

The background of the entire page is a teal-tinted photograph of an industrial manufacturing environment. In the foreground on the right, a large, metallic gear is suspended from above by a metal hook and chain. Below it, another similar gear is partially visible, resting on a surface. The background is filled with various pieces of industrial machinery, including what appears to be a conveyor belt system and other complex structures, all slightly out of focus. The overall lighting is bright, typical of a factory setting.

**LOSCHELDER**

**Newsletter Arbeitsrecht  
September 2019**

## Inhalt

### Neues aus der Rechtsprechung

**BAG verpflichtet Betriebsrat zum Datenschutz**

### Neues aus der Rechtsprechung

**Unternehmensmitbestimmung: Auch Leiharbeitnehmer können mitzählen!**

### Neues vom Gesetzgeber

**Arbeitsrechtliche Konsequenzen eines harten Brexit**

### Neues vom Gesetzgeber

**A1-Bescheinigung auch bei kurzfristigen Auslandsreisen?**

### Loschelder Praxistipp

**Freelancer von Agenturen bergen Scheinselbstständigkeitsrisiken**

## Neues aus der Rechtsprechung

### BAG verpflichtet Betriebsrat zum Datenschutz

*Das Bundesarbeitsgericht hat mit Beschluss vom 9. April 2019 (Az. 1 ABR 51/17) den Auskunftsanspruch des Betriebsrates gemäß § 80 Abs. 2 Satz 1 BetrVG maßgeblich eingeschränkt: Auskunft zu sensitiven personenbezogenen Daten kann der Betriebsrat nur dann vom Arbeitgeber verlangen, wenn der Betriebsrat selbst angemessene und spezifische Maßnahmen zum Schutz dieser Daten ergreift. Andernfalls kann und muss der Arbeitgeber die Auskunft verweigern.*

Die Entscheidung hatte folgenden Fall zum Hintergrund: Ein Arbeitgeber informierte seinen Betriebsrat regelmäßig über sämtliche Arbeitnehmerinnen, die ihre Schwangerschaft angezeigt haben. Allerdings räumte er den Arbeitnehmerinnen zuvor die Möglichkeit ein, der Informationsweitergabe an den Betriebsrat zu widersprechen. Widersprachen die Arbeitnehmerinnen, erhielt der Betriebsrat die Information nicht. Hiergegen wandte sich der Betriebsrat vor Gericht und beantragte, den Arbeitgeber dazu zu verpflichten, ihm Auskunft über sämtliche angezeigte Schwangerschaften zu erteilen.

Das BAG stellte in Frage, ob der Betriebsrat überhaupt ein ausreichendes Interesse habe, von sämtlichen Schwangerschaften zu erfahren. Dessen ungeachtet stellte das BAG folgendes klar: Bei der **Schwangerschaft** einer Arbeitnehmerin handelt es sich **Gesundheitsdaten** und damit um **sog. sensitive persönliche Daten i.S.d. Art. 9 DSGVO**. Andere sensitive persönliche Daten wären übrigens

- die rassische und ethnische Herkunft,
- die politische Meinung,
- religiöse und weltanschauliche Überzeugungen,
- Gewerkschaftszugehörigkeit,
- genetische und biometrische Daten sowie
- Daten zum Sexualleben oder der sexuellen Orientierung einer natürlichen Person.

In Hinblick auf sensitive persönliche Daten ist die Datenverarbeitung nur nach § 26 Abs. 3 Satz 3 BDSG i.V.m. § 22 Abs. 2 BDSG nur dann zulässig, wenn zuvor angemessene und spezifische Maßnahmen zur Wahrung der Interessen der betroffenen Person vorgesehen wurden.

Hieraus folgert das BAG, dass der Betriebsrat nur dann Auskunft über sensitive personenbezogene Daten gemäß § 80 Abs. 2 BetrVG verlangen kann, wenn er zuvor solche angemessenen und spezifischen Schutzmaßnahmen implementiert hat. Das BAG nennt sogar konkrete Beispiele:

*„Es ist aber zu gewährleisten, dass er bei einer Verarbeitung sensibler Daten - hier: des Namens schwangerer Arbeitnehmerinnen - das Vertraulichkeitsinteresse der Betroffenen strikt achtet und Vorkehrungen trifft, die bei wertender Betrachtung den in § 22 Abs. 2 Satz 2 BDSG aufgelisteten Kriterien entsprechen. Hierzu können Maßnahmen zur Datensicherheit wie*

- *das zuverlässige Sicherstellen des Verschlusses der Daten,*
- *die Gewähr begrenzter Zugriffsmöglichkeiten oder deren Beschränkung auf einzelne Betriebsratsmitglieder sowie*
- *die Datenlöschung nach Beendigung der Überwachungsaufgabe*

*gehören. Ein Fehlen solcher Schutzmaßnahmen oder ihre Unzulänglichkeit - was der Würdigung des Tatsachengerichts unterliegt - schließt den streitbefangenen Anspruch aus.“*

Kann der Betriebsrat in einem gerichtlichen Verfahren nicht darlegen, dass er ausreichende Schutzmaßnahmen ergriffen hat, wird sein Auskunftsantrag also abgewiesen.

Dies ist ein Paradigmenwechsel: Vor Geltung der DSGVO hatte das BAG dem Auskunftsanspruch des Betriebsrates nahezu ausnahmslos Vorrang gegenüber datenschutzrechtlichen Bedenken eingeräumt. Spannend bleibt, ob das BAG diese Rechtsprechung ausdehnt und angemessene und spezifische Schutzmaßnahmen des Betriebsrates auch bei personenbezogenen Daten fordert, die keine sensitiven Maßnahmen i.S.d. Art. 9 DSGVO aber vergleichbar schutzbedürftig sind.

Für die Praxis bedeutet dies in jedem Fall:

- *Zumindest wenn es um sensitive personenbezogene Daten geht, können Arbeitgeber die Auskunft gegenüber dem Betriebsrat verweigern, wenn sie meinen, dass dessen datenschutzrechtliche Schutzmaßnahmen unzureichend sind. Streng genommen müssen sie das sogar, sonst begehen sie einen Datenschutzverstoß. Sieht der Betriebsrat dies anders,*

muss er vor Gericht klären, ob sein Datenschutzkonzept ausreicht. Durch die Zurückhaltung von Auskünften können Arbeitgeber ihre Betriebsräte also auf berechnete Weise datenschutzrechtlich erziehen.

- Alle Betriebsräte müssen konzeptmäßig Datenschutzmaßnahmen implementieren. Andernfalls werden ihre Auskunftsansprüche beschnitten. Für Arbeitgeber bringt dies allerdings zusätzliche Schulungs-, Beratungs- und Ausstattungskosten mit sich.

Insgesamt begrüßen wir die Entscheidung. Sie zeigt Betriebsräten auf, dass ihre Mitglieder nicht über dem Gesetz stehen, sondern – zumindest im Bereich des Datenschutzes – strukturierte Prozesse aufsetzen und gewissenhaft umsetzen müssen.



### Neues aus der Rechtsprechung

#### **Unternehmensmitbestimmung: Auch Leiharbeitnehmer können mitzählen!**

*Der Bundesgerichtshof hat mit Beschluss vom 25. Juni 2019 (Az. II ZB 21/18) entschieden, dass Leiharbeitnehmer bei der Ermittlung des Schwellenwerts von in der Regel mehr als 2.000 beschäftigten Arbeitnehmern für die Bildung eines paritätischen Aufsichtsrats nach dem Mitbestimmungsgesetz (§ 1 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG) zu berücksichtigen sind, wenn das Unternehmen regelmäßig während eines Jahres über die Dauer von mehr als sechs Monaten Arbeitsplätze mit Leiharbeitnehmern besetzt. Unter-*

*nehmen sollten die maßgeblichen Schwellenwerte für die Aufsichtsratsgründung deshalb unbedingt im Auge behalten – und die beginnen noch deutlich niedriger.*

Das Mitbestimmungsgesetz sieht vor, dass in Unternehmen, die in der Rechtsform der AG, KGaA, GmbH oder Genossenschaft betrieben werden und **in der Regel mehr als 2.000 Arbeitnehmer** beschäftigen, ein **paritätisch besetzter Aufsichtsrat** zu bilden ist (§ 1 Abs. 1 i.V.m. §§ 6, 7 MitbestG). Nach § 14 Abs. 2 Satz 5 AÜG sind Leiharbeiter bei der Ermittlung von Schwellenwerten nach den Gesetzen zur unternehmerischen Mitbestimmung grundsätzlich neben den fest angestellten Arbeitnehmern eines Unternehmens zu berücksichtigen. Setzt die Anwendung des jeweiligen Gesetzes, wie das Mitbestimmungsgesetz in § 1 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG, einen bestimmten Schwellenwert voraus, gilt dies gemäß § 14 Abs. 2 Satz 6 AÜG allerdings nur dann, wenn die **Einsatzdauer der Leiharbeiter sechs Monate übersteigt**.

Der Bundesgerichtshof (BGH) nimmt in seiner Entscheidung Stellung zu der umstrittenen Frage, wie das Kriterium der sechsmonatigen Einsatzdauer auszulegen ist. Dabei lag der Entscheidung folgender Sachverhalt zugrunde:

Der Gesamtbetriebsrat einer Arbeitgeber-GmbH beantragte die Feststellung, dass sowohl bei der GmbH selbst als auch bei der beherrschenden Muttergesellschaft ein paritätischer Aufsichtsrat nach dem MitbestG zu bilden sei. Die Arbeitgeber-GmbH beschäftigte zum überwiegenden Teil fest angestellte Arbeitnehmer sowie daneben – im Umfang von ca. 1/3 der Belegschaft – Leiharbeiter, deren Anzahl in Abhängigkeit von der jeweiligen Auftragslage schwankte. Die Gesamtzahl der Beschäftigten (also fest angestellte Arbeitnehmer und sämtliche Leiharbeiter) lag im Zeitraum von Januar 2017 bis März 2018 im Durchschnitt stets über 2.000. Hätte man jedoch nur solche Leiharbeiter bei der Zählung berücksichtigt, deren tatsächliche oder prognostizierte Beschäftigungsdauer mehr als sechs Monate betrug, läge die durchschnittliche Gesamtzahl der Beschäftigten stets unter 2.000.

Der BGH hat entschieden, dass die in § 14 Abs. 2 Satz 6 AÜG vorgesehene **Mindesteinsatzdauer** von sechs Monaten nicht arbeitnehmer-, sondern **arbeitsplatzbezogen zu bestimmen** ist. Abzustellen sei nicht darauf, ob der einzelne Leiharbeiter bei dem betreffenden Unternehmen mehr als sechs Monate eingesetzt wird, son-

dem vielmehr darauf, wie viele Arbeitsplätze in dem Unternehmen regelmäßig über die Dauer von sechs Monaten hinaus mit (auch wechselnden) Leiharbeitnehmern besetzt seien. Hierbei sei auch unerheblich, auf welchem konkreten Arbeitsplatz die Leiharbeiter in dieser Zeit eingesetzt würden. Es sei nur entscheidend, ob der Einsatz von Leiharbeitnehmern als solcher so dauerhaft erfolge, dass er **für die ständige Größe des Unternehmens ebenso prägend sei wie ein Stammarbeitsplatz.**

Zu beachten ist allerdings, dass der Schwellenwert von 2.000 Arbeitnehmern lediglich für die Gründung eines paritätisch besetzten Aufsichtsrats nach dem MitbestG gilt. Bereits ab einem Schwellenwert von 500 Arbeitnehmern können die Arbeitnehmervertreter einen zu einem Drittel mit Arbeitnehmervertreter besetzten Aufsichtsrat nach § 1 Abs. 1 DrittelbG fordern. Besteht der Aufsichtsrat erst einmal, ist er praktisch nicht mehr zu beseitigen.

Unternehmen können die Aufsichtsratsgründung vermeiden, indem sie vor Überschreitung der Schwellenwerte gesellschaftsrechtlich umstrukturieren. Wie das gehen kann, haben wir bereits in unserem [Newsletter im Oktober 2018](#) dargestellt. Wichtig ist, dass Sie rechtzeitig handeln.



## Neues vom Gesetzgeber

### Arbeitsrechtliche Konsequenzen eines harten Brexit

*Der britische Premierminister Boris Johnson möchte die EU spätestens zum 31.10.2019 verlassen – notfalls auch ohne Deal. Wir zeigen Ihnen schon jetzt, welche arbeitsrechtlichen Konsequenzen das No-Deal-Szenario hätte. Von großer Bedeutung sind dabei Fragestellungen des arbeitsrechtlichen Datenschutzes, der Arbeitnehmerentsendung, der Arbeitnehmerüberlassung sowie des Sozialversicherungsrechts. Die deutsche Regierung trifft bereits Vorbereitungsmaßnahmen und arbeitet am Erlass gesetzlicher Sonderregelungen.*

Ein unregelmäßiger Brexit hätte gravierende Auswirkungen auf sämtliche grenzüberschreitende Rechtsbeziehungen. Im Rahmen dieses kurzen Überblicks wird es nur möglich sein, auf Problemfelder mit besonderen arbeitsrechtlichen Bezügen einzugehen.

1. Dabei drängt sich als erstes die Frage auf, was mit **britischen Staatsbürgern** geschieht, die **in Deutschland** arbeiten (wir berichteten bereits im [März-Newsletter 2019](#)).

Grundsätzlich dürften sich Nicht-EU-Ausländer – und dies wären britische Staatsbürger, käme es zu einem unregelmäßigen Brexit – nur mit einem Aufenthaltstitel in Deutschland aufhalten (§ 4 Abs. 1 AufenthG). Beschäftigten Unternehmen ausländische Arbeitnehmer ohne Aufenthaltstitel, drohen ihnen empfindliche Bußgelder (§ 404 Abs. 2 Nr. 3 SGB III).

Die Bundesregierung will zum Glück nicht, dass diese gesetzlichen Rahmenvorgaben im Fall eines Brexit laufende Arbeitsverhältnisse mit britischen Staatsbürgern belasten. Am 31.07.2019 hat sie das sog. **Brexit-Aufenthaltsüberleitungsgesetz** vorgelegt. Das geltende Aufenthaltsgesetz wird dadurch für den Fall eines unregelmäßigen Austritts des Vereinigten Königreiches ergänzt. Nach seinem Inkrafttreten hätten sämtliche britische Staatsbürger, die sich im Austrittszeitpunkt des Vereinigten Königreiches aufgrund der europäischen Freizügigkeit in Deutschland aufhalten, einen Sonderanspruch auf einen Aufenthaltstitel. Ein Gesetzgebungsbeschluss des deutschen Bundestages steht zwar noch aus, ist aber zu erwarten.

Daneben beabsichtigt das Bundesinnenministerium, britische Arbeitnehmer durch den Erlass einer begleitenden Verordnung vorübergehend vom Erfordernis eines Aufenthaltstitels zu befreien. Dadurch soll den Arbeitnehmern und den Ausländerbehörden genügend Zeit für die Beantragung und Genehmigung eines Aufenthaltstitels nach dem Brexit-Aufenthalts-Überleitungsgesetz gegeben werden.

2. Was aber passiert mit **deutschen Staatsbürgern**, die in **Großbritannien** arbeiten?

Zum jetzigen Zeitpunkt ist eine Entsendung von deutschen Arbeitnehmern in das Vereinigte Königreich durch die existierende Arbeitnehmerfreizügigkeit und die europäische Entsenderichtlinie unproblematisch möglich. Die vertragliche Bindung Großbritanniens an diese Regelungen würde durch einen ungeregelten Brexit entfallen.

Die Folge wäre eigentlich, dass eine rechtmäßige Entsendung von deutschen Arbeitnehmern in das Vereinigte Königreich ein Visum und eine Arbeitserlaubnis voraussetzte.

Doch auch die britische Regierung bemüht sich um Erleichterungen: Wenn der Entsendezeitraum drei Monate nicht überschreitet, sollen diese Dokumente nicht gefordert werden.

Ist ein längerer Aufenthalt beabsichtigt, müssen deutsche Arbeitnehmer einen Antrag auf „**European Temporary Leave to Remain**“ über ein Onlineportal stellen. Die Entsendung muss dazu vor dem 01.01.2021 beginnen. Bei Genehmigung des Antrages kann über einen maximalen Gesamtzeitraum von 36 Monaten in Großbritannien gearbeitet werden.

Wer zum Zeitpunkt des Brexit bereits seinen Wohnsitz in Großbritannien hat, kann nach dem „**EU Settlement Scheme**“ bis zum 31.12.2020 den sog. **settled status** oder den sog. **pre-settled status** beantragen.

Der settled status gewährt ein **dauerhaftes Aufenthaltsrecht**. Dies erfordert:

- eine Antragsstellung bis zum 31.12.2020 sowie
- die Niederlassung im Vereinigten Königreich für fünf aufeinanderfolgende Jahre.

Dagegen wird ein **vorläufiges** Aufenthaltsrecht nach dem „**pre-settled status**“ gewährt, wenn:

- der Arbeitnehmer bis Dezember 2020 noch keine fünf Jahre im Vereinigten Königreich gelebt hat.

Nach Erlangung des „pre-settled status“ dürfen sich die betroffenen Arbeitnehmer für weitere fünf Jahre in Großbritannien aufhalten.

3. Neben diesen aufenthaltsrechtlichen Problemen stellen sich bei der Entsendung zusätzliche Fragen des **Sozialversicherungsrechts**:

Bei einem No-Deal-Brexit würden die europäischen sozialrechtlichen Verordnungen (883/2004/EG und 987/2009/EG) zwischen der EU und Großbritannien grundsätzlich keine Anwendung mehr finden. Aufgrund der dadurch entstehenden Regelungslücke könnte das bereits seit 1960 gültige Sozialversicherungsabkommen zwischen dem Vereinigten Königreich und Deutschland wieder aufleben. Dieses Abkommen weist allerdings einen deutlich kleineren Anwendungsbereich auf als die derzeit gültigen europäischen Verordnungen. Beispielsweise enthält es keine Regelungen zur Arbeitslosen- und Pflegeversicherung von Arbeitnehmern.

Aus diesem Grund hat der Deutsche Bundestag schon im April das „Gesetz zu Übergangsregelungen im Bereich der sozialen Sicherheit und in weiteren Bereichen nach dem Austritt des Vereinigten Königreichs Großbritannien und Nordirland aus der Europäischen Union (**BrexitSozSichÜG**)“ beschlossen. Das BrexitSozSichÜG erfasst inhaltlich insbesondere die Bereiche der Kranken-, Pflege- und Arbeitslosenversicherung. Seine Kernregelung besteht darin, dass in Großbritannien zurückgelegte Beschäftigungszeiten im deutschen Sozialversicherungsrecht, z.B. in Hinblick auf Anwartschaften, anerkannt werden.

4. Gravierenden Einfluss hätte ein unregelter Brexit auf den **grenzüberschreitenden Transfer von Beschäftigtendaten**.

Kommt es zu einem unregulierten Brexit, führt dies zu einer datenschutzrechtlichen Einstufung des Vereinigten Königreichs als sog. unsicheres Drittland. Die Rechtmäßigkeit von

Übermittlungen personenbezogener Daten – mithin auch von Beschäftigtendaten – wäre damit an die strengen Voraussetzungen der Art. 44 ff. DSGVO geknüpft.

Es besteht die Möglichkeit über einen sog. Angemessenheitsbeschluss der europäischen Kommission (Art. 45 DSGVO) den Datenaustausch zwischen der EU und Großbritannien zu vereinfachen. Das Vereinigte Königreich würde zu einem sicheren Drittland erklärt werden. Die Folge wäre, dass Datentransfers mit Großbritannien, auch nach einem EU-Austritt, nicht an zusätzliche Voraussetzungen geknüpft wären. Ein entsprechender Kommissionsbeschluss ist aus heutiger Sicht allerdings nicht ersichtlich.

Es existieren daneben jedoch weitere Wege für die Sicherung eines geordneten Datentransfers bei einem unregulierten Brexit mit dem Vereinigten Königreich. Dies sind:

- der Abschluss von europäischen **Standardvertragsklauseln** (Art. 46 Abs. 2 lit. c DSGVO), wodurch sich der jeweilige Vertragspartner zur Einhaltung der europäischen Datenschutzregelungen verpflichten würde;
- die Einholung von datenschutzrechtlichen **Einwilligungen** (bspw. von Mitarbeitern und Kunden) in die Datenverarbeitung (Art. 49 Abs. 1 Satz 1 lit. a DSGVO) und
- die Implementierung von **unternehmensinternen Selbstverpflichtungen** (Art. 46 Abs. 2 lit. b, 47 DSGVO).

Auch die bestehenden Datenschutzerklärungen sind für den Fall eines unregulierten Brexits entsprechend anzupassen und zu erweitern. Zu beachten sind dabei insbesondere:

- die **Mitteilungspflicht** über die Übermittlung von personenbezogenen Daten an ein Drittland gegenüber dem jeweiligen betroffenen Arbeitnehmer (Art. 13 Abs. 1 Satz 1 lit. f und Art. 14 Abs. 1 Satz 1 lit. f DSGVO) sowie
- das **Auskunftsrecht** der betroffenen Arbeitnehmer von Datenverarbeitungsvorgängen an Drittländer (Art. 15 Abs. 1 lit. c, Abs. 2 DSGVO).

Daneben besteht die Pflicht, die notwendigen Informationen über Datentransfers in Drittländer in das **Verzeichnis von Verarbeitungsvorgängen aufzunehmen** (Art. 30 Abs. 1 Satz 1 lit. d und e, Abs. 2 lit. c DSGVO).

Arbeitgebern ist demnach dringend zu raten, ihre Unternehmen auf einen unregulierten Brexit vorzubereiten, um einen ungehinderten Datenfluss aufrechterhalten zu können.

5. Schließlich ist im Bereich grenzübergreifender **Arbeitnehmerüberlassung** Vorsicht geboten:

Das BrexitSozSichÜG bestimmt, dass bereits erteilte Erlaubnisse nach § 1 AÜG für britische Staatsangehörige und Verleiher mit Sitz im Vereinigten Königreich im Zeitpunkt des (unregulierten) EU-Austritts als widerrufen gelten (§ 40 Satz 1 BrexitSozSichÜG). Die Vorschrift dient dazu, Arbeitnehmerüberlassungen von britischen Staatsbürgern und von Unternehmen mit Sitz in Großbritannien zu unterbinden. Der Grund dafür findet sich in § 3 Abs. 2 AÜG. Danach ist eine Erlaubnis für Arbeitnehmerüberlassungen gegenüber Nicht-EU-Mitgliedsstaaten und deren Betrieben zu versagen.



## Neues vom Gesetzgeber

### **A1-Bescheinigung auch bei kurzfristigen Auslandsreisen?**

*Das Bundesministerium für Arbeit und Soziales (BMAS) hat neue Leitlinien zur Handhabung der A1-Bescheinigung bei kurzfristig anberaumten und kurzzeitigen Tätigkeiten von bis zu einer Woche in den EU/EWR-Staaten und der Schweiz veröffentlicht. Dabei vertritt das BMAS die Rechtsauffassung, dass nach geltendem Recht nicht bei jeder Geschäftsreise im EU-Ausland die Mitführung einer A1-Bescheinigung erforderlich ist. Die Sicht des BMAS ist begrüßenswert, führt allerdings nicht zu Rechtssicherheit.*

Bei Geschäftsreisen innerhalb von Europa müssen Arbeitnehmer ihren sozialversicherungsrechtlichen Status mit sog. A1-Bescheinigungen belegen. Diese sind durch den Arbeitgeber elektronisch zu beantragen. Spätestens mit dem erhöhten Kontrollaufkommen seit dem 1. Januar 2019 bestehen erhebliche Unsicherheiten im Umgang mit den A1-Bescheinigungen. Das BMAS hat nun in neuen Leitlinien zu der besonders praxisrelevanten Frage Stellung bezogen, ob eine europarechtliche Verpflichtung besteht, bei jeder noch so kurzfristigen oder kurzzeitigen Tätigkeit im Ausland eine A1-Bescheinigung im Vorfeld der Tätigkeit zu beantragen und mitzuführen.

Dabei hat sich das BMAS klar gegen ein solches Verständnis positioniert. Grundsätzlich müsse eine A1-Bescheinigung im Voraus beim zuständigen Sozialversicherungsträger beantragt werden. Allerdings könne es bei kurzfristig anberaumten und kurzzeitigen Tätigkeiten (z.B. Dienstreisen) von bis zu einer Woche im EU/EWR-Ausland und der Schweiz zweckmäßig sein, auf die vorherige Beantragung der A1-Bescheinigung zu verzichten.

Das BMAS begründet seine Rechtsauffassung maßgeblich damit, dass ein so striktes Verständnis mit den europäischen Grundfreiheiten der Dienstleistungsfreiheit und der Arbeitnehmerfreizügigkeit nicht vereinbar wäre. Ergänzend wird die Begründung darauf gestützt, dass die Möglichkeit der nachträglichen, rückwirkenden Erteilung einer A1-Bescheinigung besteht und diese Möglichkeit keiner zeitlichen Höchstgrenze unterliegt (EuGH, Urteil 06.09.2018, Az. Rs. C-527/16 [„Alpenrind II“], Rn. 70-72). Daraus folgert das BMAS, dass es eigentlich keine europarechtliche Pflicht zur Mitführung einer A1-Bescheinigung geben dürfte.

Leider ist die Sicht des BMAS nicht maßgeblich, wenn deutsche Unternehmen ihre Mitarbeiter ins europäische Ausland entsenden. Denn dann sind es die ausländischen Behörden, die das Fehlen einer A1-Bescheinigung mit Bußgeldern, dem sofortigen Einzug von Sozialversicherungsbeiträgen oder der Verweigerung von Unfallversicherungsschutz sanktionieren können. Zuletzt haben Österreich und Frankreich zur Verhinderung von Sozial- und Lohndumping eine Pflicht zur Mitführung der A1-Bescheinigung eingeführt. Das Europarecht lässt den Nationalstaaten einen gewissen Ermessensspielraum, innerhalb dessen diese von sich aus eine Mitführungspflicht einführen können.

Das BMAS ist der Rechtsansicht, dass ausländische Nationalstaaten ihren Ermessensspielraum überschreiten und die europäische Dienstleistungsfreiheit verletzen, wenn sie bereits kurzfristige und kurzfristig anberaumte Dienstreisen derart streng sanktionieren. Allerdings sind die Ausführungen des BMAS bei der Auslegung des europäischen Rechts für die anderen Mitgliedstaaten nicht rechtsverbindlich, sodass daraus gerade keine Rechtssicherheit resultiert. Maßgeblich wäre allein die Sicht des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) und dieser wird sich in absehbarer Zeit nicht zu den in Rede stehenden Rechtsfragen äußern.

Unter der derzeitigen Rechtslage kann also nicht dazu geraten werden, auf die Mitführung der A1-Bescheinigung bei kurzzeitigen oder kurzfristig anberaumten Dienstreisen zu verzichten. Sollte die vorherige Beantragung der A1-Bescheinigung bspw. aus zeitlichen Gründen nicht möglich sein, empfiehlt sich die Mitführung eines anderen Nachweises darüber, dass für den entsendeten Arbeitnehmer Sozialversicherungsbeiträge im Entsendeland abgeführt werden. Als Nachweis könnten dienen:

- eine Kopie des Antrags auf Ausstellung einer A1-Bescheinigung,
- eine frühere A1-Bescheinigung oder
- eine Kopie der Lohnsteuerbescheinigung, aus der die ordnungsgemäße Abführung von Sozialversicherungsbeiträgen erkennbar wird.

Im Übrigen heißt es abwarten: Eine Modernisierung der Regeln zur Koordinierung der Systeme sozialer Sicherheit ist auf europäischer

Ebene angekündigt (hierzu bereits unser Newsletter im April 2019).  
Wir halten Sie auf dem Laufenden.



### **Loschelder Praxistipp**

#### **Freelancer von Agenturen bergen Scheinselbstständigkeitsrisiken**

*Fehlt es an Fachkräften, werben viele Unternehmen Freelancer über Personalvermittlungsagenturen an. Dabei schließt das Unternehmen üblicherweise keinen Direktvertrag mit dem Freelancer, sondern lediglich mit der Agentur: Es ist die Agentur, die den Freelancer als ihren „Subunternehmer“ beauftragt und bezahlt. Unternehmen sollten allerdings nicht glauben, sie müssten sich deshalb um das Problem der Scheinselbstständigkeit dieser Freelancer keine Sorgen machen. Sonst erleben sie bei der nächsten Betriebsprüfung womöglich eine böse Überraschung.*

Im Zeitalter der digitalen Transformation wächst der Bedarf an hochqualifizierten Spezialisten und es wird immer schwieriger, einschlägige Stellen zu besetzen. Fristgebundenen Projekten droht das Scheitern, weil Spezialisten fehlen und sich auf ausgeschriebene Stellenanzeigen schlicht niemand meldet. In dieser Situation gibt es für Unternehmen einen Weg, um schnell hochqualifiziertes Personal zu erhalten: Die Kontaktaufnahme mit einer Personalvermittlungsagentur.

Viele hochqualifizierte Experten ziehen die Arbeit als Selbstständige vor und sind bei Agenturen registriert, die sie vermitteln. Auf Anfrage bei der Agentur stehen sie kurzfristig zur Verfügung. Da es sich um Selbstständige handelt, muss die Stelle weder nach § 93 BetrVG ausgeschrieben, noch muss der Betriebsrat nach § 99 BetrVG beteiligt werden. Der Einsatz kann wenige Tage nach Kontaktaufnahme erfolgen.

Vertraglich wird dies üblicherweise so umgesetzt, dass das Unternehmen einen Vermittlungsdauervertrag mit der Agentur schließt. Zeiten, in denen das Unternehmen den Freelancer bei sich einsetzt, vergütet es der Agentur aufgrund dieses Vertrages nach Stundensätzen. Die Agentur wiederum schließt einen Subunternehmervertrag mit dem Freelancer und zahlt diesem sein Honorar – ebenfalls nach Stundensätzen, aber natürlich verringert um die Gewinnmarge der Agentur. Damit sie nicht umgangen werden, bestehen viele Agenturen auf die Vereinbarung von Abwerbeverboten, durch die sich das Unternehmen verpflichtet, eine Vertragsstrafe oder Vermittlungsprämie zu zahlen, sollte es den Freelancer direkt anstellen.

Insgesamt ist der Einsatz von Freelancern um ein Vielfaches teurer als die Beschäftigung von Arbeitnehmern. Freelancer erwarten als Kompensation für ihre Flexibilität eine höhere Vergütung. Zusätzlich muss die Agentur bezahlt werden muss. Oft sind Projekte, in denen Freelancer eingesetzt werden, aber so wichtig, dass es Unternehmen auf diese Mehrkosten nicht ankommt.

Was Unternehmen aber vielfach unterschätzen, sind Risiken der Scheinselbstständigkeit. Das Unternehmen muss den sozialversicherungsrechtlichen Status des Freelancers prüfen und sicherstellen, dass er wirklich selbstständig tätig wird. Das Risiko der Scheinselbstständigkeit droht bei Freelancern, die über eine Agentur vermittelt werden, genauso, als würde das Unternehmen den Freelancer direkt beauftragen. Und obwohl das Unternehmen keinen Direktvertrag mit dem Freelancer geschlossen hat, sondern nur die Agentur, droht ihm eine Haftung für nicht abgeführte Sozialversicherungsbeiträge. Dies gilt übrigens auch bei großen Agenturen mit seriösem Namen, die oftmals nicht ausreichend über diese Problematik aufklären. Es ist egal, woher der Freelancer kommt. Gliedert das Unternehmen ihn wie einen Arbeitnehmer bei sich ein, ist er scheinselbstständig und wird kraft Gesetzes zum Arbeitnehmer des Unternehmens.

Hintergrund ist das Recht der Arbeitnehmerüberlassung. Zwar hat nur die Agentur einen Direktvertrag mit dem Freelancer. Wäre der Freelancer also scheinselfständig, müsste er eigentlich scheinselfständiger Arbeitnehmer der Agentur sein. Jedoch überlässt die Agentur den Scheinselfständigen an das Unternehmen. Und auf Scheinselfständige ist das das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) genauso anwendbar, wie auf alle anderen Arbeitnehmer auch. Die Überlassung eines Scheinselfständigen ist immer illegal, da sie im Vermittlungsvertrag nicht gesetzeskonform offengelegt wird (§ 1 Abs. 1 Satz 5 AÜG). Illegale Arbeitnehmerüberlassung führt dazu, dass ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Unternehmen und dem vermittelten Scheinselfständigen kraft Gesetzes „fingiert“ wird (§§ 9 Abs. 1 Nr. 1a, 10 AÜG). Aus diesem Arbeitsverhältnis haftet das Unternehmen (neben der Agentur) in eigenem Namen für nicht abgeführte Sozialversicherungsbeiträge (§ 28e Abs. 2 Satz 3 und 4 SGB IV). Außerdem drohen Bußgelder wegen illegaler Arbeitnehmerüberlassung (§ 16 Abs. 1 Nr. 1a und Nr. 1c AÜG). Dieser rechtliche Zusammenhang mag auf den ersten Blick kompliziert klingen. Doch die Prüfer der Rentenversicherung kennen ihn genau und untersuchen bei Betriebsprüfungen Agenturverträge ebenso wie Direktverträge mit Freelancern.

Unternehmen, die regelmäßig Freelancer über Agenturen anwerben, sollten unbedingt Prozesse aufsetzen, die eine Eingliederung dieser Freelancer verhindern. Besetzt das Unternehmen aus Bewerbermangel eine vakante Arbeitnehmerstelle mit einem Freelancer und behandelt diesen Freelancer dann schlicht so, wie es einen Arbeitnehmer auch behandelt hätte, liegt in den meisten Fällen Scheinselfständigkeit vor. Freelancer dürfen nicht wie normale Arbeitnehmer in das Team eingegliedert werden. Es muss sichergestellt werden, dass die Selbstständigenrolle gewahrt und im Arbeitsalltag gelebt wird.

Dies gelingt aber nur, wenn der Einsatz des Freelancers durch die Personalabteilungen begleitet wird und im Vorfeld Handlungsrichtlinien zum Umgang mit Freelancern aufgestellt und bekannt gegeben werden. Wir beraten Sie gern.

## Unser Team Arbeitsrecht



Dr. Detlef Grimm  
+49 (0) 221 650 65-129  
detlef.grimm@loschelder.de



Dr. Martin Brock  
+49 (0) 221 650 65-233  
martin.brock@loschelder.de



Dr. Sebastian Pelzer  
+49 (0) 221 650 65-263  
sebastian.pelzer@loschelder.de



Arne Gehrke, LL.M.  
+49 (0) 221 650 65-263  
arne.gehrke@loschelder.de



Dr. Stefan Freh  
+49 (0) 221 650 65-129  
stefan.freh@loschelder.de



Dr. Jonas Singraven  
+49 (0) 221 650 65-129  
jonas.singraven@loschelder.de



Farzan Daneshian  
+49 (0) 221 65065-263  
farzan.daneshian@  
loschelder.de

## Impressum

**LOSCHELDER RECHTSANWÄLTE**

Partnerschaftsgesellschaft mbB

Konrad-Adenauer-Ufer 11

50668 Köln

Tel. +49 (0)221 65065-0, Fax +49 (0)221 65065-110

info@loschelder.de

www.loschelder.de