

Update zur AÜG-Reform 2017: Bundesagentur für Arbeit veröffentlicht *Fachliche Weisungen!*

EINFÜHRUNG

Am 01. April 2017 tritt bekanntermaßen das reformierte AÜG in Kraft. Die damit einhergehenden Herausforderungen für die Praxis haben wir in unserer [Mandanten-Info 06/2016](#) bereits umfassend beleuchtet. Nachdem in der Folge einige Kontroversen zu zentralen Aspekten des neuen Gesetzes für ein wenig Unsicherheit gesorgt haben, hat die Bundesagentur für Arbeit (BA) am 20. März 2017 ihre [„Fachlichen Weisungen zum AÜG“](#) (FW) aktualisiert. Diese bieten pünktlich zum Inkrafttreten des neuen Gesetzes eine umfangreiche Orientierungshilfe für die Praxis.

„ENTLEIHER“ = „UNTERNEHMEN“

Von zentraler Bedeutung ist zunächst der Begriff des Entleihers, an den einige der wesentlichen AÜG-Regelungen, bspw. zur 18-monatigen Höchstüberlassungsdauer oder zur 9-monatigen Möglichkeit von Abweichungen zum Equal-Pay, anknüpfen. Hier stellt die BA klar, dass mit diesem Begriff die jeweilige **juristische Person** bzw. die rechtliche Organisationsform gemeint ist (FW 1.2.1.). Mit Blick auf die genannten Fristen unterbricht also der Wechsel lediglich des Einsatzbetriebs oder Arbeitsplatzes einen Überlassungsvorgang nicht, ein Wechsel des Einsatzunternehmens – auch im Konzernverbund – dagegen schon. Bekanntermaßen beginnt die Uhr nach einer mindestens 3-monatigen Unterbrechung dann wieder von vorn.

ZULÄSSIGKEIT „ROLLIERENDER SYSTEME“

Dies hat zur Folge, dass auch rollierende Systeme, die den Austausch von Leiharbeitnehmern zwischen Unternehmen jeweils vor Erreichen der 9- bzw. 18-Monatsgrenze vorsehen, als grundsätzlich zulässig angesehen werden können. In extremen Fällen droht allerdings die gerichtliche Korrektur wegen **Rechtsmissbrauchs**. Wird bspw. eine Tochtergesellschaft nur deshalb gegründet, um allein dem Austausch der Leiharbeitnehmer zu dienen (zugespitzt ist an einen Einsatz im Gemeinschaftsbetrieb, d. h. ohne faktischen Wechsel des Arbeitsplatzes, und zur Vermeidung von Equal-Pay zu denken), ist Vorsicht geboten. Wo genau die Grenze liegt, kann allein im Einzelfall entschieden werden.

BERECHNUNG DER HÖCHSTFRISTEN

Hinsichtlich der Berechnung der Fristen stellt die BA klar, dass es nicht darauf ankommt, ob der Arbeitnehmer in **Voll- oder Teilzeit** beschäftigt wird (FW 1.2.1.) Dass Sonn-, Feier-, Urlaubstage etc. – so wie vereinzelt vertreten – bei der Berechnung nicht abgezogen werden, war auch vor den FW eine Selbstverständlichkeit.

Ganz konkret bedeutet dies, dass eine am 01. Januar 2018 beginnende Überlassung maximal bis zum 30. Juni 2019 möglich ist, ganz gleich ob eine Zwei- oder eine Fünf-Tage-Woche vereinbart ist, wie viel Urlaub der Arbeitnehmer hatte oder wie oft er krank war.

Hiervon wird allenfalls eine Ausnahme zu machen sein, wenn der Arbeitsvertrag bspw. im Fall einer 2-monatigen Abwesenheit für diesen Zeitraum **einvernehmlich beendet** wird. Diese Zeiten dürften bei der Berechnung nicht zu berücksichtigen sein. Eine weitere Ausnahme von der strikten Berechnung kommt auch dann in Betracht, wenn die Überlassung nur **sehr unregelmäßig und in geringem Umfang** erfolgt. Zu der Frage, wo die Grenze liegt, gibt die BA keine Auskunft. Dies wird aber auch lediglich im Einzelfall zu klären sein.

EQUAL PAY = EQUAL TREATMENT

Weiter stellt die BA klar, dass zum „Equal Pay“ neben dem laufenden Entgelt nicht nur **andere Vergütungsbestandteile** wie Urlaubsentgelt, Sonderzahlungen, Zulagen und Zuschläge zu zählen sind, sondern dass es hier umfassend um **„Equal Treatment“** geht. Leiharbeitnehmer sind also auch in puncto Arbeitszeit, hinsichtlich der Pausen, Überstunden und Ruhezeiten sowie des Urlaubs etc. mit den vergleichbaren Arbeitnehmern des Entleihers gleichzustellen (FW 8.1). In den Fällen, wo keine kollektiven Regelungen (bspw. Tarifverträge) Anhaltspunkte liefern, kann sich die Ermittlung der konkreten „Equal Treatment“-Grundsätze mitunter als schwierig erweisen. Auch hier gilt aber wieder, maßgeblich bleibt der Einzelfall.

KEINE SCHRIFTFORM BEI DER KONKRETISIERUNG

Hohen administrativen Aufwand für die Praxis verursacht weiterhin die gesetzliche Pflicht zur (namentlichen) Konkretisierung der eingesetzten Leiharbeitnehmer **vor ihrem** Einsatz und unter Bezug auf den Überlassungsvertrag. Hier verschafft die BA etwas Abhilfe. Schließen Verleiher und Entleiher – wie in der Praxis üblich – einen Rahmenvertrag ohne Benennung der einzusetzenden Arbeitnehmer, ist bei der erforderlichen Konkretisierung nicht das für den Überlassungsvertrag geltende Schriftformerfordernis (das heißt nicht nur „schriftlich“, sondern auch eigenhändige Unterschrift) zu beachten.

Zur Nachweisbarkeit sollte die Konkretisierung aber zumindest in Textform erfolgen. Die FW stellt ausdrücklich klar, dass hierzu z.B. eine **E-Mail unter Bezugnahme auf den Überlassungsvertrag** ausreicht, die zu den Geschäftsunterlagen zu nehmen ist (FW 1.1.6.7.).

AUSBLICK

Neben diesen Kernaspekten enthält die FW auf insgesamt 101 Seiten zahlreiche weitere Klarstellungen zum neuen AÜG und bildet somit ein hervorragendes Nachschlagewerk für die Praxis.

In diesem Zusammenhang ist nur zu berücksichtigen, dass die FW streng genommen nur über zwei Anwendungsbereiche verfügt: zum einen für die Prüftätigkeit der BA hinsichtlich der Erteilung und Verlängerung der Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis, zum anderen orientieren sich auch die Zollbehörden, die die Einhaltung der AÜG-Vorschriften überwachen, in der Regel ebenfalls hieran.

Eine zivilrechtliche Bindungswirkung haben die FW dagegen nicht. Der Richter ist also frei darin, abweichend hiervon zu entscheiden. Die Erfahrung hat aber gezeigt, dass auch die gerichtliche Entscheidungspraxis weitestgehend mit den FW übereinstimmt. Grundlegende Abweichungen sind also auch dieses Mal nicht zu erwarten.

WEITERE INFORMATIONEN

Weitere Informationen zu den Themen Arbeitnehmerüberlassung und Werkverträge finden Sie auf unserer Website unter dem Stichwort **Contractor Compliance**.

Gerne nehmen wir Sie auch auf den Verteiler unseres kostenlosen Kanzlei-Newsletters auf, in dem wir regelmäßig auch arbeitsrechtliche Fragen rund um das Thema Vergütung behandeln. Schicken Sie uns zu diesem Zweck gerne einfach eine kurze **Mail**.

ANSPRECHPARTNER



Dr. Thilo Mahnhold
t.mahnhold@justem.de
www.justem.de



Dr. Daniel Klösel
d.kloesel@justem.de