

# Scheinselbständigkeit als Straftat

Von

Denis Lanzinner



Duncker & Humblot · Berlin

# Inhaltsverzeichnis

Einleitung .....	17
------------------	----

## *Kapitel 1*

<b>Grundlagen</b> .....	19
-------------------------	----

§ 1 Terminologie .....	19
A. Begriff der Scheinselbständigkeit .....	19
I. Geläufige Begriffserklärungen und Definitionen .....	19
II. Stellungnahme .....	20
B. Schattenwirtschaft, Schwarzarbeit und illegale Beschäftigung .....	21
C. Scheinselbständigkeit und „Neue Selbständigkeit“ .....	23
§ 2 Vorstrafrechtliche Grundlagen .....	23
A. Sozialrechtliche Grundlagen .....	24
I. Typusbegriff Beschäftigung .....	24
II. Merkmale einer Beschäftigung .....	25
III. Gesamtbetrachtung maßgeblich .....	26
B. Außerstrafrechtliche Rechtsfolgen .....	26
I. Sozialrecht .....	27
II. Arbeitsrecht .....	29
III. Steuerrecht .....	30
1. Einkommensteuer .....	30
2. Umsatzsteuer .....	31
3. Gewerbesteuer .....	31
C. Vorteile und Risiken der Scheinselbständigkeit .....	31
I. Vorteile .....	32
1. Regelfall: Vorteilhaft für den Auftraggeber .....	32
2. Auftragnehmer .....	33
3. Ausnahmen? .....	34
II. Risiken im Falle der „Enttarnung“ .....	34
1. Sozialrecht .....	35
2. Arbeitsrecht .....	36
3. Steuerrecht .....	37

III. Zusammenfassung .....	38
§ 3 Aktuelle Bedeutung und Verbreitung .....	39
§ 4 Strafrechtliche Problemstellung .....	41

## *Kapitel 2*

<b>Einzelne Straftatbestände</b> .....	<b>42</b>
§ 5 Beitragsstrafrecht, § 266a StGB .....	42
A. § 266a I StGB .....	42
I. Objektiver Tatbestand .....	42
1. Bestimmung des Arbeitgebers .....	44
a) Möglichkeiten außerstrafrechtlicher Anknüpfung des Merkmals Arbeitgeber .....	44
b) Strafrechtlich eigenständige Begriffsbestimmung? .....	46
c) Sozialrechtsakzessorische Auslegung .....	47
d) Verfassungsrechtliche Bedenken? .....	49
e) Arbeitgeberstellung bei Arbeitnehmerüberlassung .....	50
aa) Arbeitnehmerüberlassung im „Normalfall“ des § 266a StGB ...	50
bb) Arbeitnehmerüberlassung von Scheinselbstständigen? .....	52
(1) Lohnschlachter-Entscheidung des BGH .....	53
(2) Analyse .....	53
(3) Fazit .....	54
f) Zwischenschaltung von Gesellschaften .....	55
aa) Beitragsrechtlicher Hintergrund .....	55
bb) Sozial- und strafrechtliche Bewertung .....	56
g) Zusammenfassung .....	56
2. Beiträge des Arbeitnehmers .....	57
a) Scheinselbständigkeit und geringfügige Beschäftigung .....	58
b) Weitere Probleme der Beitragsschuld .....	59
3. Vorenthalten .....	60
a) Möglichkeit und Zumutbarkeit der Zahlung .....	60
b) Anwendungsbereich bei Scheinselbständigkeit .....	61
c) Entscheidung des BGH vom 11.08.2011 – 1 StR 295/11 .....	61
d) Bedeutung für die Scheinselbständigkeit .....	62
e) Kritik .....	62
f) Ultra posse nemo obligatur .....	63
II. Subjektiver Tatbestand .....	64
1. Bezugspunkte des Vorsatzes .....	64

2. Besonderheiten bei Scheinselbständigkeit .....	65
3. Stellungnahme .....	66
4. Maßgeblichkeit des normativen Tatbestandsmerkmals Arbeitgeber ....	67
5. Einzelne Kriterien .....	67
a) Im konkreten Erwerbsverhältnis .....	68
aa) Vertragsgestaltung .....	68
bb) Behördliche Handlungen .....	69
(1) Gründungszuschuss, § 93 SGB III .....	69
(2) Gewerbeanmeldung .....	70
(3) Steuerbescheide .....	70
(4) Betriebsprüfungen, § 28p SGB IV .....	71
cc) Falscher Rechtsrat .....	72
dd) „Entscheidende“ Einzelmerkmale .....	73
ee) „Grenznähe“ .....	74
b) Allgemeine / Weitere .....	74
aa) Laufende und abgeschlossene andere Verfahren .....	74
bb) Beschäftigung von Arbeitnehmern und freien Mitarbeitern ....	75
cc) Geschäftserfahrung .....	76
dd) Branche .....	76
6. Fazit .....	77
III. Probleme der Strafzumessung und § 266a IV StGB .....	77
1. Schadensermittlung .....	78
a) Ausgangslage bei Scheinselbständigkeit .....	78
b) § 14 II 2 SGB IV .....	79
aa) Tatbestandsvoraussetzungen .....	79
(1) Nichtzahlung von Steuern und Beiträgen .....	79
(2) Illegales Beschäftigungsverhältnis .....	80
bb) Scheinselbständigkeit als Fall des § 14 II 2 SGB IV .....	81
c) Schadensermittlung bei Scheinselbständigkeit .....	82
aa) Einnahmen des Beschäftigten .....	82
bb) Keine „einschrittige“ Berechnung des Bruttoarbeitsentgelts ....	82
cc) Anwendung des Abtastverfahrens .....	83
dd) Sonderproblem: „Untertarifliche Bezahlung“ .....	84
d) Ergebnis .....	84
2. Besonders schwere Fälle, § 266a IV StGB .....	85
a) § 266a IV 2 Nr. 2 StGB .....	85
b) § 266a IV 2 Nr. 1 StGB .....	86
aa) Beitragsvorenthaltung in großem Ausmaß .....	86
bb) Handeln aus grobem Eigennutz .....	87
c) Unbenannte besonders schwere Fälle? .....	88

IV. Beteiligung des Scheinselbstständigen	88
1. Mögliche Beteiligungsformen	89
2. Kein Fall der straflosen notwendigen Teilnahme	90
a) Grundlagen	90
b) § 266a I StGB als Begegnungsdelikt	91
c) Überschreitung der Mindestbeteiligung durch den Scheinselbstständigen	92
d) Besonderheiten des § 266a I StGB	93
3. Haupttat und Teilnahmehandlungen	94
4. Vorsatz	95
5. Strafzumessung, § 28 I StGB	95
6. Ergebnis	96
V. Verfolgungsverjährung	97
1. Bedeutung bei Scheinselbstständigkeit	98
2. Gegenstimmen	98
3. Verfassungsrechtliche Bedenken	99
4. Verjährungsbeginn mit Verstreichen des Fälligkeitszeitpunkts	100
VI. Absehen von Strafe, § 266a VI StGB	101
VII. Ergebnis	102
B. § 266a II StGB	103
I. Objektiver Tatbestand	103
1. Tathandlungen	104
a) Pflichten des Arbeitgebers und Tathandlungsalternativen	105
aa) „Nur“ Scheinselbstständigkeitsauftraggeber	105
bb) „Auch“ Scheinselbstständigkeitsauftraggeber	105
(1) Meldungen nach § 28a SGB IV	106
(2) Beitragsnachweise, § 28f III SGB IV	106
(3) Fazit	107
b) Bedeutung der Abgrenzung	107
2. Vorenthalten	108
3. Zusammenhang zwischen Täuschungshandlung und Vorenthalten	109
a) Äquivalente Kausalität	109
b) Ausreichen eines „funktionalen Zusammenhangs“	110
c) Verfügungsähnliches Verhalten der Einzugsstelle	110
d) Stellungnahme	111
e) Zwischenergebnis	112
4. Unmöglichkeit	112
5. Zusammenfassung	114
II. Subjektiver Tatbestand	114

III. Strafzumessung und § 266a IV StGB .....	114
1. Schadensermittlung .....	114
2. Besonders schwere Fälle, § 266a IV StGB .....	115
IV. Beteiligung des Scheinselbständigen .....	116
V. Verfolgungsverjährung .....	116
1. § 266a II Nr. 2 StGB .....	117
2. § 266a II Nr. 1 StGB .....	117
VI. Absehen von Strafe, § 266a VI StGB .....	118
VII. Ergebnis .....	118
C. § 266a III StGB .....	119
§ 6 Steuerstrafrecht, §§ 370 ff. AO .....	120
A. Lohnsteuerhinterziehung .....	120
I. Objektiver Tatbestand .....	120
1. Arbeitgeberstellung .....	121
a) Lohnsteuerrechtlicher Arbeitgeberbegriff .....	121
b) Auftraggeber als Arbeitgeber .....	122
c) Besonderheiten bei der Arbeitnehmerüberlassung .....	123
aa) Lohnsteuerlicher Arbeitgeber .....	123
bb) „Lohnschlachter-Konstellationen“ .....	124
2. Lohnzahlung .....	124
3. Tathandlungen .....	125
II. Subjektiver Tatbestand .....	125
III. Strafzumessung .....	126
1. Schadensermittlung .....	127
2. Besonders schwere Fälle, § 370 III AO .....	129
IV. Beteiligung des Scheinselbständigen .....	129
1. Mögliche Beteiligungsformen .....	129
2. Teilnahme in Form der psychischen Beihilfe .....	129
V. Verfolgungsverjährung .....	130
VI. Zwischenfazit .....	131
B. Umsatzsteuerhinterziehung .....	132
I. Auftraggeber .....	133
1. Objektiver Tatbestand .....	133
2. Subjektiver Tatbestand .....	134
II. Auftragnehmer .....	135
1. Objektiver Tatbestand .....	135
2. Subjektiver Tatbestand .....	137

III. Wechselseitige Beteiligung .....	137
1. Teilnahme des Scheinselbstständigen .....	137
a) Regelfall: Psychische Beihilfe .....	138
b) Ausnahme: Physische Beihilfe .....	138
c) Vorsatz .....	138
2. Teilnahme des Auftraggebers .....	139
IV. Besonders schwere Fälle, § 370 III AO .....	139
V. Verfolgungsverjährung .....	140
C. Einkommensteuerhinterziehung .....	141
I. Auftraggeber .....	141
II. Auftragnehmer .....	141
D. Zusammenfassung .....	143
E. Möglichkeit der Selbstanzeige, § 371 AO? .....	143

### Kapitel 3

<b>Auswirkungen behördlicher Feststellungsverfahren</b> .....	<b>146</b>
§ 7 Bedeutung des Anfrageverfahrens nach § 7a SGB IV .....	146
A. Grundlagen .....	147
I. Abgrenzung zu anderen Verfahren .....	148
II. Verfahrenseinleitung und -ablauf .....	148
III. Entscheidung .....	149
B. Sozialrechtliche Wirkungen .....	150
I. Verfahrenswirkung .....	150
1. Verzögerte Beitragspflicht, § 7a VI 1 SGB IV .....	151
2. Verzögerte Fälligkeit, § 7a VI 2 SGB IV .....	151
II. Bindungswirkung der Entscheidung .....	153
C. Auswirkungen auf das Beitragsstrafrecht .....	153
I. Wirkung der Verfahrenseinleitung .....	154
1. § 7a VI 1 SGB IV .....	154
2. § 7a VI 2 SGB IV .....	155
a) Rückwirkung? .....	156
aa) Grundlagen .....	156
(1) Rückwirkungsfiktionen als Grenze der Akzessorietät .....	156
(2) Ausnahmen allenfalls bei Anfechtungsrecht des Täters .....	157
bb) Übertragbarkeit auf § 7a VI 2 SGB IV und §§ 266a I, II StGB ..	158
(1) Allgemeine Grundsätze übertragbar .....	158
(2) Ausnahmen bei Anfechtungsrecht nicht übertragbar .....	159
(3) Eigenständige Privilegierungsgründe? .....	160

cc) Zwischenergebnis .....	160
b) „Vorwirkung“ .....	161
3. Ergebnis .....	162
II. Entscheidungswirkung .....	162
1. Problemstellung .....	162
2. Grundlagen zur Bindungswirkung von Verwaltungsakten .....	163
3. Meinungsstand .....	164
4. Bindungswirkung der Statusentscheidung? .....	165
5. Bindungswirkung sozialgerichtlicher Entscheidungen? .....	166
6. Auswirkungen unterhalb echter Bindungswirkung .....	167
a) Ansicht von <i>Schmitz</i> .....	168
b) Statusentscheidungen .....	168
aa) Kein Einfluss auf die Tatsachenfeststellung .....	169
bb) Beeinflussung der Rechtsanwendung .....	169
c) Gerichtsentscheidungen .....	169
7. Ergebnis .....	170
III. Zusammenfassung – Auswirkungen des Anfrageverfahrens .....	170
1. Feststellung abhängiger Beschäftigung .....	171
2. Feststellung selbständiger Tätigkeit .....	171
D. Auswirkungen auf das Steuerstrafrecht .....	172
§ 8 Die Lohnsteuer-Anrufungsauskunft nach § 42e EStG .....	173
A. Grundlagen .....	173
B. Steuerrechtliche Wirkungen .....	174
C. Auswirkungen auf das Steuer- und Beitragsstrafrecht .....	175
I. (Lohn-)Steuerhinterziehung .....	175
II. Beitragsstrafrecht .....	177

#### *Kapitel 4*

<b>Konstellationen mit Ausländern</b>	<b>178</b>
§ 9 Beitrags- und Steuerstrafrecht .....	178
A. Grundsatz .....	178
B. Sonderproblem: Entsendung .....	179
I. Rechtswirkungen von Arbeitnehmerentsendung und Entsendebescheinigungen .....	179
II. Bedeutung in Scheinselbstständigkeitsfällen .....	181
1. „Selbständigenentsendung“ .....	181
2. Konsequenzen im Steuerrecht .....	182
C. Ergebnis .....	183

§ 10 Illegale Ausländerbeschäftigung .....	183
A. § 10 SchwarzArbG .....	184
I. Ausländer .....	184
II. Beschäftigung .....	184
III. Ungünstige Arbeitsbedingungen .....	185
IV. Vorsatz .....	187
V. Besonders schwere Fälle, § 10 II SchwarzArbG .....	187
VI. Ergebnis .....	187
B. § 11 SchwarzArbG .....	188
I. Einzelregelungen .....	188
II. Anwendung in Scheinselbständigkeitsfällen .....	189
III. Bedeutung .....	189
C. §§ 15, 15a AÜG .....	190
I. Einzelregelungen .....	190
II. Anwendbarkeit in Scheinselbständigkeitsfällen .....	190
III. Bedeutung .....	192
D. Strafbarkeit des Scheinselbständigen .....	192
E. Zusammenfassung .....	193
§ 11 Unionsrechtliche Grundfreiheiten .....	194
A. Grundlagen und Problemstellung .....	194
I. Abgrenzung von Selbständigkeit und Beschäftigung als Prüfungsgegenstand .....	195
II. Entscheidung des BGH vom 27.09.2011 – 1 StR 399/11 .....	195
III. Folgefragen .....	196
B. Einzelne Grundfreiheiten .....	197
I. Niederlassungsfreiheit, Art. 49 AEUV .....	197
1. Persönlicher Anwendungsbereich .....	197
2. Sachlicher Anwendungsbereich .....	198
a) Unionsrechtlich autonome Bestimmung .....	199
b) Kriterien der „Arbeitnehmerstellung“ nach Unionsrecht .....	199
c) Unterschiede zum deutschen Recht? .....	200
aa) Maßgeblicher Vergleichsgegenstand .....	200
bb) Fallgruppen? .....	201
3. Fazit .....	201
II. Dienstleistungsfreiheit, Art. 56 AEUV .....	202
1. Persönlicher Anwendungsbereich .....	203
2. Sachlicher Anwendungsbereich .....	203
C. Ergebnis .....	204

*Kapitel 5***Schlussbetrachtung** 205

§ 12 Reformüberlegungen zum materiellen Beitragsstrafrecht	205
A. Allgemeine Reformbedürftigkeit	205
I. Ähnlichkeit zur Hinterziehung von Anmeldeungssteuern	206
II. Unterschiede	206
III. Keine wesentliche Ungleichheit im Schutzgut	207
IV. Fazit	208
B. Besonderer Reformbedarf wegen Erfassung von Scheinselbstständigkeit	208
I. „Alles oder Nichts“ im subjektiven Tatbestand	208
II. Keine Legalisierungsmöglichkeit langjähriger Erwerbsverhältnisse	209
C. Konkrete Reformvorschläge	209
I. Einführung einer Leichtfertigkeitstraftbarkeit	210
II. Schaffung einer Selbstanzeigemöglichkeit	211
1. Regelung der Selbstanzeige im StGB	212
2. Änderung des SGB IV	213
III. Gesetzliche Verjährungsregelung	214
D. Ergebnis	214
§ 13 Zusammenfassung und Resümee	215
<b>Literaturverzeichnis</b>	217
<b>Sachverzeichnis</b>	230