

Update Arbeitnehmerüberlassung

Dr. Alexander Bissels
Partner | Rechtsanwalt | Fachanwalt für Arbeitsrecht
CMS Hasche Sigle

26.11.2024

Agenda

- I. Einführung
- II. Form des AÜV (mit Exkurs zu § 1 I 5, 6 AÜG)
- III. Überlassungshöchstdauer
- IV. Konzernüberlassung
- V. Fachliche Weisungen AÜG

I. Einführung

I. Einführung (1/3)

Entwicklung der Zeitarbeit

- **Zunächst:** schrittweise **Deregulierung** der strengen gesetzlichen Vorschriften, die in der Reform des AÜG durch die "**Hartz-Gesetzgebung**" unter "Rot-Grün" gipfelten (2003).
 - Abschaffung ÜHD.
 - Abschaffung des Synchronisierungsverbotes.
 - Öffnungsklausel für TV zur Abweichung vom Gleichstellungsgrundsatz.
- **Umkehrung der Deregulierungstendenz!**
 - 2011: **erst vorsichtig** – u.a. durch:
 - Aufnahme des Begriffs "*vorübergehend*" in das AÜG (zur "Klarstellung", dass das AÜG europarechtskonform ist).
 - Einführung einer sog. "*Lohnuntergrenze*" (= Branchenmindestlohn durch Rechtsverordnung).

I. Einführung (2/3)

Entwicklung der Zeitarbeit

- Umkehrung der Deregulierungstendenz!
 - 2017: dann "**mutig**" oder auch "**reaktionär**" – u.a. durch drei Kernelemente der Reform (mit Wirkung zum 01.04.2017):
 - **ÜHD:**
 - Grds. 18 Monate.
 - Abweichungsoption für TV der Einsatzbranche.
 - **Zwingendes EP** (= Gleichstellung beim Entgelt):
 - Grds. nach 9 Monaten.
 - Abweichungsoption für BranchenzuschlagsTV.
 - **Offenlegungs-/Konkretisierungspflicht:**
 - Sanktionierung der "verdeckten" ANÜ.
 - Ausschluss der sog. "Fallschirmlösung" bei Scheinwerk-/Scheindienstverträgen.

I. Einführung (3/3)

Entwicklung der Zeitarbeit

- **In der jüngeren Vergangenheit:** zahlreiche gerichtlich ausgefochtene Streitigkeiten in Zusammenhang mit der ANÜ!
 - **Ab 2010:** wegen der Tarifunfähigkeit der CGZP und der sich daraus ergebenden Unwirksamkeit der von der Tarifgemeinschaft abgeschlossenen Tarifverträge: Abweichung vom Gleichstellungsgrundsatz stand (erstmalig) im gerichtlichen Fokus!
 - **Ab 2011:** offene Fragen durch die Gesetzesänderungen, die durch entsprechende Klageverfahren flankiert wurden bzw. nach wie vor werden:
 - Was ist mit "vorübergehend" gemeint?
 - ÜHD und deren Verlängerung durch TV im Streit!
 - "*Materielle Anforderungen*" an die Abweichung von EP (Stichwort: Gesamtschutz der ZAN).
 - Herausforderungen und Unklarheiten durch **europarechtliche Bezüge** (hier: durch ZeitarbeitsRiLi) – EuGH muss oftmals eingebunden werden!

II. Form des AÜV

Bürokratieentlastungsgesetz IV

Stand des Gesetzgebungsverfahrens

- 08/2023: Eckpunktepapier der Bundesregierung.
- 01/2024: Referentenentwurf des BMJ.
- 05/2024: Gesetzentwurf der Bundesregierung (BT-Drucks. 20/11306).
- 06/2024: sog. Formulierungshilfe und Änderungsantrag inkl. Beschlüsse des Rechtsausschusses.
- 09/2024 : Beschluss durch den Bundestag (BT-Drucks. 20/13015).
- 10/2024: 2024: Zustimmung durch den Bundesrat (BT-Drucks. 474/24).
- 29.10.2024: Veröffentlichung im Bundesgesetzblatt (BGBl. 2024 I Nr. 323, S. 1 ff.).

BEG IV

- **Ziel:** insb. Bürokratieabbau als "Daueraufgaben" jeden staatlichen Handelns.
- **Schwerpunkte:**
 - Verkürzung der Aufbewahrungsfrist für Buchungsbelege im Handels- und Steuerrecht von 10 auf 8 Jahre.
 - Streichung der Hotelmeldepflicht für deutsche Staatsangehörige.
 - **Absenkung der Formerfordernisse im Zivilrecht**, insb. digitale Abwicklung vieler Rechtsgeschäfte "ohne Medienbrüche" – u.a. auch mit Blick auf den Abschluss eines AÜV.



Form des AÜV – IST (1/4)

**AÜV erfordert
Schriftform
(§ 12 I 1 AÜG,
§§ 126, 126a BGB)**

- Seit 1972 lautet § 12 I 1 AÜG unverändert: *"Der Vertrag zwischen dem Verleiher und dem Entleiher bedarf der Schriftform."*
- Grundsätzlich erforderlich: **strenge Schriftform** i.S.v. § 126 BGB!
 - Sog. **wet ink**: Originalunterschrift von ZAU und Kunde unter den AÜV.
 - Grds. auch Unterschrift von ZAN und Kunden in zwei identischen Ausfertigungen des AÜV möglich, von denen die jeweilige Partei nur das von der anderen Partei unterzeichnete Exemplar erhält (in der Praxis **nicht empfehlenswert** wg. Dokumentation gegenüber BA/Zoll).
 - Ersetzung der Originalunterschrift durch qeS gem. § 12a BGB möglich (hM) (**NICHT**: einfache oder fortgeschrittene Signaturen).
 - Auch sog. hybride Lösungen denkbar und zulässig (hM).

Form des AÜV – IST (2/4)

AÜV erfordert
Schriftform
(§ 12 I 1 AÜG,
§§ 126, 126a BGB)

– Nicht hinreichend:

- Mündliche Erklärungen, Telefax, E-Mail oder WhatsApp genügen nicht.
- Eingescannte Unterschrift genügt ebenfalls nicht.
- Einfache oder fortgeschrittene elektronische Signaturen genügen nicht.

– Herausforderung in der Praxis:

- AÜV im Original muss vor Einsatzbeginn des ZAN auch zugegangen (!) sein (gerade bei "spontanen" Aufträgen herausfordernd!).
- Bei qeS grds. kein Problem (**ABER:** keine flächendeckende Verbreitung, gerade bei Kunden, und Erhöhung der Kosten!), bei Originalunterschriften jedoch oftmals schwierig (wg. der Postumlaufzeiten).
- Hoher organisatorischer Aufwand, um diesen Anforderungen in der Praxis zu genügen, z.B. Einsatz von Boten zur Einholung von Unterschriften.

Form des AÜV – IST (3/4)

**AÜV erfordert
Schriftform
(§ 12 I 1 AÜG,
§§ 126, 126a BGB)**

– Folgen bei Verstoß:

- Formnichtigkeit des AÜV (§ 125 BGB) = Unwirksamkeit!
 - Grds. bereicherungsrechtliche Rückabwicklung erforderlich.
 - Grds. **kein Thema** in der Praxis, zumindest bei "marktgerechten" Konditionen.
 - **Keine** Ordnungswidrigkeit.
 - **ABER:** ggf. Indiz für Unzuverlässigkeit des ZAU – erlaubnisrechtliche Maßnahmen der BA!
- Verstoß gegen die Offenlegungs- und/oder Konkretisierungspflicht (§ 1 I 5, 6 AÜG) – zumindest nach Ansicht der BA (grds. Schriftform bei Offenlegung und i.d.R. auch bei Konkretisierung erforderlich!).
 - Ordnungswidrigkeit (Bußgeldrahmen: **bis zu 30.000,00 EUR**, § 16 I Nr. 1c, 1d, II AÜG).
 - Fiktion von (ungewollten) Arbeitsverhältnissen zwischen ZAN und Kunden.
 - Indiz für Unzuverlässigkeit des ZAU – erlaubnisrechtliche Maßnahmen der BA!

Form des AÜV – IST (4/4)

AÜV erfordert
Schriftform
(§ 12 I 1 AÜG,
§§ 126, 126a BGB)

- **"Umgehung"** der praktischen Herausforderungen der Schriftform durch
 - Rückdatierung des AÜV,
 - angedruckte, vom Kunden nicht änderbare Daten in Unterschriftenzeile oder
 - Weglassen der maßgeblichen Daten in Unterschriftenzeile.
 - Wird von BA/Zoll regelmäßig **beanstandet und/oder sanktioniert**.
- **Komplexe Vertragskonstruktionen**, die "gekünstelt" wirken und/oder in der Praxis beim Kunden (vertrieblich) schwierig zu vermitteln sind:
 - Verzicht auf Zugang der Annahmeerklärung (§ 151 BGB).
 - **Vollmachtmodelle** ("Bock wird zum Gärtner!").
 - **RAÜV mit LBR** zugunsten des Kunden (*Haftung des ZAU!*).

Textform des AÜV – SOLL (1/3)

AÜV in Textform (§ 12 I 1 AÜG, § 126b BGB)

- Mündliche Erklärung – nach wie vor – **nicht hinreichend**.
- **Zukünftig ausreichend**: Papierdokumente **ohne** "echte" Unterschrift, nämlich:
 - Ein Schriftstück mit bloßem Unterschriftsfaksimile, z.B. ein Computerfax.
 - Im Original zwar unterschriebene, aber ohne Unterschrift (sondern z.B. nur in Kopie oder als Fax) zugegangene Schriftstücke.
 - Elektronische Dokumente **ohne qeS**, insb. E-Mails.
- **Keine** eigenhändige Unterschrift mehr erforderlich.
 - Angaben des Absenders **ausreichend**, z.B. in Signatur einer E-Mail.
 - Namensangabe **am Ende der Erklärung** erforderlich.
- **"Übererfüllung"** durch strenge Schriftform oder qeS (natürlich weiterhin) **zulässig und möglich**.
- Gilt auch für Änderung und Verlängerung eines AÜV!

Textform des AÜV – SOLL (2/3)

AÜV in Textform (§ 12 I 1 AÜG, § 126b BGB)

- **Auswirkungen in der Praxis durch die Nutzung der Textform:**
 - Erhebliche (**zeitliche**) **Beschleunigung** des Vertragsschlusses.
 - **Kurzfristige Reaktion** des ZAU auf "spontan" angezeigte Personalbedarfe durch den Kunden möglich.
 - Reduktion des organisatorischen Aufwandes (und damit der Personal- und Sachkosten) bei Abschluss eines AÜV.
 - **Rechtlich und vertrieblich "*komplizierte Modelle*"**, die letztlich nur als "Krücke" zur Wahrung der Schriftform verwendet wurden, **nicht mehr notwendig** (u.a. Vollmacht, LBR).
 - **Reduktion der rechtlichen Risiken** in Zusammenhang mit dem Vertragsschluss (Bußgelder und/oder erlaubnisrechtliche Maßnahmen), insb. bei der nach wie vor erforderlichen Konkretisierung des ZAN (in Textform).
 - Erleichterungen bei der Dokumentation gegenüber der BA und dem Zoll.

Textform des AÜV – SOLL (3/3)

AÜV in Textform (§ 12 I 1 AÜG, § 126b BGB)

– **ABER OBACHT:**

- **Berechtigungskonzept** m.E. zwingend erforderlich.
- Umgang mit **Alt-Verträgen** ist im Vorfeld zu regeln.
- **Strukturierter Prozess** bei Abschluss eines AÜV.
 - "Wildwuchs" ist zu vermeiden, z.B. durch Austausch von E-Mails.
 - Nutzung von einfachen oder fortgeschrittenen Signaturen.
- Systematische und zugängliche **(technische) Dokumentation** der "Einigung" über einen AÜV sowie Ablage sind weiterhin **DRINGEND** zu empfehlen.

Fazit (1/2)

Zeitlicher Horizont

- BEG IV ist inzwischen im Bundesgesetzblatt **verkündet worden** (BGBl. 2024 I Nr. 323 vom 29.10.2024).
- **Inkrafttreten** der gesetzlichen (arbeitsrechtliche relevanten) Neuerungen: grds. *"am ersten Tag des auf die Verkündung folgenden Quartals"* **(ab dem 01.01.2025)**.
- **Bis zu diesem Zeitpunkt:** gesetzliche Alt-Regelungen sind grds. weiterhin zu beachten.
- Ggf. **geringerer "Verfolgungsdruck"** in der Übergangszeit bis zum Inkrafttreten der gesetzlichen Änderungen durch die Behörden? **Unklar!**

Fazit (2/2)

Bewertung

- **Mit Blick auf die Anpassung des AÜG:**
 - Ausgesprochen erfreulich mit Blick auf die damit verbundene Entlastung und Deregulierung!
 - *"Steter Tropfen höhlt den Stein!"*
 - Schriftform beim AÜV **nicht mehr zeitgemäß**.
 - Textform trägt "Dynamik" der Zeitarbeit (endlich) Rechnung..
- **Im Übrigen:** weiterhin keine "Volldigitalisierung" des Arbeitsrechts.

Exkurs: Offenlegungs- und Konkretisierungspflicht (1/3)

Konkretisierung in Textform unter Berücksichtigung der FW AÜG (1)

- Ziff. 1.1.6.7 Abs. 2 und 3 FW AÜG, S. 23 f. lautet:
 - "(2) Das Schriftformerfordernis des § 12 Abs. 1 Satz 1 AÜG, §§ 126, 126a BGB umfasst den gesamten Überlassungsvertrag einschließlich aller Nebenabreden. Je nachdem, wie Ver- und Entleiher den Überlassungsvertrag im Rahmen der Privatautonomie ausgestalten, kann auch die namentliche Benennung der zu überlassenden Leiharbeitnehmer und damit die Konkretisierung der Schriftform unterliegen. Dies gilt zum Beispiel dann, wenn die Überlassung bestimmter Arbeitnehmer (z.B. besonderer Experten) wesentlicher Inhalt der vertraglichen Abrede ist."
 - "(3) Kommt es den Vertragsparteien hingegen nicht darauf an, welche konkreten Personen überlassen werden, können sie ohne Bezug auf die Einzelpersonen die Überlassung von Leiharbeitnehmern mit bestimmten Merkmalen vereinbaren. Der Verleiher ist dann verpflichtet, fachlich geeignete Leiharbeitnehmer zu überlassen. Die Benennung der einzelnen Leiharbeitnehmer stellt dann keine vertragliche Nebenabrede dar. Daher unterliegt die Konkretisierung in diesem Fall nicht der Schriftform des Überlassungsvertrages, hat jedoch in Bezug auf den Arbeitnehmerüberlassungsvertrag zu erfolgen."



Bei unbefangener Lesart: Textform bei Konkretisierung könnte immer möglich sein, wenn aufgrund eines RAÜV "Kontingente" vom Kunden abgerufen werden und es den Parteien nicht um "besondere" Arbeitnehmer, sondern um bestimmte Profile (z.B. 10 Helfer) geht.

Exkurs: Offenlegungs- und Konkretisierungspflicht (2/3)

Konkretisierung in Textform unter Berücksichtigung der FW AÜG (2)

– Ziff. 12 Abs. 2 und 3 FW AÜG, S. 100 lautet:

- *"(2) Mindestinhalte für einen wirksamen Überlassungsvertrag sind die rechtlich verbindlich eingegangene Pflicht des Verleihers zur Überlassung von Arbeitnehmern, die rechtlich verbindlich eingegangene Pflicht des Entleihers, hierfür eine Vergütung zu leisten, die Offenlegung als Arbeitnehmerüberlassungsvertrag sowie die übrigen Vorgaben des § 12. Welche zusätzlichen Bestandteile der Vertrag im Einzelnen enthalten muss ist davon abhängig, welche (zusätzlichen) Bedingungen die Vertragsparteien zu vereinbaren beabsichtigen. Im Einzelfall muss eine Gesamtschau erfolgen, um festzustellen, ob bereits ein hinreichender Rechtsbindungswille niedergelegt ist und es sich damit um einen Vertrag handelt."*
- *"(3) Einer Vereinbarung, die lediglich die Rahmenbedingungen zwischen den Parteien regelt, ohne diese zur Erbringung konkreter Hauptleistungen zu verpflichten, mangelt es am erforderlichen Rechtsbindungswillen der Parteien. Sie kann als „Vorvertrag“ lediglich die Basis der weiteren Zusammenarbeit zwischen Verleiher und Entleiher sein. In diesem Fall sind im Anschluss zusätzlich Einzelüberlassungsverträge abzuschließen. Für jeden dieser konkreten Arbeitnehmerüberlassungsverträge ist dann die Schriftform einzuhalten."*



BEACHTEN: RAÜV sind ohne konkrete Liefer-, Abnahme- und Zahlungspflichten nach Ansicht der BA bloße Vorverträge, die eines zusätzlichen (schriftlichen) EinzelAÜV bedürfen, in dem dann die überlassenen ZAN auch konkretisiert werden. **Eine Konkretisierung in Textform scheidet grds. aus!**

Exkurs: Offenlegungs- und Konkretisierungspflicht (3/3)

Konkretisierung in Textform unter Berücksichtigung der FW AÜG (3)

Art des Vertrages	Wirksamkeit nach Ansicht der BA?	Konkretisierung	Sonstiges
EinzelAÜV mit einem oder mehreren konkret namentlich genannten ZAN	ja	Die Konkretisierung erfolgt im EinzelAÜV in Schriftform; § 1 Abs. 1 S. 6 AÜG ist damit bereits genüge getan.	Den Parteien geht es um die Lieferung eines bzw. von mehreren bereits namentlich bestimmten, konkreten Arbeitnehmers/n.
EinzelAÜV über einen ZAN, ohne dass dieser namentlich genannt ist.	ja	Die Konkretisierung ist in Textform möglich.	Den Parteien geht es dabei um die Lieferung eines bestimmten Profils, nicht um einen konkreten Arbeitnehmer.
ANÜV über XX ZAN, ohne dass diese namentlich genannt sind (z.B. 10 Helfer)	ja	Die Konkretisierung ist in Textform möglich.	Den Parteien geht es dabei um die Lieferung von bestimmten Profilen, nicht um konkret genannte Arbeitnehmer.
RAÜV ohne konkrete Liefer- und Abnahmepflichten	nein	Gesonderter EinzelAÜV unter Wahrung der Schriftform erforderlich	Nach Ansicht der BA handelt es sich um einen ohne Rechtsbindungswillen geschlossenen Vorvertrag.
RAÜV ohne konkrete Liefer- und Abnahmepflichten, aber mit LBR des Kunden	ja	Nach Ausübung des LBR durch den Kunden kann Konkretisierung in Textform erfolgen.	Einschränkungen des LBR, z.B. mit gewissen Ankündigungsfristen für die Lieferung der angefragten ZAN, zulässig
RAÜV mit Kontingentabrede (z.B. "bis zum 10 Helfer"), aber ohne konkrete Liefer- und Abnahmepflichten	nein	Gesonderter EinzelAÜV unter Wahrung der Schriftform erforderlich	Nach Ansicht der BA handelt es sich um einen ohne Rechtsbindungswillen geschlossenen Vorvertrag.
RAÜV mit Kontingentabrede ("bis zum 10 Helfer") mit LBR des Kunden	ja	Nach Ausübung des LBR durch den Kunden kann Konkretisierung in Textform erfolgen.	Einschränkungen des LBR, z.B. mit gewissen Ankündigungsfristen für die Lieferung der angefragten ZAN, zulässig

Erfüllung der Offenlegungs- und Konkretisierungspflicht – BAG v. 05.03.2024 – 9 AZR 204/23

Sachverhalt

- Einsatz des Klägers ab dem 04.06.2012.
- Einsatz bis zum 15.02.2018 auf Grundlage eines nominellen **Werkvertrags**.
- Ab 16.02.2018: Einsatz auf Grundlage eines **AÜV**, der von dem ZAU am 05.02.2018 und dem Kunden am 28.02.2018 unterzeichnet wurde.
- Der Vertrag enthält eine zeitgleich unterzeichnete Anlage mit Angaben zum Einsatz des Klägers vom 16.02.2018 bis zum 31.12.2018.
- Über den geplanten Einsatz in diesem Zeitraum informierte der Kunde den bei ihr gebildeten Betriebsrat mit Schreiben vom 05.02.2018.
- Der Betriebsrat stimmte am 08.02.2018 zu.
- ZAN macht fingiertes Arbeitsverhältnis (*ab dem 16.02.2018*) gegenüber der Beklagten geltend.

Entscheidung des BAG

- **Klage begründet** – fingiertes Arbeitsverhältnis besteht (§§ 9 I Nr. 1a, 10 I AÜG).
- Erfüllung der Offenlegungs- und Konkretisierungspflicht setzt formwirksamen AÜV zum Überlassungsbeginn voraus.
 - Wortlaut ("in ihrem Vertrag").
 - Bedeutung der Vorschriften für den Gesetzgeber (u.a. Ordnungswidrigkeit bei Verstoß).
 - **Keine teleologische Reduktion** der Vorschriften.
- **Kein formwirksamer AÜV** zum Einsatzbeginn, da Kunde den Vertrag erst am 28.02.2018 unterzeichnet hat.
- Auf die Anlage und die Zustimmung des BR kommt es **nicht** an.

Hinweise für die Praxis

- **WICHTIG:** AÜV muss vor dem Einsatz von beiden Parteien unterschrieben worden sein.
- **ACHTUNG:** (auch) Zugang des AÜV erforderlich!
- Nun Rechtsklarheit/-sicherheit, wenn Offenlegungs- **und** Konkretisierungspflicht verletzt worden sind (*wie unstreitig in dem hiesigen Verfahren*).
- BAG hat Frage, ob beide Pflichten **kumulativ** verletzt sein müssen oder ob der Verstoß gegen eine der beiden Pflichten ausreicht, ausdrücklich nicht entschieden.
- **In der Praxis:** Offenlegungspflicht erfüllt, Konkretisierungspflicht aber **nicht oder nicht formgerecht**.
- M.E. gute Gründe, dass zumindest bei einer **nicht formgerechten** Konkretisierung **kein Arbeitsverhältnis** fingiert wird.

III. Überlassungshöchstdauer

Überlassungshöchstdauer (1/4)

Grundsätze

- Überlassung hat "vorrübergehend" zu erfolgen (§ 1 I 3 AÜG).
- Grundsätzliche ÜHD **von 18 Monaten** (§ 1 I 4, Ib AÜG).
- Abweichungsmöglichkeit von ÜHD durch TV oder BV (§ 1 Ib 3, 5 AÜG):
 - TV der Einsatzbranche (**nicht: TV der Zeitarbeit!**) kann abweichende ÜHD festlegen (*vgl. dazu: Bissels/Falter, MDR 2019, 198 ff.*).
 - **Beispiel:** TV Leiz für die M+E-Industrie: ÜHD von bis zu 48 Monaten.
 - **Weitere TV**, z.B.:
 - Elektrohandwerk: 30 bis 36 Monate.
 - Stahlindustrie: 36 Monate.
 - Energiebranche.
 - **Zahlreiche FirmenTV**, z.B. bei der BASF.
 - Vgl. Übersicht in BT-Drucksache 20/4150, S. 10: insgesamt **211 Tarifverträge** abgeschlossen, durch die ÜHD von 18 Monaten verlängert wurde – bis auf 45 Jahre (!!!) bei Kreditinstituten und im privaten Versicherungsgewerbe, abrufbar: <https://dserver.bundestag.de/btd/20/041/2004150.pdf>

Überlassungshöchstdauer (2/4)

Grundsätze

- 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).

Überlassungshöchstdauer (3/4)

Grundsätze

– Europarechtliche Vorgaben:

- ZeitarbeitsRiLi: sieht ausschließlich das Kriterium "vorübergehend" vor.
- Eine ÜHD ist dort nicht geregelt und nach Ansicht des EuGH auch **nicht erforderlich**, um ZeitarbeitsRiLi europarechtskonform in das nationale Recht umzusetzen.
- **ABER:** Missbrauchsklausel ist zu beachten (Art. 5 V der Zeitarbeits-RiLi)!
 - **Wortlaut:** *"Die Mitgliedstaaten ergreifen die erforderlichen Maßnahmen gemäß ihren nationalen Rechtsvorschriften und/oder Gepflogenheiten, um eine missbräuchliche Anwendung dieses Artikels zu verhindern und um insbesondere aufeinander folgende Überlassungen, mit denen die Bestimmungen der Richtlinie umgangen werden sollen, zu verhindern."*
 - Europarechtlicher Rahmen, an dem sich das nationale Recht messen lassen muss!

Überlassungshöchstdauer (4/4)

Vorlage an den EuGH

- **Was heißt "vorübergehend" – vgl. EuGH, Urt. v. 17.03.2022 – C-232/20?**
- Zusammenfassung der "Erkenntnisse" aus der Entscheidung (*vgl. dazu: Bissels/Münnich/Krülls, ArbRAktuell 2022, 247*):
 - Die Überlassung auf einen Dauerarbeitsplatz beim Kunden ist **zulässig**.
 - Die Einsatzzeit ist **arbeitnehmer- und nicht arbeitsplatzbezogen** zu bestimmen.
 - TV-Parteien der Einsatzbranche sind grds. **berechtigt**, die ÜHD durch TV zu verlängern.
 - **Kein Anspruch** auf Übernahme des ZAN oder Fiktion eines Arbeitsverhältnisses ohne gesetzliche Regelung.
 - Ausschluss der Überlassungszeiten vor dem 01.04.2017 (vgl. § 19 II AÜG) **kritisch**, sofern dadurch eine Beurteilung des "vorübergehenden" Charakters ab dem Inkrafttreten der Richtlinie im Jahr 2011 vereitelt wird.
 - **Keine Festlegung einer absoluten Höchstgrenze** der Überlassung durch EuGH, sondern **Missbrauchskontrolle** durch nationale Gerichte.
 - Vorgaben des EuGH wurde inzwischen **"umgesetzt"** durch BAG (vgl. nur: Urt. v. 17.09.2022 – 4 AZR 82/21; Urt. v. 08.11.2022 – 9 AZR 486/21).

Bestimmung der Einsatzzeiten bei Betriebsübergang beim Entleiher – BAG v. 01.10.2024 – 9 AZR 264/23 (A)

Sachverhalt

- Einsatz des ZAN bei Produktionsunternehmen ab dem 16.06.2017 als Kommissionieren im Bereich der Verpackung.
- Übertragung des Bereichs am 01.07.2018 auf Beklagte.
- ZAN war dort bis zum 06.04.2022 (auf demselben Arbeitsplatz) im Einsatz.
- ZAN rügt die Verletzung der einschl. ÜHD und macht fingiertes Arbeitsverhältnis gegenüber der Beklagten geltend.

Entscheidung des BAG

- Grds. ist ÜHD **entleiherbezogen** zu bestimmen.
- Maßgeblich folglich der jeweilige **Rechtsträger**, mit dem der jeweilige AÜV abgeschlossen worden ist.
- Veräußerer und Erwerber = **"derselbe Entleiher"** – mit der Folge der Zusammenrechnung der Gesamtüberlassungsdauer?
- Anrufung des EuGH zur Auslegung des Merkmals einer **"vorrübergehenden"** Überlassung.

Hinweise für die Praxis

- Bestimmung der "richtigen" ÜHD von erheblicher Bedeutung.
- Fiktion eines Arbeitsverhältnisses droht bei einer fehlerhaften Berechnung (§§ 9 Nr. 1b, 10 I AÜG).
- **Bisherige h.M.:** Zusammenrechnung der Überlassungszeiten bei BÜ beim Kunden nur bei Rechtsmissbrauch.
- Prüfung, ob es in der Vergangenheit relevante Fälle gegeben hat (Problembewusstsein und ggf. Reaktion!).
- **Für die Zukunft:** ggf. rechtzeitige Abmeldung und Beendigung des AÜV bzw. des Einsatzes des ZAN bei Betriebsübergängen vor Überschreiten der maßgeblichen ÜHD.

IV. Konzernüberlassung

Konzernüberlassung (1/3)

Grundsätze (§ 1 III Nr. 2 AÜG)

- ANÜ zwischen zwei Konzernunternehmen ist **gesetzlich privilegiert**.
- **Voraussetzungen:**
 - Vorliegen eines Konzerns (§§ 15 AktG).
 - Keine Einstellung **und** Beschäftigung zum Zwecke der Überlassung.
 - Keine Personalführungsgesellschaft.
- **Rechtsfolge** der Einschlägigkeit des Konzernprivilegs:
 - Wesentliche gesetzliche Bestimmungen des AÜG gelten **nicht**.
 - Dies gilt u.a. für die:
 - Erlaubnispflicht (§ 1 AÜG).
 - Gesetzliche ÜHD von 18 Monaten (§ 1 I 4, Ib AÜG).
 - Anwendung des Gleichstellungsgrundsatzes ab dem ersten Einsatztag des ZAN (§ 8 AÜG).
 - **Konsequenz:** erhebliche Erleichterung des konzerninternen Mitarbeiterereinsatzes über die Unternehmensgrenzen hinaus!

Konzernüberlassung (2/3)

Europarechts- konformität?

- **In der Praxis:** (beliebte) Methode, zwischen Konzernunternehmen ohne die strengen gesetzlichen Anforderungen des AÜG Personal einzusetzen.
- **ABER:** erhebliche europa- und auch verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Wirksamkeit der Vorschrift!
 - LAG Niedersachsen (Urt. v. 09.11.2023 – 5 Sa 180/23): hat diese Frage **offengelassen!**
 - Revision beim BAG (Urt. v. 12.11.2024 – 9 AZR 13/24): Verweisung an das LAG Niedersachsen.
 - "Und" = "Oder" (**Wille des Gesetzgebers**).
 - **Beschäftigung (+)**, wenn der AN seit Beschäftigungsbeginn über mehrere Jahre hinweg durchgehend als ZAN eingesetzt wird (= Indiz für Beschäftigungszweck; vorliegend: 12 Jahre).
 - Weitere Feststellungen zu treffen, ob ANÜ vorlag (Eingliederung und Weisungsgebundenheit).



Konzernüberlassung (3/3)

Europarechts- konformität?

- Europarecht wurde laut PM vom BAG **nicht problematisiert**.
- Vorlage an den EuGH **nicht adressiert**.
 - **Wohl richtig**, da Entscheidungserheblichkeit zunächst geprüft und festgestellt werden muss.
- **Je nach Ausgang des Verfahrens:**
 - Erhebliche Auswirkungen für die Praxis, da die bislang erlaubnisfreie Modelle erlaubnispflichtig gewesen wären.
 - **(Mögliche) Folgen:** u.a. Fiktion von Arbeitsverhältnissen zum Kunden und Bußgelder!
- Behörden gehen von Wirksamkeit aus und wenden das Konzernprivileg uneingeschränkt an – **keine Verwerfungskompetenz von BA (S. 33 FW AÜG) und Zollverwaltung!**
- **Empfehlung:** Bei ANÜ, die auf das Konzernprivileg gestützt und mit einer „gewissen Regelmäßigkeit“ durchgeführt wird, bestehen Rechtsrisiken, die es m.E. gebieten, von dieser Vorschrift nur sehr **„dosiert“ Gebrauch** zu machen.



V. Fachliche Weisungen AÜG

Änderung der FW AÜG durch die BA (ab dem 15.10.2024)

- **Extensive Auslegung des Territorialitätsprinzips durch die BA.**
 - **Virtuelle Eingliederung** eines ausschließlich im Ausland beschäftigten ZAN des ausländischen ZAU beim inländischen Kunden = **Erlaubnispflicht** nach § 1 AÜG!
 - Gefahr von Bußgeldern.
 - "Bedrohung" für das Modell **"Employer of Record"**.
- **ANÜ aus dem Mischbetrieb.**
 - PDL bietet sowohl ANÜ als auch Werk-/Dienstverträge an.
 - Durchgängige Anwendung der TV der Zeitarbeit erforderlich – auch im Werk-/Dienstvertrag.
 - Zusatzvereinbarung während Einsatz im Werk-/Dienstvertrag mit Bezugnahme auf ein Tarifwerk der Zeitarbeit: **NICHT** ausreichend!
 - Gefahr von erlaubnisrechtlichen Schritten (Bußgeld bis hin zur Gefährdung der Erlaubnis).



Ihre Fragen

Ihr Ansprechpartner bei CMS



Dr. Alexander Bissels

Partner, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Arbeitsrecht

CMS Deutschland
Labor, Employment & Pensions

T +49 221 7716 317

E alexander.bissels@cms-hs.com



Aktuelle Rechtsthemen, Neuigkeiten in Fachgebieten und Sektoren unserer Kanzlei und was eine Großkanzlei sonst bewegt, finden Sie auf unserem Blog unter **cms.hs-bloggt.de**

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 Ihre Ansprechpartnerinnen und Ansprechpartner bei CMS Hasche Sigle.

CMS Hasche Sigle ist eine der führenden wirtschaftsberatenden Anwaltssozialitäten. Mehr als 700 Anwältinnen und Anwälte sind in acht wichtigen Wirtschaftszentren Deutschlands sowie in Brüssel für unsere Mandantinnen und Mandanten tätig.

CMS Hasche Sigle ist Mitglied der CMS LTF Limited („CMS LTF“) einer europäischen wirtschaftlichen Interessenvereinigung zur Koordinierung von unabhängigen Anwaltssozialitäten. CMS LTF ist nicht für Mandanten tätig. Derartige Leistungen werden ausschließlich von den Mitgliedssozialitäten in den jeweiligen Ländern erbracht. CMS LTF und deren Mitgliedssozialitäten sind rechtlich eigenständige und unabhängige Einheiten. Keine dieser Einheiten ist dazu berechtigt, im Namen einer anderen Verpflichtungen einzugehen. CMS LTF 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 Hasche Sigle Partnerschaft von Rechtsanwälten und Steuerberatern mbB, Sitz: Berlin, (AG Charlottenburg, PR 316 B), Liste der Partnerinnen und Partner und Standorte: siehe Website.

Weitere Informationen finden Sie unter **cms.law**