Dentons am Mittag.

- Arbeitsrecht-Lunch am 9. September 2021 -

Arbeitnehmer & Selbstständige:
Aktuelle BAG-Entscheidung und Änderung beim Statusfeststellungsverfahren

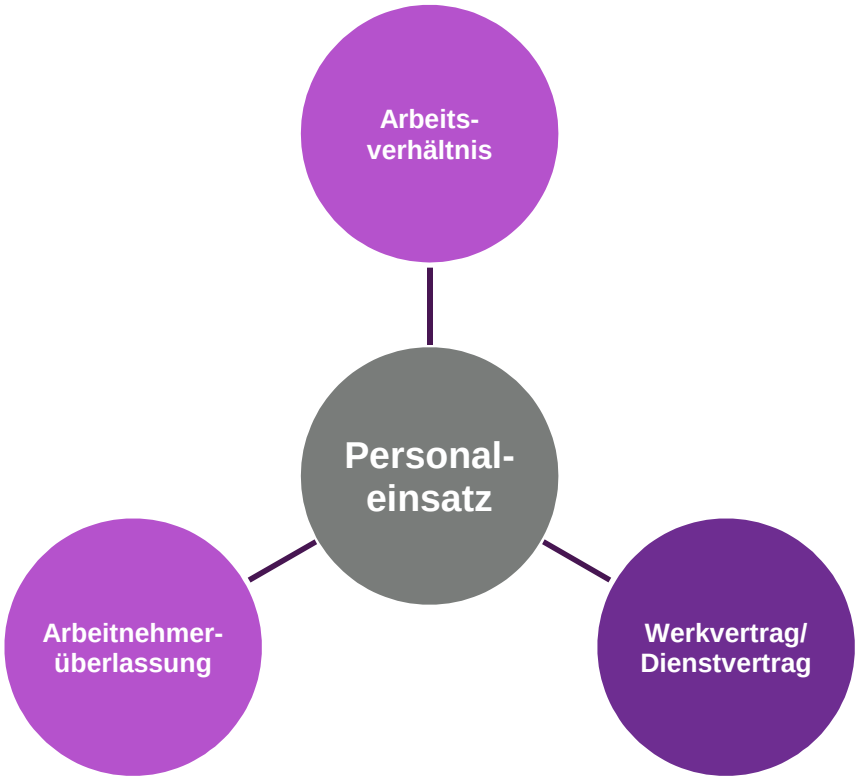
Matthias Stelzer
Rechtsanwalt | Fachanwalt für Arbeitsrecht

Inhalt

1. Warmup: Abgrenzung Arbeitnehmer und Selbständige / Drittbezogener Personaleinsatz.
2. Crowdworker-Entscheidung des BAG vom 1.12.2020 - 9 AZR 102/20.
3. Reform des Statusfeststellungsverfahrens nach § 7a SGB IV.

Teil 1:
Warmup –
Abgrenzung Arbeitnehmer und Selbständige / Drittbezogener Personaleinsatz.

Teil 1: Grundsätzliches zur Abgrenzung
- Erscheinungsformen (1/4) -



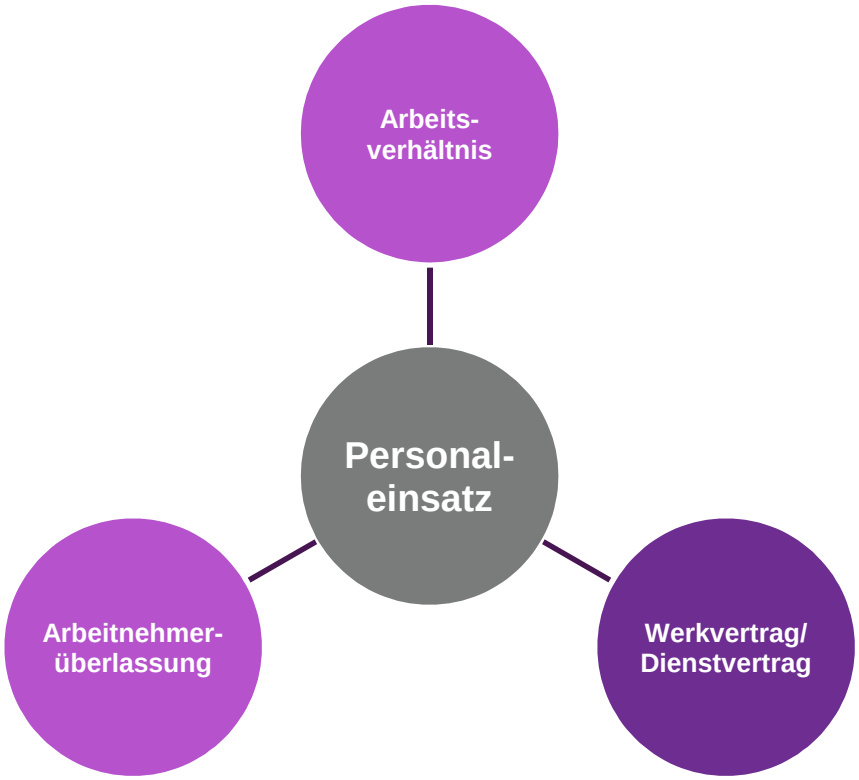
Scheinselbständigkeit?

- Keine gesetzliche Definition von Scheinselbständigkeit, aber Definition sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis in § 7 Abs. 1 SGB IV:

*„Beschäftigung ist die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Anhaltspunkte für eine Beschäftigung sind eine **Tätigkeit nach Weisungen** und eine **Eingliederung in die Arbeitsorganisation** des Weisungsgebers.“*

- Vgl. auch § 611a BGB.

Teil 1: Grundsätzliches zur Abgrenzung
- Erscheinungsformen (2/4) -



- (Leih-)Arbeitsverhältnis:
  - Sozialversicherungspflichtig.
  - Haftung des Arbeitgebers für SV-Beiträge und strafrechtliche Relevanz der Vorenthaltung (§ 266 a StGB).
  - Viele arbeitsrechtliche Vorschriften gelten nur bei (Leih-)Arbeitsverhältnissen.

- Werk- oder Dienstvertrag:
  - Grds. sozialversicherungsfrei.
  - Ohne Erfüllungsgehilfen → Freelancer / Solo-Selbständige („Scheinselbständigkeit“?).
  - Mit Erfüllungsgehilfen → Abgrenzung zur Arbeitnehmerüberlassung.

Teil 1: Grundsätzliches zur Abgrenzung - Erscheinungsformen (3/4) -

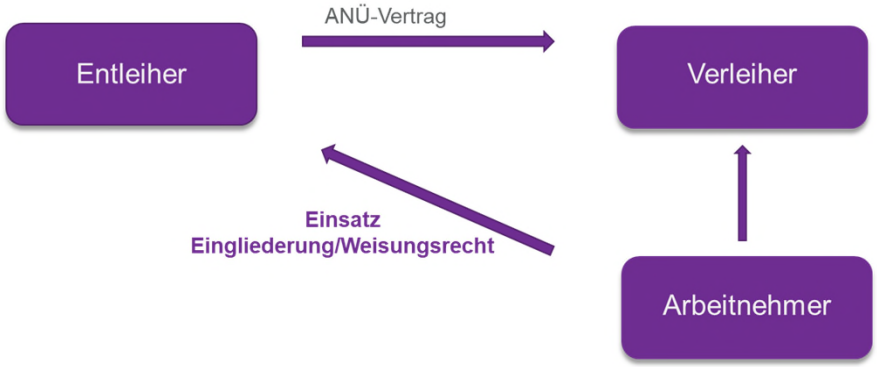
2-Personen-Verhältnis: Arbeitsverhältnis vs. Dienst-/Werkvertragsverhältnis

Weisungsrecht als Arbeitgeber iSv. § 106 GewO?

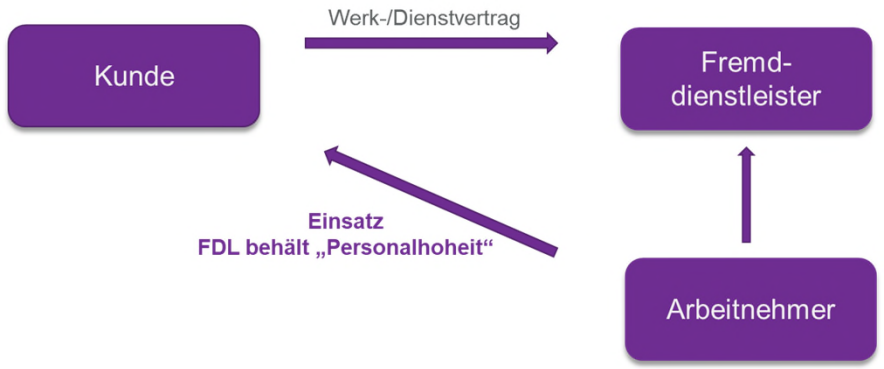
Arbeitgeber kann Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung nach billigem Ermessen näher bestimmen, soweit diese Arbeitsbedingungen nicht durch Arbeitsvertrag, Betriebsvereinbarung, Tarifvertrag oder gesetzlich festgelegt.

Teil 1: Grundsätzliches zur Abgrenzung
- Erscheinungsformen (4/4) -

3-Personen-Verhältnis: Arbeitnehmerüberlassung vs. Einsatz Erfüllungsgehilfen



Wer übt Weisungsrecht gem. § 106 GewO gegenüber eingesetztem Personal (Leiharbeitnehmer <-> Erfüllungsgehilfen) aus?



Teil 1: Grundsätzliches zur Abgrenzung
- Risiken Arbeitgeber bei Scheinselbständigkeit -

- **Nachzahlung Sozialversicherungsbeiträge:**
  - **Entstehungsprinzip!** Unabhängig von Verjährung Entgeltanspruch.
  - Rückwirkend für **vier Jahre** (§ 25 Abs. 1 S. 1 SGB IV) nach Ablauf des Kalenderjahres, in dem sie fällig geworden sind.
  - Bei vorsätzlich vorenthaltenen Beiträge sogar 30 Jahre (§ 25 Abs. 1 S. 2 SGB IV).
  - Arbeitgeber schuldet **Gesamtsozialversicherungsbeitrag**, also Arbeitgeber- und Arbeitnehmeranteil (§ 28e Abs. 1 S. 1 SGB IV).
    - Begrenzter Rückgriff auf Arbeitnehmer: Unterbliebener **Abzug darf nur bei nächsten 3 Gehaltsabrechnungen** vorgenommen werden (§ 28g S. 3 SGB IV).

- **Lohnsteuer:**
  - Lohnsteuerabzugsverfahren (Pflicht Arbeitgeber zu Einbehaltung und Abführung der auf Vergütung anfallenden Lohnsteuer).
  - U.U. auch gesamtschuldnerische Haftung neben Arbeitnehmer für rückständige Lohnsteuer (§ 42 d Abs. 3 EStG).
  - Praxis Finanzämter: Vorrangige Inanspruchnahme Arbeitgeber.

Teil 2:
Crowdworker-Entscheidung des BAG vom 1.12.2020 - 9 AZR 102/20.

Teil 2: Crowdworker-Entscheidung des BAG vom 1.12.2020 - Was ist Crowdworking (1/2)? -

- **Crowdsourcing bzw. Crowdworking** ermöglicht es Unternehmen, (Teil-)Aufgaben an Gruppe freiwilliger User, auszulagern und zu vergeben (Aufträge via Plattform im Internet oder per App).
  - Dauerhaft oder sporadisch.
  - Einfache Tätigkeiten oder qualifizierte Tätigkeiten.
- Dreiecksverhältnis:

Teil 2: Crowdworker-Entscheidung des BAG vom 1.12.2020 - Was ist Crowdworking (2/2)? -

- Von Politik und Gewerkschaften schon seit längerem befürchtet, dass Arbeitgeber sog. „Crowdsourcing“ nutzen, um gezielt Arbeitnehmerschutzvorschriften zu umgehen.
  - ➢ In anderen Jurisdiktionen (z.B. England) sind ähnliche Urteile ergangen oder gesetzgeberische Aktivitäten erfolgt, insbes. hinsichtlich sog. Uber-Fahrer.

Teil 2: Crowdworker-Entscheidung des BAG vom 1.12.2020 - Sachverhalt (1/2) -

- Beklagte (Bekl.) betreibt Internetplattform zur Vergabe von Aufträge zwecks Kontrolle von Werbemaßnahmen und Produktpräsentationen im Einzelhandel für Markenhersteller.
- Crowdworker, hier Kläger (Kl.), aufgrund Rahmenvereinbarung berechtigt, freigegebene Aufträge via App entgegenzunehmen.
- Vergütungspflicht der Bekl. gegenüber Kl. nur bei vollständiger Durchführung gem. Auftragsbeschreibung.
- Rechtlich war Kl. an keine Vorgaben zu Arbeitsort oder Arbeitszeit gebunden, de facto aber schon, da projektbezogene Zeitvorgaben des Auftraggebers der Bekl. ebenso einzuhalten waren wie fachliche Vorgaben.
- Zur Erfüllung des Auftrags sollte der Kl. theoretisch berechtigt sein, eigene Mitarbeiter einzusetzen oder Unteraufträge zu erteilen – die Praxis sah anders aus!

Teil 2: Crowdworker-Entscheidung des BAG vom 1.12.2020 - Sachverhalt (2/2) -

- Kl. musste App der Bekl. nutzen (inkl. GPS-Tracking) unter Beachtung der AGB:
  - Annahme eines Auftrags begründet Vertragsverhältnis zwischen Bekl. und Nutzer der App (Crowdworker, hier Kl.).
  - Nutzer muss sich zuvor kostenlos registrieren. Account weder übertragbar noch mit anderen Personen teilbar (Sperrung bei Zuwiderhandlung).
- Auftragsbeschreibung in der App enthält Erledigungsfrist, regelmäßig 2 Stunden. Sonst wird Auftrag erneut auf Plattform angeboten, dem Crowdworker also entzogen.
- Über die App kann Crowdworker durch erfolgreiche Erledigung Erfahrungspunkte sammeln, damit sein Ranking verbessern und (nur) so höhere Anzahl von Aufträgen gleichzeitig (bis zu 15) übernehmen.
- Kl. übernahm in 2017 größere Zahl von Aufträgen mit Jahresumsatz von ca. 20.000 €.
- Er erhob Klage gegen Beendigung der Zusammenarbeit durch Bekl. im April 2018.

Teil 2: Crowdworker-Entscheidung des BAG vom 1.12.2020 - Entscheidung und Gründe des BAG (1/3) -

- BAG bejahte Arbeitsverhältnis.
- Entscheidung anhand des seit dem 1. April 2017 geltenden § 611a Abs. 1 BGB:

  (1) Durch den Arbeitsvertrag wird der Arbeitnehmer im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet.

  (2) Das Weisungsrecht kann Inhalt, Durchführung, Zeit und Ort der Tätigkeit betreffen.

  (3) Weisungsgebunden ist, wer nicht im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann.

  (4) Der Grad der persönlichen Abhängigkeit hängt dabei auch von der Eigenart der jeweiligen Tätigkeit ab.

  (5) Für die Feststellung, ob ein Arbeitsvertrag vorliegt, ist eine Gesamtbetrachtung aller Umstände vorzunehmen.

  (6) Zeigt die **tatsächliche Durchführung des Vertragsverhältnisses**, dass es sich um ein Arbeitsverhältnis handelt, kommt es auf die Bezeichnung im Vertrag nicht an.

Teil 2: Crowdworker-Entscheidung des BAG vom 1.12.2020 - Entscheidung und Gründe des BAG (2/3) -

Tatsächliche Zwänge, Anreizsystem und Eigenart der Tätigkeit wurden der Bekl. in dem entschiedenen Fall zum Verhängnis:

- **Pflicht zur persönlichen Leistungserbringung:**
  - Zur Auftragsannahme nur berechtigt, wer sich zuvor bei Online-Plattform registriert. Benutzerkonten nicht übertragbar und nicht teilbar.
  - Aufträge stets über Benutzerkonto abzuwickeln. Nutzer kann übernommene Aufträge nicht durch Dritte ausführen lassen.
- **Faktische Planungssicherheit durch Verstetigung:**
  - Längerfristige Zusammenarbeit könne allenfalls wirtschaftliche Abhängigkeit begründen, jedoch nicht per se ein Arbeitsverhältnis.
  - Hier ist aber Unternehmenskonzept der Bekl. auf Verstetigung der Zusammenarbeit ausgerichtet. Crowdworker werde über Plattform dazu angehalten, kontinuierlich Aufträge anzunehmen. So entstehe faktische Planungssicherheit, die mit Einsatz eigenen Personals vergleichbar sei.

Teil 2: Crowdworker-Entscheidung des BAG vom 1.12.2020 - Entscheidung und Gründe des BAG (3/3) -

- **Kein Entscheidungsspielraum hinsichtlich Art, Ort und Zeit der Auftragserfüllung:**
  - Bei einfachen Arbeiten bestehe eher persönliche Abhängigkeit als bei gehobenen Tätigkeiten (Grad der Gestaltungsmöglichkeit).
  - Hier geringe Qualifikationsanforderungen. Um Tätigkeiten einfach zu halten, unterteile Bekl. die ihr von Markenherstellern übertragenen Kontrollaufgaben in viele Mikroaufträge ohne nennenswerten Entscheidungsspielraum bei Ausführung.
  - Erforderliche Arbeitsschritte durch Auftragsbeschreibung exakt vorgegeben und Aufträge innerhalb von zwei Stunden an einem vorgegebenen Ort auszuführen.
- **Anreizfunktion des Bewertungssystems:**
  - Um Crowdworker zu veranlassen, an Aufenthaltsort kontinuierlich Aufträge anzunehmen, nutzt Bekl. gezielt das Bewertungssystem (Erfahrungspunkte je erfolgreich ausgeführtem Auftrag und damit Steigerung des persönlichen Levels).
  - Um wirtschaftliche Tourenplanung aus mehreren gleichzeitig angenommenen Aufträgen bilden zu können, musste sich Kl. zwangsläufig dem Plattformsystem anpassen, ohne hierbei im Wesentlichen selbstbestimmt tätig werden zu können.

Teil 2: Crowdworker-Entscheidung des BAG vom 1.12.2020 - Fazit -

- Viele sahen nach ersten Pressemitteilungen Geschäftsmodell als am Boden zerstört an.
- Anhand der Entscheidungsgründe des BAG ist sachlichere Betrachtung geboten. Das Urteil hat gerade nicht zur Folge, dass nun alle Crowdworker als Arbeitnehmer zu betrachten sind. Erforderlich ist nach wie vor umfassende Gesamtbetrachtung aller Umstände des Einzelfalls.

Teil 2: Crowdworker-Entscheidung des BAG vom 1.12.2020 - Ausblick -

- Entwurf einer europäischen Richtlinie zur Plattformökonomie:
  - Angesichts fortschreitender Digitalisierung und Häufung sog. Crowdworking-Plattformen werden gesetzliche Regelungen zur besseren sozialen Absicherung von Crowdworkern gefordert.
  - Erlass einer europäischen Richtlinie zur Plattformökonomie wird diskutiert (Initiative „Improving Working Conditions of Platform Workers“ der EU-Kommission).
- Arbeitsminister Hubertus Heil (SPD) nahm jüngst ebenfalls die sog. Plattformökonomie in den Blick und möchte vor allem Solo-Selbstständigen schützen, die keine eigenen Angestellten haben und häufig als Scheinselbstständige zu qualifizieren sind.
  - Rentenversicherungspflicht für Freelancer (ähnlich Künstlersozialkasse)?
  - Anspruch auf Krankengeld, Mutterschutz, Urlaub etc.?
  - Erleichterte Möglichkeit, den eigenen Beschäftigungsstatus zu klären?

Teil 3:
Reform des Statusfeststellungsverfahrens nach § 7a SGB IV.

Teil 3: Reform Statusfeststellungsverfahren § 7a SGB IV - Ausgangslage / Problembeschreibung -

- Reguläre Betriebsprüfung der Deutschen Rentenversicherung Bund („DRV“) alle 4 Jahre (§ 28p SGB IV):
  - Stichprobenartige Prüfungen.
  - Freelancer als klassischer Prüfungspunkt. Risiko der Einordnung als abhängig Beschäftigte (Arbeitnehmer), welche der Sozialversicherung unterliegen.
  - Ggf. Nachforderung von Sozialversicherungsbeiträgen innerhalb der Verjährungsfrist von grds. 4 Jahren.
- Seit 1999 Möglichkeit der Beteiligten (Auftragnehmer und Auftraggeber), auf Antrag bei DRV Versicherungspflicht in der gesetzlichen Sozialversicherung prüfen zu lassen (§ 7a Abs. 1 S. 1 SGB IV – Optionales Anfrageverfahren):
  - Problem: Klärung immer nur im 2-Personen-Verhältnis.
  - Problem: Erst nach Aufnahme der Tätigkeit (zu einer nur beabsichtigten Aufnahme einer Tätigkeit schloss DRV bislang das Statusverfahren aus, da die tatsächlichen Verhältnisse (noch) nicht feststellbar seien).

Teil 3: Reform Statusfeststellungsverfahren § 7a SGB IV - Reformgesetz -

- Gesetzentwurf am 20. Mai 2021 im Bundestag beschlossen, u.a. zur Änderung des Statusfeststellungsverfahrens (§ 7a SGB IV).
  - Kritik: Eile und „Klammheimlichkeit“ (versteckt im „Barrierefreiheitsstärkungsgesetz“, Änderungsantrag am 18. Mai 2021).
- Ziel: Beteiligten mehr Gewissheit darüber zu verschaffen, ob freie Mitarbeiter selbstständig oder abhängig beschäftigt sind.
- Änderungen sollen zum 1. April 2022 in Kraft treten.
- Nach § 7a Abs. 7 SGB IV n.F. sind die Änderungen zunächst befristet bis 30. Juni 2027.

Teil 3: Reform Statusfeststellungsverfahren § 7a SGB IV - Eckpunkte der Reform -

Elementenfeststellung (§ 7a Abs. 1 S. 1 SGB IV n.F.)	• Entscheidung künftig auch über **Erwerbsstatus** (selbständig vs. abhängig), nicht mehr allein über Versicherungspflicht. • Soll Umfang der Angaben und der Prüfung reduzieren.
Dreiecksverhältnisse (§ 7a Abs. 2 S. 2 SGB IV n.F.)	• Bisher 2 getrennte Verfahren, um Rolle des Endkunden bei Dreiecksverhältnissen zu klären (verdeckte ANÜ?). • Nun in einem Verfahren möglich. Antragsrecht Endkunde.
Gruppenfeststellung (§ 7a Abs. 4b SGB IV n.F.)	• Bei Entscheidung im Einzelfall über Erwerbsstatus soll DRV auf Antrag Auftraggeber Erwerbsstatus der **Auftragnehmer in gleichen Auftragsverhältnissen** begutachten. • Dann aber **kein Verwaltungsakt** mit Bindungswirkung.
Prognoseentscheidung (§ 7a Abs. 4a SGB IV n.F.)	• Verfahren nun schon **vor Tätigkeitsbeginn** möglich. • Zweifel an Umsetzbarkeit: Antizipierte Umstände müssen hinreichend konkret dargelegt sein, sonst droht Ablehnung.
Mündliche Anhörung im Widerspruchsverfahren (§ 7a Abs. 6 S. 2 SGB IV n.F.)	• Möglichkeit Antrag auf mündliche Anhörung, aber erst im Widerspruchsverfahren. • Kritik: Anhörung sinnvoll, Antragsrecht aber zu spät.

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

© 2021 Dentons
Dentons ist eine globale Wirtschaftskanzlei, die durch ihre Mitglieder und Partnerfirmen weltweit Beratungsleistungen für Mandanten erbringt. Dieses Dokument stellt weder rechtliche noch anderweitige Beratung dar und sollte nicht als solche verstanden werden. Auf Grundlage seines Inhaltes sollten daher weder Maßnahmen oder Handlungen ergriffen noch unterlassen werden. Wir stellen die Informationen in diesem Dokument ausschließlich auf der Grundlage zur Verfügung, dass Sie zustimmen, diese Informationen vertraulich zu behandeln. Sofern Sie uns vertrauliche Informationen überlassen, ohne uns zugleich zu mandatieren oder anderweitig zu vergüten, dürfen wir für andere Mandanten auch in Mandaten tätig werden, in denen diese Informationen relevant sein könnten. Ergänzend verweisen wir auf die rechtlichen Hinweise (Legal Notices) auf www.dentons.com

Ansprechpartner

Matthias Stelzer
Sozius
Fachanwalt für Arbeitsrecht

Dentons Europe LLP
Markgrafenstraße 33
Gendarmenmarkt
10117 Berlin
Germany

Telefon: 030 / 264 73 601
Fax: 030 / 264 73 133
matthias.stelzer@dentons.com