

Univ.-Prof. Dr. Susanne Reindl-Krauskopf
Univ.-Prof. Dr. Sabine Kirchmayr-Schliesselberger
Ao. Univ.-Prof. Mag. Dr. Michaela Windisch-Graetz
Mag. Martin Meissnitzer



ENDBERICHT

zum Forschungsprojekt
„Sozialbetrug, auch im Zusammenhang mit
Lohn- und Sozialdumping“

im Auftrag des



bmask

BUNDESMINISTERIUM FÜR
ARBEIT, SOZIALES UND
KONSUMENTENSCHUTZ

INHALTSVERZEICHNIS

INHALTSVERZEICHNIS	2
ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS.....	11
E X E C U T I V E S U M M A R Y	18
I. AUSGANGSLAGE UND FORSCHUNGSAUFTRAG	19
II. ERSCHEINUNGSFORMEN DES SOZIALBETRUGS	19
A) <i>Zum Begriff des Sozialbetrugs</i>	19
B) <i>Erscheinungsformen</i>	19
III. ASPEKTE DES UMGANGS MIT SCHEINFIRMEN	20
A) <i>Ausgangslage</i>	20
B) <i>Empfehlungen – Früherkennung von und Umgang mit Scheinfirmen</i>	21
C) <i>Empfehlung – Scheinfirma und Gewerberecht</i>	22
D) <i>Empfehlungen – Anmeldung von DN</i>	22
E) <i>Empfehlungen – Scheinfirmen und (lohn)abgabenrechtliche Prüfung</i>	23
F) <i>Empfehlung – Auftraggeberhaftung</i>	23
G) <i>Empfehlungen – Scheinfirmen und Arbeitnehmerveranlagung</i>	23
H) <i>Empfehlung – Behördenübergreifende Zusammenarbeit</i>	23
IV. STRAFRECHTLICHE ASPEKTE DER SOZIALBETRUGSVERFOLGUNG	24
A) <i>Ausgangslage</i>	24
B) <i>Empfehlungen zur institutionellen Verankerung der Sozialbetrugsverfolgung</i> ..	24
C) <i>Empfehlungen zum Kriminalstrafrecht</i>	25
D E T A I L D A R S T E L L U N G	27
EINLEITUNG	28
I. AUSGANGSLAGE UND FORSCHUNGSAUFTRAG	28
II. ABLAUF DER FORSCHUNGSTÄTIGKEIT	30
A) <i>Im Forschungswerkvertrag vorgesehene Vorortrecherchen</i>	30
B) <i>Forschungsrelevante Interviews, Vorträge und Konferenzteilnahmen</i>	33
III. ZWISCHENBERICHTE	35
IV. METHODISCHES VORGEHEN	36
V. ZUM BEGRIFF DES SOZIALBETRUGS	37
A) <i>Sozialbetrug</i>	37
B) <i>Schwarzarbeit</i>	38
C) <i>Vergleich zum Schwarzarbeitsbegriff in Deutschland</i>	39
D) <i>Fazit</i>	42
ERSTES KAPITEL – FESTGESTELLTE ERSCHEINUNGSFORMEN DES SOZIALBETRUGS	43
I. SOZIALBETRUG MITTELS SCHEINFIRMEN	43
A) <i>Zum Begriff der Scheinfirma</i>	43

<i>B) Gründung und Übernahme von Scheinfirmen</i>	44
<i>C) Einsatz von Scheinfirmen</i>	46
1. Subvergabe- oder Subunternehmer-Pyramide	47
2. Anmeldung von Dienstnehmern zur Sozialversicherung	48
a) Scheinmeldungen	49
b) Anmeldung tatsächlich beschäftigter Personen	49
ba) Auslagerung von DN auf Subfirmen	49
bb) Anmeldung von DN eines in der Informalität agierenden Überlassers bzw Vermittlers	50
bc) Anmeldung von eigenständigen Arbeiterpartien	50
3. Verkauf von Schein- und Deckungsrechnungen.....	50
<i>D) Begleiterscheinungen</i>	51
1. Missbräuchlicher Bezug von Insolvenzentgelt	51
a) Der Insolvenz-Entgelt-Fonds.....	51
b) Missbrauchsszenario.....	52
c) Die Judikaturlinie des ASG und OLG Wien	52
2. Missbräuchliche Inanspruchnahme von Arbeitslosengeld	54
3. Erschleichung von Aufenthaltstiteln	54
4. Kreditbetrügereien.....	55
5. „Wochengeldfälle“	55
6. Missbräuchlicher Bezug der durch das AMS gewährten Eingliederungsbeihilfe „Come back“	55
7. Rückzahlung fiktiver Lohnsteuergutschriften	56
<i>E) Strukturen und Netzwerke</i>	56
II. MANIPULATIONEN DER LOHNBUCHHALTUNG.....	58
<i>A) Doppelte Lohnverrechnung zur Verschleierung der tatsächlich bezahlten Löhne</i>	58
<i>B) Scheingeringfügigkeit</i>	59
<i>C) Lohnsplitting</i>	60
III. SCHEINSELBSTÄNDIGKEIT	60
IV. SCHEINENTSENDUNG.....	62
<i>A) Grundlegendes zur gemeinschaftsrechtlichen Entsendung</i>	62
1. Der Tatbestand der Entsendung	62
a) Gewöhnliche Geschäftstätigkeit des DG im Sitzstaat	63
b) (Fort)Bestand der arbeitsrechtlichen Bindung zwischen DN und DG	64
c) Zeitliche Begrenzung der Tätigkeit im Ausland	65
2. Die Bescheinigung der Voraussetzungen des Entsendungstatbestands.....	65
<i>B) Scheinentsendung als Umgehungszenario von Lohn- und Sozialabgaben</i>	66
1. Scheinentsendung durch Schein- bzw Briefkastenfirmen / Rekrutierung von Ortskräften als entsandte DN	66
2. Kettenentsendungen	66
3. Fälschung und Vervielfältigung von Entsendebescheinigungen	67

4. Beweggründe und Motive	67
V. GÄNZLICH KLANDESTINE SCHWARZARBEIT	68
VI. BETROFFENE BRANCHEN	68
ZWEITES KAPITEL - FESTGESTELLTE PROBLEMLAGEN IM UMGANG MIT SCHEINFIRMEN	69
I. FRÜHERKENNUNG VON SCHEINFIRMEN	69
A) Indikatoren zur Früherkennung von Scheinfirmen	69
B) Früherkennung durch Kontrollen	70
1. Kontrollen durch die FinPol	70
a) Aufgaben der FinPol	71
b) Befugnisse der FinPol	72
2. Kontrollen durch die KV-Träger	74
a) Erhebungsdienst der WGKK	74
b) Befugnisse Erhebungsdienst	75
3. Kontrollen durch die BUAK	76
4. Kontrollen durch die Arbeitsinspektorate	77
C) Früherkennung durch automationsunterstützte Softwarelösungen	78
D) Unmittelbare Konsequenzen der Früherkennung von Scheinfirmen	79
1. Einbringungsmaßnahmen durch die Abgabenbehörden	79
a) Die ehemalige SEG	79
b) Einbringungsmaßnahmen durch die FinPol	80
c) Einbringung und DG-Eigenschaft	81
2. Schätzung von Rückständen und Stellung von Insolvenzanträgen	81
3. Meldesperren, Beitragskontosperrungen und die Stornierung von Versicherungsverhältnissen	83
E) Empfehlungen	85
1. Empfehlungen zur Verbesserung der Früherkennung von Scheinfirmen	85
2. Empfehlungen zu unmittelbaren Konsequenzen der Früherkennung	86
II. SCHEINFIRMEN UND GEWERBERECHT	88
A) Ausgangs- und Problemlage	88
1. Gewerbeberechtigung und Sozialbetrug	88
2. Entzug der Gewerbeberechtigung	90
3. Gewerberechtliche Geschäftsführer	90
B) Empfehlung	92
III. MODALITÄTEN DER ANMELDUNG VON DN	93
A) Die Anmeldung zur SV	93
1. Meldungen via DFÜ – ELDA	93
2. Meldungen in Papierform	94
B) Die Meldung von DN bei der BUAK	95
C) Empfehlungen	95
IV. DIE BEHANDLUNG VON SCHEINFIRMEN IM RAHMEN (LOHN)ABGABENRECHTLICHER PRÜFUNGEN	96

A) Prüfung von Scheinfirmen	96
B) Prüfung von auftraggebenden Firmen	97
1. Das Institut des § 162 BAO.....	97
2. Telos des § 162 BAO im Gesamtgefüge des Abgabenrechts	99
3. Verhältnis von § 162 BAO zur Schätzung von Schwarzlohnaufwand und anschließender Anerkennung der Absetzbarkeit?	100
4. Weitere abgaben- und beitragsrechtliche Konsequenzen der Anwendung des § 162 BAO	102
C) Praktische Erwägungen.....	103
D) Zusammenfassung und Empfehlungen.....	104
V. SCHEINFIRMEN UND AUFTRAGGEBERHAFTUNGEN	105
A) Die Auftraggeberhaftung gem § 67a ASVG	105
B) Die Auftraggeberhaftung gem § 82a EStG	107
C) Die Beschäftigerhaftung gem § 14 AÜG	107
D) Zusammenschau und Empfehlung	109
VI. „DIENSTVERHÄLTNISSE“ ZU SCHEINFIRMEN UND ARBEITNEHMERVERANLAGUNG.....	111
A) Ausgangslage und Problemstellung	111
B) Praktische Erwägungen.....	112
C) Rechtliche Erwägungen	113
1. Anrechnung von LSt bei festgestellter Scheinfirmeneigenschaft des DG?	113
a) De lege lata	113
b) De lege ferenda.....	115
2. Direkte Inanspruchnahme eines DN auch für eine Nachforderung im Rahmen der Arbeitnehmerveranlagung?	116
3. Fazit	117
D) Empfehlungen	118
VII. BEHÖRDENÜBERGREIFENDE KOOPERATION.....	119
A) Problemlage.....	119
B) Empfehlung.....	120

DRITTES KAPITEL – ASPEKTE UND PROBLEMLAGEN DER STRAFRECHTLICHEN VERFOLGUNG..... 122

I. DIE INSTITUTIONELLE VERANKERUNG DER KRIMINALSTRAFRECHTLICHEN VERFOLGUNG	122
A) Probleme der Strafverfolgung durch die Finanzpolizei	124
1. Entmutigende Effekte undifferenzierter Zielvorgaben	124
2. Mangelnde Kapazitäten zur eigenständigen Wahrnehmung der strafrechtlichen Verfolgung	124
3. Schulung, technische Ausstattung und dienstrechtliche Flexibilität.....	125
B) Strafverfolgung durch die Steuerfahndung	126
1. Organisationsstruktur	126
2. Mangelnder Behördenstatus	127
C) Problemlagen der Strafverfolgung durch polizeilichen Ermittlungsbehörden.	128
1. Uneinheitliche Befassung der Polizeibehörden	128

2. Know-How und Vermeidung von Doppelgleisigkeiten	128
<i>D) Strafverfolgung durch die Staatsanwaltschaften</i>	<i>129</i>
1. Ausgangslage	129
a) Die staatsanwaltschaftlichen Behörden	129
b) Die WKStA.....	131
2. Problemlagen	132
a) Begrenzte Personalressourcen – mangelnde Kontinuität	132
b) Wissen über Tatmuster und hinreichende Anleitung im Strafverfahren	133
c) Streuung der Akten und Komplexität der Sachverhalte	133
d) Keine zusammenfassende Behandlung mit Finanzvergehen.....	134
<i>E) Fokussierte und behördenübergreifende Strafverfolgung durch die Task Force Merlin</i>	<i>134</i>
1. Ausgangslage	134
2. Problemlagen	137
a) Explosionsartige Zunahme der zu verfolgenden Sachverhalte	137
b) Begrenzte Kapazitäten zur zeitnahen Verfolgung von aktuell tätigen Scheinfirmen.	137
c) Kooperation zwischen Polizei und Steuerfahndung	138
d) Fortbestand der TF Merlin?	138
<i>F) Empfehlungen zur institutionellen Verankerung der Sozialbetrugsverfolgung</i>	<i>138</i>
II. STRAFBARKEIT BEI SCHEINMELDUNGEN.....	140
<i>A) Betrug durch Scheinmeldung?.....</i>	<i>141</i>
1. Täuschung über Tatsachen	141
2. Effektiver Schaden durch Anmeldung?	142
a) Stand der Judikatur und Lehre	142
b) Anderer Schadensbegriff aufgrund struktureller Unterschiede zwischen SV und privaten Versicherungen?	144
c) Effektiver Schaden durch Erwerb von Anwartschaften während des Versicherhaltens?	145
3. Effektiver Schaden durch Erschleichen der Dispositionsbefugnis?	146
4. Ergebnis für die Betrugsstrafbarkeit	149
<i>B) Betrügerischer Datenverarbeitungsmissbrauch durch Scheinmeldung?.....</i>	<i>150</i>
1. Automationsunterstützte Meldung ohne Fehlerprotokoll.....	150
2. Automationsunterstützte Meldung mit Fehlerprotokoll.....	151
<i>C) Strafbarkeit durch konkrete Leistungsanspruchnahme nach Scheinmeldung?</i>	<i>152</i>
1. Scheinmeldung als entscheidende Täuschungs- bzw täuschungsähnliche Handlung	153
2. Scheinmeldung als bloße Vorbereitungshandlung	154
a) Wochengeldbezug	154
b) Sachleistungsbezug	154
<i>D) Fazit</i>	<i>156</i>
III. STRAFBARKEIT BEI ANMELDUNG TATSÄCHLICH BESCHÄFTIGTER DIENSTNEHMER.....	157

<i>A) Strafbarkeit wegen betrügerischen Vorenthaltens von Beiträgen und Zuschlägen</i>	158
1. Rechtliche Erwägungen.....	158
a) Der unmittelbare Täter	158
b) Betrügerisches Vorenthalten von SV-Beiträgen und BUAG-Zuschlägen	160
2. Praktische Aspekte der Anwendung.....	162
a) Ausforschen der Täter und Feststellung der DG-Eigenschaft.....	163
b) Mangelnde Tatbestandsmäßigkeit von Scheinmeldungen.....	164
c) Betrügerisches Vorenthalten.....	164
d) Berechnung der Beitrags- und Zuschlagsausfälle.....	164
3. Fazit	166
<i>B) Anmeldung beim richtigen DG als Betrug?</i>	166
1. Relevante Täuschungshandlungen?	167
a) Täuschung und Anmeldung.....	167
b) Täuschung, Zahlungswilligkeit und Zahlungsfähigkeit.....	167
ba) Bestehen einer Aufklärungspflicht über die Zahlungsunfähigkeit?	168
bb) Gemeinsame Meldung oder separate Meldepflicht?	169
bc) DG als Garant?	170
2. Vermögensschaden	172
a) Allgemeines	172
b) Quasikausale Herbeiführung eines Vermögensschadens durch Unterlassen der Aufklärung?	173
ba) Getrennte Beitragseinhebung nach § 61 ASVG	173
bb) Vermögensschaden durch unterlassene Sicherstellung gem § 66 ASVG.....	174
bc) Vermögensschaden durch Vorfinanzierung der BMSVG-Beiträge	174
3. Ergebnis.....	175
<i>C) Anmeldung beim falschen DG als Betrug?</i>	177
1. Täuschung über DG-Eigenschaft in der Anmeldung	177
2. Vermögensschaden infolge Abstandnahme von der Beitragseinhebung beim tatsächlichen DG	177
<i>D) Übermittlung falscher BN als Betrug?</i>	179
1. Täuschung durch Übermittlung inhaltlich falscher BN.....	179
2. Vermögensschaden infolge Abstandnahme von der Einforderung der rechnerisch richtigen Beiträge.....	179
<i>E) Fazit</i>	180
IV. THEORETISCHES SPEKTRUM UND PRAKTISCHE RELEVANZ DES § 153E STGB	181
<i>A) Rechtliche Erwägungen</i>	181
1. Der Tatbestand des § 153e StGB	181
a) Illegale Erwerbstätigkeit	181
b) Die erforderliche Anmeldung zur Sozialversicherung.....	183
c) Tathandlungen der Organisierten Schwarzarbeit.....	185
2. Reichweite des § 153e StGB bei sozialbetrügerischen Phänomenen	189

a) Scheinselbständigkeit.....	189
b) Strafbarkeit bei Scheinentsendungen	190
c) Strafbarkeit bei Scheingeringfügigkeit	190
B) Fazit.....	191
V. SOZIALBETRUG UND BETRÜGERISCHE KRIDA.....	193
A) <i>Rechtliche Erwägungen</i>	193
1. Zur Strafbarkeit wegen Betrügerischer Krida	194
a) Täterkreis.....	194
b) Gläubiger	195
c) Bestandteil des Schuldnervermögens.....	195
d) Tathandlungen	196
e) Qualifikationen.....	196
f) Ausgangsbeispiel.....	197
2. Verhältnis zur Strafbarkeit gem § 153d StGB	197
a) Zur Relevanz der Abgrenzung	197
b) Zum Verhältnis der beiden Tatbestände.....	198
B) <i>Praktische Aspekte</i>	200
VI. KRIMINALSTRAFRECHTLICHE VERANTWORTUNG AUFTRAGGEBENDER UNTERNEHMEN	202
A) <i>Rechtliche Erwägungen</i>	203
B) <i>Praktische Aspekte</i>	205
VII. KONKRETE EINZELFRAGEN	206
A) <i>Anwendung des Untreuetatbestands bei Einpersonengesellschaften</i>	206
1. Rechtliche Erwägungen.....	207
a) Strafbarkeit des Strohmanns als unmittelbarer Täter?	207
b) Strafbarkeit des faktischen Geschäftsführers als unmittelbarer Täter?	208
2. Fazit	209
B) <i>Strafrechtliche Fassbarkeit von Scheinentsendungen</i>	209
1. Strafbarkeit der Beitragshinterziehung bei ausgestellten Entsendebescheinigungen	210
a) Strafbarkeit wegen Vorenthaltens von DN-Beiträgen zur SV (§ 153c StGB).....	210
aa) Bindung des Strafgerichts durch die Bescheinigung des portugiesischen Trägers?	
.....	211
ab) Kritik an der weitreichenden Bindungswirkung	212
ac) Anwendung im österreichischen Strafrecht	213
b) Strafbarkeit wegen Betrugs gem §§ 146 ff StGB ?.....	215
c) Strafbarkeit wegen Organisierter Schwarzarbeit gem § 153e StGB?.....	215
2. Strafbarkeit ohne Entsendebescheinigung bzw bei ge- oder verfälschten Bescheinigungen	
.....	216
a) Strafbarkeit gem §§ 153c, e StGB.....	216
b) Strafbarkeit gem §§ 146 ff StGB bei Vorlage von gefälschten Bescheinigungen?	216
3. Strafbarkeit der Scheinentsendung bei rückwirkender Aufhebung von	
Entsendebescheinigungen?	217
a) Charakter der Entsendebescheinigung ?.....	217

b) Strafbarkeit wegen §§ 153c, e StGB ?	220
c) Strafbarkeit wegen Betrugs gem §§ 146 ff StGB?	221
<i>C) Privatbeteiligung der KV-Träger im Sozialbetrugsverfahren</i>	<i>222</i>
1. Zum Institut der Privatbeteiligung im Strafverfahren	222
2. Reichweite der Haftung gem § 67 Abs 10 ASVG	224
a) Die Rechtslage vor dem SozialrechtsänderungsG 2010	224
b) Aktuelle Rechtslage infolge des SozialrechtsänderungsG 2010	225
c) Haftung des faktischen Geschäftsführers gem § 67 Abs 10 ASVG	226
d) Zwischenergebnis	227
3. Parallelität von öffentlich-rechtlicher und zivilrechtlicher Haftung des Geschäftsführers?	228
a) § 153c und § 153d StGB als Anspruchsgrundlage	228
b) Kridadelikte als Anspruchsgrundlage	229
c) Stellungnahmen im Schrifttum	230
d) Privatrechtliche Ansprüche des Fiskus wegen Abgabenrückständen im Strafverfahren	231
da) Die Privatbeteiligung des § 200 FinStrG	231
db) Privatrechtliche Durchsetzung von Abgabenrückständen	232
4. Zwischenergebnis	233
5. Ex-Lege Privatbeteiligung der GKK im Strafverfahren wegen Sozialbetrugs?	234
6. Fazit	234
<i>D) Deutsche Tatbestände zur Bekämpfung von Schwarzarbeit und illegaler Beschäftigung</i>	<i>236</i>
1. Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt gem § 266a dStGB	236
2. Anwendung des Betrugstatbestands gem § 263 dStGB	237
3. Vergleich mit den österreichischen Tatbeständen des Beitragsstrafrechts	238
VIII. ZUSAMMENFASSUNG UND EMPFEHLUNGEN ZUM KRIMINALSTRAFRECHT	238
<i>A) Wichtigste strafrechtliche Betrachtungen zu Scheinfirmen im Überblick</i>	<i>238</i>
1. Scheinmeldungen	238
a) Strafbarkeit im Anmeldezeitpunkt	238
b) Anmeldung als straflose Vorbereitung / strafbare Inanspruchnahme der Leistung	239
2. Tatsächlich beschäftigte DN	239
a) Betrügerisches Vorenthalten von Beiträgen (§ 153d StGB)	239
b) Strafbarkeit wegen Betrugs (§§ 146 ff StGB)	240
<i>B) Reichweite des § 153e StGB</i>	<i>241</i>
<i>C) Sozialbetrug und Betrügerische Krida</i>	<i>241</i>
<i>D) Kriminalstrafrechtliche Verantwortung auftraggebender Unternehmen</i>	<i>242</i>
<i>E) Anwendung des Untreuetatbestands bei sozialbetrügerischen Einpersonengesellschaften</i>	<i>242</i>
<i>F) Strafrechtliche Fassbarkeit von Scheinentsendungen</i>	<i>242</i>
1. Strafbarkeit bei aufrechter Entsendebescheinigung gem Art 5 DVO	242

2. Strafbarkeit ohne Entsendebescheinigung bzw bei ge- oder verfälschten Bescheinigungen	243
3. Strafbarkeit bei Widerruf der Entsendebescheinigung durch den ausländischen Träger	243
G) Empfehlungen zum materiellen Kriminalstrafrecht	244
H) Privatbeteiligung der KV-Träger im Sozialbetrugsverfahren	246
VIERTES KAPITEL - ZUSAMMENFASSUNG	248
I. ERSCHEINUNGSFORMEN DES SOZIALBETRUGS	248
A) Zum Begriff des Sozialbetrugs	248
B) Festgestellte Erscheinungsformen	248
II. ASPEKTE DES UMGANGS MIT SCHEINFIRMEN	249
A) Ausgangslage	249
B) Empfehlungen – Früherkennung von und Umgang mit Scheinfirmen	250
C) Empfehlung – Scheinfirmen und Gewerberecht	252
D) Empfehlungen – Anmeldung von DN	253
E) Empfehlungen – Scheinfirmen und (lohn)abgabenrechtliche Prüfung	254
F) Empfehlung – Auftraggeberhaftung	254
G) Empfehlungen – Scheinfirmen und Arbeitnehmerveranlagung	255
H) Empfehlung – behördenübergreifende Zusammenarbeit	256
III. STRAFRECHTLICHE ASPEKTE DER SOZIALBETRUGSVERFOLGUNG	256
A) Empfehlungen zur institutionellen Verankerung der Sozialbetrugsverfolgung	257
B) Empfehlungen hinsichtlich des Kriminalstrafrechts	258
QUELLENVERZEICHNIS	261
I. VERZEICHNIS DER GESETZESMATERIALIEN	261
II. LITERATURVERZEICHNIS	262
III. RECHTSPRECHUNGSÜBERSICHT	275

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

aA	anderer Ansicht
AB	Ausschussbericht
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
ABl	Amtsblatt der Europäischen Union
abl	ablehnend
Abs	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AFS	Zeitschrift für Abgaben-, Finanz- und Steuerrecht
AG	Arbeitgeber
AGH	Auftraggeberhaftung
AI	Arbeitsinspektorat
AIS	Abgabeninformationssystem
AK	Arbeiterkammer
AL	Abteilungsleiter/in
AIV	Arbeitslosenversicherung
AlVG	Arbeitslosenversicherungsgesetz
AMS	Arbeitsmarktservice
AN	Arbeitnehmer
AO	Abgabenordnung
arg	argumentum
ARGE	Arbeitsgemeinschaft
Art	Artikel
ASchG	ArbeitnehmerInnenschutzgesetz
ASG	Arbeits- und Sozialgericht
ASGG	Arbeits- und Sozialgerichtsgesetz
ASoK	Arbeits- und Sozialrechtskartei
ASVG	Allgemeines Sozialversicherungsgesetz
AufenthG	Aufenthaltsgesetz
AÜG	Arbeitskräfteüberlassungsgesetz
AuslBG	Ausländerbeschäftigungsgesetz
AVOG	Abgabenverwaltungsorganisationsgesetz
AVRAG	Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz
avsv	Amtliche Verlautbarungen Sozialversicherung
BAO	Bundesabgabenordnung
BauKG	Bauarbeitenkoordinationsgesetz
BauV	Bauarbeiterschutzverordnung
BBKG	Betrugsbekämpfungsgesetz
bbl	Baurechtliche Blätter
BeckRS	Beck-Rechtsprechung
BFA	Bundesfinanzakademie

BGBI	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungssammlung des BGH in Strafsachen
BK	Bundeskriminalamt
B-KUVG	Beamten-Kranken- und Unfallversicherungsgesetz
BlgNR	Beilage(n) zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates
BMASK	Bundesministerium für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz
BMF	Bundesministerium für Finanzen
BMI	Bundesministerium für Inneres
BMJ	Bundesministerium für Justiz
BMSVG	Betriebliches Mitarbeiter- und Selbständigenvorsorgegesetz
BN	Beitragsnachweisung
bspw	beispielsweise
BSVG	Bauern-Sozialversicherungsgesetz
BT-Drucks	Bundestagsdrucksachen
BUAG	Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungsgesetz
BUAK	Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse
BVH	Bauvorhaben
BWG	Bankwesengesetz
CC-LSDB	Kompetenzzentrum Lohn- und Sozialdumpingbekämpfung
DB	Dienstgeberbeitrag
ders	derselbe
DFÜ	Datenfernübertragung
DG	Dienstgeber
dies	dieselbe
DLZ-AGH	Dienstleistungszentrum Auftragnehmerhaftung
DN	Dienstnehmer
DRdA	Das Recht der Arbeit
dStGB	deutsches Strafgesetzbuch
DV	Dienstverhältnis
DVO	Durchführungsverordnung
DZ	Dienstgeberzuschlag
EBRV	Erläuternde Bemerkungen zur Regierungsvorlage
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
Entw	Entwurf
ESt	Einkommensteuer
EStG	Einkommensteuergesetz
EStR	Einkommenssteuerrichtlinien
et al	et alii / et aliae
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EvBl	Evidenzblatt

f	folgende
FA	Finanzamt
FB	Firmenbuch
FBG	Firmenbuchgesetz
ff	fortfolgende
FinPol	Finanzpolizei
FinStrG	Finanzstrafgesetz
FKS	Finanzkontrolle Schwarzarbeit
FP	Forschungsprojekt
FPG	Fremdenpolizeigesetz
G	Gesetz
gem	gemäß
GesBR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
GesRZ	Der Gesellschafter
GewO	Gewerbeordnung
GKK	Gebietskrankenkasse
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GP	Gesetzgebungsperiode
GPLA	Gemeinsame Prüfung aller lohnabhängigen Abgaben
GSpG	Glücksspielgesetz
GSVG	Gewerbliches Sozialversicherungsgesetz
GZ	Geschäftszahl
hA	herrschende Ansicht
HFU-Liste	Gesamtliste der haftungsfreistellenden Unternehmen
Hg	Herausgeber
HVB	Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger
idF	in der Fassung
idR	in der Regel
IEF	Insolvenz-Entgelt-Fonds
IESG	Insolvenz-Entgeltsicherungsgesetz
iHd	in Höhe der/des
iHv	in Höhe von
infas	Informationen aus dem Arbeits- und Sozialrecht
insbes	insbesondere
IO	Insolvenzordnung
ISA	Insolvenzschutzverband für ArbeitnehmerInnen
iSd	im Sinne des/der
iZm	im Zusammenhang mit
JAB	Justizausschussbericht
JBl	Juristische Blätter
JN	Jurisdiktionsnorm
JRP	Journal für Rechtspolitik

JSt	Journal für Strafrecht
Jud	Judikatur
KESt	Kapitalertragsteuer
KFZ	Kraftfahrzeug/e
KIAB	Kontrolle illegaler Arbeitnehmerbeschäftigung
KO	Konkursordnung
KollV	Kollektivvertrag
KommSt	Kommunalsteuer
KöSt	Körperschaftssteuer
krit	kritisch
KStA	Korruptionsstaatsanwaltschaft
KStG	Körperschaftsteuergesetz
KV	Krankenversicherung
lit	litera/e
LKA	Landeskriminalamt
LSG	Landessozialgericht
LSt	Lohnsteuer
LStR	Lohnsteuerrichtlinien
MA	Magistratsabteilung
maW	mit anderen Worten
ME	Ministerialentwurf
MEP-Gruppe	Missbrauchserkennungs- und -präventionsgruppe
Mio	Million/en
MV	Masseverwalter
mwN	mit weiteren Nachweisen
NAG	Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
ÖBA	Zeitschrift für das gesamte Bank- und Börsenwesen
OGH	Oberster Gerichtshof
ÖJT	Österreichischer Juristentag
ÖJZ	Österreichische Juristenzeitung
ÖJZ-LSK	Leitsatzkartei der österreichischen Juristenzeitung
OLG	Oberlandesgericht
ÖNACE	Österreichische <i>nomenclature générale des activités économiques dans les communautés européennes</i>
OÖGKK	Oberösterreichische Gebietskrankenkasse
OStA	Oberstaatsanwaltschaft
ÖStZ	Österreichische Steuerzeitung
OWIG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten
PV	Pensionsversicherung
PWP	Perspektiven der Wirtschaftspolitik

RMDfÜ	Richtlinien über Ausnahmen von der Meldungserstattung mittels Datenfernübertragung
Rs	Rechtssache
Rspr	Rechtsprechung
RV	Regierungsvorlage
Rz	Randziffer
RZ-EÜ	Richterzeitung Entscheidungsübersicht
S	Seite/n
SchwABeG	Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz
SchwarzArbG	Schwarzarbeitsgesetz
SEG	Schnelle Eingreifgruppe
SGb	Sozialgerichtsbarkeit
SGKK	Salzburger Gebietskrankenkasse
sog	sogenannte/r/s
SOKO	Sonderkommission
SozBeG	Sozialbetrugsgesetz
SozSi	Soziale Sicherheit
SSt	Sammlung Strafrecht
StA	Staatsanwaltschaft
StGB	Strafgesetzbuch
StGKK	Steirische Gebietskrankenkasse
StPdG	Strafrechtliche Probleme der Gegenwart
StPO	Strafprozessordnung
stRspr	ständige Rechtsprechung
SV	Sozialversicherung
SVA	Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft
SVSlg	Sozialversicherungsrechtliche Entscheidungen
SWK	Steuer und Wirtschaftskartei
SZ	Sammlung Zivilsachen
TF	Task Force
Tgb	Tagebucheintrag
tlw	teilweise
uE	unseres Erachtens
UFS	Unabhängiger Finanzsenat
UID-Nummer	Umsatzsteueridentifikationsnummer
USt	Umsatzsteuer
UStG	Umsatzsteuergesetz
uU	unter Umständen
UV	Unfallversicherung
UVS	Unabhängiger Verwaltungssenat
VbVG	Verbandsverantwortlichkeitsgesetz
VersRdSch	Versicherungsrundschau

VfGH	Verfassungsgerichtshof
VfSlg	Sammlung der Erkenntnisse und wichtigsten Beschlüsse des Verfassungsgerichtshofes
vgl	vergleiche
VJ	Verfahrensautomation Justiz
VO	Verordnung
VStG	Verwaltungsstrafgesetz
VwGH	Verwaltungsgerichtshof
VwSlg	Sammlung der Erkenntnisse und wichtigen Beschlüsse des Verwaltungsgerichtshofes
wbl	Wirtschaftsrechtliche Blätter
wg	wegen
WGKK	Wiener Gebietskrankenkasse
wistra	Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht
WKÖ	Wirtschaftskammer Österreich
WKOÖ	Wirtschaftskammer Oberösterreich
WKStA	Zentrale Staatsanwaltschaft zur Verfolgung von Wirtschaftsstrafsachen und Korruption
Z	Ziffer
ZAS	Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht
zB	zum Beispiel
ZIK	Zeitschrift für Insolvenzrecht und Kreditschutz
ZIS	Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik
zT	zum Teil
ZustG	Zustellgesetz
ZVR	Zeitschrift für Verkehrsrecht

EXECUTIVE SUMMARY

Überblick über die zentralen Ergebnisse des Forschungsprojekts

I. Ausgangslage und Forschungsauftrag

Durch diverse Erscheinungsformen des Sozialbetrugs, insbes dubiose Scheinfir-
men in der Baubranche, entstehen der Republik, der SV und dem IEF jährlich
enorme Schäden, die auch durch die in den letzten Jahren erfolgten gesetzgeberi-
schen Initiativen nicht hinreichend eingedämmt werden konnten. Vor diesem
Hintergrund sollten im Rahmen des zwischen dem BMASK und der Universität
Wien abgeschlossenen Forschungsprojekts, das während der Projektdauer um
ein zweites Jahr verlängert wurde, festgestellte Sachverhalte und Problemlagen
typisiert werden, um Lösungsansätze zur Effizienz- und Effektivitätssteigerung
zur Vermeidung von Abgabenumgehung und –hinterziehung bzw zur erfolgrei-
chen Rechtsverfolgung zu erarbeiten¹.

Der Forschungsauftrag wurde durch Verknüpfung traditioneller juristischer
Schrifttums- und Judikaturanalysen mit Methoden der qualitativen Sozialfor-
schung erfüllt. Die getroffenen Feststellungen beruhen daher zu einem beträchtl-
ichen Teil auf teilnehmender Beobachtung von Arbeitsabläufen, Beratungstermi-
nen, verwaltungsbehördlichen Kontrollen, Aktenwegen, strafprozessualen Ver-
nehmungen, Ermittlungsmaßnahmen, Hauptverhandlungen und Expertenge-
sprächen mit Vertretern relevanter Stakeholder².

II. Erscheinungsformen des Sozialbetrugs

A) Zum Begriff des Sozialbetrugs³

Der Ausdruck „Sozialbetrug“ hat sich seit einiger Zeit als Überbegriff für ver-
schiedene widerrechtliche Verhaltensweisen etabliert, die allesamt auf die Erlan-
gung vermögenswerter Vorteile durch direkte oder mittelbare Schädigung sozial-
staatlicher Institutionen gerichtet sind und in ihrer Gesamtheit eine ernstzuneh-
mende Gefahr insbes für die Finanzierung der SV im Rahmen des österreichi-
schen Umlageverfahrens darstellen. Üblicherweise konzentriert sich die Debatte
auf die Begriffe des Sozialbetrugs, der Schwarzarbeit bzw illegalen Erwerbstätig-
keit, die in ihrer Begrifflichkeit allerdings höchst unbestimmt sind.

B) Erscheinungsformen

Die während des Forschungsprojekts festgestellten Erscheinungsformen des So-
zialbetrugs lassen sich in folgende Kategorien gliedern:

- Sozialbetrug mittels Scheinfirmerien⁴

¹ Zum Forschungsauftrag im Detail siehe unten S 28.

² Zu den Vorortrecherchen im Detail unten S 30 ff, zu sonstigen Feldforschungen S 33 ff; zur ange-
wendeten Methodik im Detail unten S 36.

³ Im Detail dazu unten S 37 ff.

- Manipulationen der Lohnbuchhaltung⁵
 - Doppelte Lohnverrechnung zur Verschleierung der tatsächlich bezahlten Löhne
 - Scheingeringfügigkeit
 - Lohnsplitting
- Scheinselbständigkeit⁶
- Scheinentsendung⁷
- Gänzlich klandestine Schwarzarbeit⁸

Die geschilderten Szenarien betreffen vielfach das Bau- und Baunebengewerbe, das auch Adressat der überwiegenden Mehrheit der gesetzgeberischen Initiativen zur Sozialbetrugs- und Schwarzarbeitsbekämpfung war. Die Feldforschungen haben allerdings gezeigt, dass die beschriebenen Umgehungsszenarien mittlerweile branchenübergreifende Bedeutung erlangt haben und keineswegs bloß auf den Baubereich beschränkt sind⁹.

III. Aspekte des Umgangs mit Scheinfirmen

A) Ausgangslage

Von Seiten des Auftraggebers sowie der projektbegleitenden Steuerungsgruppe wurde vielfach die Problematik des organisierten Sozialbetrugs mittels Scheinfirmen als weit verbreitete und angesichts der von vielen betroffenen Behörden wahrgenommenen hohen Fallzahlen sowie beachtlichen Dimensionen der verwirklichten Schäden als besonders relevante Erscheinungsform bezeichnet. Folglich konzentrierte sich das Forschungsprojekt überwiegend auf Aspekte im Umgang mit Scheinfirmen.

Von zentraler Bedeutung ist dabei die Früherkennung von Scheinfirmen¹⁰, die aktuell zumeist im Rahmen von DN-Kontrollen durch FinPol, GKKen und BUAK erfolgt. Möglichkeiten automationsunterstützter Auswertung von Indikatoren, die die Aktivierung eines neuen Scheinfirmenmantels wahrscheinlich erscheinen lassen, werden allerdings – von einzelnen Pilotprojekten abgesehen – noch nicht hinreichend genutzt¹¹.

Im Hinblick auf die an die Identifizierung einer Scheinfirma anknüpfenden tatsächlichen und rechtlichen Schritte mangelt es bis dato an kohärenten, zwischen

⁴ Im Detail dazu unten S 43 ff.

⁵ Näher unten S 58 ff.

⁶ Unten S 60 ff.

⁷ Im Detail dazu unten S 62 ff.

⁸ Dazu im Detail unten S 68.

⁹ Näher unten S 68.

¹⁰ Dazu im Detail S 70 ff.

¹¹ Dazu im Detail S 78.

allen beteiligten Stakeholdern abgestimmten Handlungskonzepten. Immer wieder gab es Einzelprojekte bzw Einzelinitiativen, die zT auch durchaus erfolgreich waren, aber als bloße Insellösungen im Bereich einer Behörde oder gar einzelner Organisationseinheiten derselben Behörde nie in einen strategischen Handlungsrahmen eingebettet wurden. Als Kernproblem erscheint dabei stets die Frage, wer als arbeits- oder SV-rechtlicher DG der auf die Scheinfirma angemeldeten Personen anzusehen ist¹². Da je nach Rechtsbereich, Verfahrensstadium und betroffenem Adressatenkreis ganz unterschiedliche Interessenslagen zu berücksichtigen sind, wird diese Frage meist äußerst differenziert beurteilt. Dies betrifft vor allem den Bereich der Abgabeneinbringung durch Feststellungen von Subvergabeketten, Schätzung von Rückständen und Pfändung von Werklohnforderungen durch die FinPol¹³, die Frage der raschen Schätzung von Rückständen um weitere Schäden durch Neuanschaffung mittels umgehender Insolvenzantragstellung einzudämmen¹⁴ und die Frage der Anerkennung der Versicherungsverhältnisse jener Personen, die bei Scheinfirmen angemeldet werden¹⁵. Eine vergleichbare Problematik lässt sich im Bereich der Behandlung von Scheinfirmen und der in ihrem Namen ausgestellten Rechnungen¹⁶, im Bereich der Anwendung der Auftraggeberhaftungen gem § 67a ASVG und § 82a EStG¹⁷ sowie hinsichtlich der Berücksichtigung von Dienstverhältnissen zu Scheinfirmen im Rahmen der AN-Veranlagung zur ESt¹⁸ konstatieren. Darüber hinaus lässt sich auch Optimierungspotential im Bereich der behördenübergreifenden Kooperation feststellen, die bis dato nicht hinreichend institutionalisiert werden konnte¹⁹.

B) Empfehlungen – Früherkennung von und Umgang mit Scheinfirmen

- **Einführung einer Baustellendatenbank zur Erleichterung der Kontrolltätigkeit²⁰**
- **Absicherung der Befugnisse der FinPol gem § 12 AVOG** durch Möglichkeiten der unmittelbaren Durchsetzbarkeit oder zumindest Verwaltungsstrafe²¹
- **Prüfung der Einführung von Erhebungsdiensten** auch bei anderen KV-Trägern als der WGKK²²

¹² Zur Breite der dahinter tatsächlich verwirklichten Sachverhalte siehe S 48 ff.

¹³ Dazu im Detail S 79 ff.

¹⁴ Dazu im Detail S 81 f.

¹⁵ Dazu im Detail S 83 ff.

¹⁶ Dazu im Detail S 96 ff.

¹⁷ Dazu im Detail S 105 ff.

¹⁸ Dazu im Detail S 111 ff.

¹⁹ Dazu im Detail S 119 f.

²⁰ Dazu im Detail S 85.

²¹ Dazu im Detail S 72.

²² Dazu im Detail S 74.

- **Ausarbeitung von automationsunterstützten Softwarelösungen** zur Früherkennung von Scheinfirmen²³
- **Erarbeitung von kohärenten Strategien und Handlungskonzepten im Umgang mit Scheinfirmen:** Zur bundesweiten Bekämpfung des Sozialbetrugs mittels Scheinfirmen ist zu überlegen, ob deren DG-Eigenschaft – unter der Prämisse, dass es sich vielfach um reine Anmelde- und Verrechnungsvehikel handelt – anerkannt oder in Frage gestellt werden sollte. Dabei sind insbes die **Präjudizialität** der mit der raschen Durchführung von Einbringungsmaßnahmen durch die FinPol verbundenen Anerkennung der DG-Eigenschaft für später stattfindende Betriebsprüfungen und GPLA²⁴, die Frage der **Anerkennung von Versicherungsverhältnissen zu Scheinfirmen** im Zusammenspiel von Beitragskontosperrern und Stornos von Versicherungsverhältnissen im Hinblick auf die Vermeidung von Beitragsausfällen²⁵, die **Auswirkungen auf die Anwendung der Auftraggeberhaftungen gem § 67a ASVG und § 82a EStG**²⁶ und die **Lohnzettelproblematik im Bereich der Arbeitnehmerveranlagung**²⁷ zu berücksichtigen.

C) Empfehlung – Scheinfirma und Gewerberecht

- **Pönalisierung des Zurverfügungstellens eines Befähigungsnachweises ohne tatsächliche Einbindung in den Geschäftsbetrieb**²⁸: Der Handel mit Befähigungsnachweisen reglementierter Gewerbe, insbes im Baumeistergewerbe, ist weit verbreitet und ein nicht unwichtiger Aspekt bei der Bekämpfung von Scheinfirmen.

D) Empfehlungen – Anmeldung von DN

- **Abschaffung von DN-Anmeldungen zur SV in Papierform**²⁹
- **Überprüfung der Anmeldung via ELDA hinsichtlich Missbrauchspotentials**³⁰
- **Meldepflicht vor Arbeitsantritt im BUAG**³¹

²³ Dazu im Detail S 78.

²⁴ Dazu im Detail S 81.

²⁵ Dazu im Detail S 83.

²⁶ Dazu im Detail S 105 ff.

²⁷ Dazu im Detail S 111 ff.

²⁸ Dazu im Detail S 88 ff.

²⁹ Dazu im Detail S 94 f.

³⁰ Dazu im Detail S 93.

³¹ Dazu im Detail S 95.

E) Empfehlungen – Scheinfirmen und (lohn)abgabenrechtliche Prüfung³²

- **Klare Handlungsanweisungen** an alle Betriebsprüfer bundesweit zur flächendeckenden und einheitlichen Etablierung der Anwendung des § 162 BAO und Etablierung klarer Leitfäden, wie bei Vorhandensein von Rechnungen einer einschlägig bekannten Scheinfirma vorzugehen ist.
- **Standardisierte und einheitliche elektronische Zurverfügungstellung** der hinsichtlich der Scheinfirma bereits gesammelten Feststellungen und Beweise im Rahmen der Abgabenverwaltung.

F) Empfehlung – Auftraggeberhaftung³³

- **Beibehaltung und Erweiterung der Auftraggeberhaftung auf Risikobranchen außerhalb des Bau- und Reinigungsgewerbes**

G) Empfehlungen – Scheinfirmen und Arbeitnehmerveranlagung³⁴

- **Informationsbereitstellung über die Tatsache der unterbliebenen LSt-Entrichtung auch im Rahmen der Arbeitnehmerveranlagung**
- **Festlegung eines standardisierten Ablaufs zum Umgang mit Lohnzetteln zu einschlägig bekannten Scheinfirmen**
- **Beweislastverschiebung bei unterbliebener LSt-Entrichtung:** Bei unterbliebener LSt-Entrichtung sollte der DN bei Geltendmachung einbehaltener LSt verpflichtet sein, die Tatsache der Einbehaltung auch zu belegen. Gelingt ihm dieser Nachweis nicht, hat die Anrechnung geltend gemachter LSt in dubio zu unterbleiben.

H) Empfehlung – Behördenübergreifende Zusammenarbeit³⁵

- **Schaffung** einer einheitlichen **Verpflichtung zur Zusammenarbeit** in allen Belangen illegaler Erwerbstätigkeit sowie **Implementierung** einer soliden **datenschutzrechtlichen Grundlage** für den erforderlichen Informationsaustausch

³² Dazu im Detail S 96 ff.

³³ Dazu im Detail S 105 ff.

³⁴ Dazu im Detail S 111 ff.

³⁵ Dazu im Detail oben S 119 f.

IV. Strafrechtliche Aspekte der Sozialbetrugsverfolgung

A) Ausgangslage

Die Situation der kriminalstrafrechtlichen Verfolgung, insbes der Erscheinungsformen des organisierten Sozialbetrugs, wird von Seiten aller beteiligten Stakeholder nach wie vor als unbefriedigend und unzulänglich wahrgenommen. Selbst im Rahmen der fokussierten Ermittlungsbemühungen war es kaum möglich, die für die strafrechtliche Subsumtion erforderlichen Sachverhalte in dem für eine gerichtliche Verurteilung erforderlichen zweifelsfreien Ausmaß festzustellen. Die Gründe des unbefriedigenden Status quo, in dem die Verdächtigen vielfach bekannt sind, die Taten aber nicht hinreichend beweisbar, lassen sich auf eine Reihe von Ursachen zurückführen, die von punktuell mangelndem Fachwissen, Personalmangel, verbesserungswürdiger Kooperation zwischen den Stakeholdern bis zur Anwendbarkeit der einschlägigen Tatbestände reichen.

B) Empfehlungen zur institutionellen Verankerung der Sozialbetrugsverfolgung³⁶

- **Einrichtung von Kernkompetenzen für Sozialbetrug bei den StAen** zur Gewährleistung einer engen Kooperation und Anleitung mit der Kriminalpolizei und Steuerfahndung.
- **Beibehaltung der behördenübergreifenden Kooperation – insbes zwischen Polizei und Finanz – Sicherung des Know-Hows der TF Merlin**
- **Verankerung der Ermittlungstätigkeit bei spezialisierten Strukturen im Bereich der Finanzverwaltung:** Die generelle Zuständigkeit jedes Finpol-Teams zur strafrechtlichen Sozialbetrugsverfolgung sollte überdacht und Möglichkeiten der Verankerung bei bestehenden oder noch zu schaffenden, ausschließlich auf die Strafverfolgung spezialisierten Strukturen mit bundesweiter Zuständigkeit ausgelotet werden.

Dabei wäre die **Erweiterung des Aktionsradius der Steuerfahndung** in Erwägung zu ziehen, deren Abhängigkeit von den Finanzämtern einer bundesweiten Sozialbetrugsverfolgung nicht förderlich ist. Insbes in Wien ist allerdings darauf hinzuweisen, dass die Einsatzstärke der Steuerfahndung sowie die Leitungsstrukturen nach den jüngsten Personalabflüssen sehr gelitten haben. Die Behebung des Status quo ist ehest möglich anzustreben.

- **Grundlegende Positionierung der Rolle der Finanz- und Polizeibehörden im Bereich des Sozialbetrugs:** Abgesehen von der Einbindung

³⁶ Zu Problemlagen des Status quo im Detail S 122 ff sowie zu den Empfehlungen S 138 f.

in die TF Merlin oder in ähnliche Kooperationen ist weiter zu überlegen, inwiefern die Polizei Aufgaben der Sozialbetrugsverfolgung übernehmen sollte. Eine endgültige Übertragung der Verfolgungstätigkeit auf die Organe der Finanzverwaltung sollte jedenfalls erst dann erfolgen, wenn die umfassende Handlungsfähigkeit der Steuerfahndung auch österreichweit gewährleistet ist.

C) Empfehlungen zum Kriminalstrafrecht

Eine Überarbeitung und weitere Optimierung auch im Bereich des materiellen Strafrechts scheint angezeigt. Zu diesem Zweck wird die **Aufnahme von Gesprächen** mit dem **BMJ** und erforderlichenfalls mit dem **BMF** empfohlen, bei denen folgende grundlegende Aspekte zu berücksichtigen wären³⁷:

- Zur Bekämpfung des **organisierten Sozialbetrugs mittels Scheinfirmen**:
Überarbeitung der spezifischen Sozialbetrugsdelikte (§§ 153c, d StGB) unter Berücksichtigung insbes der Abkehr vom DG-Begriff zur Definition des Täterkreises, der Abkehr von der Differenzierung zwischen tatsächlich Beschäftigten und zum Schein gemeldeten Personen und von Überlegungen hinsichtlich einer Harmonisierung des Beitragsstrafrechts ieS mit dem FinStrG.
- Zur Bekämpfung **anderer Erscheinungsformen des Sozialbetrugs, der Schwarzarbeit, der illegalen Erwerbstätigkeit**:
 - Nachhaltigere Ausschöpfung der Möglichkeiten des § 153e StGB
 - Bei Überarbeitung der Strafnormen im obigen Sinne:
 - Prüfung der Erforderlichkeit des § 153e StGB neben der Pönalisierung des Sozialbetrugs mittels Scheinfirmen, Beitragshinterziehung und der Hinterziehung von Lohnabgaben
 - Bejahendenfalls: Prüfung einer Erweiterung der Definition der illegalen Erwerbstätigkeit iSd § 153e StGB auf andere Pflichtverstöße als Anknüpfungspunkt der Strafnorm und des Umgangs mit der Pönalisierung auch niederschwelliger Formen von Sozialbetrug, Schwarzarbeit und illegaler Erwerbstätigkeit
- **Ausschöpfung der Verfolgungsmöglichkeiten nach VbVG³⁸**
- **Ex-lege Privatbeteiligtenstellung**: Zur Sicherung der legitimen öffentlichen Interessen an der Beitragseinbringung und Hintanhaltung von Beitragshinterziehungen könnte der GKK oder Finanz in Sozialbetrugsverfahren³⁹ ei-

³⁷ Dazu im Detail S 244 ff.

³⁸ Dazu im Detail S 202 ff und S 242.

³⁹ Dazu im Detail S 222 ff.

ne Ex-lege Privatbeteiligtenstellung etwa nach dem Vorbild des § 200 FinStrG eingeräumt werden.

DETAILDARSTELLUNG

EINLEITUNG

I. Ausgangslage und Forschungsauftrag

Durch diverse Erscheinungsformen des Sozialbetrugs, insbes dubiose Scheinfir-
men in der Baubranche, entstehen der Republik, der SV und dem IEF jährlich
enorme Schäden⁴⁰. Der Gesetzgeber hat mit der Schaffung des Sozialbetrugsge-
setzes 2005 (BGBl I 152/2004) und des AuftraggeberInnen-Haftungsgesetzes
(BGBl I 91/2008) bereits Schritte zur Eindämmung des Sozialbetrugs unter-
nommen. Für die XXIV. Gesetzgebungsperiode hat sich die Regierung die weitere
Bekämpfung und Zurückdrängung des Sozialbetrugs vorgenommen, wie die im
Regierungsprogramm diskutierten Maßnahmen⁴¹ zeigen. Trotz dieser bereits ge-
setzten Schritte erscheint die derzeitige Gesetzeslage und deren praktische
Handhabung, insbes auch hinsichtlich der Durchsetzung bestehender Strafan-
sprüche in Bezug auf dubiose Scheinfir-
men als verbesserungswürdig. Gesetzesini-
tiativen wie die Finanzstrafrechtsnovelle 2010 (BGBl I 104/2010), das
Betrugsbekämpfungsg 2010 (BGBl I 105/2010) sowie das Lohn- und Sozialdum-
ping-Bekämpfungsg 2010 (BGBl I 24/2011) bringen eine neue Dynamik und eine
Fülle neuer Regulative zur Bekämpfung von Sozialbetrug, Schattenwirtschaft und
der Verkürzung von Lohnabgaben mit sich.

Bei dieser Ausgangslage sollten im Rahmen des vorerst auf ein Jahr zwischen
dem Bundesministerium für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz und der
Universität Wien abgeschlossenen Forschungsprojekts lt Forschungswerkvertrag
vom 29.02.2010 folgende Leistungen erbracht werden:

- Vorortrecherchen bei maßgeblichen Stakeholdern, nämlich WGKK, AK,
Polizei und Staatsanwaltschaft
- Typisierung der festgestellten Sachverhalte und Problemlagen
- Zwischenberichte zum Ende jede Quartals
- Erstellung eines Endberichts

Im Februar 2011 wurde der Forschungsauftrag erweitert und das Forschungspro-
jekt um ein Jahr verlängert. Laut der Vereinbarung zwischen dem Bundesminis-
terium für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz und der Universität Wien
vom 17.02.2011 sollten nunmehr nachfolgende Leistungen erbracht werden:

⁴⁰ Vgl nur die Angaben in EBRV 698 BlgNR XXII.GP 5.

⁴¹ Regierungsprogramm für die XXIV.GP, insbes 30.

- Vorortrecherchen bei maßgeblichen Stakeholdern, nämlich WGKK, AK, Polizei, Staatsanwaltschaft, Abgabenbehörden und vom Forschungsgeber noch näher zu bezeichnenden deutschen Behörden⁴²
- Typisierung aller im Rahmen der Forschungstätigkeit festgestellten Erscheinungsformen des organisierten Sozialbetrugs inkl Schwarzarbeit iZm Erwerbstätigkeit bzw des organisierten Lohndumpings, verstanden als Umgehungs- und Missbrauchsszenarien der Pflichtversicherung, lohnabhängiger Besteuerung oder zwingender Kollektivvertragsnormen
- Dabei sollten jedenfalls nachstehende Themen behandelt werden:
 - Auswirkungen des uneinheitlichen Arbeitnehmerbegriffs des Arbeits-, Sozialversicherungs- und Steuerrechts auf eine einheitlichere und koordiniertere Verwaltungspraxis in Bezug auf Pflichtversicherung, Sicherung des Lohnabgabenaufkommens und Einhaltung von zwingenden Kollektivvertragsnormen⁴³
 - Beschreibung und Analyse bestehender normativer Lücken wie faktischer Mängel in Verfahrensweisen einzelner Behörden in der Vollziehung forschungsrelevanter Rechtsgebiete sowie der behördenübergreifenden Zusammenarbeit und deren Schnittstellen zum europäischen Ausland⁴⁴
 - Analyse bisheriger strafgerichtlicher Verurteilungen nach dem Sozialbetrugsgesetz, auch aus steuerrechtlicher und sozialversicherungsrechtlicher Sicht⁴⁵
 - Beobachtung und Begleitung bereits anhängiger strafgerichtlicher Ermittlungs- und Hauptverfahren zum Thema Sozialbetrug in der Bauwirtschaft
- Folgende weitere Themen sollten je nach Verfügbarkeit von Ressourcen ebenfalls behandelt werden, wobei die Auswahl und die Tiefe der Bearbeitung in Absprache zwischen dem Auftraggeber und der Projektleitung gewichtet werden sollten:

⁴² Auf Wunsch des Auftraggebers beschränkten sich die Vorortrecherchen bei den deutschen Behörden auf Expertengespräche mit Vertretern der Finanzkontrolle Schwarzarbeit bei der Bundesfinanzdirektion West in Köln.

⁴³ Die uneinheitlichen Arbeitnehmerbegriffe im Arbeits-, Sozialversicherungs- und Steuerrecht sind zweifelsohne eine nicht zu vernachlässigende Hürde auf dem Weg zu einer möglichst einheitlichen Verwaltungspraxis. Im Hinblick auf die Vermeidung und Verfolgung von Umgehungs- und Missbrauchsszenarien erwiesen sich diese Differenzen allerdings – soweit ersichtlich – als wenig problematisch, weshalb im vorliegenden Endbericht nicht weiter darauf eingegangen wird.

⁴⁴ Im Einvernehmen mit dem Auftraggeber wurden die grenzüberschreitenden Recherchen auf den deutschen Kontext beschränkt.

⁴⁵ Im Zuge der Feldforschungen wurde festgestellt, dass Strafverfahren nach den Tatbeständen des SozBeG meist getrennt von eventuell ebenfalls verwirklichten Tatbeständen des FinStrG angeklagt und verhandelt werden. Eine umfassende Analyse der Verfahren auch aus steuerrechtlicher Sicht war idR kaum möglich, weil steuerrechtliche Verfehlungen üblicherweise nicht Gegenstand der Verfahren waren.

- Arbeitsweisen grenzüberschreitender Netzwerke in Zusammenhang mit den Phänomenen des organisierten Sozialbetrugs und des organisierten Lohndumpings
- Strafrechtliche Relevanz von Scheinrechnungen
- Einschätzung der Auswirkungen des strafrechtlichen Kompetenzpakets auf die Verfolgung dubioser Baufirmen
- Erarbeitung und Definition von Indikatoren zur frühzeitigen Erkennung von Betrugsfirmen im gesetzlichen Wirkungsbereich einzelner Behörden

Die wissenschaftliche Leitung des Projekts oblag über die gesamte Projektdauer Frau Univ.-Prof. Dr. Susanne Reindl-Krauskopf. Herr Mag. Martin Meissnitzer war über den gesamten Zeitraum als Projektmitarbeiter tätig. Parallel zur Ausdehnung des Aufgabenkataloges im zweiten Forschungsjahr wurden dem Forschungsprojekt Frau Univ.-Prof. Dr. Sabine Kirchmayr-Schliesselberger als Expertin aus dem Fachbereich Finanzrecht sowie Frau ao. Univ.-Prof. Mag. Dr. Michaela Windisch-Graetz als Expertin aus dem Fachbereich Arbeits- und Sozialrecht beigezogen.

II. Ablauf der Forschungstätigkeit

A) Im Forschungswerkvertrag vorgesehene Vorortrecherchen

Im Forschungswerkvertrag waren Vorortrecherchen bei WGKK, AK Wien, Abgabenbehörden, StA und polizeilichen Ermittlungsbehörden vereinbart. Auf Anregung des Auftraggebers erfolgten im Jänner 2011 zudem Vorortrecherchen bei der BUAK. Die Einbindung bei der WGKK, der AK Wien, den Abgabenbehörden und der BUAK erfolgte weitestgehend auf Basis eines von der jeweiligen Behörde bzw. Institution zur Verfügung gestellten Schulungsprogramms, das einen möglichst breiten Einblick in alle forschungsrelevanten Belange ermöglichen sollte. Der Einsatz bei den Staatsanwaltschaften und den kriminalpolizeilichen Ermittlungsbehörden erfolgte im Rahmen eines zwischen dem BMJ und der Universität Wien abgeschlossenen Praktikumsvertrags. Im Einzelnen umfassten die Vorortrecherchen nachfolgende Institutionen und Bereiche:

Feldforschungen bei der WGKK	
01.03.-05.03.2010	Einführung in das Sozialversicherungsrecht und die GPLA durch Mitarbeiter der Abteilung Beitragsprüfung
08.03.-19.03.2010	Allgemeine Erhebungen im Außendienst; Einblick in den

	Erheberalltag
22.03.-26.03.2010	Zuteilung zur Baugruppe der WGKK; Teilnahme an Baustellenkontrollen
12.04.-16.04.2010	Insolvenzprüfungen bei Baufirmen
19.04.-23.04.2010	Allgemeine Insolvenzprüfungen
26.04.-27.04.2010	Allgemeiner Überblick über die Beitragsabteilung; Einschulung in das Lohnsummenverrechnungsverfahren
28.04.-29.04.2010	Einschulung in das Vorschreibeverfahren
30.04.2010	Allgemeiner Überblick über die Versicherungsabteilung; Einblick in den DG-Kataster und die Neuanlage von Beitragskonten
03.05.-07.05.2010	Versicherungsreferat; Feststellung von Versicherungspflichten im Verwaltungsverfahren; Einblick in die rechtliche Problematik
10.05.2010	Allgemeiner Überblick über die BE; Einblick in die Exekutionsführung
11.05.-12.05.2010	Einblick in die Exekutionsführung; Einblick in Haftungsverfahren gem § 14 AÜG; Aufteilung der Rückstände in DN- und DG- Anteile
14.05.2010	Einblick in das DLZ-AGH sowie die AGH-Gruppe der WGKK
17.05.2010	Rechtsfragen der AGH, Verfahren, HFU-Liste
18.05.2010	Informationsgespräch mit einem fallbefassten Rechtsanwalt, Überblick über angestrebte strafgerichtliche Musterverfahren, Aktenstudium
19.05.2010	Strafanzeigen durch juristische Sachbearbeiter der Kasse; Überblick über ASVG-Haftungen für Rückstände sowie zivilrechtliche Haftungstatbestände
20.05.2010	Teilnahme an der Besprechung der Baugruppe; Einblick in die Arbeit der MEP-Gruppe
25.05.-28.05.2010	Sichtung und Aufarbeitung bisheriger Ergebnisse; Endredaktion des ersten Zwischenberichts

Feldforschungen bei der AK Wien	
31.05.2010	Teilnahme an zwei Gruppenterminen (Kleintransportge-

	werbe und Bau) mit Sachbearbeitern der Arbeitsrechts- und Rechtsschutzabteilung sowie einem Vertragsanwalt der AK; Teilnahme an einer Verhandlung am ASG-Wien mit einem Vertragsanwalt der AK Wien; Erfahrungsaustausch mit einem Vertragsanwalt der AK Wien
01.06.2010	Teilnahme an diversen Erstberatungsterminen mit AN aus dem Baugewerbe mit einem Referenten der Arbeitsrechtsabteilung; Teilnahme an Telefonberatungen zu Arbeitsrechtsfragen
02.06.2010	Einblick in die Arbeit des ISA; Besprechung mit der Abteilungs- sowie Bereichsleitung der AK Wien

Feldforschungen bei der StA Wien und polizeilichen Ermittlungsbehörden	
14.06.-31.12.2010	Praktikum bei der StA Wien; Umfassende Einbindung in die Aufarbeitung von Sozialbetrugsakten
05.07.-31.12.2010	Umfassende Einbindung in die Arbeit polizeilicher Ermittlungsbehörden, insbes bei der TF Merlin

Feldforschungen bei der BUAK	
17.01.2011	Einführung in den Kundendienst; Teilnahme an Gesprächen mit AN
18.01.2011	Teilnahme an Baustellenkontrollen in Wien
19.01.2011	Einblick in die Arbeit der Koordinierungsstelle
21.01.2011	Teilnahme an Baustellenkontrollen in Wien

Feldforschungen bei den Abgabenbehörden	
05.04.2011	Interviews mit den AL der Abteilungen VI/3 (Finanzstrafrecht) und IV/2 (Organisation)
06.04. -21.04.2011	Einbindung bei der Steuerfahndung, Team Fahndung/SEG 01
27.04.-28.04.2011	Einbindung in der Abt für Strafsachen des FA 8/16/16
29.04.2011	Interview mit Referenten der Betriebsveranlagung/Prüfung des FA 2/20/21/22

03.05.-06.05.2011; 16.05.-20.05.2011	Einbindung bei der Finanzpolizei des FA 6/7/15
09.05.-11.05.2011	Einbindung bei der Steuerfahndung, Team Fahndung/SEG 01
26.05.- 03.06.2011	Einbindung in einem GPLA-Team des FA 1/23
07.06.2011	Interview mit Referenten der Betriebsprüfung, FA 2/20/21/22
15.06.-16.06. 2011	Einbindung beim Team Abgabensicherung, FA 6/7/15
17.06.2011	Interview mit Referenten der Steuerfahndung West, Innsbruck
27.06.-01.07.2011	Einbindung beim Team Allgemeinveranlagung, FA 4/5/10

Feldforschungen bei der Finanzkontrolle Schwarzarbeit, Köln	
13.9.-16.9. 2011	Expertengespräche mit Vertretern der Bundesfinanzdirektion West, Köln

Neuerliche Einbindung bei staatsanwaltschaftlichen und polizeilichen Behörden	
17.10.2011- 15.03.2012	Einbindung bei der StA Wien in diverse Sozialbetrugsfälle

Feldforschungen beim CC-LSDB der WGKK	
09.01.-13.01.2012	Aktenstudien und Interviews zur bisherigen Erfahrung bei der Bekämpfung von Lohndumping

B) Forschungsrelevante Interviews, Vorträge und Konferenzteilnahmen

Neben den vorgesehenen Vorortrecherchen wurden weitere Stellen und Personen als Interviewpartner in die Forschungstätigkeit einbezogen, sofern deren Erfahrungsschatz oder Tätigkeitsbereich forschungsrelevant erschien, sowie zu Weiterbildungszwecken an einschlägigen Konferenzen und Tagungen teilgenommen. Darüber hinaus wurden während des Projekts – in Absprache mit dem Auftraggeber – auch Vortragstätigkeiten, die mit dem Forschungsgegenstand in Zusammenhang standen, wahrgenommen sowie die erlangte Expertise punktuell

bei Besprechungen diverser Behörden zur Verfügung gestellt. Im Einzelnen handelte es sich dabei um nachfolgende Ereignisse:

09.06.2010	Besprechungstermin mit einem fallbefassten Richter des ASG Wien
10.06.2010	Interview bei der BUAK
11.06.2010	Interview beim AI für Bauarbeiten Wien
12.07.2010	Interview bei der IEF-Service GmbH
21.07.2010	Interview bei der WKÖ
10.08.2010	Interview bei der WKÖ
20.09.2010	Besprechungstermin beim HVB
22.09.2010	Schulungsvortrag über Sozialbetrug im BK für Kriminalbeamte aus dem Betrugsbereich
22.09.2010	Interview bei der MA 63
22.09.2010	Interview mit einem Strafsachenleiter und einem Betriebsprüfer eines Wiener FA
01.10.2010	Teilnahme an einer Netzwerkveranstaltung der Steuer- und Zollkommission zu Abgaben- und Sozialbetrug
07.10.2010	Interview mit einem KIAB Teamleiter eines Wiener FA
18.10.2010	Teilnahme an der arbeits- und sozialrechtlichen Tagung der AK Wien zum Thema „Sozialbetrug am Bau“
22.10.2010	Teilnahme an einem Workshop der OÖGKK zum Thema Sozialbetrug
23.11.2010	Teilnahme an einem Schulungsvortrag der StA Wien für KIAB Mitarbeiter an der BFA
24.11.2010	Interview im BMF, Abteilung IV/3 Betrugsbekämpfung
29.11.-01.12.2011	Teilnahme an einer einschlägigen Hauptverhandlung am LG Graz, Interview mit dem zuständigen Staatsanwalt
01.02.2011	Interview bei der Steuerfahndung
04.04.2011	Präsentation des Forschungsprojekts im Ausschuss Krankenversicherung und Prävention des HVB
12.05.2011	Schulungsvortrag über Sozialbetrug für Kriminalisten des LKA Burgenland

16.05.2011	Interview mit einem Wiener Bauunternehmer
06.09.2011	Interviews und Aktenstudien bei der BGKK, Eisenstadt
13.9.-16.9. 2011	Expertengespräche mit Vertretern der Bundesfinanzdirektion West, Köln
21.9.2011	Teilnahme an einem Symposium zum Wirtschafts- und Finanzstrafrecht, Wien
28.9.2011	Interview mit dem Leiter der Abt 4/II des BMASK
05.10.2011	Teilnahme an einer Tagung zum LSDBG, JKU Linz
10.10.2011	Interviews und Aktenstudien bei der SGKK, Salzburg
13.10.-14.10.2011	Interviews und Aktenstudien mit Vertretern der Steuerfahndung West, Innsbruck
25.10.2011	Teilnahme an der Antrittsvorlesung von Univ.-Prof. Pfeil und Univ.-Prof. Hinterhofer zum Thema „Sozialdumping und Sozialbetrug“, Universität Salzburg
17.11.2011, 17.01.2012	Teilnahme an Besprechungsrunden im BMF, Abteilung IV/3, zum Umgang mit Scheinfirmen

III. Zwischenberichte

Im Projektverlauf wurden quartalsweise Zwischenberichte an den Auftraggeber übermittelt, die bereits erste Ergebnisse und vorläufige Empfehlungen enthielten und im Anschluss an die Übermittlung auch regelmäßig einer projektbegleitenden Steuerungsgruppe tlw im Rahmen von Netzwerksitzungen präsentiert wurden. Die in den Zwischenberichten aufgeworfenen Fragestellungen finden sich auch im vorliegenden Endbericht. Im Detail handelt es sich um folgende Berichte:

Zwischenbericht			Präsentation
<i>Meissnitzer/Reindl-Krauskopf,</i> 31.05.2010 – FP Sozialbetrug	Erster	Zwischenbericht	23.06.2010
<i>Meissnitzer/Reindl-Krauskopf,</i> 31.08.2010 – FP Sozialbetrug	Zweiter	Zwischenbericht	12.10.2010
<i>Meissnitzer/Reindl-Krauskopf,</i> 30.11.2010 – FP Sozialbetrug	Dritter	Zwischenbericht	26.01.2011

<i>Meissnitzer/Reindl-Krauskopf</i> , 28.02.2011 – FP Sozialbetrug	Vierter	Zwischenbericht	14.06.2011
<i>Meissnitzer/Reindl-Krauskopf</i> , 31.05.2011 – FP Sozialbetrug	Fünfter	Zwischenbericht	14.06.2011
<i>Reindl-Krauskopf/Kirchmayr-Schliesselberger/Windisch- Graetz/Meissnitzer</i> , Sechster Zwischenbericht 29.08.2011			11.10.2011
<i>Reindl-Krauskopf/Kirchmayr-Schliesselberger/Windisch- Graetz/Meissnitzer</i> , Siebter Zwischenbericht 30.11.2011			23.01.2012

IV. Methodisches Vorgehen

Alle im vorliegenden Bericht formulierten Darstellungen beruhen auf Gesprächen und Interviews mit Mitarbeitern oben angeführter Institutionen sowie eigener Erfahrungen im Feld während des Forschungszeitraumes von 01.03.2010 bis 15.03.2012, die durch die teilnehmende Beobachtung von Arbeitsabläufen, Beratungsterminen, verwaltungsbehördlichen Kontrollen, Aktenwegen, strafprozessualen Vernehmungen, Ermittlungsmaßnahmen, Hauptverhandlungen uvm gewonnen, analysiert und gewichtet wurden. Dies geschah vor allem im Lichte der jeweils einschlägigen Rechtsgrundlagen, um ein möglichst realitätsgetreues Bild von Umsetzung und Effektivität bestehender Normen zu gewinnen. Um ein Höchstmaß an wissenschaftlicher Seriosität zu gewährleisten, orientierten sich die Feldforschungen an Leitlinien der qualitativen Sozialforschung⁴⁶. Bei jedem Teilabschnitt des Forschungsprojekts bestand der erste Schritt in der Datenerhebung, die nicht nur in Interviews und Beobachtungen, sondern zu einem großen Teil auch in Form von Aktenstudium oder dem Studium sonstiger, forschungsrelevanter Dokumente erfolgte. Im Anschluss an die Datenerhebungen wurden gewonnene Eindrücke analysiert, mit bestehenden Rechtsgrundlagen und bisherigen Erkenntnissen abgeglichen und schließlich wurde auf dieser analytischen Basis entschieden, welchen Informationen, Interviewpartnern oder Beobachtungsfeldern man sich zum Zwecke weiterer Datenerhebung als nächstes zuzuwenden hatte. Die Besprechungstermine oder Interviews wurden im Allgemeinen als offene „narrative Interviews“⁴⁷ geführt und damit nicht auf Basis von Fragebögen, auch wenn zum größten Teil im Rahmen von Vorfeldrecherchen Leitlinien für die Besprechungen festgelegt worden waren.

Quantitative Erhebungen – wie bspw volkswirtschaftliche Einschätzungen des Ausmaßes sowie des gesamtwirtschaftlichen Schadens durch die beschriebenen Erscheinungsformen – konnten im Rahmen des bestehenden Forschungsauftrags

⁴⁶ Vgl Girtler, Methoden; Strauss, Sozialforschung.

⁴⁷ Girtler, Methoden 155 ff.

nicht durchgeführt werden, jedoch wurden vereinzelt von den Institutionen zur Verfügung gestellte Statistiken oder anderweitig verfügbare Zahlen im Bericht verwendet. Anhand der ermittelten Daten wurden erste Lageberichte und Bewertungen erstellt, aus denen die hier vorgelegte Typisierung forschungsrelevanter Sachverhalte folgte. Nach erfolgter Festlegung der Problemstellungen wurden erste Analysen zu Organisationsstruktur und gelebter Praxis bei den untersuchten Stakeholdern erstellt, die in abermaliger Rücksprache mit den betroffenen Stellen verifiziert und weiterentwickelt wurden. Dabei wurde stets darauf Bedacht genommen, insbes behördenübergreifende Interdependenzen auszumachen, die bisher nicht ausreichend beleuchtet worden waren. In einem letzten Schritt wurden grundsätzlich denkbare Maßnahmen unter dem Titel „Empfehlungen“ vorgeschlagen.

V. Zum Begriff des Sozialbetrugs

A) Sozialbetrug

Fokus des Projekts ist ein Sozialbetrugsverständnis, das in erster Linie der Terminologie des SozBeG 2005 folgt und sich überwiegend auf Beitragsverkürzungen durch Verwendung von Scheinfirmen und organisierte Schwarzarbeit konzentriert, die auch unmittelbare Querverbindungen zu Fragen der Abgabenhinterziehung und des Lohn- und Sozialdumpings aufweisen. Dabei soll nicht verschwiegen werden, dass infolge einer höchst uneinheitlichen Terminologie Sozialbetrug als Bezeichnung für eine Vielzahl von missbräuchlichen Verhaltensweisen Verwendung findet. Zu erwähnen sind neben dem Vorenthalten von Beiträgen und Abgaben ua die Verlängerung des Arbeitslosengeldbezugs durch vorgetäuschte Krankenstände, die missbräuchliche Verwendung von Rezeptgebührenbefreiungen, der missbräuchliche Bezug von Sozialhilfe oder sonstigen bundeslandspezifischen Beihilfen, von Wochengeld oder Kinderbetreuungsgeld. Aus Ressourcengründen wurden diese und vergleichbare sozialmissbräuchliche Verhaltensweisen im Rahmen des gegenständlichen Projekts nur insofern beleuchtet, als sie in einem unmittelbaren Konnex mit dem eigentlichen Forschungsgegenstand stehen.

Üblicherweise konzentriert sich die Debatte auf die Begriffe des Sozialbetrugs, der Schwarzarbeit bzw illegalen Erwerbstätigkeit, die im Folgenden näher beleuchtet werden. Der Ausdruck „Sozialbetrug“ hat sich seit einiger Zeit als Überbegriff für verschiedene widerrechtliche Verhaltensweisen etabliert, die allesamt auf die Erlangung vermögenswerter Vorteile durch direkte oder mittelbare Schädigung sozialstaatlicher Institutionen gerichtet sind und in ihrer Gesamtheit eine ernstzunehmende Gefahr insbes für die Finanzierung der SV im Rahmen des österreichischen Umlageverfahrens darstellen.

Durch das SozBeG 2005⁴⁸ wurden neue legislative Impulse im Bereich der Bekämpfung des Sozialversicherungsbetrugs und der Schwarzarbeit gesetzt. Das SozBeG, das vor allem drei neue Straftatbestände, die Anmeldung vor Arbeitsantritt im Sozialversicherungsrecht, Anpassungen in FBG und KO⁴⁹ sowie die Übernahme kriminalpolizeilicher Funktionen durch die Organe der Abgabenbehörden mit sich brachte, verwendet zwar die Begriffe Sozialbetrug und Schwarzarbeit, verabsäumt es jedoch, diesen ein klares Begriffsverständnis zugrunde zu legen. Legistisch handelt es sich überwiegend um ein Änderungsgesetz⁵⁰, in dem der Ausdruck Sozialbetrug ausschließlich im Titel des Änderungsgesetzes aufscheint. Die Reichweite des Begriffs lässt sich damit nur im Rückgriff auf die Gesetzessystematik und insbes die unter dem Titel „Sozialbetrugsbekämpfung“ eingeführten Tatbestände erhellen. Da die §§ 153c, d StGB eindeutig Beitragsverkürzungen pönalisieren, bezeichnet Sozialbetrug idS primär die Verletzung von SV-rechtlichen Pflichten und die daraus resultierenden Verkürzungen von Beiträgen zur SV⁵¹. Ein solches Verständnis deckt sich auch unzweifelhaft mit dem aus den Gesetzesmaterialien erschließbaren Begriffsverständnis⁵² sowie der seither im österreichischen Schrifttum etablierten Terminologie⁵³. Bei näherer Betrachtung zeigt sich hingegen, dass sich der Begriff nicht allein in SV-rechtlichen Verstößen erschöpft: Einerseits wird in § 153d StGB auch das betrügerische Vorenthalten von Zuschlägen nach dem BUAG pönalisiert und andererseits bezieht sich die Strafbarkeit gem § 153e StGB ua auch auf Sachverhalte, die ausschließlich in der Verletzung von gewerberechtlichen Vorschriften bestehen und in denen die Verletzung von sozialversicherungsrechtlichen Pflichten irrelevant ist.

B) Schwarzarbeit

Während der Ausdruck Sozialbetrug gleichsam als Überbegriff für die §§ 153c-e StGB verwendet wird, findet sich der damit eng verwobene Begriff der Schwarzarbeit im Titel des § 153e StGB. Dabei scheint der Gesetzgeber organisierte Schwarzarbeit als klar definierte Handlungen iZm illegaler Erwerbstätigkeit zu sehen, die als Tätigkeit ohne die erforderliche Anmeldung zur SV oder ohne die erforderliche Gewerbeberechtigung verstanden wird (§ 153e Z 1 StGB)⁵⁴. In den Materialien wurde betont, dass das aus § 153e StGB erfließende Verständnis von

⁴⁸ BGBl I 152/2004.

⁴⁹ Die KO wurde zwar mittlerweile von der IO abgelöst, die damals eingeführten Anpassungen allerdings übernommen.

⁵⁰ Mit Ausnahme des Art III SozBeG, der eine eigene Rechtsgrundlage für die Übernahme von Ermittlungsbefugnissen durch die Organe der Abgabenbehörden darstellt, dazu im Detail unten S 122 ff.

⁵¹ Dies deckt sich auch mit der seither in der einschlägigen Fachliteratur etablierten Verwendung des Begriffs; es ist allerdings darauf hinzuweisen, dass das Delikt des § 153d StGB idF ME 192 BlgNR XXII.GP noch ausdrücklich den Titel „Sozialbetrug“ aufwies.

⁵² EBRV 698 BlgNR XXII.GP 3 ff.

⁵³ ZB *Bartos*, SozSi 2006, 119; *dies*, StPdG 2007, 161; *Derntl*, RdA 2007, 459; *ders*, SozSi 2008, 439; *Wonisch*, ZAS 2008/3; *Brodil*, RdA 2008, 383; *Reindl-Krauskopf*, RdA 2008, 389.

⁵⁴ Zur Reichweite dieser Definition im Detail unten S 183.

Schwarzarbeit und illegaler Erwerbstätigkeit nur der hinreichenden Bestimmtheit des Tatbestands dienen und keinesfalls als umfassende oder abschließende Definition der Begriffe anzusehen sein soll⁵⁵. Damit wurde die Reichweite des Schwarzarbeitsbegriffs bewusst offen gelassen. Sie beschränkt sich jedoch offenkundig nicht auf Verstöße gegen SV-rechtliche Meldepflichten, sondern erfasst auch gewerberechtliche Aspekte. Die RV zum sog Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz (SchwABeG)⁵⁶ hatte im Jahr 1999 zum Ziel, „Beschäftigungsmöglichkeiten zu ordnungsgemäßen Entgelt- und Arbeitsbedingungen sicherzustellen und Schwarzarbeit weitgehend auszuschließen“, wodurch insbes auch der „Flucht aus der Sozialversicherung“ entgegengewirkt werden sollte⁵⁷. Im Gegensatz zur aktuellen Rechtslage wurde dabei versucht, Schwarzarbeit unter dem Begriff „Illegale Erwerbstätigkeit“ abschließend zu definieren (§ 2 SchwABeG idF RV). Die RV wurde zwar noch dem zuständigen parlamentarischen Ausschuss zugewiesen, jedoch in weiterer Folge keiner parlamentarischen Beschlussfassung zugeführt. Nach der damaligen Definition umfasste illegale Erwerbstätigkeit

- eine Beschäftigung ohne erforderliche Anmeldung zur Sozialversicherung (Z1),
- eine selbständige Erwerbstätigkeit ohne erforderliche Meldung nach GSVG oder BSVG (Z 2, 3),
- eine Beschäftigung entgegen den Bestimmungen des AuslBG (Z 4),
- eine Beschäftigung bzw Erwerbstätigkeit von nach Österreich entsandten Arbeitnehmern ohne Meldung an die Abgabenbehörden (Z 5) bzw ohne Bereithaltung der die Anmeldung des Arbeitnehmers bei einem ausländischen SV-Träger bestätigenden Unterlagen (Z 6) und
- eine gewerbliche Tätigkeit ohne die erforderliche Gewerbeberechtigung (Abs 2).

C) Vergleich zum Schwarzarbeitsbegriff in Deutschland

Während in Österreich von Versuchen⁵⁸ einer gesetzlichen Umschreibung der Schwarzarbeit Abstand genommen wurde, findet sich im deutschen Recht eine Legaldefinition. Gem § 1 Abs 2 des deutschen SchwarzArbG leistet Schwarzarbeit, wer Dienst- oder Werkleistungen erbringt oder ausführen lässt und dabei

1. als Arbeitgeber, Unternehmer oder versicherungspflichtiger Selbstständiger seine sich auf Grund der Dienst- oder Werkleistungen ergebenden sozialversicherungsrechtlichen Melde-, Beitrags- oder Aufzeichnungspflichten nicht erfüllt,

⁵⁵ EBRV 698 BlgNR XXII.GP 9 f.

⁵⁶ RV 1587 BlgNR XX.GP.

⁵⁷ EBRV 1587 BlgNR XX.GP 27.

⁵⁸ Entwurf eines Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes, RV 1587 BlgNR XX.GP.

2. als Steuerpflichtiger seine sich auf Grund der Dienst- oder Werkleistungen ergebenden steuerlichen Pflichten nicht erfüllt,
3. als Empfänger von Sozialleistungen seine sich auf Grund der Dienst- oder Werkleistungen ergebenden Mitteilungspflichten gegenüber dem Sozialleistungsträger nicht erfüllt,
4. als Erbringer von Dienst- oder Werkleistungen seiner sich daraus ergebenden Verpflichtung zur Anzeige vom Beginn des selbstständigen Betriebes eines stehenden Gewerbes (§ 14 der Gewerbeordnung) nicht nachgekommen ist oder die erforderliche Reisegewerbekarte (§ 55 der Gewerbeordnung) nicht erworben hat,
5. als Erbringer von Dienst- oder Werkleistungen ein zulassungspflichtiges Handwerk als stehendes Gewerbe selbstständig betreibt, ohne in der Handwerksrolle eingetragen zu sein (§ 1 der Handwerksordnung).

Nicht nachhaltig auf Gewinn gerichtete Dienst- oder Werkleistungen, die von Angehörigen, aus Gefälligkeit, im Wege der Nachbarschaftshilfe oder Selbsthilfe in bestimmten Fällen des Wohnungsbaus erbracht werden (§ 1 Abs 3 SchwarzArbG), sind ausdrücklich ausgenommen, weil sie außerhalb von Beschäftigungsverhältnissen erbracht werden und auch keine Versicherungspflicht auslösen⁵⁹. Tätigkeiten, die gegen geringes Entgelt erbracht werden, sind als nicht nachhaltig anzusehen⁶⁰.

Schon die Legaldefinition zeigt das weite Verständnis des deutschen Gesetzgebers, das sich nicht nur auf die Verletzung SV-rechtlicher bzw steuerrechtlicher Meldepflichten stützt, sondern auch Fälle des Missbrauchs von Sozialleistungen sowie Verstöße gegen gewerbe- oder handwerksrechtliche Vorschriften erfasst⁶¹. Der Begriff der Schwarzarbeit steht in engem Zusammenhang mit dem Ausdruck der illegalen Beschäftigung, der vom Gesetzgeber in § 16 Abs 2 SchwarzArbG zwar verwendet wird, jedoch nicht im selben Maße legal definiert ist. *Henzler/Thul*⁶² verstehen unter illegaler Beschäftigung die Gesamtheit aller Verhaltensweisen, die nicht vom Begriff der Schwarzarbeit umfasst sind, gleichwohl aber die Verletzung von Pflichten zum Gegenstand haben, die DN, DG, Unternehmen und versicherungspflichtigen Selbständigen iZm der Erbringung oder Ausführung von Dienst- oder Werkleistungen und dem Bezug von Sozialleistungen auferlegt sind und die der Sicherung des Beitrags- und Steueraufkommens dienen. Konkret erfasst der Begriff damit Verstöße gegen ausländer- und erwerbstätigkeitsrechtliche Pflichten, die illegale Arbeitnehmerüberlassung sowie die illegale Arbeitnehmerentsendung. In Deutschland sind nur jene Bereiche vom Begriff der Schwarzarbeit ausgenommen (§ 1 Abs 3 SchwarzArbG), die weder ein

⁵⁹ *Ambs in Erbs/Kohlhaas*, Strafrechtliche Nebengesetze, SchwarzArbG § 1 Rz 19; *Boxleitner in Wabnitz/Janovsky*, Wirtschaftsstrafrecht³, 989.

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ *Henzler/Thul in Müller-Gugenberger/Bieneck*, Wirtschaftsstrafrecht⁵ § 36 Rz 2 f.

⁶² *Henzler/Thul in Müller-Gugenberger/Bieneck*, Wirtschaftsstrafrecht⁵ § 36 Rz 4 f.

Arbeitsverhältnis noch eine Unternehmereigenschaft begründen und daher SV-rechtlich ohne Bedeutung sind⁶³.

Auch im Gesetzwerdungsprozess des SozBeG 2005 wurde betont, dass nicht zu Erwerbszwecken erfolgende Hilfeleistungen wie die gegenseitige Unterstützung im Familien-, Freundes- oder Nachbarschaftskreis nicht unter „Schwarzarbeit“ fallen und durch die neuen gesetzlichen Regelungen auch nicht beeinträchtigt werden sollen⁶⁴. Dies ist zweifelsohne solange gewährleistet, als die Nachbarschaftshilfe und Mithilfe im Familienverband unentgeltlich erfolgt, weil es dabei mangels Entgeltlichkeit auch zu keinem pflichtversicherungsrelevanten Dienstverhältnis kommt⁶⁵. Sobald allerdings nach zivilrechtlichen Grundsätzen eine Entgeltvereinbarung getroffen oder ein Geld- oder Sachbezug tatsächlich bezahlt wird, begründet auch die Nachbarschaftshilfe ein meldepflichtiges Beschäftigungsverhältnis und kann daher dem Tatbild eines der Sozialbetrugstatbestände unterfallen⁶⁶.

Im Tatbestand des § 153e StGB manifestiert sich die Grenzziehung zwischen sozial-inadäquater und damit krimineller Schwarzarbeit und der noch zulässigen Hilfeleistung im sozialen Umfeld allerdings nicht bloß in der Unterscheidung zwischen Entgeltlichkeit und Unentgeltlichkeit, sondern vor allem im Erfordernis der Gewerbsmäßigkeit bzw im Tatbestandsmerkmal der größeren Zahl von Personen (Z 2). Offenkundig wollte der Gesetzgeber damit nicht nur jene Dienstleistungen von der Strafbarkeit ausnehmen, die mangels Erfüllung des Pflichtversicherungstatbestands auch gar nicht als illegale Erwerbstätigkeit zu definieren sind, sondern bewusst einen Bereich von niederschwelliger, aber zweifelsohne versicherungspflichtiger Schwarzarbeit von einer gerichtlichen Strafbarkeit ausnehmen.

Diese Differenzierung wird jedoch insbes durch § 153e Abs 1 Z 1 StGB konterkariert, der bei bestimmten, einer Beschäftigung illegaler Erwerbstätiger typischerweise vorgelagerten Handlungen (wie insbes dem Anwerben) eine Strafbarkeit auch unterhalb der Schwelle der „größeren Anzahl“ von Personen zulässt⁶⁷. Darüber hinaus kann die Strafnorm des § 153c StGB auch in Fällen der entgeltlichen Nachbarschaftshilfe bzw der Beschäftigung auch nur eines einzelnen Schwarzarbeiters anwendbar sein. Dogmatisch erscheint dies im Fall des § 153c StGB auf den ersten Blick unproblematisch, weil die sozialrechtsakzessorische Strafnorm ausschließlich auf die Verletzung von Beitragspflichten abstellt, während der Schutzzweck des § 153e StGB weiterreichend erscheint. Kriminalpolitisch mangelt es dadurch aber an der erforderlichen eindeutigen Abgrenzung zwischen den

⁶³ *Ambts in Erbs/Kohlhaas*, Strafrechtliche Nebengesetze, SchwarzArbG § 1 Rz 19.

⁶⁴ EBRV 698 BlgNR XXII.GP 4.

⁶⁵ *Resch*, RdA 2000, 15 (17).

⁶⁶ Zur Frage der Entgeltlichkeit vgl *Mosler*, RdA 2005, 487 (491); *Krejci*, Sozialversicherungsverhältnis 42.

⁶⁷ Dazu im Detail unten S 185 ff.

sozial-inadäquat gefährlichen und daher kriminalstrafrechtlich pönalisierten Erscheinungsformen und jenen, die der Gesetzgeber offenkundig von einer kriminalstrafrechtlichen Sanktion ausnehmen wollte.

D) Fazit

Aus den obigen Betrachtungen ergeben sich für den österreichischen Kontext folgende Schlüsse:

- Der Entwurf des SchwaBeG enthielt eine umfassende Definition der „illegalen Erwerbstätigkeit“, die sich mit dem deutschen Verständnis der Schwarzarbeit bzw der illegalen Beschäftigung weitestgehend deckte. Sie wurde jedoch niemals Teil der Rechtsordnung. Auch der aktuell verwendete Begriff des Sozialbetrugs wäre nach dem SchwaBeG als illegale Erwerbstätigkeit zu bezeichnen gewesen.
- Das Hauptaugenmerk des österreichischen Sozialbetrugsverständnisses scheint zwar auf SV-rechtlichen Verstößen und damit verbundenen Beitragshinterziehungen zu liegen, jedoch scheint der Begriff insbes aufgrund § 153e StGB, der sich ua auch auf gewerberechtliche Verstöße stützt, umfassender zu sein.
- Der Begriff der Schwarzarbeit gem § 153e StGB scheint sich weitestgehend mit jenem des Sozialbetrugs sowie der illegalen Erwerbstätigkeit zu überschneiden und lässt sich begrifflich nur schwer davon abgrenzen.
- Die begriffliche Abgrenzung zwischen kriminalstrafrechtlich pönalisierter Schwarzarbeit und zulässigen Hilfeleistungen im sozialen Umfeld schlägt sich zwar im Tatbestand des § 153e StGB nieder. Diese Abgrenzung wird durch § 153e Abs 1 Z 1 und § 153c StGB jedoch konterkariert, die in der Praxis eine klare Trennung von sozial-inadäquat gefährlicher Schwarzarbeit und jenen Formen, die aufgrund einer Wertungsentscheidung noch nicht im selben Maße verfolgt werden sollten, nicht fördert.

ERSTES KAPITEL – FESTGESTELLTE ERSCHEINUNGSFORMEN DES SOZIALBETRUGS

Im Zuge der Feldforschungen ließ sich feststellen, dass unter dem Überbegriff Sozialbetrug unterschiedliche Phänomene auftreten, die im Folgenden typologisiert und beschrieben werden. Die Darstellungen und Bezeichnungen folgen dabei im Wesentlichen der in der Kontrollpraxis der KV-Träger, Finanzverwaltung, BUAK und kriminalpolizeilichen Ermittlungsbehörden etablierten Terminologie.

I. Sozialbetrug mittels Scheinfirmen

Sozialbetrügerische Malversationen mittels Scheinfirmen stellen eine der auffälligsten Erscheinungsformen des organisierten Sozialbetrugs dar, die vom Gesetzgeber schon im Jahr 2005 als zentrale Triebfeder hinter dem Regelungswerk des SozBeG genannt wurden⁶⁸.

A) Zum Begriff der Scheinfirma

Wesentlicher Teil des Sozialbetrugs mittels Scheinfirmen ist die Gründung bzw. Übernahme und Verwendung von Gesellschaftsmänteln zur systematischen Verkürzung von Lohn- und Sozialabgaben. Für diese Firmen hat sich in der Vollzugs- und Ermittlungspraxis der KV-Träger, Finanzverwaltung, Polizei und Justiz der Ausdruck „Scheinfirmen“ zur Beschreibung der damit einhergehenden kriminellen Phänomene etabliert und soll daher auch im vorliegenden Kontext Verwendung finden. *Bartos*⁶⁹ beschreibt sozialbetrügerische Scheinfirmen als Firmen, die völlig vermögenslos sind und rein der Anmeldung von DN dienen. Der UFS Wien⁷⁰ bezeichnet das Vorliegen einer jungen GmbH ohne Vermögenssubstanz mit ausländischen Gesellschaftsorganen, die erst kürzere Zeit in Österreich gemeldet sind und instabile Wohnverhältnisse aufweisen, als typische Merkmale von Scheinfirmen am Bau. Der verwendete Begriff der Scheinfirma deckt sich mit den ebenfalls anzutreffenden Ausdrücken Betrugsfirma⁷¹ oder dem in der abgabenrechtlichen Rspr des VwGH verwendeten Ausdruck der „Briefkastenfirma“, die als „Unternehmen, das keinen geschäftlichen Betrieb hat und deshalb keine Leistung erbringen kann“⁷² bzw als

⁶⁸ Demnach fokussierten sich die Bemühungen des Gesetzgebers auf den Bereich des „Sozialversicherungs Betrugs“, bei dem DN von Scheinfirmen zur SV in der Absicht angemeldet werden, die SV-Beiträge in der Folge nicht zu entrichten, EBRV 698 BlgNR XXII.GP 3.

⁶⁹ *Bartos*, SozSi 2006, 119 (119).

⁷⁰ UFS Wien 01.12.2010 RV/1633 W-10.

⁷¹ *Thomas*, ZAS 2009/3 (15).

⁷² VwGH 22.03.1995, 93/13/0076; VwGH 17.11.2005, 2001/13/0247; VwGH 31.05.2006, 2002/13/0145; VwGH 20.09.2007, 2007/14/0007.

bloße „Kombination einer Zustellanschrift mit einer Firmenbezeichnung“⁷³ definiert wird.

Auf Basis der bestehenden Umgrenzungen sind ausgehend von den Erfahrungen der Feldforschungen Gesellschaften gemeint, die ausschließlich als Anmelde- und Verrechnungsvehikel dienen, sich überwiegend in Form einer Ein-Personen-GmbH konstituieren und typischerweise über kein nennenswertes Anlagevermögen verfügen. Beim offiziellen Firmensitz handelt es sich um eine nicht-existente Türnummer, verwaiste Kellerabteile, Lagerräume in Innenhöfen oder reine Briefkastenadressen. Zur Eintragung im Firmenbuch bedient man sich entweder vorgeschobener Strohmannen, die nach der Firmengründung typischerweise nicht mehr im Inland aufhältig sind, oder falscher bzw. verfälschter Pässe und damit unzutreffender Alias-Identitäten⁷⁴. Der Gesellschaftszweck solcher Scheinfirmer besteht ausschließlich in der systematischen Beitrags-, Abgaben- und Zuschlagsverkürzung. Darüber hinaus finden die Gesellschaftsmäntel auch als grundlegendes Werkzeug einer ganzen Reihe von intrinsisch verknüpften Delikten Verwendung, die im Folgenden überblicksartig dargestellt werden.

B) Gründung und Übernahme von Scheinfirmer

Dreh- und Angelpunkt der relevanten Phänomene ist die Verfügbarkeit von Gesellschaften, mit denen in vielgestaltiger Weise „gearbeitet“ werden kann. Solche Scheinfirmer können entweder neu gegründet oder als ein bereits bestehender Gesellschaftsmantel übernommen werden. Um dem Risiko zivilrechtlicher Haftungen oder strafrechtlicher Verfolgung zu entgehen, gibt es zwei Strategien⁷⁵: Einerseits die Verwendung falscher oder verfälschter Urkunden (Reisepässe, Führerscheine), die bewirkt, dass die Täter unter einer falschen Identität ins Firmenbuch eingetragen werden. Andererseits besteht die Möglichkeit, einen Strohmann zu engagieren, also einen Dritten, der sich gegen Entgelt als alleiniger organschaftlicher Vertreter und idR auch Gesellschafter ins Firmenbuch eintragen lässt. Die Rekrutierung von ausländischen Strohmannern erfolgt bspw durch Zeitungsinserate in österreichischen Nachbarländern und durch Lockangebote von bis zu € 10.000⁷⁶, in Einzelfällen aber auch durch gewaltsame Methoden und Drohungen⁷⁷. In vielen Fällen werden jedoch falsche oder verfälschte Ausweise verwendet, um die Rückverfolgbarkeit zu erschweren, in Einzelfällen gar die Daten bereits verstorbener Personen⁷⁸.

⁷³ VwGH 19.12.2007, 2005/13/0030.

⁷⁴ Dazu sogleich.

⁷⁵ Tgb 16082010 I.D.; Tgb 04102010 I.A.

⁷⁶ Tgb 13092010 III.

⁷⁷ Tgb 12102010 I.

⁷⁸ Tgb 12082011 I.

In beiden Fällen erfordert der Gründungs- bzw. Übernahmeprozess einer Scheinfirma eine gewisse Expertise und Branchen- sowie Szenekenntnisse zur Rekrutierung von Stroh Männern bzw. den Zugang zu falschen oder verfälschten Ausweisdokumenten. Aus diesem Grund sind in Österreich aktuell eine Vielzahl von Individuen aktiv, die als Vermittler oder „Makler“ gegen Entgelt falsche Papiere und/oder ausländische Stroh Männer, eine polizeiliche Meldeadresse und einen günstigen (Schein-)Firmensitz organisieren können. Darüber hinaus vermitteln diese Akteure Personen, die über einen Gesellschaftsmantel verfügen⁷⁹. Der Kaufpreis für den Gesellschaftsmantel richtet sich dabei nach dessen „Marktwert“: Wenn die Gesellschaft schuldenfrei ist, keine zur SV gemeldeten DN aufweist, über eine UID-Nummer und einen gewerberechtigten Geschäftsführer verfügt und zudem noch in der vom DLZ-AGH geführten HFU-Liste⁸⁰ aufscheint, wird der Kaufpreis im Vergleich zu einem verschuldeten Mantel entsprechend höher sein.

Neben den genannten informellen Maklern und Vermittlern ist allerdings auch auf die Rolle von in der offiziellen Wirtschaft agierenden gewerblichen Buchhaltern bzw. selbständigen Personalverrechnern hinzuweisen⁸¹. Einige wenige Unternehmer treten dabei gehäuft als Gründungshelfer der Gesellschaften in Erscheinung. Deren Angebot beinhaltet dabei vereinzelt ein umfassendes Service, in dessen Rahmen der Gesellschaftsvertrag, Notartermin, gewerberechtigter Geschäftsführer, Steuernummer, UID-Nummer und ein Firmensitz organisiert werden. Nach erfolgter Gründung bzw. Übertragung der Gesellschaftsanteile übernehmen diese Unternehmen dann vielfach die Personalverrechnung für die Scheinfirmen. In diesem Zusammenhang ist auch darauf hinzuweisen, dass durchwegs dieselben, bei GKK, Finanzbehörden, AK und Strafverfolgungsbehörden oftmals bereits einschlägig bekannten Notare auftreten. In polizeilichen Vernehmungen wurde berichtet, dass in Einzelfällen nicht einmal die Anwesenheit des handelsrechtlichen Geschäftsführers beim Notartermin zur Übernahme der Gesellschaft erforderlich war⁸².

Wenn der notarielle und handelsgerichtliche Teil der Gründung bzw. Übernahme abgeschlossen ist, bedarf es noch eines Bankkontos für die Gesellschaft. Erfolgte die Eintragung unter Verwendung eines falschen Passes, so wird mit derselben Falschidentität ein Girokonto eröffnet. Die erforderliche Stammeinlage iHv € 17.500 wird erfahrungsgemäß umgehend nach Eintragung im Firmenbuch wieder aus dem Gesellschaftsvermögen entnommen⁸³. Wurde ein Strohmann eingesetzt, so eröffnet dieser ein Konto und fordert ein Scheckbuch an. Die Schecks werden von ihm blanko unterfertigt und müssen von den wahren

⁷⁹ Tgb 09082010 I.A.; Tgb 11082010 I.C.; Tgb 13082010 I.C.; Tgb 16082010 I.A.

⁸⁰ Zur AGH und HFU-Liste siehe unten S 105.

⁸¹ Tgb 21042010 I.

⁸² Tgb 09082010 I.A.

⁸³ Tgb 16082010 I.A.; Tgb 17082010 I.B.

Machthabern in der Folge nur noch vollständig ausgefüllt werden. Bei größeren Behebungen wird der Strohmann kontaktiert, der dann zumeist aus dem benachbarten Ausland nach Österreich kommt, die Behebung am Schalter durchführt und das Geld unmittelbar darauf an die vor der Bank wartenden Machthaber übergibt. Im Gegenzug erhält er seine Reiskosten ersetzt und eine vereinbarte Provision.

Bei den Stroh Männern handelt es sich vielfach um Personen, die abgesehen von der Firmengründung und den Behebungsaufträgen nicht im Inland aufhältig sind, über wenig oder keine Deutschkenntnisse verfügen und im Hinblick auf ihre bisherigen Tätigkeiten sowie Ausbildung auch nicht in der Lage sind, ein Unternehmen zu leiten. Zumeist sind sie auch nicht in den Tatplan eingeweiht. Vereinzelt scheinen aber Personen ihren Lebensunterhalt damit zu verdienen, sich unter Verwendung falscher Identitäten als Geschäftsführer zahlreicher Gesellschaften im Firmenbuch eintragen zu lassen und auf Anordnung der jeweiligen Hintermänner Behebungen von Firmenkonten durchzuführen und dafür fixe Prozentsätze der behobenen Beträge zu bekommen. Im Gegensatz zu den eingangs geschilderten Stroh Männern halten sich solche Personen oftmals durchgehend im Inland auf und verfügen über ein sehr detailliertes Wissen über die Funktionsweise der verschiedenen Betrugsszenarien iZm Scheinfirmer. Ihr Kapital ist ihr „guter Ruf“ in dieser „Branche“, der sie als besonders vertrauenswürdig gelten lässt und ihnen vielfältige Verdienstquellen erschließt⁸⁴.

Nach Aktivierung eines Scheinfirmermantels, dh sobald mit der massenhaften Anmeldung von DN auf Beitragskonten der Scheinfirmer begonnen wird, ist die baldige Insolvenz – üblicherweise durch Insolvenzanträge eines KV-Trägers, der Finanzverwaltung oder der BUAK – vorprogrammiert. Die Lebensdauer eines solchen Gesellschaftsmantels ist dabei stark von der Fälligkeit der rückständigen Beiträge und Abgaben sowie der daran geknüpften Mahn- und Exekutionsabläufe bei den öffentlich-rechtlichen Gläubigern abhängig. Während in den letzten Jahren Konkursanträge durch die KV-Träger frühestens nach einem halben Jahr, idR aber erst nach bis zu einem Jahr erfolgten, konnte durch gesteigerte Sensibilisierung, verstärkte Kontrollen und gestraffte Abläufe die Frist mittlerweile vereinzelt auf drei bis vier Monate verringert werden, um die Firmermäntel aus dem Verkehr zu ziehen. Mit Insolvenzeröffnung kommt es üblicherweise durch den Insolvenzverwalter oder von Amts wegen zur Abmeldung der angemeldeten Personen.

C) Einsatz von Scheinfirmer

Nach Abschluss des Gründungs- bzw Übernahmeverganges kann begonnen werden, mit dem Gesellschaftsmantel zu „arbeiten“, um Gewinne zu lukrieren. In

⁸⁴ Tgb 16082010 I.A.

diesem Zusammenhang gibt es mehrere Möglichkeiten. Welche tatsächlich ergriffen werden, ist äußerst unterschiedlich. Folgende Szenarien konnten bisher beobachtet werden:

1. Subvergabe- oder Subunternehmer-Pyramide

Eine Einsatzmöglichkeit ist die wohlbekannte Verwendung von Scheinfirmen im Rahmen von Subunternehmer-Pyramiden⁸⁵. Das System beruht idR auf drei bis vier verschiedenen Vergabeebenen⁸⁶. Auf der obersten Ebene befindet sich ein GU, der einen großen Auftrag erhält. Bei diesem GU handelt es sich typischerweise um einen großen Konzern (A-Firma). Dieser GU gibt nunmehr den Auftrag oder Teile desselben weiter an einen ersten Subunternehmer (B-Firma). Firmen dieser zweiten Ebene werden bewusst „sauber“ gehalten, dh SV-Beiträge sowie Abgaben werden fristgerecht entrichtet. Mittlerweile befinden sich viele dieser B-Unternehmen auch in der HFU-Liste gem § 67b ASVG. Die übernommenen Aufträge werden zufriedenstellend erfüllt, um auch in Zukunft Aufträge von Seiten der großen Konzerne zu erhalten. Die B-Firmen geben wiederum Aufträge weiter an C-Firmen, von denen zT eine abermalige Subvergabe an Firmen der vierten Ebene (D-Firmen) erfolgt. Bei den C- und D-Firmen eines solchen auf Missbrauch ausgerichteten Konstrukts handelt es sich um dubiose Scheinfirmen, in deren Namen Schein- und Deckungsrechnungen verfasst und auf deren Beitragskonten die eingesetzten DN angemeldet werden. Die von diesen Gesellschaften geschuldeten SV-Beiträge, Abgaben und BUAG-Zuschläge werden nicht oder nicht vollständig entrichtet. Manche Täter leisten in den ersten Monaten Teile der Beitragsschuld, um Verdachtsmomenten seitens der GKKen bewusst zu entgehen und die Gesellschaft im Ergebnis länger verwenden zu können⁸⁷. Generell ist die Lebensdauer der C- und D-Firmen jedoch äußerst begrenzt, weil sie nach einigen Monaten zumeist von GKK, BUAK oder Finanz in Konkurs geschickt werden. Sollte eine Gesellschaft „ausfallen“, steht in aller Regel schon eine weitere C- oder D-Firma zur Verfügung, auf deren Beitragskonto DN umgemeldet werden können.

Zur faktischen Beherrschung der beteiligten Gesellschaften lässt sich Folgendes festhalten: Damit die Konstellation reibungslos funktioniert, muss insbes den tatsächlichen Geschäftsführern einer B-Firma maßgeblicher Einfluss auf die Geschäftsführung der C- und D-Firmen zukommen. Nur so lässt sich gewährleisten, dass bei unerwarteten Ereignissen (zB Entdeckung von dubiosen Firmen im Zuge von Kontrollen durch KV-Träger oder FinPol) rasch und reibungslos Personal umgemeldet, Arbeitsunterbrechungen verhindert und somit

⁸⁵ Vgl nur *Cremers/Janssen*, Ungemeldete Arbeit 21 f; *BMF*, Betrugsbekämpfungsbericht 2008, 20 f.

⁸⁶ Die folgenden Ausführungen beruhen auf den Darstellungen eines Insiders in polizeilichen Vernehmungsprotokollen, Tgb 17082010 II.H.

⁸⁷ Zum zeitlichen Ablauf der Prüfung und des Kontrollmechanismus seitens der WGKK bei Verdachtsmomenten siehe unten S 81.

Verspätungsschäden gegenüber dem GU hintangehalten werden können. Um dies sicherzustellen sind die Machthaber der B-Firmen vielfach selbst die wahren Hintermänner der C- und D-Firmen oder beauftragen Gesellschaften, die im Einflussbereich von Verwandten oder Bekannten stehen.

Die geschilderte Struktur ist eine gedankliche Stütze, um das Phänomen anschaulich darzustellen. Dabei darf dieses jedoch keinesfalls als statisches Konstrukt missverstanden werden. Polizeiliche Vernehmungen zeigen, dass es sich vielmehr um höchst dynamische Strukturen handelt, bei denen die Täter rasch auf geänderte Rahmenbedingungen reagieren. Laufend werden Gesellschaften fallen gelassen (dh Insolvenz) und andere neu aktiviert. Viele C- und D-Firmen waren zuvor „saubere“ B-Firmen, die dann als C- bzw D-Firmen einer endgültigen Verwertung zugeführt wurden. Dies manifestiert sich oft daran, dass bei einer B-Firma der wahre Machthaber selbst noch als Vertreter im FB eingetragen ist und dieser die Gesellschaft – sobald sie für die bevorstehende Insolvenz vorbereitet wird – an einen Strohhalm überträgt. Im Ergebnis überrascht es nicht, dass ein Insider dieses System lapidar als „Ping-Pong“ bezeichnete, in dessen Rahmen eine unüberschaubare Zahl an Gesellschaften beliebig aktiviert, ausgeschlachtet und fallen gelassen wird⁸⁸.

In den letzten Jahren ist zudem vermehrt eine Einbeziehung von ausländischen Firmen in Subvergabepyramiden festzustellen⁸⁹. Dabei wird üblicherweise der auf der untersten Ebene agierenden österreichischen Scheinfirma eine ausländische Gesellschaft als Auftraggeber vorgeschaltet. Der Zweck dieser Konstruktion besteht überwiegend in der Umgehung der Auftraggeberhaftungen gem § 67a ASVG bzw § 82a EStG durch die österreichischen Auftraggeber⁹⁰.

2. Anmeldung von Dienstnehmern zur Sozialversicherung

Die Anmeldung von DN zur SV ist das zentrale Charakteristikum des Sozialbetrugs mittels Scheinfirmen. Üblicherweise kommt es nach Übernahme bzw Neugründung eines Firmenmantels zum ruckartigen Anstieg der DN-Anmeldungen bei den zuständigen KV-Trägern. Versicherungsverhältnisse von mehreren hundert DN sind dabei keine Ausnahme, in einzelnen Fällen wurden gar innerhalb von wenigen Monaten über 1000 DN auf einzelne Scheinfirmen angemeldet⁹¹. Durch die Anmeldung zur SV erlangen die gemeldeten Personen umfassenden Versicherungsschutz in der KV, UV, PV und AIV und scheint die Scheinfirma als sozialversicherungsrechtlicher DG gem § 35 ASVG aller gemeldeten DN in den Datenbanken der zuständigen KV-Träger auf.

Im Zuge der Feldforschungen ließ sich dabei im gesamten Bundesgebiet ein regelrechter Handel mit Anmeldungen zur SV feststellen. Die Preise für eine

⁸⁸ Tgb 17082010 I.C.

⁸⁹ BMF, Betrugsbekämpfungsbericht 2007, 18.

⁹⁰ BMF, Betrugsbekämpfungsbericht 2010, 28 f.

⁹¹ Tgb 03052011 I; Tgb 09112011 II.

Anmeldung zur umfassenden Pflichtversicherung (KV, UV, PV, AlV) liegen derzeit bei etwa € 250 bis € 500 pro DN und Monat. Zum Teil wird auch tageweise abgerechnet (ca € 8 bis € 10 pro Person)⁹². De facto verbergen sich hinter den gemeldeten Personen sehr unterschiedliche Sachverhalte, die im Folgenden dargestellt werden.

a) Scheinmeldungen

Scheinmeldungen bezeichnen Anmeldungen zur SV, denen kein Beschäftigungsverhältnis zugrunde liegt. Obwohl damit der Tatbestand der gesetzlichen Pflichtversicherung gem § 4 Abs 2 ASVG nicht erfüllt ist, erlangen die gemeldeten Personen de facto umfassenden Versicherungsschutz. Zusätzlich zu den Scheinmeldungen werden vielfach auch noch Arbeits- und Entgeltbestätigungen der jeweiligen Scheinfirma verkauft. Der Kauf von Scheinmeldungen sowie Arbeits- und Entgeltbestätigungen dient einerseits der Erlangung von Versicherungsschutz, andererseits aber auch der Erschleichung von Arbeitslosengeld, Aufenthaltstiteln, Krediten oder sonstigen Beihilfen etc⁹³.

b) Anmeldung tatsächlich beschäftigter Personen

In der Mehrzahl der Fälle dürfte es sich jedoch um keine bloßen Scheinmeldungen handeln, weil die angemeldeten Personen auch tatsächlich eine die Pflichtversicherung begründende Beschäftigung ausüben. Fraglich ist hierbei jedoch, für wen die Beschäftigung erfolgt und wer daher als SV- und steuerrechtlicher DG anzusehen ist⁹⁴. Im Hinblick auf die DG-Eigenschaft sind folgende Sachverhalte zu unterscheiden:

ba) Auslagerung von DN auf Subfirmen

Durch die breite Verfügbarkeit von Scheinfirmen, nützten viele DG die Möglichkeit, eigene DN auf Scheinfirmen anzumelden, um die Beitrags- und Abgabepflichten zu umgehen und gleichzeitig das Risiko von schmerzhaften Verwaltungsstrafen wegen Meldeverstößen nach ASVG zu vermeiden⁹⁵. Für den faktischen DG sind die Kosten einer solchen „Auslagerung von DN“ auf Scheinfirmen im Vergleich zur Entrichtung von Lohn- und Sozialabgaben wesentlich günstiger. Zur Verschleierung der tatsächlichen Verhältnisse wird nach außen hin meist ein Werkvertrag geschlossen, um davon abzulenken, dass es sich iSd gebotenen Betrachtungsweise nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt nicht um DN der Scheinfirma handelt. Die an die ausgelagerten DN bezahlten Löhne werden durch Eingangsrechnungen der Scheinfirma buchhalterisch abgedeckt.

⁹² Tgb 17082010 I. E.

⁹³ Siehe dazu unter Begleiterscheinungen unten S 51 ff.

⁹⁴ Zum SV-rechtlichen DG-Begriff siehe unten S 158.

⁹⁵ BMF, Betrugsbekämpfungsbericht 2008, 20 f; *Bartos*, SozSi 2006, 119 (121 f).

bb) Anmeldung von DN eines in der Informalität agierenden Überlassers bzw Vermittlers

Insbes zur Abdeckung von Auftragsspitzen und damit einhergehendem erhöhten Personalbedarf wenden sich Unternehmer vielfach an Vermittler, die durch persönliche Kontakte schnell, verlässlich und unbürokratisch Arbeitskräfte zur Verfügung stellen können. Die DN werden dabei nicht vom Unternehmen entlohnt, sondern direkt vom Vermittler, der dafür eine vereinbarte Pauschale erhält. Dabei obliegt es dem Vermittler sicherzustellen, dass für die Anmeldung und Abrechnung⁹⁶ der DN ein Firmenmantel zur Verfügung steht.

bc) Anmeldung von eigenständigen Arbeiterpartien

Sog „Baupartien“ (Gruppen von etwa 5 Arbeitern unter Leitung eines „Partieführers“) akquirieren oft auch selbst Klein- und Kleinstaufträge, ohne über eine betriebliche Infrastruktur zu verfügen. Um trotzdem versichert zu sein und bei Kontrollen nicht als Schwarzarbeiter entdeckt zu werden, kauft oftmals der Partieführer SV-Meldungen für sich und seine Leute. De facto arbeiten die Mitglieder in Form einer GesBR zusammen und teilen sich die Auftragslöse untereinander auf⁹⁷.

3. Verkauf von Schein- und Deckungsrechnungen

Der Verkauf von Schein- und Deckungsrechnungen ist weit verbreitet und tritt bei den meisten Scheinfirmen auf⁹⁸. Auf Bestellung werden Rechnungen über vorab vereinbarte Beträge im Namen der Scheinfirma verfasst, die bei den Käufern als Eingangsrechnungen in die Buchhaltung aufgenommen werden und dort als Fremdleistungen den steuerlich relevanten Gewinn mindern. Die in den Rechnungen ausgewiesenen Beträge werden dann von dem Käufer auf das Firmenkonto der Scheinfirma überwiesen, behoben und von den Machhabern der Scheinfirma in bar wieder an den Auftraggeber rückübermittelt. Der Profit besteht idR in einer von der Rechnungssumme abhängigen Provision. Den Rechnungen, auf denen offiziell Regieleistungen, Reinigungsarbeiten, Abbruchsarbeiten oder sonstige Hilfsdienste vermerkt werden, liegt kein tatsächlicher Leistungsaustausch zugrunde. Die ungenauen Bezeichnungen verhindern oder erschweren die Verifizierung der Leistungen. Während der Ausdruck Scheinrechnungen oft als Überbegriff gebraucht wird, bezeichnen Deckungsrechnungen vor allem fingierte Rechnungen, die Schwarzlohnzahlungen an eigene Beschäftigte „decken“ sollen, damit dieser

⁹⁶ Die Abrechnung meint vor allem den Abschluss eines Werkvertrags zum Schein (insbes zur Vermeidung der Rechtsfolgen einer Arbeitskräfteüberlassung) und darauf basierende Rechnungslegung zur Abdeckung des Lohnaufwands des Auftraggebers.

⁹⁷ *BMF*, Betrugsbekämpfungsbericht 2009, 25.

⁹⁸ Tgb 11082010 I.D.; Tgb 113082010 I.B.; Tgb 17082010 I.F.; *BMF*, Betrugsbekämpfungsbericht 2010, 25.

Lohnaufwand auch in der Buchhaltung als absetzbarer Aufwand berücksichtigt werden kann⁹⁹.

Die Unterscheidung, ob einer fingierten Rechnung Schwarzlohnzahlungen zugrunde liegen oder nicht, ist freilich äußerst schwierig¹⁰⁰. Zumeist wird in diesen Rechnungen die USt gesondert ausgewiesen, wodurch der Käufer auch noch den Vorsteuerabzug geltend machen kann, während die in der Rechnung ausgewiesene USt freilich von der Scheinfirma nicht entrichtet wird. Neben der Steuerersparnis und der Abdeckung von Schwarzlohnzahlungen dienen Schein- und Deckungsrechnungen vielfach der Bildung von Schwarzgeldfonds außerhalb der regulären Buchhaltung, aus denen dann die in der Baubranche und auch anderen Bereichen gängigen Schmiergeldzahlungen¹⁰¹ oder sonstige Gefälligkeiten wie Urlaubsreisen, Bordellbesuche und exklusive Geschenkideen zur Aufrechterhaltung des guten Einvernehmens mit potentiellen Geschäftspartnern finanziert werden können¹⁰².

D) Begleiterscheinungen

1. Missbräuchlicher Bezug von Insolvenzentgelt

a) Der Insolvenz-Entgelt-Fonds

Im Zuge der Insolvenzeröffnung eines Unternehmens können DN die Auszahlung von Insolvenzentgelt bei der IEF-Service GmbH beantragen. Die IEF-Service GmbH verwaltet den Insolvenz-Entgelt-Fonds (IEF), der ausschließlich durch DG-Beiträge in Form eines Zuschlags von 0,55 % zu den Beiträgen der ALV finanziert wird. Beim IEF handelt es sich um eine SV-ähnliche Einrichtung mit dem Zweck, die vor oder während der Insolvenz des DG auftretenden Liquiditätsschwierigkeiten bei der Zahlung von DN-Entgelten auszugleichen¹⁰³. Wenn der DG einen Insolvenztatbestand¹⁰⁴ erfüllt, sind alle aufrechten, nicht verjährten und nicht ausdrücklich ausgeschlossenen Ansprüche der DN (§ 1 Abs 2 IESG) bis zu 6 Monate vor Erfüllung des Insolvenztatbestandes (§ 1 Abs 3 Z 1a IESG) durch den IEF gesichert. Um die Durchsetzung dieser gesicherten Ansprüche beim IEF zu erreichen, ist ein Antrag auf Auszahlung von Insolvenzentgelt bei der IEF-Service GmbH einzubringen, die diesen schließlich prüft und in Bescheidform erledigt. Dabei werden die DN üblicherweise ersucht, genaue Angaben zu Art, Ausmaß und Dauer der Tätigkeit zu machen.

⁹⁹ Vgl schon das Praxisbeispiel bei *Blazina*, SWK 2007, 844 (844 f).

¹⁰⁰ Diese Differenzierung bereitet vor allem bei abgabenrechtlichen Betriebsprüfungen erhebliche Schwierigkeiten, siehe unten S 97.

¹⁰¹ *Brandstetter* in *Leitner*, Finanzstrafrecht 2008, 143 (147).

¹⁰² Tgb 13092010 III.

¹⁰³ *Schrank/Mazal*, Arbeitsrecht⁴, 189 f.

¹⁰⁴ Dazu zählen die in § 1 Abs 1 IESG genannten Szenarien, wie zB die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens nach IO, die Nichteröffnung mangels kostendeckenden Vermögens, die Ablehnung der Eröffnung wegen Vermögenslosigkeit etc.

b) Missbrauchsszenario

Im Zusammenhang mit dubiosen Scheinfirmen langen üblicherweise nach Insolvenzeröffnung zahlreiche Anträge auf Auszahlung von Insolvenzentgelt bei der IEF-Service GmbH ein. Die Angaben der Antragsteller bestehen meist darin, dass sie für die insolvente GmbH eine Tätigkeit im Bau- oder Baunebengewerbe ausgeübt haben und zT offene Entgeltforderungen iHv mehreren Monaten behaupten. Da von den Scheinfirmen typischerweise weder Buchhaltung noch Unterlagen zur Lohnverrechnung und zu DN vorhanden sind und auch der Gesellschafter-Geschäftsführer nicht erreichbar ist, kann sich die IEF-Service GmbH bei der Sachverhaltsermittlung ausschließlich auf Informationen durch die Antragsteller stützen. Diese geben dazu meistens an, dass ihre Einstellung nicht im Geschäftslokal der Firma, sondern vielmehr auf Tankstellen, in Kaffeehäusern oder am berühmten „Arbeiterstrich“ erfolgt sei. Die einstellende Person ist nur anhand eines Vornamens bekannt und lässt sich üblicherweise in keinen Zusammenhang mit der Scheinfirma bringen, auf deren Beitragskonten die Antragsteller zur SV angemeldet wurden. Die Tätigkeit erfolgte auf mehreren Baustellen, die sich teilweise noch rekonstruieren lassen, vielfach aber ebenso unbekannt bleiben, unter Anweisung eines Vorarbeiters eines auftraggebenden Unternehmens. Soweit es überhaupt zur Auszahlung von Löhnen kam, bestanden diese nur in Vorschüssen und wurden durch den nicht näher bekannten Einsteller in bar auf der Baustelle getätigt.

Tatsächlich handelt es sich in vielen Fällen um unberechtigte Anträge, weil die Anmeldung bei der Scheinfirma nur zum Schein erfolgte oder die geltend gemachten Entgeltansprüche ohnedies befriedigt wurden. Um diesen Praktiken Einhalt zu gebieten, begann die IEF-Service GmbH in einschlägigen Fällen Anträge auf Insolvenzentgelt abzulehnen, meist mit der Begründung, dass sich im Ermittlungsverfahren kein Arbeitsverhältnis zu der insolvenzverfangenen Scheinfirma feststellen ließ. Da gegen Entscheidungen der IEF-Service GmbH die Möglichkeit der Klage beim ASG offensteht (§ 65 Abs 1 Z 7 ASGG), brachten viele Antragsteller die Sachverhalte vor die Arbeits- und Sozialgerichte, bei denen sich eine ausgedehnte Kasuistik entwickelte.

c) Die Judikaturlinie des ASG und OLG Wien

Wenn die DN im Insolvenzfall offene Lohnforderungen behaupteten, wurden diese im ASG-Verfahren bis 2005 idR auch zugesprochen, zumeist gestützt auf eine Anscheinsvollmacht der einstellenden Person. Ab 2005 kam es am ASG zu einem schrittweisen Judikaturwandel, der in weiterer Folge auch in der Instanz bestätigt wurde¹⁰⁵. Nach stJud ist für das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses die Unterworfenheit des AN unter die funktionelle Autorität des Arbeitgebers, die sich in organisatorischer Gebundenheit, besonders bezüglich Arbeitszeit,

¹⁰⁵ Tgb 09062010 I.; OLG Wien 05.08.2009, 9 Rs 87/09v.

Arbeitsort und Kontrolle und im weitgehenden Ausschluss der Bestimmungsfreiheit des AN manifestiert, von entscheidender Bedeutung¹⁰⁶. Mangels einer organschaftlichen oder rechtsgeschäftlichen Vollmacht des Einstellers könnte nur bei Vorliegen einer Anscheinsvollmacht (§ 1029 ABGB) ein Arbeitsverhältnis zur Gesellschaft wirksam begründet worden sein. Diese bedarf allerdings eines bestimmten Vertrauenstatbestands, der vom Geschäftsherrn zurechenbar veranlasst wurde und auf den der Anerklärte gutgläubig vertraut hat¹⁰⁷. Die Überlassung bzw Verwendung von Geschäftspapieren und Stampiglien vermag zwar äußerlich den Anschein erteilter Vertretungsmacht erwecken, bedarf aber weiterer Hinweise, die ein Vertrauen auf ein Tätigwerden für die gegenständliche Gesellschaft rechtfertigen, wie bspw Arbeitskleidung, Bautafeln, der Gesellschaft zuordenbare Werkzeuge oder Maschinen¹⁰⁸. Geschäftsstampiglien beinhalten für sich allein keinen Vollmachtsgehalt und begründen auch nicht die Vermutung, dass jene Personen, die sich solcher Stampiglien bedienen, über irgendeine rechtsgeschäftliche Handlungsvollmacht verfügen. Ein zurechenbarer Vertrauenstatbestand erfordert damit jedenfalls eine allgemein übliche Infrastruktur mit Büroräumlichkeiten und zumindest rudimentärem Anlagevermögen. Generell ist die Jud der Ansicht, dass der Abschluss von gastronomiefremden Dienstverhältnissen in Kaffeehäusern mit nicht näher bekannten Personen nicht den Gepflogenheiten des österreichischen Arbeitsmarktes entspricht¹⁰⁹. Da generell eine erhöhte Diligenzpflicht des AN besteht, wenn der äußere Tatbestand nach der Verkehrsübung Bedenken erregen müsste¹¹⁰, ergibt sich aus der Rspr bei derart unüblichen Abschlüssen eine Verpflichtung des AN, sich nach der Identität und Bevollmächtigung des Einstellers zu erkundigen.

Zu beachten ist allerdings, dass nach der Rspr weder die Übergabe von Visitenkarten, auf denen die Gesellschaft genannt wird, noch die Übergabe von mit einem Firmenstempel versehenen Meldebestätigungen zur SV bzw Arbeits- und Lohnbestätigungen das Vertrauen auf ein berechtigtes Auftreten im Namen und auf Rechnung der Gesellschaft rechtfertigt. Auch die Tatsache, dass der AN den tatsächlichen AG punktuell mit dem protokollierten Geschäftsführer der Gesellschaft antraf, vermag keinen zurechenbaren Anschein von Vertretungsmacht zu begründen. Kann ein AN weder die Person, die ihn einstellte, noch die Einsatzorte (zB Baustellen) eindeutig bezeichnen, werden seine Ansprüche mangels feststellbaren Arbeitsverhältnisses zur Scheinfirma idR abgewiesen¹¹¹.

¹⁰⁶ OGH 30.07.2009, 8 ObS 6/09d; OGH 13.11.2008, 8 ObS 16/08y; OGH 16.01.2008, 8 ObS 27/07i; OGH 29.04.2004, 8 ObS 13/03z.

¹⁰⁷ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I³, 206 f.

¹⁰⁸ ASG Wien 01.12.2008, 18 Cgs 116/08t.

¹⁰⁹ ASG 29.08.2008, 25 Cgs 38/08y; ASG 01.12.2008, 18 Cgs 116/08t.

¹¹⁰ ASG 01.12.2008, 18 Cgs 116/08t.

¹¹¹ OLG Wien 28.07.2009, 9 Rs 87/09v unter Verweis auf die rechtliche Beurteilung des ASG Wien 01.12.2008, 18 Cgs 116/08t.

Vor kurzem äußerte sich auch der OGH¹¹² umfassend zu dieser Frage: Im zugrundeliegenden Fall hatten die Unterinstanzen bereits festgestellt, dass sich jene nicht identifizierbare Person, die sich gegenüber dem Kläger als „Chef“ vorgestellt hatte, keinerlei rechtsgeschäftliche Bevollmächtigung zum Auftreten für die nicht operative Gemeinschuldnerin hatte. Die Annahme einer Anscheinsvollmacht scheiterte im gegenständlichen Fall am der Gemeinschuldnerin zurechenbaren Rechtsschein. Weder die erlaubte Verwendung von Geschäftspapieren, Firmenstempeln, Visitenkarten, technischen Geräten, wie einem Faxgerät, noch die Übergabe einer Abschrift der SV-Anmeldung oder Lohnabrechnung stellt für sich allein einen eindeutigen Hinweis auf das Vorhandensein von Vertretungsmacht dar¹¹³.

2. Missbräuchliche Inanspruchnahme von Arbeitslosengeld

Der Anspruch auf Arbeitslosengeld besteht erst ab erworbener Anwartschaft. Bei erstmaliger Inanspruchnahme erfordert dies 52 Wochen versicherungspflichtiger Beschäftigung im Zeitraum der letzten 24 Monate (§ 14 Abs 1 AIVG). Bei jeder weiteren Inanspruchnahme reicht grundsätzlich die Erfüllung der kurzen Anwartschaft von 28 Wochen versicherungspflichtiger Beschäftigung in den letzten 12 Monaten (§ 14 Abs 2 AIVG). Ist die Anwartschaft erfüllt, besteht ein Anspruch auf Arbeitslosengeld für grundsätzlich 20 Wochen (§ 18 Abs 1 AIVG, mit einigen Ausnahmen). Nach Ablauf der 20 Wochen muss wiederum die kurze Anwartschaft erfüllt werden. Der Erwerb einer Scheinmeldung sowie der dazugehörigen Arbeits- und Entgeltbestätigungen dient der Überbrückung nach Erschöpfung des Arbeitslosengeldbezugs und kann beim nächsten Arbeitslosengeldbezug durch übermäßig hoch ausgewiesene Beitragsgrundlagen einen dementsprechend höheren Anspruch bewirken.

3. Erschleichung von Aufenthaltstiteln

Gem § 11 Abs 2 Z 4 NAG darf ein Aufenthaltstitel nur dann erteilt werden, wenn der Aufenthalt des Fremden zu keiner finanziellen Belastung einer österreichischen Gebietskörperschaft führen wird. Im Einzelnen bedeutet dies, dass ein Fremder über feste und regelmäßige Einkünfte verfügen muss, die ihm eine Lebensführung ohne Inanspruchnahme von Sozialhilfeleistungen ermöglichen (§ 11 Abs 5 NAG). Auch bei jeder Verlängerung des Aufenthaltstitels muss diese allgemeine Erteilungsvoraussetzung weiterhin gegeben sein (§ 25 NAG). Eine fiktive Arbeits- und Entgeltbestätigung mit einem darin ausgewiesenen beliebig hohen Monatsbezug dient damit vielfach der Erschleichung von Aufenthaltstiteln durch Personen, die ansonsten die Erteilungsvoraussetzungen für sich bzw ihre Angehörigen wohl nicht erfüllen würden.

¹¹² OGH 29.06.2011, 8 ObS 9/11y.

¹¹³ OGH 29.06.2011, 8 ObS 9/11y.

4. Kreditbetrügereien

Banken gewähren Kredite idR nur gegen Vorlage von Sicherheiten. Die Vorlage von fiktiven Arbeits- und Lohnbestätigungen und die Sicherungszession der darin erwähnten Gehaltsforderung verleiten Banken vielfach zur Auszahlung von Geldbeträgen an Individuen, die bei Kenntnis der wahren Verhältnisse als kreditunwürdig eingestuft würden¹¹⁴. In anderen Fällen werden die wahrheitswidrigen Bestätigungen zur Erlangung von Kreditkarten mit Überziehungsrahmen verwendet¹¹⁵.

5. „Wochengeldfälle“

Beim Versicherungsfall der Mutterschaft (§ 157 ASVG) besteht ein Anspruch auf Sachleistungen sowie auf Bezug von Wochengeld aus der KV. Die Sachleistungen umfassen ärztlichen Beistand, Hebammenbeistand, Heilmittel, Heilbehelfe sowie Pflege in einer Krankenanstalt oder in einem Pflegeheim (§ 117 Z 4 ASVG). Durch den Anspruch auf Wochengeld soll Müttern der Einkommensausfall acht Wochen vor und acht Wochen nach der Geburt (zT auch länger) ersetzt werden. Beim Versicherungsfall der Mutterschaft sind Versicherte und Angehörige von Versicherten anspruchsberechtigt (§ 158 ASVG). Oftmals erwerben Mütter aus österreichischen Nachbarstaaten Scheinmeldungen und Arbeitsbestätigungen von Scheinfirmen, um ihr Kind in Österreich bei entsprechendem Versicherungsschutz auf die Welt zu bringen. Immer wieder treten Fälle auf, in denen werdende Mütter auf Zeitungsannoncen reagieren, die die Vermittlung einer kostengünstigen Entbindung und damit zusammenhängender Leistungen in Österreich anbieten. Bei den Versicherten handelt es sich oftmals um Personen, die zum ersten Mal ein Versicherungsverhältnis in Österreich aufweisen und die schon wenige Wochen nach der Entbindung nicht mehr im Inland aufhältig sind¹¹⁶.

6. Missbräuchlicher Bezug der durch das AMS gewährten Eingliederungsbeihilfe „Come back“

Bei der Eingliederungsbeihilfe „Come Back“ handelt es sich um eine Förderung des AMS für DG bei Einstellung älterer DN oder anderer langzeitarbeitslosigkeitsbedrohter Menschen, die bis zu einer Dauer von 7 Monaten gewährt werden kann. Im Idealfall erhält der AG 66,7 % der Bemessungsgrundlage vom AMS ausbezahlt¹¹⁷. In mehreren Fällen stellte sich heraus, dass die faktischen Machthaber für einige auf die Scheinfirma gemeldete DN diese Eingliederungsförderbeträge vom AMS erhielten. In einem Fall registrierten die faktischen Geschäftsführer, dass sie selbst aufgrund ihres Alters die

¹¹⁴ Tgb 16082010 I.B.

¹¹⁵ Tgb 09082010 I.B.

¹¹⁶ Tgb 01032010 I.

¹¹⁷ Vgl die auf Basis des § 34 AMSG ergangene Bundes-RL zur Eingliederungsbeihilfe Aktion „Come Back“, BGS/AMF/0722/9869/2009, AMF 26-2009.

Förderbedingungen erfüllten, meldeten sich auf die – von ihnen beherrschte – Scheinfirma mit fiktiven Beitragsgrundlagen an und bezogen ungerechtfertigterweise die Eingliederungsbeihilfe¹¹⁸.

7. Rückzahlung fiktiver Lohnsteuergutschriften

Bei der LSt handelt es sich um eine besondere Einhebungsform der Einkommensteuer für Einkünfte aus nicht-selbständiger Arbeit durch Abzug vom Arbeitslohn gem § 47 Abs 1 EStG. Während der DN Schuldner der LSt bleibt, trifft den DG die Verpflichtung zur Berechnung, Einbehaltung und Abfuhr der LSt, für die er gem § 82 EStG auch haftet. Die Berechnung der LSt erfolgt nach einem umgerechneten Jahrestarif auf Basis der Verhältnisse des Lohnzahlungszeitraums. Werden nun lohnsteuerpflichtige Einkünfte nicht ganzjährig bezogen, ergibt sich im Rahmen einer AN-Veranlagung vielfach eine Gutschrift zugunsten des Abgabepflichtigen¹¹⁹. Gem § 84 Abs 1 Z 1 EStG ist jeder DG verpflichtet, dem Finanzamt der Betriebsstätte bzw dem zuständigen KV-Träger Lohnzettel für alle im Kalenderjahr beschäftigten DN zu übermitteln. Die Lohnzettel enthalten alle für die Abgabenerhebung maßgeblichen Daten, insbes die Bemessungsgrundlagen und die einbehaltene LSt (§ 84 Abs 1 Z 2 EStG).

Im Zuge der Feldforschungen bei der Finanzverwaltung zeigte sich, dass vielfach jene Personen, die bei einschlägig bekannten Scheinfirmen zur SV angemeldet waren, nach Insolvenzeröffnung über den Scheinfirmenmantel beim jeweiligen Wohnsitzfinanzamt Anträge auf AN-Veranlagung gem § 41 Abs 2 EStG stellen¹²⁰. Da hierbei meist kurzfristige Beschäftigungsverhältnisse veranlagt werden, die oft nur wenige Wochen bzw Monate ausmachen, ergibt sich im Zuge einer AN-Veranlagung auf Basis der vorhandenen Lohnzettel und der darin als einzubehalten ausgewiesenen LSt typischerweise eine Steuergutschrift, die dem Antragsteller in weiterer Folge auch ausbezahlt wird. Dabei wird üblicherweise jedoch verkannt, dass unabhängig von den Angaben in den Lohnzetteln gerade Scheinfirmen keine Abgaben entrichten. Im Ergebnis kommt es damit zu einer Rückzahlung von LSt, die de facto niemals vereinnahmt wurde, und somit zur Auszahlung von (zumindest partiell) fiktiven Steuergutschriften.

E) Strukturen und Netzwerke

Die aufgezeigten Erscheinungsformen greifen in der Praxis allerdings ineinander. Aufgrund dieser Verflechtungen bereitet es in Ermittlungsverfahren große Schwierigkeiten festzustellen, in welche konkreten kriminellen Handlungsformen eine bestimmte Scheinfirma und ein konkreter dahinter stehender Machthaber verstrickt sind. Die Aufklärungsarbeit wird noch zusätzlich durch die Tatsache er-

¹¹⁸ Tgb 13082010 I. B.; Tgb 16082010 I.A.

¹¹⁹ Doralt/Ruppe, Steuerrecht I⁹ Rz 743.

¹²⁰ Tgb 29042011 I.; Tgb 26052011 I.; Tgb 27062011 I.; Tgb 01062011 I.; Tgb 29062011 I.

schwert, dass oftmals der oder die faktischen Machthaber Firmenpapiere an eine ganze Reihe von anderen Personen weitergeben bzw verkaufen, damit auch diese damit „arbeiten“ können, wodurch sich im FB jedoch keinerlei Änderung ergibt¹²¹. Diese Firmenpapiere umfassen typischerweise einen beglaubigten FB-Auszug, eine Reisepasskopie des eingetragenen Geschäftsführers, die Steuer-Nummer, die UID-Nummer, einen Firmenbriefkopf und werden üblicherweise als „Start-Kit“ für € 1500 bis € 5000 verkauft. Darüber hinaus wird vielfach auch eine ELDA-Seriennummer übergeben, die für die elektronische Anmeldung von DN zur SV benötigt wird¹²². Mit dieser Ausstattung kann nun jeder Käufer die Firma für seine Zwecke verwenden. Ab diesem Zeitpunkt verfügen die ursprünglichen faktischen Machthaber, die die Gesellschaft unmittelbar nach Gründung bzw Übernahme beherrschten, über keine alleinige Kontrolle mehr. Bei den GKKen manifestiert sich dieser Zustand oftmals in zahlreichen Anmeldungen in Papierform, auf denen unterschiedliche Firmenstempel ein und derselben Gesellschaft verwendet werden. Der Gesellschaftsmantel wird von einer Vielzahl von Personen in allen erdenklichen Formen regelrecht ausgeschlachtet: Manche Personen verkaufen Meldungen zur SV, andere beschränken sich auf den Verkauf von Scheinrechnungen und wieder andere sind selbst mit eigenen DN wirtschaftlich aktiv und lukrieren Aufträge. Jeder Beteiligte weiß, dass die Konkureröffnung ab dem Zeitpunkt explosionsartiger DN-Anmeldungen auf das Beitragskonto nur mehr eine Frage der Zeit ist, und versucht, den Gesellschaftsmantel so gewinnbringend wie möglich zu nutzen. Im Nachhinein ist es nahezu unmöglich, den einzelnen Beteiligten konkrete Tathandlungen und Schäden zuzuordnen.

Die bisherigen Kenntnisse lassen auf Strukturen organisierter Kriminalität schließen, die vielfach entlang ethnischer Trennlinien verlaufen¹²³. Treffpunkte und „Kommandozentralen“ sind zumeist Kaffeehäuser, Restaurants oder Bars, die zu Drehscheiben sozialbetrügerischer Malversationen heranwachsen. Dort werden DN angeworben und ausbezahlt, neue Scheinfirmen vermittelt, Aufträge akquiriert, Verträge unterschrieben. Es lassen sich jedoch zusätzliche Abschirmungsmaßnahmen der beteiligten Gruppen feststellen, wodurch es für die Strafverfolgungsbehörden auch mittels eingriffsintensiver Maßnahmen wie Observationen und Telefonüberwachungen äußerst schwierig wird, Informationen über Strukturen und Arbeitsweise zu erhalten: Einerseits werden zur Kommunikation via Mobiltelefon durchwegs nicht-registrierte Wertkartenhandys verwendet, die auch regelmäßig ausgetauscht werden¹²⁴. Überwachte Telefongespräche zeigen, dass sich die beteiligten Täterkreise zunehmend des Risikos einer möglichen Überwachung bewusst sind und stark codierte Sprachmuster verwenden bzw sensible Besprechungen via Telefon gänzlich vermeiden¹²⁵. Andererseits finden

¹²¹ Tgb 11082010 I.C.; Tgb 11082010 I.D.

¹²² Tgb 11082010 I.D.; Tgb 17082010 I.D.; zu ELDA auch noch unten S 93.

¹²³ So bereits *BMF*, Betrugsbekämpfung 2006, 19 f.

¹²⁴ Tgb 17082010 I.A.

¹²⁵ Tgb 17102011 I.D.

relevante Treffen von involvierten Tätern vermehrt an Orten statt, die im Rahmen einer polizeilichen Observation schwer oder kaum zu kontrollieren sind, wie bspw. hochfrequentierte Etablissements im Herzen Wiens oder Hinterräume in informellen Büros oder Gebetshäusern. Mit den geschilderten Praktiken können innerhalb kürzester Zeit auf Kosten der Republik und der SV-Träger immense Gewinne erzielt werden¹²⁶. In verschiedenen bekannt gewordenen Fällen erwirtschafteten ursprünglich mittellose Personen binnen 5-10 Jahren ein beträchtliches Vermögen bestehend ua aus mehreren Immobilien im In- und Ausland, Fuhrparks bestückt mit Luxus-KFZ sowie zahlreichen Kaffeehäusern, Fitnesscentern, Restaurants und Eisdielen. Ein Großteil der erwirtschafteten Vermögenswerte wird systematisch ins Ausland verbracht und auch dort in Immobilien, Hotels, Discos, Einkaufszentren und Yachten investiert. Viele der Täter verfügen schon nach wenigen Jahren über das nötige Kapital, um nachhaltig von der informellen Wirtschaft in den legalen Sektor wechseln und dort auch eine marktrelevante Position einnehmen zu können. Somit führen nicht nur die sozialbetrugsrelevanten Praktiken per se zu erheblichen Wettbewerbsverzerrungen, die eine beachtliche Bürde für seriöse Unternehmen und den Wirtschaftsstandort darstellen.

II. Manipulationen der Lohnbuchhaltung

A) Doppelte Lohnverrechnung zur Verschleierung der tatsächlich bezahlten Löhne

Als „doppelte Buchhaltung“ soll der Umstand bezeichnet werden, dass DG über eine „interne“ und eine „externe“ Lohnbuchhaltung verfügen. Während die externe Lohnbuchhaltung üblicherweise nur die im Einklang mit bestehenden Normen beschäftigten DN auf Basis einer wöchentlichen Normalarbeitszeit sowie kollektivvertragsgemäßer Entlohnung enthält und zur Vorlage bei den Behörden bestimmt ist, werden in der internen Lohnverrechnung die tatsächlichen Gegebenheiten festgehalten, die vielfach erheblich von der offiziellen Darstellung abweichen. Da tatsächlich erbrachte (Schwarz)Lohnaufwände aber jedenfalls buchhalterisch abgedeckt werden müssen, treten Fälle der doppelten Lohnverrechnung vielfach iZm der Verwendung von Schein- und Deckungsrechnungen bzw dem Outsourcen von DN auf Scheinfirmen auf¹²⁷.

Im Zuge der Feldforschungen wurden mehrere Fälle bekannt, in denen den Behörden vergleichbare „interne“ Aufzeichnungen zu Lohnauszahlungen und DN durch Informanten zugespielt oder im Zuge von Hausdurchsuchungen sicherge-

¹²⁶ Tgb 16082010 I.A.

¹²⁷ Vgl zur Lage in Deutschland den 11. Bericht der Bundesregierung über die Auswirkungen des Gesetzes zur Bekämpfung der illegalen Beschäftigung, BT-Drucks 16/13768, 19.

stellt wurden. Im Fall einer Wiener Baufirma, die sich stets durch ordentliche Buchführung und pünktliche Entrichtung von Lohn- und Sozialabgaben auszeichnete, ergaben sich nach Sicherstellung von internen Wochenberichten über den Einsatz von Arbeitern auf einzelnen Baustellen unerwartete Differenzen. Während in der offiziellen Buchhaltung jeder DN mit einer Normalarbeitszeit von 9 Stunden von Montag bis Freitag aufgelistet wurde, fanden sich in den Wochenberichten zahlreiche Überstunden (bis zu 12 Stunden Arbeitszeit pro Tag), Beschäftigungen am Wochenende, an Feiertagen bzw im Schichtbetrieb auch während der Nachtstunden, die auch die Basis für die an die Auftraggeber verrechneten Forderungen darstellten. Auf Basis der internen Aufzeichnungen konnte für einen Zeitraum von zwei Jahren eine Differenz iHv 11.300 Arbeitsstunden zwischen offizieller und interner Lohnverrechnung festgestellt werden, für die auch keine Lohn- und Sozialabgaben entrichtet worden waren¹²⁸.

B) Scheingeringfügigkeit

Gem § 5 Abs 2 ASVG gilt ein Beschäftigungsverhältnis als geringfügig, wenn es für einen kürzeren Zeitraum als einen Kalendermonat vereinbart ist und für einen Arbeitstag im Durchschnitt ein Entgelt von höchstens € 28,89, insgesamt jedoch von höchstens € 376,26 gebührt oder für mindestens einen Kalendermonat oder auf unbestimmte Zeit vereinbart ist und im Kalendermonat kein höheres Entgelt als € 376,26 gebührt¹²⁹. Geringfügig Beschäftigte unterliegen nur der Teilversicherung in der UV, wodurch der DG nur die UV-Beiträge iHv 1,4 % der Bemessungsgrundlage zu entrichten hat¹³⁰. Bei Beschäftigung mehrerer geringfügig Beschäftigter hat der DG allerdings eine pauschalierte Abgabe iHv 16,4 % (zuzüglich der 1,4 % UV-Beitrag, also effektiv 17,8 %) gem § 1 Abs 1 DAG zu entrichten, sofern die Summe der monatlichen allgemeinen Beitragsgrundlagen dieser DN das Eineinhalbfache¹³¹ des Betrages nach § 5 Abs 2 ASVG übersteigt.

In der Praxis werden immer wieder tatsächlich Vollzeitbeschäftigte als geringfügig Beschäftigte angemeldet, um die Lohn- und Sozialabgaben zu sparen und im Fall von behördlichen Kontrollen der KV-Träger oder FinPol eine Anmeldung bei der SV vorweisen zu können¹³². Die Auszahlung der über der Geringfügigkeitsgrenze liegenden Entgeltanteile erfolgt dann üblicherweise ohne Quittung bar auf die Hand.

¹²⁸ Tgb 16042010 I.

¹²⁹ Grenzwerte für 2012 basierend auf § 2 Z1 und Z 2 Kundmachung des Bundesministers für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz und des Bundesministers für Gesundheit über die Aufwertung und Anpassung nach dem Allgemeinen Sozialversicherungsgesetz, dem Gewerblichen Sozialversicherungsgesetz, dem Bauern-Sozialversicherungsgesetz und dem Beamten-Kranken- und Unfallversicherungsgesetz für das Kalenderjahr 2012, BGBl II 398/2011.

¹³⁰ *Choholka* in *Geppert*, Sozialversicherung, Kap 2.5.4.

¹³¹ Aktuell also € 561,01.

¹³² *BMF*, Betrugsbekämpfungsbericht 2008, 21.

C) Lohnsplitting

Fälle des Lohnsplittings stehen in engem Zusammenhang mit scheineringfügigen Beschäftigungen. Aus Deutschland wird vor allem aus der Gastronomie und dem Gebäudereiniger-Handwerk berichtet, dass Lohnzahlungen an einzelne DN zwar vollständig über die offizielle Buchhaltung abgerechnet, jedoch auf mehrere Personen oder einen längeren Zeitraum aufgeteilt werden, um unterhalb der Geringfügigkeitsgrenze zu bleiben¹³³. Erhält ein DN bspw € 1.200 in einem Monat würde er damit der Vollversicherung nach ASVG unterfallen. Wird dieser Betrag nun allerdings buchhalterisch auf den DN und 3 weitere (fiktive) DN, die de facto nie beschäftigt wurden, zu Teilbeträgen von je € 300 pro Monat aufgeteilt, so wird die Geringfügigkeitsgrenze klar unterschritten. Eine andere Möglichkeit wäre das im Monat Jänner an den DN ausbezahlte Entgelt buchhalterisch auf vier Monate zu verteilen und damit monatliche Entgeltzahlungen iHv € 300 auszuweisen, selbst wenn der DN de facto nur ein Monat beschäftigt wird.

Ebenfalls unter den Begriff Lohnsplitting zu subsumieren ist die buchhalterische Ausweisung von Lohnbestandteilen als Aufwandsentschädigungen oder andere Leistungen, die in die Bemessungsgrundlage der SV-Beiträge und Lohnabgaben nicht einzuberechnen sind, wie beispielsweise die Abrechnung von Erfolgsprämien als Kilometergeld¹³⁴. In einem anderen Beispiel wurden bei einem Eishockeyverein neben den offiziellen Gehältern, die auch in die Lohnverrechnung Einzug fanden, zusätzlich auch „Werbegelder“ über liechtensteinische Werbeagenturen an die Spieler ausbezahlt¹³⁵. Der VwGH bestätigte dabei die Ansicht der belangten Behörde, dass es sich bei den Werbegeldern de facto um Bestandteile des mit den Spielern vereinbarten Arbeitslohns handelte, die folglich als lohnsteuerpflichtige Bezüge anzusehen waren. Auch wenn der Zweck der gewählten Konstruktion nicht in der Umgehung einer Vollbeschäftigung lag, so dürfte auch hier das Motiv in der damit einhergehenden Ersparnis erhöhter Beitrags- und Abgabepflichten gelegen haben.

III. Scheinselbständigkeit

Scheinselbständigkeit manifestiert sich in Form der Leistungserbringung von einfachen manipulativen Tätigkeiten im Rahmen eines Werkvertrags durch Einzelunternehmer, die vielfach auch steuerrechtlich mittels Steuernummer erfasst sind und über eine UID sowie die erforderliche Gewerbeberechtigung verfügen¹³⁶.

¹³³ Vgl zur Lage in Deutschland den 11. Bericht der Bundesregierung über die Auswirkungen des Gesetzes zur Bekämpfung der illegalen Beschäftigung, BT-Drucks 16/13768, 19; s Sachverhalt LSG Nordrhein-Westfalen 24.06.2009 L 8 B 4/09; LSG Bayern 08.05.2007, L 5 KR 12/04.

¹³⁴ BMF, Betrugsbekämpfungsbericht 2009, 26.

¹³⁵ VwGH 23.09.2005, 2002/15/0065.

¹³⁶ Fritz, UVSaktuell 2009, 52 (52).

IdR handelt es sich bei diesen Gewerben um einfache Tätigkeiten iSd § 31 Abs 1 GewO, die zwar von einem reglementierten Gewerbe erfasst sind, aber keine typischen Kerntätigkeiten des betreffenden Gewerbes darstellen. Während diese einfachen manipulativen Tätigkeiten traditionellerweise im Rahmen von echten Dienstverhältnissen erfolgten, werden sie mittlerweile gehäuft auf Einzelunternehmer im Rahmen eines Werkvertrags ausgelagert. Im Baugewerbe wurde die Problematik vor allem unter dem Stichwort „polnische Spachtler“ bekannt¹³⁷. Die von den „selbständigen“ Spachtlern verwendeten Gewerbeberechtigungen lauten auf „Verspachteln von bereits montierten Gipskartonplatten unter Ausschluss jeder einem reglementierten Gewerbe vorbehaltenen Tätigkeit“ oder „Montage von mobilen Trennwänden durch Verschrauben fertigbezogener Profilverteile oder Systemwände mit Anschlusskabeln, die in einfacher Technik ohne statische Funktion Räume variabel unterteilen“. Darüber hinaus scheinen im Baugewerbe vor allem folgende freie Gewerbe, die wohl ebenfalls das Risiko der Umgehung einer abhängigen Beschäftigung in sich tragen, zunehmend angemeldet zu werden¹³⁸:

- Schneiden, Biegen und Flechten von Baueisen, unter Ausschluss aller statisch belangreichen Konstruktionen sowie aller Verlegearbeiten auf Baustellen,
- Heben, Senken und Befördern von Lasten mittels Einsatz von mechanischen oder maschinellen Einrichtungen unter Ausschluss der Beförderung mittels Kraftfahrzeugen,
- Statisch nicht belangreiche Demontage und Entfernung von dauerhaft mit dem Mauerwerk verbundenen Gegenständen wie zB Fliesen, Türstöcken, Fensterstöcken, Fußböden, Gipskartonwänden und solchen Zwischenwänden, die keine konstruktiven Gebäudeteile darstellen, bzw fest verschraubten Gegenständen wie zB Sanitäreanlagen zur Vorbereitung des Abrisses des Gebäudes durch befugte Baumeister und Inhaber des Teilgewerbes Erdbau, sofern die Leitungen und Rohre nicht mehr mit den Versorgungsnetzen verbunden sind,
- Montage von mobilen Trennwänden durch Verschrauben fertigbezogener Profilverteile oder Systemwände mit Anschlusskabeln, die in einfacher Technik ohne statische Funktion Räume variabel unterteilen,

¹³⁷ Vgl. „Schwarzarbeit: Alte Probleme, neue Pläne“, Salzburger Nachrichten vom 11.10.2010 <http://www.salzburg.com/online/nachrichten/newsletter/Schwarzarbeit-Alte-Probleme-neue-Plaene.html?article=eGMmOI8VeRroiWIuzNhRiv9eLOZVqCJ5F3YoffS&img=&text=&mode> (19.11.2010).

¹³⁸ Die angeführten freien Gewerbe basieren auf einer von der MA 63 dankenswerter Weise zur Verfügung gestellten Auflistung.

- Aufstellen von mobilen Sichtschutzeinrichtungen für Toilettenanlagen, Umkleidekabinen und dergleichen durch einfaches Zusammenstecken oder Verschrauben fertig bezogener Bestandteile sowie
- Verschließen von Bauwerksfugen mittels plastischer und dauerelastischer Kunststoffmassen und Kunststoffprofilen

Hervorzuheben bleibt hingegen, dass es sich auch bei der Scheinselbständigkeit keineswegs um ein auf das Baugewerbe begrenztes Phänomen handelt. In der Rspr lassen sich Beispiele zu „selbständigen“ Paketzustellern¹³⁹, Gärtnern¹⁴⁰, LKW-Fahrern¹⁴¹, Plakatierern und Ankündigungsunternehmern¹⁴², Küchenhelfern¹⁴³, Reinigungskräften¹⁴⁴ und Lagermitarbeitern (als Konsulenten bezeichnet)¹⁴⁵ finden.

Auch im Zusammenhang mit Scheinselbständigkeit sind vielfach Vermittler anzutreffen, die sich um die administrative Abwicklung kümmern und dabei insbes die Gewerbeanmeldung, die Anträge auf Steuer- oder UID-Nummern vornehmen und in weiterer Folge auch die Rechnungslegung für den Scheinselbständigen übernehmen¹⁴⁶.

Vor der Öffnung des Arbeitsmarkts wurde Scheinselbständigkeit vielfach als probates Mittel der Umgehung arbeitsmarktpolitischer Bewilligungspflichten wahrgenommen. Doch auch seit der Öffnung des Arbeitsmarkts für die „neuen“ Mitgliedstaaten von 2004 lässt sich bei Kontrollen von Organen der KV-Träger oder FinPol bisher kein Rückgang der Betretungen von Scheinselbständigen feststellen. Dies zeigt, dass auch nach Wegfall der arbeitsmarktpolitischen Beschränkungen Scheinselbständigkeit nach wie vor ein effektives Mittel zur Umgehung von SV-Beiträgen und lohnabhängigen Abgaben ist.

IV. Scheinentsendung

A) Grundlegendes zur gemeinschaftsrechtlichen Entsendung

1. Der Tatbestand der Entsendung

Das europäische Sozialrecht ist von den Grundsätzen der Einfachversicherung und des Territorialitäts- oder Tätigkeitsortsprinzips geprägt, denen zufolge Erwerbstätige dem Sozialversicherungsrecht jenes Mitgliedstaats unterliegen sollen,

¹³⁹ UFS Wien 01.09.2010 GZ RV/0706-W/10 RV/0707-W/10.

¹⁴⁰ UFS Graz 16.09.2009 GZ RV/0349-G/07.

¹⁴¹ VwGH 08.08.2008, 2008/09/0163.

¹⁴² VwGH 20.11.2008, 2008/09/0281.

¹⁴³ UVS NÖ 16.06.2008, Senat-MD-08-1032.

¹⁴⁴ UVS NÖ 19.05.2008, Senat-HO-06-2002.

¹⁴⁵ VwGH 13.08.2003, 2000/08/0166.

¹⁴⁶ *BMF*, Betrugsbekämpfungsbericht 2007, 20.

in dem die Tätigkeit ausgeübt wird¹⁴⁷. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz stellen grenzüberschreitende Entsendungen dar, bei denen trotz Beschäftigung im Ausland die Rechtsvorschriften des Entsendestaats anwendbar bleiben¹⁴⁸. Die relevanten Rechtsgrundlagen finden sich in der VO zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit¹⁴⁹ sowie der dazu ergangenen Durchführungs-VO¹⁵⁰. Bei Auslegungsfragen sind zudem die Beschlüsse der Verwaltungskommission für die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit zu beachten, die gem Art 72 VO 883/2004 mit der Behandlung von relevanten Verwaltungs- und Auslegungsfragen, technischer Unterstützung und Koordinierung zwischen den Mitgliedstaaten betraut ist.

Gem Art 12 VO 883/2004 unterliegt eine Person, die in einem Mitgliedstaat für Rechnung eines Arbeitgebers, der gewöhnlich dort tätig ist, eine Beschäftigung ausübt und die von diesem Arbeitgeber in einen anderen Mitgliedstaat entsandt wird, um dort eine Arbeit für dessen Rechnung auszuführen, weiterhin den Rechtsvorschriften des ersten Mitgliedstaats, sofern die voraussichtliche Dauer dieser Arbeit vierundzwanzig Monate nicht überschreitet und diese Person nicht eine andere Person ablöst. Voraussetzungen einer Entsendung sind daher der Bestand eines Beschäftigungsverhältnisses zu einem Unternehmen mit Sitz in einem Mitgliedstaat, der Tatbestand der Entsendung, der Fortbestand des Beschäftigungsverhältnisses zum bisherigen DG auch während der Entsendung und die zeitliche Befristung derselben¹⁵¹.

a) Gewöhnliche Geschäftstätigkeit des DG im Sitzstaat

Auf Basis der Vorgänger-VO 1408/71¹⁵² hatte sich der EuGH mit Unternehmen auseinanderzusetzen, die zwar DN in andere Mitgliedstaaten entsandten, jedoch im Sitzstaat keinerlei nennenswerte Geschäftstätigkeit entfalteten. In der Rs *Fitzwilliam* gelangte der Gerichtshof zur Ansicht, dass eine Entsendung nur dann vorliege, wenn das Unternehmen seine Geschäftstätigkeit gewöhnlich im Sitzstaat ausüben würde¹⁵³. Ob die erforderliche „gewöhnliche Geschäftstätigkeit“ vorliege, sei anhand einer Gesamtschau aller Tätigkeiten des Unternehmens zu würdigen. Dabei nennt der Gerichtshof – demonstrativ – folgende Aspekte¹⁵⁴:

- den Ort, an dem das Unternehmen seinen Sitz und seine Verwaltung hat,
- die Zahl der im Mitgliedstaat seiner Betriebsstätte bzw in dem anderen Mitgliedstaat in der Verwaltung Beschäftigten,
- den Ort, an dem die entsandten AN eingestellt werden,

¹⁴⁷ Kopecek in *Endfellner et al*, Personalentsendung², 59.

¹⁴⁸ *Shubshizky*, ASoK 2000, 127 (127).

¹⁴⁹ VO 883/2004/EG, ABl L 166 S 1.

¹⁵⁰ VO 987/2009/EG, ABl L 284 S 1 (im Folgenden: DVO).

¹⁵¹ *Steinmeyer* in *M.Fuchs*, Europäisches Sozialrecht⁵, 172.

¹⁵² VO 1408/71/EWG, ABl L 149 S 2.

¹⁵³ EuGH 10.02.2000 Rs C-202/97 (*Fitzwilliam*).

¹⁵⁴ EuGH 10.02.2000 Rs C-202/97 (*Fitzwilliam*) Rn 43.

- den Ort, an dem der Großteil der Verträge mit den Kunden geschlossen wird,
- das Recht, dem die Verträge unterliegen, die das Unternehmen mit seinen Arbeitnehmern bzw mit seinen Kunden schließt
- den Umsatz, der während eines hinreichend charakteristischen Zeitraums im jeweiligen Mitgliedstaat erzielt wird

Diese Rspr wurde in weiterer Folge in der Rs *Plum*¹⁵⁵ konsequent bestätigt: AN eines Bauunternehmens, die im Gebiet eines anderen Mitgliedstaates eingesetzt werden, in dem dieses Unternehmen – abgesehen von rein interner Verwaltungstätigkeit – seine gesamte Geschäftstätigkeit ausübt, unterfallen nicht der Entsenderegelung und unterliegen der Sozialversicherung des Beschäftigungsstaates¹⁵⁶.

b) (Fort)Bestand der arbeitsrechtlichen Bindung zwischen DN und DG

Der Entsendungstatbestand erfordert darüber hinaus, dass die zwischen dem entsendenden DG und dem entsandten DN etablierte arbeitsrechtliche Bindung auch während der Entsendung fortbesteht. Diese Frage ist anhand mehrerer Merkmale, insbes der Verantwortung für Anwerbung, Arbeitsvertrag, Entlohnung, Entlassung sowie der Entscheidungsgewalt über die Art der Arbeit, zu klären¹⁵⁷. Werden DN erst im Hinblick auf die Entsendung eingestellt, so unterliegen diese nur dann der Ausnahmeregelung des Art 12 VO 883/2004, wenn sie schon unmittelbar vor Beginn der Beschäftigung den Rechtsvorschriften des Staates unterliegen, in dem der DG seinen Sitz hat (Art 14 Abs 1 DVO). Für die Verwaltungskommission bedeutet „unmittelbar vor Beginn der Beschäftigung“ eine Dauer von etwa einem Monat, bei kürzeren Zeiträumen bedürfte es einer Bewertung von Fall zu Fall¹⁵⁸. Reine „Ortskräfte“, dh DN, die erst im anderen Mitgliedstaat eingestellt werden, unterfallen nicht dem Tatbestand der Entsendung, weil es dabei zu keinem durch den DG veranlassten und in dessen Interesse erfolgenden Ortswechsel kommt¹⁵⁹. Dreiecksentsendungen, bei denen ein DN aus einem ersten Mitgliedstaat, von einem Unternehmen mit Sitz in einem zweiten Mitgliedstaat in einen dritten Staat zur Verrichtung von Tätigkeiten entsandt wird, unterfallen dem Geltungsbereich des Art 12 VO 883/2004/EG ebenso wenig wie eine Überlassung des entsandten DN an weitere Unternehmen während des Entsendezeitraums¹⁶⁰ oder Kettenentsendungen.

¹⁵⁵ EuGH 09.11.2000 Rs C-404/98 (*Plum*).

¹⁵⁶ Die von der Rspr entwickelten Grundsätze sind mittlerweile auch Bestandteil der VO, vgl Art 14 Abs 2 DVO sowie die detailliertere Auslegung der Verwaltungskommission, Beschluss der Verwaltungskommission, Nr A2 ABL C 106 S 5.

¹⁵⁷ Z 1 Beschluss der Verwaltungskommission, Nr A2 ABL C 106 S 6.

¹⁵⁸ Z 1 Beschluss der Verwaltungskommission, Nr A2 ABL C 106 S 6.

¹⁵⁹ Ausführlich *Shubshizky*, ASoK 2004, 189 (191 f); *Steinmeyer* in *M.Fuchs*, Europäisches Sozialrecht⁵, 173.

¹⁶⁰ Z 4 Beschluss der Verwaltungskommission, Nr A2 ABL C 106 S 6; *Kopecek* in *Endfellner et al*, Personalentsendung², 60 f.

c) Zeitliche Begrenzung der Tätigkeit im Ausland

Die Tätigkeit im Ausland muss zeitlich befristet sein und diese Befristung bereits bei Beginn der Tätigkeit feststehen¹⁶¹. Der Entsendungstatbestand ist daher nur erfüllt, wenn die voraussichtliche Dauer der Tätigkeit maximal 24 Monate beträgt. Im Gegensatz zur VO 1408/71 ist die Frist des Art 12 VO 883/2004 nicht verlängerbar¹⁶². Damit ist bei voraussichtlich über die 2-Jahresfrist hinausreichenden Tätigkeiten Art 12 VO 883/2004 von vornherein nicht anwendbar. Im gegenteiligen Fall der voraussichtlich zwei Jahre nicht überschreitenden, aber in der Folge tatsächlich länger dauernden Tätigkeit wäre die Entsendungsregelung mit Ablauf der 24 Monate nicht mehr anwendbar¹⁶³. Zur Hintanhaltung von Missbräuchen gelten die Vorschriften des Entsendestaats zudem nur dann weiter, wenn ein entsandter DN nicht nur zur Ablöse eines anderen DN eingesetzt wird, dessen Entsendefrist bereits erschöpft ist. Davon sollen allerdings nur jene Ablösen betroffen sein, deren Grund ausschließlich im Ablauf der Entsendezeit zu sehen ist¹⁶⁴.

2. Die Bescheinigung der Voraussetzungen des Entsendungstatbestands

Gem Art 19 Abs 2 DVO hat der zuständige Träger jenes Mitgliedstaats, dessen Rechtsvorschriften anzuwenden sind, auf Antrag diesen Umstand zu bescheinigen. Zu diesem Zweck wurde eine in allen Mitgliedstaaten genormte Vorlage, die sog „A1-Bescheinigung“ entworfen, auf der der zuständige Träger das Vorliegen des Entsendungstatbestands sowie den Status einer konkreten Person (DN oder Selbständiger) bestätigt. Wird eine solche Bescheinigung ausgestellt, so ist sie als Dokument iSd Art 5 Abs 1 DVO für alle anderen Träger solange verbindlich, als sie vom ausstellenden Mitgliedstaat nicht für ungültig erklärt oder zurückgezogen wird. Bei Zweifeln an den der Bescheinigung zugrundeliegenden Voraussetzungen können die Behörden den ausstellenden Träger kontaktieren und um weitergehende Feststellungen bzw um Widerruf der Bescheinigung ersuchen (Art 5 Abs 2 DVO). Kommen die beteiligten Träger zu keiner Einigung, kann die Verwaltungskommission zur Schlichtung angerufen werden (Art 5 Abs 4 DVO).

Mit den genannten Regelungen zur Bindungswirkung wurde im Wesentlichen die schon zur Vorgänger-VO und den damals bestehenden E 101-Bescheinigungen ergangene Rspr des EuGH ausdrücklich normiert. Im *Fitzwilliam*-Urteil¹⁶⁵ wurde die Bindungswirkung aus dem Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit,

¹⁶¹ *Steinmeyer* in *M.Fuchs*, Europäisches Sozialrecht⁵, 174.

¹⁶² Außer bei bestehenden Vereinbarungen iSd Art 16.

¹⁶³ *Shubshizky*, ASoK 2004, 189 (191).

¹⁶⁴ *Steinmeyer* in *M.Fuchs*, Europäisches Sozialrecht⁵, 175.

¹⁶⁵ EuGH 10.02.2000 Rs C-202/97 (*Fitzwilliam*); die Entscheidung erging noch zur alten Rechtslage und den darauf basierenden E 101-Bescheinigungen, den Vorgängern der heutigen A1-Bescheinigungen. Die dahinter stehende Problematik hat sich durch die neue Rechtslage nicht geändert.

der Gemeinschaftstreue (Art 4 Abs 3 AEUV) und Erwägungen der Rechtssicherheit abgeleitet. Durch die Ausstellung einer Entsendebescheinigung erklärt der ausstellende Träger verbindlich, dass sein eigenes System der sozialen Sicherheit Anwendung findet. In der Rs *Barry Banks*¹⁶⁶ wurde schließlich klargestellt, dass die Bescheinigung jedenfalls solange Bindungswirkung entfalte, als sie vom ausstellenden Träger nicht zurückgezogen oder für ungültig erklärt wurde. Auch eine verspätete Ausstellung bindet und vermag daher Rückwirkung zu entfalten¹⁶⁷. In der Rs *Herbosch Kiere*¹⁶⁸ ging das Höchstgericht schließlich noch einen Schritt weiter und folgerte, dass auch ein Gericht des Gaststaats der DN nicht befugt sei, die zugrundeliegenden Tatsachen und damit die Gültigkeit einer vorhandenen Entsendebescheinigung in Frage zu stellen. Der österreichische VwGH hat sich dieser Rspr unwidersprochen angeschlossen¹⁶⁹.

B) Scheinentsendung als Umgehungsszenario von Lohn- und Sozialabgaben

1. Scheinentsendung durch Schein- bzw Briefkastenfirmen / Rekrutierung von Ortskräften als entsandte DN

Vielfach ist ein vorgeblicher Entsendungstatbestand schon mangels nennenswerter Geschäftstätigkeit des ausländischen DG im Sitzstaat nicht erfüllt. In der Praxis wird immer wieder von Fällen berichtet, in denen ausländische Schein- bzw Briefkastenfirmen ausschließlich mit dem Zweck der Entsendung von DN ins Inland gegründet werden¹⁷⁰. Bei den eingestellten DN handelt es sich vielfach um Ortskräfte, dh sie werden im Inland rekrutiert und in der Folge auch ausschließlich im Inland eingesetzt und ausbezahlt, während sie im Sitzstaat zur SV angemeldet werden. Besonders anfällig für Fälle der Scheinentsendungen scheint vor allem die Inanspruchnahme von Leiharbeitsfirmen im grenzüberschreitenden Kontext zu sein¹⁷¹.

2. Kettenentsendungen

Bei Kettenentsendungen werden DN entsandt, um andere DN, deren Entsendezeit bereits abgelaufen ist, abzulösen. Diese Fälle sind wegen der immanenten

¹⁶⁶ EuGH 30.03.2000 Rs C-178/97 (*Barry Banks*).

¹⁶⁷ *Steinmeyer* in *M.Fuchs*, Europäisches Sozialrecht⁵, 175.

¹⁶⁸ EuGH 26.01.2006 Rs C-2/05 (*Herbosch Kiere*).

¹⁶⁹ VwGH 16.03.2011, 2008/08/0153.

¹⁷⁰ Zur Situation in Deutschland vgl BT-Drucks 16/13768, 17 f; *Richter* in *Richter*, Schwarzarbeit 12; Tgb 06092011 II.; Tgb 10102011 VI.

¹⁷¹ *Cremers*, Arbeitskräfte 30.

Missbrauchsgefahr¹⁷² ausdrücklich von der Anwendbarkeit des Art 12 VO 883/2004 ausgenommen, dürften aber in der Praxis regelmäßig auftreten¹⁷³.

3. Fälschung und Vervielfältigung von Entsendebescheinigungen

Die Fälschung und Vervielfältigung von Entsendebescheinigungen scheint auch in Österreich regelmäßig vorzukommen¹⁷⁴. Während bei verwaltungsbehördlichen Kontrollen durch die Finanzpolizei oder KV-Träger die Meldung zur österreichischen SV via Laptop unmittelbar überprüft werden kann, entziehen sich DN mit Entsendebescheinigung jeglicher Kontrolle. Mangels Zugriffsmöglichkeit auf Datenbanken des ausländischen Trägers kann weder der Umstand der Meldung, noch die Beitragsleistung im Ausland überprüft werden. Angesichts der bürokratischen Hürden sowie der Bindungswirkung der Bescheinigungen werden diese in praxi nicht hinterfragt, womit auch Fälschungen üblicherweise nicht auffallen.

4. Beweggründe und Motive

Ebenso wie andere Umgehungsstrukturen ermöglichen Scheinentsendungen erhebliche Kostenvorteile gegenüber legalem Auftreten, sofern die SV-Beiträge im Herkunftsland geringer als in Österreich sind oder nicht entrichtet werden. Im europäischen Kontext ergeben sich dabei vereinzelt Kostenvorteile iHv bis zu 30 %¹⁷⁵. Vielfach werden neben der Verkürzung von Lohn- und Sozialabgaben auch bei den DN Kosten eingespart, indem diese unterhalb der kollektivvertraglichen Mindeststandards des Tätigkeitsorts beschäftigt und entlohnt werden. Entsendungen bzw Scheinentsendungen gehen damit regelmäßig auch mit Erscheinungsformen des Lohndumpings Hand in Hand, die sich in unbezahlten Überstunden, Verwaltungskostenabzügen, erzwungenen und ungerechtfertigten Abzügen für Unterkunft und Transport und Rückerstattungspflichten von Lohnanteilen nach Rückkehr in das Herkunftsland manifestieren¹⁷⁶.

Das Risiko der Entdeckung durch die inländischen Behörden ist dabei denkbar gering: Einerseits verfügen die Behörden nicht über die Möglichkeit durch Außenprüfungen und Kontrollen beim Entsendeunternehmen den zugrundeliegenden Sachverhalt zeitnah festzustellen. Andererseits haben sie nach der Rspr und der mittlerweile klar normierten Rechtslage (Art 5 Abs 1 DVO) bei Vorhandensein von A 1 – Bescheinigungen keine Möglichkeit, die zugrundeliegenden Tatsachen in Frage zu stellen oder Meldung und Beitragsleistung zu überprüfen. Zwar wurden immer wieder Bescheinigungen bei ausländischen SV-Trägern beanstandet,

¹⁷² Diese besteht vor allem in der Gefahr, dass ein DG de facto dauerhaft DN im aufnehmenden Staat einsetzt, sich durch den laufenden Wechsel der handelnden Personen aber nicht nach dem inländischen Beitragsniveau richten muss und daraus Wettbewerbsvorteile lukriert (*Steinmeyer in M.Fuchs*, Europäisches Sozialrecht⁵, 175).

¹⁷³ Tgb 10102011 VI.

¹⁷⁴ Tgb 06092011; zu anderen europäischen Staaten vgl *Cremers*, Arbeitskräfte 50, 52.

¹⁷⁵ *Cremers*, Arbeitskräfte 47.

¹⁷⁶ *Cremers*, Arbeitskräfte 47; *Richter in Richter*, Schwarzarbeit 12.

jedoch kommt es meist zu keiner Zurücknahme durch den ausstellenden Träger¹⁷⁷.

V. Gänzlich klandestine Schwarzarbeit

Als gänzlich klandestine Schwarzarbeit sollen jene Fälle der Beschäftigung von DN bezeichnet werden, die vollständig im Schatten erfolgen. Dieser Bereich zeichnet sich vor allem durch die Unterlassung der Anmeldung zur SV aus. Die Auszahlung des Entgelts erfolgt „brutto für netto“ bar auf die Hand. Im Unterschied zu den oben beschriebenen Szenarien beschränkt sich die Umgehung allerdings auf die Nicht-Meldung. Zusätzliche Verschleierungshandlungen zur Ermöglichung von SV-Schutz für den DN oder die Abdeckung des Schwarzlohnaufwands für den DG unterbleiben. Diese Erscheinungsform findet sich meist im niederschweligen – oftmals auch eher im privaten als im gewerblichen – Bereich. DN sind diesfalls vielfach über ein anderes Beschäftigungsverhältnis ohnedies sozialversichert und erwirtschaften durch gelegentliche Schwarzarbeit zusätzliche Einkünfte.

VI. Betroffene Branchen

Die geschilderten Szenarien betreffen vielfach das Bau- und Baunebengewerbe, das auch Adressat der überwiegenden Mehrheit der gesetzgeberischen Initiativen zur Sozialbetrugs- und Schwarzarbeitsbekämpfung war. Die Feldforschungen haben allerdings gezeigt¹⁷⁸, dass die beschriebenen Umgehungsszenarien mittlerweile branchenübergreifende Bedeutung erlangt haben und keineswegs bloß auf den Baubereich beschränkt sind. Durch die in den letzten Jahren verstärkte Kontrolltätigkeit durch Abgabenbehörden und KV-Träger sind neben dem Bau- und Baunebengewerbe insbes folgende Branchen als Risikobranchen anzusehen:

- Arbeitskräfteüberlassung / Personalleasing
- Gastronomie, Hotellerie
- Transportgewerbe
- Kleintransportgewerbe
- Reinigungsgewerbe
- Plakatierung
- Fleischzerlegungsgewerbe
- Taxigewerbe
- Land- und Forstwirtschaft, insbes Erntehelfer und Forstarbeiter

¹⁷⁷ Tgb 06092011; Tgb 10102011; zu Deutschland BT-Drucks 16/13768, 17 f.

¹⁷⁸ Tgb 31052011 III.; Tgb 19042011 II.; Tgb21042011 II.; Tgb 03052011 III.; Tgb 10102011 II.-V.; Tgb 06092011 I.-VII.

ZWEITES KAPITEL - FESTGESTELLTE PROBLEMLAGEN IM UMGANG MIT SCHEINFIRMEN

Von Seiten des Auftraggebers sowie der projektbegleitenden Steuerungsgruppe wurde vielfach die Problematik des organisierten Sozialbetrugs mittels Scheinfirmen als weit verbreitete und angesichts der von vielen betroffenen Behörden wahrgenommenen hohen Fallzahlen und beachtlichen Dimensionen der verwirklichten Schäden als besonders relevante Erscheinungsform bezeichnet. Folglich konzentrierte sich das Forschungsprojekt überwiegend auf die Aspekte im Umgang mit Scheinfirmen, die im folgenden Kapitel näher dargestellt werden.

I. Früherkennung von Scheinfirmen

A) Indikatoren zur Früherkennung von Scheinfirmen

Aus der praktischen Erfahrung der GKKen, Abgabenbehörden und Polizei lassen sich Indikatoren filtern, die den Verdacht begründen können, dass es sich bei einem Firmenmantel um eine Scheinfirma handelt. Dabei kann es sich um Neugründungen zu sozialbetrügerischen Zwecken handeln, in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle scheinen jedoch bestehende Firmenmäntel übernommen und ab einem gewissen Zeitpunkt zu sozialbetrügerischen Zwecken eingesetzt zu werden. Praktisch relevante Frühindikatoren sind:

- Der offizielle Gesellschafter-Geschäftsführer ist nicht erreichbar bzw weiß nicht, dass er Geschäftsführer einer Gesellschaft ist.
- Verwendung ver- oder gefälschter Ausweispapiere bei Übernahme/Gründung der Gesellschaft.
- Dubioser Firmensitz wie bspw:
 - reine Briefkastenadresse
 - Scheinadresse (Türnummer nicht existent)
 - verwaistes Kellerabteil
 - amtsbekannte Adressen, an denen vielfach Scheinfirmen ihren Firmensitz haben.
- Explosionsartiges Ansteigen von DN-Anmeldungen zur SV: Anmeldung von mehreren Dutzend, teilweise hunderten, in Extremfällen über tausend DN über einen Zeitraum von wenigen Wochen.
- Auffällige Anmeldemodalitäten:

- Bei Papieranmeldungen: Verwendung unterschiedlicher Stempel, und Unterschriften.
- Bei elektronischen Anmeldungen via ELDA: Verwendung unterschiedlicher Seriennummern bei der Anmeldung.
- Auffälligkeiten bei der Einhaltung der lohnabgabenrechtlichen Erklärungspflichten:
 - Keine Übermittlung von BN trotz hoher Zahl an DN-Anmeldungen.
 - Auffallende Diskrepanz zwischen den in den übermittelten BN gemeldeten Bemessungsgrundlagen und der angemeldeten Anzahl von DN.
 - Auffallende Diskrepanz von gemeldeter LSt, DB, DZ und angemeldeter DN-Anzahl.
- DN-Wanderungen: Beobachtung einzelner DN-Gruppen, die von bereits bekannten Scheinfirmen auf neue Firmenmäntel umgemeldet werden.
- Anstellung amtsbekannter gewerberechtl. Geschäftsführer.
- Übernahme der Lohnverrechnung durch einschlägig bekannte Lohnverrechnungsbüros / amtsbekannte gewerbliche Buchhalter.

B) Früherkennung durch Kontrollen

Besonders relevant für die Früherkennung von aktiven Scheinfirmenmänteln ist die in den letzten Jahren gesteigerte Kontrolltätigkeit durch die FinPol, die KV-Träger und die BUAK.

1. Kontrollen durch die FinPol

a) Grundlegendes zur Organisationseinheit der FinPol

Im Jahr 2002 wurde die KIAB als eigene Organisationseinheit im Rahmen der Zollverwaltung als Kontrollorgan einer vielgestaltigen Palette von Aufgaben, in deren Zentrum vor allem arbeitsmarktpolitische Materien nach dem AuslBG standen, ins Leben gerufen. Im Zuge des Betrugsbekämpfungsg 2006¹⁷⁹ wurde die KIAB vom Zoll in die Finanzverwaltung überführt und in die Finanzämter als eigenständige KIAB-Teams eingegliedert¹⁸⁰. Im dazu ergangenen „Leitfaden KIAB zu den Finanzämtern“¹⁸¹ ebenso wie im „Organisationshandbuch der Finanzverwaltung“¹⁸² werden folgenden Kernaufgaben der KIAB genannt:

¹⁷⁹ BGBl I 99/2006.

¹⁸⁰ Zur institutionellen Entwicklung Houf/Lehner, KIAB-Kontrollen, Rz 1; Lehner, taxlex 2006, 4 (4); Houf, persaldo 2007, 10 (10 f).

¹⁸¹ GZ BMF-280100/0004-IV/2/2006 vom 13.11.2006.

¹⁸² GZ BMF-280000/0016-IV/2/2010 vom 02.02.2010.

- Kontrolle der Einhaltung der Bestimmungen des AuslBG
- Kontrolle der Einhaltung der Bestimmungen des § 7b AVRAG
- Bekämpfung und Verfolgung des volkswirtschaftlich schädlichen Sozialbetrugs nach Art III SozBeG
- Kontrolle der Einhaltung und Mitwirkung an der Überwachung der versicherungs- und melderechtlichen Bestimmungen des ASVG
- Meldung von Verstößen gegen das ALVG
- Meldung von Verstößen gegen die GewO im Falle unbefugter Gewerbeausübung
- Unterstützung der Verwaltungsstrafverfahren als Amtspartei, als Zeuge, als Auskunftsperson oder informierter Vertreter.

Als Zusatzaufgaben werden die mit den Kernaufgaben in Zusammenhang stehenden Bereiche des Abgabenvollzugs der Finanzämter genannt, insbes die Festsetzung lohnabhängiger Abgaben, Abgabensicherung und Betrugsbekämpfung. Die KIAB sollte damit auch als zentrale Ansprechstelle der StA bei der Sozialbetrugsbekämpfung die kriminalpolizeilichen Aufgaben im Bereich des Sozialbetrugs übernehmen¹⁸³. Die völlig unterschiedlichen Materiengesetzen entstammenden Aufgabenbereiche der KIAB schlugen sich auch in einer selektiven Reichweite ihrer Befugnisse, dem häufigen Wechsel von Verfahrensrechten sowie unterschiedlichen Rechtsschutzwegen der Kontrollunterworfenen nieder¹⁸⁴. Je nach Kontrollbereich wurde die KIAB funktional als Organ der öffentlichen Aufsicht (insbes AuslBG, AVRAG), Kontrollorgan (GewO, ASVG, ALVG), Organ der Abgabenbehörde bzw der Finanzstrafbehörde oder als Kriminalpolizei (SozBeG) tätig und verfügte je nach Sachlage über die im AuslBG, der BAO, dem FinStrG oder der AbgEO etc vorhandenen Befugnisse¹⁸⁵.

Mit dem Betrugsbekämpfungsg 2010¹⁸⁶ wurden die KIAB-Teams in Finanzpolizei umbenannt und mit erweiterten Befugnissen ausgestattet (§ 12 AVOG). Durch die Einführung eines „Pool-Finanzpolizei“, eines „Finanzpolizei-Koordinators“ und einer „Stabstelle Finanzpolizei (Projekt)“ im BMF kam es auch zu beachtlichen strukturellen Neuerungen.

a) Aufgaben der FinPol

Im „Einführungserlass Finanzpolizei“¹⁸⁷ werden die ursprünglichen Aufgaben der KIAB einer neuen Einteilung in originäre, ordnungspolitische und Auftragsaufgaben unterworfen. Die originären Aufgaben bestehen in der Steueraufsicht, die als die Ermittlung der Grundlagen für die Abgabenerhebung,

¹⁸³ EBRV 698 BlgNR XXII.GP 11; dazu im Detail unten S 122 ff.

¹⁸⁴ Zum rechtlichen „Bauchladen“ der KIAB schon *Lehner*, taxlex 2007, 413 (413 ff).

¹⁸⁵ *Houf/Lehner*, KIAB-Kontrollen, Rz 82 ff.

¹⁸⁶ BGBl I 105/2010.

¹⁸⁷ GZ BMF-280100/0002-IV/2/2011 vom 26.05.2011.

einschließlich der Festsetzung und der Erhebung der Abgaben definiert wird. Im Einzelnen zählen dazu die Feststellung steuerlich relevanter Sachverhalte, das Aufdecken von Scheinselbständigkeit sowie die Sicherung von Abgabenansprüchen und die Einbringung von Rückständen. Zu den ordnungspolitischen Aufgaben zählen die abgabenfremden Zuständigkeiten (insbes AuslBG, AVRAG, ASVG, AIVG, GewO, GSpG, LSDB-G). Auch die Wahrnehmung der Kriminalpolizei im Rahmen des SozBeG wird zu den ordnungspolitischen Aufgaben gezählt¹⁸⁸. Die Auftragsaufgaben betreffen Maßnahmen im Auftrag der Abgaben- oder Finanzstrafbehörden.

Zusätzlich zu den Kernteams Finanzpolizei wird an jedem FA eine erweiterte FinPol im Rahmen des sog „Pool-Finanzpolizei“ gebildet¹⁸⁹. Dabei handelt es sich um einen Pool aus Mitarbeitern anderer FA-Bereiche, die im Bedarfsfall zur Verstärkung der FinPol zur Verfügung stehen. Durch die fallspezifische Einbeziehung von Spezialisten aus dem Bereich der betrieblichen Veranlagung (Betriebsprüfung und GPLA), der Abgabensicherung sowie dem Strafsachenbereich soll ein optimaler Wissenstransfer gewährleistet werden.

Als zentraler Angelpunkt der Betrugsbekämpfung soll es auch an jedem FA einen FinPol-Koordinator geben. Im Gegensatz zu den bisherigen Betrugskoordinatoren handelt es sich dabei um einen eigenen Posten, der grundsätzlich in Hauptfunktion auszuüben ist. Der FinPol-Koordinator ist mit der Lenkung, Koordinierung, Analyse und Auswahl der finanzpolizeilichen Maßnahmen und Aufgaben betraut. Er ist zentraler Ansprechpartner im Bereich der vernetzten Betrugsbekämpfung innerhalb (Steuerfahndung, andere Finanzämter, Zollämter) wie auch außerhalb der Finanzverwaltung.

Die Stabstelle Finanzpolizei (Projekt) wurde direkt im BMF angesiedelt und der Dienstaufsicht des Leiters der Sektion IV (Zölle und internationale sowie organisatorische Steuerangelegenheiten) sowie der Fachaufsicht der Abteilung IV/3 (Betrugsbekämpfung) unterstellt. Die Aufgaben der Stabstelle bestehen im Aufbau der neuen FinPol-Struktur, der bundesweiten Steuerung aller im Bereich der Führung der FinPol übertragenen Aufgaben sowie der Steuerung der von den Abgabenbehörden zu setzenden Kontroll-, Erhebungs-, Nachschau- und Prüfungsmaßnahmen in besonderen Fällen. Durch die FinPol-Koordinatoren besteht eine unmittelbare Schnittstelle zu den einzelnen Ämtern. Ergebnisse oder Erkenntnisse, die eine über den Einzelfall hinausreichende Bedeutung haben, sind vom FinPol-Koordinator an die Stabstelle zu berichten.

b) Befugnisse der FinPol

Unter dem Titel Finanzpolizei räumt § 12 Abs 1 AVOG den Organen der Abgabenbehörden ein Bündel an Aufsichts-, Kontroll- und Beweissicherungs-

¹⁸⁸ GZ BMF-280100/0002-IV/2/2011 vom 26.05.2011.

¹⁸⁹ GZ BMF-280100/0002-IV/2/2011 vom 26.05.2011.

rechten für Zwecke der Abgabenerhebung und zur Wahrnehmung anderer, durch unmittelbar anwendbares Recht der EU oder Bundesgesetz übertragener Aufgaben ein. Konkret sollte § 12 AVOG den Organen der Abgabenbehörden als FinPol ein Mindestmaß an Befugnissen einräumen, über das sie zur Wahrnehmung aller ihnen übertragenen Aufgaben verfügen können¹⁹⁰. Zudem kam es zur Ausweitung der örtlichen und sachlichen Zuständigkeit der Organe der Abgabenbehörden durch § 12 Abs 4 AVOG, der den Beamten eines Finanzamtes allgemeine Aufsichts-, Kontroll- und Beweissicherungsmaßnahmen sowie Maßnahmen zur Sicherstellung der Abgabeneinbringung auch im Zuständigkeitsbereich eines anderen Finanzamtes ermöglicht.

Die Befugnisse nach § 12 Abs 1 bis 3 AVOG sollten einen Katalog an Mindestbefugnissen der FinPol begründen, der dieser – unabhängig von den wahrzunehmenden Kontrollaufgaben und daraus resultierenden Verfahrensvorschriften – in jedem Fall zur Verfügung steht¹⁹¹. Im Lichte des überaus breiten Aufgabenbereichs aus unterschiedlichen Rechtsbereichen ist dieses Anliegen im Dienste einer erleichterten und klareren Kontroll- und Vollzugspraxis auch durchaus nachvollziehbar. Allerdings findet sich im AVOG – ganz im Gegensatz zu den jeweils anwendbaren Materiengesetzen – weder eine Ermächtigung zur Anwendung unmittelbarer Befehls- und Zwangsgewalt noch zur Verhängung von Zwangsstrafen bei Zuwiderhandeln oder Verweigerung der in § 12 Abs 1 bis 3 AVOG normierten Mitwirkungs- und Duldungspflichten. Darüber hinaus steht ein Zuwiderhandeln gegen die in § 12 AVOG normierten Pflichten auch nicht unter Strafsanktion. Im Einzelnen könnten die gegenständlichen Befugnisse ohne Rückgriff auf ähnliche Normen in anderen Materiengesetzen bzw Verfahrensrechten weder unmittelbar noch mittelbar durch Androhung von Verwaltungsstrafen durchgesetzt werden.

Da es sich bei der FinPol eben nicht um eine homogene Verwaltungsmaterie handelt, fehlt es auch an einem einheitlichen Verfahrensrecht. Bei Konfliktsituationen, in denen die Betroffenen sich einer Kontrollmaßnahme widersetzen, könnte fraglich sein, auf welcher Basis (AuslBG, BAO, § 89 Abs 3 EStG etc) das Einschreiten erfolgt. Im Einzelnen kann es daher dem einschreitenden FinPol-Beamten auch weiterhin nicht erspart bleiben, genau zu differenzieren, auf welcher materiell- und verfahrensrechtlichen Basis sein konkretes Einschreiten zu erfolgen hat, um die daraus resultierenden Rechte und Pflichten des Betroffenen sowie die Reichweite seiner eigenen Befugnisse bestimmen und den weiteren Verlauf der Kontrollhandlung danach ausrichten zu können¹⁹². Da die in anderen Gesetzen eingeräumten Befugnisse durch § 12 AVOG unberührt bleiben, ist – wenn diese inhaltlich umfassender sind – jedenfalls weiterhin nach diesen vorzugehen (§ 12 Abs 7 AVOG). Für

¹⁹⁰ EBRV 875 BlgNR XXIV.GP 8.

¹⁹¹ EBRV 875 BlgNR XXIV.GP 8.

¹⁹² So auch *Houf*, persaldo 2011, 10 (15).

Aufgabenbereiche, zu deren Wahrnehmung bisher keine den Befugnissen des § 12 AVOG entsprechenden Kontrollrechte bestanden, könnte die Bestimmung zwar von Bedeutung sein, ist aber speziell in Konfliktsituationen mit Kontrollunterworfenen mangels Durchsetzbarkeit oder verwaltungsstrafrechtlicher Absicherung wohl kein solider Rückhalt. Demgegenüber ist die Vorbildbestimmung des § 26 AuslBG¹⁹³ zumindest mittelbar durch verwaltungsstrafrechtliche Sanktionen gem § 28 Abs 1 Z 2 lit c, d, e und f AuslBG abgesichert. In seiner Ausformung als materielle Befugnisnorm ist § 12 AVOG damit wohl als *lex imperfecta* zu qualifizieren, der kein über eine – in der Praxis vielleicht nicht ganz unbeachtliche – Symbolwirkung hinausreichender Anwendungsbereich verbleibt.

2. Kontrollen durch die KV-Träger¹⁹⁴

a) Erhebungsdienst der WGKK

Bei der WGKK gliedert sich der Bereich der Beitragsprüfung in den Prüfbereich und den Erhebungsdienst. Während die Kernaufgabe der Prüfer vor allem in der Durchführung der GPLA für vergangene Prüfzeiträume liegt, stehen eigene Erheber zur Klärung von aktuellen Einzelaufträgen, Betriebskontrollen etc zur Verfügung. Die Gliederung in Prüf- und Erhebungsdienst ist allerdings ein Spezifikum der WGKK. In anderen GKKen gibt es – soweit bekannt – zwar vereinzelt Erheber, in vielen Fällen verlässt man sich aber auch auf die Kontrolltätigkeit der FinPol. In der WGKK versucht man, die Erheber vor allem für die Klärung aktueller Sachverhalte einzusetzen, während Prüfer im Rahmen der GPLA immer nur vergangene Zeiten einer Prüfung unterziehen.

Die Tätigkeiten eines Erhebers decken sich in vielen Belangen mit jenen der FinPol, sind jedoch naturgemäß auf SV-rechtliche Belange beschränkt. Überprüft wird vor allem die Einhaltung der SV-rechtlichen Meldeverpflichtungen sowie die Vollständigkeit und Richtigkeit der Beitragsgrundlagen durch Betriebsbesuche und niederschriftliche Einvernahmen von DG und DN. Sollten im Innendienst Irregularitäten im Meldeverlauf festgestellt werden, können von den Erhebern im Außendienst weitere Informationen eingeholt werden. Im Zuge von Erhebungen werden vielfach Gesellschaften als aktive Scheinfirmer identifiziert, die jedoch bei der GKK mangels Übermittlung von BN noch keine Rückstände aufweisen. In diesen Fällen werden die Bemessungsgrundlagen üblicherweise geschätzt, wo-

¹⁹³ Laut den Materialien soll § 12 AVOG gewährleisten, dass die in § 26 AuslBG normierten Befugnisse in allen Tätigkeitsbereichen der Finanzpolizei zur Verfügung stehen, EBRV 875 BlgNR XXIV.GP 8.

¹⁹⁴ Die folgenden Ausführungen stützen sich – bedingt durch die vorgegebenen Rahmenbedingungen des Forschungsprojektes – vor allem auf Interviews und Beobachtungen bei der WGKK. Im Einzelnen kann daher von den Studienautoren nicht abschließend beurteilt werden, inwiefern sich die relevanten Aspekte ausschließlich auf Spezifika der WGKK beziehen oder auch für den Zuständigkeitsbereich anderer GKKen von Relevanz sind.

durch sich ein Saldo bei der GKK ergibt, der in weiterer Folge zu einem Konkursantrag führen kann.

Seit Februar 2008 besteht bei der WGKK eine auf BVH in Wien spezialisierte Baugruppe von sieben Erhebern¹⁹⁵. Seit der Gründung konnten wertvolle Kontakte zur Polizei geknüpft werden, die einen Informationsaustausch zwischen WGKK und Polizei sowie WGKK und Abgabenbehörden ermöglichten. Mit der Bauerhebergruppe wurde ein sog „Baustellenbegleitservice“ eingeführt, bei dem Baustellen von Beginn bis zum Abschluss des BVH immer wieder aufgesucht und kontrolliert werden, um über die dort tätigen Unternehmen und DN im Bilde zu sein. Die Bauerheber der WGKK sind mittlerweile im Wiener Baugewerbe bekannt und verfügen über wertvolle Branchenkenntnisse. Bei Kontrollen hat der Bauleiter DN-Listen, die zeigen, welche DN von welcher Firma zu einem bestimmten Zeitpunkt am BVH tätig waren, sowie die Verträge mit den auf dem BVH tätigen Unternehmen auszuhändigen. Es gibt zwar Erhebungsaufträge an die Bauerheber, jedoch beginnt ein großer Teil ihrer Arbeit mit sog „Selbstzuteilungen“, dh sie beschließen selbst, neue BVH zu prüfen, oder bekommen – oftmals von Konkurrenten im Baugewerbe oder von Verbindungspersonen aus der Baubranche – Hinweise auf Schwarzarbeiter. Anhaltspunkte, die für solch eine nähere Prüfung sprechen, sind insbes bestimmte Adressen, auf denen schon oftmals Scheinfirmen gemeldet waren, oder bestimmte Buchhalter, Poliere, gewerberechtliche Geschäftsführer, die im Zusammenhang mit anderen dubiosen Fällen bereits amtsbekannt sind. Aufgrund begrenzter personeller Ressourcen können die Bauerheber nicht allen Verdachtsmomenten nachgehen. Zumeist liegt es in ihrem eigenen Ermessen, ob bzw welchen Anhaltspunkten sie nachgehen und damit einen neuen Fall eröffnen oder nicht. Wenn ein großer Fall eröffnet wird, so erfolgt dies zumeist unter dem Titel eines BVH, wobei dann Informationen zu allen am BVH beteiligten Firmen eingeholt und Niederschriften erstellt werden.

b) Befugnisse Erhebungsdienst

Während Prüfer im Rahmen einer GPLA auf Basis der BAO tätig werden und damit über die weitläufigen Eingriffsbefugnisse der Abgabenbehörden verfügen¹⁹⁶, stellt § 42 ASVG die zentrale Eingriffsbefugnis der Erheber dar. Demzufolge haben DG, Bevollmächtigte sowie sonstige meldepflichtige Stellen Meldungen über das Versicherungsverhältnis unaufgefordert und sonstige für das Versicherungsverhältnis maßgebende Umstände auf Anfrage binnen 14 Tagen zu erstatten (Abs 1). Während der Betriebszeit ist den Vertretern der GKK Einsicht in alle Geschäftsbücher und alle für das Versicherungsverhältnis relevante Aufzeichnungen zu gewähren. Gem Abs 2 können diese Verpflichtungen durch die Bezirksverwaltungsbehörde auch zwangsweise durchgesetzt werden – eine Option, die in der Praxis eine untergeordnete Rolle spielt. Neben § 42 ASVG räumt

¹⁹⁵ Stand Februar 2012.

¹⁹⁶ *Binder/Lindner in Geppert, Sozialversicherung*, Kap 6.4.

§ 20 AÜG den Organen der GKK ein Recht auf Auskunft, auf Zutritt zum Betrieb und auf Einsicht in alle die Arbeitskräfteüberlassung betreffenden Unterlagen (Abs 3) ein. § 26 AuslBG sieht weitere Befugnisse vor: Die Organe der KV-Träger dürfen Betriebsstätten und Betriebsräume betreten sowie Privatwege benützen (Abs 2) und verfügen über ein Auskunftsrecht gegenüber dem DG in Bezug auf Zahl und Namen der beschäftigten Ausländer (Abs 1). § 26 Abs 2 AuslBG und § 20 AÜG gewähren somit ein umfassendes Betretungsrecht, während § 42 ASVG nur die Möglichkeit der Einsichtnahme in Aufzeichnungen vorsieht. Die Befugnis im AuslBG ist ob der Tatsache, dass die GKK in der Praxis die arbeitsmarktrechtliche Erlaubtheit der Tätigkeit nicht prüft, systemwidrig. Bei Betretung eines nicht zur SV angemeldeten Ausländers ohne Arbeitsberechtigung meldet die Kasse diesen nach und schreibt die Beiträge vor. Die Kontrolle illegaler Ausländerbeschäftigung wird ausschließlich von der FinPol wahrgenommen. Seit Einführung der AGH¹⁹⁷ wurden insbes die Auskunftspflichten gegenüber den KV-Trägern erweitert. Nunmehr sind gemäß § 67a Abs 12 ASVG die Abgabenbehörden des Bundes, die örtliche Baupolizei und die Baustellenkoordinatoren zur Auskunft über alle für die Geltendmachung der AGH maßgeblichen Umstände verpflichtet.

3. Kontrollen durch die BUAK

Im Dezember 2007 wurde im Rahmen der BUAK eine Sozialbetrugs-Bekämpfungsgruppe (SBB-Gruppe) eingeführt und in eine Koordinierungsstelle eingebettet, die spezifisch für Sozialbetrugsfälle sowie die Administration von Entsendefällen geschaffen wurde und ua auch den Kundendienst umfasst. Da die Kontrollorgane der Gruppe anfangs noch nicht über die nötigen rechtlichen Befugnisse verfügten, erfolgten die ersten Baustellenkontrollen auf konsensualer Basis. Die BUAG-Novelle 2009¹⁹⁸ brachte wichtige Neuerungen zur effizienteren Bekämpfung von sozialbetrugsrelevanten Sachverhalten. In § 23a BUAG wurde den Kontrollorganen der BUAK das Recht zur Betretung von Baustellen und Aufenthaltsräumen der DN (Abs 1) sowie Auskunfts-, Identitätsfeststellungs- und Einsichtsrechte in alle zur Feststellung und Überprüfung der BUAG-Pflicht erforderlichen Unterlagen (Abs 3) eingeräumt. Der DG ist in bestimmten, gesetzlich definierten Fällen verpflichtet, auf Verlangen der BUAK bekannt zu geben, auf welchen Baustellen welche AN für welche Dauer beschäftigt sind (§ 23b BUAG). Bei Subvergaben von Bauleistungen ist der Auftraggeber zudem verpflichtet, der BUAK Auskünfte zu erteilen, an welches Unternehmen welche Leistungen vergeben wurden und dies erforderlichenfalls mit Unterlagen zu belegen (§ 23b Abs 2 BUAG). Sollte es sich um eine Arbeitskräfteüberlassung zur Verrichtung von Bauleistungen handeln, ist der Beschäftiger zu Auskünften über die Identität der überlassenen DN, deren Tätigkeit und über den Überlasserbetrieb verpflichtet.

¹⁹⁷ BGBl I 91/2008.

¹⁹⁸ BGBl I 70/2009.

Die Auswahl der einzelnen Baustellen erfolgt aufgrund eigener Wahrnehmung der Kontrollorgane, durch Informationen von Kontaktpersonen aus der Bauwirtschaft, infolge der vom AI Bau übermittelten Vorankündigungen und Baubeginnsanzeigen oder mittels öffentlicher Ausschreibungen von BVH. Die Erstkontrolle eines BVH erfolgt unangekündigt, für jede weitere Folgekontrolle wird üblicherweise zur Erhebung des Baufortschritts mit der Bauleitung Kontakt aufgenommen, um die in den einzelnen Bauphasen mit der Verrichtung unterschiedlicher Gewerke betrauten Unternehmen kontrollieren zu können. Im Zuge einer Kontrolle werden im Baubüro aufliegende DN-Unterlagen, Verträge und sonstige relevante Dokumente überprüft. Dabei wird abgeglichen, ob die auf dem BVH ehemals oder laufend beschäftigten DN mit ihrer Tätigkeit dem Anwendungsbereich des BUAG unterliegen und bejahendenfalls, ob sie bei der BUAK auch ordnungsgemäß angemeldet wurden. Darüber hinaus werden detaillierte Kontrollberichte verfasst, in denen das BVH, die Subvergabeebenen und die tätigen Subfirmen ebenso wie die voraussichtliche Dauer und der Ablauf der Bautätigkeiten vermerkt werden. Sollten BUAG-pflichtige DN nicht gemeldet worden sein, so wird mit ihnen ein standardisierter Fragebogen mit Fragen nach dem DG, Modalitäten der Lohnauszahlung sowie der genauen Tätigkeit ausgefüllt. Zu Beweis Zwecken werden die Tätigkeit und der Tätigkeitsort meist auch fotografisch dokumentiert. Im Jahr 2011 führte die BUAK bundesweit 3.353 Baustellenkontrollen durch. Dabei wurden 30.191 AN und 10.645 AG überprüft und 7.022 BUAG-pflichtige Arbeitsverhältnisse festgestellt, die im Kontrollzeitpunkt noch nicht bei der BUAK gemeldet waren¹⁹⁹.

4. Kontrollen durch die Arbeitsinspektorate

Das AI Bau Wien widmet sich der Kontrolle der Einhaltung von DN-Schutzvorschriften auf den Baustellen. Da sich die DN-Schutzvorschriften an den DG als Normadressaten richten, stellt auch beim AI Bau die Zurechnung der DN zu einem bestimmten DG eine zentrale Frage dar. Im Baugewerbe gibt es gegenüber dem AI bestimmte Meldeverpflichtungen, nämlich die Vorankündigung gem § 6 BauKG und die Baubeginnsanzeigen gem § 3 BauV. Die Vorankündigung normiert eine Meldepflicht des Bauherrn für große Bauvorhaben, deren Dauer 30 Tage übersteigt und auf denen gleichzeitig mehr als 20 Personen beschäftigt werden, und solche Vorhaben, deren Umfang 500 Personentage übersteigt. Die Vorankündigung hat spätestens zwei Wochen vor Baubeginn zu erfolgen und muss Informationen über Standort, Bauherrn, Projektleiter, Planungs- und Baukoordinatoren, Art des Bauwerks, Beginn und Dauer der Arbeiten, Höchstzahl der Beschäftigten, Zahl der tätigen Unternehmen und Selbständigen sowie der beauftragten Unternehmen enthalten.

¹⁹⁹ Die Zahlen basieren auf einer internen Statistik der BUAK.

Kleine Baustellen, deren Dauer fünf Arbeitstage überschreitet, sind vom AG (ausführendes Unternehmen) gem § 3 BauV dem AI in Form einer Baubeginnsanzeige spätestens eine Woche vor Baubeginn zu melden. Diese hat im Vergleich zur Vorankündigung aber bloß Informationen zu örtlicher Lage, Arbeitsbeginn, Art, Zahl der Beschäftigten und Namen der Aufsichtsperson zu enthalten.

Beide Baustellenmeldungen werden in Papierform an das AI übermittelt. Bislang wurden diese Meldungen nicht elektronisch erfasst, sondern unmittelbar an den zuständigen Referenten weitergeleitet²⁰⁰. Es ist zu begrüßen, dass künftig die an das AI vorzunehmenden Meldungen auch an die BUAK zu übermitteln sein werden²⁰¹, die auf Basis dieser Meldungen eine Baustellendatenbank erstellt, auf die auch die Abgabenbehörden und KV-Träger Zugriff haben werden (§ 31a BUAG)²⁰².

C) Früherkennung durch automationsunterstützte Softwarelösungen

Ein Projekt der OÖGKK beschäftigt sich derzeit mit Möglichkeiten der Sozialbetrugserkennung durch automationsunterstützte Softwarelösungen. Dabei geht es um die Anwendung einer statistisch-mathematischen Methodik, die darauf abzielt, Muster und damit Auffälligkeiten und Zusammenhänge zu erkennen. Anhand festzulegender Parameter, wie bspw Firmenname, Firmensitz, DN-Anzahl, Branche (anhand der ÖNACE-Wirtschaftsklassencodes), Meldemoral (verhängte Beitragszuschläge, eingelangte BN etc), des Beitragsrückstands uä werden Verdachtsfälle aufgezeigt, die Überprüfungen der verdächtigten Firmen im Innen- oder Außendienst nach sich ziehen. Basis für die Auswahl und Gewichtung relevanter Parameter ist eine in den letzten vier Jahren erarbeitete Datenbank, in der bekannt gewordene Sozialbetrugsfälle dokumentiert werden. Jede Verdachtsmeldung des Systems soll in Zukunft geprüft und im Anschluss daran soll vermerkt werden, ob sich der Verdacht bestätigte oder zu verwerfen war. Diese Auswertungen sollen vom System in Anlehnung an die Treffsicherheit der Verdachtsmeldung zu einer laufenden Neugewichtung der zugrundeliegenden Parameter führen und damit gewährleisten, dass die Software mit Beginn des Praxisbetriebs auf sich verändernde Umstände reagieren kann.

²⁰⁰ Tgb 11062010 I.

²⁰¹ § 97 Abs 1 ASchG und § 6 Abs 2 BauKG jeweils idF BGBl I 51/2011; gem § 131 Abs 8 ASchG und § 11 Abs 5 BauKG treten die Bestimmungen allerdings erst mit dem Zeitpunkt in Kraft, den der Bundesminister für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz durch VO als jenen feststellt, ab dem die zur Verfügung stehenden technischen Mittel zur Erfassung der vorgesehenen Meldungen geeignet sind.

²⁰² Auch diese Bestimmung tritt erst per VO des BMASK in Kraft, vgl § 40 Abs 17 BUAG.

D) Unmittelbare Konsequenzen der Früherkennung von Scheinfirmen

Während im Bereich der Früherkennung von Scheinfirmen bereits beachtliche Verbesserungen erzielt wurden, mangelt es im Hinblick auf die an die Identifizierung einer Scheinfirma anknüpfenden tatsächlichen und rechtlichen Schritte bis dato an kohärenten, zwischen allen beteiligten Stakeholdern abgestimmten Handlungskonzepten. Immer wieder gab es Einzelprojekte bzw Einzelinitiativen, die zT auch durchaus erfolgreich waren, aber als bloße Insellösungen im Bereich einer Behörde oder gar einzelner Organisationseinheiten derselben Behörde nie in einen strategischen Handlungsrahmen eingebettet wurden. Als Kernproblem erscheint dabei stets die Frage, wer als SV- oder steuerrechtlicher DG der auf die Scheinfirma angemeldeten Personen anzusehen ist²⁰³. Da je nach Rechtsbereich, Verfahrensstadium und betroffenem Adressatenkreis ganz unterschiedliche Interessenslagen zu berücksichtigen sind, wird diese Frage meist äußerst differenziert beurteilt. Diese Diskrepanz zwischen tatsächlicher und durch die Anmeldung scheinbarer DG-Eigenschaft stellt eines der fundamentalsten Probleme im Umgang mit Scheinfirmen dar und wird nachstehend in allen relevanten Bereichen beschrieben.

1. Einbringungsmaßnahmen durch die Abgabenbehörden

a) Die ehemalige SEG

Bei der SEG handelte es sich um eine im Jahr 2002 im Zuständigkeitsbereich der damaligen Finanzlandesdirektion für Wien, Niederösterreich und Burgenland zur Bekämpfung des Abgabebetrgs und Sicherung der Abgabenansprüche gegründete Einheit, die allerdings 2007 in die Steuerfahndung integriert wurde. Die Aufgaben der SEG bestanden in der Betrugsbekämpfung durch Überprüfung der Einhaltung des Steuerrechts, der raschen Einleitung von Einbringungsmaßnahmen zur Sicherung von Abgabenansprüchen, dem frühzeitigen Erkennen betrugsverdächtiger Praktiken und Systeme durch Beobachtung von Hochrisikobranchen und der Präventivwirkung durch Präsenz vor Ort sowie der Öffentlichkeitsarbeit²⁰⁴.

Die Tätigkeiten der rund 20 Mitarbeiter der SEG konzentrierten sich dabei vor allem auf das Bau- und Baunebengewerbe. Die grundlegende Herangehensweise bestand darin, in großem Umfang Baustellenkontrollen durchzuführen. Bei diesen Kontrollen lag das Hauptaugenmerk auf der Feststellung der Auftragskette bzw Subvergabepyramide und Überprüfung der dort tätigen Firmen. Wurden auf Baustellen DN von bzw Vertragsverhältnisse zu Firmen festgestellt, die sich in weiterer Folge als Scheinfirmen entpuppten, reagierten die Mitarbeiter umge-

²⁰³ Zur Breite der dahinter tatsächlich verwirklichten Sachverhalte siehe schon oben S 48 ff.

²⁰⁴ *Rechnungshof*, Bund 2006/4/2; Baubetrugsfahnder bringen Steuerkassen zum Klingeln, SWK 7/2003 T 23.

hend, indem sie nicht-gemeldete Lohnabgaben anhand der gemeldeten Umsätze oder der angemeldeten DN schätzten und Sicherstellungsaufträge erließen. Diese Sicherstellungsaufträge wurden meist noch am selben Tag an den Steuerpflichtigen zugestellt, ebenso wie eine Forderungspfändung an den auf der Baustelle vorgefundenen Auftraggeber.

Durch diese „Nadelstichtaktik“ konnten beachtliche Erfolge erzielt werden: 2003 wurden durch Forderungspfändungen rund € 12,6 Mio an rückständigen Abgaben verbucht, die ansonsten wohl uneinbringlich gewesen wären. In den Folgejahren verringerte sich diese Summe auf € 5 Mio im Jahr 2005²⁰⁵. Die Gründe des Rückgangs lagen wohl in der raschen Anpassung der beteiligten Täterkreise. Während anfangs noch direkt mit den ausführenden Scheinfirmen kontrahiert wurde, entwickelten sich immer elaboriertere Subvergabepyramiden durch Einschaltung von sog „Pufferfirmen“, die nur der rechtlichen Abschirmung des Auftraggebers dienten. Um Forderungspfändungen abzuwehren wurden vielfach Kassaauszahlungsbelege rückdatiert oder fingierte Verträge von neuen Firmen präsentiert, die mittlerweile den Auftrag übernommen hätten. Schon bald erforderte der erfolgreiche Abschluss von Einbringungsmaßnahmen meist ein Agieren noch am selben Tag der Kontrolle, weil andernfalls durch die erwähnten „Gegenmaßnahmen“ Einbringungsbestrebungen regelmäßig vereitelt worden wären. Im Jahr 2007 wurde die SEG in die neu gegründete Steuerfahndung eingegliedert, bei der die SEG-Tätigkeiten zwar fortgeführt werden sollten, aber angesichts der unterschiedlichen Zielrichtung und Aufgaben der Steuerfahndung de facto zum Erliegen kamen²⁰⁶.

b) Einbringungsmaßnahmen durch die FinPol

Durch die Ausweitung der örtlichen und sachlichen Zuständigkeit der Organe der Abgabenbehörden im Rahmen des § 12 Abs 4 AVOG dürfen nunmehr Beamte eines Finanzamtes die in § 12 Abs 4 AVOG genannten allgemeinen Aufsichts-, Kontroll- und Beweissicherungsmaßnahmen sowie Maßnahmen zur Sicherstellung der Abgabeneinbringlichkeit auch im Zuständigkeitsbereich eines anderen Finanzamtes vornehmen. Auch wenn damit die grundlegenden Weichen zur Wiederaufnahme und Etablierung der „SEG-Tätigkeiten“ bundesweit gelegt wurden, ist jedoch sicherzustellen, dass die FinPol-Teams bei relevanten Feststellungen im Rahmen der Wahrnehmung ihrer ordnungspolitischen Aufgaben (bspw AuslBG- oder ASVG-Kontrollen auf Baustellen) das vorhandene Instrumentarium auch möglichst zeitnah einsetzen. Die in praxi erforderlichen abgabenrechtlichen Kenntnisse scheinen bei den einzelnen Teams in sehr unterschiedlicher Tiefe vorhanden zu sein. Dies lässt sich teilweise wohl auch mit der historischen Herkunft der KIAB aus dem Zollbereich und teilweise mit Personalaufstockungen um Mitarbeiter, die außerhalb der Finanzverwaltung

²⁰⁵ Zahlen nach *Rechnungshof*, Bund 2006/4/2.

²⁰⁶ Zur Steuerfahndung im Detail unten S 126 ff.

rekrutiert wurden, erklären. Die Absicht, in jedem FinPol-Team mittelfristig Experten für abgabenrechtliche Fragen auszubilden sowie über zumindest einen Mitarbeiter mit Inkasso-Vollmacht zu verfügen, ist zur erfolgsträchtigen Ausschöpfung des Instrumentariums der Steueraufsicht zu begrüßen und sollte möglichst konsequent weiterverfolgt werden. Die Möglichkeiten der Steueraufsicht bleiben allerdings auf Abgaben beschränkt und bieten damit für die konkrete Einbringung von SV-Beiträgen keinen Mehrwert.

c) Einbringung und DG-Eigenschaft

Werden neue Scheinfirmenmäntel durch DN-Kontrollen entdeckt, so stellen die tatsächlich (bspw auf einer Baustelle) betretenen DN nur einen Bruchteil der Gesamtzahl der auf Beitragskonten der Scheinfirma angemeldeten Personen dar. Durch die umgehende Schätzung eines Abgabenrückstands, Sicherstellung gem § 232 BAO und Pfändung offener Werklohnforderungen, wird die DG-Eigenschaft der Scheinfirma implizit anerkannt und zwar nicht nur im Hinblick auf die betretenen, sondern auf alle gemeldeten Personen. Dabei ist in der Praxis der Abgabenbehörden nach wie vor strittig²⁰⁷, inwiefern durch ein solches Vorgehen der FinPol daran anschließende Betriebs- oder GPLA-Prüfungen präjudiziert werden, insbes in jenen Fällen, in denen es bloß zu einer Auslagerung von DN der auftraggebenden Firma auf die Scheinfirma kam und diese daher als DN des in der vorgeblichen Auftragskette übergeordneten Unternehmens anzusehen wären.

2. Schätzung von Rückständen und Stellung von Insolvenzanträgen

Sobald ein aktiver Scheinfirmenmantel von den KV-Trägern, Abgabenbehörden oder der BUAK erkannt wurde, besteht naturgemäß ein erhebliches Interesse daran, diese Gesellschaft möglichst rasch aus dem Verkehr zu ziehen, um weitere Beitrags- und Abgabenverkürzungen durch die fortdauernde Anmeldung zur SV zu unterbinden. Aktuell stellt dabei ein Antrag auf Insolvenzeröffnung die einzige Möglichkeit für die Behörden dar, Malversationen einer Scheinfirma in absehbarer Zeit einzudämmen und damit weitere Ausfälle durch denselben Firmenmantel zu verhindern. Grundlegende Voraussetzung ist dabei wiederum ein offener Rückstand, der zumeist mangels Übermittlung von BN erst auf Basis von im Schätzungswege berechneten Bemessungsgrundlagen ermittelt wird. Nur durch die Schätzung und anschließende Vornahme von (erfolglosen) Exekutionsmaßnahmen kann in absehbarer Zeit ein erfolgreicher Insolvenzantrag erwirkt werden. Die Schätzung der Bemessungsgrundlagen setzt aber zumindest implizit auch die Anerkennung der DG-Eigenschaft der Scheinfirma voraus, die sich vielfach nicht mit den tatsächlichen Verhältnissen deckt. Würde dieser Weg allerdings nicht beschritten, könnte das kriminelle Verhalten – in Ermangelung von Alternativen – nicht verhindert werden.

²⁰⁷ Tgb 17112011 I.; Tgb 17012012 I.

Die erfolgreiche Einbringung eines Insolvenzantrags erfordert allerdings neben der Ermittlung des Rückstands auch die Einhaltung der jeweiligen Mahn- und Exekutionsabläufe, die den Hintermännern selbst bei gestrafften Abläufen zur Insolvenzantragsstellung üblicherweise einen Spielraum von zumindest 4-6 Monaten einräumen, in denen ein Scheinfirmenmantel gewinnbringend verwendet werden kann²⁰⁸. In vielen Fällen wird der Kostenvorschuss für das Insolvenzverfahren von den KV-Trägern – zT auch gemeinsam mit der BUAK – erlegt, um eine Abweisung mangels kostendeckenden Vermögens zu vermeiden (§ 71a Abs 2 IO). Der Ablauf der Insolvenzverfahren über das Vermögen von Scheinfirmen ist in den meisten Fällen vergleichbar: Die angemeldeten Forderungen stammen üblicherweise fast ausschließlich von öffentlich-rechtlichen Gläubigern (Lohn- und Sozialabgaben) und DN²⁰⁹. Wird ein Insolvenzverwalter bestellt, so vermag dieser meist nur festzustellen, dass keinerlei Vermögenswerte vorhanden sind, eine Kontaktaufnahme mit dem im Firmenbuch eingetragenen Geschäftsführer nicht möglich ist und auch keine Bücher vorhanden sind. Jene DN, die im Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung noch auf die Scheinfirma angemeldet sind, werden schließlich durch den Insolvenzverwalter abgemeldet. In weiterer Folge wird das Insolvenzverfahren üblicherweise wegen Unzulänglichkeit der Masse aufgehoben (§§ 123a, 124a IO). Durch diesen Beschluss gilt schließlich auch die Gesellschaft als aufgelöst und ist amtswegig aus dem FB zu löschen.

Die angesprochene Problematik ist keinesfalls neu und wurde auch anlässlich des SozBeG 2005 bereits thematisiert. Im Rahmen der Vorarbeiten wurde eine Reihe von gesellschaftsrechtlichen Anpassungen diskutiert, wie insbes die Einführung strengerer Kapitalaufbringungs- und Kapitalerhaltungsvorschriften sowie ein generelles Verbot von Mantelgründungen²¹⁰, um bereits das In-Verkehr-Bringen von solchen Gesellschaften zu erschweren. Da allerdings nach Ansicht des Gesetzgebers durch die anvisierten Änderungen einerseits hohe Belastungen für Unternehmensgründungen und andererseits Verlagerungseffekte auf ausländische Gesellschaften (insbes britische „Limiteds“) zu befürchten waren, wurden die Änderungsvorschläge nicht weiter verfolgt. Stattdessen wurden Anpassungen im FBG und der damaligen KO vorgenommen, die Zustellungen im Insolvenz- und FBG-Verfahren durch die Möglichkeit der Ediktalzustellung im Hinblick auf eine raschere Löschung der Scheinfirmen erleichtern sollten. Diese Möglichkeiten stellen allerdings nach wie vor darauf ab, dass die Gesellschaft vermögenslos ist und erfordern damit wiederum deren Anerkennung als DG, um weitere Schäden durch denselben Gesellschaftsmantel einzudämmen.

²⁰⁸ Unter der Prämisse, dass die Scheinfirma schon bald nach Aktivierung erkannt wird, ansonsten kann sich dieser Zeitraum auch erheblich erweitern.

²⁰⁹ Die Anmeldung der Entgeltforderung dient dabei vor allem der anschließenden Geltendmachung beim IEF.

²¹⁰ EBRV 698 BlgNR XXII.GP 5.

3. Meldesperren, Beitragskontosperrungen und die Stornierung von Versicherungsverhältnissen

Vielfach wird moniert²¹¹, dass selbst nach Identifizierung einer Gesellschaft als sozialbetrügerische Scheinfirma weiterhin Anmeldungen zur SV auf Beitragskonten akzeptiert werden und damit „sehenden Auges“ weitere Schädigungen bis zur im Zuge der Insolvenzeröffnung erfolgenden Abmeldung aller Personen geduldet werden.

Auf Initiative einzelner Wiener Finanzämter nahm die OÖGKK im Jahr 2010 sog. „Meldesperren“ der für die elektronische Anmeldung von DN benötigten ELDA-Seriennummern vor²¹². „ELDA“ ist ein System zum elektronischen Datenaustausch mit allen SV-Trägern, das für die elektronische Übermittlung von DN-Meldungen entwickelt wurde. Das System ist mit beinahe allen Personalverrechnungsprogrammen kompatibel, sodass diese automatisch Meldungen auch an ELDA übermitteln. Zur Übermittlung von Meldungen via ELDA bedarf es einer Registrierungsnummer, anhand derer der Meldende eindeutig identifizierbar sein sollte (DG, Steuerberater, Lohnverrechner). Wenn im Zuge von Erhebungen im Außendienst (meist durch die FinPol) neue dubiose Firmen sowie die dazugehörige(n) Seriennummer(n), unter der/denen die Anmeldungen erfolgten, festgestellt wurden, konnten deren Seriennummern bei Bedarf gesperrt werden, um weitere DN-Anmeldungen und damit Schäden zu vermeiden. Nach Sperre einer Seriennummer konnten damit zwar keine Meldungen mehr vorgenommen werden, allerdings war es technisch unproblematisch, sich mit denselben Stammdaten neu zu registrieren und damit eine neue Seriennummer zu erlangen. Auch Anmeldungen in Papierform waren weiterhin problemlos möglich. Im Ergebnis wurden damit auch nach erfolgter Sperre einer bestimmten ELDA-Seriennummer weiterhin DN auf Beitragskonten der Scheinfirma angemeldet. Im Jahr 2011 wurde die Praxis der Meldesperren im Zuge von FinPol-Kontrollen eingestellt. Aktuell erfolgen Meldesperren nur mehr auf Ersuchen der DG selbst, wenn diese angeben, dass unbekannte Personen auf ihre Beitragskonten zumelden²¹³.

Darüber hinaus wären nach Früherkennung einer Scheinfirma auch Sperren von Beitragskonten denkbar, die – soweit ersichtlich – bisher in der Praxis jedoch noch nicht angewandt wurden. Im Gegensatz zu den ehemaligen Meldesperren, würde man damit die Anmeldungen auf Beitragskonten eines Gesellschaftsmantels, der bereits als sozialbetrügerische Scheinfirma identifiziert wurde, gänzlich unmöglich machen und somit Schädigungen durch die Neuanmeldung von DN bis zur Insolvenzeröffnung gänzlich verhindern.

²¹¹ Tgb 09112011 II.

²¹² Zum Ablauf der Anmeldung zur SV siehe im Detail unten S 93 f.

²¹³ Tgb 08022012 I.

Im Hinblick auf die im Zeitpunkt der Identifizierung als Scheinfirma bereits gemeldeten DN, stellt sich die Frage, wie mit diesen Versicherungsverhältnissen umzugehen ist. Bei Befürwortung von Beitragskontosperrungen zur Hintanhaltung von weiteren Neuanmeldungen ist konsequenterweise auch die Frage der Stornierung der Versicherungsverhältnisse der bereits angemeldeten Personen zu überlegen. Dabei handelt es sich um ein innerhalb der KV-Träger sowie zwischen KV-Trägern und Abgabenverwaltung umstrittenes Thema. Exemplarisch sei der Fall einer Scheinfirma angeführt, auf deren Beitragskonto nach einer Übernahme durch einen neuen Gesellschafter-Geschäftsführer in einem Zeitraum von nur wenigen Wochen insgesamt etwa 700 DN gemeldet wurden. Nach 6 Monaten wurde der Konkurs über das besagte Unternehmen eröffnet. Zu diesem Zeitpunkt hatte die WGKK bereits einen Schaden iHv rund € 1,5 Mio durch Beitragsausfälle erlitten. Durch umfassende DN-Befragungen im darauffolgenden Jahr zeigte sich, dass das Unternehmen wohl nie wirklich als einheitlicher Betrieb im Baugewerbe tätig war, sondern vielmehr als Legitimationsmantel für zahlreiche kleine Gruppen von Bauarbeitern diente, die unter der Leitung von einzelnen Partieführern völlig unabhängig voneinander Kleinaufträge lukrierten. Es bleibt daher anzunehmen, dass diese Gruppen damit niemals in einen einheitlichen organisatorischen Betrieb des Unternehmens eingebunden waren, da ein solcher wohl gar nicht existierte. Zusätzlich konnte bei mehreren Versicherten nachgewiesen werden, dass dem Versicherungsverhältnis kein Dienstverhältnis zugrunde lag und es sich damit um Fälle von Scheinmeldungen handelte²¹⁴.

Die KV-Träger sind der Ansicht, dass die auf Beitragskonten angemeldeten Personen grundsätzlich einer Erwerbstätigkeit nachgehen und damit einen Pflichtversicherungstatbestand erfüllen. Ausgehend von dieser Prämisse seien die GKKen rechtlich verpflichtet, die Anmeldungen zu akzeptieren, selbst wenn davon auszugehen ist, dass es sich bei der GmbH nicht um den SV-rechtlichen DG handelt. Mit dieser Begründung wird auch die Sperrung von ELDA-Seriennummern oder ganzen Beitragskonten zur Schadenseindämmung abgelehnt. Zur Stornierung einzelner Versicherungsverhältnisse kommt es nur in jenen Fällen, in denen der Versicherte selbst niederschriftlich angibt, im Meldezeitraum keiner die Pflichtversicherung begründenden Beschäftigung nachgegangen zu sein. Darüber hinaus wird vertreten, dass die Stornierung von Versicherungsverhältnissen stets bescheidmäßig gem § 410 ASVG gegenüber jedem einzelnen Versicherten auszusprechen ist und damit die Stornierung hunderter Versicherungsverhältnisse, die durch die Anmeldung auf eine Scheinfirma faktisch begründet wurden, schon verfahrensökonomisch nicht bewältigbar sei²¹⁵.

Rechtlich ist dem Standpunkt der GKKen insofern beizupflichten, als die Versicherungspflicht nur an der Erfüllung des gesetzlichen Tatbestands anknüpft. Mit

²¹⁴ Tgb 23042010 I.

²¹⁵ Tgb 23012012 III.

den Forschungsergebnissen nicht in Einklang steht die Annahme, dass alle bei Scheinfirmen gemeldeten Personen auch tatsächlich einer Beschäftigung nachgehen²¹⁶, obgleich anzunehmen ist, dass der Anteil der Scheinmeldungen jeweils nur einen Bruchteil aller angemeldeten Personen ausmacht. Diese Personen erwerben jedenfalls zu Unrecht Versicherungszeiten, das Institut der Formalversicherung gem § 21 Abs 1 ASVG scheidet schon mangels Beitragszahlung aus. Das wesentliche Problem stellt sich dabei im Bereich der Sachverhaltsfeststellung, weil üblicherweise nicht klar erweislich ist, welche Sachverhalte hinter den einzelnen Anmeldungen verwirklicht wurden. Zu hinterfragen bleibt allerdings, ob Anmeldungen von Personen auf Scheinfirmen tatsächlich zu Lasten der Versicherungsgemeinschaft gehen sollten, wenn die Identität des DG – eventuell auch nach Vernehmung der gemeldeten Personen – im Dunklen bleibt. In einem Teilbereich deutet die Praxis der WGKK bereits jetzt in diese Richtung: Wenn die gemeldeten Personen nach Insolvenz der Scheinfirma Insolvenzentgeltansprüche geltend machen, die vom IEF mit der Begründung, dass sich kein Dienstverhältnis zur Scheinfirma feststellen lasse, abgewiesen werden, storniert die WGKK – gestützt auf die Feststellungen des IEF – das dazugehörige Versicherungsverhältnis²¹⁷. Dabei ist darauf hinzuweisen, dass sich der IEF nur mit der Frage auseinandersetzt, ob ein Dienstverhältnis zur Scheinfirma feststellbar ist und nicht, ob im Meldezeitraum überhaupt irgendeine Beschäftigung erfolgte.

E) Empfehlungen

1. Empfehlungen zur Verbesserung der Früherkennung von Scheinfirmen

- **Einführung einer Baustellendatenbank zur Erleichterung der Kontrolltätigkeit:** Die Einführung einer Baustellendatenbank ermöglicht eine koordinierte, zielgerichtete und damit schlagkräftigere Kontrollpraxis im Baubereich. Die Umsetzung dieser Empfehlung wurde durch die letzte BUAG-Novelle²¹⁸ bereits in Angriff genommen und sollte konsequent weiter verfolgt werden. Zusätzlich sollten auch Möglichkeiten der elektronischen Erfassung der aktuell tätigen DN bzw der Einbeziehung von privaten Baustellenverwaltungsprogrammen geprüft werden, um die Transparenz insbes großer BVH weiter zu erhöhen.
- **Absicherung der Befugnisse des § 12 AVOG:** Die Übernahme zentraler Kontrollbefugnisse durch die FinPol sowie deren personelle Aufstockung ist im Dienste der Sozialbetrugsverfolgung zu begrüßen. Auch wenn in der Praxis – soweit ersichtlich – noch keine konkreten Probleme bei der Anwendung

²¹⁶ Zu den immer wieder auftretenden Scheinmeldungen siehe oben S 49.

²¹⁷ Tgb 21042010 I.

²¹⁸ BGBl I 51/2011.

der Befugnisse des § 12 AVOG bekannt wurden, sollten Möglichkeiten der unmittelbaren Durchsetzbarkeit oder zumindest der verwaltungsstrafrechtlichen Absicherung der eingeräumten Befugnisse in Erwägung gezogen werden.

- **Prüfung der Einführung von Erhebungsdiensten** auch bei anderen KV-Trägern: Die Trennung in Prüf- und Erhebungsdienst scheint sich im Bereich der WGKK bewährt zu haben. Es ist nicht auszuschließen, dass bei anderen KV-Trägern ebenfalls eine solche Trennung existiert oder andere Mechanismen gut funktionieren. Darüber konnten im Verlauf des Forschungsprojekts aus ressourcentechnischen Gründen keine Informationen erhoben werden. Sollte es in manchen Bereichen Optimierungsbedarf geben, so könnte die Gliederung in Prüf- und Erhebungsdienst nach dem Vorbild der WGKK überlegt werden. Dabei wäre insbes zu beachten, inwiefern mit einer Übernahme der Erhebertätigkeiten durch die FinPol die Interessen regionaler KV-Träger hinreichend gewahrt werden. Bei Institutionalisierung des Erhebungsdienstes wäre allerdings in weiterer Folge auch eine Erweiterung der Befugnisse der Organe der KV-Träger – zumindest auf ein den Organen der BUAK angeglichenes Niveau (Identitätsfeststellung, Betretungsrecht, Auskunftspflicht) – dringend angezeigt.
- **Ausarbeitung von automationsunterstützten Softwarelösungen** zur Früherkennung von Scheinfirmen: Neben der Früherkennung durch Außenkontrollen sollte auch vermehrt auf automationsunterstützte Lösungen zurückgegriffen werden. Die Softwarelösung der OÖGKK zum Projekt „Dienstgeberprofilung“ zur Früherkennung von Beitragskonten dubioser Firmen ist zu begrüßen und sollte anderen GKKen unter Berücksichtigung der datenschutzrechtlichen Erfordernisse näher gebracht werden. Jedenfalls anzustreben ist eine Kompatibilität mit dem einheitlichen Betriebsprogramm für alle Kassen „MVB neu“, auf das nach bisherigen Angaben im Lauf der nächsten Jahre bei allen GKKen umgestellt werden soll. Darüber hinaus sollten auch die Abgabenbehörden in die Planung und Ausarbeitung eingebunden und es sollte erörtert werden, inwiefern durch die Einbeziehung von Steuerdaten eine höhere Treffsicherheit gewährleistet werden könnte. Bei der Umsetzung solcher Softwarelösungen ist besonderes Augenmerk auf die Einhaltung der datenschutzrechtlichen Erfordernisse und auf ausreichende gesetzliche Grundlagen für die entsprechenden Datenverarbeitungen zu legen.

2. Empfehlungen zu unmittelbaren Konsequenzen der Früherkennung

- **Erarbeitung von kohärenten Strategien und Handlungskonzepten im Umgang mit Scheinfirmen:** Zur bundesweiten Bekämpfung des Sozialbetrugs mittels Scheinfirmen ist zu überlegen, ob deren DG-Eigenschaft – unter der Prämisse, dass es sich vielfach um reine Anmelde- und Verrech-

nungsvehikel handelt – anerkannt oder in Frage gestellt werden sollte. Dabei sind insbes folgende Aspekte zu berücksichtigen:

- Die erfolgreiche Durchführung von **Einbringungsmaßnahmen durch die FinPol** erfordert eine rasche Schätzung der lohnabgabenrechtlichen Rückstände einer Scheinfirma und damit eine Anerkennung der DG-Eigenschaft. Damit wird diese Frage im Rahmen der uU erst Jahre später stattfindenden GPLA und Betriebsprüfungen bei auftraggebenden Firmen präjudiziert, obwohl erst im Prüfbereich die Möglichkeit besteht, die Besteuerungsgrundlagen eingehend zu überprüfen²¹⁹.
- **Anerkennung von Versicherungsverhältnissen zu Scheinfirmen und Bekämpfung von Scheinfirmenmänteln:** Sollten die Versicherungsverhältnisse in Ermangelung eines feststellbaren tatsächlichen DG nicht anerkannt werden, wären ab Identifizierung einer Scheinfirma Beitragskonten umgehend zu sperren, um weitere Anmeldungen zu vermeiden. Gleichzeitig wären auch die im einschlägigen Zeitraum bereits gemeldeten Versicherungsverhältnisse zu stornieren. Dies hätte allerdings zur Folge, dass die Scheinfirma als Gesellschaft – mangels DG-Eigenschaft – auch keine offenen Rückstände bei der GKK haben könnte und damit die bisherige Möglichkeit der möglichst raschen Einleitung eines Insolvenzverfahrens, um den Scheinfirmenmantel „aus dem Verkehr zu ziehen“, nicht mehr möglich wäre.
- **Auftraggeberhaftungen**²²⁰: Zu bedenken sind auch die **Auswirkungen** eines solchen Zugangs für die Inanspruchnahme der Auftraggeber im Wege des **§ 67a ASVG** bzw **§ 82a EStG** bzw für die Aufrechnung der einlangenden Haftungsbeträge mit den – unter Annahme der DG-Eigenschaft einer Scheinfirma – vorhandenen Rückständen an Lohn- und Sozialabgaben. Die Regelungen der Auftraggeberhaftung können grundsätzlich nur unter der Prämisse zur Anwendung gelangen, dass die Scheinfirma tatsächlich als DG aller gemeldeten Personen anzusehen ist und daher die dafür anfallenden Rückstände an SV-Beiträgen und LSt auch tatsächlich aufweist.
- **Lohnzettelproblematik im Bereich der Arbeitnehmerveranlagung:** Im Bereich der Veranlagung zur ESt ist zu beachten, dass eine Anerkennung von DV zur Scheinfirma auch Auswirkun-

²¹⁹ Zu GPLA und Betriebsprüfungen im Detail unten S 96 ff.

²²⁰ Dazu im Detail unten S 105 ff.

gen auf das Entstehen von fiktiven Abgabengutschriften zur Folge hat²²¹.

Bei all diesen Aspekten sind neben rechtlichen Gesichtspunkten vor allem ressourcentechnische und verwaltungsökonomische Fragen zu beachten. Besonderes Augenmerk sollte dabei auf den ressortübergreifenden Zugang gelegt werden, sodass insbes Diskrepanzen in der Beurteilung der DG-Eigenschaft zwischen KV-Trägern und Finanzverwaltung vermieden werden.

II. Scheinfirmen und Gewerberecht

A) Ausgangs- und Problemlage

1. Gewerbeberechtigung und Sozialbetrug

Eine aufrechte Gewerbeberechtigung ist auch für Betrugsfirmen in sozialbetrugsgeneigten Branchen von entscheidender Bedeutung. Potentielle Auftraggeber bevorzugen in aller Regel seriöse Vertragspartner oder verlangen zumindest einen Anschein von Seriosität. Im Baugewerbe, vermutlich aber auch in anderen Branchen, wird dabei das Vorhandensein einer aufrechten Gewerbeberechtigung des Geschäftspartners vor Abschluss penibel überprüft. Erfahrungen bei der WGKK, der AK Wien und der Kriminalpolizei zeigen allerdings, dass iZm Betrugsfirmen vielfach mittlerweile amtsbekannte gewerberechtliche Geschäftsführer aufscheinen, die durch das Zurverfügungstellen ihrer Befähigung die Geschäftsausübung der juristischen Personen erst ermöglichen.

Zur Erteilung der Gewerbeberechtigung müssen vorerst die allgemeinen Antrittsvoraussetzungen der §§ 8 ff GewO erfüllt sein. Dazu zählen die gewerberechtliche Handlungsfähigkeit (§§ 8, 9 GewO), die Unbescholtenheit (§ 13 GewO), die österreichische oder eine gleichgestellte Staatsbürgerschaft bzw ein inländischer oder gleichgestellter Unternehmenssitz (§ 14 GewO) sowie das Fehlen eines Gewerbeausschlussgrundes (§ 15 GewO)²²². Gerichtliche Verurteilungen wegen Kridadelikten (§§ 156 bis 159 StGB) und Finanzvergehen (§§ 33 ff FinStrG) schließen gem § 13 GewO den Erwerb einer Gewerbeberechtigung aus. Mit der Gewerberechtsnovelle 2007²²³ wurden auch Verurteilungen wegen Betrügerischen Vorenthaltens von Sozialversicherungsbeiträgen und BUAG-Zuschlägen (§ 153d StGB) sowie wegen Organisierter Schwarzarbeit (§ 153e StGB) in den Katalog der gewerberechtlichen Ausschlussgründe aufgenommen, wodurch ausdrücklich „Problemen, mit denen

²²¹ Dazu im Detail unten S 111 ff.

²²² *Ennöckl* in *Raschauer*, Wirtschaftsrecht⁴ Rz 333 ff.

²²³ *Handig*, RdW 2008, 253.

die Bauwirtschaft zu kämpfen hat,“ gewerberechtlich begegnet werden sollte²²⁴. Juristische Personen sind gem § 13 Abs 7 GewO vom Gewerbeantritt ausgeschlossen, wenn auf eine Person, der maßgeblicher Einfluss auf den Betrieb der Geschäfte zusteht, ein Ausschlussgrund zutrifft.

Weiters bedarf es vielfach der Erfüllung besonderer Antrittsvoraussetzungen, unter denen das Erfordernis eines Befähigungsnachweises für reglementierte Gewerbe und die Zuverlässigkeit für die in § 95 GewO erwähnten Gewerbe im vorliegenden Kontext von Relevanz sind. Dabei zählen zu den reglementierten Gewerben all jene, für deren Antritt ein Befähigungsnachweis erforderlich ist und die daher in § 94 GewO taxativ aufgezählt sind. Demgegenüber sind freie Gewerbe solche, die keinen Befähigungsnachweis erfordern und auch nicht im Gesetz aufgezählt sind²²⁵. Ausgehend von den projektbezogen besonders relevanten Branchen sei insbes auf folgende Gewerbe hingewiesen, die eines Befähigungsnachweises bedürfen: Baumeister (§ 94 Z 5 GewO), Gastgewerbe (§ 94 Z 26 GewO), Spediteure einschließlich der Transportagenten (§ 94 Z 63 GewO) und Überlassung von Arbeitskräften (§ 94 Z 72 GewO).

Für die Ausübung des Baumeistergewerbes erfordert die GewO aus Rücksicht auf öffentliche Interessen, wie öffentliche Sicherheit, Schutz von Leben und Gesundheit sowie Konsumentenschutz²²⁶, zusätzlich das Vorliegen der erforderlichen Zuverlässigkeit iSd § 87 Abs 1 Z 3 GewO (§ 95 GewO). Bei Beurteilung der Zuverlässigkeit ist auf das gewerbespezifische Verhalten des Bewilligungswerbers abzustellen, wodurch auch Aspekte, die keinen Ausschlussgrund iSd § 13 GewO konstituieren, Berücksichtigung finden können²²⁷. Konkret hat die Behörde eine Prognoseentscheidung darüber zu treffen, ob der Bewerber das angemeldete Gewerbe ohne schwerwiegende Verstöße gegen öffentliche Schutzinteressen, insbes auch diejenigen zur Wahrung des Ansehens des Berufsstandes, ausüben wird²²⁸. Im öffentlichen Interesse steht dabei ua auch die Hintanhaltung der illegalen Beschäftigung (§ 87 Abs 1 Satz 2 GewO). Der VwGH gesteht dabei der Behörde weitreichende Möglichkeiten zu, eine Bewilligung mangels Zuverlässigkeit zu versagen²²⁹: Die Beurteilung kann unabhängig von allfälligen Bestrafungen erfolgen²³⁰ und sich auch auf bloße Zweifel an der Zuverlässigkeit gründen²³¹. Die Ausübung des Baumeistergewerbes erfordert einen Feststellungsbescheid von Seiten der Behörde. Alle anderen nicht in § 95 GewO erwähnten reglementierten Gewerbe

²²⁴ EBRV 283 BlgNR XXIII.GP 7 f.

²²⁵ Vollständigkeitshalber sei auch auf die Existenz von Teilgewerben hingewiesen: Dabei handelt es sich um Teiltätigkeiten eines reglementierten Gewerbes, für die die Befähigung auf vereinfachte Art nachgewiesen werden kann (§ 31 Abs 2 GewO).

²²⁶ Ennöckl in Raschauer, Wirtschaftsrecht⁴ Rz 341.

²²⁷ Ennöckl in Raschauer, Wirtschaftsrecht⁴ Rz 341.

²²⁸ Lahnsteiner, ecolex 2008, 141 (142).

²²⁹ Vgl Lahnsteiner, ecolex 2008, 141 (143).

²³⁰ VwGH 27.04.1993, 92/04/0247.

²³¹ VwGH 02.12.1987, 87/03/0082.

sowie alle freien Gewerbe sind bloß anmeldebedürftig (§ 5 Abs 1 GewO), dh die Behörde prüft, ob die grundlegenden gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind, und trägt den Bewerber bejahendenfalls in das Gewereregister ein. Während im ersten Fall die Gewerbeberechtigung erst mit Rechtskraft des Feststellungsbescheids erworben wird, wird bei bloß anmeldebedürftigen Gewerben diese bereits durch die Anmeldung erlangt²³².

Beim Gewerberecht handelt es sich um ein höchstpersönliches Recht, das an die Person des Inhabers gekoppelt ist. Juristische Personen haben zwingend einen gewerberechtlichen Geschäftsführer zu bestellen. Dabei gilt stets die juristische Person als Gewerbeinhaber, der gewerberechtliche Geschäftsführer ist ein bloßes Hilfsorgan des Gewerbeinhabers und nicht selbst Gewerbetreibender²³³.

2. Entzug der Gewerbeberechtigung

§ 87 GewO sieht eine Reihe von Gründen vor, bei deren Vorliegen die Behörde zum Entzug der Gewerbeberechtigung verpflichtet ist. Dazu zählen ua strafgerichtliche Verurteilungen des Gewerbeinhabers (§ 87 Abs 1 Z 1 GewO) und schwerwiegende Verstöße gegen Schutzinteressen, durch die der Gewerbeinhaber nicht mehr die erforderliche Zuverlässigkeit besitzt (§ 87 Abs 1 Z 3 GewO). Sollten diese Entziehungsgründe auf den gewerberechtlichen Gf zutreffen, so ist dessen Bestellung von der Behörde unverzüglich zu widerrufen (§ 91 Abs 1 GewO). Bei einer juristischen Person als Gewerbetreibender kann auch die Entfernung jeder natürlichen Person aufgetragen werden, auf die die Entziehungsgründe des § 87 GewO zutreffen und der ein maßgebender Einfluss auf den Betrieb der Geschäfte zusteht. Wird diesem Auftrag innerhalb gesetzter Frist nicht nachgekommen, ist die Gewerbeberechtigung zu entziehen (§ 91 Abs 2 GewO).

3. Gewerberechtliche Geschäftsführer

Nach der gesetzlichen Konzeption muss der gewerberechtliche Geschäftsführer im Rahmen eines reglementierten Gewerbes entweder dem zur Vertretung befugten Organ angehören oder zumindest die Hälfte der wöchentlichen Normalarbeitszeit (20 Stunden) im Betrieb beschäftigt und zur SV angemeldet sein (§ 39 Abs 2 GewO). Der gewerberechtliche Geschäftsführer einer juristischen Person hat die ausdrückliche Pflicht, sich im Betrieb entsprechend zu betätigen (§ 39 Abs 2 GewO). Im Zusammenhang mit Betrugsfirmen werden gewerberechtliche Geschäftsführer meist von im Hintergrund agierenden „Maklern“ an die wahren Hintermänner der Gesellschaften vermittelt, die diese in der Folge als DN zur SV anmelden und somit die erforderliche Gewerbeberechtigung erlangen. Von der Anmeldung des Gewerbes abgesehen sind die gewerberechtlichen Geschäftsführer typischerweise nicht in die

²³² Ennöckl in Raschauer, Wirtschaftsrecht⁴ Rz 328 f.

²³³ Ennöckl in Raschauer, Wirtschaftsrecht⁴ Rz 348.

Geschicke der Gesellschaften eingebunden, leisten aber zweifelsohne einen essentiellen Beitrag zur Teilnahme der Gesellschaften am Geschäftsverkehr.

Ein gewerberechtlicher Geschäftsführer ist verwaltungsstrafrechtlich für alle Übertretungen gewerberechtlicher Vorschriften des Gewerbes, für das er bestellt wurde, haftbar. Dies umfasst alle Gebote und Verbote der Gewerbeordnung sowie der auf diese gegründeten Verordnungen und Bescheide. Den gewerberechtlichen Gf trifft kraft seiner Funktion hingegen keine Verantwortung für Verstöße gegen diverse Arbeitnehmerschutz-, Ausländerbeschäftigungs-, Sozialversicherungsbeitrags- oder Abgabebestimmungen²³⁴. Sollte der Behörde bekannt werden, dass ein gewerberechtlicher Gf bloß vorgeschoben und damit nicht im erforderlichen Maße in den Betrieb eingebunden ist, so kann von der Behörde nur der Gewerbeinhaber gem § 367 Z 5 GewO, nicht jedoch der Gf selbst bestraft werden²³⁵. Der Gf selbst kann nur dann verwaltungsstrafrechtlich gem § 367 Z 6 GewO belangt werden, wenn er die Funktion des gewerberechtlichen Gf bei mehr als zwei verschiedenen Gewerbetreibenden ausübt. Nach Ausscheiden des Gf darf das Gewerbe gem § 9 Abs 2 GewO noch bis zu 6 Monate ohne Bestellung eines neuen Gf ausgeführt werden. Lt Angaben der MA 63 hat die Behörde diese Frist unter bestimmten Umständen zu verkürzen, wobei in der Praxis bei Bauunternehmen regelmäßig eine Verkürzung auf „unverzüglich“ erfolgt.

Auch die zivilrechtliche Verantwortlichkeit eines gewerberechtlichen Geschäftsführers gegenüber Dritten ist nicht geeignet, eine präventive Wirkung gegen die Zurverfügungstellung der Befähigung für Scheinfirmen zu entfalten. Ausdrücklich normiert ist, dass der Geschäftsführer dem Gewerbeinhaber für die fachlich einwandfreie Ausübung des Gewerbes verantwortlich ist (§ 39 Abs 1 GewO). Die Frage der Haftung gegenüber Dritten war lange Zeit strittig²³⁶. Die Jud²³⁷ ist der Ansicht, dass es sich bei § 39 Abs 1 GewO zwar zweifellos um ein Schutzgesetz iSd § 1311 ABGB handle, das somit grundsätzlich als Anspruchsgrundlage einer deliktischen Haftung gegenüber Dritten in Frage käme, die GewO jedoch keine Bestimmung enthalte, die den Geschäftsführer verpflichtet, die fachgerechte Ausführung von Aufträgen des Gewerbeinhabers zu überwachen²³⁸. Selbst wenn die juristische Person daher tatsächlich Bauaufträge übernimmt und die Arbeiten nicht *lege artis* abwickelt, hat der Geschäftsführer die Gewissheit, dass ihm aus seiner unterlassenen fachlichen Aufsicht von Seiten des Bauherrn oder sonstiger Dritter kein Vorwurf gemacht werden kann. Damit ist auch das Risiko einer zivilrechtlichen Inanspruchnahme eines vorgeschobenen gewerberechtlichen Geschäftsführers praktisch nicht existent.

²³⁴ Zum Umfang der Haftung vgl *Fritz*, SWK 2008, W 97 (W 98 f).

²³⁵ *Rebhahn*, Geschäftsführer 89.

²³⁶ *Rebhahn*, Geschäftsführer 102 ff.

²³⁷ Insbes OGH 05.11.2002, 4 Ob 236/02.

²³⁸ Abl *Schärf*, RdW 2003, 492.

Zuletzt wurden von den durch Sozialbetrugsfirmen Geschädigten vermehrt auch die jeweiligen gewerberechtlichen Geschäftsführer als Beitragstäter bei Polizei oder StA angezeigt. Die Anzeiger argumentierten dabei regelmäßig, dass durch das reine Verkaufen des Befähigungsnachweises zum Zwecke der Gewerbeanmeldung die Teilnahme der dubiosen Gesellschaften am Geschäftsverkehr ermöglicht würde und damit die mit Hilfe der Gesellschaftsvehikel durchgeführten strafbaren Handlungen (idR §§ 146, 153d, 156 StGB, § 33 FinStrG) durch sonstigen Tatbeitrag iSd § 12 3. Fall StGB gefördert würden. Dabei stellte sich beim überwiegenden Teil der angezeigten gewerberechtlichen Geschäftsführer heraus, dass diese durchaus geständig waren und Angaben dazu leisten konnten, wer sie angeworben und ausbezahlt hatte. Jedoch waren sie zu keinem Zeitpunkt in den Betrieb der Gesellschaft eingebunden und hatten folglich keine Kenntnis von den kriminellen Verwicklungen der Gesellschaft. In allen im Rahmen des Forschungsprojekts betrachteten Fällen wurden daraufhin die Ermittlungen gegen die gewerberechtlichen Geschäftsführer mangels Vorsatzes gem § 190 Z 1 StPO eingestellt.

Abschließend lässt sich daraus folgern, dass der Handel mit Befähigungsnachweisen zur Vermittlung der Gewerbeberechtigung an juristische Personen, der freilich kein neues Phänomen darstellt, für gewerberechtliche Gf nach wie vor ohne nennenswertes Risiko verwaltungsstrafrechtlicher oder zivilrechtlicher Haftungen sowie strafgerichtlicher Verfolgung betrieben werden kann. Nach Ansicht der MA 63 eigne sich das Gewerbe in seiner derzeitigen Form nicht zur Betrugsbekämpfung und biete auch keinesfalls das dafür benötigte Instrumentarium²³⁹. Gegen amtsbekannte gewerberechtliche Geschäftsführer, die immer wieder im Dunstkreis von Sozialbetrugsfirmen tätig würden, bestünde ohne einschlägige strafgerichtliche Verurteilung keine Handhabe. Und selbst dann ist die Bestellung des Gf von der Behörde bloß zu widerrufen, wobei allerdings die 6-Monats-Frist des § 9 Abs 2 GewO gem § 91 Abs 1 GewO nicht zur Anwendung kommt. Erst nach Unterbleiben der Bestellung eines neuen Gf kann dann die Gewerbeberechtigung entzogen werden.

B) Empfehlung

- **Pönalisierung des Zurverfügungstellens eines Befähigungsnachweises** ohne tatsächliche Einbindung in den Geschäftsbetrieb: Der Handel mit Befähigungsnachweisen reglementierter Gewerbe, insbes im Baumeistergewerbe, ist weit verbreitet und ein nicht unwichtiger Aspekt bei der Bekämpfung von Scheinfirmen. Die Hintermänner einer Scheinfirma benötigen üblicherweise die Gewerbeberechtigung, um dem verwendeten Mantel den Anschein von Legitimität zu verleihen, der für die

²³⁹ Tgb 22092010 I.

Geschäftspartner im Zuge des Verkaufs von Anmeldungen, Schein- und Deckungsrechnungen benötigt wird. Die Unterbindung des bloßen Zurverfügungstellens von Befähigungsnachweisen würde daher das In-Verkehr-Bringen eines Scheinfirmenmantels zumindest erheblich erschweren. Schon jetzt besteht für einen gewerberechtlichen Geschäftsführer die Pflicht, sich im Betrieb zu betätigen. Verstöße gegen diese Pflicht können aber nur gegenüber dem Gewerbeinhaber – also der Scheinfirma – sanktioniert werden. Der hoheitliche Entzug der Gewerbeberechtigung der Scheinfirma ist angesichts seiner Dauer nicht geeignet, die Verwendung einer Scheinfirma zu erschweren. Die Einführung eines Verwaltungsstrafatbestands, durch den sich auch der gewerberechtliche Geschäftsführer selbst bei Zurverfügungstellung der Befähigungsnachweises ohne die erforderliche Einbindung in den Betrieb strafbar machen würde, hätte demgegenüber nicht unerhebliche präventive Effekte und würde schon die Erlangung der Befähigung für eine Scheinfirma erschweren.

III. Modalitäten der Anmeldung von DN

A) Die Anmeldung zur SV

1. Meldungen via DFÜ – ELDA

Gem § 33 Abs 1 ASVG ist jeder der Pflichtversicherung unterliegende DN vor Arbeitsantritt beim zuständigen KV-Träger anzumelden. Dabei steht es dem DG frei, von vornherein die vollständige Anmeldung zu erstatten oder bis zum Arbeitsantritt eine Mindestangaben-Meldung (Aviso-Meldung gem § 33 Abs 1a Z 1 ASVG) abzugeben und binnen einer Woche die restlichen Angaben nachzumelden. Den Regelfall stellt dabei die Übermittlung von Meldungen via ELDA²⁴⁰ dar. Erstaunlich ist die Tatsache, dass mit einer ELDA-Seriennummer DN auf jede (dh irgendeine) Firma angemeldet werden können. Hinzu kommt, dass ELDA nicht mit dem Firmenbuch vernetzt ist und somit auch im Fall des Konkurses oder der Löschung DN weiterhin auf das Beitragskonto angemeldet werden können. Letzteres lässt sich insbes bei Beitragskonten beobachten, die für Scheinmeldungen verwendet werden. Die Meldemöglichkeit während des Konkurses sollte daher unbedingt auf den Insolvenzverwalter bzw den von ihm allenfalls bevollmächtigten Steuerberater beschränkt werden. Bei gelöschten Firmen schließlich darf es schlicht keine Möglichkeit geben, DN auf deren Beitragskonten zu melden. Besonders im Baugewerbe sind Subunternehmen vertraglich typischerweise verpflichtet, am ersten Tag des Beschäftigungsbeginns auf einem BVH dem Auftraggeber Anmeldebestätigungen aller DN zu übergeben. Diese Meldebestätigungen sind entweder Durchschläge der Papiermeldung oder ELDA-

²⁴⁰ Dazu auch schon oben S 83.

Ausdrucke, auf denen das Datum des elektronischen Einlangens bei der GKK vermerkt ist. In diesem Zusammenhang werden immer wieder ELDA-Meldebestätigungen gefälscht. Die in den Fälschungen ausgewiesenen Seriennummern sind allerdings real existent (und damit einem vermeintlichen Übersender zuordenbar). Die Verwendung real existenter Seriennummern erschwert das Erkennen der Fälschung. All diese Punkte sprechen für eine nachhaltige Überarbeitung der ELDA-Registrierung zur Hintanhaltung missbräuchlicher Praktiken.

2. Meldungen in Papierform

Außerhalb dieser elektronischen DFÜ dürfen Meldungen gem § 41 Abs 4 ASVG nur dann zulässigerweise erstattet werden, wenn dies durch eine Richtlinie des Hauptverbandes vorgesehen ist. Nach den Richtlinien über Ausnahmen von der Meldungserstattung mittels DFÜ²⁴¹ ist eine nicht-elektronische Meldung ordnungsgemäß erstattet, wenn die Meldung über DFÜ unzumutbar ist oder wenn die Meldung durch einen technischen Defekt der DFÜ-Einrichtung unmöglich war (§ 2 Abs 2 RMDfÜ 2005). Unzumutbarkeit liegt vor, wenn der DG über keine EDV-Einrichtung verfügt und die Lohnverrechnung nicht durch einen Professionisten (Steuerberater, Lohnverrechner) durchführen lässt (§ 3 RMDfÜ 2005). Sollte die Verwendung einer anderen Form von Meldungen zulässig sein, so dürfen diese mittels Datenträger, Telefax (mittels Formular) oder handschriftlich (mittels Formular) erfolgen. Andere Meldungsarten gelten als nicht ordnungsgemäß erstattet und sind von der GKK zurückzuweisen. Eine Mindestangaben-Meldung (Aviso-Meldung) darf hierbei auch telefonisch beim ELDA-Call Center erfolgen (§ 9 RMDfÜ 2005).

In der Praxis spielen Anmeldungen in Papierform (sog „händische Meldungen“), die bei den Bezirksstellen der WGKK erstattet werden, nach wie vor eine nennenswerte Rolle²⁴². Vor allem bei dubiosen Firmen erfolgen die Meldungen häufig bei den Bezirksstellen der WGKK. Bei Erhebungen stellt sich in weiterer Folge oftmals heraus, dass Meldungen desselben DG von unterschiedlichen Personen unterfertigt und auch immer wieder unterschiedlich aussehende Firmenstempel verwendet werden. Die unleserlichen Unterschriften auf den Papiermeldungen erlauben idR keine eindeutige Zuordnung, wer eine bestimmte Meldung vorgenommen hat (DG selbst bzw Vertretungsorgan, Steuerberater, Lohnverrechner). Auch fallen die Unterschiede der Meldungen bei der Speicherung durch Sachbearbeiter des KV-Trägers schlichtweg nicht auf. Bei den Bezirksstellen wird jede formgerechte Anmeldung angenommen, ohne inhaltliche Prüfung der Meldungen und ohne Identitätsprüfung des Meldepflichtigen bzw des Überbringers der Mel-

²⁴¹ RMDfÜ 2005 idF avsv 181/2005.

²⁴² Nach Auskunft des HVB wurden im Jahr 2010 rund 920.000 Meldungen unter Verwendung der Papierformulare erstattet im Gegensatz zu 15,8 Mio Meldungen auf elektronischem Wege; wieviele der händischen Meldungen auf Scheinfirmen entfielen, ließ sich allerdings nicht erheben.

dungen. Zurückweisungen von Meldungen dürften äußerst rar sein. Die genannte gesetzliche Regelung bezügl der Unzumutbarkeit der elektronischen Meldungen wird in der Praxis sehr weit ausgelegt, wodurch der nach der Richtlinie einschränkende Charakter der Ausnahmeregelung de facto irrelevant ist. In Einzelfällen gab es Absprachen zwischen Erhebern und Bezirksstellen, Meldungen bei verdächtigen Beitragskonten nicht unmittelbar anzunehmen, sondern zumindest die Identität des Überbringers festzustellen oder gar die Erheber zu verständigen. IdR bewirkte dies nur die abrupte Flucht des Überbringers, nicht ohne zuvor die Anmeldungen abzugeben, die dann auch eingespeichert werden mussten.

B) Die Meldung von DN bei der BUAK

Im Gegensatz zum ASVG kennt das BUAG keine Meldepflicht vor Arbeitsantritt. Gem § 22 Abs 1 BUAG hat ein AG einen AN binnen zwei Wochen ab Aufnahme der BUAG-pflichtigen Tätigkeit zu melden. In den Folgemonaten sind bis zum 15. des dem Zuschlagszeitraum jeweils folgenden Monats für jeden beschäftigten AN alle für die Berechnung maßgebenden Lohnangaben und deren Veränderungen einschließlich des allfälligen Beginns und Endes des Arbeitsverhältnisses mittels von der BUAK übermittelter Vordrucke zu melden (§ 22 Abs 2 BUAG). Im Rahmen von Baustellenkontrollen können damit festgestellte DV oft nur dokumentiert werden, um dann abzuwarten, ob die diesbezüglichen Meldefristen auch tatsächlich eingehalten werden.

C) Empfehlungen

- **Abschaffung von DN-Anmeldungen zur SV in Papierform:** Eine völlige Abschaffung der sog „händischen Meldungen“ ist im Hinblick auf die Bekämpfung von Missbrauchspotential angezeigt. Zwar kann auch anhand der bei der Anmeldung via ELDA verwendeten Seriennummer die Ausforschung der tatsächlich meldenden Person nicht mit Sicherheit gewährleistet werden, jedoch ist die vollständige Umstellung auf elektronische Meldungen ein wichtiger Ausgangspunkt, um durch EDV-Lösungen Prüfungen zur Missbrauchserkennung vornehmen und Umgehungsmöglichkeiten hintanhaltend zu können. Hervorzuheben ist dabei eine Studie der OÖGKK²⁴³ zur Umstellung auf Meldungen via DFÜ vom August 2010, in der von 442 kontaktierten Dienstgebern nur 4 % angaben, dass eine Umstellung mangels Internetanschlusses faktisch unmöglich sei. Auch diese 4% wären zu hinterfragen, weil ein DG im heutigen Wirtschaftsleben ohne PC und Internet kaum vorstellbar ist.
- **Überprüfung der Anmeldung via ELDA hinsichtlich Missbrauchspotentials:** Es besteht nach wie vor die Möglichkeit, auf

²⁴³ Unveröffentlichte Umfrage der OÖGKK.

Beitragskonten bereits insolventer oder gar gelöschter Firmen zu melden. In diesem Kontext sollten weiterhin Überlegungen angestellt werden, inwiefern sich eine Verknüpfung zwischen ELDA und den einzelnen Beitragskonten der SV-Träger sowie zwischen den Beitragskonten und dem Firmenbuch, insbes im Rahmen der Einführung des gemeinsamen Betriebssystems „MVB neu“, das dem Vernehmen nach noch 2012 bundesweit eingesetzt werden soll, bewerkstelligen lassen könnte.

- **Meldepflicht vor Arbeitsantritt im BUAG:** Hinsichtlich der Meldung bei der BUAK und der Entrichtung der Zuschläge kommen AG nach wie vor weitgehende Handlungsspielräume zu. Solange bei Meldeverstößen kaum negative Konsequenzen zu befürchten sind, werden auch weiterhin zahlreiche AG versuchen, der Zuschlagspflicht zu entgehen. Dem könnte eine Meldepflicht vor Arbeitsantritt entgegenwirken. Um den Verwaltungsaufwand für AG überschaubar zu halten, sollte – vorbehaltlich einer positiven Ressourcenprüfung und entsprechender datenschutzrechtlicher Grundlagen – allenfalls vorhandenes Synergiepotential zwischen dem Anmeldesystem der SV-Träger und der BUAK nachhaltiger ausgeschöpft werden.

IV. Die Behandlung von Scheinfirmen im Rahmen (lohn)abgabenrechtlicher Prüfungen

A) Prüfung von Scheinfirmen

Seit mehreren Jahren erfolgt die Prüfung der SV-Beiträge und der Lohnabgaben im Rahmen einer gemeinsamen Prüfung aller lohnabhängigen Abgaben (GPLA). Zur Durchführung der GPLA sind die Abgabenbehörden und die KV-Träger gleichermaßen berufen²⁴⁴. Da der Prüfzeitraum üblicherweise drei Jahre zurückreicht, werden Scheinfirmenmängel meist erst nach Insolvenzeröffnung geprüft. Im Bereich der Insolvenzprüfung erfolgt jedoch bis dato keine GPLA, Beitragsprüfung und Lohnsteuerprüfung sind nach wie vor getrennt. Während die Abgabenbehörden bei insolventen Firmen nur in Einzelfällen LSt-Prüfungen durchführen, werden von den GKKen alle insolventen Firmen und damit auch alle Scheinfirmen geprüft. Die Beitragsprüfung wird in diesen Fällen üblicherweise amtswegig durchgeführt, dh die Bemessungsgrundlagen werden auf Basis der angemeldeten DN geschätzt und die Beiträge – die naturgemäß uneinbringlich bleiben – nachverrechnet. Die Insolvenzprüfungen der Scheinfirmen dienen den GKKen vor allem zu Verrechnungszwecken mit dem IEF. Gem § 13a Abs 2 IESG ist der IEF bei Vorliegen eines Insolvenztatbestands verpflichtet, dem zuständi-

²⁴⁴ *Binder/Lindner in Geppert, Sozialversicherung, Kap 6.*

gen KV-Träger rückständige DN-Beitragsanteile zu ersetzen, soweit diese bis längstens zwei Jahre vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens bzw vor jenen Zeitpunkten, welche dieser gemäß § 1 Abs 1 IESG gleichgestellt sind, aushaften. Im Ergebnis erhalten die KV-Träger nach Insolvenzeröffnung die rückständigen DN-Anteile vom IEF ersetzt, wobei darauf hinzuweisen ist, dass auch der IEF eine solidarisch von der Gesamtheit der DG finanzierte sozialstaatliche Institution darstellt und somit der Beitragsverlust von einer sozialstaatlichen Institution auf eine andere überwältigt wird²⁴⁵.

B) Prüfung von auftraggebenden Firmen

Mit der Prüfung von auftraggebenden Firmen sind jene Firmen oder Unternehmer angesprochen, die sich der Scheinfirmen bedienen, um ihre eigenen Lohn- und Sozialabgabenlasten zu verringern. Diese Unternehmen sind üblicherweise durchaus solvente Abgabepflichtige, die sich auf den ersten Blick durch eine ordnungsmäßige Buchführung und Einhaltung ihrer beitrags- und abgabenrechtlichen Pflichten auszeichnen. Im Zuge einer Prüfung zeigt sich allerdings vielfach, dass diese Unternehmen Eingangsrechnungen von Scheinfirmen auf Fremdleistungskonten gewinnwirksam geltend machen. Bei diesen Rechnungen kann es sich entweder um Scheinrechnungen i.e.S. oder um Deckungsrechnungen handeln. Während Scheinrechnungen ausschließlich zur Minimierung des einkommensteuerpflichtigen Gewinns in die Buchhaltung aufgenommen werden, dienen Deckungsrechnungen vielfach der Abdeckung eines Schwarzlohnaufwands²⁴⁶. Die beschäftigten DN sind dabei entweder gar nicht zur SV angemeldet oder durch den damit zusammenhängenden Kauf von Meldungen zur SV auf eine Scheinfirma „ausgelagert“. Sofern sich der einer Schein- und Deckungsrechnung zugrundeliegende Sachverhalt lückenlos klären lässt, können die daraus resultierenden abgabenrechtlichen Konsequenzen vergleichsweise unproblematisch gezogen werden. In praxi handelt es sich dabei allerdings um rare Ausnahmefälle. Üblicherweise lassen sich nur die Scheinfirmeneigenschaft des Rechnungsausstellers sowie die Geltendmachung der im Namen der Scheinfirma ausgestellten Rechnung als Betriebsausgabe zweifelsfrei festmachen. Vor diesem Hintergrund stellt die Empfängerbenennung gem § 162 BAO ein schlagkräftiges Instrumentarium der Vermeidung systematischer Abgabenhinterziehungen dar, das im Folgenden vor allem im Hinblick auf Szenarien der Vermeidung lohnabhängiger Besteuerung näher beleuchtet werden soll.

1. Das Institut des § 162 BAO

Wenn der Abgabepflichtige beantragt, dass Schulden, andere Lasten oder Aufwendungen abgesetzt werden, so kann die Abgabenbehörde verlangen, dass der

²⁴⁵ Gem § 13b IESG gilt eine vergleichbare Regelung im Baubereich zugunsten der BUAK für aushaftende BUAG-Zuschläge.

²⁴⁶ Dazu schon oben S 50.

Abgabepflichtige die Gläubiger oder die Empfänger der abgesetzten Beträge genau bezeichnet (§ 162 Abs 1 BAO). Soweit er seiner Verpflichtung zur Empfängerbenennung nicht nachkommt, sind die beantragten Absetzungen abzuerkennen (§ 162 Abs 2 BAO). Die Verpflichtung zur Empfängerbenennung steht in engem Zusammenhang mit den abgabenrechtlichen Wahrheits- und Offenlegungspflichten. Durch das Institut des § 162 BAO soll dem Fiskus ermöglicht werden, die Versteuerung der als Betriebsausgabe berücksichtigten Zahlung beim Empfänger zu überprüfen²⁴⁷. Unterbleibt die Identifizierung des Empfängers, so hält sich der Fiskus am greifbaren Steuerpflichtigen durch Aberkennung der Betriebsausgabe schadlos, als Ausgleich für dessen unterbliebene Mitwirkung im Abgabeverfahren²⁴⁸.

Die Aufforderung zur Empfängerbenennung steht nach hA im Ermessen der Abgabenbehörde²⁴⁹. Die überwiegende Lehre scheint die Anwendung des § 162 BAO allerdings nur als ultima ratio und damit erst nach Ausschöpfung aller anderen Möglichkeiten zur Erforschung der materiellen Wahrheit als rechtmäßig anzusehen²⁵⁰. Nach der Jud ist das Verlangen nur dann unzulässig, wenn eine tatsächliche Unmöglichkeit der Empfängerbenennung ohne Verschulden des Abgabepflichtigen vorliegt²⁵¹.

Die Jud des VwGH iZm Scheinfirmen ist dabei sehr klar: Briefkastenfirmen, die sich in einer bloßen Kombination einer Zustelladresse mit einer Firmenbezeichnung erschöpfen, haben keinen geschäftlichen Betrieb und können daher keine Leistungen erbringen²⁵². Die bloße Nennung einer Briefkastenfirma genügt der Verpflichtung nach § 162 BAO nicht²⁵³. Vielmehr liegt bei einer solchen Gesellschaft der Verdacht nahe, dass die an sie bezahlten Gelder wiederum an den Leistenden zurückgeflossen bzw überhaupt nicht aus dessen Verfügungsgewalt ausgeschieden sind²⁵⁴. Der Aufforderung zur Empfängerbenennung wird immer dann nicht entsprochen, wenn maßgebliche Gründe die Vermutung rechtfertigen, dass die benannten Personen nicht die tatsächlichen Empfänger sind, wobei insbes die Unauffindbarkeit einer (Briefkasten-)Firma als maßgeblicher Grund anzusehen ist²⁵⁵.

²⁴⁷ *Beiser*, SWK 2000, 838 (845 f).

²⁴⁸ *Beiser*, SWK 2000, 838 (845 f); *Scheiblauer*, AFS 2011, 35 (35).

²⁴⁹ *Ritz*, BAO⁴ § 162 Rz 2.

²⁵⁰ *Beiser*, SWK 2000, 838 (851); *Stoll*, BAO, Rz 1731; *Scheiblauer*, AFS 2011, 3 (5); krit *Ritz*, BAO⁴ § 162 Rz 12.

²⁵¹ VwGH 09.03.2005, 2002/13/0236; VwGH 29.11.1988, 87/14/0203; *Ritz*, BAO⁴ § 162 Rz 3; *Beiser*, SWK 2000, 838 (846).

²⁵² VwGH 19.12.2007, 2005/13/0030; VwGH 20.09.2007, 2007/14/0007; VwGH 31.05.2006, 2002/13/0145.

²⁵³ VwGH 26.09.2000, 98/13/0216; VwGH 22.03.1995, 93/13/0076.

²⁵⁴ VwGH 28.11.2000, 97/14/0062; VwGH 13.10.1999, 93/13/0200.

²⁵⁵ VwGH 11.07.1995, 91/13/0154.

2. Telos des § 162 BAO im Gesamtgefüge des Abgabenrechts

Eine nähere Analyse der zum Charakter und Zweck der Empfängerbenennung geäußerten Ansichten lässt Auslegungsdifferenzen zwischen hL und der abgabenrechtlichen Jud des VwGH erkennen. In der Lehre scheint die Ansicht zu überwiegen, dass sich schon angesichts des materiell-rechtlichen Gehalts des Schuldverhältnisses ein zu weitläufiges, formalistisch-geprägtes Verständnis des § 162 BAO verbiete²⁵⁶. In jenen Fällen, in denen sich die ordnungsgemäße Versteuerung beim Empfänger mangels Benennung nicht überprüfen lässt, dient die Aberkennung der Abzugsfähigkeit der Absicherung vor einer möglichen Abgabenverkürzung²⁵⁷. Damit ist § 162 BAO als Instrument der Schadensabwehr bzw als eine Art Gefährdungshaftung, die dem Benennenden infolge Verletzung abgabenrechtlicher Offenlegungspflichten zur Vermeidung konkreter Steuerausfälle auferlegt wird, zu verstehen²⁵⁸. Die Auslegung des § 162 BAO als Gefährdungshaftung lässt zwar dessen Anwendung auch dann zu, wenn die Tatsache der Leistung und deren betriebliche Veranlassung unstrittig festgestellt sind, findet jedoch ihre Grenzen in jenen Fällen, in denen auf Empfängerseite Steuerausfälle auf keinen Fall zu befürchten sind²⁵⁹.

Insoweit deckungsgleich spricht sich auch der VwGH für den Verlust der Absetzbarkeit von Betriebsausgaben aus, solange nicht die Möglichkeit, die entsprechenden Einnahmen beim Empfänger zu versteuern, dadurch sichergestellt ist, dass der Steuerpflichtige den Empfänger konkret genannt hat²⁶⁰. Ausgehend von dem Grundsatz, „daß das, was bei dem einen Abgabepflichtigen abzusetzen ist, bei dem anderen versteuert werden muss, wenn nicht steuerpflichtige Einnahmen unversteuert bleiben sollen“²⁶¹, kann die Absetzung der Ausgaben trotz feststehender sachlicher Berechtigung abgelehnt werden. Hat der Steuerpflichtige darauf verzichtet, die Identität des Empfängers festzustellen oder hat er falsche Angaben in Kauf genommen, so hat er sich die Versagung selbst zuzuschreiben²⁶². § 162 BAO soll vor allem Abgabenverkürzungen vorbeugen²⁶³. Wer undurchsichtige Geschäfte tätigt und das über den Geschäften lagernde Dunkel auch nachträglich gegenüber der Abgabenbehörde nicht durch lückenlose Beweisführung zu erhellen vermag, hat das damit verbundene steuerliche Risiko selbst zu tragen²⁶⁴. Zweck des § 162 BAO ist daher nicht so sehr, dem mangelnden Nachweis einer Betriebsausgabe Rechnung zu tragen, als vielmehr Steuer-

²⁵⁶ Stoll, BAO § 162, 1723 f.

²⁵⁷ Beiser, SWK 2000, 838 (845 f).

²⁵⁸ Stoll, BAO § 162, 1722 ff mwN.

²⁵⁹ Stoll, BAO § 162, 1724; Ritz, BAO⁴ § 162 Rz 11; Beiser, SWK 2000, 838 (845 f); Haider/Schlager, SWK 34/35, 2010, 1015 (1016).

²⁶⁰ VwGH 28.05.1997, 94/13/0230.

²⁶¹ VwGH 02.03.1993, 91/14/0144.

²⁶² EStR 2000 Rz 1117 mit Verweis auf VwGH 28.5.1997, 94/13/0230 und VwGH 28.10.1997, 93/14/0073.

²⁶³ VwGH 28.05.1997, 94/13/0230.

²⁶⁴ VwGH 21.11.1985, 85/16/0092; VwGH 14.12.2000, 95/15/0129; VwGH 08.05.1973, 0844/71.

verkürzungen zu verhindern²⁶⁵. Im Gegensatz zur hL wurde schon in der älteren Rspr betont, dass selbst wenn die steuerliche Erfassung ausländischer Empfänger mangels inländischer Steuerpflicht in Frage gestellt werden kann, die Verweigerung der Anerkennung von Betriebsausgaben zulässig ist²⁶⁶. In der jüngeren Rspr wurde dieser Zugang durch den programmatischen Rechtssatz „§ 162 BAO stellt auf eine konkrete Steuerpflicht des Empfängers der abgesetzten Beträge nicht ab“ wiederum bekräftigt²⁶⁷. Auch wenn das Höchstgericht vor kurzem ein Abgehen von dieser strengen Linie angedeutet hat²⁶⁸, wurden die bisherigen Leiterkenntnisse noch nicht revidiert.

Die Zusammenschau der Erkenntnisse lässt auf ein tendenziell ordnungspolitisches Verständnis des § 162 BAO schließen, mit dem allgemein generalpräventives Ziel der Verhinderung künftiger dunkler Geschäfte²⁶⁹. Die Rspr pflegt dabei eine streng am Wortlaut sowie der formalen Struktur der Bestimmung orientierte Auslegung, die im Ergebnis die Anwendung des § 162 BAO losgelöst von der konkreten Gefährdung der Besteuerung beim Empfänger zulässt. Damit befindet sie sich nicht bloß im Widerspruch zur hL, sondern auch zu den EStR, die ein Absehen von der Empfängerbenennung bei Provisionszahlungen an Ausländer für rechtmäßig erachten, wenn die Tatsache der Leistung, die betriebliche Veranlassung und die mangelnde Steuerpflicht des Empfängers im Inland feststehen²⁷⁰.

3. Verhältnis von § 162 BAO zur Schätzung von Schwarzlohnaufwand und anschließender Anerkennung der Absetzbarkeit?

In der Praxis gelangt die Betriebsprüfung im Rahmen der freien Beweiswürdigung vielfach zu dem Schluss, dass es sich bei einzelnen, mangels Empfängerbenennung nicht anzuerkennenden Betriebsausgaben de facto um Schwarzlohnaufwand handelt²⁷¹, der bei Verweigerung der Empfängerbenennung zwingend und umfassend abzuerkennen ist. Dabei stellt sich die Frage, inwiefern eine allfällige Nachverrechnung lohnabhängiger Abgaben im Rahmen einer anschließenden GPLA mit einem Vorgehen nach § 162 Abs 2 BAO zu vereinbaren ist. Im Zuge der Feldforschungen zeigte sich, dass mangels klarer Handlungsvorgaben keine einheitliche Prüfpraxis besteht²⁷².

Im Schrifttum hat sich – soweit ersichtlich – bisher nur *Beiser*²⁷³ dieser spezifischen Frage angenommen und spricht sich gegen die Anwendung der Empfängerbenennung aus, sofern die tatsächlich geleisteten Ausgaben als lohnsteuerab-

²⁶⁵ VwGH 15.11.1963, 749/62.

²⁶⁶ VwGH 27.03.1956, 0292/55.

²⁶⁷ VwGH 25.05.2004, 2001/15/0019.

²⁶⁸ VwGH 30.06.2010, 2007/13/0067.

²⁶⁹ Abl *Stoll*, BAO § 162, 1721 mwN.

²⁷⁰ EStR 2000 Rz 1125.

²⁷¹ Zu einem typischen Fall der Abdeckung von Schwarzlohnaufwänden vgl *Blazina*, SWK 2007, 844 (844 ff).

²⁷² Tgb 17112011 I; Tgb 17012012 I.

²⁷³ *Beiser*, SWK 2000, 838 (846).

zugspflichtige Bezüge an DN anzusehen sind. In diesem Fall würde der AG gem § 82 EStG für die auf Basis der ausbezahlten Beträge errechnete LSt haften. Da die DN als Empfänger bereits durch die Quellenbesteuerung ertragssteuerlich erfasst wären, würde eine kumulierte Vorschreibung von LSt einerseits und Aberkennung eines geleisteten Lohnaufwands gem § 162 BAO andererseits auf eine unzulässige Doppelbesteuerung hinauslaufen, die mangels bestehender Gefährdungslage beim Empfänger aus teleologischen und wohl auch verfassungsrechtlichen Erwägungen abzulehnen wäre²⁷⁴.

In der älteren Rspr erachtete der VwGH in VwSlg 1557 F/1956²⁷⁵ die Verweigerung der Anerkennung hingegen auch dann für zulässig, wenn die Empfänger der Zahlungen durchwegs AN waren und mangels Überschreiten der Steuerfreigrenzen bei den einzelnen AN als steuerfrei anzusehen sein könnten. Unterlässt es der Steuerpflichtige – wie bei der Beschäftigung von Schwarzarbeitern – für Lohnempfänger ein Lohnkonto zu führen und ist er deshalb nicht in der Lage, die Empfänger zu benennen, so ist die Anerkennung der gezahlten Löhne abzulehnen und darf auch nicht im Wege der Schätzung erfolgen²⁷⁶. Da der Zweck des § 205a AO²⁷⁷ in der Vermeidung von Steuerverkürzungen begründet liegt, kann der Steuerpflichtige bei Verweigerung der Empfängerbenennung auch keine Schätzung der erbrachten Leistung verlangen²⁷⁸. In der jüngeren Rspr wird immer wieder betont, dass bei zulässiger Anwendung des § 162 BAO für eine Glaubhaftmachung der Aufwendung iSd § 138 BAO oder für eine Schätzung der Aufwendungen nach § 184 BAO generell kein Raum bliebe, weil sonst das Ziel des § 162 BAO verfehlt würde²⁷⁹. Während auch bei Ermittlung von Abgabenbemessungsgrundlagen im Schätzungswege unbelegte, aber hinreichend glaubhaft gemachte Betriebsausgaben zu berücksichtigen seien, stelle § 162 BAO eine Ausnahme von diesem Grundsatz dar²⁸⁰. Bleiben die Empfänger von Aushilfslöhnen unbekannt, so hat die Abgabenbehörde zu begründen, warum sie von ihrem Ermessen nach § 162 BAO keinen Gebrauch macht und stattdessen die Aushilfslöhne im Schätzungswege berücksichtigt²⁸¹.

Zusammenfassend lässt sich also aus der Rspr zu § 162 BAO und der abgabenrechtlichen Schätzung gem § 184 BAO Folgendes festhalten: Auch wenn die Anwendung des § 162 BAO im Ermessen der Behörde steht, scheint das Höchstgericht dessen Anwendung im Vergleich zu einer Schätzung sowie der daraus resultierenden Anrechnung der Ausgaben insoweit zu präferieren, als die unterbliebene Ermessensausübung des § 162 BAO besonderer Begründung bedarf. Macht die

²⁷⁴ Ibid.

²⁷⁵ VwGH 12.12.1956, 2609/55; VwGH 14.05.1974, 0284/73.

²⁷⁶ Zu Lohnzahlungen an unbekannte Aushelfer in einer Eisengießerei VwGH 13.09.1963, 1728/63.

²⁷⁷ Dabei handelt es sich um die Vorgängerbestimmung des heutigen § 162 BAO.

²⁷⁸ VwGH 28.04.1961, 1313/59; VwGH 10.01.1958, 1176/56.

²⁷⁹ VwGH 31.01.2001, 98/13/0156; VwGH 15.09.1999, 99/13/0150; VwGH 22.03.2010, 2006/15/0284; VwGH 02.03.1993, 91/14/0144.

²⁸⁰ VwGH 20.02.1991, 86/13/0195.

²⁸¹ Zur Beschäftigung von unbekanntem Aushelfern in einer Trafik VwGH 29.11.1988, 88/14/0191.

Behörde von ihrem Ermessen Gebrauch und unterbleibt die Empfängerbenennung durch den Steuerpflichtigen, so sind die gegenständlichen Betriebsausgaben zwingend abzuerkennen, weil ansonsten der Zweck der Empfängerbenennung vereitelt würde. Da dem Instrument des § 162 BAO generalpräventive Bedeutung mit dem generellen Zweck der Vermeidung von Steuerverkürzungen zugemessen wird, ist die Verhinderung der Absetzung auch dann zulässig, wenn die gegenständlichen Leistungen beim Empfänger gänzlich steuerfrei oder zumindest nicht im Inland steuerpflichtig sind. Vor diesem Hintergrund kann nicht ausgeschlossen werden, dass die strenge Rspr des VwGH in konsequenter Fortsetzung einer formalen Auslegung des § 162 BAO auch eine Inanspruchnahme für rückständige LSt gem § 82 EStG – ohne Erfordernis der Absetzbarkeit der zugrundeliegenden Bemessungsgrundlage – zulassen würde.

Dem wäre mit der hL entgegenzuhalten, dass eine solche Praxis vom Instrument des § 162 BAO nicht mehr gedeckt sein kann, weil dessen Telos, das in der Sicherung konkreter Abgabenansprüche zu sehen ist, eine einschränkende Auslegung vor allem in jenen Bereichen gebietet, in denen eine zu weitreichende wörtliche Anwendung zu einem Einstehenmüssen für bloß fiktive Abgabenansprüche bzw zu einer Doppelbesteuerung führen würde. Sinn und Zweck des LSt-Abzugs und der daran anknüpfenden Haftung gem § 82 EStG liegt ebenso wie bei § 162 BAO in einer Sicherung der Besteuerung beim Leistenden, wodurch eine kumulierte Anwendung mit der Empfängerbenennung wohl überschießend wäre.

4. Weitere abgaben- und beitragsrechtliche Konsequenzen der Anwendung des § 162 BAO

Die Nichtanerkennung einer Betriebsausgabe bewirkt automatisch eine Gewinnzurechnung und damit Nachversteuerung der Einkünfte. Während bei natürlichen Personen damit eine Steuerbelastung von 50 % droht, würde sich die unterbliebene Empfängerbenennung bei Kapitalgesellschaften mit einer maximalen Belastung von 25 % auswirken²⁸². Zur Beseitigung dieses Ungleichgewichts wurde im Rahmen des BBKG 2010²⁸³ ein Zuschlag iHv 25 % jener Beträge vorgesehen, deren Empfänger dem Fiskus von den Abgabepflichtigen im Rahmen einer Aufforderung gem § 162 BAO nicht genannt wurde (§ 22 Abs 3 KStG). Dieser Zuschlag ist ab dem Veranlagungsjahr 2011 zusätzlich zur KöSt zu entrichten und dient der Bekämpfung von Steuervorteilen durch bewusstes Verschweigen der Empfänger²⁸⁴.

Zur Frage, ob im Zuge einer Nichtanrechnung von Betriebsausgaben auch von einer verdeckten Gewinnausschüttung und damit Nachversteuerung auszugehen ist, hat die Rspr bereits mehrmals zutreffend betont, dass die Rechtsfolgen des § 162 BAO zur Beurteilung, ob eine verdeckte Gewinnausschüttung erfolgte und

²⁸² Doralt, RdW 1998, 494 (494); Scheiblauer, AFS 2011, 35 (37); Beiser, SWK 2000, 838 (847).

²⁸³ BGBl I 105/2010.

²⁸⁴ EBRV 875 BlgNR XXIV.GP 7; krit Haider/Schlager, SWK 34/35/2010, 1015.

ob die entsprechenden Beträge dem Gesellschafter auch tatsächlich zugeflossen sind, nicht geeignet sind²⁸⁵. An nicht genannte Personen bezahlte „Schwarzlöhne“ können nicht als Vorteilszuwendungen und damit als verdeckte Ausschüttungen an die Gesellschafter gewertet werden²⁸⁶.

Falls der nicht anerkannte Betrag zumindest teilweise als tatsächlich geleisteter Schwarzlohnaufwand zu betrachten ist, kommt den Unterschieden bei der Auslegung des § 162 BAO – wie bereits geschildert – beachtliche praktische Bedeutung zu. Mit der hL könnten die Schwarzauszahlungen nur dann der LSt, KommSt, DG-Beitrag und DG-Zuschlag unterworfen werden, wenn die geleisteten Löhne auch als Betriebsausgabe anerkannt würden und damit von einer Anwendung des § 162 Abs 2 BAO abgesehen würde. Demgegenüber scheinen sich in der Rspr durchaus Anhaltspunkte zu finden, die für die Zulässigkeit einer kumulierten Anwendung des § 162 Abs 2 BAO und des § 82 EStG sprechen könnten. Während die Bemessungsgrundlage der LSt in Ermangelung von Arbeitsaufzeichnungen sowie ausforschbaren DN auf Basis des § 184 BAO geschätzt werden kann, können die im Rahmen einer GPLA ebenso zu prüfenden SV-Beiträge nur dann nachverrechnet werden, wenn die Auszahlungen konkreten DN zurechenbar sind. Nach der zutreffenden Jud des VwGH setzt eine Schätzung gem § 42 Abs 3 ASVG voraus, „dass feststeht, dass eine konkrete Person als Dienstnehmer (oder in einer anderen die Versicherungspflicht begründenden Weise) für den Dienstgeber (Auftraggeber) tätig gewesen ist und in Bezug auf diese Personen die zur Beurteilung des Versicherungsverhältnisses erforderlichen Daten unvollständig sind oder fehlen“²⁸⁷. Nicht näher feststellbare Beschäftigungsverhältnisse dürften demnach nicht durch Schätzung der Anzahl der DN sowie deren Bemessungsgrundlagen substituiert werden, weil dies zur Annahme virtueller Versicherungsverhältnisse führen würde, die mangels Zuordnung keine Leistungsansprüche auf Seiten der Versicherten bewirken könnten.

C) Praktische Erwägungen

Die vorstehenden Erwägungen zeigen, dass § 162 BAO ein wirkungsmächtiges Instrumentarium zur Hintanhaltung von Abgabenhinterziehungen insbes iZm sozialbetrügerischen Scheinfirmen sein kann und durch seine Einbettung in das Abgabungsverfahren und die damit verbundenen Mitwirkungspflichten für die Behörde weitaus einfacher zu handhaben ist, als die Werkzeuge strafgerichtlicher und finanzstrafrechtlicher Verfolgung. Wie erwähnt²⁸⁸ sind die für eine Aufforderung gem § 162 BAO erforderlichen Informationen und Feststellungen zu Fremdleistern im Zeitpunkt einer Betriebsprüfung vielfach bereits vorhanden.

²⁸⁵ VwGH, 17.05.2006, 2004/14/0102; VwGH 04.11.1998, 98/13/0131; VwGH 26.09.2000, 98/13/0216.

²⁸⁶ VwGH 25.04.2001, 98/13/0081.

²⁸⁷ VwGH 19.10.2005, 2002/08/0273.

²⁸⁸ Oben S 96.

Eine Verwertung der Information über Scheinfirmen im Rahmen von Betriebsprüfungen oder GPLAen jener Unternehmen, die Schein- und Deckungsrechnungen in die Buchhaltung aufnehmen, kann wohl nur gewährleistet werden, wenn der fallbefasste Prüfer rasch und in standardisierter Form alle zur Argumentation einer Aufforderung gem § 162 BAO sowie der daran anschließenden Rechtsfolgen in einer internen Datenbank zur Verfügung hat. Aktuell werden Informationen oft in verschiedenen Datenbanken gesammelt (bspw FinPol online, im AIS, e-office etc). In der Folge scheitert die Nichtanerkennung von zweifelhaften Fremdleistungen einer Scheinfirma im Rahmen einer Prüfung primär an der unterbliebenen Verwertung von Informationen, die grundsätzlich bereits vorhanden wären.

Praktisch bedeutsam erscheint dabei das Zusammenspiel von Betriebsprüfung und GPLA. Sollten hinreichende Ermittlungsergebnisse vorliegen, die darauf schließen lassen, dass mit einer einschlägigen Rechnung Schwarzlöhne abgedeckt wurden, für die Lohnabgaben nachverrechnet werden können, so wäre die (allenfalls geschätzte) Bemessungsgrundlage auch als Betriebsausgabe anzuerkennen. Bleibt der einer durch die Scheinfirma ausgestellten Rechnung zugrundeliegende Sachverhalt unklar, bietet sich die Anwendung des § 162 BAO an, durch die der Abgabepflichtige dazu angehalten wird, seinen Offenlegungspflichten nachzukommen. Gelingt ihm das nicht, hat eine Anerkennung der Betriebsausgabe im Rahmen der Betriebsprüfung zu unterbleiben. Daraus folgt aber auch, dass es im Rahmen der GPLA zu keiner Nachverrechnung von Lohnabgaben kommen kann.

Im Dienste einer effektiven Sozialbetrugsbekämpfung auch und vor allem mit Mitteln des Abgabenrechts bedarf es erstens einer klaren Handlungsanweisung an alle Prüfer bundesweit, wie bei Vorhandensein von Rechnungen einer einschlägig bekannten Scheinfirma vorzugehen ist, und zweitens einer standardisierten und einheitlichen elektronischen Zurverfügungstellung der hinsichtlich der Scheinfirma bereits gesammelten Feststellungen und Beweise.

D) Zusammenfassung und Empfehlungen

Da sich im Rahmen der Insolvenzprüfungen von Scheinfirmen zwar meist spektakuläre Nachverrechnungen ergeben, die jedoch ohnedies uneinbringlich sind, ist aus dem Blickwinkel der Sozialbetrugsbekämpfung der Fokus vor allem auf die auftraggebenden Firmen zu richten, die sich der Scheinfirmen zur Umgehung eigener abgaben- und beitragsrechtlicher Pflichten bedienen. Durch Etablierung einer einheitlichen Prüfpraxis innerhalb der Finanzverwaltung könnten hier nicht nur Abgabenrückstände aufgedeckt und auch noch einbringlich gemacht werden, sondern auch nicht unerheblich präventive Wirkungen entfacht werden. Zu diesem Zwecke sind folgende Aspekte zu empfehlen:

- **Klare Handlungsanweisungen** an alle Prüfer bundesweit zur flächen-deckenden und einheitlichen Etablierung der Anwendung des § 162 BAO. Dafür bedarf es klarer Leitfäden, wie bei Vorhandensein von Rechnungen einer einschlägig bekannten Scheinfirma vorzugehen ist.
- **Standardisierte und einheitliche elektronische Zurverfügungstellung** der hinsichtlich der Scheinfirma bereits gesammelten Feststellungen und Beweise: Damit betroffene Prüfer überhaupt die bei einem Abgabepflichtigen aufscheinenden Fremdleister als Scheinfirmen identifizieren können, müssen die zu einer Scheinfirma im Rahmen der Finanzverwaltung bereits vorhandenen Informationen – unter Wahrung insbes der datenschutzrechtlichen Voraussetzungen – durch Zusammenführung von Datenbanken bzw durch elektronische Kennzeichen sichtbar und verfügbar gemacht werden.

V. Scheinfirmen und Auftraggeberhaftungen

A) Die Auftraggeberhaftung gem § 67a ASVG

Durch das AuftraggeberInnen-HaftungsG²⁸⁹ wurde eine Auftraggeberhaftung für SV-Beiträge im Baubereich eingeführt. Gem § 67a Abs 1 ASVG haftet ein Auftrag gebendes Unternehmen bei Subvergabe von Bauleistungen iSd § 19 Abs 1a UStG im Höchstausmaß von 20 % des geleisteten Werklohns für alle Beiträge und Umlagen, die das beauftragte Unternehmen an österreichische KV-Träger abzuführen hat oder für die es seinerseits als Auftraggeber haftet. Der Auftraggeber kann das Risiko einer Haftung vermeiden, indem er ein in der Gesamtliste der haftungsfreistellenden Unternehmen (sog HFU-Liste) gem § 67b Abs 6 ASVG angeführtes Unternehmen beauftragt (§ 67a Abs 3 Z 1 ASVG). Bei der HFU-Liste handelt es sich um eine Art „grüne Liste“, in die Unternehmen auf Antragstellung nach dreijähriger Erbringung von Bauleistungen²⁹⁰ unter Einhaltung der SV-rechtlichen Melde- und Beitragspflichten²⁹¹ aufgenommen werden.

Scheint ein Auftragnehmer nicht in der HFU-Liste auf, so hat der Auftraggeber 20 % des fälligen Werklohns an ein Dienstleistungszentrum bei der WGKK (DLZ-AGH) zu überweisen, um eine allfällige Haftung zu vermeiden (§ 67a Abs 3 Z 2 ASVG). Diese Haftungsbeträge werden vom DLZ nach Maßgabe der gemeldeten DN auf die Beitragskonten der einzelnen GKKen aufgeteilt und führen dort zu einem Guthaben. Die WGKK kompensiert solche Guthaben mit fälligen Beitrags-

²⁸⁹ BGBl I 91/2008.

²⁹⁰ Am 1.1.2011 wurde der Begriff der Bauleistungen, der bisher in § 19 Abs 1a UStG als Leistungen, die der Herstellung, Instandsetzung, Instandhaltung, Änderung oder Beseitigung von Bauwerken dienen, definiert war, auch auf die Reinigung von Bauwerken erstreckt, dazu im Detail *Thomas*, SWK 2011 T 62.

²⁹¹ Zu den Aufnahmebedingungen im Detail vgl § 67b Abs 1 ASVG.

schulden, also idR schon am Monatsletzten des laufenden Beitragszeitraums (Beginn der Fälligkeit gem § 58 Abs 1 ASVG) und nicht erst am 15. des Folgemonats (Beginn des Verzugszinsenlaufs gem § 59 Abs 1).

Auf Antrag des DG kann ein Guthaben bei einer GKK auf Rückstände bei einer anderen GKK angerechnet werden. Wenn ein DG einen Antrag auf Auszahlung der Guthaben aller Beitragskonten stellt, wird dieser Antrag an alle betroffenen GKKen mit der Bitte um Prüfung und Freigabe weitergeleitet. Zwei Sachbearbeiter der WGKK kümmern sich speziell um die Freigabe von AGH-Guthaben für die WGKK. Diese klären, ob ein Versagungsgrund gem § 67a Abs 6 Z 1-4 ASVG vorliegt. Zu diesem Zweck sind für die Sachbearbeiter Rückstände, fehlende BN und der prozentuelle DN-Zuwachs in der AGH-Applikation ersichtlich. Bei bestimmten Verdachtsmomenten (häufige Adressenwechsel, amtsbekannte „Briefkastenadressen“, amtsbekannte selbstständige Buchhalter/Lohnverrechner bzw gewerberechtliche Gf, überwiegend geringfügig beschäftigte Bauarbeiter) können sie einen dem DLZ zugewiesenen Erheber der Abteilung BE mit einer Klärung im Außendienst beauftragen. In vielen Fällen münden solche Erhebungen in die Aufdeckung neuer Tatsachen und damit in die Offenlegung neuer Beitragsschulden oder Haftungen, die eine weitere Aufrechnung mit dem Guthaben ermöglichen. Vielfach wird auch die BUAK von einem vorhandenen Guthaben informiert, damit sie bei Rückständen den Rückforderungsanspruch des DG gegen die GKK noch vor Auszahlung exekutiv pfänden kann.

Da die Auftraggeberhaftung nur das Einstehenmüssen des jeweils übergeordneten Unternehmens vorsieht, kann die Haftung durch Zwischenschaltung weiterer „Filterfirmen“²⁹², die nur der Haftungsabschirmung des übergeordneten Unternehmens dienen, umgangen werden. Um diesen Konstrukten vorzubeugen, wurde in § 67a Abs 10 ASVG vorgesehen, dass sich die Haftung auf jedes weitere beauftragte Unternehmen erstreckt, wenn die Auftragserteilung als bloßes Umgehungsgeschäft anzusehen ist und das Auftrag gebende Unternehmen „dies wusste oder auf Grund offensichtlicher Hinweise ernsthaft für möglich halten musste und sich damit abfand“²⁹³.

Im Dezember 2011 befanden sich 17.623 Unternehmen in der HFU-Liste. Im Jahr 2011 zahlten die GKKen im Durchschnitt 25,52 % der erhaltenen Haftungsbeträge im Rahmen von Guthabensauszahlungen wieder zurück²⁹⁴.

²⁹² Nach der oben auf S 47 beschriebenen Struktur von Subvergabepyramiden wäre eine B-Firma meist als eine solche Filterfirma anzusehen, auf die keine DN angemeldet werden und die bewusst „sauber“ gehalten wird.

²⁹³ Die Formulierung der subjektiven Komponente erscheint nicht wirklich geglückt: Die Untergrenze vorsätzlichen Handelns besteht in einem ernstlich für möglich halten und sich damit abfinden. Die Formulierung „ernstlich für möglich halten musste“ begründet in erster Linie einen Fahrlässigkeitsvorwurf und damit keine Wissenskomponente, mit der man sich abfinden kann. Aus dem Wortlaut ist dabei nicht ersichtlich, ob die Haftung schon bei Fahrlässigkeit oder erst bei bedingtem Vorsatz greifen soll; *Bartos*, Auftraggeberhaftung 25 fordert bedingten Vorsatz, geht dabei allerdings nicht vom geltenden Gesetzeswortlaut aus.

²⁹⁴ Die Zahlen basieren auf einer internen Statistik des DLZ-AGH.

B) Die Auftraggeberhaftung gem § 82a EStG

Im Zuge des BBKG 2010²⁹⁵ wurde eine dem § 67a ASVG vergleichbare Haftungsregelung für die von der Abgabenverwaltung einzuhebenden lohnabhängigen Abgaben eingeführt. Wird die Erbringung von Bauleistungen gem § 19 Abs 1a UStG an einen Subunternehmer ganz oder teilweise vergeben, so haftet der Auftraggeber gem § 82a Abs 1 EStG für 5 % der rückständigen Lohnabgaben des Subunternehmers. Im Einzelnen umfasst die Haftung aushaftende LSt, DB und DZ²⁹⁶ und kann geltend gemacht werden, wenn beim Abgabepflichtigen erfolglos Exekution geführt wurde oder dieser einen Insolvenztatbestand gem § 1 IESG erfüllt (§ 82a Abs 2 EStG). Wie im SV-Recht kann der Auftragnehmer die Haftung vermeiden, sofern der Subunternehmer in der HFU-Liste geführt wird oder bei Werklohnzahlung ein Haftungsbetrag iHv 5 % an das DLZ der WGKK überwiesen wird (§ 82a Abs 3 EStG). Die einlangenden Haftungsbeträge sind vom DLZ anteilmäßig an das zuständige Finanzamt weiterzuleiten und auf ein offenes Saldo zu verbuchen²⁹⁷. Überraschenderweise findet sich im EStG keine dem § 67 Abs 10 ASVG vergleichbare Umgehungsbestimmung, die eine Inanspruchnahme weiterer Auftraggeber ermöglichen würde.

C) Die Beschäftigerhaftung gem § 14 AÜG

Bei einer Arbeitskräfteüberlassung haftet der Beschäftiger für die gesamten der überlassenen Arbeitskraft für die Beschäftigung in seinem Betrieb zustehenden Entgeltansprüche und die entsprechenden SV-Beiträge sowie BUAG-Zuschläge als Bürge und Zahler. Sofern der Beschäftiger allerdings seine Verpflichtungen aus der Überlassung bereits erfüllt hat, reduziert sich die Haftung auf eine Ausfallbürgschaft iSd § 1356 ABGB (§ 14 Abs 2 AÜG). Bei Insolvenz des Überlassers entfällt die Haftung des Beschäftigers, wenn die Ansprüche der überlassenen Arbeitskraft durch den IEF abgesichert sind (§ 14 Abs 3 AÜG).

Im einschlägigen Schrifttum wurde bereits diskutiert, wie sich die Beschäftigerhaftung des § 14 AÜG für SV-Beiträge mit der Haftung gem § 67a ASVG vereinbaren lässt²⁹⁸. Von entscheidender Bedeutung ist dabei die Frage, ob auch durch ein ausschließlich auf die Zurverfügungstellung von Personal gerichtetes Auftragsverhältnis „die Erbringung von Bauleistungen“ iSd § 67a Abs 1 ASVG weitergegeben wird. *Thomas* geht davon aus, dass die Formulierung darauf hindeute, dass das Subunternehmen selbst die Erbringung der Bauleistung versprechen müsse²⁹⁹. Da dies im Fall der bloßen Arbeitskräfteüberlassung nicht der

²⁹⁵ BGBl I 105/2010.

²⁹⁶ Nicht jedoch die KommSt, weil es sich bei dieser um eine Kommunalabgabe handelt, vgl *Hilber*, *ecolex* 2011, 73 (73).

²⁹⁷ EBRV 875 BlgNR XXIV.GP 6.

²⁹⁸ *Thomas*, ZAS 2009/3, 14 (17); *Högl/Wiesinger*, *bbl* 2011, 53 (54).

²⁹⁹ *Thomas*, ZAS 2009/3, 14 (17).

Fall sei, solle die Arbeitskräfteüberlassung zur Erbringung von Bauleistungen vom Anwendungsbereich der AGH ausgenommen sein³⁰⁰.

Dieser Ansicht kann nicht beigespflichtet werden. Der sachliche Anwendungsbereich der Haftungsregelung wurde ausdrücklich an den Begriff der Erbringung von Bauleistungen iSd § 19 Abs 1a UStG gekoppelt. Diese Bestimmung sieht eindeutig vor, dass auch die Überlassung von Arbeitskräften als Bauleistung anzusehen ist, „wenn die überlassenen Arbeitskräfte Bauleistungen erbringen“. Den Materialien zur AGH³⁰¹ – die sich zum Verhältnis des § 67a ASVG zu § 14 AÜG nicht weiter äußern – lässt sich auch nicht entnehmen, dass der Begriff der Bauleistungen iSd § 19 Abs 1a UStG eingeschränkt Anwendung finden sollte³⁰². Die Haftungsregelung des § 67a ASVG kommt daher auch bei einer Arbeitskräfteüberlassung grundsätzlich in Betracht³⁰³.

Eine durch die Einführung der AGH bewirkte Parallelität der beiden Haftungsregelungen ist aber nicht nur rechtlich möglich, sondern auch in der Praxis angesichts der gänzlich unterschiedlichen Haftungsregime unbedenklich: Während die AGH eine betragsmäßig beschränkte Haftung für Beitragsrückstände des Subunternehmens darstellt, von der sich der Auftraggeber ohne nennenswerte wirtschaftliche Belastungen³⁰⁴ jederzeit abschirmen kann, beschränkt sich § 14 AÜG auf die für die konkrete Auftragsbefriedigung rückständigen SV-Beiträge. Sofern im Insolvenzfall der Subfirma Ansprüche auf Insolvenzentgelt bestehen, entfällt zudem die Haftung für darauf entfallende DN-Anteile der SV-Beiträge³⁰⁵. Nach Auskunft der WGKK wird es nur selten zu einer kumulierten Anwendung der Haftungen kommen, weil der Beschäftigte meist Haftungsbeträge an das DLZ-AGH entrichtet, wodurch die Haftung gem § 67a ASVG von vornherein ausscheidet³⁰⁶. Zu betonen ist dabei, dass die Entrichtung der Haftungsbeträge an das DLZ-AGH die Verantwortung des Beschäftigten gem § 14 AÜG in keiner Weise berührt, sondern lediglich die schuldbeitragende Überweisung eines Teils des Werklohns an das DLZ darstellt. Eine später erfolgende Haftung gem § 14 AÜG für auftragsbezogene SV-Beiträge ist daher unproblematisch.

Eine andere Konstellation könnte sich lediglich ergeben, wenn der Auftraggeber bei Auftragsabwicklung keine der Abschirmungsmöglichkeiten des § 67a Abs 3 ASVG wahrnimmt und das gesamte Vertragsentgelt an den Subunternehmer leistet. In diesem Fall könnte die betragsmäßig beschränkte Haftung des § 67a Abs 1 ASVG schlagend werden. Dabei hätte die GKK zusätzlich die Möglichkeit, den

³⁰⁰ Thomas, ZAS 2009/3, 14 (XX) Fn 28 unter Verweis auf *Rebhahn*, RdA 2008, 207 (209).

³⁰¹ EBRV 523 BlgNR XXIII.GP.

³⁰² Diese bekräftigen ganz im Gegenteil die Angleichung an den Anwendungsbereich des USt-rechtlichen reverse charge (EBRV 523 BlgNR XXIII.GP 4); so auch *Högl/Wiesinger*, bbl 2011, 53 (54).

³⁰³ So auch auch *Bartos*, Auftraggeberhaftung 14.

³⁰⁴ Von allfälligen administrativen Belastungen durch Verifizierung eines Eintrags in der HFU-Liste oder Überweisung eines Teils des Werklohns an das DLZ-AGH abgesehen.

³⁰⁵ *Wiesinger*, ASoK 2009, 362 (362).

³⁰⁶ Tgb 08022012 II.

Beschäftiger gem § 14 AÜG in Anspruch zu nehmen. Der Anspruch gem § 14 AÜG ist freilich mit den für das Vertragsverhältnis rückständigen SV-Beiträge des Überlassers begrenzt. Sofern diese weniger als 20 % der rückständigen Beiträge und Umlagen ausmachen, bleibt darüber hinaus auch § 67a ASVG als Anspruchsgrundlage anwendbar. Nur in diesem Fall wäre zu überlegen, inwiefern die beiden Anspruchsgrundlagen aufeinander einwirken. Dies vermag jedoch an dem Umstand, dass eine kumulierte Anwendung des § 67a ASVG mit § 14 AÜG jedenfalls möglich ist, nichts zu ändern.

Dieses Ergebnis erscheint auch im Hinblick auf die Motive der Einführung der AGH durchaus einleuchtend. Die Verankerung und konkrete Ausgestaltung der Haftungsnorm wurde nämlich mit dem Umstand begründet, dass „eine Zuordnung der Tätigkeit der DienstnehmerInnen zu einzelnen Baustellen und zu bestimmten Zeiträumen bzw. eine Zuordnung der Tätigkeiten zu einzelnen Aufträgen in der Praxis vielfach nur schwer oder gar nicht möglich“³⁰⁷ sei. Die AGH ist damit als Ergänzung der bestehenden Anspruchsgrundlagen zu sehen, die angesichts der vielfältigen Verschleierungshandlungen idR kaum anwendbar sind. Gerade bei Szenarien des Sozialbetrugs mittels Scheinfirmen wird durch einen Werkvertrag vielfach eine tatsächlich erfolgende Arbeitskräfteüberlassung verschleiert³⁰⁸. § 4 Abs 2 AÜG gibt zwar Leitlinien vor, wann trotz eines vorgeblichen Werkvertragsverhältnisses von einer Arbeitskräfteüberlassung auszugehen ist, jedoch sind diese in praxi typischerweise kaum beweisbar³⁰⁹.

D) Zusammenschau und Empfehlung

Auch im Bereich der Haftung für Beitragsschulden ist die Feststellung der DG-Eigenschaft von wesentlicher Bedeutung. Sofern die hinter den Anmeldungen zu Scheinfirmen verwirklichten Sachverhalte hinreichend ermittelbar sind, bietet das ASVG durch den Begriff des mittelbaren DG, die Haftungstatbestände des § 67 ASVG bzw den Grundsatz der wirtschaftlichen Betrachtungsweise über unterschiedliche Möglichkeiten der Haftung für rückständige Beiträge. Im Fall einer Arbeitskräfteüberlassung nach AÜG kommt zudem eine auftragsbezogene Haftung des Beschäftigers gem § 14 AÜG in Betracht. In der Praxis erweisen sich die erwähnten Möglichkeiten aber gerade im Falle des Sozialbetrugs mittels Scheinfirmen mangels Feststellbarkeit der wahren wirtschaftlichen Gegebenheiten bzw mangels Zurechnung von Dienstverhältnissen zu faktischen DG oder konkreten Auftragsverhältnissen vielfach als zahnlos. Vor diesem Hintergrund stellt die AGH eine äußerst wertvolle Regelung dar, indem sie an den von den beteiligten Wirtschaftskreisen nach außen vorgegebenen Strukturen anknüpft. Die vor kurzem erfolgte Erweiterung und Etablierung im Hinblick auf Lohnabgaben ist da-

³⁰⁷ EBRV 523 XXIII.GP 4.

³⁰⁸ *Bartos*, Auftraggeberhaftung 10.

³⁰⁹ *Bartos*, Auftraggeberhaftung 10.

her ausdrücklich zu begrüßen. Ausgehend von diesen Feststellungen ergeben folgende Empfehlungen:

- **Beibehaltung der Auftraggeberhaftung:** Die Einführung der AGH im ASVG und neuerdings auch im EStG stellt eine überaus wertvolle Regelung für die KV-Träger dar. Aus Sicht der GKKen lässt sich bereits jetzt ein gewisser Säuberungseffekt der Branche feststellen. Darüber hinaus liefern die einlangenden Haftungsbeträge vor allem viele wertvolle Informationen über wirtschaftliche Verquickungen in der Bauwirtschaft und lassen Rückschlüsse auf die Vertragspartner von dubiosen Firmen zu. Anhand dieser Informationen ist vielfach die Effektivierung anderer – schon vor Einführung der AGH bestehender – Anspruchsgrundlagen (wie bspw § 14 AÜG) überhaupt erst möglich. Die HFU-Liste hat mittlerweile eine dominante Rolle in der Bauwirtschaft eingenommen und wird von den Unternehmen in ihrer Funktion als „Grüne Liste“ wohlwollend angenommen.
- **Erweiterung der Auftraggeberhaftung auf Branchen außerhalb des Bau- und Reinigungsgewerbes:** Das Phänomen des Sozialbetrugs mittels Scheinfirmen beschränkt sich keineswegs nur auf den Baubereich, sondern lässt sich in zahlreichen Branchen feststellen³¹⁰. Durch die Erweiterung des § 19a UStG auch auf Reinigungsleistungen wurde mittelbar auch der sachliche Anwendungsbereich der AGH bereits erweitert. Nach den bisherigen Stellungnahmen im Schrifttum verbietet sich zwar eine Verankerung der Auftraggeberhaftung als generelles Rechtsinstitut bei Subvergabekonstellationen ebenso wie eine generelle Haftung des Generalunternehmers für Rückstände aller darunter liegenden Subfirmen³¹¹, jedoch sollte die Haftung auch auf weitere Risikobereichen erstreckt werden.

³¹⁰ Siehe oben S 68.

³¹¹ Dazu ausführlich *Rebhahn*, RdA 2008, 207 (208), demzufolge eine Einstandspflicht aller Nutznießer von Sachleistungen für die SV-Beiträge der Subleister „wirtschaftlich nicht tragbar und administrativ kaum durchführbar“ wären. Eine Generalunternehmerhaftung würde im Spannungsfeld zur Gleichheitssatzjud des VfGH stehen, der Haftungen für die Schulden Dritten nur dann als zulässig erachtet, wenn die Möglichkeit zur Einflussnahme auf das Verhalten des Schuldners und damit eine gewisse Nähe – wie eine unmittelbare Vertragsbeziehung – besteht; *ders*, RdA 2008, 207 (211) mit Verweisen auf die VfGH-Rspr.

VI. „Dienstverhältnisse“ zu Scheinfirmen und Arbeitnehmerveranlagung

A) Ausgangslage und Problemstellung

Bei der LSt handelt es sich um eine besondere Einhebungsform der Einkommensteuer für Einkünfte aus nicht-selbständiger Arbeit durch Abzug vom Arbeitslohn gem § 47 Abs 1 EStG. Während der DN Schuldner der LSt bleibt, trifft den DG die Verpflichtung zur Berechnung, Einbehaltung und Abfuhr der LSt, für die er gem § 82 Abs 1 EStG auch haftet. Die Berechnung der LSt erfolgt nach einem umgerechneten Jahrestarif auf Basis der Verhältnisse des Lohnzahlungszeitraums. Werden nun lohnsteuerpflichtige Einkünfte nicht ganzjährig bezogen, ergibt sich im Rahmen einer AN-Veranlagung vielfach eine Gutschrift zugunsten des Abgabepflichtigen³¹². Gem § 84 Abs 1 Z 1 EStG ist jeder DG verpflichtet, dem Betriebsstättenfinanzamt bzw dem zuständigen KV-Träger Lohnzettel für alle im Kalenderjahr beschäftigten DN zu übermitteln. Die Lohnzettel enthalten alle für die Abgabenerhebung maßgeblichen Daten, insbes die Bemessungsgrundlagen und die einbehaltene LSt (§ 84 Abs 1 Z 2 EStG).

Im Zuge der Feldforschungen bei der Finanzverwaltung zeigte sich, dass vielfach jene Personen, die bei einschlägig bekannten Scheinfirmen zur SV angemeldet waren, nach Insolvenzeröffnung über den Scheinfirmenmantel beim jeweiligen Wohnsitzfinanzamt Anträge auf AN-Veranlagung gem § 41 Abs 2 EStG stellten³¹³. Da hierbei meist kurzfristige Beschäftigungsverhältnisse veranlagt werden, die oft nur wenige Wochen bzw Monate ausmachen, ergibt sich im Zuge einer AN-Veranlagung auf Basis der vorhandenen Lohnzettel und der darin als einbehalten ausgewiesenen LSt typischerweise eine Steuergutschrift, die dem Antragsteller in weiterer Folge auch ausbezahlt wird. Dabei wird meist verkannt, dass unabhängig von den Angaben in den Lohnzetteln gerade Scheinfirmen keine Abgaben entrichten. Im Ergebnis kommt es damit zu einer Rückzahlung von LSt, die de facto niemals vereinnahmt wurde, und somit zur Auszahlung von (zumindest partiell-)fiktiven Steuergutschriften.

Da gerade bei Scheinfirmen die AN-Veranlagung typischerweise zu einem Zeitpunkt erfolgt, in dem die als DG aufscheinende Firma bereits insolvent ist und im Rahmen von FinPol-Kontrollen bzw Betriebsprüfungen/GPLAen Feststellungen zur Scheinfirmeneigenschaft und mangelnden Abgabentrachtung der Firma getroffen wurden, erscheint die Anrechnung von eventuell einbehaltener, aber niemals entrichteter LSt mit einer koordinierten Betrugsbekämpfung nur schwer vereinbar.

³¹² *Doralt/Ruppe*, Steuerrecht I⁹ Rz 743.

³¹³ Tgb 29062011 I.

Praxisbeispiel: N.N. bezieht im Jahr 2009 steuerpflichtige Einkünfte aus unselbständiger Arbeit aus nachfolgenden Dienstverhältnissen:

Dienstgeber	Dauer	Einkünfte
A-GmbH	19.01.-15.04.	€ 4.624,08
B-GmbH	16.04.-18.09.	€ 7.566,75
C-GmbH	21.09.-02.10.	€ 812,14
D-GmbH	05.10.-20.11.	€ 2.383,34
E-GmbH	23.11.-31.12.	€ 2.196,72
	Gesamt	€ 17.952,53

Im Rahmen einer GPLA der B-GmbH wurde festgestellt, dass es sich bei dieser um eine Scheinfirma handelt, die bis zur Insolvenzeröffnung keine Lohnsteuer abführte. Nichtsdestotrotz wurde für N.N. ein Lohnzettel mit einer ausgewiesenen LSt iHv € 977,63 ausgestellt. N.N. stellt im Jahr 2010 einen Antrag auf AN-Veranlagung. Der daraufhin ergehende Einkommensteuerbescheid ergibt eine Gutschrift iHv € 432,57. Zum Vergleich: Wäre die von der B-GmbH de facto nie entrichtete LSt nicht angerechnet worden, würde die Veranlagung in eine Nachforderung iHv € 545,06 münden.

B) Praktische Erwägungen

Die Anträge auf AN-Veranlagung erfolgen entweder in Papierform auf dem Formular L1 oder elektronisch via FinanzOnline. In beiden Fällen kommt es zwar zu einem automationsunterstützten Abgleich der im Rahmen der Finanzverwaltung vorhandenen Daten mit den Angaben im Antrag, jedoch naturgemäß nicht mit den beim zuständigen KV-Träger vorhandenen Daten. Differenzen bei Beschäftigungsdauer und Bemessungsgrundlagen desselben Dienstverhältnisses werden daher oft nicht bemerkt. Sollten bei diesem elektronischen Abgleich keine Unregelmäßigkeiten, technischen Fehler, fehlenden Angaben oder ähnliches entdeckt werden, kommt es innerhalb von 5-10 Tagen zur automatischen Erstellung des Einkommensteuerbescheids und zur Ausweisung einer Gutschrift oder Nachforderung. Sollten allerdings die für die Veranlagung benötigten Lohnzettel fehlen, wird von den Mitarbeitern der AN-Veranlagung versucht, mit dem DG Kontakt aufzunehmen. Bei Beschäftigungsverhältnissen aus dem Baubereich wird dem Antragsteller vereinzelt ein sog „Bauvorhalt“ übermittelt, der aus 17 Fragen zu Einzelheiten des Beschäftigungsverhältnisses besteht. Da bei Scheinfirmen typischerweise kein Ansprechpartner eruierbar ist, wird üblicherweise das jeweilige Finanzamt der Betriebsstätte um Ausstellung des Lohnzettels ersucht. Diesem

Ersuchen wird in aller Regel Folge geleistet, wodurch die Veranlagung abgeschlossen und eine daraus resultierende Gutschrift ausbezahlt werden kann. Mit zunehmendem Bewusstsein hinsichtlich sozialbetrügerischer Szenarien scheint es allerdings in der jüngeren Vergangenheit öfters vorzukommen, dass einzelne GPLA-Prüfer unter Verweis auf ihre Prüffeststellungen entweder die Ausstellung eines Lohnzettels gänzlich verweigern oder diesen zwar ausstellen, jedoch ohne Ausweis einbehaltener LSt, weil diese niemals entrichtet wurde³¹⁴. In beiden Szenarien stellen sich für die Mitarbeiter der AN-Veranlagung eine Reihe von Fragen und Problemen, zu denen bis dato keine klaren Handlungsvorgaben existieren. Wird der Lohnzettel einer Scheinfirma gänzlich storniert, kann sich – abhängig von der Dauer des Dienstverhältnisses und vom Umfang des Bezugs – das steuerpflichtige Jahreseinkommen mitunter erheblich verringern. Gerade im Bereich dubioser Scheinfirmen kann es dabei vorkommen, dass die Jahreseinkünfte eines DN weniger als € 11.000 betragen, womit überhaupt keine Steuerpflicht bestünde. Im Ergebnis könnte die Stornierung des Lohnzettels damit eine viel größere Steuergutschrift bewirken als dessen Anerkennung.

Wird hingegen ein Lohnzettel ohne LSt eingespeichert, so können auch das Dienstverhältnis zur Scheinfirma und die dabei erlangten Einkünfte in die Veranlagung einbezogen werden. Allerdings scheinen damit nicht versteuerte Einkünfte auf. Je nach Umfang der Einkünfte kann dies im Rahmen der Veranlagung nicht nur zu einer Vermeidung von Gutschriften, sondern vielmehr zu einer Nachverrechnung von Einkommensteuer beim DN führen.

C) Rechtliche Erwägungen

Im vorliegenden Kontext ist vorweg zu klären, ob auf Basis der bestehenden Rechtslage die Auszahlung bloß fiktiver LSt-Gutschriften eingedämmt werden kann. Dabei soll zuerst beleuchtet werden, ob eine Abgabengutschrift ohne Entrichtung der zugrundeliegenden Abgabe überhaupt denkbar ist, um in der Folge die Konsequenzen einer allfälligen Aberkennung von einbehaltener LSt näher zu erörtern.

1. Anrechnung von LSt bei festgestellter Scheinfirmeneigenschaft des DG?

a) De lege lata

Gem § 46 Abs 1 Z 2 EStG sind die durch Steuerabzug einbehaltenen Beträge, soweit sie auf veranlagte Einkünfte entfallen, auf die Steuerschuld anzurechnen. Da der Gesetzeswortlaut auf den Umstand der „Einbehaltung“ durch den Abzugspflichtigen abstellt, hat die Anrechnung auch dann zu erfolgen, wenn die LSt gar

³¹⁴ Tgb 29042011 I.; Tgb 26052011 I.; Tgb 27062011 I.; Tgb 01062011 I.; Tgb 29062011 I.; Tgb 11072011.

nicht abgeführt wurde³¹⁵. Für die Höhe der Anrechnung ist dabei jener Betrag maßgebend, der tatsächlich einbehalten, dh vom Bruttolohn abgezogen wurde³¹⁶. Daraus folgt, dass im Rahmen der Veranlagung nicht die Abfuhr iS einer Entrichtung an den Fiskus, sondern ausschließlich die Einbehaltung durch den DG für die Anrechnung nach § 46 EStG im Rahmen der Veranlagung zu beachten ist. Der Gesetzgeber scheint damit auch das Entstehen von Einkommensteuergutschriften auf Basis von nicht entrichteten Abgaben in Kauf zu nehmen.

Die Frage, ob nun ausbezahlter Lohn auch tatsächlich um die LSt gekürzt wurde, entscheidet sich – sachverhaltsbezogen – nach Maßgabe der jeweiligen Vereinbarung von DG und DN sowie der tatsächlichen Gebarung. Bei einer sog „Schwarzlohnvereinbarung“³¹⁷ wird zwischen DG und DN ausdrücklich oder stillschweigend vereinbart, dass der Lohn „brutto für netto“ und damit insbes auch ohne Einbehalt der LSt ausbezahlt wird, wodurch typischerweise auch von keiner anrechenbaren LSt iSd § 46 EStG auszugehen ist. MaW: Wenn in bestimmten Sozialbetrugskonstellationen für DG und DN klar ist, dass – unabhängig von der tatsächlichen formellen Verrechnung und Dokumentation – der DG keine Lohnsteuer abführen wird, gibt es auch keinen Einbehalt iSd § 46 EStG. In diesem Sinne sind auch die Aussagen der Rz 11220 der LStR 2002 zu sehen: Danach liegt keine iSd § 46 EStG anrechenbare Lohnsteuer vor, wenn dem AN der Umstand der Schwarzarbeit bekannt sein musste.

Wurde ein DN nicht zur SV angemeldet, liegt der Verdacht nahe, dass es sich um eine Schwarzlohnabrede handelte. Wird der DN zur SV angemeldet, ist nun fraglich, ob die Anmeldung bei einer bekannten Scheinfirma, die keine Lohnabgaben entrichtet, eine ähnliche Indizienlage zu begründen vermag, um eine unterbliebene Einbehaltung von LSt anzunehmen. Aus der Praxis ist mittlerweile bekannt, dass sich Schwarzlohnabreden ohne Anmeldung von jenen mit Anmeldung im Hinblick auf die zwischen DG und DN getroffenen Vereinbarungen nicht zwangsläufig unterscheiden: So handelt es sich bei dem vereinbarten Entgelt typischerweise nicht um einen Bruttolohn, der dann unter Abzug von Lohnabgaben netto an den DN ausbezahlt wird, sondern um jene Summe, die der DN bar auf die Hand erhält. Die Schwarzlohnabrede mit Anmeldung unterscheidet sich für den DN nur dadurch, dass er zusätzlich zur SV angemeldet ist, jedoch ebenso wie bei der Schwarzlohnabrede ohne Anmeldung die Erbringung seiner Dienstleistung de facto nicht mit Lohnabgaben belastet wird. Ein großes Problem stellen dabei jedoch die durchaus unterschiedlichen Beweislagen im Ermittlungsverfahren dar: Neben der Anmeldung zur SV sind in manchen Fällen auch eingespeicherte Lohnzettel vorhanden, in anderen dafür nicht. Sollten Lohnzettel vorhanden sein, weichen die darin gemeldeten Grundlagen vielfach von jenen der SV-Anmeldung

³¹⁵ VwGH 25.3.1999, 97/15/0059 zur KEST; so auch *Doralt*, EStG¹⁵ § 46 Rz 4; *Jakom/Baldauf*, EStG 2011 § 46 Rz 4.

³¹⁶ EStR 2000 Rz 7580.

³¹⁷ Zum Begriff vgl *Thul* in *Müller-Gugenberger/Bieneck*, Wirtschaftsstrafrecht⁵ § 38 Rz 334.

ab. Die DN selbst verfügen teilweise über Lohnabrechnungen, in vielen Fällen jedoch über gar keine Lohnunterlagen von – im Veranlagungszeitpunkt meist schon geraume Zeit zurückliegenden – Dienstverhältnissen iZm Scheinfirmen.

Soweit ersichtlich lassen sich im geltenden Recht auch keinerlei Regelungen finden, die der Behörde die Feststellung des Sachverhalts erleichtern. Der jüngst im Zuge des BBKG 2010³¹⁸ eingeführte § 62a EStG normiert eine gesetzliche Vermutung, dass bei illegalen Beschäftigungsverhältnissen ein Nettoarbeitslohn als vereinbart gilt³¹⁹. Aus der Bestimmung ergibt sich allerdings, dass der Gesetzgeber mit illegalen Beschäftigungsverhältnissen nur jene Schwarzlohnvereinbarungen bezeichnet, bei denen der AG die Anmeldeverpflichtung des § 33 ASVG nicht erfüllt und die LSt nicht vorschriftsmäßig einbehalten und abgeführt hat, womit die Bestimmung für die hier interessierenden Sachverhalte wohl nicht fruchtbar gemacht werden kann. Die Bestimmung scheint generell primär auf Berechnung und Bemessung der LSt bei den betroffenen Dienstverhältnissen abzustellen³²⁰ und nicht auf eine gesetzliche Vermutung über deren Einbehaltung. Zudem setzt die Anrechnung nach § 46 EStG auch nicht voraus, dass die anzurechnende Abzugssteuer richtig berechnet wurde³²¹.

b) De lege ferenda

Die Probleme der Sachverhaltsdarstellung iZm Scheinfirmen können wohl nicht restlos gelöst werden. Nichtsdestotrotz ist danach zu trachten, gezielte Verschleierungen der tatsächlichen Vereinbarung zwischen DG und DN im Vergleich zu einer ordnungsgemäßen Offenlegung der Umstände nicht durch Auszahlung von Abgabengutschriften zu „belohnen“. Zur Vermeidung dieser Beweisprobleme könnte eine Anpassung des § 46 Abs 1 Z 2 EStG überlegt werden, indem die Anrechenbarkeit von LSt auf die ESt-Schuld des DN nicht mehr von der Tatsache der Einbehaltung, sondern von der tatsächlichen Abführung an den Fiskus abhängig gemacht wird. Eine solche Regelung wäre zwar hinreichend geeignet, die Rückzahlung von nicht-entrichteten Abgaben zu verhindern, ist aber bei näherer Betrachtung als ein zu weitreichender Eingriff in die Systematik des Lohnsteuerrechts abzulehnen, in der primär der Abführverpflichtete mit der Entrichtung belastet werden soll. Zudem wäre eine solche Regelung auch kaum administrierbar, weil die Entrichtung der LSt in Gesamtbeträgen erfolgt, die den einzelnen DN nicht zugeordnet werden können (§ 79 Abs 1 EStG)³²².

Wenn die unterbliebene LSt-Entrichtung durch den DG festgestellt wurde, sollte es jedoch dem steuerpflichtigen DN obliegen, die Tatsache der Einbehaltung zu belegen. Sollte ein DN über keine Unterlagen, Aufzeichnungen oder Ähnliches

³¹⁸ BGBl I 105/2010.

³¹⁹ EBRV 875 BlgNR XXIV.GP 5.

³²⁰ EBRV 875 BlgNR XXIV.GP 5.

³²¹ ZB EStR 2000 Rz 7580.

³²² *Jakom/Baldauf*, EStG 2011 § 79 Rz 1.

verfügen, ist wohl nicht einzusehen, warum diese Unregelmäßigkeiten zu Lasten des Fiskus gehen sollten. Dieser Ablauf könnte in gewissen Grenzen durch eine Beweislastregelung gewährleistet werden. Gelingt es dem Antragsteller nicht, die Tatsache der Einbehaltung hinreichend zu belegen, wäre in dubio von einer unterbliebenen Einbehaltung auszugehen. In solchen Fällen dürfte es konsequenterweise auch zu keiner amtswegigen Ausstellung eines Lohnzettels mit einbehaltener LSt kommen.

2. Direkte Inanspruchnahme eines DN auch für eine Nachforderung im Rahmen der Arbeitnehmerveranlagung?

Im vorliegenden Kontext ist darüber hinaus zu beleuchten, inwiefern offene LSt-Schulden beim DN selbst eingebracht werden können. Auch wenn der DN als eigentlicher Steuerschuldner anzusehen ist, darf er nämlich nur in Ausnahmefällen unmittelbar in Anspruch genommen werden³²³. Dies gilt vor allem dann, wenn ein Pflichtveranlagungstatbestand iSd § 41 Abs 1 EStG vorliegt (§ 83 Abs 2 Z 1 EStG), eine Veranlagung auf Antrag iSd § 41 Abs 2 EStG erfolgt (§ 83 Abs 2 Z 4 EStG) oder der DN und der DG vorsätzlich zusammenwirken, um sich einen gesetzeswidrigen Vorteil zu verschaffen, der eine Verkürzung der vorschriftsmäßig zu berechnenden und abzuführenden LSt bewirkt (§ 83 Abs 3 EStG)³²⁴. Die Tatsache der Einbehaltung von LSt ist dabei für die unmittelbare Inanspruchnahme grundsätzlich unbeachtlich, weil § 83 EStG uE ausschließlich den Umstand der unterbliebenen Entrichtung an den Fiskus voraussetzt.

Nichtsdestotrotz steht § 46 EStG in enger Wechselwirkung mit § 83 Abs 2 Z 1 und Z 4 EStG. Wurde LSt einbehalten, ist diese bei Inanspruchnahme gem § 46 EStG anzurechnen. Ist die LSt mangels Einbehaltung nicht anzurechnen, so hat der DN diese im Rahmen der „Nachholwirkung der Veranlagung“³²⁵ zu begleichen. Damit unterscheidet sich die Inanspruchnahme gem § 83 Abs 2 Z 1 und Z 4 EStG auch wesentlich von jener gem § 83 Abs 3 EStG, der bei Fällen von dolosem Zusammenwirken unabhängig von einer Veranlagung und damit wohl auch unabhängig von der Frage, ob der erhaltene Lohn allenfalls um LSt-Anteile gekürzt wurde, ermöglicht³²⁶. Für die hier gegenständlichen Sachverhalte wird § 83 Abs 3 EStG aber nur in Ausnahmefällen anwendbar sein, weil das erforderliche dolose Zusammenwirken einerseits in vielen Fällen wohl gar nicht vorliegen und andererseits auch kaum beweisbar sein wird. Die alleinige Feststellung der unterbliebenen Einbehaltung wird wohl per se noch nicht das erforderliche vorsätzlich-kollusive Zusammenwirken mit dem DG belegen können.

³²³ *Jakom/Baldauf*, EStG 2011 § 83 Rz 2.

³²⁴ Die Tatbestände des § 83 Abs 2 Z 3 und Z 5 bleiben hier mangels Relevanz außer Betracht.

³²⁵ *Jakom/Baldauf*, EStG 2011 § 83 Rz 1.

³²⁶ Dies deckt sich ua auch mit LStR 2002 Rz 1219, wonach die Nachforderung gem § 83 Abs 3 EStG unabhängig von einer Veranlagung vorzunehmen ist.

Damit bleiben für die hier relevanten Sachverhalte nur die Möglichkeiten des § 83 Abs 1 Z 1 bzw Z 4 EStG. Bei der sog „freiwilligen“ AN-Veranlagung liegt die Initiative beim DN, der durch seinen Antrag an den Fiskus herantritt und die Veranlagung zur ESt bewirkt. Sollte diese freiwillige Veranlagung in eine Nachzahlung münden, hat der Abgabepflichtige die Möglichkeit, seinen Antrag verfahrensrechtlich zurückzuziehen und damit einer Nachforderung nach § 83 Abs 3 Z 4 EStG zu entgehen³²⁷; es besteht aber dann auch keine Möglichkeit der Anrechnung bzw Rückerstattung von einbehaltener, aber nicht abgeführter LSt nach § 46 EStG.

Sollte ein Pflichtveranlagungstatbestand erfüllt sein, liegt die Initiative zur Vornahme der Veranlagung grundsätzlich bei der Behörde, die an den Abgabepflichtigen herantritt, weshalb der Abgabepflichtige in diesen Fällen auch keine Möglichkeit hat, einer daraus resultierenden Nachverrechnung zu entgehen.

Eine für den Abgabepflichtigen ungünstige Situation ergibt sich, wenn er in Erwartung einer Gutschrift einen Antrag auf Veranlagung stellt, bei dessen Bearbeitung mangels Anrechnung von LSt statt einer Gutschrift eine Nachverrechnung hervortritt und die Behörde gleichzeitig feststellt, dass zudem ein Pflichtveranlagungstatbestand besteht. In dieser Konstellation besteht keine Möglichkeit zur Rücknahme des Antrags³²⁸, der Abgabepflichtige hat die offenen Schulden zu begleichen.

3. Fazit

Soweit ein DN davon ausgehen durfte, dass seine Lohnauszahlungen vom DG um die LSt gekürzt wurden, wird er von seiner Steuerpflicht im Ausmaß der einbehaltenen Beträge selbst dann befreit, wenn die Entrichtung durch den DG in weiterer Folge unterbleibt. Ergibt sich im Rahmen einer darauffolgenden Veranlagung eine Gutschrift, so ist diese nach der Systematik des Lohnsteuerrechts auch zulässigerweise entstanden und auch dann auszubezahlen, wenn die für das Entstehen der Gutschrift maßgeblichen Beträge dem Fiskus niemals zugeflossen sind.

Sollte jedoch feststehen, dass unabhängig von allfällig vorhandenen Lohnverrechnungen und Lohnzetteln zwischen DG und DN eine sog Schwarzlohnvereinbarung getroffen wurde, ist jedoch davon auszugehen, dass keine anrechenbare LSt einbehalten wurde. In diesem Fall ist die offene LSt-Schuld – unabhängig von einer Veranlagung zur ESt – subsidiär beim DN gem § 83 Abs 3 EStG einzubringen. Damit kann es auch rechtlich ohne tatsächliche Entrichtung der LSt zu keiner Berücksichtigung von anrechenbarer LSt im Rahmen der Veranlagung kommen.

Da die iZm Scheinfirmen auftretenden Sachverhalte typischerweise durch mangelnde Dokumentation, Buchhaltung und greifbare Ansprechpartner auf Seiten

³²⁷ *Jakom/Baldauf*, EStG 2011 § 41 Rz 30; EStR 2000 Rz 7527.

³²⁸ *Jakom/Baldauf*, EStG 2011 § 41 Rz 30; VwGH 18.11.2008, 2006/15/0320.

des DG gezielt verschleiert werden, erscheint es gerechtfertigt, in bestimmten Grenzen die Anrechenbarkeit von zusätzlichen Angaben des DN abhängig zu machen. Dies könnte vor allem durch eine Beweislastregelung erreicht werden, die den DN bei unterbliebener LSt-Entrichtung verpflichtet, den erfolgten Einbehalt zu belegen.

D) Empfehlungen

- **Informationsbereitstellung über die Tatsache der unterbliebenen LSt-Entrichtung auch im Rahmen der Arbeitnehmerveranlagung:** Um die Rückzahlung von nie entrichteter LSt einzudämmen, müsste vorweg sichergestellt sein, dass die Tatsache der unterbliebenen LSt-Entrichtung durch den DG beim Finanzamt der Betriebsstätte im Rahmen der Veranlagung der einzelnen DN bei den jeweiligen Wohnsitzfinanzämtern wahrgenommen werden kann. Zu überlegen ist daher, wie diese Tatsachen durch interne Kennung im Verfahren zur AN-Veranlagung standardisiert einbezogen werden können, um insbes die automationsunterstützte Verarbeitung der Anträge und anschließende automatische Bescheiderstellung zu unterbrechen.
- **Festlegung eines standardisierten Ablaufs zum Umgang mit Lohnzetteln zu einschlägig bekannten Scheinfirmen:** Die Eindämmung der Auszahlung von fiktiven LSt-Guthaben im Bereich der gesamten Finanzverwaltung erfordert in administrativer Hinsicht einen standardisierten Ablauf, der sich von den Feststellungen im Rahmen der Betriebsprüfung, GPLA oder von Kontrollhandlungen der Finanzpolizei bis zu den meist erst nach Insolvenzeröffnung einlangenden Anträgen auf AN-Veranlagung erstreckt. Wenn eine als DG aufscheinende Scheinfirma systematisch keine LSt entrichtet, so sollten die bereits eingelangten Lohnzettel storniert und ohne LSt-Ausweis wiederum eingespeichert werden. Eine gänzliche Stornierung von Lohnzetteln sollte wohl nur bei echten Scheinmeldungen vorgenommen werden, wenn eindeutig festgestellt wurde, dass de facto keine Beschäftigung vorlag und im gegenständlichen Zeitraum auch keine lohnsteuerpflichtigen Einkünfte bezogen wurden. Sollte keine GPLA erfolgen bzw sollten Lohnzettel erst nach Abschluss einer GPLA einlangen, so müssten diese von den Mitarbeitern der AN-Veranlagung im Zuge der Antragsbearbeitung korrigiert werden. Dies erfordert allerdings wiederum, dass es in diesen Fällen zu keiner automatisierten Antragsverarbeitung und Bescheiderstellung kommt.
- **Beweislastverschiebung bei unterbliebener LSt-Entrichtung:** Bei unterbliebener LSt-Entrichtung sollte der DN bei Geltendmachung einbehaltener LSt verpflichtet sein, die Tatsache der Einbehaltung auch

zu belegen. Gelingt ihm dieser Nachweis nicht, hat die Anrechnung geltend gemachter LSt in dubio zu unterbleiben.

VII. Behördenübergreifende Kooperation

A) Problemlage

Die voranstehenden Betrachtungen zeigen, dass die Bekämpfung insbes organisierter Formen des Sozialbetrugs mittel- oder unmittelbar eine ganze Reihe von Behörden und Institutionen betrifft. Erfahrungsgemäß gehen die SV-rechtlichen und abgabenrechtlichen Verstöße oftmals auch mit Verstößen gegen gewerberechtliche und ausländerbeschäftigungsrechtliche Vorschriften oder mit Phänomenen des Leistungsmissbrauchs (bspw unberechtigter Bezug von Arbeitslosengeld oder Insolvenzentgelt) bzw des Lohndumpings einher. Die im ersten Kapitel geschilderten Erscheinungsformen betreffen daher nicht nur den Zuständigkeitsbereich der SV-Träger und der Abgabenbehörden, sondern insbes auch jenen der BUAK, der Gewerbebehörden, des IEF, des AMS und der AI. Im Bereich der Strafverfolgung sind in weiterer Folge – je nach Tatbestand – die Finanzstraf- oder Bezirksverwaltungsbehörden bzw die Polizei, StA und Strafgerichte mit den Sachverhalten befasst.

Obwohl sich all diese Institutionen im Wesentlichen mit vergleichbaren Sachverhaltskonstellationen konfrontiert sehen, fehlt es bis dato an einer geordneten und institutionalisierten Vernetzung. Neben couragierten Einzelinitiativen und Versuchen der behördenübergreifenden Zusammenarbeit im Bereich der Strafverfolgung³²⁹ ist insbes das 2006 in Oberösterreich gegründete Netzwerk gegen Schwarzarbeit zum Zweck der besseren Vernetzung und Kooperation aller Stakeholder zu nennen. Dem Begriff Schwarzarbeit ist dabei ein weites Bedeutungsspektrum zugrunde gelegt, das AN-Beschäftigung ohne Anmeldung genauso wie mit Anmeldung, aber ohne Beitragsentrichtung sowie Scheinselbständigkeit und die Vermittlung von illegalen Arbeitskräften umfasst. Zentrale Netzwerkpartner sind die OÖGKK, die BUAK, die Finanzverwaltung, die SVA der gewerblichen Wirtschaft, die Gewerbebehörde, die AK Oberösterreich, die WKOÖ und das AI. Dabei stellt insbes die FinPol in OÖ einen der wichtigsten Partner der OÖGKK dar.

Im Rahmen des Projekts der OÖGKK wurde ein gemeinsames Netzwerkhandbuch ausgearbeitet, in dem für jeden Netzwerkpartner zuständige Ansprechpartner und Kontaktadressen, die bei den jeweiligen Partnern verfügbaren Daten zu Firmen und Einzelpersonen und relevanten Rechtsgrundlagen für den Datenaustausch mit anderen Behörden sowie ein

³²⁹ Zur TF Merlin siehe unten S 128 ff.

Kurzüberblick über rechtliche und faktische Möglichkeiten der Schwarzarbeitsbekämpfung aufgelistet sind. Darüber hinaus wurde damit begonnen, standardisierte Abläufe zur Informationsweitergabe in unterschiedlichen Fallkonstellationen an die betroffenen Behörden festzulegen, die durch individuelle Rückmeldungen von Verfahrensergebnissen auch zur Vertiefung der fachlichen Kompetenzen beitragen sollen. Der standardisierte Informationsfluss im Rahmen des Netzwerks ermöglicht ein schnelleres, zielgerichtetes und vereinzelt konzertiertes Handeln der Stakeholder. Durch regelmäßige Netzwerktreffen werden Abläufe und Kooperation laufend optimiert³³⁰.

Der erhöhte Bedarf an Kooperation und Informationsaustausch, der sich auch im Laufe dieses zweijährigen Forschungsprojekts deutlich gezeigt hat, wurde bereits im Entw des SchwABeG³³¹ berücksichtigt: §§ 9 ff SchwABeG idF RV verpflichtete die betroffenen Behörden ganz generell zur Zusammenarbeit und Mitteilung bei Verdacht auf Übertretungen, die den Bereich einer anderen Behörde betreffen könnten. Gem § 10 SchwABeG idF RV sollten die Behörden insbes für regelmäßigen Informations- und Erfahrungsaustausch sorgen, Ermittlungen und Amtshandlungen aufeinander abstimmen, bei Kontrollen nach Möglichkeit koordiniert vorgehen und bei Bedarf Kontrollen gemeinsam durchführen und zu diesem Zweck auch einen „Schwarzarbeitsbeauftragten“ als Ansprechpartner bestellen. Zudem sollten auch die Interessensvertretungen in Form von zweimal jährlich stattfindenden Aussprachen zu illegaler Erwerbstätigkeit ebenfalls einbezogen werden (§ 10 Abs 3 SchwABeG idF RV). Um den für die enge Kooperation erforderlichen Datenaustausch zu ermöglichen, wurde in § 11 eine datenschutzrechtliche Grundlage vorgesehen.

Bedauerlicherweise wurde die RV zum SchwABeG nie als Gesetz verabschiedet. Der Bedarf nach Zusammenarbeit und Informationsaustausch bestand naturgemäß weiter und führte in den letzten zehn Jahren zu einer anlassbezogenen und über zahlreiche Materiengesetze verstreuten, schwer überblickbaren Ansammlung an Rechtsgrundlagen der Zusammenarbeit.

B) Empfehlung

- **Schaffung** einer einheitlichen **Verpflichtung zur Zusammenarbeit** in allen Belangen illegaler Erwerbstätigkeit sowie **Implementierung** einer soliden **datenschutzrechtlichen Grundlage** für den erforderlichen Informationsaustausch:

Die Erfahrungen des Forschungsprojekts der letzten Monate zeigen, dass die ressortübergreifende Kooperation aller betroffenen Behörden und

³³⁰ Inwiefern sich das durch die OÖGKK geschaffene Netzwerk in der Praxis bewährt, konnte im Rahmen des Forschungsprojekts nicht abschließend geklärt werden.

³³¹ RV 1587 BlgNR XX.GP.

sonstiger Stakeholder ein entscheidender Schritt zu einer schlagkräftigeren Sozialbetrugsbekämpfung ist. Nach dem Vorbild der §§ 9 ff SchwaBeG idF RV ist eine Institutionalisierung der Zusammenarbeit anzustreben, indem die kooperierenden Behörden und deren wechselseitige Mitteilungspflichten und Kooperationsaufgaben hinreichend klar festgelegt werden. Dabei sollte auch der Austausch mit den Interessenvertretungen nicht außer Acht gelassen werden. Das Modellprojekt des Netzwerks gegen Schwarzarbeit in OÖ ist im Grundansatz zu begrüßen. Die Erarbeitung ähnlicher Netzwerke auch für alle weiteren Bundesländer, insbesonders auch für Wien, und deren Formalisierung unter Ausarbeitung von Handbüchern und regelmäßiger Netzwerktreffen ist in höchstem Maße wünschenswert und zu empfehlen, wobei insbesonders die Einbindung der polizeilichen Ermittlungsbehörden und der Steuerfahndung sichergestellt werden sollte.

DRITTES KAPITEL – ASPEKTE UND PROBLEMLAGEN DER STRAFRECHTLICHEN VERFOLGUNG

Im folgenden Kapitel werden rechtliche wie praktische Aspekte der kriminalstrafrechtlichen Sozialbetrugsverfolgung beleuchtet. Da das Interesse des Auftraggebers sowie aller projektbegleitenden Institutionen vor allem auf den in der Praxis gehäuft auftretenden Sozialbetrugsszenarien mittels Scheinfirmen lag, werden schwerpunktmäßig jene Aspekte beleuchtet und aufgearbeitet, die den Studienautoren im Zusammenhang mit der Scheinfirmenproblematik besonders relevant erscheinen. Darüber hinaus wurden im Projektverlauf einige Einzelfragen an die Verfasser herangetragen, die ebenfalls einer näheren Betrachtung zugeführt und am Ende dieses Kapitels dargestellt werden.

I. Die institutionelle Verankerung der kriminalstrafrechtlichen Verfolgung

Gem Art III Abs 1 SozBeG idF BGBl I 112/2007 muss sich die StA bei Ermittlungen nach den Sozialbetrugstatbeständen (§§ 153c, d, e StGB) in erster Linie der Finanzstraf- und Abgabenbehörden und ihrer Organe bedienen, die damit kriminalpolizeiliche Aufgaben übernehmen. Lt den Materialien soll dies der StA ermöglichen, die einschlägige Fachkenntnis der beim BMF angesiedelten „Spezialabteilung für Betrugsbekämpfung und Koordinierung (KIAB)“³³² zu nutzen³³³. Art III Abs 2 SozBeG sieht vor, dass die Organe der Finanzstraf- und Abgabenbehörden allerdings nur im Umfang einer darauf gerichteten Anordnung der Staatsanwaltschaft tätig werden. Sollte allerdings im Rahmen einer Maßnahme gem §§ 86, 89 EStG auf Grund bestimmter Tatsachen anzunehmen sein, dass der Beschuldigte eine Tat nach den Sozialbetrugsdelikten begangen habe, kann ein Tätigwerden iSd Art III SozBeG auch ohne staatsanwaltschaftliche Anordnung und damit aus Eigenem erfolgen. § 86 EStG betrifft die Durchführung einer GPLA und verpflichtet damit in erster Linie die Prüfer der Abgabenbehörde zu einer strafrechtlichen Würdigung der Prüfergebnisse. Der Verweis auf Maßnahmen iSd § 89 EStG verwundert zunächst, weil die Bestimmung in erster Linie datenschutzrechtliche Grundlagen des Informationsaustauschs zwischen Finanzverwaltung, SV-Trägern, IEF-Service GmbH, und AMS enthält. Gemeint ist beim Verweis vermutlich Abs 3 der Bestimmung, der den Abgabenbehörden die Kontrolle der versicherungs- und melderechtlichen Bestimmungen des ASVG,

³³² Dabei handelte es sich um den Vorgänger der heutigen FinPol, dazu schon oben S 70 ff und so gleich.

³³³ EBRV 299 BlgNR XXIII.GP 18.

der Anzeigepflichten des AIVG und der Bestimmung des § 366 Abs 1 Z 1 GewO überträgt. In der Praxis werden diese Aufgaben von Mitarbeitern der FinPol wahrgenommen, die bei Sozialbetrugsverdacht somit auch aus Eigenem im Dienste der Strafrechtspflege tätig werden können.

Die Organe der Finanz werden dabei auf Basis der StPO tätig, wodurch sie auch über alle kriminalpolizeilichen Ermittlungsbefugnisse verfügen. Durch den in Art III Abs 2 SozBeG enthaltenen Verweis auf die sinngemäße Geltung des § 196 Abs 4 FinStrG ist zudem klargestellt, dass neben den Befugnissen der StPO auch die in den §§ 99 Abs 2 bis 4 und 120 Abs 3 FinStrG geregelten Befugnisse zur Verfügung stehen³³⁴.

Wie die Einführung der KIAB selbst dürfte auch deren Zuständigkeitserweiterung auf kriminalpolizeiliche Ermittlungen primär zur Effizienzsteigerung der Betrugsbekämpfung erfolgt sein, weil Sozialbetrug und illegale Beschäftigung von AN typischerweise mit der Bezahlung von Schwarzlöhnen, der Hinterziehung von Lohnabgaben, aber auch der Hinterziehung von Umsatzsteuer und Ertragssteuern einhergeht³³⁵. Trotz dieses durchwegs plausiblen Ansatzes werden Ermittlungen – insbes wg § 153d StGB – bis dato vielfach von der Polizei geführt. Rechtlich ist dies unbedenklich, weil Art III Abs 3 SozBeG festhält, dass auch weiterhin die Kriminalpolizei mit den Ermittlungen beauftragt werden kann, wenn der zu verfolgende Sozialbetrug auch den Tatbestand anderer strafbarer Handlungen erfüllt³³⁶ und sich die Ermittlungen speziell im Bereich des organisierten Sozialbetrugs typischerweise auch auf andere Delikte (zB Betrug, Krida- und Urkundendelikte) beziehen. Im Rahmen der Feldforschungen konnten alle genannten Organisationsstrukturen zumindest partiell kennen gelernt und in zahlreichen Expertengesprächen Vorzüge und Nachteile der jeweiligen Einheiten für eine schlagkräftige Sozialbetrugsbekämpfung erörtert werden, deren Auswertung im Folgenden dargestellt wird. Dabei ist hervorzuheben, dass stets versucht wurde, eine möglichst umfassende Sichtweise zu erlangen, diese aber im Rahmen der im Forschungszeitraum möglichen Vorortrecherchen zwangsläufig auf einzelne Regionen, Bundesländer und Finanzämter beschränkt bleiben musste.

³³⁴ Dabei handelt es sich um finanzstrafrechtliche Nachschauen, Postauskünfte und Einsichtsrechte in öffentliche Register wie bspw Grundbuch, Firmenbuch, Gewerberegister, Zulassungsregister für KFZ etc.

³³⁵ *Lehner/Houf*, Handbuch, Rz 1.

³³⁶ Andernfalls kann eine Beauftragung der Polizei nur dann erfolgen, wenn die Organe der Finanzstraf- und Abgabenbehörden nicht rechtzeitig zu erreichen sind.

A) Probleme der Strafverfolgung durch die Finanzpolizei³³⁷

1. Entmutigende Effekte undifferenzierter Zielvorgaben

Die Finanzverwaltung verfügt über ein flächendeckendes System der Leistungsevaluierung, in der jede Organisationseinheit, von der kleinsten Teamstruktur bis zum gesamten Finanzamt, klare Zielvereinbarungen definiert, die auf die jeweiligen Tätigkeiten abgestimmt sind und ein Jahressoll vorgeben. Im Rahmen der Finanzpolizei besteht diese Vorgabe üblicherweise in der Anzahl der pro Mitarbeiter zu kontrollierenden Betriebe bzw Steuerpflichtigen. Während Kontrollen im Rahmen der ordnungspolitischen Aufgaben oftmals nach ähnlichem Muster abzuwickeln sind, bedeuten Maßnahmen im Dienste der Sozialbetrugsverfolgung bzw Steueraufsicht oftmals langwierige Ermittlungshandlungen, die eventuell noch im anschließenden Verfahren zusätzliche Arbeitsbelastung bewirken, von der Statistik jedoch nicht hinreichend gewichtet werden. Da in der Leistungserfassung nur sehr eingeschränkt nach Art der Tätigkeit differenziert wird, sehen sich die im Bereich der Sozialbetrugsverfolgung mit viel Eigeninitiative und persönlichem Engagement agierenden Mitarbeiter mit der Situation konfrontiert, dass sie die Zielvorgaben schwerer erreichen können.

2. Mangelnde Kapazitäten zur eigenständigen Wahrnehmung der strafrechtlichen Verfolgung

Das Aufgabengebiet der Finanzpolizei ist in den letzten Jahren stetig gewachsen. Auch wenn der Wunsch nach „One-stop-shop-Kontrollen“³³⁸ berechtigt und nachvollziehbar erscheint, ist die erforderliche rechtliche Versiertheit in allen materiell-rechtlichen Vollzugsbereichen und Verfahrensrechten – insbes nach der jüngsten Erweiterung um Agenden des Glücksspiels und des Lohn- und Sozialdumpings – wohl nicht mehr zu gewährleisten. In der Praxis führte dies zu einer de facto Schwerpunktsetzung: Zum tatsächlichen Kernbereich zählten dabei seit jeher die Kontrollen nach AuslBG, ASVG, GewO, AVRAG und AIVG, die im Wesentlichen in der Vorbereitung und Vornahme der Kontrollhandlung, der Anzeigenlegung und zT in der Wahrnehmung von Amtsparteistellungen lagen. Die Intensität der Wahrnehmung anderer Aufgaben – insbes der Sozialbetrugsverfolgung und Steueraufsicht – scheint zwischen einzelnen Teams sehr stark zu variieren.

Im Ermittlungsverfahren wegen Verdachts eines Sozialbetrugsdelikts ergehen die Ermittlungsaufträge der StA üblicherweise an den Strafsachenbereich des zuständigen FA. Zur Ausführung der Ermittlungsaufträge bedarf dieser mangels personeller Ressourcen wiederum der Mitarbeiter des Finanzpolizei-Teams. Die Ermittlungsaufträge bestehen meist in der Beschaffung und Auswertung abga-

³³⁷ Grundlegendes zur Finanzpolizei schon oben S 70 ff.

³³⁸ Vgl Lehner, taxlex 2007, 413 (413).

benrechtlich wie sozialversicherungsrechtlich relevanter Grundlagen zu Beitrags- und Abgabenrückständen, Meldevorgängen und Vernehmungen einer erheblichen Zahl von DN. Im Rahmen der Feldforschungen wurde vereinzelt berichtet, dass kriminalpolizeiliche Ermittlungen durch die Finanzpolizei trotz umfassender und zeitintensiver Vernehmungen von DN vielfach zu keiner Ausforschung der tatsächlichen Täter oder Strukturen hinter einer konkreten Scheinfirma führen würden.

Im Lichte der verfolgten Fälle scheinen dafür mehrere Faktoren ausschlaggebend zu sein: Zum einen besteht nach wie vor Verbesserungspotential hinsichtlich der Kommunikation zwischen StA und Finanzverwaltung. Insbes die Erteilung von nicht hinreichend substantiierten Ermittlungsaufträgen ist einer erhöhten Sensibilisierung der Mitarbeiter der Finanzpolizei für die Erfordernisse eines erfolgreichen Ermittlungsverfahrens im konkreten Einzelfall wohl nicht förderlich. Zum anderen scheinen die Vielfalt der Aufgaben der Finanzpolizei sowie die nicht auf die Strafverfolgung abgestimmten Zielvorgaben die Übernahme von Eigeninitiative und die Anregung von weiteren Ermittlungsmaßnahmen im Rahmen der Finanzpolizei-Strukturen zu erschweren. Auch die grundsätzliche Verankerung im jeweiligen Zuständigkeitsbereich des einzelnen FA dürfte dem Erkennen von Zusammenhängen mit Sozialbetrugsfällen in anderen Zuständigkeitsbereichen und der anschließenden vernetzten Aufarbeitung abträglich sein. Vor diesem Hintergrund ist das bemerkenswerte Engagement einzelner Finanzpolizei-Teams im Bereich der kriminalstrafrechtlichen Verfolgung komplexer Sozialbetrugsfälle eine erfreuliche Ausnahme, die aber wohl nicht als Grundlage für eine flächendeckende Sozialbetrugsverfolgung geeignet ist.

3. Schulung, technische Ausstattung und dienstrechtliche Flexibilität

Im Rahmen des Forschungsprojekts wurde immer wieder darauf hingewiesen, dass die seriöse und nachhaltige Strafverfolgung insbes von organisierten Erscheinungsformen des Sozialbetrugs des Einsatzes eingriffsintensiver Ermittlungsbefugnisse bedarf, die ein bestimmtes Maß an Ausbildung, Ausstattung und dienstrechtlicher Flexibilität erfordern. Im Forschungsverlauf wurde bis dato kein Fall bekannt, in dem die KIAB oder FinPol besondere Ermittlungsmaßnahmen selbst – dh ohne Einbeziehung von Polizei oder Steuerfahndung – durchführte. Während Vernehmungen auf Basis der StPO zum Grundrepertoire der FinPol gehören, fehlt es für die Durchführung besonderer Ermittlungsmaßnahmen – von Hausdurchsuchungen über Observationen und Telefonüberwachungen bis hin zu Bankauskünften – vielfach an Schulung und praktischer Erfahrung. Zudem verfügt die FinPol auch nicht über die technische Ausstattung zur Durchführung von komplexen Ermittlungsmaßnahmen, wie insbes Telefonüberwachungen. Es wurde zwar darauf hingewiesen, dass im Rahmen der Zollverwaltung spezialisierte Geräte und Mitarbeiter vorhanden seien, jedoch kamen diese – soweit ersichtlich – bisher in der Sozialbetrugsbekämpfung nicht zum Einsatz. Auch die für die

Durchführung von kriminalstrafrechtlichen Ermittlungen erforderliche dienstrechtliche Flexibilität ist fraglich: Zwar verfügen die FinPol-Teams über Überstundenkontingente, jedoch werden diese üblicherweise schon für die im Rahmen der verwaltungsbehördlichen Kontrollen regelmäßig stattfindenden Nachtaktionen ausgeschöpft. Die bisherigen Beobachtungen legen daher die Annahme nahe, dass die Mitarbeiter der FinPol weder über hinreichende Ausbildung und technische Ausstattung noch über ausreichende dienstrechtliche Flexibilität verfügen, um sich dieser besonderen Ermittlungsmaßnahmen im erforderlichen Ausmaß bedienen zu können.

Während also die im Aufbau begriffenen neuen FinPol-Strukturen zweifelsohne eine begrüßenswerte Verbesserung der Sozialbetrugsbekämpfung durch verwaltungsbehördliche Kontrollen und Steueraufsichtsmaßnahmen darstellen, ist die Übernahme der kriminalstrafrechtlichen Verfolgung, insbes des organisierten Sozialbetrugs, bis dato nicht im selben Maß geglückt und kritisch zu hinterfragen.

B) Strafverfolgung durch die Steuerfahndung

1. Organisationsstruktur

2007 wurde die SEG³³⁹ gemeinsam mit den bis dahin bestehenden Prüfungsabteilungen für Strafsachen (PASt) sowie dem Central Liaison Office zur neuen Steuerfahndung verschmolzen, deren Aufgabe in der Unterstützung der Finanzämter und Großbetriebsprüfungen beim Vollzug des Finanzstrafrechts und der Verfolgung des Sozialbetrugs liegen sollte³⁴⁰. Aus dem reichhaltigen Aufgabengebiet der Steuerfahndung sind insbes die Durchführung von Zwangsmaßnahmen im verwaltungsbehördlichen wie gerichtlichen Finanzstrafverfahren, die Bekämpfung des systematischen/organisierten Abgabebetrugs, die Koordination der Finanzstrafbehörden bei ämterübergreifenden Betrugsbekämpfungsmaßnahmen sowie die Beobachtung des wirtschaftlichen Verkehrs zur rechtzeitigen Entdeckung gewerbsmäßiger Schwarzunternehmer durch proaktives Erkennen und Bekämpfen von Betrugsmustern („SEG-Tätigkeiten“)³⁴¹ zu erwähnen.

Die Steuerfahndung gliedert sich in 10 Fahndungsteams, von denen 4 in Wien, die restlichen an den Standorten Feldkirch, Graz, Innsbruck, Linz, Klagenfurt und Salzburg angesiedelt sind. Zusätzlich wurden in Wien zwei Fahndungsteams/SEG vorgesehen, die durch proaktives Erkennen von Betrugsmustern einerseits die erfolgreiche Tätigkeit der SEG im Rahmen der Abgabensicherung weiterführen, sich andererseits aber auch um die Verfolgung der damit zusammenhängenden Finanzstraf- und Sozialbetrugsdelikte kümmern

³³⁹ Siehe dazu schon oben S 79.

³⁴⁰ *Madlberger/Epply*, ÖStZ 2007, 226 (226).

³⁴¹ Organisationserlass Steuerfahndung, GZ BMF-280100/0001-IV/2/2007 vom 06.02.2007.

sollten. Im Rahmen des Forschungsprojekts konzentrierten sich die Feldforschungen auf das Team Fahndung/SEG 01³⁴². Anlässlich eines einschlägigen Tiroler Sozialbetrugsfalls konnte auch ein erster Einblick in die Arbeit der Steuerfahndung Fahndungsteam West – Innsbruck erlangt werden. Durch die vor kurzem erfolgte Schaffung der FinPol sieht sich insbes die Steuerfahndung Wien mit erheblichen personellen Abgängen konfrontiert.

2. Mangelnder Behördenstatus

Die Steuerfahndung wurde aus der regionalen Organisationsstruktur der Finanzämter ausgegliedert und als eigene Organisationsstruktur gegründet. Da sie jedoch nur als Unterstützungseinrichtung der Finanzämter und Großbetriebsprüfung eingerichtet wurde und damit keinen eigenen Behördenstatus hat³⁴³, können die Mitarbeiter der Steuerfahndung nur im Auftrag eines konkreten Finanzamts tätig werden. Gerade im Rahmen von Baustellenkontrollen ist typischerweise vorab nicht feststellbar, welche Sachverhalte und welche Firmen, die wiederum in den Zuständigkeitsbereich unterschiedlicher Ämter fallen, angetroffen werden könnten. Da die Steuerfahndung im Gegensatz zur SEG über keinen Generalkontrakt mit den Finanzämtern verfügt, scheiterte die erfolgreiche Durchführung der ehemaligen SEG-Tätigkeiten sehr bald an der in praxi unmöglichen zeitnahen Zustimmung der betroffenen Finanzämter. Dieser Umstand hatte in den letzten Jahren die weitgehende Einstellung der ehemaligen SEG-Tätigkeiten zur Folge.

Auch im Bereich der kriminalstrafrechtlichen Verfolgung von bundesweit agierenden Sozialbetrugsnetzwerken benötigt die Steuerfahndung immer ein konkretes fallführendes Finanzamt, selbst wenn angesichts der Sozialbetrugstatbestände bzw der strafbestimmenden Wertbeträge eindeutig gerichtliche Zuständigkeit und damit auch die StA als Leiterin des Ermittlungsverfahrens anzusehen ist³⁴⁴. Diese Abhängigkeit von den Finanzämtern beschneidet den Aktionsradius der Steuerfahndung sowie die wünschenswerte, möglichst umfassende Aufarbeitung von zusammenhängenden und einzelzuständigkeitsbereichsübergreifenden Sozialbetrugsfällen.

³⁴² Das Team Fahndung/SEG 01 beschäftigte sich im Forschungszeitraum schwerpunktmäßig mit Sozialbetrugsfällen und stellt ua auch Mitarbeiter für die TF Merlin zur Verfügung.

³⁴³ Organisationserlass Steuerfahndung, GZ BMF-280100/0001-IV/2/2007 vom 06.02.2007.

³⁴⁴ Die StA erteilt Ermittlungsaufträge immer nur an ein konkretes Finanzamt, das dann wiederum einen Kontrakt mit der Steuerfahndung schließt, wobei diese üblicherweise im Auftrag der Finanzstrafbehörde aktiv wird, GZ BMF-280100/0001-IV/2/2007 vom 06.02.2007.

C) Problemlagen der Strafverfolgung durch polizeilichen Ermittlungsbehörden

1. Uneinheitliche Befassung der Polizeibehörden

Im Laufe des Forschungsprojekts zeigte sich, dass die Übernahme bzw Einbindung der Polizei bei Sozialbetrugsermittlungen erheblichen regionalen Unterschieden ausgesetzt ist. Angesichts der Bestimmung des Art III SozBeG, der die primäre Zuständigkeit der Finanzverwaltung vorsieht, wird einerseits in manchen LKA vertreten, dass die Polizei im Bereich der Sozialbetrugsverfolgung keine Ressourcen investieren sollte. Zum anderen wurde mit der Verankerung der TF Merlink im BK³⁴⁵ ein Signal in die entgegengesetzte Richtung gesetzt.

Dieser Umstand erklärt auch, dass die im Laufe des Projekts verfolgten Großverfahren teilweise von der Polizei in enger Zusammenarbeit mit Prüfern der GKK, teilweise von der Steuerfahndung und teilweise von der FinPol geführt werden. Auf Initiative der befassten Sachbearbeiter wurde dabei vielfach der Kontakt zu anderen Institutionen gesucht und die Möglichkeit der gemeinsamen, behördenübergreifenden Führung von Ermittlungen angestrebt, die je nach Einstellung der Führungsebenen mehr oder minder erfolgreich waren. Im Einzelnen lassen sich zahlreiche Insellösungen konstatieren. Eine einheitliche Vorgabe zur Handhabung der Rolle der Polizei in der Sozialbetrugsbekämpfung scheint nicht zu bestehen.

2. Know-How und Vermeidung von Doppelgleisigkeiten

Ermittlungen in Sozialbetrugsverfahren erfordern zumindest ein grundlegendes Verständnis SV-rechtlicher Grundlagen, insbes des Beitrags-, Versicherungs- und Meldewesens sowie das Verständnis, bei welchen Institutionen welche Informationen zu bekommen sind. Dabei ist festzustellen, dass die Kenntnisse über das zugrundeliegende kriminelle Kalkül in unterschiedlicher Tiefe und die Kooperation mit KV-Trägern, BUAK und Finanzverwaltung in unterschiedlicher Dichte vorhanden sind, was zu wenig zufriedenstellenden Untersuchungsergebnissen führen kann. Die vielfältige Verwendung derselben Scheinfirmenmäntel durch oftmals unterschiedliche Täterkreise im gesamten Bundesgebiet³⁴⁶ bewirkt, dass vereinzelt im selben Zeitraum an unterschiedlichen LKA Ermittlungen gegen dieselbe Scheinfirma geführt werden. Diese Ermittlungen resultieren zT aus Anzeigen einer GKK, eines Masseverwalters im Zuge eines Konkursverfahrens, aus anonymen Anzeigen von Insidern oder aus Anzeigen von betrogenen Lieferanten bzw Vertragspartnern. In der Folge kommt es durch diese örtliche Zersplitterung zu Doppelgleisigkeiten der polizeilichen Ermittlungen, die vielfach zu unterschiedlichen Ergebnissen führen. Vereinzelt kommt es bspw auch zu Anzeigen von handelsrechtlichen Geschäftsführern bei der StA und damit verknüpften Ausschrei-

³⁴⁵ Dazu unten S 134 ff.

³⁴⁶ Dazu schon oben S 56 f.

bungen zur Aufenthaltsermittlung, obwohl bei anderen Polizeistellen bereits bekannt ist, dass es sich dabei um eine falsche oder verfälschte Identität handelt³⁴⁷.

D) Strafverfolgung durch die Staatsanwaltschaften

1. Ausgangslage

a) Die staatsanwaltschaftlichen Behörden

In den letzten Jahren häuften sich bei den StAen die Anzeigen von sozialbetrügerischen Sachverhalten:

Die WGKK allein übermittelte 2009 insgesamt 114 Strafanzeigen. Im Jahr 2011 wurden in 505 Fällen Firmen angezeigt bzw Sozialbetrugsanfragen der Kriminalpolizei durch die WGKK beantwortet³⁴⁸. Die BUAk zeigte 2010 45 Scheinfirmen an³⁴⁹. Hinzu kommen unzählige Anzeigen von Masseverwaltern insolventer Scheinfirmen, anonyme Anzeigen von Konkurrenten sowie Anzeigen von Banken und Lieferanten, die Opfer sonstiger iZm Scheinfirmenmänteln begangener Betrügereien wurden. Anzeiger artikulieren bisweilen, dass die Anzeigen nur in den seltensten Fällen zu Strafanträgen oder Anklageschriften führten und dass auf Seiten der StA Sozialbetrugsfälle scheinbar nicht die erforderliche Aufmerksamkeit bekämen³⁵⁰. Die Feldforschungen konzentrierten sich im ersten Jahr ausschließlich auf die StA Wien, im zweiten Jahr konnten dankenswerterweise auch andere Staatsanwaltschaften im Rahmen von einzelnen Interviews in das Forschungsprojekt einbezogen werden. Auch wenn im Zuge des Forschungsprojekts keinerlei quantitative Aktenauswertung anvisiert war, vermittelt folgende punktuelle Auswertung einen ersten Eindruck über Anzahl und Konzentration von Sozialbetrugsverfahren bei den österreichischen StAen³⁵¹:

Staatsanwaltschaft	Anhängige Verfahren nach §§ 153 c,d,e StGB (Stand Oktober 2011)
Wien	135
Innsbruck	66
Salzburg	31

³⁴⁷ Tgb 13092010 I.

³⁴⁸ Interne Statistik der WGKK.

³⁴⁹ Interne Statistik der BUAk.

³⁵⁰ Tgb 18052010 I; Tgb 23012012 I.

³⁵¹ Diese Auswertung beruht auf Auszügen aus der VJ, dem elektronischen Aktenregister der Justiz. Berücksichtigt wurden ausschließlich bei den StAen anhängige Verfahren (dh St-Akte) im Zeitpunkt der VJ-Auswertung durch das BRZ im Oktober 2011. Bei den angeführten Verfahren bestand zumindest auch ein Tatverdacht wegen einem oder mehreren Sozialbetrugsdelikten (§§ 153c, d, e StGB).

Graz	26
Korneuburg	13
Klagenfurt	9
Leoben	7
Linz	6
St.Pölten	5
Feldkirch	5
Wels	4
Ried im Innkreis	4
Wiener Neustadt	4
Eisenstadt	2
Krems	2
WKStA	2
Gesamt	321

Bei dieser Auswertung handelt es sich freilich bloß um eine Momentaufnahme. Sie zeigt jedoch, dass die klare Mehrheit der Verfahren den Zuständigkeitsbereich der StA Wien betrifft. Es wäre jedoch verfehlt, von einem „Wiener Problem“ zu sprechen, weil Sozialbetrugsverfahren einerseits in allen Bundesländern vorkommen und andererseits insbes in urbanen Ballungszentren wie Innsbruck, Salzburg und Graz ebenfalls in nicht unbeachtlicher Zahl auftreten.

Bei den StAen gibt es grundsätzlich keine Sonderzuständigkeiten für Sozialbetrug, wodurch jeder Referent potentiell mit der Leitung eines Sozialbetrugsverfahrens konfrontiert sein kann. Einige der größeren StAen – wie insbes die StA Wien – verfügen über spezialisierte Wirtschaftsgruppen, die ganz allgemein für Strafsachen sehr großen Umfangs oder besonderer Schwierigkeit wegen vermögensrechtlicher Schädigung iZm unternehmerischer Tätigkeit zuständig sind³⁵². Die Beurteilung als Wirtschaftsstrafsache obliegt üblicherweise dem Leiter der StA. Sozialbetrugsverfahren – insbes wg §§ 153 d, e StGB – erfüllen zwar vielfach die Voraussetzungen einer Wirtschaftsstrafsache großen Umfangs. Die Zuteilung an die spezialisierten Wirtschaftsgruppen ist aber angesichts begrenzter Ressourcen nicht immer möglich.

³⁵² Lt der Geschäftsverteilung der StA Wien vom 01.12.2011 obliegt der Wirtschaftsgruppe die Führung von „Strafsachen sehr großen Umfangs oder besonderer Schwierigkeit wegen vermögensrechtlicher Schädigung im Zusammenhang mit unternehmerischer Tätigkeit“.

b) Die WKStA

Das vor kurzem in Kraft getretene strafrechtliche Kompetenzpaket³⁵³ brachte eine tiefgreifende Neustrukturierung der Justiz zur effektiveren Verfolgung von großer Wirtschaftskriminalität mit sich. Im September 2011 sollte aus der bisherigen KStA eine neue Zentrale Staatsanwaltschaft zur Verfolgung von Wirtschaftsstrafsachen und Korruption (WKStA) mit 37 bis 40 staatsanwaltschaftlichen Planstellen werden³⁵⁴, die für die „großen Wirtschafts- und Korruptionsstrafsachen“ bundesweit zuständig ist. Nach § 20a Abs 1 Z 1 StPO ist die neue WKStA neben Korruptionsdelikten und Tatbeständen aus dem Nebenstrafrecht auch für zentrale wirtschaftsstrafrechtliche Tatbestände (zB §§ 146, 153, 156 StGB etc) kompetent, sofern anzunehmen ist, dass der durch die Tat herbeigeführte Schaden € 5 Mio übersteigt. Im Rahmen der Beratungen des parlamentarischen Justizausschusses³⁵⁵ fand neben § 153e StGB auch der Tatbestand des § 153d StGB noch Einzug in den Katalog, soweit anzunehmen ist, dass das Ausmaß der vorenthaltenen Beiträge oder Zuschläge € 5 Mio übersteigt (§ 20a Abs 1 Z 2 StPO)³⁵⁶.

Für die strafgerichtliche Verfolgung sozialbetrügerischer Handlungen ergeben sich durch die tiefgreifenden strukturellen Neuerungen folgende Konsequenzen: Ermittlungsverfahren wegen § 153d StGB mit einem anzunehmenden Beitrags- bzw Zuschlagsausfall unter € 5 Mio fallen mangels Erwähnung in § 20a Abs 1 StPO nicht in die Zuständigkeit der WKStA. Freilich besteht in Fällen des Sozialbetrugs unter Einsatz von Scheinfirmen als Anmeldevehikel, denen systematisch alle zufließenden Vermögenswerte umgehend entzogen werden, idR auch ein Tatverdacht gem § 156 StGB, wodurch eine Zuständigkeit der WKStA gem § 20a Abs 1 Z 1 StPO denkbar wäre. Dies trifft allerdings wiederum nur unter der Prämisse zu, dass aufgrund bestimmter Tatsachen anzunehmen ist, dass der durch die Tat herbeigeführte Schaden € 5 Millionen übersteigt.

In der Praxis werden im Hinblick auf die in die Zuständigkeit der WKStA fallenden Delikte (§§ 153d, e) typischerweise nur einzelne Scheinfirmen angezeigt, mit denen zwar zumeist Schäden jenseits der zweiten Qualifikationsstufe des StGB (€ 50.000) verursacht werden, jedoch angesichts der Kurzlebigkeit der Firmen idR keine strafrechtlich relevanten Millionenschäden verursacht werden. Die WKStA hätte freilich noch die Möglichkeit, eine Strafsache gem § 20b Abs 1 StPO an sich zu ziehen, sofern es sich um eine Wirtschaftsstrafsache handelt, zu deren wirksamer und zügiger Führung besondere Kenntnisse des Wirtschaftslebens oder Erfahrungen mit der Führung solcher Verfahren erforderlich erscheinen. Der Terminus der Wirtschaftsstrafsachen wird definiert als „Verfahren wegen strafbarer

³⁵³ BGBl I 108/2010.

³⁵⁴ EBRV 918 BlgNR XXIV.GP 4; JAB 1009 BlgNR XXIV.GP 3.

³⁵⁵ Vgl JAB 1009 BlgNR XXIV.GP 3.

³⁵⁶ Die Zuständigkeitsnorm hinsichtlich §§ 153d, e StGB tritt allerdings erst mit 01.09.2012 in Kraft.

Handlungen gegen fremdes Vermögen im Zusammenhang mit unternehmerischer Tätigkeit, die durch ihren Umfang oder die Vielzahl der Beteiligten des Verfahrens, die involvierten Wirtschaftskreise oder die Komplexität oder das besondere öffentliche Interesse an der Aufklärung der zu untersuchenden Sachverhalte gekennzeichnet sind“ (§ 20b Abs 2 StPO). Bei der Beurteilung des besonderen öffentlichen Interesses „kommt der räumlichen, zeitlichen und inhaltlichen Intensität medialer Berichterstattung grundsätzlich Indizwirkung zu“³⁵⁷. Da auch große Sozialbetrugsverfahren üblicherweise kein erhebliches Medienecho hervorrufen, bleibt abzuwarten, inwiefern die Fälle als Wirtschaftsstrafsachen iSd § 20b Abs 2 StPO angesehen werden und inwiefern die WKStA bewusst einschlägige Verfahren an sich ziehen wird. Im Ergebnis ist wohl nicht auszuschließen, dass auch nach dem 01.09.2012 ein überwiegender Teil der Sozialbetrugsverfahren weiterhin in den Zuständigkeitsbereich der allgemeinen StAen fallen wird.

2. Problemlagen

a) Begrenzte Personalressourcen – mangelnde Kontinuität

Die StAen – insbes die StA Wien – leiden bereits seit längerer Zeit unter knappen Personalressourcen, die einer zeitnahen Aktenaufarbeitung nicht förderlich ist und die Aktenbelastung der einzelnen Referenten beträchtlich erhöht. Der Umstand, dass viele junge Referenten zwar ausgebildet werden, aber oft schon nach kurzer Zeit frei werdende Richterposten oder Stellen außerhalb Wiens bevorzugen, ist insbes für die größte StA des Landes ein nicht unerhebliches Problem, das sich auch im Bereich der Sozialbetrugsverfolgung in Form von häufigen Wechseln des fallführenden Referenten niederschlägt. Staatsanwälte des allgemeinen Referats der StA Wien haben ein beachtliches Aktenpensum abzuarbeiten. Mögen die meisten Akten in ihrer Komplexität vergleichsweise einfache Gewalt- oder Vermögensdelikte betreffen, so führt die Anzahl an zu bearbeitenden Fällen in ihrer Gesamtheit nichtsdestoweniger zu einer hohen Auslastung der Kapazitäten. Die Ausforschung und strafrechtliche Verfolgung der wahren Profiteure hinter den Scheinfirmen würde nun zusätzlichen Arbeitsaufwand verursachen, der mit der sonstigen Auslastung mit Akten zumeist nur sehr schwer in Einklang zu bringen ist. Die Wirtschaftsgruppe verfügt zwar über das nötige Know-How und Wissen um Strukturen und verbrecherisches Kalkül hinter den Szenarien des organisierten Sozialbetrugs, ist aber infolge der Zunahme großer Wirtschaftsstrafverfahren, die zudem unter erheblichem öffentlichen und medialen Druck abzuwickeln sind, seit Jahren personell unterbesetzt. Angesichts der prekären Lage muss die Übernahme von Akten zunehmend abgelehnt werden, selbst wenn es sich dabei unbestritten um Wirtschaftsstrafsachen handelt.

³⁵⁷ Ulrich, WKStA § 20b StPO, Rz 5.

Die künftige Zuständigkeit der WKStA für Verfahren nach § 153d StGB (ab einer Schadenshöhe von € 5 Mio) und § 153e StGB wird an dieser Situation wohl kaum Verbesserungen bringen: Einerseits werden viele Sozialbetrugsverfahren nach § 153d StGB unterhalb der erforderlichen Schadensgrenze bleiben und andererseits ist schon jetzt die Personalsituation der WKStA äußerst angespannt.

b) Wissen über Tatmuster und hinreichende Anleitung im Strafverfahren

Zudem besteht nach wie vor Optimierungspotential hinsichtlich einer möglichst breiten Aufklärung und Information der Staatsanwälte über den modus operandi des organisierten Sozialbetrugs, vor allem um die ermittelnden Kriminalbeamten im gebotenen Maße anleiten zu können. Zumeist werden einlangende Anzeigen von der StA mit der Bitte um „sachdienliche Ermittlungen“ an die Kriminalpolizei übermittelt, ohne näher zu spezifizieren, worin diese bestehen könnten, welche Informationen für relevante Tatbestände benötigt werden und wo die erforderlichen Informationen eingeholt werden könnten. Ein nachhaltiges Bewusstsein hinsichtlich des organisierten Sozialbetrugs und dessen weitreichenden Auswirkungen sowie des erforderlichen SV- und arbeitsrechtlichen Spezialwissens zu Anmeldemodalitäten, DG- und DN-Eigenschaft sowie des Ablaufs und der Modalitäten der Beitragsberechnung und –entrichtung sind zweifelsohne auch bei den staatsanwaltschaftlichen Behörden anzustreben. Die aktuelle Situation ist angesichts der kriminellen Energie der beteiligten Täterkreise sowie der volkswirtschaftlich beachtlichen Schäden für Ermittler, Staatsanwälte und Geschädigte gleichermaßen unbefriedigend.

c) Streuung der Akten und Komplexität der Sachverhalte

Sozialbetrugsszenarien mittels Scheinfirmen sind üblicherweise äußerst komplexe Sachverhalte. Ein zentrales Problem stellt dabei die StA-interne Streuung der Akten dar. Angesichts der vielfältigen Verwendung ein und desselben Scheinfirmenmantels durch unterschiedliche Täter sowie der weit verbreiteten Verwendung von Falschidentitäten langen bei der StA idR zu jeder Scheinfirma mehrere Anzeigen ein, die dann oft unterschiedlichen Staatsanwälten zugeteilt werden. Sollte es zu einem Beschuldigten bereits ein laufendes Ermittlungsverfahren geben, werden einlangende Anzeigen an den bearbeitenden Referenten zugewiesen. Ausschlaggebend ist hierbei meist die Person des angezeigten handelsrechtlichen Geschäftsführers, der aber typischerweise immer nur bei einer Gesellschaft eingesetzt wird, sei es nun ein echter Scheingeschäftsführer, der aus dem Ausland rekrutiert wird, sei es eine Falschidentität. Somit lässt sich anhand des Gf idR keine Konnexität zu anderen Verfahren erkennen. Sollten nun bereits andere Ermittlungsverfahren bei einer anderen StA oder auch innerhalb der StA Wien anhängig sein, die de facto in einem engen Zusammenhang mit neu einlangenden Anzeigen stehen, werden diese Verknüpfungen wegen der Aufteilung auf verschiedene Referate vielfach

nicht erkannt. Dabei zeigte sich, dass in einzelnen Aktenteilen (zB Zeugenvernehmungen) immer wieder Verknüpfungen zu anderen Firmen erwähnt werden, zu denen eventuell sogar schon ein anhängiges Verfahren bei der StA besteht, das allerdings unter anderen Beschuldigten geführt wird und in dessen Verlauf auch für andere Verfahren relevante Beweisergebnisse erzielt werden, die jedoch mangels Ersichtlichkeit dieser Verknüpfung nicht immer verwendet werden.

d) Keine zusammenfassende Behandlung mit Finanzvergehen

Die Hinterziehung von SV-Beiträgen iSd §§ 153c, d bzw Organisierte Schwarzarbeit iSd § 153e StGB geht üblicherweise mit der Hinterziehung von Lohnabgaben bzw mit anderen Finanzvergehen einher, die sich aus der Verschleierung der Schwarzarbeit oder des Sozialbetrugs ergeben (bspw USt-Delikte infolge Scheinrechnungslegung etc). Bei Sozialbetrugsanzeigen von Seiten der GKKen und der BUAK unterbleibt vielfach eine finanzstrafrechtliche Würdigung der Sachverhalte mangels Einbindung der Finanzstraf- und Abgabenbehörden. Dies erscheint vor allem in jenen Fällen problematisch, in denen bestimmte Finanzvergehen leichter beweisbar wären als die Sozialbetrugsdelikte³⁵⁸.

E) Fokussierte und behördenübergreifende Strafverfolgung durch die Task Force Merlin

1. Ausgangslage

Im Jahr 2006 ergaben sich insbes in Graz erste Indizien für organisierte Netzwerke im steirischen Baubereich. Im Rahmen der sog „ARGE ALPHA“ konnten anfängliche Erkenntnisse über Handlungsmuster betrügerischer Baufirmen gewonnen werden, die schon bald die Kooperation mit weiteren betroffenen Stellen erforderten. Im November 2006 fand ein erster Austausch zwischen den steirischen Wirtschaftskriminalisten der ARGE ALPHA, StA Graz, Finanzverwaltung Graz, StGKK, AK Steiermark, BUAK und IAF-Service GmbH (nunmehr IEF-Service GmbH) statt. Dabei wurde ein Netzwerk aufgebaut, das bei Neugründungen von Ein-Personen-GmbHs im Baugewerbe Kontrollmitteilungen des Firmenbuchgerichts an die StGKK, BUAK, Finanzverwaltung und Polizei vorsah. Schon bald zeigten sich zahlreiche wirtschaftliche und persönliche Querverbindungen, die allesamt nach Wien wiesen und zur Einbindung des BK, des LKA Wien sowie der – mittlerweile aufgelösten – SEG der Finanzverwaltung führten. Die Anstrengungen mündeten im März 2007 in eine erste konzertierte Aktion in Wien und in der Steiermark, bei der unter Einsatz von 110 Polizisten 18 Personen verhaftet und 32 Hausdurchsuchungen durchgeführt wurden. Im Zentrum der Ermittlungen standen zwei kriminelle Gruppierungen und 64 von ihnen als Anmeldevehikel

³⁵⁸ Tgb 03052011 I.

eingesetzte Scheinfirmen, die einen Gesamtschaden (infolge von Beitrags-, Zuschlags- und Abgabenausfällen) iHv ca € 60 Mio verursacht hatten³⁵⁹. Zu diesem Zeitpunkt fokussierten sich die Ermittlungen überwiegend auf Grazer Strukturen.

Ein Informant verschaffte den Wirtschaftskriminalisten in weiterer Folge wertvolle Hinweise, die erstmalig auch tiefeschürfende Ermittlungen zu bestehenden Strukturen, Machthabern und Netzwerken in Wien und Umgebung ermöglichten, die sich bis dahin dem Zugriff durch die Strafverfolgung höchst erfolgreich entzogen hatten. Nach ersten Strukturhebungen sicherte die StA Wien den Wiener und Grazer Kriminalisten enge Kooperation in Form einer begleitenden Kontrolle und laufenden Unterstützung der Erhebungen zu. Dies markierte im April 2008 die Geburtsstunde der Soko Merlin im LKA Wien, in deren Rahmen fünf Kriminalisten des LKA Wien anhand von grundlegenden Strukturermittlungen, Observationen und Telefonüberwachungen begannen, Schritt für Schritt mehr über die beteiligten Täterkreise herauszufinden. Dank des beiderseitigen persönlichen Engagements konnte in dieser Phase auch eine erfolgreiche Zusammenarbeit zwischen der Polizei und den Bauerhebern der WGKK etabliert werden.

Auf Grundlage der neuen Informationen wurde im März 2009 eine akribisch geplante Aktion³⁶⁰ abgewickelt, bei der unter Einsatz von 230 Polizisten (Beamte des LKA Wien, Cobra-Teams, Hundeführer, Drogenfahnder) 15 Hauptbeschuldigte verhaftet und 35 Räumlichkeiten durchsucht wurden. Dabei konnten 18 PCs, 29 Laptops, Festplatten, USB-Sticks und Speicherkarten sichergestellt werden. In den darauffolgenden Monaten wurde die Task Force zur Aufarbeitung des beschlagnahmten Materials auf 15 Kriminalisten aufgestockt. Die Auswertungen ermöglichten iVm zahlreichen Kontoöffnungen und Vernehmungsergebnissen die Identifizierung und Festnahme einiger Schlüsselfiguren des organisierten Sozialbetrugs im September 2009.

In diesem Zeitraum konnten auch mehrere USB-Sticks sichergestellt werden, auf denen sich tausende Rechnungen befanden, die einzelne Beschuldigte im Namen von mehreren Scheinfirmen verfassten und bei denen der Verdacht besteht, dass sie schließlich als Schein- und Deckungsrechnungen an Partieführer und Unternehmen verkauft worden waren. Bei diesen Rechnungen bestand weiters der dringende Verdacht, dass sie von den ausgewiesenen Rechnungsempfängern als Fremdleistungsaufwand in deren Buchhaltung steuerwirksam Aufnahme fanden oder noch finden würden. Auf Anregung der Kriminalisten wurden deshalb im Dezember 2009 Gespräche zwischen BK, Vertretern des BMF sowie der WGKK über eine institutionalisierte Zusammenarbeit und damit eine Umstrukturierung der Soko Merlin eingeleitet. Anvisiert wurde eine personelle

³⁵⁹ Vgl zum Ganzen das Firmenkarussell, Kriminalpolizei 12/07-01/08, 26.

³⁶⁰ Vgl Betrug am Bau, Kriminalpolizei 02-03/2010, 34.

Aufstockung der Soko auf 20 Mitarbeiter, die sich überwiegend aus zusätzlichen Kriminalbeamten sowie Mitarbeitern der SteuFa, KIAB und WGKK zusammensetzen sollten. Anfang April 2010 wurde die neu-strukturierte und nunmehr als „Task Force Merlin“ bezeichnete Einheit aus der Taufe gehoben, die sich aus fünf Kriminalisten des LKA Wien, zwei des LKA Steiermark und einem des LKA Niederösterreich sowie drei Mitarbeitern der SteuFa und einem Mitarbeiter der KIAB zusammensetzte. Zusätzlich standen zwei Erheber aus der Baugruppe der WGKK im Bedarfsfall zur Verfügung³⁶¹.

Zwei Jahre nach Gründung der Task Force Merlin als Pilotprojekt zur schlagkräftigeren Verfolgung können folgende Lehren gezogen werden:

- Die Errichtung einer spezialisierten Einheit war essentiell, um die gegenständlichen Täterkreise und Organisationsstrukturen erstmalig offenzulegen. Als wichtiger Baustein der Ermittlungsarbeit erwiesen sich dabei solide sachorientierte Kontakte der Kriminalisten zu StA, Finanzverwaltung, WGKK, BUAKE und IEF-Service GmbH. Insbes die enge Zusammenarbeit mit Finanzbeamten und Mitarbeitern der WGKK ermöglichte einen effizienten Austausch von Informationen sowie eine Sensibilisierung aller Beteiligten für Erfordernisse bei Wahrnehmung der ressortspezifischen Prüf-, Kontroll- und Strafverfolgungskompetenzen.
- Vor allem die im gerichtlichen Strafverfahren oftmals benötigten SV-rechtlichen und abgabenrechtlichen Berechnungen – abgestimmt auf die ausforschbaren Beweisergebnisse – konnten in diesem Rahmen rasch und unbürokratisch realisiert werden.
- Wesentliches Element der erfolgreichen Polizeiarbeit war dabei auch die laufende Betreuung durch die StA Wien, durch die staatsanwaltschaftliche Anordnungen und gerichtliche Bewilligungen zeitnah und treffsicher realisiert werden konnten.
- Innerhalb der TF Merlin wurden die Steuerfahnder vor allem als Vermittler abgabenrechtlicher Informationen sowie als „Clearingstelle“ zur Informationsweiterleitung an die übrige Finanzverwaltung tätig. Dabei wurden die Grundlagenermittlungen der TF Merlin auf ihre abgabenrechtliche Relevanz ausgewertet und an die Finanzämter in Form von zahlreichen Kontrollmitteilungen weitergeleitet, um abgabenrechtliche Prüfungen einzuleiten. Die umfassende Sicherstellung von Schein- und Deckungsrechnungen auf Datenträgern sowie die Aussagen der jeweiligen Verfasser führten dabei in einem Fall zu 108 Prüfungen im Zuständigkeitsbereich von 20 Finanzämtern, in einem weiteren Fall zu 65 Prüfungen bei ebenfalls 20 Finanzämtern³⁶².

³⁶¹ Siehe auch *BMF*, Betrugsbekämpfungsbericht 2010, 36.

³⁶² Tgb 04082011 I.; die Zahlen wurden von der Finanzverwaltung zur Verfügung gestellt.

2. Problemlagen

Im Lichte der Erfahrungen der TF Merlin ist indes auf folgende Aspekte hinzuweisen:

a) Explosionsartige Zunahme der zu verfolgenden Sachverhalte

Es wurden und werden laufend neue Scheinfirmen, Hintermänner und Zusammenhänge zwischen bisher vermeintlich unabhängig voneinander agierenden Täterkreisen aufgedeckt. Die Ermittlungen der Kriminalisten erstreckten sich auf 202 Scheinfirmen und 8 Tätergruppierungen, die im Zeitraum der letzten fünf Jahre aktiv waren. Im Anschluss an die erfolgten Hausdurchsuchungen waren ca. 20.000 Schriftstücke auszuwerten sowie zahlreiche Beweismittel auf elektronischen Datenträgern wiederherzustellen und ebenfalls auszuwerten. Durch jeden Ermittlungsschritt gegen die 183 Beschuldigten (vor allem faktische Geschäftsführer, Strohmänner, Gründungshelfer, Rechnungsschreiber, Zumelder bzw. Personalvermittler) wurden neue Informationen über weitere strafbare Handlungen und daran beteiligte Personen gewonnen. Insbesondere durch Auswertung von im Eigentum der Hauptbeschuldigten stehenden USB-Sticks konnten Beweise sichergestellt werden, aus denen sich Verdachtsmomente für den Kauf einer Vielzahl von Gefälligkeitsmeldungen, gefälschten Arbeits- und Lohnbestätigungen und damit zusammenhängende Kreditbetrügereien, für Betrügereien zu Lasten der SV-Träger und des AMS oder für Erschleichungen von Aufenthaltstiteln sowie für diverse Straftaten nach dem FinStrG ergaben. Die auf Basis der Beweisergebnisse grundsätzlich mögliche und gebotene Verfolgung all dieser Sachverhalte würde den Kreis der Beschuldigten nach vorsichtigen Schätzungen der Kriminalisten auf ca. 1000 Personen ausdehnen³⁶³.

b) Begrenzte Kapazitäten zur zeitnahen Verfolgung von aktuell tätigen Scheinfirmen

Dank einer Reihe von Informanten sowie der soliden Kooperation mit der WGKK sind neue Scheinfirmen meist schon sehr bald nach deren Aktivierung bei den Kriminalisten amtsbekannt. In gemeinsamen Aktionen mit der WGKK und der Finanzverwaltung gelang es dabei in der Vergangenheit vereinzelt, durch Einsatz von eingriffsintensiven, jedoch aufgrund der Informationen treffsicheren Ermittlungsmaßnahmen wertvolle Beweismittel gegen Tätergruppen zu sichern, die nach Insolvenz der Firma kaum zu erlangen gewesen wären. Mittlerweile sind durch die Aufarbeitung der Altfälle die personellen Kapazitäten der Kriminalisten allerdings ausgereizt, wodurch eine zeitnahe Einleitung von potentiell erfolgreichen Ermittlungsschritten gegenüber aktuell tätigen Scheinfirmen derzeit noch nicht bewältigbar ist.

³⁶³ Tgb 13082010 I.

c) Kooperation zwischen Polizei und Steuerfahndung

Nach den anfänglichen Erfolgen mangelt es der TF Merlin mittlerweile an Koordinierung und Anleitung durch die StA³⁶⁴, wodurch ihre Handlungsfähigkeit empfindlich eingeschränkt und die Zukunft der gesamten Einheit ungewiss erscheint. Nichtsdestotrotz sollten die aktuellen Unwägbarkeiten nicht dazu führen, dass die grundlegende Berechtigung und Notwendigkeit der behördenübergreifenden Kooperation in Frage gestellt wird. Aufgetretene Probleme scheinen vielmehr aus einer unzureichend kommunizierten Rollenverteilung zwischen Polizei und Steuerfahndung zu resultieren: Während sich die beteiligten Polizisten offenbar eine echte Verstärkung in allen Belangen der Ermittlungsarbeit – insbes bei der zeitintensiven Aufarbeitung und Auswertung des zusammengetragenen Materials – erhofften, verstanden sich die Steuerfahnder anscheinend überwiegend als „Clearingstelle“ zur Informationsweiterleitung an die übrige Finanzverwaltung. Im Bereich der kriminalstrafrechtlichen Verfolgung scheinen die Mitarbeiter der Steuerfahndung nicht die erhoffte Verstärkung der Polizeibeamten bewirkt zu haben.

Optimierungspotential dürfte daher vor allem im Bereich der Planung, Koordinierung und Kommunikation der Zusammenarbeit vorhanden sein. So wurde bspw nie geklärt, ob es sich bei der TF um eine dauerhafte Einrichtung oder eine konkret-fallbezogene und damit im Hinblick auf die Erreichung definierter Ziele befristete Institutionalisierung handeln sollte. Zahlreiche Unklarheiten bestanden zudem im Hinblick auf Aufgabenverteilung zwischen Finanz und Polizei, Leitungsstrukturen innerhalb der TF und ausreichendes Feedback vor allem auch zwischen den beteiligten Ressorts³⁶⁵.

d) Fortbestand der TF Merlin?

Vor kurzem wurde eine Weiterführung der TF Merlin vom BK bis Juni 2012 zur Aufarbeitung noch offener Verfahren sichergestellt. Dem Vernehmen nach ist in weiterer Folge ein „Roll out“ des bisherigen Aufgabenbereichs der TF Merlin zu den LKA geplant, dessen organisatorische und strategische Abwicklung aber noch nicht hinreichend geklärt ist³⁶⁶.

F) Empfehlungen zur institutionellen Verankerung der Sozialbetrugsverfolgung

- **Einrichtung von Kernkompetenzen bei den StAen:** Die Erfahrungen der Task Force Merlin zeigen, dass Ermittlungserfolge gegen die organisierten Täterkreise einer engen Kooperation der Kriminalpolizei bzw Steuerfahndung mit der StA bedürfen, und zwar in Form eines laufenden persönlichen Aus-

³⁶⁴ Tgb 21022012 I.

³⁶⁵ Tgb 04082011 I.

³⁶⁶ Tgb 23012012 III.

tauschs mit informierten Staatsanwälten, die ein grundlegendes Verständnis für Struktur und Querverbindungen zwischen diversen Täter- und Firmengeflechten haben. Die WKStA verfügt schon jetzt über äußerst knappe personelle Ressourcen und wird in vielen Fällen des § 153d StGB auch nicht zuständig sein. Die Abstellung eines oder mehrerer Referenten bei der WKStA oder auch bei den anderen StAen auf einen befristeten Zeitraum von mehreren Jahren könnte bei der Aufarbeitung alter Akten und einer schlagkräftigen Strafverfolgung äußerst förderlich sein, wenngleich dies derzeit wohl auf Ressourcengrenzen stoßen würde.

- **Beibehaltung der behördenübergreifenden Kooperation zwischen Polizei und Finanz – Sicherung des Know-Hows:** Trotz der ungewissen Zukunft der TF Merlin sowie der aktuell eingeschränkten Beteiligung der Finanzverwaltung daran ist die Beibehaltung der TF Merlin oder anderer Formen vergleichbarer Kooperation im Dienste einer effektiven Sozialbetrugsverfolgung wünschenswert. Neben den Sozialbetrugsstrafverfahren waren die Grundlagenermittlungen der TF nicht nur für eine Reihe von abgabenrechtlichen Verfahren von vitaler Bedeutung, sondern sie lieferten auch zahlreiche Hinweise und Verknüpfungen von Kriminalitätsbereichen, die überwiegend der „klassischen“ organisierten Kriminalität zuzurechnen sind. Im Fall der Auflösung der TF Merlin ist jedenfalls sicherzustellen, dass die durch die Mitarbeiter der Polizei und Finanzverwaltung erlangte Expertise nicht verloren geht und ähnliche behördenübergreifende Kooperationen weiterhin angestrebt werden.
- **Verankerung der Ermittlungstätigkeit bei spezialisierten Strukturen im Bereich der Finanzverwaltung:** Die effiziente und effektive Verfolgung der kriminalstrafrechtlichen Aspekte von Phänomenen des organisierten Sozialbetrugs ist durch die FinPol-Teams der einzelnen Finanzämter infolge des Umfangs der sonstigen Aufgaben erheblichen Schwierigkeiten ausgesetzt. Die Sicherstellung einer schlagkräftigen Strafverfolgung insbes von organisierten Erscheinungsformen des Sozialbetrugs bedürfte erheblicher Anpassungen in Struktur und Ausbildung der Finanzpolizei, die angesichts der sonstigen Aufgaben wohl nicht zielführend, zumindest aber äußerst aufwändig wären. Demgegenüber sollte die generelle Zuständigkeit jedes Finpol-Teams zur strafrechtlichen Sozialbetrugsverfolgung überdacht und sollten Möglichkeiten der Verankerung bei bestehenden oder noch zu schaffenden, ausschließlich auf die Strafverfolgung spezialisierten Strukturen mit bundesweiter Zuständigkeit ausgelotet werden.

Dabei wäre die **Erweiterung des Aktionsradius der Steuerfahndung** in Erwägung zu ziehen: Die Steuerfahndung ist mit ihrer Einbettung in die Finanzverwaltung und ihrer Fokussierung auf Angelegenheiten der Strafverfolgung wohl am ehesten zur Bekämpfung von Szenarien des organisierten

Sozialbetrugs prädestiniert. Im Bereich der Sozialbetrugsverfolgung schränkt die Abhängigkeit der Steuerfahndung von den Finanzämtern den Aktionsradius der Steuerfahnder ein. Vor allem im Dienste einer bundesweiten und vernetzten Sozialbetrugsverfolgung sollte diese Abhängigkeit in Frage gestellt und alternative Möglichkeiten wie Generalkontrakte, die Errichtung als eigene Behörde bzw Zuordnung zu einer Behörde mit bundesweiter Zuständigkeit überlegt werden. Insbes in Wien ist allerdings darauf hinzuweisen, dass die Einsatzstärke der Steuerfahndung sowie die Leitungsstrukturen nach den jüngsten Personalabflüssen sehr gelitten haben. Die Behebung des Status quo ist ehest möglich anzustreben.

- **Grundlegende Positionierung der Rolle der Finanz- und Polizeibehörden im Bereich des Sozialbetrugs:** Abgesehen von der Einbindung in die TF Merlin ist weiter zu überlegen, inwiefern die Polizei Aufgaben der Sozialbetrugsverfolgung übernehmen sollte. Eine endgültige Übertragung der Verfolgungstätigkeit auf die Organe der Finanzverwaltung sollte jedenfalls erst dann erfolgen, wenn die umfassende Handlungsfähigkeit der Steuerfahndung auch österreichweit gewährleistet ist.

II. Strafbarkeit bei Scheinmeldungen

Ausgangsbeispiel:

A ist faktischer Geschäftsführer einer GmbH und meldet auf deren Beitragskonten bei der WGKK zahlreiche DN zur SV an, obwohl er weiß, dass diese Personen keiner Beschäftigung nachgehen. Die für die gemeldeten Personen anfallenden SV-Beiträge werden in der Folge nicht entrichtet, wodurch es nach sechs Monaten infolge eines Insolvenzantrags der WGKK zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der GmbH kommt, in dessen Verlauf der Insolvenzverwalter alle gemeldeten Personen abmeldet. Der WGKK entsteht durch diese Anmeldungen ein Beitragsausfall iHv € 100.000,-. Alle gemeldeten Personen erlangen durch die wahrheitswidrige Meldung zur SV beitragspflichtige Zeiten in der PV sowie Anwartschaften in der ALV³⁶⁷.

Auch die schwangere S, die tatsächlich keinerlei Beschäftigung nachgeht, ließ sich gegen Entgelt zum Schein als DN der GmbH zur SV anmelden. In der Folge stellt sie einen Antrag auf Wochengeld und erhält dieses auch für einen Zeitraum von 16 Wochen (8 Wochen vor und 8 Wochen nach der Entbindung) ausbezahlt. Während der Schwangerschaft nimmt sie alle im Mutter-Kind-Pass

³⁶⁷ Bei Bekanntwerden einer Scheinmeldung können erworbene Versicherungszeiten vom Versicherungsträger freilich storniert werden. Bei der WGKK unterbleibt dies allerdings, wenn nicht ausdrücklich feststeht, dass den Versicherungszeiten kein pflichtversicherungs begründendes Beschäftigungsverhältnis zugrunde liegt.

vorgesehenen ärztlichen Untersuchungen wahr, deren Kosten der behandelnde Arzt von der WGKK erstattet erhält.

A) Betrug durch Scheinmeldung?

In Fällen wie dem Ausgangsbeispiel scheiden die Sozialbetrugstatbestände der §§ 153c, d StGB als einschlägige Strafnormen von vornherein aus, weil diese auf einen DG als unmittelbaren Täter abstellen. Da die Personen aber bloß zum Schein zur SV angemeldet werden, besteht in Wahrheit kein Tatbestand der Pflichtversicherung begründendes Beschäftigungsverhältnis³⁶⁸, weshalb derjenige, der die Personen zum Schein anmeldet, auch kein DG iSd genannten Strafbestimmungen ist³⁶⁹.

Da durch die Anmeldung ein unrichtiger Eindruck eines bestehenden Beschäftigungsverhältnisses erzeugt wird, ist an Betrug als mögliches Delikt zu denken. Fraglich ist, ob in der Scheinanmeldung eine Täuschung iSd Betrugstatbestandes liegt. Außerdem müsste eine solche Täuschung den Getäuschten zu einer Vermögensverfügung veranlassen, die wiederum unmittelbar zu einem Vermögensschaden führt³⁷⁰.

1. Täuschung über Tatsachen

Der Tatbestand des Betrugs erfordert zunächst die Täuschung eines Menschen. Durch die Anmeldung der Personen gibt der faktische Geschäftsführer A im Ausgangsbeispiel wahrheitswidrig vor, dass die anzumeldende Person DN-Eigenschaft aufweist und damit einen Tatbestand der Pflichtversicherung iSd § 4 ASVG erfüllt. Wird nun eine solche Anmeldung mittels Formular in Papierform erstattet, kommt es in der Folge zur Täuschung des Sachbearbeiters der GKK, der eine sog „händische Meldung“ manuell in das EDV-System der GKK einspeichert³⁷¹. Denn der Sachbearbeiter geht aufgrund des üblichen Erklärungswertes einer solchen Anmeldung typischerweise davon aus, dass die angemeldete Person auch tatsächlich DN ist und somit zu Recht in den Versicherungsschutz einbezogen wird.

Dabei wurde schon in der älteren Rspr³⁷² zum sog „Behördenbetrug“, die unter bestimmten Voraussetzungen erhöhte Anforderungen an Täuschungshandlungen gegenüber öffentlich-rechtlichen Rechtsträgern stellte, betont, dass die Anmeldungen von DN zur SV keiner amtswegigen Prüfung unterliegen und damit keinesfalls bloß unwahre Parteienbehauptungen, sondern taugliche Täuschungshandlungen seien. In der neueren Rspr wurde die Differenzierung zwischen Be-

³⁶⁸ Vgl zum Phänomen der Scheinmeldungen schon oben S 49.

³⁶⁹ Kirchbacher/Presslauer, WK-StGB² § 153d Rz 19; Wonisch, ZAS 2008/3, 14 (20); Reindl-Krauskopf, RdA 2008, 389 (393).

³⁷⁰ Fuchs/Reindl-Krauskopf, BT I³, 151.

³⁷¹ Zum genauen Ablauf der Anmeldung siehe schon oben S 93 ff.

³⁷² Vgl ua OGH 09.10.1985, 9 Os 83/85.

trug und Behördenbetrug aufgegeben³⁷³. Durch die wahrheitswidrige Anmeldung wird das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung und damit des Grundtatbestands der Pflichtversicherung iSd § 146 StGB vorgetäuscht³⁷⁴.

2. Effektiver Schaden durch Anmeldung?

a) Stand der Judikatur und Lehre

Neben der Täuschungshandlung erfordert der Betrugstatbestand als klassisches Selbstschädigungsdelikt, dass der Getäuschte durch den täuschungsbedingten Irrtum zu einer Vermögensdisposition veranlasst wird, die diesen oder einen Dritten am Vermögen schädigt³⁷⁵. Muss der Schaden dagegen erst noch durch weitere Handlungen des Täters selbst herbeigeführt werden, so reicht das für eine Strafbarkeit nach § 146 StGB nach hM nicht aus³⁷⁶.

Darüber hinaus ist nach dem im österreichischen Strafrecht nach ganz einhelliger Meinung zugrundeliegenden wirtschaftlichen Vermögensbegriff³⁷⁷ ein Vermögensschaden dann gegeben, wenn bei einer saldierenden Gesamtbetrachtung nach der Differenzmethode das Vermögen nach dem schädigenden Ereignis niedriger ist als zuvor. Ausschlaggebend ist dabei der effektive Verlust an Vermögenssubstanz, wodurch bloße Vermögensgefährdungen³⁷⁸ außer Betracht bleiben³⁷⁹. Mit Eintritt des Vermögensschadens ist der objektive Tatbestand des Betrugs vollendet.

Wenn das Anmeldeformular ordnungsgemäß ausgefüllt wurde, ist das gemeldete Dienstverhältnis vom zuständigen SV-Träger einzuspeichern. Besteht tatsächlich ein Beschäftigungsverhältnis, so bewirkt die Meldung – allerdings nicht in konstitutiver Weise –, dass der Gemeldete ab sofort versichertgehalten wird, also in den Versicherungsschutz einbezogen wird und Leistungen in Anspruch nehmen kann. Dieses Ergebnis bewirkt auch die Scheinmeldung. Der zum Schein Gemeldete wird in eine Position versetzt, in der er später zB durch Arztbesuche bestimmte Leistungen der Versicherung in Anspruch nehmen kann. Abgesehen vom Bearbeitungsaufwand verursacht die Scheinmeldung per se aber noch keinen effektiven Vermögensschaden der Versicherung iSd Verringerung des vorhandenen Versicherungsvermögens. Der zum Schein Gemeldete wird bloß versichert gehalten. Folgt man der hM zum Betrugsschaden, bedeutet dies freilich, dass im Zeit-

³⁷³ Kirchbacher, WK-StGB² § 146 Rz 39; Kienapfel/Schmoller, BT II § 146 Rz 79.

³⁷⁴ Reindl-Krauskopf, RdA 2008, 389 (393); Wonisch, ZAS 2008/3, 14 (20); zur Anmeldung via DFÜ siehe oben S 93.

³⁷⁵ Leukauf/Steininger, StGB³ § 146 Rz 37; Fuchs/Reindl-Krauskopf, BT I³, 153.

³⁷⁶ Ua Burgstaller, JBl 1999, 543; Kienapfel/Schmoller, BT II § 146 Rz 153; Leukauf/Steininger, StGB³ § 146 Rz 37 f. AA offenbar Kirchbacher, WK-StGB² § 146 Rz 73 für Betrug begangen durch Herauslocken eines Blankowechsels (zu diesem Fall siehe noch unten S 142).

³⁷⁷ Fuchs/Reindl-Krauskopf, BT I³, 153; Kirchbacher, WK-StGB² § 146 Rz 61.

³⁷⁸ Dabei gelten nach hA auch rechtlich verfestigte, konkrete Gewinnchancen als Vermögensbestandteile, vgl Kienapfel/Schmoller, BT II § 146 Rz 130.

³⁷⁹ OGH 01.08.1996, 15 Os 91/96; OGH 16.12.2004, 12 Os 120/04; OGH 26.01.2010, 14 Os 142/09b; OGH 17.03.2009, 14 Os 183/08f.

punkt der Scheinanmeldung noch kein Schaden eingetreten ist. Der Betrug ist daher noch nicht vollendet. Da es für die Herbeiführung eines effektiven Vermögensschadens bei der Versicherung bei diesem Ansatz noch eines weiteren Zutuns des Scheinmelders bzw des zum Schein Gemeldeten bedarf – zB Arztbesuch –, kann nach dieser Auffassung keine Selbstschädigung der Versicherung anknüpfend an der täuschenden Scheinmeldung vorliegen³⁸⁰.

Auch die höchstgerichtliche Jud weist in Richtung eines solchen Verständnisses. Zwar hatte sich die strafrechtliche höchstgerichtliche Rspr bislang – soweit ersichtlich – nur mit missbräuchlichen Abschlüssen von Privatversicherungsverträgen auseinanderzusetzen. Dieser Jud liegen aber durchwegs Sachverhalte zugrunde, bei denen die Angeklagten des Betrugs nach § 146 StGB bezichtigt wurden, weil sie durch Vorspiegelung ihrer Zahlungswillig- und -fähigkeit berechnigte Vertreter von privaten Versicherungsunternehmen zum Abschluss von Versicherungsverträgen verleiteten, ohne die in der Folge fällig werdenden Prämien zu entrichten. Bei den betroffenen Versicherungen handelte es sich überwiegend um KFZ-Haftpflichtversicherungen³⁸¹, Rechtsschutzversicherungen³⁸², eine landwirtschaftliche Betriebshaftpflichtversicherung³⁸³ oder Eigenheimversicherungen³⁸⁴. Auf Grundlage dieser Sachverhalte formulierte der OGH den Rechtssatz, dass bloßes Versicherthalten für die Verwirklichung des strafrechtlichen Betrugstatbestandes nicht ausreicht³⁸⁵ und führt insoweit die hA zum Vermögensbegriff weiter: Denn die Übernahme des Versicherungsrisikos infolge einer Täuschung über Zahlungswillig- und Zahlungsfähigkeit des Versicherungsnehmers ist nach diesen Entscheidungen noch keine das Vermögen der Versicherung unmittelbar schädigende Verfügung und bewirkt damit auch keinen effektiven Verlust an Vermögenssubstanz, weil der Vermögensschaden nach Meinung der entscheidenden Senate erst dann tatsächlich eintritt, wenn die Versicherung aufgrund des betrügerisch veranlassten Vertrages Leistungen zu erbringen hat³⁸⁶.

In einer für Sachverhalte der SV maßgeblichen Entscheidung vom 03.11.2005 übertrug ein zivilrechtlicher Senat des OGH die gefestigte strafrechtliche Argumentation zur Privatversicherung auf einen Fall der SV³⁸⁷. Da es sich bei dem zugrundeliegenden Sachverhalt nicht um Scheinmeldungen, sondern um DN handelte, die im Meldezeitraum nachweislich beschäftigt waren, verneinte der OGH die Strafbarkeit nach § 146 StGB schon im Hinblick auf die ex-lege greifende Ver-

³⁸⁰ Zur möglichen Strafbarkeit bei Inanspruchnahme von Leistungen siehe unten S 152 ff.

³⁸¹ OGH 23.10.2007, 11 Os 106/07h; OGH 11.10.1994, 14 Os 143/94; OGH 24.06.1987, 11 Os 70/87.

³⁸² OGH 23.10.2007, 11 Os 106/07h; OGH 21.04.2005, 15 Os 150/04.

³⁸³ OGH 12.01.2005, 13 Os 59/04.

³⁸⁴ OGH 23.10.2007, 11 Os 106/07h.

³⁸⁵ OGH 24.06.1987, 11 Os 70/87; OGH 11.10.1994, 14 Os 143/94; OGH 12.01.2005, 13 Os 59/04; OGH 23.10.2007, 11 Os 106/07h.

³⁸⁶ Ibid.

³⁸⁷ OGH 03.11.2005, 6 Ob 190/04s.

sicherungspflicht der SV³⁸⁸. Darüber hinaus bekräftigte er allerdings unter Fruchtbarmachung der eben geschilderten Grundsätze, dass das bloße Versicherthalten keine Vermögensschädigung darstelle, und betonte, dass „Gründe, von dieser Rechtsprechung bei der Sozialversicherung abzuweichen, [...] nicht ersichtlich“ seien³⁸⁹.

b) Anderer Schadensbegriff aufgrund struktureller Unterschiede zwischen SV und privaten Versicherungen?

Obwohl der OGH dazu keinen Anlass sah, könnte man überlegen, ob strukturelle Unterschiede zwischen der gesetzlichen SV und privaten Versicherungen möglicherweise eine andere Sicht des Vermögensschadens bei der SV als bei der Privatversicherung bedingen. Auch wenn die SV auf einem Versicherungssystem fußt, unterscheidet sie sich nämlich in zentralen Merkmalen von privaten Versicherungen³⁹⁰. Bei der SV handelt es sich idR³⁹¹ um ex-lege Versicherungen, die der Privatautonomie und damit der Disposition der Beteiligten (DG, DN, SV-Träger) entzogen sind. Das daraus resultierende SV-Verhältnis besteht grundsätzlich meldeunabhängig, Anmeldungen zur SV kommt bloß deklarative Bedeutung zu³⁹².

Außerdem dominiert der Grundsatz des sozialen Ausgleichs, weshalb bei der Finanzierung nicht auf individuelle Versicherungsrisiken abgestellt wird, sondern der zu erwartende Gesamtaufwand einkommensabhängig auf die Versicherten-gemeinschaft verteilt wird³⁹³. Obwohl die einzelnen Zweige der SV sehr unterschiedliche Versicherungsleistungen beinhalten, werden diese alle im Wege des Umlageverfahrens finanziert³⁹⁴. Dabei werden die laufenden Beiträge unmittelbar zur Finanzierung der zu erbringenden Versicherungsleistungen und sonstigen Aufwendungen verwendet³⁹⁵.

Bei Privatversicherungen gilt demgegenüber das Prinzip der Äquivalenz zwischen individuellem Risiko, Prämien- und Versicherungsleistung. Die Finanzierung erfolgt im Rahmen des Kapitaldeckungsverfahren, bei dem die vereinnahmten Prämien jedes Versicherungsnehmers am Kapitalmarkt angelegt, ein Kapitalstock akkumuliert und schließlich die aufzuwendenden Leistungen aus den Erträgen finanziert werden³⁹⁶. Mangels sozialen Ausgleichs „finanziert“ jeder Versicherte in gewisser Weise selbst seine Leistungen.

³⁸⁸ Dazu im Detail unten S 166 ff.

³⁸⁹ OGH 03.11.2005, 6 Ob 190/04s.

³⁹⁰ *Brodil/Windisch-Graetz, Sozialrecht*⁶, 17; *Grillberger, Sozialrecht*⁸, 14.

³⁹¹ Von der Behandlung von freiwilligen Versicherungen und Formalversicherungen wird hier abgesehen, weil diese iZm Betrugsszenarien nicht von Bedeutung sind.

³⁹² *Pöltner in Geppert, Sozialversicherung*, Kap 1.6.3.

³⁹³ *Krejci et al in Tomandl, SV-System* 1.2.1.6.

³⁹⁴ *Tomandl in Tomandl, SV-System* 0.5.1.

³⁹⁵ *Ibid.*

³⁹⁶ Vgl *Mum/Klec, SozSi* 2002, 368 (368).

Auch wenn durch das Umlageverfahren der SV gewisse, mit dem anzusparenden Kapitaldeckungsstock verbundene Risiken vermieden werden und andererseits die Liquidität der SV viel stärker vom regelmäßigen Beitragszufluss abhängt, als dies bei einer kapitalgedeckten Finanzierung der Fall wäre, ändert dies nichts an der Tatsache, dass es sich bei Scheinanmeldungen, die zu Beitragsausfällen führen sollen, zunächst nur um bloß rechnerische und damit (noch) rein fiktive Schädigungen der SV handelt. Mangels Erfüllung des Tatbestands besteht auch der Beitragsanspruch rechtsgrundlos, womit dessen Nicht-Zahlung wohl kaum als Schaden klassifiziert werden kann. Selbst wenn durch Scheinmeldungen langfristig betrachtet das System der Solidargemeinschaft der Versicherten in Frage gestellt wird, so mangelt es in diesem Stadium an der selbstschädigenden Vermögensdisposition des SV-Trägers. Im Ergebnis reichen auch die strukturellen Unterschiede zwischen SV und privaten Versicherungen wohl nicht aus, um ein unterschiedliches Verständnis des Vermögensbegriffes in § 146 StGB zu rechtfertigen und von der geschilderten höchstgerichtlichen Judikatur abzugehen.

c) Effektiver Schaden durch Erwerb von Anwartschaften während des Versicherhaltens?

Zu überlegen bleibt weiters, ob dem Versicherhalten in der SV nicht ein weiteres Bedeutungsspektrum zukommt als dem Versicherhalten in der Privatversicherung. Dabei ist insbes an den Erwerb von Anwartschaften zu denken. In der AIV setzt der Anspruch auf Arbeitslosengeld ua voraus, dass eine Anwartschaft gem § 14 AIVG erlangt wurde (§ 7 Abs 1 AIVG). Je nachdem, ob es sich um eine erstmalige oder die wiederholte Inanspruchnahme handelt, wird innerhalb einer Rahmenfrist eine bestimmte Anzahl von arbeitslosenversicherungspflichtigen Beschäftigungswochen erfordert³⁹⁷. Im Zuge der Forschungstätigkeit zeigte sich, dass der Erwerb von Beschäftigungswochen zur Erlangung eines (neuerlichen) Anspruchs auf Arbeitslosengeld immer wieder als Motiv für die Vornahme von Scheinmeldungen auftritt³⁹⁸.

Doch auch in der PV erfordert der Anspruch auf Versicherungsleistungen bei den meisten Versicherungsfällen³⁹⁹ eine gewisse Wartezeit iSv versicherungspflichtigen Zeiten. Gem § 225 ASVG werden solche pensionswirksamen Zeiten auch dann erlangt, wenn diese gar nicht gemeldet wurden, sofern das Recht zur Feststellung der Beiträge noch nicht verjährt ist (§ 225 Abs 1 lit a ASVG).

Anwartschaften wurden von der Jud⁴⁰⁰ bereits als Vermögenswerte anerkannt, sofern es sich dabei um rechnerisch feststellbare und rechtlich verfestigte Positionen im wirtschaftlichen Vermögen handelt, wie bspw ein Vorkaufsrecht, die

³⁹⁷ Gerhartl, AIVG § 14 Rz 1 ff.

³⁹⁸ Dazu schon oben S 54.

³⁹⁹ Zu nennen sind insbes der Versicherungsfall des Alters, der geminderten Arbeitsfähigkeit (Invaliditätspensionen) und des Todes (Hinterbliebenenpensionen).

⁴⁰⁰ OGH 28.04.1987, 10 Os 158/86.

Rechtsposition infolge einer bindenden Offerte oder eines Eigentumsvorbehalts⁴⁰¹. Anhand der Kriterien der Bezifferbarkeit und rechtlichen Verfestigung sind diese Vermögensbestandteile von bloßen Exspektanzen abzugrenzen, denen noch kein effektiver wirtschaftlicher Wert zukommt und deren Beeinträchtigung nach der in Österreich hA keinen Vermögensschaden darstellen kann⁴⁰².

In den bekannten bisherigen Fällen wurde durch das betrügerische Verhalten allerdings die Beeinträchtigung eines bestehenden Anwartschaftsrechts des Opfers bewirkt. Demgegenüber werden die zum Schein gemeldeten Personen des Ausgangsbeispiels nicht durch die Beeinträchtigung des Anwartschaftsrechts des Opfers, sondern vielmehr durch die Einräumung der Anwartschaft selbst bereichert. Im Umkehrschluss könnte nun zwar argumentiert werden, dass der Erwerb eines solchen Anwartschaftsrechts spiegelbildlich eine Entreicherung des verpflichteten SV-Trägers darstellen müsste. Allerdings ergibt sich weder aus den erworbenen Versicherungszeiten noch aus den erworbenen Anwartschaften zwangsläufig eine Leistungspflicht des KV-Trägers bzw der Republik. Für die PV sind ebenso wie für die ALV eine ganze Reihe von Gründen denkbar, wegen denen die erworbenen Anwartschaften sich zu keinem Zeitpunkt vermögenswirksam auswirken würden, wie bspw ein vorzeitiger Tod des Versicherten ohne Ansprüche auf Hinterbliebenenrente uä. Damit fehlt es aber an einem eindeutig bezifferbaren und rechtlich hinreichend verfestigten Vermögensnachteil auf Seiten der SV bzw der Republik. Es ist daher nicht unwahrscheinlich, dass die höchstgerichtliche Rspr den Erwerb beitragsfreier Anwartschaften in der PV oder ALV als bloße Vermögensgefährdung beurteilen würde, was im Lichte der bisherigen vermögensstrafrechtlichen Dogmatik auch zutreffend erscheint.

3. Effektiver Schaden durch Erschleichen der Dispositionsbefugnis?

Auch wenn sich die Lehre und die höchstgerichtlichen Entscheidungen in Verbindung mit Versicherungen aus dogmatischer Sicht zu Recht gegen die Annahme eines effektiven Vermögensschadens durch die Scheinanmeldung und das bloße Versicherthalten positionieren, soll dennoch auf einige Entscheidungen des OGH hingewiesen werden, die den Anschein erwecken, als hätte er, wenngleich in anderem Zusammenhang, das erfolgreiche Erschleichen einer Dispositionsbefugnis über fremdes Vermögen als Herbeiführung effektiven Schadens anerkannt:

OGH 12.05.2011, 13 Os 18/11p

In einem obiter dictum stellte der OGH klar, dass bei einer täuschungsbedingten Erschleichung eines Kontokorrentkredits, bei dem eine Bank dem Täter die Möglichkeit einräumt, ein Girokonto bis zu einem bestimmten Betrag zu belasten, die entscheidende Tathandlung schon in der Verleitung zur Einräumung der Kredit-

⁴⁰¹ Kienapfel/Schmoller, BT II § 146 Rz 130.

⁴⁰² OGH 28.04.1987, 10 Os 158/86; Kirchbacher, WK-StGB² § 146 Rz 61.

linie bestünde. Der Umstand, dass der Schaden – bei Kontokorrentkrediten geradezu typisch – sukzessiv eintritt, ändere nichts daran, dass je herausgelocktem Kontokorrentkredit eine einzige Tat vorliege. Zur Frage, wann der Betrug in concreto vollendet war, äußerte sich der OGH nicht.

OGH 15.01.2008, 14 Os 69/07i

In dieser Entscheidung hält der OGH fest, dass Betrug „in Fällen missbräuchlicher Verwendung der eigenen Kreditkarte dann in Betracht [kommt], wenn bereits bei Abschluss eines Kreditkartenvertrages der Vorsatz besteht, das Institut später durch Verwendung der Kreditkarte ohne Kontodeckung zu schädigen; der Täter erschleicht dann schon die Dispositionsbefugnis durch Täuschung“⁴⁰³. Ob der Betrug damit allerdings bereits vollendet wird, sagt der OGH in der Entscheidung selbst nicht.

OGH 10.09.2002, 14 Os 89/02

Der Täter hatte die Bankomatkarte und den dazugehörigen Code vom Tatopfer erschlichen und in weiterer Folge Bargeld behoben. Insgesamt wurde dieses Vorgehen als Betrug gewertet. Ob das Delikt allerdings schon im Zeitpunkt der Übergabe der Karte und des Code vollendet war, blieb offen.

OGH 27.08.1998, 12 Os 81/98

In diesem Fall ging es um das täuschungsbedingte Einräumen einer Vollmacht für einen Liegenschaftsverkauf. Der Täter hatte vor, die Tochter des Opfers zu heiraten, weil das Opfer anlässlich dieser Heirat ein Grundstück verkaufen und den Verkaufserlös als Mitgift geben wollte. Der Täter plante, die Ehe einzugehen, die Mitgift zu kassieren und sich dann abzusetzen. Zur Durchführung dieses Planes lockte er dem Tatopfer zunächst die Vollmacht ab, die Liegenschaft zu verkaufen und den Erlös zu kassieren zu dürfen. Anschließend verkaufte er das Grundstück, heiratete die Tochter des Opfers und setzte sich mit dem Verkaufserlös ohne Gattin ab. Der OGH ging in diesem Fall davon aus, dass „die in der betrügerischen Herauslockung der Mitgift gelegene Tat nicht erst durch den baren Erhalt derselben, sondern in ihrer ersten Phase schon durch die plangemäß unabdingbar noch vor Eingehen der Ehe vorgenommene Täuschung des [Opfers] ... und dessen darauf zurückzuführende und allein ihn (selbst-)schädigende Vermögensverfügung in Form des Zugeständnisses an den Beschwerdeführer, die Liegenschaft zu verkaufen und den Erlös zu kassieren, begangen“ wurde⁴⁰⁴.

Der OGH ist hier offensichtlich davon ausgegangen, dass der Betrug im Zeitpunkt der täuschungsbedingten Vollmachtserteilung vollendet war. Das führte in weiterer Folge dazu, dass die in Frage stehende Privilegierung der Tat wegen Begehung

⁴⁰³ OGH 15.01.2008, 14 Os 69/07i.

⁴⁰⁴ OGH 27.08.1998, 12 Os 81/98.

im Familienkreis (§ 166 StGB) mangels Angehörigeneigenschaft (noch) nicht anwendbar war⁴⁰⁵.

OGH 07.05.1996, 14 Os 201/95

Der Täter hatte dem Opfer einen Blankowechsel herausgelockt, den er später zu verwerten gedachte. Der OGH hielt in diesem Zusammenhang ausdrücklich fest: „Diese Täuschungshandlung ist daher als Ausführungshandlung zum Betrug anzusehen, der damit in das Versuchsstadium getreten ist, ohne daß die Ausführungsnähe zum Schadenseintritt von Bedeutung wäre. ... Daß der Betrug mit der Erlangung des betrügerisch herausgelockten Blankoakzeptes aber bereits vollendet war, kann im Hinblick darauf, daß damit allein noch kein effektiver Verlust an Vermögenssubstanz eingetreten ist, nicht gesagt werden (vgl Kienapfel BT II³ § 146 RN 145 mit Judikaturnachweis). Denn ungeachtet dessen, daß ein akzeptierter Blankowechsel im Sinne des Art 10 WG – ein vom Annehmer im Bewußtsein der erst späteren Vervollständigung unterschriebenes (hier sonst leeres) Wechselformular – auch übertragen werden kann und dem Inhaber (ausgenommen den Fall böswilligen Erwerbs) Einwendungen aus dem Verhältnis des Wechselschuldners zum früheren Inhaber nicht entgegengesetzt werden können, stellt die Herausgabe eines solchen Akzeptes, das erst mit der Vervollständigung wirksam (SZ 59/162) und zum Wertträger (siehe hiezu Kienapfel, aaO RN 253 b; SS 55/10, 51/24) wird, noch keinen Vermögensschaden dar. Eine bloße Vermögensgefährdung reicht aber nach übereinstimmender Lehre und Rechtsprechung für die Annahme eines Vermögensschadens nicht hin (Kienapfel aaO RN 147 ff).“

Betrachtet man diese Beispiele näher, so bringen sie für die Frage des Vermögensschadens und die Deliktvollendung im Grunde nicht wirklich Neues. Denn in allen Fällen, in denen wegen vollendeten Betrugs verurteilt wurde, erlitt das Opfer tatsächlich eine Vermögensminderung. Und im Fall des Blankowechsels wurde sogar ausdrücklich darauf hingewiesen, dass das Herauslocken zwar entscheidende Täuschungshandlung, aber nicht die entscheidende Vermögensschädigung war. Lediglich im Fall der Vollmacherschleichung wurde der Vollendungszeitpunkt früher angesetzt, was aber seinen Grund darin haben dürfte, dass auf diese Weise die Anwendung des § 166 StGB vermieden wurde. Auf den Widerspruch dieser Entscheidung zur hM hinsichtlich des Schadenseintritts wurde zu Recht kritisch hingewiesen⁴⁰⁶.

Auch nach diesen Entscheidungen erscheint es nicht naheliegend, die Einbeziehung einer Person in das System des Versicherungsschutzes, die aufgrund einer Scheinmeldung bewirkt wird, also das Versicherthalten aufgrund der Anmeldung, als Schadenseintritt ausreichen zu lassen. Die Entscheidungen erwecken vielmehr den Eindruck, dass es um die Frage der entscheidenden Täuschung bei in mehre-

⁴⁰⁵ Zur Kritik siehe *Burgstaller*, JBl 1999, 543 (544 ff).

⁴⁰⁶ Vgl nur die Anmerkungen von *Burgstaller*, JBl 1999, 543 (545) und *Kienapfel*, JBl 2008, 539 (540 f).

ren Phasen geplantem Täterverhalten geht. Denn das Herauslocken der Dispositionsbefugnis in Form der Kredit-, Bankomatkarte, des Blankowechsels und der Vollmacht war jeweils nur der erste geplante Schritt. Der Täter musste diese Möglichkeiten nun auch in Anspruch nehmen, indem er zB die Kreditkarte tatsächlich einsetzte.

Folgt man dabei nicht dem traditionellen Ansatz, dass solche zusätzlichen Akte den Charakter der Selbstschädigung vernichten und deshalb nicht unter den Betrugstatbestand zu subsumieren sind, dann lässt sich aus den Entscheidungen ein neuer Ansatz für die Scheinmeldungen gewinnen. Ginge man davon aus, dass die Anmeldung die entscheidende Täuschung ist, die den zum Schein Gemeldeten in eine Position versetzt, vermögenswerte Leistungen des Versicherungsträgers widerrechtlich zu konsumieren, so wäre der Betrug im Zeitpunkt der Anmeldung zumindest versucht. Auf eine gewisse Nähe des Geschehens zum Schadenseintritt kommt es nach EvBl 1996/113 nämlich nicht an. Für den Schadenseintritt und die Deliktvollendung selbst lässt sich aber nichts gewinnen. Dazu bedarf es nach wie vor der späteren Nutzung der erschlichenen Dispositionsbefugnis.

4. Ergebnis für die Betrugsstrafbarkeit

Folgt man der hA, dass es eines effektiven Vermögensverlustes für einen vollendeten Betrug bedarf und sieht man außerdem die entscheidende Täuschungshandlung nicht schon in der Scheinanmeldung, sondern erst beim Konsumieren einer Leistung durch den eigentlich nicht Bezugsberechtigten, so scheidet eine Strafbarkeit im Zeitpunkt der Anmeldung sowohl unter dem Blickwinkel des versuchten wie des vollendeten Betrugs. In diesem Fall wäre die Strafbarkeit des zum Schein Gemeldeten bei Inanspruchnahme der Leistung zu untersuchen. Der zum Schein Meldende könnte sich daran in strafbarer Weise beteiligen⁴⁰⁷.

Macht man sich hingegen den Zugang jener Entscheidungen zu eigen, die die entscheidende Täuschung in jenem Akt sehen, der dazu führt, dass der Täter vom Opfer täuschungsbedingt in die Lage versetzt wird, Vermögenswerte durch Ausnutzung dieser Dispositionsbefugnis zu konsumieren, so könnte die Anmeldung zum Schein als ausschlaggebende Täuschungshandlung gegenüber der Versicherung angesehen werden. Insbesondere bei Pflichtleistungen, deren Erbringung nicht im Ermessen des SV-Trägers steht, wäre dieser Zugang denkbar. Der Betrug wäre in diesem Zeitpunkt bereits versucht (§§ 15, 146 StGB). Zur Vollendung kommt es allerdings erst, wenn der zum Schein Gemeldete auch tatsächlich Leistungen, die ihm in Wahrheit nicht zustehen, bezieht. Nach dem Wert dieser konsumierten Leistungen richtet sich auch das Schadensausmaß, das über eine allfällige höhere Strafsanktion entscheidet⁴⁰⁸. Ob sich der OGH dieser Meinung im

⁴⁰⁷ Dazu sogleich.

⁴⁰⁸ Siehe § 147 Abs 2 und Abs 3 StGB.

Fall etwa des missbräuchlichen Einsatzes erschlichener e-cards anschließen würde, ist nach der bisherigen Judikatur nicht verlässlich einschätzbar⁴⁰⁹.

B) Betrügerischer Datenverarbeitungsmissbrauch durch Scheinmeldung?

1. Automationsunterstützte Meldung ohne Fehlerprotokoll

Werden DN-Meldungen via DFÜ, also mittels der sozialversicherungsrechtlichen Datenaustauschsoftware ELDA, durchgeführt, so ist hinsichtlich der Täuschungshandlung zu differenzieren: Die elektronischen Meldungen gelangen an die OÖGKK, der die Abwicklung des elektronischen Datenverkehrs mit allen SV-Trägern Österreichs obliegt. Von dort werden die Meldungen dann an die jeweils zuständige GKK weitergeleitet⁴¹⁰. Bei der WGKK werden die von der OÖGKK übermittelten Meldedaten automatisch eingespeichert, wodurch umfassender Versicherungsschutz in der KV, UV, PV und AIV besteht. Dieser Ablauf zeichnet sich vor allem dadurch aus, dass es keinerlei menschlicher Intervention zwischen dem Zeitpunkt der Anmeldung vom Heim-PC via ELDA bis zur Durchführung der Anmeldung in der EDV der zuständigen GKK bedarf. Für das Strafrecht bedeutet dies, dass eine Strafbarkeit gem § 146 StGB mangels Täuschung eines Menschen schon auf der Tatbestandsebene nicht in Betracht kommen kann, weil zu keinem Zeitpunkt ein Mensch zu einer Fehlvorstellung über Tatsachen veranlasst wird⁴¹¹. Die Vortäuschung der Pflichtversicherung via ELDA richtet sich ausschließlich an einen vollautomatisierten Datenverarbeitungsprozess der SV-Träger.

Zu prüfen ist aber die Strafbarkeit gem § 148a StGB. Bei diesem Tatbestand handelt es sich aufgrund des Namens, der systematischen Stellung im StGB und der Entstehungsgeschichte um ein betrugsähnliches Delikt, das insbes zur Erfassung von Sachverhalten eingeführt wurde, die mangels Täuschung eines Menschen nicht von § 146 StGB abgedeckt werden⁴¹². Umstritten ist vor allem, was unter „Beeinflussen“ eines Verarbeitungsvorgangs zu verstehen ist. Die Jud⁴¹³ und Teile der Lehre⁴¹⁴ fordern dafür, insbes im Zusammenhang mit dem Missbrauch von Bankomatkarten, eine manipulative Beeinträchtigung technischer Gegebenheiten eines Datenverarbeitungsprozesses, wodurch eine bloß unbefugte Aktivierung eines solchen Prozesses zur Erreichung desselben Ergebnisses, das auch bei befugter Verwendung erreicht worden wäre, das Tatbild nicht erfüllen würde. Allerdings wendet die Jud § 148a StGB ohne Berücksichtigung dieser Auslegungsfrage

⁴⁰⁹ Zur weiteren Prüfung des Betrugs bei Inanspruchnahme von Leistungen anknüpfend an die verschiedenen Positionen hinsichtlich der Frage, ob bereits die Scheinmeldung die wesentliche Täuschung ist, siehe unten S 153 ff.

⁴¹⁰ Zum Ablauf der Meldung via DFÜ siehe schon oben S 93.

⁴¹¹ *Kirchbacher*, WK-StGB² § 146 Rz 47; auch wenn es nach erfolgter Einspeicherung zu einer Reklamation in Form einer nachprüfenden Kontrolle durch einen Menschen kommen sollte, wäre dies keine Täuschung eines Menschen iSd § 146 StGB.

⁴¹² *Reindl*, E-Commerce 46; *Reindl-Krauskopf*, Computerstrafrecht², 72.

⁴¹³ OGH 29.10.1985, 11 Os 114/85.

⁴¹⁴ *Leukauf/Steininger*, StGB³ § 148a, Rz 20 f; *Lewis*, BT I², 241.

dennoch dort als Auffangtatbestand an, wo der Sachverhalt mangels menschlicher Interaktion nicht unter den Betrugstatbestand oder sonstige Delikte, insbes unter §§ 127 ff StGB, zu subsumieren ist⁴¹⁵.

Richtigerweise ist davon auszugehen, dass schon das bloße Auslösen eines Datenverarbeitungsvorganges, in dessen Folge durch die programmgemäße Benützung ein der materiellen Rechtslage nicht entsprechendes Ergebnis erzielt wird, eine tatbildliche Beeinflussung darstellt⁴¹⁶. In diesen Fällen ist allerdings weiters zu prüfen, ob im Einzelnen ein Betrug vorläge, wenn der „Ansprechpartner“ des Täters keine Maschine, sondern unmittelbar ein Mensch wäre⁴¹⁷. Ergibt diese „Mensch-anstelle-Maschine-Prüfung“⁴¹⁸, dass der Betrugstatbestand nur mangels Täuschung eines anderen nicht erfüllt ist, besteht bei hinreichendem Vorsatz eine Strafbarkeit gem § 148a StGB. Im Ergebnis führen allerdings sowohl diese Auslegung als auch die Anwendung des § 148a StGB als Auffangtatbestand durch die Jud dazu, dass § 148a StGB im vorliegenden Fall relevant sein könnte.

§ 148a StGB stößt allerdings in seiner Anwendung auf Scheinmeldungen auf dieselben Fragen, die schon bei der Prüfung des Betrugs aufgetreten sind: Nur wenn die Eingabe der Meldedaten als die entscheidende täuschungsähnliche Dateneingabe angesehen wird, käme man in der „Mensch-anstelle-Maschine-Prüfung“ zu einer Strafbarkeit wegen versuchten betrügerischen Datenverarbeitungsmissbrauchs (§§ 15, 148a StGB). Da sich der Schadensbegriff bei § 148a StGB gleich dem Betrugsschaden definiert⁴¹⁹, darf diesbezüglich auf die obigen Ausführungen zum Betrug verwiesen werden. Um zu einer Strafbarkeit wegen eines vollendeten betrügerischen Datenverarbeitungsmissbrauchs zu gelangen müsste man somit die Scheinanmeldung als entscheidende täuschungsähnliche Dateneingabe akzeptieren. Zusätzlich müsste der zum Schein Gemeldete Leistungen der Versicherung in Anspruch nehmen, obwohl sie ihm in Wahrheit mangels Vorliegens des gesetzlichen Versicherungstatbestandes nicht zustehen. Erst in diesem Zeitpunkt würde – so wie beim Betrug – der relevante Vermögensschaden eintreten. Davor, insbes im Zeitpunkt der Scheinmeldung via DFÜ, läge nur Strafbarkeit wegen des Versuchs nach §§ 15, 148a StGB vor.

2. Automationsunterstützte Meldung mit Fehlerprotokoll

Gesondert hinzuweisen ist auf Fälle, in denen elektronische Anmeldungen fehlerhaft oder unvollständig ausgefüllt sind und daher im automatisierten Datenverarbeitungsprozess ein Fehlerprotokoll verursachen. Auch wenn bereits überlegt wird, die Übermittlung solcher Meldungen elektronisch nicht mehr zuzulassen,

⁴¹⁵ OGH 03.04.1990, 15 Os 25/90; OGH 07.03.2007, 13 Os 2/07d; *Kirchbacher/Presslauer*, WK-StGB² § 148a, Rz 32.

⁴¹⁶ *Kirchbacher/Presslauer*, WK-StGB² § 148a, Rz 11; *Fuchs/Reindl-Krauskopf*, BT I³, 161; *Reindl-Krauskopf*, Computerstrafrecht², 72 f.

⁴¹⁷ *Birklbauer/Hilf/Tipold*, BT I § 148a, Rz 8; *Fuchs/Reindl-Krauskopf*, BT I³, 161.

⁴¹⁸ *Reindl-Krauskopf*, Computerstrafrecht², 72; *Fuchs/Reindl-Krauskopf*, BT I³, 160.

⁴¹⁹ *Fuchs/Reindl-Krauskopf*, BT I³, 161; *Birklbauer/Hilf/Tipold*, BT I § 148a, Rz 11.

werden sie bis dato angenommen und bedürfen der Intervention eines Sachbearbeiters, um im System gespeichert zu werden. Abhängig von der fehlenden Information kann der Sachbearbeiter eigenständig (zB durch Abfragen in diversen Datenbanken) oder durch Kontaktaufnahme mit dem vermeintlichen DG die Meldung vervollständigen und schließlich manuell in das System einspeichern. Sollte es zu einer Kontaktaufnahme mit dem Anmelder kommen, wird dies idR auf eine weitere Täuschungshandlung hinauslaufen, indem der faktische Geschäftsführer die wahrheitswidrige Behauptung eines Pflichtversicherungstatbestandes aufrecht erhält und gar noch verstärkt.

Hält man die Dateneingabe für die entscheidende Täterhandlung, so ändert das Fehlerprotokoll und die allfällige zusätzliche Täuschung des Mitarbeiters wohl nichts an der Beurteilung. Denn entscheidend bliebe die erste Dateneingabe und es bliebe bei §§ 15, 148a StGB. Lehnt man diese Position ab⁴²⁰, so bleibt die Beurteilung der Scheinmeldung als straflose Vorbereitung ebenfalls unverändert. Denn nach dieser Ansicht bedarf es der unberechtigten Inanspruchnahme einer Versicherungsleistung für die Strafbarkeit. Im Bekräftigen der Meldung liegt diese freilich noch nicht.

Denkbar wäre allenfalls, die Bekräftigung der Scheinmeldung als wesentliche Täuschung anzusehen, weil diese nun dazu führt, dass der zum Schein Gemeldete in den Versicherungsschutz aufgenommen wird. Dann käme es zur Täuschung eines Menschen, nämlich des Sachbearbeiters, der beim zum Schein Meldenden nachgefragt hat. Denkbar wäre dann eine Strafbarkeit wegen versuchten Betruges begangen gegenüber diesem Sachbearbeiter. An der Tatsache, dass es für den Schadenseintritt und die Vollendung des Deliktes noch der Inanspruchnahme des Versicherungsschutzes bedarf, ändert sich dadurch allerdings nichts.

C) Strafbarkeit durch konkrete Leistungsanspruchnahme nach Scheinmeldung?

Im Ausgangsbeispiel nimmt die schwangere S nach Scheinmeldung konkrete Leistungen in Anspruch, nämlich einerseits Wochengeld und andererseits Sachleistungen in Form von Untersuchungen. Bei beidem handelt es sich um Pflichtleistungen, deren Erbringung nicht im Ermessen des SV-Trägers steht⁴²¹. Nachdem die Schwangere Wochengeld beantragt hat, wird die Versicherungsgeschichte überprüft und die Höhe des Wochengelds auf Basis des durchschnittlichen Arbeitsverdienstes berechnet und ausbezahlt (§ 162 Abs 3 ASVG).

Im Hinblick auf die beanspruchten Sachleistungen ist zu beachten, dass es sich dabei verfahrensrechtlich nach hA um Realakte des Versicherungsträgers handelt: Die Untersuchungen werden bei der tatsächlichen Abwicklung zugleich zu-

⁴²⁰ Zur Argumentation oben beim Betrug S 149.

⁴²¹ Vgl *Binder in Tomandl, SV-System* 2.2.6.3.

gestanden und gewährt und bedürfen keiner formellen Antragstellung⁴²². Ein großer Anwendungsbereich von Sachleistungen ist die Inanspruchnahme ärztlicher Hilfe, die auch im Ausgangsbeispiel in Form der Mutter-Kind-Pass-Untersuchungen geleistet wird. Im Jahr 2005 wurden bundesweit die sog e-cards mit dem Ziel eingeführt, die bis dahin vorherrschenden Krankenscheine zur Abrechnung von Leistungen ärztlicher Hilfe iSd § 133 ASVG abzulösen⁴²³. Seit 1.1.2009 ist die e-card bei jeder Inanspruchnahme eines Arztes einzulesen⁴²⁴. Beim klassischen Arztbesuch wird am Empfang die e-card abgegeben, und diese schließlich durch die sog GINA-Box⁴²⁵, ein Kontrollgerät, das den Ärzten vom HVB zur Verfügung gestellt wird, gezogen. Dabei verbindet sich das Gerät mit einem Server des HVB und führt eine automatisierte Abfrage durch, ob der in der Karte ausgewiesene Versicherte aktuell Versicherungsschutz genießt. Wenn die online-Prüfung einen aufrechten Anspruch ergibt, bedeutet dies für den behandelnden Arzt eine Abrechnungsgarantie⁴²⁶, also ein verbindliches Zahlungsverprechen des KV-Trägers an den Vertragsarzt.

Wie die Inanspruchnahme von Geld- und Sachleistungen strafrechtlich zu beurteilen ist, hängt vor allem davon ab, welcher Ansicht man zur strafrechtlichen Beurteilung der Scheinmeldung selbst folgt.

1. Scheinmeldung als entscheidende Täuschungs- bzw täuschungsähnliche Handlung

Sieht man anknüpfend an einige Entscheidungen des OGH zum Einräumen einer Dispositionsbefugnis die Scheinmeldung als entscheidende Täuschungshandlung bei Papiermeldungen bzw als entscheidende täuschungsähnliche Dateneingabe bei Meldungen via DFÜ an⁴²⁷, so wird bereits in diesem Zeitpunkt der versuchte Betrug nach §§ 15, 146 StGB bzw der versuchte betrügerische Datenverarbeitungsmissbrauch nach §§ 15, 148a StGB verwirklicht. Dass die Dispositionsbefugnis nunmehr nicht vom zum Schein Meldenden, sondern von der zum Schein gemeldeten Schwangeren genutzt wird, schadet nicht: Zum einen wirkt die Schwangere im Ausgangsfall von Beginn an an der Täuschung mit, indem sie für die Scheinmeldung sogar bezahlt. Zum anderen reicht es nach den genannten Delikten aus, dass der Täuschende bzw Dateneingebende die Bereicherung seiner Person selbst oder eines Dritten anstrebt. Die Effektivierung der Dispositionsmöglichkeit durch den Bezug von Wochengeld und die Inanspruchnahme von sonstigen Leistungen der Versicherung führt nunmehr zum Schadenseintritt. Die Höhe des strafrechtlich relevanten Schadens bestimmt sich nach dem Wert der bezogenen Leistungen.

⁴²² *Oberndorfer/Muzak in Tomandl, SV-System* 6.1.3.5.

⁴²³ § 2 E-card-Ärztegesamtvertrag (Stammfassung), avsv 72/2010 vom 24.06.2010.

⁴²⁴ § 4 Abs 1 E-card-Ärztegesamtvertrag (Stammfassung), avsv 72/2010 vom 24.06.2010.

⁴²⁵ § 3 Abs 1 Z 2 E-card-Ärztegesamtvertrag (Stammfassung), avsv 72/2010 vom 24.06.2010.

⁴²⁶ § 4 Abs 3 E-card-Ärztegesamtvertrag (Stammfassung), avsv 72/2010 vom 24.06.2010.

⁴²⁷ Dazu schon oben S 142 ff.

Fraglich könnte sein, ob die Schwangere ebenfalls unmittelbare Täterin oder bloß Beitragstäterin zum Betrug des zum Schein Meldenden ist. Beide Lösungen scheinen vertretbar: Die Schwangere wirkt einerseits schon an der ersten Täuschung durch die von ihr bezahlte Scheinmeldung mit und intensiviert diese Täuschung bzw hält sie aufrecht, wenn sie die Leistung konsumiert. Das spricht für die Annahme einer unmittelbaren Täterschaft. Andererseits hat sie die nach diesem Lösungsansatz entscheidende Täuschung nicht selbst durchgeführt, weil sie die Scheinmeldung nicht selbst abgeschickt hat. Man könnte also auch vertreten, dass sie die Tathandlung nicht selbst gesetzt, sondern diese nur gefördert hat. Dadurch hat sie ebensowenig eine Tathandlung im technischen Sinn verwirklicht wie durch die Inanspruchnahme der Versicherungsleistung. Dementsprechend wäre sie als Beitragstäterin zu bestrafen. Ob sie als unmittelbare Täterin oder als bloße Beteiligte qualifiziert wird, hat aber keine Auswirkungen auf den anzuwendenden Strafrahmen, weil für Tatbeteiligte dieselben Strafdrohungen wie für unmittelbare Täter gelten.

2. Scheinmeldung als bloße Vorbereitungshandlung

Betrachtet man die Scheinmeldung hingegen als noch straflose Vorbereitungshandlung⁴²⁸, so erhalten die Leistungsbezüge durch die Schwangere eigenständiges Gewicht in der strafrechtlichen Beurteilung.

a) Wochengeldbezug

Die Scheinmeldung hat bewirkt, dass die Schwangere im Versicherungssystem erfasst ist. Beantragt sie nun Wochengeld, so täuscht sie damit (neuerlich) vor, zu Recht im System erfasst zu sein und Anspruch auf Wochengeld aufgrund eines bestehenden Arbeitsverhältnisses und Verdienstes zu haben. Dadurch wird ein Irrtum beim Sachbearbeiter bewirkt, der diesen zu einer Vermögensdisposition (Stattgebung des Antrags und Auszahlung von Wochengeld) veranlasst. Die erste Auszahlung von Wochengeld stellt damit eine täuschungsbedingte Selbstschädigung des Versicherungsträgers dar und wäre nach dieser Ansicht gem § 146 StGB strafbar.

In dieser Konstellation wäre die Schwangere unmittelbare Täterin, der zum Schein Meldende, der die Tatbegehung mit ermöglicht hat, wäre als Beteiligter zu verfolgen.

b) Sachleistungsbezug

Im SV-rechtlichen Schrifttum ist strittig, ob der SV-Träger dem Leistungsempfänger von Sachleistungen die Erbringung der Leistung selbst (Leistungspflicht in natura) oder bloß die Übernahme der Kosten der Inanspruchnahme schuldet⁴²⁹.

⁴²⁸ Auch dazu schon oben S 149.

⁴²⁹ Siehe dazu ua OGH 29.10.1930, 1 Ob 712/30; *Binder* in *Tomandl*, SV-System 2.2.1.4. mwN; *Schrammel* in *Tomandl*, SV-System 2.1.3.2 mwN.

Diese Streitfrage soll hier nicht vertieft werden, weil die grundsätzliche Strafbarkeit unabhängig davon zu bejahen ist, ob die Leistung als unmittelbare Leistung der Versicherung oder als bloß ersatzpflichtige Leistung anzusehen ist. Lediglich der anwendbare Tatbestand variiert, wie im Folgenden gezeigt wird:

Nimmt die Schwangere eine Sachleistung in einem Kassenambulatorium in Anspruch, also eine unmittelbare Sachleistung der Versicherung selbst, so gilt das zum Wochengeld Gesagte. Selbst wenn sie keinen Antrag stellen muss, täuscht sie konkludent durch ihr Erscheinen im Ambulatorium und durch das Einfordern der Leistung vor, dass sie in Wahrheit bezugsberechtigt ist, was freilich mangels bestehenden Beschäftigungsverhältnisses nicht stimmt. Die Leistung wird vom dortigen Personal aufgrund des Irrtums gewährt und dadurch wird die Versicherung geschädigt. Die Schwangere, die mit Schädigungs- und Bereicherungsvorsatz handelt, ist wiederum als unmittelbare Täterin, der zum Schein Meldende als Beteiligungstäter des Betrugs zu qualifizieren⁴³⁰.

Beansprucht die Schwangere eine Leistung bei einem Vertragsarzt und beurteilt man diese als Leistung, die der Vertragsarzt als verlängerter Arm der Versicherung iSe Naturalleistung der Versicherung erbringt, so ist aufgrund der Art der Abwicklung nicht mehr von Betrug, sondern von Betrügerischem Datenverarbeitungsmissbrauch auszugehen: Die Schwangere wurde nämlich aufgrund der Scheinmeldung mit einer e-card ausgestattet und damit die Berechtigung verbunden, Leistungen bei Vertragsärzten in Anspruch zu nehmen. Im Gegenzug hat sich die Versicherung durch den Kassenvertrag verpflichtet, den Vertragsärzten die konsumierten Leistungen zu ersetzen. Bei Verwendung der e-card gilt diesbezüglich sogar eine Zahlungsgarantie. Kommt die Schwangere zum Arzt, wird die e-card im Abfrageterminal überprüft und bei positiver Prüfung ein Zahlungsverprechen an den Arzt für die konsumierte Leistung abgegeben. Damit wird freilich signalisiert, dass die Leistung an die Patientin gewährt werden kann. All das passiert in diesem Ablauf auf automationsunterstütztem Weg ohne Einbindung eines Menschen, der in relevanter Weise getäuscht wird. Die Versicherung hat sich somit via Datenverarbeitung selbst geschädigt. Es wäre von § 148a StGB auszugehen.

Beurteilt man den Arzt hingegen nicht als verlängerten Arm der Kasse und rechnet ihn nicht der Versicherung zu, dann müssten Betrug und Betrügerischer Datenverarbeitungsmissbrauch mangels Selbstschädigung ausscheiden. Vielmehr wäre von Untreue nach § 153 StGB auszugehen: Die Schwangere hat mit der e-card die Vollmacht erhalten, Leistungen in Anspruch zu nehmen und dafür die Kostenersatzpflicht der Versicherung auszulösen. Sie hat also die Vollmacht er-

⁴³⁰ Bei Verwendung einer e-card wäre wieder nach § 148a StGB vorzugehen, weil das Schwergewicht dann wiederum nicht bei der Entscheidung eines Menschen über die Leistungsgewährung liegt, sondern bei der automationsunterstützten Kartenprüfung, von deren Ergebnis es abhängt, ob die Leistung gewährt wird. Vgl auch die folgenden Ausführungen zum Leistungsbezug beim Vertragsarzt unter Verwendung der e-card.

halten, in gewisser Weise über das Vermögen der Kasse zu verfügen. Das darf sie im Innenverhältnis freilich nur bei einem wirklich bestehenden Versicherungsfall, im Außenverhältnis muss die Kasse die Verfügung aber gegen sich gelten lassen und dem Vertragsarzt die konsumierte Leistung ersetzen. Untreue verlangt auf der subjektiven Tatseite, dass der Täter diese Vollmacht wissentlich missbraucht und außerdem Schädigungsvorsatz hat. Unter diesen Voraussetzungen wäre die Schwangere unmittelbare Täterin der Untreue und der zum Schein Meldende wiederum Beteiligungstäter.

D) Fazit

Die vorstehenden Erwägungen zeigen, dass die Vorspiegelung eines Beschäftigungsverhältnisses bei der Anmeldung zum Schein zwar eine Täuschungshandlung darstellt, die den Versicherungsträger zur Einbeziehung des Scheingemeldeten in die SV veranlasst. Im Hinblick auf die Strafbarkeit ist dabei allerdings je nach Adressat der Täuschung zu differenzieren: Während bei „händischen Anmeldungen“ typischerweise ein Mensch getäuscht wird, kommt eine Betrugsstrafbarkeit bei ordnungsgemäßem Ablauf der Anmeldung via DFÜ mangels Täuschung eines Menschen nicht in Betracht. In diesen Fällen wäre allerdings eine Strafbarkeit wegen § 148a StGB denkbar. Jedoch scheidet die Strafbarkeit wegen eines vollendeten Delikts in beiden Fällen am Erfordernis einer selbstschädigenden Vermögensdisposition des Versicherungsträgers: Weder das Versicherthalten an sich noch der Erwerb von Anwartschaftsrechten in der PV oder AIV kann als effektive Vermögensschädigung bewertet werden. Nur wenn man in der Scheinmeldung die wesentliche Täuschung sieht, könnte man zumindest zur Strafbarkeit wegen Versuchs kommen. Vollendet würde das Delikt diesfalls bei Inanspruchnahme einer konkreten Versicherungsleistung.

Folgt man diesem Ansatz nicht, so tritt auch die Strafbarkeit wegen Versuchs erst später ein, nämlich erst in Zusammenhang mit der konkreten Leistungserbringung durch die Versicherung. Ob in diesen Fällen von Betrug, Betrügerischem Datenverarbeitungsmissbrauch oder von Untreue auszugehen ist, hängt einerseits davon ab, ob der zum Schein Gemeldete gegenüber Menschen (dann Betrug, § 146 StGB) oder gegenüber EDV-Einrichtungen ohne menschliche Interaktion (dann Betrügerischer Datenverarbeitungsmissbrauch, § 148a StGB) agiert. Zum anderen ist auch danach zu differenzieren, ob der zum Schein Gemeldete unmittelbar Leistungen der Versicherung als solcher erschleicht (dann §§ 146, 148a StGB) oder ob er die ihm eingeräumte Dispositionsbefugnis insofern nutzt, als er Leistungen bei Dritten konsumiert, denen gegenüber die Versicherung jedenfalls zum Kostenersatz verpflichtet ist (Untreue nach § 153 StGB).

III. Strafbarkeit bei Anmeldung tatsächlich beschäftigter Dienstnehmer

Ausgangsbeispiel:

Im bewussten und gewollten Zusammenwirken gründeten A und B die X-BaugmbH. Offiziell erfolgte die Gründung durch B, der als alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer mit einer falschen Identität im Firmenbuch aufschien. In weiterer Folge leitete allerdings ausschließlich A als faktischer Geschäftsführer die Geschicke der Gesellschaft. Unmittelbar nach Eintragung im Firmenbuch wird der GmbH das Stammkapital entzogen, wodurch sie mangels Anlage- und Betriebsvermögens materiell zahlungsunfähig ist. A meldet auf das Beitragskonto der X-BaugmbH bei der WGKK zahlreiche DN zur SV mit dem Vorsatz an, die dafür entstehenden Beiträge nicht zu zahlen. Alle eingehenden Vermögenswerte werden der Gesellschaft umgehend entnommen. Sechs Monate später wird ein Insolvenzverfahren über das Vermögen der X-BaugmbH eröffnet, in dessen Verlauf der Masseverwalter alle noch laufend bei der WGKK gemeldeten DN abmeldet. Der WGKK entsteht durch die Anmeldungen ein Beitragsausfall iHv € 200.000. Alle gemeldeten Personen erlangten durch die wahrheitswidrige Meldung zur SV pensionswirksame Versicherungszeiten in der PV sowie Anwartschaften in der ALV.

Variante 1: *Die gemeldeten DN wurden alle von A in seinem Stammcafe eingestellt und in der Folge von ihm in bar ausbezahlt. Alle DN wurden im Rahmen der von A lukrierten Bauaufträge auf BVH eingesetzt und waren dort unter der Weisungsbefugnis des B, des Bruders von A, tätig.*

Variante 2: *A selbst hatte mit dem Baugewerbe nichts zu tun. Gegen Entgelt stellte er den Gesellschaftsmantel zur Verfügung, um DN im Namen der X-BaugmbH anzumelden, und führte diese Anmeldungen durch. Zu seinen Kunden zählten dabei eigenständig agierende Baupartien.*

Variante 3: *A hatte mit dem Baugewerbe nichts zu tun. Gegen Entgelt nahm er die Anmeldungen vor. Bei den Angemeldeten handelt es sich um Personen, die alleine auf eigene Rechnung tätig waren oder in kleinen Gruppen gemeinschaftlich Aufträge akquirierten und die daraus erfließenden Gewinne teilten.*

Variante 4: *A übermittelt inhaltlich falsche BN an die SV, die in weiterer Folge die Beiträge nicht in der bei Übermittlung richtiger BN tatsächlich anfallenden Höhe vorschreibt und einzuheben versucht.*

A) Strafbarkeit wegen betrügerischen Vorenthaltens von Beiträgen und Zuschlägen

1. Rechtliche Erwägungen

§ 153d StGB wurde 2005 als zentraler Tatbestand zur Bekämpfung von Sozialbetrug geschaffen⁴³¹. Ausgangspunkt war die recht einhellige Ansicht, dass die Anmeldung von DN in der Absicht, keine SV-Beiträge zu entrichten, wegen des Kontrahierungszwanges der SV-Träger mangels Kausalität nicht als klassischer Betrug iSd § 146 StGB in Betracht käme⁴³². Diese Ansicht wurde kurz darauf durch die für die SV bedeutsame höchstgerichtliche Entscheidung 6 Ob 190/04s⁴³³ bestätigt: Es sei zwar verfehlt, von einem Kontrahierungszwang des Versicherungsträgers zu sprechen, die Betrugsstrafbarkeit scheitere allerdings schon an der mangelnden Kausalität einer allfälligen Täuschung⁴³⁴.

a) Der unmittelbare Täter

Zur Vermeidung von Strafbarkeitslücken wurde § 153d StGB als Sonderdelikt konzipiert, nach dem sich nicht jedermann, sondern nur DG bzw deren leitende Angestellte (§ 153d Abs 3 StGB) als unmittelbare Täter strafbar machen können. Die Beurteilung richtet sich dabei nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt und nicht nach dem äußeren Erscheinungsbild des Sachverhalts (§ 539a ASVG). Da das SV-Rechtsverhältnis durch missbräuchliche Verwendung zivilrechtlicher Gestaltungsformen nicht beeinflusst werden kann, ist die Bezeichnung des Vertrags für die Qualifizierung des gelebten Vertragsverhältnisses unerheblich⁴³⁵.

Materiell richtet sich die Beurteilung der DG-Eigenschaft nach allgemeinen SV-rechtlichen Grundsätzen⁴³⁶. Gem § 35 Abs 1 ASVG gilt derjenige als DG, für dessen Rechnung ein Betrieb geführt wird, in dem der DN in einem Beschäftigungsverhältnis steht. Der sozialversicherungsrechtliche DG-Begriff deckt sich nach hL weitestgehend mit dem des Arbeitsrechts⁴³⁷. Abweichungen ergeben sich allerdings daraus, dass auch derjenige DG iSd § 35 ASVG ist, der DN durch Mittelsmänner einstellt oder sie ganz oder teilweise zur Leistung des Entgelts auf Leistungen Dritter verweist. Dieser „mittelbare DG“ ist derjenige, auf dessen Rechnung und Gefahr der Betrieb geführt wird. Damit soll verhindert werden, dass derjenige, der über die wirtschaftlichen Mittel verfügt, seine SV-rechtlichen Pflichten auf einen „Strohmann“ abschiebt⁴³⁸. Die Beurteilung, auf wessen Rechnung und Gefahr ein Betrieb geführt wird, ist anhand der Beziehung zwi-

⁴³¹ Vgl RV 698 BlgNR XXII.GP 2.

⁴³² RV 698 BlgNR XXII.GP 3.

⁴³³ OGH 03.11.2005, 6 Ob 190/04s.

⁴³⁴ OGH 03.11.2005, 6 Ob 190/04s.

⁴³⁵ Choholka in Geppert, Sozialversicherung, Kap 2.3.1.

⁴³⁶ Kirchbacher/Presslauer, WK-StGB² § 153d, Rz 4.

⁴³⁷ Krejci et al in Tomandl, SV-System 1.2.2.3.

⁴³⁸ Brodil/Windisch-Graetz, Sozialrecht⁶, 44.

schen Mittelsmann und DG, der Beziehung zu Lieferanten und Kunden sowie dem allgemeinen Erscheinungsbild von der Behörde vorzunehmen⁴³⁹.

Da sich schon der Wortlaut der DG-Definition des § 35 ASVG auf den DN-Begriff stützt, kann die DG-Eigenschaft im Einzelfall freilich nur in Wechselwirkung mit der Feststellung der DN-Eigenschaft erfolgen. Ergibt die Prüfung einer gelebten Vertragsbeziehung eine Pflichtversicherung nach ASVG, so gibt es auch einen DG, der als unmittelbarer Täter des § 153d StGB in Frage kommt. Eine Zusammenschau der Pflichtversicherungstatbestände des ASVG ergibt, dass mit der Pflichtversicherung nach ASVG nicht nur echte Dienstverhältnisse, sondern alle „dienstnehmerähnlichen Dauerschuldverhältnisse“ erfasst werden sollen⁴⁴⁰. Die weite Formulierung des Tatbestands des § 153d StGB, der ganz allgemein von einem „DG“ und einem „Anmelden zur SV“ spricht, lässt aber dessen Anwendung nicht nur bei Vorliegen einer Pflichtversicherung nach ASVG zu, sondern ebenfalls bei Pflichtversicherungen, die zumeist aus historischen Gründen aus dem ASVG ausgenommen sind, aber trotzdem einen DG zur Anmeldung der bei ihm beschäftigten DN und anschließenden Beitragsabführung verpflichten, wie bspw Pflichtversicherungen nach B-KUVG.

In Fällen der Arbeitskräfteüberlassung iSd § 3 Abs 1 AÜG ist der Überlasser als SV-rechtlicher DG⁴⁴¹ und damit unmittelbarer Täter des § 153d StGB anzusehen. Aus rechtlichen Gesichtspunkten sind allerdings die Begriffe Überlasser und Vermittler bzw Arbeitskräfteüberlassung und Arbeitsvermittlung klar zu trennen. Für den Bereich der Arbeitsvermittlung findet sich eine Legaldefinition in § 2 AMFG, die Arbeitsvermittlung als bloßes Zusammenführen von Arbeitssuchenden mit AG zur Begründung von Arbeitsverhältnissen beschreibt. Während sich der DN bei der Arbeitskräfteüberlassung gegenüber dem Überlasser vertraglich zur Dienstleistung an Dritte verpflichtet, stellt ein Arbeitsvermittler bloß Kontakt zu potentiellen DG her, verpflichtet den DN jedoch nicht zum Tätigwerden beim Dritten⁴⁴². Vertragliche Verpflichtungen zwischen Arbeitssuchenden und Vermittlern sind zwar nicht gänzlich ausgeschlossen (wie bspw die Verpflichtung zur Kontaktaufnahme mit dem Dritten), dürfen sich jedoch niemals auf die Pflicht zum Tätigwerden beim Dritten erstrecken, weil ansonsten eine dem Regime des AÜG unterfallende Arbeitskräfteüberlassung vorliegen würde⁴⁴³. Diese Differenzierung hat maßgebliche Auswirkungen auf die DG-Eigenschaft: Handelt es sich um einen Fall der bloßen Arbeitsvermittlung kann nur der Dritte, für dessen betriebseigene Aufgaben der DN tätig wird, als SV-rechtlicher DG und damit Täter iSd § 153c StGB angesehen werden. Handelt es sich allerdings bei der Dienstleistung im Betrieb des Dritten um die Erfüllung einer vertraglichen Verpflichtung

⁴³⁹ Ibid mwN.

⁴⁴⁰ Brodil/Windisch-Graetz, Sozialrecht⁶, 35.

⁴⁴¹ § 5 Abs 1 AÜG; Brodil/Windisch-Graetz, Sozialrecht⁶, 44.

⁴⁴² Tomandl, Arbeitskräfteüberlassung 15.

⁴⁴³ VwGH 16.03.2011, 2008/08/0153; OGH 23.11.2010, 8 Ob 16/10a.

gegenüber dem Vermittler, so wird dieser zum Überlasser und damit DG iSd § 35 ASVG. Der Beschäftigte könnte damit auch nicht mehr als unmittelbarer Täter angesehen werden.

Bei § 153d StGB handelt es sich um ein unrechtsgeprägtes Sonderdelikt, an dem sich auch Extranei, also Personen ohne DG-Eigenschaft, beteiligen können. Aus der Rspr zum Sonderdelikt der Untreue lässt sich folgern, dass für einen Schuldpruch wegen Tatbeteiligung an einem Sonderdelikt zwar die persönlichen Merkmale (§ 14 Abs 1 StGB) des unmittelbaren Täters und dessen Tathandlung feststehen müssen, Namenskenntnis bzw Kenntnis der Identität des unmittelbaren Täters jedoch nicht erforderlich ist⁴⁴⁴. Wenn also im Einzelnen die DG-Eigenschaft und das betrügerische Vorenthalten der Beiträge bzw Zuschläge aufgrund von DN-Angaben oder sonstigen Beweisergebnissen festgestellt werden können, ist auch ohne Ausforschung des tatsächlichen DG eine Strafbarkeit der Extranei denkbar.

Für die Strafbarkeit gem § 153d StGB bedeutet dies, dass durch die Anmeldung zur SV weder die DN-Eigenschaft des Gemeldeten noch die Subjektsqualität des ausgewiesenen DG begründet werden kann⁴⁴⁵. Die Anmeldung von Personen zum Schein oder von Personen, die tatsächlich selbständig erwerbstätig sind, kann daher vom Tatbestand des § 153d StGB begrifflich nicht erfasst werden, weil es diesfalls in Wahrheit keinen DG gibt⁴⁴⁶.

Im Ausgangsbeispiel wären daher folgende Lösungen angezeigt: In Variante 1 ist der faktische Geschäftsführer A jedenfalls unmittelbarer Täter, entweder als leitender Angestellter der X-BaugmbH oder weil er selbst als DG iSd § 35 ASVG anzusehen ist. In Variante 2 könnte eine Strafbarkeit des A nur als Beitragstäter zu den Tathandlungen unbekannter DG in Frage kommen. In Variante 3 hingegen werden die Gemeldeten entweder als Selbständige oder in Form einer GesBR tätig, wodurch mangels tatsächlichen DG kein Raum für die Annahme einer Strafbarkeit gem § 153d StGB bleibt.

b) Betrügerisches Vorenthalten von SV-Beiträgen und BUAG-Zuschlägen

Die zweiaktige Tathandlung des § 153d StGB erfordert vorweg die Anmeldung von DN zur SV oder bei der BUAK mit dem Vorsatz, keine ausreichenden Beiträge oder Zuschläge zu entrichten. Wenn die Beiträge und Zuschläge in der Folge nicht entrichtet werden, ist der objektive Tatbestand erfüllt. Ein Vorenthalten der Beiträge und Zuschläge meint deren Nicht-Entrichtung. Da es sich dabei um die Pönalisierung einer Unterlassung handelt, wurde von Teilen der Lehre releviert, dass eine Strafbarkeit wegen Unterlassung nur eintreten könne, wenn grundsätzlich die Möglichkeit zur Vornahme des gebotenen Tuns vorhanden war⁴⁴⁷. Damit

⁴⁴⁴ OGH 01.03.2005, 12 Os 38/04.

⁴⁴⁵ Kirchbacher/Presslauer, WK-StGB² § 153d, Rz 12.

⁴⁴⁶ Reindl-Krauskopf, RdA 2008, 389 (393); Wonisch, ZAS 2008/3, 14 (21).

⁴⁴⁷ Fuchs, Schriftenreihe 11; Reindl-Krauskopf, RdA 2008, 389 (391).

wären aber vor allem die einschlägigen Sozialbetrugsfälle mittels Scheinfirmen regelmäßig nicht von § 153d StGB erfasst, weil diese typischerweise bei Fälligkeit von Beiträgen und Zuschlägen bereits insolvent sind. Diese Folgerung würde den Tatbestand eines Anwendungsbereichs berauben, der ein wesentlicher Grund für seine Einführung war⁴⁴⁸.

Demgegenüber sprechen sich *Kirchbacher/Presslauer* dafür aus, dass es „unter Beachtung von Struktur und Zweck“ der Bestimmung auf die tatsächliche Möglichkeit zur Entrichtung der Beiträge nicht ankommen könne⁴⁴⁹. Ohne nähere Erörterung der zugrundeliegenden Problematik schloss sich der OGH der Ansicht an, dass für ein Vorenthalten iSd § 153d StGB das Vorhandensein von die Nettolöhne übersteigenden Mitteln für eine Strafbarkeit nicht erforderlich sei⁴⁵⁰.

In welchem Ausmaß die Anmeldung zur SV erfolgte, ist für die Tathandlung des betrügerischen Vorenthaltes irrelevant: Dies ergibt sich wohl schon weitestgehend aus dem Wortlaut, der nur die Tatsache der Anmeldung iS einer Verständigung der GKK oder BUAK erfasst. Ob ausreichende Beiträge oder Zuschläge entrichtet werden, richtet sich in weiterer Folge iSd ipso-iure eintretenden Beitragspflicht nach den tatsächlichen Verhältnissen. Damit kann der DG einerseits in Fällen der Scheingeringfügigkeit wegen der hinterzogenen Beiträge der nach den tatsächlichen Verhältnissen eingetretenen Vollversicherung gem § 153d StGB strafbar sein, selbst wenn er die laut Anmeldung geschuldeten UV-Beiträge entrichtet. Betrügerisch vorenthalten wird diesfalls die Differenz zu den durch die Vollversicherung in Wahrheit geschuldeten Beiträgen. Andererseits kann bei der Angabe von zu niedrigen Entgelten in der Anmeldung – auch im Fall deklarierter Vollversicherung – das tatsächlich (arbeitsrechtlich) geschuldete Arbeitsentgelt als Bemessungsgrundlage der für § 153d StGB hinterzogenen Beiträge und Zuschläge im Strafverfahren herangezogen werden.

Nach der Jud zu § 114 ASVG, der Vorgängerbestimmung des § 153c StGB, ist das Vorenthalten der Beiträge nicht schon ab Fälligkeit der Beiträge gem § 58 Abs 1 ASVG vollendet, sondern erst bei Beginn des Eintritts von Verzugsfolgen und damit bei Ablauf der vom Versicherungsträger gewährten Respirofrist gem § 59 Abs 1 ASVG⁴⁵¹. Zur Vollendung kommt es also erst am 15. des dem Beitragszeitraum folgenden Monats. Zu beachten ist, dass die BUAG-Zuschläge auf Basis der AG-Meldung gem § 22 BUAG von der BUAK berechnet und dem AG vorgeschrieben werden und damit im Gegensatz zu den SV-Beiträgen⁴⁵² keine Selbstbemessungsabgaben darstellen⁴⁵³. Innerhalb von ca vier Wochen wird von der BUAK die Summe der Zuschläge für die in einem Zuschlagszeitraum beschäf-

⁴⁴⁸ EBRV 698 BlgNR XXII.GP 3.

⁴⁴⁹ *Kirchbacher/Presslauer*, WK-StGB² § 153d, Rz 20.

⁴⁵⁰ OGH 09.09.2009, 15 Os 87/09x.

⁴⁵¹ OGH 27.07.1982, 10 Os 170/80; OGH 03.11.1987, 11 Os 11/87.

⁴⁵² Mit Ausnahme der in praxi nur selten anzutreffenden Beitragsabrechnung im Vorschreiberverfahren.

⁴⁵³ *Klinger*, BUAG § 21a, Anm 1.

tigten AN vorgeschrieben. Unabhängig von der Zustellung der Vorschreibung werden die Zuschläge gem § 25 Abs 1 BUAG ex lege acht Wochen nach Ablauf des Zuschlagszeitraums fällig⁴⁵⁴. Auf den tatsächlichen Zeitpunkt der Vorschreibung kommt es nur an, wenn diese aus Gründen, die nicht beim DG liegen, später als sechs Wochen nach dem Ablauf des Zuschlagszeitraums erfolgt; in diesem Fall werden die Zuschläge erst vier Wochen nach bewirkter Zustellung fällig⁴⁵⁵. Der Vollendungszeitpunkt fällt bei BUAG-pflichtigen DV hinsichtlich der Beiträge und Zuschläge also typischerweise auseinander.

§ 153d StGB erfasst DN- und DG-Anteile der SV-Beiträge zu KV, UV, PV und ALV⁴⁵⁶ und nach der Vorstellung des Gesetzgebers auch MV-Beiträge nach BMSVG⁴⁵⁷. Auch wenn sich die Materialien und das Schrifttum dazu nicht äußern, lässt sich aus § 21 Abs 1 BUAG erschließen, was unter die Formulierung „Zuschläge nach dem BUAG“ iSd § 153d StGB zu subsumieren ist⁴⁵⁸: Demnach wird der Aufwand der BUAK an Urlaubsentgelten, Abfindungen, Abfertigungsbeiträgen an die Betriebliche Vorsorgekasse der BUAK und Abfertigungen sowie der Aufwand an Verwaltungskosten durch die Entrichtung von Zuschlägen zum Lohn bestritten. Gem § 13k BUAG kennt das BUAG aber auch einen Lohnzuschlag für Winterfeiertage, der vom DG in den Monaten von April bis November zu entrichten ist. Im Ergebnis sind damit wohl alle von der BUAK eingehobenen Leistungen aus dem Sachbereich des Urlaubs, der Abfertigung und der Winterfeiertagsvergütung als Zuschläge nach BUAG von § 153d StGB erfasst.

Während des Praktikums bei der StA Wien ließ sich beobachten, dass bei Feststellung der für das Strafverfahren relevanten Beitrags- und Zuschlagsausfälle nur die Nettobeitrags- bzw Nettzuschlagsforderungen berücksichtigt wurden, wodurch insbes Rückstände durch Verzugszinsen, Beitragszuschläge und Pauschalersätze außer Betracht blieben. Für diese Praxis spricht der Wortlaut des Tatbestands, indem nur vom Vorenthalten von „Beiträgen zur Sozialversicherung“ bzw „Zuschlägen nach dem BUAG“ die Rede ist. Forderungen von Verzugszinsen und pauschalierten Aufwandsätzen lassen sich zutreffenderweise wohl nicht als Beitrags- oder Zuschlagsforderungen qualifizieren.

2. Praktische Aspekte der Anwendung

Die im Rahmen der Begleitung einschlägiger Ermittlungsverfahren bei der StA Wien bzw anderen staatsanwaltschaftlichen Behörden gesammelten Erfahrungen zeigten vor allem folgende tatbestandsbedingte Schwierigkeiten bei der Ermittlungstätigkeit:

⁴⁵⁴ *Klinger*, BUAG § 25 Anm 2.

⁴⁵⁵ *Klinger*, BUAG § 25 Anm 4.

⁴⁵⁶ *Kirchbacher/Presslauer*, WK-StGB² § 153d, Rz 20.

⁴⁵⁷ JAB 743 BlgNR XXII.GP 3.

⁴⁵⁸ Vgl JAB 743 BlgNR XXII.GP 4 zur Frage, ob die BUAG-Zuschläge auch vom Tatbestand des § 153c StGB erfasst werden sollten.

a) Ausforschen der Täter und Feststellung der DG-Eigenschaft

Die Feststellung, wer im konkreten Einzelfall als DG und damit als unmittelbarer Täter anzusehen ist, bereitet erhebliche Schwierigkeiten: In der Praxis handelt es sich bei den meisten Scheinfirmen um keine einheitlichen Betriebe, deren gemeldete DN von einem Hintermann gesteuert werden, sondern – vergleichbar der Variante 2 des Ausgangsbeispiels – um reine Anmeldevehikel für eine Vielzahl von DN, die für ganz unterschiedliche tatsächliche DG tätig werden.

In den meisten Strafverfahren wird die durch die Anmeldung bewirkte scheinbare DG-Eigenschaft der GmbH nicht weiter hinterfragt, sondern versucht, herauszufinden, wer tatsächlicher Hintermann der GmbH und damit faktischer Geschäftsführer ist, der gem § 153d Abs 3 StGB ebenfalls als unmittelbarer Täter anzusehen wäre.

Diese Annahme deckt sich in vielen Fällen jedoch nicht mit den tatsächlichen Gegebenheiten, weil die GmbH üblicherweise nur als Anmelde- und Verrechnungsvehikel verwendet werden. Daraus folgt ein Tatverdacht gegen eine nicht näher bekannte Anzahl noch auszuforschender tatsächlicher DG, die als unmittelbare Täter zu verfolgen wären. Damit handelt es sich aber um eine Vielzahl von strafbaren Handlungen nach § 153d StGB, die von mehreren Tätern mit ein und derselben Scheinfirma verwirklicht werden. Insbes die Anführer eigenständig agierender Baupartien sind dabei häufig auch als DN der Scheinfirma angemeldet. Um im Ermittlungsverfahren die tatsächlichen DG auszuforschen, wären alle gemeldeten Personen zu befragen, in welchem Ausmaß und für wen sie tatsächlich gearbeitet haben.

Um Anhaltspunkte zu gewinnen, können sich die Strafverfolgungsbehörden zwar teilweise auf niederschriftliche Angaben von DN bei GKK, BUA, IEF oder AK stützen, jedoch sind die darin enthaltenen Angaben meist nicht sehr aufschlussreich. Da mangels vorhandener Dokumentation bei vielen Scheinfirmen weit über hundert DN gemeldet werden, ist eine umfassende Vernehmung all dieser Personen durch die StA oder Polizei schon aus Ressourcengründen kaum möglich. Und selbst wenn – wie in einzelnen Ermittlungsverfahren – dutzende DN einvernommen werden, sind die Ergebnisse meist ernüchternd: Nach Insolvenzeröffnung kann oder will die überwiegende Anzahl der DN keine detaillierten Angaben über ihr Beschäftigungsverhältnis im Tatzeitraum machen.

Im Ergebnis ist die durch den Tatbestand erforderliche vollständige Ausforschung aller mit derselben Scheinfirma agierenden unmittelbaren Täter des § 153d StGB kaum bewältigbar. In den beobachteten Verfahren wurde im Ergebnis entweder die DG-Eigenschaft der GmbH gar nicht in Frage gestellt und der faktische Geschäftsführer in seiner Funktion als leitender Angestellter als unmittelbarer Täter angesehen. Oder er wurde als Beitragstäter zu bisher unbekanntem tatsächlichen DG verfolgt und angeklagt.

b) Mangelnde Tatbestandsmäßigkeit von Scheinmeldungen

Scheinmeldungen können in Ermangelung eines DG nicht vom Tatbestand des § 153d StGB erfasst werden. Die nachträgliche Feststellung, ob eine zur SV gemeldete Person auch tatsächlich beschäftigt war, ist in der Realität ebenso schwierig wie der Nachweis der DG-Eigenschaft selbst. In Sozialbetrugsverfahren einzelner Scheinfirmen lässt sich idR nicht ausreichend klären, welchen Tätigkeiten jeder einzelne Gemeldete im relevanten Zeitraum nachging. Dieser Umstand lässt jede noch so engagierte Ermittlungstätigkeit zwangsläufig unzureichend erscheinen und wirkt sich im Hauptverfahren meist nachteilig im Hinblick auf rechtskräftige Verurteilungen aus.

c) Betrügerisches Vorenthalten

Zur Erfüllung des Tatbilds des § 153d StGB muss schon im Zeitpunkt der Anmeldung der Vorsatz bestehen, keine ausreichenden Beiträge und Zuschläge zu leisten. Dabei handelt es sich um eine innere Tatseite, deren Beweisbarkeit in der Praxis der gerichtlichen Strafverfolgung ganz allgemein eine dominante Bedeutung zukommt und im Einzelnen erhebliche Schwierigkeiten bereiten kann. Allerdings ist nach hA der Indizienbeweis, also der Schluss von einem gezeigten Verhalten auf ein inneres Wissen und Wollen, anerkannt⁴⁵⁹. Im Zusammenhang mit Scheinfirmen lassen sich vielfach solche Indizienketten bilden, die sich auf die Verwendung von Strohmännern oder Falschidentitäten bei Gründung oder Übernahme, das Vorhandensein einer reinen Schein- oder Briefkastenadresse als Firmensitz, das völlige Fehlen grundlegenden Anlage- und Betriebsvermögens und schließlich das rapide Ansteigen und die hohe Anzahl an DN-Anmeldungen iVm unterlassener Beitrags-, Zuschlags- und Abgabentrachtung stützen. Diese zusammentreffenden Umstände lassen meist auf eine ursprünglich geplante Hinterziehung von Beiträgen, Zuschlägen und Abgaben und damit auf einen schon im Anmeldezeitpunkt vorhandenen Vorsatz schließen.

Im Lichte der strengen Beweiserfordernisse des gerichtlichen Strafrechts dürfen diese Umstände allerdings nicht in eine Automatik ausarten. Der Vorsatz ist im Einzelfall gründlich zu untersuchen und gestützt auf die Spezifika des jeweiligen Sachverhalts zu beweisen. Bei unsicheren Tatsachengrundlagen darf in dubio nicht auf eine vorsätzliche Begehung geschlossen werden. Im Einzelfall mag die Beweisbarkeit der inneren Tatseite durchaus schwierig sein. Dies ist allerdings keine Besonderheit des § 153d StGB, sondern betrifft alle Vorsatzdelikte.

d) Berechnung der Beitrags- und Zuschlagsausfälle

Die in den Rückstandsausweisen der GKK und BUAK enthaltenen Beitrags- und Zuschlagsausfälle richten sich an die juristische Person als Beitragsschuldner und

⁴⁵⁹ ZB OGH 13.10.1998, 14 Os 132/98; OGH 16.11.2004, 14 Os 129/04; Ratz, WK-StPO § 281 Rz 452.

beziehen sich daher auf alle gemeldeten DN. Im Strafverfahren sind die in den Rückstandsausweisen enthaltenen Beträge zu Beweis Zwecken meist nicht verwendbar: Einerseits lassen sich oftmals nur für einen begrenzten Zeitraum Verantwortliche einer Scheinfirma ausforschen, weil oftmals Firmenpapiere ab einem bestimmten Zeitpunkt weitergegeben bzw verkauft und derselbe Gesellschaftsmantel von einer Vielzahl von Personen zur Vornahme von Anmeldungen verwendet wird und damit selbst die einstigen „Gründer“ der Gesellschaft nicht mehr wissen, wer diese bis zur Insolvenzeröffnung verwendete⁴⁶⁰. Aus denselben Gründen lassen sich selbst wenn feststeht, dass ein Täter in einem bestimmten Zeitraum DN auf die Scheinfirma anmeldete, nicht automatisch alle in diesem Tatzeitraum gemeldeten DV und damit alle daraus resultierenden Rückstände nur ihm alleine zurechnen, weil er vielfach argumentieren wird, dass auch andere Täter eigenständig Meldungen vornahmen.

In den beobachteten Ermittlungsverfahren⁴⁶¹ konnten im Zuge von Hausdurchsuchungen in Räumlichkeiten einzelner Hintermänner einer Scheinfirma zT Durchschläge einzelner Anmeldungen in Papierform oder DN-Listen auf Datenträgern sichergestellt werden. Damit konnte nachgewiesen werden, dass dem jeweiligen Täter zumindest die Anmeldungen der darin erwähnten DN und die aus deren Versicherungsverhältnissen herrührenden Beitrags- und Zuschlagsrückstände zurechenbar waren.

Abgestimmt auf die konkret nachweisbaren DN-Anmeldungen bedarf die StA dann vielfach spezieller Berechnungen, um die Beitragsausfälle durch Anmeldung bestimmter DN der Scheinfirma in eingegrenzten Zeiträumen zu ermitteln. Da weder bei der WGKK noch bei der BUAK die Abrechnungssoftware auf solche Berechnungen ausgerichtet ist, stellten diese Anfragen die Institutionen vor beachtliche Probleme

In anderen Sozialbetrugsverfahren⁴⁶² stellte sich erst im Hauptverfahren heraus, dass es sich beim Hauptangeklagten nicht, wie fälschlich angenommen, um den faktischen Geschäftsführer der Scheinfirma handelte, sondern um einen bloßen Partieführer, der die Anmeldung für sich und seine (vier bis sechs) Arbeiter veranlasste und dem damit keinesfalls die Gesamtheit der Rückstände aller gemeldeten DN zurechenbar war. Der in diesen Fällen üblicherweise geladene informierte Vertreter der GKK vermag zwar über den Gesamtrückstand der GmbH Auskunft zu geben, ist jedoch nicht in der Lage ist, ad hoc die auf einzelne Anmeldungen zurückzuführenden Beitragsschuldigkeiten bekannt zu geben.

⁴⁶⁰ Dazu schon oben S 56 f.

⁴⁶¹ Tgb 23012012 I.

⁴⁶² Tgb 01102010 I.

3. Fazit

Die Verurteilungszahlen nach § 153d StGB sind im Vergleich zur weiten Verbreitung des organisierten Sozialbetrugs mittels Scheinfirmen äußerst gering. 2008 kam es zu 13⁴⁶³, 2009 zu 14⁴⁶⁴ und 2010 zu 18 rechtskräftigen Verurteilungen⁴⁶⁵. Daraus lässt sich schließen, dass sich die Bestimmung in der Praxis bisher nicht als probates Mittel der strafgerichtlichen Sozialbetrugsbekämpfung etablieren konnte. Die Gründe liegen neben strukturellen Problemen der Strafverfolgungsbehörden⁴⁶⁶ vor allem in den tatbildimmanenten Beweisproblemen. In Fällen, in denen die spezifischen Beweisprobleme des § 153d StGB dazu führen, dass eine Strafbarkeit wegen betrügerischen Vorenthaltens nicht hinreichend belegt werden kann, bleibt natürlich weiterhin die Strafbarkeit nach § 153c StGB als Auffangtatbestand denkbar. Im Gegensatz zum betrügerischen Vorenthalten erfordert das Vorenthalten von DN-Beiträgen zur SV gem § 153c StGB keinen Nachweis, dass schon im Anmeldezeitpunkt der Vorsatz bestand, keine ausreichenden Beiträge zu bezahlen. Pönalisiert wird dabei allerdings nur das Vorenthalten der DN-Beiträge zur SV, DG-Beiträge bleiben außer Betracht⁴⁶⁷. Doch auch bei § 153c StGB bleiben das Beweisproblem bei der Feststellung der DGEigenschaft sowie die Schwierigkeiten hinsichtlich der Berechnung der verkürzten Beiträge erhalten. Hinzu kommt, dass im Gegensatz zu § 153d StGB eine Strafbarkeit nach § 153c StGB nach hA nur dann angenommen werden darf, wenn im Fälligkeitzeitpunkt der DN-Anteile die Netto-Löhne übersteigende Mittel vorhanden waren⁴⁶⁸. Dies kann gerade bei Scheinfirmen zweifelhaft sein, wodurch sich § 153c StGB vielfach auch nicht als Auffangtatbild zur Sozialbetrugsbekämpfung eignen wird.

B) Anmeldung beim richtigen DG als Betrug?

Die vorstehenden Erwägungen zeigen, dass die praktische Anwendung des § 153d StGB auf beachtliche Schwierigkeiten stößt. § 153c StGB vermag zwar zum Teil Abhilfe zu schaffen, wird aber angesichts seiner geringen Strafdrohung von maximal zwei Jahren Freiheitsstrafe oftmals ungenügend erscheinen, um den vollständigen Unwert von Beitragsausfällen einer Scheinfirma in sechsstelligen Dimensionen zu erfassen. Es stellt sich daher die Frage, ob das verwirklichte Unrecht durch andere Tatbestände des allgemeinen Vermögensstrafrechts erfasst werden könnte. Da die Beitragshinterziehung schon Teil des ursprünglichen Tatplans ist und durch diese Anmeldung Beitragsausfälle beim zuständigen SV-Träger entstehen, ist an eine Strafbarkeit im Rahmen des klassischen Betrugstat-

⁴⁶³ Statistik Austria, Kriminalstatistik 2008.

⁴⁶⁴ Statistik Austria, Kriminalstatistik 2009.

⁴⁶⁵ Statistik Austria, Kriminalstatistik 2010. Die Zahlen für 2011 waren bei Projektende noch nicht verfügbar.

⁴⁶⁶ Dazu schon oben S 122 ff.

⁴⁶⁷ Kirchbacher/Presslauer, WK-StGB² § 153c, Rz 14.

⁴⁶⁸ Kirchbacher/Presslauer, WK-StGB² § 153c, Rz 19; OGH 10.02.2004, 11 Os 145/03.

bestandes (§ 146 StGB) zu denken. Bei Verwirklichung der Deliktsqualifikationen des Schweren oder Gewerbsmäßigen Betrugs (§ 147 Abs 3 [Schaden von mehr als 50.000 Euro⁴⁶⁹], § 148 2. Fall StGB) würde dabei eine Strafdrohung von einem bis zu zehn Jahren Freiheitsstrafe gelten. Bei der Meldung via DFÜ ist als entsprechender Tatbestand an § 148a StGB zu denken. In der Folge wird aus Gründen der klareren Darstellung nur auf § 146 StGB für den Fall der Papiermeldung eingegangen. Soweit nicht auf Besonderes hingewiesen wird, gelten die Ausführungen sinngemäß für § 148a StGB bei DFÜ-Meldungen.

1. Relevante Täuschungshandlungen?

a) Täuschung und Anmeldung

Während im Fall einer Scheinmeldung der Grundtatbestand der Versicherung vorgetäuscht wird, sind die gemeldeten DN im Ausgangsbeispiel tatsächlich beschäftigt. Damit stellt sich primär die Frage, ob im Zeitpunkt der Anmeldung überhaupt eine Täuschung vorliegt und worin der Erklärungswert der Meldung besteht. Nach § 33 ASVG sind bestimmte Umstände in der Meldung anzugeben. Im Grundfall des Ausgangsbeispiels entsprechen diese Umstände allerdings der Wahrheit, so dass darin jedenfalls keine Täuschung liegt.

b) Täuschung, Zahlungswilligkeit und Zahlungsfähigkeit

Es fragt sich aber, ob der DG noch etwas Weiteres damit erklärt, insbes seine Zahlungswilligkeit und seine Zahlungsfähigkeit. Da die Pflicht zur Entrichtung von Beiträgen einerseits und das Vorliegen eines Versicherungsverhältnisses bei einem bestehenden Beschäftigungsverhältnis andererseits nicht der Disposition des DG und der SV-Träger unterliegt, sondern ex lege besteht, spielt die Zahlungswilligkeit keine entscheidende Rolle für die Anmeldung. Die SV-Träger können die Einbeziehung des DN in den Versicherungsschutz aufgrund fehlender Zahlungswilligkeit des DG nicht verweigern, sofern es sich beim Gemeldeten wirklich um einen DN handelt. Dasselbe gilt bei Zahlungsunfähigkeit.

Der OGH hat sich zu dieser Frage noch nicht abschließend geäußert. In dem schon angesprochenen obiter dictum in 6 Ob 190/04s⁴⁷⁰ sprach allerdings ein zivilrechtlicher Senat aus, dass es angesichts der gesetzlichen und arbeitsvertraglichen Verpflichtung zur Anmeldung von DN (§ 33 Abs 1 ASVG) zumindest zweifelhaft sei, ob in der Anmeldung von tatsächlich beschäftigten DN eine schlüssige Täuschungshandlung erblickt werden könne. Selbst wenn darin aber eine Täuschungshandlung gesehen würde, so wäre diese nicht kausal für die Einbeziehung der gemeldeten Person in den Versicherungsschutz, weil die Meldung bloß deklarativen Charakter hat.

⁴⁶⁹ Bei einem Beitragsausfall in derselben Höhe sieht § 153d Abs 2 StGB demgegenüber einen Strafrahmen von sechs Monaten bis fünf Jahren Freiheitsstrafe vor.

⁴⁷⁰ OGH 03.11.2005, 6 Ob 190/04s.

Zu einem anderen Ergebnis käme man wohl nur, wenn davon unabhängig eine Pflicht zur Aufklärung über die Zahlungsunfähigkeit bestünde. Dann nämlich würde einer Erklärung, die keine Auskunft über die bestehende Zahlungsunfähigkeit gibt, der Inhalt beigemessen werden können, dass der meldende DG zahlungsfähig ist. Wenn er es nicht ist, hätte er im Sinne des Betrugs konkludent durch die unvollständige Meldung durch aktives Tun getäuscht.

ba) Bestehen einer Aufklärungspflicht über die Zahlungsunfähigkeit?

Im ASVG findet sich keine ausdrücklich normierte Aufklärungspflicht des DG über seine Zahlungsunfähigkeit. § 34 Abs 1 ASVG verpflichtet den DG allerdings, während des Bestandes der Pflichtversicherung jede für diese Versicherung bedeutsame Änderung dem zuständigen KV-Träger innerhalb von sieben Tagen zu melden und führt dabei die Änderung der BGL, die Unterbrechung und den Wiedereintritt des Entgeltanspruches sowie den Wechsel in die „Abfertigung neu“ als Beispiele an. Bei dieser Auflistung handelt es sich allerdings um eine demonstrative (arg „insbesondere“); weitere Meldepflichten sind somit grundsätzlich denkbar⁴⁷¹. Nach Analyse der Meldepflichten des § 34 ASVG kommt *Schneider* zu dem Schluss, dass diese Bestimmung ausschließlich jene Umstände einer Meldepflicht unterwirft, die eine Änderung des Schuldverhältnisses zw DG und DN betreffen⁴⁷² und damit eine Änderung der Ausgestaltung des Versicherungsverhältnisses bedingen. Da der Eintritt der materiellen Insolvenz keinen Einfluss auf das Versicherungsverhältnis ausüben, könne es sich dabei um keine meldepflichtige Tatsache handeln⁴⁷³.

Folgt man dieser Position, so kommt der Anmeldung kein weitergehender Erklärungswert zu. Der DG täuscht nicht, und es besteht kein Anknüpfungspunkt für eine Betrugsstrafbarkeit. In weiterer Folge wäre für das Vorenthalten der Beiträge nach § 153c und § 153d StGB vorzugehen.

Diesem Auslegungsergebnis könnte uU entgegen gehalten werden, dass sich der Wortlaut des § 34 Abs 1 ASVG auch weiter verstehen ließe. Denn danach ist jede für die Versicherung *bedeutsame* Änderung zu melden⁴⁷⁴. Die erwähnten Beispiele könnten auch nur deshalb Einzug in den Gesetzestext gefunden haben, weil sie als die häufigsten und typischsten Umstandsänderungen in vielen Versicherungsverhältnissen auftreten. In Anbetracht dessen, dass auch die Gesetzesmaterialien⁴⁷⁵ keinen weiteren Aufschluss darüber geben, weshalb gerade diese Beispiele ausgewählt wurden, sind sie wohl nicht geeignet, eine einschränkende Auslegung der Meldepflichten auf bloße Änderungen des Versicherungsverhältnisses zu stützen. Die materielle Zahlungsfähigkeit wirkt sich zwar

⁴⁷¹ *Schneider*, ZIK 2006, 154 (155).

⁴⁷² *Schneider*, ZIK 2006, 154 (155).

⁴⁷³ *Schneider*, ZIK 2006, 154 (155).

⁴⁷⁴ So *Kietaibl*, DRdA 2011, 416 (418).

⁴⁷⁵ Vgl EBRV 599 BlgNR VII.GP 20 f.

nicht unmittelbar auf das Versicherungsverhältnis aus, ist allerdings für den Versicherungsträger und damit in weiterer Folge auch für das Versicherungsverhältnis zweifelsohne von Bedeutung. Der Versicherungsträger kann das Versicherungsverhältnis zwar weder beenden noch Leistungen zurückbehalten, er verfügt aber über die Möglichkeit, durch Stellung eines Insolvenzantrags eine mögliche Beendigung der die Versicherung begründenden Beschäftigungsverhältnisse in Gang zu setzen⁴⁷⁶ oder andere Schritte wie die getrennte Beitragseinhebung gem § 61 ASVG oder eine Sicherstellung gem § 66 ASVG in die Wege zu leiten. In den in § 34 ASVG normierten Informationsrechten der SV-Träger manifestieren sich somit wohl nicht nur Interessen der DN, sondern auch das erhebliche öffentliche Interesse an der Beitragsaufbringung im Hinblick auf den besonders hohen Finanzierungsaufwand in der SV⁴⁷⁷. Daher könnte auch die Zahlungsunfähigkeit des DG als für den Bestand der Versicherung bedeutsamer Umstand angesehen werden, der folglich dem Versicherungsträger gem § 34 Abs 1 ASVG zu melden ist.

Folgt man dieser Auslegung, dann stellt sich noch die Frage, wie eng die Formulierung „während des Bestandes der Pflichtversicherung“ zu verstehen ist. Geht man davon aus, dass die Pflichtversicherung erst mit tatsächlicher Arbeitsaufnahme greift⁴⁷⁸, so hat die Anmeldung des DN nach § 33 ASVG freilich schon davor zu erfolgen, also in einem Zeitpunkt, in dem eben noch keine Pflichtversicherung besteht. Formal betrachtet könnte daher eine Pflicht zur Meldung der Zahlungsunfähigkeit im Anmeldezeitpunkt des DN verneint werden, selbst wenn man diesen Umstand als grundsätzlich nach § 34 ASVG meldepflichtig ansehen würde. Wenn man aber den Umstand der Zahlungsunfähigkeit als ausreichend wesentlich erachtet, um ihn grundsätzlich einer Meldepflicht nach § 34 ASVG zu unterstellen, wird man wohl in einem Größenschluss davon ausgehen können, dass Umstände, die während des Bestehens der Pflichtversicherung gemeldet werden müssen, auch mit Beginn bzw unmittelbar vor Beginn der Pflichtversicherung gemeldet werden müssen.

Folgt man diesem zweiten Ansatz, so hätte der DG bei Anmeldung der DN den SV-Träger auch über seine Zahlungsunfähigkeit zu informieren⁴⁷⁹.

bb) Gemeinsame Meldung oder separate Meldepflicht?

Bejaht man grundsätzlich, dass § 34 ASVG den DG zur Bekanntgabe seiner Zahlungsunfähigkeit im Zeitpunkt der Anmeldung von DN verpflichtet, fragt sich noch, ob es sich bei diesen Pflichten um eine gemeinsame Meldepflicht oder um zwei separate Meldepflichten handelt. Die Konsequenz liegt auf der Hand: Be-

⁴⁷⁶ *Kietaibl*, DRdA 2011, 416 (419).

⁴⁷⁷ *Resch*, JBl 1995, 24 (27).

⁴⁷⁸ Zu den Fragen um den Beginn des Beschäftigungsverhältnisses siehe *Krejci*, Sozialversicherungsverhältnis 102 ff.

⁴⁷⁹ So auch *Kietaibl*, DRdA 2011, 416 (419).

steht eine Pflicht bezogen auf mehrere Informationen, so wäre die unvollständige Meldung, in der ein DG die Zahlungsunfähigkeit verschweigt, eine Täuschung des Versicherungsträgers durch aktives Tun. Sind die Meldepflichten hingegen getrennt zu behandeln und kommt der DG der Meldepflicht nach § 34 ASVG nicht nach, so kommt nur mehr eine Täuschung durch Unterlassen in Frage. Für eine Strafbarkeit durch Unterlassen bedürfte es aber nicht nur einer Garantenstellung des DG nach § 2 StGB. Es müsste weiters die Quasikausalität des Unterlassens nachgewiesen werden. MaW müsste nachgewiesen werden, dass der bei den SV-Trägern eingetretene Vermögensschaden in seiner konkreten Gestalt bei Information über die Zahlungsunfähigkeit mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit unterblieben wäre⁴⁸⁰.

Sachgerecht wäre es freilich, Meldepflichten, die in einem Zeitpunkt anfallen, auch als eine umfassende Pflicht zu bündeln. Betrachtet man die Meldefomulare bzw die Eingabemaske im ELDA-System, so stellt man allerdings fest, dass für Informationen über eine etwaige Zahlungsunfähigkeit kein Raum vorgesehen ist. Während man Zusatzinformationen handschriftlich auf der Papiermeldung am Rand oder auf der Rückseite zwar zumindest theoretisch anführen könnte, besteht bei der elektronischen Meldung überhaupt keine Möglichkeit, solche Informationen anzubringen; ein Umstand, der nahelegt, dass derzeit de facto nicht von einer solchen Meldepflicht ausgegangen wird, was wiederum bedeuten würde, dass der DG auch nicht durch Unterlassen täuscht, wenn er nicht informiert.

Selbst wenn man aber dennoch eine Pflicht zur Information über die Zahlungsunfähigkeit bejahen wollte, müsste man dann aber wohl von getrennt zu erfüllenden Meldepflichten ausgehen. Die Konsequenz daraus wäre die Prüfung einer Strafbarkeit wegen Betrugs durch Unterlassen, wenn der DG in Bezug auf die zweite Meldung, nämlich nach § 34 ASVG, untätig bleibt.

bc) DG als Garant?

Denkt man diesen Ansatz konsequent weiter, müsste der DG Garant für das Vermögen der SV-Träger gem § 2 StGB und deshalb zur Meldung seiner Zahlungsunfähigkeit an den SV-Träger verpflichtet sein, damit in weiterer Folge eine Strafbarkeit bei mangelnder Meldung in Frage kommt. Denn nicht jedes gesetzliche Handlungsgebot begründet automatisch auch eine Garantenstellung iSd § 2 StGB, sondern nur eine den Täter „im Besonderen“ treffende, erfolgsspezifische Rechtspflicht⁴⁸¹. Die Existenz und der Umfang einer solchen persönlichen Erfolgsabwendungspflicht ist stets durch Auslegung anhand des Inhalts und Schutzzwecks der Norm zu erörtern⁴⁸². Dabei ist insbes zu klären, ob der Täter durch die Rechtspflicht speziell zum Schutz des gefährdeten Rechtsgutobjektes

⁴⁸⁰ Zur Quasikausalität beim Unterlassungsdelikt siehe näher *Steininger*, SbgK § 2 Rz 17 ff; *Hilf*, WK-StGB² § 2 Rz 53 ff.

⁴⁸¹ *Fuchs*, AT I⁷, 37/42.

⁴⁸² *Hilf*, WK-StGB² § 2 Rz 70, 75.

aufgerufen wird und ob sich andere auf seinen aktiven Einsatz verlassen dürfen⁴⁸³.

Wie bereits ausgeführt wurde, liegt der Schutzzweck dieser Pflicht zwar nicht ausschließlich, aber doch in einem beachtlichen Maße im öffentlichen Interesse an der Sicherung der Beitragsaufbringung⁴⁸⁴. Wegen der Finanzierung im Umlageverfahren ist die Versichertengemeinschaft hinsichtlich der laufend zu erbringenden Leistungen und damit im Hinblick auf die Funktionsfähigkeit der SV an sich stark von den Beitragszahlungen auch für jene Versicherten abhängig, die gerade keine Leistungen beziehen⁴⁸⁵. Daraus lässt sich weiters folgern, dass die Aufklärungspflicht des DG über die materielle Zahlungsunfähigkeit dem Versicherungsträger die Möglichkeit geben soll, den daraus resultierenden Beitragsausfall durch Einleitung relevanter Schritte so gering wie möglich zu halten und im Ergebnis die Finanzierbarkeit der SV zu gewährleisten.

Im strafrechtlichen Schrifttum finden sich zwar Beispiele von Meldepflichten, die nach hA nicht geeignet sind, eine Garantenpflicht zu begründen, weil sie nicht der unmittelbaren Hilfe und Obsorge, sondern ausschließlich der Information der Behörden dienen⁴⁸⁶. Das dürfte bei einer allfälligen Pflicht zur Aufklärung über die Zahlungsunfähigkeit aber anders zu beurteilen sein, zumal sie einen Umstand aus der Sphäre des Betroffenen selbst betrifft⁴⁸⁷. Außerdem führt die Verletzung der Aufklärungspflicht auch nicht zu einer Schädigung eines Dritten, sondern des Versicherungsträgers, dem ua gerade deshalb das Recht auf Aufklärung zusteht, um die ihm drohenden Schäden abzuwenden bzw zu minimieren. Bejaht man die Meldepflicht grundsätzlich, so wird man sie wohl auch als spezifische Obsorgepflicht für die Beitragsforderung des Versicherungsträgers verstehen können.

Wenn der DG Träger der Garantenpflichten ist, so wird damit typischerweise eine juristische Person angesprochen. Im Ausgangsbeispiel würde die Pflicht die GmbH als DG treffen. Es stellt sich daher die Frage, ob – das Bestehen der Aufklärungspflicht vorausgesetzt – zumindest der handelsrechtliche Geschäftsführer B Garantenpflichten hat. Der im Zuge des Sozialrechts-ÄnderungsG 2010⁴⁸⁸ eingeführte § 58 Abs 5 ASVG sieht vor, dass die VertreterInnen juristischer Personen alle Pflichten zu erfüllen haben, die den von ihnen Vertretenen obliegen. Ausdrücklich erwähnt wird dabei die Pflicht dafür zu sorgen, dass die Beiträge bei Fälligkeit aus den vorhandenen Mitteln entrichtet werden. Lt den Materialien sollten damit die SV-rechtlichen Pflichten der Vertreter juristischer Personen an jene des Abgabenrechts angeglichen und damit ua ein weiterer Beitrag zur Be-

⁴⁸³ *Steininger*, SbgK § 2 Rz 18.

⁴⁸⁴ *Resch*, JBl 1995, 24 (27).

⁴⁸⁵ Dazu schon oben S 144.

⁴⁸⁶ ZB Meldepflichten bezügl Krankheiten oder soziale Missstände vgl *Hilf*, WK-StGB² § 2 Rz 76; *Steininger*, SbgK § 2 Rz 73 ff.

⁴⁸⁷ Vgl *Steininger*, SbgK § 2 Rz 73 ff.

⁴⁸⁸ BGBl I 62/2010.

kämpfung von Beitragshinterziehungen geleistet werden⁴⁸⁹. Damit ist mittlerweile ausdrücklich normiert, dass die DG-Pflichten des § 34 ASVG auch den handelsrechtlichen Geschäftsführer einer GmbH treffen⁴⁹⁰. Wenn also aus § 34 ASVG eine Aufklärungspflicht über die Zahlungsunfähigkeit abgeleitet werden kann, dann obliegt sie neben dem DG wohl auch dessen Geschäftsführer.

Der Schutzzweck einer auf § 34 ASVG gestützten Rechtspflicht zur Aufklärung über die Zahlungsunfähigkeit liegt wohl in der weitgehenden Minderung von Beitragsausfällen infolge von Zahlungsunfähigkeit. Unterlässt der Geschäftsführer die gebotene Aufklärung und kommt es in der Folge zu einem Vermögensschaden auf Seiten des Versicherungsträgers, so würde sich genau jener Erfolg verwirklichen, dem die Aufklärungspflicht entgegensteuern soll. Im Ergebnis ließe sich damit auf dieser Ebene der Prüfung im Ausgangsbeispiel eine Garantenstellung zumindest des handelsrechtlichen Geschäftsführers B bejahen.

Es ist an dieser Stelle nochmals darauf hinzuweisen, dass die Frage, ob eine solche Aufklärungspflicht über die Zahlungsunfähigkeit überhaupt besteht, – soweit ersichtlich – im Schrifttum bisher nur von *Kietaibl*⁴⁹¹, in der *Jud* jedoch noch gar nicht beantwortet wurde. Dennoch sollen im Folgenden die weiteren Konsequenzen für den Fall aufgezeigt werden, dass eine Aufklärungspflicht bejaht würde.

2. Vermögensschaden

a) Allgemeines

Unabhängig von den Problemen bei der Täuschung ist auch fraglich, ob überhaupt ein Vermögensschaden in kausaler Weise durch die Anmeldung der DN oder die Nichtmeldung der Zahlungsunfähigkeit herbeigeführt wurde. In der für die SV-Träger bedeutsamen Entscheidung 6 Ob 190/04s⁴⁹² verneinte ein zivilrechtlicher Senat des OGH die Strafbarkeit der Anmeldung tatsächlich beschäftigter DN im Hinblick auf die ex-lege greifende Versicherungspflicht der SV. Er argumentierte, dass durch den Ausschluss der Privatautonomie und der Meldeunabhängigkeit des Versicherungsverhältnisses die Anmeldung zu keiner Vermögensverfügung des SV-Trägers führe, weil die Versicherung schon kraft Gesetzes bestünde und es zu ihrer Begründung somit keines Verhaltens des SV-Trägers bedürfe. Der Tatbestand des Betrugs sei schon wegen der mangelnden Kausalität für den Beitragsausfall nicht erfüllt, weshalb eine Auseinandersetzung mit der Täuschungsqualität der Handlung nicht mehr erforderlich wäre. Diese Auslegung entspricht auch der herrschenden strafrechtlichen Meinung⁴⁹³.

⁴⁸⁹ EBRV 785 BlgNR XXIV.GP 4.

⁴⁹⁰ Dies ergibt sich schon durch die ausdrückliche Angleichung an die Regelung des Abgabenrechts. Dazu im Detail siehe *Ritz*, BAO⁴ § 80 Rz 1 ff sowie § 9 Rz 9 ff.

⁴⁹¹ *Kietaibl*, DRdA 2011, 416.

⁴⁹² OGH 03.11.2005, 6 Ob 190/04s.

⁴⁹³ *Kirchbacher*, WK-StGB² § 146 Rz 55; *Kienapfel/Schmoller*, BT II § 146 Rz 112 f.

b) Quasikausale Herbeiführung eines Vermögensschadens durch Unterlassen der Aufklärung?

Bejaht man allerdings die Aufklärungspflicht hinsichtlich der Zahlungsunfähigkeit, so fragt sich, ob nicht andere Vermögensdispositionen des Versicherungsträgers mit Blick auf eine Betrugsstrafbarkeit relevant werden könnten⁴⁹⁴. Die pflichtwidrige Unterlassung der Aufklärung über die Zahlungsunfähigkeit kann für eine Betrugsstrafbarkeit allerdings nur dann von Relevanz sein, wenn der Versicherungsträger bei Kenntnisnahme der Zahlungsunfähigkeit die Möglichkeit zum Einschreiten und damit zur Verhinderung oder Minderung des im Endeffekt eingetretenen Beitragsausfalls gehabt hätte. Zu beachten sind dabei vor allem Überlegungen zur Quasikausalität der Unterlassung für den eingetretenen Erfolg: Nach Rspr und hL ist die Unterlassung nur dann kausal für den eingetretenen Vermögensnachteil, wenn bei Vornahme der gebotenen Aufklärung der Erfolg in seiner konkreten Gestalt mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit unterblieben wäre⁴⁹⁵. Die konkreten Auswirkungen des Erfordernisses der Quasikausalität sollen im Folgenden anhand der getrennten Beitragseinhebung (§ 61 ASVG), der Sicherstellung (§ 66 ASVG) und der Vorfinanzierung der BMSVG-Beiträge dargestellt werden.

ba) Getrennte Beitragseinhebung nach § 61 ASVG

Eine relevante Vermögensdisposition des SV-Trägers könnte in der täuschungsbedingten Unterlassung der Vorschreibung einer getrennten Einzahlung von Beiträgen gem § 61 ASVG liegen. Danach hat der Versicherungsträger das Recht, DG, die mit der Entrichtung von Beiträgen im Rückstand sind, vorzuschreiben, nur die DG-Anteile zu entrichten. Die DN-Anteile werden diesfalls direkt bei den DN eingehoben. Einzige Voraussetzung ist das Vorliegen eines Beitragsrückstands, ansonsten liegt die Vornahme im Ermessen des Versicherungsträgers⁴⁹⁶. Die täuschungsbedingte Vermögensdisposition läge nun nicht im bloßen Versicherthalten, sondern in der Unterlassung einer möglichen getrennten Vorschreibung und Einhebung der DN-Beitragsanteile bei den DN. So könnte der SV-Träger den drohenden Beitragsausfall zumindest reduzieren, falls er die Beiträge von den DN erhält.

Im höchsten Maße fraglich ist dabei allerdings die Quasikausalität: Zwar würde es der rechtlichen Beurteilung nicht schaden, dass die getrennte Beitragseinhe-

⁴⁹⁴ Zur Frage des Schadens durch Versicherthalten und den Erwerb von Anwartschaften darf auf die Ausführungen im Zusammenhang mit der Scheinmeldung verwiesen werden, dazu oben S 142 ff.

⁴⁹⁵ *Hilf*, WK-StGB² § 2 Rz 57; OGH 10.07.1984, 10 Os 106/84; aA *Fuchs*, AT I 7, 37/32, der die Kausalität der Unterlassung bereits dann bejaht, wenn die unterlassene Handlung die dem Rechtsgut drohende Gefahr, die sich verwirklicht hat, wesentlich vermindert hätte.

⁴⁹⁶ In OGH 03.11.2005, 6 Ob 190/04s argumentierte die klagende GKK damit, dass sie bei Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit des DG von dem Recht auf Anordnung getrennter Beitragsvorschreibung gem § 61 ASVG Gebrauch gemacht und damit zumindest die DN-Beitragsanteile erhalten hätte. Da es sich im Verfahren um eine unbeachtliche Neuerung gem § 504 Abs 2 ZPO handelte, ging das Höchstgericht auf diesen Aspekt nicht weiter ein.

bung gem § 61 ASVG in der Praxis bislang nahezu nie eingesetzt wird. Doch müsste für eine Strafbarkeit wegen Betrugs durch Unterlassen der Aufklärung über die Zahlungsunfähigkeit nachgewiesen werden, dass die GKK bei Aufklärung über die Zahlungsunfähigkeit mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit über das Instrumentarium des § 61 ASVG DN-Beiträge erhalten hätte. Im faktischen Umfeld, in dem sich das Ausgangsbeispiel abspielt, ist dies eher unwahrscheinlich, freilich aber nicht generell ausgeschlossen.

bb) Vermögensschaden durch unterlassene Sicherstellung gem § 66 ASVG

Ein möglicher Schaden des Versicherungsträgers könnte sich allerdings auch aus der dem Versicherungsträger offenstehenden Möglichkeit ergeben, einen Sicherstellungsauftrag gem § 66 ASVG zu erlassen. In sinngemäßer Anwendung der Bestimmungen der §§ 232, 233 BAO hätte die GKK bei Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit einen Sicherstellungsauftrag zur Sicherung des bestehenden Beitragsrückstands erlassen können. Dafür bedarf es auch keines tatsächlichen Beitragsrückstands, sondern bloß der Gefahr der Uneinbringlichkeit von Beiträgen. Das Ziel des Sicherungsverfahrens besteht darin, dem Beitragsgläubiger bereits zu einem Zeitpunkt, in dem sein Anspruch zwar dem Grunde nach feststeht, aber noch nicht realisierbar ist, wegen Drohung der Gefährdung oder Erschwerung der Einbringung ein Pfandrecht zu verschaffen, dessen Rang auch für die nachfolgende Exekution zur Einbringung maßgebend ist⁴⁹⁷.

Aus dem Blickwinkel der Quasikausalität müsste freilich wieder nachgewiesen werden, dass im Zeitpunkt der DN-Anmeldung entsprechende Sicherheiten vorhanden gewesen wären. Nur wenn durch Sicherstellung dieser vorhandenen Vermögenswerte mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit der Beitragsausfall der GKK ausgeblieben oder vermindert worden wäre, könnte von einem Vermögensschaden infolge täuschungsbedingten Unterlassens der Aufklärung über die Zahlungsunfähigkeit gesprochen werden. Im Übrigen ist die Sicherstellung im Insolvenzverfahren möglicherweise ohnehin anfechtbar (§ 30 f IO)⁴⁹⁸, und es würde ein Schadenseintritt uU auch aus diesem Grund nicht verhindert werden.

bc) Vermögensschaden durch Vorfinanzierung der BMSVG-Beiträge

Zuletzt sei noch auf eine Vermögensdisposition hingewiesen, die in einer aktiven Vermögensverfügung durch den SV-Träger besteht. Alle privatrechtlichen Arbeitsverhältnisse, die nach dem 31.12.2002 geschlossen wurden, unterliegen zwingend der „Abfertigung neu“ nach BMSVG, in deren Rahmen die Abfertigungspflichten des DG an private MV-Kassen ausgelagert werden⁴⁹⁹. Der gesetzliche MV-Beitrag beträgt 1,53 % der jeweiligen Bemessungsgrundlage. Gem

⁴⁹⁷ VwGH 21.11.2001, 96/08/0104.

⁴⁹⁸ Vgl dazu noch zu § 30 KO *Rebernik in Konecny*, KO § 30 Rz 103 ff und 135 ff.

⁴⁹⁹ *Schrank/Mazal*, Arbeitsrecht⁴, 233 f.

§ 27 Abs 8 BMSVG sind die KV-Träger dazu verpflichtet, die MV-Beiträge zur Gänze an die MV-Kasse abzuführen. Die Beitragsabführung hat bis zum 10. des der Beitragsfälligkeit zweitfolgenden Monats zu erfolgen, unabhängig von der Tatsache, ob die MV-Beiträge vom DG auch tatsächlich bezahlt wurden. Dies hat zur Folge, dass die GKK eine Vorfinanzierungspflicht trifft, dh der KV-Träger hat die Beiträge aus eigenem Vermögen an die MV-Kasse zu leisten, wenn diese vom DG nicht oder nicht zeitgerecht entrichtet werden. Sollte es infolge der Nichtentrichtung von MV-Beiträgen zu einer Bevorschussung durch die GKK kommen, so kann die Bevorschussung der MV-Beiträge aus eigenem Vermögen als selbstschädigende Vermögensdisposition der GKK betrachtet werden. Strafbar ist die Unterlassung der Aufklärung damit allerdings wieder nur dann, wenn die Aufklärung über die Zahlungsunfähigkeit mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit dazu geführt hätte, dass die GKK die MV-Beiträge nicht vorfinanziert hätte. Lässt sich im Einzelnen beweisen, dass der Versicherungsträger durch geeignete Maßnahmen die MV-Beiträge noch vor Fälligkeit der Vorfinanzierung gem § 27 Abs 8 BMSVG erlangen hätte können, wäre im Ergebnis eine Strafbarkeit gem § 146 StGB möglich. Für den Regelfall scheint dies nicht sehr wahrscheinlich.

Die Tatsache, dass die entgangenen MV-Beiträge vom IEF besichert und damit bei Erfüllung eines Insolvenztatbestandes iSd § 1 IESG der GKK erstattet werden (§ 13d IESG), ist für die Betrugsvollendung unerheblich. Zwar kommt es im Endeffekt zu einer Schadensüberwälzung auf den IEF, diese spielt jedoch für die Strafbarkeit der Tat keine Rolle⁵⁰⁰.

Für den Baubereich ist allerdings darauf hinzuweisen, dass BUAG-pflichtige DN gem § 33b Abs 2 BUAG automatisch der von der BUAK betriebenen MV-Kasse angehören. In diesem Bereich kommt es somit zu keiner Beitragseinhebung und Bevorschussung durch die GKK. Als Geschädigte käme in diesen Fällen allenfalls die BUAK selbst in Frage, die die Beiträge an ihre eigene MV-Kasse überweist.

3. Ergebnis

Für den Ausgangsfall ergibt sich damit folgende Beurteilung: Verneint man das Bestehen einer Pflicht zur Aufklärung über die Zahlungsunfähigkeit im Zeitpunkt der DN-Anmeldung via Papiermeldung, so scheidet Betrug aus, weil keine relevante Täuschungshandlung gesetzt wird. Entsprechend ist Betrügerischer Datenverarbeitungsmissbrauch für Anmeldungen via DFÜ zu verneinen.

Geht man hingegen von einer solchen Aufklärungspflicht aus, so kommt ein Betrug durch aktives Tun wegen der Erstattung einer unvollständigen Meldung aufgrund der derzeitigen Meldeabwicklung wohl dennoch nicht in Betracht. Auszugehen wäre von einer eigenständigen Verletzung der Meldepflicht, die nur zu einer Strafbarkeit wegen eines Unterlassungsdeliktes führen kann. Die Ausführungen zeigen aber, dass eine Strafbarkeit wegen Betrugs durch Unterlassen der Auf-

⁵⁰⁰ Kirchbacher, WK-StGB² § 146 Rz 60.

klärung über die Zahlungsunfähigkeit selbst bei Bejahung einer Aufklärungspflicht praktisch schwierig durchzusetzen ist. IdR ist es unwahrscheinlich, dass die Aufklärung mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zum Ausbleiben oder zumindest zum teilweisen Ausbleiben des Vermögensschadens in Form des Beitragsausfalls geführt hätte.

Sollte bei Annahme einer Aufklärungspflicht der Nachweis der Quasikausalität gelingen, so ist noch darauf hinzuweisen, dass nach § 2 StGB die Unterlassung der Erfolgsabwendung einer Verwirklichung des gesetzlichen Tatbildes durch ein Tun gleichzuhalten sein muss. Diesem Gleichwertigkeitskorrektiv kommt beim verhaltensgebundenen Delikt des Betrugs entscheidende Bedeutung zu⁵⁰¹. Das pflichtwidrige Unterlassen der Aufklärung ist einer aktiven Täuschung insbes dann gleichwertig, wenn es den Sinn einer über Tatsachen täuschenden Äußerung bestimmten Inhalts hat⁵⁰². Da der Sinn der unterlassenen Aufklärung über die von Anfang an bestehende Zahlungsunfähigkeit vor allem darin wurzelt, dem Versicherungsträger die Kenntnisnahme von den bevorstehenden Beitragsausfällen möglichst zu erschweren, um die Scheinfirma möglichst lange verwenden zu können, wird man von einer Gleichwertigkeit der pflichtwidrigen Unterlassung ausgehen können.

Möchte man DG künftig strafrechtlich für die Nichtaufklärung über die bestehende Zahlungsunfähigkeit im Rahmen des Betrugs oder Betrügerischen Datenverarbeitungsmissbrauchs in die Pflicht nehmen, so müsste zunächst eine eindeutige Aufklärungspflicht im Sozialversicherungsrecht statuiert werden. Weiters sollte diese Information nach den gesetzlichen Vorgaben schon in einer gemeinsamen Meldung mit der Anmeldung neuer DN erfolgen müssen und faktisch auch erfolgen können. Bei einer einzigen umfassenden Meldung im Anmeldezeitpunkt, die dann uU falsch bzw unvollständig abgegeben würde, läge nach hM aktives Tun vor, weil der Täter eine einheitliche Handlung (die unvollständige bzw falsche Meldung) setzt, die sowohl ein Tun (Meldung) wie auch ein Unterlassen (Nichtmeldung der Zahlungsunfähigkeit) als zeitlich zusammenfallende Elemente erfasst⁵⁰³. Diesfalls geht nach dem Grundsatz des Primats des Tuns das aktive Element vor, was wiederum den praktischen wie dogmatischen Nachweis des Kausalzusammenhangs zwischen Falschmeldung und Schadenseintritt erleichtern würde.

⁵⁰¹ Kienapfel/Schmoller, BT II § 146 Rz 92.

⁵⁰² Kirchbacher, WK-StGB² § 146 Rz 30.

⁵⁰³ Siehe dazu statt vieler nur *Hilf*, WK-StGB² § 2 Rz 24.

C) Anmeldung beim falschen DG als Betrug?

1. Täuschung über DG-Eigenschaft in der Anmeldung

Sollte die GmbH, auf deren Beitragskonten die DN gemeldet werden, nicht der SV-rechtliche DG sein (so zB in Variante 2 des Ausgangsbeispiels), so handelt es sich um eine bewusst wahrheitswidrige Anmeldung. Damit wird nicht bloß pflichtwidrig eine Aufklärung unterlassen, sondern durch aktives Tun ein falscher DG und damit falscher Beitragsschuldner vorgetäuscht⁵⁰⁴. Wenn der SV-Träger damit täuschungsbedingt von der Beitragseinhebung beim tatsächlichen DG abgehalten werden soll, kann eine Betrugsstrafbarkeit in Frage kommen.

2. Vermögensschaden infolge Abstandnahme von der Beitragseinhebung beim tatsächlichen DG

Wird in der Anmeldung ein falscher DG vorgetäuscht, sprechen sich mehrere Stimmen im Schrifttum⁵⁰⁵ für eine Betrugsstrafbarkeit aus. Die vermögensschädigende Disposition der SV-Träger läge in der durch die Vorspiegelung der DG-Eigenschaft der Scheinfirma erwirkten Abstandnahme von der Eintreibung der Beiträge beim tatsächlichen DG und Beitragsschuldner gem § 35 ASVG. Gestützt wird diese Ansicht auf ein OGH-Urteil zu einer privaten Haftpflichtversicherung aus dem Jahre 1985⁵⁰⁶. Der zugrundeliegende Sachverhalt ist vergleichsweise simpel: Der Angeklagte verursachte einen Auffahrunfall mit dem KFZ seiner Lebensgefährtin, die als Fahrzeughalterin eine Haftpflichtversicherung mit einem privaten Versicherungsunternehmen abgeschlossen hatte. Da der Angeklagte im Unfallszeitpunkt über keine gültige Lenkerberechtigung verfügte, erstattete er eine wahrheitswidrige Schadensmeldung an die Versicherung, in der seine Lebensgefährtin als Lenkerin im Unfallszeitpunkt ausgewiesen wurde.

Der OGH folgerte aus diesem Sachverhalt, dass die Täuschung in Form einer wahrheitswidrigen Schadensmeldung bewirke, dass die Versicherung – deren Leistungspflicht gegenüber dem Geschädigten unbestritten bestand – vermögensrechtliche Ansprüche, dh Regressforderungen gegen den Angeklagten, nicht geltend machen konnte. Vollendung soll nach einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise nicht erst bei rechtlicher Unmöglichkeit der Geltendmachung, sondern „immer schon dann eintreten, wenn wegen der bewirkten Täuschung eine an sich (bereits) mögliche und sonst auch nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartende Inanspruchnahme des Schuldners unterbleibt“⁵⁰⁷.

Die Anwendung auf Fälle der SV ist dabei naheliegend: Der SV-Träger wird durch eine wahrheitswidrige Anmeldung, in der eine DG-Eigenschaft vorgetäuscht wird,

⁵⁰⁴ *Kirchbacher/Presslauer*, WK-StGB² § 153d, Rz 30; *Kirchbacher*, WK-StGB² § 146 Rz 98b.

⁵⁰⁵ *Wonisch*, ZAS 2008/3, 14 (21); *Kirchbacher/Presslauer*, WK-StGB² § 153d, Rz 30; *Kirchbacher*, WK-StGB² § 146 Rz 98b.

⁵⁰⁶ OGH 21.05.1985, 11 Os 17/85.

⁵⁰⁷ OGH 21.05.1985, 11 Os 17/85.

davon abgehalten, eine öffentlich-rechtliche Forderung, die kraft Erfüllung des Tatbestandes der Pflichtversicherung unzweifelhaft besteht, geltend zu machen. Dies wäre jedenfalls einer Verminderung von Aktiven gleichzusetzen.

Problematisch könnte allerdings bei der Zurechnung des Vermögensschadens zur Täuschungshandlung des Täters noch das Erfordernis der Risikoerhöhung gegenüber rechtmäßigem Alternativverhalten sein. Denn der Täter macht sich nur dann strafbar, wenn er den Erfolg (hier also den Vermögensschaden) in kausaler Weise herbeigeführt hat, der Erfolg im Risikozusammenhang liegt und die sozial-inadäquat-gefährliche Handlung (hier die Täuschung) das Risiko des Eintritts des Vermögensschadens zweifelsfrei erhöht hat⁵⁰⁸. Die Kausalität ist nicht fraglich, weil die Versicherung durch die Falschmeldung um die Chance der Beitragseinhebung beim richtigen DG gebracht wurde. Der Erfolg liegt auch im Risikozusammenhang, soll doch deshalb der richtige DG angegeben werden, damit die Versicherung dort Beiträge einheben kann. Steht allerdings zweifelsfrei fest, dass in einem konkreten Fall auch beim richtigen DG keine Beiträge hätten eingehoben werden können, so scheidet die Strafbarkeit wegen Betrugs an der fehlenden Risikoerhöhung gegenüber rechtmäßigem Alternativverhalten. Denn dann hätte auch die Angabe des richtigen DG den Schadenseintritt nicht verhindert bzw umgekehrt gesagt, hätte die falsche Meldung das Risiko des Schadenseintritts nicht zweifelsfrei erhöht. Allerdings wird die geforderte Risikoerhöhung in der Praxis wohl zumindest im Hinblick auf Teile der geschuldeten Beiträge vielfach gegeben sein, weshalb im Ergebnis eine Strafbarkeit wegen Betrugs denkbar ist.

Fraglich bleibt noch der Vollendungszeitpunkt: Zu welchem Zeitpunkt ist die nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartende Inanspruchnahme des Schuldners unterblieben? Es wird wohl auf die Vorschriften über Fälligkeit und Entrichtung der Beiträge zurückzugreifen sein. Gem § 58 Abs 1 ASVG sind die Beiträge mit Ablauf des letzten Tages des Kalendermonats fällig, in den das Ende des Beitragszeitraums fällt⁵⁰⁹. Verzugsfolgen treten freilich frühestens 15 Tage nach Fälligkeit ein (§ 59 Abs 1 ASVG), ab diesem Zeitpunkt spricht man auch von rückständigen Beiträgen⁵¹⁰. Aus 11 Os 17/85⁵¹¹ lässt sich dabei herauslesen, dass die Täuschung nach Ansicht des Höchstgerichts erst dann wirtschaftliche Folgen nach sich zieht, wenn die Geltendmachung der Forderung tatsächlich in die Wege geleitet worden wäre. Im Ergebnis ist damit im Kontext der SV wohl auf den Zeitpunkt abzustellen, in dem üblicherweise eine erste Mahnung ausgestellt werden würde. Insgesamt kann damit die Anmeldung beim falschen DG zu einer Strafbarkeit wegen Betrugs führen.

⁵⁰⁸ Zu diesen Kriterien der Erfolgzurechnung siehe nur *Fuchs*, AT I 7, 13/52.

⁵⁰⁹ Dies gilt für den Regelfall der Lohnsummenverrechnung, für Vorschreibetriebe gelten leicht abweichende Regelungen.

⁵¹⁰ *Krejci et al* in *Tomandl*, SV-System 1.2.4.

⁵¹¹ OGH 21.05.1985, 11 Os 17/85.

D) Übermittlung falscher BN als Betrug?

1. Täuschung durch Übermittlung inhaltlich falscher BN

In Variante 4 des Ausgangsbeispiels übermittelt der DG inhaltlich falsche, nämlich zu niedrige, BN. Im Zuge der vorherrschenden Lohnsummenverrechnung obliegt es dem DG selbst, die anfallenden Beiträge zu berechnen und abzuführen⁵¹². Wie bei der Anmeldung des DN wird auch bei Übermittlung einer BN eine gesetzliche Verpflichtung erfüllt. § 58 Abs 4 ASVG verpflichtet den Beitragsschuldner, die Beiträge von der Gesamtsumme der im Beitragszeitraum gebührenden und darüber hinaus bezahlten Entgelte zu ermitteln (Lohnsummenverfahren) und an den KV-Träger zu entrichten. Diese Ermittlung und Berechnung erfolgt anhand einer BN, die bis zum 15. des Folgemonats via DFÜ zu übermitteln ist (§ 34 Abs 2 ASVG). Werden diese BN durch Ausweisung von zu niedrigen BGL-Summen bewusst wahrheitswidrig ausgestellt, sind diese als Täuschungshandlungen durch aktives Tun zu bewerten.

Erfolgt die Abwicklung unter Einbindung eines Mitarbeiters eines SV-Trägers, der die BN überprüft und daran anknüpfend entsprechende Dispositionen zur Beitragseinhebung trifft, wäre in weiterer Folge wieder Betrug nach § 146 StGB zu prüfen⁵¹³. Bei einer voll automatisierten Abwicklung der Prozesse würde der DG zwar nicht straflos, aber es wäre mangels Täuschung eines Menschen auf Seiten der SV-Träger wieder vom Betrügerischen Datenverarbeitungsmissbrauch nach § 148a StGB auszugehen.

2. Vermögensschaden infolge Abstandnahme von der Einforderung der rechnungsmäßig richtigen Beiträge

In 13 Os 142/07t⁵¹⁴ sah der OGH die infolge wahrheitswidriger BN erfolgte Unterlassung der Einforderung der rechnungsmäßig richtigen SV-Beiträge als irrtumsbedingte Vermögensdisposition des Versicherungsträgers an. Auch wenn es aus der höchstgerichtlichen Entscheidung nicht eindeutig hervorgeht, muss der Vermögensschaden wohl in der Differenz zwischen der in den BN ausgewiesenen und den tatsächlich fälligen Beiträgen gelegen sein. Angesichts der nicht gesetzmäßigen Ausführungen der Rechts- und Subsumtionsrüge hinsichtlich der Bedeutung der ex-lege Versicherung sowie des Tatbestands des § 153d StGB im Rechtsmittel, erörterte der Gerichtshof die Fragen der Vermögensdisposition sowie des Schadens des Versicherungsträgers nicht näher. Aus den Formulierungen lässt sich vorsichtig eine Tendenz erahnen, dass eine betragsmäßige Falschmeldung gegenüber dem Versicherungsträger idR zu einem Vermögensschaden führen wird. Da es auch hier um die täuschungsbedingte Nichtgeltendmachung einer

⁵¹³ So bestätigte der OGH in 13 Os 142/07t vom 23.04.2008 die Verurteilungen der beiden Angeklagten wegen schweren gewerbsmäßigen Betrugs gegenüber der OÖGKK. Er erachtete die monatliche Übermittlung von inhaltlich falschen BN als Täuschung der Mitarbeiter eines SV-Trägers.

⁵¹⁴ OGH 23.04.2008, 13 Os 142/07t.

Forderung geht, wird die Frage der Vollendung wie bei Vorspiegelung eines falschen DG zu lösen sein. Demnach tritt auch hier der Vermögensschaden ein, wenn die nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartende Inanspruchnahme des Schuldners (in Höhe der Differenz zur tatsächlichen Beitragsforderung) unterbleibt⁵¹⁵.

E) Fazit

Die vorstehenden Erwägungen zeigen, dass sich der zur strafrechtlichen Erfassung von Beitragshinterziehungen mittels Scheinfirmen eingeführte § 153d StGB bisher nicht als wirksames Instrumentarium der strafgerichtlichen Sozialbetrugsbekämpfung etablieren konnte. Das tatbildliche Abstellen auf den DG als unmittelbaren Täter hatte zum Ziel, das deliktische Geschehen einer Scheinfirma umfassend einem Tatbestand zu unterstellen, deckt sich jedoch nicht mit der Wirklichkeit der Beitragshinterziehung mittels Scheinfirmen, die typischerweise nicht selbst als DG anzusehen sind, sondern von einer Vielzahl von faktischen DG verwendet werden. Die Feststellung der DG-Eigenschaft bereitet im Einzelnen erhebliche praktische Schwierigkeiten, die sich jedoch teilweise durch die Annahme einer Beteiligungsstrafbarkeit der ausforschbaren Täter an Taten von namentlich nicht näher bekannten tatsächlichen DG umschiffen lassen.

Der Tatbestand erfordert zudem eine Differenzierung zwischen tatsächlich Beschäftigten und bloß zum Schein Gemeldeten, die nicht von § 153d StGB erfasst wären, die auch bei engagierter Ermittlungstätigkeit im Nachhinein nicht oder nur durch unverhältnismäßig hohen Verfahrensaufwand – wie bspw die Vernehmung von hunderten DN – denkbar ist.

Die Subsumtion der Anmeldung von tatsächlich beschäftigten DN unter den Tatbestand des Betruges bzw Betrügerischen Datenverarbeitungsmissbrauchs ist zwar nicht schlechthin denkunmöglich, zumeist jedoch großen Auslegungsschwierigkeiten ausgesetzt. Werden die DN unter Angabe des richtigen DG angemeldet, so wäre eine solche Strafbarkeit nur bei Annahme einer Aufklärungspflicht über die Zahlungsunfähigkeit denkbar. Da derzeit typischerweise von einer Strafbarkeit durch Unterlassen ausgegangen werden müsste, wird die Unterlassung der Aufklärung aber selbst bei Annahme einer Aufklärungspflicht im Einzelnen wegen der kaum hinreichend nachweisbaren Quasikausalität idR wohl nicht zur Strafbarkeit führen.

Wesentlich vielversprechender sind dabei die beiden Konstellationen, die an inhaltlich falsche Meldungen anknüpfen: Wird in der Anmeldung ein falscher DG

⁵¹⁵ Auch hier könnte es allerdings im Einzelfall zu einem Problem bei der Erfolgzurechnung im Rahmen der geforderten Risikoerhöhung gegenüber rechtmäßigem Alternativverhalten kommen: Steht fest, dass der geschuldete Gesamtbetrag mangels vorhandener Mittel auch bei richtigen BN nicht eingehoben werden kann, so hat die Falschmeldung das Risiko des Eintritts des Vermögensschadens nicht zweifelsfrei erhöht (dazu schon oben S 177 f).

ausgewiesen, stellt dies eine Täuschung durch aktives Tun dar, das den Versicherungsträger dazu verleitet, die Geltendmachung der Beitragsforderung beim tatsächlichen DG zu unterlassen. Ebenso wird bei Übermittlung inhaltlich falscher BN der Versicherungsträger irrtumsbedingt davon abgehalten, die rechnermäßig richtigen Beitragsforderungen einzufordern. Der Vermögensschaden besteht auch hier in der nicht geltend gemachten Forderung iHd Differenz zwischen ausgewiesenen und tatsächlich fälligen Beiträgen. Problematisch kann in diesen Fällen allerdings die Risikoerhöhung gegenüber rechtmäßigem Alternativverhalten sein. Steht nämlich fest, dass die geschuldeten Beiträge auch bei korrekten Informationen nicht einbringlich gewesen wären, hätte das pflichtwidrige Falschmelden das Risiko des Erfolgseintrittes nicht zweifelsfrei erhöht. Die Strafbarkeit würde scheitern.

Daraus erschließt sich, dass ob der Eigenheiten des Pflichtversicherungsverhältnisses der Tatbestand des Betrugs bzw des Betrügerischen Datenverarbeitungsmissbrauchs zumeist ein wenig probates Mittel zur effizienten und effektiven Verfolgung der organisierten Beitragshinterziehung mittels Scheinfirmen ist. Eine Änderung dieser Straftatbestände sollte aufgrund dieses Befundes allerdings wegen der nicht absehbaren Gesamtauswirkungen auf das bestehende und insgesamt gut funktionierende System des klassischen Vermögensstrafrechts nicht angestrebt werden. Auf Basis der durchgeführten Untersuchungen scheint im Dienste einer effizienteren und effektiveren Strafverfolgung aber eine Überarbeitung und ein allfälliger Ausbau der spezifischen Sozialbetrugsdelikte (§§ 153c ff StGB) empfehlenswert.

IV. Theoretisches Spektrum und praktische Relevanz des § 153e StGB

A) Rechtliche Erwägungen

1. Der Tatbestand des § 153e StGB

a) Illegale Erwerbstätigkeit

Unter dem Titel Organisierte Schwarzarbeit pönalisiert § 153e StGB organisierte Formen von Schwarzarbeit und bezeichnet die dabei tätig werdenden Personen als illegal Erwerbstätige. Nach der Legaldefinition des § 153e Abs 1 Z 1 StGB gelten dabei jene Personen als illegal erwerbstätig, die einer selbständigen oder unselfständigen Erwerbstätigkeit ohne die erforderliche Anmeldung zur SV oder ohne die erforderliche Gewerbeberechtigung nachgehen.

Aus den Materialien⁵¹⁶ lassen sich die konkreten Sachverhalte, denen der Gesetzgeber mit den Tatbestandsvarianten des § 153e StGB begegnen wollte, nicht ausreichend erschließen. Es wird sogar ausdrücklich betont, dass die Umschreibung von Schwarzarbeit oder illegaler Erwerbstätigkeit iSd § 153e StGB keineswegs eine abschließende sei, sondern nur der Abgrenzung bzw der nötigen Bestimmtheit der gegenständlichen Bestimmung diene⁵¹⁷. Ein näheres Verständnis der Norm erfordert die Auseinandersetzung mit einem zwar hinreichend ausgearbeiteten, aber nie als Bestandteil der Rechtsordnung in Kraft gesetzten Gesetzeswerk zur Schwarzarbeitsbekämpfung, auf das sich die erläuternden Bemerkungen zum SozBeG 2005 ausdrücklich berufen⁵¹⁸.

Die RV zum sog Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz (SchwABeG)⁵¹⁹ hatte im Jahr 1999 zum Ziel, „Beschäftigungsmöglichkeiten zu ordnungsgemäßen Entgelt- und Arbeitsbedingungen sicherzustellen und Schwarzarbeit weitgehend auszuschließen“, wodurch insbes auch der „Flucht aus der Sozialversicherung“ entgegenge wirkt werden sollte⁵²⁰. Im Gegensatz zur aktuellen Rechtslage wurde dabei versucht, Schwarzarbeit unter dem Begriff „Illegale Erwerbstätigkeit“ abschließend zu definieren (§ 2 SchwABeG idF RV)⁵²¹. Nach der damaligen Definition umfasste illegale Erwerbstätigkeit

- eine Beschäftigung ohne erforderliche Anmeldung zur Sozialversicherung (Z 1),
- eine selbständige Erwerbstätigkeit ohne erforderliche Meldung nach GSVG oder BSVG (Z 2, 3),
- eine Beschäftigung entgegen den Bestimmungen des AuslBG (Z 4),
- eine Beschäftigung bzw Erwerbstätigkeit von nach Österreich entsandten AN ohne Meldung an die Abgabenbehörden (Z 5) bzw ohne Bereithaltung der die Anmeldung des AN bei einem ausländischen SV-Träger bestätigenden Unterlagen (Z 6) und
- eine gewerbliche Tätigkeit ohne die erforderliche Gewerbeberechtigung (Abs 2).

Ausgehend von dieser Definition sah § 13 SchwABeG idF RV eine weitläufige gerichtliche Strafbestimmung vor, die das Organisieren illegaler Erwerbstätigkeit in unternehmensähnlicher Form zur Verschaffung einer fortlaufenden Einnahmequelle und die führende Tätigkeit in einer Verbindung einer größeren Zahl von illegal erwerbstätigen Personen pönalisierte. Diese Definition wurde auch im Entwurf des § 153e StGB⁵²² übernommen, in weiterer Folge aber angesichts der

⁵¹⁶ EBRV 698 BlgNR XXII.GP 9 f.

⁵¹⁷ EBRV 698 BlgNR XXII.GP 9 f.

⁵¹⁸ EBRV 698 BlgNR XXII.GP 9.

⁵¹⁹ RV 1587 BlgNR XX.GP.

⁵²⁰ EBRV 1587 BlgNR XX.GP 27.

⁵²¹ Dazu schon oben S 38 f.

⁵²² Vgl Art I ME 192 BlgNR XXII.GP 4.

Kritik im Begutachtungsverfahren⁵²³ eingeschränkt, wodurch die Erwerbstätigkeit entgegen dem AuslBG bzw entgegen den Melde- und Unterlagenbereithaltungspflichten des AVRAG nunmehr keine gerichtliche Strafbarkeit wegen Organisierter Schwarzarbeit begründen kann. Mit der letzten AuslBG-Novelle⁵²⁴ wurde allerdings ein § 28c AuslBG geschaffen, der in gravierenden Fällen der Ausländerbeschäftigung entgegen § 3 AuslBG wiederum eine gerichtliche Strafbarkeit vorsieht.

Im Ergebnis wollte der Gesetzgeber mit dem Tatbestand des § 153e StGB wohl in erster Linie schwerwiegende Verstöße gegen sozialversicherungsrechtliche Meldepflichten und Pflichten nach der GewO pönalisieren, in denen Personen *ohne* Anmeldung zur SV unselbständige Arbeitsleistungen oder *ohne* Gewerbeberechtigung selbständige Arbeitsleistungen erbringen. Bei näherer Untersuchung ergibt sich aber insbes aus der Formulierung der „Erwerbstätigkeit ohne die *erforderliche* Anmeldung zur Sozialversicherung“, zu der sich auch die Materialien nicht näher äußern⁵²⁵, eine Reihe von Unklarheiten hinsichtlich der Reichweite des Tatbestands.

b) Die erforderliche Anmeldung zur Sozialversicherung

Worin die erforderliche Anmeldung zur Sozialversicherung im Einzelfall besteht, kann wohl nur anhand der sozialversicherungsrechtlichen Meldepflichten geklärt werden. Das ASVG kennt weitreichende Meldepflichten, die sich in erster Linie auf den Beginn und das Ende der Pflichtversicherung sowie die allgemeine Beitragsgrundlage der als versichert gemeldeten Personen beziehen, aber auch auf Änderungen all jener Umstände, die für das Versicherungsverhältnis von Bedeutung sind, wie bspw Änderungen der Beitragsgrundlage, Unterbrechung und Wiedereintritt des Entgeltanspruchs⁵²⁶. Nach dem klaren Wortlaut des § 153e StGB kann allerdings für die Beurteilung der Erforderlichkeit nicht auf jede Meldung schlechthin, sondern ausschließlich auf die Erfüllung der Anmeldepflichten des § 33 ASVG abgestellt werden, die die Meldung des Beginns eines Pflichtversicherungsverhältnisses betreffen. Ob und in welcher Ausprägung (Vollversicherung, Teilversicherung) der gesetzliche Tatbestand eines Pflichtversicherungsverhältnisses erfüllt und damit zu melden ist, richtet sich nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt des zugrundeliegenden Sachverhalts (§ 539a ASVG). Aus § 111 Abs 1 Z 1 ASVG ergibt sich, dass Anmeldungen, die nicht oder falsch oder nicht rechtzeitig erstattet werden, einen Meldeverstoß nach ASVG konstituieren. Die nach ASVG erforderliche Anmeldung muss also nicht nur rechtzeitig, sondern

⁵²³ Die Definition der illegalen Erwerbstätigkeit wurde als zu weitläufig erachtet, um als Anknüpfungspunkt einer gerichtlichen Strafbarkeit zu dienen, zB WKÖ, 38/SN; OStA Graz, 14/SN; OStA Wien 12/SN zu ME 192 XXII.GP.

⁵²⁴ BGBl I 25/2011.

⁵²⁵ Vgl EBRV 698 BlgNR XXII.GP.

⁵²⁶ Krejci *et al* in Tomandl, SV-System 1.2.4.1.1; zu Umfang und Inhalt der Meldepflichten schon oben S 168.

auch inhaltlich richtig und vollständig erstattet werden. Überträgt man diesen Ansatz aus dem SV-Recht auf die Auslegung der gerichtlichen Strafbestimmung, würde im Ergebnis nicht nur das Unterlassen einer Anmeldung zur SV schlechthin, sondern wohl auch jede wahrheitswidrige Vornahme derselben eine illegale Erwerbstätigkeit iSd § 153e StGB begründen. Richtigerweise wird man dies jedoch angesichts der sozialversicherungsrechtlichen Meldepflichten nicht auf jede inhaltliche Unrichtigkeit (wie etwa falsche Adressen), sondern bloß auf die von der Meldepflicht nach §§ 33, 34 ASVG umfassten Umstände beziehen können. Konkret bedeutet dies, dass es sich bei einer Anmeldung insbes dann nicht um die *erforderliche* handelt, wenn eine falsche Bemessungsgrundlage, ein unzutreffendes Beschäftigungsausmaß⁵²⁷ oder ein falscher DG angegeben wird.

Während eine unselbständige Tätigkeit ohne die erforderliche Gewerbeberechtigung begrifflich ausscheidet, ist eine selbständige Erwerbstätigkeit ohne die erforderliche Anmeldung zur Sozialversicherung durchaus denkbar. Denn auch für selbständige Erwerbstätigkeit sieht das GSVG unterschiedliche Pflichtversicherungstatbestände und damit einhergehende Meldepflichten vor (§ 18 GSVG). Prima facie könnte damit auch eine selbständige Erwerbstätigkeit mit der erforderlichen Gewerbeberechtigung, jedoch ohne die erforderliche Anmeldung bei der SVA der gewerblichen Wirtschaft eine tatbestandsmäßige illegale Erwerbstätigkeit begründen. Einem solchen Auslegungsergebnis kann jedoch einerseits entgegengehalten werden, dass nur § 33 ASVG von einer Anmeldung zur SV spricht, während § 18 GSVG nur eine Pflicht zur Meldung kennt. Andererseits spricht auch die unterschiedliche Ausgestaltung der Sozialversicherung im GSVG gegen ein solches Verständnis: Die Meldepflicht obliegt dem Versicherten selbst, bei Meldeverstößen ist nur er verwaltungsstrafrechtlich zu sanktionieren (§ 23 GSVG). Den Auftraggeber treffen im Hinblick auf seinen Auftragnehmer keinerlei sozialversicherungsrechtliche Pflichten. Es ist zwar grundsätzlich denkbar, von einem Auftraggeber zu verlangen, sich neben dem Vorliegen einer Gewerbeberechtigung auch der Einhaltung der SV-rechtlichen Pflichten (nach GSVG) zu versichern; dies würde jedoch voraussetzen, dass das grundlegende Vorliegen eines Pflichtversicherungstatbestands für einen Auftraggeber erkennbar wäre. Im Bereich der „alten“ Selbständigen⁵²⁸, die als Mitglieder der Kammern der gewerblichen Wirtschaft gem § 2 Abs 1 Z 1 GSVG schon ab Erlangung der Gewerbeberechtigung pflichtversichert sind (§ 6 Abs 1 Z 1 GSVG), wäre dies wohl unproblematisch. Bei der Beauftragung sog „neuer“ Selbständiger besteht die Versicherungspflicht allerdings nur subsidiär und bei Überschreiten von Geringfügigkeitsgrenzen. Bei echten Werkvertragsverhältnissen, die keine Umgehungshandlungen darstellen⁵²⁹, ist für den Auftraggeber die Versicherungspflicht und die

⁵²⁷ Zur Beschäftigung von Personen, die wahrheitswidrig als geringfügig Beschäftigte angemeldet werden, siehe auch oben S 59, 160 f und unten 190 f.

⁵²⁸ Brodil/Windisch-Graetz, Sozialrecht⁶, 37.

⁵²⁹ Zur Scheinselbständigkeit siehe unten S 189.

daraus erfließende Erforderlichkeit einer Anmeldung seines Auftragnehmers zu-
meist nicht überprüfbar. Eine derartige Auslegung ist damit wohl abzulehnen.

c) Tathandlungen der Organisierten Schwarzarbeit

Unmittelbarer Täter des § 153e StGB kann jedermann sein, wobei leitende Ange-
stellte einer juristischen Person ausdrücklich in den Täterkreis einbezogen wer-
den (§ 153e Abs 2 StGB). Die Bestimmung enthält drei unterschiedliche Tatbe-
standsvarianten, die jedoch alle gewerbsmäßiges Handeln erfordern. Eine Hand-
lung ist nach § 70 StGB gewerbsmäßig, wenn sie in der Absicht vorgenommen
wird, sich durch ihre wiederkehrende Begehung eine fortlaufende Einnahmequel-
le zu verschaffen. Sofern diese Absicht vorliegt, kann auch schon eine einzige Tat
die Gewerbsmäßigkeit begründen⁵³⁰. Das Element der „fortlaufenden Einnahme-
quelle“ ist im Sinne der Erschließung einer Einkommensquelle für einen längeren
Zeitraum zu verstehen⁵³¹. Das Erfordernis der Gewerbsmäßigkeit sollte nach der
gesetzgeberischen Intention vor allem die Straflosigkeit von nicht zu Erwerbs-
zwecken erfolgenden Hilfeleistungen, wie der gegenseitigen Unterstützung im
Familien-, Freundes- oder Nachbarschaftskreis, gewährleisten, die damit auch
nicht vom Begriff der organisierten Schwarzarbeit erfasst sein sollen⁵³².

§ 153e Abs 1 Z 1 StGB pönalisiert das gewerbsmäßige Anwerben, Vermitteln oder
Überlassen von Personen zur selbständigen oder unselbständigen Erwerbstätig-
keit ohne die erforderliche Anmeldung zur Sozialversicherung oder ohne die er-
forderliche Gewerbeberechtigung. Im Gegensatz zu den beiden nachfolgenden
Tatbestandsvariationen stellt die Z 1 nur auf *Personen* und nicht auf eine *größere
Anzahl von Personen*⁵³³ ab, die angeworben usw werden. Wie viele Menschen mit
dem Begriff „Personen“ gemeint sind, lässt sich weder aus den Materialien noch
aus anderen Tatbeständen des StGB erschließen. Nach dem im Wortlaut verwen-
deten Plural bedarf es wohl zumindest zweier Personen, die zeitlich überschnei-
dend gewerbsmäßig angeworben, vermittelt oder überlassen werden. *Wonisch*⁵³⁴
ist der Ansicht, dass es sich dabei im Hinblick auf die Systematik des Tatbestands
wohl nur um ein legislatives Versehen handeln könne, weil kein sachlicher Grund
ersichtlich wäre, warum eine Strafbarkeit gem Z 1 nicht auch wie jene nach Z 2
nur bei einer *größeren Anzahl von Personen* greifen sollte. Daher spricht er sich
auch im Fall der Z 1 für eine Gleichsetzung des Ausdrucks *Personen* mit jenem
der *größeren Anzahl von Personen* aus. Seiner Ansicht nach würde eine solche
Lesart auch keine Analogie darstellen, sondern vielmehr eine Wortinterpretation
des Begriffs der Personen, in dem auch die größere Anzahl von Personen Platz
findet und die damit eine strafbarkeitseinschränkende teleologische Reduktion

⁵³⁰ *Jerabek*, WK-StGB² § 70 Rz 6; OGH 03.04.1990, 15 Os 4/90 SSt 61/8; OGH 24.06.2003, 11 Os
73/03.

⁵³¹ *Jerabek*, WK-StGB² § 70 Rz 7.

⁵³² EBRV 698 BlgNR XXII.GP 4.

⁵³³ Siehe dazu sogleich.

⁵³⁴ *Wonisch*, ZAS 2008/3, 14 (18).

darstellt⁵³⁵. In der höchstgerichtlichen Rspr wurde die Auslegung der Z 1 bisher nicht aufgegriffen. Zu erwähnen ist allerdings ein Erkenntnis des VfGH⁵³⁶, das auf eine erstinstanzliche Verurteilung wegen § 153e Abs 1 Z 1 StGB hinweist. Der Beschwerdeführer hatte über mehrere Monate hinweg acht nicht in Österreich sozialversicherte DN in seinem Holzfällungs- und Holzbringungsbetrieb unter Vertrag genommen und wurde daher vom Landesgericht Leoben wegen Anwerbens von illegal Erwerbstätigen gem § 153d Abs 1 Z 1 StGB verurteilt. Das LG Leoben scheint also davon auszugehen, dass die Z 1 eben kein Vorliegen einer größeren Anzahl erfordert und auch bei acht Personen jedenfalls erfüllt ist.

Nach *Bertel/Schwaighofer*⁵³⁷ besteht das Anwerben im unter Vertrag-Nehmen eines Schwarzarbeiters. *Kirchbacher/Presslauer*⁵³⁸ sprechen sich demgegenüber dafür aus, dass ein Anwerben auch dann vorliegen soll, wenn dieses nicht in einen Vertragsabschluss mündet. Dem ist hinzuzufügen, dass ein Anwerben wohl auch immer eines intensiven Betreibens des Täters im Hinblick auf das Zustandekommen einer Beschäftigung oder Beauftragung von zumindest zwei Personen bedarf⁵³⁹. Sollte die Initiative zur illegalen Erwerbstätigkeit von den Beschäftigten bzw Beauftragten ausgehen, liegt darin wohl kein Anwerben.

Unter „Vermitteln“ sollen alle Tätigkeiten verstanden werden, die darauf abzielen, dass die illegalen Erwerbstätigen von dem entlohnt werden, für den sie letzten Endes arbeiten⁵⁴⁰. Konkret sind dies alle Tätigkeiten, die auf die Herstellung eines engen persönlichen Kontakts zwischen dem zukünftigen Auftraggeber bzw Beschäftigter und den illegal Erwerbstätigen abzielen. Ein „Überlassen“ kommt wohl nur im Hinblick auf unselbständig Erwerbstätige in Betracht⁵⁴¹ und soll wohl insbes den Überlasser in die Strafbarkeit einbeziehen.

§ 153e Abs 1 Z 2 StGB bestraft denjenigen, der eine größere Zahl von illegal Erwerbstätigen beschäftigt oder mit der selbständigen Durchführung von Arbeiten beauftragt. Nach den Materialien soll sich der Ausdruck größere Zahl von illegal Erwerbstätigen des § 153e StGB mit jenem der größeren Zahl von Personen des § 278a StGB decken⁵⁴². Demzufolge würde es sich nach der hA zu § 278a StGB⁵⁴³ auch hier um einen Richtwert von etwa 10 Personen handeln. Die Beschäftigung bzw Beauftragung der illegal Erwerbstätigen muss dabei nach einhelliger Ansicht gleichzeitig erfolgen⁵⁴⁴; die sukzessive Heranziehung von Personen, die insgesamt das Vorliegen einer größeren Anzahl bewirkt, ist somit für eine Strafbarkeit

⁵³⁵ *Wonisch*, ZAS 2008/3, 14 Fn 38.

⁵³⁶ VfGH 16.12.2010 B 343/10.

⁵³⁷ *Bertel/Schwaighofer*, BT I¹¹ § 153e, Rz 1.

⁵³⁸ *Kirchbacher/Presslauer*, WK-StGB² § 153e, Rz 9.

⁵³⁹ Vgl in diesem Zusammenhang die Auslegung zu § 215a StGB bei *Philipp*, WK-StGB² § 215a, Rz 7.

⁵⁴⁰ *Kirchbacher/Presslauer*, WK-StGB² § 153e, Rz 10; *Bertel/Schwaighofer*, BT I¹¹ § 153e, Rz 1.

⁵⁴¹ *Kirchbacher/Presslauer*, WK-StGB² § 153e, Rz 11; *Bertel/Schwaighofer*, BT I¹¹ § 153e, Rz 1.

⁵⁴² EBRV 698 BlgNR XXII.GP 10.

⁵⁴³ *Plöchl*, WK-StGB² § 278a, Rz 7 mwN.

⁵⁴⁴ *Kirchbacher/Presslauer*, WK-StGB² § 153e, Rz 12; *Birklbauer/Hilf/Tipold*, Strafrecht BT I § 153e, Rz 9.

nicht ausreichend⁵⁴⁵. Die Auslegung des Begriffs „Beschäftigen“ ist noch weitgehend ungeklärt. Versteht man Beschäftigung iS eines arbeitsrechtlichen oder SV-rechtlichen DV, so wäre freilich nur der DG strafbar⁵⁴⁶. Problematisch ist dabei allerdings die Anwendung auf Personalgestellungsszenarien: Der Überlasser wäre einerseits als arbeits- und SV-rechtlicher DG nicht nur von der Z 2, sondern kraft Überlassung illegaler Erwerbstätiger auch von der Z 1 erfasst. Folglich wäre auch die Strafbarkeit des Beschäftigers zumindest fraglich: Selbst wenn die illegal Erwerbstätigen de facto unter seiner Weisungsbefugnis tätig werden, ist dieser nicht der arbeits- bzw SV-rechtliche DG und könnte damit auch keine illegal Erwerbstätigen „beschäftigen“.

Aus der gesonderten Pönalisierung der Überlassung in Z 1 könnte allerdings e contrario auch vermutet werden, dass der Gesetzgeber ohnehin von einer Strafbarkeit des Beschäftigers im Rahmen der Z 2 ausging. Angesichts des grundlegenden rechtspolitischen Zwecks der Bestimmung – der Bekämpfung organisierter Schwarzarbeit – wäre es wohl verfehlt, Beschäftiger iSd AÜG, die wie jeder sonstige AG zu den Profiteuren organisierter Schwarzarbeit zählen, von einer Strafbarkeit auszunehmen. Dieses Auslegungsergebnis lässt sich auch durch einen Vergleich zum Beschäftigungsbegriff des AuslBG stützen, dessen Strafnormen ebenfalls an dem Tatbestandsmerkmal der Beschäftigung anknüpfen⁵⁴⁷. Als Beschäftigung iSd AuslBG gelten gem § 2 Abs 3 AuslBG neben der Verwendung in einem Arbeitsverhältnis (lit a) insbes die Verwendung in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis (lit b) und die Verwendung überlassener Arbeitskräfte iSd § 3 Abs 4 AÜG. Gem § 2 Abs 4 AuslBG können auch Arbeitsleistungen eines Gesellschafters einer Personen- oder Kapitalgesellschaft, die typischerweise im Rahmen eines Beschäftigungsverhältnisses erbracht werden, unter den Beschäftigungsbegriff des AuslBG fallen⁵⁴⁸.

Neben dem Zweck der Strafnorm spricht aber auch deren Ausgestaltung als Allgemeindelikt und damit nicht als DG-Delikt (wie die §§ 153c, d StGB) für eine weite Auslegung des Beschäftigungsbegriffs. Für die Arbeitskräfteüberlassung bedeutet dies, dass der Beschäftiger von der Z 2 erfasst ist. Die Strafbarkeit des Überlassers wird hingegen schon durch die Z 1 und damit ohne das Erfordernis „einer größeren Zahl“ begründet.

Zu problematisieren ist weiters, dass Tathandlungen nach der Z 1 – insbes das Anwerben – vielfach zwingende Vortaten einer Beschäftigung oder Beauftragung iSd Z 2 sind. Werden illegal Erwerbstätige beschäftigt oder beauftragt, wurden sie

⁵⁴⁵ Vgl zu § 278a StGB *Plöchl*, WK-StGB² § 278a, Rz 7.

⁵⁴⁶ So tendenziell *Bertel/Schwaighofer*, BT I¹¹ § 153e, Rz 2.

⁵⁴⁷ Dabei handelt es sich in erster Linie um Verwaltungsstraftatbestände (§ 28 Abs 1 Z 1 bis 6 AuslBG), in § 28c AuslBG wurde allerdings vor kurzem auch eine gerichtliche Strafbestimmung verankert, die auf denselben Beschäftigungsbegriff abzustellen scheint.

⁵⁴⁸ Diese Bestimmung wurde bewusst zur Hintanhaltung von Umgehungszenarien eingeführt, bei denen Ausländern zur Vermeidung der Bewilligungspflicht eine Gesellschafterstellung eingeräumt wird, vgl *Lindmayr*, Ausländerbeschäftigung¹⁰ Rz 17.

oftmals auf Initiative des Auftraggebers oder Beschäftigers angeworben, weil sich dieser regelmäßig aktiv nach möglichst billigen Arbeitskräften umsehen wird. Laut den Materialien sollen durch die Erfordernisse der Gewerbsmäßigkeit bzw der größeren Anzahl von Personen nur entsprechend gravierende Fälle von Schwarzarbeit erfasst werden⁵⁴⁹. Wenn nun bspw ein privater Bauherr zwei Schwarzarbeiter beschäftigt, die er zuvor angeworben hat, scheidet eine Strafbarkeit nach Z 2 zwar aus, eine Strafbarkeit gem Z 1 jedoch nicht. Dies zeigt sich auch in dem bereits zitierten VfGH-Erkenntnis⁵⁵⁰: Auch wenn der Sachverhalt aus der Veröffentlichung nicht restlos klar hervorgeht, liegt der Schluss nahe, dass der Beschwerdeführer die illegal Erwerbstätigen nicht nur angeworben, sondern in weiterer Folge wohl auch in seinem Holzbetrieb iSd Z 2 beschäftigte. Angesichts der mangelnden „größeren Zahl von Personen“ subsumierte das LG Leoben den Sachverhalt unter den Tatbestand der Z 1 und gelangte so zu einer Strafbarkeit, die aus dem Blickwinkel der Z 2 gerade nicht erfüllt wäre. Es ist daher anzunehmen, dass die Z 1 von den Strafgerichten vielfach als Auffangdelikt verwendet wird, wenn die Z 2 mangels ausreichender Zahl an Personen nicht erfüllt ist. Damit wird die vom Gesetzgeber intendierte Abgrenzung der sozialinadäquaten und daher auch kriminalisierten Formen der Schwarzarbeit und jenen niederschweligen Formen, die eben noch keine Strafbarkeit begründen sollen, in bedenklicher Art und Weise verwischt.

Da Gewerbsmäßigkeit auch bei einmaliger Tatbegehung schon vorliegen kann, wäre der Bauherr strafbar, sobald er die Absicht hat, sich bei neuerlichen Arbeiten wiederum nach Schwarzarbeitern umzusehen. Auf den ersten Blick könnte – entgegen der in den Materialien⁵⁵¹ geäußerten Ansicht – vermutet werden, dass die gegenseitige Unterstützung im Familien-, Freundes- oder Nachbarschaftskreis in Einzelfällen das Tatbild des § 153e StGB erfüllen würde. Richtigerweise gewährleistet aber das Kriterium der Gewerbsmäßigkeit eine hinreichende Abgrenzung zwischen einmaligem Anwerben von Arbeitern und dem strafrechtlich verpönten Anwerben von illegal Erwerbstätigen⁵⁵².

In Z 3 wird schließlich noch die führende Tätigkeit in einer Verbindung einer größeren Anzahl illegal erwerbstätiger Personen unter Strafe gestellt. Als Verbindung gilt eine mehr oder weniger hierarchisch strukturierte Organisation mit einem Anführer und festgelegten Regeln in Bezug auf die Zielsetzung der Ausübung illegaler Erwerbstätigkeit⁵⁵³. Führend tätig ist jeder, dem eine gewisse selbständige Anordnungsbefugnis und damit faktische Befehlsgewalt zukommt⁵⁵⁴. Möglicherweise wollte der Gesetzgeber hierbei vor allem Fälle größerer Arbeiterpartien

⁵⁴⁹ EBRV 698 BlgNR XXII.GP 10.

⁵⁵⁰ VfGH 16.12.2010 B 343/10.

⁵⁵¹ EBRV 698 BlgNR XXII.GP 4.

⁵⁵² In diesen Fällen könnte allerdings eine Strafbarkeit gem § 153c StGB drohen, dazu schon oben S 39.

⁵⁵³ EBRV 698 BlgNR XXII.GP 10.

⁵⁵⁴ *Kirchbacher/Presslauer*, WK-StGB² § 153e, Rz 15; *Birklbauer/Hilf/Tipold*, BT I § 153e, Rz 11.

oder Arbeiterkolonnen erfassen, die unter der Weisungsbefugnis eines einzelnen Partieführers tätig sind. Im Lichte der bisherigen Erfahrungen wird es sich bei dem Partieführer, der seine Arbeiterpartie oft wie ein informelles Unternehmen⁵⁵⁵ führt, indem er Aufträge lukriert, die Werklöhne vereinnahmt und an seine Arbeiter ausbezahlt, auf der Baustelle Weisungen erteilt uä, um den sozialversicherungsrechtlichen DG iSd § 35 ASVG handeln. Vielfach wird sich die führende Tätigkeit iSd Z 3 mit der DG-Eigenschaft decken. Diesfalls würde der Partieführer die Personen seiner Partie auch iSd § 153e Abs 1 Z 2 StGB beschäftigen. In Einzelfällen könnte die führende Tätigkeit leichter nachweisbar sein als die für die Feststellung der DG-Eigenschaft erforderlichen Umstände, weshalb eine gewisse Auffangfunktion der Z 3 nicht auszuschließen ist.

2. Reichweite des § 153e StGB bei sozialbetrügerischen Phänomenen

Anhand von vier Punkten soll im Folgenden untersucht werden, inwiefern § 153e StGB ein über das heutige Verständnis hinausreichender Anwendungsbereich zukommen könnte.

a) Scheinselbständigkeit

Bei Fällen der Scheinselbständigkeit werden oftmals einfache manuelle Tätigkeiten nach außen hin nicht in Form der abhängigen Beschäftigung, sondern von Einzelunternehmern auf Werkvertragsbasis verrichtet, die idR auch über die dafür benötigte Gewerbeberechtigung verfügen⁵⁵⁶. Vordergründig bleibt damit mangels illegaler Erwerbstätigkeit kein Anwendungsbereich für eine Strafbarkeit gem § 153e StGB. Sollte sich allerdings herausstellen, dass es sich bei der im Sozialversicherungsrecht gebotenen wirtschaftlichen Betrachtungsweise (§ 539a ASVG) um ein echtes Dienstverhältnis iSd § 4 Abs 2 ASVG handelt, so erfolgt die Beschäftigung ohne die *erforderliche* Anmeldung zur Sozialversicherung gem § 33 ASVG. Wenn nun über einen längeren Zeitraum von einem vermeintlichen Auftraggeber eine größere Anzahl von Scheinselbständigen beauftragt wird, um sich Lohnkosten zu ersparen, so handelt es sich dabei in aller Regel um einen wirtschaftlichen Vorteil⁵⁵⁷, der der fortlaufenden Einnahmequelle iSd § 70 StGB entspricht und gewerbsmäßiges Handeln nahelegt. Hält der Auftraggeber es zumindest ernstlich für möglich und findet sich damit ab, dass eine Umgehung einer Pflichtversicherung vorliegt und die Beschäftigung somit ohne die erforderliche Anmeldung zur Sozialversicherung erfolgt, ist der Tatbestand des § 153e Abs 1 Z 2 StGB erfüllt. Nach dem Wortlaut der Bestimmung wohl auch dann, wenn die Scheinselbständigen im Handlungszeitraum neben der Gewerbeberechtigung auch über eine Anmeldung zur SVA der gewerblichen Wirtschaft

⁵⁵⁵ Dh Bereitstellung von Arbeitsleistung und Bauprozess werden zwar zentral unter der Leitung des Partieführers organisiert, ohne jedoch über eine eigene „offizielle“ betriebliche Infrastruktur zu verfügen, zum Begriff vgl *Creemers/Janssen*, Ungemeldete Arbeit 20 f.

⁵⁵⁶ Dazu schon oben S 60 ff.

⁵⁵⁷ Vgl *Rainer*, SbgK § 70 Rz 20.

verfügen, da es sich bei dieser zwar um eine Anmeldung zur SV handelt, aber wohl mangels Erfüllung eines Pflichtversicherungstatbestandes der §§ 2 ff GSVG nicht um die *erforderliche* Anmeldung iSd § 153e StGB. Darüber hinaus wäre der vermeintliche Auftraggeber wohl regelmäßig als tatsächlicher DG anzusehen. Sollte er Löhne ausbezahlt und über die Nettolöhne übersteigende Mittel verfügt haben, käme eventuell auch eine Strafbarkeit gem § 153c StGB in Frage. Infolge echter Konkurrenz der beiden Tatbestände⁵⁵⁸ wäre dieser somit wegen beider Delikte zu verurteilen. Eine Strafbarkeit gem § 153d StGB ist hingegen schon in Ermangelung von Anmeldungen zur SV jedenfalls ausgeschlossen.

b) Strafbarkeit bei Scheinentsendungen

Die oben angeführten Erwägungen gelten sinngemäß für Scheinentsendungen⁵⁵⁹. Sollte sich also im Einzelfall herausstellen, dass es sich bei einer größeren Zahl von beschäftigten DN um Ortskräfte handelt, erfüllen diese nicht den Entsendetatbestand. Folglich unterliegen ihre Dienstverhältnisse der Pflichtversicherung im Inland. Da sie nicht über die gem § 33 ASVG erforderliche Anmeldung zur Sozialversicherung verfügen, wäre bei Vorliegen der übrigen Tatbestandsvoraussetzungen des § 153e Abs 1 Z 2 StGB eine Strafbarkeit des DG ebenso wie nach § 153c StGB möglich. Sollte es sich bloß um einzelne DN handeln, bliebe eine Strafbarkeit nach § 153e Abs 1 Z 2 StGB zwar außer Betracht, die Strafbarkeit wegen Anwerbens iSd Z 1 könnte jedoch trotzdem vorliegen⁵⁶⁰.

c) Strafbarkeit bei Scheingeringfügigkeit⁵⁶¹

Da geringfügig Beschäftigte nur in der UV, nicht jedoch in der PV und KV versichert sind⁵⁶², erspart sich der DG somit einen beträchtlichen Teil der sonst anfallenden SV-Beiträge. Gleichzeitig ist im Fall einer Kontrolle jeder DN aufrecht zur SV gemeldet, wodurch das Risiko diesbezüglicher schmerzhafter Verwaltungsstrafen vermieden wird, weil die Feststellung des tatsächlichen Beschäftigungsausmaßes erhebliche faktische Probleme bereitet.

Nach der Legaldefinition des § 153e Abs 1 Z 1 StGB könnte auch diese Umgehungsform der Vollversicherung als „illegale Erwerbstätigkeit“ iSd § 153e StGB verstanden werden. Angesichts der tatsächlichen Vollzeitbeschäftigung handelt es sich bei der wahrheitswidrigen Anmeldung wie in den obigen Szenarien nicht um die *erforderliche* Meldung zur Sozialversicherung, wodurch bei gewerbsmäßigem Handeln, einer größeren Zahl von Personen und entsprechendem Vorsatz auch hier eine Strafbarkeit des DG gem § 153e Abs 1 Z 2 StGB in Betracht käme⁵⁶³.

⁵⁵⁸ Kirchbacher/Presslauer, WK-StGB² § 153e, Rz 20.

⁵⁵⁹ Dazu schon oben S 62 ff und zur Frage der strafrechtlichen Fassbarkeit im Detail unten S 209 ff.

⁵⁶⁰ Zur Problematik iZm der Bindungswirkung unionsrechtlicher Entsendungsbescheinigungen siehe unten S 211 ff.

⁵⁶¹ Dazu schon oben S 59.

⁵⁶² Brodil/Windisch-Graetz, Sozialrecht⁶, 36.

⁵⁶³ Bei Beschäftigung von weniger als 10 Personen wäre allenfalls noch an eine Strafbarkeit wegen Anwerbens von Personen iSd § 153e Abs 1 Z 1 StGB zu denken.

Wenn die Sozialversicherungsbeiträge und BUAG-Zuschläge nicht entrichtet werden, kann es zudem zu einer Strafbarkeit nach § 153d StGB in echter Konkurrenz mit § 153e StGB⁵⁶⁴ kommen.

B) Fazit

Die praktische Bedeutung des § 153e StGB, der ebenso wie die §§ 153c, d StGB mit dem SozBeG 2005⁵⁶⁵ eingeführt wurde, ist bisher denkbar gering: Im Jahr 2008 gab es nur vier⁵⁶⁶, im Jahr 2009 nur sieben⁵⁶⁷ und im Jahr 2010 nur acht Verurteilungen⁵⁶⁸ sowie keinerlei höchstgerichtliche Jud⁵⁶⁹. Im Zuge des Forschungsprojekts wurde von einigen wenigen bei den StAen anhängigen einschlägigen Ermittlungsverfahren Kenntnis erlangt. Ausgehend von der im Zuge des Projekts erstellten Typologie sozialbetrügerischer Praktiken stellt sich allerdings die Frage, ob § 153e StGB nach seinem Wortlaut nicht doch einen über den vom Gesetzgeber anvisierten Rahmen hinausgehenden Anwendungsbereich haben könnte.

Durch die Formulierung der Beschäftigung „ohne die *erforderliche* Anmeldung“ bzw. Beauftragung „ohne die *erforderliche* Gewerbeberechtigung“ ist der Tatbestand geeignet, einen erheblich weiteren Anwendungsbereich als die bloße umgangssprachliche „Schwarzarbeit“ ohne Anmeldung oder Gewerbeberechtigung zu erfassen. Dabei ist zu hinterfragen, ob sich der weite Wortlaut des Tatbestands mit den Vorstellungen des Gesetzgebers deckt.

Im Entwurf zum SchwABeG sowie in der ersten Vorlage zu § 153e StGB beabsichtigte der Gesetzgeber noch, möglichst umfassend Verstöße gegen Meldeverpflichtungen, deren Gemeinsamkeit im Wesentlichen in der Hintanhaltung von Abgaben- und Beitragshinterziehung sowie Lohndumping bestand, zum Definitionsmerkmal illegaler Erwerbstätigkeit zu machen und die Strafbarkeit nach dem neuen Tatbestand daran anzuknüpfen. Die Einschränkung der illegalen Erwerbstätigkeit auf die in Kraft getretene Form könnte darauf schließen lassen, dass nicht mehr alle Meldeverstöße, sondern bloß selbständige oder unselbständige Tätigkeiten *ohne* Anmeldung zur SV oder *ohne* Gewerbeberechtigung die Strafbarkeit begründen sollten und nicht daran gedacht war, Umgehungsphänomene der Pflichtversicherung wie Scheinselbständigkeit, Scheinentsendungen und Scheingeringfügigkeit zu erfassen. *Filzmoser*⁵⁷⁰ erachtet den Tatbestand vor al-

⁵⁶⁴ Zur Konkurrenz *Kirchbacher/Presslauer*, WK-StGB² § 153e, Rz 20.

⁵⁶⁵ BGBl I 152/2004.

⁵⁶⁶ *Statistik Austria*, Kriminalstatistik 2008, 92.

⁵⁶⁷ *Statistik Austria*, Kriminalstatistik 2009, 64.

⁵⁶⁸ *Statistik Austria*, Kriminalstatistik 2010, 112. Die Zahlen für 2011 waren bis Projektabschluss leider noch nicht verfügbar.

⁵⁶⁹ Abgesehen von zwei kurzen Erwähnungen in Grundrechtsbeschwerden, die sich aber mit § 153e StGB nicht auseinandersetzen, vgl. OGH 02.03.2010, 11 Os 196/09x; OGH 05.07.2007, 12 Os 81/07i.

⁵⁷⁰ *Filzmoser*, *ecolex* 2005, 547 (548); ohne nähere Begründung zustimmend *Köck*, *Wirtschaftsstrafrecht*², 59.

lem bei Tätigkeiten, die von einer vorhandenen Gewerbeberechtigung nicht gedeckt sind, als „bei weitem überschießend und offenbar auch gar nicht beabsichtigt“ und spricht sich daher für eine teleologische Reduktion zumindest in jenen Fällen aus, in denen außer der Grundumlage bei der Fachorganisation der Wirtschaftskammer keine Abgaben hinterzogen würden.

Allerdings waren diese Umgehungsszenarien nicht explizit Gegenstand des Entwurfs des SchwABeG. Und selbst wenn sie mitbedacht gewesen sein sollten, war die heutige Tragweite des Problems im Jahr 1999 wohl nicht bekannt. Zu viel kann daher wohl schon aus diesem Grund nicht aus der Reduktion des Wortlautes vom Entwurf des SchwABeG auf die geltende Fassung geschlossen werden. Außerdem ist nicht ersichtlich, worin der Unterschied im Unrechtsgehalt zwischen der Beschäftigung einer größeren Zahl von gänzlich klandestinen Schwarzarbeitern zur Umgehung der Beitragspflicht und der Beauftragung einer größeren Anzahl von Scheinselbständigen (mit Gewerbeberechtigung) bzw Beschäftigung von Scheinentsandten zur Umgehung der Beitragspflicht liegen sollte. Selbst wenn die Scheinselbständigen bei der SVA der gewerblichen Wirtschaft gemeldet sind und Beiträge nach GSVG entrichten, wird eine Strafbarkeit zu bejahen sein, weil der Fokus der Bestimmung nicht nur in der Pönalisierung einer konkreten Beitragshinterziehung (und damit nicht ausschließlich im Schutz fremden Vermögens), sondern wohl auch in der Pönalisierung der Umgehung grundlegender ordnungspolitischer Pflichten, mit dem Ziel, die Umgehung von Beiträgen und Abgaben durch Verschleierung der tatsächlichen Verhältnisse hintanzuhalten, liegt. Durch das Vorsatzerfordernis, das Erfordernis der Beschäftigung bzw Beauftragung einer größeren Zahl sowie die erforderliche Gewerbsmäßigkeit ist hinreichend gewährleistet, dass nicht unwissende oder ungeschickte, aber grundsätzlich redlich agierende Unternehmer bzw private Auftraggeber/DG von einer kriminalstrafrechtlichen Sanktion erfasst sind. Diese Überlegungen gelten gleichermaßen für Konstellationen einer Strafbarkeit wegen Anwerbens iSd § 153e Abs 1 Z 1 StGB.

Im Hinblick auf die in den letzten Jahren erfolgten gesetzlichen Änderungen, die zu einer Stärkung der rechtlichen Instrumentarien und personellen Ressourcen der Kontrolltätigkeit durch Organe der Abgabenbehörden und KV-Träger führten, kann nicht ausgeschlossen werden, dass Fälle gänzlich klandestiner Schwarzarbeit infolge eines erhöhten Aufdeckungsrisikos weiter zurückweichen und die geschilderten Umgehungskonstrukte bzw neue Umgehungsformen zur Vermeidung oder Reduktion lohnabhängiger Abgaben zunehmen werden.

Im Umgang mit diesen diversen Szenarien erscheint die Handhabung des Tatbestands im Vergleich zu den ungleich stärker sozialrechtsakzessorisch ausgestalteten und auf eine Beitragsverkürzung abstellenden §§ 153c, d StGB wesentlich einfacher. Gerade im gänzlich klandestinen Bereich ist es mangels Kooperation der illegalen Erwerbstätigen bzw deren DG oder Auftraggeber kaum möglich, die

Einzelheiten der getroffenen Vereinbarung (Dauer, Entgelthöhe, ausgeübte Tätigkeit) im Nachhinein hinreichend zu rekonstruieren. Da das Tatbild des § 153e StGB allerdings nicht auf Beitragsverkürzungen abstellt, kann es schon bei einmaliger Betretung im Rahmen von FinPol- oder GKK-Kontrollen erfüllt sein. Im Hinblick auf Scheinfirmen würde sich bei Anwendung des § 153e StGB die äußerst schwierige Auseinandersetzung mit der DG-Eigenschaft einzelner Hintermänner erübrigen, sofern feststeht, dass die erforderliche Anzahl von illegal Erwerbstätigen zumindest angeworben, vermittelt oder überlassen wurde. § 153e StGB könnte sich daher auch für die nicht auf lohnabhängige Abgaben spezialisierten Strafverfolgungsorgane bei StA und Polizei im Rahmen ihrer alltäglichen Arbeitsbelastung als wertvolles Instrumentarium der strafgerichtlichen Sozialbetrugsverfolgung erweisen.

V. Sozialbetrug und Betrügerische Krida

Ausgangsbeispiel

Der faktische Geschäftsführer A beauftragt den B, die X-BaugmbH mit einem gefälschten Pass als alleiniger Geschäftsführer und Gesellschafter zu übernehmen und ein Geschäftskonto lautend auf die X-Bau zu gründen. Bis zur Konkurseröffnung melden die beiden in bewusstem und gewolltem Zusammenwirken 150 DN bei GKK und BUAK an, ohne die dafür fälligen Beiträge und Zuschläge zu entrichten. Der GKK entsteht dadurch ein Beitragsausfall iHv € 100.000, der BUAK ein Zuschlagsausfall iHv € 50.000. Darüber hinaus bestehen Forderungen eines Mobilfunkanbieters iHv € 10.000, DN-Forderungen iHv € 15.000 und eine Forderung eines Notars für die Vornahme des Notariatsakts bei Übernahme iHv € 1.000. Eine Kontoauskunft zeigt, dass auf dem Geschäftskonto Zahlungseingänge in einer Gesamthöhe von € 200.000 verbucht, von B im Auftrag des A behoben und tatplangemäß für gesellschaftsfremde Zwecke verwendet wurden. Im Zeitpunkt der Entnahmen waren die Forderungen der BUAK und GKK bereits aufrecht.

A) Rechtliche Erwägungen

Lässt sich feststellen, dass einer Scheinfirma Vermögenswerte zukamen, die jedoch unmittelbar nach Zufluss dem Gesellschaftsvermögen entnommen wurden und in der Folge zur Befriedigung einer vorhandenen Gläubigermehrheit nicht mehr zur Verfügung standen, kommt neben der aus den Anmeldungen resultierenden Strafbarkeit gem § 153d StGB auch eine Strafbarkeit wegen Betrügerischer Krida in Betracht.

1. Zur Strafbarkeit wegen Betrügerischer Krida

a) Täterkreis

§ 156 pönalisiert die vorsätzliche (tatsächliche oder scheinbare) Verringerung des Schuldnervermögens, wodurch die Befriedigung zumindest eines von mehreren Gläubigern vereitelt wird. Als geschütztes Rechtsgut gilt das Interesse der Gläubiger an der Forderungsbefriedigung⁵⁷¹. Nach hA handelt es sich bei § 156 StGB um ein Sonderdelikt iSd § 14 Abs 1 StGB, dessen unmittelbarer Täter nicht jedermann, sondern nur ein Schuldner mehrerer Gläubiger sein kann⁵⁷². In den einschlägigen Sozialbetrugsfällen wird typischerweise die bereits insolvenzverfangene juristische Person (Scheinfirma) als Schuldner angesehen.

§ 161 Abs 1 StGB sieht vor, dass leitende Angestellte einer juristischen Person oder einer Personengemeinschaft ohne Rechtspersönlichkeit gleich einem Schuldner nach § 156 StGB zu bestrafen sind. Die Bezeichnung leitender Angestellter erfährt in § 74 Abs 3 StGB eine Legaldefinition: Demnach handelt es sich dabei um Angestellte eines Unternehmens, auf dessen Geschäftsführung ihnen ein maßgeblicher Einfluss zusteht. Ihnen werden Geschäftsführer, Mitglieder des Vorstands oder Aufsichtsrats und Prokuristen ohne Angestelltenverhältnis ausdrücklich gleichgestellt. Wenn es sich also beim Schuldner der unbefriedigt gebliebenen Forderungen um eine juristische Person handelt, ist der Geschäftsführer aufgrund der ausdrücklichen Gleichstellung des § 161 Abs 1 StGB als unmittelbarer Täter anzusehen⁵⁷³. Bloß vorgeschobene „Strohleute“, die tatsächlich keinen Einfluss auf die Geschäftsführung haben, sind nach hA dennoch ex lege unmittelbare Täter, weil mit der Übernahme der Organfunktion schon kraft Gesetzes die Pflichten eines leitenden Angestellten des Unternehmens verbunden sind⁵⁷⁴.

Faktische Geschäftsführer, die – ohne förmlich bestellt zu sein – maßgeblichen Einfluss auf die Geschäftsführung der juristischen Person nehmen, werden von der Rspr, ungeachtet der Frage, ob es sich um Angestellte, Gesellschafter, Angehörige oder Außenstehende handelt, ebenso zu den leitenden Angestellten iSd § 161 Abs 1 gezählt⁵⁷⁵. Daraus ergibt sich, dass sowohl der de-iure Geschäftsführer als auch der faktische Geschäftsführer gleichermaßen als Intranei und damit als unmittelbare Täter des § 156 StGB anzusehen sind⁵⁷⁶.

⁵⁷¹ Birklbauer/Hilf/Tipold, BT I § 156 Rz 2.

⁵⁷² Leukauf/Steininger, StGB³ § 156 Rz 2.

⁵⁷³ Birklbauer/Hilf/Tipold, Vor §§ 156-163 Rz 10.

⁵⁷⁴ Jerabek/Reindl-Krauskopf/Schroll, WK-StGB² § 74 Rz 68; Zagler, SbgK-StGB § 309 Rz 9; OGH 19.03.1996, 14 Os 179/95; OGH 13.06.2006, 11 Os 52/05i.

⁵⁷⁵ OGH 10.03.2005, 12 Os 37/04; OGH 30.05.2006, 11 Os 1/06s.

⁵⁷⁶ Birklbauer/Hilf/Tipold, Vor §§ 156-163 Rz 10.

b) Gläubiger

Gläubiger iSd § 156 StGB sind all jene natürlichen und juristischen Personen, denen ein privat- oder öffentlich-rechtlicher Anspruch gegen den Schuldner zusteht, wobei es auf dessen Fälligkeit nicht ankommt. Daher wird nicht zwischen privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Gläubigern (wie bspw KV-Trägern, Fiskus, BUAK) unterschieden⁵⁷⁷. Für die Beurteilung der Gläubigermehrheit sind alle vorhandenen Gläubiger maßgebend und nicht bloß jene, deren Befriedigung durch die Tathandlung vereitelt wird⁵⁷⁸. Problematisch iZm Scheinfirmen kann auch hier wiederum die DG-Eigenschaft sein. In beobachteten Strafverfahren wurde die DG-Eigenschaft der Scheinfirma bei Beurteilung der Strafbarkeit gem § 156 StGB nicht weiter hinterfragt, obwohl sie im selben Verfahren im Hinblick auf § 153d StGB verneint wurde⁵⁷⁹. Geht man davon aus, dass die Gesellschaften nur als Anmelde- und Verrechnungsvehikel einer Vielzahl von unbekanntem, tatsächlichen DG verwendet wurden oder einzelne Personen als Scheingemeldete gar nicht als DN anzusehen wären, würde auch die Forderung der GKK, der BUAK oder des Fiskus gegen die GmbH tatsächlich nicht bestehen. Konsequenterweise wären diese dann aber auch nicht als Gesellschaftsgläubiger iSd § 156 StGB anzusehen.

c) Bestandteil des Schuldnervermögens

Als Vermögen und damit Tatobjekt sind alle Bestandteile des Schuldnervermögens anzusehen, die dem Zugriff der Gläubiger im Wege der Zwangsvollstreckung unterliegen⁵⁸⁰. Bei Firmen sind das typischerweise Kapitalvermögen, Forderungen und körperliche Sachen. Bei Scheinfirmen lässt sich immer wieder feststellen, dass sie bloß als Verrechnungsvehikel verwendet werden und damit nicht alle auf dem Geschäftskonto einlangenden Gelder iSd dem Wirtschaftsstrafrecht inhärenten wirtschaftlichen Betrachtungsweise⁵⁸¹ als Vermögensbestandteile der schuldnerischen GmbH anzusehen sind. Aus den bisher im Rahmen des Forschungsprojekts verfolgten Strafverfahren wurde nach Ausstellung von Schein- und Deckungsrechnungen die fiktive Rechnungssumme zumeist auf das Geschäftskonto überwiesen, behoben und an die überweisende Person unter Abzug einer vorab vereinbarten Provision wieder retourniert⁵⁸². Für die zuständige StA stellte sich dabei regelmäßig die Frage, ob zur Bezifferung der tatbildlichen Vermögensverringerung die gesamte Rechnungssumme zu berücksichtigen ist oder bloß die vereinbarte Provision, die nach einer am Beteiligtenwillen orientierten wirtschaftlichen Betrachtungsweise tatsächlich der Gesellschaft bzw deren Hintermännern verbleiben sollte.

⁵⁷⁷ *Leukauf/Steininger*, StGB³ § 156 Rz 4; *Kirchbacher/Presslauer*, WK-StGB² § 156 Rz 4.

⁵⁷⁸ *Ibid.*

⁵⁷⁹ Tgb 23012012 I.

⁵⁸⁰ *Leukauf/Steininger*, StGB³ § 156 Rz 6 ff; *Kirchbacher/Presslauer*, WK-StGB² § 156 Rz 7.

⁵⁸¹ *Kirchbacher/Presslauer*, WK-StGB² § 156 Rz 7.

⁵⁸² Dazu schon oben S 50.

Richtigerweise wird in solchen Fällen wohl nicht die gesamte entnommene Summe, sondern bloß die vereinbarte und einbehaltene Provision als Vermögensbestandteil der Gesellschaft anzusehen sein. Dieser Umstand wird bei Feststellung der vorhandenen Vermögenswerte der GmbH, auf deren Basis sich der maßgebliche Schaden in Form der Befriedigungsvereitelung errechnet, zu berücksichtigen sein⁵⁸³.

d) Tathandlungen

Tathandlungen des § 156 StGB sind alle vorsätzlichen wirklichen oder scheinbaren Verringerungen des Schuldnervermögens. Wirkliche Vermögensverringerungen liegen vor, wenn die Aktiva reduziert und die Passiva erhöht werden, scheinbare Vermögensverringerungen immer dann, wenn die Befriedigungsmöglichkeiten im Verhältnis zur tatsächlichen Lage als geringer dargestellt werden⁵⁸⁴. In Sozialbetrugsfällen handelt es sich zumeist um tatsächliche Vermögensverringerungen in Form des bewussten Beiseiteschaffens von Vermögenswerten durch regelmäßige Entnahmen.

§ 156 StGB stellt ein Erfolgsdelikt dar und bedarf zu seiner Vollendung des Eintritts der Befriedigungsvereitelung. Auch wenn der Tatbestand eine Gläubigermehrheit erfordert, bedarf es zu seiner Vollendung keiner Opfermehrheit, womit die Schädigung eines einzigen Gläubigers zur Strafbarkeit gem § 156 StGB hinreichend ist⁵⁸⁵. Bei tatsächlichen Vermögensverringerungen tritt die Vollendung dabei schon im Zeitpunkt des Beiseiteschaffens der Vermögenswerte ein, weil schon durch die Entnahme die Vermögensbestandteile aus dem exekutiv realisierbaren Schuldnervermögen ausscheiden⁵⁸⁶. Da die Vermögensverringerung freilich kausal für die eingetretene Befriedigungsvereitelung sein muss⁵⁸⁷, kann sich die Tathandlung jeweils nur auf im Tatzeitpunkt bereits bestehende Forderungen nachteilig auswirken.

e) Qualifikationen

§ 156 Abs 2 StGB sieht eine erhöhte Strafbarkeit von einem bis zu zehn Jahren Freiheitsstrafe vor, wenn durch die Tat ein € 50.000 übersteigender Schaden herbeigeführt wird. Maßgeblich für die Schadensbestimmung ist primär das Ausmaß der Vermögensverringerung, sofern die Summe der entnommenen Gelder das Ausmaß der im Tatzeitpunkt bestehenden Forderungen nicht übersteigt. Im gegenteiligen Fall, wenn das Ausmaß der Vermögensverringerung die zu diesem Zeitpunkt bestehenden Forderungen übersteigt, richtet sich der Schadensbe-

⁵⁸³ Im Zuge der Feldforschungen wurde festgestellt, dass die Schadensberechnung bei manchen StAen wohl zutreffenderweise bereits in dieser Form gehandhabt wird.

⁵⁸⁴ *Birklbauer/Hilf/Tipold*, BT I § 156 Rz 10 f.

⁵⁸⁵ *Kirchbacher/Presslauer*, WK-StGB² § 156 Rz 5b; *Birklbauer/Hilf/Tipold*, § 156 Rz 15 f.

⁵⁸⁶ *Leukauf/Steininger*, StGB³ § 156 Rz 16.

⁵⁸⁷ *Birklbauer/Hilf/Tipold*, BT I § 156 Rz 15.

trag nach der Höhe der Forderungen, weil die Höhe der Vereitelung der Gläubigerbefriedigung selbstverständlich durch die Forderungshöhe begrenzt ist⁵⁸⁸.

f) Ausgangsbeispiel

Für das Ausgangsbeispiel lässt sich daher folgern, dass der faktische Geschäftsführer A und der handelsrechtliche Geschäftsführer B als leitende Angestellte der X-BaugmbH unmittelbare Täter des § 156 StGB sind. Die Barbehebungen stellen ein Beiseiteschaffen von Vermögenswerten dar, das aufgrund der im Behebungszeitraum bestehenden Forderungen unmittelbar eine Minderung des den Gläubigern zur Verfügung stehenden Befriedigungsfonds zur Folge hat. Im Ergebnis erfüllen beide den Tatbestand der Betrügerischen Krida. Der Schaden beläuft sich auf € 150.000 gegenüber der GKK und BUAK, € 10.000 gegenüber dem Mobilfunkanbieter, € 15.000 gegenüber den DN und € 1.000 gegenüber dem Notar.

2. Verhältnis zur Strafbarkeit gem § 153d StGB

a) Zur Relevanz der Abgrenzung

In Sozialbetrugsverfahren wird oft wegen Verdachts nach §§ 153d, 156 StGB ermittelt und auch die daraus resultierenden Anklageschriften subsumieren die Schädigungen zulasten der GKK und BUAK meist unter beide Bestimmungen. Das Verhältnis der beiden Tatbestände zueinander wurde bisher – soweit ersichtlich – im Schrifttum nicht aufgegriffen. Der OGH hat in dem Ausgangsbeispiel vergleichbaren Fällen bereits zweimal⁵⁸⁹ Verurteilungen wegen §§ 153d, 156 StGB bestätigt, ohne jedoch auf die Konkurrenzfrage im Detail einzugehen. In 15 Os 87/09x⁵⁹⁰ machte die Subsumtionsrüge zwar stillschweigende Subsidiarität des § 156 StGB gegenüber § 153d StGB geltend, jedoch sah sich das Höchstgericht mangels methodengerechter Ableitung nicht dazu veranlasst näher darauf einzugehen.

Grundsätzlich können Tatbestände entweder echt konkurrieren und sohin einen Anwendungsfall des Absorptionsprinzips⁵⁹¹ gem § 28 StGB darstellen oder zueinander im Verhältnis bloßer Scheinkonkurrenz stehen. Im letzteren Fall würde wohl die Strafbarkeit gem § 153d als spezielleres Gläubigerschutzdelikt für Schädigungen gegenüber der GKK und BUAK dem § 156 StGB vorgehen und sich folglich die Anwendung der Betrügerischen Krida verbieten⁵⁹². Im Hinblick auf die Strafdrohung kommt dieser Frage auch beachtliche praktische Bedeutung zu: § 153d Abs 2 StGB ermöglicht eine Höchststrafe von 5 Jahren Freiheitsstrafe, während § 156 Abs 2 StGB bei Überschreiten desselben Schadensbetrags von € 50.000 bis zu 10 Jahren Freiheitsstrafe zulässt.

⁵⁸⁸ *Leukauf/Steininger*, StGB³ § 156 Rz 23 mwN.

⁵⁸⁹ OGH 09.09.2009, 15 Os 87/09x; OGH 02.03.2010, 14 Os 15/10b.

⁵⁹⁰ OGH 09.09.2009, 15 Os 87/09x.

⁵⁹¹ *Ratz*, WK-StGB² § 28 Rz 1 ff.

⁵⁹² Vgl zur Scheinkonkurrenz allgemein *Ratz*, WK-StGB² Vor §§ 28–31 Rz 26 ff.

b) Zum Verhältnis der beiden Tatbestände

Vorweg stellt sich die Frage, ob überhaupt die für das Zusammentreffen mehrerer Delikte erforderliche Handlungseinheit vorliegt⁵⁹³. Dabei ist festzuhalten, dass die Tathandlungen der beiden Bestimmungen offenkundig an unterschiedliche Lebenssachverhalte anknüpfen: Während § 153d StGB das betrügerische Vorenthalten – also das Nicht-Bezahlen – von Beiträgen und Zuschlägen für angemeldete DN im Fälligkeitszeitpunkt pönalisiert, knüpft § 156 StGB an die Verringerung des den Gläubigern zur Verfügung stehenden Befriedigungsfonds an. Im konkreten Ausgangsbeispiel handelt es sich also um die Nichtentrichtung der Beiträge einerseits und die Barbehebungen vom Geschäftskonto andererseits. Ähnlich wie der OGH zum Verhältnis der §§ 153c, 156 StGB könnte man schon jetzt festhalten, dass damit die Annahme bloß scheinbarer Konkurrenz von vornherein ausscheide⁵⁹⁴ und ein echtes Zusammentreffen bejahen. Für diese Ansicht spricht wohl auch der unterschiedliche Schadensbegriff der beiden Bestimmungen: Auch wenn bei beiden Tatbeständen der „Schaden“ der GKK bzw BUAK immer in einer aushaftenden Beitrags- bzw Zuschlagsforderung besteht, ist dieser vom Tatbild des § 156 StGB nur dann und nur insoweit erfasst, als diese Forderung durch tatsächliche oder scheinbare Vermögensverringerung vereitelt wird. Während also die Strafbarkeit nach § 156 StGB immer auch auf die konkrete Leistungsfähigkeit des Schuldners abstellt, spielt diese demgegenüber im Tatbild des § 153d StGB keine Rolle, weil die Strafbarkeit auch dann eintreten soll, wenn die nötigen Mittel zur Beitrags- und Zuschlagsentrichtung im Fälligkeitszeitpunkt nicht vorhanden sind⁵⁹⁵.

Wenn man angesichts der Identität der Opfer (GKK und BUAK) nichtsdestotrotz von einem Konkurrenzproblem ausgeht, ist weiters fraglich, ob Gründe ersichtlich sind, den verwirklichten Sachverhalt wegen bloß scheinbarer Konkurrenz nur einem der beiden Tatbestände zu unterstellen. Die Annahme von Spezialität scheidet von vornherein aus, da die Tatbestände zu unterschiedlich sind, um in einem Verhältnis von „Gattung und Art“ zu stehen, in dem ein Delikt sämtliche Merkmale eines anderen enthält und zusätzlich noch ein weiteres Tatbestandsmerkmal⁵⁹⁶. Stillschweigende Subsidiarität wäre denkbar, wenn sich aus dem abstrakten Verhältnis der Tatbestände zueinander und der gesetzlichen Systematik folgern ließe, dass einer der Tatbestände nur subsidiär Anwendung finden sollte, wenn nicht ein anderes Delikt erfüllt ist. So könnte bspw überlegt werden, ob es sich bei § 153d StGB nicht um ein spezifisches Gläubigerschutzdelikt zugunsten der GKK und der BUAK handelt, das im Hinblick auf die beiden Rechtsträger als Sonderdelikt dem allgemeinen Gläubigerschutzdelikt des § 156

⁵⁹³ *Wegscheider*, ÖJZ 1980, 617 (617).

⁵⁹⁴ OGH 11.03.2008, 14 Os 170/07t.

⁵⁹⁵ *Kirchbacher/Presslauer*, WK-StGB² § 153d Rz 20.

⁵⁹⁶ *Grundlegend Ratz*, WK-StGB² Vor §§ 28–31 Rz 32.

StGB vorzugehen hätte. Nach hL⁵⁹⁷ würde dies allerdings erfordern, dass durch die Begehung des Sonderdelikts alle Merkmale des allgemeinen Delikts mitverwirklicht würden. Dies ist hier aber gerade nicht der Fall: § 153d StGB unterscheidet sich grundsätzlich von § 156 StGB, indem er weder eine Gläubigermehrheit noch das Vorhandensein tatsächlicher Mittel zur Befriedigung des geschädigten Gläubigers erfordert. Auch das Höchstgericht ließ im obiter dictum zu 15 Os 87/09x zumindest anklingen, dass dem Umstand, dass ein „Vorenthalten iSd § 153d StGB nicht davon abhängig ist, ob zum Fälligkeitszeitpunkt die Nettolöhne übersteigende Mittel vorhanden sind“, entscheidende Bedeutung bei der Beurteilung einer allfälligen Subsidiarität zukomme⁵⁹⁸. Darüber hinaus sprechen auch historisch-teleologische Argumente gegen eine Subsidiarität der Betrügerischen Krida: Mit der Einführung des § 153d StGB wollte der Gesetzgeber ausdrücklich Strafbarkeitslücken schließen⁵⁹⁹. Demgegenüber wäre die Unterstellung, dass im gleichen Maße eine Beschränkung des im Hinblick auf GKK und BUAK bereits bestehenden Gläubigerschutzes nach § 156 StGB intendiert gewesen sei, wohl verfehlt.

Zuletzt bleibt noch zu prüfen, ob eine Strafbarkeit gem § 156 StGB die Strafbarkeit nach § 153d StGB konsumieren könnte, weil das Unrecht der Tat dadurch hinreichend abgedeckt würde⁶⁰⁰. Dabei kann das Betrügerische Vorenthalten wohl weder als typische Begleittat der Betrügerischen Krida noch als straflose Nachtat derselben betrachtet werden. Einerseits ist mit der Anmeldung von DN und dem betrügerischen Vorenthalten der Beiträge die Betrügerische Krida nur dann verwirklicht, wenn Vermögenswerte zur Forderungsbefriedigung überhaupt vorhanden sind. Andererseits ist eine Befriedigungsvereitelung gegenüber dem SV-Träger auch ohne vorangehendes betrügerisches Handeln iSd § 153d Abs 1 StGB denkbar, wodurch es in beiden Fällen an der Typizität der jeweiligen Begleittat fehlen würde. Eine Bewertung der gläubigerschädigenden Entnahmen als straflose Nachtat zum betrügerischen Vorenthalten bereitet schon angesichts der unterschiedlichen Vollendungszeitpunkte Schwierigkeiten und verbietet sich darüber hinaus, weil weder ein aus der Tat herrührender Erfolg verwertet noch ein geschaffener rechtswidriger Zustand aufrechterhalten wird⁶⁰¹.

Im Ergebnis ist die Anwendung beider Delikte infolge echter Realkonkurrenz unbedenklich. Schutzobjekt des § 156 StGB ist die Erhaltung des den Gläubigern zur Verfügung stehenden Befriedigungsfonds, während § 153d StGB die schon im Anmeldezeitpunkt geplante Hinterziehung von Beiträgen und Zuschlägen pönalisiert. Aus der unterschiedlichen Ausgestaltung der Tatbestände bestehen auch beachtliche wesensmäßige Unterschiede in der Qualität der jeweiligen Vermö-

⁵⁹⁷ Ratz, WK-StGB² Vor §§ 28–31 Rz 54; Burgstaller, JBl 1978, 393 (398).

⁵⁹⁸ OGH 09.09.2009, 15 Os 87/09x.

⁵⁹⁹ EBRV 698 BlgNR XXII.GP 3.

⁶⁰⁰ Maleczky, AT II¹⁴, 110.

⁶⁰¹ Ratz, WK-StGB² Vor §§ 28–31 Rz 66.

gensschädigung, die auch vom OGH⁶⁰² bereits zumindest in einem obiter dictum anerkannt wurden. Für die Annahme einer bloßen Scheinkonkurrenz bleibt – wie oben ausgeführt – kein Raum. In Fällen wie dem Ausgangsbeispiel, deren Unterstellung unter bloß einen der beiden Tatbestände den Unrechtsgehalt der Handlungen wohl nicht abzudecken geeignet wäre, ist die Subsumtion unter beide Tatbilder ganz im Gegenteil sogar erforderlich. Auch wenn es sich prima facie um denselben „Schaden“ in Form von Beitrags- bzw Zuschlagsrückständen handelt, ist dieser das Produkt unterschiedlicher Schädigungshandlungen, wodurch beide Tatbestände in qualifizierter Form verwirklicht werden können. A und B könnten somit wegen § 153d Abs 1, Abs 2 und Abs 3 StGB und § 156 Abs 1 und Abs 2 StGB verurteilt werden.

B) Praktische Aspekte

In der Praxis bestehen die zentralen Beweisprobleme vor allem darin, das genaue Ausmaß der Befriedigungsvereitelung festzustellen. Dies erfordert erstens eine Feststellung der offenen Forderungen, die sich meist anhand der Unterlagen aus dem Insolvenzverfahren und Auszügen aus dem Exekutionsregister bewerkstelligen lässt, und zweitens eine Darstellung der Vermögenslage der Gesellschaft. Dabei sind die Zeitpunkte des Zu- und Abflusses ebenso wie die Höhe der Vermögenswerte zu klären, um diese dann in einem dritten Schritt in Relation zu den bestehenden Forderungen zu setzen, und schlussendlich das für § 156 StGB relevante Schadensausmaß festzustellen.

Wird über das Vermögen einer Scheinfirma ein Insolvenzverfahren eröffnet, so handelt es sich bei den geschädigten Gläubigern typischerweise primär um den Fiskus mit Abgabeforderungen, einen KV-Träger mit Beitragsforderungen und vielfach auch die BUAK mit Zuschlagsforderungen. Darüber hinaus besteht meist auch eine Vielzahl offener Entgeltforderungen von DN, die diese dann in der Folge beim IEF geltend machen. ZT gibt es auch noch Forderungen von Telekombetreibern für unbezahlt gebliebene Telefonrechnungen. Die betragsmäßig höchsten Forderungen sind meist jene der öffentlich-rechtlichen Rechtsträger, deren aushaftende Verbindlichkeiten auch nach einer kurzen Lebensdauer der Scheinfirmen beträchtliche Dimensionen von typischerweise mehreren hunderttausend Euro erreichen. Die übrigen Forderungen fallen demgegenüber idR kaum ins Gewicht. Nach der Rspr⁶⁰³ lassen sich die Abgabenrückstände auch bei einer parallelen Strafbarkeit wegen eines Finanzvergehens als relevante Forderungen im Rahmen des § 156 StGB berücksichtigen. Für Forderungen der BUAK und GKK hat dies ebenso zu gelten, auch wenn diese bereits unter § 153d StGB subsumiert wurden. Im Vergleich zu § 153d StGB können bei § 156 StGB nicht

⁶⁰² OGH 09.09.2009, 15 Os 87/09x.

⁶⁰³ OGH 21.10.2003, 14 Os 53/03.

bloß die Netto-Beiträge oder -Zuschläge⁶⁰⁴, sondern die gesamten aushaftenden Forderungen inklusive allfälliger Zuschläge, Verzugszinsen etc zur Schadensbestimmung miteinbezogen werden⁶⁰⁵. In der Praxis hat dies zumeist einen tatbestandsmäßigen Schadensbetrag zur Folge, der weit jenseits der für die strengere Strafbarkeit des Abs 2 geforderten Qualifikationsstufe von mehr als € 50.000 liegt. Würden die Forderungen der öffentlich-rechtlichen Rechtsträger nicht berücksichtigt, bliebe für eine Strafbarkeit meist nichtsdestotrotz eine Gläubigermehrheit, die sich aus DN und zB Telekomunternehmen und sonstigen Kleingläubigern zusammensetzt. Jedoch erreichen deren Forderungen nur selten das für die Qualifikationsstufe des § 156 Abs 2 StGB erforderliche Ausmaß.

Der Unterschied zwischen der Annahme eines echten Zusammentreffens und bloßer Scheinkonkurrenz wird deutlich, wenn man die zwei Herangehensweisen im Ausgangsbeispiel anwendet: Ginge man davon aus, dass die Verwirklichung des § 153d StGB die Strafbarkeit des § 156 StGB gegenüber der BUAK und den SV-Trägern verdrängt, ist zwar weiterhin eine Strafbarkeit auch wegen § 156 StGB denkbar. Richtigerweise könnten dann allerdings nur mehr die Forderungsbefriedigung der übrigen Gläubiger (Mobilfunkunternehmen und Notar) durch die Entnahmen vereitelt werden. Selbst bei Berücksichtigung der DN-Forderungen⁶⁰⁶ käme man auf einen maximalen Befriedigungsausfall von € 26.000 und damit nicht über die Qualifikationsstufe des § 156 Abs 2 StGB. Vertritt man die wohl zutreffende Gegenansicht und berücksichtigt auch die Forderungen der GKK und BUAK ergibt sich ein Befriedigungsausfall iHv € 176.000. Da € 200.000 behoben wurden, verfügte die Gesellschaft zweifelsohne über die Mittel zur Begleichung dieser Forderungen, wodurch dieser Betrag als Schaden iSd § 156 StGB zu betrachten wäre.

Nach Feststellung der Gläubiger und deren Forderungen bedarf es noch der Darstellung der Vermögenslage der Gesellschaft: Diesbezüglich sind meist durch Kontenöffnungen (§ 109 Z 3 lit b StPO) wertvolle Beweise über die der Gesellschaft zufließenden und damit zur Befriedigung der Gläubiger vorhandenen Vermögenswerte einerseits und über den Zeitpunkt der tatsächlichen Vermögensverringerung andererseits zu erlangen. Im Einzelnen ist es jedoch ohne Mitwirkung der Beschuldigten meist nicht möglich festzustellen, welche einlangenden Vermögenswerte zur Gänze für die Gesellschaft bestimmt waren und welche einlangenden Geldbeträge nur als „Durchlaufposten“ wieder an den Überweisenden unter Abzug einer Provision rückausgefolgt wurden, weil häufig keine Aufzeichnungen darüber zur Verfügung stehen.

⁶⁰⁴ Siehe oben S 160 f.

⁶⁰⁵ Jedoch immer in Relation zu den entnommenen Vermögenswerten, weil nur jener Befriedigungsausfall tatbildmäßig ist, den die Gläubiger durch die Tat selbst erleiden, vgl *Leukauf/Steininger*, StGB³ § 156 Rz 25.

⁶⁰⁶ Da der Bestand der DN-Forderungen gegenüber Scheinfirmen meist fragwürdig ist und oft auch vom Insolvenzverwalter bestritten wird, kann eine Berücksichtigung dieser Forderungen im Strafverfahren mit Unsicherheiten behaftet sein.

VI. Kriminalstrafrechtliche Verantwortung auftraggebender Unternehmen

Ausgangsbeispiel:

Die ARGE Bau erhält den Zuschlag für ein größeres BVH. In ihrer Funktion als GU vergibt sie den Rohbau an die X-BaugmbH. A, der Geschäftsführer der X-BaugmbH entscheidet sich, die Verlegearbeiten an die Subfirma Y weiterzugeben. Aufgrund seiner Branchenkenntnisse hält er es ernstlich für möglich, dass das Angebot der Subfirma Y, die bei ordnungsgemäßer Geschäftsgebarung für den Auftrag entstehenden Lohn- und Lohnnebenkosten nicht abzudecken vermag und daher auf eine korrekte Abgabenleistung „verzichtet“. Trotzdem willigt er in die Vereinbarung ein, weil er nach seiner Auffassung keinerlei Verantwortung und Kontrolle über mögliche Malversationen seines Subunternehmers verfügt und für ihn ein möglichst günstiger Geschäftsabschluss von primärer Bedeutung ist. Ein halbes Jahr später ist die Subfirma Y insolvent, und es stellt sich heraus, dass alle auf dem BVH eingesetzten Dienstnehmer der Y zwar angemeldet, die dafür anfallenden SV-Beiträge und BUAG-Zuschläge jedoch nie entrichtet wurden.

Angesichts der gängigen Verwendung von Scheinfirmen im Rahmen von Subvergabe-Pyramiden⁶⁰⁷ stellt sich nicht nur die Frage nach der Strafbarkeit der unmittelbar mit der Scheinfirma handelnden Täter, sondern auch der übergeordneten Auftraggeber. Bei diesen Auftraggebern handelt es sich typischerweise um durchaus seriös geführte Unternehmen, die ihren eigenen Beitrags-, Abgaben- und Zuschlagsverpflichtungen pünktlich und hinreichend nachkommen. Durch die Weitergabe von bestimmten Auftragsteilen bzw. Gewerken profitieren sie aber regelmäßig von den sozialbetrügerischen Malversationen ihrer Subunternehmer, indem sie einen beträchtlichen Anteil an Lohnkosten einsparen und somit im Vergleich zu redlich auftretenden Mitbewerbern erhebliche Wettbewerbsvorteile erlangen. Da davon auszugehen ist, dass die im Baugewerbe auftretenden Auftraggeber über umfassende Kenntnis der marktüblichen Lohn- und Materialkosten verfügen, ist es denkbar, dass ein Entscheidungsträger eines auftraggebenden Unternehmens die sozialbetrügerischen Malversationen bereits bei Vertragsabschluss wegen des niedrigen Werklohns ernstlich für möglich hält und sich damit abfindet. Durch die Auftragsweitergabe würde er in der Folge zweifelsohne einen psychischen und auch physischen Tatbeitrag zu den strafbaren Handlungen des Subunternehmers leisten⁶⁰⁸.

⁶⁰⁷ Dazu schon oben S 47 ff.

⁶⁰⁸ Reindl-Krauskopf, RdA 2008, 389 (392); Derntl, RdA 2007, 459 (459).

A) Rechtliche Erwägungen

Durch die Einführung des VbVG⁶⁰⁹ kommt nunmehr neben der Strafbarkeit der natürlichen Person auch eine strafrechtliche Verantwortung des auftraggebenden Unternehmens, genauer gesagt des Verbandes, in Betracht. Als Verbände gelten gem § 1 Abs 2 VbVG juristische Personen, eingetragene Personengesellschaften und europäische wirtschaftliche Interessensvereinigungen (EWIV). Auch ausländische juristische Personen können vom VbVG erfasst sein, sofern ihnen eine eigene (Teil)Rechtspersönlichkeit zukommt⁶¹⁰.

Die konkrete Zurechnung einer strafbaren Handlung zum Verband kann nun entweder an dem Verhalten eines Entscheidungsträgers oder eines Mitarbeiters des Verbandes anknüpfen. Entscheidungsträger sind gem § 2 Abs 1 VbVG einerseits Personen mit Außenvertretungsbefugnis (Geschäftsführer, Vorstände, Prokuristen etc), andererseits aber auch Personen mit Kontrollbefugnis (Aufsichtsräte etc) wie auch faktische Geschäftsführer, denen maßgeblicher Einfluss auf die Gesellschaft zukommt. Mitarbeiter sind vor allem Personen der mittleren und unteren Ebenen in einem Verband, die in einem der in § 2 Abs 2 Z 1-4 VbVG erwähnten Rechtsverhältnisse zu dem Verband stehen und auf dieser Basis Arbeitsleistungen für den Verband erbringen⁶¹¹.

In den einschlägigen Sozialbetrugsfällen könnte primär bei jenen Personen, die auch befugt waren, über die Auftragsvergabe an den Subunternehmer zu entscheiden, ein Beitrag zum darauffolgenden Sozialbetrug in Betracht kommen. Wie im Ausgangsbeispiel wird es sich typischerweise um Geschäftsführer oder sonstige Beschäftigte mit Außenvertretungsbefugnis (zB Prokuristen) für den Auftraggeber und damit um Entscheidungsträger iSd VbVG handeln. Für Straftaten, die ein Entscheidungsträger als solcher rechtswidrig und schuldhaft begangen hat, wird der Verband verantwortlich (§ 3 Abs 2 VbVG), allerdings nur wenn die Tat zu Gunsten des Verbandes begangen wurde (§ 3 Abs 1 Z 1 VbVG) oder durch die Tat den Verband treffende Pflichten verletzt wurden (§ 3 Abs 2 Z 2 VbVG). Wenn ein Verband durch die begangene Tat bereichert wurde, bereichert hätte werden sollen oder sich einen wirtschaftlichen Aufwand erspart hätte bzw ersparen hätte sollen, ist eine strafbare Handlung zu seinen Gunsten begangen⁶¹². Ist die Bereicherung tatsächlich eingetreten, muss sie nicht intendiert gewesen sein. War sie intendiert, muss sie nicht tatsächlich eingetreten sein⁶¹³. Verringern sich durch den Sozialbetrug der Subfirma die Aufwendungen des Auftraggebers bzw wurde von vornherein mit der durch den Sozialbetrug der Subfirma erreichten Lohnkostensenkung kalkuliert, um Mitbewerber zu unterbieten und den Auf-

⁶⁰⁹ BGBl I 151/2005.

⁶¹⁰ Zutreffend *Paulitsch*, *ecolex* 2010, 459 (460).

⁶¹¹ *Boller*, *Verantwortlichkeit* 142 ff.

⁶¹² *Steininger*, *VbVG* § 3 Rz 7.

⁶¹³ *Boller*, *Verantwortlichkeit* 159.

trag akquirieren zu können, so erfolgt die Beteiligung am Sozialbetrug zweifelsohne zugunsten des eigenen Verbandes⁶¹⁴.

Sollte sich dies im Einzelfall nicht feststellen lassen, könnte sich die Verantwortung nach VbVG uU auf eine Pflichtverletzung stützen: In Betracht kommen dabei Pflichten, die den Verband in seinem spezifischen Tätigkeitsbereich treffen und damit dessen Geschäfts- und Wirkungskreis prägen⁶¹⁵. Diese verbandsbezogenen Pflichten können sich aus der gesamten Rechtsordnung ergeben und sind damit vor allem verwaltungs- und zivilrechtlicher Natur⁶¹⁶. Die Frage der Verbandsbezogenheit lässt sich im Einzelnen meist nur interpretativ ermitteln: Dabei ist zu hinterfragen, ob durch das verwirklichte Delikt genau jene Gefahren realisiert wurden, denen die übertretene Sorgfaltsnorm oder Rechtspflicht vorbeugen will⁶¹⁷. Im Ausgangsbeispiel kämen bspw vergaberechtliche Vorschriften in Frage: § 83 Abs 3 BVergG 2006 sieht vor, dass eine Weitergabe des gesamten Auftrags oder von Teilen der Leistung nur insoweit zulässig ist, als der Subunternehmer die für die Ausführung seines Teiles erforderliche Befugnis, Leistungsfähigkeit sowie berufliche Zuverlässigkeit besitzt. Diese berufliche Zuverlässigkeit wird ua dann fehlen, wenn der Subunternehmer seine Verpflichtung zur Zahlung von SV-Beiträgen nicht erfüllt (§ 72 Abs 1 iVm § 68 Abs 1 Z 6 BVergG 2006).

Für das Ausgangsbeispiel bedeutet dies, dass A, als Entscheidungsträger der X-BaugmbH, durch die Subvergabe vorsätzlich einen Beitrag zu § 153d StGB leistet. Da die GmbH sich im Vergleich zur eigenen Durchführung des Gewerks bzw im Vergleich zur Beauftragung eines redlichen Subunternehmers erhebliche Kosten erspart, wird die Tat auch zugunsten des Verbands begangen. Im Ergebnis ist damit von einer Verbandsverantwortlichkeit der X-BaugmbH wegen strafbaren Beitrags zu § 153d StGB auszugehen.

Lässt sich solcherart die kriminalstrafrechtliche Verantwortung des Verbands feststellen, so kann dieser mit einer Verbandsgeldbuße gem § 4 VbVG belegt werden. Das VbVG folgt dabei dem Tagessatzsystem, wobei sich die Höhe des einzelnen Tagessatzes nach der wirtschaftlichen Leistungskraft des Verbandes, in concreto nach dem Jahresertrag des Verbandes richtet (§ 4 Abs 4 VbVG)⁶¹⁸. Bei einem Tagessatz von maximal € 10.000 (§ 4 Abs 4 VbVG) liegt das höchstmögliche Ausmaß der Verbandsgeldbuße bei § 153d StGB aufgrund der in § 153d Abs 2 StGB vorgesehenen Qualifikation bei einer Million Euro (§ 4 Abs 3 F 4 VbVG)⁶¹⁹.

Das VbVG bietet aber neben der Verbandsgeldbuße auch eine Reihe von Reaktionsmöglichkeiten, die primär der Schadenswiedergutmachung verpflichtet sind,

⁶¹⁴ *Reindl-Krauskopf*, RdA 2008, 389 (392).

⁶¹⁵ *Steininger*, VbVG § 3 Rz 11.

⁶¹⁶ *Boller*, Verantwortlichkeit 160 ff; *Hilf*, VbVG § 3 Anm 3.

⁶¹⁷ *Boller*, Verantwortlichkeit 163.

⁶¹⁸ *Steininger*, VbVG § 4 Rz 6 ff.

⁶¹⁹ Das theoretisch höchst mögliche Ausmaß einer Verbandsgeldbuße nach § 4 VbVG liegt bei € 1,8 Mio.

wie bspw die Diversion (§ 19 VbVG) und die bedingte Strafnachsicht (§§ 6 ff VbVG). Damit verfügen die Strafverfolgungsbehörden auch über ein rechtliches Instrumentarium, das bei Sozialbetrugsfällen einer (zumindest teilweisen) Schadenswiedergutmachung gegenüber SV-Trägern und auch der BUAK förderlich sein könnte⁶²⁰.

B) Praktische Aspekte

Von der strafgerichtlichen Praxis wurde das VbVG bisher noch nicht im möglichen Maße aufgegriffen: So findet sich bis dato keinerlei höchstgerichtliche Jud und auch im Rahmen der Feldforschungen bei den staatsanwaltschaftlichen Behörden wurden keine anhängigen Ermittlungsverfahren gegen Verbände bekannt. Die praktischen Schwierigkeiten in der Anwendung des VbVG lassen sich zumeist auf Beweisprobleme der inneren Tatseite hinsichtlich des Tatbeitrags des Entscheidungsträgers zum Sozialbetrug des Subunternehmers zurückführen. Auch wenn in Teilbereichen einzelner Branchen Irregularitäten generell gehäuft auftreten oder im Einzelfall die Auftragsweitergabe zu Konditionen erfolgt, die für jeden Brancheninsider ersichtlich nicht mehr mit redlichen Mitteln einzuhalten sind, lässt sich angesichts der im Strafrecht vorherrschenden strengen Beweiskriterien nicht automatisch ein *dolus eventualis* hinsichtlich der strafbaren Handlungen annehmen. Sollte sich im Rahmen der freien Beweiswürdigung des Gerichts nicht herausstellen, dass der Entscheidungsträger den Sozialbetrug zumindest ernstlich für möglich hielt und sich damit abfand (§ 5 Abs 1 StGB), dann fehlt es auch an der Grundlage der Zurechnung der strafbaren Handlung zum auftraggebenden Unternehmen nach VbVG.

Dabei ist auch darauf hinzuweisen, dass sich die obigen Ausführungen in erster Linie auf den der Scheinfirma unmittelbar übergeordneten Verband beziehen. Bei mehrgliedrigen Subvergabepyramiden finden sich die Scheinfirmen häufig erst im 3. oder 4. Glied der Kette, wodurch zwar im Einzelnen eine strafrechtliche Verantwortung des unmittelbar vorgeschalteten Unternehmens nach den gesetzlichen Gegebenheiten denkbar wäre. Die obersten Ebenen der Kette, wie bspw die als GU auftretende ARGE⁶²¹ im Ausgangsbeispiel, die von dem Konstrukt ebenso profitieren, können allerdings nur belangt werden, wenn nachweisbar ist, dass auch deren leitende Angestellte bei Auftragsweitergabe ernstlich für möglich hielten und sich damit abfanden, dass ihr Subunternehmer wiederum Teile des Auftrags an ein Subsubunternehmen weiter geben würde, dessen leitende Angestellte sozialbetrügerische Handlungen setzen würden. Nur dann wäre der Vertragsabschluss ein hinreichender psychischer und physischer Tatbeitrag eines Entscheidungsträgers des GU, der eine Verantwortlichkeit des Verbandes begründen könnte. Im Fall der unmittelbar vorgeschalteten X-BaugmbH ist es zumindest

⁶²⁰ Reindl-Krauskopf, RdA 2008, 389 (392).

⁶²¹ Zur Frage, ob eine ARGE überhaupt ein Verband iSd Gesetzes sein kann, siehe sogleich.

denkmöglich, im Strafverfahren den Eventualvorsatz des Geschäftsführers nachzuweisen. Würde das Gericht zu dem Schluss kommen, dass der vereinbarte Werklohn für eine branchenübliche, rechtskonforme Erledigung des Auftrags erheblich zu niedrig und dies für den konkreten Geschäftsführer auch erkennbar war, könnten im Einzelfall aus diesen äußeren Umständen Schlüsse auf die subjektive Tatseite und damit das zugrundeliegende Wissen und Wollen⁶²² des Entscheidungsträgers der X-BaugmbH gezogen werden. Der Nachweis der inneren Tatseite eines Entscheidungsträgers des GU erscheint demgegenüber ohne Geständnis nur schwer denkbar, wodurch in der Praxis auch eine Verbandsverantwortlichkeit des GU wohl kaum wahrscheinlich ist.

Im Ausgangsbeispiel wäre überdies zu beachten, dass ARGEn im Baugewerbe meist in Form einer GesBR organisiert und somit mangels zivilrechtlicher Rechtsfähigkeit nicht vom VbVG erfasst sind⁶²³. Eine Verbandsverantwortlichkeit einer ARGE wäre generell nur dann denkbar, wenn sie infolge Überschreitung des Schwellenwerts zur Rechnungslegungspflicht des § 189 UGB gem § 8 Abs 3 UGB als OG oder KG einzutragen ist⁶²⁴. Andernfalls kann höchstens eine Verantwortlichkeit der einzelnen, an der ARGE beteiligten Verbände gegeben sein.

VII. Konkrete Einzelfragen

Neben Aspekten der Bekämpfung von Scheinfirmen wurde an das Forschungsprojekt eine Reihe von konkreten Einzelfragen herangetragen, die im Folgenden dargestellt werden.

A) Anwendung des Untreuetatbestands bei Einpersonengesellschaften

Gem § 153 StGB macht sich strafbar, wer die ihm eingeräumte Befugnis über fremdes Vermögen zu verfügen wissentlich missbraucht und dadurch seinem Vollmachtgeber einen Vermögensnachteil zufügt. Dabei stellt sich die Frage, ob der Tatbestand des § 153 StGB auch in Sozialbetrugsfällen, bei denen überwiegend 1-Personen GmbHs verwendet werden, Anwendung finden könnte.

Ausgangsbeispiel:

Der faktische Geschäftsführer A engagiert den Strohmann B, um die X-GmbH als alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer zu übernehmen. Nach Übernahme der Gesellschaftsanteile eröffnet B ein Geschäftskonto lautend auf die X-GmbH, für das nur er zeichnungsberechtigt ist. Die Konto- bzw Bankomatkarte sowie die Zugangsdaten für das E-Banking übergibt B vereinbarungsgemäß

⁶²² ZB OGH 13.10.1998, 14 Os 132/98; OGH 16.11.2004, 14 Os 129/04; Ratz, WK-StPO § 281 Rz 452.

⁶²³ Steiningger, VbVG § 1 Rz 24 ff; Boller, Verantwortlichkeit 108.

⁶²⁴ Steiningger, VbVG § 1 Rz 25.

dem A. Bei Einlangen einer Zahlung auf dem Konto beauftragt A den B sie in bar zu beheben. B kommt diesem Auftrag nach und übergibt alle behobenen Beträge dem A unter Abzug einer Provision iHv 1% der behobenen Summe.

1. Rechtliche Erwägungen

a) Strafbarkeit des Strohmanns als unmittelbarer Täter?

Als unmittelbare Täter des § 153 StGB kommen grundsätzlich nur natürliche Personen in Betracht, die durch Gesetz, behördlichen Auftrag oder Rechtsgeschäft befugt sind, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten⁶²⁵. In Sozialbetrugsfällen ist also primär an den vorgeschobenen Geschäftsführer zu denken, dem kraft seiner gesellschaftsrechtlichen Funktion die Verfügungs- und Verpflichtungsbefugnis über das Vermögen der Gesellschaft zukommt und der daher als Machthaber iSd § 153 StGB anzusehen ist⁶²⁶. Nach stRspr des OGH⁶²⁷ kann jedoch der geschäftsführende Alleingesellschafter bei Untreue zu Lasten einer GmbH nicht einem „anderen“ (der GmbH) einen Vermögensnachteil zufügen, weil er nach der im Wirtschaftsstrafrecht gebotenen ökonomischen⁶²⁸ und nicht formal-juristischen Betrachtungsweise faktisch mit der Gesellschaft ident ist⁶²⁹. Folglich kann auch zwischen Gesellschafter- und Gesellschaftsvermögen nicht differenziert werden, der Machthaber ist ebenso Machtgeber, seine Willensbildung erfolgt nicht für einen „anderen“, sondern als „anderer“⁶³⁰. Die Frage der Pflichtwidrigkeit der Vermögensverschiebungen ist somit im Hinblick auf den bloßen Selbstschädigungscharakter der Tat unbeachtlich, eine Strafbarkeit gem § 153 StGB von vornherein ausgeschlossen⁶³¹. Damit entfällt freilich auch eine Strafbarkeit des faktischen Geschäftsführers als Bestimmungs- bzw Beitragstäter.

Diese Judikaturlinie ist zwar konsistent, kann aber inbes seit Einführung des VbVG kritisch hinterfragt werden, weil seither auch juristische Personen als selbständige Subjekte des Kriminalstrafrechts anzusehen sind; und zwar nach der gesetzlichen Konzeption selbst dann, wenn es sich um eine 1-Personen-GmbH handelt. Doch selbst, wenn man entgegen der Rspr das Vermögen der Gesellschaft zuordnen würde und somit den Geschäftsführer über fremdes Vermögen verfügen ließe, bliebe weiterhin die Frage nach der Pflichtwidrigkeit der Entnahmen aus dem Gesellschaftsvermögen. Dabei ist davon auszugehen, dass der alleinige Gesellschafter als Willensbildungsorgan in seiner Funktion als Geschäftsführer

⁶²⁵ Leukauf/Steininger, StGB³ § 153 Rz 2; Fuchs/Reindl-Krauskopf, BT I³, 168; Kienapfel/Schmoller, BT II § 153 Rz 33.

⁶²⁶ Kirchbacher/Presslauer, WK-StGB² § 153 Rz 6.

⁶²⁷ OGH 27.07.1982, 10 Os 170/80; OGH 29.11.1984, 13 Os 157/84; OGH 28.06.2000, 14 Os 107/99; OGH 30.04.2003, 13 Os 110/02.

⁶²⁸ Fuchs/Reindl-Krauskopf, BT I³, 153.

⁶²⁹ OGH 27.07.1982, 10 Os 170/; OGH 29.11.1984, 13 Os 157/84; OGH 28.06.2000, 14 Os 107/99; OGH 30.04.2003, 13 Os 110/02.

⁶³⁰ Huber, ÖJZ 2010/106, 999 (1004).

⁶³¹ Ibid.

quasi auf eigene Weisung und somit auch mit (formloser) Zustimmung der Gesellschaft tätig wird⁶³². Damit liegt aber ein tatbestandsausschließendes Einverständnis des Berechtigten vor, womit ein Verstoß gegen ein internes Dürfen ausscheidet⁶³³.

Eine allfällige Pflichtwidrigkeit könnte sich folglich nur mehr auf einen Verstoß gegen zwingende gesellschaftsrechtliche Kapitalerhaltungsvorschriften stützen, über deren Einhaltung infolge ihres zwingenden Charakters auch durch Einwilligung nicht disponiert werden kann. Dabei ist allerdings festzuhalten, dass durch den Untreuetatbestand nach völlig hA ausschließlich das Vermögen des Machtgebers geschützt werden soll⁶³⁴. Wenn man nun Entnahmen aus dem Gesellschaftsvermögen, die zwar mit Einwilligung des Machtgebers, aber entgegen zwingender Kapitalerhaltungsvorschriften erfolgen, unter den Tatbestand des § 153 StGB subsumierte, würde man diese Bestimmung zu einer allgemeinen Kapitalerhaltungspflichtnorm bzw einer dem Gläubigerschutz dienenden Schutzbestimmung umdeuten⁶³⁵. Dies entspräche aber keinesfalls der Konzeption des österreichischen StGB, das den Gläubigerschutz nicht durch § 153 StGB, sondern vielmehr durch die Kridadelikte der §§ 156 ff StGB gewährleistet⁶³⁶. Richtigerweise bleibt damit selbst dann, wenn die Identität zwischen geschäftsführendem Alleingesellschafter und Gesellschaft nicht anerkannt wird, kein Raum für eine Strafbarkeit des Strohmans gem § 153 StGB.

b) Strafbarkeit des faktischen Geschäftsführers als unmittelbarer Täter?

Im Lichte der höchstgerichtlichen Jud zur Strafbarkeit von faktischen Geschäftsführern iZm § 153d StGB und Kridadelikten ist noch zu überlegen, inwiefern einen faktischen Geschäftsführer eine Strafbarkeit wegen Untreue treffen kann. Auch wenn faktische Geschäftsführer von der Justiz vielfach als faktische Machthaber⁶³⁷ bezeichnet werden, begründet die ausschließlich faktische Beherrschung der Gesellschaftsgeschicke nicht die für eine Machthaberstellung iSd § 153 StGB erforderliche rechtliche Verfügungsmacht über die Gesellschaft, weil der faktische Geschäftsführer mangels Organstellung de iure nicht über das Vermögen der Gesellschaft verfügen darf. Zu bedenken ist allerdings, dass ein Strohmann den faktischen Geschäftsführer – ausdrücklich oder konkludent – rechtsgeschäftlich bevollmächtigen kann⁶³⁸. Doch selbst wenn infolge ausdrücklicher oder konkludenter Vollmachtseinräumung dem faktischen Geschäftsführer rechtliche Verfügungsmacht über das Vermögen der Gesellschaft zukommt, wird in vielen Fällen der Tatbestand des § 153 StGB wegen tatbestandsausschließender

⁶³² Huber, ÖJZ 2010/106, 999 (1005).

⁶³³ Kienapfel/Schmoller, BT II § 153 Rz 65.

⁶³⁴ Birkbauer/Hilf/Tipold, BT I § 153 Rz 3; Kienapfel/Schmoller, BT II § 153 Rz 12 mwN.

⁶³⁵ Huber, Organuntreue 175; dies, ÖJZ 2010/106, 999 (1006).

⁶³⁶ Birkbauer/Hilf/Tipold, BT I Vor §§ 156-163 Rz 2.

⁶³⁷ Vgl Verfahren wg Finanzstrafdelikten wie OGH 19.08.2010, 13 Os 154/09k; OGH 08.04.2010, 13 Os 3/10f oder Kridadelikten wie OGH 15.12.2009, 14 Os 118/09y.

⁶³⁸ Dazu umfassend Huber, Organuntreue 27 ff; Kirchbacher/Presslauer, WK-StGB² § 153 Rz 14.

Einwilligung des mit der Gesellschaft identen Alleingeschäfters nicht in Betracht kommen.

2. Fazit

Im Ergebnis kommt eine Untreuestrafbarkeit idR weder für den geschäftsführenden Alleingeschäftler noch für den faktischen Geschäftsführer in Frage. Richtigerweise hat die Reichweite der Missbrauchsbestimmung des § 153 StGB dort zu enden, wo der Vermögensschutz rein dem Gläubigerschutz dienen würde⁶³⁹, weil § 153 StGB in seiner grundlegenden Konzeption ausschließlich auf den Schutz des Machtgebervermögens ausgerichtet ist. Die Pönalisierung von unzulässigen Vermögensverschiebungen zwischen einer GmbH und deren einzigen Gesellschafter ließe sich mangels eines in dieser Situation erkennbaren Schutzbedürfnisses der juristischen Person nur durch Gläubigerschutzaspekte rechtfertigen⁶⁴⁰. Die kriminalstrafrechtliche Absicherung von Gläubigerschutzinteressen ist jedoch stets als Produkt einer sorgfältigen Abwägung mit Erfordernissen des zulässigen Unternehmerwagnisses anzusehen, womit eine klare Grenze zwischen dem einer Marktwirtschaft immanenten Risiko und dem sozialinadäquat gefährlichen Wirtschaften auf Kosten anderer⁶⁴¹ gezogen wird. Im österreichischen Strafrecht materialisiert sich diese durchaus sensible Grenzziehung in Form der Tatbestände des Kridastrafrechts, womit im Ergebnis eine zu weitreichende Anwendung der Untreue, die sich nur auf die Verletzung von Gläubigerschutzinteressen stützen lässt, im Hinblick auf die Systematik des Vermögensstrafrechts wohl abzulehnen ist⁶⁴².

B) Strafrechtliche Fassbarkeit von Scheinentsendungen

Im Folgenden sollen ausgehend von einem praxisnahen Fall Probleme der strafrechtlichen Fassbarkeit der iZm Scheinentsendungen auftretenden Beitragshinterziehungen thematisiert werden. Da diese Problematik von der österreichischen Strafrechtswissenschaft – soweit ersichtlich – bisher nicht beleuchtet wurde, wird dabei vielfach auf die insoweit reichhaltigere deutsche Literatur und Rspr Bezug genommen.

*Ausgangsbeispiel*⁶⁴³:

Die österreichische A-GmbH beschäftigt 20 portugiesische DN auf Baustellen in Österreich. Um die portugiesischen DN der österreichischen Pflichtversicherung zu entziehen, werden sie auf Veranlassung des Geschäftsführers der A-GmbH bei einem portugiesischen Unternehmen zur portugiesischen SV angemeldet, das in weiterer Folge als Subunternehmer der A-GmbH aufscheint. Tatsächlich

⁶³⁹ Huber, ÖJZ 2010/106, 999 (1007).

⁶⁴⁰ Ibid.

⁶⁴¹ Fuchs/Reindl-Krauskopf, BT I³, 181 f.

⁶⁴² So auch Huber, ÖJZ 2010/106, 999 (1007).

⁶⁴³ Der Sachverhalt orientiert sich mit einigen Anpassungen an BGH 24.10.2006, 1 StR 44/06.

handelt es sich bei der portugiesischen Firma um eine Scheinfirma, die in Portugal neben einem verwaisten Firmensitz über keinerlei nennenswerte Geschäftstätigkeit verfügt. Im Namen der portugiesischen Firma wurden in Absprache mit dem Geschäftsführer der A-GmbH beim zuständigen portugiesischen Träger Entsendebescheinigungen (A1-Bescheinigungen) beantragt und auch ausgestellt. In Österreich wurden die DN in weiterer Folge nicht zur SV angemeldet und in Portugal keine Beiträge abgeführt. Alle DN gaben an, tatsächlich vom Geschäftsführer der A-GmbH eingestellt, in Arbeiterquartieren untergebracht, zum Einsatz auf diversen Baustellen eingeteilt und in bar entlohnt worden zu sein.

Sachverhaltsvariante 1:

Im Rahmen einer Kontrolle durch die zuständige GKK stellt sich heraus, dass die anlässlich der Baustellenkontrolle für die Hälfte der DN vorgelegten A1-Bescheinigungen verfälscht wurden. Für die andere Hälfte der DN wurden gar keine Entsendebescheinigungen vorgelegt.

Sachverhaltsvariante 2:

Im Rahmen einer Kontrolle durch die zuständige GKK hegt diese Zweifel am Vorliegen eines Entsendungstatbestands und ersucht den portugiesischen Träger die ausgestellten Bescheinigungen zu überprüfen. Infolge der Beanstandung widerruft der portugiesische Träger die ausgestellten A1-Bescheinigungen mangels feststellbarer Geschäftstätigkeit der portugiesischen Unternehmen in Portugal. Zu diesem Zeitpunkt waren die DN bereits 3 Monate in Österreich tätig.

1. Strafbarkeit der Beitragshinterziehung bei ausgestellten Entsendebescheinigungen

a) Strafbarkeit wegen Vorenthaltens von DN-Beiträgen zur SV (§ 153c StGB)

Da im vorliegenden Fall SV-Beiträge nicht entrichtet wurden und auch keine Anmeldung zur SV erfolgte, ist primär an eine Strafbarkeit gem § 153c StGB zu denken. § 153c StGB pönalisiert das Vorenthalten von DN-Beiträgen durch den DG gegenüber dem berechtigten SV-Träger⁶⁴⁴. Angesichts der Sozialrechtsakzessorietät des Tatbestands⁶⁴⁵ ist vorweg zu prüfen, ob überhaupt eine Versicherungs- bzw Beitragspflicht im Inland und damit der Anknüpfungspunkt einer kriminalstrafrechtlichen Sanktion gegeben ist. Nach dem in § 1 ASVG normierten Territorialitätsprinzip sollen grundsätzlich alle im Inland beschäftigten Personen der österreichischen SV unterliegen⁶⁴⁶. Im Ausgangsbeispiel ist nach den wahren wirtschaftlichen Gegebenheiten anstelle des portugiesischen Unternehmens die

⁶⁴⁴ Kirchbacher/Presslauer, WK-StGB² § 153c Rz 2; Birklbauer/Hilf/Tipold, BT I § 153c Rz 1.

⁶⁴⁵ Fuchs/Reindl-Krauskopf, BT I³, 179.

⁶⁴⁶ Pöltner in Geppert, Sozialversicherung, Kap 1.9.

österreichische A-GmbH als DG anzusehen. Die DN unterliegen als „echte DN“ der A-GmbH der österreichischen Pflichtversicherung gem § 4 Abs 2 ASVG. Nach dem ASVG wären daher alle DN zur SV anzumelden sowie die dafür anfallenden SV-Beiträge zu entrichten. Da die DN-Beiträge im Inland jedoch nicht entrichtet wurden und § 153c StGB die Strafbarkeit auch auf Angehörige des zur Vertretung befugten Organs ausdehnt, wäre eine Strafbarkeit des Geschäftsführers der A-GmbH prima facie denkbar.

aa) Bindung des Strafgerichts durch die Bescheinigung des portugiesischen Trägers?

Im vorliegenden Ausgangsbeispiel wurden jedoch für alle DN A1-Bescheinigungen ausgestellt, in denen der portugiesische Träger das Vorliegen eines Entsendungstatbestands iSd Art 12 VO 883/2004 und damit die Anwendbarkeit des portugiesischen SV-Rechts bescheinigt. Da es sich bei der Frage der Anwendbarkeit des österreichischen SV-Rechts um eine zentrale Vorfrage des Strafverfahrens wegen § 153c StGB handelt, ist zu klären, ob das Strafgericht durch die Ansicht des portugiesischen Trägers gebunden ist oder die Frage der Versicherungspflicht autark beurteilen darf.

Gem § 15 StPO sind verwaltungsrechtliche Vorfragen im Strafverfahren – sofern diese nicht rechtsgestaltender Natur sind – selbständig zu beurteilen. Bei reinen Inlandssachverhalten kommt der Frage der Versicherungspflicht bloß feststellender Charakter zu, wodurch das Strafgericht formell auch nicht an Entscheidungen der SV-Träger gebunden ist. Demnach könnte das Strafgericht selbst bei Vorhandensein eines rechtskräftigen sozialversicherungsrechtlichen Bescheids eines SV-Trägers über die Versicherungspflicht die erforderlichen Ermittlungen führen und eine davon abweichende Entscheidung treffen⁶⁴⁷. Hier handelt es sich freilich um keinen inländischen Versicherungsbescheid, sondern um Bescheinigungen eines ausländischen Trägers. Nach der insoweit eindeutigen EuGH-Rspr und Art 5 DVO kommt diesen Bescheinigungen solange Bindungswirkung zu, als sie vom ausstellenden Träger nicht widerrufen oder für ungültig erklärt werden⁶⁴⁸.

Der deutsche BGH⁶⁴⁹ hatte sich in einem Verfahren wegen § 266a Abs 1 und Abs 2 dStGB⁶⁵⁰ mit einem dem Ausgangsbeispiel vergleichbaren Fall auseinanderzusetzen. Dabei ist vorweg festzuhalten, dass auch im deutschen Strafprozessrecht das Strafgericht grundsätzlich nur an rechtsgestaltende Verwaltungsakte gebunden ist⁶⁵¹ und damit die Versicherungspflicht in freier Beweiswürdigung festzustellen hat. Das deutsche Erstgericht war der Auffassung, dass die Entsendebescheinigungen nur im SV-Recht bindende Wirkung entfalten und damit die zuständige Behörde zwar an der Beitragseinbringung hindern würden, nicht je-

⁶⁴⁷ *Schmoller*, WK-StPO § 15 Rz 7.

⁶⁴⁸ Dazu schon oben S 65 f.

⁶⁴⁹ BGH 24.10.2006, 1 StR 44/06.

⁶⁵⁰ § 266a Abs 1 dStGB pönalisiert das Vorenthalten von SV-Beiträgen zur SV und ist damit als Pendant der österreichischen §§ 153c, d StGB anzusehen.

⁶⁵¹ *Schlüchter/Velten*, SK-StPO § 262 Rz 5.

doch das Entstehen eines darauf gerichteten materiellen Anspruchs und der daran anknüpfenden strafrechtlichen Relevanz der unterlassenen Beitragsabführung und verurteilte den angeklagten Geschäftsführer⁶⁵².

Der BGH stellte daraufhin zwar fest, dass die Grundlagen einer Entsendung mangels arbeitsrechtlicher Bindung der DN zu den ausländischen Unternehmen nicht vorlagen⁶⁵³, das Erstgericht jedoch nicht befugt war, seinem Urteil die Anwendung des deutschen SV-Rechts zugrunde zu legen. In Bezugnahme auf die Rspr des EuGH erachtete er auch die an einem innerstaatlichen Strafverfahren beteiligten Gerichte an ausgestellt Bescheinigungen gebunden, soweit sich das Verfahren auf Verletzungen der Beitragspflicht des AG bezieht⁶⁵⁴. Die Bindungswirkung sei ausdrücklich auch auf das Strafgericht zu erstrecken, weil der EuGH in seiner Rspr nicht nach Gerichtsbarkeit differenziere und die Bindung des Strafgerichts auch angesichts der einschneidenderen Folgen eines strafrechtlichen Urteils geboten erscheine⁶⁵⁵. Bei Vorliegen einer Bescheinigung bestünde mangels SV-Verhältnisses kein Anspruch eines inländischen Trägers und auch die Feststellung fehlender Entsendungsvoraussetzungen durch das Strafgericht könne keine SV-Pflicht begründen⁶⁵⁶. Selbst wenn die Bescheinigungen und damit die Rechtswahl der Sozialrechtsordnung durch Manipulationen oder Täuschung des ausstellenden Trägers erschlichen wurden, würde die Bescheinigung umfassende Bindungswirkung entfalten, weil ansonsten die in den einschlägigen EG-Verordnungen und der Rspr des EuGH genannte Zielsetzung einer einheitlichen Rechtszuordnung unterlaufen würde⁶⁵⁷.

ab) Kritik an der weitreichenden Bindungswirkung

Das BGH-Urteil wurde im deutschen Schrifttum durchaus kontrovers diskutiert⁶⁵⁸. Die Linie des BGH deckt sich mit der schon zuvor von *Ignor/Rixen*⁶⁵⁹ geäußerten Ansicht, dass sich der Tatbestand des § 266a dStGB durch eine zweifache Akzessorietät – einerseits zum Sozialrecht und andererseits zum Gemeinschaftsrecht – auszeichnet, wodurch ein losgelöster, spezifisch strafrechtlicher Pflichtversicherungsbegriff verfehlt wäre. AA ist *Heitmann*⁶⁶⁰, für den die Entsendebescheinigung kein Beweis dafür ist, dass keine inländische SV-Pflicht besteht, weshalb im Zweifel auch im Strafverfahren nur die tatsächlichen Verhältnisse zu ermitteln wären.

⁶⁵² BGH 1 StR 44/06 Rz 7.

⁶⁵³ BGH 1 StR 44/06 Rz 15.

⁶⁵⁴ BGH 1 StR 44/06 Rz 22 unter Verweis auf die Rs *Herbosch Kiere*.

⁶⁵⁵ BGH 1 StR 44/06 Rz 24.

⁶⁵⁶ BGH 1 StR 44/06 Rz 25.

⁶⁵⁷ BGH 1 StR 44/06 Rz 27.

⁶⁵⁸ Zust *Schulz*, NJW 2007, 233; krit *Hauck*, NSTZ 2007, 218; *Zimmermann*, ZIS 2007, 407.

⁶⁵⁹ *Ignor/Rixen*, wistra 2001, 201 (204); ebenso *Rixen*, SGB 2002, 93 (96), vgl auch *Pananis in Ignor/Rixen*, Arbeitsstrafrecht² § 6 Rz 23.

⁶⁶⁰ *Heitmann in Müller-Gugenberger/Bieneck*, Wirtschaftsstrafrecht⁴ § 36 Rz 71, 76.

*Hauck*⁶⁶¹ stimmt mit dem Höchstgericht überein, dass die Versicherungspflicht im vorliegenden Fall an den vorhandenen Entsendebescheinigungen scheitern müsse. Durch den Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit wäre die Verneinung der Anwendung des portugiesischen SV-Rechts ein unzulässiger Eingriff in die Hoheitsbefugnisse Portugals. Aus normtheoretischen Erwägungen folgert er jedoch, dass sich angesichts des koordinierenden europäischen Sozialrechts eine Neubestimmung des durch § 266a dStGB geschützten Rechtsguts aufdränge. Wenn die europäischen Kollisionsnormen bei Entsendungen den Versicherungsschutz in nur einem Mitgliedstaat genügen lassen, ist dies als Ausdruck eines Solidarprinzips anzusehen, das der Erfüllung der Beitragspflichten in einem Mitgliedstaat bedürfe. Die Sicherstellung des Mittelaufkommens der SV dürfe durch Erschleichung von Entsendebescheinigungen nicht umgangen werden, weshalb auch die festgestellte portugiesische Versicherungspflicht im Ergebnis durch die Strafnorm des § 266a Abs 1 dStGB geschützt sei. Darüber hinaus könne bei Annahme eines eigenständigen strafrechtlichen AG-Begriffs auch bei Vorliegen der Bescheinigung der angeklagte Geschäftsführer der A-GmbH als AG angesehen werden. Und selbst bei zivilrechtsakzessorischer Betrachtung wäre der Geschäftsführer als AG anzusehen und hätte die Beitragspflicht nach portugiesischem Recht vorsätzlich nicht erfüllt.

*Wank*⁶⁶² moniert, dass die vom BGH bemühte EuGH-Rspr stets nur den „Normalfall“ einer Entsendung zum Gegenstand hatte und sich in keinem Fall zu konkreten Missbrauchsszenarien der Freizügigkeit durch erschlichene Bescheinigungen habe äußern können⁶⁶³. Unter Verweis auf EuGH-Urteile zur Bindungswirkung kalabrischer Krankheitsbescheinigungen für deutsche DN⁶⁶⁴ argumentiert er, dass grundsätzlich zwischen Normalfällen und Missbrauchsfällen zu unterscheiden sei und bindende ausländische Entscheidungen in Missbrauchsfällen einer Widerlegung zugänglich wären⁶⁶⁵. Da im vorliegenden Fall die Bescheinigung durch Vorspiegelung falscher Tatsachen erschlichen wurde, würde die Bescheinigung nach *Wank* keine Bindungswirkung für SV-Träger und Gerichte entfalten.

ac) Anwendung im österreichischen Strafrecht

Die dogmatische Einordnung der Bescheinigung im nationalen Recht bereitet Probleme, ist jedoch für das vorliegende Ausgangsbeispiel angesichts der durch

⁶⁶¹ *Hauck*, NSTZ 2007, 218 (222).

⁶⁶² *Wank*, EuZW 2007, 300 (304).

⁶⁶³ Siehe aber Rs Barry Banks, in der von der deutschen und niederländischen Regierung bewusst auch auf Missbrauchsszenarien aufmerksam gemacht worden war und in der sich der EuGH dennoch nicht zu einer differenzierten Betrachtung veranlasst sah.

⁶⁶⁴ EuGH 03.06.1992 Rs C-45/90 (*Paletta I*); EuGH 03.02.05.1996 Rs C-206/94 (*Paletta II*).

⁶⁶⁵ *Wank*, EuZW 2007, 300 (304).

den EuGH klar definierten Wirkung der Bescheinigung praktisch unbedeutend⁶⁶⁶.

Zutreffenderweise bezieht der BGH die EuGH-Rspr zur Bindung von Behörden und Gerichten auf alle Gerichte und damit insbes auch auf Strafgerichte⁶⁶⁷. Folgt man auch im Übrigen der Argumentation des BGH, so ist auch im österreichischen Strafrecht eine Strafbarkeit gem § 153c StGB zu verneinen, weil infolge der Bindungswirkung der ausgestellten Bescheinigungen kein durchsetzbarer Beitragsanspruch im Inland begründet werden kann. Verfehlt wäre es wohl, dem Schutzzweck des § 153c StGB neben den Interessen der österreichischen SV-Träger auch jene der anderen Mitgliedstaaten zu unterstellen, ohne zu berücksichtigen, dass in den einzelnen Ländern sehr unterschiedliche Versicherungssysteme vorherrschen⁶⁶⁸. Die von *Hauck*⁶⁶⁹ aufgezeigte Strafbarkeit wegen in Portugal hinterzogener Beiträge würde aber einen autarken strafrechtlichen DG-Begriff erfordern, der wohl abzulehnen ist⁶⁷⁰ und wiederum die Tatsache der Bindung ignorieren würde.

Die von *Wank* geäußerte differenzierte Betrachtung von offensichtlichen Missbrauchsfällen erscheint dabei einleuchtender, steht allerdings zwangsläufig im Widerspruch zum Grundsatz der Einfachversicherung⁶⁷¹, der das europäische Sozialrecht wie ein roter Faden durchzieht und wesentliche Triebfeder bei der Ausgestaltung einer derart weitreichenden Bindungswirkung durch den EuGH war. In der Rs *Barry Banks* hatte sich der EuGH zudem mit einem Fall auseinanderzusetzen, in dem von der deutschen und niederländischen Regierung bewusst auch auf Missbrauchsszenarien aufmerksam gemacht wurde⁶⁷². Doch selbst hier sah sich der EuGH nicht dazu veranlasst, eine differenzierte Bewertung vorzunehmen, selbst wenn der zuständige Träger auf Basis eines unzutreffenden Sachverhalts zur Anwendung seiner eigenen Rechtsvorschriften kommt⁶⁷³. Damit ist die These *Wanks*, dass sich der EuGH bisher schlicht noch nicht zu Missbrauchsfällen äußern konnte, als Argumentationsgrundlage wohl nicht haltbar.

Darüber hinaus ist auch darauf hinzuweisen, dass die Bindungswirkung der ausländischen Entscheidung möglicherweise bereits Probleme der inländischen Gerichtsbarkeit aufwirft: Gem § 62 StGB gelten die österreichischen Strafgesetze nur für im Inland begangene Taten. Bei § 153c StGB ist nach §§ 62, 67 Abs 2 StGB

⁶⁶⁶ Dieser Frage kommt allerdings im Fall der Rücknahme der Bescheinigung Bedeutung zu, siehe unten S 217 ff.

⁶⁶⁷ BGH 1 Str 44/06 Rz 24.

⁶⁶⁸ So auch *Zimmermann*, ZIS 2007, 407 (413).

⁶⁶⁹ *Hauck*, NStZ 2007, 218 (222).

⁶⁷⁰ Und auch in Deutschland von der üL abgelehnt wird, vgl nur *Saliger* in SSW-StGB § 266a, Rz 6, 11 mwN.

⁶⁷¹ Sinn und Zweck der Kollisionsnormen besteht primär darin, bei allen denkbaren Konstellationen das Recht nur eines Mitgliedstaates zur Anwendung kommen zu lassen, *Shubshizky*, ASoK 2004, 189 (189).

⁶⁷² EuGH 30.03.2000 Rs C-178/97 (*Barry Banks*) Rz 24.

⁶⁷³ EuGH 30.03.2000 Rs C-178/97 (*Barry Banks*) Rz 36.

jener Ort der Tatort, an dem der Täter hätte handeln sollen, also an dem er Beiträge hätte entrichten sollen⁶⁷⁴. Angesichts der Bindungswirkung der Bescheinigung kann dem Täter nun gerade nicht zur Last gelegt werden, dass er in Österreich eine Beitragspflicht verletzt hätte, die hier geschützt ist bzw die im Inland durchsetzbar gewesen wäre.

Im Ergebnis ist daher festzuhalten, dass – unabhängig von den tatsächlich zugrundeliegenden Tatsachen – bei Vorliegen einer Bescheinigung eines ausländischen Trägers, die Versicherungs- und Beitragspflicht in Österreich nicht durchsetzbar ist. Ob die materielle Versicherungspflicht im Inland durch die formell vorhandene Bescheinigung dem Grunde nach ausgeschlossen oder diese bloß gemeinschaftsrechtlich „verdrängt“ wird⁶⁷⁵, ist letztendlich unbeachtlich, weil in beiden Fällen den Strafgerichten die Überprüfung der Grundlagen der Bescheinigung durch die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben jedenfalls entzogen ist. Bei aufrechter Entsendebescheinigung ist daher eine Strafbarkeit gem § 153c StGB zu verneinen.

b) Strafbarkeit wegen Betrugs gem §§ 146 ff StGB ?

Im Ausgangsbeispiel wird die Ausstellung der Entsendebescheinigungen durch Vorspiegelung falscher Tatsachen erschlichen, insbes durch die Angabe, dass die DN bei den portugiesischen Firmen beschäftigt wären und diese daher als sozialversicherungsrechtliche DG anzusehen wären. Auch der BGH⁶⁷⁶ hat diese Frage iZm dem deutschen Betrugstatbestand (§ 263 dStGB) erörtert, im Endeffekt jedoch wohl zutreffenderweise verneint. Die Bestimmung der betrugsrelevanten Täuschungshandlung bzw irrtumsbedingten Vermögensverfügung würde eine Überprüfung des Bestehens der erforderlichen arbeitsrechtlichen Bindung zwischen Unternehmen und DN bedingen, die dem Strafgericht durch Bindungswirkung der aufrechten Bescheinigung untersagt ist⁶⁷⁷.

c) Strafbarkeit wegen Organisierter Schwarzarbeit gem § 153e StGB?

Da im Ausgangsbeispiel 20 DN ohne die erforderliche Anmeldung zur österreichischen SV beschäftigt werden, könnte noch an eine Strafbarkeit des Geschäftsführers gem § 153e Abs 1 Z 2 StGB gedacht werden⁶⁷⁸. Doch wie schon iZm den §§ 153c, 146 StGB verbieten sich auch hier aufgrund der aufrechten Bindungswirkung der Bescheinigungen Ermittlungen zum Nachweis, dass es sich bei den portugiesischen Anmeldungen nicht um die erforderlichen Anmeldungen und damit um eine illegale Erwerbstätigkeit iSd § 153e Abs 1 StGB handelt.

⁶⁷⁴ Fuchs, AT I⁷, 5/23.

⁶⁷⁵ Zur Frage des Charakters der Bescheinigung und der Strafbarkeit bei deren Rücknahme siehe unten S 217 ff.

⁶⁷⁶ BGH 1 StR 44/06 Rz 31 f.

⁶⁷⁷ So zur deutschen Rechtslage auch Zimmermann, ZIS 2007, 407 (416).

⁶⁷⁸ Dazu schon oben S 190.

2. Strafbarkeit ohne Entsendebescheinigung bzw bei ge- oder verfälschten Bescheinigungen

a) Strafbarkeit gem §§ 153c, e StGB

In Sachverhaltsvariante 1 sind für die Scheinentsandten entweder Falsifikate oder gar keine Entsendebescheinigungen vorhanden. Mangels grenzüberschreitender Datenbanken bedarf es zur Überprüfung der Echtheit einer Entsendebescheinigung der Kontaktaufnahme mit dem ausstellenden Träger. Wenn der ausländische Träger angibt, dass er die Bescheinigungen nicht ausgestellt hat, bleibt wiederum die Frage nach der Strafbarkeit⁶⁷⁹. Ge- bzw verfälschte Bescheinigungen vermögen freilich rechtlich keinerlei Bindungswirkung auf die Sachverhaltsermittlung der Behörden und Gerichte zu entfalten, unabhängig von der Tatsache, ob die DN im Ausland tatsächlich angemeldet sind oder nicht. Im Ergebnis kann das Strafgericht also – in materieller Bindung an das Gemeinschafts- und Sozialversicherungsrecht – in freier Beweiswürdigung über das Bestehen einer Pflichtversicherung in Österreich und die daran anknüpfende Strafbarkeit gem §§ 153c, e StGB entscheiden⁶⁸⁰.

b) Strafbarkeit gem §§ 146 ff StGB bei Vorlage von gefälschten Bescheinigungen?

Werden anlässlich einer Kontrollhandlung verfälschte Entsendebescheinigungen vorgelegt, um der österreichischen Pflichtversicherung zu entgehen, stellt sich wiederum die Frage nach einer Betrugsstrafbarkeit. Im Ausgangsbeispiel wird durch die gefälschten Entsendebescheinigungen einem Kontrollorgan des österreichischen SV-Trägers die Erfüllung des Ausnahmetatbestands nach Art 12 VO 883/2004 vorgetäuscht, woraufhin der berechtigte SV-Träger von einer Einbeziehung in das System der Pflichtversicherung und damit Einbringung der SV-Beiträge Abstand nimmt und damit eine irrtumsbedingte Vermögensdisposition iSd § 146 StGB vornimmt. Der Vermögensschaden könnte ebenso wie bei der bereits andernorts⁶⁸¹ thematisierten Täuschung über die DG-Eigenschaft oder Übermittlung von falschen BN in der täuschungsbedingten Nichtgeltendmachung der bestehenden Beitragsforderung gesehen werden⁶⁸². Demnach träte der Schaden und damit die Deliktvollendung in jenem Zeitpunkt ein, in dem die nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartende Inanspruchnahme des Schuldners unterbleibt⁶⁸³.

⁶⁷⁹ Behandelt wird nur die Strafbarkeit der Beitragshinterziehung, bei Verwendung von Falsifikaten ist selbstredend auch stets eine Strafbarkeit wegen Urkundenfälschung in Betracht zu ziehen.

⁶⁸⁰ Zu einem Fall der Entsendung ohne Ausstellung von Bescheinigungen vgl VwGH 20.9.2006, 2004/08/0087.

⁶⁸¹ Siehe oben S 177.

⁶⁸² Zu vergleichbaren Konstellationen OGH 21.05.1985, 11 Os 17/85.

⁶⁸³ OGH 21.05.1985, 11 Os 17/85.

3. Strafbarkeit der Scheinentsendung bei rückwirkender Aufhebung von Entsendebescheinigungen?

Wenn ein SV-Träger des aufnehmenden Staats Zweifel am Vorhandensein eines Entsendungstatbestands äußert, ist der ausstellende Träger verpflichtet, die Richtigkeit der ausgestellten Entsendebescheinigungen zu überprüfen und die Bescheinigung gegebenenfalls zurückziehen⁶⁸⁴. Kommt es – wie in Sachverhaltsvariante 2 – zum Widerruf einer Bescheinigung, weil die Voraussetzungen des Ausnahmetatbestands gem Art 12 VO 883/2004 nicht vorliegen, unterliegen die Beschäftigungsverhältnisse gem Art 11 Abs 3 lit a VO 883/2004 dem Sozialrecht des Beschäftigungsorts. In Sachverhaltsvariante 2 waren die DN zu diesem Zeitpunkt bereits seit drei Monaten ohne Anmeldung und damit auch ohne Beitragsentrichtung in Österreich beschäftigt, wodurch sich wiederum die Frage nach einer Strafbarkeit des Geschäftsführers der A-GmbH stellt. Die Strafbarkeit für Beitragshinterziehungen nach Widerruf der Bescheinigung ist dabei iSd obigen Ausführungen ab dem Zeitpunkt der Rücknahme in Sachverhaltsvariante 2 zu bejahen.

a) Charakter der Entsendebescheinigung ?

Zu hinterfragen bleibt, ob und in welcher Weise die Rücknahme einer Entsendebescheinigung auch eine gerichtliche Strafbarkeit für frühere Beitragszeiträume zu begründen vermag⁶⁸⁵. Die Auswirkungen des Widerrufs einer Bescheinigung wurden in der deutschsprachigen Rspr und Lehre bisher kaum aufgegriffen⁶⁸⁶. Während die Frage nach der Rechtsnatur der Bescheinigungen idR überwiegend akademischer Natur ist, kommt ihr für die Beurteilung der Wirkung eines Widerrufs entscheidende praktische Bedeutung zu und verdient daher nähere Betrachtung.

In der Rspr des EuGH werden die Bescheinigungen als Vermutungen mit dem Erklärungsinhalt bezeichnet, dass die DN dem SV-Recht des Ausstellungsstaates unterliegen⁶⁸⁷, wobei diese Vermutung freilich nur durch die ausstellende Behörde selbst in Form der Ungültigerklärung oder des Widerrufs widerlegt werden kann. Der deutsche BGH⁶⁸⁸ misst dieser Bindung in Übereinstimmung mit Teilen des deutschen Schrifttums⁶⁸⁹ insofern materielle Wirkung zu, als unabhängig von der tatsächlichen Erfüllung der Merkmale eines Pflichtversicherungsverhältnisses, „mangels eines Sozialversicherungsverhältnisses kein Anspruch eines inländischen Sozialversicherungsträgers besteht“⁶⁹⁰. Damit würde dem Formblatt der

⁶⁸⁴ EuGH 10.02.2000 Rs C-202/97 (*Fitzwilliam*) Rz 56.

⁶⁸⁵ Die GKKen tendieren dazu, Beiträge im Fall des Widerrufs einer Bescheinigung auch für jene Zeiträume vorzuschreiben, die ursprünglich von der Bescheinigung gedeckt waren.

⁶⁸⁶ Soweit ersichtlich hat sich nur *Zimmermann*, ZIS 2007 (407) 413 damit beschäftigt.

⁶⁸⁷ EuGH 26.01.2006 Rs C-2/05 (*Herbosch Kiere*) Rz 24.

⁶⁸⁸ BGH 1 Str 44/06 Rz 25.

⁶⁸⁹ *Ignor/Rixen*, wistra 2001, 201 (204); *Rixen*, SGb 2/2002, 93 (96).

⁶⁹⁰ BGH 1 Str 44/06 Rz 25.

Entsendebescheinigung aber tatsächlich ein für die SV-Ansprüche konstitutiver Charakter zuerkannt, der mit den sonstigen Kollisionsregeln des gemeinschaftsrechtlichen Sozialrechts nur schwer in Einklang zu bringen ist.

Zutreffenderweise weist *Zimmermann*⁶⁹¹ darauf hin, dass jedoch das Vorliegen der materiellen Tatbestandsvoraussetzungen einer Entsendung wohl stärker zu gewichten ist als das formelle Vorhandensein einer Entsendebescheinigung⁶⁹². Da der Entsendungstatbestand nur eine Ausnahme von der generellen Regel – Versicherungspflicht im Beschäftigungsstaat – sei, würde andernfalls mangels Vorliegens der Tatbestandsmerkmale des Entsendungstatbestands eine neue Ausnahme vom Grundprinzip postuliert, die keinerlei Deckung im Wortlaut der VO fände. Eine solche neue Ausnahmeregel zum Grundprinzip der VO ließe sich zudem auch aus systematischen Gesichtspunkten wohl nicht auf die bloß in der DVO geregelte Bescheinigung gründen⁶⁹³. Aus diesen Gründen folgert er, dass die Bescheinigung wohl nicht geeignet sei, einen Anspruch des SV-Trägers des Gaststaats dem Grunde nach auszuschließen⁶⁹⁴. Die Bescheinigung sei vielmehr als Vermutung des Freibleibens von der SV anzusehen, der aus Gründen der vertrauensvollen Zusammenarbeit bloß quasi-materielle Wirkung zukomme⁶⁹⁵.

Aus dem Blickwinkel des Strafrechts könnte man die Bescheinigung mit einem verwaltungsbehördlichen Genehmigungsbescheid vergleichen, der bei Rechtskraft unabhängig vom Vorhandensein der materiellen Voraussetzungen eine Berechtigungsgrundlage der darin genehmigten Verhaltensweisen bieten kann⁶⁹⁶. Das Vorliegen der Genehmigung wäre dabei strafrechtlich als Strafausschließungsgrund zu qualifizieren. Dieser Vergleich ist jedoch zwei nicht unbeachtlichen Einwänden ausgesetzt: Zum einen ist iZm der Bindungswirkung von Verwaltungsakten durchaus umstritten, wie mit einer Genehmigung umzugehen ist, wenn sie missbräuchlich erwirkt wurde⁶⁹⁷. Nach der Jud zum ebenfalls verwaltungsakzessorischen Schleppereitattbestand (§ 114 FPG) ist das Tatbild bspw auch dann erfüllt, wenn die Einreise mit formell gültigen, tatsächlich aber durch Falschbehauptungen erschlichenen Einreisetiteln erfolgt⁶⁹⁸. Folgt man diesem Gedanken und legt den Schwerpunkt damit ausschließlich auf die Bestandskraft der Bescheinigung, wäre diese als Strafausschließungsgrund anzusehen, die je-

⁶⁹¹ *Zimmermann*, ZIS 2007, 407 (408).

⁶⁹² Grundsätzlich erfordert das Freibleiben von der Versicherungspflicht nur das Vorliegen der materiellen Entsendevoraussetzungen, nicht jedoch einer Bescheinigung, vgl EuGH 09.11.2000 Rs C-404/98 (*Plum*).

⁶⁹³ *Zimmermann*, ZIS 2007, 407 (409).

⁶⁹⁴ *Zimmermann*, ZIS 2007, 407 (409).

⁶⁹⁵ *Ibid.*

⁶⁹⁶ So auch *Zimmermann*, ZIS 407 (409); solche verwaltungsbehördlichen Genehmigungen finden sich vor allem in den Tatbeständen des Umweltstrafrechts und sind dort sogar ausdrückliche Tatbestandsmerkmale, vgl *Aicher-Hadler*, WK-StGB² Vor §§ 180 bis 183b, Rz 13; zur Frage der Bindung formell bestehender, aber inhaltlich rechtswidriger Bescheide *Triffterer*, ÖJZ 1991, 799 (805).

⁶⁹⁷ *Triffterer*, ÖJZ 1991, 799 (805 f).

⁶⁹⁸ OGH 30.09.2003, 14 Os 79/03; OGH 18.12.2003, 11 Os 153/03; *Tipold* in WK-StGB² FPG § 114 Rz 9.

doch bei missbräuchlicher Erlangung keine Bindungswirkung entfalten könnte. Die Anwendung dieser Grundsätze verbietet sich aber wohl angesichts der Rspr des EuGH, die tendenziell nicht zwischen missbräuchlicher und zulässiger Erwirkung zu differenzieren scheint, weil durch eine solche Praxis der Grundsatz des Anschlusses der Versicherten an ein einziges System der sozialen Sicherheit, die Vorhersehbarkeit des anwendbaren Systems und damit die auf dem Prinzip der vertrauensvollen Zusammenarbeit basierende Rechtssicherheit beeinträchtigt wäre⁶⁹⁹.

Zum anderen fällt es auch schwer, die bloß feststellend wirkende Entsendebescheinigung einem rechtsgestaltenden Verwaltungsakt gleichzuhalten. Eine „Genehmigung“ der Entsendung ist dem Gemeinschaftsrecht fremd, die Beantragung einer Entsendebescheinigung ist weder verpflichtend vorgesehen noch für den Eintritt der Rechtswirkungen des Art 12 VO 883/2004, der rein auf die Erfüllung der Tatbestandsmerkmale abstellt, erforderlich⁷⁰⁰. Das Vorliegen der Erklärung ist gerade nicht Voraussetzung der Anwendung des Entsendungstatbestands, weshalb eine Erklärung während oder gar nach Ablauf der Tätigkeit im Ausland ausgestellt werden kann, wodurch eindeutig die Geltung der Sozialversicherung des Ausstellerstaats festgelegt wird⁷⁰¹.

In strafrechtlichen Termini lässt sich also eine Bescheinigung wohl am treffendsten als eine Art verfahrensrechtliches Verfolgungshindernis beschreiben. Durch die Ausstellung wird nicht das Bestehen des materiellen Anspruchs an sich gehindert, sondern nur die Feststellung und anschließende Durchsetzung ohne Einbindung des ausstellenden Trägers versagt. *Zimmermann*⁷⁰² spricht sich jedoch gegen ein Verständnis als „Durchsetzungshindernis“ aus, weil dieses nur die Realisierung des Beitragsanspruchs durch die Behörden hindern würde, diesen aber weiterhin das Recht ließe, die materiellen Entsendungsvoraussetzungen zu überprüfen, was durch die Bindungswirkung gerade vermieden werden sollte. Dem kann entgegengehalten werden, dass die Bindungswirkung nicht jegliche Überprüfung der materiellen Entsendungsvoraussetzungen vereiteln, sondern bei Bedenken diese auf eine im Einvernehmen mit dem ausländischen Träger zu bewerkstellende Überprüfung beschränken soll. Ansonsten wäre es dem inländischen Versicherungsträger – entgegen dem ausdrücklich anders lautenden Konsultationsmechanismus der VO – sogar verwehrt, überhaupt Bedenken über das Vorliegen der Voraussetzungen zu äußern und damit die Rücknahme durch den ausländischen Träger anzuregen.

⁶⁹⁹ EuGH 30.03.2000 Rs C-178/ (Barry Banks) Rz 41; EuGH 10.02.2000 Rs C-202/97 (*Fitzwilliam*) Rz 54.

⁷⁰⁰ EuGH 09.11.2000 Rs C-404/98 (*Plum*).

⁷⁰¹ EuGH 30.03.2000 Rs C-178/97 (*Barry Banks*) Rz 54.

⁷⁰² *Zimmermann*, ZIS 2007, 407 Fn 17.

b) Strafbarkeit wegen §§ 153c, e StGB ?

Wird nun die Bescheinigung wie in Sachverhaltsvariante 2 widerrufen, steht einer Strafverfolgung des tatsächlichen DG prima facie nichts mehr im Wege. Zu hinterfragen bleibt, ob eine solche Strafbarkeit für die bereits abgelaufenen, von der Bescheinigung ursprünglich gedeckten Beitragszeiträume sachgerecht erscheint: Folgt man dem Verständnis des BGH und misst der Bescheinigung rechtsgestaltende und damit umfassend materielle Wirkung zu, wird man den Widerruf im gerichtlichen Strafrecht wohl in jedem Fall nur ex nunc berücksichtigen können. Eine Strafbarkeit für die vor dem Widerrufszeitpunkt gelegenen Zeiträume scheidet damit aus.

Eine derart weitreichende Einschränkung der Strafbarkeit ist aber richtigerweise wohl nicht angezeigt. Definiert man das Vorhandensein der Bescheinigung als „Quasi-Verfolgungshindernis“, so ist mit deren Widerruf eine strafrechtliche Verfolgung – auch für vor dem Widerrufszeitpunkt liegende Zeiträume – vertretbar. Im Hinblick auf die Tatbestände der §§ 153c, e StGB bedeutet dies, dass der Beitragsanspruch der GKK somit auch in dem von der Entsendebescheinigung gedeckten Zeitraum dem Grunde nach bestand und damit auch eine Strafbarkeit für Zeiträume vor Rücknahme der Bescheinigung denkbar ist. Bei Prüfung der Strafbarkeit gem § 153e StGB würde damit eine Beschäftigung ohne die erforderliche Anmeldung vorliegen.

Sollte es sich jedoch – entgegen der Sachverhaltsvariante 2 – um einen gutgläubigen DG handeln, der unter Offenlegung des Sachverhalts von keiner Beitragspflicht im Inland ausging und in der Folge im Vertrauen auf die Bescheinigung die Beitragsentrichtung unterlässt, so wird dieser angesichts seines Irrtums auch bei Rücknahme der Bescheinigung für die bereits zurückliegenden Zeiträume üblicherweise straflos sein: Betrachtet man seinen Irrtum über die Beitragspflicht als vorsatzausschließenden Irrtum über den sozialen Gehalt eines normativen Tatbestandsmerkmals iSd § 5 StGB⁷⁰³, so wäre eine Strafbarkeit nur bei Fahrlässigkeit und Bestehen eines entsprechenden Fahrlässigkeitsdelikts denkbar. Da bei einem gutgläubigen DG keine der beiden Voraussetzungen vorliegen würde, wäre eine Strafbarkeit gem §§ 153c, e StGB ausgeschlossen.

Zum selben Ergebnis gelangt man, wenn man den Irrtum als schuldrelevanten Verbotsirrtum⁷⁰⁴ iSd § 9 StGB betrachtet, durch den der DG die Rechtswidrigkeit seiner Handlung nicht erkennt⁷⁰⁵ und der im Gegensatz zum Tatbildirrtum des § 5 StGB eine Strafe nach einem Vorsatzdelikt begründen kann, sofern er vorwerfbar iSd § 9 Abs 2 StGB ist⁷⁰⁶. Diese Vorwerfbarkeit kann insbes bei Ausländern ausgeschlossen sein, wobei ein ausländischer DG, der DN nach Österreich

⁷⁰³ Reindl, WK-StGB² § 5 Rz 49 f.

⁷⁰⁴ So der etablierte Terminus, wobei sich dieser iZm einem Unterlassungsdelikt freilich als Irrtum über das Vorhandensein eines rechtlichen Handlungsgebots manifestiert.

⁷⁰⁵ Höpfel, WK-StGB² § 9 Rz 10.

⁷⁰⁶ Grundlegend Fuchs, AT I⁷, 23/19; Höpfel, WK-StGB² § 9 Rz 12 ff.

entsendet, wohl regelmäßig verpflichtet ist, sich mit Fragen der SV-Pflicht auseinanderzusetzen. Die Ausstellung der Bescheinigung durch den ausländischen SV-Träger ist jedoch zweifelsohne als Einholung eines fachkundigen Rats bei einer kompetenten Stelle und damit als behördliche Prüfung anzusehen, die einen Rechtsirrtum zu entschuldigen vermag⁷⁰⁷. Da dem DG sein Vertrauen auf die Richtigkeit der quasi-amtlichen Entsendebescheinigung nicht zum Vorwurf gemacht werden kann, bliebe er auch in diesem Fall straflos.

Zusammenfassend deckt sich also die Einordnung der Bescheinigung als prozessuales Verfolgungshindernis wohl am besten mit der durch das Gemeinschaftsrecht festgelegten Wirkung derselben. Die Rücknahme der Bescheinigung kommt einem Wegfall des Verfolgungshindernisses gleich, wodurch eine strafrechtliche Verfolgung auch für die von der Bescheinigung ursprünglich gedeckten Zeiträume denkbar ist. Sofern der DG wie im Ausgangsbeispiel zur Erlangung der Bescheinigungen bewusst getäuscht hat, mangelt es ihm auch jedenfalls an einem schützenswerten Vertrauen auf die Bindungswirkung der Bescheinigung, wodurch eine Strafbarkeit durchaus vertretbar erscheint. Durch die Regeln des Tatbildirrtums gem § 5 StGB bzw Verbotsirrtums gem § 9 StGB ist auch eine hinreichende Abgrenzung zu jenen Fällen gewährleistet, die angesichts des gutgläubigen Vertrauens eines DG auf die Bescheinigung jedenfalls straflos bleiben sollten.

c) Strafbarkeit wegen Betrugs gem §§ 146 ff StGB?

Darüber hinaus könnte auch hier an eine Strafbarkeit gem §§ 146 ff StGB gedacht werden, wenn die DG-Eigenschaft nur vorgetäuscht wurde. Mit Wegfall der Bindungswirkung wäre das Strafgericht befugt, das Vorliegen der DG-Eigenschaft umfassend zu hinterfragen. Erweist sich im Beweisverfahren die inländische Firma als tatsächlicher DG, so könnte schon die Beantragung der A1-Bescheinigungen als Täuschung des ausländischen Trägers angesehen werden. Fraglich ist hingegen, ob die irrtumsbedingte Ausstellung einer A1-Bescheinigung durch den ausländischen Träger und damit die Einbeziehung oder Weitergeltung der Beitragspflicht im Ausland eine Betrugsstrafbarkeit im Hinblick auf eine Schädigung des österreichischen Trägers zu begründen vermag. Dazu müsste die Ausstellung der Bescheinigung durch den getäuschten ausländischen Träger als Vermögensverfügung zu Lasten der österreichischen GKK qualifiziert werden, die im Vermögen der GKK einen Schaden bewirkt⁷⁰⁸. Im Zeitpunkt der Ausstellung der Bescheinigung ist das augenscheinlich nicht der Fall, weil dies noch keinerlei Auswirkungen auf das Vermögen der inländischen GKK zeitigt. Die für den inländischen KV-Träger entscheidende Täuschungshandlung ist richtigerweise erst in der Vorlage der Bescheinigungen anlässlich einer Kontrolle im Inland zu sehen, die darauf abzielt, dass die GKK irrtumsbedingt von der Beitragseinbringung Abstand nimmt. Auch hier wäre der Betrug vollendet, wenn die nach dem ge-

⁷⁰⁷ Grundlegend Höpfel, WK-StGB² § 9 Rz 14.

⁷⁰⁸ Allgemein zur Vermögensverfügung Kienapfel/Schmoller, BT II § 146 Rz 108 ff.

wöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartende Inanspruchnahme des Schuldners unterbleibt⁷⁰⁹.

C) Privatbeteiligung der KV-Träger im Sozialbetrugsverfahren

Ein Charakteristikum aller kriminalstrafrechtlichen Sozialbetrugsverfahren besteht in der Uneinbringlichkeit offener SV-Beitragsforderungen, weil der eigentliche Beitragsschuldner – bei dem es sich üblicherweise um eine juristische Person in Form einer GmbH handelt – im Zeitpunkt des Strafverfahrens bereits insolvent ist. Um die aushaftenden Beiträge zumindest teilweise einzubringen, besteht daher ein vitales Interesse der KV-Träger nach einem erweiterten Haftungsdurchgriff auf die eigentlichen Profiteure sozialbetrügerischer Malversationen.

Zur erleichterten Geltendmachung der durch die Straftat entstandenen privatrechtlichen Ansprüche kennt das gerichtliche Strafrecht das Institut der Privatbeteiligung, das eine Abwicklung zivilrechtlicher Ansprüche im Rahmen des Strafverfahrens ermöglichen soll. Im Zusammenhang mit § 153c StGB thematisierte schon *Derntl*⁷¹⁰, dass Strafgerichte zunehmend von einem auf Schutzgesetzverletzung gestützten Privatbeteiligtenanschluss der GKKen Abstand nehmen würden, der VwGH im folgenden verwaltungsrechtlichen Haftungsverfahren nach § 67 Abs 10 ASVG jedoch den Zivilrechtsweg als korrekt erachten würde. Auch das OLG Wien war in einem Strafverfahren wegen § 153d StGB⁷¹¹ der Ansicht, dass der Privatbeteiligtenanschluss der GKK unzulässig sei⁷¹².

Im Folgenden soll das Institut der Privatbeteiligung im Strafverfahren näher beleuchtet und anschließend untersucht werden, ob und unter welchen Voraussetzungen die Durchsetzung deliktischer Schadenersatzansprüche gegen handelsrechtliche wie auch faktische Geschäftsführer wegen rückständiger SV-Beiträge im strafgerichtlichen Adhäsionsverfahren möglich ist. Auf dieser Grundlage sollen abschließend noch Aspekte einer – von *Derntl*⁷¹³ bereits angeregten – ex-lege Privatbeteiligtenstellung der KV-Träger bewertet werden⁷¹⁴.

1. Zum Institut der Privatbeteiligung im Strafverfahren

Gem § 65 Z 2 StPO handelt es sich beim Privatbeteiligten um ein Opfer, das sich am Verfahren beteiligt, um Ersatz für den erlittenen Schaden oder die erlittene Beeinträchtigung zu begehren. Der Privatbeteiligte kann einen aus der Straftat abgeleiteten, auf Leistung, Feststellung oder Rechtsgestaltung gerichteten An-

⁷⁰⁹ OGH 21.05.1985, 11 Os 17/85.

⁷¹⁰ *Derntl*, SozSi 2008, 439 (449).

⁷¹¹ OLG Wien 02.04.2009, 17 Bs 377/08b.

⁷¹² Dazu sogleich.

⁷¹³ *Derntl*, SozSi 2008, 439 (449 f).

⁷¹⁴ Grundsätzlich wäre auch noch an eine Opferstellung iSd § 65 Z 1 lit c StPO zu denken, jedoch unterscheidet sich das Opfer iSd leg cit von einem Privatbeteiligten nur insofern, als es einen privatrechtlichen Anspruch zwar haben könnte, diesen jedoch nicht erklärt, vgl *Kier*, WK-StPO § 65 Rz 35.

spruch gegen den Beschuldigten geltend machen (§ 69 Abs 1 StPO). Neben den allgemeinen Opferrechten⁷¹⁵ verfügen Privatbeteiligte gem § 67 Abs 6 StPO über das Recht, Beweisanträge zu stellen, die Anklage nach Rücktritt der StA als Subsidiarankläger aufrechtzuerhalten, Beschwerde gegen die gerichtliche Einstellung des Verfahrens zu erheben, zur Hauptverhandlung geladen zu werden und die Ansprüche am Schluss derselben auszuführen und zu begründen sowie Berufung wegen ihrer privatrechtlichen Ansprüche zu erheben.

Beim Institut der Privatbeteiligung handelt es sich nach hA⁷¹⁶ um einen Zivilprozess eigener Art, durch den aus Gründen der Prozessökonomie privatrechtliche Ansprüche im gerichtlichen Strafverfahren miterledigt werden (Adhäsions- oder Anschlussverfahren). Auf Basis der Sachverhaltsfeststellung des Strafverfahrens soll dem Geschädigten die rasche und kostengünstige Durchsetzung seiner Ansprüche ermöglicht werden⁷¹⁷. Seit jeher gelten dabei nur jene Ansprüche als adhäsionsfähig, die zivilrechtlich ersatzfähig und durch die Tat entstanden sind⁷¹⁸. Nicht erforderlich hingegen ist, dass es sich um einen tatbestandsmäßigen Schaden handelt. Nach einhelliger Auffassung ist für den Privatbeteiligtenanschluss jeder aus der Tat des Beschuldigten hervorgegangene privatrechtliche Anspruch ausreichend⁷¹⁹. Anlusserklärungen wegen öffentlich-rechtlicher Forderungen sind unzulässig und daher gem § 67 Abs 4 Z 1 StPO als offensichtlich unberechtigt zurückzuweisen⁷²⁰.

In 10 Os 134/81⁷²¹ wies der OGH in einem Verfahren gem § 298 StGB (Vortäuschung einer mit Strafe bedrohten Handlung) die Anlusserklärung der Republik wegen der infolge einer Falschanzeige entstandenen Verwaltungskosten mit der Begründung zurück, dass die Republik nicht in ihrer Eigenschaft als Trägerin von Privatrechten verletzt würde. Die entstandenen Aufwendungen würden den Bereich der Hoheitsverwaltung betreffen und daher öffentlich-rechtlicher Natur sein. In einem weiteren Urteil hielt das Höchstgericht fest, dass Kosten des Strafverfahrens in jedem Fall öffentlich-rechtlicher Natur und somit nicht adhäsionsfähig wären⁷²². In Strafverfahren⁷²³ wegen betrügerischen Bezugs von Arbeitslosengeld kam der OGH zu dem Schluss, dass die Ansprüche des AMS auf Ersatz des zu Unrecht bezogenen Arbeitslosengelds im Verfahren wegen §§ 146 ff StGB nicht adhäsionsfähig seien, weil der Anspruch auf Rückersatz zu Unrecht bezoge-

⁷¹⁵ Dabei handelt es sich um die in § 66 Abs 1 StPO aufgezählten Rechte auf Vertretung, Akteneinsicht, Information, Teilnahme etc.

⁷¹⁶ *Spending*, WK-StPO, Vor §§ 366-379 Rz 7; *Korn/Zöchbauer*, WK-StPO § 67 Rz 1; *Fuchs*, 13. ÖJT Bd IV/1, 137.

⁷¹⁷ *Spending*, WK-StPO, Vor §§ 366-379 Rz 2; *Korn/Zöchbauer*, WK-StPO § 67 Rz 1.

⁷¹⁸ *Fuchs*, 13. ÖJT Bd IV/1, 18 f.

⁷¹⁹ *Spending*, WK-StPO, Vor §§ 366-379 Rz 25; *Fuchs*, 13. ÖJT Bd IV/1, 19; OGH 07.05.1996, 14 Os 45/96.

⁷²⁰ *Spending*, ZVR 2003/98; dazu im Detail weiter unten.

⁷²¹ OGH 11.09.1981, 10 Os 134/81.

⁷²² OGH 24.11.1989, 16 Os 46/89.

⁷²³ OGH 24.09.2003, 13 Os 113/03; OGH 22.08.2001, 13 Os 107, 108/01.

ner Notstandshilfe, Arbeitslosenunterstützung bzw Pensionsvorschüsse öffentlich-rechtlicher Natur sei.

Privatrechtliche Ansprüche einer Gebietskörperschaft gelten jedoch grundsätzlich als adhäsionsfähig⁷²⁴. Die Zulässigkeit der Anschlussklärung hängt somit wesentlich vom zivilrechtlichen Anspruch ab, dessen Bestand auf Basis der im Zeitpunkt der Anschlussklärung bestehenden Verdachtslage als Vorfrage zu beurteilen ist⁷²⁵. Methodisch gesehen ist zu prüfen, ob ein privatrechtlicher Anspruch bestünde, wenn sich die Anschuldigungen als zutreffend erwiesen.

2. Reichweite der Haftung gem § 67 Abs 10 ASVG

Vorweg ist zu untersuchen, unter welchen Voraussetzungen den GKKen eine verwaltungsrechtliche Haftung der am Sozialbetrug beteiligten Personen eingeräumt ist. Die wesentlichste Haftungsnorm stellt dabei § 67 Abs 10 ASVG dar.

a) Die Rechtslage vor dem SozialrechtsänderungsG 2010⁷²⁶

§ 67 Abs 10 ASVG normiert, dass die zur Vertretung juristischer Personen oder Personenhandelsgesellschaften berufenen Personen im Rahmen ihrer Vertretungsmacht neben den durch sie vertretenen Beitragsschuldnern für die von diesen zu entrichtenden Beiträge haften. Dies trifft allerdings nur insofern zu, als die Beiträge infolge schuldhafter Verletzung der den Vertretern auferlegten Pflichten nicht eingebracht werden können. Die Durchsetzung der Haftung erfolgt gem § 410 Abs 1 Z 4 ASVG mittels Bescheid, es handelt sich um eine Verwaltungssache iSd § 355 Z 3 ASVG⁷²⁷.

Während die Lehre die Haftung zumeist als gesetzliche Ausfallbürgschaft deutete⁷²⁸, wurde sie von der Rspr als eine dem Schadenersatzrecht nachgebildete Verschuldenshaftung verstanden, die der abgabenrechtlichen Haftung gem §§ 9, 80 BAO nachempfunden ist und an der schuldhaften Verletzung SV-rechtlicher Pflichten anknüpft⁷²⁹. Nach der älteren VwGH-Rspr ließen sich zur Beurteilung der Pflichtverletzung die zu den §§ 9, 80 BAO entwickelten Grundsätze anwenden⁷³⁰. Demnach begründete eine Pflichtverletzung ua, dass der Geschäftsführer Beitragsschulden insoweit schlechter behandelte als andere Schulden, „als er diese bedient, jene aber unberichtigt lässt“⁷³¹. § 67 Abs 10 ASVG wolle jedoch nicht die Verletzung jeglicher, dem Gläubigerschutz dienender Vorschriften (wie zB die Pflicht zur rechtzeitigen Konkursantragsstellung nach § 69 IO)

⁷²⁴ *Spenling*, ZVR 2003/98.

⁷²⁵ *Fuchs*, 13. ÖJT Bd IV/1, 20.

⁷²⁶ BGBl I 62/2010.

⁷²⁷ *Resch*, JBl 1996, 218 (219).

⁷²⁸ *Resch*, JBl 1996, 218 (219) mwN.

⁷²⁹ *Karl*, ZAS 2009/2, 9; VwGH 19.02.1991, 90/08/0008.

⁷³⁰ VwGH 09.02.1991, 90/08/0045; VwGH 13.03.1990, 89/08/0198; VwGH 25.04.1989, 89/08/0013.

⁷³¹ VwGH 25.04.1989, 89/08/0013.

sanktionieren⁷³². Deshalb könnten einer Haftung nach § 67 Abs 10 ASVG auch keine Umstände außerhalb des Pflichtenkreises dieser Bestimmung – wie etwa ein verspäteter Antrag auf Konkurseröffnung oder ein Anwachsen der Forderung des SV-Trägers wegen Verzögerung der Betriebseinstellung – zugrunde gelegt werden⁷³³.

Nachdem von der Rspr geklärt worden war, dass nicht jede Pflichtverletzung schlechthin, sondern nur Verletzungen spezifisch-beitragsrechtlicher Natur eine Haftung des Vertreters gem § 67 Abs 10 ASVG zu begründen vermögen, wurde die Reichweite derselben durch die Entscheidung eines verstärkten Senats⁷³⁴ weiter eingeschränkt: Nach Ansicht des Höchstgerichts ließe sich im SV-Recht keine dem § 80 Abs 1 BAO vergleichbare Bestimmung finden, die spezifisch SV-rechtliche, gegenüber der GKK bestehende Pflichten des Vertreters einer juristischen Person normiere. Als einzige Ausnahmen qualifizierte es die aus den §§ 111, 114 ASVG ableitbaren Verpflichtungen, weil diese auch den Vertreter treffen würden. Da sich das Höchstgericht nicht in der Lage sah, diesen Umstand interpretativ zu bereinigen, wurde die Haftung eines GmbH-Geschäftsführers nach § 67 Abs 10 ASVG im Ergebnis auf einbehaltene und nicht abgeführte DN-Beitragsanteile iSd des damaligen § 114 ASVG bzw auf die infolge schuldhafter Meldeverstöße iSd § 111 ASVG aushaftenden Beiträge begrenzt. Ein öffentlich-rechtlicher Anspruch gegen den Geschäftsführer bestand damit vereinfacht gesagt nur mehr im Hinblick auf Beitragsrückstände von ungemeldeten „Schwarzarbeitern“ sowie für DN-Beitragsanteile sonstiger DN, sofern alle Tatbestandsvoraussetzungen des § 153c StGB (§ 114 ASVG) erfüllt waren.

b) Aktuelle Rechtslage infolge des SozialrechtsänderungsG 2010

Die Einschränkung der Vertreterhaftung durch einen verstärkten Senat des VwGH wurde im Schrifttum kontrovers aufgenommen und sehr differenziert diskutiert⁷³⁵. Durch das vor kurzem in Kraft getretene SozialrechtsänderungsG 2010 reagierte der Gesetzgeber mit der Einführung eines neuen § 58 Abs 5 ASVG, wodurch sich die nähere Auseinandersetzung mit den – zur mittlerweile veralteten – Rechtslage geäußerten Argumenten in der vorliegenden Untersuchung erübrigt.

In den Materialien zur Novelle wurde bekräftigt, dass das Haftungsregime für Vertreter von juristischen Personen nach BAO und ASVG durch den neuen § 58 Abs 5 ASVG weitestgehend angeglichen werden solle und dass dies ohnehin schon im Rahmen der 48. Novelle zum ASVG⁷³⁶ beabsichtigt gewesen wäre⁷³⁷. Im Dienste weiterer Bekämpfung von Beitragshinterziehungen sollen die GKKen

⁷³² VwGH 19.02.1991, 90/08/0100.

⁷³³ VwGH 12.12.1995, 95/08/0082.

⁷³⁴ VwGH 12.12.2000, 98/08/0191.

⁷³⁵ Zust Arnold, ASoK 2001, 202; Resch, RdW 2001, 602; krit Derntl, SozSi 2001, 345.

⁷³⁶ BGBl I 642/1989.

⁷³⁷ EBRV 785 BlgNR XXIV.GP 4.

damit in die Lage versetzt werden, die Ansprüche bescheidenmäßig geltend zu machen, um sich ein kostspieliges Zivilverfahren zu ersparen⁷³⁸.

§ 58 Abs 5 ASVG sieht vor, dass die Vertreter juristischer Personen alle Pflichten zu erfüllen haben, die den von ihnen Vertretenen obliegen. Sie haben insbes dafür zu sorgen, dass die Beiträge jeweils bei Fälligkeit aus den Mitteln, die sie verwalten, entrichtet werden. Damit kann nunmehr wiederum auf die in der älteren Rspr zu § 67 Abs 10 ASVG bzw die im Rahmen der abgabenrechtlichen Vertreterhaftung entwickelten Grundsätze zurückgegriffen werden⁷³⁹: So trifft den Vertreter insbes die Gleichbehandlungspflicht, die besagt, dass er bei Vorhandensein unzureichender Mittel, alle Schulden (und damit auch Beitrags- und Abgabenschulden) im gleichen Ausmaß zu befriedigen hat⁷⁴⁰. Behandelt der Vertreter die Beitragsschulden schlechter als sonstige Gesellschaftsschulden stellt dies eine Pflichtverletzung iSd § 67 Abs 10 ASVG⁷⁴¹ dar. Unterbleibt die Entrichtung allerdings, weil die juristische Person im Fälligkeitszeitpunkt überhaupt keine liquiden Mittel hat, so stellt dies keine spezifische Pflichtverletzung des Vertreters dar⁷⁴².

Die künftige Rspr wird das Ihrige zur Auslotung der einzelnen beitragsrechtlichen Pflichten beitragen. Klar ist, dass Verstöße gegen § 153c StGB und § 111 ASVG auch weiterhin jedenfalls eine Haftung nach § 67 Abs 10 ASVG begründen. Neben den im ASVG enthaltenen Pflichten könnten insbes aus § 153d StGB beitragsrechtliche Pflichten des Geschäftsführers abgeleitet werden⁷⁴³. Bei Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen wäre eine öffentlich-rechtliche Haftung nach der herrschenden Auslegung des § 153d StGB⁷⁴⁴ auch bei völliger Mittellosigkeit der Gesellschaft im Zeitpunkt der Beitragsfälligkeit denkbar, bei der ein Verstoß gegen die Gleichbehandlungspflicht nicht greifen würde.

c) Haftung des faktischen Geschäftsführers gem § 67 Abs 10 ASVG

§ 67 Abs 10 ASVG spricht grundsätzlich von „den zur Vertretung juristischer Personen [...] berufenen Personen“. Dabei stellt sich die Frage, ob die GKK auch gegen einen faktischen Geschäftsführer einer GmbH einen Haftungsbescheid erlassen könnte. Auch wenn der Wortlaut nur auf die organschaftlichen Vertreter abstellt, bejahte der VwGH⁷⁴⁵ unter bestimmten Umständen die Haftung eines faktischen Geschäftsführers gem § 67 Abs 10 ASVG: Im zugrunde liegenden Fall handelte es sich um den Alleingesellschafter einer GmbH, der zwar einen Fremdgesellschafter bestellt, ihm aber im Innenverhältnis praktisch alle Rechte – mit

⁷³⁸ EBRV 785 BlgNR XXIV.GP 4.

⁷³⁹ *Derntl*, ASoK 2010, 221 (221).

⁷⁴⁰ *Ritz*, BAO⁴ § 9 Rz 11.

⁷⁴¹ VwGH 19.02.1991, 90/08/0100.

⁷⁴² Zur abgabenrechtlichen Haftung *Ritz*, BAO⁴ § 9 Rz 10 unter Verweis auf die abgabenrechtliche *Jud*.

⁷⁴³ So erstmalig das OLG Wien 02.04.2009, 17 Bs 377/08b, zu diesem Urteil siehe sogleich.

⁷⁴⁴ Dazu schon oben S 160.

⁷⁴⁵ VwGH 14.03.2001, 2000/08/007.

Ausnahme der gesetzlich nicht abdingbaren – genommen hatte und sich gleichzeitig vom de-iure Geschäftsführer mit einer umfassenden Generalvollmacht ausstatten ließ. Da sich die Konstruktion in den Augen des Höchstgerichts ausschließlich mit der Umgehung der Vertreterhaftung des Alleingesellschafters erklären ließ, qualifizierte es das Verhältnis als unbeachtliche Umgehungshandlung und kam zu dem Schluss, dass iSd § 539a Abs 3 ASVG der Alleingesellschafter auch als Alleingeschäftsführer zu betrachten wäre⁷⁴⁶. Damit würden ihn in weiterer Folge auch alle spezifisch SV-rechtlichen Pflichten treffen, bei deren Verstoß eine Inanspruchnahme gem § 67 Abs 10 ASVG möglich sei.

Im Hinblick auf die abgabenrechtliche Haftung gem §§ 9, 80 BAO zeigt sich der VwGH jedoch zurückhaltender: Der bloße Umstand, dass nicht der formell bestellte Geschäftsführer, sondern ein faktischer Geschäftsführer die Geschäfte führt, bewirkt noch nicht, dass dieser zusätzlich oder an Stelle des handelsrechtlichen Geschäftsführers zur Haftung heranzuziehen sei⁷⁴⁷. Ein faktischer Geschäftsführer ist nach dem GmbH-Gesetz nicht zur Vertretung einer Gesellschaft berufen und somit nicht als Vertreter iSd § 80 BAO anzusehen, weshalb er nach § 9 Abs 1 BAO auch nicht zur Haftung herangezogen werden könnte⁷⁴⁸.

d) Zwischenergebnis

Die öffentlich-rechtliche Haftung des Vertreters einer juristischen Person gem § 67 Abs 10 ASVG besteht nur, wenn dieser spezifisch beitragsrechtliche Pflichten verletzt. Durch eine Gesetzesänderung wurde die Reichweite der Haftung nach einer Einschränkung durch den VwGH wieder erweitert, indem nun dem Vertreter alle beitragsrechtlichen Pflichten des Vertretenen auferlegt werden. Damit wird den GKKen in Sozialbetrugsfällen grundsätzlich die Möglichkeit offen stehen, rückständige Beiträge beim handelsrechtlichen Geschäftsführer bescheidmäßig geltend zu machen. Bei Vorliegen einer schon im Fälligkeitszeitpunkt der Beiträge völlig struktur- und mittellosen GmbH könnte sich aus der Verletzung des § 153d StGB eine haftungsbegründende Pflichtverletzung des Geschäftsführers in Fällen ergeben, in denen eine Verletzung der Gleichbehandlungspflicht mangels Liquidität nicht denkbar wäre.

Die bescheidmäßige Inanspruchnahme eines faktischen Geschäftsführers erfuhr in einem Einzelfall bereits höchstgerichtliche Anerkennung, weil es sich bei diesem um den Alleingesellschafter der GmbH handelte, der sich zudem durch eine vom de iure Geschäftsführer ausgestellte Generalvollmacht umfassende Befugnisse sicherte. Für die vorliegende Untersuchung ist allerdings zu erwähnen, dass faktische Geschäftsführer von Scheinfirmen typischerweise nicht im Firmenbuch als Gesellschafter aufscheinen und oftmals auch über keinerlei Generalvollmacht

⁷⁴⁶ Resch wies darauf hin, dass eine solche Ansicht allerdings nicht zur Enthftung des Strohmänn-Geschäftsführers führen dürfe, vgl Resch, RdW 2001, 602 (603).

⁷⁴⁷ VwGH 21.09.2009, 2009/16/0086.

⁷⁴⁸ VwGH 27.02.2008, 2005/13/0084.

verfügen, sondern die Gestion der juristischen Person rein durch faktisches Einwirken beherrschen. Ob der VwGH auch in solchen Fällen eine öffentlich-rechtliche Haftung des faktischen Geschäftsführers bejahen würde, ist – ua auch angesichts der parallel bestehenden Rspr zur abgabenrechtlichen Haftung faktischer Geschäftsführer – fraglich.

3. Parallelität von öffentlich-rechtlicher und zivilrechtlicher Haftung des Geschäftsführers?

Nachdem nun die Reichweite der öffentlich-rechtlichen Haftung beleuchtet wurde, stellt sich die Frage, inwiefern darüber hinausgehende privatrechtliche Ansprüche wegen entgangener Beiträge gegen denselben Haftenden denkbar sind, die einen Privatbeteiligtenanschluss im Strafverfahren rechtfertigen könnten⁷⁴⁹.

a) § 153c und § 153d StGB als Anspruchsgrundlage

In Strafverfahren wegen § 153c StGB sprechen sich *Kirchbacher/Presslauer*⁷⁵⁰ gegen die Möglichkeit einer Privatbeteiligung der GKK aus. Da in diesem Fall eine bescheidmäßige Haftung des Vertreters gem § 67 Abs 10 ASVG bestünde, hätte die GKK diese auch im Verwaltungsweg durchzusetzen. *Derntl*⁷⁵¹ beruft sich auf ein OGH-Urteil, in dem eine Privatbeteiligung einer GKK im Verfahren wegen § 114 ASVG anerkannt wurde. Dabei wurde allerdings nur der Zuspruch des Erstgerichts gegen einen der Geschäftsführer der GmbH bestätigt und die Frage der Parallelität mit einer allenfalls nach § 67 Abs 10 ASVG bestehenden Haftung nicht weiter beachtet⁷⁵². Der VwGH gelangte zu der Ansicht, dass Personen, die nach § 114 ASVG in Form der Beitragstäterschaft verurteilt worden sind, gleichwohl aber nicht dem Personenkreis des § 67 Abs 10 ASVG angehören, nicht im Verwaltungswege mittels Bescheid, sondern nur durch Klage vor den ordentlichen Gerichten zum Schadenersatz herangezogen werden können⁷⁵³. Auf dieser Basis wäre also eine Privatbeteiligung einer GKK im Strafverfahren gegen alle Personen, die nicht als Vertreter iSd § 67 Abs 10 ASVG anzusehen sind, zulässig.

Bezügl § 153d StGB wies das OLG Wien⁷⁵⁴ – noch vor Inkrafttreten des SozialrechtsänderungsG 2010 – vor kurzem den Privatbeteiligtenanschluss einer GKK im Strafverfahren gegen einen gesetzlichen Vertreter einer britischen Kapitalgesellschaft wegen aushaftender Beitragsforderungen als unzulässig zurück. Nach Ansicht des Gerichts bestand die zentrale Frage darin, ob die GKK in die-

⁷⁴⁹ Da in der gegenständlichen Untersuchung der Fokus auf der Privatbeteiligung im gerichtlichen Strafverfahren liegt, bleibt die Anspruchsgrundlage der Konkursverschleppung gem § 69 Abs 3 IO weitestgehend außer Betracht.

⁷⁵⁰ *Kirchbacher/Presslauer*, WK-StGB² § 153c, Rz 33 ff.

⁷⁵¹ *Derntl*, SozSi 2008, 439 (449).

⁷⁵² OGH 10.05.1984, 13 Os 35/84, die Entscheidung war nur auf Anfrage beim Evidenzbüro des OGH verfügbar; der in das RIS aufgenommene erschöpft sich in der Aussage „Zuspruch in Höhe des vorenthaltenen Betrags an den geschädigten Sozialversicherungsträger“.

⁷⁵³ VwGH 29.6.2005, 2005/08/0031.

⁷⁵⁴ OLG Wien 02.04.2009, 17 Bs 377/08b.

sem Fall auch einen Haftungsbescheid gem § 67 Abs 10 ASVG erlassen könnte. Dabei folgte es, dass § 153d StGB iSd bisherigen Rspr kein allgemeines Gläubigerschutzdelikt darstelle, sondern im Lichte der bisherigen VwGH-Rspr zu § 114 ASVG eine den leitenden Angestellten treffende, spezifisch SV-rechtliche Pflicht normiere, die eine öffentlich-rechtliche Haftung begründen würde. Mangels Verletzung allgemeiner, nicht vom Haftungsregime des § 67 Abs 10 ASVG erfasster Pflichten, wäre eine im ordentlichen Rechtsweg geltend zu machende Haftung unzulässig. Zu erwähnen ist schließlich noch eine Entscheidung des OGH⁷⁵⁵, in der eine GKK den faktischen Geschäftsführer einer GmbH auf Schadenersatz ex delicto auf Basis des § 153d StGB klagte. Das Höchstgericht hatte dabei allerdings nur über die Frage abzusprechen, ob auch ein Schadenersatzverfahren gegen einen faktischen Geschäftsführer gem § 51 Abs 1 Z 6 JN in die Zuständigkeit der Handelsgerichte fallen würden, zu deren Beantwortung zu klären wäre, ob der faktische Geschäftsführer (zumindest per analogiam) zu den in § 51 Abs 1 Z 5 JN genannten Personen zu zählen ist. Da der OGH allerdings zu dem Schluss kam, dass der Beklagte infolge der vorangehenden strafrechtlichen Verurteilung als bloßer Beitragstäter zu § 153d StGB anzusehen sei und damit eben kein faktischer Geschäftsführer der GmbH sein könne, wurde diese Frage im Ergebnis nicht weiter geklärt.

Auch wenn sich der VwGH zum Inhalt des § 153d StGB bisher nicht geäußert hat, bleibt anzunehmen, dass auch dieser bei Verwirklichung des § 153d StGB den Zivilrechtsweg gegen den Geschäftsführer als unzulässig erachten würde.

b) Kridadelikte als Anspruchsgrundlage

In 1 Ob 50/99f⁷⁵⁶ hatte ein zivilrechtlicher Senat des OGH über die Klage einer GKK auf deliktischen Schadenersatz für Beitragsausfälle zu entscheiden, nachdem die Beklagten in einem Strafverfahren bereits wegen Fahrlässiger Krida gem § 159 Abs 1 Z 1 und Z 2 aF StGB verurteilt worden waren. Im Ergebnis kam er zu dem Schluss, dass der ordentliche Rechtsweg für die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen „gegen den Geschäftsführer einer GmbH wegen des Ausfalls an Sozialversicherungsbeiträgen, der zufolge dessen Verletzung allgemeiner Gläubigerschutzbestimmungen eintrat, selbst dann nicht verwehrt [ist], wenn der Sozialversicherungsträger die öffentlich-rechtliche Ausfallhaftung nach § 67 Abs 10 ASVG für dieselben Beitragsschulden auch durch Erlassung eines Haftungsbescheids hätte realisieren können, weil der Geschäftsführer nach Eintritt der Fälligkeit von Sozialversicherungsbeiträgen auch eine der durch diese gesetzliche Bestimmung sanktionierten spezifischen Handlungspflichten mißachtete“. Schädigungshandlungen nach § 67 Abs 10 ASVG würden sich stets von solchen unterscheiden, die allgemeine Gläubigerschutzbestimmungen verletzen, wodurch

⁷⁵⁵ OGH 14.09.2011, 6 Ob 202/11s.

⁷⁵⁶ OGH 27.04.1999, 1 Ob 50/99f.

es sich dabei auch nicht um idente Schädigungshandlungen handle, sondern lediglich deren Folgen – die ungetilgten SV-Beiträge – ident seien.

Ähnlich hatte bereits ein weiterer zivilrechtlicher Senat des OGH in 2 Ob 268/98w⁷⁵⁷ entschieden, indem er eine zivilrechtliche Haftung der gem § 159 Abs 1 Z 1 aF StGB verurteilten Geschäftsführer einer GmbH für rückständige Beiträge anerkannte, obwohl eine bescheidmäßige Inanspruchnahme gem § 67 Abs 10 ASVG möglich gewesen wäre.

Im bereits erwähnten Erkenntnis eines verstärkten VwGH-Senats⁷⁵⁸ hielt dieser fest, dass eine Haftung des Geschäftsführers iSd § 67 Abs 10 ASVG zwar nur auf die Verletzung spezifischer beitragsrechtlicher Pflichten gestützt werden könne. Soweit allerdings eine Verletzung anderer, dem allgemeinen Gläubigerschutz verhafteter Pflichten in Betracht käme, sei die Haftung der Geschäftsführer von der GKK im ordentlichen Verfahren geltend zu machen. Dies solle ua auch für einen Schaden der GKK (dh aushaftende Beitragsforderungen) aus einer Gläubigerbegünstigung gem § 158 StGB gelten, weil damit keine spezifisch sozialversicherungsrechtliche Pflicht verletzt, sondern nur allgemein dem Gläubigerschutz zuwider gehandelt würde. Durch diese Differenzierung nach den Pflichtensphären würde auch keine „Wahlmöglichkeit“ der GKK zwischen der zivilrechtlichen und der verwaltungsrechtlichen Haftung bestehen.

c) Stellungnahmen im Schrifttum

Im Schrifttum sprach sich vor allem *Resch*⁷⁵⁹ vehement gegen die Möglichkeit einer privatrechtlichen Beitragshaftung wegen Schutznormverletzung in jenen Konstellationen aus, in denen parallel auch eine öffentlich-rechtliche Haftung gem § 67 Abs 10 ASVG besteht. Die GKK dürfe nicht zwischen öffentlichem und privatem Recht frei wählen, sondern sei auf die Rechtsform des öffentlichen Rechts beschränkt, soweit das Gesetz ein entsprechendes öffentlich-rechtliches Verfahren vorgebe⁷⁶⁰. *Kirchbacher/Presslauer*⁷⁶¹ sprechen sich zwar – wie bereits erwähnt – gegen eine Privatbeteiligung der GKK im Verfahren wegen § 153c StGB aus, weil dieser die Eintreibung im Verwaltungswege offenstünde. Unter Verweis auf 1 Ob 50/99f⁷⁶² sind allerdings auch sie der Ansicht, dass Schadenersatzansprüche, die auf allgemeine Gläubigerschutzbestimmungen gestützt werden, im Adhäsionsverfahren geltend gemacht werden können⁷⁶³.

⁷⁵⁷ OGH 19.11.1998, 2 Ob 268/98w.

⁷⁵⁸ VwGH 12.12.2000, 98/08/0191.

⁷⁵⁹ *Resch*, JBl 1996, 218 (221).

⁷⁶⁰ *Ibid.*

⁷⁶¹ *Kirchbacher/Presslauer*, WK-StGB² § 153c, Rz 33 ff.

⁷⁶² OGH 27.04.1999, 1 Ob 50/99f.

⁷⁶³ *Kirchbacher/Presslauer*, WK-StGB² § 153c, Rz 35.

d) Privatrechtliche Ansprüche des Fiskus wegen Abgabenrückständen im Strafverfahren

Seit die sozialversicherungsrechtliche Vertreterhaftung mit jener des Abgabenrechts im Rahmen des SozialrechtsänderungsG 2010 weitestgehend harmonisiert wurde, bietet sich für weitere Überlegungen ein Blick auf die Durchsetzung privatrechtlicher Ansprüche des Fiskus im gerichtlichen Strafverfahren an.

da) Die Privatbeteiligung des § 200 FinStrG

§ 200 FinStrG normiert, dass der Finanzstrafbehörde in dem nicht von ihr geführten Ermittlungsverfahren sowie im Haupt- und Rechtsmittelverfahren kraft Gesetzes die Stellung eines Privatbeteiligten zukommt. Inhaltlich handelt es sich jedoch keineswegs um eine Privatbeteiligung iSd § 67 StPO. Die Rspr versteht den Ausdruck „kraft Gesetzes“ dahingehend, dass es der in der StPO normierten Voraussetzungen einer Privatbeteiligung nicht bedürfe⁷⁶⁴. Ziel der ex-lege Privatbeteiligung sei vielmehr, der Finanzstrafbehörde eine qualifizierte Stellung gegenüber sonstigen Privatbeteiligten einzuräumen, weil diese gewissermaßen die Rolle eines „Finanzprokurators“ ausübe. Auch in den Materialien⁷⁶⁵ zur Urfassung der Regelung ist davon die Rede, dass damit der Eigenschaft der Finanzstrafbehörde als Vertreterin wichtiger staatlicher Interessen Rechnung getragen werden soll. Im Ergebnis kommt der Finanzstrafbehörde zwar eine ganze Reihe prozessualer Rechte zu, die über die „normalen“ Privatbeteiligtenrechte hinausreichen und in etwa jenen des Staatsanwalts entsprechen⁷⁶⁶, jedoch ist ein Privatbeteiligungszuspruch zugunsten des Fiskus von vornherein ausgeschlossen. Dies ist auch im Schrifttum anerkannt, weil die Ansprüche des Staats auf Abgaben öffentlich-rechtlicher Art sind und die Exekutionstitel für die Hereinbringung der Abgaben und die Exekutionstitel zur Hereinbringung der Abgaben von den Abgabenbehörden selbst geschaffen werden.⁷⁶⁷

Die Rspr betonte in Finanzstrafverfahren wiederholt, dass verkürzte Abgaben stets als Geldleistungen hoheitsrechtlicher Natur anzusehen sind, deren Festsetzung und Durchsetzung nicht im gerichtlichen Finanzstrafverfahren stattzufinden hat⁷⁶⁸. In 13 Os 152/08i⁷⁶⁹ wurde nochmals bekräftigt, dass eine Verweisung der Abgabenforderungen eines Finanzamtes auf den Zivilrechtsweg schon deshalb verfehlt wäre, weil aufgrund des öffentlich-rechtlichen Charakters der Forderung der Rechtsweg – als allgemeine Prozessvoraussetzung – unzulässig sei. Die Privatbeteiligtenstellung bleibt allerdings auch aufrecht, wenn die Abgaben-

⁷⁶⁴ OGH 16.02.1962, 9 Os 22/62; OGH 26.05.1988, 12 Os 50/88.

⁷⁶⁵ EBRV 295 BlgNR VIII.GP 83.

⁷⁶⁶ Seiler/Seiler, FinStrG³ § 200 Rz 9.

⁷⁶⁷ Im Detail dazu Dorazil/Harbach, FinStrG § 200, 33. Lfg, Rz 6; Fellner, FinStrG⁶ § 200 Rz 1b.

⁷⁶⁸ OGH 13.11.1975, 13 Os 128/75; OGH 09.11.1978, 13 Os 59/78; OGH 26.05.1988, 12 Os 50/88; OGH 19.02.2009, 13 Os 152/08i.

⁷⁶⁹ OGH 19.02.2009, 13 Os 152/08i.

schuld durch Abschreibung bereits erloschen ist⁷⁷⁰. Daraus ergibt sich, dass Sinn und Zweck der Privatbeteiligung gem § 200 Abs 1 FinStrG gerade nicht in der möglichst raschen und einfachen Erlangung eines zivilrechtlichen Exekutionstitels zugunsten des Abgabengläubigers liegen können.

Eine ähnliche Regelung besteht im Rahmen des BörseG für das strafprozessuale Insiderverfahren⁷⁷¹. Gem § 48k BörseG kommt der Finanzmarktaufsicht im Ermittlungsverfahren, in dem sie nicht mit Ermittlungen beauftragt wurde, sowie im Haupt- und im Rechtsmittelverfahren wegen Missbrauchs einer Insider-Information die Stellung eines Privatbeteiligten zu. Lt den Materialien wurde die Bestimmung im Wesentlichen § 200 FinStrG nachempfunden, wodurch eine Zuerkennung privatrechtlicher Ansprüche an die Republik Österreich oder die FMA nicht in Betracht kommt⁷⁷².

Bei beiden Instituten handelt es sich dabei streng genommen nicht um einen im Rahmen des Strafverfahrens durchgeführten Zivilprozess eigener Art⁷⁷³, der auf den Zuspruch zivilrechtlicher Ansprüche abzielt, sondern um die Einräumung eines Bündels von Verfahrensrechten, das jedoch keinen materiellen Schadenersatzanspruch zu legitimieren vermag. Damit entspricht dies aber vielmehr der im Verwaltungsrecht oftmals anzutreffenden Legal- oder Formalpartei, der Parteirechte zuerkannt werden, um die objektive Rechtmäßigkeit der Entscheidung zu sichern⁷⁷⁴. Im Kern geht es also um die Wahrnehmung öffentlicher Interessen im Strafverfahren, insbes wenn die Strafverfolgung die Aufklärung einer Schädigung in hoheitlichen Rechten zum Ziel hat. Auch wenn diese Interessenslage als Fundament der ex-lege Privatbeteiligung der FMA im Insiderstrafrecht nicht ganz unberechtigten Zweifeln ausgesetzt ist⁷⁷⁵, so materialisiert sich diese zweifelsohne im Rahmen des § 200 FinStrG als öffentliches Interesse an der Abgabeneinbringung und Bekämpfung von Abgabenhinterziehung.

db) Privatrechtliche Durchsetzung von Abgabenrückständen

Während in Lehre und Jud einhellig die Adhäsionsfähigkeit von Abgabenrückständen in Finanzstrafverfahren verneint wird, bleibt die Frage, ob sich Abgabenerforderungen eventuell auf Basis anderer Anspruchsgrundlagen im ordentlichen Rechtsweg durchsetzen lassen. Zu denken wäre dabei wiederum primär an die Verletzung von allgemeinen Gläubigerschutzbestimmungen. Der VwGH hat eine zivilrechtliche Schadenersatzpflicht eines Geschäftsführers wegen Konkursverschleppung auf Basis des § 69 Abs 3 KO⁷⁷⁶ bereits ausdrücklich anerkannt⁷⁷⁷. In

⁷⁷⁰ OGH 03.12.2002, 14 Os 66/02.

⁷⁷¹ Raschauer, ÖBA 2005, 379 (386).

⁷⁷² EBRV 546 BlgNR XXII.GP 6.

⁷⁷³ Spenling, WK-StPO, Vor §§ 366–379 Rz 7.

⁷⁷⁴ Grundlegend zur Legalpartei Thienel/Schulev-Steindl, *Verwaltungsverfahrenrecht*⁵, 96.

⁷⁷⁵ Raschauer, ÖBA 2005, 379 (386).

⁷⁷⁶ Heute: § 69 Abs 3 IO.

⁷⁷⁷ VwGH 19.06.1985, 84/17/0224.

einem anderen Erkenntnis⁷⁷⁸ ließ er zumindest anklingen, dass bei Verwirklichung von § 159 aF StGB eine zivilrechtliche Inanspruchnahme des Geschäftsführers durch den Fiskus denkbar wäre. Beide Erkenntnisse betrafen hingegen Sachverhalte, in denen eine öffentlich-rechtliche Haftung gem §§ 9, 80 BAO mangels Verletzung abgabenrechtlicher Pflichten nicht in Betracht kam. Nach *Resch*⁷⁷⁹ bejaht auch der überwiegende Teil der Lehre, dass dem Fiskus bei Verletzung von dem allgemeinen Gläubigerschutz dienenden Bestimmungen wie § 69 KO⁷⁸⁰ oder § 159 StGB der ordentliche Rechtsweg gegen den Geschäftsführer offen steht, insoweit die Haftung gem § 9 BAO mangels Verletzung von abgabenrechtlichen Pflichten nicht greift. Neben § 9 BAO soll allerdings kein Raum für einen Anspruch aus § 1311 ABGB iVm § 69 KO bzw IO oder § 159 aF StGB bleiben⁷⁸¹.

4. Zwischenergebnis

Aus der strafrechtlichen Rspr des OLG Wien zu § 153d StGB lässt sich ablesen, dass ein Anspruch immer dann als öffentlich-rechtlich und folglich als nicht adhäsionsfähig einzustufen ist, wenn der GKK auch die haftungsmäßige Inanspruchnahme des Geschäftsführers im Verwaltungswege offen stünde. Da die §§ 153c, d StGB unbestritten spezifisch beitragsrechtliche Pflichten des Geschäftsführers normieren, besteht für die GKK grundsätzlich die Möglichkeit einen Haftungsbescheid auszustellen. Sollte sich die Pflichtverletzung jedoch ausschließlich auf die Verletzung allgemeiner Gläubigerschutzpflichten stützen, wäre mangels Haftung gem § 67 Abs 10 ASVG auch eine zivilrechtliche Haftung des Geschäftsführers denkbar. Auch der VwGH scheint eine zivilrechtliche Inanspruchnahme nur dann für möglich zu halten, wenn der Geschäftsführer mangels Verletzung von beitragsrechtlichen Pflichten nicht bescheidmäßig haftbar gemacht werden kann.

Dies steht jedoch im Widerspruch zur Rspr zivilrechtlicher Senate des OGH, die privatrechtliche Ansprüche einer GKK auf Basis von allgemeinen Gläubigerschutzbestimmungen (§ 159 StGB) auch dann als zulässig erachten, wenn im zugrunde liegenden Sachverhalt eine bescheidmäßige Inanspruchnahme möglich wäre.

Im Schrifttum lässt sich keine einhellige Ansicht finden: Während *Resch* sich vehement gegen eine private Beitragshaftung parallel zu § 67 Abs 10 ASVG ausspricht, halten *Kirchbacher/Presslauer* eine solche bei Verletzung von allgemeinen Gläubigerschutzpflichten für grundsätzlich denkbar. Bei der vergleichbaren Konstellation der Haftung des Geschäftsführers für Abgabenschulden scheint ein überwiegender Teil der Lehre die zivilrechtliche Haftung nur dann zu bejahen,

⁷⁷⁸ VwGH 18.12.1981, 81/15/0108.

⁷⁷⁹ *Resch*, JBl 1996, 218 (221).

⁷⁸⁰ Heute: § 69 IO.

⁷⁸¹ *Honsell*, GesRZ 1984, 134 (145); vgl auch *Ritz*, BAO⁴ § 9 Rz 16; *Stoll*, BAO 120; *Kozak*, ÖStZ 1991, 75.

wenn die abgabenrechtliche Haftung mangels Pflichtverletzung nicht zur Anwendung gelangen würde.

5. Ex-Lege Privatbeteiligung der GKK im Strafverfahren wegen Sozialbetrugs?

Angesichts der zahlreichen Unschärfen forderte *Derntl*⁷⁸² bereits 2008 eine gesetzliche Verankerung der Privatbeteiligtenstellung der GKK nach Vorbild des § 200 FinStrG. Damit solle eine Situation vermieden werden, in der Strafgerichte von einem Privatbeteiligtenzuspruch wegen Vorliegens einer öffentlich-rechtlichen Forderung Abstand nähmen und der VwGH im folgenden Haftungsverfahren den Zivilrechtsweg für korrekt halten würde⁷⁸³. Dabei verkennt er allerdings das Wesen des § 200 FinStrG, aus dem – wie bereits ausgeführt – für die Durchsetzung privatrechtlicher Ansprüche der GKK im Sozialbetrugsstrafverfahren wohl nichts zu gewinnen ist. Dennoch sollte *Derntls* Vorstoß nicht gering geschätzt werden: In einem solidarischen, umlagebasierten Sozialversicherungssystem bestehen gewichtige öffentliche Interessen an der Sicherung der Beitragseinkbringung und Bekämpfung von Szenarien der Beitragshinterziehung, die im österreichischen Strafrecht auch in Form der Sozialbetrugstatbestände pönalisiert und verfolgt werden. Genauso wie die Finanzstrafbehörde als eine Art „Finanzprokurator“ im Finanzstrafverfahren könnte der berechtigte KV-Träger eine Privatbeteiligtenstellung zur Wahrnehmung des öffentlichen Interesses an der Sicherung des Beitragsaufkommens in der Sozialversicherung übernehmen. Durch Einräumung einer dem § 200 FinStrG vergleichbaren Rechtsposition könnten die GKKen die Rolle einer zusätzlichen Triebkraft im Sozialbetrugsverfahren übernehmen, indem sie Akteneinsicht nehmen und Beweisanträge stellen sowie Rechtsmittel gegen richterliche und staatsanwaltschaftliche Entscheidungen erheben können. Andererseits wäre damit auch der Durchsetzung der Beitragsansprüche im Verwaltungswege bzw im ordentlichen Rechtswege gedient, weil die GKK durch die Feststellungen im Strafverfahren vielfach relevante Beweismittel für andere Verfahren erlangen könnte.

6. Fazit

Zumindest seit der im Zuge des SozialrechtsänderungsG 2010 erfolgten Erweiterung der Ausfallhaftung des Geschäftsführers gem § 67 Abs 10 ASVG ist wohl keine Fallkonstellation denkbar, in der sich weder der VwGH noch die ordentlichen Gerichte für einen subsidiären Haftungsanspruch einer GKK zuständig erachten würden⁷⁸⁴. Materiellrechtliche Ansprüche der GKK gegen einen Vertreter sind in wohl allen Fällen auch prozessual durchsetzbar, idR mittels Haftungsbescheides, in Ausnahmefällen auch zivilrechtlich. Bei Vorliegen einer schon im Fäl-

⁷⁸² *Derntl*, SozSi 2008, 439 (449).

⁷⁸³ *Ibid.*

⁷⁸⁴ Vgl das skizzierte Szenario von *Derntl*, SozSi 2008, 439 (449).

ligkeitszeitpunkt der Beiträge völlig struktur- und mittellosen GmbH könnte sich aus der Verletzung des § 153d StGB eine haftungsbegründende Pflichtverletzung des Geschäftsführers in Fällen ergeben, in denen eine Verletzung der Gleichbehandlungspflicht mangels Liquidität nicht denkbar wäre.

Im Hinblick auf die privatrechtlichen Ansprüche einer GKK lassen sich Abweichungen in der Rspr der straf- von jener der zivilrechtlichen Senate ausmachen. Gegen Personen, die nicht dem Kreis der Vertreter des § 67 Abs 10 ASVG angehören, besteht – nach beiden Senaten – ein zivilrechtlicher Anspruch wegen Schutznormverletzung und damit ein Teilnahmeanspruch im strafgerichtlichen Anschlussverfahren.

Die Einführung einer ex-lege Privatbeteiligung für GKKen in Strafverfahren wegen §§ 153c, d StGB kann die zugrundeliegenden materiellrechtlichen Probleme der Anspruchsgrundlage wohl nicht lösen. Vielfach wird es einer solchen Regelung auch zur Eintreibung von Beitragsforderungen nicht bedürfen, weil diese im Verwaltungsverfahren wohl rascher, einfacher und damit erfolgsversprechender sein wird.

De lege ferenda könnte dennoch über eine dem § 200 FinStrG oder § 48k BörseG vergleichbare Privatbeteiligung der GKKen nachgedacht werden. Zur Sicherung der legitimen öffentlichen Interessen an der Beitragseinbringung und Hintanhaltung von Beitragshinterziehungen könnte dem berechtigten Versicherungsträger durch Einräumung zentraler Verfahrensrechte – unabhängig vom Bestehen zivilrechtlicher Ansprüche – die Möglichkeit gegeben werden, aktiv auf das Verfahren einzuwirken. Zuvor wäre jedoch sachgerechterweise die Durchführung einer näheren quantitativen Untersuchung, insbes im Hinblick auf Ausfallhöhe und Relevanz der strafrechtlichen Ermittlungsergebnisse für ein anschließendes oder paralleles öffentlich-rechtliches Haftungsverfahren angezeigt.

Darüber hinaus wäre zu berücksichtigen, dass den Abgabenbehörden bereits jetzt durch das SozBeG beachtliche Kompetenzen im Bereich der Sozialbetrugsbekämpfung zukommen, in den anschließenden Strafverfahren jedoch üblicherweise keine Privatbeteiligtenstellung besteht. Nur in Ausnahmefällen, wenn nämlich das Strafverfahren wegen der Sozialbetrugstatbestände gemeinsam mit einem Finanzstrafverfahren geführt wird, verfügt der Fiskus über die Verfahrensrechte des § 200 FinStrG. Eingedenk der jüngsten Entwicklungen, die den Abgabenbehörden – von der Einführung der GPLA bis zum Art III SozBeG – eine nicht unbeachtliche Rolle im Gesamtgefüge der Beitragsprüfung sowie Strafverfolgung von Beitragshinterziehungen einräumt, wäre abzuwägen, ob entweder beiden – GKKen und Finanz – oder nur der Abgaben- bzw Finanzstrafbehörde oder nur den GKKen Verfahrensrechte iSe Privatbeteiligtenstellung entsprechend dem Vorbild des § 200 FinStrG im Sozialbetrugsverfahren zugestanden werden sollten. Eine solche Weichenstellung kann sinnvoller- und sachgerechterweise aber nur in Zusammenhang mit der politischen Entscheidung darüber getroffen wer-

den, wer künftig welche Rolle im Kampf gegen Sozialbetrug spielen soll und wem damit welche rechtlichen Kompetenzen bei der Prävention, Verfolgung und Bekämpfung dieser Missbräuche überhaupt zukommen sollen.

D) Deutsche Tatbestände zur Bekämpfung von Schwarzarbeit und illegaler Beschäftigung

Das deutsche Recht kennt zahlreiche kriminalstrafrechtliche Tatbestände zur Bekämpfung von Schwarzarbeit und illegaler Beschäftigung, die sich zT im dStGB⁷⁸⁵, im SchwarzArbG⁷⁸⁶, im AufenthG⁷⁸⁷ oder im dAÜG⁷⁸⁸ bzw in der AO⁷⁸⁹ finden. Im Folgenden wird nur auf die für das Forschungsprojekt besonders relevanten Tatbestände des Beitragsstrafrechts zur Pönalisierung von Beitragshinterziehungen infolge des Verstoßes gegen SV-rechtliche Meldebestimmungen (iSd § 1 Abs 2 Z 1 SchwarzArbG) eingegangen.

1. Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt gem § 266a dStGB

§ 266a dStGB enthält drei verschiedene Tatbestände: Nach Abs 1 ist strafbar, wer als AG AN-Beiträge zur SV dem berechtigten SV-Träger vorenthält. Damit lässt sich der Tatbestand des Abs 1 mit der österreichischen Strafvorschrift des § 153c Abs 1 StGB vergleichen, wobei jedoch auf einige bedeutende Unterschiede hinzuweisen ist: Die Strafbarkeit nach der deutschen Bestimmung besteht unabhängig davon, ob die Lohnzahlung gekürzt erfolgt oder gar unterbleibt⁷⁹⁰, während die hA in Österreich die Zahlung von Löhnen ebenso wie das Vorhandensein von die Netto-Löhne übersteigenden Mitteln erfordert⁷⁹¹. Der deutsche Tatbestand ist daher auch jedenfalls in Fällen vereinbarter Schwarzarbeit erfüllt, bei denen Löhne typischerweise in bar ohne Einbehaltung von DN-Anteilen „brutto für netto“ ausbezahlt werden⁷⁹².

Zudem unterscheidet sich die österreichische Regelung von der deutschen durch einen in der Systematik des Vermögensstrafrechts einzigartigen Strafaufhebungsgrund, der dem Täter in Österreich bis zum Schluss der Verhandlung die Möglichkeit der tätigen Reue und damit Strafflosigkeit eröffnet⁷⁹³. § 266a Abs 6 dStGB sieht demgegenüber ein Absehen von Strafbarkeit nur dann vor, wenn der Täter spätestens im Zeitpunkt der Fälligkeit oder unverzüglich danach dem SV-Träger die Höhe der vorenthaltenen Beiträge mitteilt und darlegt, warum ihm die

⁷⁸⁵ §§ 263, 266a dStGB.

⁷⁸⁶ §§ 9, 10, 11 SchwarzArbG.

⁷⁸⁷ §§ 95, 96 AufenthG.

⁷⁸⁸ §§ 15, 15a dAÜG.

⁷⁸⁹ § 370 AO.

⁷⁹⁰ Perron in Schönke/Schröder, StGB²⁸ § 266a, Rz 9.

⁷⁹¹ Kirchbacher/Presslauer, WK-StGB² § 153c, Rz 18 f mwN.

⁷⁹² BT-Drucks 10/5058, 31; Tag, NK-StGB² § 266a, Rz 57 ff.

⁷⁹³ Kirchbacher/Presslauer, WK-StGB² § 153c, Rz 24 ff; krit schon zur Vorgängerbestimmung Wach, RZ 1991, 85.

fristgerechte Zahlung nicht möglich ist, obwohl er sich ernsthaft darum bemüht hat. Wenn die Beiträge in weiterer Folge innerhalb der durch den SV-Träger gewährten Frist auch tatsächlich entrichtet werden, ist die Tat nicht zu bestrafen.

§ 266a Abs 2 dStGB pönalisiert die Hinterziehung von AG-Beiträgen, wenn der AG über SV-rechtlich erhebliche Tatsachen unrichtige oder unvollständige Angaben macht oder den SV-Träger pflichtwidrig über SV-rechtlich erhebliche Tatsachen in Unkenntnis lässt. Als SV-rechtlich erhebliche Tatsachen gelten dabei alle jene Umstände, von denen das Bestehen der Beitragspflicht abhängig ist⁷⁹⁴. Während also das Vorenthalten der AN-Beiträge in aller Regel strafbar ist, bedarf das Vorenthalten von AG-Beiträgen zusätzlich eines täuschungsähnlichen Verhaltens, wie bspw die Übermittlung von unrichtigen Beitragsnachweisungen oder einer Pflichtverletzung, wie das Unterlassen der Anmeldung von DN⁷⁹⁵.

§ 266a Abs 4 dStGB sieht eine Freiheitsstrafe von bis zu 10 Jahren für besonders schwere Fälle der Delikte nach Abs 1 und Abs 2 vor. Als besonders schwerer Fall gilt das Vorenthalten von Beiträgen aus grobem Eigennutz und in großem Ausmaß (Z 1), die fortgesetzte Tatbegehung unter Verwendung nachgemachter oder falscher Belege (Z 2) oder unter Mithilfe eines Amtsträgers, der seine Befugnis oder Stellung missbraucht (Z 3).

2. Anwendung des Betrugstatbestands gem § 263 dStGB

Im deutschen Recht wurde lange Zeit der Betrugstatbestand in unterschiedlichen Fällen der Schwarzarbeit als anwendbar erachtet. Unterblieb die Anmeldung der DN, wurde eine Betrugsstrafbarkeit von der Rspr und Teilen der Lehre⁷⁹⁶ jedoch überwiegend verneint, weil die bloße Nichterfüllung der Meldepflicht noch keinen Irrtum auf Seiten des jeweiligen KV-Trägers begründet.

Klar bejaht wird hingegen die Betrugsstrafbarkeit, wenn der AG durch aktives Tun täuscht, wie bspw durch falsche Angaben in Bezug auf die gemeldeten DN oder die Zahl der in seinem Betrieb beschäftigten AN. Die Vermögensverfügung wird allgemein in der unterbliebenen Geltendmachung von Forderungen gesehen⁷⁹⁷, der Vermögensschaden besteht in den nicht erhaltenen Beiträgen, sofern die Geltendmachung Aussicht auf Erfolg gehabt hätte. Als der Tatbestand des § 266a dStGB noch ausschließlich AN-Beiträge erfasste (und damit dem österreichischen § 153c StGB vergleichbar war) und die AG-Beiträge somit nur durch den Betrugstatbestand erfasst werden konnten, verdrängte nach hA der Beitragsbetrug gem § 263 dStGB den Tatbestand des § 266a dStGB⁷⁹⁸. Durch die Ausdehnung des § 266a dStGB auf AG-Beiträge in dessen Abs 2 sowie auf beson-

⁷⁹⁴ Perron in Schönke/Schröder, StGB²⁸ § 266a, Rz 11c.

⁷⁹⁵ Boxleitner in Wabnitz/Janovsky, Wirtschaftsstrafrecht³, 17. Kap Rz 48.

⁷⁹⁶ BGH 17.12.1991, 5 StR 361/91; Brenner, Bekämpfung 171 mwN; aA Heitmann in Müller-Gugenberger/Bieneck, Wirtschaftsstrafrecht⁴ § 36 Rz 59.

⁷⁹⁷ Schäfer, wistra 1982, 96 (97); Brenner, Bekämpfung 171 mwN.

⁷⁹⁸ BGH 12.02.2003, 5 StR 165/02 NJW 2003, 1821; Heitmann in Müller-Gugenberger/Bieneck, Wirtschaftsstrafrecht⁴ § 36 Rz 52.

ders gravierende Fälle in Abs 4 wird allerdings nunmehr einhellig vertreten, dass die Anwendung des § 266a Abs 1 und Abs 2 dStGB die Strafbarkeit gem § 263 dStGB verdrängen solle⁷⁹⁹.

3. Vergleich mit den österreichischen Tatbeständen des Beitragsstrafrechts

Im Vergleich zum österreichischen § 153c StGB ist die Hinterziehung von DN-Beiträgen zur SV unabhängig von der Auszahlung von Löhnen strafbar. Im Unterschied zu § 153d StGB knüpft die Pönalisierung der Verkürzung von DG-Beiträgen nicht an eine Anmeldung zur SV an, sondern an ein Vorenthalten infolge täuschungsähnlicher Handlungen oder pflichtwidriger Unterlassungen (wie zB Meldeverstöße). Kommt es zu keiner Anmeldung zur SV, bleibt in Österreich oft nur der Rückgriff auf § 153c StGB, der allerdings nur die DN-Beiträge erfasst, bzw – unter bestimmten Voraussetzungen – auf den Betrugstatbestand gem § 146 StGB, dessen Anwendung allerdings im Bereich der Beitragshinterziehung auf zahlreiche Schwierigkeiten stößt⁸⁰⁰. Für besonders gravierende Fälle ermöglicht § 266a dStGB zudem einen Strafraum von bis zu 10 Jahren Freiheitsstrafe. Die Qualifikation des § 153d StGB, die den erhöhten Strafraum freilich ausschließlich an einen wertmäßigen Schadensbetrag knüpft und daher § 266a Abs 6 dStGB nicht unmittelbar vergleichbar ist, beschränkt sich auf maximal fünf Jahre Freiheitsstrafe.

VIII. Zusammenfassung und Empfehlungen zum Kriminalstrafrecht

A) Wichtigste strafrechtliche Betrachtungen zu Scheinfirmen im Überblick

1. Scheinmeldungen⁸⁰¹

a) Strafbarkeit im Anmeldezeitpunkt

- **Händische Anmeldung:** Die Vorspiegelung eines Beschäftigungsverhältnisses bei der Anmeldung zum Schein veranlasst den Versicherungsträger zur Einbeziehung des Scheingemeldeten in die SV. Bei „händischen Anmeldungen“ wird typischerweise ein Mensch getäuscht, weshalb Betrug nach §§ 146 ff StGB als Strafnorm in Frage kommt. Allerdings scheidet die Strafbarkeit wegen eines vollendeten Delikts im Zeitpunkt der Scheinmeldung am Erfordernis einer selbstschädigenden Vermögensdisposition des Versicherungsträgers: Weder das Versicherthalten an sich noch der Erwerb von Anwart-

⁷⁹⁹ Perron in Schönke/Schröder, StGB²⁸ § 266a, Rz 28; BT-Drucks 15/2573, 28.

⁸⁰⁰ Dazu schon oben S 166 ff.

⁸⁰¹ Dazu im Detail S 140 ff.

schaftsrechten in der PV oder AlV kann als effektive Vermögensschädigung bewertet werden. Nur wenn man in der Scheinmeldung die wesentliche Täuschung sieht, könnte man zumindest zur Strafbarkeit wegen Versuchs kommen. Vollendet würde das Delikt diesfalls bei Inanspruchnahme einer konkreten Versicherungsleistung.

- **Anmeldung via DFÜ:** Für Scheinanmeldungen via DFÜ kommt typischerweise eine Betrugsstrafbarkeit mangels Täuschung eines Menschen nicht in Betracht. In diesen Fällen wäre allerdings eine Strafbarkeit wegen § 148a StGB denkbar. Doch steht man auch hier vor dem Problem des fehlenden Vermögensschadens im Anmeldezeitpunkt. Betrachtet man die Dateneingabe als wesentliche Täterhandlung, so läge immerhin ein versuchter betrügerischer Datenverarbeitungsmissbrauch nach §§ 15, 148a StGB vor.
- Strafbar machen sich bei diesem Ansatz sowohl der zum Schein Meldende wie auch der zum Schein Gemeldete, der später Leistungen in Anspruch nimmt.

b) Anmeldung als straflose Vorbereitung / strafbare Inanspruchnahme der Leistung

- Folgt man dem Ansatz, dass die Anmeldung das wesentliche Täterhandeln ist, nicht, so tritt auch die Strafbarkeit wegen Versuchs erst später ein, nämlich erst iZm der konkreten Leistungserbringung durch die Versicherung. Ob in diesen Fällen von Betrug, betrügerischem Datenverarbeitungsmissbrauch oder von Untreue auszugehen ist, hängt einerseits davon ab, ob der zum Schein Gemeldete gegenüber Menschen (Betrug, §§ 146 ff StGB) oder gegenüber EDV-Einrichtungen ohne menschliche Interaktion (betrügerischer Datenverarbeitungsmissbrauch, § 148a StGB) agiert. Zum anderen ist auch danach zu differenzieren, ob der zum Schein Gemeldete unmittelbar Leistungen der Versicherung als solcher erschleicht (§§ 146, 148a StGB) oder ob er die ihm eingeräumte Dispositionsbefugnis insofern nutzt, als er Leistungen bei Dritten konsumiert, denen gegenüber die Versicherung jedenfalls zum Kostenersatz verpflichtet ist (Untreue, § 153 StGB).
- Strafbar machen sich auch bei diesem Ansatz sowohl derjenige, der die Leistung konsumiert, als auch derjenige, der die Scheinmeldung durchgeführt hat und so den späteren Missbrauch ermöglicht hat.

2. Tatsächlich beschäftigte DN⁸⁰²

a) Betrügerisches Vorenthalten von Beiträgen (§ 153d StGB)

- § 153d StGB konnte sich bisher nicht als wirksames Instrumentarium der strafgerichtlichen Sozialbetrugsbekämpfung etablieren. Die Gründe dafür liegen überwiegend in der praktischen Handhabung des Tatbilds. Problematisch

⁸⁰² Dazu im Detail S 157 ff.

sind dabei üblicherweise die Ermittlung des faktischen DG, die Differenzierung zwischen tatsächlich Beschäftigten und zum Schein Gemeldeten sowie die auf die im Strafverfahren beweisbaren Anmeldungen maßgeschneiderten Rückstandsberechnungen.

b) Strafbarkeit wegen Betrugs (§§ 146 ff StGB)

- **Anmeldung beim richtigen DG:** Selbst wenn man der Anmeldung den Charakter einer Täuschung zuerkennen würde, wäre die Anmeldung nach § 33 ASVG nach hM nicht kausal für die Einbeziehung der DN in den Versicherungsschutz, weil die Meldung bloß deklarativen Charakter hat. Betrug muss daher ebenso ausscheiden wie Betrügerischer Datenverarbeitungsmissbrauch.

Ginge man von einer Pflicht zur Aufklärung über die Zahlungsunfähigkeit aus, so scheidet ein Betrug durch aktives Tun wegen der Erstattung einer unvollständigen Meldung aufgrund der derzeitigen Meldeabwicklung wohl dennoch aus. Auszugehen wäre von einer eigenständigen Verletzung der Meldepflicht, die nur zu einer Strafbarkeit wegen eines Unterlassungsdelikt führen könnte. Eine Strafbarkeit wegen Betrugs durch Unterlassen der Aufklärung über die Zahlungsunfähigkeit wäre wegen des Erfordernisses der Quasi-kausalität aber selbst bei Bejahung einer Aufklärungspflicht praktisch schwierig durchzusetzen, weil es idR unwahrscheinlich ist, dass die Aufklärung über die Zahlungsunfähigkeit mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zum Ausbleiben des Vermögensschadens in seiner konkreten Gestalt geführt hätte.

Hinweis: Wollte man DG künftig strafrechtlich für die Nichtaufklärung über die bestehende Zahlungsunfähigkeit im Rahmen des Betrugs oder Betrügerischen Datenverarbeitungsmissbrauchs in die Pflicht nehmen, so müsste wohl zunächst eine eindeutige Aufklärungspflicht im Sozialversicherungsrecht statuiert werden. Weiters sollte diese Information nach den gesetzlichen Vorgaben schon in einer gemeinsamen Meldung mit der Anmeldung neuer DN erfolgen müssen und faktisch auch erfolgen können. Bei einer einzigen umfassenden Meldung im Anmeldezeitpunkt, die dann uU falsch bzw unvollständig abgegeben würde, läge nach hM aktives Tun vor, weil der Täter eine einheitliche Handlung (die unvollständige bzw falsche Meldung) setzt, die sowohl ein Tun (Meldung) wie auch ein Unterlassen (Nichtmeldung der Zahlungsunfähigkeit) als zeitlich zusammenfallende Elemente erfasst. Diesfalls geht nach dem Grundsatz des Primats des Tuns das aktive Element vor, was wiederum den praktischen wie dogmatischen Nachweis des Kausalzusammenhangs zwischen Falschmeldung und Schadenseintritt erleichtern würde.

- **Anmeldung beim falschen DG:** Die vorsätzliche Täuschung über den wahren DG, die dazu führt, dass der SV-Träger von der Einhebung der Beiträ-

ge bei diesem DG Abstand nimmt, kann zu einer Strafbarkeit wegen Betrugs (bei voll automatisierter Vorgehensweise wegen Betrügerischen Datenverarbeitungsmissbrauchs) führen. Voraussetzung dafür ist allerdings ua, dass die Falschmeldung das Risiko des Eintritts des Vermögensschadens beim SV-Träger zweifelsfrei erhöht hat.

- **Übermittlung falscher BN:** Die vorsätzliche Täuschung in Form der falschen BN, die dazu führt, dass der SV-Träger von der Einhebung der richtigerweise geschuldeten Beiträge Abstand nimmt, kann zu einer Strafbarkeit wegen Betrugs (bei voll automatisierter Vorgehensweise wegen Betrügerischen Datenverarbeitungsmissbrauchs) führen. Voraussetzung dafür ist allerdings ua, dass die Falschmeldung das Risiko des Eintritts des Vermögensschadens beim SV-Träger zweifelsfrei erhöht hat.

B) Reichweite des § 153e StGB⁸⁰³

- Durch die Formulierung der Beschäftigung „ohne die *erforderliche* Anmeldung“ bzw. Beauftragung „ohne die *erforderliche* Gewerbeberechtigung“ ist der Tatbestand geeignet, einen erheblich weiteren Anwendungsbereich als die bloße umgangssprachliche „Schwarzarbeit“ ohne Anmeldung oder Gewerbeberechtigung zu erfassen. Dadurch könnten neben der „klassischen“ Schwarzarbeit auch Umgehungsphänomene wie Scheinselbständigkeit, Scheinentsendungen und Scheingeringfügigkeit unter § 153e StGB subsumiert werden, die ansonsten – von einer allfälligen Strafbarkeit nach FinStrG abgesehen – nicht von einer gerichtlichen Strafbarkeit erfasst würden.
- Auch wenn durchaus fraglich ist, ob ein solcher Anwendungsbereich intendiert war, ist insbes. durch das Tatbestandsmerkmal der Gewerbsmäßigkeit wohl hinreichend gewährleistet, dass sich dieser nur auf Umgehungsstrukturen bezieht, deren Handlungswert der „klassischen“ organisierten Schwarzarbeit ebenbürtig ist.

C) Sozialbetrug und Betrügerische Krida⁸⁰⁴

- Die Unterstellung sozialbetrügerischer Sachverhalte unter § 153d und § 156 StGB ist – beurteilt anhand der bislang von der Jud auf ähnliche Fragen angewandten Prinzipien – infolge der wesensmäßigen Unterschiede in der Qualität der tatbildlichen Schädigung unbedenklich und zur Erfassung des verwirklichten Unrechtsgehalts wohl auch erforderlich.

⁸⁰³ Dazu im Detail S 181 ff.

⁸⁰⁴ Dazu im Detail S 193 ff.

D) Kriminalstrafrechtliche Verantwortung auftraggebender Unternehmen⁸⁰⁵

- Nach der rechtlichen Konzeption wäre das VbVG auch auf die gängigen Sachverhalte im Zusammenhang mit der Verwendung von Scheinfirmen in Subvergabe-Pyramiden anwendbar. Praktische Schwierigkeiten könnten sich vor allem in Bezug auf den Nachweis des Vorsatzes bei den Entscheidungsträgern auf höherer Ebene der Vergabepyramide ergeben.

E) Anwendung des Untreuetatbestands bei sozialbetrügerischen Einpersonengesellschaften⁸⁰⁶

- Nach der Rspr scheidet die Strafbarkeit des im FB eingetragenen Geschäftsführers und Alleingeschafters an der Tatsache, dass der Geschäftsführer einer Einpersonengesellschaft nicht das Vermögen eines anderen zu schädigen vermag. Doch auch wenn man entgegen der Rspr auf einer klaren Trennung der Vermögenssphären von Gesellschaft und Gesellschafter-Geschäftsführer beharrt, scheidet eine Strafbarkeit gem § 153 StGB, weil der Strohmännchen gleichzeitig das alleinige Willensbildungsorgan der Gesellschaft repräsentiert und damit auch regelmäßig eine tatbestandsausschließende Einwilligung der Gesellschaft vorliegt. Auch der Verstoß gegen zwingende Kapitalerhaltungsvorschriften vermag eine Strafbarkeit nach § 153 StGB nicht zu begründen, weil Gläubigerschutzaspekte im System des österreichischen Strafrechts nicht durch die Untreue, sondern vielmehr durch die Kridatbestände strafrechtlich abgesichert werden sollen.
- Eine Strafbarkeit des faktischen Geschäftsführers als unmittelbarer Täter der Untreue ist zumeist mangels rechtlicher Verfügungsmacht ausgeschlossen. Doch selbst wenn es zu einer rechtsgeschäftlichen Vollmachtseinräumung kommt, wird die Strafbarkeit infolge tatbestandsausschließendem Einverständnis des mit der Gesellschaft identen Alleingeschafters-Geschäftsführers nicht in Betracht kommen.

F) Strafrechtliche Fassbarkeit von Scheinentsendungen⁸⁰⁷

1. Strafbarkeit bei aufrechter Entsendebescheinigung gem Art 5 DVO⁸⁰⁸

- Angesichts der im Gemeinschaftsrecht verankerten Bindungswirkung von Entsendebescheinigungen ist auch den Strafgerichten die Überprüfung

⁸⁰⁵ Dazu im Detail S 202 ff.

⁸⁰⁶ Dazu im Detail S 206 ff.

⁸⁰⁷ Dazu im Detail S 209 ff.

⁸⁰⁸ VO 987/2009/EG.

der zugrundeliegenden Tatsachen zur Feststellung der Beitragspflicht entzogen.

- Bis zum Widerruf einer Entsendebescheinigung durch den ausstellenden Träger scheidet eine gerichtliche Strafbarkeit von Beitragshinterziehungen daher aus.

2. Strafbarkeit ohne Entsendebescheinigung bzw bei ge- oder verfälschten Bescheinigungen

- Sofern keine Bescheinigungen ausgestellt wurden oder bloß ge- bzw verfälschte Bescheinigungen vorgelegt werden, kann das Strafgericht hingegen in freier Beweiswürdigung über das Bestehen einer Beitragspflicht in Österreich und die daran anknüpfende Strafbarkeit gem §§ 153c, e StGB entscheiden.
- Bei Falschangaben bzw Vorlage von Falsifikaten könnte die dadurch bewirkte täuschungsbedingte Abstandnahme von der Beitragseinbringung unter bestimmten Voraussetzungen auch unter den Betrugstatbestand subsumiert werden.

3. Strafbarkeit bei Widerruf der Entsendebescheinigung durch den ausländischen Träger

- Die Strafbarkeit von Beitragshinterziehungen nach den Straftatbeständen des StGB ist ab dem Zeitpunkt der Rücknahme der Entsendebescheinigung zu bejahen.
- Gesteht man der Bescheinigung eine umfassend materiell-rechtliche Bindungswirkung zu, schließt diese den Bestand eines Beitragsanspruchs – unabhängig von den tatsächlichen Gegebenheiten – dem Grunde nach aus. Angesichts einer solcherart zugrunde gelegten konstitutiven Wirkung der Bescheinigung würde dann auch eine Strafbarkeit für Zeiträume vor dem Zeitpunkt der Rücknahme ausscheiden.
- Richtigerweise erscheint demgegenüber aber die Einordnung der durch das Gemeinschaftsrecht festgelegten Wirkung der Bescheinigung als prozessuales Verfolgungshindernis wohl als sachgerecht. Die Rücknahme der Bescheinigung kommt einem Wegfall des Verfolgungshindernisses gleich, wodurch eine strafrechtliche Verfolgung auch für die von der Bescheinigung ursprünglich gedeckten Zeiträume denkbar ist. Durch die Regeln des Tatbildirrtums gem § 5 StGB bzw Verbotsirrtums gem § 9 StGB ist auch eine hinreichende Abgrenzung zu jenen Fällen gewährleistet, die angesichts des Vertrauens eines gutgläubigen DG auf die Bescheinigung jedenfalls straflos bleiben sollten.

G) Empfehlungen zum materiellen Kriminalstrafrecht

Die Situation der kriminalstrafrechtlichen Verfolgung, insbes der Erscheinungsformen des organisierten Sozialbetrugs, wird von Seiten aller beteiligten Stakeholder nach wie vor als unbefriedigend und unzulänglich wahrgenommen. Selbst im Rahmen der fokussierten Ermittlungen der TF Merlin war es kaum möglich, die für die strafrechtliche Subsumtion erforderlichen Sachverhalte in dem für eine gerichtliche Verurteilung erforderlichen zweifelsfreien Ausmaß festzustellen. Die Gründe des unbefriedigenden Status quo, in dem die Verdächtigen vielfach bekannt sind, die Taten aber nicht hinreichend beweisbar, lassen sich auf eine Reihe von Ursachen zurückführen, die von punktuell mangelndem Fachwissen, Personalmangel, verbesserungswürdiger Kooperation zwischen den Stakeholdern bis zur Anwendbarkeit der einschlägigen Tatbestände reichen.

Besonders anschaulich lässt sich dies am Beispiel des Sozialbetrugs mittels Scheinfirmen zeigen:

- Die Anwendung der §§ 146 ff StGB ist zwar nicht denkunmöglich, erfordert aber grundlegend eine Differenzierung zwischen tatsächlich beschäftigten DN und bloß zum Schein Gemeldeten und sieht sich in der Anwendung einer Reihe von weiteren Schwierigkeiten gegenüber⁸⁰⁹.
- Die durch das SozBeG 2005 eingeführten Tatbestände scheinen im Bereich der strafrechtlichen Verfolgung bisher nicht den gewünschten Effekt gebracht zu haben. Insbes der speziell für die Scheinfirmenproblematik geschaffene § 153d StGB erweist sich meist als kaum anwendbar, weil er ebenfalls eine Differenzierung zwischen tatsächlich Beschäftigten und zum Schein Gemeldeten sowie die Ermittlung des faktischen DG und – als Beitragshinterziehungsdelikt – auch spezifische, auf die einem Beschuldigten im Einzelnen zurechenbaren Rückstände angepasste Beitragsberechnungen erfordert.
- Angesichts der Beweisschwierigkeiten im Hinblick auf § 153d StGB stützen sich die Anklagebehörden zusätzlich vielfach auch auf den Tatbestand der betrügerischen Krida gem § 156 StGB. Ein echt konkurrierendes Aufeinandertreffen des Tatbestands mit jenem des § 153d StGB ist uE zwar unbedenklich, jedoch ist das Delikt des § 156 StGB im Hinblick auf Rückstände bei GKK, BUAK und Fiskus nur unter der Prämisse anwendbar, dass die Scheinfirma als tatsächlicher DG und damit Schuldner der offenen Beitrags-, Zuschlags- und Lohnabgabenrückstände anzusehen ist⁸¹⁰.
- Der Tatbestand der Untreue erscheint bei den meist als Einpersonengesellschaften organisierten Scheinfirmen idR ungeeignet zur strafrechtlichen Verfolgung des Sozialbetrugs⁸¹¹.

⁸⁰⁹ Dazu im Detail oben S 140 ff und S 166 ff.

⁸¹⁰ Dazu im Detail oben S 193 ff.

⁸¹¹ Dazu im Detail oben S 206 ff.

- Demgegenüber überrascht es, dass der in seiner Formulierung äußerst weite Tatbestand des § 153e StGB von den Strafverfolgungsbehörden bisher kaum Beachtung zu finden scheint⁸¹².
- Ähnliches gilt für das VbVG, das insbes eine Ausdehnung der Strafverfolgung auf die in einer Subvergabepyramide übergeordneten Verbände zuließe, jedoch de facto ebenso wenig zur Anwendung kommt⁸¹³.

Ausgehend von dieser Bestandsaufnahme scheint eine Überarbeitung und weitere Optimierung auch im Bereich des materiellen Strafrechts angezeigt. Zu diesem Zweck wird die Aufnahme von Gesprächen mit dem BMJ und erforderlichenfalls mit dem BMF empfohlen, bei denen folgende grundlegende Aspekte zu berücksichtigen wären:

- **Zur Bekämpfung des organisierten Sozialbetrugs mittels Scheinfirmen:** Trotz der gezeigten rechtlichen und praktischen Probleme bei der Anwendung der Tatbestände des allgemeinen Vermögensstrafrechts (insbes §§ 146 ff, 153, 156 StGB) wäre angesichts der unabsehbaren Gesamtauswirkungen auf das bestehende und insgesamt gut funktionierende System des klassischen Vermögensstrafrechts von tatbestandlichen Anpassungen bei diesen Delikten abzuraten.

Zur besseren Fassbarkeit des Sozialbetrugs mittels Scheinfirmen sollten vielmehr die spezifischen Sozialbetrugsdelikte (§§ 153c ff StGB) einer Überarbeitung zugeführt werden. Anzustreben wäre dabei angesichts der praktischen Beweisschwierigkeiten insbes eine Abkehr von der Anknüpfung an den sozialversicherungsrechtlichen Dienstgeberbegriff zur Definition des Täterkreises. Darüber hinaus erschiene es wohl in Anbetracht der Gefährlichkeit des Handels mit Meldungen und des erheblichen Potentials daran anknüpfender Anschlusskriminalität kriminalpolitisch vertretbar, die Differenzierung zwischen gemeldeten Personen, die tatsächlich einen Pflichtversicherungstatbestand erfüllen und deren Anmeldung der Beitragshinterziehung dient, und bloß zum Schein Gemeldeten, deren Anmeldung zur Erschleichung diverser Sozial- und anderer Leistungen bzw Rechte genutzt wird, in § 153d StGB aufzugeben.

Bei dieser Gelegenheit könnte zudem auch eine umfassende Novellierung des Beitragsstrafrechts in Angriff genommen werden, wobei insbes eine Harmonisierung mit dem FinStrG zu überlegen wäre⁸¹⁴.

⁸¹² Dazu im Detail oben S 181 ff.

⁸¹³ Dabei handelt es sich freilich um kein auf den Bereich der Sozialbetrugsbekämpfung beschränktes Problem, vgl oben S 202 ff.

⁸¹⁴ Durch den Bereich der GPLA besteht bereits seit mehreren Jahren eine Verschränkung von Beitrags- und Lohnabgabenprüfung, die auch in daran anschließenden Strafverfahren sinnvoll erschiene. Eine Staffelung der Beitragshinterziehungen in Verwaltungsstrafdelikte im niederschweligen Bereich sowie gerichtliche Strafen bei gravierenden Hinterziehungsfällen könnte zudem eine Entlastung der Justiz im Bereich der „kleinen“ Beitragshinterziehungen bewirken und damit einer Fokussierung und Bündelung von Ressourcen auf Formen des organisierten Sozialbetrugs dienlich sein. Zudem würde dieser Ansatz auch dem im FinStrG in jüngerer Vergangenheit erkennbaren

- Zur Bekämpfung **anderer Erscheinungsformen des Sozialbetrugs, der Schwarzarbeit, illegaler Erwerbstätigkeit**: Von den besonders schädlichen Fällen des Sozialbetrugs mittels Scheinfirmen abgesehen, existiert mit § 153e StGB eine für die Strafjustiz sinnvoll und flexibel anwendbare Strafnorm, die allerdings nachhaltiger ausgeschöpft werden sollte. Im Fall einer grundlegenden Überarbeitung der Strafnormen im obigen Sinne müsste auch die künftige Rolle des § 153e StGB geklärt werden, insbes inwiefern neben Strafnormen zur Pönalisierung von Beitragshinterziehungen bzw der Hinterziehung von Lohnabgaben (im FinStrG) eine weitere Strafnorm zur Bekämpfung des Sozialbetrugs erforderlich erscheint. Bejahendenfalls wäre zu überlegen, ob die bisherige Definition der illegalen Erwerbstätigkeit iSd § 153e StGB ausreichend ist oder auch andere Pflichtverstöße als Anknüpfungspunkte einer solchen Strafnorm Anwendung finden sollten. Besonders zu beachten wäre zudem, inwiefern niederschwellige Formen von Sozialbetrug, illegaler Erwerbstätigkeit oder Schwarzarbeit einer gerichtliche Pönalisierung bedürfen und wie erforderlichenfalls eine hinreichend klare Eingrenzung der Strafbarkeit gesichert werden kann.
- **Ausschöpfung der Verfolgungsmöglichkeiten nach VbVG**: Die Verfolgungsmöglichkeiten nach dem VbVG sollten im Einzelfall nachhaltiger ausgeschöpft werden.

H) Privatbeteiligung der KV-Träger im Sozialbetrugsverfahren

- Die öffentlich-rechtliche Haftung des Vertreters einer juristischen Person gem § 67 Abs 10 ASVG besteht nur, wenn dieser spezifisch beitragsrechtliche Pflichten verletzt. Durch eine Gesetzesänderung wurde die Reichweite der Haftung nach einer Einschränkung durch den VwGH wieder erweitert, indem nun dem Vertreter alle beitragsrechtlichen Pflichten des Vertretenen auferlegt werden. Damit wird den GKken in Sozialbetrugsfällen grundsätzlich die Möglichkeit offen stehen, rückständige Beiträge beim handelsrechtlichen Geschäftsführer bescheidmäßig geltend zu machen. Bei Vorliegen einer schon im Fälligkeitszeitpunkt der Beiträge völlig struktur- und mittellosen GmbH könnte sich aus der Verletzung des § 153d StGB eine haftungsbegründende Pflichtverletzung des Geschäftsführers in Fällen ergeben, in denen eine Verletzung der Gleichbehandlungspflicht mangels Liquidität nicht denkbar wäre.
- Die Vertreterhaftung eines faktischen Geschäftsführers wurde zwar in einem spezifischen Einzelfall bejaht, jedoch ist wohl angesichts der Rspr zur abgabenrechtlichen Vertreterhaftung und der üblichen Tatmuster in Sozialbe-

Trend zur Entkriminalisierung geringerer Formen der Abgabendelinquenz und verschärften Verfolgung jener Erscheinungsformen, die sich durch ein besonderes Maß an krimineller Energie auszeichnen, folgen.

trugsfällen nicht davon auszugehen, dass auch hier das Höchstgericht eine bescheidmäßige Inanspruchnahme zulassen würde.

- Zur Adhäsionsfähigkeit von Beitragsforderungen im Strafverfahren gegen den Vertreter lassen sich aus Jud und Schrifttum keine eindeutigen Schlüsse ziehen. Soweit ersichtlich ist jedoch zumindest seit der im Zuge des SozialrechtsänderungsG 2010 erfolgten Erweiterung der Ausfallhaftung des Geschäftsführers gem § 67 Abs 10 ASVG wohl keine Fallkonstellation denkbar, in der sich weder der VwGH noch die ordentlichen Gerichte für einen subsidiären Haftungsanspruch einer GKK zuständig erachten würden.
- **Empfehlung: Ex-lege Privatbeteiligtenstellung** zugunsten der GKK oder Finanz in Sozialbetrugsverfahren: Zur Sicherung der legitimen öffentlichen Interessen an der Beitragseinbringung und Hintanhaltung von Beitrags hinterziehungen könnte dem berechtigten Versicherungsträger durch eine derartige Verfahrensstellung die Möglichkeit gegeben werden, aktiv auf das Verfahren einzuwirken. Dabei wäre allerdings vorab die quantitative Relevanz einer solchen Verfahrensstellung ebenso zu klären wie die Frage, ob diese Aufgabe im Gesamtgefüge der institutionellen Sozialbetrugsverfolgung von der GKK, von der Finanz oder von beiden gleichermaßen wahrgenommen werden sollte.

VIERTES KAPITEL - ZUSAMMENFASSUNG

I. Erscheinungsformen des Sozialbetrugs

A) Zum Begriff des Sozialbetrugs⁸¹⁵

Der Ausdruck „Sozialbetrug“ hat sich seit einiger Zeit als Überbegriff für verschiedene widerrechtliche Verhaltensweisen etabliert, die allesamt auf die Erlangung vermögenswerter Vorteile durch direkte oder mittelbare Schädigung sozialstaatlicher Institutionen gerichtet sind und in ihrer Gesamtheit eine ernstzunehmende Gefahr insbes für die Finanzierung der SV im Rahmen des österreichischen Umlageverfahrens darstellen. Üblicherweise konzentriert sich die Debatte auf die Begriffe des Sozialbetrugs, der Schwarzarbeit bzw der illegalen Erwerbstätigkeit, die in ihrer Begrifflichkeit allerdings höchst unbestimmt sind.

B) Festgestellte Erscheinungsformen

Die während des Forschungsprojekts festgestellten Erscheinungsformen des Sozialbetrugs lassen sich in folgende Kategorien gliedern:

- Sozialbetrug mittels Scheinfirmen⁸¹⁶
- Manipulationen der Lohnbuchhaltung⁸¹⁷
 - Doppelte Lohnverrechnung zur Verschleierung der tatsächlich bezahlten Löhne
 - Scheingeringfügigkeit
 - Lohnsplitting
- Scheinselbständigkeit⁸¹⁸
- Scheinentsendung⁸¹⁹
- Gänzlich klandestine Schwarzarbeit⁸²⁰

Die geschilderten Szenarien betreffen vielfach das Bau- und Baunebengewerbe, das auch Adressat der überwiegenden Mehrheit der gesetzgeberischen Initiativen zur Sozialbetrugs- und Schwarzarbeitsbekämpfung war. Die Feldforschungen haben allerdings gezeigt, dass die beschriebenen Umgehungsszenarien mittlerweile branchenübergreifende Bedeutung erlangt haben und keineswegs bloß auf den Baubereich beschränkt sind.

⁸¹⁵ Dazu im Detail oben S 37 ff.

⁸¹⁶ Dazu im Detail oben S 43 ff.

⁸¹⁷ Dazu im Detail oben S 58 ff.

⁸¹⁸ Dazu im Detail oben S 60 ff.

⁸¹⁹ Dazu im Detail oben S 62 ff.

⁸²⁰ Dazu im Detail oben S 68.

II. Aspekte des Umgangs mit Scheinfirmen

A) Ausgangslage

Von Seiten des Auftraggebers sowie der projektbegleitenden Steuerungsgruppe wurde vielfach die Problematik des organisierten Sozialbetrugs mittels Scheinfirmen als weit verbreitete und, angesichts der von vielen betroffenen Behörden wahrgenommenen hohen Fallzahlen sowie beachtlichen Dimensionen der verwirklichten Schäden, als besonders relevante Erscheinungsform bezeichnet. Folglich konzentrierte sich das Forschungsprojekt überwiegend auf Aspekte im Umgang mit Scheinfirmen.

Von zentraler Bedeutung ist dabei die Früherkennung von Scheinfirmen⁸²¹, die aktuell zumeist im Rahmen von DN-Kontrollen durch FinPol, GKKen und BUAK erfolgt. Möglichkeiten automationsunterstützter Auswertung von Indikatoren, die die Aktivierung eines neuen Scheinfirmenmantels wahrscheinlich erscheinen lassen, werden allerdings – von einzelnen Pilotprojekten abgesehen – noch nicht hinreichend genutzt⁸²².

Im Hinblick auf die an die Identifizierung einer Scheinfirma anknüpfenden tatsächlichen und rechtlichen Schritte mangelt es bis dato an kohärenten, zwischen allen beteiligten Stakeholdern abgestimmten Handlungskonzepten. Immer wieder gab es Einzelprojekte bzw Einzelinitiativen, die zT auch durchaus erfolgreich waren, aber als bloße Insellösungen im Bereich einer Behörde oder gar einzelner Organisationseinheiten derselben Behörde nie in einen strategischen Handlungsrahmen eingebettet wurden. Als Kernproblem erscheint dabei stets die Frage, wer als arbeits- oder SV-rechtlicher DG der auf die Scheinfirma angemeldeten Personen anzusehen ist⁸²³. Da je nach Rechtsbereich, Verfahrensstadium und betroffenem Adressatenkreis ganz unterschiedliche Interessenslagen zu berücksichtigen sind, wird diese Frage meist äußerst differenziert beurteilt. Dies betrifft vor allem den Bereich der Abgabeneinbringung durch Feststellung von Subvergabeketten, Schätzung von Rückständen und Pfändung von Werklohnforderungen durch die FinPol⁸²⁴, die Frage der raschen Schätzung von Rückständen um weitere Schäden durch Neuanmeldung mittels umgehender Insolvenzantragstellung einzudämmen⁸²⁵ und die Frage der Anerkennung der Versicherungsverhältnisse jener Personen, die bei Scheinfirmen angemeldet werden⁸²⁶. Eine vergleichbare Problematik lässt sich im Bereich der Behandlung von Scheinfirmen und der in ihrem Namen ausgestellten Rechnungen konstatieren⁸²⁷, im Bereich der Anwen-

⁸²¹ Dazu im Detail S 70 ff.

⁸²² Dazu im Detail S 78 f.

⁸²³ Zur Breite der dahinter tatsächlich verwirklichten Sachverhalte siehe schon auf S 48 ff.

⁸²⁴ Dazu im Detail S 79.

⁸²⁵ Dazu im Detail S 81.

⁸²⁶ Dazu im Detail S 83.

⁸²⁷ Dazu im Detail S 96 ff.

derung der Auftraggeberhaftungen gem § 67a ASVG und § 82a EStG⁸²⁸ sowie hinsichtlich der Berücksichtigung von Dienstverhältnissen zu Scheinfirmen im Rahmen der AN-Veranlagung zur ESt⁸²⁹. Darüber hinaus lässt sich auch Optimierungspotential im Bereich der behördenübergreifenden Kooperation feststellen, die bis dato nicht hinreichend institutionalisiert werden konnte⁸³⁰. Vor diesem Hintergrund ergehen folgende Empfehlungen:

B) Empfehlungen – Früherkennung von und Umgang mit Scheinfirmen

- **Einführung einer Baustellendatenbank zur Erleichterung der Kontrolltätigkeit:** Die Einführung einer Baustellendatenbank ermöglicht eine koordinierte, zielgerichtete und damit schlagkräftigere Kontrollpraxis im Baubereich. Die Umsetzung dieser Empfehlung wurde durch die letzte BUAG-Novelle⁸³¹ bereits in Angriff genommen und sollte konsequent weiterverfolgt werden. Zusätzlich sollten auch Möglichkeiten der elektronischen Erfassung der aktuell tätigen DN bzw der Einbeziehung von privaten Baustellenverwaltungsprogrammen geprüft werden, um die Transparenz insbes großer BVH weiter zu erhöhen.
- **Absicherung der Befugnisse des § 12 AVOG:** Die Übernahme zentraler Kontrollbefugnisse durch die FinPol sowie deren personelle Aufstockung ist im Dienste der Sozialbetrugsverfolgung zu begrüßen. Auch wenn in der Praxis – soweit ersichtlich – noch keine konkreten Probleme bei der Anwendung der Befugnisse des § 12 AVOG bekannt wurden, sollten Möglichkeiten der unmittelbaren Durchsetzbarkeit oder zumindest der verwaltungsstrafrechtlichen Absicherung der eingeräumten Befugnisse in Erwägung gezogen werden.
- **Prüfung der Einführung von Erhebungsdiensten** auch bei anderen KV-Trägern: Die Trennung in Prüf- und Erhebungsdienst scheint sich im Bereich der WGKK bewährt zu haben. Es ist nicht auszuschließen, dass bei anderen KV-Trägern ebenfalls eine solche Trennung existiert oder andere Mechanismen gut funktionieren. Darüber konnten im Verlauf des Forschungsprojekts aus ressourcentechnischen Gründen keine Informationen erhoben werden. Sollte es in manchen Bereichen Optimierungsbedarf geben, so könnte die Gliederung in Prüf- und Erhebungsdienst nach dem Vorbild der WGKK überlegt werden. Dabei wäre insbes zu beachten, inwiefern mit einer Übernahme der Erhebertätigkeiten durch die FinPol die Interessen regionaler KV-Träger hinreichend gewahrt werden. Bei Institutionalisierung des Erhebungsdiensts wäre allerdings in weiterer Folge auch eine Erweiterung der Be-

⁸²⁸ Dazu im Detail S 105 ff.

⁸²⁹ Dazu im Detail S 111 ff.

⁸³⁰ Dazu im Detail S 119 f.

⁸³¹ BGBl I 51/2011.

fugnisse der Organe der KV-Träger – zumindest auf ein den Organen der BUAK angeglichenes Niveau (Identitätsfeststellung, Betretungsrecht, Auskunftspflicht) – dringend angezeigt.

- **Ausarbeitung von automationsunterstützten Softwarelösungen** zur Früherkennung von Scheinfirmen: Neben der Früherkennung durch Außenkontrollen sollte auch vermehrt auf automationsunterstützte Lösungen zurückgegriffen werden. Die Softwarelösung der OÖGKK zum Projekt „Dienstgeberprofilung“ zur Früherkennung von Beitragskonten dubioser Firmen ist zu begrüßen und sollte anderen GKKen unter Berücksichtigung der datenschutzrechtlichen Erfordernisse näher gebracht werden. Jedenfalls anzustreben ist eine Kompatibilität mit dem einheitlichen Betriebsprogramm für alle Kassen „MVB neu“, auf das nach bisherigen Angaben im Lauf der nächsten Jahre bei allen GKKen umgestellt werden soll. Darüber hinaus sollten auch die Abgabenbehörden in die Planung und Ausarbeitung eingebunden und es sollte erörtert werden, inwiefern durch die Einbeziehung von Steuerdaten eine höhere Treffsicherheit gewährleistet werden könnte. Bei der Umsetzung solcher Softwarelösungen ist besonderes Augenmerk auf die Einhaltung der datenschutzrechtlichen Erfordernisse und auf ausreichende gesetzliche Grundlagen für die entsprechenden Datenverarbeitungen zu legen.
- **Erarbeitung von kohärenten Strategien und Handlungskonzepten im Umgang mit Scheinfirmen:** Zur bundesweiten Bekämpfung des Sozialbetrugs mittels Scheinfirmen ist zu überlegen, ob deren DG-Eigenschaft – unter der Prämisse, dass es sich vielfach um reine Anmelde- und Verrechnungsvehikel handelt – anerkannt oder in Frage gestellt werden sollte. Dabei sind insbes folgende Aspekte zu berücksichtigen:
 - Die erfolgreiche Durchführung von **Einbringungsmaßnahmen durch die FinPol** erfordert eine rasche Schätzung der lohnabgabenrechtlichen Rückstände einer Scheinfirma und damit eine Anerkennung der DG-Eigenschaft. Damit wird diese Frage im Rahmen der uU erst Jahre später stattfindenden GPLA und Betriebsprüfungen bei auftraggebenden Firmen präjudiziert, obwohl erst im Prüfbereich die Möglichkeit besteht, die Besteuerungsgrundlagen eingehend zu überprüfen⁸³².
 - **Anerkennung von Versicherungsverhältnissen zu Scheinfirmen und Bekämpfung von Scheinfirmenmänteln:** Sollten die Versicherungsverhältnisse in Ermangelung eines feststellbaren tatsächlichen DG nicht anerkannt werden, wären ab Identifizierung einer Scheinfirma Beitragskonten umgehend zu sperren, um weitere Anmeldungen zu vermeiden. Gleichzeitig wären auch

⁸³² Zu GPLA und Betriebsprüfungen im Detail S 96 ff.

die im einschlägigen Zeitraum bereits gemeldeten Versicherungsverhältnisse zu stornieren. Dies hätte allerdings zur Folge, dass die Scheinfirma als Gesellschaft – mangels DG-Eigenschaft – auch keine offenen Rückstände bei der GKK haben könnte und damit die bisherige Möglichkeit der raschen Einleitung eines Insolvenzverfahrens, um den Scheinfirmenmantel „aus dem Verkehr zu ziehen“, nicht mehr möglich wäre.

- **Auftraggeberhaftungen**⁸³³: Zu bedenken sind auch die **Auswirkungen** eines solchen Zugangs für die Inanspruchnahme der Auftraggeber im Wege des **§ 67a ASVG** bzw **§ 82a EStG** bzw für die Aufrechnung der einlangenden Haftungsbeträge mit den – unter Annahme der DG-Eigenschaft einer Scheinfirma – vorhandenen Rückständen an Lohn- und Sozialabgaben. Die Regelungen der Auftraggeberhaftung können grundsätzlich nur unter der Prämisse zur Anwendung gelangen, dass die Scheinfirma tatsächlich als DG aller gemeldeten Personen anzusehen ist und daher die dafür anfallenden Rückstände an SV-Beiträgen und LSt auch tatsächlich aufweist.
- **Lohnzettelproblematik im Bereich der Arbeitnehmerveranlagung**: Im Bereich der Veranlagung zur ESt ist zu beachten, dass eine Anerkennung von DV zur Scheinfirma auch Auswirkungen auf das Entstehen von fiktiven Abgabengutschriften zur Folge hat⁸³⁴.

Bei all diesen Aspekten sind neben rechtlichen Gesichtspunkten vor allem ressourcentechnische und verwaltungsökonomische Fragen zu beachten. Besonderes Augenmerk sollte dabei auf den ressortübergreifenden Zugang gelegt werden, sodass insbes Diskrepanzen in der Beurteilung der DG-Eigenschaft zwischen KV-Trägern und Finanzverwaltung vermieden werden.

C) Empfehlung – Scheinfirmen und Gewerberecht⁸³⁵

- **Pönalisierung des Zurverfügungstellens eines Befähigungsnachweises** ohne tatsächliche Einbindung in den Geschäftsbetrieb: Der Handel mit Befähigungsnachweisen reglementierter Gewerbe, insbes im Baumeistergewerbe, ist weit verbreitet und ein nicht unwichtiger Aspekt bei der Bekämpfung von Scheinfirmen. Die Hintermänner einer Scheinfirma benötigen üblicherweise die Gewerbeberechtigung, um dem verwendeten Mantel den Anschein von Legitimität zu verleihen, der für die Geschäftspartner im Zuge des Verkaufs von Anmeldungen, Schein- und

⁸³³ Dazu im Detail S 105 ff.

⁸³⁴ Dazu im Detail S 111 ff.

⁸³⁵ Dazu im Detail S 88 ff.

Deckungsrechnungen benötigt wird. Die Unterbindung des bloßen Zurverfügungstellens von Befähigungsnachweisen würde daher das In-Verkehr-Bringen eines Scheinfirmenmantels zumindest erheblich erschweren. Schon jetzt besteht für einen gewerberechtigten Geschäftsführer die Pflicht, sich im Betrieb zu betätigen. Verstöße gegen diese Pflicht können aber nur gegenüber dem Gewerbeinhaber – also der Scheinfirma – sanktioniert werden. Der hoheitliche Entzug der Gewerbeberechtigung der Scheinfirma ist angesichts seiner Dauer nicht geeignet, die Verwendung einer Scheinfirma zu erschweren. Die Einführung eines Verwaltungsstraf-tatbestands, durch den sich auch der gewerberechtigte Geschäftsführer selbst bei Zurverfügungstellung der Befähigungsnachweises ohne die erforderliche Einbindung in den Betrieb strafbar machen würde, hätte demgegenüber nicht unerhebliche präventive Effekte und würde schon die Erlangung der Befähigung für eine Scheinfirma erschweren.

D) Empfehlungen – Anmeldung von DN

- **Abschaffung von DN-Anmeldungen zur SV in Papierform**⁸³⁶: Eine völlige Abschaffung der sog „händischen Meldungen“ ist im Hinblick auf die Bekämpfung von Missbrauchspotential angezeigt. Zwar kann auch anhand der bei der Anmeldung via ELDA verwendeten Seriennummer die Ausforschung der tatsächlich meldenden Person nicht mit Sicherheit gewährleistet werden, jedoch ist die vollständige Umstellung auf elektronische Meldungen ein wichtiger Ausgangspunkt, um durch EDV-Lösungen Prüfungen zur Missbrauchserkennung vornehmen und Umgehungsmöglichkeiten hintanhaltend zu können.
- **Überprüfung der Anmeldung via ELDA hinsichtlich Missbrauchspotentials**⁸³⁷: Es besteht nach wie vor die Möglichkeit, auf Beitragskonten bereits insolventer oder gar gelöschter Firmen zu melden. In diesem Kontext sollten weiterhin Überlegungen angestellt werden, inwiefern sich eine Verknüpfung zwischen ELDA und den einzelnen Beitragskonten der SV-Träger sowie zwischen den Beitragskonten und dem Firmenbuch, insbes im Rahmen der Einführung des gemeinsamen Betriebssystems „MVB neu“, das dem Vernehen nach noch 2012 bundesweit eingesetzt werden soll, bewerkstelligen lassen könnte.
- **Meldepflicht vor Arbeitsantritt im BUAG**⁸³⁸: Hinsichtlich der Meldung bei der BUAK und der Entrichtung der Zuschläge kommen AG nach wie vor weitgehende Handlungsspielräume zu. Solange bei Meldeverstößen kaum negative Konsequenzen zu befürchten sind, werden auch weiterhin zahlreiche AG versuchen, der Zuschlagspflicht zu entgehen. Dem könnte eine Melde-

⁸³⁶ Dazu im Detail S 94 f.

⁸³⁷ Dazu im Detail S 93.

⁸³⁸ Dazu im Detail auf S 95.

pflicht vor Arbeitsantritt entgegenwirken. Um den Verwaltungsaufwand für AG überschaubar zu halten sollte – vorbehaltlich einer positiven Ressourcenprüfung – allenfalls vorhandenes Synergiepotential zwischen dem Anmeldesystem der SV-Träger und der BUAK nachhaltiger ausgeschöpft werden.

E) Empfehlungen – Scheinfirmen und (lohn)abgabenrechtliche Prüfung⁸³⁹

Da sich im Rahmen der Insolvenzprüfungen von Scheinfirmen zwar meist spektakuläre Nachverrechnungen ergeben, die jedoch ohnedies uneinbringlich sind, ist aus dem Blickwinkel der Sozialbetrugsbekämpfung der Fokus vor allem auch auf die auftraggebenden Firmen zu richten, die sich der Scheinfirmen zur Umgehung eigener abgaben- und beitragsrechtlicher Pflichten bedienen. Durch Etablierung einer einheitlichen Prüfpraxis innerhalb der Finanzverwaltung könnten hier nicht nur Abgabenrückstände aufgedeckt und auch noch einbringlich gemacht werden, sondern auch nicht unerhebliche präventive Wirkungen entfacht werden. Zu diesem Zwecke sind folgende Aspekte zu empfehlen:

- **Klare Handlungsanweisungen** an alle Prüfer bundesweit zur flächendeckenden und einheitlichen Etablierung der Anwendung des § 162 BAO. Dafür bedarf es klarer Leitfäden, wie bei Vorhandensein von Rechnungen einer einschlägig bekannten Scheinfirma vorzugehen ist.
- **Standardisierte und einheitliche elektronische Zurverfügungstellung** der hinsichtlich der Scheinfirma bereits gesammelten Feststellungen und Beweise: Damit betroffene Prüfer überhaupt die bei einem Abgabepflichtigen aufscheinenden Fremdleister als Scheinfirmen identifizieren können, müssen die zu einer Scheinfirma im Rahmen der Finanzverwaltung bereits vorhandenen Informationen – unter Wahrung insbes der datenschutzrechtlichen Voraussetzungen – durch Zusammenführung von Datenbanken bzw durch elektronische Kennzeichen sichtbar und verfügbar gemacht werden.

F) Empfehlung – Auftraggeberhaftung⁸⁴⁰

- **Beibehaltung und Erweiterung der Auftraggeberhaftung auf Risikobranchen außerhalb des Bau- und Reinigungsgewerbes:** Die Einführung der AGH im ASVG und neuerdings auch im EStG stellt eine überaus wertvolle Regelung für die KV-Träger dar. Aus Sicht der WGKK lässt sich bereits jetzt ein gewisser Säuberungseffekt der Branche feststellen. Darüber hinaus liefern die einlangenden Haftungsbeträge vor allem viele wertvolle Informationen über wirtschaftliche Verquickungen in der Bauwirtschaft und lassen Rückschlüsse auf die Vertragspartner von dubiosen Firmen zu. Anhand dieser Informationen ist vielfach die Effektivierung anderer – schon vor Ein-

⁸³⁹ Dazu im Detail S 96 ff.

⁸⁴⁰ Dazu im Detail oben S 105 ff

führung der AGH bestehender – Anspruchsgrundlagen (wie bspw § 14 AÜG) überhaupt erst möglich. Schon jetzt lässt sich zweifelsohne beobachten, dass die HFU-Liste eine dominante Rolle in der Bauwirtschaft eingenommen hat und von den Unternehmen in ihrer Funktion als „Grüne Liste“ wohlwollend angenommen wurde. Das Phänomen des Sozialbetrugs mittels Scheinfirmen beschränkt sich keineswegs nur auf den Baubereich, sondern lässt sich in zahlreichen Branchen feststellen. Durch die Erweiterung des § 19a UStG auch auf Reinigungsleistungen wurde mittelbar auch der sachliche Anwendungsbereich der AGH bereits erweitert. Nach den bisherigen Stellungnahmen im Schrifttum verbietet sich zwar eine Verankerung der Auftraggeberhaftung als generelles Rechtsinstitut bei Subvergabekonstellationen ebenso wie eine generelle Haftung des Generalunternehmers für Rückstände aller darunter liegenden Subfirmen, jedoch sollte die Haftung auch auf weitere Risikobereiche erstreckt werden.

G) Empfehlungen – Scheinfirmen und Arbeitnehmerveranlagung

- **Informationsbereitstellung über die Tatsache der unterbliebenen LSt-Entrichtung auch im Rahmen der Arbeitnehmerveranlagung⁸⁴¹:** Um die Rückzahlung von nie entrichteter LSt einzudämmen, müsste vorweg sichergestellt sein, dass die Tatsache der unterbliebenen LSt-Entrichtung durch den DG beim Finanzamt der Betriebsstätte im Rahmen der Veranlagung der einzelnen DN bei den jeweiligen Wohnsitzfinanzämtern wahrgenommen werden kann. Zu überlegen ist daher, wie diese Tatsachen durch interne Kennung im Verfahren zur AN-Veranlagung standardisiert einbezogen werden können, um insbes die automationsunterstützte Verarbeitung der Anträge und anschließende automatische Bescheiderstellung zu unterbrechen.
- **Festlegung eines standardisierten Ablaufs zum Umgang mit Lohnzetteln zu einschlägig bekannten Scheinfirmen:** Die Eindämmung der Auszahlung von fiktiven LSt-Guthaben im Bereich der gesamten Finanzverwaltung erfordert in administrativer Hinsicht einen standardisierten Ablauf, der sich von den Feststellungen im Rahmen der Betriebsprüfung, GPLA oder von Kontrollhandlungen der FinPol bis zu den meist erst nach Insolvenzeröffnung einlangenden Anträgen auf AN-Veranlagung erstreckt. Wenn eine als DG aufscheinende Scheinfirma systematisch keine LSt entrichtet, so sollten die bereits eingelangten Lohnzettel storniert und ohne LSt-Ausweis wiederum eingespeichert werden. Eine gänzliche Stornierung von Lohnzetteln sollte wohl nur bei echten Scheinmeldungen vorgenommen werden, wenn eindeutig festgestellt wurde, dass de facto keine Beschäftigung vorlag und im gegenständlichen Zeitraum auch keine lohnsteuerpflichtigen Einkünfte bezogen

⁸⁴¹ Dazu im Detail oben S 111 ff.

wurden. Sollte keine GPLA erfolgen bzw sollten Lohnzettel erst nach Abschluss einer GPLA einlangen, so müssten diese von den Mitarbeitern der AN-Veranlagung im Zuge der Antragsbearbeitung korrigiert werden. Dies erfordert allerdings wiederum, dass es in diesen Fällen zu keiner automatisierten Antragsverarbeitung und Bescheiderstellung kommt.

- **Beweislastverschiebung bei unterbliebener LSt-Entrichtung**⁸⁴²: Bei unterbliebener LSt-Entrichtung sollte der DN bei Geltendmachung einbehaltener LSt verpflichtet sein, die Tatsache der Einbehaltung auch zu belegen. Gelingt ihm dieser Nachweis nicht, hat die Anrechnung geltend gemachter LSt in dubio zu unterbleiben.

H) Empfehlung – behördenübergreifende Zusammenarbeit

- **Schaffung** einer einheitlichen **Verpflichtung zur Zusammenarbeit** in allen Belangen illegaler Erwerbstätigkeit sowie **Implementierung** einer soliden **datenschutzrechtlichen Grundlage** für den erforderlichen Informationsaustausch⁸⁴³: Die Erfahrungen des Forschungsprojekts der letzten Monate zeigen, dass die ressortübergreifende Kooperation aller betroffenen Behörden und sonstiger Stakeholder ein entscheidender Schritt zu einer schlagkräftigeren Sozialbetrugsbekämpfung ist. Nach dem Vorbild der §§ 9 ff SchwaBeG idF RV ist eine Institutionalisierung der Zusammenarbeit anzustreben, indem die kooperierenden Behörden und deren wechselseitige Mitteilungspflichten und Kooperationsaufgaben hinreichend klar festgelegt werden. Dabei sollte auch der Austausch mit den Interessenvertretungen nicht außer Acht gelassen werden. Das Modellprojekt des Netzwerks gegen Schwarzarbeit in OÖ ist im Grundansatz zu begrüßen. Die Erarbeitung ähnlicher Netzwerke auch für alle weiteren Bundesländer, insbes auch für Wien, und deren Formalisierung unter Ausarbeitung von Handbüchern und regelmäßiger Netzwerktreffen ist in höchstem Maße wünschenswert und wärmstens zu empfehlen, wobei insbes die Einbindung der polizeilichen Ermittlungsbehörden und der Steuerfahndung sichergestellt werden sollte.

III. Strafrechtliche Aspekte der Sozialbetrugsverfolgung

Der Fokus des Forschungsprojekts lag naturgemäß auf Aspekten der kriminalstrafrechtlichen Verfolgung, für die allerdings die oben genannten verwaltungsbehördlichen Vollzugs- und Kontrollbereiche von entscheidender Bedeutung sind. Im Rahmen der Feldforschungen konnte ein profunder Eindruck der aktu-

⁸⁴² Dazu im Detail oben S 111 ff.

⁸⁴³ Dazu im Detail oben S 119 f.

ellen Realverfassung der strafrechtlichen Sozialbetrugsverfolgung in institutioneller wie materieller Hinsicht erlangt werden. Der Status quo wird dabei von allen beteiligten Stakeholdern als wenig zufriedenstellend erlebt und erscheint auch in unserer Hinsicht in institutioneller wie materieller Hinsicht optimierungsbedürftig.

A) Empfehlungen zur institutionellen Verankerung der Sozialbetrugsverfolgung⁸⁴⁴

- **Einrichtung von Kernkompetenzen bei den StAen:** Die Erfahrungen der TF Merlin zeigen, dass Ermittlungserfolge gegen die organisierten Täterkreise einer engen Kooperation der Kriminalpolizei bzw Steuerfahndung mit der StA bedürfen, und zwar in Form eines laufenden persönlichen Austauschs mit informierten Staatsanwälten, die ein grundlegendes Verständnis für Struktur und Querverbindungen zwischen diversen Täter- und Firmengeflechten haben. Die WKStA verfügt schon jetzt über äußerst knappe personelle Ressourcen und wird in vielen Fällen des § 153d StGB auch nicht zuständig sein. Die Abstellung eines oder mehrerer Referenten bei der WKStA oder auch bei den anderen StAen auf einen befristeten Zeitraum von mehreren Jahren könnte bei der Aufarbeitung alter Akten und einer schlagkräftigen Strafverfolgung äußerst förderlich sein, wenngleich dies derzeit wohl auf Ressourcengrenzen stoßen würde.
- **Beibehaltung der behördenübergreifenden Kooperation zwischen Polizei und Finanz – Sicherung des Know-Hows:** Trotz der ungewissen Zukunft der TF Merlin sowie der aktuell eingeschränkten Beteiligung der Finanzverwaltung daran ist die Beibehaltung der TF Merlin oder anderer Formen vergleichbarer Kooperation im Dienste einer effektiven Sozialbetrugsverfolgung wünschenswert. Neben den Sozialbetrugsstrafverfahren waren die Grundlagenermittlungen der TF nicht nur für eine Reihe von abgabenrechtlichen Verfahren von vitaler Bedeutung, sondern sie lieferten auch zahlreiche Hinweise und Verknüpfungen von Kriminalitätsbereichen, die überwiegend der „klassischen“ organisierten Kriminalität zuzurechnen sind. Im Fall der Auflösung der TF Merlin ist jedenfalls sicherzustellen, dass die durch die Mitarbeiter der Polizei und Finanzverwaltung erlangte Expertise nicht verloren geht und ähnliche behördenübergreifende Kooperationen weiterhin angestrebt werden.
- **Verankerung der Ermittlungstätigkeit bei spezialisierten Strukturen im Bereich der Finanzverwaltung:** Die effiziente und effektive Verfolgung der kriminalstrafrechtlichen Aspekte von Phänomenen des organisierten Sozialbetrugs ist durch die FinPol-Teams der einzelnen Finanzämter

⁸⁴⁴ Dazu im Detail oben S 122 ff.

infolge des Umfangs der sonstigen Aufgaben erheblichen Schwierigkeiten ausgesetzt. Die Sicherstellung einer schlagkräftigen Strafverfolgung insbes von organisierten Erscheinungsformen des Sozialbetrugs bedürfte erheblicher Anpassungen in Struktur und Ausbildung der FinPol, die angesichts der sonstigen Aufgaben wohl nicht zielführend, zumindest aber äußerst aufwändig wären. Demgegenüber sollte die generelle Zuständigkeit jedes FinPol-Teams zur strafrechtlichen Sozialbetrugsverfolgung überdacht und sollten Möglichkeiten der Verankerung bei bestehenden oder noch zu schaffenden, ausschließlich auf die Strafverfolgung spezialisierten Strukturen mit bundesweiter Zuständigkeit ausgelotet werden.

Dabei wäre die **Erweiterung des Aktionsradius der Steuerfahndung** in Erwägung zu ziehen: Die Steuerfahndung ist mit ihrer Einbettung in die Finanzverwaltung und ihrer Fokussierung auf Angelegenheiten der Strafverfolgung wohl am ehesten zur Bekämpfung von Szenarien des organisierten Sozialbetrugs prädestiniert. Im Bereich der Sozialbetrugsverfolgung schränkt die Abhängigkeit der Steuerfahndung von den Finanzämtern den Aktionsradius der Steuerfahnder ein. Vor allem im Dienste einer bundesweiten und vernetzten Sozialbetrugsverfolgung sollte diese Abhängigkeit in Frage gestellt und alternative Möglichkeiten wie Generalkontrakte, die Errichtung als eigene Behörde bzw Zuordnung zu einer Behörde mit bundesweiter Zuständigkeit überlegt werden. Insbes in Wien ist allerdings darauf hinzuweisen, dass die Einsatzstärke der Steuerfahndung sowie die Leitungsstrukturen nach den jüngsten Personalabflüssen sehr gelitten haben. Die Behebung des Status quo ist ehest möglich anzustreben.

- **Grundlegende Positionierung der Rolle der Finanz- und Polizeibehörden im Bereich des Sozialbetrugs:** Abgesehen von der Einbindung in die TF Merlin ist weiter zu überlegen, inwiefern die Polizei Aufgaben der Sozialbetrugsverfolgung übernehmen sollte. Eine endgültige Übertragung der Verfolgungstätigkeit auf die Organe der Finanzverwaltung sollte jedenfalls erst dann erfolgen, wenn die umfassende Handlungsfähigkeit der Steuerfahndung auch österreichweit gewährleistet ist.

B) Empfehlungen hinsichtlich des Kriminalstrafrechts

Die Anwendung der §§ 146 ff StGB ist zwar nicht denkunmöglich, erfordert aber grundlegend eine Differenzierung zwischen tatsächlich beschäftigten DN und bloß zum Schein Gemeldeten und sieht sich in der Anwendung einer Reihe von weiteren Schwierigkeiten gegenüber⁸⁴⁵. Die durch das SozBeG 2005 eingeführten Tatbestände scheinen im Bereich der strafrechtlichen Verfolgung bisher nicht den gewünschten Effekt gebracht zu haben. Insbes der speziell für die Scheinfirmen-

⁸⁴⁵ Dazu im Detail oben S 140 ff und S 166 ff.

problematisch geschaffene § 153d StGB erweist sich meist als kaum anwendbar, weil er eine Differenzierung zwischen tatsächlichen Beschäftigten und zum Schein Gemeldeten sowie die Ermittlung des faktischen DG und als Beitrags-hinterziehungsdelikt auch spezifische, auf die einem Beschuldigten im Einzelnen zurechenbaren Rückstände angepassten Beitragsberechnungen erfordert. Angesichts der Beweisschwierigkeiten im Hinblick auf § 153d StGB stützen sich die Anklagebehörden zusätzlich vielfach auch auf den Tatbestand der betrügerischen Krida gem § 156 StGB. Ein echtes Aufeinandertreffen des Tatbestands mit jenem des § 153d StGB ist uE zwar unbedenklich, jedoch ist das Delikt des § 156 StGB nur unter der Prämisse sinnvoll anwendbar, dass die Scheinfirma im Hinblick auf die Rückstände an SV-Beiträgen, Lohnabgaben und BUAG-Zuschlägen auch als tatsächlicher DG anzusehen ist⁸⁴⁶. Der Tatbestand der Untreue erscheint bei den meist als Einpersonengesellschaften organisierten Scheinfirmen idR ungeeignet zur strafrechtlichen Verfolgung des Sozialbetrugs⁸⁴⁷.

Demgegenüber überrascht es, dass der in seiner Formulierung äußerst weite Tatbestand des § 153e StGB von den Strafverfolgungsbehörden bisher kaum Beachtung zu finden scheint⁸⁴⁸. Ähnliches gilt für das VbVG, das insbes eine Ausdehnung der Strafverfolgung auf die in einer Subvergabepyramide übergeordneten Verbände zuließe, jedoch de facto ebenso wenig zur Anwendung kommt⁸⁴⁹.

Ausgehend von dieser Bestandsaufnahme scheint eine Überarbeitung und weitere Optimierung auch im Bereich des materiellen Strafrechts angezeigt. Zu diesem Zweck ist eine Aufnahme von Gesprächen mit dem BMJ und erforderlichenfalls mit dem BMF zu empfehlen, bei der folgende grundlegende Aspekte zu berücksichtigen wären:

- **Zur Bekämpfung des organisierten Sozialbetrugs mittels Scheinfirmen:** Trotz der gezeigten rechtlichen und praktischen Probleme bei der Anwendung der Tatbestände des allgemeinen Vermögensstrafrechts (insbes §§ 146 ff, 153, 156 StGB) wäre angesichts der unabsehbaren Gesamtauswirkungen auf das bestehende und insgesamt gut funktionierende System des klassischen Vermögensstrafrechts von tatbestandlichen Anpassungen bei diesen Delikten abzuraten.

Zur besseren Fassbarkeit des Sozialbetrugs mittels Scheinfirmen sollten vielmehr die spezifischen Sozialbetrugsdelikte (§§ 153c ff StGB) einer Überarbeitung zugeführt werden. Anzustreben wäre dabei angesichts der praktischen Beweisschwierigkeiten insbes eine Abkehr von der Anknüpfung an den sozialversicherungsrechtlichen Dienstgeberbegriff zur Definition des Täterkreises. Darüber hinaus erschiene es wohl in Anbetracht der Gefährlichkeit des Han-

⁸⁴⁶ Dazu im Detail oben S 193 ff.

⁸⁴⁷ Dazu im Detail oben S 206 ff.

⁸⁴⁸ Dazu im Detail oben S 181 ff.

⁸⁴⁹ Dabei handelt es sich freilich um kein auf den Bereich der Sozialbetrugsbekämpfung beschränktes Problem, vgl oben S 202 ff.

dels mit Meldungen und des erheblichen Potentials daran anknüpfender Anschlusskriminalität kriminalpolitisch vertretbar, die Differenzierung zwischen gemeldeten Personen, die tatsächlich einen Pflichtversicherungstatbestand erfüllen und deren Anmeldung der Beitragshinterziehung dient, und bloß zum Schein Gemeldeten, deren Anmeldung zur Erschleichung diverser Sozial- und anderer Leistungen bzw Rechte genutzt wird, in § 153d StGB aufzugeben.

Bei dieser Gelegenheit könnte zudem auch eine umfassende Novellierung des Beitragsstrafrechts in Angriff genommen werden, wobei insbes eine Harmonisierung mit dem FinStrG zu überlegen wäre.

- Zur Bekämpfung **anderer Erscheinungsformen des Sozialbetrugs, der Schwarzarbeit, der illegalen Erwerbstätigkeit**: Von den besonders schädlichen Fällen des Sozialbetrugs mittels Scheinfirmen abgesehen, existiert mit § 153e StGB eine für die Strafjustiz sinnvoll und flexibel anwendbare Strafnorm, die allerdings nachhaltiger ausgeschöpft werden sollte. Im Fall einer grundlegenden Überarbeitung der Strafnormen im obigen Sinne müsste auch die künftige Rolle des § 153e StGB geklärt werden, insbes inwiefern neben Strafnormen zur Pönalisierung von Beitragshinterziehungen bzw der Hinterziehung von Lohnabgaben (im FinStrG) eine weitere Strafnorm zur Bekämpfung des Sozialbetrugs erforderlich erscheint. Bejahendenfalls wäre zu überlegen, ob die bisherige Definition der illegalen Erwerbstätigkeit iSd § 153e StGB ausreichend ist oder auch andere Pflichtverstöße als Anknüpfungspunkte einer solchen Strafnorm Anwendung finden sollten. Besonders zu beachten wäre zudem, inwiefern niederschwellige Formen von Sozialbetrug, illegaler Erwerbstätigkeit oder Schwarzarbeit einer gerichtliche Pönalisierung bedürfen und wie erforderlichenfalls eine hinreichend klare Eingrenzung der Strafbarkeit gesichert werden kann.
- **Ausschöpfung der Verfolgungsmöglichkeiten nach VbVG**: Die Verfolgungsmöglichkeiten nach dem VbVG sollten im Einzelfall nachhaltiger ausgeschöpft werden.
- **Einräumung einer Ex-lege Privatbeteiligtenstellung** zugunsten der GKK oder Finanz in Sozialbetrugsverfahren: Zur Sicherung der legitimen öffentlichen Interessen an der Beitragseinbringung und Hintanhaltung von Beitragshinterziehungen könnte dem berechtigten Versicherungsträger durch eine derartige Verfahrensstellung die Möglichkeit gegeben werden, aktiv auf das Verfahren einzuwirken. Dabei wäre allerdings vorab die quantitative Relevanz einer solchen Verfahrensstellung ebenso zu klären, wie die Frage, ob diese Aufgabe im Gesamtgefüge der institutionellen Sozialbetrugsverfolgung von der GKK, von der Finanz oder von beiden gleichermaßen wahrgenommen werden sollte.

QUELLENVERZEICHNIS

I. Verzeichnis der Gesetzesmaterialien

<u>Datum der Kundmachung</u>	<u>Gesetzesmaterialien</u>
30.09.1955	Allgemeines Sozialversicherungsgesetz – ASVG (BGBl 189/1955) EBRV 599 BlgNR VII.GP
26.02.1999 (RV)	Entwurf eines Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes – SchwABeG 308/ME BlgNR XX.GP EBRV 1587 BlgNR XX.GP
30.12.2004	Sozialbetrugsgesetz-SozBeG 2005 (BGBl I 152/2004) 192/ME BlgNR XXII.GP EBRV 698 BlgNR XXII. GP JAB 743 BlgNR XXII.GP
28.12.2007	Strafprozessreformbegleitgesetz II (BGBl I 112/2007) 134/ME BlgNR XXIII.GP EBRV 299 BlgNR XXIII.GP JAB 335 BlgNR XXIII.GP
02.07.2008	AuftraggeberInnen-Haftungsgesetz (BGBl I 91/2008) EBRV 523 BlgNR XXIII.GP JAB 567 BlgNR XXIII.GP
18.08.2010	Sozialversicherungs-Änderungsgesetz – SVÄG 2010 (BGBl I 63/2010) 121/ME BlgNR XXIV.GP EBRV 785 BlgNR XXIV.GP AB 818 BlgNR XXIV.GP
14.12.2010	Betrugsbekämpfungsgesetz 2010 - BBKG 2010 (BGBl I 105/2010) EBRV 875 BlgNR XXIV.GP
23.12.2010	Strafrechtliches Kompetenzpaket – sKp (BGBl I 108/2010) 187/ME BlgNR XXIV.GP EBRV 918 BlgNR XXIV.GP JAB 1009 BlgNR XXIV.GP

II. Literaturverzeichnis

- Aicher-Hadler*, Kommentierung der §§ 180 bis 183b, in *Höpfel/Ratz*, WK-StGB² (*Aicher-Hadler* in WK-StGB²)
- Ambts* in *Erbs/Kohlhaas*, Nebengesetze, SchwarzArbG §§ 1-23, 186. Erg-Lfg 2011 (*Ambts* in *Erbs/Kohlhaas*, SchwarzArbG)
- Arnold*, Aktuelles zur Vertreterhaftung nach § 67 ASVG, ASoK 2001, 202 (*Arnold*, ASoK 2001, 202)
- Aubauer/Rosenmayr-Khoshideh*, Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz, taxlex 2011, 152 (*Aubauer/Rosenmayr-Khoshideh*, taxlex 2011, 152)
- Bachmann/Baumgartner/Feik/Giese/Jahnel/Lienbacher* (Hg), Besonderes Verwaltungsrecht, 8. Aufl, Springer, Wien 2010 (*Bachmann et al*, Besonderes Verwaltungsrecht⁸)
- Baldauf*, Jakob EStG, 4. Aufl, Linde, Wien 2011 (*Jakom/Baldauf*, EStG 2011)
- Bartos*, Die neue Auftraggeberhaftung im Kampf gegen den Sozialbetrug, SozSi 2008, 426
- Bartos*, Die neue Auftraggeberhaftung: Überblick über den Beginn des Praxisbetriebes, SozSi 2010, 28
- Bartos*, Millionenschaden durch Sozialbetrug, SozSi 2006, 119 (*Bartos*, SozSi 2006, 119)
- Bartos*, Praxisleitfaden Auftraggeberhaftung, Lexis Nexis, Wien 2010 (*Bartos*, Auftraggeberhaftung)
- Bartos*, Sozialbetrug in der Praxis – weiterer Reformbedarf?, JSt 2007, 5
- Bartos*, Sozialbetrug in der Praxis – weiterer Reformbedarf?, StPdG 2007, 161 (*Bartos*, StPdG 2007, 161)
- Bartos*, Vorschau: Die neue Auftraggeberhaftung, SozSi 2008, 358
- Bartos*, Wichtige Haftungsbestimmungen für rückständige Sozialversicherungsbeiträge, ZAS 2007/10
- Bauer/Baeck/Schuster*, Scheinselbständigkeit: Kriterien und Auswege, Boorberg, Stuttgart 2000
- Bayerische Verwaltungsschule* (Hg), Bekämpfung der Schwarzarbeit, 4. Aufl, Boorberg, Stuttgart 2007
- Beiser*, Die Empfängerbenennung nach § 162 BAO, SWK 35/36/2000, 838 (*Beiser*, SWK 2000, 838)
- Bertel/Schwaighofer*, Strafrecht Besonderer Teil I, 11. Aufl, Springer, Wien 2010 (*Bertel/Schwaighofer*, BT I¹¹)
- Binder*, Das Leistungsrecht der Krankenversicherung, 21. Erg-Lfg, in *Tomandl*, SV-System (*Binder* in *Tomandl*, SV-System)
- Binder/Lindner*, Sozialversicherungsprüfung im Rahmen der GPLA, in *Geppert*, Sozialversicherung, Kapitel 6 (*Binder/Lindner* in *Geppert*, Sozialversicherung)
- Birklbauer/Hilf/Tipold*, Strafrecht Besonderer Teil I, facultas.wuv, Wien 2011 (*Birklbauer/Hilf/Tipold*, BT I)
- Blazina*, Buchhaltungsbelege für Schwarzlohnzahlungen, SWK 2007, 844 (*Blazina*, SWK 2007, 844)
- Boller*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Verbänden nach dem VbVG, Manz, Wien 2007 (*Boller*, Verantwortlichkeit)
- Boxleitner*, Schwarzarbeit und illegale Beschäftigung, in *Wabnitz/Janovsky* (Hg), Hand-

- buch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 3. Aufl, Beck, München 2007, Kapitel 17 (*Boxleitner in Wabnitz/Janovsky, Wirtschaftsstrafrecht*³)
- Brandstetter*, Praxisfälle zur Beteiligung an Abgabenhinterziehung, in *Leitner*, Finanzstrafrecht 2008, Linde, Wien 2008, 143 (*Brandstetter in Leitner, Finanzstrafrecht 2008*, 143)
- Brenner*, Die strafrechtliche Bekämpfung der Schwarzarbeit unter besonderer Berücksichtigung wirtschaftlicher Aspekte, BWV, Berlin 2008 (*Brenner, Bekämpfung*)
- Brodil*, Sozialbetrug aus dem Blickwinkel des Verwaltungsstrafrechts, RdA 2008, 383 (*Brodil, RdA 2008*, 389)
- Brodil/Windisch-Graetz*, Sozialrecht in Grundzügen, 6. Aufl, facultas.wuv, Wien 2009 (*Brodil/Windisch-Graetz, Sozialrecht*⁶)
- Bundesministerium für Finanzen* (Hg), Betrugsbekämpfungsbericht 2010: Bericht der österreichischen Steuer- und Zollverwaltung über die Ergebnisse und Entwicklungen der Betrugsbekämpfung im Jahr 2010, Wien 2011 (*BMF, Betrugsbekämpfungsbericht 2010*)
- Bundesministerium für Finanzen* (Hg), Betrugsbekämpfungsbericht 2009: Bericht der österreichischen Steuer- und Zollverwaltung über die Ergebnisse und Entwicklungen der Betrugsbekämpfung im Jahr 2009, Wien 2010 (*BMF, Betrugsbekämpfungsbericht 2009*)
- Bundesministerium für Finanzen* (Hg), Betrugsbekämpfungsbericht 2008: Bericht der österreichischen Steuer- und Zollverwaltung über die Ergebnisse und Entwicklungen der Betrugsbekämpfung im Jahr 2008, Wien 2009 (*BMF, Betrugsbekämpfungsbericht 2009*)
- Bundesministerium für Finanzen* (Hg), Betrugsbekämpfungsbericht 2007: Bericht der österreichischen Steuer- und Zollverwaltung über die Ergebnisse und Entwicklungen der Betrugsbekämpfung im Jahr 2007, Wien 2008 (*BMF, Betrugsbekämpfungsbericht 2007*)
- Bundesministerium für Finanzen* (Hg), Betrugsbekämpfungsbericht 2006: Bericht der österreichischen Steuer- und Zollverwaltung über die Ergebnisse und Entwicklungen der Betrugsbekämpfung im Jahr 2006, Wien 2007 (*BMF, Betrugsbekämpfungsbericht 2006*)
- Burgstaller*, Die Scheinkonkurrenz im Strafrecht, JBl 1978, 393 (*Burgstaller, JBl 1978*, 393)
- Burgstaller*, Glosse zu OGH 27.08.1998, 12 Os 81/98, JBl 1999, 543 (*Burgstaller, JBl 1999*, 543)
- Choholka*, Versichertenkreis, in *Geppert*, Sozialversicherung, Kapitel 2 (*Choholka in Geppert, Sozialversicherung*)
- Cremers*, Auf der Suche nach billigen Arbeitskräften, CLR Studies 6, CLR/International Books, Brüssel 2011 (*Cremers, Arbeitskräfte*)
- Cremers/Janssen*, Beschäftigung in Bewegung: Ungemeldete Arbeit im Baugewerbe, CLR Studies 5, CLR/International Books, Brüssel 2006 (*Cremers/Janssen, Ungemeldete Arbeit*)
- Daza*, Informal Economy, Undeclared Work and Labour Administration, DIALOGUE Paper No. 9, International Labour Office, Geneva 2005
www.ilo.org/global/publications/WCMS_082381/lang--en/index.htm (Zugriff

- 27.02.2012)
- Derntl*, § 153c StGB: Täterkreis, Liquiditätsprobleme, Ratenvereinbarung und Spezialfragen, *SozSi* 2008, 439 (*Derntl*, *SozSi* 2008, 439)
- Derntl*, Beteiligung am Sozialbetrug und Verantwortlichkeit des Verbandes, *RdA* 2007, 459 (*Derntl*, *RdA* 2007, 459)
- Derntl*, Die Haftung des GmbH-Geschäftsführer: Neue Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs, *SozSi* 2001, 345 (*Derntl*, *SozSi* 2001, 345)
- Derntl*, Neuregelung der Haftung für Sozialversicherungsbeiträge, *ASoK* 2010, 221 (*Derntl*, *ASoK* 2010, 221)
- Derntl*, Nochmals: Strafbarkeit gem § 153c StGB nach Zahlungsanfechtung, *ZIK* 2007/127
- Derntl*, Strafbarkeit gem § 153c StGB nach Zahlungsanfechtung, *ZIK* 2007/9
- Derntl*, Strafbarkeit gemäß § 114 ASVG und Restschuldbefreiung, *ZIK* 2004/189
- Derntl/Neumann*, Das Sozialbetrugsgesetz: Scheinfirmen und Schwarzarbeit sollen künftig effektiver bekämpft werden, *ASoK* 2005, 92
- Deutsche Bundesregierung* (Hg), Elfter Bericht der Bundesregierung über die Auswirkungen des Gesetzes zur Bekämpfung der illegalen Beschäftigung, BT-Drucksache 16/13768 (*Deutsche Bundesregierung*, *BillBG* – 11.Bericht)
- Doralt*, Einkommenssteuergesetz, idF 15. Erg-Lfg, WUV, Wien 2011 (*Doralt*, *EStG*)
- Doralt*, Keine KESt wegen fehlender Empfängerbenennung, *RdW* 2008, 494 (*Doralt*, *RdW* 2008, 494)
- Doralt/Ruppe*, Steuerrecht Band I, 9. Aufl, Manz, Wien 2007 (*Doralt/Ruppe*, *Steuerrecht* I7)
- Doralt/Ruppe*, Steuerrecht Band II, 6. Aufl, Manz, Wien 2011 (*Doralt/Ruppe*, *Steuerrecht* II⁶)
- Ennöckl*, Gewerberecht, in *Raschauer* (Hg), *Wirtschaftsrecht*, 3. Aufl, Manz, Wien 2010, Abschnitt 2 (*Ennöckl* in *Raschauer*, *Wirtschaftsrecht*³)
- Enste*, Schattenwirtschaft und Schwarzarbeit – Eine wirtschafts- und gesellschaftspolitische Herausforderung, *PWP* 2001, 229
- Enste/Schneider*, Resignation oder Innovation? – Replik zur Replik von Walter A.S. Koch, *Wirtschaftsdienst* 2006, 196
- Enste/Schneider*, Welchen Umfang haben Schattenwirtschaft und Schwarzarbeit?, *Wirtschaftsdienst* 2006, 185
- Epply/Madlberger*, Gründung und Aufbau der Steuerfahndung des Bundesministeriums für Finanzen, *ÖStZ* 2007, 226 (*Epply/Madlberger*, *ÖStZ* 2007, 226)
- Ercher/Rath*, Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz, *ASoK* 2011, 125 (*Ercher/Rath*, *ASoK* 2011, 125)
- Europäische Kommission*, Die Bekämpfung der nicht angemeldeten Erwerbstätigkeit verstärken: Mitteilung der Kommission an den Rat, das europäische Parlament, den europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen vom 24.10.2007, *KOM* (2007) 628
- Europäische Kommission*, Grünbuch: Ein moderneres Arbeitsrecht für die Herausforderungen des 21.Jahrhunderts, Brüssel 2006, *KOM*(2006) 708
- European Commission* (Hg), Special Eurobarometer 284/Wave 67.3 – TNS Opinion and Social: Undeclared Work in the European Union (2007)

- <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=647&langId=en> (Zugriff 27.02.2012)
- European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions (Hg),
EIRO thematic feature: Industrial relations and undeclared work (2005)
<http://www.eurofound.europa.eu/publications/htmlfiles/ef05135.htm> (Zugriff
27.02.2012)
- Fehn*, Finanzkontrolle Schwarzarbeit, Kriminalistik 2004, 409 (*Fehn*, Kriminalistik 2004,
409)
- Fehn*, Grenzen polizeilicher Befugnisse der Finanzkontrolle Schwarzarbeit, Kriminalistik
2004, 559 (*Fehn*, Kriminalistik 2004, 559)
- Fehn*, Schwarzarbeitsbekämpfung und Sozialdatenschutz, Kriminalistik 2004, 787 (*Fehn*,
Kriminalistik 2004, 787)
- Fellner*, Kommentar zum Finanzstrafgesetz, LexisNexis, Wien 1995-2011 (*Fellner*,
FinStrG)
- Felten*, Maßnahmen zur Einhaltung der Mindestlohnbedingungen nach dem neuen Lohn-
und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz, wbl 2011, 405 (*Felten*, wbl 2011, 405)
- Filzmoser*, Gewerberechtliche Aspekte des Sozialbetrugsgesetzes, ecolex 2005, 54 (*Filz-
moser*, ecolex 2005, 54)
- Födermayr*, Der Grundlohnbegriff des LSDB-G, Formen von Lohn- und Sozialdumping
und privatrechtliche Instrumentarien gegen Lohndumping, RdW 2011, 664 (*Fö-
dermayr*, RdW 2011, 664)
- Freudhofmeier*, Scheinselbständigkeit und ihre Folgen aus sozialversicherungs- und ein-
kommensteuerrechtlicher Sicht, ecolex 2008, 994 (*Freudhofmeier*, ecolex 2008,
994)
- Friedrich*, Probleme um den § 114 ASVG, ÖJZ 1957, 228
- Fritz*, Die Haftung des gewerberechtlichen Geschäftsführers, SWK 2008, W 97 (*Fritz*,
SWK 2008, W 97)
- Fritz*, Kampf gegen die Schwarzarbeit oder doch nicht?, UVSaktuell 2009, 52 (*Fritz*, UV-
Saktuell 2009, 52)
- Fuchs M.* (Hg), Europäisches Sozialrecht, 5. Aufl, Nomos, Baden-Baden 2010 (*M. Fuchs*
Europäisches Sozialrecht⁵)
- Fuchs*, Die strafprozessuale Stellung des Verbrechensopfers und die Durchsetzung seiner
Ersatzansprüche im Strafverfahren, Verhandlungen des Dreizehnten österreichi-
schen Juristentages in Salzburg 1997, Manz, Wien 1997 (*Fuchs*, 13. ÖJT Bd IV/1)
- Fuchs*, Österreichisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, 7. Aufl, Springer, Wien 2008
(*Fuchs*, AT I⁷)
- Fuchs*, Strafrecht im Wandel, in *BMJ* (Hg), 33. Ottensteiner Fortbildungsseminar aus
Strafrecht und Kriminologie, Schriftenreihe des BMJ, Band 118, NWV, Graz 2005,
5 (*Fuchs*, Schriftenreihe)
- Fuchs/Ratz* (Hg), Wiener Kommentar zur Strafprozessordnung, idF 164. Erg-Lfg 2011,
Manz, Wien 2011 (*Fuchs/Ratz*, WK-StPO)
- Fuchs/Reindl-Krauskopf*, Strafrecht Besonderer Teil I, 3. Aufl, Springer, Wien 2009
(*Fuchs/Reindl-Krauskopf*, BT I³)
- Gagawczuk*, Das Lohn- und Sozialdumpingbekämpfungsgesetz, infas 2011, 87 (*Gagawc-
zuk*, infas 2011, 87)
- Gagawczuk*, Sozialbetrugsgesetz, RdA 2005, 198

- Galler*, Die neue Auftraggeberhaftung bei Bauleistungen und die Arbeitslosenversicherung für Selbstständige, ZAS 2009/19
- Geppert*, Beiträge und Grundlagen, in *Geppert*, Sozialversicherung, Kap 4 (*Geppert* in *Geppert*, Sozialversicherung, Kap 4)
- Geppert*, Sozialversicherung in der Praxis, idF 6. Erg-Lfg 2011, Manz, Wien 2011 (*Geppert*, Sozialversicherung)
- Gerhartl*, Arbeitslosenversicherungsgesetz, Linde, Wien 2008 (*Gerhartl*, AIVG)
- Gerhartl/Nadlinger*, Die Öffnung des Arbeitsmarktes, ASoK-Spezial, Linde, Wien 2011 (*Gerhartl/Nadlinger*, Arbeitsmarktöffnung)
- Gfs.bern (Hg)*, Schlussbericht zur Planungsstudie 2007 „Kampagne Schwarzarbeit in der Schweiz“ (2007)
<http://www.seco.admin.ch/dokumentation/publikation/00008/00022/02441/index.html?lang=de> (Zugriff 27.02.2012)
- Girtler*, Methoden der qualitativen Sozialforschung, 3. Aufl, Böhlau, Wien 1992 (*Girtler*, Methoden)
- Gollwitzer*, Menschenrechte im Strafverfahren: MRK und IPBR, De Gruyter, Berlin 2005 (*Gollwitzer*, Menschenrechte)
- Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention, 5. Aufl, C.H.Beck, München 2012 (*Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁵)
- Greeve*, Illegale Beschäftigungsformen und Umgang mit Nachunternehmern – Erforderlichkeit eines Risikomanagements bei Einsatz von Nachunternehmern, NZBau 2010, 215
- Grillberger*, Österreichisches Sozialrecht, 8. Aufl, Springer, Wien 2010 (*Grillberger*, Sozialrecht⁸)
- Haider/Schlager*, Verschärfung der Empfängerbenennung durch das BBKG 2010, SWK 34/35, 2010, 1015 (*Haider/Schlager*, SWK 2010, 1015)
- Handig*, Gewerberechtsnovelle 2007 – ein kurzer Überblick, RdW 2008, 253 (*Handig*, RdW 2008, 253)
- Harbich*, Zu den Straftatbeständen der §§ 533 und 1492 RVO. sowie des § 270 AVAG., ÖJZ 1952, 482 (*Harbich*, ÖJZ 1952, 482)
- Hauck*, Glosse zu BGH 24.10.2006, 1 StR 44/06, NStZ 2007, 418 (*Hauck*, NStZ 2007, 418)
- Heitmann*, Soziale Sicherung der Arbeitnehmer, in *Müller-Gugenberger/Bieneck* (Hg), Wirtschaftsstrafrecht, 4. Aufl, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 2006 § 36 (*Heitmann* in *Müller-Gugenberger/Bieneck*, Wirtschaftsstrafrecht⁴)
- Henzler*, Illegale Beschäftigung und Schwarzarbeit, in *Müller-Gugenberger/Bieneck*, Wirtschaftsstrafrecht, 5. Aufl, OVS, Köln 2011
- Henzler/Thul*, Bekämpfung illegaler Erwerbstätigkeit, in *Müller-Gugenberger/Bieneck*, Wirtschaftsstrafrecht, 5. Aufl, OVS, Köln 2011, § 36 (*Henzler/Thul* in *Müller-Gugenberger/Bieneck*, Wirtschaftsstrafrecht⁵ § 36)
- Hilber*, Neue Haftung für Lohnabgaben bei Bauleistungen, ecolex 2011, 73 (*Hilber*, ecolex 2011, 73)
- Hilf*, Kommentierung des § 2 StGB, in *Höpfel/Ratz*, WK-StGB² (*Hilf* in WK-StGB²)
- Hofbauer/Schüssel*, Schattenwirtschaft in Österreich, Österreichischer Wirtschaftsverlag, Wien 1984

- Högl/Wiesinger*, Haftung für Sozialversicherungsbeiträge bei Beauftragung mit Bauleistungen, bbl 2011, 53 (*Högl/Wiesinger*, bbl 2011, 53)
- Honsell*, Haftung des Geschäftsführers gegenüber Gesellschaftsgläubigern bei GmbH-Insolvenz, GesRZ 1984,134 (*Honsell*, GesRZ 1984, 134)
- Höpfel*, Kommentierung des § 9 StGB, in *Höpfel/Ratz*,WK-StGB² (*Höpfel* in WK-StGB²)
- Höpfel/Ratz*, Wiener Kommentar zum StGB, 2. Aufl idF 81. Erg-Lfg, Manz, Wien 2011 (*Höpfel/Ratz*, WK-StGB²)
- Houf*, Allgemeine Aufsichtsmaßnahmen im Rahmen von KIAB-Kontrollen, ecolex 2007, 659 (*Houf*, ecolex 2007, 659)
- Houf*, Brennpunkt: Finanzpolizei, persaldo 2011, 10 (*Houf*, persaldo 2011, 10)
- Houf*, Neue Wege der Betrugsbekämpfung, persaldo 2007, 10 (*Houf*, persaldo 2007, 10)
- Houf/Lehner*, Handbuch KIAB-Kontrollen, Manz, Wien 2008 (*Houf/Lehner*, KIAB-Kontrollen)
- Houwerzijl/Peters*, Liability in Subcontracting Processes in the European Construction Sector, <http://www.eurofound.europa.eu/publications/htmlfiles/efo894.htm> (Zugriff 10.06.2010)
- Huber*, Nichtanmeldung von Haushaltshilfen weiterhin gerichtlich nicht strafbar!, SWK 2005 W 93
- Huber*, Organuntreue zu Lasten von Kapitalgesellschaften, Springer, Wien 2011 (*Huber*, Organuntreue)
- Huber*, Zur Untreue bei Einpersonengesellschaften, ÖJZ 2010/106, 999 (*Huber*, ÖJZ, 2010/106, 999)
- Ignor/Rixen* (Hg), Handbuch Arbeitsstrafrecht: Personalverantwortung als Strafbarkeitsrisiko, 2. Aufl, Boorberg, Stuttgart 2008 (*Ignor/Rixen*, Arbeitsstrafrecht²)
- Ignor/Rixen*, Europarechtliche Grenzen des § 266a Abs 1 StGB, wistra 2001, 201 (*Ignor/Rixen*, wistra 2001, 201)
- Ivansits/Weissensteiner*, Hausbetreuung aus sozialrechtlicher Sicht, RdA 2008, 394
- Jerabek*, Kommentierung des § 70 StGB, in *Höpfel/Ratz*, WK-StGB² (*Jerabek* in WK-StGB²)
- Jerabek/Reindl-Krauskopf/Schroll*, Kommentierung des § 74 StGB, in *Höpfel/Ratz*, WK-StGB² (*Jerabek/Reindl-Krauskopf/Schroll* in WK-StGB²)
- Joecks*, Bekämpfung der Schwarzarbeit und damit zusammenhängender Steuerhinterziehung, wistra 2004, 441
- Kaltenbrunner*, Die strafrechtlichen Bestimmungen im österreichischen Sozialversicherungsrecht, VersRdSch 1956, 85 (*Kaltenbrunner*, VersRdSch 1956, 85)
- Kapek*, Neues Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz – LSDB-G, ecolex 2011, 440 (*Kapek*, ecolex 2011, 440)
- Karl*, Beitragshaftung in der Sozialversicherung, ZAS 2009/2, 9 (*Karl*, ZAS 2009/2, 9)
- Karollus*, Zum Versuchsbeginn beim Betrug, JBl 1989, 627 (*Karollus*, JBl 1989, 627)
- Kessel*, Belastung mit einer Verbindlichkeit als Betrugsschaden, JBl 1999, 12 (*Kessel*, JBl 1999, 12)
- Kienapfel*, Glosse zu OGH 05.06.1984, 9.Os 49/84, JBl 1987, 393 (*Kienapfel*, JBl 1987, 393)
- Kienapfel*, Glosse zu OGH 15.01.2008, 14 Os 69/07i, JBl 2008, 539 (*Kienapfel*, JBl 2008, 539)

- Kienapfel*, Zur Abgrenzung von Tun und Unterlassen, ÖJZ 1976, 281
- Kienapfel/Höpfel*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 13. Aufl, Manz, Wien 2009 (*Kienapfel/Höpfel*, AT I¹³)
- Kienapfel/Schmoller*, Studienbuch Strafrecht Besonderer Teil II, Manz, Wien 2003 (*Kienapfel/Schmoller*, BT II)
- Kienapfel/Schmoller*, Studienbuch Strafrecht, Besonderer Teil Band III, 2. Aufl, Manz, Wien 2009 (*Kienapfel/Schmoller*, BT III²)
- Kier*, Kommentierung des § 65 StPO, in *Höpfel/Ratz*, WK-StPO (*Kier* in WK-StPO)
- Kietaibl*, Arbeitsvertragliche Folgen bei Verkennung der Arbeitnehmereigenschaft durch die Vertragsparteien, JBl 2004, 626
- Kietaibl*, Sozialversicherungsrechtliche Rückabwicklung bei aufgedeckter Scheinselbstständigkeit, ZAS 2006/26
- Kietaibl*, Zwei sozialversicherungsrechtliche Fragen zur Dienstgeberinsolvenz: Meldepflicht über die Zahlungsunfähigkeit und Anfechtbarkeit von Beitragszahlungen, DRdA 2011, 416 (*Kietaibl*, DRdA 2011, 416)
- Kirchbacher*, Kommentierung der §§ 146, 147, 148, 148a, 156 StGB, in *Höpfel/Ratz*, WK-StGB² (*Kirchbacher* in WK-StGB²)
- Kirchbacher/Presslauer*, Kommentierung der §§153c,d,e StGB, in *Höpfel/Ratz*, WK-StGB² (*Kirchbacher/Presslauer* in WK-StGB²)
- Kirchgässner*, Fairness, Steuermoral und Steuerhinterziehung, Wirtschaftsdienst 2008, 230
- Klinger*, Praxiskommentar zum BUAG, Österreichischer Wirtschaftsverlag, Wien 2006 (*Klinger*, BUAG)
- Koch*, Das Rätsel bleibt ungelöst – eine Erwiderung, Wirtschaftsdienst 2006, 192
- Koch*, Das Schwarzarbeit-Änigma, Wirtschaftsdienst 2005, 715
- Köck*, Wirtschaftsstrafrecht, 2. Aufl, facultas.wuv, Wien 2010 (*Köck*, Wirtschaftsstrafrecht²)
- Kopecek*, Sozialversicherung, in *Endfellner/Exel/Freudhofmeier/Kopecek*, Personalentsendung kompakt, 2. Aufl, Linde, Wien 2010, 43 (*Kopecek* in *Endfellner et al*, Personalentsendung²)
- Korn/Zöchbauer*, Kommentierung des § 67 StPO, in *Fuchs/Ratz*, WK-StPO (*Korn/Zöchbauer* in WK-StPO)
- Kosch*, Kollision zwischen § 114 und § 158 StGB?, ZIK 1995, 33
- Kotschnigg*, Beweisrecht der BAO, facultas.wuv, Wien 2011 (*Kotschnigg*, BAO)
- Kozak*, Die Haftung des Geschäftsführers für Abgabenschulden gemäß §§ 9 und §§ 80 ff BAO, ÖStZ 1991, 75 (*Kozak*, ÖStZ 1991, 75)
- Kozak*, Untergrenze von Entgeltvereinbarungen im kollektivvertragsfreien Raum, DRdA 2011, 167
- Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht, Band I: Allgemeiner Teil, Sachenrecht, Familienrecht, 13. Aufl, Manz, Wien 2006 (*Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³)
- Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht, Band II: Schuldrecht Allgemeiner Teil, Schuldrecht Besonderer Teil, Erbrecht, 13. Aufl, Manz, Wien 2006 (*Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³)
- Krejci*, Das Sozialversicherungsverhältnis, Orac, Wien 1977 (*Krejci*, Sozialversicherungsverhältnis)

- Krejci/Marhold/Karl/Risak*, Das Versicherungsverhältnis, 24. Erg-Lfg, in *Tomandl*, SV-System(*Krejci et al in Tomandl*, SV-System)
- Kühteubl/Wieder*, Das neue Lohn- und Sozialdumpingbekämpfungsg, ZAS 2011/36, 208 (*Kühteubl/Wieder*, ZAS 2011/36, 208)
- Lahnsteiner*, „Disqualification“ - Ausschluss von der Gewerbeausübung, *ecolex* 2008, 141 (*Lahnsteiner*, *ecolex* 2008, 141)
- Lehner*, Anzeigerechte und Anzeigepflichten der KIAB, *taxlex* 2009, 240 (*Lehner*, *taxlex* 2009, 240)
- Lehner*, Beschwerderechte im Kontrollverfahren der KIAB, *taxlex* 2007, 413 (*Lehner*, *taxlex* 2007, 413)
- Lehner*, KIAB – Die Wirtschaftskontrollore, *taxlex* 2006, 4 (*Lehner*, *taxlex* 2006, 4)
- Lehner*, KIAB-Kontrollen: Anwendung unmittelbarer Befehls- und Zwangsgewalt, *ecolex* 2007, 656 (*Lehner*, *ecolex* 2007, 656)
- Leitner* (Hg), Finanzstrafrecht 2008, Linde, Wien 2009 (*Leitner*, Finanzstrafrecht 2008)
- Leukauf/Steininger*, Kommentar zum Strafgesetzbuch, 3. Aufl, Prugg, Eisenstadt 1992 (*Leukauf/Steininger*, StGB³)
- Lewis*, Strafrecht Besonderer Teil I, 2. Aufl, WUV, Wien 1999 (*Lewis*, BT I²)
- Lindmayr*, Handbuch zur Ausländerbeschäftigung, 10. Aufl, LexisNexis, Wien 2010 (*Lindmayr*, Ausländerbeschäftigung¹⁰)
- Madlberger/Epply*, Gründung und Aufbau der Steuerfahndung des Bundesministeriums für Finanzen, ÖStZ 2007, 226 (*Madlberger/Epply*, ÖStZ 2007, 226)
- Maleczky*, Strafrecht: Allgemeiner Teil II, 14. Aufl, facultas.wuv, Wien 2011 (*Maleczky*, AT II¹⁴)
- Marek*, Kommentierung des § 57, in *Höpfel/Ratz* WK-StGB² (*Marek* in WK-StGB²)
- Mosler*, Die sozialversicherungsrechtliche Stellung freier Dienstnehmer, RdA 2005, 487 (*Mosler*, RdA 2008, 487)
- Müller-Gugenberger/Bieneck* (Hg), Wirtschaftsstrafrecht: Handbuch des Wirtschaftsstraf- und –ordnungswidrigkeitenrechts, 5 Aufl, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 2011 (*Müller-Gugenberger/Bieneck*, Wirtschaftsstrafrecht⁵)
- Mum/Klec*, Risiko und Sicherheit der Höhe des Leistungsniveaus in kapitalgedeckten und umlagefinanzierten Pensionssystemen, SozSi 2002, 368 (*Mum/Klec*, SozSi 2002, 368)
- Oberndorfer/Muzak*, Das Verfahren im Sozialversicherungsrecht, 22. Erg-Lfg, in *Tomandl*, SV-System (*Oberndorfer/Muzak* in *Tomandl*, SV-System)
- OECD (Hg), OECD Employment Outlook 2004 (2004), http://www.oecd-ilibrary.org/employment/oecd-employment-outlook-2004_empl_outlook-2004-en (Zugriff 27.02.2012)
- OECD (Hg), OECD Employment Outlook 2008 (2008), http://www.oecd-ilibrary.org/employment/oecd-employment-outlook-2008_empl_outlook-2008-en (Zugriff 27.02.2012)
- Pananis*, Vorenthalten von Sozialversicherungsbeiträgen, in *Ignor/Rixen*, Handbuch Arbeitsstrafrecht, 2. Aufl, Boorberg, Stuttgart 2008, § 6 (*Pananis* in *Ignor/Rixen*, Arbeitsstrafrecht²)
- Paulitsch*, Verbandsverantwortlichkeit ausländischer Gesellschaftsformen nach dem VbVG, *ecolex* 2010, 459 (*Paulitsch*, *ecolex* 2010, 459)

- Perron*, Kommentierung des § 266a StGB, in *Schönke/Schröder/Eser* (Hg), Strafgesetzbuch, 28. Aufl, Beck, München 2010 (*Perron* in *Schönke/Schröder*²⁸)
- Pfau-Effinger*, Varieties of Undeclared Work in European Societies, *British Journal of Industrial Relations* 2009, 79
- Philipp*, Kommentierung des § 215a StGB, in *Höpfel/Ratz*, WK-StGB² (*Philipp* in WK-StGB²)
- Plöchl*, Kommentierung des § 278a StGB, in *Höpfel/Ratz*, WK-StGB² (*Plöchl* in WK-StGB²)
- Pöltner*, Grundsätze zur österreichischen Sozialversicherung, in *Geppert*, Sozialversicherung, Kap 1 (*Pöltner* in *Geppert*, Sozialversicherung)
- Rainer*, Kommentierung des § 70 StGB, in *Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer* (Hg), Salzburger Kommentar zum StGB, Lexis Nexis, Wien 2012 (*Rainer*, SbgK)
- Raschauer* (Hg), Grundriss des österreichischen Wirtschaftsrechts, 3. Aufl, Manz, Wien 2010 (*Raschauer*, Wirtschaftsrecht³)
- Raschauer N.*, Das neu gestaltete strafprozessuale Insiderverfahren, *ÖBA* 2005, 379 (*Raschauer*, *ÖBA* 2005, 379)
- Raschauer N./Wessely* (Hg), Kommentar zum Verwaltungsstrafgesetz, Sramek, Wien 2010 (*Raschauer/Wessely*, VStG)
- Raschauer N./Wessely*, Verwaltungsstrafrecht – Allgemeiner Teil, NWV, Wien 2005 (*Raschauer/Wessely*, VStG AT)
- Ratz*, Kommentierung der §§ 28 -31 StGB, in WK-StGB² (*Ratz* in WK-StGB²)
- Ratz*, Kommentierung des § 281 StPO, in WK-StPO (*Ratz* in WK-StPO)
- Rebernik*, Kommentierung des § 30 KO, in *Konecny* (Hg), Insolvenzgesetze, Manz, Wien 2011 (*Rebernik* in *Konecny*, KO)
- Rebhahn*, Der gewerberechtliche Geschäftsführer: Verwaltungs- und privatrechtliche Fragen zu einem verantwortlich Beauftragten, Manz, Wien 1994 (*Rebhahn*, Geschäftsführer)
- Rebhahn*, Erweiterte Bau-Auftraggeberhaftung in Umgehungsfällen, *ecolex* 2008, 503 (*Rebhahn*, *ecolex* 2008, 503)
- Rebhahn*, Grundfragen einer Auftraggeberhaftung für Sozialversicherungsbeiträge, *RdA* 2008, 207 (*Rebhahn*, *RdA* 2008, 207)
- Rechnungshof* (Hg), Betrugsbekämpfung – Schnelle Eingreifgruppe, *Bund* 2006/4/2 (*Rechnungshof*, *Bund* 2006/4/2)
- Rechnungshof*, Staatsanwaltschaft Wien, *Bund* 2010/3 (*Rechnungshof*, *Bund* 2010/3)
- Reindl*, E-Commerce und Strafrecht: zur Strafbarkeit des Missbrauchs elektronischer Dienste, NWV, Graz 2003 (*Reindl*, E-Commerce)
- Reindl*, Kommentierung des § 5 StGB, in *Höpfel/Ratz*, WK-StGB² (*Reindl* in WK-StGB²)
- Reindl-Krauskopf*, Computerstrafrecht im Überblick, 2. Aufl, *Facultas.WUV*, Wien 2009 (*Reindl-Krauskopf*, Computerstrafrecht²)
- Reindl-Krauskopf*, Sozialbetrug aus strafrechtlicher Sicht, *RdA* 2008, 389 (*Reindl-Krauskopf*, *RdA* 2008, 389)
- Renoy/Ivarsson/ van der Wusten-Gritsai/Meijer*, Undeclared Work in an Enlarged Union: An Analysis of Undeclared Work: An In-Depth Study of Specific Items (2004) <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=647&langId=en> (Zugriff 27.02.2012)
- Resch*, Gebot der wirtschaftlichen Betrachtungsweise gem § 539a ASVG und Beitragshaf-

- tung gem § 67 ASVG, RdW 2001, 602 (*Resch*, RdW 2001, 602)
- Resch*, GmbH-Geschäftsführerhaftung für Sozialversicherungsbeiträge, JBl 1996, 218 (*Resch*, JBl 1996, 218)
- Resch*, Schadenersatz und Mitverschulden des Dienstnehmers bei Nichtanmeldung zur Sozialversicherung, JBl 1995, 24 (*Resch*, JBl 1995, 24)
- Resch*, Sicherheitsleistung durch den Auftraggeber bei Lohndumping, RdW 2011, 672 (*Resch*, RdW 2011, 672)
- Resch*, Sozialversicherungspflicht für freie Dienstverträge, RdA 2000, 15 (*Resch*, RdA 2000, 15)
- Richter*, „Schwarzarbeit“ im deutschen Baugewerbe, in *Richter* (Hg), Schwarzarbeit im Baugewerbe, Dortmunder Arbeitshefte Bauforschung, Heft 23, 2007, 7 (*Richter* in *Richter*, Schwarzarbeit)
- Ritz*, Bundesabgabenordnung, 4. Aufl, Linde, Wien 2011 (*Ritz*, BAO⁴)
- Rixen*, Neue Entwicklungen im koordinierenden Sozialrecht der EU: Zur Bindungswirkung der E-101-Bescheinigung bei Arbeitnehmer-Entsendungen, SGB 2002, 93 (*Rixen*, SGB 2002, 93)
- Saliger*, Kommentierung des § 266a StGB, in *Satzger/Schmitt/Widmaier*(Hg), Kommentar zum StGB, Carl Heymanns Verlag, Köln 2006 (*Saliger* in SSW-StGB)
- Schäfer*, Die Strafbarkeit des Arbeitgebers bei Nichtzahlung von Sozialversicherungsbeiträgen für versicherungspflichtige Arbeitnehmer, wistra 1982, 96 (*Schäfer*, wistra 1982, 96)
- Schärf*, Neues vom OGH zum gewerberechlichen Geschäftsführer, RdW 2003, 492 (*Schärf*, RdW 2003, 492)
- Scheiblauer*, Mitwirkung, Empfängerbenennung, Schmiergeld (Teil I), AFS 2011, 3 (*Scheiblauer*, AFS 2011, 3)
- Scheiblauer*, Mitwirkung, Empfängerbenennung, Schmiergeld (Teil II), AFS 2011, 35 (*Scheiblauer*, AFS 2011, 35)
- Scheiblauer*, Mitwirkung, Empfängerbenennung, Schmiergeld (Teil III), AFS 2011, 67 (*Scheiblauer*, AFS 2011, 67)
- Scheiblauer*, Mitwirkung, Empfängerbenennung, Schmiergeld (Teil IV), AFS 2011, 99 (*Scheiblauer*, AFS 2011, 99)
- Schlüchter/Velten*, Kommentierung des § 262 StPO, in *Rudolphi/Wolter/Degener* (Hg), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, Haymanns, Köln 2011 (*Schlüchter/Velten* in SK-StPO)
- Schmoller*, Kommentierung des § 15 StPO, in *Fuchs/Ratz*, WK-StPO (*Schmoller* in WK-StPO)
- Schmoller*, Zur Zukunft des „fortgesetzten Delikts“, in *Leitner* (Hg), Finanzstrafrecht 1996-2002, Linde, Wien 2006 (*Schmoller* in *Leitner*, Finanzstrafrecht 1996-2002)
- Schneider*, Arbeit im Schatten: Wo Deutschlands Wirtschaft wirklich wächst, Gabler, Wiesbaden 2004
- Schneider B.*, Zur Haftung des Geschäftsführers für nicht entrichtete Sozialversicherungsbeiträge, ZIK 2006, 154 (*Schneider*, ZIK 2006, 154)
- Schneider/Enste*, Schattenwirtschaft und Schwarzarbeit: Umfang, Ursachen, Wirkungen und wirtschaftspolitische Empfehlungen, Oldenbourg, München 2000
- Schrammel*, Allgemeiner Teil des Leistungsrechts, 8. Erg-Lfg, in *Tomandl*, SV-System

- (*Schrammel in Tomandl, SV-System*)
- Schrank/Mazal*, Arbeitsrecht, 4. Aufl, facultas.wuv, Wien 2008 (*Schrank/Mazal*, Arbeitsrecht⁴)
- Schrank/Mazal*, Arbeitsrecht, 4. Aufl, facultas.wuv, Wien 2008 (*Schrank/Mazal*, Arbeitsrecht⁴)
- Schüren* (Hg), Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, 4. Aufl, C.H.Beck, München 2010 (*Schüren*, AÜG⁴)
- Schulz*, Glosse zu BGH 24.10.2006, 1 StR 44/06, NJW 2007, 407 (*Schulz*, NJW 2007, 407)
- Seiler/Seiler*, Finanzstrafgesetz, 3. Aufl, Verlag Österreich, Wien 2011 (*Seiler/Seiler*, FinStrG³)
- Shubshizky*, Der Tatbestand der Entsendung im Sozialversicherungsrecht: Unterschiedliche Regelungen im Europarecht, Drittstaatsabkommen und ASVG, ASoK 2004, 189 (*Shubshizky*, ASoK 2004, 189)
- Shubshizky*, Grenzüberschreitende Arbeitskräfteüberlassung im EWR-Raum, ASoK 2000, 127 (*Shubshizky*, ASoK 2000, 127)
- Shubshizky*, Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz, ASoK 2011, 202 (*Shubshizky*, ASoK 2011, 202)
- Skolka* (Hg), Die andere Wirtschaft: Schwarzarbeit und Do-it-yourself in Österreich, Signum, Wien 1985
- Slezak*, Unionsrechtlicher und innerstaatlicher Hintergrund zum LSDB-G, RdW 2011, 675 (*Slezak*, RdW 2011, 675)
- Spenling*, Das Anschluss- oder Adhäsionsverfahren, ZVR 2003/98 (*Spenling*, ZVR 2003/98)
- Spenling*, Kommentierung der §§ 366 bis 379 StPO, in WK-StPO (*Spenling* in WK-StPO)
- Sperlich*, Vollstreckung von im EU-Ausland verhängten Verwaltungsstrafen in Österreich, JRP 2011, 313 (*Sperlich*, JRP 2011, 313)
- Stadler*, Sanktionen im Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz 2011, RdW 2011, 668 (*Stadler*, RdW 2011, 668)
- Statistik Austria* (Hg), Gerichtliche Kriminalstatistik 2006, Verlag Österreich, Wien 2007 (*Statistik Austria*, Gerichtliche Kriminalstatistik 2006)
- Statistik Austria* (Hg), Gerichtliche Kriminalstatistik 2007, Verlag Österreich, Wien 2008 (*Statistik Austria*, Gerichtliche Kriminalstatistik 2007)
- Statistik Austria* (Hg), Gerichtliche Kriminalstatistik 2008, Verlag Österreich, Wien 2009 (*Statistik Austria*, Gerichtliche Kriminalstatistik 2008)
- Statistik Austria* (Hg), Gerichtliche Kriminalstatistik 2009, Verlag Österreich, Wien 2010 (*Statistik Austria*, Gerichtliche Kriminalstatistik 2009)
- Statistik Austria* (Hg), Gerichtliche Kriminalstatistik 2010, Verlag Österreich, Wien 2011 (*Statistik Austria*, Gerichtliche Kriminalstatistik 2010)
- Steininger*, Kommentierung des § 2 StGB, in *Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer* (Hg), Salzburger Kommentar zum StGB, Lexis Nexis, Wien 2012 (*Steininger*, SbgK)
- Steininger*, Verbandsverantwortlichkeitsgesetz: Kommentar, Linde, Wien 2006 (*Steininger*, VbVG)
- Stöger*, Kommentierung des § 31 VStG, in *N.Raschauer/Wessely*, VStG (*Stöger* in *Raschauer/Wessely*, VStG)

- Stoll*, Bundesabgabenordnung, Bd 1-3, Orac, Wien 1994 (*Stoll*, BAO)
- Strauss*, Grundlagen qualitativer Sozialforschung: Datenanalyse und Theoriebildung in der empirischen soziologischen Forschung, 2. Aufl, Fink, München 1998 (*Strauss*, Sozialforschung)
- Tag*, Kommentierung des § 266a, in *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen*, Nomos-Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl, Nomos, Baden-Baden 2005 (*Tag* in NK-StGB)
- Thienel/Schulev-Steindl*, Verwaltungsverfahrenrecht, 5. Aufl, Österreich, Wien 2009 (*Thienel/Schulev-Steindl*, Verwaltungsverfahrenrecht⁵)
- Thomas*, Erweiterung der Auftraggeberhaftung und damit einhergehende Rechtsfragen, SWK 2011 T 62 (*Thomas*, SWK 2011 T 62)
- Thomas*, Sozialversicherungsbeiträge in der Bauwirtschaft – Ausgewählte Fragen der neuen Auftraggeberhaftung, ZAS 2009/3, 14 (*Thomas*, ZAS 2009/3, 14)
- Thul*, Beitragsvorenthaltung (samt Steuerstraftaten), in *Müller-Gugenberger/Bieneck*, Wirtschaftsstrafrecht, 5. Aufl, OVS, Köln 2011, § 38
- Tipold*, Kommentierung der §§ 114 bis 119 FPG, in *Höpfel/Ratz*, WK-StGB² (*Tipold* in WK-StGB² FPG)
- Tomandl* (Hg), System des österreichischen Sozialversicherungsrechts, Manz, Wien 1980 – 2011 (*Tomandl*, SV-System)
- Tomandl*, Allgemeiner Teil, 24. Erg.-Lfg, in *Tomandl*, SV-System (*Tomandl* in *Tomandl*, SV-System)
- Tomandl*, Arbeitskräfteüberlassung, Manz, Wien 2010 (*Tomandl*, Arbeitskräfteüberlassung)
- Triffterer*, Zur gegenwärtigen Situation des österreichischen Umweltstrafrechts, ÖJZ 1991, 799 (*Triffterer*, ÖJZ 1991, 799)
- Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer*, Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch, idF 25. Erg.-Lfg, LexisNexis ARD Orac, Wien 2011 (*Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer*, SbgK)
- Ulrich*, Die neue Wirtschafts- und Korruptionsstaatsanwaltschaft, Lexis Nexis, Wien 2011 (*Ulrich*, WKStA)
- Wach*, Die Fehlkonstruktion der Tätigen Reue des § 114 Abs 3 ASVG, RZ 1991, 85 (*Wach*, RZ 1991, 85)
- Walter/Thienel*, Die österreichischen Verwaltungsverfahrensgesetze, II. Band, 2. Aufl, Manz, Wien 2000 (*Walter/Thienel*, Verwaltungsverfahrensgesetze Bd II²)
- Wank*, Die Bindungswirkung von Entsendebescheinigungen, EuZW 2007, 300 (*Wank*, EuZW 2007, 300)
- Wegscheider*, Die echte Konkurrenz im Strafrecht – Zur Auslegung der Bestimmungen des StGB über das „Zusammentreffen strafbarer Handlungen“ (§ 28 StGB), ÖJZ 1980, 617 (*Wegscheider*, ÖJZ 1980, 617)
- Weiß*, Auf der Suche nach Schwarzarbeit: Explorative Verfahren zur Erfassung devianten Verhaltens am Arbeitsmarkt, Nomos, Baden-Baden 2008
- Wickström* (Hg), Finanzpolitik und Schattenwirtschaft, Duncker & Humblot, Berlin 2010
- Wiederin*, Die Zukunft des Verwaltungsstrafrechts, 16. Österreichischer Juristentag, Band III/1, Manz, Wien 2006 (*Wiederin*, 16. ÖJT Bd III/1)
- Wiederin*, Die Zukunft des Verwaltungsstrafrechts, Gutachten zum 16. Österreichischen

- Juristentag, Verhandlungen des Sechzehnten Österreichischen Juristentages Band III/1, Manz, Graz 2006 (*Wiederin*, 16. ÖJT Bd III/1)
- Wiesinger*, Haftung für BUAG-Zuschläge bei überlassenen Bauarbeitern: Zur Novelle des § 14 AÜG, ASoK 2009, 362 (*Wiesinger*, ASoK 2009, 362)
- Williams/Horlings/Renooy*, Tackling Undeclared Work in the European Union (2008) <http://www.eurofound.europa.eu/pubdocs/2008/13/en/1/ef0813en.pdf> (Zugriff 27.02.2012)
- Williams/Windebank*, Informal Employment in the Advanced Economies: Implications for work and welfare, Routledge, London 1998
- Windisch-Graetz*, Lohn- und Sozialdumping bei grenzüberschreitenden Entsendungen, DRdA 2008, 228 (*Windisch-Graetz*, DRdA 2008, 228)
- Wonisch*, Die gerichtlichen Straftatbestände des Sozialbetrugsgesetzes (SozBeG, BGBl I 2004/152), ZAS 2008/3, 14 (*Wonisch*, ZAS 2008/3, 14)
- Zagler*, Kommentierung des § 309 StGB, in *Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer* (Hg), Salzburger Kommentar zum StGB, Lexis Nexis, Wien 2012 (*Zagler*, SbgK)
- Zimmermann*, Offene strafrechtliche Fragen im Zusammenhang mit der europäischen E-101-Bescheinigung für Wanderarbeiter – zugleich eine Besprechung von BGHSt 51, 124, ZIS 2007, 407 (*Zimmermann*, ZIS 2007, 407)

III. Rechtsprechungsübersicht⁸⁵⁰

Entscheidungen des OGH

<u>Datum</u>	<u>Geschäftszahl</u>	<u>Veröffentlichungen</u>
19.10.1930	1 Ob 712/30	SZ 12/276
16.02.1962	9 Os 22/62	RZ 1962, 200 = SSt 33/8
10.03.1964	10 Os 4/64	SSt 35/13
13.11.1975	13 Os 128/75	EvBl 1976/164
09.11.1978	13 Os 59/78	EvBl 1979/107
10.06.1980	10 Os 74/80	
11.09.1981	10 Os 134/81	SSt 52/46 = ÖJZ-LSK 1981/195
27.07.1982	10 Os 170/80	ÖJZ-LSK 1983/13
27.07.1982	10 Os 170/80	SSt 53/45 = EvBl 1983/67
27.07.1982	10 Os 170/80	SSt 53/45 = EvBl 1983/67
10. 07. 1984	10 Os 106/84	SSt 55/46 = EvBl 1985/18
29.11.1984	13 Os 157/84	
21.05.1985	11 Os 17/85	SSt 56/35 = ÖJZ-LSK 1985/85
09. 10. 1985	9 Os 83/85	JBl 1986, 325 = SSt 56/77 = ÖJZ-LSK 1986/2
29.10.1985	11 Os 114/85	JBl 1986, 261 = ÖJZ-LSK 1986/1
28.04.1987	10 Os 158/86	JBl 1988, 125
24.06.1987	11 Os 70/87	
03.11.1987	11 Os 11/87	SVSlg 32.637 = JBl 1988, 535 = ÖJZ 1988/63
26.05.1988	12 Os 50/88	SSt 59/33
24.11.1989	16 Os 46/89	ÖJZ 1990/82
03.04.1990	15 Os 25/90	EvBl 1990/133 = RZ 1991/37
03.04.1990	15 Os 4/90	SSt 61/8
11.10.1994	14 Os 143/94	
19.03.1996	14 Os 179/95	
07.05.1996	14 Os 201/95	EvBl 1996/113
01.08.1996	15 Os 91/96	ÖJZ-LSK 1997/6
27.08.1998	12 Os 81/98	JBl 1999, 543 (<i>Burgstaller</i>) = EvBl 1999/36 = ÖJZ-LSK 1999/10 = JBl 1999, 543
13.10.1998,	14 Os 132/98	
19.11.1998	2 Ob 268/98w	RdW 1999, 403 = ecolex 1999/132
27.04.1999	1 Ob 50/99f	EvBl 1999/179 = ZIK 1999, 178 = ARD 5080/30/99
28.06.2000	14 Os 107/99	
25.01.2001	15 Os 103/00	ÖJZ-LSK 2001/152 = RZ-EÜ 2001/50
22.08.2001	13 Os 107, 108/01	

⁸⁵⁰ Aus Platzgründen werden in den Belegzitate nur das Datum sowie die Geschäftszahl angeführt.

<u>Datum</u>	<u>Geschäftszahl</u>	<u>Veröffentlichungen</u>
10.09.2002	14 Os 89/02	
03.12.2002	14 Os 66/02	ÖStZB 2003/519
30.04.2003	13 Os 110/02	
24.06.2003	11 Os 73/03	
24.09.2003	13 Os 113/03	JSt 2004/32
30.09.2003	14 Os 79/03	SSt 2003/77 = ÖJZ-LSK 2004/31 = EvBl 2004/54 = RZ-EÜ 2004/29 = JBl 2004, 592
21.10.2003	14 Os 53/03	SSt 2003/79 = RZ-EÜ 2004/37
10.02.2004	11 Os 145/03	
29.04.2004	8 ObS 13/03z	
16.11.2004	14 Os 129/04	
16.12.2004	12 Os 120/04	ÖJZ-LSK 2005/97
12.01.2005	13 Os 59/04	
01.03.2005,	12 Os 38/04	JSt 2006/49 = RZ-EÜ 2005/147
10.03.2005	12 Os 37/04	RZ 2005, 254
21.04.2005	15 Os 150/04	
03.11.2005	6 Ob 190/04s	ecolex 2006/97 = RdA 2007/5 = ZIK 2006/83 = RZ-EÜ 2006/70
30.05.2006	11 Os 1/06s	SSt 2006/38 = RZ 2007, 26
13.06.2006	11 Os 52/05i	
07.03.2007	13 Os 2/07d	
11.04.2007	13 Os 1/07g	EvBl 2007/114 = SSt 2007/27 = JBl 2008, 467 (Schütz)
05.07.2007	12 Os 81/07i	
23.10.2007	11 Os 106/07h	JBl 2008, 332 = JSt 2008/6 = RZ-EÜ 2008/219
15.01.2008	14 Os 69/07i	JBl 2008, 539 (Kienapfel) = JSt 2008/25 = RZ-EÜ 2008/352 = AnwBl 2009, 9
16.01.2008	8 ObS 27/07i	wbl 2008,282/128 = GesRZ 2008,161 = ecolex 2008/207, 565 = ARD 5891/7/2008 = RdW 2008/530, 562 (Info aktuell) = RdW 2008/740, 796 = infas 2008,134/A57 = RZ 2008,280 EÜ386, 387 = Arb 12.734 = DRdA 2009, 418/43 = DRdA 2009/43 = SSV-NF 22/3 = SZ 2008/3
11.03.2008	14 Os 170/07t	JSt 2008/29 =RZ-EÜ 2009/39
23.04.2008	13 Os 142/07t	
13.11.2008	8 ObS 16/08y	
19.02.2009	13 Os 152/08i	
17.03.2009	14 Os 183/08f	
30.07.2009	8 ObS 6/09d	ARD 6022/3/2010 = ZIK 2010/47, 36

<u>Datum</u>	<u>Geschäftszahl</u>	<u>Veröffentlichungen</u>
09.09.2009	15 Os 87/09x	EvBl-LS 2010/14 = JBl 2010, 606 = RdW 2009/788 = RZ-EÜ 2010/115.
15.12.2009	14 Os 118/09y	
26.01.2010	14 Os 142/09b	
02.03.2010	11 Os 196/09x	
08.04.2010	13 Os 3/10f	
19.08.2010	13 Os 154/09k	RZ-EÜ 2011/68
12.05.2011	13 Os 18/11p	EvBl 2011/91 = AnwBl 2011, 489
29.06.2011	8 ObS 9/11y	infas 2012, 17/A5
14.09.2011	6 Ob 202/11s	

Entscheidungen der OLG und des ASG Wien

<u>Datum</u>	<u>Gericht</u>	<u>Geschäftszahl</u>
29.08.2008	ASG Wien	25 Cgs 38/08y
01.12.2008	ASG Wien	18 Cgs 116/08t
02.04.2009	OLG Wien	17 Bs 377/08b
05.08.2009	OLG Wien	9 Rs 87/09v

Erkenntnisse des VfGH

<u>Datum</u>	<u>Geschäftszahl</u>	<u>Veröffentlichung</u>
29.11.1995	G 115/93	VfSlg 14.361 = ÖJZ 1997/8 = ZfVB 1996/1790 = ARD 4764/26/96 = SWK 1996, R 38 = ecolex 1996, 633
16.12.2010	B 343/10	VfSlg 19.280 = RdW 2011/192 = ZAS-Judikatur 2010/150

Entscheidungen des VwGH

<u>Datum</u>	<u>Geschäftszahl</u>	<u>Veröffentlichungen</u>
27.03.1956	0292/55	VwSlg 1396 F/1956
12.12.1956	2609/55	
10.01.1958	1176/56	VwSlg 1754 F/1958
28.04.1961	1313/59	
13.09.1963	1728/63	
15.11.1963	749/62	
14.05.1974	0284/73	
21.11.1985	85/16/0092	ÖJZ 1986/374 = ÖStZB 1986, 283
29.11.1988	87/14/0203	ÖJZ 1990/ 124 = ÖStZ 1989, 62 = SWK 1989

<u>Datum</u>	<u>Geschäftszahl</u>	<u>Veröffentlichungen</u>
29.11.1988	88/14/0191	R 56 = RdW 1989, 148 ÖStZB 1989, 195 = ÖStZ 1989, 62 = SWK 1989 R 57
20.02.1991	86/13/0195	ÖStZB 1991, 457 = ecolex 1991, 494 = ÖJZ 1992/12 = SWK 1991 R 145
16.07.1992	92/09/0052	
02.03.1993	91/14/0144	ÖStZB 1993, 578 = SWK 1993 R 114 = ecolex 1993, 490
02.03.1993	91/14/0144	ÖStZB 1993, 578 = ecolex 1993, 490 = SWK 1993/114
21.03.1995	94/09/0163	ZfVB 1996/870
22.03.1995	93/13/0076	ÖStZB 1996, 29 = SWK 1995 R 109 = ARD 4684/32/95
11.07.1995	91/13/0154	ÖStZB 1996, 90 = SWK 1995 E 28 = ARD 4685/12/95
28.05.1997	94/13/0230	RdW 1998, 47 = ÖStZB 1998, 109 = SWK 1998 R 42 = ARD 4867/11/97
28.10.1997	93/14/0073	RdW 1998, 444 = RdW 1998, 494 (<i>Doralt</i>) = ARD 4931/16/98 = SWK 1998 R 91
15.09.1999	99/13/0150	ÖStZB 2000/73 = ÖStZ 1999, 640 = ARD 5139/24/2000
13.10.1999	93/13/0200	RdW 2000/277 = ÖStZB 2000/80 = ÖStZ 2000/280 = SWK 2000, R 68 = ecolex 2000/64
26.09.2000	98/13/0216	ÖStZB 2001/145 = SWK 2001 R 44 = ARD 5199/13/2001
28.11.2000	97/14/0062	ÖStZB 2001/321 = SWK 2001 R 62
31.01.2001	98/13/0156	ÖJZ 2002/49 = ÖStZB 2002/210 = SWK 2001, R 76 = FJ 2001, 195 = ARD 5221/19/2001
13.08.2003	2000/08/0166	ARD 5456/6/2003 = SVSlg 50.482
25.05.2004	2001/15/0019	SWI 2005, 103 = ÖStZB 2004/624 = SWK 2005 R 6 = ecolex 2004/426 (<i>Postl/Kofler</i>)
09.03.2005	2002/13/0236	ÖStZB 2005/477 = SWK 2005 R 68 = FJ 2005, 193
23.09.2005	2002/15/0065	ÖStZ 2006/334 = ÖStZB 2006/98 = ARD 5639/15/2005
17.11.2005	2001/13/0247	ÖStZB 2006/350 = SWK 2006, R 50
31.05.2006	2002/13/0145	ÖStZB 2006/582 = SWK 2006 R 89
20.09.2007	2007/14/0007	ÖStZB 2008/235 = SWK 2008 R 16
19.12.2007	2005/13/0030	ÖStZB 2008/384 = SWK 2008 R 34 = SWK 2008, 396 = taxlex-SRa 2008/69

<u>Datum</u>	<u>Geschäftszahl</u>	<u>Veröffentlichungen</u>
08.08.2008	2008/09/0163	ZfVB 2009/ 714 = ARD 5946/7/2009
20.11.2008	2008/09/0281	
22.03.2010	2006/15/0284	ÖStZB 2010/370 = BBi 2010, 4 = SWK 2010 R 69
30.06.2010	2007/13/0067	RdW 2010/614 = ÖStZB 2011/3 = AFS 2010, 310 = taxlex-SRa 2010/148 (Huber/Pichler)
17.05.2006	2004/14/0102	GesRZ 2006, 16 = FJ 2006, 390 = ÖStZB 2006/560 = SWK 2006 R 86
04.11.1998	98/13/0131	ÖStZB 1999, 455 = SWK 1999 R 88 = ARD 2007/19/99
26.09.2000	98/13/0216	ÖStZB 2001/145 = SWK 2001 R 44
25.04.2001	98/13/0081	ÖStZB 2002/39 = SWK 2001 R 93 = ARD 5246/43/2001
19.10.2005	2002/08/0273	SVSlg 52.810 = ASoK 2006, 232 (Höfle) = RdW 2006/553 = ZAS-Judikatur 2006/42 = ZfVB 2007/491 = PV-Info 2006 H 6
25.03.1999	97/15/0059	ÖJZ 2000/21 = ÖStZB 1999, 648 = SWK 2000 R 29 = ARD 5074/22/99
21.11.2001	96/08/0104	SVSlg 48.059 = ZfVB 2003/133
20.09.2006	2004/08/0087	SVSlg 52.806 = ÖJZ 2007/119
19.02.1991	90/08/0008	SVSlg 37.055 = ARD 4301/24/9 = ZfVB 1992/487
09.02.1991	90/08/0045	SVSlg 37.051 = ZfVB 1992/481
13.03.1990	89/08/0198	SVSlg 34.442 = ZfVB 1990/1815 = ARD 4192/6/90
25.04.1989	89/08/0013	ÖJZ 1990/242 = ZfVB 1990/1245
19.02.1991	90/08/0100	SVSlg 37.057 = ZfVB 1992/488 = ARD 4296/13/91
12.12.1995	95/08/0082	SVSlg 42.159 = ARD 4775/39/96
12.12.2000	98/08/0191	SVSlg 48.071 = ZAS 2002, 87 (Resch) = RdA 2002, 48 (Naderhirn)
14.03.2001	2000/08/0097	SVSlg 49.370 = ARD 5220/18/2001 = RdW 2001/758
21.09.2009	2009/16/0086	SWK 2010 R 29
27.02.2008	2005/13/0084	SWK 2008, 1020 = ÖStZB 2008/353
29.06.2005	2005/08/0031	SVSlg 50.720 = RdW 2006/41 = ARD 6541/11/2005
19.06.1985	84/17/0224	AnwBl 1986, 258 (Arnold)
18.12.1981	81/15/0108	AnwBl 1982, 463 (Arnold)

Entscheidungen der UFS und UVS

<u>Datum</u>	<u>UFS/UVS</u>	<u>Geschäftszahl</u>
19.05.2008	UVS NÖ	Senat-HO-06-2002
16.06.2008	UVS NÖ	Senat-MD-08-1032
16.09.2009	UFS Graz	RV/0349-G/07
01.09.2010	UFS Wien	RV/0706-W/10 RV/0707-W/10

Entscheidungen des EuGH

<u>Datum</u>	<u>Geschäftszahl</u>	<u>Rechtssache</u>	<u>Sammlungszahl</u>
03.06.1992	C-45/90	<i>Alberto Paletta/Brennet AG</i>	Slg 1992 I-3423
02.05.1996	C-206/94	<i>Brennet AG/Vittorio Paletta</i>	Slg 1996 I-2357
10.02.2000	C-202/97	<i>Fitzwilliam Executive Search Ltd/Bestuur van het Landelijk instituut sociale verzekeringen</i>	Slg 2000 I-00883
30.03.2000	C-178/97	<i>Barry Banks ua/Théâtre Royal de la Monnaie</i>	Slg 2000 I-02005
09.11.2000	C-404/98	<i>Josef Plum/Allgemeine Ortskrankenkasse Rheinland, Regionaldirektion Köln</i>	Slg 2000 I-09379
14.04.2005	C-341/02	<i>Kommission/Deutschland</i>	Slg 2002 I-2752
26.01.2006	C-2/05	<i>Rijksdienst voor Sociale Zekerheid/Herbosch Kiere NV</i>	Slg 2006 I-01079

Entscheidungen deutscher Gerichte

<u>Datum</u>	<u>Gericht</u>	<u>Geschäftszahl</u>	<u>Veröffentlichungen</u>
17.12.1991	BGH	5 StR 361/91	wistra 1992, 141
12.02.2003	BGH	5 StR 165/02	NJW 2003, 1821
24.10.2006	BGH	1 StR 44/06	BGHSt 51, 124 = NStZ 2007, 218 = NJW 2007, 233
08.05.2007	LSG Bayern	L 5 KR 12/04	BeckRS 2009, 52819
24.06.2009	LSG Nordrhein-Westfalen	L 8 B 4/09 R ER	BeckRS 2009, 66988