



Liebe Leserin, lieber Leser,

herzlich willkommen zu unserem Newsletter für Oktober 2019 unserer auf das Arbeitsrecht spezialisierten Kanzlei, **BECK.Kanzlei für Arbeitsrecht**. Auch in diesem Monat werden wir Sie über aktuelle Entscheidungen und Entwicklungen im Arbeitsrecht informieren.

Der erste Teil beschäftigt sich mit der Frage, ob eine lange zurückliegende Beschäftigung eine „schädliche Vorbeschäftigung“ bei einer sachgrundlosen Befristung ist.

Der zweite Teil handelt von der Frage, ob „crowdworking“ als Arbeitsverhältnis qualifiziert werden kann.

Die Tipps im Oktober befassen sich mit dem Gesetz gegen illegale Beschäftigung und Sozialleistungsmisbrauch.

---

## Inhalt

---

**1. Zulässige Vorbeschäftigung bei sachgrundloser Befristung**

(BAG vom 21.08.2019 – 7 AZR 452/17)

**2. Arbeitsverhältnis durch „crowdworking“?**

(LAG Hessen vom 14.02.2019 – 10 Ta 350/18)

**3. Tipps: Gesetz gegen illegale Beschäftigung und Sozialleistungsmisbrauch**

---

Zulässige Vorbeschäftigung bei sachgrundloser Befristung  
(BAG vom 21.08.2019 – 7 AZR 452/17)

---

Will ein Arbeitgeber seinen Mitarbeiter bzw. seine Mitarbeiterin nicht zeitlich unbegrenzt, sondern sachgrundlos befristet einstellen, darf die Befristung maximal zwei Jahre dauern und innerhalb dieses Zeitraums darf eine maximal dreimalige Verlängerung der Befristung vorgenommen werden.

Zudem darf der Arbeitnehmer beim gleichen Arbeitgeber nicht bereits vor Abschluss der sachgrundlosen Befristung beschäftigt gewesen sein.

Mit Urteil vom 23.01.2019 (Az.: 7 AZR 733/16) hat das Bundesarbeitsgericht entschieden, dass eine acht Jahre zurückliegende Beschäftigung schädlich im Sinne des § 14 Abs. 2 TzBfG sei. Mit der aktuellen Entscheidung musste sich das BAG auseinandersetzen, ob eine wesentlich länger zurückliegende Beschäftigung ebenfalls schädlich im Sinne des Gesetzes sei, BAG vom 21.08.2019 – 7 AZR 452/17.



### Beispiel

*Arbeitnehmerin A war in der Zeit vom 22.10.1991 bis 30.11.1992 beim Unternehmen U als Hilfsarbeiterin für Kindergeld beschäftigt. Mit Wirkung zum 15.10.2014 stellte U dieselbe Mitarbeiterin als Telefonserviceberaterin im Service-Center erneut ein.*

*Das zunächst bis 30.06.2015 sachgrundlos befristete Arbeitsverhältnis wurde später bis 30.06.2016 verlängert.*

*Nachdem U die Befristung danach nicht mehr verlängern wollte, beehrte A beim zuständigen Arbeitsgericht die Feststellung, dass ihr Arbeitsverhältnis nicht aufgrund der Befristung am 30.06.2016 geendet hat, da die sachgrundlose Befristung aufgrund der schädlichen Vorbeschäftigung aus dem Jahren 1991 und 1992 nicht wirksam vereinbart werden konnte.*

### Zu Recht?

### BAG vom 06.04.2011 – 7 AZR 716/09, Bundesverfassungsgericht vom 06.06.2018 – 1 BvL 7/14 und 1 BvR 1375/14

Nach der gesetzlichen Vorgabe ist eine sachgrundlose Befristung nicht möglich, wenn mit demselben Arbeitgeber bereits zuvor ein befristetes oder unbefristetes Arbeitsverhältnis bestanden hat § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG.

Das Bundesarbeitsgericht hat in einer aufsehenerregenden Entscheidung aus dem Jahr 2011 (Urteil vom 06.04.2011 – 7 AZR 716/09) entschieden, dass die Befristung eines Arbeitsverhältnisses ohne Sachgrund bereits dann möglich sei, wenn zwischen den Parteien mehr als drei Jahre lang kein Arbeitsverhältnis bestanden hat.

Nachdem dieses Urteil zum Teil heftig kritisiert worden ist, ging diese Rechtssache sogar bis vor das Bundesverfassungsgericht, das urteilte, die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts sei **verfassungswidrig** gewesen, da die Richter ihren Beurteilungsspielraum überschritten haben (Urteil vom 06.06.2018 – 1 BvL 7/14 und 1 BvR 1375/14).

### Zeitpunkt der Massentlassungsanzeige

In der ersten Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts zu diesem Themenkomplex nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts musste am 23.01.2019 (Az.: 7 AZR 733/16) die Frage beurteilt werden, ob ein bereits acht Jahre zurückliegendes Arbeitsverhältnis, das über ca. eineinhalb Jahr lief, eine schädliche Vorbeschäftigung im Sinne des § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG darstellt.

Das Bundesverfassungsgericht hatte entschieden, dass das **Verbot** der sachgrundlosen Befristung **unzumutbar** sein kann, wenn

- eine Vorbeschäftigung **sehr lange zurückliegt**,
- **ganz anders geartet** war oder
- von **sehr kurzer Dauer** gewesen ist.

In dieser Entscheidung urteilten die Erfurter Richter, dass ein acht Jahre zurückliegendes Arbeitsverhältnis keine dieser vom Bundesverfassungsgericht aufgestellten Ausnahmetatbestände erfüllt, sodass die sachgrundlose Befristung unwirksam war.

### **BAG vom 21.08.2019 – 7 AZR 452/17**

In der aktuellen Entscheidung lag die vorangegangene Beschäftigung bereits **22 Jahre** vor Abschluss des sachgrundlos befristeten Arbeitsvertrages im Juni 2015.

Für diesen Fall entschied das Bundesarbeitsgericht, dass das Verbot der sachgrundlosen Befristung wegen schädlicher Vorbeschäftigung in diesem Fall unzumutbar sei, da

- eine Gefahr der Kettenbefristung in Ausnutzung der strukturellen Unterlegenheit der Beschäftigten nicht besteht und

- das Verbot der sachgrundlosen Befristung nicht erforderlich ist, um das unbefristete Arbeitsverhältnis mit Regelbeschäftigungsform zu erhalten.

Die Richter stützten sich des Weiteren auf die vom Bundesverfassungsgericht definierte Ausnahme, dass eine Vorbeschäftigung dann nicht mehr schädlich ist, wenn sie sehr lange zurückliegt; um einen solchen Fall handele es sich jedoch bei dem vorliegenden Sachverhalt nicht, da die Vorbeschäftigung bei der erneuten Einstellung 22 Jahr zurücklag.

Besondere Umstände, die dennoch die Anwendung des in § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG bestimmten Verbots gebieten könnten, lagen nach Ansicht der Richter auch nicht vor.

---

Arbeitsverhältnis durch „crowdworking“?  
(LAG Hessen vom 14.02.2019 – 10 Ta 350/18)

---

Ein neues Phänomen des Arbeitsrechts 4.0 besteht in der Beschäftigung von sogenannten „Crowdworkern“. In diesen Fällen tritt eine Plattform im Internet als Vermittler auf, um Auftraggeber und Arbeitskräfte zusammenzubringen.

Da diese „Crowdworker“ in aller Regel als selbständige auftreten und Tätigkeiten übernehmen, stellt sich die Frage, ob dies rechtlich korrekt ist oder der Mitarbeiter gegebenenfalls doch als Arbeitnehmer qualifiziert werden muss.

Das LAG Hessen musste sich in einer der ersten Rechtsstreitigkeiten zu diesem neuen Phänomen mit der Frage befassen, ob ein über eine Plattform vermittelter Busfahrer als Arbeitnehmer oder Selbständiger zu qualifizieren war.



### Beispiel

Crowdworker C stellte auf der Internetseite eines Vermittlungsunternehmens Fahrerinformationen zu seiner Person zur Verfügung. Danach bewarb er sich im allgemeinen als selbständiger Fahrer und führte aus, dass er seit 18 Jahren mit Pausen selbständig Ungarn-Reisen veranstalte. Über einen eigenen Bus C nicht.

Das Busunternehmen B verständigte sich mit C per Mail darauf, dass er als Fahrer für einen Reisebus bei einer einzelnen Fahrt eingesetzt wird. C antwortete hierauf an B, dass er den „Auftrag“ bestatige.

Vereinbart war ein Nettolohn in Höhe von € 1.400,00; nachdem B dieses Honorar nicht gezahlt hatte, klagte C vor dem Arbeitsgericht auf Auszahlung des Nettolohns.

**Ist das Arbeitsgericht überhaupt zuständig, d.h. liegt ein Arbeitsverhältnis vor?**

### Arbeitnehmereigenschaft

Vorliegend musste entschieden werden, ob der Crowdworker als Arbeitnehmer zu qualifizieren ist oder nicht. Die Arbeitnehmereigenschaft ist seit 2017 in § 611a Abs. 1 BGB kodifiziert, wonach durch den Arbeitsvertrag der Arbeitnehmer im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönliche Abhängigkeit verpflichtet.

Das **Weisungsrecht** kann Inhalt, Durchführung, Zeit und Ort der Tätigkeit betreffen; **weisungsgebunden** ist, wer nicht im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann.

Der Grad der persönlichen Abhängigkeit hängt auch von der **Eigenart der jeweiligen Tätigkeit** ab. Für die Feststellung, ob ein Arbeitsvertrag vorliegt, ist schließlich eine **Gesamtbetrachtung aller Umstände** vorzunehmen.

### Qualifizierung von Busfahrern

Im Hinblick auf die Einordnung von Fahrern bzw. Busfahrern hat die Rechtsprechung bislang kein einheitliches Bild entwickelt.

Für die Tätigkeit eines Piloten als Freelancer hat das Bundessozialgericht angenommen, diese Tätigkeit könne sowohl als selbständige als auch als unselbständige Beschäftigung erbracht werden (Urteil vom 28.05.2008 – B 12 KR 13/07 R).

Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts sind Piloten jedenfalls dann Arbeitnehmer, wenn sie als Co-Piloten Weisungen des Piloten unterliegen und in Dienstplänen aufgeführt sind (Urteil vom 16.03.1994 – 5 AZR 447/92).

Auch die Tätigkeit eines Lkw-Fahrers kann sowohl als selbständige als auch als unselbständige Beschäftigung erbracht werden, wobei es im Regelfall für eine Arbeitnehmereigenschaft spreche, wenn der Fahrer über keinen eigenen Lkw verfügt (LSG Baden-Württemberg vom 27.07.2016 – L 5 R 1899/14).

### Sporadischer Einsatz als Fahrer

Ein Busfahrer, der nur sporadisch als Fahrer eingesetzt worden ist und über keinen eigenen Bus verfügt hat, ist **sozialrechtlich** als abhängig Beschäftigter eingeordnet worden (LSG Baden-Württemberg vom 23.01.2004 – L 4 KR 3083/02). Werden Taxifahrer **unregelmäßig** für Fahrten herangezogen, fehle es regelmäßig an einer **Eingliederung in den Betrieb**, was gegen eine Arbeitnehmereigenschaft spreche (BAG vom 15.04.1986 – 1 ABR 44/84).

Werden Mitarbeiter über eine Plattform im Internet an Auftraggeber vermittelt, sind auch diese Vertragsverhältnisse nach den klassischen Abgrenzungskriterien zu qualifizieren.

Auch wenn die besondere Schutzbedürftigkeit dieser Personengruppe hervorgehoben wird, ist sich die herrschende Meinung weitgehend einig, dass es sich bei nun **punktuellen Tätigkeiten** für den Auftraggeber – gerade auch mangels Eingliederung in die Organisation des Auftraggebers – **in der Regel nicht um ein Arbeitsverhältnis** handelt.

### **LAG Hessen vom 14.02.2019 – 10 Ta 350/18**

Im zugrundeliegenden Beispielfall kam das LAG Hessen zu dem Ergebnis, dass der Busfahrer nicht in das Unternehmen und die Arbeitsorganisation seines Auftraggebers eingegliedert war, da er lediglich eine Fahrt durchgeführt hat.

Das Gericht gab zwar zu Bedenken, dass aufgrund der Eigenarten des Auftrags gewisse Vorgaben in räumlicher und zeitlicher Hinsicht feststanden; insofern war von vornherein klar, zu welchem Zeitpunkt die Busreise beginnen sollte, wann der Fahrer zurückfahren sollte und wohin die Reise gehen sollte. Dies sei aber – so die Begründung der Richter – auch bei einem freien Werkvertrag nicht anders.

Der Busfahrer konnte zudem nicht substantiiert vortragen, inwiefern er Weisungen von seinem Auftraggeber erhalten habe.

Nach Abwägung aller Abgrenzungskriterien kam das Gericht daher zu dem Schluss, dass ein selbständiges Vertragsverhältnis zwischen den Parteien geschlossen wurde.

### **Immer Bewertung im Einzelfall erforderlich!**

Vorliegend bestanden durchaus gute Argumente, die für das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses hätten sprechen können, insbesondere das dem Busfahrer der Reisebus gestellt worden ist und er zumindest für den vereinbarten Arbeitseinsatz an konkrete Arbeitszeiten und einen bestimmten Fahrtweg gebunden war. Von einer freien Entscheidung über Arbeitszeit und Arbeitsort konnte daher nicht unbedingt die Rede sein.

Aus diesem Grund wird spannend sein, wie das Bundesarbeitsgericht den Fall in der zugelassenen Revision beurteilen wird.



### **Hinweis**

Es ist zu hoffen, dass das Bundesarbeitsgericht konkrete Abgrenzungskriterien für Arbeitsaufträge an eine „crowd“ entwickelt, um so den Bedarf an derartige neue Beschäftigungsformen gerecht zu werden.

---

## Tipps: Gesetz gegen illegale Beschäftigung und Sozialleistungsmissbrauch

---

Am 11.07.2019 hat die Bundesregierung ein Gesetz gegen illegale Beschäftigung und Sozialleistungsmissbrauch verabschiedet, durch das die Finanzkontrolle Schwarzarbeit (FKS) der Bundeszollverwaltung neue Befugnisse eingeräumt werden, um gegen Schwarzarbeit, Sozialleistungsmissbrauch und ausbeuterische Formen der Beschäftigung vorzugehen.

Die wichtigsten Regelungen sollen im Folgenden kurz vorgestellt werden:

### Kontrolle bei ausbeuterischen Arbeitsbedingungen

Bislang hatte die FKS die Aufgabe und Befugnis zu prüfen, ob die Arbeitsbedingungen nach dem Mindestlohnengesetz, dem Arbeitnehmerentsendegesetz sowie dem Arbeitnehmerüberlassungsgesetz eingehalten werden, insbesondere im Hinblick auf die jeweils zwingend zu beachtenden Mindestlöhne, § 2 Abs. 1 Nr. 6 Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz (SchwarzArbG).

Hinzugekommen ist die Prüfungsbefugnis, ob Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen zu ausbeuterischen Arbeitsbedingungen beschäftigt werden oder wurden, § 2 Abs. 1 Nr. 7 SchwarzArbG.

Auf diese Weise sollen mögliche Opfer von Menschenhandel im Zusammenhang mit Beschäftigung, Zwangsarbeit und Ausbeutung der Arbeitskraft besser identifiziert werden können, sodass insbesondere Strukturen und Praktiken des illegalen Menschenhandels aufgedeckt und bekämpft werden können.

### Unzulässiges Anbieten und Nachfragen der Arbeitskraft

In das Gesetz wurde ein neuer § 5a eingefügt, nachdem es einer Person verboten ist, ihre Arbeitskraft als Tagelöhner im öffentlichen Raum aus einer Gruppe heraus in einer Weise anzubieten, die geeignet ist, Schwarzarbeit oder illegale Beschäftigung zu ermöglichen; auf der anderen Seite ist es einer Person verboten, ein unzulässiges **Anbieten** der Arbeitskraft dadurch **nachzufragen**, dass sie ein solches Angebot einholt oder annimmt.

Sollten sich Personen gegen diese Vorschrift widersetzen, hat die FSK die Befugnis, Platzverweise auszusprechen, § 5a Abs. 2 SchwarzArbG.

Nach der Gesetzesbegründung ist die Anbahnung von Arbeitsverhältnissen im öffentlichen Raum im Rahmen von Tagelöhnerbörsen geprägt durch mangelnde Dokumentation des Vertragsverhältnisses, Nichterfüllung sozialversicherungsrechtlicher und steuerrechtlicher Meldepflichten und fehlende Kenntnis der Identität der Beteiligten.

Zudem ist das Ausbeutungsrisiko für Arbeitsuchende – so der Gesetzgeber – hier besonders hoch, insbesondere wenn zugleich ein illegaler Aufenthalt vorliegt. Damit ist Tagelöhnerbörse besonders geeignet Schwarzarbeit oder illegale Beschäftigung zu ermöglichen.

### Neue Bußgeldvorschriften

Gemäß § 266a StGB ist bereits strafbar, wer vorsätzlich Arbeitnehmeranteile am Sozialversicherungsbeitrag einbehält, aber nicht an die Einzugstellen abführt, ebenso die vorsätzliche Falsch- oder Nicht-Information der Einzugstellen im Zusammenhang mit der Pflicht zur Abgabe von sozialversicherungsrechtlichen Meldungen und Beitragsmeldungen

Eine Gesetzeslücke bestand bislang darin, dass die fahrlässige Falsch- bzw. Nicht-Information der Einzugstellen weder strafbar noch bußgeldbewehrt war. Dies wurde durch die gesetzliche Neuregelung in § 8 Abs. 3 SchwarzArbG ergänzt.

Danach handelt ordnungswidrig, wer als Arbeitgeber eine § 266a Abs. 2 StGB bezeichnete Handlung leichtfertig begeht und dadurch der Einzugstelle Beiträge des Arbeitnehmers oder der Arbeitnehmerin zur Sozialversicherung einschließlich der Arbeitsförderung oder vom Arbeitgeber zu tragende Beiträge zur Sozialversicherung leichtfertig vorenthält.



### Hinweis

Ein Verstoß gegen diese Vorschrift kann mit einem Bußgeld von bis zu € 50.000,00 geahndet werden, § 8 Abs. 6 SchwarzArbG.

### Schein- oder Abdeckrechnungen

Immer öfter ist die Methode zu beachten, dass inhaltlich falsche Buchungsbelege erstellt werden, damit die Empfänger dieser „Rechnun-

gen“ sie im Rahmen ihrer Buchhaltung dazu nutzen können, Schwarzlohnzahlungen an Arbeitnehmer zu verschleiern.

Nach Aussage des Gesetzgebers gibt es deutschlandweit agierende kriminelle Unternehmen, die ausschließlich zu diesem Zweck gegründet bzw. zu Betrieben werden, um derartige Schein- bzw. Abdeckrechnungen zu erstellen und zu verkaufen.

Der Schaden durch solche illegalen Firmen betrug im Jahr 2017 715 Millionen Euro.

Um diese Machenschaften leichter sanktionieren zu können, wurde der Bußgeldkatalog des § 8 SchwarzArbG erweitert, sodass nun auch ordnungswidrig handelt, wer einen Beleg ausstellt, der in tatsächlicher Hinsicht nicht richtig ist und das Erbringen oder Ausführen lassen einer Dienst- oder Werkleistung vorspiegelt und

dadurch Schwarzarbeit oder illegale Beschäftigung ermöglicht.

In diesem Fall kann ein Bußgeld von bis zu **€ 100.000,00** verhängt werden

**Kontakt:**



Rechtsanwälte Beck und Schwanke PartGmbH  
Nordostpark 16  
90411 Nürnberg

Telefon: +49 911 49 52 02 - 0  
Telefax: +49 911 49 52 02 - 99  
[www.arbeitsrecht-beck.de](http://www.arbeitsrecht-beck.de)  
[info@arbeitsrecht-beck.de](mailto:info@arbeitsrecht-beck.de)