

Schriften zum Strafrecht

Band 269

Scheinselbständigkeit als Straftat

Von

Denis Lanzinner



Duncker & Humblot · Berlin

DENIS LANZINNER

Scheinselbständigkeit als Straftat

Schriften zum Strafrecht

Band 269

Scheinselbstständigkeit als Straftat

Von

Denis Lanzinner



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg
hat diese Arbeit im Jahre 2014 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten

© 2014 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fremddatenübernahme: Konrad Triltsch GmbH, Ochsenfurt

Druck: buchbücher.de gmbh, Birkach

Printed in Germany

ISSN 0558-9126

ISBN 978-3-428-14377-1 (Print)

ISBN 978-3-428-54377-9 (E-Book)

ISBN 978-3-428-84377-0 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2013/2014 vom Fachbereich Rechtswissenschaft der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg als Dissertation angenommen. Stand der Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur ist September 2013; spätere Entwicklungen wurden nur noch in Einzelfällen berücksichtigt.

Mein aufrichtiger Dank gilt all denjenigen, die mich bei der Erstellung der Arbeit unterstützt haben. An erster Stelle danke ich meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. Hans Kudlich für die hervorragende fachliche und persönliche Betreuung. Von der Themenwahl bis zur Druckfreigabe stand er mir zu jeder Zeit mit hilfreichen Ratschlägen zur Seite. Er hat mir stets das Gefühl vermittelt, dass ihm der Fortgang und Erfolg meines Promotionsverfahrens am Herzen liegt.

Herrn Prof. Dr. Steffen Klumpp bin ich für die rasche Erstellung des Zweitgutachtens zu Dank verpflichtet.

Meine Eltern haben mich stets liebevoll gefördert und großzügig unterstützt. Im Hinblick auf die vorliegende Arbeit danke ich besonders meinem Vater, der mir mit Ratschlägen aus eigener Erfahrung unter die Arme gegriffen und zudem für die Korrekturarbeiten seine Zeit geopfert hat.

Mein Freund und ehemaliger Studienkollege Raffael Nath hat mich durch unzählige fachliche Diskussionen sehr unterstützt.

Besonderer Dank gilt meiner Lebensgefährtin Miriam, die mit mir zusammen alle Höhen und Tiefen während der Promotionszeit durchlebt und mir dabei stets zur Seite gestanden hat.

Meine Mutter hat mein Interesse für die Juristerei geweckt und somit den Grundstein für diese Arbeit gelegt. Ihr und meinem Vater widme ich diese Arbeit.

Freising, im April 2014

Denis Lanzinner

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	17
-------------------------	----

Kapitel 1

Grundlagen	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

Einzelne Straftatbestände	42
§ 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) Lohnschlichter-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) Scheinselbstständigkeit und geringfügige Beschäftigung	58
b) Weitere Probleme der Beitragsschuld	59
3. Vorenthalten	60
a) Möglichkeit und Zumutbarkeit der Zahlung	60
b) Anwendungsbereich bei Scheinselbstständigkeit	61
c) Entscheidung des BGH vom 11.08.2011 – I StR 295/11	61
d) Bedeutung für die Scheinselbstständigkeit	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 Scheinselbständigen	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 Scheinselbständigen	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 Scheinselbständigkeit	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“ Scheinselbständigkeitsauftraggeber	105
bb) „Auch“ Scheinselbständigkeitsauftraggeber	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 Scheinselbständigen	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

Auswirkungen behördlicher Feststellungsverfahren	146
§ 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

Konstellationen mit Ausländern	178
§ 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 Scheinselbstständigkeitsfällen	189
III. Bedeutung	189
C. §§ 15, 15a AÜG	190
I. Einzelregelungen	190
II. Anwendbarkeit in Scheinselbstständigkeitsfällen	190
III. Bedeutung	192
D. Strafbarkeit des Scheinselbstständigen	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
Literaturverzeichnis	217
Sachverzeichnis	230

Einleitung

Scheinselbständigkeit ist ein Phänomen der jüngeren Rechtsgeschichte. Wenn auch die Einzelheiten kompliziert sein mögen, so hat doch jedermann zumindest eine gewisse Vorstellung davon, was sich hinter dem Begriff verbirgt. So genannten Scheinselbständigen begegnet man fast täglich, sei es, dass man ein Paket entgegennimmt, von einem Außendienstmitarbeiter besucht wird oder eine Hotline anruft. Das Thema wird auch in der Presse vielfach und gerne aufgegriffen¹, besonders wenn sogar „der Staat selbst“ über sein eigenes Sozialrecht stolpert, wie es bei dem Besucherdienst des Bundesrates im Jahr 2009 der Fall war².

Die sozialrechtlichen Folgen sind aber nur ein Aspekt der Scheinselbständigkeit. In dieser Arbeit sollen ihre strafrechtlichen Folgen in den Blick genommen werden. Dazu werden als Erstes einige vorstrafrechtliche Grundlagen gelegt, um zu verstehen, warum in der Praxis hohe Risiken eingegangen werden, um (vorgeblich) im Status der Selbständigkeit tätig zu werden. Sodann wird systematisch untersucht, welche Tatbestände des Strafrechts Fallkonstellationen der Scheinselbständigkeit erfassen. Denn es gibt zwar keinen einzelnen Straftatbestand, der an das Vorliegen von Scheinselbständigkeit unmittelbar anknüpft und die Beteiligten (gerade deshalb) mit Strafe bedroht. Sie können aber verschiedene Tatbestände des Kern- und Nebenstrafrechts verwirklichen, indem sie ihrem Vertragsverhältnis den Anschein der Selbständigkeit verleihen.

Dreh- und Angelpunkt strafrechtlicher Verantwortlichkeit ist dabei stets die (sozial- und steuerrechtliche) Qualifikation des vorgeblichen Auftraggebers als Arbeitgeber. Die Arbeitgeberstellung bestimmen Rechtsprechung und Literatur anhand einer Gesamtschau vielfältiger Kriterien und deren Gewichtung im konkreten Einzelfall. Allgemeingültige Definitionen oder gar Legaldefinitionen existieren nicht. Zu klären ist deshalb, inwieweit das Strafrecht objektiv an diese Referenzrechtsgebiete anknüpfen kann und welche Anforderungen bei den häufig rechtsunkundigen Beteiligten an den nötigen Vorsatz zu stellen sind. Untersucht

¹ Aus jüngerer Zeit etwa SZ v. 06.02.2012 „Papierbetrieb. In immer mehr Branchen arbeiten Scheinselbständige“; SZ v. 20.08.2009 „Den Scheinselbständigen auf der Spur“; SZ v. 17.02.2005 „Scheinselbstständig‘ im Kindergarten“.

² Vgl. SG Berlin, Urt. v. 02.06.2009 – S 36 KR 2382/07: Die Deutsche Rentenversicherung Berlin Brandenburg qualifizierte die vermeintlich selbständigen Mitarbeiter des Besucherdienstes des Bundesrates als abhängig Beschäftigte und forderte entsprechende Beiträge nach. Die Klage der Bundesrepublik Deutschland gegen den Nachforderungsbescheid wurde erstinstanzlich abgewiesen; dazu SZ v. 03.06.2009 „Fahrlässiger Bundesrat“. Die Entscheidung des SG Berlin wurde jedoch in der Berufung aufgehoben und der Klage vollumfänglich stattgegeben, vgl. LSG Potsdam, Urt. v. 15.07.2011 – L 1 KR 206/09.

werden auch die strafrechtlichen Auswirkungen des sog. Statusfeststellungsverfahrens³, das dazu dienen soll, durch eine Anfrage an die Deutsche Rentenversicherung Bund Rechtssicherheit über den sozialversicherungsrechtlichen Status von Erwerbstätigen zu erlangen. Dort stellen sich unter anderem Fragen der Verwaltungsaktakzessorietät und ihrer Grenzen. Die Beteiligung von Ausländern, insbesondere von EU-Ausländern, die sich auf die unionsrechtlichen Grundfreiheiten berufen können, wirft einige Sonderprobleme auf, die in einem eigenen Kapitel im Zusammenhang besprochen werden.

Als ein sonst vernachlässigter Aspekt soll auch geprüft werden, inwieweit der häufig wirtschaftlich unterlegene Scheinselbständige, der in Wahrheit ein abhängig Beschäftigter ist, sich selbst strafbar machen kann. Zwar nehmen die meisten Straftatbestände den „Arbeitgeber“ in die Pflicht, da diesen die sozial- und steuerrechtlichen Pflichten treffen, deren Verletzung sanktioniert werden soll. Über das Steuerstrafrecht und als Teilnehmer von Beitragsstraftaten kommt aber auch eine Strafbarkeit des Scheinselbständigen in Betracht, zumal wenn die Beteiligten einvernehmlich zum gegenseitigen Vorteil zusammenwirken.

Die Arbeit möchte Lösungen für die strafrechtlichen Probleme aufzeigen und auch die notwendigen Grundlagen anderer Rechtsgebiete genauer beleuchten. Die strafrechtlichen Überlegungen bleiben dabei nicht auf das Kernstrafrecht beschränkt, sondern erfassen insbesondere auch das Nebenstrafrecht. Abschließend werden auf der Grundlage eines Vergleichs zum Nachbarrechtsgebiet des Steuerstrafrechts noch einige Reformüberlegungen zum Beitragsstrafrecht angestellt.

³ Geregelt in § 7a SGB IV.