

**HAUPTVERBAND DER ÖSTERREICHISCHEN SOZIALVERSICHERUNGSTRÄGER**

A-1031 WIEN

KUNDMANNGASSE 21

POSTFACH 600

DVR 0024279

VORWAHL Inland: 01, Ausland: +43-1

TEL. 711 32 / KI. 1202

TELEFAX 711 32 3775

ZI. ZS-R/P-43.00/04 Gm/Er

Wien, 27. September 2004

An das

Bundesministerium für Justiz
Museumstraße 7
1070 Wien

per e-mail

Präsidium des Nationalrates
(sowie 25 Ausfertigungen in Papierform)

per e-mail

Betr.: Sozialbetrugsgesetz – SozBeG

Bezug: Ihr Schreiben vom 13. August 2004,
GZ: BMJ-L 318.019/0008-II.1/2004

Sehr geehrte Damen und Herren!

Der Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger nimmt wie folgt Stellung:

Allgemeines

Wir begrüßen die Absichten des Gesetzgebers, betrügerisches Verhalten zum Nachteil der Sozialversicherung und den Entzug der ihr zustehenden Beiträge, unter Strafdrohung zu stellen. Der vorliegende Entwurf ist sicherlich ein wichtiger Meilenstein zur Bekämpfung des organisierten Sozialbetruges. Für eine weitere wirksame Bekämpfung wäre aus unserer Sicht aber auch eine Verschärfung des Vergaberechts und des Arbeitskräfteüberlassungsgesetz im Bereich der Beweislast wünschenswert.

Um auch die tatsächlichen Nutznießer des organisierten Sozialbetruges zur Haftung heranziehen zu können, wird auch neuerlich die Einführung einer Generalunternehmerhaftung im ASVG gefordert (im Bereich der Umsatzsteuer ist eine solche Haftung bereits jetzt vorgesehen).

Zu Art. I - Änderungen im StGB

Wir geben zu bedenken, dass es im gegenständlichen Gesetzesentwurf systemfremde Regelungen gibt, die zu einer Begünstigung von Tätern führen könnten, da der bisherige § 114 ASVG als § 153c Aufnahme in das StGB findet und dabei das Institut der tätigen Reue mit übernommen wird (obwohl dieses lediglich für Vermögensdelikte, abgesehen von der Geldwäscherei [§ 165a StGB], abschließend in § 167 StGB geregelt ist).

Dabei ist zu beachten, dass tätige Reue dem Täter nur dann zum Vorteil gereicht, wenn er ohne Zwang den Gesamtschaden gutmacht bzw. sich vertraglich dazu verpflichtet; dies alles jedoch bevor die Behörde vom Verschulden des Täters erfahren hat.

Hingegen ist im vorliegenden Gesetzesentwurf davon die Rede, dass ein Täter dann nicht zu bestrafen sei, wenn er bis zum Schluss der Verhandlung die ausstehenden Beiträge zur Gänze einzahlt oder sich vertraglich zur Nachentrichtung verpflichtet.

Hier ist zu hinterfragen, ob dieser Wertungswiderspruch gewollt ist oder Sozialbetrug einen geringeren Unwertgehalt hat (siehe hierzu auch unsere Anmerkungen zu § 153c Abs. 3).

Auch der Entscheidung, von der Verhängung kumulativer Geldstrafen abzu-
sehen, sollte aus unserer Sicht nicht gefolgt werden, da dies eine weitere Begünstigung von Sozialbetrügnern darstellte und die bis jetzt selten gebliebene Anwendung nicht schlüssig als Argument für die Normierung vorgebracht werden kann.

Bei es sich bei den neuen Tatbeständen um eine Sonderform des Betruges handelt, wäre es wünschenswert, die neuen Tatbestände auch systematisch beim Betrug § 146 StGB einzufügen.

Zu Art. I - Überschrift zu § 153c StGB

Es wäre eine inhaltliche Klarstellung des Begriffes „*Beiträge eines Dienstnehmers zur Sozialversicherung*“ angebracht. Nur auf den ersten Blick erscheint diese Wendung eindeutig. Bei näherer Betrachtung ergeben sich hingegen folgende Abgrenzungsprobleme:

In der älteren Literatur wurde darauf aufmerksam gemacht, dass damit nur die Dienstnehmer-Beitragsanteile zur Kranken- und Pensionsversicherung gemeint sein können¹. Später wurde bei einer Untersuchung des IESG und AÜG festgestellt, dass § 13a IESG und § 14 AÜG auch die Anteile des Dienstnehmers zur Arbeitslosenversicherung sowie den Schlechtwetterentschädigungsbeitrag beinhalten soll². Dieses Resultat müsste wohl zwingend auch für § 114 ASVG gelten.

Der OGH hat sich in der strafrechtlichen Judikatur anscheinend noch nie mit dieser Fragestellung befasst. Allerdings hat er bezüglich einer zivilrechtlichen Haftung nach Begehung des § 114 ASVG ausgesprochen, dass unter „*Beiträge eines Dienstnehmers zur Sozialversicherung*“ **alle** Dienstnehmer-Beitragsanteile zu verstehen seien, die die Sozialversicherung einhebt. Somit fallen nach dieser Ansicht auch Wohnbauförderungsbeitrag und Arbeiterkammerumlage unter die Strafbestimmung des § 114 ASVG³.

Da der vorliegende Entwurf für ein Sozialbetrugsgesetz in § 153c StGB eine Wertqualifikation enthält, ist davon auszugehen, dass das Problem des Umfanges der von dieser Bestimmung überhaupt erfassten Dienstnehmerteile nun erst richtig virulent wird. Je nach gewählter Variante, welche Dienstnehmerteile unter die Strafbestimmung zu subsumieren sind, ergibt sich allenfalls eine höhere Strafdrohung.

Wichtig ist, dass der Gesetzgeber die rechtspolitische Wertung, für welche er sich entscheidet, ausdrücklich darlegt - vorzugsweise im Gesetzestext, zumindest aber in den Materialien.

Konkrete Formulierungen könnten z. B. lauten:

Variante 1: „*Wer als Dienstgeber Beiträge eines Dienstnehmers zur Sozialversicherung für die Kranken- oder Pensionsversicherung dem berechtigten Versicherungsträger ...*“

¹ *Kunst*, Strafbestimmungen gegen das Nicht-Abführen von Beiträgen sozialrechtlicher Natur, ÖJZ 1957, 316 - im Folgenden Variante 1.

² *Fruhwürth*, Sozialversicherungsbeiträge, Insolvenz-Ausfallgeld und Regress, *ecolex* 1992, 791 - im Folgenden Variante 2.

³ vgl. unten Variante 2

Variante 2: „*Wer als Dienstgeber Beiträge eines Dienstnehmers, welche von einem Sozialversicherungsträger einzuheben sind, dem berechtigten Versicherungsträger ...*“

Zu Art. I - § 153c Abs. 1 StGB

Die Einführung von eigenen Tatbeständen im Strafgesetzbuch wird von uns ausdrücklich begrüßt. Insbesondere erscheint uns wertvoll, dass der Tatbestand des § 153c StGB auch dann vorliegen wird, wenn kein Arbeitsentgelt gezahlt worden ist.

Durch den Wegfall der Tatbestandselemente „*Einbehalten der Beiträge eines Dienstnehmers*“ und „*Übernehmen der Beiträge eines Dienstnehmers*“ wird es zukünftig verstärkt Aufgabe der Strafgerichte sein, die Tathandlung „*Vorenthalten*“ zu konkretisieren.

Im Zusammenhang mit dem „*berechtigten Sozialversicherungsträger*“ führt dieser Umstand im Ergebnis dazu, dass Strafrichter die Beitragspflicht zu prüfen haben, was angesichts der nicht unkomplizierten Rechtsmaterie des Beitragsrechts im Bereich der Sozialversicherung (Beschäftigung im Rahmen eines Dienstverhältnisses, eines freien Dienstverhältnisses oder auf Basis einer werkvertragsrechtlichen Regelung) nicht nur zu vermehrtem Aufwand bei den Strafgerichten führen dürfte, sondern auch die Gefahr der Rechtsunsicherheit in sich birgt.

Wünschenswert wäre daher eine Legaldefinition des strafrechtlich relevanten Begriffes „*vorenhält*“.

Im Abs. 1 sollte der Vollständigkeit halber aber auch auf den freien Dienstnehmer verwiesen werden.

Zu Art. I - § 153c Abs. 2 StGB

Im Abs. 2 wird angeregt, dass am Ende des 1.Satzes folgende Ergänzung eingefügt wird: „*oder wer faktisch die Geschäfte führt*“.

In der Praxis kann es auch zu Verurteilungen von faktischen Geschäftsführern wegen des Vergehens nach § 114 ASVG kommen.

Häufig versuchen sogenannte „*dubiose*“ Firmen ihre wahre Organisationsstruktur durch Strohmänner, die als Geschäftsführer im Firmenbuch eingetragen werden, zu verschleiern.

Eine Klarstellung, dass auch der faktische Geschäftsführer bzw. Hintermann wegen des Delikts Sozialbetrug verurteilt werden kann, ist daher erforderlich.

Diese Bestimmung geht überdies nicht mit dem noch zu beschließenden Verbandsverantwortlichkeitsgesetz konform. Erstrebenswert wäre die Bezugnahme auf die künftige Rechtslage, etwa mit nachstehender Formulierung:

„(2) Trifft die Pflicht zur Einzahlung einen Verband im Sinne § 1 Abs. 2 Verbandsverantwortlichkeitsgesetz, so ist Abs. 1 auf den Verband und auf alle natürlichen Personen anzuwenden, die ...“.

Zu Art. I - § 153c Abs. 3 StGB

Abs. 3 enthält eine zweifache Wertqualifikation: Die bisherige Bestimmung des § 114 ASVG steht in einem Naheverhältnis zur Veruntreuung des § 133 StGB. Dies zeigt sich in der Judikatur, indem der OGH in der Vergangenheit bei identer Rechtslage Verurteilungen wegen Veruntreuung parallel zu § 114 ASVG vorgenommen hat⁴.

Die Veruntreuung kennt nun - wie etwa auch Betrug und Untreue - eine zweifache Wertqualifikation: Der Grundtatbestand ist mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten sanktioniert. Ab der bei € 2.000,00 liegenden ersten Wertgrenze erhöht sich der Strafraum auf bis zu drei Jahre, ab der 2. Wertqualifikation von € 40.000,00 ist eine Mindeststrafe von einem Jahr bei einer Höchststrafe von zehn Jahren vorgesehen.

Eine ähnliche Regelung erscheint auch für den Entwurf eines § 153c StGB sinnvoll. In Anbetracht der laufenden Diskussion, ob nicht im geltenden Strafrecht Vermögensdelikte im Verhältnis zur Schädigung an Leib und Leben einem zu strengen Strafausmaß unterliegen, sollten die Wertqualifikationen jedoch höher angesetzt werden.

Damit ließe sich eine Entschärfung des Tatbestandes für „kleine Fische“ erreichen; gleichzeitig würden aber Täter, die sehr hohe Schadensbeträge verursachen,

⁴ vgl. dazu *Rittler*, Lehrbuch des österreichischen Strafrechts, 2. Band Besonderer Teil, 2. Aufl. (1962), 173; weiters zur historischen Entwicklung z. B. *Harbich*, Zu den Straftatbeständen der §§ 533 und 1492 RVO sowie des § 270 AVAVG, ÖJZ 1953, 482) und in der Literatur, die zum Teil § 114 ASVG als den Tatbestand einer Veruntreuung ansieht (*Rudda*, Die Auswirkungen von Straftaten aus der Sicht des Sozialversicherungsträgers, SozSi 1997, 120 [139])

nicht mit geringfügigen Strafen davonkommen. In der derzeitigen Praxis zeigt sich leider, dass manche Gerichte das Vergehen gemäß § 114 ASVG unabhängig von der Höhe des verursachten Schadens als Bagatelldelikt sehen⁵.

Auf den Punkt gebracht kann der vielfach vorbestrafte alkoholranke Obdachlose, der in einem Supermarkt eine Flasche Schnaps im Wert von €5,00 stiehlt, mit einer Freiheitsstrafe von 15 Monaten unbedingt wegen gewerbsmäßiger Begehung rechnen. Der vorbestrafte Geschäftsführer, der der Sozialversicherung allein Dienstnehmer-Beitragsanteile im Ausmaß von €100.000,00 vorenthält, geht mit 3 Monaten bedingt nach Hause.

Folgende Fassung der Novellierung wird deshalb angeregt:

- Grundtatbestand mit Strafdrohung bis zu sechs Monaten,
- Wertqualifikation bei €20.000,00 mit Strafdrohung bis zu drei Jahren,
- Wertqualifikation bei €100.000,00 mit Strafdrohung von einem bis zu zehn Jahren.

Mit einer derartigen Wertqualifikation ließe sich die im Entwurf vorgesehene und durchaus als „strafgesetzlicher Ausreißer“ zu beurteilende Strafdrohung von immerhin zwei Jahren für das Grunddelikt bei einer bloß geringfügigen Steigerung auf drei Jahre für die Wertqualifikation beseitigen. Das maximale Strafmaß von zehn Jahren ist auch in der entsprechenden Bestimmung des § 266a dt. StGB vorgesehen.

Zu Art. I - Ergänzungsvorschlag - § 153c Abs. 6 StGB

Die Bestimmung des § 114 ASVG steht in einem akuten Spannungsverhältnis zu § 158 StGB - Begünstigung eines Gläubigers. Die Rechtsprechung umschifft dieses

⁵ So ist etwa am Landesgericht für Strafsachen Wien bei einzelnen Richtern die Praxis verbreitet, in der Hauptverhandlung zu bedauern, dass es diese Strafnorm überhaupt gibt; um dem Gesetz Genüge zu tun, müssten sie Verurteilungen aussprechen, die aber hinsichtlich der Strafzumessung immer im untersten Bereich bleiben und nie die Grenze der beschränkten Auskunftspflicht gemäß § 6 TilgG überschreiten. Die Staatsanwaltschaften lassen Urteile gemäß § 114 ASVG meistens in Rechtskraft erwachsen.

Problem in der Regel dadurch, als § 158 StGB nicht zur Anwendung gebracht wird sondern vielmehr totes Recht darstellt⁶.

Die einzige Literaturstelle, die sich bisher mit dieser Problemstellung befasst ist *Kosch*, Kollision zwischen § 114 ASVG und § 158 StGB, ZIK 1995, 33 (35f). Des- sen Ansicht, es liege eine rechtfertigende Pflichtenkollision vor, die es dem Geschäfts- führer erlauben soll, sich frei zu entscheiden, welche Strafnorm er befolgt und ihn demnach in jedem Fall von einer Strafbarkeit befreit, vermag freilich nicht zu überzeu- gen.

Ein derartiger Wertungswiderspruch kann dem Gesetzgeber nicht unterstellt werden.

Voraussichtlich im Oktoberheft der Zeitschrift für Insolvenzrecht und Kredit- schutz (ZIK) wird ein Beitrag von *Derntl* zu dem Thema „Strafbarkeit gemäß § 114 ASVG und Restschuldbefreiung“ erscheinen. Darin wird die an die ältere Rechtspre- chung des OGH zu § 114 ASVG sowie zu der ähnlich gelagerten Bestimmung des § 33 Abs. 2 lit. a FinStrG anknüpfende Ansicht vertreten, dass § 114 - und in weiterer Folge § 153c laut Entwurf - eine *lex specialis* zu § 158 StGB darstellt⁷.

Anlässlich der Neufassung des § 114 ASVG wäre es daher sinnvoll, die bishe- rigen Unklarheiten bereits über den Gesetzeswortlaut zu bereinigen.

Anbieten würde sich etwa folgender § 153c Abs. 6 StGB:

„Die Erfüllung der Pflicht zur Bezahlung der Dienstnehmer-Beitragsanteile be- gründet nicht eine Strafbarkeit gemäß § 158 StGB.“

⁶ Erstaunlicherweise schweigen alle Kommentare zum StGB und alle Lehrbücher zum Strafrecht zu diesem Thema, obwohl es in der anwaltlichen Beratungspraxis im Vorfeld eines Unternehmenskon- kurses ständig präsent ist.

⁷ Vom Ergebnis her ähnlich *Feuchtinger/ Lesigang*, wenn sie in ihrem Praxisleitfaden Insolvenzrecht (2002), 215 den Tipp geben, die Dienstnehmer-Beitragsanteile jedenfalls voll zu bezahlen, weil eine Verurteilung gemäß § 158 StGB weit weniger wahrscheinlicher ist als eine solche gemäß § 114 ASVG.

Zu Art. I - Allgemeines zu § 153d StGB

Die im Entwurf enthaltene Regelung stellt zwei Phänomene unter Strafe, denen die Sozialversicherungsträger ausgesetzt sind und dadurch finanzielle Einbußen erfahren:

Zum einen die „*dubiosen Beitragsschuldner*“, welche Dienstnehmer, die tatsächlich der Pflichtversicherung unterliegen, zur Sozialversicherung anmelden, aber die Unternehmensführung von vornherein darauf anlegen, keine Beiträge zur Sozialversicherung zu bezahlen. Da sie in ihrer unternehmerischen Gebarung die Bezahlung von Sozialversicherungsbeiträgen - weitgehend - unberücksichtigt lassen, verschaffen sie sich einen Wettbewerbsvorteil gegenüber korrekt agierenden Mitbewerbern. Nachdem die verantwortlichen Organe den Gewinn abgeschöpft haben, geht die Gesellschaft in Konkurs.

Zum anderen wird durch diese Bestimmung zum Teil auch die Scheinanmeldung von Dienstnehmern erfasst. Darunter ist die Anmeldung von Dienstnehmern zur Sozialversicherung zu verstehen, die eigentlich nicht der Pflichtversicherung unterliegen.

Dubiose Beitragsschuldner

In den Erläuterungen, Allgemeiner Teil I 1. wird davon ausgegangen, dass sich die Vorgangsweise von dubiosen Beitragsschuldnern in der Regel nicht als Betrug gemäß § 146 StGB werten lässt. Es ist deshalb in diesem Zusammenhang darauf hinzuweisen, dass diese Ansicht insbesondere auch von Personen, die anscheinend in einem Naheverhältnis zur organisierten Kriminalität der „*dubiosen Beitragsschuldner*“ stehen, propagiert wurde, und sich schließlich als weithin anerkannte These festsetzte.

Derzeit ist ein Musterverfahren beim OGH anhängig, das zur Klärung beitragen sollte, ob nicht - insbesondere hinsichtlich der Dienstnehmer-Beitragsanteile - schlechthin Betrug vorliegt⁸. Dennoch scheint eine gesetzliche Klarstellung derartigen Verhaltens als strafbar jedenfalls wünschenswert.

⁸ vgl. *Bartos*, Sozialbetrug - Ja, bitte!, SozSi 2004, 344

Dabei sollte die Aufnahme in das Strafgesetzbuch nicht als eigenständige Bestimmung, sondern in den Tatbestand des Betruges gemäß § 146 StGB eingearbeitet werden.

Die Ausgangsposition zeigt sich derart, dass die verantwortlichen Organe der „*dubiosen Beitragsschuldner*“ sehr häufig ausländische Staatsbürger, insbesondere aus den Nachfolgestaaten des früheren Jugoslawien, sind. In der Regel sind sie in Österreich nicht greifbar.

Der Entwurf für den „*Sozialbetrug*“ kann deshalb nur dann als sinnvoll qualifiziert werden, wenn im Rahmen der Fahndung ein **internationaler Haftbefehl** erlassen wird. Sollten die Täter, die nach Abschöpfung des Gewinnes in ihre Heimat zurückkehren bzw. ohnehin nur als Strohmänner im Firmenbuch agiert haben, aber sehr wohl Auskunft über die Hintermänner geben können, nur österreichweit zur Aufenthaltsermittlung ausgeschrieben werden, wird der vorliegende Entwurf in diesem Punkt bloß Theorie bleiben.

Über eine unmittelbare Eingliederung des Sozialbetruges in § 146 StGB wäre die internationale Fahndung wohl gewährleistet. Bei der angedachten Formulierung als eigenständiges Delikt muss der internationale Haftbefehl unbedingt sichergestellt werden.

Maßnahmen gegen „*dubiose Beitragsschuldner*“ lassen sich in verschiedenen Rechtsbereichen treffen. Der vorliegende Entwurf zieht sich auf die strafrechtliche Ebene zurück und greift damit viel zu kurz. Eine wirksame Bekämpfung dieser Art des Sozialmissbrauchs allein über das Strafrecht kann nach unserer Auffassung niemals gelingen.

Möglich wäre eine Zurückdrängung dieser Missbrauchsfälle über das Gesellschaftsrecht. Allerdings wäre dazu zumindest europaweite Koordination erforderlich, welche allein schon in Hinblick auf die jüngere Judikatur des EuGH, der die Wettbewerbs- und insbesondere die Niederlassungsfreiheit über den Gläubigerschutz stellt⁹

⁹ Fall „Centros“, EuGH 9.3.1999, Rs. C-212/97, Slg 1999, I-1459, BB1999809; Fall „Überseering“, EuGH 5.11.2002, Rs. C-208/00

und auf völlige Liberalisierung zugehend unter Negierung der Existenz von Pflichtgläubigern wie der österreichischen Sozialversicherung¹⁰ nicht erreichbar sein wird¹¹.

Als tatsächlich umsetzbarer Weg verbleibt freilich die Schaffung einer Generalunternehmerhaftung, und zwar zumindest für das Baugewerbe, in dem die meisten der „*dubiosen Beitragsschuldner*“ beheimatet sind. Der Unternehmer, der durch Beauftragung von Subunternehmern das Risiko auf Uneinbringlichkeit von Sozialversicherungsbeiträgen schafft, hat die wirtschaftliche Verantwortung zu tragen, wenn der Subunternehmer die Beiträge nicht abführt.

Eine derartige Haftung ließe sich z. B. durch Ausdehnung der Haftung im AÜG bewirken. Dabei ist festzuhalten, dass in Deutschland mit dem Gesetz zur Erleichterung der Bekämpfung von illegaler Beschäftigung und Schwarzarbeit aus dem Jahr 2002¹², mit dem zugleich die Strafbestimmung des § 266a dt. StGB novelliert wurde, die laut den Erläuterungen zu diesem Entwurf Vorbild für die vorliegende Regelung war, in § 28e SGB, 4. Teil, eine Generalunternehmerhaftung für Sozialversicherungsbeiträge im Baugewerbe eingeführt wurde.

Das ernsthafte Ansinnen, diese Art von Sozialbetrug einzudämmen, ist auch in Österreich nur über eine Generalunternehmerhaftung möglich. **Der Hauptverband fordert deshalb zum Wohle der Solidargemeinschaft der Sozialversicherten, eine entsprechende Bestimmung auch in den vorliegenden Gesetzesentwurf aufzunehmen.**

Als juristische Person des öffentlichen Rechts und Selbstverwaltungskörper sind wir an einer umfassenden Beseitigung von anfallenden Missbrauchsfällen interessiert. Es fällt deshalb auf, dass § 153d StGB die Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse, welche durch „*dubiose Beitragsschuldner*“ in ähnlicher Weise wie die Sozialversicherung geschädigt wird, nicht beinhaltet.

¹⁰ Fall Inspire Art ltd, EuGH 30.9.2003, Rs. C-167/01

¹¹ Zur Information über den Stand der Dinge wird in Erinnerung gerufen, dass in der Literatur zu dieser Rechtsprechung die Meinung vertreten wird, dass ein Europa der Briefkastenfirmen und Gründungsschwindler bevorsteht (*Junker*, EWS 1999, 201).

¹² Gesetz vom 23.7.2002, dt. BGBl I, Seite 2787

Ein nochmaliges Überdenken der Gesetzesfassung wird deshalb auch in dieser Hinsicht angeregt.

Scheinanmeldung

In den Erläuterungen zum vorliegenden Entwurf (Vorblatt, Inhalt, 1. Strafrechtliche Maßnahmen) wird festgehalten, dass damit auch Scheinanmeldungen bekämpft werden sollen.

Es ist deshalb auf die Rechtsprechung hinzuweisen, wonach die Scheinanmeldung von Dienstnehmern als Betrug gemäß § 146 StGB qualifiziert wird.

Der Entwurf wird dieser Rechtsprechung nicht gerecht.

Durch das Tatbild des § 153d Abs. 1 StGB werden auch Scheinanmeldungen erfasst und zwar, wenn für diese Versicherten keine Beiträge bezahlt werden.

Der Entwurf lässt aber ungeklärt, ob derartige Dienstgeber nun Betrug (abzielend auf die Täuschungshandlung) und Sozialbetrug (abzielend auf die Nichtzahlung) zu verantworten haben.

Es besteht die Gefahr, dass Sozialbetrug als *lex specialis* zum Betrug gewertet wird. Es könnte dann für diejenigen Scheinanmeldungen, in denen Beiträge tatsächlich abgeführt werden (z. B. um dem gewerberechtlichen Geschäftsführer das erforderliche Beschäftigungsverhältnis zu ermöglichen, oder um Scheindienstnehmern ohne sonstigen Versicherungsschutz Zugang zu aufwändigen Behandlungen zu gewähren) das Resultat eintreten, dass durch das Sozialbetrugsgesetz die bisher bestehende Strafbarkeit wegen Betrug entfällt, diese Fälle gleichzeitig aber nicht vom Sozialbetrug erfasst werden.

Die angedachte Bekämpfung von Sozialmissbrauch könnte deshalb genau in ihr Gegenteil, nämlich in die Strafbefreiung bisher sanktionierten Verhaltens, umschlagen.

Es wird deshalb eine eindeutige gesetzliche Klarstellung gefordert.

Zu Art. I - § 153d Abs. 1 StGB

Siehe unsere Anmerkungen zum Begriff „vorenthält“ zu § 153c Abs. 1 StGB – auch hier wäre eine Legaldefinition des Begriffes wünschenswert.

Zu Art. I - § 153d Abs. 2 StGB

Das im Entwurf angedachte Strafausmaß findet unsere ausdrückliche Zustimmung.

Zu Art. I - § 153d Abs. 3 StGB

In § 153d Abs. 3 soll das erforderliche Tatbildmerkmal „*betrügerisch*“ umschrieben werden. Es kann wohl die Prognose gestellt werden, dass der erforderliche Vorsatz sich nur in Ausnahmefällen direkt beweisen lässt; in der Regel wird der Prozess auf Indizien angewiesen sein.

Es ist deshalb auf folgende Gefahr aufmerksam zu machen: Im Jahr 2000 wurde § 159 StGB „*entschärft*“. In der Lehre wurde diese Novellierung als zu weit gehend beurteilt, der Gesetzgeber habe die Entkriminalisierung übertrieben¹³. Trotz der zu großzügigen Haltung des Gesetzgebers bliebe in der Praxis dennoch ausreichender Anwendungsbereich für diese Strafbestimmung.

Auf Grund der komplizierten Regelung und des aufwändigen Gerichtsverfahren zeigt sich jedoch, dass die Organe der Strafrechtspflege diese Bestimmung überhaupt nicht mehr zur Anwendung bringen.

Ähnliches Potenzial birgt wohl auch § 153d in sich, dass Richter und Staatsanwälte nämlich in Hinblick auf die Beweisproblematik diese Bestimmung erst gar nicht zur Anwendung bringen, sondern sich vielmehr auf den bisherigen § 114 ASVG, in dem sie die erforderlichen Beweise von den Sozialversicherungsträgern fordern, zurückziehen.

Es wäre eine Konkretisierung des Tatbestandes daher unbedingt erforderlich.

¹³ *Medigovic*, StPdG 114 (31. Seminar), 311, 338

Zusätzlich wird angeregt, im Abs. 3 nach „*lohnabhängige Abgaben*“ die Worte „*und Sozialversicherungsbeiträge*“ einzufügen.

Zu Art. I - § 153d Abs. 4 StGB

Im Abs. 4 fehlt im Entwurf, wie bereits oben ausgeführt, der Verweis auf den faktischen Geschäftsführer.

Es wird daher nochmals auf die notwendige obige Einfügung des Zusatzes im § 153c Abs. 2 nach dem ersten Satz hingewiesen.

Es sollte auch jedenfalls in der Erläuterungen klargestellt werden, dass der § 153d keine *lex specialis* zum § 146 StGB ist (vgl. unsere allgemeinen Anmerkungen zu § 153d StGB - über die neuen Tatbestände hinaus gehende Sachverhalte, wie z. B. die bloße Scheinanmeldung von Dienstnehmern, sollten weiterhin unter Betrug zu subsumieren sein).

Aus diese Bestimmung geht nicht mit dem noch zu beschließenden Verbandsverantwortlichkeitsgesetz konform - vgl. hierzu unseren Ergänzungsvorschlag zu § 153c Abs. 2 StGB.

Zu Art. I - § 153e StGB

Das Tatbild des § 153e Abs. 1 StGB wurde im Wortlaut dem Entwurf eines Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes aus dem Jahr 1999 entnommen, welches jedoch nicht Gesetzeskraft erlangte. Eine Änderung besteht nun bloß darin, dass die Strafdrohung mit 2 Jahren festgesetzt wird.

In der Literatur¹⁴ ist hinlänglich klargestellt, dass eine Zurückdrängung der Schwarzarbeit allein über die Mittel des Strafrechtes unzureichend ist. Dennoch begrüßt der Hauptverband den Entwurf.

Es ist wohl unumstritten, dass Schwarzarbeit in Österreich von der ganz überwiegenden Mehrheit der Bevölkerung eher als Kavaliersdelikt denn als strafbare

¹⁴ vgl. insbesondere die Veröffentlichungen von *Schneider*

Handlung gesehen wird. Eine entsprechende Realisierung, dass es sich dabei um sozial inadäquates Verhalten handelt, ist nicht ausgeprägt.

Der Entwurf kriminalisiert nun nicht Schwarzarbeit generell, insbesondere nicht in geringfügigen Bereichen des täglichen Lebens, die eine allenfalls schwer fassbare Abgrenzung zu Nachbarschaftshilfe und Gefälligkeiten erforderlich machen würde, sondern nur ganz massive Erscheinungsformen. Er könnte deshalb mittelfristig zu einer Bewusstseinsänderung beitragen und langfristig weitere Maßnahmen gegen Schwarzarbeit, als von einem breiteren Konsens getragen, ermöglichen.

In Hinblick auf die Strafbarkeit nicht aller Beteiligten an Schwarzarbeit, sondern bloß der führenden Kräfte, ist die vorgesehene Strafdrohung von maximal 2 Jahren aber als zu gering zu bewerten.

Da durch den eingeeengten Personenkreis der möglichen Täter nur über eine ganz massive generalpräventive Wirkung eine entsprechende Wirkung erzielbar ist, wäre die Ausdehnung des Strafrahmens auf eine Mindeststrafe von sechs Monaten hin zu einer Höchststrafe von fünf Jahren angebracht.

Die bisherige Bekämpfung von Schwarzarbeit durch die Gebietskrankenkassen erfolgt häufig in Zusammenarbeit mit der KIAB (Kontrolle illegaler Ausländerbeschäftigung). Diese setzt zwar ihr Hauptaugenmerk, schon ihrem Namen entsprechend, auf illegale Ausländerbeschäftigung. Daneben greift sie aber auch Schwarzarbeit von Inländern auf.

Aus Anlass der Schaffung einer Strafbestimmung für bestimmte Formen von Schwarzarbeit wird deshalb angeregt, auch für die Intensivierung von Organisation, Planung und Umsetzung gemeinsamer Aktionen sowie für eine speziell auf sozialversicherungsrechtliche Aspekte abzielende Schulung der Organe der KIAB Sorge zu tragen.

Hinsichtlich der in Abs. 3 enthaltenen Definition der illegalen Erwerbstätigkeit fällt auf, dass in Z 1 auf den Dienstnehmer abgestellt wird.

Es sollte daher auch in diese Bestimmung der freie Dienstnehmer einbezogen werden.

Zu Art. II - notwendige, im Entwurf fehlende Änderungen im ASVG

Geschäftsführerhaftung nach § 67 Abs. 10 ASVG

Nach den Erläuterungen soll es sich beim neuen § 153c StGB bloß um eine „Überstellung“ vom ASVG ins StGB handeln.

Der VwGH vertritt aber seit dem Erkenntnis des verstärkten Senates vom 12. Dezember 2000 (Zl. 98/08/0191-14, 0192-13) die Auffassung, dass die Geschäftsführer in Ermangelung weiterer in den gesetzlichen Vorschriften ausdrücklich normierten Pflichten im Wesentlichen die in § 111 iVm § 9 VStG umschriebenen Melde- und Auskunftspflichten sowie die in § 114 ASVG umschriebene Verpflichtung zur Abfuhr einbehaltener Dienstnehmerbeiträge treffen.

Für uns wäre durchaus denkbar, dass der VwGH aufgrund dieser Verschiebung vom ASVG in das StGB eine Haftung des Geschäftsführers gemäß § 67 Abs. 10 ASVG nur mehr eingeschränkt für Melde- und Auskunftspflichtverletzungen sehen könnte.

Aufgrund der derzeitigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes im Zusammenhang mit der Geschäftsführerhaftung nach § 67 Abs. 10 ASVG ist im ASVG die Aufnahme eines entsprechenden Verweises auf den § 153c StGB unbedingt erforderlich.

Der Verwaltungsgerichtshof hat im zitierten Erkenntnis lediglich dann eine Haftung gemäß § 67 Abs. 10 ASVG bejaht, wenn eine spezifisch sozialversicherungsrechtliche Handlungspflicht verletzt wurde, die sich lediglich aus den §§ 111 und 114 ASVG ergibt.

Eine Handlungspflicht aus dem StGB (z. B. § 158 StGB) hat der VwGH für eine Haftung gemäß § 67 Abs. 10 ASVG ausdrücklich abgelehnt. **Durch den Entfall des § 114 ASVG würde der Geschäftsführerhaftung somit die Grundlage entzogen werden.**

Es wäre daher in § 67 ASVG dringend ein neuer Abs. 11 einzufügen, für den nachfolgende Formulierung vorgeschlagen wird:

„Eine schuldhafte Pflichtverletzung im Sinne des Abs. 10 begeht jedenfalls derjenige, der gegen die Bestimmungen der §§ 153c bis 153e StGB verstößt“.

Angleichung an die BAO

Zur Angleichung der Bestimmungen über die Geschäftsführerhaftung in der BAO wird zu den neuen Tatbeständen ergänzend angeregt, den § 35 Abs. 4 ASVG wie folgt zu formulieren:

„Die Vertreter juristischer Personen, die gesetzliche Vertreter natürlicher Personen und die Vermögensverwalter (§ 80 BAO) haben alle Pflichten zu erfüllen, die den von Ihnen Vertretenen obliegen und sind befugt, die diesen zustehenden Rechte wahrzunehmen. Sie haben insbesondere dafür zu sorgen, dass die Beiträge jeweils bei Fälligkeit aus den Mitteln, die sie verwalten, entrichtet werden“.

Der bisherige § 35 Abs. 4 ASVG wird zu § 35 Abs. 5 ASVG.

Einführung einer Generalunternehmerhaftung

Es wird neuerlich gefordert, eine Haftungsnorm für die Generalunternehmer in einem neuen Abs. 12 des § 67 ASVG einzuführen und dafür nachstehender Wortlaut vorgeschlagen:

„Hat ein Unternehmer im Rahmen seines Geschäftsbetriebes, seiner Gewerbeberechtigung, seiner beruflichen Befugnis oder seines statutenmäßigen Wirkungsbereiches (§ 4 Abs. 4 Z 1) die Erbringung zumindest eines Teiles einer auf Grund eines Auftrages geschuldeten Leistung an einen oder mehrere Unternehmer weitergegeben, so haftet er für jene Sozialversicherungsbeiträge, die für die zur Leistungserbringung eingesetzten Arbeitnehmer fällig geworden sind insoweit, als diese vom jeweiligen Dienstgeber nicht einbringlich sind.“

ungewidmete Zahlungen

Nach der Rechtsprechung werden vom Strafgericht zudem ungewidmete Zahlungen fiktiv zur Abdeckung der Dienstnehmeranteile umgebucht, da das Gericht die beschwerlichste Schuld dort annimmt, wo eine gerichtliche Strafe droht.

In der Praxis ist jedoch die beschwerlichste Schuld für ein Unternehmen eher dort gegeben, wo ein Verkauf der Produktionsmittel droht, der existenzbedrohend für das Unternehmen sein kann. Würde die Kasse ungewidmete Zahlungen stets auf

Dienstnehmeranteile buchen, so würden hinsichtlich der Restforderungen die Exekutionen weiter betrieben werden.

Es ist davon auszugehen, dass ein Geschäftsführer durch eine ungewidmete Zahlung eher die Einstellung der ältesten Exekutionen anstrebt, um den Fortbestand des Unternehmens zu sichern.

Um künftig Widmungsprobleme zu vermeiden wird daher angeregt, im ASVG eine entsprechende Widmungsregelung in einem neuen Abs. 9 im § 58 ASVG wie folgt einzufügen:

„Ungewidmete Zahlungen sind im Zweifel auf den ältesten Rückstand zu verbuchen“.

Selbstverständlich bliebe es dem Beitragsschuldner weiterhin unbenommen, die Zahlungen entsprechend zu widmen.

Zuspruch für den Privatbeteiligten

Gemäß den Bestimmungen der StPO und der Rechtsprechung des OGH ist es Sozialversicherungsträgern möglich, sich einem Strafverfahren gemäß § 114 ASVG als Privatbeteiligte anzuschließen. Die Praxis zeigt freilich, dass die Strafgerichte einen derartigen Zuspruch kaum vornehmen. Um einen Exekutionstitel gegen das verantwortliche Organ zu erhalten, muss der SV-Träger deshalb ein weiteres Verfahren führen.

Es wird deshalb angeregt, zwar nicht im Gesetzestext, jedoch in den Erläuterungen, einen ausdrücklichen Hinweis aufzunehmen, dass die Strafbestimmungen der §§ 153c bis 153e StGB laut vorliegendem Entwurf auch dazu geschaffen werden, den Sozialversicherungsträgern über einen Zuspruch als Privatbeteiligte einen Exekutionstitel gegen den Verurteilten zu schaffen, der rasch und ohne aufwändiges gesondertes Verfahren den Ersatz des erlittenen Schadens an entgangenen Beiträgen ermöglicht.

Zu Art. III - Änderungen im FBG

Die im gegenständlichen Entwurf enthaltenen zivilrechtlichen Neuerungen scheinen zwar wirksame Mittel für den Kampf gegen „Scheinfirmen“ darzustellen, allerdings kann den Ausführungen betreffend die Abstandnahme von Erhöhungen des Mindestkapitals von GmbHs oder dem Erfordernis zur Volleinzahlung der Stammein-

lage vor dem Hintergrund der Rechtsprechung zur Entnahmemöglichkeit der nur für den Zweck der Eintragung ins Firmenbuch getätigten Einzahlung der Stammeinlage („*juristische Sekunde*“) nicht gefolgt werden.

Eine entsprechende Anpassung der Voraussetzungen zur Eintragung ins Firmenbuch stellen aus unserer Sicht eine zumutbare Erschwernis des Wirtschaftslebens dar, da mit diesen Maßnahmen das Insolvenzrisiko drastisch gesenkt werden kann.

Zudem ist zu hinterfragen, welcher Nutzen für das Wirtschaftsleben in der ungehemmten Gründung finanzschwacher GmbHs gelegen sein soll.

Mit freundlichen Grüßen
Für die Geschäftsführung: