Wie zu Art 1 Z 1 (§ 153c StGB) ausgeführt, sollte der Sozialbetrug auch Beiträge zur Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse (BUAK) mit einbeziehen.

Weiters ist anzumerken, dass der Strafraumen für die qualifizierte Begehung (Vorenthalten von Beiträgen über € 40.000,-) mit Freiheitsstrafe von 1 bis zu 10 Jahren zu hoch gegriffen erscheint. Wir schlagen einen Strafraumen zwischen 6 Monaten und 5 Jahren vor.

Zu Art 1 Z 1 (§ 153e StGB):

Der Straftatbestand umfaßt einerseits die illegale Erwerbstätigkeit, die in unternehmensähnlicher Form organisiert wird um sich eine laufende Einnahmequelle zu verschaffen, und andererseits die führende Tätigkeit in einer größeren Anzahl von illegal erwerbstätigen Personen. Bei der Definition der illegalen Erwerbstätigkeit schießt der Tatbestand über das Ziel hinaus. Die Mißachtung von Ordnungsvorschriften und die bloße Überschreitung des Gewerberechts darf keine illegale Erwerbstätigkeit begründen und sollte daher auch nicht Grundlage einer strafrechtlichen Verfolgung sein. Andererseits ist der Straftatbestand zu eng: Der „Pfuscher“

durch Einzelpersonen ist davon nicht umfaßt. Der Tatbestand darf nicht ausschließlich auf Unternehmen beschränkt sein. Auch „Pfuscherpartien“ (mit weniger als zehn Schwarzarbeitern) und „Pfuscher“, die allein tätig werden, sollten umfaßt sein.

Im speziellen ist zu den einzelnen Tatbeständen, die eine illegale Erwerbstätigkeit begründen, anzumerken:

Zu § 153e Abs 3 Z 1:

Die unterlassene Anmeldung einer geringfügig beschäftigten Person (§ 4 Abs 4 ASVG) sollte - quasi als Bagatellgrenze - keine illegale Erwerbstätigkeit begründen.

Zu § 153e Abs 3 Z 3:

Es sollte bedacht werden, dass Unternehmer häufig nur eine Gewerbeanmeldung vornehmen und diese Gewerbeanmeldung meist auch aufgrund der Meldungskette zwischen der Gewerbebehörde, Wirtschaftskammer und der Sozialversicherungsanstalt ausreichend ist. Erfolgt sohin nur eine Gewerbeanmeldung und keine zusätzliche Meldung bei der gewerblichen Sozialversicherungsanstalt, kann nicht davon ausgegangen werden, dass das Gewerbe illegal ausgeübt werden soll. In diesen Fällen liegt auch keine illegale Erwerbstätigkeit vor.

Zu § 153e Abs 3 Z 5 und 6:

Beide Bestimmungen sind für die Definition einer illegalen Erwerbstätigkeit nicht brauchbar. Die angeführten Bestimmungen sind reine Ordnungsvorschriften. Es ist nicht nachvollziehbar, wieso illegale Erwerbstätigkeit vorliegen soll, wenn ein Arbeitgeber (oder dessen Beauftragter) auf die Bereithaltung von Unterlagen gemäß § 7b Abs 5 AVRAG - ein internationales Sozialversicherungsdokument (E 101) - vergessen hat. Gleiches gilt für die Meldung gemäß § 7b Abs 3 AVRAG. Nach dieser Bestimmung ist die Beschäftigungsaufnahme von ausländisch entsandten Arbeitnehmern an die „Zentrale Koordinationsstelle für die Kontrolle der illegalen Beschäftigung“ beim Finanzministerium zu melden. Die Mißachtung von Ordnungsvorschriften darf nicht automatisch illegale Erwerbstätigkeit begründen.

Zu § 153e Abs 3 Z 7

Eine illegale Erwerbstätigkeit soll dann vorliegen, wenn eine gewerbliche Tätigkeit ohne die nach der Gewerbeordnung hierfür erforderlichen Gewerbeberechtigung ausgeübt wird. Die Überschreitung einer Gewerbebefugnis darf nicht als illegale Erwerbstätigkeit eingestuft werden. Es werden auch Unternehmer erfasst, die in Unkenntnis ihres gewerberechtlichen Berechtigungsumfangs den Gewerbeumfang überschreiten. Weiters bestehen oft auch große Schwierigkeiten, eine exakte und richtige Grenzziehung zwischen Vorbehaltsbereichen einzelner Gewerbe und Nebenrechten anderer Gewerbe zu ziehen. Eine zunächst erlaubte Nebenrechtsausübung kann - bei entsprechendem Wachstum - sehr rasch zu einer unbefugten Gewerbeausübung führen. Durch diesen Straftatbestand könnten viele gewerbliche Unternehmen sehr rasch kriminalisiert werden.

Es ist auch weder sachlich gerechtfertigt noch ordnungspolitisch vertretbar, aus der Vielzahl von Bundes- und Landesberufsrechten willkürlich die Gewerbeordnung herauszufiltern und nur einen Verstoß gegen die GewO an strafrechtliche Sanktionen zu knüpfen.

Zu Art 3 (Änderungen des Firmenbuchgesetzes):

Die WKO befürwortet diese Änderungen ausdrücklich. Es ist sinnvoll, dass bei einer unbekanntem Abgabestelle bzw bei Gesellschaften ohne gesetzlichen Vertreter Zustellungen durch die Aufnahme in die Ediktsdatei erfolgen können. Zustellprobleme, die insbesondere bei der Lö-

schung von „Scheinfirmen“ Verfahrensverzögerungen verursachen, können dadurch beseitigt werden. Durch die Publizität eines Zustellanstands - Eintragung in das Firmenbuch - werden auch potentielle Geschäftspartner gewarnt.

25 Ausfertigungen der Stellungnahme wurden dem Präsidium des Nationalrats übermittelt; weiters wurde die Stellungnahme an Begutachtungsverfahren@parlament.gv.at übersandt.

Mit freundlichen Grüßen

Dr. Christoph Leitl
Präsident

Dr. Reinhold Mitterlehner
Generalsekretär-Stv.