

An das
Bundesministerium für Arbeit,
Soziales und Konsumentenschutz
Stubenring 1
1010 Wien

Per E-Mail an: VII9@sozialministerium.at
cc: begutachtungsverfahren@parlinkom.gv.at

Wien, 03. Juni 2015
Mag. Martin Sonntag

IV-Stellungnahme zum Sozialbetrugsbekämpfungsgesetz
GZ: BMASK-462.101/0012-VII/B/9/2015

Sehr geehrte Damen und Herren,

die Industriellenvereinigung bedankt sich für die Übermittlung des gegenständlichen Gesetzesentwurfs und erlaubt sich, hierzu wie folgt Stellung zu nehmen:

Zum Entwurf im Allgemeinen:

Die Industriellenvereinigung anerkennt Bemühungen der Bundesregierung, die auf die Bekämpfung von tatsächlichen Scheinunternehmen und echten Betrugsfällen abzielen. Die Industriellenvereinigung setzt sich seit jeher für wirksame Maßnahmen gegen tatsächlichen Sozialbetrug ein, um unlauteren Wettbewerb zu unterbinden und faire Bedingungen für die wirtschaftliche Entwicklung in Österreich zu schaffen. Entscheidend ist aber auch, dass die Umsetzung derartiger Maßnahmen nicht zu einem unnötigen Mehr an Bürokratie und Arbeitsaufwand für seriös wirtschaftende Unternehmen führt. Überschießende Regelungen, wie teilweise auch im gegenständlichen Entwurf enthalten, und eine pauschale Kriminalisierung von Unternehmen werden jedenfalls abgelehnt.

Es ist festzuhalten, dass im Unternehmensbereich in den vergangenen Jahren weitreichende Schritte zur Betrugsbekämpfung ergriffen wurden, zuletzt durch eine deutliche Verschärfung des sogenannten Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetzes mit 1.1.2015. Es greift jedoch zu kurz, Maßnahmen gegen Sozialbetrug ausschließlich auf die Unternehmenssphäre zu fokussieren. Die Industriellenvereinigung spricht sich dafür aus, im Rahmen des Sozialbetrugsbekämpfungsgesetzes Maßnahmen gegen Sozialbetrug insgesamt vorzusehen, d.h. insbesondere auch den ungerechtfertigten Bezug von Sozial- bzw. Transferleistungen im Sozialsystem einzubeziehen, etwa in den Bereichen Arbeitslosengeld, Notstandshilfe, Bedarfsorientierte Mindestsicherung, Krankengeld/Krankenstand, Invaliditätspension, Rehabilitations- und Umschulungsgeld, Familienbeihilfe, Pflegeleistungen, usw.

Dass der vorliegende Entwurf ganz überwiegend einseitig auf die Unternehmenssphäre ausgerichtet ist, wird von der Industriellenvereinigung negativ gesehen. Die vorgeschlagenen Maßnahmen gegen e-card-Missbrauch, die gesetzliche Verankerung des „mystery

shoppings“ sowie die daran anschließenden Kündigungsmöglichkeiten von Vertragspartnern bei Vertragsverletzungen werden von der Industriellenvereinigung zwar begrüßt, greifen jedoch bei Weitem zu kurz, um sozial betrügerischen Verhalten auch außerhalb der Unternehmenssphäre entsprechend umfassend zu adressieren und zu bekämpfen.

Kritisch ist auch festzuhalten, dass konkrete Maßnahmen bei Auslandsbezug im Entwurf fehlen, etwa weil die handelnden Personen nicht bzw. nicht mehr in Österreich aufhältig sind. Um ein in Österreich gesetztes Verhalten besser aufgreifen zu können, wären Verwaltungsübereinkommen zur verbesserten Verfolgbarkeit abzuschließen, etwa im Bereich der Zustellung von amtlichen Schriftstücken oder des Vollzugs von Strafen. Weder im Gesetz, noch in den Erläuterungen finden sich dazu Anhaltspunkte, verstärkte Bemühungen wären in diesem Bereich jedoch dringend erforderlich.

Zu den Bestimmungen im Einzelnen:

Ad § 5 SBBG

Es bestehen erhebliche Bedenken, ob die vorliegende Bestimmung den datenschutzrechtlichen Erfordernissen entspricht. Der vorliegende Text gibt nicht in der datenschutzrechtlich erforderlichen Detailliertheit wieder, in welchen Fällen und zu welchem Zweck der Austausch der genannten Daten erfolgen soll. Ein Verweis auf die „für dessen Prüfung erforderlichen Informationen und Daten“, wie er in Abs 1 leg cit festgehalten ist, erfüllt das datenschutzrechtliche Spezifikationserfordernis nicht (vgl § 6 DSG 2000).

Der Verweis auf die zu errichtende Datenbank in Abs 1 leg cit erscheint zu vage. In Abs 2 werden nämlich lediglich „in Frage kommende Daten“ aufgezählt, diese demonstrative Aufzählung entspricht aber dem datenschutzrechtlichen Determiniertheitsgebot nicht. Vielmehr erscheint der Gesetzgeber gehalten, sich vor Installation einer derartigen Datenbank festzulegen, welche Daten darin verarbeitet werden, zu welchem Zweck dies geschieht und ob und zu welchem Zweck die aggregierten Daten weiter verwendet (verarbeitet und übermittelt) werden dürfen.

Die vorgeschlagene weitgehende vorsorgliche Datenspeicherung wird daher als überschießend abgelehnt.

Ad § 7 SBBG

Die Industriellenvereinigung spricht sich gegen eine Privatbeteiligtenstellung ex lege aus. Die bestehenden Opferrechte sowie die Möglichkeit des Privatbeteiligtenanschlusses reichen zur Wahrung der Rechte der Krankenkassen völlig aus. Durch die Hinzunahme weiterer ex lege Privatbeteiligter müssen unterschiedliche Rechtsmittelfristen abgewartet werden, kommt es zu nachträglichen Erfordernissen der schriftlichen Urteilsausfertigung und damit insgesamt zu einer Verzögerung des Verfahrensganges, der abgelehnt wird.

Schließlich führt auch die Bezeichnung im Gesetz zu Unklarheiten: Gemäß ständiger Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs können nur zivilrechtliche Ansprüche im Rahmen der Privatbeteiligung geltend gemacht werden, die Verfolgung öffentlich-rechtlicher Ansprüche scheidet hingegen aus (z.B. 13 Os 107/01).

Durch sozialbetrügerisches Verhalten im Sinne des SBBG werden in aller Regel öffentlich-rechtliche Ansprüche der Sozialversicherung und der Finanzbehörden verletzt bzw. verkürzt. Für diese Ansprüche steht der ordentliche Rechtsweg aber gerade nicht offen, vielmehr sind die jeweiligen Verwaltungsbehörden zur Entscheidung zuständig. Auch aus diesem Grund wird die ex lege Privatbeteiligtenstellung abgelehnt.

Ad § 8 SBBG

Abs 3

Gemäß § 8 Abs 3 Z 1 des Entwurfs sollen Auffälligkeiten im Rahmen einer Risiko- und Auffälligkeitsanalyse oder vergleichbare Instrumente Anhaltspunkte auf das Vorliegen eines Scheinunternehmens liefern. Wie unten näher ausgeführt wird, ist § 42b ASVG in der vorliegenden Fassung problematisch. Darauf aufbauende Entscheidungen sind daher ebenso kritisch zu beurteilen.

Auch die in § 8 Abs 3 Z 4 des Entwurfs angeführten falschen oder verfälschten Urkunden oder Beweismittel erscheinen als kein tauglicher Anknüpfungspunkt. Es handelt sich dabei um termini technici aus dem gerichtlichen Strafrecht, genauer §§ 74 Abs 1 Z 7, 223 und 224 StGB. Endgültig festgestellt, ob eine falsche oder verfälschte Urkunde vorliegt - und damit tatbestandsbegründend – ist dieses Merkmal daher erst nach rechtskräftiger, verurteilender Erledigung eines gerichtlichen Strafverfahrens. Es wird nicht in Abrede gestellt, dass der gewählte Anknüpfungspunkt wertungsmäßig sinnvoll sein mag. Praktisch erscheint er jedoch nicht durchführbar, weil die Notwendigkeit der strafgerichtlichen Feststellung den Normzweck konterkariert.

Die Industriellenvereinigung regt daher an, die angeführten Klarstellungen vorzunehmen.

Abs 5 und 6

In den vorgesehenen Absätzen 5 und 6 sind Vereinfachungen der Zustellung vorgesehen. Wie bereits angeführt, greifen Bestimmungen über die vereinfachte Zustellung im Inland aber zu kurz. Vielmehr sind konkrete Maßnahmen erforderlich, um Zustellungen auch im Ausland durchführen und anknüpfende Verwaltungsstrafen auch im Ausland vollstrecken zu können. Des Weiteren wären umgehend Maßnahmen zur Verbesserung der Behördenkooperation mit dem Ausland einzuleiten.

Abs 7

Die Beschränkung der persönlichen Vorsprache in § 8 Abs 7 des Entwurfs auf den Rechtsträger bzw. dessen organschaftliche Vertreter ist zu eng. Es ist durchaus möglich und üblich, dass sich organschaftliche Entscheidungsträger über mehrere Tage nicht im Inland befinden und nicht vorsprechen können.

Daher sollte die Vorsprachemöglichkeit auf weitere vertretungsbefugte Personen (Prokuristen, Handlungsbevollmächtigte, ...) erstreckt werden.

Ad Artikel 2 Z 6 - § 35a Abs 3 ASVG

§ 35a Abs 3 ASVG sieht eine Dienstgeberfiktion in folgenden Fällen vor: Wenn sich der Dienstgeber von Beschäftigten eines Scheinunternehmens, die tatsächlich Arbeitsleistungen erbracht haben, nicht ermitteln lässt, wird ab rechtskräftiger Feststellung des Scheinunternehmens jener Unternehmer als Dienstgeber gesetzlich fingiert, der

- wusste oder wissen musste, dass
- es sich bei dem beauftragten Unternehmen um ein Scheinunternehmen handelt.

Die Fiktion tritt trotz Vorliegens von subjektiven Zurechnungskriterien dann nicht ein, wenn der solcherart bestimmte Dienstgeber beweist, dass er von den Beschäftigten des Scheinunternehmens keine Arbeitsleistungen erhalten hat. Die Intention des Gesetzgebers ist somit dahin gerichtet, dass nur jene Unternehmen von der Dienstgeberfiktion betroffen sein sollen, denen ein subjektiver Vorwurf gemacht werden kann. Dies ist aber aus der durchaus komplex formulierten Bestimmung des § 35a ASVG des Entwurfs auch im Zusammenhang mit den Erläuterungen nicht mit der gebotenen Eindeutigkeit ablesbar und sollte klar gestellt werden. Weiters sollte klar gestellt werden, dass sich die Dienstgeberfiktion selbstverständlich nur auf sozialversicherungsrechtliche Ansprüche bezieht und hier nicht Kraft Gesetzes Arbeitsverhältnisse geschaffen werden.

Ad Artikel 2 Z 8 - § 42 Abs 1a ASVG

Mit der vorgeschlagenen Bestimmung wird ein umfassendes Betretungsrecht der Bediensteten der Versicherungsträger für jene Fälle eingeführt, in denen entweder ein Verdacht auf das Vorliegen von sozialbetrügerischen Verhalten oder auf das Vorliegen eines Scheinunternehmens besteht.

Auch wenn die vorgeschlagene Bestimmung nunmehr diese beiden Tatbestandselemente (alternativ) voraussetzt, um das umfassende Betretungs- und Durchsuchungsrecht zu erlauben, geht sie zu weit und wird daher abgelehnt.

Das Betretungs- und Durchsuchungsrecht hat sich nicht nur an Art 9 StGG und Art 8 EMRK messen zu lassen, sondern auch am Gesetz zum Schutze des Hausrechts (Hausrechtsgesetz). Nach der Rechtsprechung des VfGH stellt eine systematische Besichtigung wenigstens eines bestimmten Objekts eine Hausdurchsuchung dar (*Öhlinger*, Verfassungsrecht, 7. Auflage, Rz 858 mwN).

Die vorgeschlagene Regelung sieht umfassende Betretungs- und Durchsuchungsrechte für die Bediensteten der Versicherungsträger vor, welche nach der Rechtsprechung des VfGH eine Hausdurchsuchung darstellen können.

Hausdurchsuchungen durch Verwaltungsorgane aus Eigenem sind aber nur sehr eingeschränkt zulässig, etwa wenn der Betreffende auf frischer Tat betreten wird oder ein Vorführungs- oder Haftbefehl vorliegt (vgl § 2 HausrechtsG). In sämtlichen anderen Fällen ist ein richterlicher Beschluss erforderlich (vgl § 1 HausrechtsG) – ein solcher ist im Entwurf nicht vorgesehen!

Den überschießenden Charakter der vorgeschlagenen Bestimmung zeigt auch ein Vergleich mit der Strafprozessordnung, welche das Verfahren zur Verfolgung gerichtlich strafbarer Handlungen regelt: Vom Hausrecht geschützte Räume dürfen von der Kriminalpolizei nur aufgrund einer richterlichen Anordnung oder vorläufig bei Gefahr in Verzug (mit der Pflicht zur nachträglichen Bewilligung) durchsucht werden (§ 120 Abs 1 iVm § 117 Z 2 lit b StPO).

Die sehr pauschal gehaltene Verdachtslage in der vorgeschlagenen Gesetzesbestimmung erscheint daher den klar gefassten verfassungsrechtlichen Geboten nicht zu entsprechen, weil sie Hausdurchsuchungen ohne richterlichen Beschluss bzw. Gefahr in Verzug zulässt. Der überschießende Eingriff in das Hausrecht jedes (!) Unternehmens wird daher abgelehnt.

Ad Artikel 2 Z 8 - § 42b ASVG

§ 42b Abs 1 ASVG in der Fassung des Entwurfs erscheint mit den Voraussetzungen des Datenschutzgesetzes nicht im Einklang. Er enthält insbesondere keine ausreichenden Angaben zu den verarbeiteten Daten und der Zulässigkeit ihrer Übermittlung. Auch sind im Entwurf nur Gesichtspunkte definiert, nach denen die Prüfung zu erfolgen hat. Damit genügt die gesetzliche Verankerung aber auch nicht den Grundsätzen der erforderlichen Determiniertheit, was insbesondere durch die Verknüpfung mit § 8 Abs 3 Z 1 SBBG-Entwurf relevant ist. Aus der gesetzlichen Bestimmung des Entwurfs lässt sich nämlich nicht ableiten, wie diese Analysen genau durchgeführt werden sollen.

Darüber hinaus erscheint die vorgeschlagene Bestimmung weder mit Art 15 der Datenschutzrichtlinie, noch mit § 49 DSGVO 2000, welche die Zulässigkeit von sogenannten „automatisierten Einzelentscheidungen“ regeln, vereinbar. Gemäß Art 15 Abs 2 lit b der Datenschutzrichtlinie wäre es insbesondere erforderlich, dass die Verarbeitung und Entscheidung durch ein Gesetz zugelassen ist, das Garantien zur Wahrung der berechtigten Interessen der betroffenen Person festlegt. Weder sieht § 42b ASVG in der vorliegenden Fassung derartige Garantien vor, noch wird durch die Übernahme der gemäß § 42b leg cit verarbeiteten Daten in § 8 Abs 3 Z 1 SBBG eine derartige Garantie geschaffen.

Schließlich verbürgt § 49 Abs 3 DSGVO 2000 das Recht jedes Betroffenen, den logischen Entscheidungsablauf der automatisierten Entscheidungsfindung, i.e. die dahinter liegenden Suchmechanismen, in allgemein verständlicher Form dargelegt zu bekommen. Um diesem Anspruch genügen zu können muss – neben dem Erfordernis der Determiniertheit der Datenanwendung gem. §§ 1, 6 Abs 1 Z 2 und 3 DSGVO 2000 – daher bereits im Gesetz ausreichend klargelegt sein, welche Daten wie und für was verarbeitet und übermittelt werden sollen.

Abschließend sei erwähnt, dass auch im Rahmen der Strafjustiz derartige Datenabgleiche, wie sie hier vorgesehen sind, nur in einem wesentlich engeren Rahmen zulässig sind (vgl §§ 141ff StPO: Verbrechen, Aufklärung sonst wesentlich erschwert, ...). Jedenfalls ist der automationsgestützte Datenabgleich immer nur auf Aufforderung der Staatsanwaltschaft nach gerichtlicher Bewilligung zulässig (§ 142 StPO). Auch aus diesem Gesichtspunkt erscheint ein permanenter Datenabgleich bei Unternehmen deutlich überschießend.

Aus Sicht der Industriellenvereinigung kann dieser Bestimmung daher nicht zugestimmt werden.

Ad Artikel 6 - AVRAG

Durch die Änderung in § 7m Abs 2 zweiter Satz AVRAG wird die Entscheidungsfrist der Bezirksverwaltungsbehörde im Zusammenhang mit Zahlungsstopps von drei auf fünf Tage erstreckt. Dies geschieht offenbar deshalb, weil die Intention des Gesetzgebers überschießend war und von der Vollzugspraxis nicht eingehalten werden könnte.

Aber auch in anderen Bereichen des Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetzes (in der Folge: „LSDBG“) finden sich überschießende Regelungen, welche insbesondere die Zusammenwirkung mit dem öffentlichen Beschaffungswesen betreffen.

Im Rahmen des jüngsten Begutachtungsverfahrens zur Änderung des Bundesvergabegesetzes 2006 hat die Industriellenvereinigung in ihrer Stellungnahme vom 8. Mai 2015 eingebracht, dass sie die geplante Verknüpfung von Vergaberecht mit Fragen der Unterentlohnung in der vorgeschlagenen Form kritisch sieht. Die vorgeschlagenen

Regelungen sind bei gemeinsamer Betrachtung von LSDBG und Vergaberecht aus Sicht der Industriellenvereinigung nicht praxisgerecht, inhaltlich überschießend und sollten daher im Zuge dieser Novelle angepasst werden. Insbesondere der geplante Umfang und die Abfrageverpflichtung aus dem Verwaltungsstrafevidenz des Kompetenzzentrums Lohn- und Sozialdumping Bekämpfung sollten nochmals überarbeitet werden.

Konkret ist eine Anpassung des § 7n AVRAG in folgenden Punkten erforderlich:

- Die ersten fünf Bestrafungen nach dem LSDBG sollen keiner Auskunft durch das Kompetenzzentrum unterliegen.
- Fälle, in denen zwar eine Bestrafung erfolgt ist, der Arbeitgeber aber das Entgelt nachentrichtet hat (das sind jene Fälle, in denen die Unterentlohnung 10% überstiegen hat und leichte Fahrlässigkeit nicht mehr vorliegt), sollen bei der Auskunft an öffentliche Auftraggeber gar nicht genannt werden. Da der angestrebte Gesetzeszweck des LSDBG die Erreichung der tatsächlichen und korrekten Entlohnung der Arbeitnehmer ist, ist eine Auskunft an die öffentlichen Auftraggeber in diesen Fällen nicht erforderlich.
- Jene Fälle, in denen die Strafe wegen eines Administrativdelikts verhängt worden ist (§ 7b Abs 8 und § 7i Abs 1 bis 4), dürfen ebenfalls nicht zum Ausschluss aus dem Vergabeverfahren führen.
- Die im AuslBG für Auskunftsanfragen öffentlicher Auftraggeber verankerte Beobachtungsfrist von zwei Jahren sollte auch hinsichtlich LSDBG Abfragen gesetzlich in § 7n AVRAG verankert werden.
- In Anlehnung an die LSDB-Richtlinien 2015 ist aus Gründen der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit für die Rechtsanwenderinnen und Rechtsanwender gesetzlich klarzustellen, dass ein Bescheid / Erkenntnis, dessen Spruch sich auf mehrere Arbeitnehmer oder verschiedene Verwaltungsübertretungen bezieht, aus Sicht des AVRAG und damit auch des BVergG als ein Strafbescheid und damit eine Bestrafung zu werten ist.

Ad Wirkungsorientierte Folgenabschätzung

Die erwarteten Einnahmen laut wirkungsorientierter Folgenabschätzung belaufen sich auf 224 Millionen Euro im Jahr 2016. Dazu wird auf eine Studie des IHS verwiesen, wonach die zu lukrierenden Einnahmen auf Abgaben inklusive Steuern bis zu 508 Millionen Euro betragen. Es wird weder angeführt, worauf sich diese Annahmen stützen, noch weshalb „aus Vorsichtsgründen“ lediglich 40% dieses Betrages als Mehreinnahmen der Abschätzung zu Grunde gelegt werden.

Die Folgenabschätzung geht bei den erwarteten Aufwendungen der Firmenbuchgerichte von ca. 100 zusätzlichen Eintragungen pro Jahr aus, gemeint sind damit wohl die Eintragungen, der „Feststellung, dass der Rechtsträger als Scheinunternehmen gilt (§ 8 SBBG)“ gemäß § 3 Abs 1 Z 15a FBG des Entwurfs.

Offenbar gehen die Berechnungen davon aus, dass 100 Scheinunternehmen pro Jahr festgestellt werden und dass pro Unternehmen ein durchschnittlicher Abgaben- und Steuerbetrag von 2,24 Millionen Euro nachgewiesen und eingehoben werden kann. Nicht dargelegt ist jedoch, woher diese Annahmen stammen und auf welche Erfahrungswerte sich diese gründen.

Aus Sicht der Industriellenvereinigung erscheinen die Annahmen nicht nachvollziehbar und daher kritisch.

Wir ersuchen um entsprechende Berücksichtigung unserer Stellungnahme und übermitteln die Stellungnahme zur Kenntnis auch auf elektronischem Wege dem Präsidium des Nationalrates.

Mit freundlichen Grüßen
INDUSTRIELLENVEREINIGUNG

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Neumayer'.

Mag. Christoph Neumayer
Generalsekretär

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'H. Aubauer'.

Dr. Helwig Aubauer
Bereichsleiter Arbeit und Soziales