



Nach der Reform des AÜG: Trends, Entwicklungen und Praxistipps

2. (Late) Summer Summit Zeitarbeit
15. Oktober 2018
Palma de Mallorca

Dr. Alexander Bissels
Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht
CMS Köln

AÜG-Reform aktuell

| Neue Entwicklungen und Trends

Inhalt

1. Überblick zur AÜG-Reform
 2. Aktuelles zur Überlassungshöchstdauer
 3. Aktuelles zum equal pay
 4. Aktuelles zur Offenlegung und Konkretisierung
 5. 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):**
 - ÜHD: grds. **18 Monate** mit Abweichungsoption für **TV der Einsatzbranche**.
 - Zwingendes equal pay: grds. nach **9 Monaten** mit Abweichungsoption durch **Branchenzuschlagstarifverträge der Zeitarbeit**.
 - **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. Überlassungshöchstdauer – Allgemeines (I)

– Grundsätzliche gesetzliche **ÜHD von 18 Monaten:**

- Arbeitnehmer- und **nicht** arbeitsplatzbezogen zu bestimmen (hM).
- Unternehmens- und **nicht** betriebsbezogene Betrachtung beim Kunden (hM).
- **Übergangsregelung:** relevant sind Zeiten **ab dem 01.04.2017**.
- Anrechnung von Voreinsatzzeiten – auch über einen anderen ZAU - bei dem jeweiligen Kunden.
- Unterbrechung (= "**Nullung**") bei **mehr als 3 Monaten** zwischen den Einsätzen (= 3 Monate + 1 Tag).
 - Ermöglicht sog. "**Entleiherrotationen**" (auch im Konzern).
 - Dauerhafte Besetzung von Stellen mit (wechselnden) ZAN möglich.
 - Problematisch: "**Verleiherrotationen**" wegen grundsätzlicher Anrechnung.
 - **Alternativen:** Schaffung eines Gemeinschaftsbetriebes oder Abschluss von "echten" Werk-/Dienstverträgen oder befristete Übernahme durch Kunden (für 3 Monate und 1 Tag) mit anschließender "Rückrotation" zum ZAU oder anderen Verleiher (**ACHTUNG: Drehtür!!!**).
- Abweichungsmöglichkeiten durch **TV der Einsatzbranche** oder eine aufgrund eines solchen TV **geschlossene BV**.

2. Überlassungshöchstdauer – Allgemeines (II)

- Grundsätzliche gesetzliche **ÜHD von 18 Monaten:**
 - **Bei Überschreitung der ÜHD:** Fiktion eines Arbeitsverhältnisses zwischen ZAN und Kunden.
 - Festhaltungserklärung des ZAN möglich.
 - Arbeitsverhältnis fällt zurück an ZAU.
 - **Weitere Rechtsfolgen bei Verstoß:**
 - Bußgeld **für ZAU** (bis zu 30.000 €).
 - Erlaubnisrechtliche Konsequenzen für ZAU.
 - Zustimmungsverweigerungsrecht des KundenBR (hM).

2. Überlassungshöchstdauer – neu abgeschlossene TV (I)

- **Stahlindustrie:** "Tarifvertrag zur Überlassungshöchstdauer nach dem AÜG"
 - Abgeschlossen am: 22.08.2018.
 - **Parteien:** Arbeitgeberverband Stahl e.V. und IG Metall, Bezirksleitung Nordrhein-Westfalen.
 - **Inkrafttreten:** 01.09.2018.
 - Gilt räumlich, fachlich und persönlich im Geltungsbereich des MTV Stahl (West).
 - **Räumlich:** Nordrhein-Westfalen, Niedersachsen und Bremen sowie das Werk Dillenburg der Outokumpu Nirosta GmbH.
 - **Fachlich:** die dem Arbeitgeberverband Stahl e.V. angeschlossenen Betriebe einschließlich Hilfs- und Nebenbetriebe sowie der Montagestellen.
 - Maximale ÜHD von **bis zu 36 Monaten**.
 - Bei Tarifbindung und BR: BV zur Verlängerung der ÜHD erforderlich; Verlängerung bedarf **zwingend** einer BV.
 - Tarifungebundene Kunden können TV übernehmen und durch BV eine ÜHD von bis zu 36 Monaten vereinbaren.
 - Wenn **kein** BR vorhanden oder BR vorhaben, der aber keine BV schließt, bleibt es bei 18 Monaten (unabhängig davon, ob Kunde tarifgebunden ist oder nicht).
 - Berücksichtigung der Überlassungszeiten **ab dem 01.04.2017** (Ablauf: 31.03.2020).

2. Überlassungshöchstdauer – neu abgeschlossene TV (II)

- **Elektrohandwerk:** "Tarifvertrag über gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung" (1)
 - Abgeschlossen am: 29.05.2018
 - **Parteien:** Fachverband Elektro- und Informationstechnik Hessen/Rheinland-Pfalz (FEHR) und IG Metall, Bezirksleitung Mitte.
 - **Inkrafttreten:** 01.06.2018.
 - **Geltungsbereich:**
 - **Räumlich:** Hessen und Rheinland-Pfalz (Sitz des Kunden, aber auch wenn tatsächlicher Einsatzort in einem anderen Bundesland liegt).
 - **Fachlich:** Betriebe des Elektrohandwerks, die dem FEHR durch Mitgliedschaft in einer Innung angeschlossen sind.
 - Maximale ÜHD von **bis zu 36 Monaten**.
 - Bei Tarifbindung **mit BR:** BV zur Verlängerung der ÜHD erforderlich, ansonsten 18 Monate.
 - Bei Tarifbindung **ohne BR:** 36 Monate gelten "automatisch".
 - Tarifungebundene Kunden können TV übernehmen und durch BV eine ÜHD von bis zu 36 Monaten vereinbaren; wenn **kein** BR vorhanden oder dieser keine BV abschließt: ÜHD = 18 Monate.
 - Berücksichtigung der Überlassungszeiten **ab dem 01.04.2017** (Protokollnotiz vom 11.09.2018).

2. Überlassungshöchstdauer – neu abgeschlossene TV (III)

- **Elektrohandwerk:** "Tarifvertrag über gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung" (2)
 - Angebot auf Abschluss eines Arbeitsvertrages an überlassenen ZAN **nach 12 Monaten**.
 - Unterrichtung des BR über dieses Angebot.
 - **Im Übrigen:** keine Form und Inhalt an Angebot im TV festgeschrieben.
 - Bei Ablehnung des Angebotes durch ZAN: Ausschöpfung der verlängerten ÜHD möglich.
 - **Fristbeginn:** wohl ab 01.06.2018 (Ablauf: frühestens mit Ablauf des 31.05.2019).
 - Verpflichtung des Kunden, den ZAU durch eine Vereinbarung (hier: AÜV) **auf Gewährung von equal pay** zu verpflichten.
 - Ab dem **1. Einsatztag** Anspruch des ZAN auf gleiches Entgelt gegenüber ZAU.
 - Unterrichtung des ZAN durch Kunden über diese Vereinbarung.
 - **Kontrollfrage:** Welches Entgelt würde ein (befristet) eingestellter Stammbeschäftigter des Kunden erhalten?

2. Überlassungshöchstdauer – neu abgeschlossene TV (IV)

- **Elektrohandwerk:** "Tarifvertrag zur Regelung der Zeitarbeit in den Elektrohandwerken" v. 16.05.2018 (1)
 - **Parteien:** Zentralverband der Deutschen Elektro- und Informationstechnischen Handwerke (ZVEH) und Christliche Gewerkschaft Metall (CGM).
 - **Inkrafttreten:** 01.07.2018.
 - **Geltungsbereich:**
 - **Räumlich:** bundesweit mit Ausnahme von Baden-Württemberg, Hessen und Rheinland-Pfalz (wohl Sitz des Kundenbetriebs maßgeblich).
 - **Fachlich:** alle tarifgebundenen Betriebe, „*die selbst oder deren Innung den regional zuständigen Tarifträgerverbänden der Elektrohandwerke angehören*“.
 - Maximale ÜHD von **bis zu 30 bzw. 36 Monaten**.
 - Bei **Tarifbindung** des Kunden:
 - Automatische Geltung einer ÜHD von 30 Monaten (**keine** gesonderte BV erforderlich).
 - Verlängerung auf bis zu 36 Monate durch „*betriebliche und entsprechend dokumentierte Absprache*“ möglich.
 - Abrede zwischen Beschäftigten des Kundenbetriebs (nach Ansicht des ZVEH! **Höchstkritisch!**).
 - **Offen:** wird auch BV erfasst?

2. Überlassungshöchstdauer – neu abgeschlossene TV (V)

- **Elektrohandwerk:** "Tarifvertrag zur Regelung der Zeitarbeit in den Elektrohandwerken" v. 16.05.2018 (2)
 - Maximale ÜHD von **bis zu 30 bzw. 36 Monaten**.
 - **Tarifungebundene** Kunden können TV übernehmen und durch BV zumindest eine ÜHD von bis zu 30 Monaten vereinbaren.
 - Rechtsunsicherheit, ob auch ÜHD von bis zu 36 Monaten durch BV bei tarifungebundenem Kunden darstellbar ist (Auslegung des TV **nicht** eindeutig!)
 - Wenn **kein** BR beim tarifungebundenen Kunden vorhanden oder dieser keine BV abschließt: ÜHD = 18 Monate.
 - Berücksichtigung der Überlassungszeiten **ab dem 01.04.2017** (so Auskunft des ZVEH: dies entspreche dem Willen der TV-Parteien).
 - **Regelung zum equal pay:** nach Willen der TV-Parteien nur Klarstellung der gesetzlichen Vorgaben ohne eigenen Regelungsgehalt.
 - **ACHTUNG:** CGM = christliche Gewerkschaft (mit CGZP-Historie)! Wirksamkeit des TV?
 - **Tariffähigkeit:** bestätigt durch BAG (Beschl. v. 28.03.2006 - 1 ABR 58/04).
 - **Tarifzuständigkeit:** in Satzung der CGM wird Elektrohandwerk **nicht** genannt (§ 1 Ziff. 3 der Satzung: "*Bereiche der metallerzeugenden und -verarbeitenden Industrie, des Metallhandwerks, der Elektroindustrie und der sonstigen Metallbetriebe.*").

2. Überlassungshöchstdauer: offene Fragen (I)

– Gesetzeskonforme Fristberechnung:

- Maßgeblich bei der ÜHD, aber auch beim zwingenden gesetzlichen equal pay, 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).

2. Überlassungshöchstdauer: 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?

2. Überlassungshöchstdauer – Handlungsempfehlungen (I)

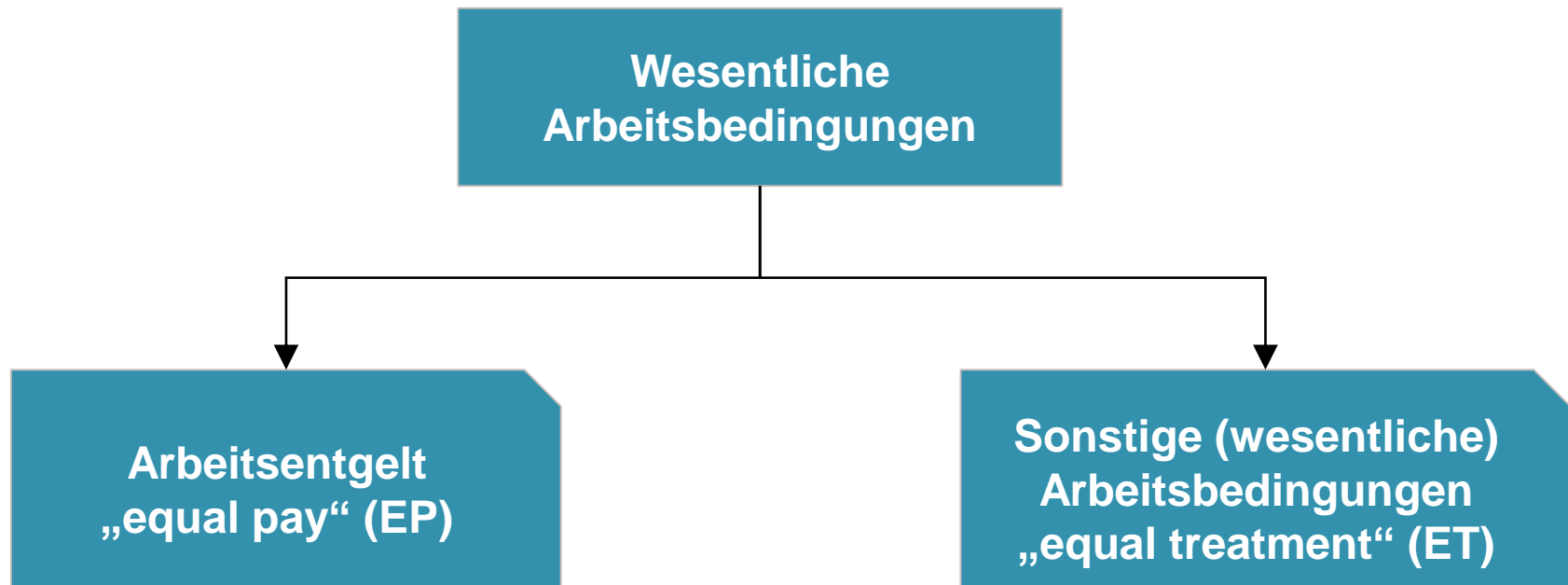
– Abfrage bei Kunden:

- Abweichungen durch TV?
 - Abfrage beim Kunden, ob Tarifbindung besteht (Flächen- oder HausTV)?
 - **Wenn ja:** welche Tarifbindung?
 - TV zur ÜHD geschlossen?
 - **Wenn ja:** welche Regelungen sieht dieser TV vor? Vorlage des TV in Kopie.
- Abweichungen durch BV?
 - Besteht BR?
 - **Wenn ja:** BV zur ÜHD geschlossen?
 - **Wenn ja:** welche Regelungen sieht diese BV vor? Vorlage der BV in Kopie.
- In der Regel über **Fragebogen**, der vom Kunden ausgefüllt und unterzeichnet an ZAU übermittelt wird (im Zweifel **als Anlage zum AÜV**).
- Verpflichtung aufnehmen, dass Änderungen beim Kunden durch diesen **schriftlich** unverzüglich dem ZAU mitteilt werden müssen.

2. Überlassungshöchstdauer – Handlungsempfehlungen (II)

- Voreinsatzzeiten des ZAN?
 - **ZAU:** (schriftliche) Abfrage in Personalfragebogen des ZAN.
 - Zu vormaligen Arbeitgebern und
 - Zu Kundeneinsätzen, wenn und soweit der AN vorher als ZAN tätig war.
 - **Kunde:** schriftliche Bestätigung, dass ZAN
 - in den letzten 6 Monaten **nicht** aus einem Arbeitsverhältnis zum Kunden oder einer Konzerngesellschaft ausgeschieden ist (wegen sog. "Drehtürregelung" gem. § 8 III AÜG) und
 - in den letzten 6 Monaten **nicht** bei dem Kunden als ZAN eingesetzt worden ist.
 - Fragebogen und Bestätigung zu dem konkret einzusetzenden ZAN möglich; **alternativ:** allgemeine Bestätigung des Kunden in AÜV möglich.

3. 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. equal pay – Allgemeines (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**").
 - **Sog. Branchenzuschlagstarifverträge der Zeitarbeit!**
- Abweichung vom ET im Übrigen: **zeitlich (weiterhin) unbeschränkt möglich!**

3. equal pay – Allgemeines (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. 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.).
- **Kontrollfrage:** Was würde ein für die Überlassungsdauer beschäftigter AN beim Kunden erhalten, wenn er die gleiche Arbeit wie der ZAN verrichten würde?

3. Berechnung von equal pay

- **Bestimmung des EP:** Gesamtvergleich des maßgeblichen Entgelts im Überlassungszeitraum!
 - Ermöglicht bei längerfristigen Überlassungen laufende (monatliche) **Saldierung**.
 - Zahlung einer "**EP-Zulage**", sofern Saldo zu Lasten des ZAN.
 - Ausdrücklich in Abrechnung als solche zu bezeichnen.
 - Transparente Darstellung der Berechnung für den ZAN.
 - Dokumentation in Akte für BA.
 - **Aber** nach h.M. auch Verrechnung eines "Überschusses" des ZAN mit einem später an sich auszugleichenden Saldo **möglich**.
 - **ACHTUNG: keine** Übernahme des Vergütungssystems des Kunden erforderlich!
- 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!

3. equal pay – Handlungsempfehlungen (I)

– **(Schriftliche) Abfrage beim Kunden:**

- Zur Vergleichbarkeit von ZAN und StammAN (für jedes betroffene Profil!)
 - Zu den maßgeblichen Entgeltbedingungen (einschließlich personenbezogener Komponenten).
 - **Optimalerweise:** Beifügung einer anonymisierten und repräsentativen Abrechnung des Vergleichsmitarbeiters des Kunden.
 - Zur Branchenzugehörigkeit des Einsatzbetriebs und Einschlägigkeit von TV BZ durch ZAU und zur Deckelung I bzw. II.
 - Zu Vorbeschäftigungszeiten als ZAN bzw. als AN (s. ÜHD).
- Verpflichtung aufnehmen, dass Änderungen beim Kunden, z.B. beim Vergleichsentgelt, durch diesen **schriftlich** unverzüglich mitteilt werden müssen.
- Sollte Kunde **keine oder nur unzureichende Auskünfte** geben:
- ZAU kann **keine Gewähr** (mehr) für ordnungsgemäße und "saubere" Abwicklung der ANÜ übernehmen.
 - **Einsatz ist vom ZAU zu beenden**, um (mögliche) Verstöße gegen das AÜG und daran anknüpfende Rechtsfolgen zu vermeiden.

3. equal pay – Handlungsempfehlungen (II)

- **(Schriftliche) Vereinbarung** zwischen ZAU und Kunden 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 sonstige Einzelfallumstände (z.B. Bekanntwerden von unseriösen Geschäftspraktiken beim Kunden) gebieten Anlass für weitergehende Nachforschungen (z.B. durch Nachfrage und/oder nochmalige Bestätigung durch Kunden).

3. equal pay – offene Fragen (I)

- **Problem:** muss Vereinbarung über das Vergleichsentgelt des Kunden bereits bei Abschluss des ANÜV vorliegen oder ist es ausreichend, wenn dieses vor Erreichen des gesetzlichen EP vorliegt?
 - § 12 I 4 a.E. AÜG (*Verzicht auf Dokumentation der wesentlichen Arbeitsbedingungen im ANÜV*) verweist **nicht** auf § 8 II 1 AÜG (gesetzliches EP nach dem 9. Monat), sondern nur auf § 8 II 2 AÜG (Anwendung eines TV BZ).
 - M.E. aber **Redaktionsversehen** des Gesetzgebers.
 - **Im Ergebnis:**
 - Dokumentation bei Erreichen des gesetzlichen EP, also **bis zur Vollendung des 9. Monats**, ausreichend (aber angreifbar!).
 - Wenn Einsatz **nicht über 9 Monate** laufen soll, m.E. **keine Abfrage** von EP erforderlich.

3. equal pay – offene Fragen (II)

- **Problem:** ZAN meint, EP ist **der Höhe nach fehlerhaft** berechnet oder dieses ist aufgrund einer falschen Fristberechnung bereits **zu einem früheren Zeitpunkt** zu gewähren.
 - **Darlegungs- und Beweislast liegt beim ZAN**, d.h. er muss in einem Rechtsstreit beweisen, wie EP zu welchem Zeitpunkt richtig berechnet wird.
 - Vermutung des § 8 I 2 AÜG zugunsten des ZAU.
 - Auskunftsanspruch des ZAN gegen Kunden (§ 13 AÜG).
 - **ACHTUNG:** bei wirksamen Ausschlussfristen ist der Anspruch begrenzt auf die letzten 3 Monate.
 - **ACHTUNG:** SV-Beiträge auf einen nicht gewährten EP-Anspruch sind unabhängig von der Geltendmachung durch den ZAN vom ZAU (**subsidiär vom Kunden!**) nachzuzahlen.

3. equal pay: 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.

- "Gesamtzuschutz" 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. equal pay: 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

- Klage vor dem ArbG Gießen auf EP:

- 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.cms-shs-bloggt.de/arbeitsrecht/equal-pay-8-aeug-arbg-giessen/>

- **Berufung zum Hess. LAG von ZAN eingelegt (Az. 13 Sa 360/18; noch kein Termin anberaumt)!**

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

- In diesem Sinne auch: ArbG Karlsruhe (Berufung zum LAG BW eingelegt; Termin: 18.10.2018 – wurde inzwischen aufgehoben).

- Weitere Klage vor dem ArbG Nürnberg anhängig.

3. 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. 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 hinreichende Darlegung des ZAU, dass Beschäftigungsbedarf des ZAN über einen ausreichend langen Zeitraum entfallen sei.
 - Fehlende Einsatzmöglichkeit von 3 Monaten und 1 Tag sei nicht hinreichend.
 - **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, **aber:** Begründung sehr fragwürdig.
- Wegfall des Beschäftigungsbedarf ist in der Tat fraglich, zumal ZAN Wiedereinstellung zugesagt wurde.
- Zumindest "Motivation" zur Kündigung rechtlich zweifelhaft.

4. Offenlegung und Konkretisierung (I)

- Ausdrückliche Bezeichnung der ANÜ im **(schriftlichen!)** AÜV **vor Einsatz**.
 - Per E-Mail oder Fax: **nicht** ausreichend!
 - **Keine** "Nachzeichnung" möglich!
- 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 mit Namen des ZAN **vor Einsatzbeginn** geschlossen sein.
 - **Grundsatz:** Unterschrift beider Parteien im Original sowie Zugang des unterzeichneten AÜV bei der jeweils anderen Partei erforderlich (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!

4. Offenlegung und Konkretisierung (II)

- **Bei Missachtung:** Fiktion eines Arbeitsverhältnisses zwischen ZAN und Kunden.
 - Streitig, ob gegen Offenlegungs- **und** Konkretisierungspflicht verstoßen werden muss, um Fiktion auszulösen (*m.E. kumulative Verletzung erforderlich; a.A. Schüren*).
 - Streitig, ob eine im Zweifel **nicht formwirksame Konkretisierung** ausreicht, um Fiktion auszulösen (*m.E. abzulehnen, da sich Parteien zur ANÜ bekannt haben*).
 - Festhaltenserklärung des ZAN möglich.
 - Arbeitsverhältnis fällt zurück an ZAU.
- **Weitere Rechtsfolgen bei Verstoß:**
 - Bußgeld für ZAU **und** Kunden (bis zu 30.000 €).
 - Erlaubnisrechtliche Konsequenzen für ZAU.

4. Offenlegung und Konkretisierung – Handlungsempfehlungen:

- **Optimierung des "Vertragsmanagements"** erforderlich, um zu gewährleisten, dass die entsprechenden Verträge unter Beachtung der gesetzlichen Pflichten vor dem Einsatz des ZAN von den Parteien unterzeichnet werden.
 - Abstimmung mit dem Kunden erforderlich!
 - **Gemeinsam Prozess** entwickeln, wie mit kurzfristigen Anfragen und Ausfällen umzugehen sein wird!
 - Nutzung folgender **"Beschleunigungsmöglichkeiten"**:
 - Verzicht auf (schriftlichen) Zugang der Annahme durch ZAU (§ 151 S. 1 BGB).
 - Vollmachtmodelle (§§ 164 ff. BGB).
 - Leistungsbestimmungsrecht des Kunden (§ 315 BGB).
 - Elektronische Form (§ 126a BGB).

4. Offenlegung und Konkretisierung – Beschleunigungsmöglichkeit (I):

– **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.

4. Offenlegung und Konkretisierung – Beschleunigungsmöglichkeit (II):

- **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 vorher schriftlich geschlossenen RahmenAÜV).
 - Zugang der (schriftlichen) Annahmeerklärung des Kunden für Zustandekommen des AÜV **nicht** mehr erforderlich.

4. Offenlegung und Konkretisierung – Beschleunigungsmöglichkeit (III):

– 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).

4. Offenlegung und Konkretisierung – Beschleunigungsmöglichkeit (IV):

– 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 per Fax/E-Mail und sodann im Original an Kunden.
- Durch festgelegten Prozess kann Umfang der Bevollmächtigung begrenzt werden: ZAU kann **nicht** "beliebig" AÜV'e im Namen des Kunden abschließen.
- Weitere Begrenzung der Vollmacht durch jederzeitige formlose **Widerrufsmöglichkeit** zugunsten des Kunden möglich ("**Sicherheitsgefühl**").

4. Offenlegung und Konkretisierung – Beschleunigungsmöglichkeit (V):

- 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.

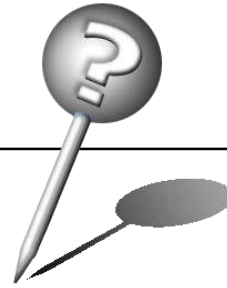
5. Arbeitnehmerüberlassung – Ausblick (I)

- **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).

5. 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