

Univ. – Doz. Dr. Alexander Tipold
Institut für Strafrecht und Kriminologie
Universität Wien
Schottenbastei 10 – 16
1010 Wien

An das
Bundesministerium für Justiz
Postfach 63, 1016 Wien
Museumsstraße 7

Entwurf einer StGB-Novelle betreffend Sozialbetrugsgesetz;
Begutachtungsverfahren
GZ: BMJ-L 318.019/0008-II.1/2004

Wien, am 9. September 2004

Auf Grund der Einladung vom 13. August 2004 möchte ich im folgenden zu dem Entwurf eines Sozialbetrugsgesetz, BMJ-L 318.019/0008-II.1/2004, kurz Stellung nehmen. Die Stellungnahme bezieht sich auf die Vorschläge neuer Straftatbestände.

Mit vorzüglicher Hochachtung

Alexander Tipold

Anhang:
Anmerkungen

Anmerkungen

Anmerkung zu § 153c ME:

1. Mit dieser Bestimmung wird im wesentlichen § 114 ASVG in das StGB transformiert. Gegen diese Bestimmung im ASVG werden in der Literatur Bedenken erhoben. So fordert *Brandstetter* mit guten Gründen die ersatzlose Streichung (StPdG XXVI 152, StPdG XXIX, 107 – die in dem zuletzt genannten Beitrag genannten Beispiele zeigen im Übrigen, welche Personen zT durch diese Regelung wenig sinnvoll erfasst werden). Im Entwurf zu einem Strafrechtsänderungsgesetz 2001 (GZ 318.014/3.-II.1/2001) war die Herabsetzung des Strafrahmens auf ein Jahr Freiheitsstrafe geplant. Als Begründung wurde eine Anpassung an die Strafbestimmungen des AktG und des GmbHG sowie an § 159 StGB angeführt. Darüber hinaus wurde dazu eingeladen, grundsätzlich zu § 114 ASVG Stellung zu nehmen. Warum heute – bloß drei Jahre danach – ein Transfer in das StGB und zum Teil sogar eine Strafschärfung geboten ist, kann den Materialien nicht entnommen werden. Die bisherigen Bedenken gegen § 114 ASVG können gegen den Entwurf in gleicher Weise erhoben werden. Der Anpassungsbedarf an das AktG, das GmbHG und § 159 StGB besteht weiterhin.

2. Fraglich ist, warum überhaupt ein Transfer erfolgen soll. Der „normverdeutlichende Aspekt“ (Erläuterungen Seite 8) erscheint als wenig überzeugend. Die Einordnung im ASVG bleibt sachlich richtig, denn die Sozialversicherungen werden geschützt, an die Beitragsregelungen des ASVG wird angeknüpft. Von einer Übertragung sollte daher abgesehen werden. Man verhindert damit auch „c“ ff Bestimmungen in einem und Lücken im anderen Gesetz. Außerdem bleiben Sachwidrigkeiten eher verdeckt (Warum sind Sozialversicherungsträger besonders geschützt? Warum ist die Reuebestimmung anders?). Die Übernahme in das StGB könnte bedeuten, dass das Vorenthalten von Dienstnehmerbeiträgen ein gefährlicher Angriff iSd SPG ist. Ist vielleicht das der Sinn der Übertragung?

3. Bei einer Übertragung in das StGB stellt sich die Frage der richtigen Einordnung. Die Bestimmung schützt wohl Ansprüche der Sozialversicherung. Damit ist tatsächlich eine Nähe zum Vermögensstrafrecht gegeben, aber nicht zur Untreue (§ 153). Es liegt kein Missbrauch einer Vertretungsmacht vor, vielmehr ist das inkriminierte Verhalten rein faktisch. Auch zu dem, an dieser Stelle ebenso verfehlt eingeordneten Förderungsmissbrauch (§ 153b) fehlt eine Verbindung, abgesehen vom unpassenden Ort und dass es dort schon a- und b-Bestimmungen gibt. Richtigerweise wird mit dem Tatbestand ein (bestimmter) Gläubiger (besonders) geschützt. Eine Nähe zu den §§ 156 ff StGB erscheint vor diesem Hintergrund nahe liegend. Allerdings werden dann Zweifel genährt, was die Schutzwürdigkeit von Sozialversicherungsträgern im Vergleich zu anderen Gläubigern ausmacht. Dar-

über hinaus verstärkt sich die Frage, warum gerade für diesen Gläubiger eine andere Reuebestimmung vorgesehen ist.

4. Verbliebe die Regelung im ASVG, entfielen die Frage der richtigen Einordnung. Wenn dennoch ein Transfer in das StGB gewünscht ist, könnte wegen der praktischen Nähe eine Einfügung dieser Bestimmung als § 159a überlegt werden.
5. Hinsichtlich der Formulierung könnte man auf das Unterlassen der Abfuhr der Beiträge abstellen: „Wer als Dienstgeber Beiträge eines Dienstnehmers zur Sozialversicherung nicht (an den berechtigten Sozialversicherungsträger) abführt, ...“. Damit könnte das Problem des „Vorenthalten“ wegfallen, das letztlich auch mit dem Entwurf nicht gelöst wird. Wie soll man etwas vorenthalten, wenn man nichts auszahlt und wie soll etwas vom Auszahlen unabhängig sein, was seiner Natur nach (und nach der Judikatur) vom Auszahlen abhängig ist?
6. Überlegenswert wäre – in Gleichbehandlung mit § 153d ME – auch die Dienstgeberbeiträge zu erfassen, oder in beiden Bestimmungen nur die Dienstnehmerbeiträge. Letzteres erscheint eher als sachgerecht.
7. Abs 2 und 3 könnten vertauscht werden, womit klarer zum Ausdruck gebracht wird, dass die Regelung des derzeitigen Abs 2 auch für die Qualifikation gelten soll.
8. Bei der Formulierung der Qualifikation könnte man „durch die Tat“ streichen.
9. Sofern § 159 StGB in der derzeitigen Fassung sich als zu eng erwiesen haben sollte, sollte diese Bestimmung reformiert werden, und nicht allfälligen Mängel über Umwegen begegnet werden.

Anmerkung zu § 153d ME:

10. Der Begriff „Sozialbetrug“ wird vielfach und recht unterschiedlich in dem Entwurf verwendet: als politisches Schlagwort, als Überschrift einer Strafbestimmung und in den Erläuterungen zu den Änderungen des Firmenbuchrechts. Er ist sehr unpräzise und sollte nur im richtigen Zusammenhang gebraucht werden. Eine Strafbestimmung sollte nie mit einem politischen Schlagwort etikettiert werden, mag sie damit auch leichter „verkauft“ werden können. Das gilt auch für den vorgeschlagenen „§ 153d ME“.
11. Diese Bestimmung enthält (zum Teil) eine Qualifikation zu § 153c ME und sollte daher an derselben Stelle – idealerweise im ASVG, sonst in einem einheitlichen § 159a – geregelt werden.
12. Wenn es in dieser Vorschrift um das betrügerische Vorenthalten von Sozialversicherungsbeiträgen geht, warum sieht man nicht genau diesen Inhalt als Überschrift

vor, nämlich: „Betrügerisches Vorenthalten von Sozialversicherungsbeiträgen“. Das „Betrügerische“ in Überschriften ist nicht neu (vgl § 148a).

13. Damit wird die Nähe zum Betrug gelockert, zu Recht, denn nach den Erläuterungen soll es auf eine Täuschung nicht ankommen. Für einen Betrug ist das Täuschen eine Grundvoraussetzung. Da durch die derzeitige Überschrift falsche Rückschlüsse auf § 146 provoziert werden könnten, sollte auch deswegen eine andere Überschrift gewählt werden.
14. Abs 3 definiert, wann jemand betrügerisch Beiträge nicht abführt, in recht unterschiedlicher Weise. Klar erscheint – wenn letztlich auch uU schwer zu beweisen – der erste Fall: mangelnder Leistungswille schon bei der Anmeldung. Hier ist die Betrugsnähe evident. Wegen des Kontrahierungszwangs wird der Irrtum des Sachbearbeiters nicht kausal werden, und deswegen Betrug wohl ausscheiden.
15. Unklar ist der Zusammenhang der anderen in Abs 3 genannten Modalitäten mit dem „Vorenthalten“ der Beiträge. Was hat der Wille, Gläubiger (nicht die Sozialversicherung!) nicht oder nur zum Teil zu befriedigen, mit dem Vorenthalten von Dienstnehmerbeiträgen zu tun, das es rechtfertigen würde, dieses Vorenthalten strenger zu bestrafen? Soll etwa der Unternehmer, der in der Krise seines Unternehmens und dem damit verbundenen „Weiterwursteln“ zunächst einen normalen Gläubiger nicht mehr befriedigt, in weiterer Folge dann auch keine Sozialversicherungsbeiträge mehr leistet, strenger bestraft werden? Vielleicht befriedigt er eine Zeit lang die Sozialversicherung, um einer Strafbarkeit wegen § 153c ME zu entgehen, nicht aber andere Gläubiger, in der Hoffnung, die Krise zu überwinden. Trügt die Hoffnung, wird er dann gleich strenger bestraft, wenn er dann auch die Sozialversicherungsbeiträge nicht mehr leisten kann. Das erscheint als wenig sinnvoll. Die Befriedigung von anderen Gläubigern, von Arbeitnehmern oder den Steuerbehörden steht außerhalb des Schutzzweckes des Abs 1, und daher passt der weite Abs 3 nicht. Er sollte auf den ersten Fall reduziert werden. Die Materialien enthalten ohnedies keine Erklärung für die übrigen Varianten.
16. Dann könnte man sich auch Überlegungen zur Frage ersparen, wann ein unternehmerisches Handeln darauf ausgerichtet ist, Abgaben nicht zu entrichten, Entgelte nicht zu zahlen und Gläubiger nicht zu befriedigen. Dies muss wohl objektiv verstanden werden. Auch dafür enthalten die Materialien keine Erläuterungen.
17. Wegen der notwendigen Verkürzung kann Abs 3 in den Abs 1 eingebaut werden. Sodann könnte der restliche § 153d ME in § 153c ME als Abs 3 eingegliedert werden, wodurch die Frage der Überschrift obsolet wäre.
18. Da durch das Zusammenrechnen uU sehr leicht die Grenze von € 40.000 überschritten werden kann, sollte die Strafdrohung für die Qualifikation beim Täuschen „sechs Monate bis 5 Jahre“ nicht übersteigen. Es fehlt für eine höhere Strafdrohung jegliches Gewaltmoment und die kriminelle Energie ist bei Zurückhalten von (eigenen) Geldern wesentlich geringer als etwa bei der Wegnahme fremden

Geldes. Der Vorschlag mit einer Freiheitsstrafe von einem bis zu zehn Jahren erscheint demgegenüber als wenig sachgerecht und etwas überzogen.

19. § 114 ASVG (§ 159a StGB) neu könnte daher lauten:

- *Abs 1: Wer als Dienstgeber Beiträge eines Dienstnehmers ... nicht abführt, ist*
- *Abs 2 wie § 153c Abs 3 ME (Wertqualifikation ohne „durch die Tat“).*
- *Abs 3: Wer die Anmeldung zur Sozialversicherung mit dem Vorsatz vornimmt, keine oder keine ausreichenden Beiträge zu leisten, und als Dienstgeber dann tatsächlich Beiträge eines Dienstnehmers zur Sozialversicherung .. nicht abführt, ist .. zu betrafen, wer Beiträge in einem 40 000 Euro übersteigenden Ausmaß nicht abführt jedoch mit einer Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren.*
- *Abs 4: gleich wie § 153c Abs 2 ME [könnte bei Einordnung als § 159a entfallen, wenn § 161 zugleich um § 159a ergänzt wird].*
- *Abs 5 und Abs 6 entsprechen § 153c Abs 4 und 5 ME.*

Anmerkung zu § 153e ME:

20. § 153e ME enthält zwei unterschiedliche Tatbilder, bei denen nicht ganz einsichtig ist, welche Sachverhalte strafrechtlich erfasst werden sollen.
21. Wie immer stellt sich bei neuen Tatbeständen die Frage der Einordnung. Schwarzarbeit dürfte die Volkswirtschaft schädigen, daher ist die Einordnung im Bereich der Vermögensdelikte gegen den einzelnen wohl verfehlt. Ein Zusammenhang mit § 153 oder § 153b ist offensichtlich nicht gegeben, aber auch der sachliche Zusammenhang mit § 153c und § 153d ME ist nicht ersichtlich. In den Abschnitten der Delikte gegen die Allgemeinheit erscheint kein Abschnitt als passend (allenfalls als § 278e). Man könnte die Bestimmung auflösen und in den angesprochenen Materiangesetzen neu schaffen (dies scheint letztlich das Beste zu sein) oder dem StGB einen Sechszwanzigsten Abschnitt einfügen. Letzteres wird auf die Dauer ohnedies unumgänglich sein. Allenfalls könnte die Bestimmung als § 168c eingefügt werden, denn immerhin ist der Wettbewerb (§ 168b) auch ein Allgemeinrechtsgut.
22. Unklar ist, worauf sich die unternehmensähnliche Form (Abs 1 Z 1) bezieht: Auf das Organisieren oder auf die illegale Erwerbstätigkeit? Vom Wortlaut her bezieht sich die unternehmensähnliche Form eher auf die Organisation der illegalen Erwerbstätigkeit und nicht auf die illegale Beschäftigung selbst. Die Erläuterungen legen aber letzteres nahe, wenn sie (Seite 7, 4. Absatz) Mischunternehmen nennen, deren Belegschaft teils legal, teils illegal beschäftigt wird. Andererseits erscheint fraglich, wie selbständige Erwerbstätigkeit in unternehmensähnlicher Form mit Über- und Unterordnung ausgeübt wird.

23. Auch ist die Bestimmung (Abs 1 Z 1) als ganzes schwer lesbar. Denn im Unterschied zu § 159 StGB können die Begriffsdefinition nicht mit der Strafnorm gemeinsam gelesen werden. Als ganzen Satz müsste man diese Bestimmung wohl wie folgt lesen: *Wer es in der Absicht, sich dadurch ... verschaffen, organisiert, dass in unternehmensähnlicher Form 1. ein Dienstnehmer ... 2. eine selbständige Erwerbstätigkeit ... 3. usw.*
24. Nach den Materialien soll fallweise und kurzfristige Beschäftigung relativ weniger illegaler Arbeitskräfte oder die fallweise Beauftragung illegal selbständiger Erwerbstätiger und ähnliches gerichtlich nicht strafbar sein. Diese Einschränkung ist aus dem Tatbestand nicht ersichtlich. Sie müsste im Gesetzestext angeführt werden.
25. Die illegale Beschäftigung ergibt sich aus dem Fehlen sozialversicherungsrechtlicher Meldungen und von Meldungen nach dem AVRAG, dem Verstoß gegen das AuslBG und gegen die GewO. Ist es nicht sinnvoller – auch angesichts der Schwierigkeiten bei der Einordnung dieses Tatbestandes –, eine Kriminalisierung in diesen Materiengesetzen vorzunehmen? Schließlich wird auf einzelne Bestimmungen in diesen Gesetzen verwiesen. Es ist durchaus möglich, dass bei Änderung dieser Gesetze vergessen wird, das (fachfremde) StGB auch mit zu ändern. Durch den Einbau in den Materiengesetzen würden die Strafbestimmungen ihre Abstraktheit verlieren und so die Strafbewährtheit sowohl dem Normunterworfenen als auch den Rechtsanwendern verdeutlicht werden. Dadurch könnte das sehr unbestimmte „Organisieren“ in jene Tathandlungen aufgelöst werden, die die Erläuterungen als Interpretationshilfe nennen.
26. Zusammengefasst sollte § 153e Abs 1 Z 1 iVm Abs 3 ME zurückgezogen werden und sein Inhalt durch Änderungen in den Materiengesetzen umgesetzt werden. Dies mag ein eher destruktiver Vorschlag sein, aber einfache Umformulierungsvorschläge erscheinen mir nicht möglich. Dies auch, weil unklar ist, welche Sachverhalte kriminalisiert werden sollen.
27. Bei Abs 2 fällt auf, dass eine Gewinnabsicht fehlt. Auch ist unklar, wer kriminalisiert werden soll. Was ist mit jenem selbst illegal Beschäftigten, der nur deshalb führend tätig ist, um seinen eigenen Unterhalt und den seiner Familie zu sichern? Auch der Begriff der Verbindung ist ziemlich konturenlos. Auch hier ist eine nähere Stellungnahme ob der Unklarheit der verfolgten Ziele nicht möglich. Der Tatbestand erscheint jedenfalls als zu weit, was auch immer von ihm erfasst werden soll. Im Übrigen dürfte Abs 2 kaum auf den Fall des Abs 1 Z 2 passen.