

1215N-1921ME



Der Leiter  
der Oberstaatsanwaltschaft Wien

Wien, am 5.10.2004

1016 Wien, Schmerlingplatz 11

Justizpalast, Postfach 51

Telefon 01/52 1 52-0\*

Telefax 01/52 1 52-3800

e-mail ostawien.leitung@justiz.gv.at

Jv 3703-2/04

Präsidium des Nationalrats  
Parlament  
1016 Wien

Betrifft: Sozialbetrugsgesetz;  
Begutachtungsverfahren.

Die Oberstaatsanwaltschaft Wien übersendet je  
25 Ausfertigungen der Stellungnahmen der Staatsanwaltschaften Wien und  
St. Pölten; eine elektronische Übermittlung an die Adresse  
"begutachtungsverfahren@parlament.gv.at" wird gleichzeitig veranlasst.

50 Beilagen

Dr. Werner PLEISCHL

Für die Richtigkeit der Ausfertigung  
der Vorsteher der Geschäftsstelle:

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'W. Pleischl', written over a vertical line.

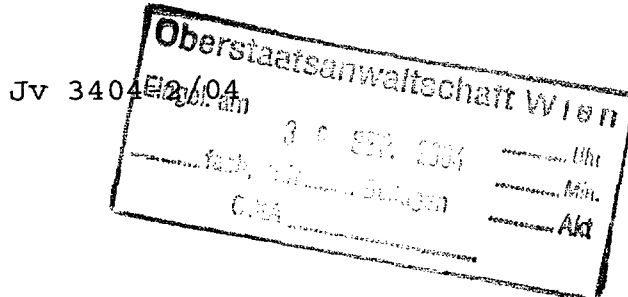


REPUBLIK ÖSTERREICH  
Der Leiter  
der Staatsanwaltschaft Wien

Landesgerichtsstraße 11  
Postfach 400  
A-1082 Wien

Telefon:  
01/401 27

Telefax:  
01/402 79 11



Wien, am 24.9.2004

An den

Herrn Leiter der Oberstaatsanwaltschaft Wien

Betrifft: Sozialbetrugsgesetz,  
Begutachtungsverfahren;

Bezug: BMJ-L 318.019/0008-III/2004;

Sachbearbeiter: Erster Staatsanwalt Hofrat Dr. Otto  
SCHNEIDER und Staatsanwalt  
Prof. Dr. SCHÖN.

Zu § 153c:

Die vorgeschlagenen Änderungen entkleiden die bisherige Bestimmung des § 114 Absatz 1 ASVG ihres Charakters. Der Einschub "- unabhängig davon, ob Arbeitsentgelt gezahlt wird - "und der (in den Erläuterungen nicht erwähnte) Wegfall der (praktisch aber nicht dogmatisch unbedeutenden Alternative) "oder von ihm übernommen hat" reduzieren den Tatbestand auf das **Nichterfüllen einer Zahlungsverpflichtung**. Damit käme er allerdings (im Falle einer in der Regel

vorliegenden Zahlungsunfähigkeit) in ein unlösbares Spannungsverhältnis zu § 158 Absatz 1 StGB.

Tatsächlich liegt der Sinn der geltenden Bestimmung (anders als der der auf Gläubigerschutz gerichteten Tatbestände) darin, dass es Beiträge **der Dienstnehmer** sind, die diese also durch ihre Arbeitsleistung erwirtschaftet haben und die der zu ihrer Abführung verpflichtete Dienstgeber dem Sozialversicherungsträger vorenthält. Wenn man diese Abführung von der Ausbezahlung der vollen Nettolöhne abkoppelt, würde dies Dienstgeber in finanziellen Engpässen quasi zwingen, die Ansprüche der Sozialversicherungsträger **vor, ja sogar an Stelle** der Ansprüche ihrer Dienstgeber zu befriedigen, wollen sie sich nicht strafbar machen.

Zu § 153d:

Diese Bestimmung scheint entbehrlich. Eine weitere Definition eines "betrügerischen Handelns" ist systemwidrig und würde Anlass zu zahlreichen Abgrenzungs- und Auslegungsproblemen in der Judikatur führen. Für die Erfassung des sogenannten "Sozialbetruges" scheinen die geltenden Bestimmung der §§ 146, 147 und 148 StGB durchaus ausreichend, zumal die vorgesehene Bestimmung § 153d Absatz 3 zwanglos in einem Anklagespruch gemäß §§ 146, 147, 148 StGB untergebracht werden kann. Der diesbezüglich Passus in den Erläuterungen zum besonderen Teil "damit soll die Parallelität zu Einmiet-, Bestell- oder Zechbetrügereien

hergestellt werden, wobei allerdings eine Täuschung außer Betracht zu bleiben hat, weil es darauf grundsätzlich nicht ankommt", ist nicht nachvollziehbar. Nach der geltenden Rechtslage ist die Täuschung einer Person ein essentielles Tatbestandsmerkmal des Betrugers. Warum es gerade beim "Sozialbetrug" auf eine solche Täuschung nicht ankommen soll, bleibt unerfindlich.

Eine Definition des normativen Tatbestandsmerkmals "betrügerisch" (Absatz 1 nennt als Tathandlung "betrügerisches Vorenthalten", während Absatz 3 "betrügerisches Handeln", also einen nicht ganz synonymen Begriff definiert) wird unnötige Kasuistik getrieben. Der Begriff "betrügerisch" ist auch deskriptiv, sodass er keiner gesonderten Erklärung bedarf. Hier würde es durchaus ausreichen, den geplanten Tatbestand so darzustellen, dass sein Ziel auch ohne eine eigene Definition erreicht wird, etwa so:

*"(1) Wer Dienstnehmer zur Sozialversicherung mit dem Vorsatz anmeldet, an diese keine ausreichenden Beiträge zu leisten, ist mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren zu bestrafen.*

*(2) Wer durch die Tat Beiträge in einem € 40.000,-- übersteigenden Ausmaß vorenthält, ist mit Freiheitsstrafe von einem bis zu zehn Jahren zu bestrafen".*

Diese Verkürzung des geplanten Tatbestandes würde das Strafbedürfnis besser treffen, als die im Absatz 3 vorgesehene Alternative. Der zweite Fall "im Rahmen

unternehmerischen Handelns, das darauf gerichtet ist ..." würde grundsätzlich auch das Vorenthalten von Beiträgen bei dolus subveniendi pönalisieren, beschränkt allerdings auf Fälle ganz bestimmten unternehmerischen Handelns. Die genannten Fälle werden aber ohnedies durch andere Tatbestände (§§ 146, 156 StGB, 33 Absatz 2 lit. b FinStrG) ausreichend erfasst, sodass für sie kein darüber hinausgehendes Strafbefürfnis besteht.

Der im § 153c vorgesehene Strafaufhebungsgrund ist bei einem Delikt, das eine vorsätzliche Vermögensschädigung pönalisieren soll, fehl am Platz. Lässt er sich in § 114 Absatz 3 ASVG mit einer "goldenen Brücke" gerade noch argumentieren, kann doch die Nichtabfuhr von Dienstnehmerbeiträgen aus unternehmerischer Sicht zur Rettung eines Betriebes erfolgt sein, liegen bei einer Bestimmung, die sich "Sozialbetrug" nennen soll, die Dinge jedoch völlig anders.

Die Möglichkeit der Gewinnung von Straffreiheit durch Zahlung oder Schließung eines Vergleichs bis zum Ende der Hauptverhandlung würde dem Tatbestand jedes Strafrisiko für potentielle Täter nehmen. Dies könnte - was bei zur Wirtschaftskriminalität zählenden Delikten gar nicht abwegig wäre - sogar zur Einkalkulation bei der Begehung der Tat für den Fall einer Entdeckung führen.

Es wäre wesentlich zielführender, den Tatbestand in den Katalog des § 167 StGB aufzunehmen.

Hier soll ergänzend auch auf ein prozessuales Problem hingewiesen werden, das sich aus § 114 Absatz 4 ASVG ergibt, der in die unter § 153c und 153e StGB geplanten Bestimmungen übernommen werden soll:

Bei Nichteinhaltung der vertraglich eingegangenen Verpflichtung stellt dies eine neue Tatsache dar, die zur ordentlichen Wiederaufnahme des Strafverfahrens nach den §§ 352 oder 355 StPO führen könnte. Abgesehen von dem prozessunökonomischen Weg bis zur rechtskräftigen Wiederaufnahme müsste eine neue Anklage erhoben und das Hauptverfahren neu durchgeführt werden. In dem wiederaufgenommenen Verfahren hätte der Angeklagte weiterhin die Möglichkeit sich durch Zahlung oder vergleichweisen Zahlungsverpflichtung Straffreiheit zu verschaffen, eine Vorgangsweise, die sich theoretisch (bis zur Verfolgungsverjährung) perpetuieren ließe.

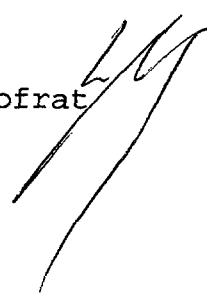
Zu § 153e:

Diese Bestimmung ist zu begrüßen, wobei allerdings aufgrund mehrerer unbestimmter Gesetzesbegriffe Schwierigkeiten bei der Beweisführung und Auslegungsprobleme in der Judikatur zu erwarten sind.

"Illegale Erwerbstätigkeit" durch eine Aufzählung von Bestimmungen zu erklären, die Meldevorschriften etc. enthalten, ist nicht notwendig. Der Begriff "illegal" ist unmissverständlich und bedarf keiner weiteren Erörterung. Die Aufzählung von sechs arbeits- und gewerberechtlichen

Bestimmungen bloß als Suchhilfe für Rechtsanwender wäre in einem Kommentar besser aufgehoben, als in einer Strafbestimmung. Bei Änderung einer der aufgezählten Bestimmungen (und eine solche zu erwarten ist erfahrungsgemäß nicht abwegig) müsste auch immer gleich das Strafgesetzbuch geändert werden.

Hofrat





REPUBLIK ÖSTERREICH

Der Leiter  
der Staatsanwaltschaft St. Pölten

Oberstaatsanwaltschaft Wien

Empf. am 20. SEP. 2004 .....Uhr  
.....Min.  
fach, mit .....Beilagen .....Akt  
OSIA .....

Jv 953 - 2/04

Schießstartring 6  
A-3100 St. Pölten  
Telefon:  
(02742) 809-315  
Telefax:  
(02742) 809-345  
St. Pölten, am 27.9.2004

An den

Herrn Leiter der  
Oberstaatsanwaltschaft WIEN

Betrifft: Sozialbetrugsgesetz - SozBeG;  
Begutachtungsverfahren;

Bezug: GZ: L 318.019/0008 - II.1/2004 des Bundesministeri-  
ums für Justiz.

Zum Entwurf einer Sozialbetrugsgesetzes wird die nachste-  
hende

## Stellungnahme

abgegeben:

zu § 153 c des Entwurfes:

Der Entwurf bringt eine (dogmatische) Verschlechterung der gegenwärtigen Rechtslage und geht auf die spezifischen Besonderheiten des ASVG, welche schon mit § 114 ASVG nur ungenügend berücksichtigt waren, in keiner Weise ein.

Dem ist voranzustellen, dass ungeachtet der Aufteilung der (gesetzlich bestimmten) Beiträge zur Pflichtversicherung auf Dienstnehmer und Dienstgeber (§ 51 Abs. 3 ASVG) nach § 58 Abs. 2 ASVG ausschließlich der Dienstgeber die gesamten





Jv 953 - 2/04

Beiträge, auch den auf den Dienstnehmer entfallenden Anteil **schuldet**, mit der Zahlung also eine eigene Verpflichtung, nicht jene des Dienstnehmers erfüllt. Mit § 60 Abs. 1 ASVG wurde dem Dienstgeber nur ein besonderes, wenn auch - im wesentlichen durch Befristung - beschränktes Recht auf Erfüllung seiner materiell bestehenden Ersatzforderung gegenüber dem Dienstnehmer durch Einbehaltung des auf diesen entfallenden Anteils eingeräumt.

Auf Grund dieser Regelung scheidet Veruntreuung der einbehaltenen Beträge aus und war eine - mit § 114 ASVG gefundene - Sonderregelung für die - als strafwürdig erachtete - Verletzung der Zahlungspflicht im Hinblick auf eine erfolgte Einbehaltung der Dienstnehmeranteile notwendig.

Schon § 114 ASVG ist allerdings **unbefriedigend**, nicht so sehr wegen der (tatsächlichen und infolge der Regelung der Zeitpunkte von Fälligkeit und Möglichkeit zur Einbehaltung nach den §§ 58 und 60 ASVG iVm § 44 ASVG auch rechtlichen) Schwierigkeit, Feststellungen zur Einbehaltung der Dienstnehmeranteile zu treffen, sondern weil bei unterbliebener Zahlung nahezu immer Insolvenz vorliegt, zumindest aber zu prüfen ist, und in diesem Fall die **Abgrenzung** zur Gläubigerbegünstigung nach § 158 StGB unklar ist, von der Judikatur aber auch nicht beachtet wurde.

Denn indirekt wurde durch die Strafnorm ein zivilrechtlich nicht durchsetzbares Sondervermögen geschaffen, dessen durch die Strafbestimmung nach § 114 ASVG geschützte Zweckbindung mit dem ebenfalls strafrechtlich durch § 158 StGB geschützten Anspruch auf anteilige Befriedigung aller Gläubiger im Widerspruch stand.

Bei § 114 ASVG wurde mit der Bedingung, dass es sich um "**einbehaltene**" Beiträge handeln musste, also Werte, die wirtschaftlich nicht dem verfügenden Dienstgeber, sondern einer anderen Person, dem Dienstnehmer, zustanden, aber in seinem Interesse zu verwenden waren, noch in wirtschaftlicher



Jv 953 - 2/04

Betrachtungsweise auf die Schädigung durch direkten Vermögens-  
eingriff Bezug genommen.

Eine solche Bezugnahme fehlt in der neuen Bestimmung zur  
Gänze. Damit wird - losgelöst von jeglichem Eingriff in fremde  
Vermögensrechte - die bloße Unterlassung der Zahlung einer  
eigenen Schuld strafbar gemacht, und der Tatbestand unter  
weitgehender **Ausschaltung eines normativen Schuld-elementes** in  
die Nähe zur bloßen Erfolgshaftung gerückt. Dem Sozialversi-  
cherungsträger wird auf diese Weise aus Sicht des Strafrechtes  
eine begünstigte Sonderstellung eingeräumt, aber der **Wider-  
spruch** zwischen strafrechtlichem Anspruch und zivilrechtlicher  
Ausgestaltung der Forderung vertieft.

Dabei kann unberücksichtigt bleiben, dass für die Tat  
Vorsatz (im Sinne bedingten Vorsatzes nach § 5 Abs. 1 (2.  
Fall) StGB) gefordert ist, weil einerseits dieses subjektive  
Tatbestandselement von der Schuld losgelöst zu sehen ist, und  
andererseits wegen des simplen Sachverhaltes (Unterbleiben der  
Zahlung bei praktisch ausnahmslos bekannter Zahlungspflicht)  
Vorsatz regelmäßig vorliegen wird.

Weiterhin unbestimmt bleibt die Abgrenzung zu § 158 StGB  
bei Zahlungsunfähigkeit, also dem bei vorhandenen baren  
Mitteln konkursreifen Zustand (unabhängig von der tatsächli-  
chen Eröffnung eines Konkursverfahrens), weil die wünschens-  
werte ausdrückliche Regelung fehlt, ob abweichend von den  
zivilrechtlichen Bestimmungen für die Träger der Sozialversi-  
cherung eine bevorrechtete Forderung geschaffen wird, welche  
bei ungleicher Behandlung im Verhältnis zu den übrigen Gläubi-  
gern die Verwirklichung des Tatbestandes nach § 158 StGB  
ausschließt.

Zweifelhaft bleibt auch, welcher Wert dem Fehlen liquider  
Mittel zukommt, ob damit eine zum Ausschluss tatbildlichen  
Handelns führende faktische Handlungsunfähigkeit, oder nur ein  
Entschuldigungsgrund vorliegt.



Jv 953 - 2/04

Dass die Einführung einer Wertgrenze (Abs. 3) die Abhängigkeit vom Anzeigeverhalten des Sozialversicherungsträgers steigert, das seinem nicht weiter determinierten Ermessen unterliegt und gelegentlich als Willkür empfunden wird, ist evident. Ob unter diesem Aspekt die Wertqualifikation - auch ohne Beziehung auf den historischen Schutzzweck der Norm - eine glückliche Lösung darstellt, muss dahingestellt bleiben.

zu § 153 d des Entwurfes:

Grundsätzlich gelten die zu § 153 c gemachten Ausführungen in gleicher Weise.

Die Definition der Begehung auf betrügerische Weise (Abs. 3) bewirkt zudem in mehrfacher Hinsicht Probleme. Die Regelung enthält mehrere Fallgestaltungen.

Zunächst jene, dass "schon die *Anmeldung mit dem Vorsatz vorgenommen wurde, keine oder keine ausreichenden Beiträge zu leisten*". Denkbar sind hierfür nur zwei Möglichkeiten, nämlich dass die Anmeldung mit *richtigen* (allenfalls - aber im Zusammenhang bedeutungslos - auch falschen) *Daten* erfolgte, in der Folge aber Zahlungen gänzlich oder zum Teil ausblieben, oder *falsche Daten* gemeldet und darauf gegründet scheinbar vollständige Zahlungen geleistet wurden. Allemal reicht Vorsatz nach § 5 Abs. 1 StGB aus.

Für die erste Möglichkeit, welche trotz Täuschung über innere Tatsachen zu keiner hierdurch bewirkten schädigenden Handlung oder Unterlassung führt, sind Beweisschwierigkeiten in einem Umfang zu erwarten, welche die Anwendbarkeit der Bestimmung auf die *Bedeutungslosigkeit* reduzieren werden.

Bei der zweiten Möglichkeit würde es sich hingegen um Täuschung über Tatsachen handeln, die bei ungenügender Zahlung mit dem Erfolg unterlassener Einforderung der Differenz zum tatsächlich geschuldeten Betrag den Tatbestand des Betruges erfüllen würden. Damit läge aber eine gegenüber dem nicht weiter qualifizierten Tatbestand des § 146 StGB strengere,



aber spezielle Norm vor, während die weiteren wertqualifizierten Fälle die gleiche Strafdrohung aufweisen.

Weil die Tathandlungen aber auf die "Anmeldung" beschränkt sind, müssen Verhaltensweisen anderer Art aus der Anwendbarkeit der neuen Bestimmung ausscheiden. Die Unterlassung der Anmeldung, wegen der bestehenden Verpflichtung ein (unechtes) Unterlassungsdelikt im Sinne des § 2 StGB, wäre daher in allen Fällen als Betrug zu beurteilen, eine Differenzierung, die nicht als optimal anzusehen ist.

Die weiteren Fallgestaltungen beziehen sich auf die Begehung "im Rahmen unternehmerischen Handelns, das darauf ausgerichtet ist", bestimmte (nachfolgend definierte) Ziele zu verwirklichen. Anders als für die erste Fallgestaltung wird somit Absicht im Sinne des § 5 Abs. 2 StGB gefordert. Die unterschiedliche Gestaltung der subjektiven Tatseite betrügerischen Handelns innerhalb eines einheitlichen Qualifikationstatbestandes wirkt störend und ist jedenfalls zu hinterfragen.

Eines der angestrebten Ziele besteht darin, "lohnabhängige **Abgaben** nicht oder nur zum Teil zu entrichten". Damit werden in unbestimmter - vielleicht gar nicht angestrebter - Weise auch fiskalische Abgaben (jedenfalls im Sinne des § 2 FinStrG) mit einbezogen. Eine Beschränkung auf die Beiträge nach dem ASVG wäre mit Rücksicht auf die Zielsetzung der Bestimmung wahrscheinlich angemessener.

Die infolge Erweiterung des Tatbestandes auf die Dienstgeberbeiträge erfolgte Loslösung von der Beziehung zum materiell Leistungspflichtigen durch Einbehalten der wirtschaftlichen ihm zuzurechnenden Beträge und die damit bewirkte reine Sanktionierung unterlassener Zahlung einer Schuld fällt besonders deutlich, aber irritierend auf.

Während mit der eben beschriebenen Zielsetzung die finanziellen Interessen des Sozialversicherungsträgers geschützt werden, kann die weitere Fallgestaltung mit der Zielsetzung,



Jv 953 - 2/04

"den Arbeitnehmern gebührende Entgelte nicht oder nur zum Teil zu zahlen", nicht sicher eingeordnet werden.

Dies kann einerseits bedeuten, dass bei wahrheitsgemäßer Darstellung der tatsächlichen Verhältnisse unberechtigte Kürzungen des Entgelts vorgenommen werden, die sich auch in einer verringerten Leistung an Sozialversicherungsbeiträgen auswirken. In diesem Fall würden ebenfalls die Interessen des Sozialversicherungsträgers geschützt.

Andererseits kann dies aber auch bedeuten, dass - mit oder ohne richtiger Meldung der Beitragsgrundlagen - auf die Einbehaltung der tatsächlich nicht abgeführten Dienstnehmeranteile abgestellt wird, die dann zu einer Minderung des dem Dienstnehmer zustehenden Entgelts führen würde. In diesem Fall würde sich - in Konkurrenz zur vorangehenden Zielsetzung, weil die offensichtlich zugleich bewirkte Verkürzung der Sozialversicherungsbeiträge durch Unterlassung der geschuldeten Zahlungen negiert wird - der Schutzzweck auf die Interessen der Dienstnehmer beziehen.

Zusätzlich läge auch Täuschung über die Tatsache berechtigter Einbehaltung der Dienstnehmeranteile vor, sodass auch der Tatbestand des Betruges erfüllt wäre. Die damit entstehende Abgrenzungsproblematik ist bereits aufgezeigt worden.

Welche Bedeutung der letzten Fallgestaltung mit der Zielsetzung, "Gläubiger nicht oder nur zum Teil zu befriedigen", zukommt, ist nicht zu ersehen.

Ergänzend ist noch darauf hinzuweisen, dass wegen der eingeführten Wertqualifikation Feststellungen notwendig sind, auf welche Beträge sich der Vorsatz bezieht, und damit erhebliche Beweisschwierigkeiten verbunden sein werden.

Hofrat Dr. Walter Nemeč