

**Abhandlungen zum deutschen und
internationalen Arbeits- und Sozialrecht**

Band 4

Rechtsrisiko bei der Entgeltbemessung

Von

Johanna Simone Friedel



Duncker & Humblot · Berlin

JOHANNA SIMONE FRIEDEL

Rechtsrisiko bei der Entgeltbemessung

Abhandlungen zum deutschen und
internationalen Arbeits- und Sozialrecht

Band 4

Rechtsrisiko bei der Entgeltbemessung

Von

Johanna Simone Friedel



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München
hat diese Arbeit im Jahre 2020 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
© 2021 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: L101 Mediengestaltung, Fürstenwalde
Druck: CPI buchbücher.de GmbH, Birkach
Printed in Germany

ISSN 0582-0227
ISBN 978-3-428-18331-9 (Print)
ISBN 978-3-428-58331-7 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

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

Meinen Eltern

Vorwort

Die Juristische Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München hat diese Arbeit im Wintersemester 2020/21 als Dissertation angenommen. Literatur und Rechtsprechung sind bis Februar 2021 berücksichtigt.

Ich danke meinem Doktorvater Professor Dr. Volker Rieble für die gute und zielgerichtete Betreuung dieser Arbeit. Er hat auch ihr Thema angestoßen, das trotz großer praktischer Relevanz bislang kaum wissenschaftliche Beachtung gefunden hat. Als wissenschaftliche Mitarbeiterin am Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht durfte ich diese Arbeit unter hervorragenden Bedingungen und in Gesellschaft toller Kollegen verfassen. Besonders Dr. Katrin Maily, Dr. Sarah Schimm und Dr. Christina Meyer haben mich stets motiviert und unterstützt.

Professor Dr. Richard Giesen danke ich für die zügige Zweitbegutachtung, Professor Dr. Abbo Junker für sein Mitwirken im Rigorosum.

Meine Brüder Maximilian und Moritz Krauss stehen mir jederzeit mit Rat, Tat und Lebensfreude zur Seite. Ich kann mich immer auf sie verlassen. Dafür danke ich Ihnen von Herzen. Meinem Mann Matthias Friedel danke ich für liebevollen Rückhalt und seine große Geduld.

Über alle Maßen dankbar bin ich meinen Eltern Sabine und Dr. Stefan Krauss. Sie unterstützen, fördern und ermutigen mich in allen Lebenslagen bedingungslos. Ohne sie wäre ich nicht dort, wo ich heute bin. Ihnen ist diese Arbeit gewidmet.

Stuttgart/Friesenheim, im April 2021

Johanna Friedel

Inhaltsübersicht

| | |
|--|-----|
| § 1 Rechtsrisiko | 33 |
| A. Risiko im Recht | 33 |
| B. Recht als Risiko | 37 |
| C. Lenkungsfunktion des immanenten Rechtsrisikos | 110 |
| D. Kategorisierung des Rechtsrisikos | 114 |
| § 2 Fehlerhafte Entgeltermittlung durch den Arbeitgeber | 123 |
| A. Arbeitgeberpflicht zur Ermittlung des richtigen Entgelts | 123 |
| B. Mögliche Fehlerquellen | 166 |
| C. Aufdeckungsrisiko | 172 |
| § 3 Folgen von Entgeltbemessungsfehlern | 192 |
| A. Folgen im Arbeitsverhältnis | 192 |
| B. Folgen im Sozialversicherungsverhältnis | 208 |
| C. Steuerrechtliche Folgen | 227 |
| D. Bilanz- und insolvenzrechtliche Folgen | 236 |
| E. Sanktionenrecht | 239 |
| § 4 Vergütungscompliance | 275 |
| A. Begründung der Risikozuweisung an den Arbeitgeber | 275 |
| B. Risikomanagement | 283 |
| C. Wahrung der Grenzen der Risikozuweisung? | 306 |
| § 5 Ergebnis | 309 |
| Literaturverzeichnis | 314 |
| Stichwortverzeichnis | 331 |

Inhaltsverzeichnis

| | |
|--|----|
| § 1 Rechtsrisiko | 33 |
| A. Risiko im Recht | 33 |
| I. Entwicklung des Risikobegriffs | 33 |
| II. Rechtliche Zuweisung von Risiko(sphären) | 36 |
| B. Recht als Risiko | 37 |
| I. Riskantes Recht | 37 |
| II. Risiken materieller Rechtsanwendung (Rechtsanwendungsrisiko) | 38 |
| 1. Ermittlung des Sachverhalts (Tatbestandsirrtumsrisiko) | 39 |
| 2. Rechtsfindungsrisiko | 40 |
| a) Entgeltregelungsquellen | 40 |
| aa) Gesetz | 41 |
| (1) Absolute Entgelthöhe | 41 |
| (a) Vorschriften zum Mindestlohn | 41 |
| (b) Risikozuweisung | 43 |
| (2) Relative Entgelthöhe | 43 |
| (a) Vorschriften zum Entgeltverhältnis verschiedener Arbeitnehmergruppen | 43 |
| (b) Risikozuweisung | 46 |
| (3) Vergütung „ohne Arbeit“ | 46 |
| (a) Anspruchserhaltende/-begründende Normen | 46 |
| (b) Risikozuweisung | 48 |
| (4) Fehlende Vereinbarung: übliche Vergütung | 48 |
| bb) Richterrecht | 49 |
| (1) Faktische Bindung durch Richterrechtsprechung und -setzung | 49 |
| (2) Grenzen des Richterrechts | 51 |
| (3) Risiko durch Unvorhersagbarkeit | 52 |
| cc) Tarifvertrag | 53 |
| dd) Betriebsvereinbarung | 54 |
| ee) Arbeitsvertrag | 55 |
| ff) Betriebliche Übung und Gesamtzusage | 56 |
| gg) Weisungs- und Leistungsbestimmungsrecht des Arbeitgebers | 56 |
| b) Rechtswirksamkeit der Entgeltregelungsquelle | 56 |
| aa) Wirksamkeitsvoraussetzungen von Tarifverträgen | 56 |
| (1) Schriftform | 57 |

| | |
|--|----|
| (2) Tariffähigkeit | 57 |
| (3) Tarifzuständigkeit | 60 |
| (4) Allgemeinverbindlicherklärung | 61 |
| (a) Öffentliches Interesse | 61 |
| (b) Verfahren | 62 |
| (5) Risikozuweisung | 63 |
| bb) Wirksamkeitsvoraussetzungen von Betriebsvereinbarungen und Regelungsabreden | 64 |
| (1) Ordnungsgemäße Bildung des Betriebsrats | 64 |
| (2) Zuständigkeit des Gremiums | 65 |
| (a) Kompetenzkonkurrenzen | 65 |
| (b) Risikozuweisung | 66 |
| (3) Wirksame Vertretung des Betriebsrats und Be schlussvollzug | 67 |
| (a) Voraussetzungen | 67 |
| (b) Risikozuweisung | 67 |
| (4) Wirksame Beschlussfassung des Betriebsrats | 67 |
| (a) Voraussetzungen | 67 |
| (b) Risikozuweisung | 68 |
| (5) Besondere Wirksamkeitsvoraussetzungen einer Betriebsvereinbarung | 69 |
| (a) Kompetenz | 70 |
| (b) Schriftform | 70 |
| (6) Besondere Wirksamkeitsvoraussetzungen einer Regelungsabrede | 71 |
| (7) Einigungsersetzender Spruch der Einigungsstelle | 71 |
| cc) Beendigung und Nachwirkung von Kollektivvereinbarungen | 72 |
| (1) Tarifverträge | 72 |
| (a) Nachbindung | 72 |
| (b) Nachwirkung | 73 |
| (c) Risikozuweisung | 73 |
| (2) Betriebsvereinbarungen | 73 |
| dd) Individualvereinbarungen | 74 |
| ee) Inhaltliche Mängel | 75 |
| (1) Widerrufs-, Freiwilligkeits-, Rückzahlungsvorbe halte, Stichtags- und Rückzahlungsklauseln | 75 |
| (2) Bezugnahmeklauseln | 80 |
| (3) (Sonstige) Inhaltskontrolle | 83 |
| ff) Zwischenergebnis: Risikozuweisung | 84 |
| c) Normenkonkurrenz und -kollision von Entgeltregelungs quellen | 84 |
| aa) Normen gleichen Rangs: Ordnungs- und Spezialitäts prinzip | 85 |

| | |
|---|-----|
| bb) Normen unterschiedlichen Rangs: Rang- und Günstigkeitsprinzip | 85 |
| (1) Rangprinzip | 85 |
| (2) Günstigkeitsprinzip | 87 |
| 3. Rechtsauslegungs-, -fortbildungs- und -subsumtionsrisiko | 91 |
| a) Rechtsauslegungsrisiko: Auslegung des einschlägigen Rechts | 91 |
| aa) Auslegung | 91 |
| bb) (riskanter) Auslegungsspielraum | 94 |
| (1) Gesetzliche oder richterrechtliche Definition | 94 |
| (2) (Regel-)Beispiele | 95 |
| (3) Normative und deskriptive Merkmale | 95 |
| (4) Generalklauseln und unbestimmte Begriffe | 96 |
| b) Rechtsfortbildung: Regelungs(er)findung im Lückenbereich | 96 |
| c) Rechtssubsumtionsrisiko: Rechtsanwendung auf den Sachverhalt | 98 |
| aa) Subsumtion | 98 |
| bb) Risiken bei der Subsumtion | 99 |
| d) Zwischenergebnis: Risikozuweisung | 100 |
| III. Risiken formeller Rechtsdurchsetzung (Rechtsdurchsetzungsrisiko) | 100 |
| 1. Realisierung des Rechtsrisikos durch gerichtliche Entscheidung | 101 |
| 2. Erkenntnisverfahren | 102 |
| a) Zivil- und Arbeitsgerichtsprozess | 102 |
| aa) Darlegungs- und Beweirisiko | 102 |
| (1) Verhandlungsgrundsatz | 102 |
| (2) Materiell-rechtliche Risikozuweisung | 102 |
| (a) Darlegungslast | 102 |
| (b) Beweislast | 104 |
| bb) Wahrheitspflicht | 105 |
| cc) Herausbildung des Entscheidungssachverhalts und Beweiswürdigung | 105 |
| (1) Gegenstand der Beweiswürdigung | 105 |
| (2) Freie Beweiswürdigung | 105 |
| (3) Beweismaß | 106 |
| b) Sozial-, Finanz- oder Strafprozess | 106 |
| aa) Amtsermittlungsgrundsatz | 106 |
| bb) Mitwirkungs- und Wahrheitspflicht | 106 |
| cc) Herausbildung des Entscheidungssachverhalts und Beweiswürdigung | 107 |
| (1) Gegenstand der Beweiswürdigung | 107 |
| (2) Freie Beweiswürdigung | 107 |
| (3) Beweismaß | 107 |
| 3. Vollstreckungsverfahren | 107 |

| | |
|---|------------|
| 4. Risiko divergenter Gerichtsentscheidungen | 108 |
| a) Potentielle Zuständigkeit verschiedener Fachgerichtsbarkeiten | 108 |
| b) Keine Bindungswirkung | 108 |
| c) Ausstrahlungswirkung | 108 |
| d) Kein bloßes Schein-Rechtsrisiko | 109 |
| C. Lenkungsfunktion des immanen Rechtsrisikos | 110 |
| I. Behaviorismus: Verhaltenssteuerung | 110 |
| II. Kognitivismus: Risikowahrnehmung | 112 |
| 1. „System 1“: unbewusstes, emotional-intuitives (schnelles) Denken | 112 |
| 2. „System 2“: bewusstes, analytisch-verunftorientiertes (langsameres) Denken | 112 |
| III. Erkenntnisse zur Reaktion auf Risiken | 113 |
| D. Kategorisierung des Rechtsrisikos | 114 |
| I. Risiko als Irrtumsproblem | 115 |
| 1. Abstrakter Zusammenhang von Irrtum und Risiko | 115 |
| a) Zivilrecht | 115 |
| b) Strafrecht | 118 |
| 2. Zugriff auf etablierte Irrtumslehren | 118 |
| a) Rechtsirrtum als Tatbestandsirrtum: Fahrlässigkeitsmaßstab | 118 |
| aa) Strafrecht | 118 |
| (1) Irrtum über Tatumstände | 118 |
| (2) Normative Tatbestandsmerkmale | 119 |
| bb) Zivilrecht | 119 |
| b) Rechtsirrtum als Rechtsfolgenirrtum: Vermeidbarkeit | 119 |
| 3. Systemirrtum | 120 |
| a) Irrtum über mögliche Rechtsgrundlagen | 120 |
| aa) Ermittlung der in Betracht kommenden Rechtsgrundlagen | 120 |
| bb) Ermittlung der anwendbaren Rechtsgrundlagen | 120 |
| b) Irrtum über Normgeltungstatsachen | 121 |
| II. Einheitliche Sorgfaltsanforderungen bei Rechtsirrtümern | 121 |
| § 2 Fehlerhafte Entgeltermittlung durch den Arbeitgeber | 123 |
| A. Arbeitgeberpflicht zur Ermittlung des richtigen Entgelts | 123 |
| I. Ermittlung der Vergütung, des Sozialversicherungsbeitrags und der Lohnsteuer | 123 |
| 1. Arbeitsrecht: Vergütung | 123 |
| a) Geltungsmachungslast des Arbeitnehmers | 123 |
| b) Statusfeststellungsobligieheit des Arbeitgebers | 124 |
| 2. Sozialversicherungsrecht: Sozialversicherungsbeitrag | 126 |
| a) Melde-, Dokumentations- und Nachweispflichten | 127 |
| b) Abführung des Gesamtsozialversicherungsbeitrags | 128 |

| | |
|---|-----|
| c) Statusfeststellungsobliegenheit des Arbeitgebers | 129 |
| 3. Steuerrecht: Lohnsteuer | 130 |
| a) Dokumentationspflichten | 130 |
| b) Lohnsteueranmeldung und -abzug | 131 |
| c) Statusfeststellungsobliegenheit des Arbeitgebers | 132 |
| 4. Zwischenergebnis | 133 |
| II. Entstehungs-/Zuflussprinzip | 133 |
| 1. Vergütung | 134 |
| 2. Sozialversicherungsbeitrag | 134 |
| a) Grundsätzlich: Entstehungsprinzip | 134 |
| aa) Maßgeblich: geschuldetes Arbeitsentgelt | 135 |
| bb) Gestaltungsspielräume bei variablem Grundentgelt .. | 136 |
| b) Punktuell: Zuflussprinzip | 137 |
| aa) Einmalig gezahltes Arbeitsentgelt | 137 |
| bb) Arbeitszeitguthaben | 137 |
| cc) Nicht geschuldetes Arbeitsentgelt | 138 |
| dd) Nicht geschuldetes, streitiges Arbeitsentgelt | 138 |
| 3. Lohnsteuer | 138 |
| III. Zugrundezulegendes Arbeitsentgelt | 138 |
| 1. Vergütung: Gegenwert für die Arbeitsleistung | 138 |
| 2. Sozialversicherungsbeitrag: Beitragspflichtiges Arbeitsentgelt .. | 139 |
| a) Sozialversicherungsrechtlicher Entgeltbegriff | 139 |
| aa) Regelfall: Normal-Beschäftigungsverhältnis | 139 |
| bb) Illegale Beschäftigungsverhältnisse | 140 |
| cc) Lohn von Dritten | 140 |
| b) Beitragspflicht | 142 |
| aa) Grundsätzlich paritätische Beitragstragung | 142 |
| bb) Lohn von Dritten: Beitragstragung auch für fremden Arbeitgeberanteil | 142 |
| c) Entgeltgrenzen | 143 |
| aa) Geringfügigkeit | 143 |
| bb) Beitragsbemessungsgrenze | 144 |
| d) Prüfung durch Einzugsstelle und Nachermittlung durch den Rentenversicherungsträger | 144 |
| aa) Betriebspflicht | 145 |
| bb) Schätzung | 145 |
| cc) Keine Entlastung des Arbeitgebers | 146 |
| 3. Lohnsteuer: Steuerpflichtiger Arbeitslohn | 146 |
| a) Steuerrechtlicher Arbeitslohnbegriff | 147 |
| aa) Durch das Arbeitsverhältnis veranlasster geldwerter Vorteil | 147 |
| bb) Lohn von Dritten: Abführungspflicht auch für fremden Lohn | 148 |

| | |
|--|------------|
| (1) Finaler Kausalzusammenhang | 148 |
| (2) Kenntnis des Arbeitgebers | 149 |
| (3) Bewertungsschwierigkeiten | 149 |
| b) Steuerfreie Einnahmen | 150 |
| c) Jahreszeitraum | 150 |
| d) Keine Entlastung des Arbeitgebers durch Betriebsstättenfinanzamt | 151 |
| IV. Fälligkeit und Korrektur(pflicht) | 151 |
| 1. Vergütung | 151 |
| a) Fälligkeit | 151 |
| b) Keine Korrekturpflicht | 152 |
| 2. Sozialversicherungsbeitrag | 152 |
| a) Fälligkeit | 152 |
| aa) Gesamtsozialversicherungsbeiträge | 152 |
| bb) Beiträge zur Unfallversicherung | 153 |
| b) Abschlagszahlung mit Korrekturpflicht im Folgemonat | 153 |
| c) Nachträgliche Korrektur(pflicht) des Arbeitgebers? | 153 |
| aa) Änderung des beitragspflichtigen Arbeitsentgelts | 154 |
| bb) Stornierung von Meldungen | 155 |
| cc) Arbeitgeber-Jahresmeldung | 156 |
| 3. Lohnsteuer | 157 |
| a) Änderung der Lohnsteueranmeldung und des Lohnsteuerabzugs | 157 |
| b) Abschluss des Lohnsteuerabzugs | 158 |
| c) Unterlassene Lohnsteueranmeldung: Schätzung und Verspätungszuschlag | 158 |
| V. Durchsetzungsgrenzen | 158 |
| 1. Verjährung | 159 |
| a) Vergütungsanspruch | 159 |
| b) Beitragsanspruch | 159 |
| aa) Grundsätzlich vierjährige Verjährungsfrist | 159 |
| bb) Dreißigjährige Verjährungsfrist bei Vorsatz | 160 |
| cc) Hemmung durch Betriebsprüfung | 161 |
| dd) Risikozuweisung | 162 |
| c) Lohnsteuerschuld | 163 |
| aa) Festsetzungsverjährung | 163 |
| (1) Beginn der Festsetzungsverjährung | 163 |
| (2) Ende der Festsetzungsfrist | 164 |
| bb) Zahlungsverjährung | 165 |
| cc) Risikozuweisung | 165 |
| 2. Verwirkung | 165 |
| B. Mögliche Fehlerquellen | 166 |
| I. Statusirrtum über die Arbeitnehmer- oder Beschäftigteigenschaft | 166 |

| | |
|---|-----|
| 1. Denkbare Fallkonstellationen | 166 |
| 2. Zwei-Personen-Verhältnis: Scheinselbständigkeit | 167 |
| 3. Drei-Personen-Verhältnis: illegale Arbeitnehmerüberlassung .. | 167 |
| a) On-Site-Werk- oder Dienstvertrag | 168 |
| b) Arbeitnehmerüberlassung | 168 |
| II. Fehleinschätzung über die einschlägigen Entgeltgrundlagen | 170 |
| III. Irrtum über Normgeltungstatsachen | 171 |
| IV. Fehlerhafte Beurteilung der tatsächlichen Grundlagen | 172 |
| C. Aufdeckungsrisiko | 172 |
| I. Arbeitsrecht | 173 |
| 1. Grundsätzlich keine regelmäßige Kontrolle | 173 |
| 2. Schwerpunktmaßige Kontrolle durch Zollverwaltung | 173 |
| a) Statistik | 174 |
| b) Verdachtsunabhängige Prüfung | 175 |
| c) Weitreichende Kontrollbefugnisse | 175 |
| II. Sozialversicherungsrecht | 176 |
| 1. Laufende Kontrolle durch sozialversicherungsrechtliche Einzugsstelle | 176 |
| a) Laufende Überwachung mit eingeschränkter Kontrollkompetenz | 176 |
| b) Zuständigkeit | 177 |
| c) Statistik: Massenverwaltung | 178 |
| 2. Turnusmäßige Kontrolle durch sozialversicherungsrechtliche Betriebsprüfung | 179 |
| a) Prüfungsrecht und -pflicht der Rentenversicherungsträger .. | 179 |
| b) Nachträgliche, eigene und umfassende Prüfung | 180 |
| c) Stichprobenscharakter | 181 |
| aa) Bisherige Rechtsprechung: Keine Entlastungswirkung .. | 181 |
| bb) Neue Rechtsprechung: Schutzwirkung | 182 |
| cc) Prüfung im Auftrag der Unfallversicherung | 183 |
| 3. Verdachtsabhängige eigene Prüfung des Unfallversicherungsträgers | 183 |
| III. Steuerrecht | 184 |
| 1. Lohnsteueraußentprüfung | 184 |
| a) Schriftliche Prüfungsanordnung | 184 |
| b) Mitwirkungspflichten des Arbeitgebers und der Arbeitnehmer | 185 |
| c) Schlussbesprechung und Prüfungsbericht | 185 |
| 2. Lohnsteuer-Nachschaue | 186 |
| 3. Steuerstrafverfahren | 186 |
| a) Zuständigkeit | 186 |
| b) Befugnisse | 187 |
| c) Statistik | 187 |

| | | |
|--|--|-----|
| IV. | Informationsaustausch zwischen den Behörden | 189 |
| V. | Rechtssicherheit nach Kontrollen? | 190 |
| § 3 Folgen von Entgeltbemessungsfehlern | 192 | |
| A. | Folgen im Arbeitsverhältnis | 192 |
| I. | Nicht- oder Unterzahlung von Arbeitsentgelt | 192 |
| 1. | Kein Rechtsrisiko durch (Nach-)Zahlung der geschuldeten Vergütung | 192 |
| 2. | Schadensersatz wegen verspäteter Lohnzahlung | 193 |
| 3. | Schadensersatz bei Auflösungsverschulden | 194 |
| 4. | Sonstige Reaktionsmöglichkeiten des Arbeitnehmers | 195 |
| a) | Zurückbehaltungsrecht und Unsicherheiteneinrede | 195 |
| b) | Arbeitnehmerkündigung | 196 |
| 5. | Risikozuweisung | 197 |
| II. | Überzahlung von Arbeitsentgelt | 198 |
| 1. | Bereicherungsanspruch | 198 |
| a) | Regelfall: Gegen den Arbeitnehmer | 198 |
| aa) | Leistung von Vergütung ohne rechtlichen Grund | 198 |
| bb) | Entreicherung des Arbeitnehmers | 199 |
| cc) | Verschärftete Haftung | 201 |
| (1) | Bei Kenntnis des fehlenden Rechtsgrundes | 201 |
| (2) | Bei ungewissem Erfolgseintritt | 201 |
| dd) | Kein Ausschluss | 201 |
| ee) | Anspruchsumfang | 203 |
| (1) | Gesamter Bruttolohn | 203 |
| (2) | Überzahlte Honorare bei rückwirkend festgestelltem Arbeitnehmerstatus | 203 |
| b) | Sonderfall: Gegen den Entleiherrn | 204 |
| aa) | Leistung der Vergütung ohne rechtlichen Grund | 204 |
| bb) | Umfang der Bereicherung | 204 |
| 2. | Schadensersatzanspruch | 205 |
| a) | Des Arbeitgebers | 205 |
| b) | Des Arbeitnehmers | 206 |
| 3. | Sonstige Reaktionsmöglichkeiten des Arbeitgebers | 206 |
| a) | Aufrechnung | 206 |
| b) | Recht zur Abmahnung und Kündigung | 207 |
| 4. | Risikozuweisung | 207 |
| B. | Folgen im Sozialversicherungsverhältnis | 208 |
| I. | Nicht- oder Unterzahlung von Gesamtsozialversicherungsbeiträgen | 208 |
| 1. | Beitragsbelastung des Arbeitgebers bei fehlerfreier Beitragsabführung | 208 |
| 2. | Bis zu fünffaches Beitragsrisiko bei unterlassener oder fehlerhafter Beitragsabführung | 210 |

| | | |
|------|--|-----|
| a) | Nachforderung der Gesamtsozialversicherungsbeiträge | 210 |
| aa) | Fehlerhafte Beitragsabführung | 210 |
| bb) | Unterlassene Beitragsabführung | 210 |
| | (1) Hochrechnung des vereinbarten (Netto-)Gehalts auf ein fiktives Bruttogehalt | 210 |
| | (2) Berechnung des Gesamtsozialversicherungsbeitrags aus dem fiktiven Bruttogehalt | 211 |
| b) | Keine hälftige Beitragstragung durch Arbeitnehmer | 212 |
| c) | Säumniszuschläge | 213 |
| d) | Voraussetzung: mindestens bedingter Vorsatz | 213 |
| 3. | Risikozuweisung | 214 |
| II. | Überzahlung von Gesamtsozialversicherungsbeiträgen | 214 |
| 1. | Öffentlich-rechtlicher Rückerstattungsanspruch | 215 |
| a) | Zu Unrecht gezahlte Beiträge | 215 |
| b) | Erstattungsberechtigter | 216 |
| c) | Beanstandungsschutz bei Rentenversicherungsbeiträgen | 217 |
| aa) | Arbeitgeberprüfung oder Verjährung des Erstattungsanspruchs | 217 |
| bb) | Verzicht auf Beanstandungsschutz oder Umwandlung in freiwillige Beiträge | 218 |
| d) | Anspruchsumfang und Verfall | 218 |
| e) | Verzinsung | 220 |
| f) | Ver- und Aufrechnung | 220 |
| 2. | Beitragsrückerstattung | 221 |
| 3. | Schadensersatzanspruch des Arbeitnehmers | 221 |
| 4. | Risikozuweisung | 221 |
| III. | Besonderheiten bei der Unfallversicherung | 222 |
| 1. | Nicht- und Unterzahlung von Beiträgen zur Unfallversicherung | 222 |
| 2. | Überzahlung von Beiträgen zur Unfallversicherung | 222 |
| 3. | Schwarzarbeit: Rückgriffsanspruch der Unfallversicherung gegen den Arbeitgeber | 223 |
| a) | Schwarzarbeit erbringender Unternehmer | 224 |
| b) | Nichtentrichtung der Beiträge | 224 |
| c) | Versicherungsfall | 225 |
| d) | Unkalkulierbarer Anspruchsumfang | 226 |
| e) | Anspruchskonkurrenzen | 226 |
| 4. | Risikozuweisung | 226 |
| C. | Steuerrechtliche Folgen | 227 |
| I. | Nicht- oder Unterzahlung von Lohnsteuer | 228 |
| 1. | Lohnsteuernachzahlung | 228 |
| a) | Keine Lohnsteuerzahlung aufgrund Statusirrtums | 228 |
| b) | Erhöhte Lohnsteuer aufgrund Lohnnachzahlung | 228 |
| 2. | Haftung des Arbeitgebers für die Lohnsteuer | 229 |

| | | |
|------|---|-----|
| a) | Materiell-rechtlicher Haftungsanspruch | 229 |
| aa) | Entstehung und Fälligkeit | 229 |
| bb) | Haftungstatbestände | 229 |
| cc) | Haftungsausschluss | 231 |
| dd) | Verschulden und Ermessensausübung | 231 |
| ee) | Haftungsumfang | 232 |
| b) | Freistellungs-/Erstattungsanspruch des Arbeitgebers | 232 |
| c) | Haftungsanspruch bei Arbeitnehmerüberlassung | 232 |
| 3. | Ersatz progressionsbedingter Steuerschäden und notwendiger Rechtsverfolgungskosten | 233 |
| 4. | Risikozuweisung | 235 |
| II. | Überzahlung von Lohnsteuer | 235 |
| D. | Bilanz- und insolvenzrechtliche Folgen | 236 |
| I. | Bilanzrechtliche Folgen | 236 |
| II. | Insolvenzrechtliche Folgen | 237 |
| 1. | Bankrott | 237 |
| 2. | Verletzung der Buchführungspflicht | 238 |
| 3. | Insolvenzverschleppung | 238 |
| 4. | Mittelbare Rechtsfolgen | 238 |
| E. | Sanktionenrecht | 239 |
| I. | Vorsatz und Fahrlässigkeit | 239 |
| 1. | Vergütungspflicht | 239 |
| 2. | Beitragspflicht | 240 |
| a) | Bisherige Rechtsprechung: Kenntnis der statusbegründenden Voraussetzungen ausreichend | 241 |
| b) | Rechtsprechungswechsel: zutreffende rechtliche Einordnung erforderlich | 242 |
| 3. | Lohnsteuerpflicht | 243 |
| 4. | Stellungnahme | 244 |
| a) | Recht zum Fehler | 244 |
| b) | Kein Vorsatz bei vertretbarer Rechtsauffassung | 244 |
| c) | Kein Entgelt-Augur bei Wahrnehmung fremder Interessen . | 245 |
| d) | Keine Clearingpflicht, bloße Clearingobliegenheit | 245 |
| II. | Nicht- oder Unterzahlung von Arbeitsentgelt | 246 |
| 1. | Geldbuße wegen Unterschreitung des Mindestlohns | 246 |
| 2. | Geldbuße wegen nicht gehöriger Aufsicht über Mindestlohnzahlung | 247 |
| 3. | Unternehmensgeldbuße wegen Unterschreitung des Mindestlohns | 248 |
| 4. | Lohnwucher und Ausbeutung der Arbeitskraft | 249 |
| 5. | Risikozuweisung | 250 |
| III. | Überzahlung von Arbeitsentgelt | 251 |
| 1. | Öffentlicher Sektor: Sparsamkeitsprinzip und partielles Güntigkeitsprinzip | 252 |

| | |
|--|-----|
| 2. Privatwirtschaft: Vermögensverschwendungsverbot | 254 |
| 3. Risikozuweisung | 255 |
| IV. Nicht- oder Unterzahlung von Sozialversicherungsbeiträgen | 255 |
| 1. Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt | 256 |
| a) Vorenthalten von Arbeitnehmerbeiträgen | 257 |
| aa) Untreueähnlichkeit | 257 |
| bb) Arbeitnehmerbeiträge | 258 |
| cc) Vorenthalten | 258 |
| (1) Nichtzahlung trotz Möglichkeit und Zumutbarkeit | 258 |
| (2) Vorverschulden | 259 |
| (3) Sozialversicherungsbeiträge vor und in der Insolvenz | 259 |
| b) Vorenthalten von Arbeitgeberbeiträgen | 260 |
| aa) Betrugsähnlichkeit | 260 |
| bb) Arbeitgeberbeiträge | 260 |
| cc) Unrichtige, unvollständige oder pflichtwidrig unterlassene Angaben | 261 |
| c) Schadensermittlung | 261 |
| d) Besonders schwere Fälle | 262 |
| e) Strafbefreiende Selbstanzeige | 262 |
| f) Verjährung | 263 |
| aa) Bisherige Rechtsprechung: Verjährungsbeginn mit Erlöschen der Beitragspflicht | 264 |
| bb) Neue Rechtsprechung: Verjährungsbeginn mit Verstreichen des Fälligkeitszeitpunktes | 264 |
| cc) Stellungnahme | 264 |
| g) Rechtsfolgen | 265 |
| 2. Betrug | 268 |
| 3. Unternehmensgeldbuße wegen Aufsichtspflichtverletzung | 269 |
| 4. Bußgeldtatbestände | 269 |
| a) Verletzung von Melde-, Auskunfts-, Vorlage-, Aufzeichnungs- oder Aufbewahrungspflichten | 269 |
| b) Leichtfertiges Nichtabführen von Sozialversicherungsbeiträgen | 270 |
| c) Falschausstellung eines Belegs | 271 |
| 5. Risikozuweisung | 271 |
| V. Überzahlung von Sozialversicherungsbeiträgen | 271 |
| VI. Nicht- oder Unterzahlung von Lohnsteuer | 272 |
| 1. Lohnsteuerhinterziehung | 272 |
| 2. Umsatzsteuerhinterziehung | 273 |
| 3. Geldbuße | 273 |
| 4. Risikozuweisung | 273 |
| VII. Überzahlung von Lohnsteuer | 274 |

| | |
|---|-----|
| § 4 Vergütungscompliance | 275 |
| A. Begründung der Risikozuweisung an den Arbeitgeber | 275 |
| I. Fürsorgepflicht des Arbeitgebers im Arbeitsverhältnis | 275 |
| II. Arbeitgeber als Zahlstelle im Sozialversicherungs- und Lohnsteuerrecht | 276 |
| 1. Begründungsbedürftigkeit der Berechnungspflicht | 276 |
| 2. Unzureichende Zumutbarkeitserwägungen | 278 |
| 3. (Keine) Fürsorgepflicht des Arbeitgebers | 278 |
| a) Rechtfertigung der Beitragsbelastung, Einbehaltungs- und Abführungspflicht | 278 |
| b) Keine Rechtfertigung der Berechnungspflicht | 280 |
| 4. Entstehungs- und Zuflussprinzip im Drei- bzw. Vierecksverhältnis | 280 |
| a) Entstehungsprinzip und Quellenabführung im Sozialversicherungsrecht | 280 |
| b) Zuflussprinzip und Quellenabführung im Lohnsteuerrecht | 281 |
| III. Zwischenergebnis | 282 |
| B. Risikomanagement | 283 |
| I. Risikomanagement vor Fälligkeit | 283 |
| 1. Vertragsgestaltung | 283 |
| a) Variable Gehaltsbestandteile | 283 |
| aa) Anspruchshöhe nach billigem Ermessen | 283 |
| (1) Vergütungsanspruch | 283 |
| (2) Beitragsanspruch | 284 |
| (3) Lohnsteuerschuld | 285 |
| (4) Zwischenergebnis | 285 |
| bb) Von Zielerreichung abhängige Einmalzahlung | 285 |
| (1) Vergütungsanspruch | 285 |
| (2) Beitragsanspruch | 286 |
| (3) Lohnsteuerschuld | 286 |
| (4) Zwischenergebnis | 286 |
| b) Vertraglicher Rückzahlungsanspruch bei überzahlter Vergütung | 287 |
| aa) Vergütungsanspruch | 287 |
| (1) Gestaltungsgrenzen | 287 |
| (2) Geltendmachung des Anspruchs | 288 |
| (3) Zwischenergebnis | 289 |
| bb) Beitragsanspruch und Lohnsteuerschuld | 289 |
| cc) Zwischenergebnis | 290 |
| c) Ausschlussfristen | 290 |
| aa) Vergütungsanspruch | 290 |
| (1) Gestaltungsgrenzen | 290 |
| (2) Geltendmachung des Anspruchs | 292 |

| | |
|---|------------|
| (3) Zwischenergebnis | 292 |
| bb) Beitragsanspruch | 293 |
| cc) Lohnsteuerschuld | 293 |
| dd) Zwischenergebnis | 293 |
| 2. Einholung verbindlicher Entscheidungen und Auskünfte | 294 |
| a) Arbeitsrecht: Arbeitnehmerstatus und Vergütungshöhe | 294 |
| b) Sozialversicherungsrecht: Versicherungs-/Beitragspflicht und Beitragshöhe | 295 |
| aa) Einzugsstellenverfahren | 295 |
| bb) Betriebsprüfung | 296 |
| cc) Anfrageverfahren | 297 |
| dd) Statusklärung der Gesetzlichen Unfallversicherung | 298 |
| ee) Voranfrage | 298 |
| c) Steuerrecht: Lohnsteuerpflicht | 299 |
| d) Zwischenergebnis | 300 |
| II. Risikomanagement bei Fälligkeit | 300 |
| 1. Vergütungszahlung unter Vorbehalt | 300 |
| 2. Abführung der Gesamtsozialversicherungsbeiträge unter Vorbehalt | 302 |
| 3. Abführung der Gesamtsozialversicherungsbeiträge mit Tilgungsvorbehalt | 303 |
| 4. Mitteilung von Sachverhaltsungewissheiten | 304 |
| III. Risikomanagement nach Fälligkeit | 305 |
| 1. Rückforderung überzahlter Vergütung und Beiträge | 305 |
| 2. Nachzahlung/-entrichtung | 305 |
| a) Vergütung | 305 |
| b) Sozialversicherungsbeiträge | 306 |
| 3. Selbstanzeige oder tätige Reue | 306 |
| C. Wahrung der Grenzen der Risikozuweisung? | 306 |
| I. Aufgabenbegründung, Rechtsrisiken und Handlungsmöglichkeiten im Arbeitsverhältnis | 307 |
| II. Aufgabenbegründung, Rechtsrisiken und Handlungsmöglichkeiten im Sozialversicherungsverhältnis | 307 |
| III. Aufgabenbegründung, Rechtsrisiken und Handlungsmöglichkeiten im Lohnsteuerverhältnis | 307 |
| § 5 Ergebnis | 309 |
| Literaturverzeichnis | 314 |
| Stichwortverzeichnis | 331 |

Abbildungsverzeichnis

| | | |
|--------------|---|-----|
| Abbildung 1: | Rechtsbeziehungen bei legaler und illegaler Arbeitnehmerüberlassung. | 170 |
| Abbildung 2: | Kontrolle durch die Zollverwaltung. | 174 |
| Abbildung 3: | Höhe der vorläufig festgestellten Mehrsteuern nach Steuerarten in Mio. Euro. | 188 |
| Abbildung 4: | Anzahl der von Bußgeld- und Strafsachenstellen abgeschlossenen Strafverfahren. | 189 |

Abkürzungsverzeichnis

| | |
|------------|--|
| a.A. | anderer Ansicht |
| AAG | Aufwendungsausgleichsgesetz |
| Abs. | Absatz/Absätze |
| AcP | Archiv für die civilistische Praxis (Zeitschrift) |
| a.E. | am Ende |
| AEAO | Anwendungserlass zur Abgabenordnung |
| AEntG | Arbeitnehmerentsendegesetz |
| AEUV | Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union |
| a.F. | alte Fassung |
| AG | Arbeitgeber; Aktiengesellschaft |
| AGB | Allgemeine Geschäftsbedingungen |
| AGG | Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz |
| AiB | Arbeitsrecht im Betrieb (Zeitschrift) |
| AktG | Aktiengesetz |
| allg. | allgemein |
| ALR | Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten |
| AMG | Arzneimittelgesetz |
| AN | Arbeitnehmer |
| Anm. | Anmerkung |
| AO | Abgabenordnung |
| AP | Arbeitsrechtliche Praxis (Entscheidungssammlung) |
| ArbGG | Arbeitsgerichtsgesetz |
| ArbSchG | Arbeitsschutzgesetz |
| ArbZG | Arbeitszeitgesetz |
| ARS | Arbeitsrechts-Sammlung, Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts und der Landesarbeitsgerichte (1928–1944) |
| Art./Artt. | Artikel |
| AStBV 2017 | Anweisungen für das Straf- und Bußgeldverfahren (Steuer) 2017 |
| AtG | Atomgesetz |
| AufenthG | Aufenthaltsgesetz |
| Aufl. | Auflage |
| AÜG | Arbeitnehmerüberlassungsgesetz |

| | |
|---------|--|
| BAG | Bundesarbeitsgericht |
| BAGE | Sammlung der Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts |
| BAnz | Bundesanzeiger, www.bundesanzeiger.de (ab 2002) |
| BauGB | Baugesetzbuch |
| BayGO | Gemeindeordnung für den Freistaat Bayern |
| BayPAG | Bayerisches Polizeiaufgabengesetz |
| BayVGH | Bayerischer Verwaltungsgerichtshof |
| BB | Betriebs-Berater (Zeitschrift) |
| BBiG | Berufsbildungsgesetz |
| Bd. | Band/Bände |
| BDSG | Bundesdatenschutzgesetz |
| BeckRS | Beck-Rechtsprechung |
| BEEG | Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz |
| Begr. | Begründer |
| BetrAVG | Betriebsrentengesetz |
| BetrVG | Betriebsverfassungsgesetz |
| BFH | Bundesfinanzhof |
| BFHE | Sammlung der Entscheidungen des Bundesfinanzhofs |
| BG | Die Berufsgenossenschaft (Zeitschrift) |
| BGB | Bürgerliches Gesetzbuch |
| BGH | Bundesgerichtshof |
| BGHSt | Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen |
| BHO | Bundeshaushaltsordnung |
| BImSchG | Bundesimmisionsschutzgesetz |
| BJagdG | Bundesjagdgesetz |
| BMAS | Bundesministerium für Arbeit und Soziales |
| BMF | Bundesministerium der Finanzen |
| BPersVG | Bundespersersonalvertretungsgesetz |
| BpO | Betriebsprüfungsordnung 2000 |
| BR-Drs. | Bundesrat-Drucksache |
| BSG | Bundessozialgericht |
| Bsp. | Beispiel |
| bspw. | beispielsweise |
| BStBl. | Bundessteuerblatt |
| BT-Drs. | Bundestag-Drucksache |
| BUrlG | Bundesurlaubsgesetz |
| BVerfG | Bundesverfassungsgericht |

| | |
|------------|--|
| BVerfGE | Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts |
| BVerwG | Bundesverwaltungsgericht |
| BVerwGE | Sammlung der Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts |
| BVV | Beitragsverfahrensverordnung |
| bzw. | beziehungsweise |
| CCZ | Corporate Compliance Zeitschrift |
| CGB | Christlicher Gewerkschaftsbund |
| CGM | Christliche Gewerkschaft Metall |
| CGZP | Tarifgemeinschaft Christlicher Gewerkschaften für Zeitarbeit und PersonalService-Agenturen |
| DB | Der Betrieb (Zeitschrift) |
| DCGK | Deutscher Corporate Governance Kodex |
| DEÜV | Datenerfassungs- und -übermittlungsverordnung |
| d.h. | das heißt |
| DrittelnG | Drittelnbeteiligungsgesetz |
| DRV | Deutsche Rentenversicherung |
| DStR | Deutsches Steuerrecht (Zeitschrift) |
| DStRE | Deutsches Steuerrecht – Entscheidungsdienst |
| dt. | deutsch |
| EFZG | Entgeltfortzahlungsgesetz |
| engl. | englisch |
| EntTranspG | Entgelttransparenzgesetz |
| ErfK | Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht |
| ESC | Europäische Sozialcharta |
| EStG | Einkommensteuergesetz |
| etc. | et cetera |
| EU | Europäische Union |
| EuGH | Europäischer Gerichtshof |
| EUV | Vertrag über die Europäische Union |
| EuZA | Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht |
| EuZW | Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht |
| EWG | Europäische Wirtschaftsgemeinschaft |
| EWiR | Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht (Zeitschrift) |
| EWIV | Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung |
| f. | folgend(e) |
| ff. | fortfolgend(e) |
| FG | Finanzgericht |
| FGO | Finanzgerichtsordnung |

| | |
|--------------------|--|
| Fn. | Fußnote |
| franz. | französisch |
| FS | Festschrift |
| G | Gesetz |
| GenDG | Gendiagnostikgesetz |
| GenTG | Gentechnikgesetz |
| GewO | Gewerbeordnung |
| GG | Grundgesetz |
| ggf. | gegebenenfalls |
| GGO | Gemeinsame Geschäftsordnung der Bundesministerien |
| GKV-Spitzenverband | Spitzenverband Bund der Krankenkassen |
| GmbH | Gesellschaft mit beschränkter Haftung |
| GmbHG | Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung |
| grds. | grundätzlich |
| griech. | griechisch |
| GS | Großer Senat |
| GVBl. | Bayerisches Gesetz- und Verordnungsblatt |
| GVG | Gerichtsverfassungsgesetz |
| GWB | Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen |
| h.A. | herrschende Ansicht |
| HaftPflG | Haftpflichtgesetz |
| HAG | Heimarbeitsgesetz |
| HGB | Handelsgesetzbuch |
| HGrG | Haushaltsgrundsätzgesetz |
| h. M. | herrschende Meinung |
| Hrsg. | Herausgeber |
| Hs. | Halbsatz |
| HwO | Handwerksordnung |
| I.A.B. | Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung, die Forschungseinrichtung der Bundesagentur für Arbeit |
| ICESCR | Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte |
| i. e. S. | im engeren Sinne |
| insb. | insbesondere |
| InsO | Insolvenzordnung |
| InstitutsVergV | Institutsvergütungsverordnung |
| INZ | Interessengemeinschaft Nordbayerischer Zeitarbeitsunternehmen |
| i. S. d. | im Sinne des/der |

| | |
|----------------|--|
| ISO | Internationale Organisation für Normung (International Organization for Standardization) |
| i. V. m. | in Verbindung mit |
| JA | Juristische Ausbildung (Zeitschrift) |
| jurisPK | Juris Praxiskommentar |
| jurisPR-SozR | Juris PraxisReport Sozialrecht |
| JuS | Juristische Schulung (Zeitschrift) |
| Kap. | Kapitel |
| KG | Kommanditgesellschaft |
| KGaA | Kommanditgesellschaft auf Aktien |
| krit. | kritisch |
| KritV | Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtsprechung |
| KrPflG | Krankenpflegegesetz |
| KSchG | Kündigungsschutzgesetz |
| KV | Kostenverzeichnis |
| KVLG 1989 | Zweites Gesetz über die Krankenversicherung der Landwirte |
| KWG | Kreditwesengesetz |
| lat. | lateinisch |
| lit. | Litera/Buchstabe |
| LS | Leitsatz |
| LSG | Landessozialgericht |
| LStDV | Lohnsteuer-Durchführungsverordnung |
| LStR | Lohnsteuerrichtlinien 2015 |
| LT-Drs. | Landtagsdrucksache |
| LuftSiG | Luftsicherheitsgesetz |
| MiArbG | Mindestarbeitsbedingungengesetz (außer Kraft seit 16.8.2014) |
| MiLoG | Mindestlohngesetz |
| Mio. | Million(en) |
| MitbestG | Mitbestimmungsgesetz |
| MontanMitbestG | Montanmitbestimmungsgesetz |
| Mrd. | Milliarde(n) |
| MüKo | Münchener Kommentar |
| MünchHdbArbR | Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht |
| MuSchG | Mutterschutzgesetz |
| m. w. N. | mit weiteren Nachweisen |
| m. W. v. | mit Wirkung vom |
| NachwG | Nachweisgesetz |

| | |
|-------------|---|
| NJOZ | Neue Juristische Online-Zeitschrift |
| NJW | Neue Juristische Wochenzeitschrift |
| Nr. | Nummer |
| NStZ | Neue Zeitschrift für Strafrecht |
| NStZ-RR | Neue Zeitschrift für Strafrecht – Rechtsprechungsreport |
| n. v. | nicht veröffentlicht |
| NWB | Neue Wirtschaftsbriefe (Zeitschrift) |
| NZA | Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht |
| NZA-RR | Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht-Rechtsprechungsreport |
| NZG | Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht |
| NZI | Neue Zeitschrift für Insolvenz- und Sanierungsrecht |
| NZS | Neue Zeitschrift für Sozialrecht |
| NZWiSt | Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht |
| obj. | objektiv |
| OHG | Offene Handelsgesellschaft |
| OVG | Obervorwaltungsgericht |
| p. | page |
| PBefG | Personenbeförderungsgesetz |
| PflegeZG | Pflegezeitgesetz |
| PNAS | Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America (Zeitschrift) |
| ProdHaftG | Produkthaftungsgesetz |
| ProdSG | Produktsicherheitsgesetz |
| RAG | Reichsarbeitsgericht |
| RdA | Recht der Arbeit (Zeitschrift) |
| RettAssG | Rettungsassistentengesetz (außer Kraft seit 31.12.2014) |
| RG | Reichsgericht |
| RGZ | Reichsgericht in Zivilsachen (Entscheidungssammlung) |
| RiStBV | Richtlinien für das Strafverfahren |
| RL | Richtlinie |
| Rn. | Randnummer |
| Rspr. | Rechtsprechung |
| RVG | Rechtsanwaltsvergütungsgesetz |
| RW | Rechtswissenschaft, Zeitschrift für rechtswissenschaftliche Forschung |
| S. | Seite(n) |
| SchwarzArbG | SchwarzarbeitsbekämpfungsG |
| SGb | Die Sozialgerichtsbarkeit (Zeitschrift) |

| | |
|---------------|--|
| SGB | Sozialgesetzbuch |
| SGG | Sozialgerichtsgesetz |
| Slg. | Sammlung |
| s. o. | siehe oben |
| sog. | sogenannte/-r/-s/-n |
| Sp. | Spalte(n) |
| span. | spanisch |
| SprAuG | Sprecherausschussgesetz |
| SprengG | Sprengstoffgesetz |
| SR | Soziales Recht (Zeitschrift) |
| StBp | Die steuerliche Betriebsprüfung (Zeitschrift) |
| SteuK | Steuerrecht kurzgefasst (Zeitschrift) |
| StGB | Strafgesetzbuch |
| StPO | Strafprozeßordnung |
| St. Rspr. | ständige Rechtsprechung |
| StVG | Straßenverkehrsgesetz |
| StVollzG | Strafvollzugsgesetz |
| SvEV | SozialversicherungsentgeltVO |
| TVG | Tarifvertragsgesetz |
| TV-L | Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst der Länder |
| TVöD | Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst |
| TzBfG | Teilzeit- und Befristungsgesetz |
| u. a. | und andere/unter anderem |
| u. ä. | und ähnliche/-s |
| UmweltHG | Umwelthaftungsgesetz |
| UStG | Umsatzsteuergesetz |
| usw. | und so weiter |
| UWG | Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb |
| VAG | Versicherungsaufsichtsgesetz |
| Verf. | Verfasser/-in |
| VersVergV | Versicherungs-Vergütungsverordnung |
| vgl. | Vergleiche |
| VKA | Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände |
| VO | Verordnung |
| VOB/A / VOB/B | Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen, Teil A/B |
| vss. | voraussichtlich |
| VV | Vergütungsverzeichnis |
| WaffG | Waffengesetz |

| | |
|--------|---|
| WHG | Wasserhaushaltsgesetz |
| wistra | Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht |
| WO | Wahlordnung |
| WRegG | Wettbewerbsregistergesetz |
| WSI | Wirtschafts- und Sozialwissenschaftliches Institut in der Hans-Böckler-Stiftung |
| WM | Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht |
| z. B. | zum Beispiel |
| ZBHSW | Zeitschrift für das Berg-, Hütten- und Salinenwesen in dem Preussischen Staate |
| ZfA | Zeitschrift für Arbeitsrecht |
| ZPO | Zivilprozessordnung |
| ZRG | Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte |
| ZSR | ZAAR Schriftenreihe |
| ZTR | Zeitschrift für Tarifrecht |
| zust. | zustimmend |
| zzgl. | zuzüglich |
| ZZP | Zeitschrift für Zivilprozeß |

Im Übrigen wird verwiesen auf: Kirchner, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 9. Auflage 2018.

§ 1 Rechtsrisiko

Das Recht weist dem Arbeitgeber, der das Entgelt seiner Arbeitnehmer falsch berechnet (§ 2), zahlreiche Rechtsrisiken (§ 1) unter anderem im Arbeits-, Sozial- und Steuerrecht zu (§ 3).¹ Die Bewältigung dieses Entgeltrechtsrisikos ist für den compliance-bemühten² Arbeitgeber ein praktisch wichtiges Problem. Nur, wenn er die möglichen Konsequenzen einer fehlerhaften Entgeltberechnung kennt, kann er sie als Träger des Risikos minimieren (§ 4).

A. Risiko im Recht

„Auf hoher See und vor Gericht sind wir allein in Gottes Hand.“

I. Entwicklung des Risikobegriffs

Als ursprünglich kaufmännischer Terminus in Seefahrt und Handel dem italienischen *riscio* (Klippe) entlehnt³, bezeichnete Risiko im Frühmittelalter die Gefahr, die Kaufleuten auf ihren Handelsschiffsreisen drohte⁴. Im Deutschen fand das Wagnis zum ersten Mal 1518 in Buchhaltungsbüchern Erwähnung⁵ und 1742 Eingang in das Universal-Lexicon von Zedler:

¹ Betrachtet werden nur Inlandssachverhalte ohne Auslandsbezug. Die Haftung des Generalunternehmers wird nicht behandelt. Dieser bürgt selbstschuldnerisch für die Sozialversicherungspflicht seiner Subunternehmer (§ 28e Abs. 3a–4 SGB IV i. V. m. § 150 Abs. 3 SGB VII) und haftet verschuldensunabhängig für die Einhaltung des Mindestlohns (§ 13 MiLoG i. V. m. § 14 AEntG; § 21 Abs. 2 MiLoG, § 23 Abs. 2 AEntG). Nicht behandelt wird ferner die Haftung bei knappschaftlichen Arbeiten, des Reeders (§ 28e Abs. 2a/3 SGB IV) und die sozialversicherungsrechtliche Aus- bzw. Einstrahlung bei Auslandsentsendungen (§§ 4–6 SGB IV).

² Der böswillige Arbeitgeber, der Entgeltregelungen bewusst umgeht oder falsch anwendet, unterliegt anders als der gutgläubige Arbeitgeber keinem Irrtum und wird in dieser Arbeit deshalb nicht untersucht.

³ Seebold/Kluge (Hrsg.), Etym. Wörterbuch, Risiko. Zudem zurückzuführen auf altpersisch „rozi(k)“ (Tagesgeld, Schicksal) und „rizq“ (Lebensunterhalt, der von Gott und Schicksal abhängt), griech. „ρίζα“ („rhiza“: Wurzel, Klippe), span. „ar-risco“ (Wagnis, Gefahr), franz. „risque(r)“ und lat. „risicare“ (Klippen umschiffen): Banse, Risikoforschung, 15 (23).

⁴ Banse, Risikoforschung, 15 (24).

⁵ Keller, Risknews 2004, 60 (60, 62).

„Risco, Risico, Lat. *periculum, fortuna*, heissen die Kaufleute die Gefahr, so ihnen aus dem Handel möchte zuwachsen, wenn sie das Wechsel-Recht überschreiten; ingleichen die Wagung, daher sagen sie, ich will den See-Risco, oder die Seegefahr wagen, oder dafür stehen; daher kommt: Risquiren, Risigiren, vor das Risco stehen, Lat. *Aleam iacere, suo periculo aliquid agere*, ist so viel als wagen, und geschiehet gar vielfältig bey den Kaufleuten, welche über See und Land handeln, und daher vielen Gefährlichkeiten unterworfen sind, sonderlich in Kriegs- und Winterszeiten, in Sturm und Ungewitter, für Seeräubern und dergleichen.“⁶

Der Begriff des Risikos wurde zum Synonym für die Ungewissheit und Unberechenbarkeit der Zukunft. Die naturwissenschaftlichen Erkenntnisse von Galilei, Kepler, Huygens, Newton und Laplace im 16. bis 18. Jahrhundert ermöglichten eine Vorhersage und damit Risikobewertung bestimmter Ereignisse. Als sich Mitte des 19. Jahrhunderts technische Massenunfälle wie große Eisenbahnunglücke, Explosionen von Dampfkesseln und Schlagwetterexplosionen im Bergbau häuften, entwickelten sich erste echte Risiko- und⁷ Sicherheitsforschungen.⁸ Dort verstand man unter Risiko meist⁹ die Kombination aus vermuteter Eintrittswahrscheinlichkeit und erwarteter Schadensschwere¹⁰. An alledem beteiligte sich die Rechtswissenschaft nicht.¹¹ Risiken waren dort zunächst nur als Vertragsgegenstand im Versicherungswesen relevant. Erst im Zuge der Genehmigung von Atomkraftanlagen in den 1960er Jahren entstand das Bedürfnis, auch geringe Eintrittswahrscheinlichkeiten, die nicht mehr unter den polizeilichen Gefahrenbegriff¹² zu subsumieren waren¹³, rechtlich zu erfassen und Risiken vorzusorgen.¹⁴

⁶ Zedler (Hrsg.), Grosses vollständiges Universal-Lexicon, Bd. 31, Sp. 1736; Steinbach, Vollständiges Dt. Wörterbuch (1734): noch kein Stichwort „Risiko“; Grimm/Grimm, Dt. Wörterbuch (1893), Sp. 1042: „riskieren“.

⁷ Risiko und Sicherheit wurden als Komplementärbegriffe verwendet: Bechmann, KritV 1991, 212 (216).

⁸ Banse, Risikoforschung, 15 (30). Knight, Risk, Uncertainty and Profit, 20 definierte Risiko als messbare Ungewissheit („measurable uncertainty“: „risks“) in Abgrenzung zur nicht messbaren Unsicherheit („unmeasurable uncertainty“: „uncertainties“); ebenso Gutenberg, Unternehmensführung, 77 f.; Albach, Wirtschaftlichkeitsrechnung bei unsicheren Erwartungen, 3 f.; Philipp, Risiko und Risikopolitik; Beck, Risikogesellschaft – Auf dem Weg in eine andere Moderne (1986), Beck, Weltrisikogesellschaft (2007), Halfmann/Japp (Hrsg.), Riskante Entscheidungen und Katastrophenpotentiale (1990); Luhmann, Soziologie des Risikos (1991).

⁹ International Organisation for Standardization, 31000:2018(E), 3.1: „risk: effect of uncertainty on objectives [...]. An effect is a deviation from the expected. It can be positive, negative or both, and can address, create or result in opportunities and threats.“

¹⁰ Bechmann, KritV 1991, 212 (214).

¹¹ Hessler, Risiko als Vertragsgegenstand, 12.

¹² Eine Gefahr liegt vor, wenn eine Sachlage im konkreten Fall bei ungehindertem Ablauf des objektiv zu erwartenden Geschehens in absehbarer Zeit mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein polizeilich geschütztes Rechtsgut schädigen wird: BVerwG

Risiken im Rechtssinne stehen damit zwischen Gefahren und Zufällen. Wird in Regelungen heute – meist im Recht der technischen Sicherheit¹⁵ – der Risikobegriff verwendet, so geschieht dies nicht einheitlich.¹⁶ Gemein sind der Begriffsverwendung nur die Ungewissheit und die negativen Folgen, wenn sich das Risiko realisiert. Henssler beschreibt daher in seiner Habilitationsschrift „Risiko als Vertragsgegenstand“ den Risikobegriff vage:

„Aus juristischer Sicht ist der Begriff des Risikos durch das Element der Ungewißheit bestimmt, das die Gefahr einer planwidrigen Entwicklung und damit einer individuellen Fehlentscheidung begründet.“¹⁷

Risiko ist demnach die Folge einer eigenen (Fehl-)Entscheidung.¹⁸ Hieran angelehnt wird in dieser Arbeit unter Risiko die Möglichkeit einer Vermögens- oder Rechtsgüttereinbuße aufgrund einer eigenen Handlung verstanden.¹⁹ Zum Rechtsrisiko wird es, wenn die Vermögens- oder Rechtsgüttereinbuße aufgrund einer eigenen Handlung, die auf einer falschen (d.h. später gerichtlich nicht rechtskräftig bestätigten) rechtlichen Einschätzung beruht, möglich wird.²⁰

26.2.1974 – I C 31/72 – BVerwGE 45, 51 juris Rn. 32; Preuß. OVG 10.6.1880 – Preuß. VBl. 1879/80, 401 ff.

¹³ Die hohe Wahrscheinlichkeit der Gefahrverwirklichung ist der entscheidende Unterschied zum Risiko. Ebenso: *Kloepfer*, Chancen und Risiko als rechtliche Dimension, 31 (34); *Bechmann*, KritV 1991, 212 (214).

¹⁴ *Heun*, RW 2011, 376 (378); *Zedler*, Rechtsrisiko als Betriebsrisiko?, 37 m. w. N. zu BVerfG 8.8.1978 – 2 BvL 8/77 – BVerfGE 49, 89 ff. – *Kalkar*, auf dessen Grundlage sich das Drei-Stufen-Modell von rechtlich relevanter, abzuwehrender Gefahr, zu verringerdem Risiko und hinzunehmendem Restrisiko entwickelte.

¹⁵ *Heun*, RW 2011, 376 (379).

¹⁶ Einzige Legaldefinition in § 2 Nr. 23 ProdSG: „Risiko [ist] die Kombination aus der Eintrittswahrscheinlichkeit einer Gefahr und der Schwere des möglichen Schadens“. Zum ernsten Risiko (Nr. 9) wird es, wenn es „ein rasches Eingreifen der Marktüberwachungsbehörden erfordert, auch wenn das Risiko keine unmittelbare Auswirkung hat“. Im Versicherungsaufsichtsgesetz und im Versicherungsvertragsgesetz wird der Risikobegriff als bekannt vorausgesetzt; ebenso u.a. im Arzneimittel-, Kreditwesen- und Gentechnikgesetz (§ 2 Nr. 6b GenTG). In § 675m BGB werden Risiko (amtliche Überschrift) und Gefahr (Wortlaut in Abs. 2) der Versendung eines Zahlungsinstruments gleichgesetzt. Vgl. auch *Kloepfer*, Chancen und Risiko als rechtliche Dimension, 31 (33 ff.).

¹⁷ *Henssler*, Risiko als Vertragsgegenstand, 12, für den Risikobegriff in der Rechtswissenschaft wegweisend.

¹⁸ So auch: *Luhmann*, Soziologie des Risikos, 30 f.; *Bechmann*, KritV 1991, 212 (217 f.) und *Bechmann*, Großtechnische Systeme, Risiko und gesellschaftliche Unsicherheit, 123.

¹⁹ Nach dem Wortlaut enger: *Zedler*, Rechtsrisiko als Betriebsrisiko?, 41.

²⁰ So i.E. auch *Zedler*, Rechtsrisiko als Betriebsrisiko?, 41; *Schneider*, EuZW 2017, 489 (489).