



# Newsletter

## Arbeits- und Lohnsteuerrecht

Dieser Newsletter ist ein Service der Verlagsgruppe Hüthig Jehle Rehm GmbH  
in Kooperation mit der BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgesellschaft

**BEITEN BURKHARDT**  
RECHTSANWALTSGESELLSCHAFT MBH

### Inhalt:

|                      |         |
|----------------------|---------|
| Im Blickpunkt .....  | Seite 1 |
| Rechtsprechung ..... | Seite 4 |

### Im Blickpunkt

## Die geplanten Änderungen des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze – Irrwege beim Fremdpersonaleinsatz?

Nachdem die Bundesregierung in ihrem Koalitionsvertrag bereits Gesetzgebungsaktivitäten unter den Überschriften „Missbrauch von Werkvertragsgestaltungen verhindern“ und „Arbeitnehmerübernehmerüberlassung weiterentwickeln“ angekündigt hatte, legte das Bundesministerium für Arbeit und Soziales am 16. November 2015 hierzu einen Referentenentwurf vor. Der Entwurf sieht insbesondere Änderungen im Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG), im Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB) und im Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) vor. Obwohl der Gesetzesentwurf somit für diese Legislaturperiode erwartet werden konnte, sorgte er doch sofort für erhebliche Diskussionen bei politischen Parteien, Arbeitgebern, ihren Organisationen und auch bei Juristen. Der Entwurf stieß teilweise auf massiven Widerstand, nicht nur wegen der Inhalte und handwerklichen Eigenheiten des Gesetzes, sondern auch, weil der Entwurf in vielen Punkten über den Koalitionsvertrag hinausgeht. Wohl auch aufgrund der heftigen Kritik legte das Bundesministerium für Arbeit und Soziales am 17. Februar 2016 einen überarbeiteten, neuen Referentenentwurf vor, der aktuell eine heftige politische Diskussion ausgelöst hat.

### Begrenzte Überlassungsdauer

Die für die betriebliche Praxis wohl bedeutendste Änderung betrifft die Begrenzung der Überlassungshöchstdauer eines Leiharbeitnehmers. Während bisher im Gesetz keine Begrenzung enthalten war, ist nun vorgesehen, dass derselbe Leiharbeitnehmer nicht länger als 18 aufeinanderfolgende Monate demselben Entleiher überlassen werden darf. Setzt sich der Bedarf des Entleihers nach Ablauf dieser Zeit fort, kann allerdings ein anderer Leiharbeitnehmer überlassen werden, denn die Überlassungshöchstdauer wurde nach ihrem klaren Wortlaut arbeitnehmerbezogen formuliert. Für eine frühere Überlassung desselben Leiharbeitnehmers durch denselben oder einen anderen Verleiher gilt Folgendes: Wenn zwischen den Einsätzen jeweils nicht mehr als sechs Monate liegen, findet eine Anrechnung statt.

Von der Höchsteinsatzdauer darf ausnahmsweise durch Tarifverträge abgewichen werden, die die für den Entleiher zuständigen Tarifvertragsparteien abschließen (z. B. der Arbeitgeberverband Metall und die IG Metall). Wenn solche Tarifverträge abgeschlossen wurden, können die Betriebsparteien betroffener Unternehmen ebenfalls von der Höchsteinsatzdauer abweichen. Bei nicht tarifgebundenen Entleihern sollen aber Verlängerungen durch Betriebsvereinbarung oder durch Bezugnahme im Arbeitsvertrag nicht möglich sein.

Wird ein Leiharbeitnehmer länger als nach dem Gesetz zulässig oder ggf. in einem Tarifvertrag vereinbart bei einem Entleiher beschäftigt, können die Rechtsfolgen drastisch sein. Denn es soll dann ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Leiharbeitnehmer und dem Entleiher zustande kommen, außer der Leiharbeitnehmer widerspricht. Auch für den Verleiher kann dies unangenehme Folgen haben. Denn dann soll die Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis versagt werden können. Das kann einem Unternehmen die Existenzgrundlage ent-



## Newsletter

# Arbeits- und Lohnsteuerrecht

ziehen. Außerdem liegt eine Ordnungswidrigkeit des Verleihers vor, die mit einer Geldbuße von bis zu EUR 30.000 geahndet werden kann.

### **Gleiche Arbeitsbedingungen nach neun Monaten**

Der bereits im Gesetz enthaltene Grundsatz der Gleichstellung des Leiharbeitnehmers mit einem vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers hinsichtlich der wesentlichen Arbeitsbedingungen (Equal Pay/Equal Treatment) bleibt bestehen. Davon kann jedoch auch weiterhin abgewichen werden, sofern der Verleiher unter den Geltungsbereich eines Tarifvertrages der Zeitarbeit fällt bzw. die Bezugnahme dieses Tarifvertrages im Arbeitsvertrag mit den Leiharbeitnehmern vereinbart wird. Die zwischen Interessenverband Deutscher Zeitarbeitsunternehmen e.V. (iGZ) bzw. dem Bundesarbeitgeberverband der Personaldienstleister e.V. (BAP) und den Mitgliedsgewerkschaften des DGB abgeschlossenen Tarifverträge sehen solche Abweichungen seit vielen Jahren vor (zu einer aktuellen Entscheidung des Bundessozialgerichts im Hinblick auf die Nachforderung von Sozialversicherungsbeiträgen durch die Deutsche Rentenversicherung Bund nach Feststellung der Tarifunfähigkeit der CGZP vgl. den Beitrag von v. Kummer auf S. 7). Auch haben sich in vielen Branchen zwischenzeitlich Zuschlagstarifverträge etabliert, die eine stufenweise Heranführung des Arbeitsentgelts an das vergleichbarer Arbeitnehmer beim Entleiher vorsehen.

Zukünftig soll aber die Gleichstellung jedenfalls hinsichtlich des Arbeitsentgelts nach spätestens neun Monaten gelten, auch wenn es eine vom Gleichbehandlungsgrundsatz abweichende tarifliche Regelung gibt. Sofern ein Branchenzuschlagstarifvertrag einschlägig ist, soll die Entgeltgleichstellung spätestens nach den ersten zwölf Monaten (Referentenentwurf vom 16. November 2015) bzw. nach den ersten 15 Monaten (Referentenentwurf vom 17. Februar 2016) einer Überlassung gelten. In diesem Fall können solche Regelungen in Zuschlagstarifverträgen auch zwischen nicht tarifgebundenen Arbeitgebern und ihren Arbeitnehmern wie bisher arbeitsvertraglich vereinbart werden.

### **Aus für die „Fallschirmlösung“**

Es besteht eine gängige Praxis, dass bei Unsicherheiten der Einordnung eines Vertrages als Werk-, Dienst- oder Arbeitnehmerüberlassungsvertrag vorsorglich eine Verleiherlaubnis vom „Auftraggeber/Werkbesteller“ beantragt wird, um die Folgen einer möglicherweise bestehenden unerlaubten Überlassung abzuwenden. Sie wird häufig als „Fallschirmlösung“ bezeichnet. Zukünftig soll die „verdeckte“ Überlassung unter dem Titel eines Werk- oder Dienstvertrages mit bestehender Erlaubnis ebenfalls dazu führen, dass ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Leiharbeitnehmer und dem „Auftraggeber/Werkbesteller“ zustande kommt. Dies soll dann nicht gelten, wenn der Einsatz von Arbeitnehmern im Vertrag zwischen Verleiher und Einsatzunternehmen ausdrücklich als Arbeitnehmerüberlassung bezeichnet wird.

Vor der Überlassung muss die Person des Leiharbeitnehmers künftig konkretisiert, d.h. namentlich angegeben werden. Im Gegenzug soll der Leiharbeitnehmer durch den Verleiher vor jeder Überlassung darüber informiert werden, dass er als Leiharbeitnehmer tätig wird. Diese Unterrichtungen sollen zu Beweis Zwecken dokumentiert werden. Erfolgt keine Offenlegung einer Arbeitnehmerüberlassung, dann kann dies sowohl für Verleiher als auch Entleiher zu einer Geldbuße von bis zu EUR 30.000 führen.

### **Kein Einsatz von Leiharbeitnehmern im Arbeitskampf**

In der derzeit geltenden Fassung des AÜG ist bereits geregelt, dass ein Leiharbeitnehmer nicht dazu verpflichtet ist, bei einem Entleiher tätig zu werden, soweit dieser durch einen Arbeitskampf unmittelbar betroffen ist. Auf dieses Leistungsverweigerungsrecht muss der Verleiher den Leiharbeitnehmer hinweisen. Über diese bestehenden Regelungen hinaus sieht der Gesetzentwurf nun vor, dass der Leiharbeitnehmer das nicht mehr entscheiden können soll. Es soll dem Entleiher nun verboten sein, Leiharbeitnehmer einzusetzen, soweit sein Betrieb unmittelbar durch einen Arbeitskampf betroffen ist. Bei einem Verstoß soll eine Geldbuße verhängt werden, die je Einzelfall bis zu EUR 500.000 betragen kann.



## Newsletter Arbeits- und Lohnsteuerrecht

Nach dem heute geltenden Arbeitskampfrecht stellt es für viele Arbeitgeber aber eines der wenig verbleibenden rechtmäßigen Mittel dar, einen bestreikten Betrieb durch Leiharbeitnehmer aufrechtzuerhalten. Diese Möglichkeit würde vollständig entfallen. Zwar sehen die aktuellen Tarifverträge der Zeitarbeit bereits heute vor, dass in bestreikten Betrieben Leiharbeitnehmer nicht eingesetzt werden dürfen. Diese Verpflichtung richtet sich aber nur an Verleiher, die Mitglied der iGZ oder des BAP sind.

### **Berücksichtigung von Leiharbeitnehmern bei Schwellenwerten**

Die zahlreichen Entscheidungen der letzten Jahre machen deutlich, dass es in der Praxis erheblichen Streit darüber gab, ob Leiharbeitnehmer bei der Berechnung von Schwellenwerten bei der betrieblichen oder Unternehmensmitbestimmung mitzuzählen sind. Diese streitigen Rechtsfragen sollen nach dem neuen Gesetz dahingehend geklärt werden, dass in nahezu allen einschlägigen gesetzlichen Regelungen Leiharbeitnehmer auch beim Entleiher mitzählen sollen.

### **Neuregelung der Arbeitnehmerüberlassung**

Durch eine Änderung im BGB sollen zukünftig die Kriterien zur Unterscheidung von Arbeitnehmerüberlassung und Fremdpersonaleinsatz auf Grundlage von Werkverträgen klar definiert werden. Dazu soll ein neuer § 611a BGB eingefügt werden. Ziel ist es, den sog. Scheinwerk- und Scheindienstvertrag sowie die verdeckte Arbeitnehmerüberlassung einzuschränken. Für diese Feststellung war im Referentenentwurf vom 16. November 2015 eine Prüfung von acht Kriterien vorgesehen. Besonders interessant ist, dass in einem weiteren Absatz dieses neuen Paragraphen geregelt werden sollte, dass das Bestehen eines Arbeitsvertrages dann widerleglich vermutet wird, wenn die Deutsche Rentenversicherung Bund das Bestehen eines Beschäftigungsverhältnisses festgestellt hat. Das erinnert an die frühere Vermutungsregel „3 aus 5“ des damaligen § 7 Abs. 4 des Vierten Buches Sozialgesetzbuch zur Frage der Scheinselbstständigkeit. Wie bekannt

ist, hatte diese Vorschrift nicht lange Bestand. Aufgrund der massiven Kritik insbesondere am neuen § 611a BGB ist es nicht überraschend, dass die wesentlichste Änderung im neuen Referentenentwurf vom 17. Februar 2016 die vollständige Neuregelung des § 611a BGB betrifft.

### **Fazit**

Viele Kritiker werden mit Freude vernommen haben, dass der erste Entwurf des Gesetzes durch die Bundeskanzlerin zunächst „auf Eis“ gelegt worden war, denn die vorgesehenen Regelungen würden die Möglichkeiten des Fremdpersonaleinsatzes, sei es im Wege der Arbeitnehmerüberlassung, sei es durch Werk- oder Dienstvertrag, erheblich verkomplizieren und erschweren. Auch ist zu befürchten, dass die vielen unklaren und interpretationsbedürftigen Regelungen auch zukünftig die Gerichte beschäftigen. Einige Regelungen werden sogar als verfassungsrechtlich sehr bedenklich angesehen. Sie könnten daher das Bundesverfassungsgericht beschäftigen. Der neue Referentenentwurf vom 17. Februar 2016 hat nicht alle Probleme gelöst, aber neue Diskussionspunkte geschaffen. So begrüßenswert der Versuch des Gesetzgebers auch ist, einige seit der letzten Gesetzesänderung des AÜG aufgekommenen Interpretationsfragen (wie beispielsweise zum Begriff des „vorübergehenden“ Einsatzes von Leiharbeitnehmern) einer klaren Regelung zuzuführen: Es ist festzuhalten, dass der Gesetzentwurf in vielen Punkten weit über den Koalitionsvertrag hinausgeht. Einige Stimmen in der Fachliteratur wollen in dem Gesetzentwurf die klare Handschrift der Gewerkschaften erkannt haben, denen der aus ihrer Sicht ausufernde Fremdpersonaleinsatz in den letzten Jahren ein Dorn im Auge ist. Da diese Stimmen kaum ignoriert werden können, bleibt die Hoffnung, dass das Gesetz über den Referentenentwurf vom 17. Februar 2016 hinaus in zahlreichen Punkten entschärft wird. Auf eine Veränderung der bisherigen Praxis wird man sich aber jedenfalls einstellen müssen.

*Markus Künzel, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht, BEITEN BURKHARDT Rechtsanwalts-gesellschaft mbH, München*



### Rechtsprechung

## Achtung vor hohen Forderungen nach Überstundenabgeltung

*Bundesarbeitsgericht vom 25. März 2015 – 5 AZR 602/13*

**Sachverhalt:** Der klagende Arbeitnehmer war als Fahrer bei einem privaten Busunternehmen angestellt. Er verdiente 1.800 EUR brutto. In seinem Arbeitsvertrag war geregelt, dass er „in Vollzeit beschäftigt“ werde, ohne Angabe der Stunden. Unter der Regelung zur Arbeitszeit hieß es lediglich, dass dem Mitarbeiter „die Arbeitszeit bekannt sei“. Zwei Samstage und jeder Sonntag im Monat sollten frei sein. Der Kläger wurde auf 14 verschiedenen Touren eingesetzt, die bis zu 14 Stunden dauerten. Vor der Abfahrt musste der Kläger eine Kontrolle durchführen und am Ende der Fahrt den Bus reinigen. Der Arbeitnehmer verlangte eine Vergütung für knapp 650 Überstunden. Bei deren Berechnung hat er eine 40-Stunden-Woche zugrunde gelegt, dem Gericht die Zeit für Anfang und Ende der Arbeit minutengenau dargelegt und für jeden Arbeitstag eine Stunde Pause abgezogen. Die Vorinstanz hatte das Unternehmen verurteilt, 108 Überstunden zu zahlen. Diese Zahl hat das Gericht geschätzt. Der Arbeitgeber hatte gegen diese Entscheidung Revision eingelegt.

**Entscheidung:** Das BAG hat das Urteil der Vorinstanz bestätigt. Die Regelung im Arbeitsvertrag, dass der Arbeitnehmer „in Vollzeit beschäftigt“ werde, sei so auszulegen, dass eine 40-Stunden-Woche vereinbart worden sei, unabhängig von einer teilweisen Arbeit auch an Samstagen. Hätte der Arbeitgeber eine höhere Wochenarbeitszeit vereinbaren wollen, hätte er dies regeln können. Zudem habe der Arbeitnehmer einen Anspruch auf Vergütung von Überstunden. Sind diese unstreitig arbeitgeberseitig veranlasst worden, kann der Mitarbeiter aber nicht jede einzelne Stunde darlegen und beweisen, darf das Gericht deren Anzahl schätzen. Der Kläger war unstreitig die Busrouten gefahren. Unbestritten war auch, dass seine Arbeitsaufgaben innerhalb von acht Stun-

den Arbeitszeit nicht erledigt werden konnten. Das Unternehmen selbst war von einer Arbeitszeit von 8,5 Stunden am Tag ausgegangen und hatte hierbei die bei Fahrten anfallenden Wartezeiten bereits herausgerechnet.

**Konsequenzen für die Praxis:** Der Arbeitnehmer, der die Zahlung von Überstunden fordert, muss bei deren Bestreiten darlegen, an welchen Tagen und zu welchen Zeiten er über die übliche Arbeitszeit hinaus tätig geworden ist. Das BAG hat in seiner Entscheidung die Anforderungen an die Darlegungs- und Beweislast aber nun insofern erleichtert, als es eine Schätzung der Überstunden durch das Gericht als zulässig erachtet, wenn die Überstunden arbeitgeberseitig veranlasst wurden. Der Arbeitnehmer muss dann, anders als bislang, nicht mehr für jede einzelne Überstunde einen Nachweis erbringen.

**Praxistipp:** Regelungen zur Arbeitszeit und zu Überstunden sollten arbeitsvertraglich sorgfältig gestaltet werden. Denn nur hierdurch kann sich der Arbeitgeber vor Forderungen nach hohen Überstundenabgeltungen schützen. So sollte die vereinbarte Arbeitszeit explizit geregelt werden, zudem, ob eine 5- oder 6-Tage-Woche gearbeitet werden soll. Weiter sollte aufgenommen werden, dass ein gewisses Maß an Überstunden mit der monatlichen Vergütung abgegolten ist. Insoweit ist darauf zu achten, dass sich deren Umfang hinreichend deutlich aus dem Arbeitsvertrag ergibt. Auch durch Ausschlussfristen kann eine gewisse Schadensbegrenzung für den Arbeitgeber erreicht werden. Allerdings nur insoweit, als diese über den Mindestlohn hinausgehen, denn die Ausschlussfristen müssen eine Ausnahme für diesen vorsehen.

*Dr. Nina Springer, LL.M., Rechtsanwältin und  
Fachanwältin für Arbeitsrecht, BEITEN BURKHARDT  
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, München*





## Dauerhafte Nacharbeit begründet Nachtarbeitszuschlag in Höhe von 30 Prozent

*Bundesarbeitsgericht vom 9. Dezember 2015 –  
10 AZR 423/14*

**Sachverhalt:** Vor dem BAG wurde um einen höheren Zuschlag bei dauerhafter Nacharbeit gestritten. Ein LKW-Fahrer, dessen Arbeitszeit in der Regel um 20:00 Uhr beginnt und um 6:00 Uhr morgens endet, hatte geklagt. Dafür erhielt er von seinem Arbeitgeber für die Zeit zwischen 21:00 und 6:00 Uhr einen Nachzuschlag in Höhe von zunächst etwa 11 Prozent seines Stundenlohns, zuletzt von 20 Prozent. Das Unternehmen ist nicht tarifgebunden. Mit seiner Klage wollte der Arbeitnehmer festgestellt haben, dass der Arbeitgeber verpflichtet ist, dem Fahrer entweder einen Nachtarbeitszuschlag in Höhe von 30 Prozent vom Stundenlohn zu zahlen oder einen Freizeitausgleich von zwei Arbeitstagen für 90 geleistete Nachtarbeitsstunden zu gewähren. Das Arbeitsgericht gab der Klage statt, das Landesarbeitsgericht Hamburg stellte hingegen nur einen Anspruch in Höhe von 25 Prozent fest.

**Entscheidung:** Das BAG folgt der Entscheidung des Arbeitsgerichts. Besteht wie hier keine tarifvertragliche Ausgleichsregelung, haben Nacharbeitnehmer nach § 6 Abs. 5 Arbeitszeitgesetz einen gesetzlichen Anspruch auf einen angemessenen Nachtarbeitszuschlag oder auf eine angemessene Anzahl befreiter Tage für die zwischen 23:00 und 6:00 Uhr geleisteten Arbeitsstunden.

In der Regel ist dabei ein Zuschlag in Höhe von 25 Prozent angemessen. Eine Reduzierung der Höhe des Nachtarbeitszuschlags kommt in Betracht, wenn während der Nachtzeit eine spürbar geringere Arbeitsbelastung besteht – beispielsweise bei Bereitschaftsdienst. Umgekehrt liegt eine erhöhte Belastung bei Dauernacharbeit vor. In diesem Fall erhöht sich der Anspruch regelmäßig auf einen Nachtarbeitszuschlag von 30 Prozent. Da der Arbeitnehmer im entschiedenen Fall Dauernacharbeit erbringt, steht ihm ein Nachtarbeitszuschlag von 30 Prozent zu. Ein für die Zeit zwischen 21:00 und 23:00 Uhr gezahlter Zuschlag

ist nicht anrechenbar. Ebenso ist es nicht relevant, wenn der Stundenlohn überdurchschnittlich hoch ist.

**Konsequenzen für die Praxis:** Mit diesem Urteil stellt das BAG klar, dass die Höhe des Nachtarbeitszuschlags in der Regel 25 Prozent des Bruttolostundenlohns beträgt. Besondere Belastungen – wie im Falle einer dauerhaften Nacharbeit – können zu einem höheren Ausgleichsanspruch führen (Nachtarbeitszuschlag in Höhe von 30 Prozent). Wichtig ist zudem, dass allein die gezahlten Zuschläge in der gesetzlich definierten Nachtzeit, also in der Zeit von 23:00 bis 6:00 Uhr, maßgeblich sind. Darüber hinaus gezahlte Zuschläge sind nicht anrechenbar. Zudem betont das BAG, dass das alles nur gilt, wenn in einem Tarifvertrag keine abweichenden Regelungen getroffen wurden.

**Praxistipp:** Arbeitgeber sollten die Höhe gewährter Nachtarbeitszuschläge überprüfen. Möglicherweise kommt eine Erhöhung oder Reduzierung der Höhe des Nachtarbeitsausgleichs in Betracht.

*Dr. Michaela Felisiak, LL.M., Rechtsanwältin,  
BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgesellschaft mbH,  
München*

## Praktikum ist nicht gleich Ausbildung

*Bundesarbeitsgericht vom 19. November 2015 –  
6 AZR 844/14*

**Sachverhalt:** Der Arbeitnehmer ist angehender Einzelhandelskaufmann. Der Arbeitgeber sagte ihm einen Ausbildungsplatz zu, der jedoch erst zu einem späteren Zeitpunkt frei werden sollte. Zur Überbrückung vereinbarten die Parteien zunächst ein Praktikumsverhältnis „zum Erwerb von Erfahrungen und Kenntnissen...“ mit einer Probezeit von zwei Monaten. Nach Abschluss dieses Praktikums schlossen die Parteien einen Ausbildungsvertrag mit einer weiteren Probezeit von drei Monaten. Noch innerhalb dieser Probezeit kündigte der Arbeitgeber das Ausbildungsverhältnis. Hiergegen wandte sich der Auszubildende mit



## Newsletter Arbeits- und Lohnsteuerrecht

einer Kündigungsschutzklage. Seiner Meinung nach hätte das Unternehmen ihn bereits während des Praktikums ausreichend kennengelernt. Eine „weitere“ Probezeit sei nicht möglich, sodass die Kündigung in seinem Fall nicht mehr während der Probezeit erfolgt sei.

**Die Entscheidung:** Das BAG bestätigte die Rechtmäßigkeit der Kündigung. Nach § 20 Berufsbildungsgesetz (BBiG) beginnt jedes Berufsausbildungsverhältnis mit der Probezeit. Sie muss mindestens einen Monat und darf höchstens vier Monate betragen. In dieser Zeit ist eine außerordentliche bzw. fristlose Kündigung möglich. Das Argument, der Arbeitgeber habe den Auszubildenden bereits während des Praktikums ausreichend kennenlernen können, ließ das Gericht nicht gelten. Praktikum, Arbeitsverhältnis und Auszubildungsverhältnis unterschieden sich in ihrer Zwecksetzung sowie ihren Rechten und Pflichten. Nur unter den Bedingungen eines Auszubildungsverhältnisses könne der Arbeitgeber prüfen, ob er den Auszubildenden für geeignet hält.

**Konsequenzen für die Praxis:** Dem Auszubildungsverhältnis vorangehende Praktika haben keine Auswirkungen auf die Probezeit in der Berufsausbildung. Die Probezeit im Auszubildungsverhältnis kann auch nicht einvernehmlich durch Anrechnung vorheriger Zeiten verkürzt werden. Sie muss gem. § 20 Satz 2 BBiG mindestens einen Monat betragen.

**Praxistipp:** Durch ein vorangegangenes Praktikum kann die Kennenlernphase mit dem zukünftigen Auszubildenden verlängert werden; im Auszubildungsverhältnis auf maximal vier Monate. Um dem Vorwurf der Umgehung vorzubeugen, sollten die Tätigkeiten und Verantwortungsbereiche eines vorangehenden Praktikums jedoch nicht mit der späteren Berufsausbildung identisch sein.

**Hinweis:** Wird der Auszubildende in ein Arbeitsverhältnis übernommen, kann ebenfalls eine erneute Probezeit vereinbart und die Kündigungsfrist damit auf zwei Wochen abgekürzt werden. Für den Kündigungsschutz gilt jedoch Folgendes: Zeiten der Berufsausbildung werden auf die 6-Monats-Frist für die Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes angerechnet. Das bedeu-

tet, dass eine grundlose Kündigung in der Regel ausscheidet.

*Alex Worobjow, Rechtsanwalt, BEITEN BURKHARDT  
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, München*

### Jetzt zählt's! Leiharbeitnehmer wählen und zählen bei der Aufsichtsratswahl

*Bundesarbeitsgericht vom 4. November 2015 –  
7 ABR 42/13*

**Sachverhalt:** Bei der Arbeitgeberin ist nach dem Mitbestimmungsgesetz (MitbestG) ein paritätisch besetzter Aufsichtsrat gebildet. Für die Wahl der Arbeitnehmervertreter für den Aufsichtsrat stellte der Hauptwahlvorstand eine Gesamtbeschäftigtenzahl von 8.341 Personen fest. Diese Zahl setzte sich aus 7.897 „eigenen“ Arbeitnehmern und 444 eingesetzten wahlberechtigten Leiharbeitnehmern zusammen. 14 im Unternehmen beschäftigte Arbeitnehmer beantragten, dem Hauptwahlvorstand mithilfe des Gerichts aufzugeben, die Wahl nicht als „Delegiertenwahl“, sondern als „unmittelbare Wahl“ durchzuführen.

**Die Entscheidung:** Der Antrag der Arbeitnehmer blieb beim BAG, wie auch in den Vorinstanzen, erfolglos. Das BAG entschied, dass die Wahl der Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer für den mitbestimmten Aufsichtsrat als Delegiertenwahl durchzuführen ist. Die eingesetzten Leiharbeitnehmer waren dabei das „Zünglein an der Waage“. Gemäß § 9 MitbestG werden die Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer in Unternehmen mit in der Regel mehr als 8.000 Arbeitnehmern durch Delegierte und mit in der Regel nicht mehr als 8.000 Arbeitnehmern unmittelbar gewählt. Nach Ansicht des BAG war die Berücksichtigung der wahlberechtigten Leiharbeitnehmer, die auf Stammarbeitsplätzen eingesetzt waren, geboten. Im Ergebnis war die Entscheidung des Hauptwahlvorstands damit zutreffend, die 444 Leiharbeitnehmer bei der Gesamtbeschäftigtenzahl zu berücksichtigen und die Aufsichtsratswahl als Delegiertenwahl durchzuführen.



## Newsletter Arbeits- und Lohnsteuerrecht

**Konsequenzen für die Praxis:** Der mit Spannung erwartete Beschluss des BAG nimmt zu der viel bedeutenderen Frage, ob Leiharbeiter bei den Schwellenwerten des § 1 MitbestG (2.000 Arbeitnehmer) oder des § 1 DrittelbG (500 Arbeitnehmer) zu berücksichtigen sind und damit bei der Frage, ob überhaupt ein mitbestimmter Aufsichtsrat zu bilden ist, keine Stellung. Vielmehr weist das BAG in der Presseerklärung ausdrücklich darauf hin, dass der Senat nicht darüber zu entscheiden hatte, „ob Leiharbeiter auch bei anderen Schwellenwerten der Unternehmensmitbestimmung in die Berechnung einbezogen werden müssen“. Das BAG gibt den Grundsatz, dass Leiharbeiter „wählen, aber nicht zählen“ auch mit diesem Beschluss ein weiteres Stück auf. Zuvor hatte das Gericht bereits für Leiharbeiter, die länger als 3 Monate im Betrieb eingesetzt werden, entschieden, dass sie bei verschiedenen betriebsverfassungsrechtlichen Schwellenwerten berücksichtigt werden müssen, wie beispielsweise bei der Bemessung der Zahl der Betriebsratsmitglieder (§ 9 Betriebsverfassungsgesetz, BetrVG) oder bei der Bemessung der Unternehmensgröße bei Betriebsänderungen (§ 101 BetrVG).

Es dürfte keine große Überraschung sein, wie das BAG bei nächster Gelegenheit die für die Praxis deutlich relevantere Frage, ob Leiharbeiter bei den anderen mitbestimmungsrechtlichen Schwellenwerten zu berücksichtigen sind, entscheiden wird. Damit könnte möglicherweise eine Vielzahl von Unternehmen plötzlich vom Geltungsbereich der unternehmerischen Mitbestimmung erfasst sein. Möglicherweise greift der Gesetzgeber dem BAG jedoch zuvor. Es ist im Referentenentwurf die gesetzliche Regelung beabsichtigt, dass Leiharbeiter bei den mitbestimmungsrechtlichen Schwellenwerten zu berücksichtigen sind.

**Praxistipp:** Die Rechtsprechung des BAG und die mögliche zukünftige Gesetzeslage zwingt Unternehmen und Konzerne zum (kurzfristigen) Handeln. Es gibt jedoch zahlreiche Gestaltungsmöglichkeiten, die in der Praxis oftmals unbeliebte unternehmerische Mitbestimmung – auch unter Berücksichtigung einer möglichen geänderten

Rechtslage – zu vermeiden bzw. einzuschränken. Beispielsweise zählt hierzu die Nutzung von mitbestimmungsgünstigen Rechtsformen, wie der Europäischen Aktiengesellschaft oder einer ausländischen Rechtsform sowie die Bildung von Schwestergesellschaften, um die Schwellenwerte zu unterschreiten.

*Dr. Erik Schmid, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht, BEITEN BURKHARDT Rechtsanwalts-gesellschaft mbH, München*

### CGZP und Nachforderung von Sozialversicherungsbeiträgen

*Bundessozialgericht vom 16. Dezember 2015 – B 12 R 11/14 R*

**Sachverhalt:** Ende 2010 hatte das BAG festgestellt, dass die Christliche Gewerkschaft für Zeitarbeit und PersonalserviceAgenturen (CGZP) tarifunfähig ist. Mit der CGZP geschlossene Tarifverträge galten daraufhin als generell unwirksam. Dies hatte erhebliche Konsequenzen für die Arbeitnehmerüberlassungsbranche. Arbeitgeber hatten aufgrund der CGZP-Tarifverträge teilweise geringere Löhne gezahlt, als sie ohne die Tarifverträge hätten zahlen müssen. Maßstab für die geschuldete Vergütung ist „Equal Pay“, d. h. die Vergütung, die solche Arbeitnehmer bekommen haben, die im Einsatzbetrieb die gleiche Tätigkeit ausüben wie die Zeitarbeiter. Die Deutsche Rentenversicherung (DRV) nahm Tausende von Zeitarbeitgebern für rückständige Sozialversicherungsbeiträge in Anspruch, da bei höheren Löhnen auch höhere Beiträge geschuldet waren. Das Bundessozialgericht (BSG) hatte nun erstmals darüber zu entscheiden, ob solche Nachforderungen mit Recht geltend gemacht und auch korrekt berechnet wurden.

**Die Entscheidung:** Das BSG erklärte das Vorgehen der DRV für dem Grunde nach zulässig. Allerdings rügte es, dass die DRV es sich bei der Ermittlung der Höhe der Rückstände zu leicht gemacht habe. Die Ermittlung der Vergleichsgruppe von sog. Stammarbeitnehmern bedarf einer sorg-





## Newsletter Arbeits- und Lohnsteuerrecht

fältigen Prüfung und konkreter, einzelfallbezogener Feststellungen. Gleiches gilt auch für die Frage, ob der jeweilige Beitragsschuldner Beiträge möglicherweise vorsätzlich vorenthalten hat und daher keine Verjährung geltend machen kann. Der Rechtsstreit wurde zurückverwiesen.

**Konsequenzen für die Praxis:** Zahlreiche ruhende Verfahren dürften jetzt wieder aufgegriffen werden. Arbeitgeber der Zeitarbeitsbranche werden sich mit erheblichen Nachforderungen konfrontiert sehen. In welchem Umfang sich daraus auch noch ein Problem für Entleiher ergibt, bleibt abzuwarten. Letztere haften zwar kraft Gesetzes auch für die Sozialversicherungsbeiträge, dürften sich aber mit guten Gründen vielfach auf Verjährung berufen können.

**Praxistipp:** Die Herangehensweise der DRV für die Ermittlung der rückständigen Beiträge ist insbesondere in den Fällen, in denen nur Schätzungen vorgenommen wurden, überaus fragwürdig. Das Hauptaugenmerk in der Argumentation gegen die Bescheide sollte daher auf Berechnungs- und Schätzfehler gerichtet sein. Besonderheiten hinsichtlich der rückständigen Beiträge zur Arbeitslosenversicherung sowie statistische Defizite der üblichen Schätzgrundlage bieten hier gute Anhaltspunkte, um die Nachforderungen zumindest teilweise abzuwehren.

*Dr. Franziska von Kummer, LL.M., M.C.L.,  
Rechtsanwältin und Fachanwältin für Arbeitsrecht,  
Dipl.-Kffr., Dipl.-Vw., BEITEN BURKHARDT  
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Berlin*

### Dürfen bald auch Mitarbeiter aus dem Ausland die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat wählen?

*Kammergericht Berlin vom 16. Oktober 2015 –  
14 W 89/15*

**Sachverhalt:** Ein Touristikunternehmen beschäftigt innerhalb seines Konzerns in Deutschland ca. 10.000 Arbeitnehmer und innerhalb der EU fast

40.000 Mitarbeiter. Da der Konzern damit in Deutschland regelmäßig über 2.000 Mitarbeiter beschäftigt, ist sein Aufsichtsrat aufgrund des Mitbestimmungsgesetzes (MitbestG) zur Hälfte mit Vertretern der Arbeitnehmer besetzt. Im Rahmen des vorliegenden Statusverfahrens macht ein Aktionär geltend, dass die Wahl der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat nicht ordnungsgemäß erfolgt sei. Es waren zwar zehn der insgesamt 20 Aufsichtsratsmitglieder durch die Arbeitnehmer bzw. Gewerkschaften bestimmt worden. Die Arbeitnehmervertreter seien jedoch nur von in Deutschland arbeitenden Mitarbeitern gewählt worden und nicht von sämtlichen, die innerhalb der EU arbeiten.

**Die Entscheidung:** Das Kammergericht Berlin (KG) legte dem Europäischen Gerichtshof (EuGH) die Frage vor, ob das MitbestG mit Unionsrecht vereinbar ist. Das KG hält es für möglich, dass das MitbestG gegen Unionsrecht verstößt, weil nur die in Deutschland arbeitenden Arbeitnehmer wahlberechtigt sind. Hierdurch könnten die Mitarbeiter, die in anderen Mitgliedstaaten der EU arbeiten, diskriminiert werden. Diese Mitarbeiter können weder die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat wählen noch sich für diese Positionen zur Wahl stellen. Darüber hinaus könnte nach Ansicht des KG die Arbeitnehmerfreizügigkeit der inländischen Mitarbeiter beeinträchtigt sein. Diese in Deutschland arbeitenden Arbeitnehmer verlieren beispielsweise durch einen beruflichen Wechsel in einen ausländischen Betrieb ebenfalls ihr aktives und passives Wahlrecht. Hierdurch könnten sich diese Mitarbeiter von einem Wechsel in einen anderen Mitgliedstaat abhalten lassen, was die Freizügigkeit innerhalb der EU behindern könnte.

**Konsequenzen für die Praxis:** Mittlerweile gibt es diverse, unterschiedliche Entscheidungen deutscher Gerichte, die sich mit der Frage befassen, ob die deutsche Unternehmensmitbestimmung mit dem Unionsrecht vereinbar ist. Die Vorlage zum EuGH ist deshalb konsequent und wird hoffentlich für Rechtssicherheit in dieser Angelegenheit sorgen. Eine Entscheidung des EuGH dürfte aber erst im Jahr 2017 zu erwarten sein. Sollte der EuGH die Unternehmensmitbe-





## Newsletter Arbeits- und Lohnsteuerrecht

stimmung in Deutschland für unionsrechtswidrig erklären, könnte dies zu einem „Erdbeben“ in der Unternehmenswelt führen. Die Rechtsfolgen können von einer Unanwendbarkeit der deutschen Regelung auf Unternehmen mit Betrieben im Unionsausland bis hin zu einer Einbeziehung sämtlicher Mitarbeiter aus den Mitgliedstaaten der EU reichen. Im ersten Fall gäbe es in vielen Unternehmen keine Mitbestimmung im Aufsichtsrat mehr. Im letzteren Fall kämen auf die Unternehmen hingegen erhebliche Kosten und offene Fragen bei den dann durchzuführenden unionsweiten Wahlen zu.

**Praxistipp:** Mit dieser Frage eng verknüpft ist auch die Einbeziehung der im Unionsausland arbeitenden Mitarbeiter bei den Schwellenwerten der Unternehmensmitbestimmung (zur Frage der Einbeziehung von inländischen Leiharbeitnehmern vgl. den Beitrag von Schmid, S. 6). Sollten die im EU-Ausland beschäftigten Mitarbeiter – anders als bisher – auch bei den Schwellenwerten

mitzählen, müssten zahlreiche aktuell nicht unter die Unternehmensmitbestimmung fallende Mittelständler in Zukunft einen mitbestimmten Aufsichtsrat wählen. Zwar sollten deshalb die Strategien zur Umgehung der unternehmerischen Mitbestimmung mit Auslandsbezug überprüft werden, doch gibt es – anders als bei der obigen Wahlrechtsproblematik – zahlreiche Gestaltungsmöglichkeiten mit einem auf das jeweilige Unternehmen bzw. Konzern maßgeschneiderten Konzept.

*Manuel Schütt, LL.M. Eur., Rechtsanwalt,  
Wirtschaftsmediator (MuCDR), BEITEN BURKHARDT  
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, München*

### Hinweis:

Diese Veröffentlichung stellt keine Rechtsberatung dar.