

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

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



# Inhaltsverzeichnis

<b>§ 1 Rechtsrisiko</b> .....	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 verschie-	
dener 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 Arbeit-	
gebers .....	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 Beschlussvollzug . . . . .	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-, Rückzahlungsvorbehalte, Stichtags- und Rückzahlungsklauseln . . . . .	75
(2) Bezugnahme Klauseln . . . . .	80
(3) (Sonstige) Inhaltskontrolle . . . . .	83
ff) Zwischenergebnis: Risikozuweisung . . . . .	84
c) Normenkonkurrenz und -kollision von Entgeltregelungsquellen . . . . .	84
aa) Normen gleichen Rangs: Ordnungs- und Spezialitätsprinzip . . . . .	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 Beweisrisiko	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 immanenten Rechtsrisikos	110
I.	Behaviorismus: Verhaltenssteuerung	110
II.	Kognitivismus: Risikowahrnehmung	112
1.	„System 1“: unbewusstes, emotional-intuitives (schnelles) Denken	112
2.	„System 2“: bewusstes, analytisch-vernunftorientiertes (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
<b>§ 2</b>	<b>Fehlerhafte Entgeltermittlung durch den Arbeitgeber</b>	<b>123</b>
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)	Statusfeststellungsobliegenheit 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. Zugrundegelegendes 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: Beitragsabführungspflicht 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) Betriebsprüfung . . . . .	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 Betriebsstätten- finanzamt . . . . .	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 Lohnsteuerab- zugs . . . . .	157
	b) Abschluss des Lohnsteuerabzugs . . . . .	158
	c) Unterlassene Lohnsteueranmeldung: Schätzung und Verspä- tungszuschlag . . . . .	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 Beschäftigteneigenschaft . . . . .	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. Schwerpunktmäßige Kontrolle durch Zollverwaltung	173
a) Statistik	174
b) Verdachtsunabhängige Prüfung	175
c) Weitreichende Kontrollbefugnisse	175
II. Sozialversicherungsrecht	176
1. Laufende Kontrolle durch sozialversicherungsrechtliche Ein- zugsstelle	176
a) Laufende Überwachung mit eingeschränkter Kontrollkom- petenz	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) Stichprobencharakter	181
aa) Bisherige Rechtsprechung: Keine Entlastungswirkung	181
bb) Neue Rechtsprechung: Schutzwirkung	182
cc) Prüfung im Auftrag der Unfallversicherung	183
3. Verdachtsabhängige eigene Prüfung des Unfallversicherungs- trägers	183
III. Steuerrecht	184
1. Lohnsteueraußenprüfung	184
a) Schriftliche Prüfungsanordnung	184
b) Mitwirkungspflichten des Arbeitgebers und der Arbeitneh- mer	185
c) Schlussbesprechung und Prüfungsbericht	185
2. Lohnsteuer-Nachschau	186
3. Steuerstrafverfahren	186
a) Zuständigkeit	186
b) Befugnisse	187
c) Statistik	187

IV. Informationsaustausch zwischen den Behörden .....	189
V. Rechtssicherheit nach Kontrollen? .....	190
<b>§ 3 Folgen von Entgeltbemessungsfehlern .....</b>	<b>192</b>
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 Auflösungsver schulden .....	194
4. Sonstige Reaktionsmöglichkeiten des Arbeitnehmers .....	195
a) Zurückbehaltungsrecht und Unsicherheits einrede .....	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) Verschärfte 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 festgestell- tem Arbeitnehmerstatus .....	203
b) Sonderfall: Gegen den Entleiher .....	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 Beitragsab- führung .....	208
2. Bis zu fünffaches Beitragsrisiko bei unterlassener oder fehler- hafter 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 Gesamtsozialversicherungsbei- trags 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 Erstattungs- anspruchs . . . . .	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 statusbegründen- den Voraussetzungen ausreichend . . . . .	241
b)	Rechtsprechungswechsel: zutreffende rechtliche Einord- nung 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 Mindestlohn- zahlung . . . . .	247
3.	Unternehmensgeldbuße wegen Unterschreitung des Mindest- lohns . . . . .	248
4.	Lohnwucher und Ausbeutung der Arbeitskraft . . . . .	249
5.	Risikozuweisung . . . . .	250
III.	Überzahlung von Arbeitsentgelt . . . . .	251
1.	Öffentlicher Sektor: Sparsamkeitsprinzip und partielles Güns- tigkeitsprinzip . . . . .	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

<b>§ 4 Vergütungscompliance</b> .....	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 Vorbe- halt . . . . .	302
3. Abführung der Gesamtsozialversicherungsbeiträge mit Til- gungsvorbehalt . . . . .	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
<b>§ 5 Ergebnis . . . . .</b>	<b>309</b>
<b>Literaturverzeichnis . . . . .</b>	<b>314</b>
<b>Stichwortverzeichnis . . . . .</b>	<b>331</b>



## 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, <a href="http://www.bundesanzeiger.de">www.bundesanzeiger.de</a> (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	Bundshaushaltsordnung
BImSchG	Bundesimmissionsschutzgesetz
BJagdG	Bundesjagdgesetz
BMAS	Bundesministerium für Arbeit und Soziales
BMF	Bundesministerium der Finanzen
BPersVG	Bundespersonalvertretungsgesetz
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
DrittelbG	Drittelbeteiligungsgesetz
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-Spitzen- verband	Spitzenverband Bund der Krankenkassen
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
grds.	grundsätzlich
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	Haushaltsgrundsätze-gesetz
h. M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
Hs.	Halbsatz
HwO	Handwerksordnung
I.A.B.	Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung, die Forschungs- einrichtung 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	Mindestarbeitsbedingengesetz (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
NZWSt	Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht
obj.	objektiv
OHG	Offene Handelsgesellschaft
OVG	Oberverwaltungsgericht
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)
RetAssG	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	Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz
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).<sup>1</sup> Die Bewältigung dieses Entgeltrechtsrisikos ist für den compliance-bemühten<sup>2</sup> 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) entlehnt<sup>3</sup>, bezeichnete Risiko im Frühmittelalter die Gefahr, die Kaufleuten auf ihren Handelsschiffsreisen drohte<sup>4</sup>. Im Deutschen fand das Wagnis zum ersten Mal 1518 in Buchhaltungsbüchern Erwähnung<sup>5</sup> und 1742 Eingang in das Universal-Lexicon von Zedler:

---

<sup>1</sup> 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).

<sup>2</sup> 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.

<sup>3</sup> *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).

<sup>4</sup> *Banse*, Risikoforschung, 15 (24).

<sup>5</sup> *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; ینگleichen die Wägung, daher sagen sie, ich will den See-Risco, oder die Seegefahr wagen, oder dafür stehen; daher kommt: Risquieren, Risigiren, vor das Risco stehen, Lat. *Aleam iacere, suo periculo aliquid agere*, ist so viel als wagen, und geschieht 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.“<sup>6</sup>

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- und<sup>7</sup> Sicherheitsforschungen.<sup>8</sup> Dort verstand man unter Risiko meist<sup>9</sup> die Kombination aus vermuteter Eintrittswahrscheinlichkeit und erwarteter Schadensschwere<sup>10</sup>. An alledem beteiligte sich die Rechtswissenschaft nicht.<sup>11</sup> 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 Gefahrenbegriff<sup>12</sup> zu subsumieren waren<sup>13</sup>, rechtlich zu erfassen und Risiken vorzusorgen.<sup>14</sup>

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

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

<sup>8</sup> Bause, 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).

<sup>9</sup> 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.“

<sup>10</sup> Bechmann, KritV 1991, 212 (214).

<sup>11</sup> Henssler, Risiko als Vertragsgegenstand, 12.

<sup>12</sup> 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 Sicherheit<sup>15</sup> – der Risikobegriff verwendet, so geschieht dies nicht einheitlich.<sup>16</sup> 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.“<sup>17</sup>

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

---

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

<sup>13</sup> 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).

<sup>14</sup> *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 verringermendem Risiko und hinzunehmendem Restrisiko entwickelte.

<sup>15</sup> *Heun*, RW 2011, 376 (379).

<sup>16</sup> Einzige Legaldefinition in § 2 Nr. 23 ProdSG: „Risiko [ist] die Kombination aus der Eintrittswahrscheinlichkeit einer Gefahr und der Schwere des möglichen Schadens“. Zum ernststen 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.).

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

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

<sup>19</sup> Nach dem Wortlaut enger: *Zedler*, Rechtsrisiko als Betriebsrisiko?, 41.

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