

BAP Recht | Digital

„Fachliche Weisung“ der Bundesagentur für Arbeit zum AÜG – Umsetzungspflichten zum 1. April 2017

Alexander Schalimow

Stellv. Leiter Abteilung Recht / Tarif und Internationales

Christiane Brose

Rechtsanwältin – Referentin Abteilung Recht / Tarif Internationales

Themen

I. Einleitung

II. Offenlegungspflichten

III. Bemessung der Einsatzdauer

1. Praxisrelevante Fragen zur Fristberechnung
2. Wer ist Entleiher?
3. Wie wird „Einsatz“ definiert?
4. Wie berechnet man die Fristen (9 bzw. 18 Monate)?

I. Einleitung

1. Kernpunkte der AÜG Novellierung und praxisrelevante Fragen

Neureglungen im AÜG:

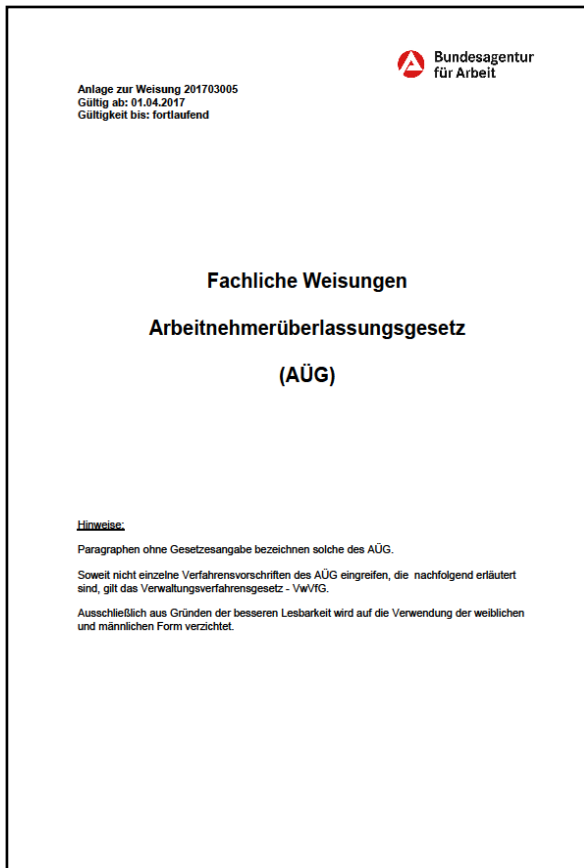
- **Offenlegungspflichten**
- **Höchstüberlassungsdauer von 18 Monaten**
- **Equal Pay nach 9 Monaten**

Praxisrelevante Fragen:

- Bedarf die Konkretisierung der Schriftform?
- Auswirkungen auf Altverträge?
- Wer ist „Entleiher“?
- Wie definiert sich der „Einsatz“ und was zählt als Unterbrechung?
- Wie berechnen sich die Fristen?

I. Einleitung

2. Fachliche Weisung der BA



Bundesagentur für Arbeit veröffentlichte am
20. März 2017

Fachliche Weisungen Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG)

<https://www3.arbeitsagentur.de/web/content/DE/Veroeffentlichungen/Weisungen/Unternehmen/index.htm>



ersetzt die bisherige
„Geschäftsanweisung AÜG“

II. Offenlegungspflichten

II. Offenlegungspflichten

1. Gesetzliche Regelungen im Wortlaut



§ 1 Abs. 1 Satz 5 und 6 AÜG n.F.:

„Verleiher und Entleiher haben die Überlassung von Leiharbeitnehmern in ihrem Vertrag ausdrücklich als Arbeitnehmerüberlassung zu bezeichnen, bevor sie den Leiharbeitnehmer überlassen oder tätig werden lassen. Vor der Überlassung haben sie die Person des Leiharbeitnehmers unter Bezugnahme auf diesen Vertrag zu konkretisieren.“

§ 11 Abs. 2 Satz 4 AÜG n.F.:

„Der Verleiher hat den Leiharbeitnehmer vor jeder Überlassung darüber zu informieren, dass er als Leiharbeitnehmer tätig wird.“

II. Offenlegungspflichten

2. Gesetzliche Regelungen im Überblick



- Der schriftliche zu schließende Vertrag zwischen Zeitarbeitsunternehmen und Kunde ist ausdrücklich als **Arbeitnehmerüberlassungsvertrag** zu bezeichnen.
- Vor der Überlassung ist der betroffene **Zeitarbeitnehmer namentlich zu konkretisieren**.
- **Mitteilungspflicht:** Vor jedem Einsatz hat das Zeitarbeitsunternehmen den Zeitarbeitnehmer zu informieren, dass er als „Leiharbeitnehmer“ tätig wird.

II. Offenlegungspflichten

3. Bedarf die Konkretisierung des zu überlassenden Zeitarbeitnehmers der Schriftform?



Die BA vertritt folgende Ansicht :

Die Konkretisierung kann durch namentliche Benennung der zu überlassenden Person im Überlassungsvertrag selbst oder unter Bezugnahme auf diesen Vertrag erfolgen kann, wobei im letztgenannten Fall das **Schriftformerfordernis des § 12 Absatz 1 Satz 1 AÜG, § 126 BGB für die Konkretisierung des Mitarbeiters nicht verlangt** wird.

II. Offenlegungspflichten

3. Bedarf die Konkretisierung des zu überlassenden Zeitarbeitnehmers der Schriftform?



Ausführungen der BA (FW 1.1.6.7., S. 20):

*„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.**“*

II. Offenlegungspflichten

3. Bedarf die Konkretisierung des zu überlassenden Zeitarbeitnehmers der Schriftform?



Auffassung der BA im Überblick:

| In Schriftform vorliegend | Keine Schriftform erforderlich |
|--|---|
| <p>Wenn Überlassung bestimmter Arbeitnehmer wesentlicher Inhalt der vertraglichen Abrede ist</p> <p>z.B. wenn die namentliche Benennung bereits im (Einzel-) AÜ-Vertrag erfolgt ist</p> | <p>Zeitarbeitnehmer wird erst im Zuge der Erfüllung des Überlassungsvertrags unter Bezugnahme auf diesen Vertrag namentlich benannt</p> <p>z.B. wenn der Überlassungsvertrag als Rahmenvertrag über ein Arbeitskräftekontingent ausgestaltet ist</p> |

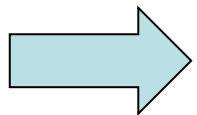
II. Offenlegungspflichten

3. Bedarf die Konkretisierung des zu überlassenden Zeitarbeitnehmers der Schriftform?



Auffassung der BA in der Zusammenfassung:

Soweit Arbeitnehmer nicht bereits im Überlassungsvertrag benannt ist, muss dem Kunden vor Beginn der Überlassung in Textform – also bspw. per Email oder Fax – mitgeteilt werden, welcher Zeitarbeitnehmer auf Grundlage des bestehenden (Rahmen-) AÜ-Vertrages eingesetzt wird und der



Nachweis über die Konkretisierung

zu den Geschäftsunterlagen genommen und aufbewahrt werden.

II. Offenlegungspflichten

4. Fazit und Handlungsbedarf



- 1. Prüfen Sie, ob sämtliche Überlassungsverträge – auch Altverträge - als „*Arbeitnehmerüberlassung*“ gekennzeichnet sind.**
- 2. Soweit der Arbeitnehmer nicht bereits im Überlassungsvertrag benannt ist, muss dem Kunden grundsätzlich vor Beginn der Überlassung in Textform – also bspw. per Email oder Fax – mitgeteilt werden, welcher Zeitarbeitnehmer auf Grundlage des bestehenden AÜ-Vertrages eingesetzt wird.**
- 3. Prüfen Sie, ob die namentliche Benennung des überlassenen Mitarbeiters (Konkretisierung, Punkt 2.) auch bei Altverträgen bereits erfolgt ist. Wenn nicht, holen Sie die Konkretisierung zumindest in Textform (per Email oder Fax) unter Bezugnahme auf den bestehenden Überlassungsvertrag nach.**

III. Bemessung der Einsatzdauer

für das Erreichen der Höchstüberlassungsgrenze
und der Equal Pay Schwelle

III. Bemessung der Einsatzdauer

1. Praxisrelevante Fragen zur Fristberechnung

Neureglungen:

- **Höchstüberlassungsdauer von 18 Monaten**
- **Equal Pay nach 9 Monaten**

Praxisrelevante Fragen:

- Wer ist „**Entleiher**“?
- Wie definiert sich der „**Einsatz**“ und was zählt als Unterbrechung?
- Wie berechnen sich die **Fristen**?

III. Bemessung der Einsatzdauer

2. Wer ist Entleiher?

Gesetzlicher Wortlaut – Höchstüberlassungsdauer :

*„Der Verleiher darf denselben Leiharbeitnehmer nicht länger als 18 aufeinander folgende Monate **demselben Entleiher** überlassen.“
(§ 1 Abs. 1b S.1 AÜG n.F.)*

Gesetzlicher Wortlaut – Equal Pay nach 9 Monaten :

*„Ein Tarifvertrag im Sinne des Absatzes 2 kann hinsichtlich des Arbeitsentgelts vom Gleichstellungsgrundsatz für die ersten neun Monate einer Überlassung **an einen Entleiher** abweichen.
(§ 8 Abs. 4 S.1 AÜG n.F.)*

III. Bemessung der Einsatzdauer

2. Wer ist Entleiher?

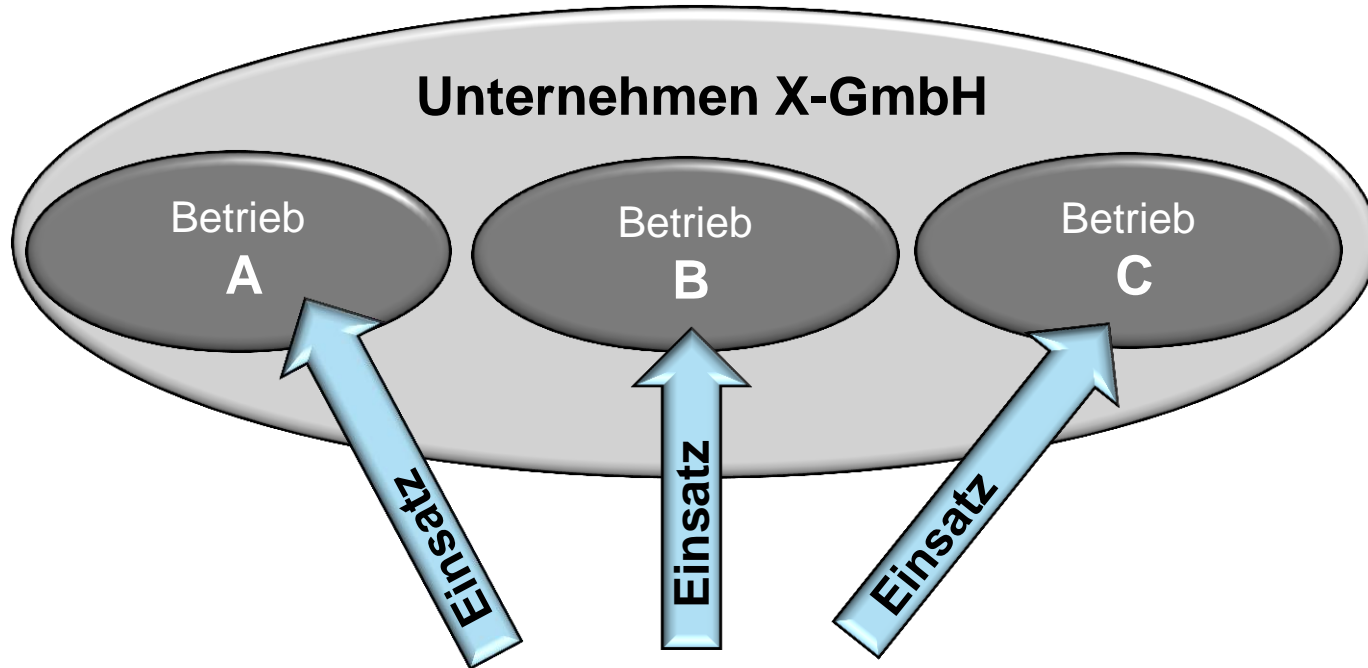


Auffassung BA, Fachliche Weisung 1.2.1., S. 23:

- Entleiher ist, **wer als juristische Person selbst Arbeitgeber sein könnte.**
- Für die Beurteilung, ob es sich um denselben Entleiher handelt, ist auf den Entleiher als Arbeitgeber und juristische Person abzustellen. **Maßgeblich ist nicht die Einsatzdauer in einem einzelnen Betrieb sondern der Einsatz beim Entleiher als Arbeitgeber.**
- Folglich ist der Entleiher nicht der Betrieb, sondern das Unternehmen, zu dem der Betrieb gehört.

III. Bemessung der Einsatzdauer

2. Wer ist Entleiher?



Einsatzzeiten in verschiedenen Betrieben eines Unternehmens sind grundsätzlich zu addieren.



III. Bemessung der Einsatzdauer

3. Wie wird „Einsatz“ definiert?

Gesetzlicher Wortlaut – Höchstüberlassungsdauer und Equal Pay:

*„Der Zeitraum vorheriger Überlassungen durch denselben oder einen anderen Verleiher an denselben Entleiher ist vollständig anzurechnen, wenn **zwischen den Einsätzen** jeweils nicht mehr als drei Monate liegen.“*
(§ 1 Absatz 1b) S.2 und § 8 Absatz 4 S.4 AÜG n.F.).

| Formeller Einsatzbegriff | Materieller Einsatzbegriff |
|--|--|
| Einsatz dauert an, solange AÜV besteht | Einsatz erfordert auch ein tatsächliches Tätigwerden |
| z.B. Urlaub/Krankheit/Feiertage | |
| ← | → |
| Einsatz dauert an | Einsatz wird unterbrochen |

III. Bemessung der Einsatzdauer

3. Wie wird „Einsatz“ definiert?



Auffassung der BA, 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.“*

III. Bemessung der Einsatzdauer

3. Wie wird „Einsatz“ definiert?



Auffassung der BA, FW 1.2.1. Absatz 2, S. 23:

- BA folgt eher dem formellen Einsatzbegriff.
- Anknüpfungspunkt für Beginn und Ende eines Einsatzes ist die vertragliche Vereinbarung.
- Nicht ausreichend ist es, lediglich die Tage zu berücksichtigen, an denen der Mitarbeiter tatsächlich beim Kunden tätig ist.

III. Bemessung der Einsatzdauer

3. Wie wird „Einsatz“ definiert?

- ➔ „Abmeldung“ als Anknüpfungspunkt für Unterbrechungen
- ➔ „Abmeldung“ alleine maßgeblich? Korrektiv nach früherer Handhabung:

*„Maßgeblich ist vielmehr, ob unter Berücksichtigung der gesamten Umstände des konkreten Falls zwischen dem vorangegangenen Einsatz des Leiharbeitnehmers und seiner weiteren Überlassung an denselben Entleiher ein **enger sachlicher Zusammenhang besteht**, was sich insbesondere nach Anlass und Dauer der Unterbrechung sowie der Art der Weiterbeschäftigung beurteilt.“* (Boemke, AÜG, 1. Aufl., 2002, § 3 Rn. 98; so auch BAG vom 23.11.1988, BB 1989, 1898, 1899)

III. Bemessung der Einsatzdauer

4. Wie berechnet man die Fristen (9 bzw. 18 Monate)?



Berechnung nach § § 187, 188 BGB bei ununterbrochenem Einsatz:

Keine Anwendung des § 191 BGB

| | Fristbeginn: | Einsatzzeit | Fristende: |
|---------------------------|---------------------|--------------------|-------------------|
| Equal Pay: | 01.04.2017 | 9 Monate | 31.12.2017 |
| Weiteres Beispiel: | 15.06.2017 | 9 Monate | 14.03.2018 |
| Höchstüberlassung: | 01.04.2017 | 18 Monate | 30.09.2018 |
| Weiteres Beispiel: | 03.04.2017 | 18 Monate | 02.10.2018 |

III. Bemessung der Einsatzdauer

4. Wie berechnet man die Fristen (9 bzw. 18 Monate)?



Berechnung bei Einsätzen mit Unterbrechungen:

§ 8 Abs. 4 Satz 4, § 1 Abs. 1b S.2 AÜG n.F.:

*„Der Zeitraum vorheriger Überlassungen durch denselben oder einen anderen Verleiher an denselben Entleiher ist vollständig anzurechnen, wenn zwischen den Einsätzen jeweils nicht **mehr als drei Monate** liegen.“*

▪ Unterbrechung von **„mehr als 3 Monaten“**:



Einsatzzeit beginnt erneut bei „0“ zu laufen.

BA lässt offen, ob „mehr als 3 Monate“ = 3 Monate + 1 Tag ist.

Aus Gründen der Rechtssicherheit ist von 3 Monaten + 1 Tag auszugehen.

III. Bemessung der Einsatzdauer

4. Wie berechnet man die Fristen (9 bzw. 18 Monate)?



Berechnung bei Unterbrechungen, die nicht „mehr als 3 Monate“ betragen:

Auffassung der BA:

- 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).

III. Bemessung der Einsatzdauer

| Unterbrechung nicht mehr als 3 Monate | Kunde A Einsatz 1 | Kunde B Einsatz 2 | Kunde A Einsatz 3 |
|---|---|---|--|
| Höchstüberlassung | 01.04.2017- 31.05.2017 (2 Monate) | 01.06.2017- 31.07.2017 (2 Monate) | Einsatz weiter ab 01.08.2017 Ende Höchstüberlassungsdauer: 18 Monate abzüglich 2 Monate Vorbeschäftigung bei Kunde A = 16 übrige Monate <u>Ende am 30.11.2018</u> |

III. Bemessung der Einsatzdauer

| Unterbrechung mehr als 3 Monate | Kunde A Einsatz 1 | Kunde B Einsatz 2 | Kunde A Einsatz 3 |
|------------------------------------|---|---|--|
| Höchstüberlassung | 01.04.2017- 31.05.2017 (2 Monate) | 01.06.2017- 31.10.2017 (5 Monate) | Einsatz weiter ab 01.11.2017 Ende Höchstüberlassung: da mehr als 3 Monate Unterbrechung keine Vorbeschäftigung bei Kunde A anrechenbar = 18 übrige Monate <u>Ende am 30.04.2019</u> |

| Unterbre- chung nicht mehr als 3 Monate - Teilmonate | Kunde A Einsatz 1 | Kunde A Einsatz 2 | Kunde A Einsatz 3 |
|--|--|---|--|
| Höchstüber- lassung | 12.06.2017- 24.11.2017 (5 volle Monate 12.6.-11.11.+ 13 Tage bzw. 13/30) <div style="border: 1px solid black; padding: 5px; color: red;"> insgesamt 6 Monate und 10 Tage Überlassungszeit </div> | 20.01.2018- 15.02.2018 (27 Tage bzw. 27/30) | Einsatz weiter ab 01.04.2018 Ende Höchstüberlassung: 18 Monate 6 Monate und 10 Tage Vorbeschäftigung anrechenbar = 11 übrige Monate und 20 Tage <u>Ende am 20.03.2019</u> |



Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

Bundesarbeitgeberverband der Personaldienstleister e. V.