Bundesagentur für Arbeit

AV32 - 7160.4(1)

gültig ab 20.07.2015

Geschäftsanweisung zum Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG)

Stand: Juli 2015

Hinweise:

Paragraphen ohne Gesetzesangabe bezeichnen solche des AÜG.

Soweit nicht einzelne Verfahrensvorschriften des AÜG eingreifen, die nachfolgend erläutert sind, gilt das Verwaltungsverfahrensgesetz - VwVfG.

Ausschließlich aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird auf die Verwendung der weiblichen und männlichen Form verzichtet.

1. § 1 Erlaubnispflicht 6
1.1 Grundsätzliches zur Erlaubnispflicht nach § 1 6
1.1.1 Geltungsbereich der Erlaubnispflicht nach dem AÜG 6
1.1.2 Begriffsbestimmungen 7
1.1.3 Vorübergehende Arbeitnehmerüberlassung im Rahmen der wirtschaftlichen Tätigkeit 9
1.1.4 Arbeitnehmerüberlassung und spezialgesetzliche Normen 10
1.1.5 Besondere Fallgestaltungen/-beispiele 10
1.1.6 Abgrenzung zu anderen drittbezogenen Personaleinsätzen 13
1.2 Vermutung der Arbeitsvermittlung (§ 1 Abs. 2) 20
1.3 Nichtanwendung des AÜG (§ 1 Abs. 3) 20
1.3.1 ANÜ zur Vermeidung von Kurzarbeit oder Entlassungen 20
1.3.2 Arbeitnehmerüberlassung zwischen Konzernunternehmen 21
1.3.3 Gelegentliche Arbeitnehmerüberlassung (§ 1 Absatz 3 Nr. 2a) 23
1.3.4 ANÜ zu deutsch-ausländischen Gemeinschaftsunternehmen 23
1a. § 1a Anzeige der Überlassung 24
1a.1 Anzeigepflichtige Überlassung 24
1a.2 Anzeigeverfahren 24
1b. § 1b Einschränkungen im Baugewerbe 26
1b.1 Einschränkung im Baugewerbe 26
1b.2 Ausnahmeregelung 27
2. § 2 Erteilung und Erlöschen der Erlaubnis 30
2.1 Antragstellung (§ 2 Abs. 1) 30
2.1.1 Grundsätzliches 30
2.1.2 Antragsbearbeitung 31
2.1.3 Antragsteller 31
2.1.5 Entscheidung über den Antrag 35
2.1.6 Zustellung von Entscheidungen 35
2.1.7 Rückgabe der Erlaubnisurkunden 35

2.1.8 Bedingungen und Auflagen (§ 2 Abs. 2) 36
2.3 Widerrufsvorbehalt (§ 2 Abs. 3) 37
2.4 Verlängerung der Erlaubnis (§ 2 Abs. 4) 38
2.5 Unbefristete Erlaubnis (§ 2 Abs. 5) 39
2a. § 2a Gebühren und Auslagen 41
2a.1 Gebühren und Auslagen 41
2a.2 Gebühren 41
2a.3 Verfahren 41
2a.4 Sonderfälle 43
3. § 3 Versagung 46
3.1 Gründe für die Versagung nach § 3 Abs. 1 46
3.1.1 Einhaltung rechtlicher Vorschriften durch den Verleiher 46
3.1.2 Zusammenarbeit mit anderen Stellen 48
3.1.3 Persönliche Zuverlässigkeitskriterien 49
3.1.4 Betriebsorganisation nach § 3 Abs. 1 Nr. 2 51
3.1.5 Gleichstellungsgrundsatz 52
3.1.6 Ausnahmen vom Gleichstellungsgrundsatz 53
3.1.7 Die sog. „Drehtürregelung“ nach § 3 Abs. 1 Nr. 3 54
3.1.8 Grundaussagen zur Anwendung von Tarifverträgen 55
3.2 Arbeitnehmerüberlassung innerhalb der EU/des EWR 59
3.3 Verleih aus Nicht-EU/EWR-Staaten 59
3.4 Antragsteller ohne deutsche Staatsangehörigkeit 59
3.5 Antragsteller/Verleiher aus der EU/dem EWR 59
4. § 4 Rücknahme 61
4.1 Rücknahme von Erlaubnissen 61
4.2 Ausgleich des Vermögensnachteils 62
4.3 Frist für die Rücknahme 62
5. § 5 Widerruf 63

5.1 Widerruf von Erlaubnissen 63
5.2 Ausschluss des Widerrufsrechts 64
5.3 Widerrufsfrist 64
6. § 6 Verwaltungszwang 65
6.1 Voraussetzung für den Verwaltungszwang nach § 6 65
6.2 Anwendung des Verwaltungszwangs nach dem VwVG 65
7. § 7 Anzeigen und Auskünfte 67
7.1 Anzeigen und Auskünfte 67
7.2 Anzeigepflicht 67
7.3 Auskunftspflicht 69
7.4 Betretungs- und Prüfungsrecht (behördliche Nachschau) 70
7.5 Durchsuchungsrecht 71
7.6 Auskunftsverweigerungsrecht 71
7.7 Prüfungsschwerpunkte 72
8. § 8 Statistische Meldungen 74
9. § 9 Unwirksamkeit 75
10. § 10 Rechtsfolgen bei Unwirksamkeit, Pflichten des Arbeitgebers zur Gewährung von Arbeitsbedingungen 77
10.1 Rechtsfolgen bei Unwirksamkeit nach § 9 Nr. 1 77
10.2 Rechtsfolgen bei Unwirksamkeit nach § 9 Nr. 2, Pflichten des Arbeitgebers zur Gewährung von Arbeitsbedingungen 77
11. § 11 Sonstige Vorschriften über das Leiharbeitsverhältnis 79
12. § 12 Rechtsbeziehungen zwischen Verleiher und Entleiher 82
13. § 13 Auskunftsanspruch des Leiharbeitnehmers 83
13a. § 13a Informationspflicht des Entleihers über freie Arbeitsplätze 84
13b. § 13b Zugang des Leiharbeitnehmers zu Gemeinschaftseinrichtungen oder –diensten 85
16. § 16 Ordnungswidrigkeiten 86
16.1 Ordnungswidrigkeiten 86

16.2 Zuständigkeit für die Verfolgung und Ahndung 86

Anlage Anschriften

Mit dem AÜG wird das Ziel verfolgt, die Arbeitnehmerüberlassung sozial auszugestalten. Das AÜG setzt die europäische Richtlinie 2008/104/EG über Leiharbeit um.

1. § 1 Erlaubnispflicht

1.1 Grundsätzliches zur Erlaubnispflicht nach § 1

(1) § 1 verfolgt in erster Linie das Ziel, für die Arbeitnehmerüberlassung rechtliche Rahmenbedingungen zu schaffen, die den Anforderungen eines sozialen Rechtsstaats genügen (BT-DRS VI/2303, S. 9f.). Arbeitnehmerüberlassung im Rahmen wirtschaftlicher Tätigkeit ist **grundsätzlich verboten**, es sei denn, der Verleiher verfügt über eine entsprechende Erlaubnis (präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt).

(2) Die Arbeitnehmerüberlassung wird innerhalb eines Dreipersonenverhältnisses abgewickelt, an dem Verleiher, Entleiher und der zu verleihende Arbeitnehmer beteiligt sind. Zwischen Verleiher und Entleiher wird der Arbeitnehmerüberlassungsvertrag geschlossen, mit dem sich der Verleiher verpflichtet, dem Entleiher vorübergehend (§ 1 Abs. 1 S. 2) einen geeigneten Arbeitnehmer zur Arbeitsleistung zu verschaffen (Gattungsschuld). Arbeitgeber des Leiharbeitnehmers ist der Verleiher, so bleibt es auch während der Überlassungszeit.

1.1.1 Geltungsbereich der Erlaubnispflicht nach dem AÜG

(1) Räumlich beschränkt sich der **Geltungsbereich der Erlaubnispflicht des AÜG** nach dem Territorialitätsprinzip auf die Bundesrepublik Deutschland. Hierzu gehören auch unter der Bundesflagge fahrende Schiffe und Luftfahrzeuge.

(2) Innerhalb Deutschlands gilt das AÜG für das Tätigwerden einheimischer wie ausländischer Verleiher gleichermaßen. Erfasst wird daher der Verleih in Deutschland, sowie nach Deutschland hinein und aus Deutschland heraus. Nicht erfasst ist der Verleih durch einen ausländischen Verleiher an einen inländischen Entleiher, wenn der Leiharbeitnehmer ausschließlich im Ausland eingesetzt wird.

(3) Deutsche Rechtsvorschriften sind jedoch nur dann anzuwenden, wenn die gesetzlich vorgeschriebenen Merkmale auf dem Territorium des betreffenden Staates gegeben sind. Beispiel: Besteht in Österreich kein Verbot des Verleihs in Baubetriebe, ist ein Verleih von Deutschland nach Österreich in Baubetriebe zulässig.

(4) Der gegenständliche Geltungsbereich ist vielfach eingeschränkt und durch wichtige Bereichsausnahmen gestaltet. Insoweit wird auf § 1 Abs. 1 Satz 3 und § 1 Abs. 3 verwiesen.

1.1.2 Begriffsbestimmungen

(1) Das Gesetz bezeichnet als **Verleiher** denjenigen, der Arbeitnehmer überlässt (§ 1 Abs. 1). Verleiher kann jeder sein, der auch Arbeitgeber sein kann, z.B. natürliche und juristische Personen, Personengesellschaften und -gesamtheiten. Ändert sich die Rechtsform eines Arbeitgebers, kann dies Auswirkungen auf eine erteilte Erlaubnis haben (GA zu § 7).

(2) Der legale Verleiher ist Arbeitgeber im arbeitsrechtlichen Sinne. Das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses ist nach den allgemeinen Grundsätzen des Arbeitsrechts zu beurteilen. Der Verleiher hat mit der Beschäftigung eines Leiharbeitnehmers das Arbeitgeberrisiko und die Arbeitgeberpflichten insbesondere nach dem Arbeits-, Steuer- und Sozialversicherungsrecht (GA zu § 3) zu übernehmen. Erfüllt er diese Pflichten nicht, kann die Vermittlungsvermutung nach § 1 Abs. 2 zutreffen. Unabhängig davon kann sich die Frage der Zuverlässigkeit im Sinne von § 3 Abs. 1 Nr. 1 stellen.

(3) Dem **Entleiher** ("Dritte") werden die Leiharbeitnehmer vom Verleiher zur Arbeitsleistung überlassen. Als Entleiher kommt mit Ausnahme des Verleihers jeder in Betracht, der selbst Arbeitgeber sein könnte. Die rechtliche Organisationsform ist wie beim Verleiher für die Entleihereigenschaft ohne Belang.

(4) Als Entleiher ist der **Betrieb** anzusehen, der aufgrund Aufgabenbereich und Organisation eigenständig handelt und zur selbständigen Einstellung und Entlassung von Arbeitnehmern der überlassenen Art berechtigt ist.

(5) **Leiharbeitnehmer** kann jeder sein, der auch Arbeitnehmer sein kann. Für das AÜG ist der allgemeine arbeitsrechtliche Arbeitnehmerbegriff maßgeblich. Kennzeichnend für die Arbeitnehmereigenschaft ist die persönliche Abhängigkeit, also die Weisungsgebundenheit hinsichtlich Zeit, Dauer, Art und Ort der Arbeitsausführung sowie die Eingliederung in den Betrieb. Auf die sozialversicherungs- oder steuerrechtliche Beurteilung kommt es nicht allein an, dennoch kommt der Abführung von Lohnsteuer und Sozialversicherungsabgaben Beweiswert zu. Arbeitnehmer können auch in Teilzeit oder geringfügig Beschäftigte (§ 8 SGB IV) und Personen, die "Dienste höherer Art" leisten (z.B.: Architekten) sein.

(6) Arbeitnehmer sind auch Personen, die formal wie Selbständige auftreten, tatsächlich aber abhängig Beschäftigte sind (Scheinselbständige). Der Arbeitgeber/Verleiher hat die Pflicht zu prüfen, ob ein Auftragnehmer als Arbeitnehmer bei ihm abhängig beschäftigt oder selbständig tätig ist. Im Zweifelsfall kann ein Statusfeststellungsverfahren nach § 7a SGB IV beantragt werden (Clearingstelle der Deutschen Rentenversicherung Bund in 10704 Berlin). Im Gegensatz zu den "scheinselbständigen Arbeitnehmern" sind die "arbeitnehmerähnlichen Selbständigen" im Sinne von § 2 Satz 1 Nr. 9 SGB VI selbständig tä-

tig. Es handelt sich dabei um Selbständige, die keine versicherungspflichtigen Arbeitnehmer beschäftigen sowie auf Dauer und im Wesentlichen nur einen Auftraggeber haben.

(7) **Keine Arbeitnehmer** sind Beamte, Soldaten und Heimarbeiter. In der Regel stehen ebenfalls in keinem Arbeitsverhältnis:

- Mitglieder von Orden oder Schwesternschaften
- Genossen einer Genossenschaft und Vereinsmitglieder im Verhältnis zu ihrer Organisation
- behinderte Menschen in einer anerkannten Werkstatt für behinderte Menschen
- Freiwillige im Sinne des Jugendfreiwilligendienstegesetzes (JFDG) und des Bundesfreiwilligendienstgesetzes (BFDG).

(8) Mitarbeitende Gesellschafter einer GmbH mit einem Beteiligungsverhältnis von mindestens 50 % stehen nicht in einem abhängigen Verhältnis zu dieser Gesellschaft, wenn sie ihre Geschicke maßgeblich beeinflussen können. Einen maßgeblichen Einfluss übt der Gesellschafter in jedem Fall aus, wenn er durch sein Kapital mit mindestens 50 % am Kapital beteiligt ist und sein Stimmrecht bei der Beschlussfassung in der Gesellschafterversammlung nicht von dem Beteiligungsverhältnis abweicht. Ein solcher Gesellschafter hat die Möglichkeit, ihm nicht genehme Beschlüsse zu Fall zu bringen.

(9) Die Bezeichnung eines Arbeitnehmers als "**freier Mitarbeiter**" ist für die rechtliche Bewertung für die Vertragsbeziehung nicht entscheidend. Maßgebend ist, ob die überlassende Arbeitskraft im Betrieb des Entleihers eine Tätigkeit in persönlicher und weisungsgebundener Abhängigkeit wie ein Arbeitnehmer zu leisten hat, oder ob die Tätigkeit der überlassenden Arbeitskraft so frei und unabhängig vom Weisungsrecht des Entleihbetriebes auszuüben ist, dass nicht mehr von einer abhängigen Tätigkeit gesprochen werden kann. Werden so genannte "freie Mitarbeiter" zur Arbeitsleistung überlassen und beim Entleiher als Arbeitnehmer eingesetzt, liegt Arbeitnehmerüberlassung vor.

(10) **Überlassen** im Sinne des AÜG bedeutet die Zurverfügungstellung eines Arbeitnehmers **zur Arbeitsleistung** an Dritte. Der Dritte erhält durch den Überlassungsvertrag das Recht, den Leiharbeitnehmer wie ein Arbeitgeber anzuweisen.

(11) **Ketten**-, Zwischen- oder Weiter**verleih** liegt vor, wenn ein Entleiher die ihm von einem Verleiher überlassenen Leiharbeitnehmer wiederum anderen Entleihern zur Arbeitsleistung zur Verfügung stellt. Dies ist nach dem AÜG nicht gestattet; der Weiterverleiher wird nicht Arbeitgeber der Leiharbeitnehmer, kann daher die Vorschriften des § 3 Abs. 1 nicht einhalten und verstößt gegen § 1 Abs. 2. Da Leiharbeitnehmer nur "zur Arbeitsleistung überlassen" werden dürfen, muss der Entleiher in der Lage sein, die Arbeitsleistung

selbst entgegen zu nehmen. Er muss also im Regelfall über einen eigenen Betrieb (Betrieb in diesem Sinne kann auch ein Haushalt sein) verfügen. Andernfalls kann er den Leiharbeitnehmer nicht "zur Arbeitsleistung" einsetzen. Lässt der Entleiher den Leiharbeitnehmer im Betrieb eines fremden Betriebsinhabers für diesen arbeiten, liegt grundsätzlich unzulässiger Kettenverleih vor.

(12) Rechtsfolgen des Kettenverleihs: Bei illegalem Verleih (wer ohne Erlaubnis überlässt) treten die Rechtsfolgen der §§ 9, 10 ein, während beim Erlaubnisinhaber nur über die Unzuverlässigkeit des § 3 Abs. 1 Nr. 1 (Widerruf, Versagung) geahndet werden kann.

(13) Arbeitnehmerüberlassung liegt nicht vor, wenn **Auszubildende** Dritten zu Ausbildungszwecken (z.B. im Rahmen eines Ausbildungsverbundes) überlassen werden.

1.1.3 Vorübergehende Arbeitnehmerüberlassung im Rahmen der wirtschaftlichen Tätigkeit

(1) Der Anwendungsbereich des AÜG erfasst Verleiher, die Arbeitnehmer im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit überlassen, unabhängig davon, ob sie Erwerbszwecke verfolgen oder nicht. Eine wirtschaftliche Tätigkeit liegt nach der ständigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes (u.a. Entscheidung des EuGH vom 10.01.2006 – Rechtssache C-222/04) vor, wenn Güter oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt angeboten werden. Davon ist bei der Zurverfügungstellung von Personal regelmäßig auszugehen. Auf die Gewerbsmäßigkeit der Arbeitnehmerüberlassung im Sinne des Gewerberechts kommt es für die Erlaubnispflicht der Arbeitnehmerüberlassung seit dem 1.12.2011 nicht mehr an.

(2) Für die Frage, ob die Arbeitnehmerüberlassung im Rahmen der wirtschaftlichen Tätigkeit stattfindet, ist unerheblich, ob diese für einen Betrieb **Haupt- oder Nebenzweck** ist oder die Arbeitnehmer sowohl in eigener Betriebsstätte beschäftigt als auch bei sich bietender Gelegenheit Dritten zur Arbeitsleistung überlassen werden (**Mischbetriebe**).

(3) Das Bundesarbeitsgericht (BAG) hat sich in zwei Entscheidungen vom 10. Juli 2013 (Az. 7 ABR 91/11) und vom 10. Dezember 2013 (Az. 9 AZR 51/13) mit dem Begriff **„vorübergehend“** auseinandergesetzt. Das BAG hat entschieden, dass § 1 Abs. 1 Satz 2 die nicht mehr vorübergehende Arbeitnehmerüberlassung verbietet. Das BAG hat jedoch nicht definiert, wann eine Überlassung nicht mehr vorübergehend ist. Zur Rechtsfolge einer nicht mehr vorübergehenden Arbeitnehmerüberlassung hat das BAG auf den Gesetzgeber verwiesen.

(4) In der Prüfpraxis können die Verleiher auf die Rechtsprechung des BAG hingewiesen werden. Aufgrund der bestehenden Rechtsunsicherheit kann die BA nur in den Fällen tätig werden, bei denen eine dauerhafte Überlassung eindeutig ist. In solchen Fällen sollte

auf eine Änderung des Überlassungsvertrages bzw. auf eine rechtlich zulässige Überlassung hingewirkt werden.

1.1.4 Arbeitnehmerüberlassung und spezialgesetzliche Normen

(1) Die zum Betrieb eines **Bewachung**sgewerbes **nach § 34a Gewerbeordnung** (GewO) erteilte Erlaubnis ersetzt nicht die für die Arbeitnehmerüberlassung erforderliche Erlaubnis nach § 1 (BAG vom 08.11.1978 - 5 AZR 261/77; OLG Hamm vom 14.12.1990 - 11 U 153/90 in EzAÜG § 1 AÜG Erlaubnispflicht Nr. 22). Es ist zu differenzieren, ob Bewachungsleistungen tatsächlich als selbständige Dienstleistungen erbracht oder die Arbeitnehmer in eine dritte Betriebsorganisation integriert, also überlassen werden.

(2) Bei der **Gestellung von Sicherungsposten bei Gleisbauarbeiten** durch ein Bewachungsunternehmen mit einer Erlaubnis nach § 34a GewO ist von erlaubnispflichtiger Arbeitnehmerüberlassung auszugehen (Urteil des BAG vom 08.11.1978 - 5 AZR 261/77), weil Sicherungsposten im Bereich der Deutschen Bahn AG (DB AG) nicht wie bei echten Bewachungsaufgaben das Eigentum oder sonstige Rechte des Bewachten gegen Eingriffe Dritter schützen, sondern sie die Bediensteten der DB AG gegen die von den Einrichtungen der DB AG selbst ausgehenden Gefahren sichern.

Werden jedoch im Zusammenhang mit Bauleistungen im Rahmen eines Werkvertrages Sicherungsposten gestellt, findet das AÜG keine Anwendung, wenn dies eindeutig eine Nebenleistung des vereinbarten Werkvertrages darstellt. Die Gestellung von Sicherungsposten an Bauunternehmen durch Verleiher ist dagegen nur nach § 1b Satz 2 Buchstabe a zulässig.

(3) Der Inhaber einer Genehmigung für den **Güterverkehr** bzw. einer Erlaubnis für den Güternahverkehr Bedarf für die Beförderung von Gütern mit einem Kraftfahrzeug für andere keiner Verleiherlaubnis nach dem AÜG, auch wenn diese Beförderung durch seine Arbeitnehmer vorgenommen wird und diese bei der Beförderung Weisungen der anderen unterliegen. Eine Genehmigung nach dem **Güterkraftverkehrsgesetz** (GüKG) erstreckt sich aber nicht auf den Verleih von Kraftfahrzeugführern ohne Kraftfahrzeug. Das Verbot der Arbeitnehmerüberlassung im Werksverkehr besteht nicht mehr.

(4) Mietwagenunternehmen, die Kraftfahrzeuge mit Fahrer vermieten, benötigen gemäß **Personenbeförderungsgesetz** (PBefG) für ihre Tätigkeit keine Erlaubnis nach dem AÜG. Eine Genehmigung nach dem PBefG erstreckt sich jedoch nicht auf den Verleih von Kraftfahrzeugführern ohne Kraftfahrzeug.

1.1.5 Besondere Fallgestaltungen/-beispiele

(1) Arbeitnehmerüberlassung liegt nicht vor, wenn die Träger der landwirtschaftlichen Sozialversicherung aufgrund der gesetzlichen Regelung (insbesondere §§ 10, 11 Zweites

Gesetz über die Krankenversicherung der Landwirte, §§ 36, 37, 39 des Gesetzes über die Alterssicherung der Landwirte, §§ 26, 27 des Gesetzes über die Krankenversicherung der Landwirte, §§ 54, 55 SGB VII) durch die Gestellung von Ersatzkräften Betriebs- und Haushaltshilfe in den landwirtschaftlichen Unternehmen leisten. Die landwirtschaftlichen Sozialversicherungsträger erbringen die Sozialleistung „Betriebs- und Haushaltshilfe“ indem sie den Landwirten eigene Ersatzkräfte zur Verfügung stellen, Betriebshelferdienste damit beauftragen (**Maschinen- und Betriebshilfsring** (MR)) oder die Kosten für eine von dem Landwirt selbst beschaffte Ersatzkraft erstatten.

(2) Das Gleiche gilt auch in den Fällen, in denen in der Satzung des MR selbst Leistungen der sozialen Betriebshilfe vorgesehen sind, die sich zwar von Sinn und Zweck an den gesetzlichen Leistungen orientieren, aber über diese hinausgehen. Voraussetzung ist, dass auch hier Ersatzkräfte eingesetzt werden, die nach ihrer Eignung und Ausbildung in der Lage sind, den Landwirt oder dessen mitarbeitenden Familienangehörigen selbständig und eigenverantwortlich zu vertreten. D.h., dass das Weisungsrecht nicht auf den Landwirt übergeht.

(3) Sofern der MR darüber hinaus (Saison-)Beschäftigte an seine Mitgliedsbetriebe überlässt, liegt regelmäßig erlaubnispflichtige Arbeitnehmerüberlassung vor.

(4) Bedingt sich der Auftraggeber (Besteller) eines Werkvertrages aus, eigene Arbeitskräfte an der Erstellung des Werkes auf seinem Betriebsgelände mitwirken zu lassen, kann diese **Beistellung** des Personals grundsätzlich Arbeitnehmerüberlassung sein. Bei Anwendung der für gemischte Verträge geltenden Grundsätze tritt jedoch die Beistellung von Arbeitskräften (d.h. Arbeitnehmerüberlassung) zurück, wenn der Auftraggeber sich überwiegend zur Zahlung von Werklohn in Form von Geld verpflichtet hat. In diesem Fall ist vom Vorliegen eines Werkvertrages auszugehen.

(5) Arbeitnehmerüberlassung im Sinne des AÜG liegt regelmäßig vor, wenn eine zentrale Personalverwaltung oder eine Personalführungsgesellschaft mehrerer rechtlich eigenständiger Arbeitgeber Personalausgleich durch Verleih betreibt (sog. **„Personalpool“**).

(6) Sofern im Rahmen von **Arbeitgeberzusammenschlüssen** (AGZ) Personal im Wege der Arbeitnehmerüberlassung unter den Mitgliedsunternehmen des AGZ verliehen bzw. überlassen wird, unterliegt dies der Erlaubnispflicht nach dem AÜG (BT DRS 16/8936). AGZ sind Zusammenschlüsse von vor allem kleinen oder mittelständischen Unternehmen einer Region, die sich Personal teilen. Die Beschäftigungsverhältnisse werden mit dem AGZ geschlossen. Es besteht ein gemeinsames Personalmanagement der Betriebe.

(7) Der sog. **Selbstverleih** ist rechtlich nicht möglich, da die Arbeitnehmerüberlassung immer ein Dreiecksverhältnis (Verleiher, Leiharbeitnehmer und Entleiher) voraussetzt.

Beim sog. Selbstverleih besteht Personenidentität zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer. In der Regel ist in dieser Konstellation der Betreffende entweder Arbeitnehmer des "Entleihers" (Arbeitgebers) oder Werkunternehmer, wenn er im Rahmen eines Werkvertrages für den Auftraggeber ("Entleiher") tätig wird.

(8) Das **Makeln von Arbeitnehmerüberlassungsverträgen** stellt keine erlaubnispflichtige Tätigkeit im Sinne des AÜG dar.

(9) Arbeitnehmerüberlassung liegt nicht vor, wenn ein Arbeitnehmer ein **weiteres Beschäftigungsverhältnis** unter gleichzeitiger Ruhendstellung des ursprünglichen Beschäftigungsverhältnisses eingeht.

(10) Beim sog. „Verleih“ von **Berufssportlern** liegt keine Arbeitnehmerüberlassung im Sinne des AÜG vor, wenn das Arbeitsverhältnis zwischen dem abgebenden Verein und dem Sportler gekündigt oder beendet und für die Zeit des sog. „Verleihs“ ein neues Arbeitsverhältnis zwischen dem aufnehmenden Verein und dem „verliehenen“ Sportler begründet wird. Eine vertraglich ausbedungene Rückkehrmöglichkeit zum abgebenden Verein ist dabei unschädlich. Keine Arbeitnehmerüberlassung liegt außerdem vor, wenn das Arbeitsverhältnis des Berufssportlers mit dem abgebenden Verein während des sog. „Verleihs“ nicht vollkommen gelöst, sondern ruhend gestellt wird. Für die erlaubnisfreien Formen der „Sportlerleihe“ ist der Wechsel des Vertragsarbeitgebers typisch. Der abgebende Verein verliert jede Weisungsgewalt über den „verliehenen“ Sportler. Bei einer Arbeitnehmerüberlassung im Sinne des AÜG bleibt der Verleiher hingegen auch während der Überlassung Vertragsarbeitgeber. Die Arbeitgeberfunktion zwischen ihm und dem Dritten (Entleiher) wird aufgespalten. Auf den Entleiher wird nur ein Teil des (arbeitsplatzbezogenen) Weisungsrechts übertragen.

(11) Arbeitnehmerüberlassung liegt ferner nicht vor, wenn ein Arbeitgeber des Baugewerbes von der Möglichkeit des **§ 9** Bundesrahmentarifvertrag für das Baugewerbe (**BRTV Bau**) Gebrauch macht und einen Arbeitnehmer zur Arbeitsleistung in einer Arbeitsgemeinschaft, an der er beteiligt ist, freistellt. Während der Dauer der Freistellung ruht das Arbeitsverhältnis des Arbeitnehmers zum Stammbetrieb; mit der Aufnahme tritt der Arbeitnehmer in ein Arbeitsverhältnis zur Arbeitsgemeinschaft (s. auch GA zu § 1 Ziffer 1.1.6.7).

(12) Kommt bei Maßnahmen nach SGB II und SGB III zwischen dem Träger und dem zugewiesenen Arbeitslosen ein Arbeitsverhältnis zustande und erbringt der Arbeitnehmer bei einem Dritten seine Arbeitsleistung nach dessen Weisungen, liegt grundsätzlich eine erlaubnispflichtige Arbeitnehmerüberlassung vor.

(13) Das AÜG findet keine Anwendung, bei einer Beschäftigung auf ausgelagerten Arbeitsplätzen von in **Werkstätten** beschäftigten **behinderten Menschen**, die nicht in einem Arbeitsverhältnis, sondern zur Rehabilitation in einem arbeitnehmerähnlichen Rechtsverhältnis stehen. Auch wenn die Beschäftigung auf einem **ausgelagerten Arbeitsplatz** ausgeübt wird, geht es nicht um die Erbringung einer Arbeitsleistung nach Weisung des Betriebsinhabers, wie bei der Arbeitnehmerüberlassung, vielmehr dient die Beschäftigung der Rehabilitation des behinderten Menschen im Rahmen des Rehabilitationsauftrags der Werkstatt. Das gilt auch, wenn es sich um eine Tätigkeit auf einem dauerhaft ausgelagerten Arbeitsplatz handelt, die nun aufgrund des Gesetzes zur Einführung Unterstützter Beschäftigung vom 22. Dezember 2008 zum Angebot der Werkstätten gehört. Die Werkstatt erfüllt ihren in § 136 Abs. 1 SGB IX festgelegten gesetzlichen Auftrag weiterhin auch gegenüber denjenigen Beschäftigten, die außerhalb der Einrichtung arbeiten. Vom Anwendungsbereich des AÜG sind dagegen Personen erfasst, die in Ausnahmefällen als **Arbeitnehmer** in einer Werkstatt für behinderte Menschen oder als Arbeitnehmer in einem Integrationsprojekt beschäftigt sind.

(14) Verschiedene **Tarifwerke des öffentlichen Dienstes** sehen sog. **Personalgestellungen** vor. Hiernach kann von den Beschäftigten bei Aufgabenverlagerungen auf Dritte verlangt werden, ihre arbeitsvertraglich geschuldeten Leistungen - unter Fortsetzung des bestehenden Arbeitsverhältnisses - bei diesen Dritten zu erbringen (z. B. TVöD § 4 Abs. 3 mit Protokollnotiz). Es bestehen Rechtsunsicherheiten, ob und inwieweit das AÜG auf diese Personalgestellungen Anwendung findet (vgl. einerseits Beschluss des Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen vom 19. September 2014, 20 A 281/13.PVB, und andererseits Beschluss des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg vom 17. April 2013, 4 TaBV 7/12). Zudem ist in diesen Fällen oftmals fraglich, ob die Überlassung nicht mehr vorübergehend und damit dauerhaft ist (siehe 1.1.3). Vor diesem Hintergrund sollte keine unbefristete Erlaubnis erteilt werden, soweit unentschiedene Anträge auf eine unbefristete Erlaubnis im Zusammenhang mit einer Personalgestellung nach § 4 Abs. 3 TVöD (oder vergleichbarer Tarifwerke) vorliegen oder künftig vorgelegt werden. Antragsteller sollten dahingehend beraten werden, dass Anträge auf eine befristete Erlaubnis gerichtet werden. Sollte ein Antragsteller ausnahmsweise trotz Beratung nicht bereit sein, seinen Antrag umzustellen, ist der Antrag auf unbefristete Erlaubnis abzulehnen und eine befristete Erlaubnis zu erteilen.

1.1.6 Abgrenzung zu anderen drittbezogenen Personaleinsätzen

(1) Von der Arbeitnehmerüberlassung abzugrenzen ist das Tätigwerden von Erfüllungsgehilfen insbesondere im Rahmen von Werk-, Dienst-, Dienstverschaffungs- und Geschäftsbesorgungsverträgen.

(2) Hinsichtlich konkreter Abgrenzung im **Einzelfall** sind Fragesteller auf die Beratung durch Angehörige der rechtsberatenden Berufe sowie berufsständische Vereinigungen zu verweisen. Unabhängig davon ergeben sich aus dem "Merkblatt zur Abgrenzung zwischen Arbeitnehmerüberlassung und Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen von Werk- und selbständigen Dienstverträgen sowie anderen Formen drittbezogenen Personaleinsatzes" (AÜG 10) allgemeine Abgrenzungskriterien (siehe Internet: www.arbeitsagentur.de > Unternehmen > Rechtsgrundlage > Arbeitnehmerüberlassung > Merkblatt zur Abgrenzung).

(3) Bei der Unterscheidung zwischen Arbeitnehmerüberlassung und anderen Formen drittbezogenen Personaleinsatzes darf nicht schematisch vorgegangen werden. Das Vorliegen eines oder mehrerer Kriterien muss noch nicht für oder gegen einen bestimmten Vertragstyp sprechen; dies gilt insbesondere, wenn für ein solches Kriterium eine objektiv berechtigte Notwendigkeit bestand. Im Hinblick auf die Vielfalt der denkbaren Vertragsgestaltungen gibt erst eine (qualitative) Gewichtung der maßgeblichen Abgrenzungskriterien im Rahmen einer **wertenden Gesamtbetrachtung** zuverlässigen Aufschluss über die Zuordnung drittbezogenen Personaleinsatzes zu einer bestimmten Vertragsform.

(4) Grundsätzlich ist der Geschäftsinhalt der zwischen den Beteiligten vereinbarten **Verträge** entscheidend. Der Geschäftsinhalt kann sich sowohl aus den schriftlichen Vereinbarungen der Beteiligten als auch aus der praktischen Durchführung der Verträge ergeben. Widersprechen sich allerdings schriftliche Vereinbarungen und tatsächliche Durchführung des Vertrages, so kommt es auf die **tatsächliche Durchführung** an. Diese ist für die Ermittlung des Vertragstyps maßgebend (vgl. BAG vom 06.08.2003 - 7 AZR 180/03).

1.1.6.1 Werkverträge (§§ 631ff. BGB)

(1) Das BAG beschreibt die rechtlich relevanten Unterschiede zwischen Arbeitnehmerüberlassung und Werkvertrag in seinen Entscheidungen vom 08.11.1978 in AP Nr. 2 zu § 1 AÜG und vom 06.08.2003 - 7 AZR 180/03 wie folgt: Arbeitnehmerüberlassung liegt vor, wenn der Verleiher dem Entleiher Arbeitskräfte zur Verfügung stellt, die voll in den Betrieb des Entleihers eingegliedert sind und ihre Arbeit allein nach dessen Weisungen ausführen. Der Entleiher setzt die Leiharbeitnehmer nach seinen Vorstellungen und Zielen in seinem Betrieb wie seine eigenen Arbeitnehmer ein. Die Vertragspflicht des Verleihers gegenüber dem Entleiher endet, wenn er den Arbeitnehmer ausgewählt und dem Entleiher zur Arbeitsleistung zur Verfügung gestellt hat. Er haftet nur für Verschulden bei der Auswahl des verliehenen Arbeitnehmers.

(2) Im Gegensatz dazu wird beim Werkvertrag ein Unternehmer für einen anderen tätig. Er organisiert die zur Erreichung eines wirtschaftlichen Erfolges notwendigen Handlungen nach eigenen betrieblichen Voraussetzungen. Für die Erfüllung der vertraglichen Dienste

und des vertraglich geschuldeten Werks bleibt er seinem Auftraggeber verantwortlich. Die zur Ausführung der vertraglich geschuldeten Leistung eingesetzten Arbeitnehmer unterliegen als Erfüllungsgehilfe des Werkunternehmers dessen Weisungsbefugnis. Der Werkbesteller kann dem Werkunternehmer oder dessen Erfüllungsgehilfen lediglich solche Anweisungen geben, die sich auf die Erfüllung des Werkes beziehen (§ 645 Abs. 1 S. 1 BGB).

(3) **Elemente des Werkvertrages** sind insbesondere:

- Vereinbarung und Erstellung eines qualitativ individualisierbaren und dem Werkunternehmer zurechenbaren Werkergebnisses
- unternehmerische Dispositionsfreiheit des Werkunternehmers gegenüber dem Besteller
- Weisungsrecht des Werkunternehmers gegenüber seinen im Betrieb des Bestellers tätigen Arbeitnehmern, wenn das Werk dort zu erstellen ist.
- Tragen des Unternehmerrisikos, insbesondere der Gewährleistung durch den Werkunternehmer
- erfolgsorientierte Abrechnung der Werkleistung.

(4) **Gegen einen Werkvertrag** können folgende Vertragsinhalte sprechen:

- wenn gleichzeitig oder über einen bestimmten Zeitraum eine Summe von Klein- und Kleinst-"Projekten" vergeben wird (Aufteilung des Gewerks bis zur "Atomisierung", z.B. Schweißnähte, Verputzarbeit geringen Umfangs im Leistungslohn);
- wenn lediglich die Leistung (nicht erfolgsbezogener) einfacherer Arbeiten benötigt wird (z.B. Schreibarbeiten, Botendienste, einfache Zeichenarbeiten, Maschinenbedienung, Dateneingaben)

(5) Im Übrigen wird auf die Ausführungen zur GA zu § 1 Ziffer 1.1.6 Absatz 2 bis 4 verwiesen.

1.1.6.2 Dienstverträge (§§ 611ff. BGB)

(1) Anders als bei Werkvertragsverhältnissen wird bei Dienstverträgen kein bestimmter Erfolg, sondern eine bestimmte Tätigkeit geschuldet. Ein Dienstvertrag liegt nur dann vor, wenn der dienstleistende Unternehmer die geschuldeten Dienste entweder in Person oder mittels seiner Erfüllungsgehilfen unter eigener Verantwortung und nach eigenem Plan ausführt (Organisation der Dienstleistung, zeitliche Disposition, Zahl der Erfüllungsgehilfen, Eignung der Erfüllungsgehilfen, usw.). Das bedeutet insbesondere, dass die Erfüllungsgehilfen in Bezug auf die Ausführungen der zu erbringenden Dienstleistung im We-

sentlichen frei von Weisungen seitens des Arbeitgeberrepräsentanten des Drittbetriebes sind und ihre Arbeitszeit selbst bestimmen können (Urteil des BSG vom 23.06.1982 - DBlR Nr. 2790a AFG/§ 13 - SozRecht 4100 § 13 Nr. 6).

(2) Im Übrigen wird auf die Ausführungen zur GA zu § 1 Ziffer 1.1.6 Absatz 2 bis 4 verwiesen.

1.1.6.3 Dienstverschaffungsvertrag

Da die Arbeitnehmerüberlassung eine Form der Dienstverschaffung, nämlich die Verschaffung von Arbeitsleistungen ist, kann ein von der Arbeitnehmerüberlassung **abzugrenzender** Dienstverschaffungsvertrag nur dann in Betracht kommen, wenn ein Vertragspartner die Verpflichtung übernimmt, dem anderen Vertragspartner nicht die Arbeitsleistung, sondern die selbständige Dienstleistung eines Dritten zu verschaffen. Voraussetzung ist dafür, dass der Dritte in wirtschaftlicher und sozialer Selbständigkeit und Unabhängigkeit die Dienste (z.B. als Wirtschaftsprüfer) leistet. Arbeitsvertragliche Beziehungen bzw. aufgrund der tatsächlichen Verhältnisse gegebene persönliche Abhängigkeiten zu einem Vertragspartner schließen einen derartigen Dienstverschaffungsvertrag aus. Es liegt dann entweder Arbeitnehmerüberlassung oder Arbeitsvermittlung vor.

1.1.6.4 Geschäftsbesorgungsvertrag (§ 675 BGB)

Vom Werkvertrag zu unterscheiden ist der Geschäftsbesorgungsvertrag, der auf eine selbständige Tätigkeit wirtschaftlicher Art gerichtet ist und eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand hat (z.B.: Beauftragung eines Rechtsanwaltes zur Prozessführung, Auftrag an eine Werbefirma eine Werbeaktion mit eigenen personellen und sachlichen Mitteln durchzuführen). Zu den **Abgrenzung**skriterien wird auch auf die Entscheidungen des BGH vom 16.07.2002 - X ZR 27/01 und vom 25.06.2002 X ZR 83/00 verwiesen.

1.1.6.5 Personalgestellung als Neben-/Folgeleistung

(1) Wird als **Nebenleistung** eines Kauf- oder Mietvertrages über Anlagen, Geräte, Systeme oder Programme Bedienungs-, Wartungs-, Montage- oder Einweisungspersonal überlassen (z.B. Computer und Programme mit Einweisungspersonal, Spezialbaumaschinen mit Fahrer, Flugzeug mit Pilot), wird in aller Regel nicht von Arbeitnehmerüberlassung auszugehen sein. Sinn und Zweck eines gemischten Miet- und Dienstverschaffungsvertrages ist es primär, den Dritten durch die Personalüberlassung überhaupt den Einsatz der Geräte und Maschinen zu ermöglichen, die im Rahmen des gemischten Vertrages zum Gebrauch überlassen werden (BAG vom 02.08.2006 - 10 AZR 756/05). D.h. der Vertrag wird inhaltlich von der Gebrauchsüberlassung der Geräte oder der Maschinen geprägt (BAG vom 17.02.1993 - 7 AZR 167/92). Das BAG folgt in seiner Entscheidung nicht der Auffassung, dass erlaubnispflichtige Arbeitnehmerüberlassung vorliegen würde, wenn

die Personalüberlassung bei wirtschaftlicher Betrachtung kein unerheblicher Teil des Gesamtgeschäfts sei. Es heißt in der zitierten Entscheidung: "Maßgebend ist vielmehr, ob nach Sinn und Zweck des gemischten Vertrages die Gebrauchsüberlassung des Gerätes im Vordergrund steht und die Zurverfügungstellung des Personals nur dienende Funktion hat, indem sie den Einsatz des Gerätes erst ermöglichen soll, oder ob der Vertrag schwerpunktmäßig auf die Verschaffung der Arbeitsleistung des Personals gerichtet ist und die Überlassung des Gerätes demgegenüber nur untergeordnete Bedeutung hat.".

(2) Wird schwerpunktmäßig die Beschaffung der Arbeitsleistung als Ziel verfolgt und hat die Überlassung des Gerätes dabei nur untergeordnete Bedeutung oder ist sie selbständiger **Hauptzweck**, liegt Arbeitnehmerüberlassung vor. Das Führen von LKW durch Fremdpersonal verfolgt nicht den primären Zweck, den vertragsgemäßen Gebrauch der gemieteten LKW zu gewährleisten, sondern verfolgt regelmäßig den Hauptzweck der **Personalgestellung** (BAG vom 17.02.1993 - 7 AZR 167/92) und erfüllt damit den Tatbestand der Arbeitnehmerüberlassung. Ebenso muss bei der Vermietung eines Laptops mit Personal Arbeitnehmerüberlassung angenommen werden.

(3) Entsendet ein Unternehmen, das technische Produktionsanlagen, Einrichtungen oder Systeme herstellt und errichtet, eigenes Stammpersonal zu einem Betreiber derartiger Anlagen, Einrichtungen oder Systeme, um typische Revisions-, Instandhaltungs-, Inbetriebnahme-, Änderungs-, Erweiterungsarbeiten oder Ingenieurleistungen daran durchzuführen, so ist in der Regel nicht von Arbeitnehmerüberlassung auszugehen **(Personalgestellung als Folgeleistung)**, wenn das entsendende Unternehmen das Unternehmerrisiko trägt und seine unternehmerische Dispositionsfreiheit gewährleistet ist.

(4) Entsendet ein Unternehmen, das **Software-Programme** herstellt, eigenes Stammpersonal

- zu einem Anwender, um ein derartiges Programm auf dessen Anlagen ablauffähig zu machen oder zu entwickeln, oder
- zu einem anderen Hersteller (sog. Entwickler), um aus vom entsendenden Unternehmen erstellten Teilprogrammen ein Gesamtprogramm auf dessen Anlagen zu entwickeln oder zu erproben,

so ist in der Regel nicht von Arbeitnehmerüberlassung auszugehen, wenn das entsendende Unternehmen das Unternehmerrisiko trägt und seine unternehmerische Dispositionsfreiheit gewährleistet ist. Die kontinuierliche Anwendung eines Programms durch Fremdkräfte ist in der Regel Arbeitnehmerüberlassung.

(5) **Entsendet** ein **Unternehmen**, das **Material**, Teile oder Komponenten für Fertigungsprozesse des Bestellers liefert, eigenes Personal zu dem Besteller zum Einbau der Lie-

fergegenstände, so ist in der Regel nicht von Arbeitnehmerüberlassung auszugehen, wenn der Einbau einen geschuldeten Teil - aber nicht den Hauptzweck - der vertraglich festgelegten Gesamtleistung darstellt.

1.1.6.6 Dienstleistungszentren/Agenturen

(1) Die allgemeinen Abgrenzungskriterien sind wegen der Dispositionsfreiheit auch auf die Tätigkeit von Dienstleistungszentren/-agenturen für Privathaushalte anzuwenden.

(2) Liegt das **Weisungsrecht** gegenüber dem entsandten Arbeitnehmer bei dem Dienstleistungszentrum (z.B. Festlegung, in welcher Reihenfolge zu arbeiten ist), spricht dies für Werkvertrag. Liegt dies hingegen beim Privathaushalt, spricht dies für Arbeitnehmerüberlassung. Allerdings ist es für die Annahme eines Werkvertrages unschädlich, wenn der Privathaushalt auf das Werk bezogene Anweisungen gibt, also z.B. Weisungen beim Staubsaugen und das Verwenden von entsprechenden Düsen und Benutzung eines bestimmten Putzmittels.

(3) Bei der Arbeitnehmerüberlassung wird im Gegensatz zum sog. **Unternehmerrisiko** beim Werkvertrag keine Gewähr geleistet und keine Haftung für Ergebnisse getragen. Arbeitnehmerüberlassung liegt demnach vor, wenn der Privathaushalt auch bei fehlerhafter Reinigung zahlen muss und keine Gewährleistungsansprüche bei schlechter Arbeit der entsandten Kräfte geltend gemacht werden.

(4) Ein wichtiges Merkmal ist die **Abrechnung**. Nach der Rechtsprechung kann bereits aus der Art der Abrechnung abgeleitet werden, worauf es den Vertragspartnern ankam, nämlich die Abrechnung auf Stundenbasis für die zeitweise Überlassung eines Arbeitnehmers oder die Abrechnung nach Werkergebnissen (bspw. Reinigung pro qm Raumfläche, Fensterfläche, etc.).

1.1.6.7 Arbeitsgemeinschaften (§ 1 Abs. 1 Satz 3)

(1) Arbeitnehmerüberlassung liegt nicht vor, wenn Arbeitnehmer zu einer Arbeitsgemeinschaft (ARGE), die zur Herstellung eines Werkes gebildet wurde, abgeordnet werden. Eine ARGE ist der Zusammenschluss mehrerer Betriebe auf der Grundlage eines entsprechenden Vertrages. Die von der Arbeitsgemeinschaft gewählte Rechtsform, in der Regel eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts (§§ 705ff. BGB), ist dabei ohne Bedeutung.

(2) **Voraussetzung** hierfür ist, dass

- der Arbeitgeber Mitglied der ARGE ist,
- für alle Mitglieder der ARGE Tarifverträge desselben Wirtschaftszweiges gelten und
- alle Mitglieder aufgrund des ARGE-Vertrages zur selbständigen Erbringung von Vertragsleistungen bei der Herstellung eines Werkes verpflichtet sind.

(3) Für alle Mitglieder der ARGE müssen **Tarifverträge** desselben Wirtschaftszweiges, d.h. fachlich dieselben Tarifverträge gelten; Voraussetzung ist Tarifgebundenheit im Sinne von § 3 Tarifvertragsgesetz (TVG) oder Allgemeinverbindlichkeit im Sinne von § 5 TVG.

(4) Unter **Wirtschaftszweig** ist nicht die sehr eng gefasste, in der Statistik und Arbeitsmarktforschung geltende Begriffsbestimmung zu verstehen. Vielmehr sind damit entsprechend dem allgemeinen Sprachgebrauch die großen Teilbereiche der Gesamtwirtschaft wie z.B. das Baugewerbe, die Chemische Industrie oder der Bergbau gemeint.

(5) Bei der Anwendung des § 1 Abs. 1 Satz 4 ist auch für die Unternehmen aus anderen Mitgliedsstaaten des **Europäischen Wirtschaftsraum** (EWR) weiter Voraussetzung, dass sie demselben Wirtschaftszweig wie die anderen Mitglieder der **ARGE** angehören. Entscheidend ist dabei, zu welchem Wirtschaftszweig sie nach ihrer Gesamttätigkeit im EWR angehören. Sollte die Zugehörigkeit zu einem Wirtschaftszweig nicht offenkundig sein, sind die Unternehmen zur Vorlage von Nachweisen aufzufordern, wobei § 17 Arbeitnehmer-Entsendegesetz (AEntG) eingreift.

(6) Die Verpflichtung zur **selbständigen Erbringung** von (Werk-) Vertragsleistungen muss tatsächlich erfüllt werden und darf nicht nur förmlicher Inhalt der vertraglichen Vereinbarung sein. Die alleinige **Personalgestellung** durch einen Gesellschafter einer zur Herstellung eines Werkes gebildeten Arbeitsgemeinschaft wird von der Erlaubnisfreiheit nach § 1 Abs. 1 Satz 3 nicht erfasst. Voraussetzung ist vielmehr, dass der Gesellschafter neben der Überlassung von Arbeitnehmern mindestens eine weitere selbständige vertragliche Leistung schuldet. Das ARGE-Mitglied kann sich zur selbständigen Erbringung seiner Vertragsleistung aber Leiharbeitnehmern bedienen. Hierfür wären die Vorschriften des AÜG einschlägig.

(7) Die Vorschrift des § 1 Abs. 1 Satz 3 ist aber nicht so eng auszulegen, dass die Abordnung von Personal ausschließlich zur Erbringung der selbständigen geschuldeten Leistungen (z.B. Erstellung eines Teilwerkes) erfolgen darf. In diesem Fall wäre eine Ausnahmeregelung nicht erforderlich. Die Ausnahme berücksichtigt gerade die im Rahmen der ARGE mögliche arbeitsteilige Vorgehensweise, bei der es auch zu einer Vermischung des Personals kommen kann. Die Ausnahme ist daher so zu verstehen, dass sich die vertragliche Verpflichtung gegenüber der ARGE nicht in dem Überlassen von Arbeitnehmern erschöpfen darf, sondern zusätzlich eine selbständige Leistung zur Herstellung des Werkes erbracht werden muss (BT-Drs. 10/4211 Seite 33).

(8) Nach dem Wortlaut des Gesetzes muss es sich darüber hinaus bei der zu erbringenden Leistung nicht zwingend um eine Werkleistung handeln. Vielmehr kann die Leistung auch als selbständige Dienstleistung, z.B. die Bauleitung erbracht werden. Voraussetzung ist aber, dass die ARGE auch tatsächlich entsprechend dem Vertrag zwischen der ARGE

und dem Vertragspartner der ARGE abgewickelt wird. D.h. die zu erbringende Leistung muss Teil der werkvertraglich geschuldeten Leistung der ARGE sein.

(9) Bei einer Abordnung bzw. Personalgestellung unter Verwendung des Muster-Arbeitsgemeinschaftsvertrages des Hauptverbandes der Deutschen Bauindustrie (**Muster-ARGE-Vertrag Bau**) ist stets davon auszugehen, dass neben der Personalgestellung von dem Personal stellenden Mitglied der ARGE mindestens eine weitere vertragliche Verpflichtung gegenüber der ARGE übernommen bzw. erfüllt wird.

(10) Von der Abordnung zu unterscheiden ist die Freistellung nach § 9 BRTV (s. auch GA zu § 1 Ziffer 1.1.5 Absatz 12).

1.2 Vermutung der Arbeitsvermittlung (§ 1 Abs. 2)

(1) Die **Vermutung** der Arbeitsvermittlung gilt für alle Formen der Arbeitnehmerüberlassung. Sie kann durch den Nachweis **widerlegt** werden, dass der Schwerpunkt der arbeitsrechtlichen Beziehungen beim Verleiher liegt.

(2) Die **vermutete Arbeitsvermittlung** durch den Überlassenden kann gegen die Vorschrift des § 146 Abs. 2 Nr. 2 Gewerbeordnung (GewO) verstoßen, nach der die Nichtanzeige des Beginns eines Gewerbes mit einer Geldbuße bis € 1.000,00 bedroht ist.

1.3 Nichtanwendung des AÜG (§ 1 Abs. 3)

Absatz 3 nimmt vier Fallgestaltungen von der Anwendung des AÜG aus, obwohl im Einzelfall begrifflich Arbeitnehmerüberlassung im Rahmen wirtschaftlicher Tätigkeit vorliegt. Auch in den Ausnahmefällen des Absatzes 3 ist das Verbot der Arbeitnehmerüberlassung in das Baugewerbe gemäß § 1b zu beachten.

1.3.1 ANÜ zur Vermeidung von Kurzarbeit oder Entlassungen

(1) Durch die zeitweise Überlassung von Arbeitnehmern eines mit Absatz- oder Produktionsschwierigkeiten kämpfenden Unternehmens an ein Unternehmen desselben Wirtschaftszweiges mit besserer Beschäftigungslage sollen Entlassungen oder Kurzarbeit vermieden werden. Als Sondervariante - nicht als Regelfall - reicht es aus, wenn im aufnehmenden Betrieb Entlassungen oder Kurzarbeit vermieden werden, die nötig würden, wenn der abgebende Betrieb die entsandten Spezialkräfte nicht entsenden würde. Absatz 3 Nr. 1 greift nur ein, wenn ein Tarifvertrag die Möglichkeit der Arbeitnehmerüberlassung ausdrücklich vorsieht. Für Verleiher und Entleiher muss jedoch nicht derselbe Tarifvertrag gelten. Es müssen aber jeweils in dem Tarifvertrag des Verleihers und des Entleihers Regelungen zum Personalaustausch getroffen sein.

(2) Grundsätzlich ist durch die Dienststellen der BA **nicht zu prüfen**, ob die **Voraussetzungen** des Absatzes 3 Nr. 1 vorliegen. Nur bei begründetem Anlass für den Verdacht,

dass die Regelung missbraucht wird, ist einem solchen nachzugehen. Nicht gesetzeskonform ist es, wenn grundsätzlich jede unter Bezugnahme auf einen entsprechenden Tarifvertrag erfolgende Arbeitnehmerüberlassung von vornherein als geeignet angesehen würde, Kurzarbeit oder Entlassungen zu vermeiden. Nicht erforderlich ist es, dass vor der Arbeitnehmerüberlassung Kurzarbeit beantragt wird oder die von der Entlassung bedrohten Arbeitnehmer namentlich benannt werden.

1.3.2 Arbeitnehmerüberlassung zwischen Konzernunternehmen

(1) Das AÜG findet bei einer Arbeitnehmerüberlassung zwischen Konzernunternehmen im Sinne des § 18 Aktiengesetzes (AktG) keine Anwendung, wenn der Arbeitnehmer nicht zum Zweck der Überlassung eingestellt und beschäftigt wird.

(2) "Konzernunternehmen im Sinne des § 18 des Aktiengesetzes" setzt nicht voraus, dass es sich bei den beteiligten Unternehmen um Aktiengesellschaften handeln muss. Die Verweisung ist vielmehr rechtsformneutral.

§ 18 Aktiengesetz (AktG) lautet:

(1) Sind ein herrschendes und ein oder mehrere abhängige Unternehmen unter der einheitlichen Leitung des herrschenden Unternehmens zusammengefasst, so bilden sie einen Konzern; die einzelnen Unternehmen sind Konzernunternehmen. Unternehmen, zwischen denen ein Beherrschungsvertrag (§ 291) besteht oder von denen das eine in das andere eingegliedert ist (§ 319), sind als unter einheitlicher Leitung zusammengefasst anzusehen. Von einem abhängigen Unternehmen wird vermutet, dass es mit dem herrschenden Unternehmen einen Konzern bildet.

(Unterordnungskonzern)

(2) Sind rechtlich selbständige Unternehmen, ohne dass ein Unternehmen von dem anderen abhängig ist, unter einheitlicher Leitung zusammengefasst, so bilden sie auch einen Konzern, die einzelnen Unternehmen sind Konzernunternehmen.

(Gleichordnungskonzern)

Das Aktiengesetz definiert die "einheitliche Leitung" nicht. Es begründet nur Konzernvermutungen: unwiderleglich, für den Fall, dass es zu einem Beherrschungsvertrag gemäß § 291 oder zur Eingliederung gemäß § 319 gekommen ist (vertraglicher Unterordnungskonzern) und widerleglich für den Fall der Abhängigkeit (faktischer Unterordnungskonzern).

(3) Die einheitliche Leitung beim **vertraglichen Unterordnungskonzern** beruht insbesondere auf dem Beherrschungsvertrag (§ 291 AktG) bzw. der Eingliederung nach § 319AktG. Beim Beherrschungsvertrag wird die Leitung der Gesellschaft auf das herr-

schende Unternehmen übertragen. Die Geschäfte werden nicht mehr unter eigener Verantwortung, sondern primär entsprechend den verbindlich erteilten Weisungen geführt. Bei der Eingliederung befinden sich alle Aktien bzw. Geschäftsanteile der eingegliederten Gesellschaft in der Hand der Hauptgesellschaft.

(4) Der **faktische Unterordnungskonzern** ergibt sich aus § 17 AktG. Danach ist ein rechtlich selbständiges Unternehmen abhängig, auf das ein anderes Unternehmen (herrschendes Unternehmen) einen beherrschenden Einfluss ausüben kann. Maßgeblich ist stets die Sicht der abhängigen Gesellschaft. Aus ihrem Blickwinkel ist zu beurteilen, ob sie einem fremden unternehmerischen Willen untersteht. Für das Bestehen eines Abhängigkeitsverhältnisses ist entscheidend, dass das herrschende Unternehmen über Mittel verfügt, die es ihm ermöglichen, das abhängige Unternehmen seinem Willen zu unterwerfen und diesen bei ihm durchzusetzen. Als Beherrschungsmittel kommen vor allem Stimmrechte und Entsendungsrechte (vgl. § 101 AktG) in Betracht.

(5) Beim **Gleichordnungskonzern** nach § 18 Abs. 2 AktG kann sich die einheitliche Leitung aus vertraglichen Absprachen oder aus den faktischen Verhältnissen ergeben. Ein vertraglicher Gleichordnungskonzern liegt z.B. vor, wenn die Unternehmen sich der einheitlichen Leitung einer für diesen Zweck gegründeten Interessengemeinschaft, die für die Gesamtplanung und die Investitionen zuständig ist, unterstellen. Ein Gleichordnungskonzern kann auch infolge der faktischen Verhältnisse bei wechselseitigen Beteiligungen auf der Gesellschafterebene entstehen.

(6) Der Begriff "Konzernunternehmen im Sinne des § 18 des Aktiengesetzes" gilt auch für die Arbeitnehmerüberlassung innerhalb **multinationaler Konzerne**; damit fällt auch die grenzüberschreitende Entsendung innerhalb eines Konzerns unter die Ausnahme von § 1 Abs. 3 Nr. 2.

(7) Die Anwendung von § 1 Abs. 3 Nr. 2 ist nicht deshalb ausgeschlossen, weil ein Unternehmen von mehreren Unternehmen gemeinsam beherrscht wird und auf diese Weise in eine mehrfache Konzernzugehörigkeit eingebunden ist (gesellschaftsrechtlich sog. **Mehrmütterkonzern**). Entscheidend ist, ob für die Ausübung gemeinsamer Herrschaft eine ausreichend sichere Grundlage besteht. Eine solche Grundlage können nicht nur vertragliche oder organisatorische Bindungen, sondern auch rechtliche und tatsächliche Umstände sonstiger Art bilden. Es muss sichergestellt sein, dass die "Muttergesellschaften" im Verhältnis zum abhängigen Unternehmen einheitlich handeln.

(8) Der Anwendungsbereich des Konzernprivilegs erstreckt sich ausschließlich auf die Überlassung solcher Arbeitnehmer, die nicht zum Zweck der Überlassung eingestellt und beschäftigt werden. Die Regelung in Absatz 3 Nr. 2 stellt klar, dass die Privilegierung des

Konzernverleihs nicht für die Arbeitnehmerüberlassung durch **Personalführungsgesellschaften** gilt, deren Zweck die Einstellung und Überlassung von Personal ist.

(9) Auch Träger **öffentlich-rechtlicher Aufgaben** können ein **Konzernunternehmen** bilden. Sie sind unter den Voraussetzungen des § 1 Abs. 3 Nr. 2 erlaubnisfrei.

1.3.3 Gelegentliche Arbeitnehmerüberlassung (§ 1 Absatz 3 Nr. 2a)

(1) Von der Anwendung des AÜG ausgenommen, ist die Arbeitnehmerüberlassung zwischen Arbeitgebern, sofern sie nur gelegentlich erfolgt und der Arbeitnehmer nicht zum Zweck der Überlassung eingestellt und beschäftigt wird.

(2) Vor dem Hintergrund des Ausnahmecharakters des § 1 Absatz 3 sind an das Erfordernis einer „nur gelegentlichen Überlassung“ strenge Anforderungen zu stellen. D.h. es sollen mit der Regelung gelegentlich auftretende Überlassungsfälle ausgeklammert werden (z.B. Abdeckung eines kurzfristigen Spitzenbedarfs eines anderen Unternehmens), in denen Arbeitgeber ihre Arbeitnehmer nur gelegentlich Dritten zur Arbeitsleistung überlassen. Der Rechtsbegriff „gelegentlich“ wird durch die Rechtsprechung zum Begriff der Gewerbsmäßigkeit (u.a. BAG vom 02.06.2010 – 7 AZR 946/08, Rn. 19, 26) bestimmt. Das Merkmal bezweckt, Bagatellfälle von dem Erlaubniserfordernis zu befreien. Die Privilegierung ist vor dem Hintergrund des weiten Anwendungsbereichs des AÜG geboten, um zum Beispiel die gelegentliche Überlassung durch Handwerksbetriebe oder gemeinnützige Organisationen nicht unnötig zu erschweren.

1.3.4 ANÜ zu deutsch-ausländischen Gemeinschaftsunternehmen

(1) Die Anwendung des AÜG ist in den Fällen ausgeschlossen, in denen ein Unternehmen mit Geschäftssitz in Deutschland einen oder mehrere seiner Arbeitnehmer in das Ausland in ein deutsch-ausländisches Gemeinschaftsunternehmen überlässt, an dem es beteiligt ist. Ein Verleih vom Ausland nach Deutschland ist über diese Ausnahmevorschrift nicht möglich.

(2) Ferner ist erforderlich, dass das deutsch-ausländische Gemeinschaftsunternehmen auf der Grundlage zwischenstaatlicher Vereinbarungen gegründet sein muss (z.B. deutsch-chinesischer Investitionsförderungs- und -schutzvertrag vom 01.12.2003 - BGBl. 2005 II Seite 732).

(3) Auf die Staatsangehörigkeit des verliehenen Leiharbeitnehmers kommt es nicht an, ebenfalls nicht auf die Dauer des Verleihs an das Gemeinschaftsunternehmen. Auch die Größe des Anteils des deutschen Verleihers an diesem Unternehmen ist unbeachtlich. Es bedarf auch keiner konzernmäßigen Verflechtung des deutschen mit dem deutsch-ausländischen Gemeinschaftsunternehmen.

1a. § 1a Anzeige der Überlassung

1a.1 Anzeigepflichtige Überlassung

(1) § 1a privilegiert die sog. "Kollegenhilfe". Statt der Erlaubnis genügt die vorherige schriftliche Anzeige, wenn ein Arbeitgeber mit weniger als 50 Beschäftigten zur Vermeidung von Kurzarbeit oder Entlassungen an einen Arbeitgeber einen Arbeitnehmer, der nicht zum Zweck der Überlassung eingestellt und beschäftigt wird, bis zur Dauer von zwölf Monaten überlässt. Dennoch liegt Arbeitnehmerüberlassung vor, so dass die Vorschriften des AÜG grundsätzlich zu beachten sind. Es gilt z.B. auch das Verbot der Arbeitnehmerüberlassung im Baugewerbe nach § 1b Satz 1.

(2) Der Begriff "**Beschäftigte**" umfasst alle bei dem Arbeitgeber Beschäftigten: Arbeiter, Angestellte, Auszubildende, Vollzeit- und Teilzeitbeschäftigte (auch Inhaber eines Mini-Jobs). Der maßgebliche Zeitpunkt für das Vorliegen der betrieblichen Voraussetzungen von weniger als 50 Beschäftigten ist der erste Tag der beabsichtigten Überlassung. Die überlassenen Arbeitnehmer sind mitzuzählen.

(3) Voraussetzung für die Anwendung des § 1a ist die konkrete und begründete **Gefahr** von **Kurzarbeit oder Entlassungen** im Verleiherbetrieb. Der Arbeitgeber, der sich auf diese Ausnahmevorschrift beruft, trägt die Darlegungs- und Beweislast für die materiellen und formellen Voraussetzungen. Das Vorliegen der Voraussetzungen muss auf Verlangen glaubhaft gemacht werden (beispielsweise bei einer Häufung der Anzeigen).

(4) Fehlt eine der in § 1a genannten Voraussetzungen oder wird die Anzeige unterlassen, liegt illegale Arbeitnehmerüberlassung mit den hierfür geltenden **Rechtsfolgen** vor. Das gilt sowohl hinsichtlich der arbeitsrechtlichen (u.a. §§ 9, 10) als auch der straf- und bußgeldrechtlichen Folgen gemäß §§ 15, 16.

1a.2 Anzeigeverfahren

(1) Die einzelne Überlassung eines Beschäftigten bis zur Dauer von 12 Monaten bedarf der vorherigen **Anzeige** bei der für den Geschäftssitz des Verleihers zuständigen Agentur für Arbeit. Die vorherige Anzeige ist auch gewahrt, wenn diese bei einer Dienststelle der Bundesagentur für Arbeit vor Beginn der Überlassung eingeht (§ 1a Absatz 1 aE). Mehrere Beschäftigte können in einer Anzeige zusammengefasst werden, wenn sie demselben Entleiher überlassen werden. In diesem Fall ist für jeden Beschäftigten der Zeitraum der Überlassung anzugeben. Die Anzeige bedarf der Schriftform. Hierfür sollte der Vordruck AÜG 2b verwendet werden.

(2) Bei der **wiederholten Überlassung** wird ein und derselbe Arbeitnehmer mehrfach überlassen. Soweit für diesen Arbeitnehmer ein Einsatzplan für die Dauer von zwölf Mo-

naten vorliegt, sind Überlassungen entsprechend dieses Planes für einen Zeitraum von zwölf Monaten unter vorheriger Anzeige bei der Erlaubnisbehörde zulässig. Fehlt dieser Einsatzplan, ist für jeden Einsatz des Arbeitnehmers gesondert zu prüfen, ob die Voraussetzung des § 1a vorliegen.

(3) Bei der **Mehrfachüberlassung** werden mehrere Arbeitnehmer des Unternehmens zeitgleich oder zeitlich gestaffelt verliehen. Grundsätzlich ist dieser Verleih nach § 1a zulässig. Die Überlassungszeiten werden insoweit nicht zusammengerechnet. Zu beachten ist aber, dass die Anwendung des § 1a die Abwendung einer vorübergehenden wirtschaftlichen Notlage voraussetzt. § 1a dient nicht dazu, an sich erlaubnispflichtige Arbeitnehmerüberlassung unter den erleichterten Voraussetzungen zu ermöglichen.

(4) Für den Fall der erstmaligen Übersendung/Aushändigung des Anzeigenvordrucks ist gleichzeitig ein Abdruck des AÜG, das Merkblatt für Leiharbeitnehmer (AÜG 1) sowie das Merkblatt 8a der Bundesagentur für Arbeit (Kurzarbeitergeld Informationen für Arbeitgeber und Betriebsvertretungen) beizufügen. Der Vordruck ist im Internet verfügbar.

(5) Die Anzeigen sind bei Eingang auf Vollständigkeit und Plausibilität hin zu prüfen. Liegen die Voraussetzungen des § 1a nicht vor, ist der Anzeigende darauf hinzuweisen und es ist ihm anheim zu stellen, eine Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung zu beantragen; erforderlichenfalls ist die beabsichtigte Überlassung durch die Erlaubnisbehörde zu untersagen (§ 6) und das weitere Überlassen nach den Vorschriften des Verwaltungsvollstreckungsgesetzes zu verhindern.

(6) Der Eingang der Anzeige zur Überlassung nach § 1a ist schriftlich zu bestätigen. Weiterhin ist im IT-Verfahren VERA dies als sog. § 1a-Fall zu erfassen. Die Anzeigen nach § 1a sind für jeden Arbeitgeber chronologisch gesondert abzulegen.

(7) Ergibt sich der konkrete Anfangsverdacht einer bereits begangenen Ordnungswidrigkeit, ist die Anzeige unter Darstellung der Verdachtsmomente zur weiteren Bearbeitung an die Behörden der Zollverwaltung nach § 16 Abs. 3 abzugeben.

(8) Im Hinblick auf die Dienstleistungsfreiheit können sich auch **Verleiher aus einem Mitgliedsstaat der EU oder des EWR** auf § 1a berufen.

1b. § 1b Einschränkungen im Baugewerbe

1b.1 Einschränkung im Baugewerbe

(1) Der in § 1b verwendete Begriff "**Betriebe des Baugewerbes**" ist entsprechend den Vorschriften über das Saison-Kurzarbeitergeld auszulegen. In § 101 Abs. 2 Satz 1 Sozialgesetzbuch Drittes Buch (SGB III) findet sich eine Legaldefinition des Begriffs Betriebe des Baugewerbes. Danach ist ein Betrieb des Baugewerbes ein Betrieb, der gewerblich überwiegend Bauleistungen auf dem Baumarkt erbringt. Bauleistungen sind alle Leistungen, die der Herstellung, Instandsetzung, Instandhaltung, Änderung oder Beseitigung von Bauwerken dienen (§ 101 Abs. 2 Satz 2 SGB III). Die Verordnung über die Betriebe des Baugewerbes, in denen die ganzjährige Beschäftigung zu fördern ist (Baubetriebe-Verordnung) bestimmt im § 1 und § 2, welche Zweige des Baugewerbes durch das Saison-Kurzarbeitergeld zu fördern und welche davon ausgenommen sind.

(2) **Überwiegend gewerbliche Bauleistungen** werden erbracht, wenn arbeitszeitlich mehr als die Hälfte der betrieblichen Tätigkeit auf Bauleistungen entfällt. Arbeitgeber sind in diesem Fall Arbeitgeber des Baugewerbes und ihre Betriebe solche des Baugewerbes.

(3) Bei Zweifeln, ob ein bestimmter Betrieb zum Zeitpunkt der beabsichtigten Überlassung ein Baubetrieb im Sinne des § 1b in Verbindung mit § 101 Abs. 2 SGB III in Verbindung mit § 1 Baubetriebe-Verordnung ist, sind die für das Saison-Kurzarbeitergeld bzw. die für die Heranziehung zur Winterbeschäftigungs-Umlage zuständigen Stellen zu beteiligen.

(4) Die **Dienststellen der BA** können lediglich bescheinigen, ob nach den ihnen zur Verfügung stehenden Unterlagen ein Betrieb als Baubetrieb erfasst ist. Soweit ein Betrieb nicht bekannt ist, kann jedoch nicht ausgeschlossen werden, dass es sich dennoch um einen Betrieb des Baugewerbes handelt. Die Dienststellen der BA sind grundsätzlich nicht verpflichtet, allein aus Anlass des Auskunftsersuchens und ohne konkrete Anhaltspunkte weitere Ermittlungen über den ihnen nicht näher bekannten Betrieb anzustellen.

(5) Ein Verleihbetrieb ist daher verpflichtet, alle Möglichkeiten der Auskunft über einen Betrieb auch bei anderen Stellen wie z.B. Handwerkskammern, Industrie- und Handelskammern, Gewerbeämter und beim Entleiher auszuschöpfen und zu versuchen, die nötigen Schlüsse selbst daraus zu ziehen.

(6) Sofern einem **Baubetrieb eine Erlaubnis** zur Arbeitnehmerüberlassung erstmalig oder wiederholt erteilt wird, informieren die Teams Sachbearbeitung das Team Kurzarbeitergeld, Insolvenzgeld, Altersteilzeitgesetz (KIA) im Operativen Service, in dessen Bezirk der Erlaubnisinhaber seinen Sitz hat. Die Teams KIA benötigen die Information für die Prüfung der Baubetriebeeigenschaft.

(7) **Abbruchbetriebe**, die überwiegend Abbrucharbeiten verrichten, sind ungeachtet der Anwendung des Rahmentarifvertrages für die Beschäftigten des Abbruchgewerbes Baubetriebe (vgl. § 1 Abs. 2 Nr. 27 Baubetriebe-Verordnung). Die Anwendung des Rahmentarifvertrages schließt nicht die Baubetriebeeigenschaft aus, sondern nur die Mitgliedschaft zur SOKA-Bau und die Pflicht zur Erbringung der Winterbeschäftigungs-Umlage.

(8) Für **Auszubildende** gilt das Verbot des § 1b nicht. Es greift nur ein, wenn diese zu Arbeiten, die üblicherweise von Arbeitern verrichtet werden, verliehen werden. Die Übertragung von Verrichtungen, die nicht dem Ausbildungszweck dienen, würden jedoch § 14 Abs. 2 Berufsbildungsgesetz (BBiG) widersprechen.

(9) § 1b findet nach § 2 Nummer 4 Arbeitnehmer-Entsendegesetz (AEntG) auch Anwendung, wenn der **Verleih im Ausland** stattfindet und der Leiharbeitnehmer im Rahmen eines Werkvertrages vom Entleiher **grenzüberschreitend in Deutschland eingesetzt** wird. Für den mit § 1b verfolgten Schutz des Teilarbeitsmarktes Bau in Deutschland ist nicht entscheidend, wo der Verleih stattfindet und der Entleiher seinen Sitz hat, sondern ob der Arbeitnehmer in Deutschland eingesetzt wird. Der Einsatz des Leiharbeitnehmers ist nur gestattet, wenn für die Überlassung die Voraussetzungen nach § 1b Satz 2 und 3 vorliegen.

(10) Der **Verleih von Baubetrieben in andere Betriebe** wird vom Verbot des Verleihs nach § 1b nicht erfasst. Die Erlaubnisfähigkeit richtet sich nach den allgemeinen Vorschriften des AÜG.

1b.2 Ausnahmeregelung

(1) Die Ausnahme vom Verbot des Verleihs in das Baugewerbe greift bei Betrieben mit Geschäftssitz in Deutschland ein, wenn für allgemeinverbindlich erklärte und sowohl die aufnehmenden Betriebe des Baugewerbes als auch die Betriebe außerhalb des Baugewerbes erfassende Tarifverträge dies vorsehen (§ 1b Satz 2 Buchstabe a). Die Arbeitnehmerüberlassung ist somit aus Betrieben jeden Gewerbes in Betriebe des Baugewerbes zulässig, wenn Tarifverträge dies ausdrücklich zulassen. Es muss sowohl der verleihende Betrieb außerhalb des Baugewerbes, als auch der entleihende Betrieb des Baugewerbes von einem allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrag erfasst werden, der die Ausnahme von der Einschränkung der Arbeitnehmerüberlassung zulässt (sog. Tariföffnungsklausel).

(2) Zwischen **Betrieben des Baugewerbes** ist die Ausnahme vom Verbot des **Verleihs** in das Baugewerbe dann möglich, wenn der verleihende Betrieb nachweislich seit mindestens drei Jahren von denselben Rahmen- und Sozialkassentarifverträgen oder von deren Allgemeinverbindlichkeit erfasst wird, selbst wenn in den maßgeblichen Tarifverträgen

nichts über die Zulässigkeit der Arbeitnehmerüberlassung in Betriebe des Baugewerbes ausgesagt ist. Der Nachweis kann z.B. durch Vorlage einer Bestätigung der jeweils zuständigen Einzugsstelle für die Sozialkassenbeiträge erfolgen (Adressen, Anlage 1). Bei § 1b Satz 2 lit. b ist entsprechend des Wortlautes des Gesetzes auf den Betrieb und nicht auf die Rechtspersönlichkeit des Verleihers und Betriebs- bzw. Erlaubnisinhabers abzustellen.

(3) Der Nachweis ist mit Beginn des Verleihs vom Verleiher vorzuhalten und auf Verlangen vorzulegen. Durch die nachzuweisende dreijährige Tätigkeit als Baubetrieb soll vermieden werden, dass Betriebe unter dem Deckmantel eines Baubetriebes Arbeitnehmerüberlassung betreiben. Um einen solchen Umgehungstatbestand auszuschließen, hat der Gesetzgeber daher normiert, dass der verleihende Betrieb nachweisen muss, dass er seit mindestens drei Jahren in seinem Betrieb überwiegend Bautätigkeiten ausführt. Folgende Umstände können dabei berücksichtigt werden:

- Eintragung des Unternehmens im Gewerberegister,
- Angabe zur Höhe der Jahresumsätze in den letzten drei Jahren bzw. zumindest zur Höhe des letzten Jahresumsatzes sowie Angaben dazu, inwieweit dieser Jahresumsatz mit Tätigkeiten erzielt wurde, die unter den Tätigkeitsbereich von Bautarifverträgen fallen,
- Angabe der Anzahl gewerblicher Arbeitnehmer und Angestellter,
- Angabe der Anzahl der Art der im Besitz befindlichen Geräte und Baumaschinen,
- Vorlage einer Bescheinigung über die ordnungsgemäße Teilnahme an einem Sozialkassenverfahren der Bauwirtschaft.

(4) Von **denselben Rahmen- und Sozialkassentarifverträgen** bedeutet, dass die beteiligten Betriebe dem fachlichen Geltungsbereich "desselben" Tarifvertrages angehören. Die Dauer der Tarifgeltung muss nur auf Seiten des Verleihers vorliegen. Die im Baubereich existierenden Tarifverträge der vier Tarifbereiche Bauhauptgewerbe, Dachdeckerhandwerk, Gerüstbau und Garten- und Landschaftsbau sind ausnahmslos für allgemeinverbindlich erklärt worden und daher auch für Nicht-Verbandsmitglieder bindend. Die Arbeitnehmerüberlassung ist nur innerhalb des jeweiligen Tarifbereiches zulässig, nicht beispielsweise zwischen Betrieben des Bauhauptgewerbes und des Garten- und Landschaftsbaus.

(5) Inwieweit ein sog. **Mischbetrieb** vom Geltungsbereich eines entsprechenden Rahmen- und Sozialkassentarifvertrages erfasst wird, ist anhand der jeweiligen überwiegenden betrieblichen Gesamtarbeitszeit der Arbeitnehmer zu prüfen.

(6) Die Ausnahmen vom Verbot des § 1b Satz 1 sind in § 1b Satz 2 geregelt, so dass beim **Konzernverleih im Baugewerbe** die Voraussetzungen des § 1b Satz 2, insbesondere ob für die Konzernbetriebe dieselben Rahmen- und Sozialkassentarifverträge gelten, zu prüfen sind. Bei Vorliegen der Voraussetzungen ist die Arbeitnehmerüberlassung zulässig.

(7) **Betrieben** des Baugewerbes mit Geschäftssitz in einem **anderen Mitgliedstaat des EWR** ist der Verleih in Betriebe desselben Bereiches des Baugewerbes in Deutschland nach § 1b Satz 3 auch gestattet, wenn sie nachweislich seit mindestens drei Jahren überwiegend Tätigkeiten ausüben, die unter den fachlichen Geltungsbereich derselben Rahmen- und Sozialkassentarifverträge fallen, von denen der Betrieb des Entleihers erfasst wird. Der Nachweis kann beispielsweise durch Vorlage einer Bestätigung der jeweils zuständigen Einzugsstelle für die Sozialkassenbeiträge des Herkunftslandes erfolgen. Die SOKA-Bau, Abteilung Europaangelegenheiten, stellt z.B. eine Bescheinigung über die ordnungsgemäße Teilnahme am Urlaubskassenverfahren der deutschen Bauwirtschaft auch für ausländische Unternehmen aus. Ebenso kann sie eine Bescheinigung über die ordnungsgemäße Teilnahme an einer als vergleichbar anerkannten ausländischen Urlaubskasse ausstellen. Der Nachweis ist mit Beginn des Verleihs vom Verleiher vorzuhalten und auf Verlangen vorzulegen.

(8) Bei der Anwendung des § 1b Satz 3 sind Betriebe mit Geschäftssitz im EWR nur dann in Deutschland zum Verleih an Baubetriebe berechtigt, wenn sie über eine deutsche Verleiherlaubnis verfügen (siehe GA 3.5).

(9) Wie inländische Unternehmen sind die ausländischen Betriebe auf den Verleih zu deutschen Betrieben ihres Bereichs beschränkt, d.h. ein Dachdeckerbetrieb aus dem EWR kann an einen Dachdeckerbetrieb in Deutschland, aber nicht an einen Betrieb des Bauhauptgewerbes in Deutschland verleihen.

2. § 2 Erteilung und Erlöschen der Erlaubnis

2.1 Antragstellung (§ 2 Abs. 1)

2.1.1 Grundsätzliches

(1) Über die Bestimmungen des AÜG (z.B. die Erlaubnisvoraussetzungen) können **Auskünfte** allgemeiner Art erteilt werden. Es können aber keine Negativbescheinigungen ausgestellt bzw. verbindliche Auskünfte erteilt werden, ob das AÜG bei konkreten Sachverhalten anzuwenden ist, da das Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG), anders als z.B. das Steuerrecht, dies nicht vorsieht. In der Regel ist in diesen Fällen auf die Beratung durch Rechtsanwälte etc. zu verweisen (vgl. Merkblatt zur Abgrenzung zwischen Arbeitnehmerüberlassung im Rahmen von Werk- und selbständigen Dienstverträgen sowie anderen Formen des drittbezogenen Personaleinsatzes - AÜG 10). Gegen eine unverbindliche Darlegung der Auffassung der Agenturen für Arbeit zur rechtlichen Einordnung eines Sachverhaltes bestehen im Einzelfall keine Bedenken.

(2) Ein **Antrag** ist jede schriftliche Erklärung, die den Antragsteller und seinen Willen erkennen lassen, eine Erlaubnis nach § 1 zu erhalten. Der Antrag ist vom Antragsteller oder seinem Vertreter (vgl. GA zu § 2 Ziffer 2.1.3 Abs. 2 und 4) eigenhändig zu unterschreiben (§ 126 BGB). Für die Antragsbearbeitung sind die Agenturen für Arbeit Düsseldorf, Kiel und Nürnberg zuständig. Auch die Rücknahme eines bereits gestellten Antrages sollte aus Beweisgründen schriftlich erfolgen. Antragstellung und -bearbeitung sind **umgehend** im IT-Verfahren VERA zu erfassen.

(3) Für die Antragstellung soll der **Vordruck AÜG 2a** verwendet werden. Mit der Grundstruktur des Antragsvordrucks werden umfassend die bei einer Antragstellung möglichen Fragen erfasst und Nachweise aufgelistet. Die Nachweise werden in der Regel bei Erstantragstellern erforderlich, wobei die Beibringung bestimmter Unterlagen sich erübrigen kann (z.B. wenn keine Niederlassungen vorhanden sind, oder wenn natürliche Personen den Antrag stellen und demgemäß die Frage nach Gesellschaftern hinfällig ist). Ein ohne Verwendung des Vordrucks gestellter schriftlicher Antrag kann allerdings nicht als unwirksam zurückgewiesen werden, weil die Vordruckbenutzung nicht gesetzlich vorgeschrieben ist. Der Antragsteller ist aber in diesem Fall zur nachträglichen Ausfüllung des Antragvordrucks aufzufordern. Die im Vordruck näher bezeichneten Unterlagen sind einzureichen.

(4) Die **Amtssprache** ist deutsch. Werden Anträge und Unterlagen in fremden Sprachen eingereicht, ist der Antragsteller unverzüglich aufzufordern, innerhalb einer angemessenen Frist beglaubigte Übersetzungen vorzulegen. Gehen diese innerhalb der gesetzten Frist nicht ein, ist der Antrag abzulehnen.

(5) Für die Bearbeitung von Anträgen werden **Gebühren und Auslagen** erhoben. Die Antragsbearbeitung bei Neuanträgen erfolgt erst nach Zahlung des Gebührenvorschusses (vgl. GA zu § 2a).

(6) Das Erlaubnisverfahren nach dem AÜG ist im **IT-Verfahren VERA** zu dokumentieren.

2.1.2 Antragsbearbeitung

(1) Wird der Antragsvordruck nicht vollständig oder unrichtig ausgefüllt oder fehlen für die Prüfung **erforderliche Unterlagen**, ist der Antragsteller zur Ergänzung oder Berichtigung aufzufordern. Ihm ist gleichzeitig eine angemessene Frist (in der Regel nicht länger als 1 Monat) mit dem Hinweis zu setzen, dass der Antrag nach Ablauf der Frist ggf. wegen fehlender Mitwirkung abgelehnt werden kann.

(2) Kann der Antragsteller Unterlagen nicht beibringen, weil andere Stellen diese noch nicht ausgestellt haben, kann die **Erlaubnis unter dem Vorbehalt des Widerrufs** (GA zu § 2 Ziffer 2.3) erteilt werden, sofern der Antragsteller ein berechtigtes Interesse an der unverzüglichen Erlaubniserteilung nachweist, die sonstigen Voraussetzungen vorliegen und zu erwarten ist, dass die abschließende Prüfung nicht zu einer Ablehnung führen wird.

(3) Grundsätzlich gilt im Verwaltungsverfahren der **Untersuchungsgrundsatz** des § 24 Abs. 1 VwVfG. Die Beteiligten sollen aber gemäß § 26 Abs. 2 VwVfG bei der Ermittlung des Sachverhaltes mitwirken. Sie sollen insbesondere ihnen bekannte Tatsachen und Beweismittel angeben. Verfahrensrechtliche Folgen werden an das Fehlen der Mitwirkung im Vergleich zum SGB I nicht geknüpft. Die Behörde ist aber, soweit ein Beteiligter es unterlässt, zur Klärung der für ihn günstigen Tatsachen beizutragen, obwohl ihm dies möglich und zumutbar wäre, in der Regel nicht mehr gehalten, insoweit von sich aus allen sonstigen denkbaren Erkenntnismöglichkeiten nachzugehen, um die Tatsachen aufzuklären. Die fehlende Mitwirkung kann dann bei der Beweiswürdigung zu ungünstigen Schlüssen für den Beteiligten führen.

2.1.3 Antragsteller

(1) **Antragsteller** können natürliche und juristische Personen (z.B. AG, GmbH), Personengesamtheiten (z.B. nicht rechtsfähige Vereine, Erbengemeinschaft) und Personengesellschaften (z.B. GbR, OHG, KG) sein.

(2) **Juristische Personen** werden durch das zur Vertretung berechtigte Organ (Vorstand, Geschäftsführer), **Personengesellschaften** durch die zur Vertretung berechtigten Gesellschafter vertreten. Eine GbR wird gemeinschaftlich durch alle Gesellschafter vertreten, es sei denn, dass die Vertretungsbefugnis einzelnen Gesellschaftern übertragen wurde.

Bei Inhaberwechsel oder Rechtsnachfolge vgl. GA zu § 7.

(3) **Minderjährige** bedürfen für die Antragstellung der Einwilligung ihres gesetzlichen Vertreters, es sei denn, sie sind gemäß § 112 BGB zum selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäfts ermächtigt. Die schriftliche Einwilligung des gesetzlichen Vertreters (§ 107 BGB) oder die Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes ist vorzulegen.

(4) **Antragsteller** können sich bei der Antragstellung vertreten lassen. Aus Gründen der Rechtssicherheit ist jedoch stets die Vorlage einer schriftlichen **Vollmacht** zu verlangen.

(5) Bei **nichtdeutschen Antragstellern** ist zu prüfen, ob die Voraussetzungen nach § 3 Abs. 3 bis 5 erfüllt sind und der Aufenthaltsstatus die Ausübung des Gewerbes zulässt.

(6) Soweit **Niederlassungen** rechtlich unselbständig sind, werden die Tätigkeiten der Niederlassungen von der dem Verleiher erteilten Erlaubnis erfasst. Für mehrere Verleihunternehmen, die rechtlich selbständig sind, sind jeweils gesonderte Erlaubnisse erforderlich. Befindet sich der Hauptsitz bei grenzüberschreitender Arbeitnehmerüberlassung im EU/EWR-Ausland und wird die Niederlassung als unselbständige Niederlassung vom Amtsgericht eingetragen, ist Erlaubnisbehörde die für den Staat des Hauptsitzes zuständige Agentur für Arbeit. Stellt die im EU/EWR-Ausland gegründete Firma lediglich eine sog. "Briefkastenfirma" dar und findet die Geschäftstätigkeit dieser gegründeten Gesellschaft/Firma ausschließlich in Deutschland statt, so ist die Zuständigkeit dem deutschen Standort zu zuordnen.

2.1.4 Antragsunterlagen

2.1.4.1 Unterlagen für die erstmalige Erteilung einer Verleiherlaubnis

(1) Von den Antragstellern sind zusammen mit dem Antragsvordruck (AÜG 2a) grundsätzlich folgende Unterlagen vorzulegen:

a) bei anderen als natürlichen Personen **Gesellschaftsvertrag**/ Satzung/Statut,

b) **Führungszeugnis** für Behörden (Belegart O) für den Antragsteller oder - bei anderen als natürlichen Personen - für die Vertreter nach Gesetz/Satzung/Gesellschaftsvertrag,

c) **Auskunft aus dem Gewerbezentralregister** (Belegart 9) für den Antragsteller und - bei anderen als natürlichen Personen - für die Vertreter nach Gesetz/Satzung/Gesellschaftsvertrag sowie für die juristische Person,

d) **Auszug aus dem Handelsregister**, soweit eine Eintragspflicht besteht; dann Verzicht auf Gewerbeanmeldung und Gesellschaftsvertrag,

e) **Bescheinigung der Krankenkassen**, bei der die Mehrzahl der Arbeitnehmer versichert sind, soweit bereits Beiträge abzuführen waren,

f) **Bescheinigung der Berufsgenossenschaft** (Unfallversicherungsträger) - auf gesondertem Vordruck,

g) **Nachweis über liquide Mittel**, z.B. sofort verfügbare Guthaben oder Kreditbestätigungen über Kontokorrentkredit. Hinsichtlich der Bonität müssen mindestens € 10.000,00 nachgewiesen werden. Dies gilt bei einer beabsichtigten Beschäftigung von bis zu fünf Leiharbeitnehmern. Bei mehr als fünf Leiharbeitnehmern sind für jeden € 2.000,00 an liquiden Mitteln nachzuweisen;

h) **Muster eines Arbeitsvertrages** (bzw. Zusatzvereinbarung zum Arbeitsvertrag bei Einsatz eines Stammarbeitnehmers als Leiharbeitnehmer in sog. Mischbetrieben) und Muster eines Überlassungsvertrages.

Die Prüfung von Musterarbeitsverträgen/Musterüberlassungsverträgen beschränkt sich auf die Anforderungen nach § 11 in Verbindung mit § 2 Nachweisgesetz und § 12. Für die Bearbeitung ist die im IT-Fachverfahren VERA eingestellte Checkliste für Arbeits-/Überlassungsverträge zu verwenden. Inhaltliche Kontrollen von Tarif-/Arbeitsverträgen sind von der BA nicht vorzunehmen. Es ist auch nicht Aufgabe der BA eine rechtlich verbindliche, abschließende Vorabprüfung von Musterarbeitsverträgen vorzunehmen. Vorgelegte Verträge sind daher rechtlich nicht zu bewerten; hierzu ist an die rechtsberatenden Berufe zu verweisen. Gleiches gilt für die Vorlage des Arbeitnehmerüberlassungsvertrages. Bei klar erkennbaren Rechtsverstößen, die ohne tiefergehende Prüfung zu erkennen sind, empfiehlt es sich, auf solche Verstöße hinzuweisen. Unabhängig davon bleiben Arbeitsverträge und ihre Einhaltung Gegenstand von Prüfungen im Sinne von § 7.

(2) zu b) und c):

Antragsteller, die ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt in den letzten fünf Jahren überwiegend im Ausland hatten, haben zusätzlich zu den Unterlagen von deutschen Behörden auch die entsprechenden ausländischen Unterlagen mit beglaubigten Übersetzungen in die deutsche Sprache beizufügen.

(3) **Gebietskörperschaften** (z.B. Kommunen) müssen die Unterlagen lt. Buchstabe a), c), d) sowie g) im Antragsverfahren nicht vorlegen.

(4) Bei Vertretern von juristischen Personen des öffentlichen Rechts, die in einem **öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis** (z.B. Beamte auf Lebenszeit) stehen, kann auf ein Führungszeugnis der Belegart O (Vorlage bei einer Behörde) verzichtet werden.

2.1.4.2 Unterlagen für die (un-)befristete Verleiherlaubnis

(1) Bei der Beantragung einer befristeten Verlängerung bzw. unbefristeten Erteilung der Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung ist der Antragsvordruck zu verwenden (vgl. GA zu § 2 Ziffer 2.1.1 Abs. 3).

(2) An Unterlagen sind bei reinen Verleihbetrieben insbesondere vorzulegen:

a) **Führungszeugnis** für Behörden (= Belegart O) für die Antragsteller oder - bei anderen als natürlichen Personen - für die Vertreter nach Gesetz/Satzung/Gesellschaftsvertrag,

b) **Auskunft aus dem Gewerbezentralregister** (Belegart 9) für den Antragsteller und - bei anderen als natürlichen Personen - für die Vertreter nach Gesetz/Satzung/Gesellschaftsvertrag - GZR 3 - sowie für die juristische Person - GZR 4,

c) **Nachweis über liquide Mittel**, z.B. sofort verfügbare Guthaben oder Kreditbestätigungen über Kontokorrentkredit. Hinsichtlich der Bonität müssen mindestens € 10.000,00 liquide Mittel nachgewiesen werden. Dies gilt bei einer beabsichtigten Beschäftigung von bis zu fünf Leiharbeitnehmern. Bei mehr als fünf Leiharbeitnehmern sind für jeden € 2.000,00 an liquiden Mitteln nachzuweisen. Der Nachweis der liquiden Mittel wird zusätzlich durch die Unbedenklichkeitsbescheinigungen der Sozialversicherungsträger und des Finanzamtes erbracht.

d) **Bescheinigung der Berufsgenossenschaft** - auf gesondertem Vordruck,

e) **Bescheinigung der Krankenkasse**, bei der die Mehrzahl der Leiharbeitnehmer versichert ist,

(3) Bei **Mischbetrieben** kann im Zuge einer befristeten Verlängerung der Erlaubnis bzw. bei Erteilung der unbefristeten Erlaubnis auf Führungszeugnis und Gewerbezentralregisterauszug verzichtet werden. Ebenso sind Liquiditätsnachweise entbehrlich, wenn nach einer mehrjährigen unternehmerischen Tätigkeit des Antragstellers von einer ordentlichen Finanzierungsplanung ausgegangen werden kann. Im Einzelfall kann aus regionalen oder branchenspezifischen Gesichtspunkten auf die Vorlage einzelner Unterlagen verzichtet werden, um den Umfang der einzureichenden Unterlagen auf ein notwendiges Maß zu beschränken. Solche Ermessenentscheidungen sind allerdings kurz zu begründen. Im Übrigen sind die bei reinen Verleihbetrieben angegebenen Unterlagen beizubringen. Für notwendige im Antragsverfahren vorzulegende Unterlagen von Gebietskörperschaften wird auf Ziffer 2.1.4.1 Absatz 3 verwiesen.

2.1.5 Entscheidung über den Antrag

(1) Auf die Erteilung/Verlängerung der Erlaubnis besteht ein Rechtsanspruch, wenn nicht einer der in § 3 aufgezählten gesetzlichen Versagungsgründe vorliegt. Anträge nach dem AÜG sollen in der Regel innerhalb von drei Monaten ab Antragstellung abschließend bearbeitet werden.

(2) Für die Erteilung/Verlängerung der Erlaubnis ist der vorgesehene Text zu verwenden (Text in BK-Funktionen des IT-Fachverfahrens VERA).

(3) Den **Bescheid** erhält der Antragsteller (vgl. GA zu § 2 Ziffer 2.1.3). Die Erlaubnis ist personen- und nicht betriebsbezogen. Das bedeutet, dass sich die Erlaubnis auf die natürliche Person (Firmeninhaber), die juristische Person, die Personengesellschaft oder die Personengesamtheit bezieht. Wegen der Folge eines Inhaber- oder Gesellschafterwechsels bzw. einer Gesellschaftsumwandlung näher zu GA zu § 7 Ziffer 7.2.

2.1.6 Zustellung von Entscheidungen

(1) Die Entscheidungen nach dem AÜG sind im **Inland** grundsätzlich als Brief zu versenden. Mit Postzustellungsurkunden (PZU) oder gegen Empfangsbekenntnis sind aber Ersterteilungen von Erlaubnissen, Ablehnungs-, Widerrufs-, Rücknahme- und (eigenständige) Auflagenbescheide zu zustellen. Für den Nachweis des Zugangs und seiner Datierung kann die Erlaubniserteilung auch mittels Faxübermittlung geschehen. Durch das Faxprotokoll ist der Zugang nachweisbar.

(2) Bei Undurchführbarkeit kommt die öffentliche Zustellung (§ 10 Verwaltungszustellungsgesetz (VwZG)) in Betracht.

(3) Bescheide im Rahmen des Antragsverfahrens (Erlaubniserteilung und Erlaubnisversagung, Widerruf und Rücknahme, Auflagen, usw.) sind ins **Ausland** mittels Einschreiben mit Rückschein zu übersenden, soweit nicht an Bevollmächtigte im Inland (§ 7 VwZG) zugestellt werden kann. Es ist darauf hinzuwirken, dass ausländische Verleiher Empfangsbevollmächtigte im Inland benennen. Hat oder verspricht die Zustellung auf diesen Wegen keinen Erfolg, ist die förmliche Zustellung nach § 9 VwZG zu bewirken.

2.1.7 Rückgabe der Erlaubnisurkunden

(1) Die Erlaubnisurkunden sind entsprechend § 52 VwVfG im Interesse der Rechtssicherheit vom Verleiher zurückzufordern, wenn die Erlaubnis abgelaufen oder erloschen ist, rechtskräftig zurückgenommen (§ 4) oder widerrufen (§ 5) wurde oder der Verleiher auf ihren Fortbestand verzichtet hat. Ausnahmsweise kann von der Rückgabe abgesehen werden, wenn diese nur mit unverhältnismäßig hohem Verwaltungsaufwand möglich ist und

davon ausgegangen werden kann, dass eine missbräuchliche Verwendung durch den ehemaligen Erlaubnisinhaber nicht zu erwarten ist.

(2) Die Rückgabeverpflichtung kann mit Hilfe des Verwaltungszwangs durchgeführt werden.

(3) Auf begründetes Verlangen (z.B. zum Nachweis seiner bisherigen Rechtsposition) ist dem ehemaligen Erlaubnisinhaber zu bescheinigen, in welcher Zeit er im Besitz einer Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung war.

2.1.8 Bedingungen und Auflagen (§ 2 Abs. 2)

(1) **Bedingungen** sind Bestandteil des Verwaltungsaktes und können nicht selbständig erzwungen oder angefochten werden. Von der Erteilung einer Erlaubnis unter Bedingungen ist in der Regel abzusehen. Im Einzelfall ist oft nicht festzustellen, ob die Bedingungen eingetreten sind oder der Verleiher sie eingehalten hat. Es würde daher in vielen Fällen zweifelhaft sein, ob die in ihrem Bestand von den Bedingungen abhängige Erlaubnis wirksam ist. Ein Beispiel für eine Bedingung ist, dass einer GmbH auf Wunsch die Erlaubnis unter der Bedingung der Eintragung ins Handelsregister erteilt werden könnte. Die Erlaubnis wird dann erst mit der Eintragung wirksam und die GmbH hat ein volles Erlaubnisjahr zur Verfügung.

(2) **Auflagen**, mit denen die Erlaubnis verbunden wird, fordern von dem Adressaten ein bestimmtes Tun, Dulden oder Unterlassen. Auflagen stehen rechtlich selbständig neben der Erlaubniserteilung. Sie können daher selbständig angefochten werden. Die Erfüllung der Auflagen kann nach den Vorschriften des Verwaltungsvollstreckungsgesetzes (VwVG) erzwungen werden.

(3) Die Nichteinhaltung von Auflagen kann unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit zum Widerruf der Erlaubnis (§ 5 Abs. 1 Nr. 2) berechtigen. Zuvor ist zu prüfen, ob eine Ahndung als Ordnungswidrigkeit in Frage kommt (§ 16 Abs. 1 Nr. 3 und Abs. 2).

(4) Auflagen können auch nach Erlass des Erlaubnisbescheides in Betracht kommen. Auflagen sind als solche konkret zu bezeichnen und zu begründen. Werden Auflagen später erteilt, geändert oder ergänzt, ist der Auflagentext als gesonderter rechtsbehelfsfähiger Bescheid zu zustellen.

(5) Bestimmungen, die auf bestehende gesetzliche Verpflichtungen hinweisen oder sie lediglich wiederholen, sind nicht als Inhalt von Auflagen zulässig. Etwas anderes gilt allerdings, wenn eine gesetzliche Verpflichtung, deren Umfang umstritten ist, fall- bzw. fallgruppenbezogen mit potentieller Verbindlichkeit konkretisiert wird, um die Einhaltung der gesetzlichen Verpflichtung auch in diesen Fällen ggf. mit Zwangsmitteln durchsetzen zu

können. Solche Auflagen erfordern allerdings nicht nur die bestimmte Angabe, was der Begünstigte zu tun oder zu unterlassen hat. Vielmehr muss zusätzlich genau angegeben werden, wann dies geschehen soll. Es muss daher der Fall oder die Fallgruppe nachvollziehbar abgegrenzt werden, für die das Tun, Dulden oder Unterlassen verlangt wird.

(6) Auflagen kommen u.a. zur Gestaltung der Betriebsorganisation eines Verleihers nach § 3 Abs. 1 Nr. 2 in Frage. Eine Auflage, die allein auf eine Gestaltung der vorgehaltenen Arbeitsvertragsformulare hinwirkt, ohne dass ein konkreter Verstoß gegen arbeitsvertragliche Pflichten vorliegt, ist rechtswidrig, weil die Gestaltung von Vertragsformularen ohne konkreten Verstoß gegen arbeitsrechtliche Pflichten die Versagung einer Erlaubnis nicht rechtfertigt (Urteil des BSG vom 06.04.1999 - B 11/7 AL 10/99).

(7) Wenn ausreichend bestimmte Auflagen wegen der Schwierigkeit der Rechtsmaterie nicht erlassen werden können, empfiehlt es sich dem Verleiher entsprechende schriftliche Hinweise/Beanstandungen zu geben, besonders, wenn Betriebsprüfungen konkrete Rechtsverletzungen ergeben haben (BSG, a.a.O.). Stellt sich heraus, dass der Verleiher diesen Hinweisen nicht nachkommt, so ist ggf. die Verlängerung der Erlaubnis zu versagen bzw. eine erteilte Erlaubnis zu widerrufen.

(8) Sofern die Behörden der Zollverwaltung für die Verfolgung und Ahndung von Ordnungswidrigkeiten zuständig sind (z.B. Lohnuntergrenze), ist es grundsätzlich sachgerecht vor der erlaubnisrechtlichen Entscheidung den Abschluss des Verfahrens beim Zoll abzuwarten. Dabei ist aber erforderlich, dass die BA den Sachstand beim Zoll konsequent und in angemessener Taktung nachhält. In eindeutigen Fällen, in denen aufgrund der Feststellungen der Teams Arbeitnehmerüberlassung der Sachverhalt zweifelsfrei feststeht, kann schon vor Abschluss des Verfahrens beim Zoll eine Auflage erteilt werden. Darüber sollte der Zoll im Rahmen der Zusammenarbeit informiert werden.

(9) Eine **Auflage bleibt bis zu ihrer Erfüllung wirksam**. Im Übrigen gilt sie bis zu ihrem ausdrücklichen Widerruf oder dem Ende der Befristung. Bei der Verlängerung der Erlaubnis ist aus Gründen der Rechtssicherheit auf den Fortbestand der Auflage hinzuweisen.

2.3 Widerrufsvorbehalt (§ 2 Abs. 3)

(1) Eine Erlaubniserteilung unter **Widerrufsvorbehalt** kommt im Einzelfall in Betracht, wenn die vollständige Sachverhaltsaufklärung längere Zeit in Anspruch nehmen wird, wenn Unterlagen nicht rechtzeitig vorgelegt werden können und wenn die Gründe für eine derartige Verzögerung nicht nur in der Person des Antragstellers liegen. Die abschließende Prüfung darf voraussichtlich nicht zu einer Versagung führen.

(2) Das Instrument des Widerrufsvorbehaltes ist dann unzulässig, wenn aufgrund der unvollständigen Unterlagen z.B. noch nicht ausreichend geklärt ist, ob der Antragsteller die

Erlaubnis voraussichtlich erhalten kann. Dies gilt insbesondere dann, wenn Gründe in der Person des Antragstellers vorlagen, die eine Erlaubnis ausgeschlossen hätten. Wird eine Erlaubnis unter Widerrufsvorbehalt erteilt, muss aus den Erlaubnisakten erkennbar sein, warum dem Antragsteller keine Aufschiebung der Entscheidung zuzumuten gewesen wäre.

(3) Sind die Gründe für den Vorbehalt eines Widerrufs weggefallen, ist dies dem Verleiher durch einfachen Brief mitzuteilen.

2.4 Verlängerung der Erlaubnis (§ 2 Abs. 4)

(1) Die **Jahresfrist** des § 2 Abs. 4 **beginnt** mit dem Tag des Wirksamwerdens der Erlaubnis.

(2) Die **Antragsunterlagen** für die Verlängerung der Erlaubnis sind dem Verleiher in der Regel fünf Monate vor Ablauf der Erlaubnis **zweifach** - verbunden mit der Aufforderung der rechtzeitigen Antragstellung - zu übersenden. Die Versendung per E-Mail ist zu bevorzugen, soweit sich die E-Mail nur auf die Übersendung der Antragsunterlagen beschränkt.

(3) Bei der Frist zur Stellung des Verlängerungsantrages (§ 2 Abs. 4) handelt es sich um eine materiell rechtliche **Ausschlussfrist**, gegen deren Versäumung eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (im Gegensatz zu prozessualen Fristen) nicht möglich ist.

(4) Dem Antragsteller ist mit dem Anschreiben gleichzeitig ein Termin zu setzen (etwa sechs Wochen vor Ablauf der Erlaubnis), bis zu dem ggf. noch **fehlende Unterlagen** nachgereicht werden können. Eine Verlängerung dieses Termins kommt nur in Ausnahmefällen in Betracht und sollte auf jeden Fall so bemessen sein, dass genügend Zeit bleibt, über den Antrag noch vor Ablauf der Erlaubnis zu entscheiden.

(5) Über jeden **fristgerecht** gestellten **Verlängerungsantrag** ist vor Ablauf der Erlaubnis zu entscheiden. Insbesondere ein Versagungsbescheid ist dem Verleiher vor Ablauf der Erlaubnis förmlich zu zustellen.

(6) Geht ein Antrag auf **Verlängerung** der Erlaubnis **verspätet** ein, ist dieser Antrag als Neuantrag zu behandeln. Der Verleiher ist umgehend darauf hinzuweisen, dass er seine Tätigkeit zum Ende der Jahresfrist einzustellen hat, falls bis dahin über seinen Antrag nicht zustimmend entschieden wurde.

(7) Während der zwölfmonatigen **Abwicklungsfrist** (§ 2 Abs. 4 Satz 4) ist der Abschluss oder die Verlängerung von Überlassungs- oder Arbeitsverträgen unzulässig. Dies gilt auch dann, wenn der Verleiher zur Erfüllung seiner Verpflichtungen aus laufenden Überlassungsverträgen Neuabschlüsse oder Verlängerungen von Leiharbeitsverträgen vor-

nehmen will und umgekehrt. Hierauf ist der Verleiher, sofern ihm eine Abwicklungsfrist zusteht, in dem entsprechenden Bescheid aus Gründen der Rechtssicherheit hinzuweisen.

(8) Nach dem Sinn der Abwicklungsfrist kann diese nicht für Rahmenüberlassungsverträge gelten. Die Abwicklungsfrist erstreckt sich nur auf die konkreten zum Zeitpunkt der Abwicklung gültigen Verträge, die zumindest die Dauer der Überlassung und die Zahl der Leiharbeitnehmer beinhalten. Entsprechende Überlassungen müssen auch tatsächlich erfolgen.

(9) Die Abwicklungsfrist von längstens zwölf Monaten gilt auch im Fall der Rücknahme und des Widerrufs einer Erlaubnis (vgl. § 4 Abs. 1 Satz 2 und § 5 Abs. 2). Im Falle der Fristversäumung nach § 2 Abs. 4 Satz 2 ist allerdings die Einräumung der Abwicklungsfrist nicht möglich.

2.5 Unbefristete Erlaubnis (§ 2 Abs. 5)

(1) Eine unbefristete Erlaubnis kann erteilt werden, wenn der Erlaubnisinhaber **drei aufeinanderfolgende Jahre eine Verleihtätigkeit** ausgeübt hat, d.h. in jedem Jahr der Gültigkeit der Erlaubnis muss mindestens ein Verleihvorgang erfolgt sein.

(2) Der Antragsteller muss **drei aufeinanderfolgende Jahre erlaubt tätig** gewesen sein. Eine Unterbrechung der Dreijahresfrist liegt nicht vor, wenn infolge verspäteter Antragstellung ein Verlängerungsantrag als Neuantrag zu behandeln war, die daraufhin erteilte Erlaubnis sich jedoch nahtlos an die zuvor erteilte anschließt.

(3) Die Erteilung einer unbefristeten Erlaubnis setzt voraus, dass das Gesamtbild der bisherigen Geschäftstätigkeit des **Antragstellers** (auch in Zeiten, in denen sie nicht als Verleiher erfolgte) die Gewähr dafür bietet, dass er sich künftig als Gewerbetreibender gesetzesgetreu verhält und seine Arbeitgeberpflichten **zuverlässig** erfüllt. Auch geringe Verstöße gegen die maßgeblichen Vorschriften während seiner bisherigen Geschäftstätigkeit - unabhängig davon, ob sie geahndet wurden - können gegen die Erteilung einer unbefristeten Erlaubnis sprechen.

(4) In den Fällen, in denen die Erteilung einer unbefristeten Erlaubnis nicht in Betracht kommt, muss stets geprüft werden, ob eine befristete Erlaubnis erteilt werden kann. Wird anstelle einer begehrten unbefristeten Erlaubnis nur eine befristete Erlaubnis erteilt, ist dies dem Antragsteller gegenüber im Bescheid zu begründen. Einer Begründung bedarf es nicht, wenn der Antragsteller sein Antragsbegehren dahingehend eingeschränkt hat, dass er nicht bzw. nicht mehr die unbefristete, sondern lediglich die befristete Erlaubnis begehrt.

(5) Die **Erlaubnis erlischt** durch Fristablauf, ferner mit dem Tod des Erlaubnisinhabers bzw. bei juristischen Personen oder Personengesellschaften mit deren Auflösung; außerdem in Fällen unbefristeter Erteilung, wenn der Erlaubnisinhaber von ihr drei Jahre lang keinen Gebrauch gemacht hat. Wegen Rücknahme und Widerruf der Erlaubnis vgl. GA zu §§ 4 und 5.

(6) Die **Erlaubnis** erlischt auch, wenn der Verleiher auf sie **verzichtet** (vgl. § 43 Abs. 2 VwVfG - Erledigung auf andere Weise). Aus Gründen der Rechtssicherheit hat der Verleiher seinen Verzicht schriftlich zu erklären; zuvor soll er in geeigneter Form auf die damit verbundenen Rechtsfolgen hingewiesen werden (z.B. fehlende Abwicklungsfrist).

2a. § 2a Gebühren und Auslagen

2a.1 Gebühren und Auslagen

Für die Bearbeitung von Anträgen auf Erteilung und Verlängerung der Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung werden Gebühren und Auslagen erhoben. Die Höhe im Einzelnen richtet sich nach der Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis-Kostenverordnung (AÜKostV). Für die zu treffende Entscheidung gelten die Vorschriften des Bundesgebührengesetzes (BGebG). Gemäß § 23 Abs. 2 und Abs. 5 BGebG findet jedoch § 10 BGebG bis zum Erlass einer neuen Rechtsvorschrift für die Erhebung von Gebühren im Bereich Arbeitnehmerüberlassung keine Anwendung. Für die Ablehnung, Rücknahme oder Erledigung eines Antrags sowie für die Rücknahme oder den Widerruf eines Verwaltungsaktes ist § 15 des Verwaltungskostengesetzes (VwKostG) in der bis zum 14. August 2013 geltenden Fassung weiter anzuwenden.

2a.2 Gebühren

(1) Die Gebühr beträgt für die Erteilung oder Verlängerung einer befristeten Erlaubnis € 750,00 und für die Erteilung einer unbefristeten Erlaubnis € 2.000,00.

(2) Bei Ablehnung und Rücknahme von Anträgen sind entsprechend § 2a grundsätzlich ebenfalls Gebühren zu erheben; die gemäß § 23 Abs. 2 und Abs. 5 BGebG i.V.m. § 15 Abs. 2 VwKostG vorgesehenen Ermäßigungsvorschriften sind zu beachten.

(3) Gebühren können nach § 15 BGebG als Vorschuss erhoben werden.

2a.3 Verfahren

(1) Erstantragsteller sind aufzufordern, einen Gebührenvorschuss in Höhe der für die Erteilung einer Erlaubnis zu zahlenden Gebühr zu entrichten und darauf hinzuweisen, dass die Agentur für Arbeit die sachliche Bearbeitung von seiner Einzahlung abhängig macht. Wird der Vorschuss nicht binnen einer zu benennenden Frist entrichtet, ist dem Antragsteller mitzuteilen, die Agentur für Arbeit gehe davon aus, er habe an der weiteren Verfolgung seines Antrages kein Interesse und betrachte den Antrag daher als erledigt. Der Vorgang ist abzuschließen; eine Gebührenerhebung entfällt. Veranlasst die Mitteilung den Antragsteller, den Vorschuss nunmehr zu entrichten, ist die Bearbeitung wieder aufzunehmen und über den Antrag in der Sache zu entscheiden.

(2) Anlässlich der Übersendung der Unterlagen zur Verlängerung der Erlaubnis ist der Verleiher darauf hinzuweisen, dass die BA im Falle der Antragstellung von der Möglichkeit des § 15 BGebG Gebrauch macht und einen Gebührenvorschuss auf die fällige Gebühr erhebt. Zur beschleunigten Antragsbearbeitung liegt es im Interesse des Verleihers, ne-

ben der rechtzeitigen Antragstellung nach § 2 Abs. 4 Satz 2 auch die Gebühr nach Aufforderung durch die Erlaubnisbehörde zeitnah einzuzahlen.

(3) Für den Fall, dass der Antragsteller den Verlängerungsantrag rechtzeitig gestellt, nicht aber die Gebühr nach Aufforderung eingezahlt hat, ist er unter Fristsetzung zu verpflichten, den Gebühren**vorschuss** in entsprechender Höhe zu entrichten. Er ist darüber zu belehren, dass aus der Missachtung dieser Verpflichtung **mangelnde Zuverlässigkeit** im Sinne des § 3 Abs. 1 Nr. 1 geschlossen wird; so dass schon aus diesem Grund der Antrag auf Verlängerung abzulehnen wäre. Zahlt er nicht innerhalb der gesetzten Frist, ist er einer öffentlich-rechtlichen Verpflichtung nicht nachgekommen und kann daher nicht als zuverlässig im Sinne von § 3 Abs. 1 Nr. 1 angesehen werden. Ohne weitere Prüfung in der Sache erhält er einen gebührenpflichtigen Ablehnungsbescheid.

(4) Nimmt der Verleiher die ablehnende Entscheidung zum Anlass, den Gebührenvorschuss vor Bestandskraft zu zahlen, ist die ablehnende Entscheidung im Verwaltungswege aufzuheben und über den Antrag in der Sache zu entscheiden. Bei einem späteren Zahlungseingang steht es im Ermessen der BA entsprechend zu verfahren.

(5) Hat der Verleiher für den Antrag auf Erteilung der unbefristeten Erlaubnis einen Gebührenvorschuss in entsprechender Höhe entrichtet, ist ihm die Differenz auszuzahlen, wenn nur eine befristete Erlaubnis erteilt wird. Die Rücküberweisung erfolgt unverzüglich, nachdem der Verwaltungsakt bestandskräftig wurde. Schränkt der Antragsteller sein Antragsbegehren dahingehend ein, dass er nicht mehr die unbefristete Erlaubnis, sondern lediglich noch die befristete Erlaubnis begehrt, ist der zu viel gezahlte Gebührenvorschuss sofort zu erstatten. Durch die Änderung des Antrages ist nur noch die Gebühr für die Erteilung einer befristeten Erlaubnis angemessen. Der Antragsteller ist über die Erstattung zu informieren und darauf hinzuweisen, dass die Gebühr endgültig mit der Entscheidung über den Antrag festgesetzt wird.

(6) Ist wegen nicht eingegangener Gebühr der Antrag in der **Geschäftsstatistik** als Versagung (Spalte 7) oder anderweitige Erledigung (Spalte 8) gezählt geworden und wird die Gebühr danach entrichtet, ist statistisch von einer erneuten Antragstellung auszugehen. Die abschließende Erledigung eines solchen Antrages ist ebenfalls statistisch zu erfassen.

(7) Sind **Auslagen** gemäß § 3 AÜKostV (bspw. für Übersetzungen und weitere Abschriften) zu erheben, sollen sie vom Antragsteller/Verleiher ebenfalls als Vorschuss gefordert werden.

(8) Nach § 13 BGebG soll die **Gebührenfestsetzung** zusammen mit der Sachentscheidung ergehen. Sind die Gebühren nicht im Zusammenhang mit einer Sachentscheidung

festgesetzt worden, ist ein gesonderter Bescheid mit Rechtsbehelfsbelehrung über die Gebühren zu erlassen.

(9) Die Gebührenfestsetzung kann zusammen mit der Sachentscheidung oder selbständig angefochten werden. Der **Rechtsbehelf** gegen die Sachentscheidung erstreckt sich auch auf die Gebührenfestsetzung (§ 20 Abs. 1 BGebG). Auch für das Rechtsmittelverfahren gegen Gebührenfestsetzungen ist der Rechtsweg zu den Sozialgerichten gegeben.

(10) Die nach §§ 2 und 3 AÜKostV zu erhebenden Gebühren und Auslagen sind bei der **Finanzposition 1-11101-00-0031** zugunsten der Kostenstellen der Agentur für Arbeit Düsseldorf, Kiel und Nürnberg, da diese für die Bearbeitung der Anträge nach dem AÜG zuständig sind, zu vereinnahmen. Nach § 23 Abs. 2 und Abs. 5 BGebG i.V.m. § 15 VwKostG zu erstattende Beträge sind von den Einnahmen abzusetzen.

2a.4 Sonderfälle

(1) Keine Gebühr ist zu erheben, wenn die Sachbearbeitung (nähere Prüfung der Unterlagen) noch nicht aufgenommen wurde. Generell ist mit der Bearbeitung erst zu beginnen, wenn der Antragsteller den Gebührenvorschuss entrichtet hat. Daher entfällt bei Erstantragstellern eine Gebührenerhebung, wenn der Antrag als erledigt betrachtet wird, weil der Vorschuss nach Fristsetzung nicht entrichtet wurde. Aus Gründen der Gleichbehandlung muss eine Gebührenerhebung auch dann - unabhängig von der Entrichtung des Gebührenvorschusses - entfallen, wenn bei Neu- oder Verlängerungsanträgen der Antrag zurückgenommen wird, bevor mit seiner Bearbeitung begonnen wurde.

(2) Wird ein Antrag, nachdem mit der Sachbearbeitung begonnen wurde, zurückgenommen oder abgelehnt, ist die **Gebühr** in Anwendung des **§ 23 Abs. 2 und Abs. 5 BGebG i.V.m. § 15 Abs. 2 VwKostG** nach pflichtgemäßem Ermessen zu **ermäßigen**. Eine Ermäßigung kommt vor allem in folgenden Fällen in Betracht:

a) Gebühr bei Ablehnung wegen fehlender Mitwirkung

Wenn zunächst nur die Antragsunterlagen auf Vollständigkeit durchgesehen sowie fehlende Unterlagen nachgefordert werden und der Antrag dann ohne weiteren Bearbeitungsaufwand wegen fehlender Mitwirkung abgelehnt wird (bzw. vom Antragsteller zurückgenommen wird), kommt eine Ermäßigung der Gebühr auf ein Viertel in Betracht.

b) Gebühr bei Ablehnung wegen Nichtentrichtung des Gebührenvorschusses

Eine entsprechende Ermäßigung (ein Viertel) bietet sich an, wenn der rechtzeitig gestellte Verlängerungsantrag nur deshalb anzulehnen ist, weil der Gebührenvorschuss nicht entrichtet wurde.

c) Änderung des Antrages auf unbefristete Erlaubnis in einen Antrag auf Verlängerung der befristeten Erlaubnis

Da die Höhe der Gebühr für die Erteilung einer unbefristeten Erlaubnis maßgeblich von ihrem wirtschaftlichen Wert bestimmt wird, entspricht es der Billigkeit, die Ermäßigungsmöglichkeit nach § 23 Abs. 2 und Abs. 5 BGebG i.V.m. § 15 Abs. 2 VwKostG voll auszuschöpfen und lediglich eine Gebühr in Höhe des Gebührensatzes für eine befristet zu erteilende Erlaubnis zu erheben, wenn der Antragsteller sein ursprüngliches Antragsbegehren auf Erteilung der unbefristeten Erlaubnis dahingehend einschränkt, dass nur noch die Erteilung einer befristeten Erlaubnis begehrt wird. Dieses Ergebnis ist auch im Hinblick auf § 25 VwVfG gerechtfertigt.

d) Ablehnung des Antrages auf unbefristete Erlaubniserteilung unter Erteilung einer befristeten Verlängerung

In den übrigen Fällen, in denen eine unbefristete Erlaubnis beantragt wird, aber nur die Voraussetzungen für die Erteilung einer befristeten Erlaubnis gegeben sind, ist es angemessen, die Gebühr unter Berücksichtigung des Verwaltungsaufwandes entsprechend zu ermäßigen (Gebühr für befristete Erlaubnis).

e) Ablehnung des Antrages auf unbefristete Erlaubniserteilung ohne Erteilung einer befristeten Verlängerung

Der Billigkeit entspricht es, denjenigen, der zwar ein unbefristete Erlaubnis beantragt hat, aber weder diese noch eine befristete Erlaubnis erhalten kann, im Wesentlichen nicht schlechter zu stellen als den, dessen Antrag auf Erteilung einer befristeten Erlaubnis abgelehnt wird. In diesem Fällen ist deshalb die Ermäßigungsmöglichkeit bis zu einem Viertel voll zu nutzen.

(3) Ist eine **Verlängerung kraft Gesetzes** eingetreten, ist die Gebühr in voller Höhe zu erheben.

(4) Gleiches gilt, wenn das **Gericht** die **Erlaubnis**behörde verpflichtet, dem Antragsteller eine Erlaubnis zu erteilen.

(5) § 23 Abs. 2 und Abs. 5 BGebG i.V.m. § 15 Abs. 2 VwKostG ist nicht dahingehend zu verstehen, dass für die **Rücknahme** oder den **Widerruf** eines Verwaltungsaktes eine ermäßigte Gebühr zu verlangen ist; in diesen Fällen entfällt überhaupt eine **Gebührenerhebung**. § 15 Abs. 2 VwKostG besagt vielmehr, dass sich bei Rücknahme oder Widerruf eines Verwaltungsaktes die Gebühr für die **Erlaubnis** nachträglich um mindestens ein Viertel ermäßigt. Zu Unrecht erhobene Gebühren sind im Rahmen des § 21 BGebG zu erstatten. Ist die Gebührenentscheidung für die Erteilung oder Verlängerung der Erlaubnis im Zeitpunkt der Rücknahme oder des Widerrufs bereits unanfechtbar geworden, kommt

eine Erstattung des Ermäßigungsbetrages nur noch aus Billigkeitsgründen in Betracht. Derartige Billigkeitsgründe liegen in der Regel nur vor, wenn die Erlaubnisbehörde rechtswidrig eine Erlaubnis erteilt hat. Ist die Gebührenentscheidung noch nicht unanfechtbar, ist der Ermäßigungsbetrag unverzüglich zu erstatten. Wird mit dem Widerruf der Erlaubnis zugleich ein Verlängerungsantrag abgelehnt, ist für die Ablehnung eine Gebühr unter Berücksichtigung der unter GA zu § 2a Ziffer 2a.4 Absatz 2 genannten Kriterien zu erheben.

3. § 3 Versagung

3.1 Gründe für die Versagung nach § 3 Abs. 1

(1) Die Vorschrift zählt die Gründe für eine Versagung der Erlaubnis auf. Liegt einer dieser Gründe vor, ist die Erlaubnis grundsätzlich zu versagen; andernfalls besteht auf die Erteilung der Erlaubnis ein Rechtsanspruch.

(2) Es ist nicht notwendig, mit letzter Gewissheit das Vorliegen von Versagungsgründen zu bejahen. Es reicht aus, wenn insofern konkrete, sich auf Tatsachen gründende Anhaltspunkte gegeben sind.

(3) In den Fällen des Absatzes 1 Nr. 1 bis Nr. 3 ist eingehend zu prüfen, ob mit einer Existenz bedrohenden Versagung der Erlaubnis noch der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewahrt ist. Stets sind die Gesamtumstände eines Falles zu würdigen. Im Allgemeinen wird es grundsätzlich ausreichen, für den Wiederholungsfall die Versagung der Erlaubnis anzudrohen.

(4) Jeder einzelne Tatbestand des § 3 Abs. 1 Nr. 1 bis Nr. 3 kann die Versagung der Erlaubnis rechtfertigen.

(5) Der **Grundsatz der Verhältnismäßigkeit** gilt nicht nur bei der Entscheidung über Erstanträge sondern auch für das Verfahren bei der Verlängerung der Erlaubnis. Bestehen Zweifel an der Zuverlässigkeit des Verleihers ist zu prüfen, ob die Erlaubnis zu versagen ist. Im Falle mangelnder Betriebsorganisation (§ 3 Abs. 1 Nr. 2) kann z.B. die Erteilung einer Erlaubnis mit Auflage in Betracht kommen.

3.1.1 Einhaltung rechtlicher Vorschriften durch den Verleiher

(1) Die BA ist Erlaubnisbehörde und nicht Instanz arbeitsrechtlicher Entscheidungsfindung. Deshalb soll sich die Vorgehensweise hinsichtlich arbeitsrechtlicher Beanstandungen gegenüber Verleihern auf solche Punkte erstrecken, denen gesicherte Rechtspositionen zugrunde liegen.

(2) Für die Verneinung der Zuverlässigkeit im Sinne des § 3 Abs. 1 Nr. 1 reicht es aus, wenn bestimmte Tatsachen vorliegen, die erwarten lassen, dass der Antragsteller sich nicht an die gesetzlichen Regelungen halten wird. Solche Tatsachen sind in der Nr. 1 beispielhaft aufgezählt. Dazu gehören u.a.:

(3) die Nichteinhaltung der gesetzlichen Bestimmungen des **Sozialversicherungsrechts**, insbesondere keine bzw. nicht richtige

- Anmeldung der Arbeitnehmer bei der zuständigen Krankenkasse,
- Abführung der Beiträge zur Kranken-, Renten- und Pflegeversicherung bzw. zur BA,

- Abführung der Beiträge zur Unfallversicherung,
- Einhaltung der Melde-, Anzeige- und Auskunftspflichten,
- Abführung von Sozialkassenbeiträgen an die Urlaubs- und Lohnausgleichkassen der Bauwirtschaft (z.B. SOKA-Bau).

(4) die Nichteinhaltung der Vorschriften des **Ausländerbeschäftigungsrechts** über die Arbeitsvermittlung und Ausländerbeschäftigung (insb. § 4 Abs. 2 und 3 AufenthG).

- Drittstaatsangehörige Arbeitnehmer dürfen eine Beschäftigung im Bundesgebiet nur aufnehmen, wenn der Aufenthaltstitel sie dazu berechtigt. Grundsätzlich muss die BA dem Aufenthaltstitel zustimmen. Nähere Informationen zum Zustimmungsverfahren sind unter www.arbeitsagentur.de/arbeitsmarktzulassung > Arbeitsmarkzulassung < veröffentlicht. Die Zustimmung der BA zur Beschäftigung ist zu versagen, wenn der Ausländer als Leiharbeitnehmer nach § 1 Abs. 1 AÜG tätig werden will (§ 40 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG).
- Für die Beschäftigung von Unionsbürgern gelten keine ausländerrechtlichen Beschränkungen. [Für kroatische Staatsangehörige gilt dies ab dem 1. Juli 2015.]

(5) die Nichteinhaltung der Vorschriften des **Arbeitsschutzrechts**, insbesondere nach dem

- Arbeitszeitgesetz,
- Mutterschutzgesetz,
- Jugendarbeitsschutzgesetz,
- sonstigen öffentlich-rechtlichen Arbeitsschutzbestimmungen einschließlich der Unfallverhütungsvorschriften.

(6) die Nichteinhaltung der **arbeitsrechtlichen Pflichten**, insbesondere

- die Einhaltung der Bestimmungen des § 11 und des Nachweisgesetzes,
- regelmäßige Zahlung des Arbeitsentgeltes,
- Entgeltfortzahlung nach dem Entgeltfortzahlungsgesetz,
- Einhaltung der Fürsorgepflichten nach den Arbeitnehmerschutzgesetzen (u.a. Arbeitszeitgesetz, Arbeitsschutzgesetz, Arbeitssicherheitsgesetz),
- Urlaubsgewährung,
- Beachtung des Kündigungsschutzgesetzes,
- Erfüllung der Pflichten nach dem Neunten Buch Sozialgesetzbuch (SGB IX) und

- Einhaltung der besonderen Pflichten nach §§ 9 bis 11.

(7) Für das Leiharbeitsverhältnis nach dem AÜG gilt das Teilzeit- und Befristungsgesetz (**TzBfG**). Daraus ergeben sich insbesondere folgende Regelungen:

- Befristete Einsatzmöglichkeiten beim Entleiher sind kein sachlicher Grund im Sinne des § 14 Abs. 1 TzBfG.
- Eine Befristung ohne sachlichen Grund ist nur unter den Voraussetzungen des § 14 Abs. 2 TzBfG möglich. War ein Leiharbeitnehmer bereits schon einmal - unabhängig von der Dauer - bei einem Verleiher befristet oder unbefristet beschäftigt, ist eine Befristung ohne sachlichen Grund für drei Jahre nicht mehr möglich. Die 3-Jahresfrist beginnt mit dem Ende des vorangegangenen Arbeitsverhältnisses (Urteil des BAG vom 06.04.2011 – 7 AZR 716/09).

3.1.2 Zusammenarbeit mit anderen Stellen

(1) Die Prüfung der Zuverlässigkeit kann in vielen Fällen nur in Zusammenarbeit mit anderen Stellen der Arbeitsverwaltung oder mit den zuständigen Krankenkassen, Finanzämtern oder Gewerbeaufsichtsämtern erfolgen. Anfragen sind hier vor allem dann erforderlich, wenn entsprechende Gesetzesverstöße bekannt werden oder die Erteilung einer neuen Erlaubnis beantragt wird.

(2) Auf **Ersuchen** der Dienststellen der BA stellen die **Finanzämter** für Arbeitgeber (Verleiher), die die Erteilung oder die Verlängerung der Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung beantragt haben, eine steuerliche Bescheinigung nach dem amtlichen Muster (BK-Vorlage im IT-Fachverfahren VERA) aus. Eine Einverständniserklärung des Antragstellers ist nicht erforderlich, da die Finanzbehörden nach § 31a Abs. 1 Buchstabe b) lit. aa) Abgabenordnung (AO) eine Offenbarungsbefugnis haben.

(3) Das zuständige Finanzamt erhält eine **Mitteilung** über die Erteilung der Erlaubnis. Anzugeben ist die Behörde, die die Erlaubnis erteilt hat, das Aktenzeichen, das Datum, Gegenstand und Umfang der Erlaubnis, Bezeichnung (Name, Vorname, Firma) und Anschrift des Erlaubnisinhabers, Steuernummer sowie (bei natürlichen Personen) Geburtsdatum (§ 6 Abs. 1 Nr. 6 in Verbindung mit § 8 der Mitteilungsverordnung (MV) vom 07.09.1993 zuletzt geändert am 23.12.2003 - BGBl. I S. 1554 und BGBl. I S. 2848). Die Mitteilung darf nicht durch Übersenden einer Durchschrift der Erlaubnisurkunde erfolgen.

(4) Darüber hinaus unterrichten die Dienststellen der BA die Finanzbehörden über jeden Antrag eines Unternehmens mit Sitz im Ausland.

(5) Die **Verwaltungs-Berufsgenossenschaft** ist grundsätzlich für alle reinen Verleiher sowie für Mischbetriebe, die überwiegend Verleih betreiben, zuständig. Die Tatsache,

dass eine andere Berufsgenossenschaft die "Unbedenklichkeitsbescheinigung" ausgestellt hat, deutet nicht auf deren Zuständigkeit hin. In diesen Fällen ist zusätzlich ein Vordruck der Verwaltungs-Berufsgenossenschaft mit dem Zusatz "Die Unbedenklichkeitsbescheinigung wurde von der Berufsgenossenschaft ausgestellt." zu übersenden.

(6) Zur **Zusammenarbeit mit den Behörden der Zollverwaltung** wird auf die Vereinbarung des Bundesministeriums der Finanzen und der BA über die Grundsätze der Zusammenarbeit zwischen der Finanzkontrolle Schwarzarbeit der Zollverwaltung und der Bundesagentur für Arbeit verwiesen. Die aktuelle Fassung der Zusammenarbeitsvereinbarung ist im Intranet unter Weitere Rechtsgebiete > Ordnungswidrigkeiten veröffentlicht.

(7) Die **Dienststellen der BA** sollen einheitliche und zwischen den Fachabteilungen abgestimmte Entscheidungen treffen, die alle wesentlichen Erkenntnisse berücksichtigen. Dies setzt eine enge **Zusammenarbeit** zwischen den für die Vermittlung und Beratung und den für die Verfolgung und Ahndung von Rechtsverletzungen zuständigen Stellen in den Fachbereichen der RD und in den AA voraus. Intern und extern gewonnene wesentliche Informationen müssen unverzüglich ausgetauscht werden (u.a. HEGA 8/2009-01-Berücksichtigung von Verstößen gegen das AÜG bei bestehenden Kooperationsvereinbarungen mit Zeitarbeitsunternehmen und HEGA 8/2010-07-Umgang mit Beschwerden von Arbeitnehmern in den Dienststellen der BA). Informationsquellen innerhalb und außerhalb der BA zur Erlangung entsprechender Erkenntnisse sind konsequent zu nutzen (ggf. auch unter Nutzung anderer IT-Fachverfahren (bspw. zBTR), deren Freischaltung in eigener Zuständigkeit zu erfolgen hat). Gewonnene Erkenntnisse sind zu dokumentieren.

3.1.3 Persönliche Zuverlässigkeitskriterien

(1) Hat der Verleiher bereits mehrfach die in § 3 Abs. 1 Nr. 1 genannten Pflichten erheblich verletzt, so ist die Annahme gerechtfertigt, dass er sich auch künftig nicht an die einschlägigen gesetzlichen Regelungen halten wird und somit die erforderliche Zuverlässigkeit nicht besitzt. Bei einem Verstoß gegen berufsspezifische Pflichten (bspw. das anwaltliche Berufs- und Standesrecht) wäre es unbillig, auch die Zuverlässigkeit als Verleiher in Frage zu stellen.

(2) Im Rahmen der Zuverlässigkeitsprüfung ist nicht die **Fachkunde** des künftigen Verleihers zu prüfen. Der Antragsteller muss lediglich den Nachweis elementarster arbeits-, sozialversicherungs- und steuerrechtlicher Kenntnisse erbringen. Dieser wird insbesondere erbracht, wenn:

- der Antragsteller bereits früher längere Zeit als Gewerbetreibender im Wirtschaftsleben tätig war,

- der Antragsteller über eine abgeschlossene kaufmännische Ausbildung verfügt oder einen Meisterbrief besitzt,
- der Antragsteller mehrere Jahre im Personalbereich eines Unternehmens tätig war,
- der Antragsteller an einem Existenzgründerlehrgang der IHK oder einem vergleichbaren Lehrgang teilgenommen hat,
- es sich um einen Mischbetrieb handelt, der bereits längere Zeit besteht.

Wenn das Vorliegen der notwendigen Kenntnisse nicht anhand der beigebrachten Unterlagen erkennbar ist, ist der Nachweis im Rahmen eines Gespräches zu erbringen.

(3) Im Rahmen der Zuverlässigkeitsprüfung ist im Antragsverfahren die **Bonität** des Verleihers zu prüfen, da fehlende wirtschaftliche Leistungsfähigkeit einen Mangel der gewerberechtlichen Zuverlässigkeit begründen kann. In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, ob ungeordnete Vermögensverhältnisse, Insolvenzverfahren, Eintragungen in das Schuldnerverzeichnis oder sonstige Anhaltspunkte vorliegen.

(4) Gemäß § 1 Insolvenzordnung (InsO) dient das **Insolvenzverfahren** dazu, die Gläubiger eines Schuldners gemeinschaftlich zu befriedigen, in dem das Vermögen des Schuldners verwertet und der Erlös verteilt oder in einem Insolvenzplan eine abweichende Regelung insbesondere zum Erhalt des Unternehmens getroffen wird. Da das Insolvenzverfahren auch dem Erhalt des Unternehmens dienen kann, ist allein die Eröffnung des Insolvenzverfahrens kein zwingender Grund die Erlaubnis zu widerrufen oder zu versagen. Sofern ein Insolvenzverfahren eröffnet wurde, ist der Insolvenzverwalter aufzufordern, nach Abschluss des Berichtstermins (§ 29 Abs. 1 InsO) mitzuteilen, ob das Unternehmen stillgelegt oder vorläufig fortgeführt wird. Für den Fall, dass das Unternehmen stillgelegt werden soll, ist die Erlaubnis zu widerrufen. Sofern das Unternehmen vorläufig fortgeführt werden soll, ist der Insolvenzverwalter aufzufordern unverzüglich mitzuteilen, falls zu einem späteren Zeitpunkt die Stilllegung beschlossen wird.

(5) Der Antragsvordruck sieht den Nachweis der Bonität u.a. durch Vorlage einer Kreditbestätigung vor. Es bestehen keine Bedenken dagegen, sich anstelle der **Kreditbestätigung** das Vorhandensein der erforderlichen liquiden Mittel auf andere Art glaubhaft nachweisen zu lassen (z.B. Vorlage eines aktuellen Kontoauszuges). Auf jeden Fall muss sichergestellt sein, dass der Verleiher in der Lage ist, seinen Verpflichtungen zur Zahlung von Arbeitsentgelt, Abführung von Sozialversicherungsbeiträgen und Steuern nachzukommen. In der Regel sind liquide Mittel in Höhe von € 2.000,00 je Leiharbeitnehmer, mindestens jedoch € 10.000,00 erforderlich.

(6) Unzuverlässig ist der Verleiher, der in den letzten fünf Jahren vor Antragstellung wegen **Eigentums- oder Vermögensdelikten** (z.B. Steuerhinterziehung, Unterschlagung,

Hehlerei, Betrug), wegen **Urkundendelikten, Verbrechen gegen die Sittlichkeit oder wegen Körperverletzung** und dergleichen **rechtskräftig verurteilt** wurde. Dabei ist nicht schematisch auf die Tatsache der Verurteilung abzustellen, vielmehr sind die Einzelumstände der Tat im Hinblick auf den besonderen Zweck dieses Gesetzes abzuwägen. Kann auf Grund der Eintragungen im Führungszeugnis keine Entscheidung über die Zuverlässigkeit getroffen werden, so sind im erforderlichen Umfang weitere Unterlagen (Strafakte, usw.) beizuziehen.

(7) Im Einzelfall können auch noch nicht rechtskräftig festgestellte Ordnungswidrigkeiten oder Straftaten herangezogen werden, sofern der zugrunde liegende Sachverhalt zweifelsfrei ermittelt wurde, so dass von einer rechtskräftigen Feststellung ohne Zweifel auszugehen ist.

(8) Soll die Erlaubnis widerrufen werden, muss die Tatsache der Verfehlung nachträglich eingetreten sein. Eine nachträglich bekannt gewordene Verfehlung, die zeitlich vor der Erteilung der Erlaubnis liegt, kann eine Rücknahme nach § 4 rechtfertigen.

(9) **Andere Umstände,** die zur **Verneinung der Zuverlässigkeit** führen, sind z.B. geistige Mängel (Betreuung nach § 1896 BGB) oder frühere Gewerbeverbote. Auch die Beschäftigung ungeeigneten Führungspersonals (z.B. mehrfach vorbestrafter Geschäftsführer) kann Grund für die Annahme fehlender Zuverlässigkeit sein. Ggf. kann in diesen Fällen die Auflage erteilt werden, die Person von der Arbeitnehmerüberlassung, insbesondere von der Personalführung auszuschließen.

(10) Bei **juristischen Personen** kommt es maßgeblich auf die Zuverlässigkeit des gesetzlichen Vertreters an. Bei mehreren gesetzlichen Vertretern sind alle zu überprüfen. Jeder Wechsel des gesetzlichen Vertreters bzw. der Geschäftsführung erfordert eine neue Überprüfung der Zuverlässigkeit.

(11) Sämtliche rechtskräftige Entscheidungen, durch die wegen Unzuverlässigkeit im Sinne des § 3 Abs. 1 Nr. 1 eine Erlaubnis versagt oder entzogen wird, sind dem **Bundeszentralregister** zur Eintragung in das Gewerbezentralregister mitzuteilen.

3.1.4 Betriebsorganisation nach § 3 Abs. 1 Nr. 2

(1) Der Verleiher muss nachweisen, dass er über die zur Erfüllung seiner Arbeitgeberpflichten erforderliche **Betriebsorganisation** verfügt. Die erforderliche Betriebsorganisation wird sich weitgehend nach dem Umfang der Verleihtätigkeit richten. Ein größerer Betrieb wird eine eigene Personalverwaltung oder sogar Aufsichtspersonal benötigen. Auf jeden Fall muss die ordnungsgemäße Abrechnung des Arbeitsentgelts, die Abführung der Lohnsteuer und der Sozialversicherungsbeiträge, die Einhaltung der entsprechenden Melde-, Anzeige- und Auskunftspflichten und die Überwachung des Arbeitsschutzes in

den Entleihbetrieben sowie die Abgabe der nach § 8 erforderlichen statistischen Meldungen gewährleistet sein.

(2) Dazu bedarf es vor allem eines festen Betriebssitzes. Campingwagen, Untermietzimmer oder eine Baubude genügen nicht.

3.1.5 Gleichstellungsgrundsatz

(1) Die Vorschrift der Nr. 3 bestimmt, dass Leiharbeitnehmer während der Beschäftigung bei einem Entleiher grundsätzlich gegenüber vergleichbaren Arbeitnehmern des Entleihers in Bezug auf die wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts gleich zu stellen sind. Leiharbeitnehmer haben somit ab dem ersten Tag der Überlassung an einen Entleiher Anspruch auf die im Betrieb des Entleihers geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen eines vergleichbaren Stammarbeitnehmers des Entleihers.

(2) Die wesentlichen Arbeitsbedingungen sind Arbeitsentgelt und Arbeitszeit (einschließlich Überstunden, Pausen, Ruhezeiten, Nachtarbeit, Urlaub, arbeitsfreie Tage). Unter Arbeitsentgelt sind nicht nur das laufende Entgelt sondern jede Vergütung, die aus Anlass des Arbeitsverhältnisses gewährt wird bzw. aufgrund gesetzlicher Entgeltfortzahlung gewährt werden muss. Hierunter fallen beispielsweise auch Zuschläge, Ansprüche auf Entgeltfortzahlung und Sozialleistungen und andere Lohnbestandteile (s.a. Urteil des BAG vom 13. März 2013 – Az. 5 AZR 294/12 Rn. 27).

(3) Beim **Vergleich** der o.g. Arbeitsbedingungen ist kein summarischer Vergleich zu ziehen bzw. keine Gesamtschau vorzunehmen. Es sind jeweils die einzelnen **Arbeitsbedingungen** zu vergleichen (Sachgruppenvergleich). Beim **Arbeitsentgelt** sind nicht die einzelnen Bestandteile (z.B. Zuschläge, Prämien, laufendes Entgelt) zu vergleichen, sondern es ist ein Gesamtvergleich der Entgelte im Überlassungszeitraum anzustellen (so Urteil des BAG vom 23. März 2011 – Az. 5 AZR 7/10 Rn. 35).

(4) Die Mindestsicherung des Leiharbeitnehmers während der Überlassung erstreckt sich auf die wesentlichen Arbeitsbedingungen (vgl. EU-Leiharbeitsrichtlinie) einschließlich des Arbeitsentgeltes eines vergleichbaren Arbeitnehmers. Sonstige Arbeitsbedingungen, die nicht vom Begriff der „wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts“ im Sinne von (2) erfasst werden, brauchen vom Verleiher mangels gesetzlicher Grundlage nicht gewährt zu werden, auch nicht als pauschale Leistung.

(5) Der Entleiher kann sich im Überlassungsvertrag verpflichten, die gleichartigen Arbeitsbedingungen für die Leiharbeitnehmer unmittelbar zu gewähren.

(6) **Vergleichbarer Arbeitnehmer** ist der mit gleicher Tätigkeit oder ähnlicher Tätigkeit beim Entleiher beschäftigte oder fiktiv zu beschäftigende Stammarbeitnehmer. Der Gesetzgeber geht vom Begriff der Tätigkeiten "vergleichbare Arbeitnehmer" aus. Dabei

kommt es insbesondere auf die Vergleichbarkeit der vom Arbeitnehmer auszuführenden Tätigkeiten an, eine in der Person (oder einzelner Personen) liegende Unter- oder Überqualifizierung kann kein Maßstab sein. Liegt der Tätigkeit z.B. eine Ausbildung zugrunde, kann die Vergleichbarkeit am Ausbildungsniveau gemessen werden. Sind z.B. aufgrund von Outsourcing keine vergleichbaren Arbeitnehmer (mehr) vorhanden, sind die Arbeitsbedingungen zu gewähren, die vergleichbaren Arbeitnehmern gewährt würden. Beim Vorliegen eines Tarifvertrages im Entleihbetrieb, ist die den Tätigkeitsmerkmalen entsprechende Lohnstufe des Tarifvertrages maßgebend. Ohne Tarifbindung ist eine Einzelfallbetrachtung der wesentlichen Arbeitsbedingungen des Entleihbetriebes vorzunehmen. Der gesetzlichen Regelung liegt der Gedanke zugrunde, dass dem Leiharbeitnehmer die Arbeitsbedingungen zustehen sollen, die ihm bei einer direkten Einstellung beim Entleihbetrieb zukommen würden; Wartezeiten sind einzuhalten.

(7) Der Grundsatz der Gleichstellung ist auch von Werkstätten für behinderte Menschen und gemeinnützigen Integrationsprojekten, sofern erlaubnispflichtige Arbeitnehmerüberlassung vorliegt, zu beachten. Für die Gleichstellung ist ein Vergleich mit vergleichbaren Arbeitnehmern des Entleihers maßgeblich. Den behinderungsbedingten Einschränkungen der Beschäftigten, sofern sie sich auf die Arbeitsleistung auswirken, kann damit hinreichend Rechnung getragen werden.

(8) Der Grundsatz der Gleichstellung ist auch bei einer erlaubnispflichtigen Arbeitnehmerüberlassung im Rahmen arbeitsmarktpolitischer Programme zu beachten.

(9) Das in **Zeiten des Nichtverleihs** zu zahlende Arbeitsentgelt unterliegt der Vereinbarung zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer. Der Gleichstellungsgrundsatz gilt insoweit nicht, jedoch ist zumindest die Lohnuntergrenze einzuhalten.

3.1.6 Ausnahmen vom Gleichstellungsgrundsatz

(1) Das Gesetz sieht zwei Ausnahmetatbestände für das Abweichen vom Gleichstellungsgrundsatz vor:

a) Abweichung durch Tarifvertrag, der auf das Arbeitsverhältnis kraft beidseitiger Tarifbindung anzuwenden ist, soweit er nicht die in einer Rechtsverordnung nach § 3a Absatz 2 festgesetzten Mindeststundenentgelte unterschreitet,

b) Rechtswirksame arbeitsvertragliche Inbezugnahme eines auf das Arbeitsverhältnis anwendbaren Tarifvertrages durch nicht tarifgebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer, soweit der Tarifvertrag nicht die in einer Rechtsverordnung nach § 3a Absatz 2 festgesetzten Mindeststundenentgelte unterschreitet.

(2) Soweit ein Tarifvertrag Löhne unterhalb einer festgesetzten Lohnuntergrenze vorsieht, gelten die Rechtsfolgen des § 10 Absatz 4. Vergütet ein Verleiher seine Arbeitnehmer

entsprechend dem Tarifvertrag unterhalb der festgesetzten Lohnuntergrenze, ist auch ein Verstoß gegen die arbeitsrechtlichen Pflichten nach § 3 Absatz 1 Nr. 1 zu prüfen.

(3) zu a): Besteht ein **Tarifvertrag**, der auf das Arbeitsverhältnis anzuwenden ist, sind die Tarifvertragsparteien daran gebunden. Voraussetzung dafür ist, dass das Arbeitsverhältnis unter den räumlichen, fachlich-betrieblichen und persönlichen Geltungsbereich des Tarifvertrags fällt (zu **Mischbetrieben** siehe Ziffer 3.1.8 Ziffer 5). Aufgrund eines solchen Tarifvertrages kann von dem Grundsatz der Gleichbehandlung zugunsten oder zu Ungunsten des Leiharbeitnehmers **abgewichen** werden. Die Ausnahme ermöglicht es den Tarifvertragsparteien die Arbeitsbedingungen flexibel zu gestalten und z.B. Pauschalierungen beim Arbeitsentgelt zuzulassen und die Leistungen für Zeiten des Verleihs und Nichtverleihs in einem Gesamtkonzept zu regeln.

(3) zu b): Ohne Tarifbindung kann im Geltungsbereich eines Tarifvertrages seine **Inbezugnahme** einzelvertraglich vereinbart werden. Andernfalls gilt der Gleichstellungsgrundsatz. Auch hier gilt, dass das betreffende Arbeitsverhältnis in den räumlichen, persönlichen und betrieblich-fachlichen Geltungsbereich des in Bezug genommenen Tarifvertrags fallen muss. Im Falle der Inbezugnahme ist der Tarifvertrag grundsätzlich vollständig und umfassend anzuwenden.

(4) Auch **nachwirkende Tarifverträge** können die Abweichung vom Gleichstellungsgrundsatz des § 3 Abs. 1 Nr. 3 wirksam ermöglichen. Für im Nachwirkungszeitraum neu begründete Arbeitsverhältnisse gilt dies allerdings nur im Fall der einzelvertraglichen Inbezugnahme, wenn also der nachwirkende Zeitarbeitstarifvertrag mit der Abweichung vom Gleichstellungsgrundsatz ausdrücklich im Zeitarbeitsvertrag mit dem Leiharbeitnehmer in Bezug genommen wird.

(5) Aus tarifrechtlicher Sicht kann die Nachwirkung im Bereich des AÜG auch enden, sobald der Abschluss eines neuen Tarifvertrages nicht mehr in Aussicht steht. Ein Indiz dafür kann der Ablauf eines Jahres nach Auslaufen des vorherigen Tarifvertrages sein. Es bedarf dann einer weiteren Prüfung, ob nach Ablauf dieses Zeitraums noch eine realistische Aussicht auf eine Nachfolgeregelung besteht. Kommen die Agenturen für Arbeit zu der Auffassung, dass ein solcher Fall vorliegen könnte, ist der Zentrale zu berichten.

3.1.7 Die sog. „Drehtürregelung“ nach § 3 Abs. 1 Nr. 3

(1) Eine abweichende tarifliche Regelung kommt nicht für Leiharbeitnehmer in Betracht, die in den letzten sechs Monaten vor der Überlassung an den Entleiher aus einem Arbeitsverhältnis bei diesem oder einem Arbeitgeber, der mit dem Entleiher einen Konzern im Sinne des § 18 AktG bildet, ausgeschieden sind (sog. **Drehtürregelung**). In diesen Fällen ist der Erlaubnisinhaber verpflichtet, einem Leiharbeitnehmer Equal Treatment zu

gewähren (siehe § 10 Abs. 4). Dieses Gleichstellungsgebot des Leiharbeitnehmers gilt für die gesamte Dauer der Überlassung an den Entleiher im Sinne des § 3 Abs. 1 Nr. 3 Satz 3. Der Leiharbeitnehmer ist aus einem Arbeitsverhältnis im Sinne der Drehtürregelung ausgeschieden, wenn das Arbeitsverhältnis beendet (z.B. durch Kündigung oder Aufhebungsvertrag) oder er wegen Ablauf eines befristeten Arbeitsvertrages nicht mehr weiterbeschäftigt wurde.

(2) Der Erlaubnisinhaber muss feststellen, bei welchen Arbeitgebern der Leiharbeitnehmer in den letzten sechs Monaten beschäftigt war. Dies kann sich bereits aus den üblichen Personalunterlagen (z.B. Bewerbungsunterlagen mit Lebenslauf, Personalbogen) ergeben sowie z.B. durch einen speziellen Fragebogen oder durch einen Zusatz im Personalfragebogen erfasst werden. Ferner besteht die Möglichkeit, dass (ergänzend) im Arbeitsvertrag eine Regelung vorgesehen wird, nach der der Leiharbeitnehmer dem Verleiher mitteilen muss, wenn er bei einem Entleiher eingesetzt werden soll bzw. wird, bei dem er in den letzten sechs Monaten aus einem Arbeitsverhältnis ausgeschieden ist bzw. nicht weiterbeschäftigt wurde.

(3) Die Drehtürregelung findet auf Leiharbeitsverhältnisse, die am 15. Dezember 2010 oder danach abgeschlossen wurden, Anwendung. Equal Treatment ist aber erst ab dem 30.04.2011 (Inkrafttreten der Vorschrift) zu gewähren.

3.1.8 Grundaussagen zur Anwendung von Tarifverträgen

1. Jeder Arbeitgeber kann grundsätzlich mit jedem Arbeitnehmer die Arbeitsbedingungen frei aushandeln. Es gilt der Grundsatz der Privatautonomie. Das ist die durch die Rechtsordnung gewährte und gesicherte Möglichkeit des Einzelnen, seine rechtlichen Beziehungen und die ihn betreffenden Rechtsverhältnisse innerhalb der gesetzlichen Grenzen rechtsgeschäftlich zu regeln. Es steht dem nicht tarifgebundenen Verleiher daher grundsätzlich frei, einigen Leiharbeitsverhältnissen Tarifverträge (auch durch Inbezugnahme im Arbeitsvertrag) zugrunde zu legen und andere nach dem Gleichstellungsgrundsatz abzuwickeln.
2. Tarifvertragliche Regelungen können im Arbeitsverhältnis Anwendung finden aufgrund: einer Erstreckung durch Mindestlohnverordnung, beiderseitiger Tarifbindung (Arbeitgeber hat selbst einen Tarifvertrag abgeschlossen oder ist Mitglied im tarifvertragschließenden Arbeitgeberverband und Arbeitnehmer ist Mitglied der tarifvertragschließenden Gewerkschaft), Erklärung der Allgemeinverbindlichkeit oder einzelvertraglicher Inbezugnahme.

3. Eine Inbezugnahme bedarf wegen des Grundsatzes der Vertragsfreiheit nicht der Zustimmung der Tarifvertragsparteien. Sie entfaltet auch keine Tarifbindung über § 3 TVG.

4. Tarifgebundene Arbeitgeber sind im Verhältnis zu tarifgebundenen Arbeitnehmern (Gewerkschaftsmitglieder) verpflichtet, mindestens die Kraft beidseitiger Tarifbindung anwendbaren im Tarifvertrag festgelegten Arbeitsbedingungen zu gewähren. Von diesen kraft beidseitiger Tarifbindung geltenden Arbeitsbedingungen dürfen sie auch durch Inbezugnahme eines anderen Tarifvertrags nur zugunsten des Arbeitnehmers abweichen, also nur wenn der in Bezug genommene Tarifvertrag für den Arbeitnehmer günstiger ist.

5. Betriebe mit unterschiedlichen Betriebszwecken (Mischbetriebe), die auch Arbeitnehmerüberlassung betreiben, können vom Gleichstellungsgrundsatz durch Anwendung eines Tarifvertrages der Arbeitnehmerüberlassung abweichen, wenn sie unter dessen Geltungsbereich fallen. Für die Bestimmung des Geltungsbereichs eines Tarifvertrags ist entscheidend, welche Betriebe der Tarifvertrag nach dem Willen der Tarifvertragsparteien erfassen soll. Auch nach der Aufgabe des Grundsatzes der Tarifeinheit durch das Bundesarbeitsgericht am 07.07.2010 (4 AZR 549/08) wird man regelmäßig davon ausgehen können, dass nach dem Willen der Tarifvertragsparteien der Arbeitnehmerüberlassung nur solche Mischbetriebe unter den Geltungsbereich ihrer Tarifverträge fallen sollen, die arbeitszeitlich überwiegend Arbeitnehmerüberlassung betreiben (sog. Überwiegensprinzip). Mit der Organisation von Arbeitgeber- und Arbeitnehmerverbänden nach dem Branchenprinzip geht einher, dass sich die von ihnen vereinbarten Regelungen grundsätzlich nur auf zur Branche gehörende Betriebe erstrecken sollen. Die Zugehörigkeit eines Betriebes zu einer Branche kann bei unterschiedlichen Betriebszwecken über das Überwiegensprinzip bestimmt werden. Mischbetriebe, die nicht überwiegend Arbeitnehmerüberlassung betreiben und ihre nicht verliehenen Arbeitnehmer nach dem jeweiligen Branchentarifvertrag beschäftigen, können vom Gleichstellungsgrundsatz des § 3 Abs. 1 Nr. 3 abweichen, wenn dieser Tarifvertrag eine ausdrückliche Klausel enthält, wonach er im Falle des Verleihs des Arbeitnehmers ebenfalls anwendbar ist. Fällt der Mischbetrieb nicht unter den Geltungsbereich eines Tarifvertrags der Arbeitnehmerüberlassung und ist auch der von ihm angewandte Branchentarifvertrag nicht für den Fall des Verleihs des Arbeitnehmers anwendbar, so gilt der Gleichstellungsgrundsatz.

6. Der Verweis in § 11 Abs. 4 besagt, dass die gesetzlichen Regelungen des § 615 BGB nicht abbedungen werden können. Über die Höhe des in verleihfreien Zeiten zu zahlenden Arbeitsentgeltes besagen die Vorschriften nichts. Deshalb kann grundsätzlich

in einem Tarifvertrag und auch bei Inbezugnahme von Tarifverträgen für verleihfreie Zeiten eine geringere Vergütung als in Verleihzeiten festgelegt werden. Bei der Vereinbarung einer Vergütung für die verleihfreien Zeiten muss eine nach § 3a erlassene Rechtsverordnung (Lohnuntergrenze) beachtet werden.

7. Bei Anwendung eines Tarifvertrages bzw. bei dessen Inbezugnahme gilt grundsätzlich die Richtigkeits- oder Angemessenheitsgewähr der tariflichen Regelungen; eine Inhaltskontrolle ist nicht vorzunehmen. Die Prüfkompetenz bei allen tariflichen Regelungen liegt ausschließlich bei den Gerichten.

8. Wird ein Leiharbeitnehmer mit Tätigkeiten beschäftigt, die in den Geltungsbereich eines im Anwendungsbereich des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes (AEntG) für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrages oder einer Rechtsverordnung nach dem AEntG fallen, so ist das dort vorgeschriebene Mindestentgelt zwingend zu zahlen (§ 8 Abs. 3 AEntG). Für die Zahlung des vorgeschriebenen Mindestentgeltes kommt es nicht darauf an, ob der Betrieb des Entleihers in den fachlichen Geltungsbereich dieses Tarifvertrages oder dieser Rechtsordnung fällt (§ 8 Abs. 3 aE AEntG). Ein Abweichen durch einen anderen Tarifvertrag ist dann nicht möglich. Die Vorschriften des AEntG haben insoweit Vorrang in der Anwendung. Sie gehen sowohl den Bestimmungen des AÜG als speziellere Norm als auch abweichenden tariflichen Regelungen vor. Diese zwingende Regelung gilt unabhängig davon, ob der Verleiher seinen Sitz im In- oder Ausland hat.

9. Aus gemeinschaftsrechtlichen Gründen müssen Verleiher mit Sitz im EWR unter den gleichen Voraussetzungen von der Gleichstellungsverpflichtung abweichen können, wie Verleiher mit Sitz in Deutschland. Ein ausländischer Tarifvertrag ist daher unter den gleichen Voraussetzungen wie ein inländischer Tarifvertrag geeignet von der Gleichstellungsverpflichtung abzuweichen. Dies bedeutet u.a., dass der betreffende Tarifvertrag bestimmte Mindestanforderungen erfüllen, insbesondere die Lohnuntergrenzenverordnung beachten muss. Nicht anerkannt werden könnten Tarifverträge (z.B. ein britischer Tarifvertrag), die keine gerichtlich einklagbaren Regelungen enthalten.

10. Ein Verleiher mit Sitz in der EU/im EWR kann auch ohne Betriebssitz in Deutschland einen deutschen Flächentarifvertrag unter den gleichen Voraussetzungen wie ein Verleiher mit Sitz in Deutschland einzelvertraglich in Bezug nehmen. Voraussetzung ist, dass der fachlich-betriebliche und der persönliche Geltungsbereich des betreffenden Flächentarifvertrages einschlägig und im Arbeitsvertrag die Inbezugnahme dieses Flächentarifvertrages für die Zeit der Überlassung nach Deutschland vereinbart ist.

11. Ein Tarifvertrag durch den von der Gleichstellungsverpflichtung im Hinblick auf die beim Entleiher geltenden Arbeitsbedingungen abgewichen werden soll, muss die wesentlichen Arbeitsbedingungen (mehr oder weniger) umfassend regeln. Lässt ein Tarifvertrag wichtige Bereiche (bspw. Entgelt oder Urlaub) aus, suspendiert er nicht (vollständig) von der Gleichstellung. Im Hinblick auf die sonstigen wesentlichen Arbeitsbedingungen ist der Leiharbeitnehmer in diesen Fällen den Arbeitnehmern des Entleihers gleichzustellen.

12. Trifft ein Tarifvertrag dagegen im Wesentlichen Regelungen zu allen Arbeitsbedingungen und bleiben nur kleine Teile (bspw. Reisekosten, Verpflegungsmehraufwand) unerwähnt, so dürften nach Sinn und Zweck der in § 3 Abs. 1 Nr. 3 und § 9 Nr. 2 geregelten Ausnahme vom Gleichstellungsgrundsatz durch Bezugnahme auf eine tarifliche Regelung für weitere Ansprüche die allgemein geltenden Bestimmungen (z.B. § 670 BGB) gelten und nicht die insoweit beim Entleiher geltenden Arbeitsbedingungen. Es wird sozusagen ein "Schlussstrich" unter die Gleichstellung gezogen. Andernfalls gäbe es für den Verleiher keine abschließende Sicherheit im Hinblick auf die zu gewährenden Arbeitsbedingungen. In vielen Betrieben werden andere Leistungen häufig aufgrund freiwilliger Arbeitgeberleistungen gewährt (bspw.: Jahreswagen beim Automobilhersteller, Freiflüge bei der Fluggesellschaft, u.a.).

13. Besitzt ein Unternehmen mehrere Betriebe verschiedener Wirtschaftsrichtungen (z.B. dadurch, dass eine Betriebsabteilung "Leiharbeit" ausgegliedert und verselbständigt wird), so gilt für jeden Betrieb der entsprechende Tarifvertrag seiner wirtschaftlichen Betätigung, also für den Betrieb "Leiharbeit" bei entsprechender Verbandszugehörigkeit des Arbeitgebers der Tarifvertrag mit dem Verband der Zeitarbeit. Das Bundesarbeitsgericht hat in mehreren Entscheidungen Grundsätze für das Vorliegen einer Betriebsabteilung aufgestellt (z. B. Urteil vom 21. November 2007 - 10 AZR 782106 Rn. 28ff.). Danach ist eine Betriebsabteilung nach dem allgemeinen Sprachgebrauch ein räumlich, personell und organisatorisch vom Gesamtbetrieb abgegrenzter Betriebsteil, der mit eigenen technischen Betriebsmitteln einen eigenen Betriebszweck verfolgt, der auch nur ein Hilfszweck sein kann. Eine selbständige Betriebsabteilung erfordert eine auch für Außenstehende wahrnehmbare räumliche und organisatorische Abgrenzung sowie einen besonders ausgeprägten spezifischen arbeitstechnischen Zweck.

14. Tarifverträge, die den Gleichstellungsgrundsatz verdrängen, sind solche, die nach dem 15.11.2002 im Hinblick auf den Gleichstellungsgrundsatz abgeschlossen oder angepasst wurden und auf Leiharbeitnehmer im Betrieb Anwendung finden können.

3.2 Arbeitnehmerüberlassung innerhalb der EU/des EWR

Die **Arbeitnehmerüberlassung innerhalb der EU/des Europäischen Wirtschaftsraumes** bedarf einer unterschiedlichen Bewertung:

Ein in einem anderen Mitgliedstaat des Europäischen Wirtschaftsraumes ansässiger Verleiher benötigt dann eine deutsche Verleiherlaubnis, wenn er Leiharbeitnehmer an einen Entleiher in Deutschland überlässt.

Wird ein Leiharbeitnehmer aber von einem Verleiher in einem anderen Mitgliedstaat an einen ebenfalls dort ansässigen Entleiher überlassen und von diesem tatsächlich im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen in Deutschland eingesetzt, so bedarf dies keiner gesonderten Erlaubnis nach dem AÜG (siehe jedoch GA 1.b.1 (9) zur Geltung der Einschränkungen beim Verleihs in das Baugewerbe).

3.3 Verleih aus Nicht-EU/EWR-Staaten

Entscheidend für den Tatbestand des § 3 Abs. 2 ist, dass von den in der Vorschrift genannten Betriebseinheiten unmittelbar Arbeitnehmer überlassen werden. Die Arbeitnehmerüberlassung ist vom Ausland außerhalb der EU/des EWR ausnahmslos untersagt, da eine wirksame Kontrolle der Verleiher nicht gewährleistet ist.

3.4 Antragsteller ohne deutsche Staatsangehörigkeit

Die Vorschrift des § 3 Abs. 3 stellt die Versagung der Erlaubnis in das Ermessen der BA. In diesem Zusammenhang wird auf § 3 Abs. 4 verwiesen, der eine Sonderregelung für EU/EWR-Verleiher vorsieht. Soweit nicht Sondervorschriften wie z.B. bilaterale Niederlassungsabkommen das Ermessen einschränken, ist bei der Ausübung grundsätzlich auf das arbeitsmarktpolitische Interesse an der Zulassung ausländischer Verleiher abzustellen. Hierbei sind die Verhältnisse der Branchen und des Wirtschaftsraumes zu berücksichtigen, in den schwerpunktmäßig Arbeitnehmerüberlassung betrieben werden soll.

3.5 Antragsteller/Verleiher aus der EU/dem EWR

(1) § 3 Abs. 4 stellt **Verleiher aus der EU/dem EWR** deutschen Verleihern gleich. Sie erhalten die Erlaubnis grundsätzlich unter den gleichen Bedingungen wie deutsche Antragsteller. Ihnen obliegen als Arbeitgeber aufgrund ihres Heimatrechts teilweise andere Pflichten als den deutschen Arbeitgebern. Sie müssen jedoch nicht nur das deutsche AÜG beachten, sondern auch das einschlägige Recht ihres Heimatlandes für den Bereich der Arbeitnehmerüberlassung. Welches Sozialversicherungsrecht für deren Leiharbeitnehmer anzuwenden ist, regelt die EWG-Verordnung Nr. 1408/71 bzw. die VO (EG) Nr. 883/2004 bzw. das SGB IV.

(2) Die steuerrechtlichen Verpflichtungen der EU/EWR-Verleiher hinsichtlich der Abführung von Lohnsteuer für ihre im Inland tätigen Leiharbeitnehmer richten sich insbesondere nach den mit den EU/EWR-Staaten geschlossenen Doppelbesteuerungsabkommen. Danach gilt das Steuerrecht des Entsendestaates (d.h. des Staates, in dem der Verleiher seinen Betriebssitz hat), wenn der Leiharbeitnehmer nicht länger als 183 Tage im Kalenderjahr im Bundesgebiet arbeitet.

(3) Für die Erteilung einer Erlaubnis nach dem AÜG ist grundsätzlich allein das deutsche Recht maßgeblich. Das Nichtvorliegen einer im Entsendestaat notwendigen Verleiherlaubnis begründet jedoch regelmäßig die Annahme rechtfertigender Tatsachen, dass es an der nach § 3 Absatz 1 Nr. 1 erforderlichen Zuverlässigkeit fehlt. Dementsprechend ist die Erlaubnis grundsätzlich nur zu erteilen, wenn eine im Entsendestaat erforderliche Erlaubnis vorliegt.

(4) Sofern eine im Herkunftsstaat unzulässige, aber in Deutschland zulässige Verleihtätigkeit ausgeübt werden soll und die Tätigkeit sich nur auf diesen zulässigen Verleih nach Deutschland beschränkt, kann Zuverlässigkeit im Sinne des § 3 Absatz 1 Nr. 1 angenommen werden, es sei denn, es liegen anderweitige Anhaltspunkte für eine Unzuverlässigkeit vor. Anträge von Mischbetrieben mit Sitz im EU/EWR-Ausland auf Erteilung einer Erlaubnis können dementsprechend nicht automatisch wegen Fehlen der Erlaubnis im Herkunftsstaat abgelehnt werden. In diesen Fällen ist die Zuverlässigkeit – ggf. in Zusammenarbeit mit den Behörden des Herkunftslandes – zu prüfen.

4. § 4 Rücknahme

4.1 Rücknahme von Erlaubnissen

(1) § 4 regelt die Rücknahme einer rechtswidrigen Erlaubnis, § 5 den Widerruf einer rechtmäßigen Erlaubnis.

(2) Ein Bestandsschutz für rechtswidrige Erlaubnisse wird nicht gewährt. Es gilt jedoch auch in diesen Fällen bei der Rücknahme nach § 4 Abs. 1 Satz 2 die **Abwicklungsfrist** des § 2 Abs. 4 Satz 4 entsprechend.

(3) **Rechtswidrig** ist eine Erlaubnis, wenn ihre Erteilung fehlerhaft ist, d.h. sie auf einer unrichtigen Anwendung des geltenden Rechts beruht. Dies ist insbesondere gegeben, wenn zum Zeitpunkt der Erlaubniserteilung Versagungsgründe des § 3 vorlagen. Dabei kommt es allein auf den zum Zeitpunkt der Erlaubniserteilung gegebenen bzw. vorliegenden Sachverhalt an. Die Kenntnis der Erlaubnisbehörde ist für die Feststellung der Rechtswidrigkeit nicht entscheidend. D.h. lagen zum Zeitpunkt der Erteilung der Erlaubnis Versagungsgründe vor, die der BA nicht bekannt waren, ist die Erlaubnis dennoch zurückzunehmen.

(4) Unrichtige Angaben des Verleihers sind nur dann ein Rücknahmegrund, wenn sie für die Rechtmäßigkeit der Erlaubnis erheblich sind (Nicht erheblich ist z.B. die unrichtige Angabe des Geburtsdatums.).

(5) § 4 Abs. 1 stellt die Rücknahme der Erlaubnis in das **Ermessen** der BA. Bei der Ausübung dieses Ermessens hat die Erlaubnisbehörde einen größeren Ermessenspielraum, da das Vertrauen des Erlaubnisinhabers am Fortbestand der Erlaubnis nicht schutzwürdig ist. Bei der Entscheidung ist in jedem Fall der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten. Danach ist zu prüfen, ob die Rechtswidrigkeit durch eine Auflage als milderes Mittel behoben werden kann. Sollte nur eine Rücknahme in Betracht kommen, so ist dem Verleiher Gelegenheit zu geben, sich vorher zu der beabsichtigten Maßnahme zu äußern (§ 28 VwVfG). Eine Rücknahme der Erlaubnis ist unzulässig, wenn zwischenzeitlich keine Versagungsgründe mehr vorliegen, wie etwa eine unzureichende Betriebsorganisation.

(6) Für den Fall, dass die Erlaubnis zum Zeitpunkt der Erteilung rechtswidrig war und sie auch für die Zukunft unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nicht erteilt werden dürfte, ist im Hinblick auf die Schutzfunktion des AÜG das **Ermessen in der Regel auf Null reduziert**. D.h. die Erlaubnisbehörde ist in diesem Fall zur Rücknahme der Erlaubnis verpflichtet (so auch Schüren, AÜG, 4. Auflage, § 4 Rn. 19).

(7) Für die **Zustellung** des Bescheides über die Rücknahme der Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung gilt GA zu § 2 Ziffer 2.1.6.

(8) Nach § 4 Abs. 1 Satz 1 kann die rechtswidrige Erlaubnis nur mit **Wirkung** für die Zukunft (ex nunc) zurückgenommen werden. Die Entscheidung der Erlaubnisbehörde über die Rücknahme kann mit **Widerspruch** und **Klage** angefochten werden. Die Rechtsbehelfe haben entsprechend § 86a Abs. 4 Sozialgerichtsgesetz (SGG) keine aufschiebende Wirkung. Im Widerspruchs- und Klageverfahren kann auf Antrag die Aussetzung der sofortigen Vollziehung gemäß § 86a bzw. § 86b SGG angeordnet werden.

(9) Die durch Rücknahme ungültig gewordene **Erlaubnisurkunde** ist **zurückzufordern**. Zur Begründung ist § 52 VwVfG heranzuziehen. Die Rückgabe ist ggf. mit den Mitteln des Verwaltungszwangs durchzusetzen. Sofern der Betroffene allerdings ein schutzwürdiges Interesse an einem Fortbesitz der Erlaubnisurkunde haben sollte, kann die Urkunde nach Kennzeichnung der Ungültigkeit an den ehemaligen Erlaubnisinhaber ausgehändigt werden. Ein schutzwürdiges Interesse liegt vor, wenn durch den Fortbesitz die bestehende Rechtsposition bis zum Ablauf der Abwicklungsfrist nachgewiesen werden soll.

4.2 Ausgleich des Vermögensnachteils

(1) Der Verleiher hat nach § 4 Abs. 2 einen **Ausgleichsanspruch**, sofern sein Vertrauen auf den Bestand der Erlaubnis schutzwürdig ist. Ob sein Vertrauen im Einzelfall nach Abwägung mit dem öffentlichen Interesse schutzwürdig ist, bedarf einer sorgfältigen Prüfung. In § 4 Abs. 2 Satz 2 Ziffern 1 bis 3 finden sich Tatbestände, die das schutzwürdige Vertrauen des Verleihers in jedem Fall ausschließen. Zu den Einzelheiten des Ausgleichsanspruches wird auf § 4 Abs. 2 verwiesen.

(2) Der Anspruch nach § 4 Abs. 2 stellt einen Ausgleich für die Regelung des § 4 Abs. 1 dar, die dem öffentlichen Interesse an der Rücknahme der rechtswidrig erteilten Erlaubnis den Vorzug vor dem Interesse des Verleihers am Fortbestand der Erlaubnis gibt.

4.3 Frist für die Rücknahme

(1) Die Erlaubnisbehörde kann eine rechtswidrige Erlaubnis nur **innerhalb eines Jahres** von dem Zeitpunkt an zurücknehmen, zu dem sie von dem Rücknahmegrund Kenntnis erlangt hat. Dabei kommt es nicht nur auf die dienstliche Kenntnis der von der BA mit der Durchführung des AÜG beauftragten Bediensteten an, sondern auch auf die positive Kenntnis derjenigen Bediensteten der BA (z.B. Arbeitsvermittler, Sachbearbeiter für Ordnungswidrigkeiten), die in sonstiger amtlicher Eigenschaft von dem Rücknahmegrund positiv Kenntnis erlangen; der alleinige Verdacht ist nicht ausreichend.

(2) Entsprechende **Informationen** über mögliche Rücknahmegründe sind daher von allen Dienststellen (u.a. Agenturen für Arbeit) unverzüglich an die zuständige Agentur für Arbeit **weiterzugeben**.

5. § 5 Widerruf

5.1 Widerruf von Erlaubnissen

(1) § 5 regelt den Widerruf einer rechtmäßig erteilten Erlaubnis, § 4 die Rücknahme einer rechtswidrig erteilten Erlaubnis.

(2) Die Widerrufsgründe sind in § 5 Abs. 1 Nr. 1 bis 4 abschließend aufgezählt. Der Verleiher genießt im Falle des Widerrufs keinen Vertrauensschutz. Eine Ausnahme bildet lediglich der Ausgleichsanspruch nach § 5 Abs. 1 Nr. 4 in Verbindung mit § 4 Abs. 2. Der Widerruf kann nur mit Wirkung für die Zukunft (ex nunc) erfolgen. D.h. die Erlaubnis wird erst mit Bekanntgabe des Widerrufes unwirksam.

(3) § 5 Abs. 1 ist wie § 4 Abs. 1 eine **Ermessensvorschrift**. Diese soll insbesondere verdeutlichen, dass der **Grundsatz der Verhältnismäßigkeit** zu beachten ist. Danach ist zu prüfen, ob mit der Auflage als milderes Mittel zum Widerruf dasselbe Ziel erreicht werden kann. Bei der Ausübung des pflichtgemäßen Ermessens ist auch das schutzwürdige Vertrauen des Verleihers in den Fortbestand einer rechtmäßig erteilten Erlaubnis zu berücksichtigen. Sollte nur ein Widerruf in Betracht kommen, so ist dem Verleiher Gelegenheit zu geben, sich vorher zu der beabsichtigten Maßnahme zu äußern (§ 28 VwVfG). Der Widerruf ist unzulässig, wenn zwischenzeitlich keine Versagungsgründe mehr vorliegen.

(4) Nach Nummer 1 kann ein **Widerruf** erfolgen, wenn er bei Erteilung der Erlaubnis vorbehalten wurde und die abschließende Beurteilung ergibt, dass ein Versagungsgrund vorliegt.

(5) Der Widerrufsgrund nach Nummer 2 ist gegeben, wenn der Verleiher einer **Auflage nicht oder nicht innerhalb** einer ihm gesetzten - angemessenen - Frist erfüllt hat. Enthält die Auflage ein Verbot bzw. ein Unterlassen, so hat der Verleiher der Auflage sofort nachzukommen. Eine Fristsetzung kommt nur in Betracht, wenn ein positives Tun (bspw. Vervollständigung der Betriebsorganisation) verlangt wird.

(6) Widerspruch und Anfechtungsklage gegen einen Auflagenbescheid haben keine aufschiebende Wirkung, sofern die sofortige Vollziehung nach § 86a Abs. 2 Nr. 5 SGG angeordnet wurde. In diesen Fällen kann die Erlaubnis unabhängig von der Rechtskraft der Auflage(n) widerrufen werden.

(7) Der Widerrufsgrund nach Nummer 3 ist gegeben, wenn nach Erteilung der Erlaubnis Tatsachen eintreten, die eine **Versagung** der Erlaubnis nach § 3 rechtfertigen. Zu den Einzelheiten wird auf die GA zu § 3 verwiesen.

(8) Auch eine **Änderung der Rechtslage** kann nach Nummer 4 zum Widerruf berechtigen, wenn nach neuem Recht ein Versagungsgrund gegeben ist. Die Bestimmung ent-

spricht dem Rechtsgedanken der in § 4 Abs. 1 getroffenen Regelung. Auch hier wird dem Verleiher als Äquivalent der Ausgleichsanspruch nach § 4 Abs. 2 gewährt. Eine Änderung der Rechtslage kann nicht nur durch eine Gesetzesänderung, sondern auch durch die Rechtsprechung eintreten.

(9) Für die Abwicklung erlaubt geschlossener Verträge ist dem Verleiher eine Frist nach § 2 Abs. 4 Satz 4 zu setzen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass der **Widerruf** nur mit Wirkung für die Zukunft erfolgen kann und erst mit Bekanntgabe wirksam wird.

(10) Für die **Zustellung** des Bescheides über den Widerruf der Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung gilt GA zu § 2 Ziffer 2.1.6.

(11) Gegen die Entscheidung über den Widerruf der Erlaubnis sind **Widerspruch** und **Klage** zulässig. Im Widerspruchs- und Klageverfahren kann auf Antrag der Vollzug des Widerrufs ausgesetzt werden (§ 86a SGG). Die Aussetzung kann lediglich die Wirkung des ursprünglichen Erlaubnisbescheides wiederherstellen. Eine darüber hinaus gehende Verlängerung der Erlaubnis während der Dauer des Widerspruchs- bzw. Klageverfahren hat die Aussetzung der Vollziehung nicht zur Folge. Ein Verleiher, dessen befristet erteilte Erlaubnis aufgrund der Aussetzung der sofortigen Vollziehung des Widerrufs zunächst bis zum Ablauf der Befristung erhalten bleibt, müsste also rechtzeitig einen Verlängerungsantrag stellen und den hierfür erforderlichen Gebührenvorschuss einzahlen.

(12) Die durch den Widerruf ungültig gewordene **Erlaubnisurkunde** ist **zurückzufordern**. Zu den Einzelheiten des Verfahrens wird auf GA zu § 4 Ziffer 4.1 Absatz 8 verwiesen.

5.2 Ausschluss des Widerrufsrechts

Die Vorschrift des § 5 Abs. 3 soll ein widersprüchliches Verhalten der BA ausschließen. Sie untersagt einen Widerruf trotz Vorliegens eines Widerrufsgrundes, wenn die BA dem Verleiher nach dem Widerruf auf einen entsprechenden Antrag eine neue Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung gleichen Inhalts erteilen müsste.

5.3 Widerrufsfrist

Nach § 5 Abs. 4 ist der Widerruf nur innerhalb eines Jahres seit positiver Kenntnis der Widerrufsgründe durch die BA zulässig. Insoweit wird auf die Ausführungen in der GA zu § 4 Ziffer 4.3 verwiesen.

6. § 6 Verwaltungszwang

6.1 Voraussetzung für den Verwaltungszwang nach § 6

(1) Zur Durchführung des § 6 sind die §§ 6 bis 15 des **Verwaltungsvollstreckungsgesetzes** (**VwVG**) von wesentlicher Bedeutung.

(2) Vor Anwendung des Verwaltungszwangs nach VwVG muss eine **Untersagungsverfügung** entsprechend § 6 erlassen werden. Voraussetzung für die Untersagungsverfügung ist, dass Arbeitnehmerüberlassung ohne die erforderliche Erlaubnis nach § 1 Abs. 1 betrieben wird. Die Untersagungsverfügung ist ein Verwaltungsakt, der mit einer Rechtsbehelfsbelehrung zu versehen und mit Postzustellungsurkunde zuzustellen ist.

(3) **Juristische Personen** müssen sich das Handeln ihrer Vertreter nach Gesetz, Satzung oder Gesellschaftsvertrag zurechnen lassen. Eine Untersagungsverfügung ist daher an die juristische Person zu richten.

(4) Nach § 86a Abs. 1 SGG haben Widerspruch und Klage gegen Untersagungsverfügungen grundsätzlich **aufschiebende Wirkung**. Die aufschiebende Wirkung entfällt, wenn die **sofortige Vollziehung** gemäß § 86a Abs. 2 Nr. 5 SGG angeordnet wird. Die Regelung setzt eine gesonderte Entscheidung voraus, wenn die Untersagungsverfügung sofort vollzogen werden soll. Die Entscheidung muss eine schriftliche Begründung, die die jeweiligen Interessenlagen verdeutlicht, enthalten.

(5) Die aufschiebende Wirkung entfällt, wenn eine Erlaubnis nach § 1 geändert worden ist, aufgehoben oder nicht verlängert wird (§ 86a Abs. 4 SGG).

6.2 Anwendung des Verwaltungszwangs nach dem VwVG

(1) Vor der Anwendung eines **Zwangsmittels** nach § 9 VwVG muss dieses gemäß § 13 VwVG angedroht worden sein. Nach § 13 Abs. 2 VwVG kann die Androhung mit der Untersagungsverfügung verbunden werden. Sie soll mit ihr verbunden werden, wenn der sofortige Vollzug angeordnet ist. Zu den Einzelheiten wird auf die obigen Ausführungen unter Ziffer 6.1 Abs. 4 verwiesen.

(2) Als Zwangsmittel gegen Verleihunternehmen kommen in erster Linie folgende in Betracht:

- das Zwangsgeld nach § 11 VwVG,
- hilfsweise der unmittelbare Zwang nach § 12 VwVG, wenn das Zwangsgeld nicht zum Ziel geführt hat oder untunlich ist.

Beispiele für den unmittelbaren Zwang sind die Betriebsschließung oder die Wegnahme der Geschäftsunterlagen.

(3) Für dieselbe Zuwiderhandlung können Zwangsgeld und Bußgeld nebeneinander festgesetzt werden. Das Zwangsgeld nach § 11 VwVG wirkt präventiv, das Bußgeld, mit dem die Begehung einer Ordnungswidrigkeit nach § 16 geahndet wird, repressiv.

(4) Nach der Androhung des Zwangsmittels ist ein weiterer Verwaltungsakt erforderlich: die Festsetzung des Zwangsmittels, hier insbesondere das Zwangsgeld, gemäß § 14 VwVG. Auch bei unmittelbaren Zwang gemäß § 12 VwVG ist außer der Androhung noch die Festsetzung des Zwangsmittels erforderlich. Der **Festsetzungsbescheid** bei unmittelbarem Zwang sollte sinngemäß wie folgt formuliert werden:

"Die sofortige Schließung ihres Betriebes einschließlich der Zweigstellen wird hiermit angeordnet."

(5) Die **Festsetzung des Zwangsgeldes** setzt kein Verschulden voraus. Das Zwangsgeld beträgt höchstens € 1.000,00 (§ 11 Abs. 3 VwVG) und muss in bestimmter Höhe vorher angedroht worden sein. Ein Zwangsgeld ist bei jeder einzelnen Zuwiderhandlung gemäß der Festsetzung fällig, auch wenn nur ein einzelner Arbeitnehmer überlassen wurde. Eine Ermäßigung bei der Festsetzung mehrerer einzelner Zwangsgelder kommt nicht in Betracht.

(6) Der zuständigen Agentur für Arbeit obliegt als Erlaubnisbehörde im Rahmen des § 6 der Erlass der Untersagungsverfügung. Diese ist auch zuständig für das weiter sich anschließende Verfahren nach dem VwVG. Für die Vollstreckung von Zwangsmitteln sind nach § 7 VwVG in Verbindung mit § 4 Buchstabe b VwVG die Behörden der Zollverwaltung **zuständig**. Die Bekämpfung der illegalen Arbeitnehmerüberlassung obliegt gemäß § 16 Abs. 3 den Behörden der Zollverwaltung.

7. § 7 Anzeigen und Auskünfte

7.1 Anzeigen und Auskünfte

(1) Die Anzeige- und Auskunftspflichten treffen den Verleiher als Erlaubnisinhaber oder - ist dieser keine natürliche Person - seinen gesetzlichen Vertreter. Verletzungen der Anzeige- und Auskunftspflichten können die Unzuverlässigkeit des Verleihers begründen und zum Widerruf der Erlaubnis nach § 5 Abs. 1 Nr. 3 führen.

(2) Nach § 16 Abs. 1 Nr. 4 bis 6a und Absatz 2 sind Verletzungen der Anzeige- und Auskunftspflichten als **Ordnungswidrigkeit** zu verfolgen und mit einer Geldbuße bis zu € 1.000,00 mit Ausnahme von Nr. 6 zu ahnden. Die Ordnungswidrigkeit nach § 16 Abs. 1 Nr. 6 kann mit einer Geldbuße bis zu € 30.000,00 geahndet werden.

(3) **Niederlassungen** eines Verleihunternehmens sind grundsätzlich von der Agentur für Arbeit zu prüfen, in deren Bezirk sie liegen. Eine Prüfung von Niederlassungen erfolgt nur, wenn die für den Hauptsitz zuständige Agentur für Arbeit dies für erforderlich hält und einen entsprechenden Auftrag erteilt.

(4) Prüfungen beim Entleiher sind unzulässig, weil sich § 7 nicht auf den Entleiher bezieht.

7.2 Anzeigepflicht

(1) Die **Anzeige** nach § 7 Abs. 1 Satz 1 dient der Überwachung der erforderlichen Betriebsorganisation (§ 3 Abs. 1 Nr. 2). Sie ist unaufgefordert vor der Verlegung, Schließung und Errichtung von Betrieben, Betriebsteilen oder Nebenbetrieben zu erstatten. Wirkt sich die angezeigte Veränderung auf die bestehende Erlaubnis aus, so ist dies dem Verleiher mitzuteilen.

(2) Die Anzeige nach § 7 Abs. 1 Satz 2 dient der Überwachung der Zuverlässigkeit des Verleihers (§ 3 Abs. 1 Nr. 1). Sie erstreckt sich auf Änderungen in der Geschäftsführung oder Vertretung, wenn der Verleiher eine Personengesamtheit, -gesellschaft oder eine juristische Person ist.

(3) Die Erlaubnis ist personen- bzw. rechtsträgergebunden und nicht betriebsbezogen. **Personenbezogen** bedeutet, dass die **Erlaubnis** für die natürliche Person bzw. für die juristische Person erteilt wurde und weder übertragen noch in eine andere Gesellschaft eingebracht werden kann.

(4) In Fällen der **Änderung** einer Einzelfirma**,** einer KG oder GbR in eine GmbH ist in jedem Fall eine neue Erlaubnis erforderlich. Einzelfälle nach dem **Umwandlungsgesetz** (**UmwG**) sind differenziert zu betrachten. Das UmwG unterscheidet vier Arten der Umwandlung:

1. **Verschmelzung**

Nach § 20 UmwG erlischt bei der Verschmelzung durch Aufnahme der übertragende Rechtsträger. Die ihm erteilte Erlaubnis erlischt wegen des höchstpersönlichen Charakters ebenfalls. Gleiches gilt bei der Verschmelzung durch Neugründung gemäß § 36 UmwG, der auf § 20 UmwG Bezug nimmt.

2. **Spaltung**

a) Aufspaltung: Nach § 131 Abs. 1 Nr. 2 UmwG erlischt der übertragende Rechtsträger. Die ihm erteilte Erlaubnis erlischt wegen ihres höchstpersönlichen Charakters ebenfalls. Dies ist entsprechend § 135 UmwG auch auf die Aufspaltung zur Neugründung anzuwenden.

b) Abspaltung: Da der übertragende Rechtsträger bestehen bleibt, bleibt auch die erteilte Erlaubnis wegen des höchstpersönlichen Charakters bei ihm bestehen und geht nicht über.

c) Ausgliederung: Die Wirkung entspricht der Abspaltung.

3. **Vermögensübertragung**

a) Die Vermögensübertragung und ihre Wirkung richtet sich nach §§ 174 bis 189 UmwG.

b) Vollübertragung: Bei einer Vollübertragung sind nach § 176 Abs. 1 UmwG die Vorschriften der Verschmelzung durch Aufnahme anzuwenden. Der übertragende Rechtsträger erlischt und mit ihm die Erlaubnis (§ 20 UmwG).

c) Teilübertragung: Die Teilübertragung gliedert sich ebenfalls in Aufspaltung, Abspaltung und Ausgliederung. Auf die Teilübertragung sind gemäß § 177 UmwG die Vorschriften zur Spaltung anzuwenden. Insoweit wird zu den Auswirkungen auf den Fortbestand auf die Ausführungen zur Spaltung verwiesen.

4. **Formwechsel**

Zum Formwechsel wird auf die Vorschriften der §§ 190ff. UmwG verwiesen. Bei einer formwechselnden Umwandlung einer juristischen Person ist eine besondere Situation gegeben. Durch Formwechsel nach §§ 190ff. UmwG können bestimmte Rechtsträger eine andere Rechtsform erhalten. Die Eintragung der neuen Rechtsform in das Handelsregister bewirkt, dass der formwechselnde Rechtsträger (z.B. eine GmbH) in der in dem Umwandlungsbeschluss bestimmten Rechtsform (z.B. GmbH & Co KG) weiter besteht (§ 202 Abs. 1 Nr. 1 UmwG). Kraft gesetzlicher Fiktion ist Identität der betreffenden Rechtsträger anzunehmen. Es bleibt somit auch die Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung erhalten.

Aus Gründen der Rechtssicherheit ist jedoch die Erlaubnisurkunde auf die neue Rechtsform umzuschreiben.

7.3 Auskunftspflicht

(1) Die **Erteilung von Auskünften** und die Vorlage von Unterlagen dient der Feststellung, ob die Arbeitnehmerüberlassung im Einklang mit den gesetzlichen Vorschriften erfolgt.

(2) Vor der ersten Verlängerung nach Aufnahme der Verleihtätigkeit, vor der Erteilung der unbefristeten Erlaubnis und im 5-Jahres-Rhythmus (seit der letzten **Betriebsprüfung**) sollen nach § 7 Abs. 2 Auskünfte eingeholt und Unterlagen geprüft werden. Beschwerden ist stets durch schriftliches Auskunftsverlangen und/oder örtlicher Prüfung nachzugehen, soweit sie Indizien zu Rechtsverstößen enthalten. In diesen Fällen ist zu prüfen, ob eine unangemeldete Prüfung nach § 7 Abs. 3 in Betracht kommt.

(3) **Betriebsprüfung** bedeutet die Prüfung von Arbeitnehmer- und Arbeitgeberunterlagen (insbesondere Personalakten einschließlich der Lohnunterlagen, Überlassungsverträge) des Verleihers. Die Prüfung soll regelmäßig bei Einverständnis des Verleihers in seinen Geschäftsräumen (örtliche Betriebsprüfung) erfolgen. Für die Durchführung der Betriebsprüfung werden im Intranet unter Interner Service > Ordnung und Recht > Arbeitnehmerüberlassung > Arbeitsmittel u.a. ein Prüfbögen als Arbeitsmittel zur Verfügung gestellt. Für den Prüfbericht mit Entscheidungsvorschlag ist die BK-Vorlage „Prüfbericht“ zu verwenden.

(4) Die BA braucht ihr Auskunftsverlangen nach Absatz 2 nicht zu begründen; sie kann es jederzeit ohne Anlass und Angabe der Rechtsgrundlage an den Verleiher richten.

(5) Die **Auskunft** ist schriftlich oder mündlich in deutscher Sprache wahrheitsgemäß, vollständig, fristgemäß und unentgeltlich zu **erteilen**.

(6) Im Einzelfall kann es sich empfehlen, vor einem Auskunftsverlangen eine andere Behörde (z.B. Gewerbeaufsichtsämter, Krankenkassen, Finanzämter, Einzugstellen der Sozialkassenbeiträge für das Umlageverfahren im Baugewerbe) in die Überprüfung einzuschalten.

(7) Unter den Begriff der "**geschäftlichen Unterlagen**" fallen u.a. die vom Verleiher geschlossenen Verträge, seine Korrespondenz mit Vertragspartnern, Schriftwechsel mit anderen Behörden, Lohn begründende Unterlagen, Lohnabrechnungen. Auf Verlangen hat der Verleiher der Aufsichtsbehörde zur Durchführung des AÜG auch Auskünfte zu erteilen und geschäftliche Unterlagen vorzulegen, die Abgrenzungsfragen zur Arbeitnehmerüberlassung betreffen, insbesondere Verträge und Personalunterlagen zu drittbezogenen Personaleinsätzen wie z. B. Werk- und Dienstverträgen (vgl. BSG, Urteil vom 29.7.1992 - 11

RAr 57/91; BSG, Urteil vom 12.7.1989 – 7 RAr 46/88; LSG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 10.6.1988 – Az.: L 6 Ar 117/87).

(8) Art und Umfang der vorzulegenden Geschäftsunterlagen sowie die Art der Glaubhaftmachung sind von der Erlaubnisbehörde zu bestimmen. Dabei sind der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und der Gleichbehandlungsgrundsatz zu beachten. Die geforderten Unterlagen sind unverzüglich vorzulegen; eine Weigerung kann u.U. Rückschlüsse auf die Zuverlässigkeit bzw. ordnungsgemäße Betriebsorganisation des Verleihers zur Folge haben.

(9) Die Einführung von **digitalen Personalakten** bei Erlaubnisinhabern ist grundsätzlich möglich. Zu beachten ist hierbei, dass die Einführung der digitalen Akten nicht zu einer verminderten Kontrollmöglichkeit der Erlaubnisbehörde führen darf. Weiter muss der Beweiswert der digitalisierten Dokumente durch die Digitalisierung bewahrt werden. D.h. die Anforderungen des Signaturgesetzes sind ggf. zu beachten. Andernfalls sind die Dokumente im Original aufzubewahren.

(10) Soweit erforderlich, sind der Erlaubnisbehörde Ausdrucke der digitalen Akte zu übergeben bzw. zu übersenden bzw. ist ihr ein lesender Datenzugriff auf die digitale Personalakte einzuräumen. Die Berechtigungskonzepte müssen dann auch bei der Nutzung elektronischer Daten durch Prüfer Datensicherheit und Datenschutz gewährleisten.

(11) Die Aufforderung, Auskünfte gemäß § 7 Abs. 2 zu erteilen, kann in Form eines Verwaltungsaktes ergehen; dieser ist anfechtbar und mit den Mitteln des Verwaltungszwanges durchsetzbar. Ein schlichtes Auskunftsersuchen trägt auch dann noch nicht den Charakter eines Verwaltungsaktes, wenn die Auskunftserteilung gesetzlich vorgeschrieben ist. Nur wenn das Ersuchen erkennen lässt, dass der Adressat zur Erteilung der Auskunft bindend verpflichtet werden soll, handelt es sich um einen Verwaltungsakt.

(12) Der Verleiher muss seine geschäftlichen Unterlagen vorlegen, braucht sie jedoch nicht zu erläutern. Er muss auch die Mitnahme von Unterlagen gegen Quittung dulden.

(13) Der Verleiher muss seine Angaben auf Verlangen glaubhaft machen, aber nicht beweisen. Zur Abnahme von Versicherungen an Eides statt ist die BA nicht befugt.

7.4 Betretungs- und Prüfungsrecht (behördliche Nachschau)

(1) Ein Betretungs- und Prüfungsrecht besteht nur in begründeten Einzelfällen. Diese sind z.B. dann gegeben, wenn die Erlaubnisbehörde konkrete Hinweise (z.B. eine Anzeige oder Beschwerde vorliegt oder frühere Beanstandungen erfolgten) erhalten hat, die den Anfangsverdacht begründen, dass der Verleiher die ihm nach § 3 obliegenden Pflichten missachtet haben könnte und zur Aufklärung dieses Sachverhaltes das Betreten der Geschäftsräume und die Prüfung der geschäftlichen Unterlagen ohne vorhergehendes Auskunftsersuchen erforderlich ist. Die Ausübung des **Nachschaurechts** erfordert nicht den

vorherigen Erlass einer Duldungsverfügung. Duldet der Verleiher eine behördliche Nachschau nicht, ist dies gemäß § 16 Abs. 1 Nr. 6a als Ordnungswidrigkeit zu verfolgen und ggf. zu ahnden.

(2) Die Ausübung des Betretungs- und Prüfungsrechts (sog. Nachschaurecht) setzt nicht voraus, dass die Erlaubnisbehörde zunächst ein entsprechendes Auskunftsverlangen nach Absatz 2 an den Verleiher gerichtet hat (Entscheidung des BSG vom 29.07.1992 - 11 RAr 57/91).

(3) Verleiher mit einer befristeten Erlaubnis können keine Verlängerung ihrer Erlaubnis erhalten, wenn sie sich weigern, ihre Geschäftsräume besichtigen zu lassen. Für die Entscheidung über die jährlich neu zu erteilende Erlaubnis ist von Bedeutung, dass ordnungsgemäße Geschäftsräume und eine ordnungsgemäße Geschäftsorganisation vorhanden sind (§ 3 Abs. 1 Nr. 2).

(4) Der **Verleiher** hat die Prüfung und den **Zutritt** zu seinen Grundstücken und Geschäftsräumen durch Bedienstete der BA zu **dulden**. Das Recht der BA erstreckt sich auf das Betreten von Grundstücken und Geschäftsräumen des Verleihers auch außerhalb der Geschäftszeit. Dient ein Geschäftsraum zugleich Wohnzwecken, so darf er nur mit Einverständnis des Verleihers betreten werden.

(5) Wird bei einer derartigen örtlichen Prüfung, die nur aufgrund eines begründeten Einzelfalls erfolgen kann, ein Verstoß festgestellt, besteht auch das Recht zur umfassenden, nicht auf den konkreten Einzelfall bezogenen Prüfung.

7.5 Durchsuchungsrecht

(1) Die **Durchsuchung** kann nur durchgeführt werden, wenn Überwachungsmaßnahmen nach Absatz 2 und 3 zur wirksamen Kontrolle keinen Erfolg versprechen.

(2) Nach § 7 Abs. 4 in Verbindung mit Art. 13 Abs. 2 GG ist für eine Durchsuchung grundsätzlich eine **richterliche Anordnung** erforderlich.

(3) Die von der Erlaubnisbehörde beauftragten Personen können bei **Gefahr im Verzug** während der Geschäftszeit die erforderlichen Durchsuchungen ohne richterliche Anordnung vornehmen; eine nachträgliche Zustimmung des Amtsrichters ist nicht erforderlich. Gefahr im Verzug ist anzunehmen, wenn konkrete Anhaltspunkte vorliegen, dass der Verleiher Geschäftsunterlagen beiseiteschaffen, verfälschen oder vernichten wird.

7.6 Auskunftsverweigerungsrecht

(1) Ein **Auskunftsverweigerungsrecht** steht dem Verleiher zu, soweit es sich um eine natürliche Person handelt, bei Personengesamtheiten, Gesellschaften und juristischen Personen, dem Geschäftsführer oder gesetzlichen Vertreter. Sind bei Gesellschaften

mehrere Auskunftspflichtige vorhanden, ist bei jedem gesondert zu prüfen, ob die Voraussetzungen des § 7 Abs. 5 gegeben sind.

(2) Das **Verweigerungsrecht** setzt voraus, dass der Verleiher sich oder einen seiner Angehörigen wegen einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit der Verfolgung aussetzen würde (§ 383 Abs.1 ZPO). Der Verleiher ist auf sein Aussageverweigerungsrecht hinzuweisen.

(3) Bei der **Befragung von Leiharbeitnehmern** außerhalb eines Verfahrens nach dem Ordnungswidrigkeitengesetz sind die Befragten über die Freiwilligkeit der Teilnahme aufzuklären, da keine Verpflichtung zur Aussage besteht.

7.7 Prüfungsschwerpunkte

(1) Die Prüfaktivitäten der Erlaubnisbehörde sollen sich grundsätzlich auf Prüffelder konzentrieren, bei denen ein hohes Maß an Rechtssicherheit gegeben ist. Dies wird regelmäßig dann der Fall sein, wenn zu den Prüffeststellungen höchstrichterliche Entscheidungen existieren.

(2) Vor dem Hintergrund der zunehmend flexibel gestalteten Arbeitszeitmodelle ist die konkrete Prüfung von **Arbeitszeitkonten**, insbesondere dann nicht mehr vorzunehmen, wenn eine durchschnittliche Arbeitszeit von mindestens 7 Stunden täglich bzw. 35 Stunden wöchentlich (Vollzeitbeschäftigung) vereinbart ist. Entsprechend § 11 Abs. 4 Satz 2 sind Negativ-Zeitkonten des Arbeitnehmers spätestens am Ende des Beschäftigungsverhältnisses zu Lasten des Verleihers auszugleichen, wenn die Gründe des Nichtverleihs durch den Verleiher zu vertreten sind.

(3) Folgende **Prüfungsschwerpunkte** sind von der Erlaubnisbehörde insbesondere zu verfolgen:

- Anwendung von Tarifverträgen im Sinne des § 3 Abs. 1 Nr. 3 (einschließlich der Tarifverträge über Branchenzuschläge); ansonsten Einfordern des Gleichstellungsgrundsatzes,
- korrekte Eingruppierung des Leiharbeitnehmers entsprechend der tatsächlich ausgeübten Tätigkeit,
- Gewährung von Mindestlöhnen einschließlich Lohnuntergrenze in der Arbeitnehmerüberlassung,
- Gewährung von Aufwendungsersatz,
- Vollständigkeit von Vertragsunterlagen (Arbeitsverträge, Zusatzvereinbarungen, Aufhebungsverträge, Arbeitnehmerüberlassungsverträge, Änderungen),
- Nachweis über Aushändigung des aktuellen Merkblattes der BA,

- Beachtung der Regelungen des TzBfG,
- korrekte Gewährung von Entgelt- und Entgeltersatzleistungen und von Urlaub bzw. Urlaubsabgeltung auch während Zeiten des Nichteinsatzes (Garantielohn),
- Auffälligkeiten hinsichtlich des Arbeitsschutzes, der Arbeitssicherheit, arbeitsmedizinische Untersuchungen (s. GA zu § 11),
- Abführung von Beiträgen zu allen Zweigen der Sozialversicherung,
- Abführung der Lohnsteuer und
- Beachtung der Bestimmungen der Ausländerbeschäftigung.

(4) Unabhängig von dieser Aufzählung muss die Erlaubnisbehörde in der Lage sein, weitergehende Prüfaktivitäten situationsangepasst im Rahmen des gesetzlichen Auftrages durchführen zu können. Der Erlaubnisinhaber hat die Erlaubnisbehörde darin zu unterstützen, damit sie eine umfassende Bewertung seiner Zuverlässigkeit vornehmen kann. Auf die Ausführungen unter Ziffer 7.3 (7) wird verwiesen.

(5) Ziel der unter Ziffer 7.7 genannten Prüfschwerpunkte ist es, eine **einheitliche Prüfpraxis** der Agenturen für Arbeit zu gleichen Sachverhalten zu erhalten.

8. § 8 Statistische Meldungen

(1) Der Verleiher hat der Erlaubnisbehörde nach § 8 halbjährlich statistische Meldungen zu erstatten. Die Meldungen der Verleiher dienen ausschließlich **statistischen Zwecken**, nämlich der vom Gesetzgeber gewollten zuverlässigen Arbeitsmarktbeobachtung in dem Arbeitsmarktsegment Arbeitnehmerüberlassung. Das Statistikgeheimnis nach § 8 Abs. 4 ist zu beachten.

(2) Kommt der Verleiher seiner **Meldepflicht** nach § 8 Abs. 1 nicht, nicht rechtzeitig, nicht richtig und nicht vollständig nach, kann das **Versäumnis** als Ordnungswidrigkeit nach § 16 Abs. 1 Nr. 7 in Verbindung mit § 16 Abs. 2 mit einer Geldbuße bis zu € 1.000,00 geahndet werden.

(3) Auf die **Weisungen** der Statistik zur Arbeitnehmerüberlassungsstatistik wird hingewiesen (vgl. HEGA 1/12-11).

(4) Für die Durchführung der Statistik nach dem AÜG ist der Zentrale Statistische Meldedienst (ZMD) **zuständig**. Gestützt auf das IT-Verfahren Arbeitnehmerüberlassung (VERA) sorgt der ZMD für den rechtzeitigen Versand der Vordrucke und Merkblätter, überwacht den termingerechten Eingang der Verleihermeldungen, überprüft die Richtigkeit der gemachten Angaben und leitet dann die vollständigen Meldungen an die Erfassungsfirma weiter.

(5) Für die Verfolgung und Ahndung der Ordnungswidrigkeiten nach § 16 Abs. 1 Nr. 7 ist das zuständige Team für die Ordnungswidrigkeiten nach dem AÜG zuständig.

(6) Die statistischen Meldungen sind nach Eingang in den zuständigen Teams Arbeitnehmerüberlassung Sachbearbeitung entsprechend der **Aktenordnung abzulegen**.

9. § 9 Unwirksamkeit

(1) § 9 ergänzt die gewerberechtlichen Vorschriften über die Erlaubnispflicht nach § 1 und die Versagungsgründe nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 durch zivilrechtliche Regelungen, um ein gesetzmäßiges Verhalten von Ver- und Entleihern zu erreichen. Ferner werden Wettbewerbsabreden zum Nachteil des Leiharbeitnehmers für unwirksam erklärt.

(2) Die BA ist nicht befugt, sich hieraus ergebende Fragen zu klären. Anfragende sind auf die Möglichkeit, sich an die rechtsberatenden Berufe zu wenden, hinzuweisen.

(3) Ergeben sich aus dem Auskunftsersuchen **Hinweise auf Verstöße** gegen das AÜG, ist diesen nachzugehen.

(4) Nach § 9 Nr. 1 sind die Überlassungs- und Leiharbeitsverträge unwirksam, wenn der Verleiher nicht die erforderliche Erlaubnis nach § 1 besitzt. Diese Vorschrift greift nur ein, wenn die Erlaubnis tatsächlich nicht vorliegt. Die Geschäftstätigkeit im Rahmen der Abwicklungsfrist wird hiervon nicht erfasst.

(5) Nach Nummer 2 sind Vereinbarungen unwirksam, wenn für den Leiharbeitnehmer für die Zeit der Überlassung an einen Entleiher schlechtere als die im Betrieb des Entleihers für einen vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgeltes gewährt werden. Der Tatbestand entspricht der Regelung des § 3 Abs. 1 Nr. 3 einschließlich der Ausnahmeregelung. Ein Verstoß nach § 9 Nr. 2 führt nicht zur Unwirksamkeit des Arbeitsvertrages insgesamt, sondern zur Verpflichtung Equal Treatment zu leisten (§ 10 Abs. 4).

(6) Nach § 9 Nr. 2a sind Vereinbarungen, die den Zugang des Leiharbeitnehmers zu den Gemeinschaftseinrichtungen oder –diensten im Unternehmen des Entleihers entgegen § 13b beschränken, unwirksam.

(7) Die Nummer 3 bestimmt, dass Vereinbarungen unwirksam sind, die dem Entleiher untersagen, den Leiharbeitnehmer zu einem Zeitpunkt einzustellen, in dem dessen Arbeitsverhältnis zum Verleiher nicht mehr besteht. Weiter sind auch vertragliche Abreden zwischen Entleiher und Verleiher unzulässig, die dem Entleiher verbieten, dem Leiharbeitnehmer anzubieten, im Entleihbetrieb tätig zu werden. Derartige Abreden würden das Überwechseln des Leiharbeitnehmers in ein normales Stammarbeitsverhältnis einschränken und faktisch damit die Einstellung verhindern. Rechtsfolge der Unwirksamkeit einer solchen Vereinbarung nach Nummer 3 ist die Teilnichtigkeit des Arbeitnehmerüberlassungsvertrages. Diese bezieht sich auf die unzulässigen Verbotsklauseln im Vertrag.

(8) Zulässig sind Vereinbarungen einer angemessenen Vergütung zwischen Verleiher und Entleiher für die nach vorangegangenem Verleih oder mittels vorangegangenen Verleihs erfolgte Vermittlung. Bei der Entscheidung der Frage, ob die Vergütungsvereinbarung

zwischen Verleiher und Entleiher angemessen ist, wird die Dauer des vorangegangenen Verleihs, die Höhe des vom Entleiher für den Verleih gezahlten Entgelts und der Aufwand für die Gewinnung eines vergleichbaren Arbeitnehmers zu berücksichtigen sein.

(9) Nach § 9 Nr. 4 sind Vereinbarungen unwirksam, die dem Leiharbeitnehmer untersagen, mit dem Entleiher zu einem Zeitpunkt, in dem das Arbeitsverhältnis zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer nicht mehr besteht, ein Arbeitsverhältnis einzugehen. Unzulässig und damit auch unwirksam sind Vereinbarungen über eine Vermittlungsprovision, die der Leiharbeitnehmer an den Verleiher beim Wechsel zum Entleiher zahlen sollte. Rechtsfolge einer solchen unwirksamen Vereinbarung ist ebenfalls nur die Teilnichtigkeit des Vertrages bezogen auf die Verbotsklausel.

(10) Unwirksam sind nach § 9 Nr. 5 Vereinbarungen, nach denen der Leiharbeitnehmer eine Vermittlungsvergütung an den Verleiher zu zahlen hat.

10. § 10 Rechtsfolgen bei Unwirksamkeit, Pflichten des Arbeitgebers zur Gewährung von Arbeitsbedingungen

10.1 Rechtsfolgen bei Unwirksamkeit nach § 9 Nr. 1

(1) Abweichend von den Vorschriften des BGB regelt § 10 Abs. 1 bis 3 die zivilrechtlichen und besonderen arbeitsrechtlichen Folgen einer nach § 9 Nr. 1 eingetretenen Unwirksamkeit des Arbeitsvertrages.

(2) Mit der Vorschrift des Absatzes 1 wird für den Fall der Unwirksamkeit des Leiharbeitsverhältnisses wegen fehlender Erlaubnis des Verleihers (§ 9 Nr. 1) ein Arbeitsverhältnis zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer fingiert. Es entsteht faktisch ein vollwertiges Arbeitsverhältnis zwischen dem Entleiher als Arbeitgeber und dem Leiharbeitnehmer. Auf dieses Arbeitsverhältnis sind grundsätzlich alle Rechtsgebiete (Sozialversicherungsrecht, Arbeitsrecht) mit Ausnahme des Steuerrechts voll anzuwenden. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang § 41 Abgabenordnung.

(3) Ist ein Arbeitsverhältnis mit dem Verleiher deshalb unwirksam, weil der Verleiher die erforderliche Erlaubnis nach § 9 Nr. 1 nicht besitzt, hat der Leiharbeitnehmer einen Anspruch auf Ersatz des dadurch entstandenen Vermögensnachteils (Schadenersatz). Neben dem Arbeitsentgelt können auch sonstige Ansprüche (Kündigungsschutz, Urlaubsanspruch, etc.) geltend gemacht werden, die der Leiharbeitnehmer aufgrund des fingierten Arbeitsverhältnisses mit dem Entleiher nicht erhalten kann.

(4) Zahlt der Verleiher trotz Unwirksamkeit des Vertrages nach § 9 Nr. 1 (Teil-) Arbeitsentgelt, so hat er auch den hierauf fälligen Sozialversicherungsbeitrag an die Einzugsstelle zu leisten. Hinsichtlich der Zahlungspflicht gelten Verleiher und Entleiher als Arbeitgeber und haften somit gesamtschuldnerisch (vgl. § 28e Abs. 2 SGB IV). Die gesamtschuldnerische Haftung für die Lohnsteuer ergibt sich aus § 42d Abs. 6 Einkommensteuergesetz.

10.2 Rechtsfolgen bei Unwirksamkeit nach § 9 Nr. 2, Pflichten des Arbeitgebers zur Gewährung von Arbeitsbedingungen

(1) Nach § 10 Absatz 4 ist der Verleiher verpflichtet, dem Leiharbeitnehmer für die Zeit der Überlassung an den Entleiher die im Betrieb des Entleihers für einen vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers geltenden Arbeitsbedingungen zu gewähren.

(2) Soweit auf das Arbeitsverhältnis ein Tarifvertrag im Sinne von § 3 Absatz 1 Nr. 3, § 9 Nr. 2 Anwendung findet, hat der Verleiher die nach diesem Tarifvertrag geschuldeten Arbeitsbedingungen zu gewähren. Sofern dieser Tarifvertrag die Mindeststundenentgelte einer Rechtsverordnung nach § 3a unterschreiten sollte, hat der Leiharbeitnehmer einen

Anspruch auf das Arbeitsentgelt pro Stunde, auf das ein vergleichbarer Stammmitarbeiter im Betrieb des Entleihers Anspruch hat. Die Wirksamkeit des Tarifvertrages bleibt im Übrigen unberührt.

(3) Der Verleiher ist nach § 10 Absatz 5 verpflichtet, dem Leiharbeitnehmer sowohl in Zeiten der Überlassung als auch in verleihfreien Zeiten zumindest das verbindliche Mindeststundenentgelt zu zahlen, sofern nach § 3a eine Lohnuntergrenze durch Rechtsverordnung verbindlich geregelt ist. Das festgesetzte Mindeststundenentgelt ist auch dann zu zahlen, wenn das Entgelt eines vergleichbaren Stammmitarbeiters im Betrieb des Entleihers niedriger sein sollte. Die zuständigen Agenturen für Arbeit prüfen im Rahmen von § 7 Absatz 2 und 3 auch die Einhaltung der Verpflichtungen nach § 10 Absatz 5. Zudem prüfen die Behörden der Zollverwaltung die Arbeitsbedingungen nach § 10 Absatz 5 (§ 17 Absatz 2). Zur Zusammenarbeit wird auf 3.1.2 Absatz (6) verwiesen.

11. § 11 Sonstige Vorschriften über das Leiharbeitsverhältnis

(1) § 11 enthält **sonstige Vorschriften** über das Leiharbeitsverhältnis, die abweichend vom allgemeinen Arbeitsrecht oder ergänzend zum Nachweisgesetz (NachwG) den arbeitsrechtlichen Schutz des Leiharbeitnehmers erweitern. Die Nichteinhaltung dieser Regelungen kann auch ein Indiz für die Unzuverlässigkeit des Verleihers im Sinne von § 3 Abs. 1 sein.

(2) In einer **Urkunde** bzw. einem schriftlichem **Arbeitsvertrag** ist der **wesentliche Inhalt** des Arbeitsverhältnisses aufzunehmen. In jedem Fall müssen die Angaben gemäß § 11 Abs. 1 und nach dem Nachweisgesetz enthalten sein. Die ausdrückliche Aufzählung in § 2 Abs. 1 NachwG ist nicht abschließend. Alle wesentlichen Arbeitsbedingungen sind zu dokumentieren. Die Pflicht Leiharbeitnehmern einen Nachweis über den wesentlichen Inhalt des Arbeitsverhältnisses und ein Merkblatt der Erlaubnisbehörde auszuhändigen, resultiert aus der besonderen Schutzbedürftigkeit des Leiharbeitnehmers.

(3) Ausdrücklich im AÜG und im NachwG benannt sind folgende wesentliche Vertragsbedingungen:

- Name und Anschrift der Vertragsparteien,
- der Zeitpunkt des Beginns des Arbeitsverhältnisses,
- die Dauer bei befristeten Arbeitsverhältnissen
- der Arbeitsort oder, falls der Arbeitnehmer nicht nur an einem bestimmten Arbeitsort tätig sein soll, ein Hinweis darauf, dass der Arbeitnehmer an verschiedenen Orten beschäftigt werden kann,
- eine kurze Charakterisierung oder Beschreibung der vom Arbeitnehmer zu leistenden Tätigkeit,
- die Zusammensetzung und Höhe des Arbeitsentgeltes einschließlich der Zuschläge, der Zulagen, Prämien und Sonderzahlungen sowie anderer Bestandteile des Arbeitsentgelts und deren Fälligkeit: erforderlich ist eine detaillierte Angabe zur Zusammensetzung des Arbeitsentgelts. Neben der Grundvergütung sind alle Zusatzentgelte wie Überstunden, Sonn- und Feiertagszuschläge, Auslösungen, Provisionen und Tantiemen sowie sonstige entgeltwirksame Leistungen (z.B. vermögenswirksame Leistungen des Arbeitgebers anzugeben,
- die vereinbarte Arbeitszeit,
- die Dauer des jährlichen Erholungsurlaubes,
- die Fristen für die Kündigung des Arbeitsverhältnisses,

- ein in allgemeiner Form gehaltener Hinweis auf die Tarifverträge, Betriebs- oder Dienstvereinbarungen, die auf das Arbeitsverhältnis anzuwenden sind,
- Firma und Anschrift des Verleihers, die Erlaubnisbehörde sowie Ort und Datum der Erteilung der Erlaubnis nach § 1,
- Art und Höhe der Leistungen für Zeiten, in denen der Leiharbeitnehmer nicht verliehen ist.

(4) Wenn über den Mindestkatalog hinausgehende Vertragsbedingungen vereinbart wurden, unterliegen diese ebenfalls der Nachweispflicht. Hierunter fallen insbesondere Angaben zum Aufwendungsersatz, u.ä.

(5) Der **Verleiher** hat die **Urkunde** bzw. den Arbeitsvertrag dem Leiharbeitnehmer **auszuhändigen**. Grundsätzlich findet das NachwG auch bei einem zulässigerweise befristetem (Leih-)Arbeitsverhältnis mit kurzer Dauer Anwendung (Die Befristungsabrede bedarf in jedem Fall für ihre Wirksamkeit der Schriftform.). Die Ausnahme des § 1 NachwG ist eng auszulegen und betrifft nur Fälle echter Aushilfe.

(6) **Ordnungswidrig** handelt, wer vorsätzlich oder fahrlässig der für das AÜG normierten Nachweis- und Aushändigungspflicht nicht nachkommt (§ 16 Abs. 1 Nr. 8).

(7) Nach § 11 Abs. 2 ist der Verleiher verpflichtet, dem Leiharbeitnehmer bei Vertragsschluss ein **Merkblatt** der Erlaubnisbehörde über den wesentlichen Inhalt des AÜG auszuhändigen. Nichtdeutsche Leiharbeitnehmer können das Merkblatt auf Verlangen in ihrer Muttersprache erhalten.

(8) Der Zweck des § 11 Abs. 4 besteht darin, die §§ 3, 9 und 10 zu ergänzen und sicherzustellen, dass der Verleiher das Beschäftigungsrisiko nicht auf den Leiharbeitnehmer abwälzt (**Leistungen bei Annahmeverzug**). Die Höhe des Vergütungsanspruches berechnet sich grundsätzlich nach dem Lohnausfallprinzip. Es ist aber zulässig, dass die Höhe des Arbeitsentgelts in verleihfreien Zeiten niedriger als in Zeiten der Überlassung festgelegt wird. Dabei ist eine festgesetzte Lohnuntergrenze zu beachten, die auch für verleihfreie Zeiten gilt. Art und Höhe der Leistung für Zeiten, in denen der Arbeitnehmer nicht verliehen ist, sind im Nachweis der wesentlichen Vertragsbedingungen explizit zu benennen. Ein bloßer Verweis auf die Inanspruchnahme eines Arbeitszeitkontos genügt dem nicht.

(9) Die Vereinbarung von **Jahresarbeitsverträgen auf Abruf** ist nicht grundsätzlich unzulässig. Bei diesen sind die Voraussetzungen des § 12 TzBfG zu beachten. Bei der Vereinbarung der Arbeit auf Abruf ist zu berücksichtigen, dass der Arbeitgeber mit solchen Vereinbarungen abweichend von § 615 BGB einen Teil seines Wirtschaftsrisikos auf den

Arbeitnehmer verlagert (BAG vom 07.12.2005 - 5 AZR 535/04). Diese Möglichkeit lässt § 11 Abs. 4 AÜG ausdrücklich nicht zu.

(10) § 11 Abs. 6 stellt klar, dass die öffentlich-rechtlichen Arbeitsschutzvorschriften im Betrieb des Entleihers auch für den Leiharbeitnehmer gelten und dass der Entleiher neben dem Verleiher für die Einhaltung dieser Vorschriften verantwortlich ist. Zur Einhaltung der **Arbeitsschutz- und Gesundheitsbestimmungen** arbeitet die BA mit den dafür zuständigen Landesbehörden (in der Regel Gewerbeaufsichtsämter) zusammen. Werden bei örtlichen Prüfungen der Verleiher durch die Erlaubnisbehörde Verstöße gegen derartige Bestimmungen festgestellt oder anderweitig bekannt, so ist die Erlaubnisbehörde verpflichtet, solche Erkenntnisse an die zuständigen Landesbehörden weiter zu leiten.

12. § 12 Rechtsbeziehungen zwischen Verleiher und Entleiher

(1) Der **Überlassungsvertrag** bedarf der **Schriftform**. Alle Vereinbarungen müssen in ihm niedergelegt sein bzw. im Wege der Auslegungen zu erkennen sein. Leistung und Gegenleistung müssen klar aus der Urkunde hervorgehen. Er ist von beiden Vertragspartnern zu unterzeichnen.

(2) Schriftliche Vereinbarungen für den einzelnen Überlassungsfall, die auf einen ebenfalls schriftlich geschlossenen Rahmenvertrag Bezug nehmen, sind zulässig. Die **Nichtigkeit des Überlassungsvertrages** wirkt sich auf die rechtliche Stellung des Leiharbeitnehmers nicht aus. Für die Fiktion des § 10 Abs. 1 kommt es auf die Wirksamkeit oder Nichtigkeit des Überlassungsvertrages nicht an.

(3) Der **Entleiher** hat in der Urkunde **anzugeben**, welche besonderen **Merkmale** die für den Leiharbeitnehmer vorgesehene Tätigkeit hat und welche berufliche Qualifikation dafür erforderlich ist. Diese Angaben sind auch von Bedeutung, um die angemessene tarifliche Eingruppierung des Leiharbeitnehmers überprüfen zu können.

(4) Damit der Verleiher seiner Verpflichtung zur Gleichbehandlung des Leiharbeitnehmers in Bezug auf die wesentlichen Arbeitsbedingungen vergleichbarer Arbeitnehmer des Entleihers nachkommen kann, bestimmt die Vorschrift des § 12 Abs. 1, dass der Entleiher verpflichtet ist, dem Verleiher die dazu erforderlichen Informationen mitzuteilen. Dies gilt nicht, soweit die Voraussetzungen für die gesetzlich zugelassene Ausnahme vom Gleichstellungsgrundsatz der §§ 3 Abs. 1 Nr. 3 und § 9 Nr. 2 vorliegen.

(5) In § 12 Abs. 2 sind die **Unterrichtungs- und Hinweispflichten des Verleihers** bei Wegfall der Erlaubnis geregelt. Zu den Einzelheiten wird auf die Vorschrift verwiesen.

13. § 13 Auskunftsanspruch des Leiharbeitnehmers

(1) Der Leiharbeitnehmer hat gemäß § 13 einen **Anspruch** gegen den Entleiher auf **Auskunft** über die im Betrieb des Entleihers für einen vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen. Dieser Anspruch soll dem Leiharbeitnehmer die Überprüfung ermöglichen, ob ihm die wesentlichen Arbeitsbedingungen gewährt werden.

(2) Der Anspruch auf Auskunft besteht nicht, soweit die Voraussetzungen der gesetzlich zugelassenen Ausnahme vom Gleichstellungsgrundsatz der §§ 3 Abs. 1 Nr. 3 und 9 Nr. 2 vorliegen.

13a. § 13a Informationspflicht des Entleihers über freie Arbeitsplätze

(1) Der Entleiher hat den Leiharbeitnehmer über Arbeitsplätze des Entleihers, die besetzt werden sollen, zu informieren. Dadurch wird die Übernahme des Leiharbeitnehmers in die Stammbelegschaft unterstützt, da er über freie Arbeitsplätze informiert wird und sich auf diese Stellen bewerben kann.

(2) Satz 2 ermöglicht es dem Entleiher, die Informationen an geeigneter, dem Leiharbeitnehmer zugänglicher Stelle im Betrieb und Unternehmen allgemein bekannt zu geben. In Betracht kommt z.B. ein Aushang an einem sog. schwarzen Brett.

13b. § 13b Zugang des Leiharbeitnehmers zu Gemeinschaftseinrichtungen oder –diensten

(1) Der Entleiher ist verpflichtet, den ihm überlassenen Leiharbeitnehmer Zugang zu den Gemeinschaftseinrichtungen oder –diensten zu gewähren. Der Zugang ist dem Leiharbeitnehmer unter den gleichen Voraussetzungen und in der gleichen Weise zu gewähren wie den vergleichbaren Arbeitnehmern in dem Betrieb, in dem der Leiharbeitnehmer seine Arbeitsleistung erbringt.

(2) Etwas anderes gilt nur, wenn sachliche Gründe eine unterschiedliche Behandlung rechtfertigen. Ein sachlicher Grund kann z.B. dann vorliegen, wenn der Entleiher gemessen an der individuellen Einsatzdauer einen unverhältnismäßigen Organisations- und Verwaltungsaufwand bei der Gewährung des Zugangs hat. Sofern ein sachlicher Grund vorliegen sollte, hat der Entleiher zu prüfen, ob die Bedingungen für den Zugang so ausgestaltet werden können, dass dem Leiharbeitnehmer der Zugang ermöglicht wird.

(3) Das Recht des Leiharbeitnehmers auf Zugang zu den Gemeinschaftseinrichtungen oder –diensten besteht unabhängig von etwaigen tarifvertraglichen Regelungen im Sinne von § 3 Absatz 1 Nr. 3 und § 9 Nr. 2.

(4) Beispiele für Gemeinschaftseinrichtungen oder –dienste sind Kinderbetreuungseinrichtungen, Gemeinschaftsverpflegung und Beförderungsmittel.

16. § 16 Ordnungswidrigkeiten

16.1 Ordnungswidrigkeiten

§ 16 regelt die Tatbestände von Ordnungswidrigkeiten im Bereich der Arbeitnehmerüberlassung. Die einzelnen Tatbestände beziehen sich nicht nur auf die illegale Arbeitnehmerüberlassung, sondern sanktionieren auch vielmehr Verstöße bei der Durchführung der Arbeitnehmerüberlassung. Zu den einzelnen Tatbeständen wird auf § 16 Abs. 1 Nr. 1 bis 18 verwiesen.

16.2 Zuständigkeit für die Verfolgung und Ahndung

(1) Für die Verfolgung und Ahndung der Ordnungswidrigkeiten nach § 16 Abs. 1 Nr. 1 bis 2a, 7b und 11 bis 18 sind die **Behörden der Zollverwaltung** zuständig (§ 16 Abs. 3).

(2) Für die übrigen Tatbestände des § 16, also Absatz 1 Nr. 3 bis 7a, 8 bis 10, ist die **BA** für die Verfolgung und Ahndung zuständig. Die Teams Arbeitnehmerüberlassung übersenden im Wege der Vollzuleitung jeden Fall, bei dem ein Verdacht einer Ordnungswidrigkeit nach § 16 Abs. 1 Nr. 3 bis 7a, 8 bis 10 besteht, an das zuständige OWi-Team. Die Prüfung von Verfolgungsbeschränkungen im Sinne von § 47 OWiG obliegt ausschließlich dem zuständigen OWi-Team, das auch über die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens entscheidet (vgl. HEGA 8/2012-05).

Anlage

Anschriften der Einzugsstellen der Sozialkassenbeiträge gemäß § 1 Abs. 1 bis 4 Baubetriebe-Verordnung

1.
SOKA-BAU
Urlaubs- und Lohnausgleichskasse der Bauwirtschaft (ULAK)
Zusatzversorgungskasse des Baugewerbes AG (ZVK)
Wettinerstraße 7
65189 Wiesbaden
www.soka-bau.de

2.
Sozialkassen des Dachdeckerhandwerkes
Rosenstraße 2
65189 Wiesbaden
Telefon: 0611/16 01-0

3.
Sozialkasse des Gerüstbaugewerbes
Mainzer Straße 98 - 102
65189 Wiesbaden
Telefon: 0611/73 39-0

4.
Sozialkasse des Berliner Baugewerbes
Lückstraße 72/73
10317 Berlin
Telefon: 030/51 53 9-0

5.
Einzugsstelle Garten- und Landschaftsbau (EWGaLa)
Alexander-von-Humboldt-Straße 4
53604 Bad Honnef
Telefon: 02224/77 07-0