

## „Fachliche Weisung“ (FW) der Bundesagentur für Arbeit (BA)

### Zusammenfassung der wesentlichen Änderungen

**28.03.2017 bap** | Mit Rundschreiben BAP Recht vom 20.03.2017 haben wir Sie über die Veröffentlichung der „Fachlichen Weisung“ zum Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) durch die BA informiert. Die „Fachliche Weisung“ gibt Aufschluss darüber, wie die BA zentrale Vorschriften des AÜG in der ab 01.04.2017 geltenden Fassung auslegen wird. Nachdem wir mehrfach über die gesetzlichen Änderungen des AÜG informiert haben (vgl. zuletzt Rundschreiben BAP Recht vom 24.02.2017 und 25.11.2016), gehen wir nachfolgend auf die wesentlichen Änderungen ein, die sich zur bisherigen Geschäftsanweisung der BA ergeben. Aus der FW lässt sich ableiten, wie die BA bislang noch offen gebliebene Fragen im Zusammenhang mit der Gesetzesänderung bewertet und künftig prüfen wird.

#### 1. Kennzeichnungs- und Konkretisierungspflicht (FW 1.1.6.7, S. 20)

Gemäß § 1 Absatz 1 S. 5 und S. 6 AÜG n.F. muss der Vertrag zwischen Zeitarbeitsunternehmen und Kundenbetrieb vor der Überlassung ausdrücklich als „Arbeitnehmerüberlassungsvertrag“ bezeichnet werden. Der Arbeitnehmerüberlassungsvertrag muss – wie auch schon bisher – gemäß § 12 AÜG schriftlich abgeschlossen sein, d.h. beide Vertragsparteien müssen den Vertrag handschriftlich unterzeichnen (vgl. § 126 BGB).

Des Weiteren ist der jeweilige Zeitarbeitnehmer vor Beginn der Überlassung namentlich zu konkretisieren. Bislang war offen, ob die Konkretisierung ebenfalls dem gesetzlichen Schriftformerfordernis unterfällt.

Die BA vertritt die Ansicht, dass die Konkretisierung durch namentliche Benennung der zu überlassenden Person im Überlassungsvertrag oder unter Bezugnahme auf diesen Vertrag erfolgen kann, wobei im letztgenannten Fall das **Schriftformerfordernis des § 12 Absatz 1 Satz 1 AÜG, § 126 BGB nicht verlangt** wird. Die BA führt hierzu aus:

*„Die Konkretisierung unterliegt hingegen dann nicht der Schriftform des Überlassungsvertrages, wenn der Leiharbeitnehmer erst im Zuge der Erfüllung des Überlassungsvertrags durch den Verleiher unter Bezugnahme auf den Überlassungsvertrag namentlich benannt wird. Dies kann etwa der Fall sein, wenn der Überlassungsvertrag als Rahmenvertrag über ein Arbeitskräftekontingent ausgestaltet ist. **In jedem Fall ist ein geeigneter Nachweis über die Konkretisierung z. B. in Textform zu den Geschäftsunterlagen zu nehmen und aufzubewahren.**“*

Die BA verfolgt damit einen praxisnahen Ansatz, indem sie es ausreichen lässt, dass dem Kunden vor Beginn der Überlassung in Textform, d.h. also bspw. per Email oder Fax, mitgeteilt wird, welcher Zeitarbeitnehmer auf Grundlage des bestehenden (Rahmen-) AÜ-Vertrages eingesetzt wird.

Wird der zu überlassende Zeitarbeitnehmer bereits im (Einzel-) AÜ-Vertrag namentlich benannt, ist damit zugleich auch die Konkretisierung erfolgt.

**Die Offenlegungspflichten gelten nach Auffassung der BA auch für Verträge, die vor dem 01.04.2017 geschlossen wurden und danach fortgeführt werden.**

D.h. am 01.04.2017 müssen auch diese Verträge als Arbeitnehmerüberlassung bezeichnet sein. Dies gilt auch für die Konkretisierungspflicht. D.h. in einem Kundenbetrieb eingesetzte Arbeitnehmer sind ab 01.04.2017 auch für bereits vor dem 01.04.2017 begonnene Überlassungen eindeutig dem Arbeitnehmerüberlassungsvertrag zuzuordnen, soweit dies nicht bereits geschehen ist.

Die Offenlegungspflichten werden ergänzt durch die Pflicht des Zeitarbeitsunternehmens, den Zeitarbeiter vor jeder Überlassung darüber zu informieren, dass er als „Leiharbeiter“ tätig wird (§ 11 Absatz 2 Satz 4 AÜG n.F.). Die FW macht keine Vorgaben, in welcher Form diese Information zu erfolgen hat.

## **2. Überlassungshöchstdauer und Fristberechnung (FW 1.2, S. 23 ff.)**

Nach den Ausführungen der BA ist die Überlassungshöchstdauer arbeitnehmerbezogen ausgestaltet und grundsätzlich auf 18 aufeinanderfolgende Einsatzmonate bei demselben „Entleiher“ begrenzt. Für die Berechnung der Überlassungshöchstdauer sind nur ab dem 01.04.2017 zurückgelegte Einsatzzeiten heranzuziehen. Die bei einem Verstoß vorgesehenen Rechtsfolgen können daher nicht vor dem 01.10.2018 eintreten.

### a) „Entleiherbegriff“

Der „Entleiherbegriff“ ist nach Auffassung der BA rechtsträgerbezogen zu verstehen. Als „Entleiher“ komme demnach jeder in Betracht, der als juristische Person selbst Arbeitgeber sein könnte. Die rechtliche Organisationsform ist für die „Entleihereigenschaft“ allerdings ohne Belang (vgl. FW 1.1.2 Absatz 3, S. 8). Für die Beurteilung, ob es sich um denselben „Entleiher“ handelt, ist auf den „Entleiher“ als Arbeitgeber und juristische Person abzustellen. Maßgeblich ist somit **nicht die Dauer des Einsatzes im einzelnen Betrieb** des „Entleihers“ sondern beim „Entleiher“ als Arbeitgeber (vgl. FW 1.2.1. Absatz 1, S. 23).

Folge dieser Ansicht ist, dass Überlassungszeiten in verschiedenen Betrieben eines Unternehmens grundsätzlich zusammenzuzählen sind.

### b) Einsatzbegriff

Maßgeblich für die Berechnung der Höchstüberlassungsdauer bzw. einzelner zu berücksichtigender Überlassungszeiträume ist zudem die Frage, wonach sich Anfang und Ende eines Einsatzes bestimmen bzw. wie der Begriff des Einsatzes definiert wird. Die FW enthält hierzu nur knappe Ausführungen (vgl. FW 1.2.1. Absatz 2, S. 23):

*„Für die Bestimmung der Überlassungsdauer ist die vertragliche Vereinbarung der Überlassung zwischen Verleiher und Entleiher maßgeblich. Auf die arbeitszeitliche Ausgestaltung der Tätigkeit des Leiharbeitnehmers im Betrieb kommt es dagegen nicht an. Wird ein Leiharbeitnehmer vertraglich bspw. für den Zeitraum 1. April 2017 bis 30. September 2017 mit einer Wochenarbeitszeit von 21 Stunden, verteilt auf 3 Arbeitstage pro Woche, an einen Entleiher überlassen, legt er in diesem Zeitraum eine Einsatzdauer von 6 Monaten zurück. Es erfolgt in diesem Fall keine arbeitszeitanteilige Anrechnung.“*

Die BA folgt damit eher einem formellen Einsatzbegriff, nach dem in erster Linie die vertraglichen Vereinbarungen Anknüpfungspunkt für Beginn und Ende eines Einsatzes sind. Folglich dürfte es nicht ausreichend sein, für die Bemessung der Einsatzdauer lediglich die Tage zu berücksichtigen, an denen der Mitarbeiter tatsächlich beim Kunden tätig ist.

### c) Fristberechnung

Die Bemessung des für die Überlassungshöchstdauer maßgeblichen Überlassungszeitraums richtet sich grundsätzlich nach §§ 187 Absatz 2 Satz 1, 188 Absatz 2 BGB. Beginnt die Überlassung bspw. am 03.04.2017, ist diese unter Beachtung der grundsätzlichen Überlassungshöchstdauer von 18 aufeinanderfolgenden Monaten bis zum Ablauf des 02.10.2018 zulässig.

Erfolgt die Überlassung des Zeitarbeitnehmers an denselben Kunden nicht zusammenhängend, richtet sich die Frage, ob die einzelnen Überlassungen zu addieren sind, danach, ob zwischen den jeweiligen Einsätzen eine Unterbrechung von mehr als 3 Monaten liegt. Eine solche Unterbrechung von mehr als 3 Monaten bewirkt, dass der für die Überlassungsdauer maßgebliche Zeitraum mit der nächsten Überlassung wieder neu zu laufen beginnt. Der Zeitarbeitnehmer kann in diesem Fall (wiederum) für volle 18 Monate an denselben Kunden überlassen werden.

Die BA lässt allerdings offen, ob „mehr als 3 Monate“ in dem Sinne zu verstehen ist, dass die Unterbrechung 3 Monate und 1 Tag betragen muss oder ob es ausreichend ist, wenn die Unterbrechung genau 3 Monate beträgt.

Nach derzeitiger Einschätzung sollte aus Gründen der Rechtssicherheit „mehr als 3 Monate“ in der Weise verstanden werden, dass der letzte Einsatz mindestens 3 Monate und 1 Tag zurückliegen muss, damit dieser unberücksichtigt bleibt und die Bemessung der Einsatzdauer wieder bei „0“ zu laufen beginnt.

Sind mehrere Überlassungen zu berücksichtigen, weil zwischen den Einsätzen an denselben Kunden nicht mehr als 3 Monate liegen, ist die insgesamt zu berücksichtigende Überlassungsdauer durch Addition zu ermitteln. Für die Berechnung von Teilmonaten ist der Monat mit 30 Tagen anzusetzen (in Anlehnung an § 191 BGB).

Die FW enthält hierzu das folgende Beispiel (FW S. 26, Variante 4)

„Verleiher V möchte den Leiharbeitnehmer L ab dem 01.04.2018 an den Entleiher E überlassen (Einsatz 1). V hat L bereits vom 20.01.2018 bis 15.02.2018 (Einsatz 2) und vom 12.06.2017 bis 24.11.2017 an E überlassen (Einsatz 3). Da zwischen den Einsätzen 1 und 2 sowie zwischen den Einsätzen 2 und 3 jeweils nicht mehr als drei Monate liegen, sind sowohl Einsatz 2 (27 Tage bzw. ein Teilmonat 27/30) als auch Einsatz 3 (fünf volle Monate - 12.06.2017 bis 11.11.2017 und 13 Tage bzw. ein Teilmonat 13/30 - 12.11.2017 bis 24.11.2017-) und damit insgesamt ein Zeitraum von sechs Monaten und 10 Tagen zu berücksichtigen. V kann L noch für elf Monate und 20 Tage an E überlassen.“

#### d) Behördliche Sanktionen bei geringfügigen Verstößen

Gemäß § 16 Absatz 1 Nr. 1e AÜG n.F. ist die vorsätzliche oder fahrlässige Überschreitung der Höchstüberlassungsdauer durch das Zeitarbeitsunternehmen eine Ordnungswidrigkeit. Diese kann mit einem Bußgeld von bis zu 30.000 € belegt werden; § 16 Absatz 2 AÜG n.F.

Bei Verstößen gegen die Höchstüberlassungsdauer können zudem erlaubnisrechtliche Konsequenzen drohen. Bei befristeten AÜ-Erlaubnissen droht die Nichtverlängerung (§ 3 Absatz 1 Nr. 1 AÜG n.F.). Bereits unbefristet erteilte AÜ-Erlaubnisse können gegebenenfalls widerrufen werden.

Die FW enthält insoweit eine Einschränkung (FW 1.2.4., S. 28):

*„Eine geringfügige Überschreitung der Überlassungshöchstdauer in einem Einzelfall alleine begründet regelmäßig nicht die Unzuverlässigkeit.“*

### **3. Equal Pay nach 9 Monaten (FW 8.4, S. 83 ff.)**

Der neu eingeführte § 8 Absatz 4 AÜG sieht vor, dass bei einer Überlassung unter Anwendung von Tarifverträgen Zeitarbeitnehmer grundsätzlich spätestens nach 9 Monaten hinsichtlich des Arbeitsentgelts mit dem vergleichbaren Arbeitnehmer im Kundenbetrieb gleichzustellen sind. Längere Abweichungen vom gesetzlichen Equal Pay-Grundsatz sind nur noch zulässig, wenn bei der Überlassung zusätzlich ein (Branchen-) Zuschlagstarifvertrag zur Anwendung kommt, der die in § 8 Absatz 4 Satz 2 AÜG genannten Voraussetzungen erfüllt.

Für die Berechnung der Einsatzdauer sind nur ab dem 01.04.2017 zurückgelegte Einsatzzeiten heranzuziehen. Die bei einem Verstoß vorgesehenen Rechtsfolgen können nach Darlegung der BA nicht vor dem 01.01.2018 eintreten. Im Übrigen gelten die obigen Ausführungen (vgl. Punkt 2) zum Entleiherbegriff, Einsatzbegriff und zur konkreten Fristberechnung auch für die Bemessung der maßgeblichen Einsatzzeiten im Hinblick auf das Erreichen der gesetzlichen Equal Pay Schwelle.

Die Ausführungen der BA zu den wesentlichen Arbeitsbedingungen im Rahmen des Gleichstellungsgrundsatzes sind unverändert geblieben. Sie geben keinen Aufschluss darüber, wie sich der gesetzliche Equal Pay Anspruch im Einzelnen definiert. Insofern übernimmt die BA lediglich die Ausführungen zur Gesetzesgründung zum neuen AÜG (FW 8.1., S. 79):

*„Zum Arbeitsentgelt zählt nicht nur das laufende Entgelt sondern jede Vergütung, die aus Anlass des Arbeitsverhältnisses gewährt wird bzw. aufgrund gesetzlicher Entgeltfortzahlungstatbestände gewährt werden muss. (...) Maßgeblich sind daher sämtliche auf den Lohnabrechnungen vergleichbarer Stammarbeitnehmer des Entleihers ausgewiesen Bruttovergütungsbestandteile.“*

#### 4. Festhaltungserklärung (FW 9, S. 90)

Das Gesetz sieht gemäß § 9 Absatz 1 AÜG in folgenden Fällen vor, dass der Arbeitsvertrag zwischen Zeitarbeitsunternehmen und Zeitarbeitnehmer unwirksam wird und ein Arbeitsverhältnis zum Kunden entsteht:

- Die Überlassung erfolgt ohne AÜ-Erlaubnis.
- Die Höchstüberlassungsdauer wird überschritten.
- Gegen die Offenlegungspflichten wird kumulativ verstoßen, d.h. die Überlassung erfolgt ohne einen Vertrag, der als Arbeitnehmerüberlassungsvertrag gekennzeichnet ist **und** ohne Konkretisierung des überlassenen Mitarbeiters.

Die Unwirksamkeit tritt nicht ein, wenn der Zeitarbeitnehmer gegenüber seinem Arbeitgeber oder dem Kunden schriftlich bis zum Ablauf eines Monats nach dem für den Beginn der Überlassung vorgesehenen Zeitpunkt bzw. nach Überschreiten der zulässigen Höchstüberlassungsdauer erklärt, dass er an seinem Arbeitsverhältnis festhält.

Eine solche Festhaltungserklärung ist jedoch nur wirksam, wenn nach § 9 Absatz 2 AÜG kumulativ die folgenden Voraussetzungen erfüllt sind:

- der Zeitarbeitnehmer muss die Erklärung vor ihrer Abgabe persönlich in einer Agentur für Arbeit vorlegen,
- die Agentur für Arbeit muss die abzugebende Erklärung mit dem Datum des Tages der Vorlage und dem Hinweis versehen haben, dass sie die Identität des Zeitarbeitnehmers festgestellt hat, und
- die Erklärung muss spätestens am dritten Tag nach der Vorlage in der Agentur für Arbeit seinem Arbeitgeber oder dem Kunden zugehen.

Eine wirksame Festhaltungserklärung verhindert lediglich die Entstehung eines Arbeitsverhältnisses mit dem Kunden, sie heilt aber nicht den jeweiligen erlaubnisrelevanten Verstoß.

Die BA führt hierzu ergänzend aus:

*„Die Abgabe einer Festhaltungserklärung hat nur zivilrechtliche Folgen und kann eine rechtswidrige Überlassung weder für die Vergangenheit noch für die Zukunft legalisieren.“*

Die oben genannten Verstöße können demzufolge auch bei Abgabe einer Festhaltungserklärung mit einer Ordnungswidrigkeit geahndet werden und erlaubnisrechtliche Maßnahmen begründen.

Ergeben sich aus der Vorlage einer Festhaltungserklärung Anhaltspunkte für Verstöße gegen das AÜG, wird die BA diesen nachgehen (vgl. FW 9 Abs. 3, S. 90).

## 5. Mischbetriebe (FW 8.5. Absatz 5, S. 86)

Die BA hat ihre bisherige Auffassung aufgegeben, wonach Unternehmen und Betriebe mit unterschiedlichen Unternehmens- und Betriebszwecken (Mischbetriebe), die nicht überwiegend Zeitarbeit betreiben, vom Geltungsbereich der Zeitarbeitstarifverträge nicht erfasst werden und deshalb nicht wirksam vom gesetzlichen Gleichstellungsgrundsatz abweichen können. Hintergrund für die geänderte Rechtsauffassung ist ein Urteil des Bundessozialgerichts vom 12.10.2016 (vgl. BAP Recht vom 20.10.2016), das die Anwendbarkeit von Zeitarbeitstarifverträgen in Mischbetrieben bestätigt.

Die BA führt hierzu aus:

*„Nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (Urteil vom 12.10.2016 - B 11 AL 6/15 R) setzt § 3 Abs. 1 Nr. 3 Satz 3 a.F. (§ 8 Abs. 2 Satz 3 n.F.) für die Bezugnahme auf einen Tarifvertrag der Zeitarbeit zur Abweichung vom Gleichstellungsgrundsatz kein Überwiegen der Arbeitnehmerüberlassung in einem Betrieb voraus. Demnach eröffnet das AÜG auch Betrieben mit unterschiedlichen Betriebszwecken (Mischbetriebe), die nicht überwiegend Arbeitnehmerüberlassung betreiben, die Möglichkeit, auf einen Tarifvertrag der Zeitarbeit zur Abweichung vom Gleichstellungsgrundsatz Bezug zu nehmen. Unternehmen und Betriebe mit unterschiedlichen Unternehmens- bzw. Betriebszwecken (Mischunternehmen bzw. -betriebe), die auch Arbeitnehmerüberlassung betreiben, können vom Gleichstellungsgrundsatz durch Anwendung eines Tarifvertrages der Arbeitnehmerüberlassung abweichen, wenn sie unter dessen Geltungsbereich fallen.“*

In Konsequenz dieser geänderten Rechtsauffassung wird in der FW im Unterschied zu der bisherigen Geschäftsanweisung auch nicht mehr gefordert, dass Mischbetriebe, die nicht überwiegend Zeitarbeit betreiben und bei der Überlassung Zeitarbeitstarifverträge anwenden wollen, über eine eigenständige Betriebsabteilung für den Bereich Zeitarbeit verfügen müssen.

## 6. Verbot der Kettenüberlassung (FW 1.1.2. Absatz 11, S. 10)

Ketten-, Zwischen- oder Weiterüberlassung liegt vor, wenn ein Kunde die ihm überlassenen Zeitarbeitnehmer wiederum einem anderen Kunden zur Arbeitsleistung zur Verfügung stellt. Solche (Weiter-) Überlassungen sind aufgrund der neuen gesetzlichen Regelung gemäß § 1 Absatz 1 Satz 3 AÜG n.F. nunmehr ausdrücklich verboten und können als Ordnungswidrigkeit mit einer Geldbuße von bis zu 30.000 Euro geahndet werden.

Die BA hatte auch schon in der bisherigen Geschäftsanweisung die Auffassung vertreten, dass die Kettenüberlassung unzulässig ist.

## 7. Streikeinsatzverbot (FW 11 Absatz 9, S. 95)

Gemäß § 11 Absatz 5 AÜG n.F. ist es Kundenbetrieben zukünftig untersagt, Zeitarbeitnehmer tätig werden zu lassen, wenn ihr Betrieb unmittelbar durch einen Arbeitskampf betroffen ist. Dieses an den Kundenbetrieb gerichtete Streikeinsatzverbot gilt dann nicht, wenn der Kunde sicherstellt, dass die Zeitarbeitnehmer während des Streiks keine Tätigkeiten übernehmen, die bisher von streikenden Stammmitarbeitern erledigt wurden (vgl. Rundschreiben BAP Recht vom 25.11.2016).

Die FW stellt klar, dass sich das Streikeinsatzverbot grundsätzlich an den Kunden richtet. Bei einem Verstoß kann dieser mit einer Geldbuße bis zu 500.000 Euro belegt werden.

**Allerdings können auch dem Zeitarbeitsunternehmen erlaubnisrechtliche Konsequenzen drohen.**

Die BA führt hierzu aus:

*„Erlaubnisrechtliche Konsequenzen über die Zuverlässigkeitsprüfung (§ 3 Absatz 1 Nr. 1) sind in Betracht zu ziehen, wenn dem Erlaubnisinhaber bekannt war, dass die überlassenen Leiharbeiter in einem bestreikten Betrieb als Streikbrecher eingesetzt werden. **Findet eine tarifvertragliche Streikklausel für den betroffenen Betrieb Anwendung, ist dieser Umstand bei der erlaubnisrechtlichen Prüfung zu beachten.**“*

---

Die „Fachliche Weisung“, die wir Ihnen bereits mit Rundschreiben BAP Recht vom 20.03.2017 übersandt haben, finden Sie auch auf der Homepage der BA unter folgendem Link:

<https://www3.arbeitsagentur.de/web/wcm/idc/groups/public/documents/webdatei/mdaw/mjax/~edisp/egov-content502079.pdf?ba.sid=EGOV-CONTENT502082>

Ab dem 29.03.2017 können Sie auf ein BAP | Recht digital zugreifen, in dem Ihnen auf Basis der „Fachlichen Weisung“ der BA in einer Videopräsentation die Regelungen erläutert werden, die Sie ab dem 01.04.2017 zu beachten haben. Nähere Informationen hierzu erhalten Sie am 29.03.2017 in einem gesonderten Rundschreiben.

