Schriftenreihe

Kriminalwissenschaften in Theorie und Praxis

Herausgeber

Christian Grafl
Bernhard Klob
Susanne Reindl-Krauskopf
Ireen Christine Winter

Band 5

Sozialbetrug, Schwarzarbeit, Schattenwirtschaft

ISSN 2193-3456
ISBN 978-3-86676-329-6

Verlag für Polizeiwissenschaft
Prof. Dr. Clemens Lorei

Inhaltsverzeichnis

I. Einleitung 29

1. Entstehungsgeschichte und methodisches Vorgehen .. 29

1.1. Das Forschungsprojekt Sozialbetrug 29
1.2. Zur Methodik der Feldforschungen 30

2. Problemstellung und Fokus der Untersuchung 33

2.1. Zum Begriff der ungemeldeten Arbeit 33
2.2. Definition von Schwarzarbeit in Deutschland 34
2.3. Definition und Verständnis von Sozialbetrug, Schwarzarbeit und illegaler Erwerbstätigkeit in Österreich 36

2.3.1. Der Entwurf eines Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes .. 36
2.3.2. Sozialbetrug 37
2.3.3. Schwarzarbeit und illegale Erwerbstätigkeit 38
2.3.4. Fazit 39

2.4. Fokus der Untersuchung 39

II. Erscheinungsformen ungemeldeter Arbeit in Österreich 41

1. Kettenbetrug oder Sozialversicherungsbetrug mittels Scheinfirmen 41

1.1. Zum Begriff der Scheinfirma 42
1.2. Gründung und Übernahme von Scheinfirmen 43
1.3. Einsatz von Scheinfirmen 47

1.3.1. Subvergabe- oder Subunternehmer-Pyramide 47
1.3.2. Anmeldung von Dienstnehmern zur Sozialversicherung ... 50

1.3.2.1. Scheinmeldungen 51
1.3.2.2. Anmeldung tatsächlich beschäftigter Personen 51
1.3.2.2.1. Auslagerung von Dienstnehmern auf Subfirmen 51

1.3.2.2.2. Anmeldung von DN eines in der Informalität agierenden Überlassers/Vermittlers ... 52
1.3.2.2.3. Anmeldung von eigenständigen Arbeiterpartien ... 52
1.3.3. Verkauf von Schein- und Deckungsrechnungen ... 52
1.4. Begleiterscheinungen ... 54
1.4.1. Missbräuchlicher Bezug von Insolvenzentgelt ... 54
1.4.1.1. Der Insolvenz-Entgelt-Fonds ... 54
1.4.1.2. Missbrauchsszenario ... 54
1.4.1.3. Die Judikaturlinie des ASG und OLG Wien ... 55
1.4.2. Missbräuchliche Inanspruchnahme von Arbeitslosengeld 57
1.4.3. Erschleichung von Aufenthaltstiteln ... 58
1.4.4. Kreditbetrügereien ... 58
1.4.5. „Wochengeldfälle" ... 58
1.4.6. Missbräuchlicher Bezug der durch das AMS gewährten Eingliederungsbeihilfe „Come Back" ... 59
1.4.7. Rückzahlung fiktiver Lohnsteuergutschriften ... 60
1.5. Strukturen und Netzwerke ... 61
2. Manipulationen der Lohnbuchhaltung ... 65
2.1. Doppelte Lohnverrechnung zur Verschleierung der tatsächlich bezahlten Löhne ... 65
2.2. Scheingeringfügigkeit ... 66
2.3. Lohnsplitting ... 67
3. Scheinselbständigkeit ... 69
4. Scheinentsendung ... 73
4.1. Grundlegendes zur gemeinschaftsrechtlichen Entsendung ... 73
4.1.1. Der Tatbestand der Entsendung ... 73
4.1.1.1. Gewöhnliche Geschäftstätigkeit des DG im Sitzstaat ... 74

4.1.1.2. (Fort)Bestand der arbeitsrechtlichen Bindung zwischen DN und DG ... 75
4.1.1.3. Zeitliche Begrenzung der Tätigkeit im Ausland ... 76
4.1.1.4. Die Bescheinigung der Voraussetzungen des Entsendungstatbestands ... 76

4.2. Scheinentsendung als Umgehungsszenario von Lohn- und Sozialabgaben ... 78

4.2.1. Scheinentsendung durch Schein- bzw Briefkastenfirmen / Rekrutierung von Ortskräften als entsandte DN ... 78
4.2.2. Kettenentsendungen ... 78
4.2.3. Fälschung und Vervielfältigung von Entsendebescheinigungen ... 79

4.3. Beweggründe und Motive ... 79

5. Gänzlich klandestine Schwarzarbeit ... 81

6. Betroffene Branchen ... 81

7. Ursachen ungemeldeter Arbeit ... 83

7.1. These vom Staatsversagen ... 83
7.2. These vom Marktversagen ... 85

III. Gerichtliche Strafbarkeit ungemeldeter Arbeit ... 87

1. Vorenthalten von Dienstnehmerbeiträgen zur Sozialversicherung (§ 153c StGB) ... 87

1.1. Grundlegendes zur Strafnorm ... 87

1.1.1. Schutzzweck der Norm ... 88
1.1.2. Sozialrechtsakzessorietät des Tatbestands und System der gesetzlichen Pflichtversicherung ... 91

1.1.2.1. Sozialversicherung als Versicherung ... 92
1.1.2.2. Sozialversicherung als „soziale" Versicherung ... 92
1.1.2.3. Finanzierung im Umlageverfahren ... 93

1.2. Der DG als unmittelbarer Täter des § 153c StGB 94

1.2.1. Der sozialversicherungsrechtliche DG-Begriff 94

1.2.1.1. „Echter" Dienstnehmer iSd § 4 Abs 2 ASVG 96

1.2.1.1.1. Persönliche Abhängigkeit 97

1.2.1.1.2. Wirtschaftliche Abhängigkeit 97

1.2.1.1.3. Entgeltlichkeit 98

1.2.1.1.4. Beschäftigung 98

1.2.1.2. „Freier" Dienstnehmer iSd § 4 Abs 4 ASVG 101

1.2.1.2.1. Freier Dienstvertrag 101

1.2.1.2.2. Qualifizierte DG-Eigenschaft 102

1.2.2. Die Abgrenzung zwischen DG und Auftraggeber bei Scheinselbständigkeit 102

1.2.3. Arbeitskräfteüberlassung und DG-Eigenschaft? 103

1.2.3.1. Grundlegendes zur Arbeitskräfteüberlassung 103

1.2.3.2. Abgrenzung zur Arbeitsvermittlung 104

1.2.3.3. Grenzüberschreitende Arbeitskräfteüberlassung 105

1.2.4. Juristische Personen als DG und Erweiterung der unmittelbaren Täterschaft gem § 153c Abs 2 StGB 105

1.2.4.1. Juristische Personen und Personengemeinschaften ohne Rechtspersönlichkeit 105

1.2.4.2. Angehörige des zur Vertretung befugten Organs 107

1.2.4.3. Strafbarkeit bei Delegation 109

1.3. Tatobjekt – Beiträge eines Dienstnehmers zur Sozialversicherung 110

1.3.1. Ex-lege Versicherung und Beitragsanspruch 110

1.3.2. Beitragsbegriff in der Sozialversicherung 111

1.3.3. Beitragsgrundlage 114

1.3.3.1. Beitragsgrundlage bei Nettolohnvereinbarung und Schwarzlohnabrede 115

1.3.3.2. Schätzung der Beitragsgrundlage 116

1.3.3.3. Beitragsgrundlage bei Umqualifizierung von Werkverträgen in Dienstverhältnisse bei Scheinselbständigkeit? 118

1.3.4. Beitragsanspruch und grenzüberschreitende Beschäftigung 118

1.3.4.1. Differenzierung zwischen nationalem, bilateralem und gemeinschaftsrechtlichem Kollisionsrecht 118

1.3.4.2. Die Bindungswirkung einer A1-Bescheinigung im Anwendungsbereich des europäischen Sozialrecht 120

1.4. Tathandlung – Vorenthalten von DN-Beiträgen 121

1.4.1. Schlichtes Unterlassungsdelikt vs Erfolgs-Unterlassungsdelikt? 121

1.4.2. Vorenthalten vs Einbehalten? 123

1.4.2.1. Historische Entwicklung der Pönalisierung des Vorenthaltens einbehaltener DN-Beiträge 123

1.4.2.1.1. Vorenthalten als Veruntreuung? 123

1.4.2.1.2. Die Strafnorm des § 533 RVO 124

1.4.2.1.3. Die Strafnorm des § 114 ASVG 126

1.4.2.2. Auslegung des Vorenthaltens gem § 153c StGB 128

1.4.3. Möglichkeit der Vornahme des gebotenen Tuns und Strafbarkeit der Herbeiführung eines Defektzustands? ... 131

1.4.3.1. Problemstellung: Individuelle Handlungsfähigkeit 131

1.4.3.2. Herbeiführung des Defektzustands als strafbarer Versuch? 133

1.4.3.3. Vorverlagerung der Strafbarkeit durch die Rechtsfigur der omissio libera in causa? 136

1.4.3.3.1. Meinungsstand in der österreichischen Lehre und Rspr. 137

1.4.3.3.2. Kritik 139

1.4.3.3.3. Ergebnis 142

1.4.4. Vorenthalten bei ungewidmeten Zahlungen in Höhe der DN-Anteile? 143

1.4.5. Vorenthalten bei Zahlungsanfechtung der Beitragsentrichtung? ... 145
1.4.6. Vorenthalten bei Widerruf einer A1-Entsendebescheinigung durch den ausstellenden Träger ... 146
1.4.7. Deliktsvollendung ... 150

1.4.7.1. Selbstabrechnungs- oder Lohnsummenverfahren ... 150
1.4.7.2. Vorschreibeverfahren ... 151

1.4.8. Berechtigter Sozialversicherungsträger ... 152

1.5. Subjektiver Tatbestand und Irrtumsproblematik ... 152
1.6. Rechtswidrigkeit ... 154

1.6.1. Rechtfertigende Einwilligung ... 154
1.6.2. Rechtfertigender Notstand ... 154
1.6.3. Pflichtenkollision ... 155

1.7. Tätige Reue ... 156

1.7.1. Strafaufhebung gem Z 1 ... 157

1.7.1.1. Strafaufhebende Wirkung der Zahlungen Dritter ... 157
1.7.1.2. Strafaufhebung bei Leistung der Beiträge durch den DG im Strafverfahren gegen den Geschäftsführer ... 159
1.7.1.3. Strafaufhebung bei erfolgreicher Anfechtung von Beitragsnachzahlungen ... 160
1.7.1.4. Strafaufhebung bei Sanierungsplan im Insolvenzverfahren ... 161

1.7.2. Strafaufhebung gem Z 2 ... 161
1.7.3. Wiederaufleben der Strafbarkeit ... 162

1.8. Fazit ... 162

2. Betrügerisches Vorenthalten von Sozialversicherungsbeiträgen und Zuschlägen nach dem Bauarbeiter- Urlaubs- und Abfertigungsgesetz (§ 153d StGB) ... 165

2.1. Entstehungsgeschichte und Schutzzweck ... 165
2.2. Täterkreis ... 166

2.2.1. Arbeitgeberbegriff des BUAG ... 166
2.2.2. Strafbarkeit leitender Angestellter ... 168

2.3. Tathandlung – Betrügerisches Vorenthalten von SV-Beiträgen und BUAG-Zuschlägen ... 169

2.3.1. Beiträge zur Sozialversicherung und Zuschläge nach dem BUAG ... 170

2.3.1.1. Beiträge zur Sozialversicherung ... 170
2.3.1.2. Zuschläge nach dem BUAG ... 172
2.3.1.3. Exkurs: Strafbarkeit wegen Nichtzahlens der Zuschläge gem § 32 Abs 1 Z 5 BUAG ... 173

2.3.2. Die Anmeldung zur Sozialversicherung ... 173

2.3.2.1. Die elektronische Anmeldung via ELDA ... 174
2.3.2.2. Die Anmeldung in Papierform ... 174

2.3.3. Die Meldung bei der BUAK ... 175
2.3.4. Betrügerisches Vorenthalten und Unmöglichkeit der Leistung ... 176
2.3.5. Nötige inhaltliche Korrelation zwischen Anmeldung und Vorenthalten? ... 180

2.3.5.1. Verkürzung von Beiträgen und Zuschlägen im Baugewerbe – ein Tatbild, zwei Deliktstypen? ... 180
2.3.5.2. „Mindermeldung" und Vorenthalten bei Scheingeringfügigkeit ... 180
2.3.5.3. Strafbarkeit bei Stornierung der Anmeldung durch den DG? ... 181

2.3.6. Schadensqualifikation ... 182
2.3.7. Deliktsvollendung ... 182

2.4. Subjektiver Tatbestand ... 183
2.5. Tätige Reue ... 183
2.6. Aspekte der Anwendung des Tatbestands in der strafgerichtlichen Praxis ... 185

2.6.1. Ausforschen der Täter und Feststellung der DG-Eigenschaft 185
2.6.2. Mangelnde Tatbestandsmäßigkeit von Scheinmeldungen 187
2.6.3. Betrügerisches Vorenthalten 187
2.6.4. Berechnung der Beitrags- und Zuschlagsausfälle 188

2.7. Fazit 189

3. Organisierte Schwarzarbeit (§ 153e StGB) 191

3.1. Entstehungsgeschichte und Schutzzweck 191
3.2. Täter 193
3.3. Tatobjekt – illegale Erwerbstätige 193

3.3.1. Die erforderliche Anmeldung zur Sozialversicherung 194

3.3.1.1. Scheinselbständigkeit 196
3.3.1.2. Scheinentsendung 197
3.3.1.3. Scheingeringfügigkeit 197

3.3.2. Die erforderliche Gewerbeberechtigung 197

3.3.2.1. Gewerberechtliche Grundlagen 198
3.3.2.2. Erforderliche Gewerbeberechtigung? 199

3.4. Tathandlungen 201

3.4.1. Gewerbsmäßigkeit 201
3.4.2. Anwerben, Vermitteln oder Überlassen von Personen iSd Z 1 201
3.4.3. Beschäftigen oder Beauftragen einer größeren Zahl iSd Z 2 204

3.4.3.1. Größere Zahl und Gleichzeitigkeit 204
3.4.3.2. Beschäftigen und Beauftragen 205

3.4.4. Führende Tätigkeit 207

3.5. Subjektiver Tatbestand 208
3.6. Fazit 209

4. Die Hinterziehung von Lohnabgaben 211

4.1. Ausgangsbeispiele 211
4.2. Grundlegendes zum FinStrG 213
4.3. (Lohn)Abgabenhinterziehung gem § 33 Abs 2 lit b FinStrG 215

4.3.1. Täter 216

4.3.1.1. Der DG als unmittelbarer Täter 216
4.3.1.2. Erweiterung des Täterkreises: Vertreter und Wahrnehmende 218

4.3.2. Tatobjekt – Gegenstand der Besteuerung 220

4.3.2.1. Die Lohnsteuer und der Arbeitslohn als Bemessungsgrundlage 220
4.3.2.2. DG-Beiträge zum Familienlastenausgleichsfonds 221
4.3.2.3. Zuschläge zum DG-Beitrag 222
4.3.2.4. Lohnabgabenpflicht im Inland 222
4.3.2.5. Feststellung der Bemessungsgrundlage, des strafbestimmenden Wertbetrags und Schätzung im Strafverfahren? 224

4.3.3. Tathandlung 226

4.3.3.1. Verletzung der Pflicht zur Führung von Lohnkonten 226
4.3.3.2. Bewirken einer Verkürzung 228

4.3.4. Subjektiver Tatbestand 231

4.4. Exkurs: Die Finanzordnungswidrigkeit des § 49 Abs 1 lit a FinStrG 232
4.5. Exkurs: Die Hinterziehung von KommSt gem § 15 KommStG 233
4.6. Qualifizierte Begehungsweisen des § 33 Abs 2 lit b FinStrG 235

4.6.1. Gewerbsmäßige Tatbegehung gem § 38 FinStrG 235
4.6.2. Bei Begehung als Mitglied einer Bande gem § 38a FinStrG 236

4.6.3. Abgabenbetrug gem § 39 Abs 1 FinStrG ... 237

4.6.3.1. Unter Verwendung ... 238
4.6.3.2. § 39 Abs 1 lit a FinStrG – Urkunden, Daten, Beweismittel241
4.6.3.3. § 39 Abs 1 lit b FinStrG – Scheingeschäfte und Scheinhandlungen ... 243
4.6.3.4. Strafdrohung ... 244

4.7. Möglichkeiten der Strafbefreiung ... 245

4.7.1. Die Selbstanzeige gem § 29 FinStrG ... 245

4.7.1.1. Darlegung der Verfehlung und Offenlegung der bedeutsamen Umstände ... 246
4.7.1.2. Rechtzeitigkeit der Selbstanzeige ... 247
4.7.1.3. Schadensgutmachung – tatsächliche und fristgerechte Entrichtung ... 249
4.7.1.4. Täternennung und neuerliche Selbstanzeige ... 250
4.7.1.5. Vergleich zu den Reueregelungen der §§ 153c Abs 3, 167 StGB ... 251

4.7.2. Strafbefreiung in besonderen Fällen (Verkürzungszuschlag) gem § 30a FinStrG ... 251

4.8. Fazit ... 254

5. Illegale Ausländerbeschäftigung gem § 28c AuslBG .. 257

5.1. Entstehungsgeschichte und Schutzzweck ... 257
5.2. Täter ... 259
5.3. Tathandlung ... 261

5.3.1. Ausländer ohne Aufenthaltsrecht im Bundesgebiet ... 261
5.3.2. Beschäftigung iSd AuslBG ... 262

5.3.2.1. Arbeits- oder arbeitnehmerähnliches Verhältnis ... 262
5.3.2.2. Beschäftigung von Arbeitsgesellschaftern ... 263
5.3.2.3. Beschäftigung von Scheinselbständigen im Rahmen von Werkverträgen ... 264

5.3.3. Beschäftigung einer größeren Zahl oder eines minderjährigen Ausländers ... 265

5.4. Begehungsweisen iSd § 28c Abs 2 AuslBG ... 265

5.4.1. Beschäftigung unter besonders ausbeuterischen Bedingungen ... 266

5.4.2. Wissentliche Beschäftigung eines Opfers von Menschenhandel ... 267

5.4.3. Beschäftigung einer größeren Zahl für mehr als einen Monat ... 268

5.5. Fazit ... 270

6. Abgrenzungen und Konkurrenzen ... 271

6.1. Unproblematische Abgrenzungen ... 271

6.2. Fragwürdige Abgrenzungen ... 272

6.2.1. Verhältnis der §§ 153c, d StGB zu den §§ 146 ff StGB ... 272

6.2.2. Verhältnis der §§ 153c, d StGB zu den Kridatatbeständen ... 275

6.2.2.1. §§ 153c, d StGB und § 158 StGB ... 275

6.2.2.2. §§ 153c, d StGB und § 156 StGB ... 276

6.2.3. Auswirkungen der Subsidiaritätsklausel des § 28c Abs 3 AuslBG ... 277

6.2.3.1. Reichweite der Subsidiarität? ... 277

6.2.3.2. Wiederaufleben der Strafbarkeit des § 28c AuslBG bei tätiger Reue? ... 280

7. Exkurs: Die Regelung des Art III SozBeG ... 281

7.1. Die GPlA als Maßnahme iSd § 86 EStG ... 283

7.2. Kontrollmaßnahmen der Finanzpolizei iSd § 89 Abs 3 EStG ... 284

IV. Conclusio – Ungemeldete Arbeit und Kriminalstrafrecht ... 287

1. Zusammenschauende Erkenntnisse ... 287

1.1. Die Bekämpfung ungemeldeter Arbeit als Arbeitgeberstrafrecht ... 287
1.2. Uneinheitliche Ausgestaltung der Hinterziehungstatbestände ... 287

1.2.1. Unterschiedliche tatbestandsmäßige Anknüpfungen – willkürliche Verankerung im Kriminal- oder Verwaltungsstrafrecht ... 288
1.2.2. Punktuelle Pönalisierung fahrlässiger Verkürzungen ... 290
1.2.3. Uneinheitliche Strafdrohungen ... 290
1.2.4. Uneinheitliche Reueregelungen ... 290

1.3. Spezialtatbestände zur Erfassung ungemeldeter Arbeit (§§ 153e StGB, 28c AuslBG) ... 291

2. Die Rolle des Kriminalstrafrechts bei der Bekämpfung ungemeldeter Arbeit ... 293

2.1. Aufgabe des Kriminalstrafrechts ... 293
2.2. Erforderlichkeit der strafrechtlichen Bekämpfung? ... 294
2.3. Steuerungspotential des Strafrechts ... 296

3. Kriminalpolitische Denkanstöße zur künftigen strafrechtlichen Verfolgung ungemeldeter Arbeit ... 299

3.1. Arbeitsstrafrecht als klassische Querschnittsmaterie ... 299
3.2. Ausbau des FinStrG in ein umfassendes Abgaben- und Beitragsstrafrecht ... 300

3.2.1. Materiell-rechtliche Implikationen ... 300
3.2.2. Institutionelle Implikationen ... 303

3.3. Spezialtatbestände ... 304

3.3.1. § 153d StGB als Scheinfirmenparagraph? ... 304
3.3.2. Zukunft des § 153e StGB? ... 308
3.3.3. Abschaffung des § 28c AuslBG ... 308

4. Schlusswort ... 309

Anhang **311**

A. Literaturverzeichnis 311
B. Zitierte Gesetzesmaterialien 341
C. Zitierte Judikatur 343