



Fallstricke im Beschäftigungsverhältnis

Im Blickpunkt: Compliance-risiko Scheinselbständigkeit, Schwarzarbeit und Sozialversicherungsbruch

Von Dr. André-M. Szesny, LL.M., und Anna Coenen

Schwarzarbeit, Scheinselbständigkeit, Mindestlohnverstöße und Sozialversicherungsbruch kommen alltäglich vor – nicht nur, wie man meinen möchte, im Bereich der organisierten Kriminalität. Unachtsamkeit und mangelnde Sensibilität für sozialversicherungs- und steuerrechtliche Grenzen des Einsatzes von Honorarkräften, General- und Nachunternehmern führen bei Fehlern zu Nachzahlungen von Steuern und Sozialabgaben nebst Verzugszinsen und Säumniszuschlägen. Schlimmstenfalls kommt die Staatsanwaltschaft ins Spiel: Bei Steuerhinterziehung und Sozialversicherungsbeitragsbruch drohen Geld- und Freiheitsstrafen. Die jüngst diskutierten Fälle um Ryanair-Piloten, Aushilfsbusfahrer oder Paketboten zeigen, dass es in unter-

schiedlichsten Branchen Compliancerisiken in den Beschäftigungsverhältnissen gibt.

Kostensparmodell Schwarzarbeit?

Unter Schwarzarbeit versteht man Beschäftigungsverhältnisse, im Rahmen derer der Arbeitgeber (in der Regel, aber nicht zwingend bewusst) seine sozialversicherungsrechtlichen Meldepflichten nicht erfüllt, um Steuern und Sozialabgaben nicht abführen zu müssen. Schwarzarbeit kommt in verschiedenen Varianten vor. Die wichtigsten sind:

- **Scheinselbständigkeit:** Der Mitarbeiter wird als Selbständiger eingesetzt. Nach objektiven Kriterien handelt es sich aber um ein sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis. Dies geschieht in der Praxis teilweise gezielt, um Lohnsteuer und Sozialversicherungsbeiträge zu sparen, teilweise aber auch aus Unachtsamkeit oder mangelnder Sensibilisierung für die nicht immer einfache Abgrenzung zwischen Selbständigkeit und sozialversicherungspflichtiger Arbeit.

Die Rechtsprechung hat Differenzierungskriterien entwickelt: Für Selbständigkeit sprechen eine gewisse unternehmerische Entscheidungsfreiheit und spiegelbildlich hierzu das Bestehen eines unternehmerischen Risikos. Auch die Möglichkeit, unternehmerische Chancen wahrzunehmen und Eigenwerbung zu betreiben, sind Merkmale der Selbständigkeit. Bezeichnend ist darüber hinaus, dass Leistungen im eigenen Namen und auf eigene Rechnung erbracht werden. Schließ-

lich trägt der Selbständige ein Unternehmerrisiko und kann unter anderem in Bezug auf Einkaufs- und Verkaufspreise, Personalangelegenheiten, den Einsatz von Maschinen und Kapital und den Umfang von Werbe-/PR-Maßnahmen allein entscheiden.

- **Beitragshinterziehung:** Der Arbeitgeber zahlt dem Arbeitnehmer sein gesamtes Arbeitsentgelt aus, ohne dies zur Sozialversicherung anzumelden. Um diese Ausgaben steuerlich geltend machen zu können, werden regelmäßig Scheinrechnungen erstellt oder gekauft. Scheinrechnungen sind gefälschte oder nicht leistungsunterlegte Rechnungen.
- **Beitragshinterziehung durch teilweise Barauszahlung:** Der Arbeitgeber meldet den Arbeitnehmer mit einem niedrigeren Betrag zur Sozialversicherung an und zahlt die Differenz des vereinbarten Entgelts bar aus. Auch hier werden häufig Scheinrechnungen in die Buchhaltung gegeben.
- **Nicht angemeldete geldwerte Vorteile:** Der Arbeitgeber gewährt dem Arbeitnehmer neben seinem Arbeitsentgelt geldwerte Vorteile wie beispielsweise Verpflegung oder einen Fahrtkostenzuschuss, die er aber nicht zur Sozialversicherung anmeldet.
- **Verstoß gegen das Mindestlohngesetz und Sozialversicherungsbeitragsbetrug:** Ein geringfügig Beschäftigter erhält den gesetzlichen Höchstlohn in Höhe von 450 Euro, er arbeitet aber mehr als 50,9 Stunden im Monat. Zum einen wird der gesetzliche Mindestlohn in Höhe

von 8,84 Euro unterschritten, und zum anderen werden Sozialversicherungsbeiträge nicht abgeführt.

- **Lohnsplitting:** Ein einheitliches Arbeitsverhältnis teilt sich nach außen hin auf mehrere verschiedene Arbeitnehmer auf. Beispielsweise werden die von einem Arbeitnehmer geleisteten Überstunden an einen Dritten im Rahmen eines geringfügigen Beschäftigungsverhältnisses ausgezahlt, um zusätzliche Sozialversicherungsbeiträge nicht abführen zu müssen.

Zunehmende Verfolgungsintensität

Durch die Einführung neuer und die Verschärfung bestehender Gesetze hat die gesetzliche Ausgestaltung der arbeitsmarktbezogenen Straf- und Ordnungswidrigkeiten in den vergangenen Jahren eine rasante Entwicklung genommen. Zugleich hat die Verfolgungsintensität durch den Auf- und Ausbau eines spezifischen Ermittlungsapparats – Koordinierungsstellen und Ermittlungsgruppen im Bereich der illegalen Beschäftigung, insbesondere der Finanzkontrolle Schwarzarbeit (FKS) – drastisch zugenommen. Verdachtsunabhängige Betriebsprüfungen auf Baustellen und in den Geschäftsräumen von Unternehmen haben oftmals die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens gegen den Überprüften und seine Vertragspartner wegen Vorenthaltens und Veruntreuens von Arbeitsentgelt gemäß § 266a StGB, Ordnungswidrigkeiten- und Straftatbestände nach dem Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz sowie Steuerhinterziehung zur Folge. Kommt es zu einem Verfahren, werden die Betroffenen oftmals von unangemeldeten ▶

Durchsuchungen durch Spezialeinheiten der Polizei und des Zolls, sowohl in ihren Geschäfts- als auch Wohnräumen, überrascht.

Mögliche Rechtsfolgen

Verpflichtet zur Abführung der Sozialversicherungsbeiträge, sowohl des Arbeitnehmer- als auch des Arbeitgeberanteils, ist stets der Arbeitgeber. Zugleich ist der Arbeitgeber verpflichtet, die fällige Lohnsteuer abzuführen. Kommt der Arbeitgeber seinen Pflichten nicht nach, macht er sich mindestens wegen Steuerhinterziehung (§ 370 Abgabenordnung) und Vorenthaltung und Veruntreuung von Arbeitsentgelt (§ 266a Strafgesetzbuch) strafbar. Beide Straftatbestände sind mit einer Freiheitsstrafe von bis zu fünf Jahren oder einer Geldstrafe je Tat bedroht. In besonders schweren Fällen, die bereits bei nicht abgeführten Sozialversicherungsbeiträgen oder Steuern in Höhe von jeweils 50.000 Euro beginnen, beträgt das Strafmaß sogar sechs Monate bis zu zehn Jahren.

Konsequenzen für das Unternehmen

Neben den strafrechtlichen Folgen für die Verantwortlichen des betroffenen Unternehmens können arbeitsstrafrechtliche Verstöße auch weitreichende Konsequenzen für das Unternehmen selbst nach sich ziehen. Gemäß § 30 OWiG können von Leitungsverantwortlichen verwirklichte Verstöße mit einer Unterneh-

mensgeldbuße von bis zu 10 Millionen Euro geahndet werden.

Darüber hinaus können durch den Verstoß erlangte Vorteile, etwa durch die rechtswidrige Gestaltung ersparte Aufwendungen und Löhne, gemäß § 29a OWiG eingezogen werden. Auch die mit derartigen Sanktionen verbundenen Nebenfolgen dürfen nicht außer Acht gelassen werden. Bereits ab einem Bußgeld von mehr als 200 Euro droht die Eintragung in das Gewerbezentralregister und unter Umständen in das Wettbewerbsregister, das im Jahr 2019/2020 in Betrieb genommen wird. Bei einem negativen Eintrag in das Gewerbe- oder das Wettbewerbsregister droht die Gefahr, künftig von der Vergabe öffentlicher Aufträge ausgeschlossen zu werden.

Neben den straf- und ordnungswidrigkeitenrechtlichen Folgen drohen dem Arbeitgeber umfangreiche Nachzahlungen von Sozialversicherungsbeiträgen und Lohnsteuer sowie Säumniszuschläge. Regelmäßig übersteigen die nachzuzahlenden Beträge die ursprünglich zu zahlenden Sozialversicherungsbeiträge und Lohnsteuern um ein Vielfaches. Erschwerend kommt hinzu, dass vorsätzlich vorenthaltene Sozialversicherungsbeiträge erst 30 Jahre nach Ablauf des Kalenderjahrs, in dem sie fällig geworden sind, verjähren. Auch die vorenthaltene Lohnsteuer muss der Arbeitgeber nachzahlen, wobei die Verjährungsfrist bei vorsätzlichen Verstößen zehn Jahre beträgt.

Ausweg aus der Haftungsfalle

Wer feststellt, dass im Rahmen eines Vertragsverhältnisses Sozialversicherungsbeiträge und Lohnsteuer hinterzogen werden, muss handeln. In Betracht kommt eine strafbefreiende Selbstanzeige. Für Steuerdelikte sieht der Gesetzgeber eine solche ausdrücklich vor. Zwar sieht der Gesetzgeber auch in Fällen des Vorenthaltens und Veruntreuens von Arbeitsentgelt die Möglichkeit einer Strafbefreiung vor. Die in § 266a Abs. 6 StGB normierten Voraussetzungen unterscheiden sich aber deutlich von den Voraussetzungen einer steuerlichen Selbstanzeige nach der Abgabenordnung; wohl aufgrund ihrer sehr strikten Voraussetzungen kommt die Selbstanzeige in der Praxis kaum zur Anwendung. Dennoch wirkt sich die Offenlegung eines Verstoßes gegen § 266a StGB strafmildernd aus.

Jedenfalls müssen derartige Anzeigen gut aufeinander abgestimmt werden und idealerweise den einbezogenen Behörden gemeinsam und unter Hinweis auf die Anzeigen an die anderen Behörden zur Kenntnis gebracht werden. Andernfalls können vermeintlich „gut gemeinte“ Offenlegungen bei Behörden zu einem Bumerang für das Unternehmen, seine Verantwortlichen und Vertragspartner werden.

Besser vorbeugen!

Nicht nur angesichts der zunehmenden Verfolgungsintensität und der damit einhergehenden Gefahren müssen Unternehmen und ihre Verantwortlichen, unabhängig von ihrer Branchenzugehörigkeit, die Einhaltung arbeitsstrafrechtlicher Normen sicherstellen. ▶

Die Einhaltung gesetzlicher Regelungen, die auch die Normen sozialen Zusammenlebens bilden, sollte per se – und nicht nur im Bereich der Beschäftigungsverhältnisse – zum Selbstverständnis eines jeden Unternehmens gehören. Hierbei müssen Unternehmensleitung und Führungskräfte als Vorbild wirken und die Unternehmenswerte glaubwürdig gegenüber der Belegschaft vertreten (Tone from the Top), Konsequenzen bei Verstößen auch in den eigenen Reihen ziehen und die Unternehmensethik als gleichberechtigten Maßstab neben dem wirtschaftlichen Erfolg etablieren.

Zwar sind bestimmte Branchen wie etwa der Bausektor, die Gastronomie oder die Logistikbranche besonders anfällig für Verstöße gegen das Mindestlohngesetz, das Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz oder für Verstöße gegen das Beschäftigungsverbot von Ausländern ohne Arbeitserlaubnis. In letzter Zeit sehen sich aber auch die Verantwortlichen aus anderen Branchen vermehrt mit arbeitsstrafrechtlichen Vorwürfen konfrontiert.

Es gilt, sämtliche Arbeitsverhältnisse sowie Vertragsverhältnisse mit Dritten, in deren Rahmen Dienst- oder Werkleistungen erbracht werden, zu überprüfen, insbesondere auf ihre Vereinbarkeit mit Steuer- und Sozialversicherungsrecht hin. Wer auffällige Sachverhalte identifiziert, muss unverzüglich reagieren und seine Arbeitsorganisation umstellen oder Vertragsverhältnisse kündigen. Denn diese Sachverhalte könnten bereits Gegenstand der nächsten Außen- oder Betriebsprüfung sein. ◀

Hinweis der Redaktion: Zum Thema dieses Beitrags veranstaltet Heuking Kühn die Compliancefrühstücke „Fallstricke im Beschäftigungsverhältnis“ am 21.06.2018 in Düsseldorf, am 28.06.2018 in Frankfurt am Main, am 13.09.2018 in München und am 20.09.2018 in Hamburg. Alle Informationen finden Sie [HIER](#). (tw)



Dr. André-M. Szesny, LL.M.,

Rechtsanwalt, Partner, Heuking Kühn Lüer Wojtek, Düsseldorf/Frankfurt am Main

a.szesny@heuking.de



Anna Coenen,

Rechtsanwältin, Heuking Kühn Lüer Wojtek, Düsseldorf

a.coenen@heuking.de
www.heuking.de