



*RAin Dr. Sabine Stetter – Fachanwältin für Strafrecht und für Steuerrecht, stetter Rechtsanwälte*  
*RA Maximilian Müller, LL.M. – Fachanwalt für Strafrecht, Prof. Dr. Müller & Partner Rechtsanwälte mbB*  
*RA Dr. Mark Zimmer – Fachanwalt für Arbeitsrecht, Gibson, Dunn & Crutcher LLP*

## **„Das Expertendilemma – Scheinselbstständigkeit als Compliance-Risiko“**

Vortrag am 20. Februar 2020

Frau Dr. Stetter, Herr Müller und Herr Dr. Zimmer zeigten im Rahmen eines Rollenspiels Compliance-Risiken im Zusammenhang mit der Beschäftigung von (Schein-)Selbstständigen auf. Am Beispiel eines fiktiven Unternehmens, welches zahlreiche IT-Experten auf Dienst- bzw. Werkvertragsbasis beschäftigt, erörterten sie rechtliche und taktische Fragen zum Umgang mit der Problematik der Scheinselbstständigkeit.

Nach Ansicht der Referenten wird das deutsche Recht mit lediglich zwei Kategorien für Erwerbstätige (Arbeitnehmer bzw. Beschäftigte und Selbstständige) den vielfältigen Arbeitsformen der modernen Arbeitswelt nicht mehr gerecht. Während sog. atypische Arbeitsverhältnisse früher regelmäßig prekäre Lebensverhältnisse bedeuteten und insbesondere Personen betrafen, die gegen ihren Willen in die Selbstständigkeit hineingedrängt wurden, entschieden sich heutzutage zunehmend gut bezahlte und am Markt stark nachgefragte Experten für eine selbstständige Tätigkeit. Für diese stehe im Vordergrund, keine Sozialabgaben zahlen zu müssen, steuerliche Vorteile nutzen und Tätigkeiten auch für Konkurrenten ihres Auftraggebers ausüben zu können. Aufgrund der Marktsituation seien Unternehmen auf die Mitarbeit etwa von IT-Spezialisten angewiesen, die dementsprechend die Rahmenbedingungen ihrer Tätigkeit weitgehend bestimmen können. Je nach Ausgestaltung berge dies für die Unternehmen und deren Gesellschaftsorgane enorme Risiken in rechtlicher und wirtschaftlicher Hinsicht.

Zum einen seien arbeits- und sozialversicherungsrechtliche Aspekte zu beachten. Mit einer Eingliederung der selbstständigen Mitarbeiter in die Weisungsstrukturen des Unternehmens drohe eine „Mutation“ der Selbstständigen zu Arbeitnehmern/Beschäftigten. In diesem Zusammenhang wies Herr Dr. Zimmer auf die grundlegende Entscheidung des BSG zu Honorarärzten hin (BSG, Urteil vom 04.07.2019 – B 12 R S/18 R). Für das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses bzw. einer sozialversicherungsrechtlichen Beschäftigung seien die tatsächlichen Arbeitsbedingungen und nicht eine behördliche oder gerichtliche Feststellung entscheidend. Aus Unternehmenssicht bestehe die Gefahr, dass erst lange nach Tätigkeitsaufnahme die Beschäftigteneigenschaft eines Mitarbeiters festgestellt werde und das Unternehmen für mehrere Monate oder Jahre die Sozialversicherungsbeiträge nachzahlen müsse. Dies könne wegen der Regelung des § 28g SGB IV, der sog. Nettolohnfiktion des § 14 Abs. 2 SGB IV sowie der Säumniszuschläge zu einem verfünffachten Beitragsrisiko für den Arbeitgeber führen. Hinzu trete eine dreißigjährige Verjährungsfrist bei vorsätzlich vorenthaltenen Beiträgen.

Zum anderen müssten sich sowohl das Unternehmen als auch dessen Gesellschaftsorgane Konsequenzen nach dem Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht vergegenwärtigen. Besonders relevant sei die Strafvor-



schrift des § 266a StGB (Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt), deren Bedeutung die Referenten mehrfach hervorhoben. In diesem Zusammenhang machte Herr Müller die Zuhörer auf eine Rechtsprechungsänderung des BGH aufmerksam: Demnach sei eine Fehlvorstellung über die Arbeitgeber-eigenschaft und die daraus resultierende Pflicht zum Abführen von Sozialversicherungsbeiträgen nicht mehr als Verbotsirrtum, sondern als vorsatzausschließender Tatbestandsirrtum zu bewerten (BGH, Beschluss vom 24.09.2019 – 1 StR 346/18). Die Verurteilung eines Vertretungsberechtigten des Unternehmens wegen Verstoßes gegen § 266a StGB könne zudem zu einem Ausschluss von der Vergabe öffentlicher Aufträge nach § 21 SchwarzArbG und für die betreffende Person zu einer fünfjährigen Sperrfrist in Bezug auf die Funktion als Geschäftsführer (§ 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 GmbHG) bzw. Vorstandsmitglied (§ 76 Abs. 3 Satz 2 Nr. 3 AktG) führen. Bei leichtfertigem Vorenthalten oder Veruntreuen von Arbeitsentgelt drohe eine Verfolgung als Ordnungswidrigkeit nach § 8 Abs. 3 SchwarzArbG. Im Ordnungswidrigkeitenrecht sei auch die Vorschrift des § 130 OWiG zu beachten. Für die Verwirklichung deren subjektiven Tatbestands genüge bereits Fahrlässigkeit. Die Verletzung der Aufsichtspflicht könne mit einer Geldbuße in Höhe von bis zu zehn Millionen Euro geahndet werden und Abschöpfungs- bzw. Einziehungsmaßnahmen sowie einen Eintrag ins Gewerbezentralregister nach sich ziehen. Im Steuerstrafrecht sei neben einer Strafbarkeit wegen Steuerhinterziehung die Berichtigungspflicht nach § 153 AO bedeutsam. Unterlasse der Verpflichtete eine unverzügliche Berichtigung, mache er sich (erneut) nach wegen Steuerhinterziehung strafbar.

Um diese erheblichen rechtlichen und finanziellen Sanktionen sowie entsprechende Reputationsschäden zu vermeiden, rieten die Referenten – vor allem bei strukturellen Problemen mit der Beschäftigung externer Mitarbeiter - zu einer umfassenden Aufarbeitung. Dabei seien die Vor- und Nachteile unterschiedlicher Lösungsansätze für die Betroffenen abzuwägen. Die Referenten diskutierten insbesondere die Möglichkeiten der Einleitung von Statusfeststellungsverfahren (§ 7a SGB IV), einer strafbefreienden Selbstanzeige (§ 371 AO) und einer Berichtigungsanzeige nach § 153 AO. Priorität habe das Beseitigen gegenwärtiger Risiken. Anschließend müsse das Unternehmen die Vergangenheit mit Fokus auf bestimmten Risikogruppen untersuchen bzw. bewältigen und im letzten Schritt tragfähige Strukturen für die Zukunft erarbeiten. Dabei sei eine Kooperation mit den Behörden und insbesondere eine Einbindung der Staatsanwaltschaft häufig sinnvoll. So könne das Unternehmen selbst den Aufarbeitungsprozess steuern. Eine Kooperation mit der Staatsanwaltschaft biete den Vorteil, dass diese den Vorgang nicht als Ermittlungsverfahren, sondern unter dem Registerzeichen „AR“ (Allgemeines Register) führe. Bei letzterem nehme die Staatsanwaltschaft keinen Anfangsverdacht an, so dass hierauf beruhende Ermittlungsmaßnahmen ausgeschlossen würden.

Die anschließende Diskussion thematisierte das Erfordernis einer „ad hoc“-Mitteilung bei börsennotierten Unternehmen und die Möglichkeit einer gerichtlichen Klärung der Beschäftigteneigenschaft anstelle einer internen Aufarbeitung. Zudem sprachen die Diskussionsteilnehmer über den Einsatz freier Mitarbeiter in der Medienbranche und die daraus resultierenden finanziellen Risiken für kleinere Unternehmen sowie über das Urteil des BAG vom 21.06.2019 (5 AZR 178/18).

Anna Kuhn  
Wissenschaftliche Mitarbeiterin