



AÜG-Reform aktuell: Neue Entwicklungen und Trends

2. Branchentreff Zeitarbeit München
07. Juni 2018
Starnberg

Dr. Alexander Bissels
Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht
CMS Köln

AÜG-Reform aktuell

| Neue Entwicklungen und Trends

Inhalt

1. Überblick zur AÜG-Reform
 2. Einhaltung der Schriftform und Beschleunigungsmöglichkeiten
 3. equal pay und Abweichungsmöglichkeiten
 4. Ausblick
-



Dr.
Alexander Bissels
Partner
Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht

1. Überblick zur AÜG-Reform

- **3 Kernelemente der Reform (mit Wirkung zum 01.04.2017):**
 - Überlassungshöchstdauer: grds. **18 Monate** mit Abweichungsoption für **TV der Einsatzbranche**.
 - Zwingendes equal pay: grds. nach **9 Monaten** mit Abweichungsoption durch **Branchenzuschlagstarifverträge**.
 - **Offenlegungs-/Konkretisierungs- und Informationspflicht**.
 - Sanktionierung der "verdeckten" ANÜ.
 - Ausschluss der sog. "Fallschirmlösung" bei Scheinwerk-/Scheindienstverträgen.
 - Geregelt wird an sich die ANÜ, aber **Werk-/Dienstverträge** sind zumindest **mittelbar betroffen**.
- **Weitere gesetzliche Änderungen:**
 - Gesetzliche Definition des "**Arbeitsvertrages**".
 - Verbot der "**Kettenüberlassung**".
 - Grds. Verbot des Einsatzes von ZAN als "**Streikbrecher**".
 - Grds. Berücksichtigung von ZAN bei **Schwellenwerten** des BetrVG und der Unternehmensmitbestimmung.
 - Erweiterung der **Bereichsausnahme** zur (Nicht-)Anwendung des AÜG für öffentliche Hand.

2.1 Schriftform - Wortlaut des § 12 I 1 AÜG

*"Der Vertrag zwischen dem Verleiher und dem Entleiher bedarf der Schriftform. **Wenn der Vertrag und seine tatsächliche Durchführung einander widersprechen, ist für die rechtliche Einordnung des Vertrages die tatsächliche Durchführung maßgebend.** In der Urkunde hat der Verleiher zu erklären, ob er die Erlaubnis nach § 1 besitzt. Der Entleiher hat in der Urkunde anzugeben, welche besonderen Merkmale die für den Leiharbeitnehmer vorgesehene Tätigkeit hat und welche berufliche Qualifikation dafür erforderlich ist sowie welche im Betrieb des Entleihers für einen vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts gelten; Letzteres gilt nicht, soweit die Voraussetzungen der in § 8 Absatz 2 und 4 Satz 2 genannten Ausnahme vorliegen."*

- Einfügung von § 12 I 2 AÜG n.F. im Rahmen der AÜG-Reform 2017.
- **Ziel:** Kodifizierung einer bereits bestehenden Rechtsprechung ("**Papier ist geduldig.**", vgl. **BAG v. 14.04.2014 – 3 AZR 395/11**).
- **Für die Praxis:** keine maßgeblichen Änderungen (vgl. BT-Drucksache 18/9232, 28).
- **Aber:** zumindest **unglücklich** formuliert und verortet!

2.2 Was bedeutet "Schriftform" i.S.v. § 12 I AÜG? (I)

– Verweis auf § 126 I BGB.

- AÜV muss entweder von beiden Parteien eigenhändig durch Namensunterschrift oder durch notariell beglaubigtes Handzeichen unterzeichnet sein.
- Austausch eines jeweils wechselseitig von ZAN und Kunden unterzeichneten AÜV möglich (zeitparallele Übermittlung zur Beschleunigung möglich).
- **ACHTUNG:** Erklärungen müssen vor Beginn der Überlassung der jeweils anderen Partei im Original auch zugehen – die Übermittlung vorab per Fax oder Email ist **nicht** ausreichend, wenn die im Original unterzeichneten Unterlagen erst **nach** Beginn der Überlassung eingehen.
- **ABER:** Klares Bekenntnis der BA zu "*sämtlichen zivilrechtlichen Möglichkeiten*", die auch für den Abschluss des AÜV Geltung haben müssen.

2.2 Was bedeutet "Schriftform" i.S.v. § 12 I AÜG? (II)

- Beschleunigungsmöglichkeit durch **Verzicht auf den Zugang der Annahme des Angebotes auf Abschluss eines AÜV** (§ 151 S. 1 BGB).
 - AGB-rechtlich ist die Konstruktion grundsätzlich "unauffällig" und auf AÜV uneingeschränkt anwendbar.
 - **ACHTUNG:** eine Annahmeerklärung ist weiterhin **erforderlich**.
 - Verzicht auf Zugang der Annahmeerklärung sollte ausdrücklich zwischen ZAU und Kunden vereinbart werden.
 - **Beid- bzw. wechselseitiger Verzicht** von ZAU und Kunde **nicht** möglich.

2.2 Was bedeutet "Schriftform" i.S.v. § 12 I AÜG? (III)

- Beschleunigungsmöglichkeit durch **Verzicht auf den Zugang der Annahme des Angebotes auf Abschluss eines AÜV** (§ 151 S. 1 BGB).
 - **Möglicher Prozess:**
 - Übersendung des im Original unterzeichneten AÜV von ZAU an Kunden.
 - Gegenzeichnung des AÜV durch Kunden.
 - Vorabübersendung des AÜV per Email oder Fax von dem Kunden an ZAU.
 - Verzicht des ZAU auf den Zugang der (schriftlichen) Annahmeerklärung des Kunden über den Abschluss des AÜV (im Zweifel in einem RahmenAÜV).
 - Zugang der (schriftlichen) Annahmeerklärung des Kunden für Zustandekommen des AÜV **nicht** mehr erforderlich.

2.2 Was bedeutet "Schriftform" i.S.v. § 12 I AÜG? (IV)

– Beschleunigungsmöglichkeit durch **Vollmachtmodelle**.

- Stellvertretung (§§ 164 ff. BGB) auch bei Abschluss des AÜV möglich: **allgemeine zivilrechtlichen Bestimmungen gelten uneingeschränkt.**
- Kunde erteilt Vollmacht an ZAU zur Abgabe der Willenserklärungen für den Kunden und zum Empfang der vom ZAU abzugebenden Willenserklärungen, die zum Abschluss des AÜV erforderlich sind.
- **Form der Vollmacht:** grds. **formfrei** möglich (§ 167 S. 2 BGB), sollte aber **schriftlich** erteilt werden – auch um den Umfang der Vollmacht und deren Begrenzung zu dokumentieren.
- Befreiung des Bevollmächtigten (hier: ZAU) von den Begrenzungen des **Insichgeschäftes** (§ 181 BGB) erforderlich und **rechtlich möglich** (kann in Vollmacht erfolgen).
- **ACHTUNG:** sollen Mitarbeiter des ZAU den AÜV zeichnen, müssen diese auch vom ZAU vom Verbot des Insichgeschäftes in einer gesonderten Vollmacht befreit werden (ansonsten müssten zwei personenverschiedene Mitarbeiter des ZAU den AÜV unterzeichnen).

2.2 Was bedeutet "Schriftform" i.S.v. § 12 I AÜG? (V)

- Beschleunigungsmöglichkeit durch **Vollmachtmodelle**.
 - **Möglicher Prozess**, der in einem RahmenAÜV oder in der Vollmacht selbst festgelegt werden kann:
 - Schriftlicher Abschluss eines RahmenAÜV, in dem der nachfolgende Prozess bereits dargestellt wird.
 - Bevollmächtigung des ZAU unter Bezugnahme auf den einzuhaltenden Prozess.
 - Bedarfsanzeige durch den Kunden (z.B. per Fax, Email oder telefonisch).
 - Übermittlung eines Entwurfs eines AÜV in Textform durch den ZAU an Kunden.
 - Bestätigung des AÜV durch Kunden in Textform.
 - **Sodann**: Unterzeichnung des AÜV durch ZAU für den Kunden und für das ZAU selbst.
 - Übermittlung des unterzeichneten AÜV vorab und sodann im Original an Kunden.
 - Durch festgelegten Prozess kann Umfang der Bevollmächtigung begrenzt werden: ZAU kann **nicht** "beliebig" AÜV'e für Kunden abschließen.
 - Weitere Begrenzung der Vollmacht durch jederzeitige formlose **Widerrufsmöglichkeit** zugunsten des Kunden möglich ("**Sicherheitsgefühl**").

2.2 Was bedeutet "Schriftform" i.S.v. § 12 I AÜG? (VI)

- Elektronische Form **möglich** (§§ 126 III, 126a BGB).
 - Beidseitige Zeichnung mit qualifizierter elektronischer Signatur.
 - **Möglich**: die Urkunde wird von einer Partei im Original unterzeichnet und von der anderen Partei qualifiziert elektronisch signiert (hM).
 - **In der Praxis**: nicht weit verbreitet – insbesondere auf Kundenseite problembehaftet.
 - **ACHTUNG**: seit dem 01.07.2016 ist die Verordnung (EU) Nr. 910/2014 über elektronische Identifizierung und Vertrauensdienste für elektronische Transaktionen im Binnenmarkt (kurz: eIDAS-VO) unmittelbar anwendbar; Ablösung des SigG durch das VDG mit Wirkung zum 29.07.2017.

2.3 Schriftform bei equal pay (I)

– **Abfrage beim Kunden:**

- Zur Vergleichbarkeit von ZAN und StammAN (für jedes betroffene Profil!)
- Zu den maßgeblichen Entgeltbedingungen (einschließlich personenbezogener Komponenten).

– **(Schriftliche) Vereinbarung** zwischen ZAU und Kunde über das Entgelt eines vergleichbaren StammAN oder dessen Änderungen – im Zweifel als **unterschiedene Anlage** zum AÜV (§ 12 I 4 AÜG).

- **Schriftliche Auskunft des "vertrauenswürdigen" Kunden:** im Regelfall ausreichender Nachweis; keine weitergehende Dokumentation durch ZAU erforderlich.
- **ABER: Plausibilitätsprüfung** durch ZAU immer notwendig.
- **Ausnahme:** nicht plausible Angaben des Kunden oder im sonstige Einzelfallumstände (z.B. Bekanntwerden von unseriösen Geschäftspraktiken beim Kunden) gebieten anderweitigen Anlass für Nachforschungen (z.B. durch Nachfrage beim ZAN und/oder nochmalige Bestätigung durch Kunden).

2.3 Schriftform bei equal pay (II)

- **Problem:** muss Dokumentation **ab dem 1. Tag des Einsatzes vorliegen?**
Wohl die Ansicht des Zoll: § 12 I 4 a.E. AÜG zu wesentlichen ArbBed. verweist nur auf § 8 II, IV 2 AÜG, nicht aber auf § 8 II IV 1 AÜG.
 - BA: folgt dieser Auffassung **nicht!**
 - Daten müssen daher erst ab dem vollendeten 9. Einsatzmonat des ZAN vorliegen.
- Erfassung der maßgeblichen Daten ist aufwendig, aber **zwingend notwendig**, wenn der Einsatz des ZAN **über den 9. Monat** hinaus fortgesetzt werden soll und **kein TV BZ** einschlägig ist.
- **Softwarelösung** bei konkreter Abrechnung zu empfehlen!

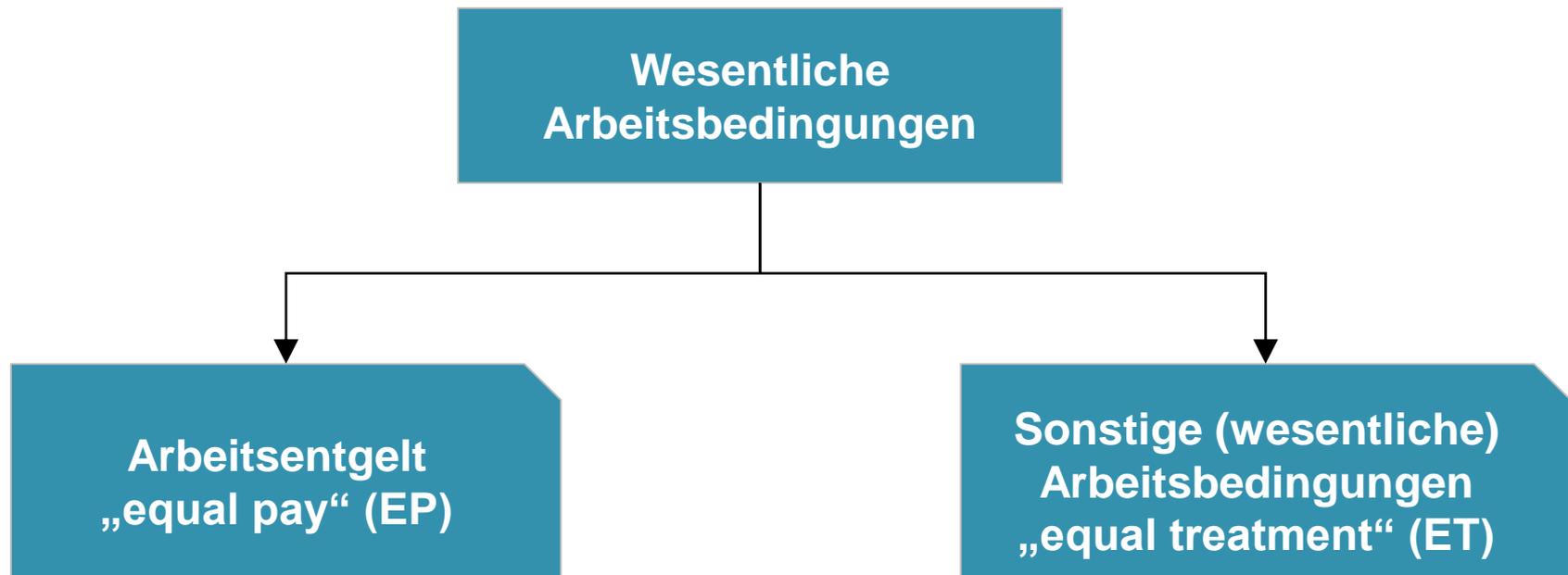
2.4 Schriftform bei Offenlegung und Konkretisierung

- Ausdrückliche Bezeichnung der ANÜ im AÜV **vor Einsatz**.
- Namentliche Konkretisierung der Person des ZAN **vor Einsatz**.
- Rückwirkung auch für **vor dem 01.04.2017** geschlossene AÜV (Ansicht der BA).
- **Achtung:** Formerfordernis bei Konkretisierung?!
 - **Bei EinzelAÜV:** Einhaltung der **gesetzlichen Schriftform**.
 - Vertrag muss **vor Einsatzbeginn** geschlossen sein.
 - **Grundsatz:** Unterschrift beider Parteien im Original sowie Zugang des unterzeichneten AÜV bei der jeweils anderen Partei erforderlich (s. aber Beschleunigungsmöglichkeiten).
 - **Bei RahmenAÜV:** Konkretisierung in **Textform** möglich (Ansicht der BA).
 - RahmenAÜV unter Einhaltung der gesetzlichen Schriftform
 - Konkretisierender Abruf des ZAN **per Email, Fax** möglich (jedenfalls bei **bindendem** Kontingent im RahmenAÜV – Ansicht der BA).
 - Im Zweifel über einseitiges LBR des Kunden Verbindlichkeit herstellen!

2.5 Rechtsfolge bei Verstoß gegen das Schriftformerfordernis

- (Gesamt-)Unwirksamkeit des AÜV.
 - **Ausnahme:** Teilnichtigkeit bei Verstoß gegen Schriftform bei unwesentlichen Nebenabreden.
 - Streitig, ob dies auch gilt, wenn Erklärung des Kunden (§ 12 I 3 AÜG) oder dessen Angaben (§ 12 I 4 AÜG) nicht der Schriftform genügen (h.M.: ja; a.A. Boemke/Lembke, § 12 AÜG Rn. 9: nein, "bloße Wissenserklärungen").
 - Durchführung des AÜV bewirkt **keine Heilung**.
 - Abwicklung des Vertragsverhältnisses zwischen ZAU und Kunden nach Bereicherungsrecht:
 - **In der Regel:** keine Rückabwicklung, wenn Vergütung des ZAU marktüblich ist.
 - Für Kunden: **keine Haftungsansprüche** – selbst bei Überlassung ungeeigneter ZAN durch ZAU.
- Erlaubnisrechtliche Konsequenzen (bis zur Rücknahme der ANÜ-Erlaubnis).
- **Aber: keine Fiktion** eines Arbeitsverhältnisses zum Kunden.
 - **Ausnahme:** Verstoß gegen Offenlegungs- und Konkretisierungspflicht (str.).
 - **Ordnungswidrigkeit** (§ 16 I Nr. 1c AÜG: Bußgeld bis zu 30.000,00 € für ZAU **und** Kunden).

3.1 Zwingendes equal pay vs. equal treatment



- **ET** = gleiche Behandlung hinsichtlich der wesentlichen Arbeitsbedingungen.
- **EP** = gleiche Bezahlung (in Summe, **nicht** hinsichtlich der einzelnen Entgeltbestandteile) = besondere Ausprägung von ET.

3.2 Definition equal treatment – "Wesentliche Arbeitsbedingungen"

- „Wesentlich“ = unbestimmter Rechtsbegriff.
- **Abschließende Aufzählung** in Zeitarbeitsrichtlinie (Art. 3 I lit. f).
 - Arbeitsentgelt (= equal pay).
 - Dauer der Arbeitszeit.
 - Überstunden.
 - Pausen.
 - Ruhezeiten.
 - Nachtarbeit.
 - Urlaub (= Urlaubstage, nach h.M. **nicht** Bestandteil von EP).
 - Arbeitsfreie Tage.
 - **NICHT**: Ausschlussfristen (vgl. BAG v. 23.03.2011 - 5 AZR 7/10).

3.3 Zwingendes equal pay (I)

- Abweichung von EP durch **TV der Zeitarbeit** nur in den ersten **9 Monaten der Überlassung** möglich.
 - Aufgrund **unmittelbarer Geltung** (in der Praxis höchst selten wg. des geringen gewerkschaftlichen Organisationsgrads der ZAN).
 - Aufgrund **Bezugnahme** im Arbeitsvertrag (regelmäßig der Fall).
- **Danach:** zwingende Gleichstellung hinsichtlich des Entgelts mit vergleichbaren Stammbeschäftigten des Kunden ("**gesetzliches EP**").
- **Übergangsregelung:** relevant sind Zeiten **ab dem 01.04.2017**
- **Ausnahme:** Abweichung von EP über 9 Monate hinaus möglich, wenn
 - **spätestens nach 15 Monaten** ein Arbeitsentgelt erreicht wird, das mit dem vergleichbarer AN in der Einsatzbranche gleichwertig ist, und
 - nach einer Einarbeitungszeit von **längstens 6 Wochen** eine stufenweise Heranführung an dieses Arbeitsentgelt erfolgt ("**tarifliches EP**").
- Abweichung vom ET im Übrigen: **zeitlich (weiterhin) unbeschränkt möglich!**

3.3 Zwingendes equal pay (II)

- Prinzip der bisherigen Branchenzuschlagstarifverträge!
 - TV BZ a.F. mussten **angepasst** werden.
 - Unterschreitung von 100% EP m.E. möglich ("**EP light**").
 - Bisherige TV BZ'e sind inzwischen an neue Rechtslage angepasst worden.
- Unterbrechung (= "**Nullung**") bei **mehr als 3 Monaten** zwischen den Einsätzen (= 3 Monate + 1 Tag); bei zeitlich kürzerer Unterbrechung: "**Hemmung**" möglich (= *Zeiten können aus Einsatz herausgerechnet werden*).
- **Rechtsfolge bei Verstoß:**
 - Ordnungswidrigkeit mit Geldbuße bis 500.000 EUR **für ZAU**.
 - Erlaubnisrechtliche Schritte.
 - Nachforderungsansprüche der ZAN (**Ausschlussfristen beachten!**).
 - Nachzahlungsansprüche der Sozialversicherungsträger (**ACHTUNG: § 266a StGB!**).
 - **Subsidiärhaftung des Kunden** für nicht abgeführte SV-Beiträge.

3.4 Definition equal pay – "Arbeitsentgelt"

- Vom **gesetzlichen EP** erfasst sind (**= jede Vergütung als unmittelbare Gegenleistung für Erbringung der Arbeitsleistung**):
 - Grundvergütung.
 - Provisionen.
 - Variable Vergütungszahlungen/Boni.
 - Gratifikationen/Jahressonderzahlungen.
 - Zuschläge und Zulagen aller Art.
 - Aktienoptionen.
 - Personalrabatte.
 - Entgeltfortzahlung bei Urlaub (str.) oder Krankheit.
 - Prämien.
 - Betriebliche Altersversorgung und VWL.
 - Zuschüsse zum Krankengeld.
 - Sachbezüge (wertgleicher Ersatz o. in natura).
 - **Nicht:** "echter" Aufwendungsersatz (z.B. Fahrgeld, VMA, vgl. BSG v. 18.01.2018 - B 12 R 3/16 R; anders bei "verschleiertem Entgelt").
 - **Nicht:** Fälligkeit und damit AZK (h.M.).

3.5 equal pay – "vergleichbarer Arbeitnehmer" (I)

- **Entscheidend:** gleiche (= *identisch*) **oder** ähnliche (= *auf gleicher Hierarchieebene und strukturell vergleichbare*) Anforderungen an Art der Tätigkeit des ZAN und des StammAN (z.B. Qualifikation, Verantwortung, Belastung, Fähigkeit).
- Konkrete Ausgestaltung des Arbeitsplatzes im Zeitpunkt der Überlassung maßgeblich (**nicht:** Inhalt des AÜV oder des ArbV).
- Berücksichtigung **personenbezogener Komponenten** bei Vergleichbarkeit und bei der Vergütungsbestimmung, sofern beim Kunden relevant, z.B.:
 - Berufserfahrung.
 - Bestimmte Ausbildung.
 - Besondere Fachkenntnisse.
 - Betriebszugehörigkeit: beim ZAN grds. 0 Monate (**offen:** Anrechnung der Einsatzdauer beim Kunden in den ersten 9 Monaten des Einsatzes bzw. vor dem 01.04.2017?).
- **Kontrollfrage:** Was würde ein für die Überlassungsdauer beschäftigter AN beim Kunden erhalten, wenn er die gleiche Arbeit wie der ZAN verrichten würde?

3.5 equal pay – "vergleichbarer Arbeitnehmer" (II)

- Sind **mehrere** vergleichbare StammAN beim Kunden vorhanden: maßgeblich ist das **niedrigste Entgelt** der vergleichbaren StammAN.
 - **Ziel:** Gleich- und nicht Besserstellung des ZAN.
 - **Keine Begünstigung** des ZAN im Vergleich zu StammAN.
- Ist **kein** vergleichbarer StammAN vorhanden:
 - Fiktive Eingruppierung vorzunehmen (*vgl. BAG v. 13.03.2013 - 5 AZR 242/12*).
 - Was für eine Vergütung würde Kunde **am freien Markt** einem Bewerber anbieten?
 - Sofern TV für Kunde oder **ein sonstiges Entgeltschema** im Betrieb gilt, ist dieses maßgeblich.
 - Sofern Entgelt **im Einzelfall** vom Kunden festgelegt wird: **Ermessensspielraum** bei Festlegung des (hypothetischen) Entgelts!
- **Bestimmung des EP:** Gesamtvergleich des maßgeblichen Entgelts im Überlassungszeitraum!
 - Ermöglicht laufende (monatliche) **Saldierung**.
 - Zahlung einer sog. EP-Zulage, **aber** auch Verrechnung mit positiven Saldo des ZAN möglich.
 - **ACHTUNG: keine** Übernahme des Vergütungssystems des Kunden erforderlich!

3.6 equal pay: weitere offene Fragen! (I)

– Gesetzeskonforme Fristberechnung:

- Maßgeblich bei zwingender Anwendung des EP-Grundsatzes und der ÜHD, aber auch bei der Unterbrechung des Einsatzes bzw. Stufen der TV BZ'e.
- **Anwendung von §§ 187, 188 BGB:** voller Monat zählt als solcher, unabhängig davon, wie viele Kalendertage dieser hat (**u.a. Ansicht der BA in den FW AÜG**).
- **Anwendung von § 191 BGB:** voller Monat wird – unabhängig von den Kalendertagen – mit 30 Tagen berücksichtigt (**u.a. Ansicht des iGZ**).
 - **Pro's:** Rechtssicherheit, selbst wenn sich Gericht der 1. Ansicht anschließen sollte, da Frist nach der 2. Ansicht i.d.R. vor der nach der 1. Auffassung berechneten Frist endet.
 - **Con's:** BA folgt der 1. Ansicht; vorzeitiger Abbruch des Einsatzes durch verkürzte Frist nach der 2. Auffassung erforderlich.
- **Offen** ist, wie die Gerichte diese Frage entscheiden werden; FW sind **nicht** bindend!
- Gerade bei ÜHD ist richtige Fristberechnung entscheidend, da deren Überschreitung zur **Fiktion eines Arbeitsverhältnisses** zwischen ZAN und dem Kunden führt (1. Ansicht: frühestens ab dem 01.10.2018; 2. Ansicht: frühestens ab dem 23.09.2018).

3.6 equal pay: weitere offene Fragen! (II)

– Unterbrechung des Einsatzes:

- **Bei 3 Monaten oder weniger:** Hemmung der Überlassungsdauer (= *Zeiten können herausgerechnet und bei Fortsetzung des Einsatzes hinten angehängt werden*).
- **Bei mehr als 3 Monaten:** "Nullung" (= *Neubeginn der Frist*).
- **Frage:** wie wird der "**Einsatz**" definiert?
 - **Materieller Einsatzbegriff:** nur tatsächlich geleistete Einsatzzeiten des ZAN beim Kunden werden berücksichtigt, **nicht** hingegen z.B. Krankheit, Urlaub, AZK, Freistellung.
 - **Formeller Einsatzbegriff:** es kommt auf den Bestand der vertraglichen Grundlage (hier: AÜV) an; endet dieser und wird der ZAN daher nicht mehr bei dem Kunden eingesetzt, endet der Einsatz. Dieser läuft hingegen fort, wenn der ZAN zwar seine Arbeit nicht erbringen kann, z.B. aufgrund von Krankheit, aber der AÜV nicht beendet wird, z.B. durch Kündigung oder Aufhebung (**Ansicht der BA**).
 - Gedanke des **Rechtsmissbrauchs** ist bei Unterbrechung zu berücksichtigen!
 - **Problem:** kann auch durch eine (schriftliche) Abmeldung Einsatz bzw. AÜV beendet werden?
 - **Problem:** wie werden tageweise Überlassungen bei klassischer Einsatzwechselfähigkeit gezählt?

3.6 equal pay: weitere offene Fragen! (III)

– **Europarechtswidrigkeit: Abweichung vom EP-Grundsatz?**

- **Sog. "Däubler-Kampagne":**

- **§ 8 II, IV AÜG**: Ausschluss des EP-Grundsatz durch TV Zeitarbeit (auch durch arbeitsvertragliche Bezugnahme möglich).
- Überschreitung der Ermächtigung aus ZeitarbeitsRiLi.
- "Gesamtschutz" des ZAN darf durch Tarifverträge nicht verschlechtert werden.
- **Hier**: teilweise erhebliche Unterschreitung des Entgeltgefüges zwischen ZAN und Stammbeschäftigten.
- **Conclusio**: Europarechtswidrigkeit, die nach Vorlage durch deutsches ArbG vom EuGH festgestellt werden muss, bzw. zumindest europarechtskonforme Auslegung durch deutsche Gerichte.

- **"Promotion"** dieser Kampagne durch die ZDF-Sendung "Die Anstalt" vom 16.05.2017 mit Spendenaufruf zu Gunsten klagebereiter ZAN, vgl. <https://www.zdf.de/comedy/die-anstalt/die-anstalt-das-arbeitnehmerueberlassungsgesetz-100.html>

3.6 equal pay: weitere offene Fragen! (IV)

– **Europarechtswidrigkeit: Abweichung vom EP-Grundsatz?**

• **Sog. "Däubler-Kampagne":**

– **Zwischenbericht von Däubler aus 01/2018:**

- Zusage auf finanzielle und inhaltliche Unterstützung .
- Über 500 Mails kurz nach der Sendung.
- Inzwischen über 10.000,00 € Spenden gesammelt.
- Juni/Juli 2017: 25 klagebereite ZAN identifiziert.
- Die Hälfte hat sich **nicht** mehr gemeldet, bei der anderen Hälfte gab es "inhaltliche Probleme", vgl. http://www.labournet.de/wp-content/uploads/2018/01/leihklage_zwischenbericht1.pdf

– **1. Klage vor dem ArbG Gießen auf EP anhängig:**

- Kammertermin am 24.01.2018, vgl. <https://www.neues-deutschland.de/artikel/1077327.leiharbeit-equal-pay-regelung-hilft-leiharbeitern-nicht.html>
- Verkündungstermin am **14.02.2018**.
 - Ergebnis – **Abweisung der Klage (Az. 7 Ca 246/17)**, vgl. <https://www.cmshs-bloggt.de/arbeitsrecht/equal-pay-8-aueg-arbg-giessen/>
 - **Berufung zum Hess. LAG von ZAN eingelegt (Az. 13 Sa 360/18)!**

– **2. Klage vom ArbG Aschaffenburg abgewiesen (Urt. v. 08.05.2018).**

3.7 Aktuelle Rechtsprechung: Kündigung des ZAN wegen equal pay? (I)

– **Sachverhalt:**

- ZAN war durchgehend seit 2013 bei einem Einzelhandelsunternehmen als KassiererIn in Teilzeit eingesetzt.
- Abmeldung der ZAN durch Kunden mit Ablauf des 31.12.2017 mit der Begründung, dass die Erhöhung der Kosten durch einen EP-Anspruch ab dem 01.01.2018 aufgrund der Wettbewerbssituation und der niedrigen Margen in der Lebensmittelbranche nicht tragbar sei.
- Sodann betriebsbedingte Kündigung des ZAN durch das ZAU mit Wirkung zum 31.12.2017 mit der Begründung, dass nach der Abmeldung durch den Kunden keine weiteren Einsatzmöglichkeiten bestünden; das Einzelhandelsunternehmen decke 98% der Einsätze des ZAU ab.
- Kündigung wurde verbunden mit einer Wiedereinstellungszusage zu den gleichen Arbeitskonditionen mit Wirkung zum 02.04.2018 (Unterbrechung des Einsatzes um 3 Monate und 1 Tag).

3.7 Aktuelle Rechtsprechung: Kündigung des ZAN wegen equal pay? (II)

– **Entscheidung des ArbG MG (Urt. v. 20.03.2018 - 1 Ca 2686/17, rk.):**

- Betriebsbedingte Kündigung ist sozial **nicht** gerechtfertigt.
- **Konsequenz:** Das Arbeitsverhältnis mit ZAN besteht ungekündigt fort.
- **Begründung:**
 - Keine Darlegung des ZAU, dass Beschäftigungsbedarf des ZAN über einen hinreichend langen Zeitraum entfallen sei.
 - Fehlende Einsatzmöglichkeit von 3 Monaten und 1 Tag sei nicht ausreichend.
 - Zudem: Beschäftigungsbedarf bei Kunden sei nicht weggefallen – Kündigung sei zudem mit Weiterbeschäftigungszusage verknüpft worden.
 - Kündigung verstoße wegen der Umgehung und geplanten "Aushebelung" des EP-Anspruchs zumindest gegen §§ 134, 242 BGB.

– **Bewertung:**

- Im Ergebnis wohl **richtige** Entscheidung.
- Wegfall des Beschäftigungsbedarf ist in der Tat fraglich, zumal ZAN Wiedereinstellung zugesagt wurde.
- Zumindest "Motivation" zur Kündigung rechtlich zweifelhaft.

3.8 Abweichung vom gesetzlich zwingenden equal pay (I)

- **Wesentlicher Inhalt des TV BZ ME:**
- Abgeschlossen am 08.05.2017 mit Rückwirkung **zum 01.04.2017**.
- Laufzeit bis zum **31.12.2020** – analog TV LeiZ.
 - Einführung einer **6. Zuschlagsstufe von 65%**.
 - Anpassung an gesetzliche Erfordernisse.
 - Gilt ab dem 16. Einsatzmonat.
 - Frühestens **ab dem 01.01.2018** anwendbar.
 - "Diktat" der Metallbranche.
 - Klarstellung, dass mit der letzten Zuschlagsstufe ein "**gleichwertiges Arbeitsentgelt**" nach § 8 IV AÜG erreicht wird.
 - **Vor dem 01.04.2017** zurückgelegte Einsatzzeiten zählen bei Berechnung der Einsatzdauer **mit** (***anders*** bei gesetzlichem EP und ÜHD).

3.8 Abweichung vom gesetzlich zwingenden equal pay (II)

– **Wesentlicher Inhalt des TV BZ ME:**

- Anpassung der **Deckelungsregelung (Geltendmachung erforderlich!)**.
 - **Bis zum 31.12.2017:** bisherige Deckelung weiter anwendbar (90% des Vergleichsentgelts).
 - **Ab dem 01.01.2018:**
 - Bis zu 15 Monate: Deckelung auf 90% des **laufenden regelmäßigen Stundenentgelts** weiter möglich.
 - Ab dem 16 Monat: Deckelung auf das Arbeitsentgelt eines vergleichbaren AN des Kunden (= "**volles Entgelt**" unter Einschluss von Jahressonderzahlungen, Sachbezügen, variable Vergütung etc.) **oder** (weitere) "ungedeckelte" Anwendung der 6. Stufe.
 - **Problem:**
 - Bestimmung des "richtigen" Vergleichsentgelts nach dem 15. Einsatzmonat: **Rechtsunsicherheit!**
 - Ggf. "teurere" 6. Stufe fortführen, da "sichere" Bestimmung des Vergleichsentgelts möglich.

3.8 Abweichung vom gesetzlich zwingenden equal pay (III)

– **Wesentlicher Inhalt des TV BZ ME:**

- Deckelung auf 90% darf **nicht** dazu führen, dass **nach 6 Wochen kein BZ** gezahlt wird.
- **Problem:** wie hoch muss dieser "**Zwangszuschlag**" sein, wenn das (un/gedeckelte) Vergleichsentgelt unter der Vergütung des ZAN liegt? 0,01 €/h, 1% oder gar 15% (= 1. Stufe des TV BZ ME).
 - **Wortlaut:** 0,01 €/h ist mehr als "kein Zuschlag".
 - **Sinn und Zweck:** zumindest wenn Entgelt des ZAN über dem ungedeckelten Vergleichsentgelt des Stammbeschäftigten liegt, ist eine Annäherung an (tarifliches) EP nicht mehr möglich, da dieses schon erreicht ist.
 - **Contra:** ggf. Argument des Rechtsmissbrauchs/Umgehung des TV BZ ME.
 - **Abwägungsfrage,** wie viel Risiko ZAU zu gehen bereit ist!
 - **Tarifliche Lösung** für TV'e BZ mit Beteiligung der IG BCE: **1,5% Mindestzuschlag.**
 - **Empfehlung der Verbände:** Übertragung der 1,5% auch auf andere TV BZ, selbst wenn in diesem Tarifvertrag **keine Rede** von einem Mindestzuschlag in dieser Höhe ist!

3.9 EXKURS: Fachlicher Anwendungsbereich des TV BZ ME (I)

- Erste höchstrichterliche Entscheidungen des BAG zum TV BZ ME:
 - Urteile betrafen Automobil(zuliefer)industrie.
 - **Wesentliche Erkenntnisse:**
 - TV BZ ME auf an sich "branchenfremde" Betriebe anwendbar, die nach deren überwiegender Tätigkeit **als Glied in der Fertigungskette** unmittelbar auf die Fertigung des Kfz oder seiner Bestandteile gerichtet sind (*Urt. v. 22.02.2017 - 5 AZR 552/14: sog. "Pony-Pack" = Motor-Getriebe-Einheit*).
 - TV BZ ME auf an sich "branchenfremde" Betriebe anwendbar, die nach ihren ausschließlichen oder überwiegenden Tätigkeiten den Fertigungsprozess eines Katalogbetriebs **unterstützen** (*Urt. v. 22.02.2017 – 5 AZR 453/15: Sequenzierung und Anlieferung von Bauteilen für Kfz*).
 - **Keine Identität** der Inhaber von Haupt- und Nebenbetrieb erforderlich (*Urt. v. 22.02.2017 - 5 AZR 252/16: Logistiklager; a.A. die bisher ganz h.M., vgl. Nachweise bei: Bissels, jurisPR-ArbR 10/2016 Anm. 3*).

3.9 EXKURS: Fachlicher Anwendungsbereich des TV BZ ME (II)

- Erste höchstrichterliche Entscheidungen des BAG zum TV BZ ME:
 - **Wesentliche Erkenntnisse:**
 - Erweiterung des Anwendungsbereiches des TV BE ME insbesondere im Bereich der Kontraktlogistik.
 - **(Rückwirkende!) Neubewertung** der Branchenzuschlagspflicht erforderlich.
 - **Nicht** beschränkt auf M+E-Industrie; Grundsätze des BAG sind auf andere zuschlagspflichtige Branchen **übertragbar** (aber: unter Berücksichtigung des ggf. abweichend vom TV BZ ME formulierten fachlichen Geltungsbereichs des einschlägigen TV BZ).
 - BAG erkennt Tarifzuständigkeit der IG Metall für "Haupt- und Hilfsbetriebe" ausdrücklich an (*Urt. v. 22.02.2017 - 5 AZR 252/16*): Bestätigung, dass **keine Zweifel** an Wirksamkeit des TV BZ ME a.F. bestehen.

3.9 **EXKURS:** Fachlicher Anwendungsbereich des TV BZ ME (III)

- Erste höchstrichterliche Entscheidungen des BAG zum TV BZ ME:
 - **Konsequenzen bei einer Branchenzuschlagspflicht (I):**
 - Anspruch des ZAN auf **Zahlung der Branchenzuschläge**, wenn und soweit die Voraussetzungen des TV BZ ME im Übrigen vorliegen.
 - Auch rückwirkend und **nicht** erst ab Entscheidung des BAG.
 - In der Regel begrenzt durch vertragliche (AGB-rechtlich wirksame!) **Ausschlussfristen.**

3.9 **EXKURS:** Fachlicher Anwendungsbereich des TV BZ ME (IV)

- Erste höchstrichterliche Entscheidungen des BAG zum TV BZ ME:
 - **Konsequenzen bei einer Branchenzuschlagspflicht (II):**
 - Nachzahlung von **SV-Beiträgen** auf nicht gewährte Branchenzuschläge.
 - Auch rückwirkend und **nicht** erst ab Entscheidung des BAG.
 - Unabhängig davon, ob ZAN Anspruch geltend macht.
 - Begrenzt durch **Verjährungsfrist** (regelmäßig 4 Jahre; bei bedingt vorsätzlichem Verhalten: 30 Jahre).
 - **ACHTUNG:** mögliche Strafbarkeit nach § 266a StGB!
 - **Erlaubnisrechtliche Schritte** durch BA.
 - Möglicher **Verlust der ANÜ-Erlaubnis** bei fortgesetzten Verstößen.
 - M.E. **Ordnungswidrigkeit** nach § 16 I Nr. 7a AÜG (Bußgeld: bis zu 500.000,00 €).

3.9 EXKURS: Fachlicher Anwendungsbereich des TV BZ ME (V)

- Erste höchstrichterliche Entscheidungen des BAG zum TV BZ ME:
 - **(Mögliches) weiteres Vorgehen:**
 - (Erneute) juristische Prüfung, ob Branchenzuschlagspflicht besteht.
 - Aufnahme von **Verhandlungen mit Kunden** zur "Durchreichung" der Kosten aufgrund der (rückwirkenden) Branchenzuschlagspflicht.
 - **Nachzahlung der Branchenzuschläge** für die letzten 3 Monate an BestandsAN und ausgeschiedene ZAN (auch ohne vorherige Geltendmachung durch Mitarbeiter).
 - **Verhandlungen mit DRV und BA** (sowie ggf. FA) zur (rückwirkenden) Gesamtbereinigung der Situation (einschl. Nachzahlung von SV-Beiträgen)?
 - **Merke:** erhöhte "Awareness" von DRV und BA für dieses Thema!

4. Arbeitnehmerüberlassung – Ausblick (I)

– **Ergebnis der Koalitionsverhandlungen am 07.02.2018**, abrufbar unter:
<http://www.spiegel.de/media/media-42517.pdf>

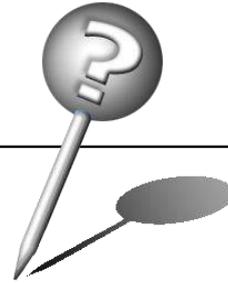
- **Evaluierung des AÜG im Jahr 2020** (wie bislang in § 20 AÜG vorgesehen).
 - Abweichung vom Ergebnis der Sondierungsgespräche.
 - Entspricht dem Willen der abgelösten Großen Koalition.
 - Im Zweifel **positiv**, da SPD eine weitere Regulierung der Zeitarbeit erst ein Jahr später – im Vergleich zu dem Sondierungsergebnis - verlangen kann.
- **Mittelbare Betroffenheit durch Einschränkung der sachgrundlosen Befristung.**
 - ZAU mit mehr als 75 ZAN: **Befristungsquote max. 2,5 %**; bei Überschreitung: unbefristetes Arbeitsverhältnis (gesetzliche Übergangsregelung?).
 - Bei sachgrundloser Befristung: **Höchstbefristungsdauer von max. 18 Monaten** (= Angleichung an ÜHD; bisher: 24 Monate) mit höchstens einmaliger Verlängerungsmöglichkeit (bisher: dreimalige Verlängerungsmöglichkeit).

4. Arbeitnehmerüberlassung – Ausblick (II)

– **Ergebnis der Koalitionsverhandlungen am 07.02.2018**, abrufbar unter:
<http://www.spiegel.de/media/media-42517.pdf>

- **Anrechnung** von Vorüberlassungszeiten bei (befristeter) Übernahme des ZAN durch Kunden auf die zukünftig maximal zulässige **Höchstbefristungsdauer** von 5 Jahren (durch Kettenbefristungen – mit und ohne Sachgrund möglich).
 - **Neue Erwägung**, die sich **nicht** im Ergebnis der Sondierungsgespräche finden lässt.
 - Dogmatisch befremdlich, da kein Arbeitsverhältnis zwischen ZAN und Kunde besteht.
 - Unabhängig davon, ob Überlassung durch einen oder mehrere ZAU erfolgt ist.

Ihr Ansprechpartner



Bitte stellen Sie Ihre Fragen.



Dr. Alexander Bissels
Partner |
Rechtsanwalt |
Fachanwalt für Arbeitsrecht

CMS Hasche Sigle
Kranhaus 1 / Im Zollhafen 18
50678 Köln

T +49 221 7716 317
F +49 221 7716 337
E alexander.bissels@cms-hs.com



Law.Tax

Ihr kostenloser juristischer Online-Informationsdienst.

E-Mail-Abodienst für Fachartikel zu vielfältigen juristischen Themen.

www.cms-lawnow.com



Law.Tax

Ihre juristische Online-Bibliothek.

Profunde internationale Fachrecherche und juristisches Expertenwissen nach Maß.

e-guides.cmslegal.com

Dieses Dokument stellt keine Rechtsberatung dar und verfolgt ausschließlich den Zweck, bestimmte Themen anzusprechen. Es erhebt keinen Anspruch auf Richtigkeit oder Vollständigkeit und die in ihm enthaltenen Informationen können eine individuelle Rechtsberatung nicht ersetzen. Sollten Sie weitere Fragen bezüglich der hier angesprochenen oder hinsichtlich anderer rechtlicher Themen haben, so wenden Sie sich bitte an Ihren Ansprechpartner bei CMS Hasche Sigle.

CMS Hasche Sigle ist eine der führenden wirtschaftsberatenden Anwaltssozialitäten. Mehr als 600 Anwälte sind in acht wichtigen Wirtschaftszentren Deutschlands sowie in Brüssel, Hongkong, Moskau, Peking, Shanghai und Teheran für unsere Mandanten tätig. CMS Hasche Sigle ist Mitglied der CMS Legal Services EEIG, einer europäischen wirtschaftlichen Interessenvereinigung zur Koordinierung von unabhängigen Anwaltssozialitäten. CMS EEIG ist nicht für Mandanten tätig. Derartige Leistungen werden ausschließlich von den Mitgliedssozialitäten in den jeweiligen Ländern erbracht. CMS EEIG und deren Mitgliedssozialitäten sind rechtlich eigenständige und unabhängige Einheiten. Keine dieser Einheiten ist dazu berechtigt, im Namen einer anderen Verpflichtungen einzugehen. CMS EEIG und die einzelnen Mitgliedssozialitäten haften jeweils ausschließlich für eigene Handlungen und Unterlassungen. Der Markenname „CMS“ und die Bezeichnung „Sozialität“ können sich auf einzelne oder alle Mitgliedssozialitäten oder deren Büros beziehen.

CMS-Standorte:

Aberdeen, Algier, Amsterdam, Antwerpen, Barcelona, Belgrad, Berlin, Bratislava, Bristol, Brüssel, Budapest, Bukarest, Casablanca, Dubai, Düsseldorf, Edinburgh, Frankfurt/Main, Genf, Glasgow, Hamburg, Hongkong, Istanbul, Kiew, Köln, Leipzig, Lissabon, Ljubljana, London, Luxemburg, Lyon, Madrid, Mailand, Maskat, Mexiko-Stadt, Moskau, München, Paris, Peking, Podgorica, Prag, Rio de Janeiro, Rom, Sarajevo, Sevilla, Shanghai, Sofia, Straßburg, Stuttgart, Teheran, Tirana, Utrecht, Warschau, Wien, Zagreb und Zürich.

CMS Hasche Sigle Partnerschaft von Rechtsanwältinnen und Steuerberatern mbB, Sitz: Berlin, (AG Charlottenburg, PR 316 B). Liste der Partner: s. Website.

cms.law