Bundesagentur für Arbeit

Anlage zur Weisung
Gültig ab: 01.07.2026
Gültigkeit bis: fortlaufend

Fachliche Weisungen

Arbeitnehmerüberlassungsgesetz

(AÜG)

Hinweise:

Paragraphen ohne Gesetzesangabe bezeichnen solche des AÜG.

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

Die Bundesagentur für Arbeit legt Wert auf sprachliche Gleichstellung. Ausschließlich aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird darauf verzichtet, im gesamten Dokument gleichzeitig die Sprachformen männlich, weiblich und divers (m/w/d) zu nennen.

Gültig ab: 01.07.2026
Gültigkeit bis: fortlaufend

Änderungshistorie

Fassung vom 22.05.2026

- Redaktionelle Änderungen (1.1 Abs. 1 und 1.3 Abs. 3)
- Redaktionelle Änderungen (1.4.1)
- Klarstellende Ergänzung der Rechtsfolgen bei Verleih ohne Erlaubnis und Zuständigkeiten für die Verfolgung und Ahndung (1.4.1 Abs. 10)
- Aktualisierung der Berechnungsbeispiele (1.5.1 Abs. 1 und Abs. 2, 8.4)
- Ergänzung der sozialen Konditionalität infolge des Inkraftretens des GAP-Konditionalitäten-gesetzes und GAP-VO (1.5.5 Abs. 5)
- Klarstellende Ergänzungen zur Informationspflicht an Dritte bei Fällen unzulässiger Arbeit-nehmerüberlassung von Auszubildenden (1.5.6 Abs. 17 und 1.b.1 Abs. 8)
- Ergänzung des EUGH-Urteils vom 22.06.2023 (1.9.4 Abs. 1, 2 und 3)
- Wegfall der Schriftform bei Übermittlung der 1a-Anzeige und des Antrags auf Erlaubnis über das Online-Portal mit Vertrauensniveau substantiell (1a.2 Abs. 1 und 2.1.1. Abs. 3)
- Klarstellende Ergänzung der Rechtsfolgen bei Verleih in Betriebe des Baugewerbes und Zuständigkeiten für die Verfolgung und Ahndung (1.b2 Abs. 10)
- Klarstellende Ergänzungen bei den Zustellungsmöglichkeiten über das Online-Portal (2.1.6 Abs. 1 und Abs. 2, 4)
- Automatisierter Versand der Erinnerungsschreiben an befristete Erlaubnisinhaber (2.4 Abs. 2)
- Redaktionelle Ergänzung der sog. Wohlverhaltensphase (2.5 Abs. 3)
- Klarstellende Ergänzung der Rechtsfolgen bei illegaler Arbeitnehmerüberlassung in Baube-triebe und Zuständigkeiten für die Verfolgung und Ahndung (3.1.2 Abs. 7)
- Redaktionelle Ergänzung der aufschiebenden Wirkung des Widerrufs (5.1 Abs. 11)
- Automatisierte Übermittlung von Änderungsmitteilungen über die DSDB-Schnittstelle (7.2 Abs. 1)
- Flexibilisierung des Prüfrhythmus bei unbefristeten Erlaubnisinhabern (7.3. Abs. 2)
- Klarstellende Ergänzung der Rechtsfolgen bei Nichtanwendung des Gleichstellungsgrund-satzes und Zuständigkeiten für die Verfolgung und Ahndung (8.1. Abs. 10)
- Ergänzung des Gesamtverbandes der Personaldienstleister (8.5 Punkt 5)
- Klarstellende Ergänzung der Rechtsfolgen bei Nichtanwendung der Lohnuntergrenze und Zuständigkeiten für die Verfolgung und Ahndung (8.6 Abs. 2)

Gültig ab: 01.07.2026
Gültigkeit bis: fortlaufend

- Aktualisierung infolge des Gesetzes zur Modernisierung und Digitalisierung der Schwarzarbeitbekämpfung und redaktionelle Überarbeitung (16 Abs. 1 und 2)
- Ergänzung des LSG-Urteils Thüringen vom 10.06.2024, Ermessensausübung und Begründung der Entscheidung, redaktionelle Aktualisierungen (BMASBGebV – Gebühren und Auslagen)

Fassung vom 09.09.2025

- Ergänzung des EUGH-Urteils vom 14.09.2017 und Überarbeitung der Fallgestaltungen mit Auslandsbezug (1.2)
- Präzisierung der Formulierung zur Abgenzung von Drittpersonaleinsätzen und Ergänzung des BAG-Urteils vom 05.07.2022 (1.3 Abs. 2, 3 und 4)
- Präzisierung der Definition des Werkvertrages (1.3.1 Abs, 2, 3 und 4)
- Ergänzung des BAG-Urteils vom 21.03.2017 (1.3.2)
- Kürzung und Überführung der Beispiele zur Arbeitnehmerüberlassung in interne Arbeitsmittel (1.3.5)
- Redaktionelle Änderungen und klarstellende Ergänzungen zu den Voraussetzungen der Arbeitnehmerüberlassung (Punkt 1.4.1)
- Redaktionelle Änderungen (1.4.3 Abs. 4)
- Kürzung und Überführung der Berechnungsbeispielen zur Überlassungshöchstdauer in interne Arbeitsmittel (1.5.1)
- Redaktionelle Änderungen (1.5.3 Abs. 2)
- Ergänzung BAG-Urteil vom 24.05.2022 zum Gemeinschaftsbetrieb verschiedener Fallgestaltungen zum Verleih von Ärzten (1.5.6 Abs. 4 und 15)
- Klarstellende Ergänzung Abordnungen (1.7)
- Ergänzung BGH-Urteils vom 30.11.2023 und redaktionelle Klarstellungen (1.8 Abs. 2)
- Ergänzende Klarstellung infolge des BAG-Urteils vom 12.11.2024 (1.9.2 Abs. 1 und Abs. 8)
- Redaktionelle Änderungen (1.9.4 Abs. 2)
- Verkürzung der Frist Nachreichung von Unterlagen und Klarstellung (2.1.2 Abs. 1 und 3)
- Streichung Antragstellung Minderjährige aufgrund fehlender Praxisrelevanz (2.1.3 Abs. 3)
- Zustellung von Erlaubnissen bei Erstantragstellung ohne PZU (2.1.6)
- Verzicht auf die Rückforderung von abgelaufenen Urkunden (2.1.7)
- Ergänzung Recherchemöglichkeiten in eSolution (2.4)

Gültig ab: 01.07.2026
Gültigkeit bis: fortlaufend

- Ergänzungen zur Zusammenarbeit mit den Finanzbehörden und der SOKA-Bau (3.1.2 Abs. 4 und 7)
- Klarstellende Ergänzung für die Zuverlässigkeitsprüfung (3.1.3 Abs. 6)
- Klarstellende Ergänzung zur Prüfung von ausländischen Verleihunternehmen und bei Bevollmächtigen (3.1.4 Abs. 3)
- Klarstellende Ergänzung zur Antragstellung von ausländischen Erlaubnisinhabern (3.5. Abs. 4)
- Klarstellende Ergänzungen (7.3 Abs. 8)
- Klarstellende Ergänzungen zum Auskunftsverweigerungsrecht (Punkt 7.6 Abs. 8)
- Redaktionelle Änderungen (8.4)
- Redaktionelle Änderungen (12 Abs. 1)

Inhalt

1. § 1 Arbeitnehmerüberlassung, Erlaubnispflicht 8
1.1 Grundsätzliches zur Erlaubnispflicht nach § 1 8
1.2 Geltungsbereich der Erlaubnispflicht nach dem AÜG 8
1.2.1 Fallgestaltungen mit Auslandsbezug 9
1.2.2 Verleih aus Deutschland in das EU/EWR-Ausland 9
1.2.3. Verleih aus dem EU/EWR-Ausland (oder einem Drittstaat) nach Deutschland 9
1.2.4. Entsendefälle 10
1.3 Abgrenzung zu anderen drittbezogenen Personaleinsätzen 10
1.3.1 Werkverträge (§§ 631ff. BGB) 11
1.3.2 Dienstverträge (§§ 611ff. BGB) 12
1.3.3 Dienstverschaffungsvertrag 13
1.3.4 Geschäftsbesorgungsvertrag (§ 675 BGB) 13
1.3.5 Personalgestellung als Neben-/Folgeleistung 13
1.4 Arbeitnehmerüberlassung – Voraussetzungen 14
1.4.1 Leiharbeitsvertrag und Überlassungsvertrag 14
1.4.2 Arbeitnehmerüberlassung im Rahmen der wirtschaftlichen Tätigkeit 16
1.4.3 Offenlegungs- und Konkretisierungspflicht (§ 1 Abs. 1 Satz 5 und 6) 16
1.5 Vorübergehende Überlassung bis zu einer Höchstdauer (§ 1 Abs. 1b) 18
1.5.1 Grundsatz und Berechnung 18
1.5.2 Abweichende Regelungsmöglichkeiten 19
1.5.3 Feststellungspflicht des Erlaubnisinhabers 21
1.5.4 Rechtsfolgen bei Verstößen 22
1.5.5 Arbeitnehmerüberlassung und spezialgesetzliche Normen 22
1.5.6 Besondere Fallgestaltungen/-beispiele 23
1.6 Kettenverleih 28
1.7 Arbeitsgemeinschaften (§ 1 Abs. 1a) 29

1.8 Vermutung der Arbeitsvermittlung (§ 1 Abs. 2) 30
1.9 Nichtanwendung des AÜG (§ 1 Abs. 3) 31
1.9.1 ANÜ zur Vermeidung von Kurzarbeit oder Entlassungen 31
1.9.2 Arbeitnehmerüberlassung zwischen Konzernunternehmen 32
1.9.3 Gelegentliche Arbeitnehmerüberlassung 34
1.9.4 Aufgabenverlagerung aufgrund eines Tarifvertrags des öffentlichen Dienstes 34
1.9.5 ANÜ zwischen juristischen Personen des öffentlichen Rechts 35
1.9.6 ANÜ zu deutsch-ausländischen Gemeinschaftsunternehmen 35
1a. § 1a Anzeige der Überlassung 37
1a.1 Anzeigepflichtige Überlassung 37
1a.2 Anzeigeverfahren 37
1b. § 1b Einschränkungen im Baugewerbe 40
1b.1 Einschränkung im Baugewerbe 40
1b.2 Ausnahmeregelung 41
2. § 2 Erteilung und Erlöschen der Erlaubnis 44
2.1 Antragstellung (§ 2 Abs. 1) 44
2.1.1 Grundsätzliches 44
2.1.2 Antragsbearbeitung 45
2.1.3 Antragsteller 46
2.1.4 Antragsunterlagen 47
2.1.4.1 Unterlagen für die erstmalige Erteilung einer Verleiherlaubnis 47
2.1.4.2 Unterlagen für die (un-)befristete Verleiherlaubnis 48
2.1.5 Entscheidung über den Antrag 49
2.1.6 Zustellung von Entscheidungen 49
2.1.7 Erlaubnis 50
2.2 Bedingungen und Auflagen (§ 2 Abs. 2) 51
2.3 Widerrufsvorbehalt (§ 2 Abs. 3) 53
2.4 Verlängerung der Erlaubnis (§ 2 Abs. 4) 53

2.5 Unbefristete Erlaubnis (§ 2 Abs. 5) 55

3. § 3 Versagung 56

3.1 Gründe für die Versagung nach § 3 Abs. 1 56

3.1.1 Einhaltung rechtlicher Vorschriften durch den Verleiher 56

3.1.2 Zusammenarbeit mit anderen Stellen 59

3.1.3 Persönliche Zuverlässigkeitskriterien 61

3.1.4 Betriebsorganisation nach § 3 Abs. 1 Nr. 2 63

3.1.5 Nichtgewährung von Arbeitsbedingungen nach § 3 Abs. 1 Nr. 3 64

3.2 Arbeitnehmerüberlassung innerhalb der EU/des EWR 64

3.3 Verleih aus Nicht-EU/EWR-Staaten 64

3.4 Antragsteller ohne deutsche Staatsangehörigkeit 65

3.5 Antragsteller/Verleiher aus der EU/dem EWR 65

4. § 4 Rücknahme 67

4.1 Rücknahme von Erlaubnissen 67

4.2 Ausgleich des Vermögensnachteils 68

4.3 Frist für die Rücknahme 68

5. § 5 Widerruf 70

5.1 Widerruf von Erlaubnissen 70

5.2 Ausschluss des Widerrufsrechts 71

5.3 Widerrufsfrist 71

6. § 6 Verwaltungszwang 72

6.1 Voraussetzung für den Verwaltungszwang nach § 6 72

6.2 Anwendung des Verwaltungszwangs nach dem VwVG 72

7. § 7 Anzeigen und Auskünfte 74

7.1 Anzeigen und Auskünfte 74

7.2 Anzeigepflicht 74

7.3 Auskunftspflicht 76

7.4 Betretungs- und Prüfungsrecht (behördliche Nachschau) 78

7.5 Durchsuchungsrecht 79

7.6 Auskunftsverweigerungsrecht 79
7.7 Prüfungsschwerpunkte 80
8. § 8 Grundsatz der Gleichstellung 82
8.1 Gleichstellungsgrundsatz 82
8.2 Ausnahmen vom Gleichstellungsgrundsatz 85
8.3 Die sog. „Drehtürregelung“ nach § 8 Abs. 3 87
8.4 Equal Pay nach 9 Monaten 87
8.5 Grundaussagen zur Anwendung von Tarifverträgen 89
8.6 Lohnuntergrenze 95
9. § 9 Unwirksamkeit/Festhaltenserklärung 96
10. § 10 Rechtsfolgen bei Unwirksamkeit 99
11. § 11 Sonstige Vorschriften über das Leiharbeitsverhältnis 100
11.1. Nachweispflichten nach dem NachwG 100
11.2 Leistungen in verleihfreien Zeiten 102
11.3 Arbeitskampf und Arbeitsschutzvorschriften 103
12. § 12 Rechtsbeziehungen zwischen Verleiher und Entleiher 104
13. § 13 Auskunftsanspruch des Leiharbeitnehmers 106
13a. § 13a Informationspflicht des Entleihers über freie Arbeitsplätze 107
13b. § 13b Zugang des Leiharbeitnehmers zu Gemeinschaftseinrichtungen oder -diensten 108
16. § 16 Ordnungswidrigkeiten 109
16.1 Ordnungswidrigkeiten 109
16.2 Zuständigkeit für die Verfolgung und Ahndung 109
BMASBGebV - Gebühren und Auslagen 110
Anlage: Anschriften der Einzugsstellen der Sozialkassenbeiträge 112

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 Arbeitnehmerüberlassung, Erlaubnispflicht

1.1 Grundsätzliches zur Erlaubnispflicht nach § 1

(1) 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 „Dreiecksverhältnisses“ abgewickelt, an dem Verleiher, Entleiher und der zu verleihende Arbeitnehmer (Leiharbeitnehmende) beteiligt sind. Zwischen Verleiher und Entleiher wird der Arbeitnehmerüberlassungsvertrag geschlossen, mit dem sich der Verleiher verpflichtet, dem Entleiher vorübergehend einen geeigneten Arbeitnehmer zur Arbeitsleistung zu überlassen. Arbeitgeber des Leiharbeitnehmers ist der Verleiher. So bleibt es auch während der Überlassungszeit.

1.2 Geltungsbereich der Erlaubnispflicht nach dem AÜG

(1) Räumlich beschränkt sich der **Geltungsbereich der Erlaubnispflicht des AÜG** nach dem Territorialitätsprinzip auf die Bundesrepublik Deutschland. Das AÜG kommt zur Anwendung, wenn der Verleih hinreichenden Inlandsbezug aufweist. Dies bestimmt sich in erster Linie nach dem Sinn und Zweck des AÜG.

(2) Auch unter der Bundesflagge fahrende Schiffe und Luftfahrzeuge gehören grundsätzlich zum deutschen Territorium. Das bedeutet jedoch nicht, dass die Tätigkeit eines Leiharbeitnehmers an Bord eines unter ausländischer Flagge fahrenden Schiffes oder Luftfahrzeugs zwingend ausländischem Territorium zuzuordnen ist (siehe auch unter (4)).

(3) Ob eine deutsche Verleiherlaubnis erforderlich ist und das AÜG Anwendung findet, ist eine dem öffentlichen Recht zuzuordnende Frage des Gewerberechts. Die sozialversicherungsrechtliche, steuerrechtliche oder arbeitsrechtliche Beurteilung ist nicht ausschlaggebend, kann aber Indizienwirkung haben.

(4) Für die privatrechtliche Frage, welches (Vertrags-)Arbeitsrecht auf das Arbeitsverhältnis betroffener Leiharbeitnehmer anzuwenden ist, gilt die Verordnung (EG) Nr. 593/2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I-VO), nach deren Art. 8 Absatz 1 Satz 1 grundsätzlich das von den Parteien gewählte Recht maßgeblich ist. Ist

eine Rechtwahl nicht erfolgt, bestimmt sich das anwendbare Recht über eine objektive Anknüpfung gemäß Art. 8 Absatz 2 bis 4 Rom I-VO nach verschiedenen Kriterien [gewöhnlicher Arbeitsort, Einstellungsniederlassung, engste Verbindung]. Bei Schiffen bzw. Flugzeugen bestimmt sich das anzuwendende Recht nicht zwangsläufig nach dem Flaggenstaat. Für die Bestimmung des „gewöhnlichen Arbeitsortes“, der sowohl der Ort sein kann „an dem“ als auch der Ort „von dem aus“ der Arbeitnehmer seine berufliche Tätigkeit ausübt, verweist der EuGH auf eine indiziengestütze Methode. Im Luftverkehrssektor sei unter anderem zu ermitteln, in welchem Mitgliedstaat die sog. Homebase sei und der Ort liege, von dem aus der Arbeitnehmer seine Verkehrsdienste erbringe und danach zurückkehre, an dem er Anweisungen erhalte, seine Arbeit organisiere und an dem sich Arbeitsmittel befänden. Außerdem sei der Ort zu berücksichtigen, an dem die Flugzeuge stationiert seien, in denen die Arbeit gewöhnlich verrichtet werde (EuGH 14.09.2017 - C-168/16 „Nogueira“; vgl. auch EuGH v. 15.03.2011 - C 29/10 „Koelzsch“ für den internationalen Transportsektor).

1.2.1 Fallgestaltungen mit Auslandsbezug

Maßgeblich für die Anwendbarkeit des AÜG ist der Verleih des Leiharbeitnehmers mit Bezug zu Deutschland. Es ist unerheblich, ob der Verleiher einen Geschäftssitz in Deutschland hat (BT-Drs. VI/2303, S. 10). Nach dem Schutzzweck des AÜG kommt es auch nicht darauf an, ob der Entleiher einen Geschäftssitz in Deutschland hat.

Folgende Ausführungen zu verschiedenen grenzüberschreitenden Fallgestaltungen:

1.2.2 Verleih aus Deutschland in das EU/EWR-Ausland

Der Verleiher sitzt in Deutschland. Der Entleiher sitzt im europäischen Ausland. Der Leiharbeitnehmer wird grenzüberschreitend in das EU/EWR-Ausland überlassen. Der Erlaubnisvorbehalt gilt.

1.2.3. Verleih aus dem EU/EWR-Ausland (oder einem Drittstaat) nach Deutschland

(1) Der Verleiher sitzt im EU/EWR-Ausland. Der Entleiher sitzt in Deutschland. Der Leiharbeitnehmer wird grenzüberschreitend nach Deutschland überlassen. Der Erlaubnisvorbehalt gilt.

(2) Der Verleiher sitzt im EU/EWR-Ausland (oder einem Drittstaat). Der Entleiher sitzt in Deutschland. Der Leiharbeitnehmer bleibt im EU/EWR-Ausland (oder einem Drittstaat) und wird ausschließlich online für Entleiher in Deutschland tätig, ohne auch nur einmal nach Deutschland zu reisen, um dort zu arbeiten. Der Erlaubnisvorbehalt des § 1 Abs. 1 S. 1

AÜG erstreck sich mangels ausreichenden Inlandsbezugs nicht auf diese Fälle. Höchstrichterliche Rechtsprechung liegt zu diesen Konstellationen bislang nicht vor.

(3) Der Verleiher sitzt im EU/EWR-Ausland. Der Entleiher sitzt in Deutschland. Der Leiharbeitnehmer erbringt seine Arbeitsleitung in Deutschland und wird aus dem EU/EWR-Ausland auch online für den Entleiher in Deutschland tätig. Der Erlaubnisvorbehalt gilt.

(4) Nicht erfasst vom Erlaubnisvorbehalt ist der Verleih durch einen ausländischen Verleiher an einen inländischen Entleiher, wenn der Leiharbeitnehmer vom Entleiher ausschließlich im Ausland eingesetzt wird und die Erbringung der Arbeitsleistung grundsätzlich die Anwesenheit der Arbeitnehmer an einem bestimmten Ort erfordert.

1.2.4. Entsendefälle

Ver- und Entleiher haben ihren Sitz im EU/EWR-Ausland. Der Leiharbeitnehmer wird zur Erstellung eines Werkes vom Entleiher als sein Erfüllungsgehilfe gemeinsam mit oder ohne Stammarbeitskräfte des Entleihers zur Arbeitsleistung nach Deutschland entsandt. Der Erlaubnisvorbehalt gilt nicht, siehe auch FW 3.2.

1.3 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) Die konkreten Begebenheiten des Fremdpersonaleinsatzes kennen im Detail der Ver- und Entleiher. Die Beurteilung, ob Arbeitnehmerüberlassung vorliegt, fällt grundsätzlich in deren Verantwortungsbereich. 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 selbstständigen Dienstverträgen sowie anderen Formen drittbezogenen Personaleinsatzes" (AÜG 10) allgemeine Abgrenzungskriterien (siehe www.arbeitsagentur.de > Unternehmen > Downloads).

(3) Bei der Abgrenzung der Personaleinsätze 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. Erst eine (qualitative) Gewichtung der maßgeblichen Abgrenzungskriterien im Rahmen einer wertenden Gesamtbetrachtung gibt zuverlässigen Aufschluss über die Zuordnung zu einerbestimmten Vertragsform.

(4) Grundsätzlich ist der Geschäftsinhalt bzw. die tatsächliche Durchführung der vereinbarten Verträge entscheidend und nicht die Bezeichnung des Vertrages oder die gewünschte Rechtsfolge. Der Geschäftsinhalt kann sich sowohl aus den schriftlichen Vereinbarungen der Beteiligten als auch aus der praktischen Durchführung der Verträge ergeben. Widersprechen sich beide, ist die tatsächliche Durchführung für die Ermittlung des Vertragstyps maßgebend (§ 12 Abs. 1 Satz 2; vgl. auch BAG, Urteil vom 15.04.2014 - 3 AZR 395/11 und BAG, Urteil vom 05.07.2022 – 9 AZR 323/21).

1.3.1 Werkverträge (§§ 631ff. BGB)

(1) Der Abgrenzung zwischen Arbeitnehmerüberlassung und Werkvertrag dient § 1 Abs. 1 Satz 2. § 1 Abs. 1 S. 2 bestimmt, dass Arbeitnehmer zur Arbeitsleistung überlassen werden, wenn sie in die Arbeitsorganisation des Entleihers eingegliedert sind und dessen Weisungen unterliegen. Der Entleiher setzt die Leiharbeitnehmer nach seinen Vorstellungen und Zielen 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 Unternehmer tätig. Er organisiert die zur Erreichung eines wirtschaftlichen Erfolges oder Ergebnisses notwendigen Handlungen nach eigenen betrieblichen Voraussetzungen. Für die Erfüllung der vertraglichen Dienste und die Herstellung des vertraglich geschuldeten Werks bleibt er seinem Auftraggeber verantwortlich. Die zur Ausführung der vertraglich geschuldeten Leistung eingesetzten Arbeitnehmer unterliegen dem Weisungsrecht des Werkunternehmers.

(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 Herstellung eines fehler- und mangelfreien Werkes und die Gewährleistung durch den Werkunternehmer,
- erfolgsorientierte Abrechnung der Werkleistung,
- Abnahme des Werkes durch den Besteller.

(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),
- Personenbezogene und ablauf- und verfahrensorientierte Weisungen,
- Integration des Arbeitnehmers in Betriebsorganisation und – ablauf des Kundenunternehmens.

(5) In der Fleischwirtschaft ist der Einsatz von Fremdfirmenarbeitnehmern und Selbstständigen seit dem 1. Januar 2021 grundsätzlich verboten (§ 6a Abs. 2 Satz 1 und 3 des Gesetzes zur Sicherung von Arbeitnehmerrechten in der Fleischwirtschaft - GSA Fleisch). Für den Einsatz von Leiharbeitnehmende galt bis Ende März 2024 eine Ausnahmeregelung (vgl. § 6a Abs. 3 GSA Fleisch).

1.3.2 Dienstverträge (§§ 611ff. BGB)

Auch zur Abgrenzung zwischen Arbeitnehmerüberlassung und Dienstverträgen ist § 1 Abs. 1 Satz 2 heranzuziehen. 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 Wesentlichen frei von Weisungen seitens des Arbeitgeberrepräsentanten des Drittbetriebes sind und ihre Arbeitszeit selbst bestimmen können (BSG, Urteil vom 23.06.1982 - 7 RAr 98/80). Für einen Dienstleistungsvertrag spricht ebenso, wenn der Vertragspartner das

Risiko, für eine Schlechtleistung bei der Vertragserfüllung übernimmt, eine eigene Betriebsorganisation führt und der Arbeitseinsatz in weiten Teilen überhaupt keiner unmittelbaren Steuerung bedarf (BAG, Urteil vom 21.03.2017, Az. 7 AZR 207/15).

1.3.3 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 selbstständige Dienstleistung eines Dritten zu verschaffen. Voraussetzung hierfür ist, dass der Dritte in wirtschaftlicher und sozialer Selbstständigkeit 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.

1.3.4 Geschäftsbesorgungsvertrag (§ 675 BGB)

Vom Werkvertrag zu unterscheiden ist der Geschäftsbesorgungsvertrag, der auf eine selbstständige 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 Abgrenzungskriterien 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.

1.3.5 Personalgestellung als Neben-/Folgeleistung

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 primär, dem Dritten durch die Personalüberlassung überhaupt den Einsatz der Geräte und Maschinen zu ermöglichen, die im Rahmen des gemischten Vertrages zum Gebrauch überlassen werden (BAG, Urteil vom 02.08.2006 - 10 AZR 756/05). D. h. der Vertrag wird inhaltlich von der Gebrauchsüberlassung der Geräte oder der Maschinen geprägt (BAG, Urteil vom 17.02.1993 - 7 AZR 167/92).

1.4 Arbeitnehmerüberlassung – Voraussetzungen

1.4.1 Leiharbeitsvertrag und Überlassungsvertrag

(1) Für das Vorliegen einer Arbeitnehmerüberlassung müssen folgende Voraussetzungen erfüllt sein: Der Verleiher muss Arbeitgeber der Leiharbeitnehmer im arbeitsrechtlichen Sinne sein (§ 1 Abs. 1 Satz 3). Das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses mit dem Leiharbeitnehmer ist nach den allgemeinen Grundsätzen des Arbeitsrechts zu beurteilen. Mit der Beschäftigung eines Leiharbeitnehmers trägt der Verleiher das Arbeitgeberrisiko und die Arbeitgeberpflichten insbesondere nach dem Arbeits-, Steuer- und Sozialversicherungsrecht (FW 3.). 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.

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 des privaten und des öffentlichen Rechts, Personengesellschaften und -gesamtheiten. Ändert sich die Rechtsform eines Arbeitgebers, kann dies Auswirkungen auf seine erteilte Erlaubnis haben (FW 7.2).

(2) 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 Inhalt, Durchführung, Zeit, Dauer und Ort der Arbeitstätigkeit (vgl. § 611a Abs. 1 BGB). Auf die sozialversicherungs- oder steuerrechtliche Beurteilung kommt es nicht allein an. Dennoch kommt der Abführung von Lohnsteuer und Sozialversicherungsabgaben Indizwirkung zu.

(3) Arbeitnehmer sind auch Personen, die formal wie Selbstständige auftreten, tatsächlich aber abhängig Beschäftigte sind (Scheinselbstständige). Arbeitnehmer können auch Personen sein, die eine abhängige Tätigkeit als Experte, Spezialist oder als Akademiker ausüben (z. B. Architekten). Der Arbeitgeber/Verleiher hat die Pflicht zu prüfen, ob ein Auftragnehmer als Arbeitnehmer bei ihm abhängig beschäftigt oder selbstständig tätig ist. Im Zweifelsfall kann ein Statusfeststellungsverfahren nach § 7a SGB IV beantragt werden (Clearingstelle der Deutschen Rentenversicherung Bund in 10704 Berlin). Allerdings trifft die Clearingstelle eine verbindliche Entscheidung über den sozialversicherungsrechtlichen Erwerbsstatus (abhängig beschäftigt oder selbständig tätig), nicht jedoch über den arbeitsrechtlichen Erwerbsstatus (arbeitnehmend oder selbständig tätig). Bei "Scheinselbstständigen" handelt es sich rechtlich um Arbeitnehmer.

(4) Bei "arbeitnehmerähnlichen Personen" handelt es sich um keine Arbeitnehmer, sondern um selbstständig tätige Personen. Sie beschäftigen in der Regel keine (versicherungspflichtigen) Arbeitnehmer. Ihre „Arbeitnehmerähnlichkeit“ ergibt sich aus der wirtschaftlichen Abhängigkeit aufgrund ihrer Tätigkeit, die sie dauerhaft und im Wesentlichen nur für einen Auftraggeber verrichten. Sie sind nicht in die betriebliche Organisation des Auftraggebers eingegliedert.

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

- Mitglieder von Orden oder Schwesternschaften (Zur Gestellung von Mitgliedern einer DRK-Schwesternschaft siehe Beschluss des BAG, Urteil vom 21.02.2017 – 1 ABR 62/12),
- Genossen einer Genossenschaft und Vereinsmitglieder im Verhältnis zu ihrer Organisation,
- Menschen mit Behinderungen in einer anerkannten Werkstatt für behinderte Menschen,

Freiwillige im Sinne des Gesetzes zur Förderung von Jugendfreiwilligendiensten (JFDG) und des Gesetzes über den Bundesfreiwilligendienst (BFDG).

(6) Zwischen Verleiher und Entleiher muss eine vertragliche Beziehung bestehen, auf deren Grundlage der Leiharbeitnehmer dem Dritten zur Arbeitsleistung überlassen wird. Dem **Entleiher** ("Dritten") werden die Leiharbeitnehmer vom Verleiher zur Arbeitsleistung überlassen. Als Entleiher kommt mit Ausnahme des Verleihers jeder in Betracht, der als Rechtssubjekt selbst Arbeitgeber sein könnte. Eine bestimmte rechtliche Organisationsform ist wie beim Verleiher für die Eigenschaft als Entleiher nicht erforderlich. Als Entleihbetrieb ist der **Betrieb** anzusehen, der aufgrund Aufgabenbereich und Organisation eigenständig handelt. Der Leiharbeitnehmer erbringt seine Arbeitsleistung nicht bei seinem Vertrags-Arbeitgeber, sondern beim Entleiher.

(7) Beim Entleiher muss eine Arbeitsorganisation vorhanden sein, in welche der Leiharbeitnehmer eingegliedert werden kann (vgl. § 1 Abs. 1 Satz 2). Bei der Eingliederung kommt es entscheidend darauf an, ob der Einsatzbetrieb auf Grund des Weisungsrechts die für ein Arbeitsverhältnis typischen Entscheidungen über den Arbeitseinsatz und die ausgeübten Tätigkeiten nach Inhalt, Art und Ort treffen kann.

(8) 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 (§ 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG). Der Verleiher darf dem Leiharbeitnehmer nur solche Arbeiten bei Entleihern zuweisen, die seiner Qualifikation und dem vertraglich festgelegten Tätigkeitsprofil entsprechen.

(9) Das gelebte Weisungsrecht des Dritten und die tatsächliche Eingliederung in die Betriebsorganisation nach § 1 Abs. 2 AÜG, haben die Funktion, den Überlassungsvertrag von sonstigen Vertragsformen des drittbezogenen Personaleinsatzes, insbesondere dem Werkvertrag, abzugrenzen. Zur Abgrenzung, ob ein Einsatz als Leiharbeitnehmer oder im Rahmen eines selbstständigen Dienst- oder Werkvertrages vorliegt, siehe FW 1.3.

(10) Fehlt eine der in § 1 Abs. 1 S. 1 genannten Voraussetzungen und wird die Erlaubnis nicht erteilt, werden trotzdem Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer überlassen, 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. Die Zuständigkeit für die Verfolgung und Ahndung liegt bei den Zollbehörden.

1.4.2 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. EuGH, Urteil vom 10.01.2006 – C-222/04) vor, wenn Güter oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt angeboten werden. Davon ist zumindest bei der entgeltlichen Zurverfügungstellung von Personal auszugehen (siehe EuGH, Urteil vom 17.11.2016 – C-216/15). Dabei ist unerheblich, welche Rechtsform der Verleiher hat und ob er mit der Tätigkeit gewerbliche Zwecke oder eine Gewinnerzielungsabsicht verfolgt. Auch Einrichtungen, die gemeinnützige oder ideelle Zwecke verfolgen, fallen regelmäßig in den Anwendungsbereich des AÜG, wenn sie am Markt auftreten und ihre Arbeitnehmer zur Arbeitsleistung an Dritte überlassen.

(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 Dritten zur Arbeitsleistung überlassen werden (**Mischbetriebe**).

1.4.3 Offenlegungs- und Konkretisierungspflicht (§ 1 Abs. 1 Satz 5 und 6)

(1) Zweck der Regelung ist es, die Transparenz bei Fremdpersonaleinsätzen zu erhöhen und missbräuchliche Gestaltungen des Fremdpersonaleinsatzes in Form der verdeckten

Arbeitnehmerüberlassung zu vermeiden. Bereits vor der Überlassung müssen Verleiher und Entleiher die Überlassung eines Leiharbeitnehmers in ihrem Vertrag ausdrücklich als Arbeitnehmerüberlassung bezeichnen und die Person des Leiharbeitnehmers konkretisieren. Die Konkretisierung durch namentliche Benennung der zu überlassenden Person (Leiharbeitnehmer) kann im Überlassungsvertrag selbst oder nach Satz 6 unter Bezugnahme auf diesen Vertrag erfolgen. Die Offenlegungspflicht wird ergänzt durch die Pflicht des Verleihers, den Leiharbeitnehmer **vor** Beginn jeder Überlassung darüber zu informieren, dass er beim Entleiher als Leiharbeitnehmer tätig wird (§ 11 Abs. 2 Satz 4).

(2) Je nachdem, wie Ver- und Entleiher den Überlassungsvertrag im Rahmen der Privatautonomie ausgestalten, kann auch die namentliche Benennung der zu überlassenden Leiharbeitnehmer und damit die **Konkretisierung** in Textform erfolgen. Dies gilt zum Beispiel dann, wenn die Überlassung bestimmter Arbeitnehmer (z. B. besonderer Experten) wesentlicher Inhalt der vertraglichen Abrede ist.

(3) Kommt es den Vertragsparteien hingegen nicht darauf an, welche konkreten Personen überlassen werden, können sie ohne Bezug auf die Einzelpersonen die Überlassung von Leiharbeitnehmende mit bestimmten Merkmalen vereinbaren. Der Verleiher ist dann verpflichtet, fachlich geeignete Leiharbeitnehmer zu überlassen. Die Benennung der einzelnen Leiharbeitnehmer stellt dann keine vertragliche Nebenabrede dar. Die Konkretisierung hat jedoch in Bezug auf den Arbeitnehmerüberlassungsvertrag zu erfolgen. Für die Konkretisierung des Leiharbeitnehmers ist ein geeigneter Nachweis z.B. in Textform zu den Geschäftsunterlagen zu nehmen und aufzubewahren (vgl. § 7 Abs. 2).

(4) Für die Offenlegungs – und Konkretisierungspflicht gilt bis zum 31.12.2024 das Schriftformerfordernis nach § 12 Abs. 1 S. 1. Dies gilt auch für Verträge, die vor dem 01.04.2017 geschlossen wurden. Seit dem 01.01.2025 können Überlassungsverträge in Textform abgeschlossen werden.

(5) Ein Verstoß gegen die Offenlegungspflicht zieht die Rechtsfolgen der §§ 9 und 10 nach sich (vgl. FW 9. Abs. 5 und 10. Abs. 2). Beim Erlaubnisinhaber kann der Verstoß im Rahmen der Zuverlässigkeitsprüfung des § 3 Abs. 1 Nr. 1 berücksichtigt werden. Nach § 16 Abs. 1 Nr. 1c und 1d, Absatz 2 und 3 sind Verstöße gegen § 1 Abs. 1 Satz 5 und Satz 6 durch die Behörden der Zollverwaltung als Ordnungswidrigkeiten zu verfolgen und mit einer Geldbuße von bis zu 30.000,00 EUR zu ahnden. Erlaubnisinhaber, die gegen die Offenlegungspflicht verstoßen (indem sie z. B. Arbeitnehmer im Rahmen eines bloß formal als Werkvertrag bezeichneten Vertrages an Dritte überlassen) werden damit nicht bessergestellt als derjenige, der ohne die erforderliche Erlaubnis Arbeitnehmerüberlassung betreibt.

1.5 Vorübergehende Überlassung bis zu einer Höchstdauer (§ 1 Abs. 1b)

In § 1 Abs. 1b ist eine Überlassungshöchstdauer von 18 Monaten geregelt. Damit hat der Gesetzgeber das Kriterium der vorübergehenden Arbeitnehmerüberlassung konkretisiert. Beim Modell der Arbeitnehmerüberlassung sind die Einsätze der Leiharbeitnehmende bei den Entleihbetrieben ihrer Natur nach von vorübergehender Dauer. Mit der Regelung in § 1 Abs. 1b hat der Gesetzgeber die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts bestätigt (vgl. BAG, Entscheidungen vom 10.07.2013 - 7 ABR 91/11 und vom 10.12.2013 - 9 AZR 51/13).

1.5.1 Grundsatz und Berechnung

(1) Die Überlassungshöchstdauer (§ 1 Abs. 1b Satz 1) ist arbeitnehmerbezogen ausgestaltet. Die Überlassungsdauer eines Leiharbeitnehmers bei demselben Entleiher ist grundsätzlich auf 18 aufeinanderfolgende Monate begrenzt. Die Bestimmung des für die Überlassungshöchstdauer maßgeblichen Überlassungszeitraums richtet sich nach § 187 Abs. 2 Satz 1 BGB und § 188 Abs. 2 Alt. 2 BGB. Es handelt sich um eine nach Monaten bestimmte Frist. Sie beginnt mit dem ersten Tag der Überlassung. Dieser Tag zählt nach § 187 Abs. 2 BGB mit. Die Frist endet mit Ablauf des Tages des letzten Monats, der nach seiner Zahl oder Benennung dem Tag vorhergeht, der dem Anfangstag der Frist entspricht. Ist zum Beispiel der 3. April 2026 als erster Einsatztag festgelegt, ist die Überlassung nach der gesetzlichen Überlassungshöchstdauer von grundsätzlich 18 aufeinander folgenden Monaten bis zum Ablauf des 2. Oktober 2027 zulässig. Für die Beurteilung, ob es sich um denselben Entleiher handelt, ist auf den Entleiher als Arbeitgeber abzustellen, vgl. FW 1.4:1. Abs. 6. Maßgeblich ist somit nicht die Dauer des Einsatzes im einzelnen Betrieb des Entleihers, sondern beim Entleiher als Arbeitgeber. Unter bestimmten Voraussetzungen können abweichende Höchstdauern festgelegt werden (vgl. FW 1.4:1). Der Verleiher hat die konkreten Einsatzzeiten jedes Leiharbeitnehmers zu dokumentieren, indem er geeignete Nachweise in Textform zu seinen Geschäftsunterlagen nimmt und aufbewahrt.

(2) Für die Bestimmung der Überlassungsdauer ist die vertragliche Vereinbarung der Überlassung zwischen Verleiher und Entleiher maßgeblich. Auf die arbeitszeitliche Ausgestaltung der Tätigkeit des Leiharbeitnehmers im Betrieb des Entleihers kommt es nicht an. Wird ein Leiharbeitnehmer vertraglich bspw. für den Zeitraum 1. April 2026 bis 30. September 2026 mit einer Wochenarbeitszeit von 21 Stunden, verteilt auf drei Arbeitstage pro Woche, an einen Entleiher überlassen, legt er in diesem Zeitraum eine Einsatzdauer von 6 Monaten zurück. Es erfolgt in diesem Fall keine arbeitszeitanteilige Anrechnung.

(3) Im Rahmen der Bestimmung der zulässigen Überlassungsdauer sind vorherige Überlassungen an denselben Entleiher zu berücksichtigen, wenn die Unterbrechungen zwischen zwei Überlassungen 3 Monate nicht übersteigen (§ 1 Abs. 1b Satz 2).

Ob die vorherige Überlassung durch denselben oder einen anderen Verleiher erfolgte, ist dabei unerheblich. Mit der Regelung des § 1 Abs. 1b Satz 2 wird sichergestellt, dass kurzzeitige Unterbrechungen keinen Einfluss auf die Berechnung der Überlassungsdauer haben. Liegt zwischen zwei Überlassungen an denselben Entleiher dagegen ein Zeitraum von mehr als drei Monaten, erfolgt keine Anrechnung der vorherigen Überlassung. Eine solche Unterbrechung von mehr als drei Monaten bewirkt, dass der für die Überlassungshöchstdauer maßgebliche Zeitraum mit der nächsten Überlassung wieder neu zu laufen beginnt. Der Leiharbeitnehmer kann in diesem Fall (wiederum) für volle 18 Monate an denselben Entleiher überlassen werden. Die Prüfung der Anrechnung vorheriger Überlassungszeiten endet daher regelmäßig, sobald ein Zeitraum von mehr als drei Monaten festgestellt wird, in dem der Leiharbeitnehmer nicht an denselben Entleiher überlassen war. Die Berechnung der Dauer einer vorherigen zu berücksichtigenden Überlassung und die Berechnung der Unterbrechungsdauer richten sich ebenfalls nach den in FW 1.5.1 Abs. 1 genannten Vorschriften des BGB. Sind mehrere Überlassungen zu berücksichtigen, ist die insgesamt zu berücksichtigende Überlassungsdauer durch Addition zu ermitteln. Für die Berechnung von Teilmonaten ist der Monat mit 30 Tagen anzusetzen (in Anlehnung an § 191 BGB).

(4) Aus diesen Grundsätzen (FW 1.5.1 Abs. 1 bis 3) folgt: Ist die Einsatzzeit des Leiharbeitnehmers im Überlassungsvertrag geregelt, ergibt sich die Überlassungsdauer direkt aus der vertraglichen Vereinbarung. Kommt es den Vertragsparteien hingegen nicht darauf an, welcher Mitarbeiter überlassen wird, ist für den jeweiligen tatsächlich überlassenen Leiharbeitnehmer regelmäßig keine Einsatzdauer im Arbeitnehmerüberlassungsvertrag festgehalten. Beginn und Ende der Überlassung einzelner Leiharbeitnehmer können in diesem Fall innerhalb der vertraglich vereinbarten Überlassungsdauer festgelegt werden. Dabei wird der Lauf der Überlassungsdauer durch eine kurzzeitige Abberufung nicht unterbrochen oder beendet. Um dem Rechtsgedanken des § 1 Abs. 1b Satz 2 (und § 8 Abs. 4 Satz 4) Rechnung zu tragen, ist davon auszugehen, dass der für die Überlassungshöchstdauer maßgebliche Zeitraum nach einer Unterbrechung der Überlassung von mehr als drei Monaten mit der nächsten Überlassung wieder neu zu laufen beginnt.

1.5.2 Abweichende Regelungsmöglichkeiten

(1) Durch Tarifverträge der Einsatzbranche kann für tarifgebundene Entleiher die gesetzliche Überlassungshöchstdauer von 18 Monaten verkürzt oder verlängert werden (§ 1

Abs. 1b Satz 3). Tarifverträge der Einsatzbranche können auch sogenannte Haustarifverträge eines Einsatzunternehmens sein. Eine Abweichungsmöglichkeit durch tarifvertragliche Regelungen der Zeitarbeitsbranche besteht dagegen nicht.

(2) Im Geltungsbereich eines solchen Tarifvertrages der Einsatzbranche können abweichende tarifvertragliche Regelungen zur Überlassungshöchstdauer in Betrieben oder Dienststellen nicht tarifgebundener Entleiher durch Betriebs- oder Dienstvereinbarungen inhaltsgleich übernommen werden (§ 1 Abs. 1b Satz 4). Der Tarifvertrag muss dazu räumlich, fachlich und zeitlich einschlägig sein. Die weite Formulierung „tarifvertragliche Regelungen“ bedeutet, dass eine anderweitige Überlassungshöchstdauer nicht isoliert aus dem Tarifvertrag übernommen werden kann, sondern alle hiermit in einem Regelungszusammenhang stehenden Regelungen des Tarifvertrages übernommen werden müssen. Diese Regelungen können nur im Ganzen ohne Änderungen übernommen werden. Neben der zeitlichen Bestimmung der Höchstdauer können abweichende tarifvertragliche Regelungen z. B. Bestimmungen zu Angeboten zur Übernahme in die Stammbelegschaft oder Differenzierungen nach Einsatzzwecken oder -bereichen enthalten.

(3) § 1 Abs. 1b Satz 5 ist anwendbar, wenn ein Tarifvertrag der Einsatzbranche eine Öffnungsklausel enthält, die von der gesetzlichen Überlassungshöchstdauer abweichende Höchstdauern in einer Betriebs- oder Dienstvereinbarung zulässt. Ist dies der Fall, können in einer solchen Vereinbarung Regelungen zu einer anderweitigen Höchstdauer für Betriebe und Dienststellen tarifgebundener Entleiher getroffen werden.

(4) Unter den folgenden Voraussetzungen können auch nicht tarifgebundene Entleiher die in (3) beschriebene Öffnungsklausel eines Tarifvertrages der Einsatzbranche nutzen (§ 1 Abs. 1b Satz 6):

- Der Entleiher ist vom Geltungsbereich des Tarifvertrages erfasst.
- Die Vorgaben des Tarifvertrages werden eingehalten.
- Die gesetzliche Obergrenze von 24 Monaten wird eingehalten.

Die Begrenzung auf 24 Monate entfällt, wenn in der Öffnungsklausel des Tarifvertrages eine abweichende Überlassungshöchstdauer für Betriebs- und Dienstvereinbarungen festgelegt ist. In diesem Fall ist die in der Öffnungsklausel festgelegte Höchstdauer maßgeblich.

(5) § 1 Abs. 1b Satz 8 ermöglicht Kirchen und öffentlich-rechtlichen Religionsgesellschaften, die gesetzliche Überlassungshöchstdauer von 18 Monaten zu verkürzen oder zu verlän-

gern. Auch deren karitative und erzieherische Einrichtungen (wie z. B. Caritas und Diakonie) haben danach die Möglichkeit abweichende Überlassungshöchstdauern in ihren Regelungen festzulegen.

(6) Im AÜG ist eine absolute Obergrenze für eine im Rahmen zulässiger abweichender Regelungen vereinbarte Überlassungshöchstdauer nicht ausdrücklich festgelegt. Um den vorübergehenden Charakter der Arbeitnehmerüberlassung zu gewährleisten, muss in Tarifverträgen bzw. Betriebs- und Dienstvereinbarungen jedoch stets ein konkret bestimmter Zeitraum (z. B. 36 Monate) festgelegt werden. § 1 Abs. 1b Satz 2 ist auch auf eine nach § 1 Abs. 1b Satz 3 bis 8 festgelegte abweichende Überlassungshöchstdauer anzuwenden. Die Ausführungen unter FW 1.5.1 gelten entsprechend.

(7) Unterfällt der Betrieb eines nicht tarifgebundenen Entleihers bei Abschluss einer Betriebs- oder Dienstvereinbarung nach § 1 Abs. 1b Satz 4 oder Satz 6 den Geltungsbereichen mehrerer Tarifverträge, ist nach § 1 Abs. 1b Satz 7 auf den für die Branche des Entleihers repräsentativen Tarifvertrag abzustellen. Die Repräsentativität bestimmt sich vorrangig nach der Zahl der tarifgebundenen Unternehmen und der Zahl der tarifgebundenen Arbeitnehmer.

1.5.3 Feststellungspflicht des Erlaubnisinhabers

(1) Um seiner gesetzlichen Verpflichtung nachkommen zu können, muss der Erlaubnisinhaber feststellen, welche Überlassungshöchstdauer im konkreten Einzelfall zu beachten ist. Hierzu muss der Erlaubnisinhaber in Erfahrung bringen, ob für den Betrieb des Entleihers Regelungen gelten, die von der gesetzlichen Überlassungshöchstdauer von 18 Monaten abweichen, und wie diese ausgestaltet sind.

(2) Der Erlaubnisinhaber muss des Weiteren im konkreten Einzelfall feststellen, ob und in welchem Umfang zurückgelegte Zeiträume vorheriger Überlassungen an denselben Entleiher auf die Einsatzdauer des Leiharbeitnehmers anzurechnen sind. Dies ist notwendig um beurteilen zu können, für welche Dauer der Leiharbeitnehmer tatsächlich an einen bestimmten Entleiher überlassen werden darf. Der Verleiher kann den üblichen Personalunterlagen entnehmen, für welche Zeiträume er selbst den Leiharbeitnehmer an denselben Entleiher überlassen hat. Vorherige Überlassungszeiten über einen anderen Verleiher können sich ebenfalls 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. Der Verleiher kann daneben über den Entleiher in Erfahrung bringen (z. B. aufgrund einer entsprechenden Vereinbarung

im Überlassungsvertrag), ob vorherige Überlassungen über einen anderen Verleiher vorliegen. Ferner besteht die Möglichkeit, dass (ergänzend) im Arbeitsvertrag eine Regelung vorgesehen wird, nach der der Leiharbeitnehmer dem Verleiher Mitteilung machen muss, wenn er bei einem Entleiher eingesetzt werden soll bzw. wird, an welchen er innerhalb der letzten drei Monate vor Einsatzbeginn über einen anderen Verleiher überlassen war. Macht der Leiharbeitnehmer eine entsprechende Mitteilung, muss der Verleiher klären, ob es anrechenbare Überlassungszeiträume gibt.

1.5.4 Rechtsfolgen bei Verstößen

(1) Sowohl die Überschreitung der grundsätzlichen Überlassungshöchstdauer von 18 Monaten als auch die Überschreitung einer nach § 1 Abs. 1b Satz 3 bis 8 festgelegten abweichenden Überlassungshöchstdauer kann die Zuverlässigkeit des Erlaubnisinhabers in Frage stellen. Dies kann die Versagung (§ 3 Abs. 1 Nr. 1) oder den Widerruf (§ 5 Abs. 1 Nr. 3) der Erlaubnis nach sich ziehen. Eine geringfügige Überschreitung der Überlassungshöchstdauer in einem Einzelfall alleine begründet regelmäßig nicht die Unzuverlässigkeit. Es gelten die unter FW 3.1 dargestellten Grundsätze, insbesondere zur Verhältnismäßigkeit. Daneben treten die Rechtsfolgen der §§ 9 Abs. 1 Nr. 1b, 10 Abs. 1 ein (Nichtigkeit des Arbeitsverhältnisses mit dem Verleiher und Begründung eines Arbeitsverhältnisses mit dem Entleiher).

(2) Der Tatbestand einer Ordnungswidrigkeit nach § 16 Abs. 1 Nr. 1e wird verwirklicht, wenn gegen die grundsätzliche Überlassungshöchstdauer von 18 Monaten nach § 1 Abs. 1b Satz 1 verstoßen wird. Ein solcher Verstoß liegt auch vor, wenn eine nach § 1 Abs. 1b Satz 3 bis 8 mittels Tarifvertrag oder Betriebs-/Dienstvereinbarung festgelegte Höchstdauer überschritten wird. Die diese Höchstdauer übersteigende Überlassung ist dann nicht mehr aufgrund § 1 Abs. 1b Satz 3 bis 8 gedeckt. Diese Ordnungswidrigkeit kann mit einer Geldbuße von bis zu 30.000,00 EUR geahndet werden (§ 16 Abs. 2).

1.5.5 Arbeitnehmerüberlassung und spezialgesetzliche Normen

(1) Die zum Betrieb eines Bewachungsgewerbes nach § 34a Gewerbeordnung (GewO) erteilte Erlaubnis ersetzt nicht die für die Arbeitnehmerüberlassung erforderliche Erlaubnis nach § 1 (BAG, Urteil vom 08.11.1978 - 5 AZR 261/77; OLG Hamm, Urteil vom 14.12.1990 - 11 U 153/90). Es ist zu differenzieren, ob Bewachungsleistungen tatsächlich als selbstständige Dienstleistungen erbracht oder die Arbeitnehmer in eine dritte Betriebsorganisation integriert, also überlassen werden (siehe FW 1.4.1).

(2) 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.

(3) 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.

(4) In der Fleischwirtschaft ist der Einsatz von Leiharbeitnehmenden seit dem 1. April 2021 grundsätzlich verboten (vgl. § 6a Abs. 2 GSA Fleisch). Zur Abdeckung saisonaler Auftragsspitzen galt für den Bereich der Fleischverarbeitung bis zum 31.03.2024 eine auf 3 Jahre befristete Ausnahmeregelung. Seit dem 1. April 2024 ist Leiharbeit in der Fleischwirtschaft generell verboten. Einzelheiten ergeben sich aus der Weisung 202104002 vom 01.04.2021.

(5) Mit dem Ersten Gesetz zur Änderung des GAP-Konditionalitäten-Gesetzes wurde die sog. soziale Konditionalität eingeführt. Ziel der sozialen Konditionalität ist es, EU-Zahlungen an landwirtschaftliche Betriebe an die Einhaltung abschließend geregelter arbeitsrechtlicher Vorschriften zu knüpfen. Die Pflicht zur Beachtung der sozialen Konditionalität trifft seit dem 01.01.2025 auch landwirtschaftliche Betriebe, die über eine Erlaubnis nach dem AÜG verfügen. Nur einzelne Verstöße nach § 11 Abs. 1 und Abs. 2 AÜG i. V. m. § 2 NachwG sind für die soziale Konditionalität relevant. Einzelheiten ergeben sich aus der Weisung 202509008 vom 12.09.2025.

1.5.6 Besondere Fallgestaltungen/-beispiele

(1) 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.

(2) 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“).

(3) 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.

(4) Arbeitnehmerüberlassung liegt nicht vor bei einer Tätigkeit eines Arbeitnehmers in einem Gemeinschaftsbetrieb, an dem der Arbeitgeber beteiligt ist. Der Gemeinschaftsbetrieb ist nicht Dritter (Entleiher) im Sinne des § 1 Abs. 1 Satz 1. Ein Gemeinschaftsbetrieb mehrerer rechtlich selbstständiger Unternehmen liegt vor, wenn sich die beteiligten Unternehmen zur gemeinsamen Führung des Betriebs rechtlich verbunden und einen einheitlichen Leitungsapparat zur Erfüllung der in der organisatorischen Einheit zu verfolgenden arbeitstechnischen Zwecke geschaffen haben. Insbesondere müssen die Arbeitgeberfunktionen in den sozialen und personellen Angelegenheiten des Betriebsverfassungsgesetzes institutionell einheitlich für die beteiligten Unternehmen sein (BAG, Urteil vom 3.12.1997 – 7 AZR 764/96 und BAG, Urteil vom 24.05.2022 – 9 AZR 337/21). In der Fleischwirtschaft ist das Verbot der gemeinsamen Führung eines Betriebs zu beachten (vgl. § 6a Abs. 1 GSA Fleisch).

(5) 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 (vgl. § 1 Abs. 1 Satz 1 und 3).

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

(7) 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 da-

bei 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.

(8) 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 FW 1.7).

(9) 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.

(10) Das AÜG findet keine Anwendung bei einer Beschäftigung auf ausgelagerten Arbeitsplätzen von in Werkstätten für behinderte Menschen (WfbM) beschäftigten Menschen mit Behinderungen, die nicht in einem Arbeitsverhältnis stehen, sondern in einem arbeitnehmerähnlichen Rechtsverhältnis (§ 221 Abs. 1 Satz 1 SGB IX). 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 Menschen mit Behinderungen im Rahmen des Rehabilitationsauftrags der WfbM. Das gilt auch, wenn es sich um eine Tätigkeit auf einem dauerhaft ausgelagerten Arbeitsplatz handelt, die aufgrund des Gesetzes zur Einführung Unterstützter Beschäftigung vom 22. Dezember 2008 zum Angebot der WfbM gehört. Die WfbM erfüllt ihren in § 219 Abs. 1 SGB IX festgelegten gesetzlichen Auftrag weiterhin auch gegenüber denjenigen Beschäftigten, die außerhalb der Einrichtung auf einem ausgelagerten Arbeitsplatz arbeiten. Vom Anwendungsbereich des AÜG sind dagegen Personen erfasst, die in Ausnahmefällen als Arbeitnehmer in einer WfbM oder als Arbeitnehmer in einem Integrationsprojekt beschäftigt sind.

(11) Bei Kooperationen von Trägern öffentlicher Schulen oder Ersatzschulen mit außerschulischen Partnern, insbesondere anerkannten Trägern der freien Jugendhilfe, liegt keine Arbeitnehmerüberlassung vor, wenn die beteiligten Arbeitgeber auf Grundlage einer abgestimmten pädagogischen Konzeption bei der Wahrnehmung ihrer jeweiligen Aufgabe eng zusammenarbeiten. Bei der Verfolgung eigener (Betriebs-) Zwecke werden keine eigenen Mitarbeiter zur Verfügung gestellt und damit überlassen (BAG, Urteil vom 25.10.2000 – 7

AZR 487/99). Die Erfüllung von originären oder vertraglich übernommenen Aufgaben des außerschulischen Partners bei der Bildung, Erziehung und Betreuung von Schülern ist nicht auf die Erbringung eigenständiger Angebote außerhalb der Unterrichtszeit beschränkt. Sie kann auch dann vorliegen, wenn der außerschulische Partner mit seinen Mitarbeitern im gesamten Schulalltag bei der Umsetzung des abgestimmten pädagogischen Konzepts (z. B. Ganztagsschulkonzept) eng mit dem Personal der Schule zusammenarbeitet.

(12) Im Pflegeberufegesetz (PflBG) sind einheitlich und verbindlich Gegenstand und Umfang von Praxisanleitungen für Auszubildende sowie die Qualifikation der Praxisanleitenden geregelt. Zur Frage, ob Auszubildende verliehen werden können, siehe 1.5.6 Abs. 18. Um auch kleinere Einrichtungen als Kooperationspartner für die praktische Ausbildung von Pflegepersonal zu gewinnen, können Einrichtungen, die über ausreichend Praxisanleitende verfügen, insbesondere kleineren Einrichtungen mit Praxisanleitungen aushelfen. Ist die Kooperation so ausgestaltet, dass die Praxisanleitenden gegenüber den aufnehmenden, ausbildenden Einrichtungen (z. B. Krankenhäuser oder Pflegeeinrichtungen) nicht weisungsgebunden sind und nicht in den Betrieb der ausbildenden, praktischen Einrichtung eingegliedert sind, liegt keine Arbeitnehmerüberlassung vor. Das ist der Fall, wenn die externen Praxisanleitenden die Praxisanleitung in eigener Verantwortung bzw. der alleinigen Verantwortung der abgebenden Einrichtung durchführen und hinsichtlich Inhalt, Durchführung, Zeit und Dauer ihrer Tätigkeit als Praxisanleitende nicht an die Weisung der aufnehmenden Einrichtung gebunden sind. Das Bereitstellen von Arbeitsmittel oder eines Raumes stehen dem nicht entgegen. Sollen externe Praxisanleitende neben der Praxisanleitung auch pflegerische Aufgaben in den aufnehmenden Einrichtungen wahrnehmen, liegt grundsätzlich Arbeitnehmerüberlassung vor.

(13) Beim Einsatz von Notärzten im Rettungsdienst ist im Einzelfall zu prüfen, ob es sich um Arbeitnehmerüberlassung oder eine andere Form des Fremdpersonaleinsatzes handelt. Für die flächendeckende Versorgung der Bevölkerung mit Rettungsdiensten sind die Länder und Kommunen verantwortlich. Kommunen können den Rettungsdienst durch Eigenbetriebe organisieren oder Dritte, z. B. Hilfsorganisationen hinzuziehen. Um eine ständige Einsatzbereitschaft der Rettungsdienste sicherzustellen, kann aufgrund der Rettungsdienstgesetze der Länder eine gesetzliche Pflicht der örtlichen Krankenhäuser bestehen, den Rettungsdiensten Notärzte zur Verfügung zu stellen. In welcher rechtlichen Konstellation die Notärzte bei den Rettungsdiensten zum Einsatz kommen, hängt von der tatsächlichen Durchführung ab. Sind die bei einem Krankenhaus als Arbeitnehmer beschäftigten Ärzte während ihrer Notarzt-Einsätze in die Arbeitsorganisation des Rettungsdienstträgers

eingegliedert und unterliegen sie dessen Weisungen, wird es sich in der Regel um erlaubnispflichtige Arbeitnehmerüberlassung handeln. Keine Arbeitnehmerüberlassung liegt beispielsweise vor, wenn ein Notarzt mit dem Träger des Rettungsdienstes ein weiteres Beschäftigungsverhältnis geschlossen hat und das Arbeitsverhältnis mit dem Krankenhaus währenddessen ruht (vgl. auch FW 1.5.6 Abs. 15).

(14) Werden die bei einem Krankenhaus als Arbeitnehmer beschäftigten Ärztinnen und Ärzte zum Zwecke einer Weiterbildung zum Facharzt von dem Krankenhaus einer ärztlichen Praxis zugewiesen bzw. in eine ärztliche Praxis abgeordnet und sind die Ärztinnen und Ärzte während ihrer Weiterbildung in die Arbeitsorganisation der ärztlichen Praxis eingegliedert und unterliegen den dortigen Weisungen, wird es sich in der Regel um erlaubnispflichtige Arbeitnehmerüberlassung handeln. Allerdings bedeutet das nicht, dass die Durchführung einer Weiterbildung im Rahmen einer Facharztausbildung in einer ärztlichen Praxis zwangsläufig immer eine Arbeitnehmerüberlassung darstellt. Es bestehen organisatorische Gestaltungsmöglichkeiten. Bei der Beurteilung kommt es auch auf die tatsächliche Durchführung im Einzelfall an.

Keine Arbeitnehmerüberlassung liegt beispielsweise vor, wenn eine Ärztin oder ein Arzt mit der Praxis, in der er die Weiterbildung absolvieren will, ein weiteres Arbeitsvertragsverhältnis schließt und das Arbeitsvertragsverhältnis mit dem Krankenhaus (dem eigentlichen bzw. originären Arbeitgeber) währenddessen ruht.

(15) GmbH-Gesellschafter können Arbeitnehmer der GmbH sein, deren Gesellschafter sie sind. Das setzt voraus, dass der Geschäftsführer der GmbH ihnen gegenüber weisungsbefugt ist. Ist ein Gesellschafter mit mindestens 50 Prozent am Kapital der Gesellschaft beteiligt und hat er so großen Einfluss auf die Führung der Gesellschaft, dass ihm letztlich Leitungsmacht zukommt, ist er kein Arbeitnehmer. (BAG, Urteil vom 06.05.1998 – Az. 5 AZR 612/97).

(16) Freie Mitarbeiter (synonym „Freelancer“) sind mangels persönlicher Abhängigkeit von ihrem Vertragspartner keine Arbeitnehmer, sondern Selbstständige. Für die rechtliche Bewertung ist nicht die Bezeichnung einer Person als "freier Mitarbeiter" entscheidend. Es kommt auf die tatsächliche Vertragsdurchführung an. Handelt es sich bei einer als „freier Mitarbeiter“ bezeichneten Person tatsächlich um einen Arbeitnehmer und wird dieser zur Arbeitsleistung überlassen, liegt Arbeitnehmerüberlassung vor.

(17) Arbeitnehmerüberlassung liegt nicht vor, wenn Auszubildende Dritten zu Ausbildungszwecken (z. B. im Rahmen eines Ausbildungsverbundes) überlassen werden. Auszubildenden dürfen jedoch nur solche Aufgaben übertragen werden, die dem Ausbildungszweck

dienen (§ 14 Abs. 3 BBiG). Sollten Fälle des unzulässigen Verleihs auffallen, erfolgt eine Meldung an die nach § 71 BBiG zuständige Stelle durch die Sachbearbeitungsteams.

(18) Die allgemeinen Abgrenzungskriterien in Bezug auf Dienstleistungszentren/Agenturen sind wegen der Dispositionsfreiheit auch auf die Tätigkeit von Dienstleistungszentren/-agenturen für Privathaushalte anzuwenden. Liegt das Weisungsrecht gegenüber dem eingesetzten Arbeitnehmer bei dem Dienstleistungszentrum (z. B. Festlegung, in welcher Reihenfolge zu arbeiten ist), spricht dies für einen 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. die Benutzung eines bestimmten Putzmittels. Arbeitnehmerüberlassung liegt beispielsweise vor, wenn der Privathaushalt auch bei fehlerhafter Reinigung zahlen muss und keine Gewährleistungsansprüche bei schlechter Arbeit der eingesetzten Kräfte gegenüber der Agentur geltend gemacht werden.

Ein weiteres Merkmal ist die Abrechnung. Nach der Rechtsprechung kann auch die Art der Abrechnung im Rahmen der Bewertung der Gesamtumstände Hinweise geben, 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.).

1.6 Kettenverleih

(1) Nicht zulässiger Ketten-, Zwischen- oder Weiterverleih liegt vor, wenn ein Entleiher die ihm von einem Verleiher überlassenen Leiharbeitnehmer wiederum anderen Entleihern zur Arbeitsleistung zur Verfügung stellt. Das Überlassen und das Tätigwerdenlassen von Leiharbeitnehmenden ist nach § 1 Abs. 1 Satz 3 nur zulässig, soweit zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer ein Arbeitsverhältnis besteht.

(2) Bei einem Verstoß gegen das Verbot des Ketten-, Zwischen- oder Weiterverleihs droht Ver- und Entleihern nach § 16 Abs. 1 Nr. 1b und § 16 Abs. 2 eine Geldbuße von bis zu 30.000,00 Euro. Ist der Weiterverleiher nicht im Besitz einer Erlaubnis, verstößt er gegen das Offenlegungsgebot oder die Konkretisierungspflicht oder überschreitet er die Überlassungshöchstdauer, ist das Arbeitsverhältnis zwischen dem Leiharbeitnehmer und dem Erstverleiher unwirksam, soweit der Leiharbeitnehmer dem Übergang des Arbeitsverhältnisses nicht durch eine Festhaltenserklärung widerspricht (§ 10a i. V. m. § 9 Abs. 1). In diesem Fall gilt ein Arbeitsverhältnis zum Einsatzarbeitgeber, bei dem die Leiharbeitnehmer ihre Arbeitsleistung tatsächlich erbringen, als zustande gekommen (§ 10a i. V. m. § 10 Abs. 1).

Bei Erlaubnisinhabern können Verstöße zudem im Rahmen der Zuverlässigkeitsprüfung nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 berücksichtigt werden und erlaubnisrechtliche Folgen haben.

1.7 Arbeitsgemeinschaften (§ 1 Abs. 1a)

(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,
- alle Mitglieder aufgrund des ARGE-Vertrages zur selbstständigen Erbringung von Vertragsleistungen bei der Herstellung eines Werkes verpflichtet sind und
- die Abordnung von Arbeitnehmern zur ARGE.

(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. 1a Satz 2 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, 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 selbstständigen 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.

1a Satz 1 nicht erfasst. Voraussetzung ist vielmehr, dass der Gesellschafter neben der Überlassung von Arbeitnehmern mindestens eine weitere selbstständige vertragliche Leistung schuldet. Das ARGE-Mitglied kann sich zur selbstständigen Erbringung seiner Vertragsleistung aber Leiharbeitnehmenden bedienen. Hierfür wären die Vorschriften des AÜG einschlägig.

(7) Die Vorschrift des § 1 Abs. 1a Satz 1 ist aber nicht so eng auszulegen, dass die Abordnung von Personal ausschließlich zur Erbringung der selbstständigen 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 selbstständige Leistung zur Herstellung des Werkes erbracht werden muss (BT-Drs. 10/4211, S. 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 selbstständige Dienstleistung, z. B. die Bauleitung erbracht werden. Voraussetzung ist aber, dass die zu erbringende Leistung 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 FW 1.5:6 Abs. 8).

1.8 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 Überlassende die Arbeitgeberpflichten oder das Arbeitgeberrisiko trägt.

(2) Eine Arbeitsvermittlung kann auch vorliegen, wenn ein Werkvertrag (oder ein Arbeitnehmerüberlassungsvertrag) nur zum Schein abgeschlossen worden ist (§ 117 Abs. 1 BGB)

und in der gelebten Rechtswirklichkeit tatsächlich ein Arbeitsverhältnis zum Entleiher bzw. Einsatzunternehmen vorliegt. Der Schein-Verleiher übernimmt die Arbeitgeberrolle nach außen, um dem Einsatzunternehmen zu ermöglichen, seine arbeits- und sozialrechtlichen Pflichten als Arbeitgeber zu umgehen. Hierfür ist erforderlich, dass die Beziehung des Arbeitnehmers zum Überlassenden tatsächlich so inhaltslos ist, dass dieser selbst die begrenzte Steuerungsfunktion nicht mehr erfüllt, die einem Verleiher als Arbeitgeber mindestens zukommt. So liegt es, wenn der vermeintliche Entleiher nicht nur die Arbeitsleistung steuert, sondern darüber hinaus den bestimmenden Einfluss auf den Bestand und die Abwicklung des Arbeitsverhältnisses hat. Zu den einem Verleiher obliegenden Aufgaben zählen namentlich die Einstellung und Entlassung sowie die Zahlung des Arbeitsentgelts sowie die Gewährung von Urlaub (vgl. BGH, Urteil vom 30.11.2023, Az. 3 StR 192/18).

(3) Bei Erlaubnisinhabern können Verstöße zudem im Rahmen der Zuverlässigkeitsprüfung nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 berücksichtigt werden und erlaubnisrechtliche Folgen haben.

(4) 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 EUR bedroht ist.

1.9 Nichtanwendung des AÜG (§ 1 Abs. 3)

§ 1 Abs. 3 nimmt sechs Fallgestaltungen von der Anwendung des AÜG aus. Auch in diesen Ausnahmefällen ist das Verbot der Arbeitnehmerüberlassung in das Baugewerbe gemäß § 1b zu beachten.

1.9.1 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 überlassenen Spezialkräfte nicht überlassen würde. § 1 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 § 1 Abs. 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.

1.9.2 Arbeitnehmerüberlassung zwischen Konzernunternehmen

(1) Das AÜG findet bei einer Arbeitnehmerüberlassung zwischen Konzernunternehmen im Sinne des § 18 Aktiengesetz (AktG) keine Anwendung, wenn der Arbeitnehmer nicht zum Zweck der Überlassung eingestellt oder beschäftigt wird (siehe BAG, Urteil vom 12.11.2024 - Az. 9 AZR 13/24).

(2) Der Begriff "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 Abs. 1 AktG definiert den **Unterordnungskonzern**, § 18 Abs. 2 AktG den **Gleichordnungskonzern**. Das Aktiengesetz definiert die "einheitliche Leitung" nicht. Es begründet nur Konzernvermutungen: Unwiderleglich, für den Fall, dass es zu einem Beherrschungsvertrag gemäß § 291 AktG oder zur Eingliederung gemäß § 319 AktG 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 § 319 AktG. Beim Beherrschungsvertrag wird die Leitung der Gesellschaft auf das herrschende 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 selbstständiges 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 oder beschäftigt werden. Die Regelung in § 1 Abs. 3 Nr. 2 stellt klar, dass konzernangehörige Unternehmen, deren Geschäftszweck darauf beschränkt ist, Arbeitnehmer an andere Unternehmen des Konzerns zu überlassen, von der Privilegierung ausgeschlossen sind. Das gilt auch dann, wenn durch Änderung des Arbeitsvertrags nachträglich mit dem Leiharbeitnehmer vereinbart wird, dass er ausschließlich zur Überlassung an andere Konzernunternehmen beschäftigt wird. Innerhalb des § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG ist somit zwischen einer im Grundsatz zulässigen Einstellung mit späterer Überlassung und einer unzulässigen Einstellung bzw. Beschäftigung zum Zweck der Überlassung zu unterscheiden (siehe BAG, Urteil vom 12.11.2024 - Az. 9 AZR 13/24).

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

1.9.3 Gelegentliche Arbeitnehmerüberlassung

(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 (§ 1 Abs. 3 Nr. 2a).

(2) Vor dem Hintergrund des Ausnahmecharakters des § 1 Abs. 3, aber auch im Hinblick auf den Schutzzweck der Norm, sind an das Erfordernis einer „nur gelegentlichen Überlassung“ strenge Anforderungen zu stellen. Mit der Regelung sollen 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 (BAG, Urteil vom 20.01.2016 – 7 AZR 535/13). Der Rechtsbegriff „gelegentlich“ wird durch die Rechtsprechung zum Begriff der Gewerbsmäßigkeit (BAG, Urteil vom 02.06.2010 - 7 AZR 946/08) 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.

1.9.4 Aufgabenverlagerung aufgrund eines Tarifvertrags des öffentlichen Dienstes

(1) Verschiedene Tarifwerke des öffentlichen Dienstes sehen sog. Personalgestellungen vor. Charakteristisch für diese Personalgestellungen ist, dass Aufgaben eines Arbeitnehmers dauerhaft auf einen anderen Arbeitgeber verlagert werden. Das Arbeitsverhältnis mit dem bisherigen Arbeitgeber der öffentlichen Verwaltung bleibt dabei bestehen, die arbeitsvertraglich geschuldete Leistung wird jedoch zukünftig bei dem anderen Arbeitgeber nach dessen Weisungen erbracht (z. B. § 4 Abs. 3 TVöD).

(2) § 1 Abs. 3 S. 1 Nr. 2b AÜG bezieht sich auf Arbeitgeber der öffentlichen Verwaltung, die unmittelbar an einen Tarifvertrag des öffentlichen Dienstes gebunden sind. Eine beiderseitige Tarifbindung im Sinne des § 3 TVG ist hingegen nicht erforderlich, sodass die Regelung auch zur Anwendung kommen kann, wenn im öffentlichen Dienst beschäftigte Arbeitnehmer nicht unmittelbar tarifgebunden sind, sondern der Tarifvertrag des öffentlichen Dienstes für sie über eine Inbezugnahme zur Anwendung kommt.

(3) Die Ausnahmeregelung gilt auch für privatrechtlich organisierte Arbeitgeber, die im Eigentum der öffentlichen Hand stehen, die an die Tarifverträge des öffentlichen Dienstes gebunden sind und für die traditionell Verweisungstarifverträge abgeschlossen wurden (BAG, Urteil vom 14.10.2020 - Az. 7 AZR 286/18 und EUGH, vom 22.06.2023 – Az. C-427/21).

(4) Unabhängig von § 1 Abs. 3 Nr. 2b findet das AÜG keine Anwendung, wenn Personalgestellungen gesetzlich vorgesehen sind und Arbeitnehmer auf Grund dieser spezialgesetzlichen Regelung von einer juristischen Person des öffentlichen Rechts einer anderen juristischen Person zur Verfügung gestellt bzw. zugewiesen werden (z. B. § 5 Abs. 4 AsylG, § 44g SGB II).

1.9.5 ANÜ zwischen juristischen Personen des öffentlichen Rechts

(1) § 1 Abs. 3 Nr. 2c nimmt Überlassungen zwischen juristischen Personen des öffentlichen Rechts weitgehend vom Anwendungsbereich des AÜG aus, sofern sie Tarifverträge des öffentlichen Dienstes oder Regelungen der öffentlich-rechtlichen Religionsgesellschaften anwenden. Dabei muss es sich nicht um ein einheitliches Tarifwerk handeln, das auf beiden Seiten der Arbeitnehmerüberlassung zur Anwendung kommt.

(2) Die Regelung erfasst Überlassungen innerhalb des öffentlich-rechtlichen Bereichs und damit Überlassungen im Rahmen der Erfüllung öffentlicher Aufgaben. Prägend ist, dass auf beiden Seiten der Arbeitnehmerüberlassung juristische Personen des öffentlichen Rechts stehen, die verfassungsrechtlich in besonderem Maße an Recht und Gesetz gebunden sind und denen eine besondere verfassungsrechtliche Stellung zukommt. Die Ausnahme erfasst nur Überlassungen zwischen öffentlich-rechtlich organisierten Arbeitgebern, bei denen Tarifverträge des öffentlichen Dienstes bzw. Regelungen des kirchlichen Arbeitsrechts und damit Arbeitsbedingungen auf vergleichbarem Niveau gelten.

1.9.6 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 12 Monaten überlässt. Dennoch liegt Arbeitnehmerüberlassung vor, so dass die Vorschriften des AÜG grundsätzlich zu beachten sind. Es gelten z. B. auch die Einschränkungen 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 „geringfügig Beschäftigte“). 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 Verleihbetrieb. 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 a. E.). 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. Wird der BA die Anzeige in Papierform per Post übermittelt, muss

sie mit einer Unterschrift versehen sein. Soweit die Anzeige mit einer lesbaren, eigenhändigen Unterschrift versehen ist, kann sie auch per Telefax eingereicht werden. Die Anzeige und weitere Dokumente können über das Online-Portal der BA eingereicht werden. Hat der Nutzer über sein Nutzerkonto den Identitätsnachweis mit dem Sicherheitsniveau ‚substantiell' erbracht, so wird die Schriftform dadurch ersetzt (siehe § 3 Abs. 4 Nr. 2 OZG, § 9a Abs. 5 OZG). Im Moment erfüllt die Anmeldung via ELSTER-Unternehmenszertifikat oder eID (Personalausweis oder Vergleichbares) das Sicherheitsniveau ‚substantiell'. Die Information über den Identitätsnachweis wird automatisiert in der Antragsstrecke ausgelesen und angezeigt.

(2) Bei der **wiederholten Überlassung** wird ein und derselbe Arbeitnehmer mehrfach überlassen. Soweit für diesen Arbeitnehmer ein Einsatzplan für die Dauer von 12 Monaten vorliegt, sind Überlassungen entsprechend dieses Planes für einen Zeitraum von 12 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) 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.

(5) 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.

(6) 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.

(7) Im Hinblick auf die Dienstleistungsfreiheit können sich auch **Verleiher aus einem Mitgliedstaat 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 in § 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 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, Gewerbeämtern 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** gelten die Einschränkungen des § 1b , wenn Auszubildende zu Arbeiten, die üblicherweise von Arbeitern verrichtet werden, verliehen werden. Auszubildenden dürfen jedoch nur solche Aufgaben übertragen werden, die dem Ausbildungszweck dienen (§ 14 Abs. 3 BBiG ,siehe auch FW 1.5.6 (17).

(9) § 1b findet nach § 2 Abs. 1 Nr. 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 siehe Anlage). Bei § 1b Satz 2 Buchstabe 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** erfasst 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 FW 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.

(10) Nach § 16 Abs. 1 Nr. 1 f und Absatz 2 stellt der Verleih in Betriebe des Baugewerbes ohne Vorliegen der o. g. Voraussetzungen eine Ordnungswidrigkeit dar und kann mit einer Geldbuße von bis zu 30.000,00 EUR geahndet werden. Entsprechende Verdachtsfälle werden wie bisher über die OWi-Teams an die für die Ahndung zuständigen Behörden der Zollverwaltung abgegeben.

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 oder andere rechtsberatende Personen zu verweisen (vgl. Merkblatt zur Abgrenzung zwischen Arbeitnehmerüberlassung im Rahmen von Werk- und selbstständigen 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. Bei der Kommunikation mit dem Verleiher per E-Mail ist die Weisung vom 27.10.2022 zur E-Mailverschlüsselung zu beachten.

(2) Ein **Antrag** ist jede schriftliche Erklärung, die den Antragsteller und seinen Willen erkennen lassen, eine Erlaubnis nach § 1 zu erhalten. Wird der Antrag der BA vom Antragsteller oder seinem Vertreter (vgl. FW 2.1.3 Abs. 2 und 4) in Papierform per Post übermittelt, ist er eigenhändig zu unterschreiben (§ 126 BGB). Soweit der Antrag mit einer lesbaren, eigenhändigen Unterschrift versehen ist, kann er auch per Telefax eingereicht werden. Das Einreichen eines gescannten Antrags per E-Mail genügt der Schriftform nur, wenn die E-Mail mit einer qualifizierten elektronischen Signatur versehen ist (§ 3a Abs. 2 VwVfG).

(3) Der Antrag und weitere Dokumente können über das Online-Portal der BA eingereicht werden. Hat der Nutzer über sein Nutzerkonto den Identitätsnachweis mit dem Sicherheitsniveau ‚substantiell' erbracht, so wird die Schriftform dadurch ersetzt (siehe § 3 Abs. 4 Nr. 2 OZG, § 9a Abs. 5 OZG). Im Moment erfüllt die Anmeldung via ELSTER-Unternehmenszertifikat oder eID (Personalausweis oder Vergleichbares) das Sicherheitsniveau ‚substantiell'. Die Information über den Identitätsnachweis wird automatisiert in der Antragsstrecke ausgelesen und angezeigt. Beim elektronischen Antrag über den eService der BA kann die Schriftform durch einen elektronischen Identitätsnachweis ersetzt werden.

(4) Für die Antragsbearbeitung sind die Sachbearbeitungsteams zuständig. Auch die Rücknahme eines bereits gestellten Antrages sollte aus Beweisgründen schriftlich erfolgen.

(5) Antragstellung, -bearbeitung und -entscheidung sind **umgehend** im IT-Verfahren VERA zu erfassen und zu dokumentieren.

(6) 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 sich die Beibringung bestimmter Unterlagen 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 Antragsvordrucks aufzufordern. Die im Vordruck näher bezeichneten Unterlagen sind einzureichen.

(7) 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.

(8) Für die Bearbeitung von Anträgen werden **Gebühren und Auslagen** erhoben.

2.1.2 Antragsbearbeitung

(1) Wird der Antragsvordruck unvollständig oder unrichtig ausgefüllt oder fehlen für die Prüfung **erforderliche Unterlagen**, ist der Antragsteller einmalig zur Ergänzung oder Berichtigung aufzufordern. Ihm ist gleichzeitig eine angemessene Frist (in der Regel nicht länger als 2 Wochen) 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** (vgl. FW 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) Im Verwaltungsverfahren gilt der **Untersuchungsgrundsatz** des § 24 Abs. 1 VwVfG. Die Beteiligten sollen nach § 26 Abs. 2 VwVfG bei der Ermittlung des Sachverhalts mitwirken und insbesondere ihnen bekannte Tatsachen und Beweismittel angeben. Trägt ein Beteiligter nicht zur Klärung der für ihn günstigen Tatsachen bei, obwohl ihm das möglich und

zumutbar wäre, muss die Behörde in der Regel nicht allen sonstigen denkbaren Erkenntnismöglichkeiten nachgehen. Kann der Verleiher angeforderte Unterlagen nicht vorlegen und steht ihm auch kein anderes geeignetes Beweismittel zur Verfügung, kann dies Zweifel an der Zuverlässigkeit bzw. der Fähigkeit, eine geordnete Betriebsorganisation zu gewährleisten, begründen. Es können erlaubnisrechtliche Folgen abgeleitet werden.

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. FW 7.2.

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

(4) 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.

(5) Soweit **Niederlassungen** rechtlich unselbstständig sind, werden die Tätigkeiten der Niederlassungen von der dem Verleiher erteilten Erlaubnis erfasst. Für mehrere Verleihunternehmen, die rechtlich selbstständig sind, sind jeweils gesonderte Erlaubnisse erforderlich. Befindet sich der Hauptsitz bei grenzüberschreitender Arbeitnehmerüberlassung im EU/EWR-Ausland und wird die Niederlassung als unselbstständige 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 zuzuordnen.

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) **Chronologischer Auszug aus dem Handelsregister**, soweit eine Eintragspflicht besteht; dann Verzicht auf Gewerbeanmeldung und Gesellschaftsvertrag,
e) **Bescheinigung der Krankenkassen**, bei denen 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 15.000,00 EUR nachgewiesen werden. Dies gilt bei einer beabsichtigten Beschäftigung von bis zu fünf Leiharbeitnehmende. Bei mehr als fünf Leiharbeitnehmenden sind für jeden Leiharbeitnehmer mindestens 3.000,00 EUR 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- und 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 soll der Antragsvordruck verwendet werden (vgl. FW 2.1.1 Abs. 3).

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

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

b) **Auskunft aus dem Gewerbezentralregister** (Belegart 9) für Antragsteller und - bei anderen als natürlichen Personen - für die nach Gesetz/Satzung/Gesellschaftsvertrag zur Vertretung berechtigten Personen - 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 15.000,00 EUR liquide Mittel nachgewiesen werden. Dies gilt bei einer beabsichtigten Beschäftigung von bis zu fünf Leiharbeitnehmenden. Bei mehr als 5 Leiharbeitnehmenden sind für jeden Leiharbeitnehmer mindestens 3.000,00 EUR 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 Krankenkassen**, bei denen die Mehrzahl der Arbeitnehmer versichert sind.

(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 FW 2.1.4.1 Abs. 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 die entsprechende, über das IT-Fachverfahren VERA aufrufbare, BK-Vorlage zu verwenden.

(3) Den **Bescheid** erhält der Antragsteller (vgl. FW 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 FW 7.2.

2.1.6 Zustellung von Entscheidungen

(1) Die Entscheidungen nach dem AÜG sind im **Inland** grundsätzlich als Brief zu versenden. Bei Ersterteilungen von Erlaubnissen kann die Zustellung mittels Zustellungsfiktion erfolgen (§ 41 Abs. 2 VwVfG). Der Beginn der Erlaubnis wird vom Tag der Versendung plus

die Fiktionsfrist des § 41 Abs. 2 VwVfG berechnet. In diesem Fall ist eine Zustellung per PZU nicht erforderlich. Mit Postzustellungsurkunden (PZU) oder gegen Empfangsbekenntnis werden regelmäßig Ablehnungs-, Widerrufs-, Rücknahme- und (eigenständige) Auflagenbescheide zugestellt.

(2) Liegt die Einwilligung des Beteiligten im Online-Portal vor, können die Entscheidungen der BA als elektronische Verwaltungsakte dadurch digital bekannt gegeben werden, dass sie vom Antragsteller oder seinem Bevollmächtigten im Online-Portal der BA elektronisch abgerufen werden. Die Entscheidung gilt am 4. Tag nach der Bereitstellung zum Abruf als bekannt gegeben. Der Antragsteller oder sein Bevollmächtigter wird spätestens am Tag der Bereitstellung zum Abruf über die Möglichkeit des Abrufs benachrichtigt (§ 9 Abs. 1 S. 1, 4 OZG).

(3) Für den Nachweis des Zugangs und seiner Datierung kann die Erlaubniserteilung auch mittels Faxübermittlung geschehen. Durch das Faxprotokoll ist der Zugang nachweisbar.

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

(5) Bescheide im Rahmen des Antragsverfahrens (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. Bei Bekanntgabe im Ausland beträgt die Widerspruchsfrist 3 Monate (§ 84 Abs. 1 Satz 2 Sozialgerichtsgesetz - SGG).

2.1.7 Erlaubnis

(1) Die Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung wird mit der Bekanntgabe der Entscheidung gegenüber dem Verleiher wirksam (§ 43 Abs. 1 Satz 1 VwVfG). Wurde oder wird die erteilte Erlaubnis zusätzlich in Form einer Urkunde bescheinigt, kommt der Urkunde lediglich deklaratorische Wirkung zu. Soweit die BA als Erlaubnisbehörde eine Urkunde herausgegeben hat, wird damit nicht die Erlaubnis selbst als Verwaltungsakt verkörpert. In Papierform herausgegebene und mit Dienstsiegel versehene Erlaubnisurkunden werden im Interesse der Rechtssicherheit entsprechend § 52 VwVfG vom Verleiher zurückgefordert, wenn die Erlaubnis erloschen ist, rechtskräftig zurückgenommen (§ 4) oder widerrufen (§ 5) wurde oder der Verleiher auf ihren Fortbestand verzichtet hat. Von der Rückgabe kann 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 durchgesetzt werden.

(3) In den Fällen, in denen der Sitz nach Handelsregister und die tatsächliche Geschäftsadresse voneinander abweichen, kann die Adresse des tatsächlichen Geschäftssitzes bzw. die in STEP erfasste Adresse verwendet werden.

(4) Hat der Antragsteller der Online-Kommunikation zugestimmt, kann die Urkunde auch über das Online-Portal übermittelt werden.

2.2 Bedingungen und Auflagen (§ 2 Abs. 2)

(1) **Bedingungen** sind Bestandteil des Verwaltungsaktes und können nicht selbstständig 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 selbstständig neben der Erlaubniserteilung. Sie können daher selbstständig 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 zuzustellen.

(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 (BSG, Urteil vom 06.04.2000 - B 11/7 AL 10/99 R).

(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 stehen dem Verleiher online über das Online-Portal der BA oder auf der Internetseite der BA zur Verfügung. In der Regel 5 Monate vor Ablauf der Erlaubnis erhält der Verleiher vollständig zentral und automatisiert ein Erinnerungsschreiben verbunden mit einem Hinweis auf die Antragsfrist. Im Zusammenhang mit der Antragsbearbeitung nutzt das ANÜ-Team Sachbearbeitung alle zur Verfügung stehenden BA-internen Informationsquellen, um eventuelle Hinweise auf fehlende Zuverlässigkeit des Verleihers auszuschließen (vgl. auch 3.1.2 Abs. 7). Es wird geprüft, ob in VERBIS Beschwerden oder Hinweise erfasst sind, die für die Beurteilung der Zuverlässigkeit des Antragstellenden von Bedeutung sind. Enthalten die Fachdaten in STEP z. B. Hinweise auf eine Anzeige von Kurzarbeit oder auf Insolvenzgeld-Anträge, erfolgt eine Nachfrage im zuständigen KIA-Team. In eSolution kann z.B. geprüft werden, ob die Angaben im Antrag zur Anzahl von beschäftigten Leiharbeitnehmenden mit den bei der Sozialversicherung gemeldeten Beschäftigten übereinstimmt. Liegen Erkenntnisse vor, die beispielsweise auf eine Einstellung des Geschäftsbetriebs, die Zahlungsunfähigkeit des Verleihers oder einschlägige Straftaten oder Ordnungswidrigkeiten hindeuten, wird geprüft, ob der Verleiher im Hinblick auf den Widerruf der Erlaubnis anzuhören ist.

(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) Erlaubnisinhaber erhalten mit dem Erinnerungsschreiben gleichzeitig ein Termin (etwa 6 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 zuzustellen.

(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 12-monatigen **Abwicklungsfrist** (§ 2 Abs. 4 Satz 4) dürfen weder Überlassungsverträge noch Arbeitsverträge mit Leiharbeitnehmenden neu abgeschlossen oder verlängert werden. Dies gilt auch dann, wenn der Verleiher Arbeitsverträge mit Leiharbeitnehmenden zur Erfüllung seiner Verpflichtungen aus den laufenden Überlassungsverträgen schließen oder verlängern 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 und Zweck der Regelung kommt eine Abwicklung für längstens 12 Monate nur in Frage, wenn ein Überlassungsvertrag konkrete Vereinbarungen über eine Arbeitnehmerüberlassung enthält. Es ist folglich nicht zulässig, auf Grundlage einer nach § 1 erlaubt geschlossenen Rahmenvereinbarung während der Abwicklungsphase (weitere) Einzelüberlassungsverträge abzuschließen.

(9) Die Abwicklungsfrist von längstens 12 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 (sog. Wohlverhaltensphase).

(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. Das ist der Fall, wenn der Verleiher drei Jahre lang keine Leiharbeitnehmer an Entleiher überlassen hat. Wegen Rücknahme und Widerruf der Erlaubnis vgl. FW 4. und 5.

(6) Die **Erlaubnis** erlischt auch, wenn der Verleiher auf sie **verzichtet** (Erledigung auf andere Weise, vgl. § 43 Abs. 2 VwVfG). 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).

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 § 3 Abs. 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. Dies gilt auch für die mit dem Gesetz zur Änderung des AÜG und anderer Gesetze erfolgte Ergänzung der Nr. 1 um die Überlassungshöchstdauer nach § 1 Abs. 1b.

(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-, Pflege-, Renten- oder Arbeitslosenversicherung,
- 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** (§ 4a Aufenthaltsgesetz – 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 veröffentlicht. Drittstaatsangehörige dürfen nicht als Leiharbeitnehmer nach § 1 Abs. 1 AÜG tätig werden, wenn für die Erteilung des Aufenthaltstitels die Zustimmung der BA erforderlich ist (§ 40 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG). Bei Drittstaatsangehörigen mit einer Aufenthaltsgestattung (Asylbewerber) oder einer Duldung gilt § 40 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG nicht. Sie dürfen nach Ablauf der mindestens dreimonatigen Wartezeit generell als Leiharbeitnehmer beschäftigt werden.
- Für die Beschäftigung von Bürgern der EU/EWR-Staaten und der Schweiz gelten keine ausländerrechtlichen Beschränkungen.

(5) die Nichteinhaltung der **Überlassungshöchstdauer** nach § 1 Abs. 1b (vgl. FW 1.2).

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

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

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

- 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 und
- Erfüllung der Pflichten nach dem Neunten Buch Sozialgesetzbuch (SGB IX).

(8) 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. Nach § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG ist eine sachgrundlose Befristung nicht zulässig, wenn mit demselben Arbeitgeber bereits zuvor ein befristetes oder unbefristetes Arbeitsverhältnis bestanden hat. Das BVerfG hat die frühere Rechtsprechung des BAG mit dem Regelungsmodell einer 3-Jahres-Frist korrigiert. Grundsätzlich gilt ein dauerhaftes Anschlussverbot. Das BVerfG (Urteil vom 06.06.2018, Az. 1 BvL 7/14 und 1 BvR 1375/14) hat jedoch entschieden, dass das ausnahmslose Verbot jeder erneuten sachgrundlosen Befristung ein unzumutbares Hindernis bedeuten würde, wenn eine erneute befristete Anstellung dem Schutzzweck der Norm nicht zuwiderläuft. § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG ist verfassungskonform auszulegen. Frühere Arbeitsverhältnisse sind nicht zu berücksichtigen, wenn die Vorbeschäftigung sehr lange zurückliegt oder ganz anders geartet oder von sehr kurzer Dauer war. Ob eine erneute befristete Einstellung ohne Sachgrund zulässig ist, weil zu dem früheren Beschäftigungsverhältnis kein Bezug mehr besteht, ist aufgrund des konkreten Sachverhalts einzelfallbezogen zu entscheiden. So kann z. B. eine geringfügige Nebenbeschäftigung während der Schulzeit oder Studienzeit und bei Werkstudenten ggf. unberücksichtigt bleiben. Das BAG hat mit mehreren Urteilen entschieden, dass ein Zeitablauf von acht Jahren nicht genügt, um das Verbot der erneuten sachgrundlosen Befristung einzuschränken, wohl aber ein Ablauf von 22 Jahren (u. a. BAG, Urteil vom 23.01.2019 – 7 AZR 733/16). Frühere Beschäftigungen bei demselben Arbeitgeber als Auszubildender, Praktikant oder Volontär sind keine Vorbeschäftigungen im Sinne des § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG.

- Nach § 12 TzBfG können Arbeitgeber und Arbeitnehmer vereinbaren, dass der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung entsprechend dem Arbeitsanfall zu erbringen hat (Arbeit auf Abruf). Die Vereinbarung muss eine bestimmte Dauer der wöchentlichen und täglichen Arbeitszeit festlegen. Wenn die Dauer der wöchentlichen Arbeitszeit nicht festgelegt ist, gilt eine Arbeitszeit von 20 Stunden als vereinbart. Wenn die Dauer der täglichen Arbeitszeit nicht festgelegt ist, hat der Arbeitgeber die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers jeweils für mindestens drei aufeinander folgende Stunden in Anspruch zu nehmen. Ist für die Dauer der wöchentlichen Arbeitszeit eine Mindestarbeitszeit vereinbart, darf der Arbeitgeber nur bis zu 25 Prozent der wöchentlichen Arbeitszeit zusätzlich abrufen. Ist für die Dauer der wöchentlichen Arbeitszeit eine Höchstarbeitszeit vereinbart, darf der Arbeitgeber nur bis zu 20 Prozent der wöchentlichen Arbeitszeit weniger abrufen.

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, aufrufbar über das 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. 7 i. V. m. § 8 der Mitteilungsverordnung). Die Mitteilung darf nicht durch Übersenden einer Durchschrift der Erlaubnisurkunde erfolgen.

(4) Das Finanzamt Offenburg erhält über jede Erlaubniserteilung eines ausländischen Verleihers eine Information. Das Finanzamt Offenburg klärt, welches Finanzamt für die weitere Bearbeitung zuständig ist. Dieses Vorgehen wird umgesetzt, sofern der ausländische Verleiher noch keine deutsche Steuernummer erhalten hat. Liegt eine Steuernummer vor,

ergeht die Information an das Finanzamt, welches im Antrag angegeben ist bzw. die Steuernummer vergeben hat.

(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) Die **Zusammenarbeit mit den Behörden der Zollverwaltung** ist in der Vereinbarung der Generalzolldirektion und der BA über die Grundsätze der Zusammenarbeit bei der Bekämpfung von Schwarzarbeit und illegaler Beschäftigung in der jeweils gültigen Fassung näher beschrieben.

(7) In Verdachtsfällen der illegalen Arbeitnehmerüberlassung in Baubetriebe entscheidet das örtlich zuständige Sachbearbeitungsteam über das weitere Vorgehen. Es informiert in der BA die KIA-Teams zur Prüfung der Baubetriebeeigenschaft. Zusätzlich informieren die Prüfteams die SOKA auch, wenn sich aus einer AÜG-Betriebsprüfung erste Anhaltspunkte ergeben, dass es sich nicht um einen Baubetrieb handelt. Zusätzlich sind die Zollverwaltungen zu informieren.

(8) 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 Organisationseinheiten sowie mit den anderen sachbearbeitenden Teams der Operativen Services voraus. Intern und extern gewonnene wesentliche Informationen müssen unverzüglich ausgetauscht werden (u. a. Weisung 201804008 vom 20.04.2018). Informationsquellen innerhalb und außerhalb der BA zur Erlangung entsprechender Erkenntnisse sind konsequent zu nutzen (ggf. auch unter Nutzung anderer IT-Fachverfahren, deren Freischaltung in eigener Zuständigkeit zu erfolgen hat). Hierzu können auch die Informationen aus einer Festhaltenserklärung nach § 9 zählen, die vor ihrer Abgabe in einer Agentur für Arbeit vorgelegt werden muss. 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.

(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) Da das Insolvenzverfahren auch dem Erhalt des Unternehmens dienen kann (§ 1 Insolvenzordnung - InsO), 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 3.000,00 EUR je Leiharbeitnehmer, mindestens jedoch 15.000,00 EUR erforderlich.

(6) Ein Verleiher ist in der Regel unzuverlässig, wenn er in den letzten 5 Jahren vor Antragstellung wegen **Eigentums- oder Vermögensdelikten** (z. B. Steuerhinterziehung, Unterschlagung, Hehlerei, Betrug), wegen **Urkundendelikten, Schwarzarbeit, 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 zugrundeliegende Sachverhalt zweifelsfrei ermittelt wurde und anzunehmen ist, dass die Entscheidung rechtskräftig wird.

(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 können, sind z. B. geistige Behinderung (insb. bei Betreuung nach § 1814 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 gewährleistet sein.

(2) Dazu bedarf es vor allem eines festen Betriebssitzes. Campingwagen, Untermietzimmer oder eine Baubude genügen nicht. Der Verleiher muss seine Arbeitgeberfunktion tatsächlich ausüben und nicht nur formell „vom Sofa aus oder von irgendwoher“ als Arbeitgeber in Erscheinung treten.

(3) Der Verleiher muss seinen Betrieb so gestalten, dass u. a. die ordnungsgemäße Abrechnung und Auszahlung des Arbeitsentgelts an die Leiharbeitnehmer sowie die Abführung von Lohnsteuer und Sozialversicherungsbeiträgen gewährleistet ist. Er muss auch in der Lage sein, den Entleiher im Hinblick auf die Einhaltung der Arbeitsschutzvorschriften zu überwachen. Der Verleiher muss die Arbeitgeberpflichten nicht zwingend selbst oder durch eigene Mitarbeiter erfüllen. Er kann sich auch betriebsfremder Personen (z.B. Steuerberater) bedienen, wenn diese über einen ggf. erforderlichen Berufszugang verfügen. Angesichts der üblich gewordenen Nutzung moderner Kommunikationsmittel muss nicht zwingend ein kontinuierlich besetzter Präsenzbetrieb vorhanden sein. Es muss jedoch sichergestellt sein, dass die Leiharbeitnehmer den Verleiher oder einen seiner Ansprechpartner zu den üblichen Zeiten erreichen können. Die Betriebsstruktur muss so gestaltet sein, dass die Erlaubnisbehörde ihrer Kontrolltätigkeit uneingeschränkt nachkommen und im Bedarfsfall auch unangekündigte Prüfungen, auch bei Bevollmächtigten, vornehmen kann. Nutzt der Verleiher externe Dienstleistungen z. B. durch ein Büroservice-Unternehmen, ist in jedem Einzelfall zu prüfen, ob er seinen üblichen Arbeitgeberpflichten tatsächlich ordnungsgemäß nachkommt. Die Nachweispflichten gelten auch für Verleiher mit Sitz im Ausland. Schwierigkeiten bei der Beschaffung von Unterlagen sind unbeachtlich. Diese Verleiher ha-

ben denselben Anforderungen Rechnung zu tragen. Bestehen Zweifel, wird unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes geprüft, ob eine mit Auflagen versehene Erlaubnis erteilt werden kann oder die Erlaubnis zu versagen ist.

3.1.5 Nichtgewährung von Arbeitsbedingungen nach § 3 Abs. 1 Nr. 3

Der Verleiher muss dem Leiharbeitnehmer die ihm nach § 8 zustehenden Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts gewähren (vgl. hierzu FW 8.).

3.2 Arbeitnehmerüberlassung innerhalb der EU/des EWR

Die in Art. 57 AEUV definierte Dienstleistungsfreiheit umfasst das Recht des Dienstleistungserbringers, zur Durchführung der Dienstleistung nicht nur eigene, sondern auch entliehene Arbeitnehmer in den anderen Mitgliedstaat zu entsenden.

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 FW 1b.1 Abs. 9 zur Geltung der Einschränkungen beim Verleih in das Baugewerbe). Dies betrifft ausschließlich den Verleih im Ausland, an den sich eine Entsendung durch den Entleiher im Rahmen eines Dienst- oder Werkvertrages nach Deutschland anschließt. Die in Art. 57 AEUV definierte Dienstleistungsfreiheit umfasst das Recht des Dienstleistungserbringers, zur Durchführung der Dienstleistung nicht nur eigene, sondern auch entliehene Arbeitnehmer in den anderen Mitgliedstaat zu entsenden.

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.

Soweit eine organisatorische Einheit des Verleihers außerhalb der EU oder des EWR Ausgangspunkt der Arbeitnehmerüberlassung ist, muss die Erlaubnis zwingend versagt werden. Das ist insbesondere der Fall, wenn die für die Durchführung der Arbeitnehmerüberlassung notwendigen Entscheidungen außerhalb der EU bzw. des EWR getroffen werden oder Geschäftsunterlagen und Leiharbeitsverträge nur in einer Betriebsstätte außerhalb der EU bzw. des EWR geführt werden.

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 denen 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 dem mit dem jeweiligen EU/EWR-Staat geschlossenen Doppelbesteuerungsabkommen und der dort vereinbarten Zuweisung bzw. Beschränkung des Besteuerungsrechts. Auf die Grundsätze des BMF-Schreibens vom 3. Mai 2018 zur steuerlichen Behandlung des Arbeitslohns nach den Doppelbesteuerungsabkommen (BStBl I 2018, 643) wird verwiesen.

(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 Abs. 1 Nr. 1 erforderlichen Zuverlässigkeit fehlt. Dementsprechend ist die Erlaubnis **grundsätzlich** nur zu erteilen, wenn eine im Entsendestaat **erforderliche** Erlaubnis vorliegt.

(4) Kann im Heimatland keine Verleiherlaubnis erteilt werden (z.B. weil dort keine Erlaubnis für Arbeitnehmerüberlassung notwendig ist), begründet dies nicht die fehlende Zuverlässigkeit. Wenn keine Erlaubnis erforderlich ist und kein Negativtestat erbracht werden kann, ist die Aussage des Erlaubnisinhabers unabhängig zu prüfen.

(5) 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 Abs. 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 in den 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.

(7) Für die **Zustellung** des Bescheides über die Rücknahme der Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung gilt FW 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 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 Widerrufs 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 FW 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 entspricht 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 FW 2.1.6.

(11) Gegen die Entscheidung über den Widerruf der Erlaubnis sind **Widerspruch** und **Klage** zulässig. Die Rechtsbehelfe haben entsprechend § 86a Abs. 4 SGG keine aufschiebende Wirkung. 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. Klageverfahrens 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.

(12) Die durch den Widerruf ungültig gewordene **Erlaubnisurkunde** ist **zurückzufordern**. Zu den Einzelheiten des Verfahrens wird auf FW 4.1 Abs. 9 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 FW 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. Letzteres gilt auch dann, wenn die Einwilligung des Beteiligten zur elektronischen Bekanntgabe vorliegt. Auf die Erläuterungen zu 2.1.6 wird verwiesen.

(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 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 gemäß § 14 VwVG, hier insbesondere das Zwangsgeld. Auch bei unmittelbarem 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 25.000,00 EUR (§ 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 EUR mit Ausnahme von Nr. 6 zu ahnden. Die Ordnungswidrigkeit wegen Verletzung der Aufbewahrungspflicht nach § 16 Abs. 1 Nr. 6 kann mit einer Geldbuße bis zu 30.000,00 EUR 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 unterliegt keinen Formvorschriften. Sie kann daher auch automatisiert über die DSDB-Schnittstelle der BA mitgeteilt werden. Die übermittelten Änderungen werden im Fachverfahren STEP historisiert. Diese Form der Mitteilung genügt den Anforderungen des § 7 Abs. 1 Satz 1.

(3) 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.

(4) 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.

(5) In Fällen der **Änderung** einer Einzelfirma**,** einer KG oder GbR in eine GmbH ist in jedem Fall eine neue Erlaubnis erforderlich. Die Frage, ob eine neue Erlaubnis zu beantragen und zu erteilen ist, beurteilt sich nach dem Recht der Arbeitnehmerüberlassung. Wechselt eine KG ihre Rechtsform in die einer GmbH, ergibt sich eine Änderung der Haftungsverhältnisse. Bei einer KG ist die Haftung bei einem Teil der Gesellschafter auf einen bestimmten Betrag begrenzt, während ein anderer Teil der Gesellschafter persönlich haftet (§ 161 Absatz 1 HGB). Bei einer GmbH haftet keiner der Gesellschafter persönlich. Die Haftung der GmbH ist auf das Gesellschaftsvermögen beschränkt (§ 13 Absatz 2 GmbHG). Insofern ergeben sich erlaubnisrechtlich wesentliche Auswirkungen in Bezug auf die Haftung des Unternehmens u. a. für das Arbeitsentgelt der Leiharbeitnehmenden oder für Steuerschulden.

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 richten 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) weiterbesteht (§ 202 Abs. 1 Nr. 1 UmwG). Die öffentlich-rechtlichen Beziehungen eines Rechtsträgers bleiben bei einem Formwechsel grundsätzlich unverändert. Damit behält die Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung grundsätzlich ihre rechtliche Wirksamkeit. Wird der Formwechsel vom Erlaubnisinhaber angezeigt, kann die Erlaubnisurkunde auf die neue Rechtsform umgeschrieben werden.

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 Rhythmus von möglichst 3 Jahren, spätestens aber nach 5 Jahren, 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 den Prüfbericht mit Entscheidungsvorschlag ist die entsprechende, über das IT-Fachverfahren VERA aufrufbare, BK-Vorlage 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, Einzugsstellen der Sozialkassenbeiträge für das Umlageverfahren im Baugewerbe) in die Überprüfung einzuschalten.

(7) Damit die BA ihren Kontrollaufgaben effektiv nachkommen kann, hat ihr der Verleiher auf Verlangen alle schriftlichen Unterlagen und elektronischen Daten mit Bezug zu der vom Verleiher betriebenen Arbeitnehmerüberlassung vorzulegen. 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 BA 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 Dienstverträge (vgl. BSG, Urteile vom 29.7.1992 - 11 RAr 57/91 und vom 12.7.1989 – 7 RAr 46/88; LSG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 10.6.1988 – L 6 Ar 117/87).

(8) Art und Umfang der vorzulegenden Geschäftsunterlagen sowie die Art der Glaubhaftmachung sind von der BA als 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. Bei Bedarf sind der BA Kopien der Unterlagen zur Verfügung zu stellen.

(9) Das Führen von **digitalen Personalakten** bei Erlaubnisinhabern ist grundsätzlich zulässig. Jedoch darf das Führen digitaler Akten nicht zu einer eingeschränkten oder verminderten Kontrollmöglichkeit der Erlaubnisbehörde führen. Der Beweiswert digitalisierter Do-

kumente muss bewahrt werden. D. h. die Anforderungen an gesetzliche Schriftformerfordernisse und das Datenschutzrecht 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. Dieses ist z. B. dann gegeben, wenn der Erlaubnisbehörde konkrete Hinweise vorliegen (z. B. über eine Anzeige, eine Beschwerde oder frühere Beanstandungen), 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 (BSG, Urteil 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 kann der Geschäftsführer oder gesetzliche Vertreter von diesem Recht Gebrauch machen. 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 selbst oder einen in § 383 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 ZPO bezeichneten Angehörigen der Gefahr der Verfolgung wegen

einer Straftat oder einer Ordnungswidrigkeit aussetzen würde. Das Recht muss ausdrücklich erklärt und ausgeübt werden. Das Recht schließt nicht die Befugnis der Erlaubnisbehörde aus, vom Verleiher die Vorlage von Unterlagen zu verlangen, Prüfungen vorzunehmen oder die Geschäftsräume zu betreten. Ein gemeinsame Wiederholungsprüfung mit dem Zoll kann sinnvoll sein, um Unterlagen sicherzustellen.

(3) Wird davon Gebrauch gemacht, können aus den Tatsachen die vorgetragen werden, Schlüsse gezogen werden, die erlaubnisrechtliche Folgen nach sich ziehen können.

(4) Bei der **Befragung von Leiharbeitnehmende** außerhalb eines Verfahrens nach dem Gesetz über Ordnungswidrigkeiten 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) Folgende **Prüfungsschwerpunkte** sind von der Erlaubnisbehörde insbesondere zu verfolgen:

- Anwendung von Tarifverträgen im Sinne des § 8 Abs. 2 und Abs. 4 Satz 2 sowie des Gleichstellungsgrundsatzes,
- Einhaltung der Überlassungshöchstdauer,
- 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, arbeitsmedizinischer Untersuchungen (vgl. FW 11. Abs. 11),

- Abführung von Beiträgen zu allen Zweigen der Sozialversicherung,
- Abführung der Lohnsteuer und
- Beachtung der Bestimmungen der Ausländerbeschäftigung.

(3) 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 FW 7.3 Abs. 7 wird verwiesen.

(4) Ziel der unter (2) genannten Prüfschwerpunkte ist es, eine **einheitliche Prüfpraxis** der Agenturen für Arbeit zu gleichen Sachverhalten zu erhalten.

8. § 8 Grundsatz der Gleichstellung

8.1 Gleichstellungsgrundsatz

(1) § 8 Abs. 1 Satz 1 bestimmt, dass Leiharbeitnehmer für die Zeit der Überlassung an einen Entleiher und damit ab dem ersten Tag der Überlassung grundsätzlich Anspruch auf die im Betrieb des Entleihers geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen eines vergleichbaren Stammarbeitnehmers des Entleihers haben. Nach der EU-Leiharbeitsrichtlinie und der Rechtsprechung des BAG ist die Gleichstellung tätigkeitsbezogen zu bestimmen (siehe BAG, Urteil vom 21.10.2015 – 5 AZR 604/14). Die wesentlichen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen der Leiharbeitnehmer müssen denjenigen entsprechen, die gelten würden, wenn sie vom entleihenden Unternehmen unmittelbar eingestellt worden wären (vgl. auch Art. 5 Abs. 1 der Leiharbeitsrichtlinie 2008/104/EG). Ob der Entleiher tatsächlich einen vergleichbaren Stammarbeitnehmer beschäftigt, ist infolgedessen für die Gleichstellung nicht entscheidend.

(2) Die wesentlichen Arbeitsbedingungen sind insbesondere Arbeitsentgelt und Arbeitszeit (einschließlich Überstunden, Pausen, Ruhezeiten, Nachtarbeit, Urlaub, arbeitsfreie Tage). Das Arbeitsentgelt im Sinne des AÜG umfasst das, was der Leiharbeitnehmer erhalten hätte, wenn er für die gleiche Tätigkeit beim Entleiher eingestellt worden wäre (BAG, Urteil vom 19.02.2014 – 5 AZR 1046/12). Zum Arbeitsentgelt zählt nicht nur das laufende Entgelt, sondern jede Vergütung, die aus Anlass des Arbeitsverhältnisses gewährt wird bzw. aufgrund gesetzlicher Entgeltfortzahlungstatbestände gewährt werden muss (BAG, Urteil vom 13.03.2013 – 5 AZR 294/12). Hierunter fallen insbesondere Urlaubsentgelt, Sonderzahlungen, Zulagen und Zuschläge, Ansprüche auf Entgeltfortzahlung sowie vermögenswirksame Leistungen (BAG, Urteile vom 19.02.2014 - 5 AZR 1046/12 und - 5 AZR 1047/12). Maßgebend sind daher sämtliche auf den Lohnabrechnungen vergleichbarer Stammarbeitnehmer des Entleihers ausgewiesene Bruttovergütungsbestandteile (BAG, Urteil vom 24.09.2014 – 5 AZR 254/13). Werden im Betrieb des Entleihers Sachbezüge gewährt, kann der Verleiher dem Leiharbeitnehmer einen Wertausgleich in Euro zahlen (§ 8 Abs. 1 Satz 3). Der Wertausgleich hat sich an dem monetären Wert zu orientieren, der in der Lohnabrechnung vergleichbarer Stammarbeitnehmer für die Sachbezüge angesetzt ist. Arbeitsentgelt ist die Vergütung, die im Gegenzug für geleistete Arbeit gezahlt wird. Dazu können auch Sachbezüge, zum Beispiel in Form der Überlassung eines Fahrzeugs, das auch privat genutzt werden darf, gehören. Aufgrund des Entgeltcharakters haben Arbeitnehmer grundsätzlich auch während des Erholungsurlaubs und in Zeiten der Entgeltfortzahlung Anspruch auf private Nutzung eines Firmenfahrzeugs. Das private Nutzungsrecht eines Firmenfahrzeugs fällt

weg, wenn der Arbeitnehmer trotz fortbestehenden Arbeitsverhältnisses keinen Vergütungsanspruch mehr hat, z. B. nach Ablauf des Entgeltfortzahlungszeitraums.

(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 (BAG, Urteil vom 23.03.2011 – Az. 5 AZR 7/10).

(4) Der Entleiher kann sich im Überlassungsvertrag verpflichten, den Leiharbeitnehmende z. B. Zugang zu den Gemeinschaftseinrichtungen und Gemeinschaftsdiensten unter den gleichen Bedingungen zu gewähren wie vergleichbaren, im Einsatzbetrieb beschäftigten Arbeitnehmern des Entleihers.

(5) **Vergleichbarer Arbeitnehmer** ist der mit gleicher Tätigkeit oder ähnlicher Tätigkeit beim Entleiher beschäftigte oder - falls es einen solchen tatsächlich nicht gibt - fiktiv zu beschäftigende Stammarbeitnehmer. Der Gesetzgeber geht vom Begriff der Tätigkeiten "vergleichbarer 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 ist kein Maßstab. Erfordert die Tätigkeit z. B. eine Ausbildung, 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 (fiktiven) 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. Die gesetzliche Regelung bestimmt, dass dem Leiharbeitnehmer die Arbeitsbedingungen zustehen, die ihm bei einer direkten Einstellung beim Entleihbetrieb gewährt würden; Wartezeiten sind einzuhalten.

(6) Für die Ermittlung der Höhe des Anspruchs auf Equal Pay sind neben der tatsächlichen Tätigkeit des Leiharbeitnehmers weitere Merkmale, wie z. B. die formale Qualifikation, die Kompetenz oder die Berufserfahrung des Leiharbeitnehmers, von Bedeutung, wenn der Entleiher diese auch bei der Ermittlung und Bemessung der Vergütung von Stammarbeitnehmern als vergütungsrelevant berücksichtigen würde (vgl. BAG, Urteil vom 21.10.2015 - 5 AZR 604/14, Rn. 26).

Bei der Bestimmung des vergleichbaren Arbeitnehmers können die folgenden Leitfragen hilfreich sein: Gibt es Stammarbeitnehmer, die eine vergleichbare Tätigkeit ausüben? Gibt es Unterschiede bei den wesentlichen Arbeitsbedingungen (beispielsweise der Vergütung) dieser Stammarbeitnehmer? Finden weitere z.B. persönliche Merkmale Niederschlag in der Entlohnungsstruktur des Entleihers (bspw. Betriebszugehörigkeit, Berufserfahrung)? Gibt es Stammarbeitnehmer, die die gleichen (erheblichen) z.B. persönlichen Merkmale erfüllen?

Hinweis: Die Berufserfahrung des Leiharbeitnehmers ist entsprechend des Vergütungssystems des Entleihers zu berücksichtigen. Eine an die Betriebszugehörigkeit des Mitarbeiters anknüpfende Vergütung beginnt auch für einen Leiharbeitnehmer mit Einsatzbeginn regelmäßig in der Höhe, mit der beim Entleiher Neueinstellungen vergütet werden. Etwas Anderes kann etwa gelten, wenn der Leiharbeitnehmer bereits zuvor im Entleihbetrieb gearbeitet hat.

(7) Die Regelung des § 8 Abs. 1 Satz 2 dient der Erleichterung der praktischen Umsetzung der Gewährung von Equal Pay. Es wird vermutet, dass Equal Pay gewährt wird, wenn der Leiharbeitnehmer das für einen vergleichbaren Arbeitnehmer im Entleihbetrieb geschuldete tarifvertragliche Arbeitsentgelt erhält. Existiert ein solches Arbeitsentgelt beim Entleiher nicht, ist für die Vermutung das tarifvertragliche Arbeitsentgelt maßgeblich, das für einen vergleichbaren Arbeitnehmer in der Einsatzbranche gilt. Erhält der Leiharbeitnehmer ein entsprechendes tarifvertragliches Arbeitsentgelt, sind von der Kontrollbehörde keine weiteren Feststellungen zu treffen, soweit keine konkreten Anhaltspunkte für eine über den Tarifvertrag hinausgehende Entlohnung bestehen. Ohne solche konkreten Anhaltspunkte ist dann davon auszugehen, dass der Leiharbeitnehmer hinsichtlich des Arbeitsentgelts gleichgestellt ist.

(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. Es ist jedoch zumindest die jeweils geltende Lohnuntergrenze einzuhalten (vgl. auch 8.6).

(10) Soweit der Gleichstellungsgrundsatz auf das Arbeitsverhältnis anzuwenden ist, hat der Verleiher dem Leiharbeitnehmer die wesentlichen Arbeitsbedingungen vergleichbarer Stammarbeitnehmer des Entleiher zu gewähren. Ein Verstoß hiergegen kann die Versagung (§ 3 Abs. 1 Nr. 3) oder den Widerruf (§ 5 Abs. 1 Nr. 3) der Erlaubnis zur Folge haben. Die unter FW 3.1 dargestellten Grundsätze, insbesondere zur Verhältnismäßigkeit sind zu

beachten. Daneben wird der Tatbestand einer Ordnungswidrigkeit nach § 16 Abs. 1 Nr. 7a verwirklicht, die mit einer Geldbuße von bis zu 500.000,00 EUR geahndet werden kann.

8.2 Ausnahmen vom Gleichstellungsgrundsatz

(1) § 8 Abs. 2 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 Abs. 2 festgesetzten Mindeststundenentgelte unterschreitet;

b) rechtswirksame arbeitsvertragliche Inbezugnahme eines auf das Arbeitsverhältnis anwendbaren Tarifvertrages, soweit der Tarifvertrag nicht die in einer Rechtsverordnung nach § 3a Abs. 2 festgesetzten Mindeststundenentgelte unterschreitet.

Durch oder aufgrund eines Tarifvertrages im Sinne des § 8 Abs. 2 kann hinsichtlich des Arbeitsentgelts nur für die ersten 9 Monate einer Überlassung an einen Entleiher vom Gleichstellungsgrundsatz abgewichen werden (§ 8 Abs. 4 Satz 1). Nähere Ausführungen hierzu unter FW 8.4.

(2) Soweit ein solcher Tarifvertrag auf das Arbeitsverhältnis anzuwenden ist, hat der Verleiher die nach diesem Tarifvertrag geschuldeten Arbeitsbedingungen zu gewähren (§ 8 Abs. 2 Satz 2). Ein Verstoß hiergegen kann die Versagung (§ 3 Abs. 1 Nr. 3) oder den Widerruf (§ 5 Abs. 1 Nr. 3) der Erlaubnis zur Folge haben. Es sind die unter FW 3.1 dargestellten Grundsätze, insbesondere zur Verhältnismäßigkeit zu beachten. Daneben wird der Tatbestand einer Ordnungswidrigkeit nach § 16 Abs. 1 Nr. 7a verwirklicht, die mit einer Geldbuße bis zu 500.000,00 EUR geahndet werden kann. Soweit ein Tarifvertrag Löhne unterhalb einer festgesetzten Lohnuntergrenze vorsieht, gelten die Rechtsfolgen des § 8 Abs. 2 Satz 4. Die Wirksamkeit des Tarifvertrages bleibt im Übrigen unberührt. Vergütet ein Verleiher seine Arbeitnehmer entsprechend dem Tarifvertrag unterhalb der festgesetzten Lohnuntergrenze, ist auch ein Verstoß gegen die arbeitsrechtlichen Pflichten nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 zu prüfen.

(3) Zu (1) a): Sind beide Parteien des Arbeitsvertrages tarifgebunden, weil der Arbeitgeber Mitglied des tarifvertragsschließenden Arbeitgeberverbandes und der Arbeitnehmer Mitglied der tarifvertragsschließenden Gewerkschaft ist, gilt der Tarifvertrag unmittelbar und zwingend (§ 4 Abs. 1 TVG). Voraussetzung dafür ist, dass das Arbeitsverhältnis unter den räumlichen, fachlich-betrieblichen und persönlichen Geltungsbereich des Tarifvertrages fällt (zu Mischbetrieben siehe FW 8.5 Nr. 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.

Zu (1) b): Nicht tarifgebundene Parteien können die Anwendung eines Tarifvertrages durch den Einzelarbeitsvertrag vereinbaren (sog. Inbezugnahme) . 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. Eine vertragliche Vereinbarung entspricht nicht den Anforderungen des § 8 Abs. 2 Satz 3 für eine Abweichung vom Gleichstellungsgebot, wenn sie nur die punktuelle Anwendung der tariflichen Regelungen vorsieht (BAG, Urteil vom 16.10.2019 - 4 AZR 66/18). Das Gleiche gilt für die Inbezugnahme einzelner sachlich und inhaltlich zusammenhängender Regelungsbereiche. Eine Abweichung vom Gleichstellungsgrundsatz ist grundsätzlich nur zulässig, wenn sachlich und inhaltlich das **gesamte** Tarifwerk in Bezug genommen wird. Nur die sachliche und inhaltliche Anwendung des gesamten Tarifwerks sorgt für einen paritätischen und angemessenen Ausgleich divergierender Interessen. Die vertragliche Vereinbarung von Regelungen über einzelne Gegenstände, die tariflich nicht geregelt sind und vertragliche Regelungen, die ausschließlich zu Gunsten des Arbeitnehmers von tariflichen Bestimmungen abweichen, lassen das Abweichen vom Gleichstellungsgebot zu.

(4) Gemäß § 4 Absatz 5 TVG gelten die Normen eines Tarifvertrags nach dessen Ablauf weiter, bis sie durch eine andere Abmachung ersetzt werden (sog. Nachwirkung). Ein solcher Ablauf des Tarifvertrags liegt im Wesentlichen in Fällen des Ablaufs seiner vereinbarten Laufzeit oder bei ordentlicher Kündigung durch eine der Tarifvertragsparteien vor. Die Nachwirkung kann von den Tarifvertragsparteien im Tarifvertrag ausgeschlossen werden.

(5) Das TVG befristet die Nachwirkung nicht und kennt auch keine behördliche Aufhebung. Im Hinblick auf den Ausnahmecharakter des § 8 Absatz 2 AÜG endet die Abweichungsmöglichkeit vom Gleichstellungsgrundsatz aber, 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.

8.3 Die sog. „Drehtürregelung“ nach § 8 Abs. 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. Dieses Gleichstellungsgebot des Leiharbeitnehmers gilt für die gesamte Dauer der Überlassung an den Entleiher. Der Leiharbeitnehmer ist aus einem Arbeitsverhältnis im Sinne der Drehtürregelung ausgeschieden, wenn das Arbeitsverhältnis beendet (z. B. durch Kündigung oder Aufhebungsvertrag) oder er wegen Ablaufs 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.

8.4 Equal Pay nach 9 Monaten

(1) § 8 Abs. 4 sieht vor, dass Leiharbeitnehmer – auch bei Bestehen eines Tarifvertrages im Sinne des Absatzes 2 – spätestens nach 9 Monaten einer Überlassung an einen Entleiher hinsichtlich des Arbeitsentgelts grundsätzlich gleichzustellen sind. Längere Abweichungen vom gesetzlichen Equal Pay-Grundsatz sind nur zulässig, wenn ein (Branchen-) Zuschlagstarifvertrag gilt, der die in Satz 2 bestimmten sozialen Leitplanken einhält.

Die Bestimmung des maßgeblichen Überlassungszeitraums richtet sich nach § 187 Abs. 2 Satz 1, § 188 Abs. 2 2. Alt. BGB. Die nach Monaten bestimmte Frist beginnt mit dem ersten Tag der Überlassung und endet mit Ablauf desjenigen Tages des letzten Monats, welcher dem Tag vorhergeht, der durch seine Benennung oder seine Zahl dem Anfangstag der Frist

entspricht. Beginnt die Überlassung bspw. am 3. April 2026, kann hinsichtlich des Arbeitsentgelts grundsätzlich nur bis zum Ablauf des 2. Januar 2027 nach Absatz 2 vom Gleichstellungsgrundsatz abgewichen werden. Eine längere Abweichung vom Equal Pay durch Tarifvertrag ist nur unter bestimmten Voraussetzungen möglich (siehe FW 8.4 Abs. 3).

(2) § 8 Abs. 4 Satz 1 beschränkt die Möglichkeit, durch einen Tarifvertrag im Sinne des § 8 Abs. 2 hinsichtlich des Arbeitsentgelts vom Gleichstellungsgrundsatz abzuweichen, auf die ersten 9 Monate einer Überlassung. Demnach haben Leiharbeitnehmer in Fällen, in denen durch Anwendung eines Tarifvertrages nach § 8 Abs. 2 vom Gleichstellungsgrundsatz abgewichen wird, nach Ablauf der ersten 9 Monate einer Überlassung an einen Entleiher Anspruch auf Equal Pay.

(3) Eine über 9 Monate Einsatzdauer hinausgehende Abweichung vom Gebot gleicher Entlohnung ist nur zulässig, wenn für das Arbeitsverhältnis ein (Branchen-) Zuschlagstarifvertrag gilt, der den gesetzlichen Anforderungen des § 8 Abs. 4 Satz 2 genügt:

- Die Tarifvertragsparteien der Zeitarbeitsbranche haben in dem Zuschlagstarifvertrag ein gleichwertiges Arbeitsentgelt im Sinne des § 8 Abs. 4 Satz 2 Nr. 1 festgelegt.
- Der Zuschlagstarifvertrag regelt, dass spätestens nach 15 Monaten einer Überlassung mindestens das im Tarifvertrag als gleichwertig festgelegte Arbeitsentgelt erreicht wird.
- Der Zuschlagstarifvertrag sieht vor, dass nach einer Einarbeitungszeit von höchstens 6 Wochen eine stufenweise Heranführung des Arbeitsentgelts an das als gleichwertig festgelegte Arbeitsentgelt erfolgt.

(4) Nicht tarifgebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer können einen Tarifvertrag im Sinne des § 8 Abs. 4 Satz 2 zur Geltung bringen, indem sie diesen im jeweiligen Arbeitsvertrag in Bezug nehmen (§ 8 Abs. 4 Satz 3).

(5) FW 1.5.1 Abs. 2 und Abs. 3 gelten entsprechend. Überlassungszeiten an denselben Entleiher sind vollständig auf den 9- bzw. 15-Monats-Zeitraum anzurechnen. Dies gilt unabhängig davon, ob die vorherige Überlassung durch denselben oder einen anderen Verleiher erfolgte. Für die Beurteilung, ob es sich um denselben Entleiher handelt, ist auf den Entleiher als Arbeitgeber abzustellen, vgl. FW 1.4.1. Abs. 6. Voraussetzung für die Anrechnung vorheriger Überlassungen ist jedoch, dass zwischen zwei Überlassungen an denselben Entleiher jeweils nicht mehr als drei Monate liegen. Wird durch Addition der zu berücksichtigenden Überlassungszeiten der 9- bzw. 15-Monats-Zeitraum erreicht, besteht ein Anspruch des Leiharbeitnehmers auf Equal Pay (vgl. FW 8.4 Abs. 2) bzw. das in einem Zuschlagstarifvertrag festgelegte gleichwertige Arbeitsentgelt (vgl. FW 8.4 Abs. 3). Liegt zwischen zwei Einsätzen bei demselben Entleiher dagegen ein Zeitraum von mehr als drei

Monaten, erfolgt keine Anrechnung der vorherigen Überlassung. Eine solche Unterbrechung von mehr als drei Monaten bewirkt, dass der 9- bzw. 15-Monats-Zeitraum wieder neu zu laufen beginnt. Die Prüfung der Anrechnung vorheriger Überlassungszeiten endet daher regelmäßig, sobald ein Zeitraum von mehr als drei Monaten identifiziert wird, in dem der Leiharbeitnehmer nicht an denselben Entleiher überlassen war. Die Berechnung der Dauer einer vorherigen zu berücksichtigenden Überlassung und die Berechnung der Unterbrechungsdauer richten sich ebenfalls nach den in FW 8.4 Abs. 1 genannten Vorschriften des BGB. Sind mehrere Überlassungen zu berücksichtigen, ist die insgesamt zu berücksichtigende Überlassungsdauer durch Addition zu ermitteln. Für die Berechnung von Teilmonaten ist der Monat mit 30 Tagen anzusetzen (in Anlehnung an § 191 BGB).

(6) FW 1.5.3 Abs. 2 gilt entsprechend mit der Maßgabe, dass die Feststellung anrechenbarer Überlassungszeiten durch den Erlaubnisinhaber notwendig ist um beurteilen zu können, ab welchem Zeitpunkt dem Leiharbeitnehmer Equal Pay zu gewähren ist.

(7) Die Nichtgewährung der nach § 8 Abs. 4 geschuldeten Vergütung kann die Versagung (§ 3 Abs. 1 Nr. 3) oder den Widerruf (§ 5 Abs. 1 Nr. 3) der Erlaubnis zur Folge haben. Es sind die unter FW 3.1 dargestellten Grundsätze - insbesondere zur Verhältnismäßigkeit - zu beachten. Daneben wird der Tatbestand einer Ordnungswidrigkeit nach § 16 Abs. 1 Nr. 7a verwirklicht, die mit einer Geldbuße von bis zu 500.000,00 EUR geahndet werden kann.

8.5 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 - bei Beachtung des allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes - 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 beiderseitiger Tarifbindung (Arbeitgeber hat selbst einen Tarifvertrag abgeschlossen oder ist Mitglied im tarifvertragschließenden Arbeitgeberverband und Arbeitnehmer ist Mitglied der tarifvertragschließenden Gewerkschaft), Allgemeinverbindlicherklärung

oder Erstreckung eines Tarifvertrags durch Mindestarbeitsbedingungenverordnung sowie 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.

5. Nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (Urteil vom 12.10.2016 - B 11 AL 6/15 R) setzt der heutige § 8 Abs. 2 Satz 3 (bzw. § 3 Abs. 1 Nr. 3 Satz 3 in der damals geltenden Fassung) für die Bezugnahme auf einen Tarifvertrag der Zeitarbeit zur Abweichung vom Gleichstellungsgrundsatz kein Überwiegen der Arbeitnehmerüberlassung in einem Betrieb voraus. Demnach eröffnet das AÜG auch Betrieben mit unterschiedlichen Betriebszwecken (Mischbetriebe), die nicht überwiegend Arbeitnehmerüberlassung betreiben, die Möglichkeit, auf einen Tarifvertrag der Zeitarbeit zur Abweichung vom Gleichstellungsgrundsatz Bezug zu nehmen. Unternehmen und Betriebe mit unterschiedlichen Unternehmens- bzw. Betriebszwecken (Mischunternehmen bzw. - betriebe), die auch Arbeitnehmerüberlassung betreiben, können vom Gleichstellungsgrundsatz durch Anwendung eines Tarifvertrages der Arbeitnehmerüberlassung abweichen, wenn sie unter dessen Geltungsbereich fallen. Welche Betriebe, Unternehmen oder Arbeitnehmergruppen von einem Tarifvertrag umfasst werden, ist durch Auslegung des tarifvertraglichen Geltungsbereichs festzustellen. Das Bundessozialgericht hat für den von der DGB-Tarifgemeinschaft mit dem damaligen Bundesverband Zeitarbeit Personal-Dienstleistungen (BZA) vereinbarten Manteltarifvertrag vom 22.7.2003, geändert durch Änderungstarifverträge vom 22.12.2004, 30.5.2006 und 9.3.2010, für Recht erkannt, dass ihm nicht das Industrieverbandsprinzip zugrunde liegt, sondern dass der Manteltarifvertrag für Arbeitnehmerüberlassung im Sinne des AÜG gilt (Urteil vom 12.10.2016, B 11 AL 6/15 R). Sein Geltungsbereich umfasst daher auch Arbeitnehmerüberlassung in Mischunternehmen oder Mischbetrieben, in denen nicht arbeitszeitlich überwiegend Arbeitnehmerüberlassung stattfindet. Diese Rechtsprechung des Bundessozialgerichts ist auf die aktuell für die Arbeitnehmerüberlassung bestehenden

Flächentarifverträge, die zwischen der DGB-Tarifgemeinschaft und dem Gesamtverband der Personaldienstleister (GVP) abgeschlossen worden sind, angesichts der inhaltlichen Ausgestaltung der Geltungsbereiche dieser Tarifverträge zu übertragen. Damit können auch Mischunternehmen bzw. Mischbetriebe, die nicht Mitglied in einem Arbeitgeberverband der Arbeitnehmerüberlassung sind und nicht überwiegend Arbeitnehmerüberlassung betreiben, durch Inbezugnahme der von der DGB-Tarifgemeinschaft mit dem GVP abgeschlossenen Flächentarifverträge vom Gleichstellungsgrundsatz (§ 8 Abs. 1 Satz 1) abweichen. Die Tarifpartner der Zeitarbeit haben in den genannten Flächentarifverträgen Leistungen für Einsatzzeiten und Zeiten des Nichtverleihs in einem Gesamtkonzept geregelt. Die tariflichen Regelungen müssen folglich sowohl für Einsatzzeiten wie für Nichteinsatzzeiten in Bezug genommen werden. Eine auf die Dauer der Überlassung beschränkte Inbezugnahme befreit den Verleiher nicht von der Anwendung des Gleichstellungsgrundsatzes. Das entsprechende Tarifwerk ist im Falle der Inbezugnahme grundsätzlich vollständig und umfassend auf das Arbeitsverhältnis anzuwenden (FW 8.2 Abs. 3 a. E.). Mischunternehmen bzw. -betriebe, die arbeitszeitlich nicht überwiegend Arbeitnehmerüberlassung betreiben und die ihre nicht verliehenen Arbeitnehmer nach dem für sie geltenden Branchentarifvertrag beschäftigen, können vom Gleichstellungsgrundsatz (§ 8 Abs. 1 Satz 1) abweichen, wenn dieser Tarifvertrag eine ausdrückliche Klausel enthält, wonach er im Falle des Verleihs des Arbeitnehmers ebenfalls anwendbar ist. Die einem Tarifvertrag beizumessende Richtigkeitsgewähr rechtfertigt das Abweichen vom Gleichstellungsgrundsatz für alle Unternehmen gleichermaßen. Das gilt für tarifgebundene wie für nicht tarifgebundene Unternehmen und für Mischbetriebe ebenso wie für reine Verleihunternehmen. Deshalb muss das entsprechende Tarifwerk im Falle der einzelvertraglichen Inbezugnahme grundsätzlich vollständig und umfassend auf das Arbeitsverhältnis angewendet werden (FW 8.2 Abs. 3 a. E.). Zwar gilt das gesetzliche Gleichstellungsgebot nur für Zeiten der Überlassung. Daraus folgt jedoch nicht, dass die Anwendung eines Zeitarbeitstarifvertrags ebenfalls nur für die Dauer der Überlassung arbeitsvertraglich vereinbart werden kann, um vom Gleichstellungsgebot abzuweichen zu können. Vom Gleichstellungsgebot abweichenden Tarifwerken liegt eine zusammenfassende Gesamtwürdigung der Überlassungs- und der verleihfreien Zeiten zugrunde. Der mit einem Zeitarbeitstarifvertrag bezweckte Gesamtschutz von Leiharbeitnehmenden würde aufgelöst, könnte seine Anwendung nur für die Zeiten der Überlassung vertraglich vereinbart werden. Zwar wollen Tarifverträge der Zeitarbeit grundsätzlich nur Leiharbeitsverhältnisse re-

geln. Wendet aber ein Mischbetrieb durch arbeitsvertragliche Inbezugnahme einen Tarifvertrag der Zeitarbeit an, so handelt es sich nicht um einen „fremden“ Tarifvertrag. Der Schutzzweck des § 8 Abs. 2 Satz 3 umfasst die Leiharbeitnehmer eines Mischunternehmens in gleicher Weise wie die Leiharbeitnehmer eines reinen Verleihunternehmens. Das gilt auch für Verleiher mit Sitz in einem EU- bzw. EWR-Staat, weil sie die Erlaubnis unter den gleichen Voraussetzungen erhalten wie deutsche Verleiher (§ 3 Abs. 4 Satz 1 und 2).

6. Der Anspruch des Leiharbeitnehmers auf Vergütung bei Annahmeverzug des Verleihers (§ 615 Satz 1 BGB) ist nach § 11 Abs. 4 Satz 2 unabdingbar. Die Höhe des für verleihfreie Zeiten zu zahlenden Arbeitsentgelts ist nicht festgelegt. Daher kann in einem Tarifvertrag für verleihfreie Zeiten eine geringere Vergütung als für Zeiten der Überlassung festgelegt werden. Eine nach § 3a Abs. 2 festgesetzte Lohnuntergrenze ist einzuhalten (vgl. FW 8.6).

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 bundesweit geltenden, für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrages oder einer Rechtsverordnung nach dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz (AEntG) fallen, so sind dem Leiharbeitnehmer mindestens die in diesem Tarifvertrag geregelten Arbeitsbedingungen im Sinne des § 5 Satz 1 Nummer 2 bis 4 AEntG bzw. die in dieser Rechtsverordnung geregelten Arbeitsbedingungen zu gewähren (§ 8 Abs. 3 AEntG). Im Fall eines bundesweit geltenden, für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrags sind die zu gewährenden Arbeitsbedingungen auf den Katalog des § 5 Satz 1 Nummer 2 bis 4 AEntG beschränkt. Hierunter fallen z.B. die Dauer des Erholungsurlaubs, das Urlaubsentgelt oder ein zusätzliches Urlaubsgeld, nicht hingegen das Arbeitsentgelt. Hinsichtlich des Arbeitsentgeltes gilt der Gleichstellungsgrundsatz siehe 8.1.

9. Dabei kommt es nicht darauf an, ob der Betrieb des Entleihers in den fachlichen Geltungsbereich dieses Tarifvertrages oder dieser Rechtsordnung fällt (§ 8 Abs. 3 a. E. AEntG). In den beschriebenen Konstellationen ist ein Abweichen durch einen anderen Tarifvertrag nicht möglich. Die Vorschriften des bundesweit geltenden, für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrags bzw. der Rechtsverordnung nach dem 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. 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 slowakischer 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 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 § 8 Abs. 2 und Abs. 4 Satz 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 21.11.2007 - 10 AZR 782/06). 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 selbstständige 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 (Tag der Verabschiedung von „Hartz I“ im Deutschen Bundestag) im Hinblick auf den Gleichstellungsgrundsatz abgeschlossen oder angepasst wurden und auf Leiharbeitnehmer im Betrieb Anwendung finden können. Nur unter dem Eindruck der „Hartz-I“-Reform geschlossene Tarifverträge können vom Gleichstellungsgrundsatz abweichen.
15. Nach § 8 Abs. 2 kann ein von den Sozialpartnern abgeschlossener Tarifvertrag dergestalt vom Equal Pay-Grundsatz abweichen, dass den Leiharbeitnehmenden nicht das gleiche Arbeitsentgelt wie vergleichbaren Stammarbeitnehmern des Entleihers, sondern nur die niedrigere tarifliche Vergütung zu zahlen ist. Eine solche Schlechterstellung lässt Art. 5 Abs. 3 der Leiharbeits-Richtlinie zu, wenn dies unter Achtung des Gesamtschutzes von Leiharbeitnehmenden erfolgt. Nach dem Urteil des **EuGH vom 15.12.2022 (C – 311/21)** ist der **Gesamtschutz** von Leiharbeitnehmenden gewahrt, wenn ein Tarifvertrag den Leiharbeitnehmenden wesentliche Vorteile in Bezug auf Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen gewährt, die geeignet sind, ihre Ungleichbehandlung auszugleichen. Im Fall einer im Einzelhandel eingesetzten Leiharbeitnehmerin hat das BAG am 31. Mai 2023 (5 AZR 143/19) entschieden, dass sie keinen Anspruch auf das gleiche Arbeitsentgelt wie vergleichbare Stammarbeitskräfte des Entleihers hat. Das in diesem Fall kraft beidseitiger Tarifgebundenheit anzuwendende Tarifwerk genüge jedenfalls im Zusammenspiel mit den Schutzvorschriften des AÜG den

europarechtlichen Anforderungen. Das BAG sieht des Gesamtschutz der Leiharbeitnehmerin in diesem Einzelfall insgesamt als gewahrt. Es sei nicht erforderlich, dass sich Ausgleichsvorteile, die eine Neutralisierung der Ungleichbehandlung ermöglichen, ausschließlich aus dem Tarifwerk selbst ergeben. Unter Berufung auf die Rechtsprechung des EuGH hat das BAG am 31. Mai 2023 entschieden, dass sowohl bei unbefristeten als auch bei befristeten Arbeitsverhältnissen die Gewährung des sogenannten Garantielohns für verleihfreie Zeiten ein möglicher Ausgleichsvorteil sein kann. In dem entschiedenen Einzelfall war die Fortzahlung des Entgelts für verleihfreie Zeiten durch das anzuwendende Tarifwerk gewährleistet. Zudem sieht das AÜG einen sogenannten Garantielohn vor (§ 11 Abs. 4 Satz 2). Außerdem tragen die Lohnuntergrenze, der allgemeine gesetzliche Mindestlohn sowie die zeitliche Begrenzung des Abweichens von Equal Pay auf grundsätzlich die ersten 9 Monate zum Gesamtschutz bei.

8.6 Lohnuntergrenze

(1) Der Verleiher ist nach § 8 Abs. 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 Abs. 2 und 3 auch die Einhaltung der Verpflichtungen nach § 8 Abs. 5. Zudem prüfen die Behörden der Zollverwaltung die Arbeitsbedingungen nach § 8 Abs. 5 (§ 17 Abs. 2). Zur Zusammenarbeit wird auf FW 3.1.2 Abs. 6 verwiesen.

(2) Soweit eine Lohnuntergrenze nach § 8 Abs. 5 für das Arbeitsverhältnis gilt, hat der Verleiher dieses Entgelt zu gewähren. Ein Verstoß hiergegen kann die Versagung (§ 3 Abs. 1 Nr. 3) oder den Widerruf (§ 5 Abs. 1 Nr. 3) der Erlaubnis zur Folge haben. Es sind die unter FW 3.1 dargestellten Grundsätze, insbesondere zur Verhältnismäßigkeit zu beachten. Daneben wird der Tatbestand einer Ordnungswidrigkeit nach § 16 Abs. 1 Nr. 7b erfülltund kann mit einer Geldbuße von bis zu 500.000,00 EUR geahndet werden.

9. § 9 Unwirksamkeit/Festhaltenserklärung

(1) § 9 Abs. 1 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 Verleihern 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 Angehörigen der rechtsberatenden Berufe sowie Gewerkschaften und Verbände zu wenden, hinzuweisen.

(3) Ergeben sich aus dem Auskunftsersuchen **Hinweise für Verstöße** gegen das AÜG, ist diesen nachzugehen. Gleiches gilt für Anhaltspunkte für Verstöße gegen das AÜG, die sich aus der Vorlage einer Festhaltenserklärung bei der Bundesagentur für Arbeit nach § 9 Abs. 2 ergeben.

(4) Nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 sind die Überlassungsverträge und Arbeitsverträge mit Leiharbeitsnehmenden 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.

(4a) Wird ein Leiharbeitnehmer aus dem Ausland nach Deutschland überlassen und ist der ausländische Verleiher nicht im Besitz einer deutschen Erlaubnis, führt das nicht zur Unwirksamkeit des Leiharbeitsvertrages nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 AÜG, wenn das Leiharbeitsverhältnis dem Recht eines anderen Mitgliedsstaats der EU unterliegt (BAG, Urteil vom 26.04.2022 – 9 AZR 228/21). Nach § 2 Abs. 1 Nr. 4 AEntG gelten nationale Regelungen nur dann vorrangig, wenn sie die Bedingungen „für“ die Überlassung von Leiharbeitnehmenden regeln. Dazu zählen nationale Regelungen, die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen von Leiharbeitnehmende oder gewerbe- bzw. erlaubnisrechtliche Voraussetzungen der Arbeitnehmerüberlassung regeln. Nationale Regelungen, die wie § 9 Abs. 1 Nr. 1 AÜG den Bestand des Leiharbeitsverhältnisses betreffen, fallen nicht darunter. § 9 Abs. 1 Nr. 1 AÜG ist auch keine Eingriffsnorm im Sinne von Art. 9 Abs. 1 ROM I-VO.

(5) § 1 Abs. 1 Satz 5 und 6 bestimmen das Pflichtenprogramm, welches vor Einsatz des Leiharbeitnehmers zu erfüllen ist. So ist der Vertrag zwischen Ver- und Entleiher ausdrücklich als Arbeitnehmerüberlassungsvertrag zu bezeichnen und die Leiharbeitskraft zu konkretisieren. Nach § 9 Abs. 1 Nr. 1a sind Arbeitsverträge mit Leiharbeitnehmenden unwirksam, wenn dieses Pflichtenprogramm nicht vollständig erfüllt ist.

(6) Nach § 9 Abs. 1 Nr. 1b werden Arbeitsverträge mit Leiharbeitnehmenden ab dem Zeitpunkt unwirksam, zu dem die zulässige Überlassungshöchstdauer nach § 1 Abs. 1b überschritten wird.

(7) In den Fällen des § 9 Abs. 1 Nr. 1 bis 1b wird dem Leiharbeitnehmer ein Widerspruchsrecht eingeräumt. Die Unwirksamkeit des Arbeitsvertrags tritt nicht ein, wenn der Leiharbeitnehmer schriftlich und fristgerecht gegenüber dem Verleiher oder dem Entleiher erklärt, dass er an dem Vertrag festhalten will (Festhaltenserklärung). Die Erklärung kann nach § 9 Abs. 3 Satz 1 erst während des Laufs der jeweiligen Monatsfrist wirksam abgegeben werden.

(8) Die Abgabe einer Festhaltenserklärung hat nur zivilrechtliche Folgen und kann eine rechtswidrige Überlassung weder für die Vergangenheit noch für die Zukunft legalisieren. Verstöße gegen § 1 Abs. 1 Satz 1, Satz 5 und 6 oder Abs. 1b können demzufolge auch bei Abgabe einer Festhaltenserklärung mit einer Ordnungswidrigkeit geahndet werden und erlaubnisrechtliche Maßnahmen begründen. Auch kommt es nach § 9 Abs. 3 Satz 2 trotz Abgabe der Festhaltenserklärung zu einer Unwirksamkeit des Leiharbeitsverhältnisses nach § 9, wenn die rechtswidrige Überlassung nach der Festhaltenserklärung fortgesetzt wird. Eine erneute Festhaltenserklärung ist nach § 9 Abs. 3 Satz 3 unwirksam.

(9) § 9 Abs. 2 beschreibt weitere Voraussetzungen für eine wirksame Festhaltenserklärung. Die Tätigkeit der Agentur für Arbeit beschränkt sich insoweit darauf, auf der schriftlichen Erklärung das Datum der Vorlage und die Feststellung der Identität des persönlich erschienenen Leiharbeitnehmers zu vermerken. Für die fristwahrende Übermittlung der Erklärung an den Verleiher oder den Entleiher ist der Leiharbeitnehmer selbst verantwortlich.

(10) § 9 Abs. 1 Nr. 1 bis 1b ist über § 10a entsprechend anzuwenden, wenn der Leiharbeitnehmer entgegen § 1 Abs. 1 Satz 3 von einem anderen als seinem vertraglichen Arbeitgeber verliehen wird und der Weiterverleiher dabei gegen die Erlaubnispflicht, die Überlassungshöchstdauer oder die Offenlegungspflicht verstößt.

(11) Nach § 9 Abs. 1 Nr. 2 sind Vereinbarungen unwirksam, die für den Leiharbeitnehmer schlechtere als die ihm nach § 8 zustehenden Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgeltes vorsehen. Die Unwirksamkeit einer solchen Vereinbarung führt nicht zur Unwirksamkeit des Arbeitsvertrages insgesamt, sondern zur Verpflichtung Equal Treatment zu leisten (§ 8).

(12) Nach § 9 Abs. 1 Nr. 2a sind Vereinbarungen, die den Zugang des Leiharbeitnehmers zu den Gemeinschaftseinrichtungen oder –diensten im Unternehmen des Entleihers entgegen § 13b beschränken, unwirksam.

(13) § 9 Abs. 1 Nr. 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 ist die Teilnichtigkeit des Arbeitnehmerüberlassungsvertrages. Diese bezieht sich auf die unzulässigen Verbotsklauseln im Vertrag.

(14) 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.

(15) Nach § 9 Abs. 1 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.

(16) Unwirksam sind nach § 9 Abs. 1 Nr. 5 Vereinbarungen, nach denen der Leiharbeitnehmer eine Vermittlungsvergütung an den Verleiher zu zahlen hat.

10. § 10 Rechtsfolgen bei Unwirksamkeit

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

(2) In Fällen der Unwirksamkeit des Arbeitsvertrages wegen fehlender Erlaubnis des Verleihers, verdeckter Arbeitnehmerüberlassung oder Überschreitens der Überlassungshöchstdauer (§ 9 Abs. 1 Nr. 1 bis 1b) wird 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.

(2a) Unterliegt das Leiharbeitsverhältnis zwischen Leiharbeitnehmer und einem ausländischen Verleiher dem Recht eines anderen Mitgliedsstaats der EU und ist der ausländische Verleiher nicht im Besitz einer deutschen Erlaubnis, gilt bei Überlassungen ins Inland kein Arbeitsverhältnis mit dem deutschen Entleiher als zustande gekommen, weil die Verletzung der Erlaubnispflicht in diesem Fall nicht zur Unwirksamkeit des Leiharbeitsvertrages nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 AÜG führt (vgl. FW 9 Abs. 4a).

(3) Ist ein Arbeitsvertrag nach § 9 unwirksam, hat der Leiharbeitnehmer einen Anspruch auf Ersatz des dadurch entstandenen Vermögensnachteils (Schadenersatz) gegen den Verleiher. 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 (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.

(5) Nach § 10a ist auch § 10 auf Fälle des unzulässigen Ketten-/Weiterverleihs entsprechend anwendbar (vgl. FW 9. Abs. 10).

11. § 11 Sonstige Vorschriften über das Leiharbeitsverhältnis

11.1. Nachweispflichten nach dem NachwG

(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 Niederschrift bzw. einem schriftlichen **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 Vertragsbedingungen sind zu dokumentieren. Es gelten die Fristen des § 2 Abs. 1 S. 4 NachwG. Die Pflicht, Leiharbeitnehmende einen Nachweis über die wesentlichen Vertragsbedingungen und ein Merkblatt der Erlaubnisbehörde auszuhändigen, resultiert aus der besonderen Schutzbedürftigkeit des Leiharbeitnehmers.

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

(4) Der **Verleiher** hat die Niederschrift bzw. den Arbeitsvertrag dem Leiharbeitnehmer **auszuhändigen**. Grundsätzlich findet das NachwG auch bei einem zulässigerweise befristeten (Leih-)Arbeitsverhältnis mit kurzer Dauer Anwendung (Die Befristungsabrede bedarf in jedem Fall für ihre Wirksamkeit der Schriftform.).

(5) Die Niederschrift kann ab dem 01.01.2025 in Textform erstellt und elektronisch übermittelt werden. Das Dokument muss bei elektronischer Übermittlung für Arbeitnehmer/innen zugänglich sein sowie gespeichert und ausgedruckt werden können. Zusätzlich hat der Arbeitgeber den Arbeitnehmer aufzufordern, einen auf die übermittelte Niederschrift bezogenen Empfangsnachweis zu erteilen.

(6) Arbeitnehmer haben im Falle der Erteilung in Textform gemäß § 2 Abs. 1 S. 3 NachwG zusätzlich einen Anspruch auf Erteilung des Nachweises in Schriftform (§ 126 BGB). Das Gleiche gilt nach § 2 Abs. 1 S. 4 NachwG bei einem entgegen der gesetzlichen Verpflichtung nicht erteilten Nachweis, um im Streitfall den erforderlichen zeitnahen Zugriff auf den schriftlichen Nachweis zu ermöglichen.

Dies umfasst nach § 11 Abs. 1 AÜG auch die sich aus § 11 Abs. 1 Satz 2 AÜG ergebenden zusätzlichen Angaben:

- zur Firma und Anschrift des Verleihers,
- Erlaubnisbehörde, Ort und Datum der Erteilung der Erlaubnis sowie
- Umfang der Leistungen in verleihfreien Zeiten.

Der schriftliche Nachweis muss auf das arbeitnehmerseitige Verlangen hin unverzüglich, das heißt ohne schuldhaftes Zögern, und unter Hinweis auf den Geltungsbeginn der wesentlichen Vertragsbedingungen erteilt werden.

(7) Die Verjährung des Anspruchs auf Erteilung eines schriftlichen Nachweises beginnt mit dem Schluss des Jahres, in dem das Arbeitsverhältnis endet.

(8) Wurde ein schriftlicher Arbeitsvertrag (§ 126 BGB) ausgehändigt, entfällt die Verpflichtung, eine Niederschrift über die wesentlichen Vertragsbedingungen zu erteilen, wenn und soweit der Arbeitsvertrag die erforderlichen Angaben enthält. Gleiches gilt, wenn ein Arbeitsvertrag in Textform (§ 126 b BGB) nach Maßgabe des § 2 Abs. 1 S. 2 NachwG abgefasst und dem Arbeitnehmer übermittelt wurde. Arbeitnehmer haben auch in diesen Fällen einen Anspruch, auf Verlangen einen Nachweis in Schriftform nach § 2 Abs. 1 S. 3 NachwG zu erhalten.

(9) Eine Änderung der wesentlichen Vertragsbedingungen nach § 2 Abs. 1 NachwG oder bei einem Auslandsaufenthalt nach § 2 Abs. 2 und 3 NachwG ist dem Arbeitnehmer spätestens an dem Tag, an dem sie wirksam wird, schriftlich mitzuteilen (§ 3 Abs. 1 S. 1 NachwG). Dies gilt nicht bei einer Änderung der auf das Arbeitsverhältnis anwendbaren gesetzlichen Vorschriften, Tarifverträge, Betriebs- oder Dienstvereinbarungen sowie Regelungen paritätisch besetzter Kommissionen, die auf der Grundlage kirchlichen Rechts Arbeitsbedingungen für den Bereich kirchlicher Arbeitgeber festlegen (§ 3 Abs. 1 S. 3 NachwG). Änderungen der wesentlichen Vertragsbedingungen nach § 2 Abs. 1 NachwG oder bei einem Auslandsaufenthalt nach § 2 Abs. 2 und 3 NachwG können ebenfalls nach Maßgabe des § 2 Abs. 1 S. 2 NachwG elektronisch mitgeteilt werden. Die Mitteilungspflicht entfällt, wenn die Änderung Gegenstand eines schriftlichen Änderungsvertrages ist. Gleiches gilt wenn die Änderung in einem von den Arbeitsvertragsparteien in Textform nach Maßgabe des § 2 Abs. 1 S. 2 NachwG geschlossenen und übermittelten Änderungsvertrag enthalten ist. Arbeitnehmer haben auch in diesen Fällen einen Anspruch, auf Verlangen einen Nachweis in Schriftform nach § 2 Abs. 1 S. 3 NachwG zu erhalten.

(10) Die nach den vorstehenden Maßgaben optionale Nachweiserbringung in Textform sowie der Nachweisersatz durch einen in Textform abgefassten und elektronisch übermittelten Arbeits- oder Änderungsvertrag ist ab dem 01.01.2025 möglich und gilt nicht für Arbeitnehmer/innen, die in einem Wirtschaftsbereich oder Wirtschaftszweig nach § 2a Absatz 1 SchwarzArbG tätig sind. In diesen Bereichen ist die Beibehaltung der Schriftform zum Schutz der Arbeitnehmer/innen erforderlich.

(11) Im Rahmen von Betriebsprüfungen ist der Verleiher verpflichtet, gegenüber der Erlaubnisbehörde die Einhaltung der Anforderungen des NachwG in lesbarer Form nachzuweisen.

(12) Grundsätzlich findet das NachwG auch bei einem zulässigerweise befristeten (Leih-) Arbeitsverhältnis mit kurzer Dauer Anwendung (Die Befristungsabrede bedarf in jedem Fall für ihre Wirksamkeit der Schriftform.).

(13) Der Verleiher muss den Leiharbeitnehmer nach § 11 Abs. 2 Satz 4 vor jeder Überlassung darüber informieren, dass er als Leiharbeitnehmer tätig wird . Diese Regelung ergänzt die zwingende Offenlegung der Arbeitnehmerüberlassung zwischen Verleiher und Entleiher nach § 1 Abs. 1 Satz 5 und 6.

(14) **Ordnungswidrig** handelt, wer vorsätzlich oder fahrlässig der in § 11 Abs. 1 und Abs. 2 normierten Nachweis-, Aushändigungs- bzw. Übermittlungs- und Informationspflicht nicht nachkommt (§ 16 Abs. 1 Nr. 8).

11.2 Leistungen in verleihfreien Zeiten

(1) 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 Vergütungsanspruchs 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.

(2) Die Regelungen des § 12 TzBfG (Arbeit auf Abruf) gelten auch für Leiharbeitsverhältnisse (vgl. FW 3.1.1 Abs. 8). Werden Leiharbeitnehmer auf Abruf beschäftigt, sind die Voraussetzungen dieser Vorschrift sowie des § 11 Abs. 4 zu beachten.

11.3 Arbeitskampf und Arbeitsschutzvorschriften

(1) Das Verbot des § 11 Abs. 5 Satz 1 ist an den Entleiher gerichtet. Dieser darf Leiharbeitnehmer im Grundsatz nicht in einem bestreikten Betrieb einsetzen. Dies gilt unabhängig davon, ob der Leiharbeitnehmer von seinem Leistungsverweigerungsrecht (vgl. § 11 Abs. 5 Satz 3 und 4) Gebrauch macht. Das Einsatzverbot bezieht sich sowohl auf nach Beginn des Arbeitskampfes entliehene als auch auf Leiharbeitnehmer, die bereits zu Beginn des Arbeitskampfes bei dem Entleiher tätig waren. Unter den in § 11 Abs. 5 Satz 2 genannten Voraussetzungen darf der Entleiher Leiharbeitnehmer ausnahmsweise in einem bestreikten Betrieb einsetzen.

(2) Ein Verstoß des Entleihers gegen das Einsatzverbot in bestreikten Betrieben kann nach § 16 Abs. 1 Nr. 8a und Abs. 2 als Ordnungswidrigkeit verfolgt werden und mit einem Bußgeld von bis zu 500.000,00 EUR geahndet werden. Wird festgestellt, dass der Entleiher den Leiharbeitnehmer in einem bestreikten Bereich seines Betriebes eingesetzt hat, ist der Fall dem zuständigen OWi-Team zuzuleiten (vgl. FW 16.2 Abs. 2).

(3) Der Verleiher hat den Leiharbeitnehmer im Falle eines Streiks auf sein Leistungsverweigerungsrecht hinzuweisen (§ 11 Abs. 5 Satz 4). Ist dem Erlaubnisinhaber bekannt, dass seine Leiharbeitnehmer in einem bestreikten Betrieb eingesetzt sind und dort unmittelbar oder mittelbar Tätigkeiten von Stammarbeitskräften verrichten, die sich im Arbeitskampf befinden, kann das ein Indiz für fehlende Zuverlässigkeit sein und bei entsprechender Gewichtung zu erlaubnisrechtlichen Konsequenzen führen (§ 3 Abs. 1 Nr. 1).

(4) § 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) § 12 regelt den Inhalt des Überlassungsvertrages. Das Textformerfordernis des Überlassungsvertrages nach § 12 Abs. 1 Satz 1 umfasst das gesamte Rechtsgeschäft. Alle Vereinbarungen, die nach der Vorstellung der Parteien Teil des Rechtsgeschäfts sind, unterliegen der Textform nach § 126 b BGB. Formbedürftig ist somit grundsätzlich nicht nur die Festlegung der Vertragsparteien und deren Hauptleistungspflichten. Der Textform bedürfen auch die Erklärung des Verleihers zum Besitz der Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung, die Angaben des Entleihers über die vorgesehenen Tätigkeiten und die dafür notwendigen Qualifikationen und die wesentlichen Arbeitsbedingungen vergleichbarer Stamm-Arbeitnehmer sowie Bedingungen, Befristungen, die Modalitäten der Leistungspflichten und Nebenabreden.

(2) Mindestinhalte für einen wirksamen Überlassungsvertrag sind die rechtlich verbindlich eingegangene Pflicht des Verleihers zur Überlassung von Arbeitnehmern, die rechtlich verbindlich eingegangene Pflicht des Entleihers, hierfür eine Vergütung zu leisten, die Offenlegung als Arbeitnehmerüberlassungsvertrag sowie die übrigen Vorgaben des § 12. Welche zusätzlichen Bestandteile der Vertrag im Einzelnen enthalten muss, ist davon abhängig, welche (zusätzlichen) Bedingungen die Vertragsparteien zu vereinbaren beabsichtigen. Im Einzelfall muss eine Gesamtschau erfolgen, um festzustellen, ob bereits ein hinreichender Rechtsbindungswille niedergelegt ist und es sich damit um einen Vertrag handelt.

(3) Einer Vereinbarung, die lediglich die Rahmenbedingungen zwischen den Parteien regelt, ohne diese zur Erbringung konkreter Hauptleistungen zu verpflichten, mangelt es am erforderlichen Rechtsbindungswillen der Parteien. Sie kann als „Vorvertrag“ lediglich die Basis der weiteren Zusammenarbeit zwischen Verleiher und Entleiher sein. In diesem Fall sind im Anschluss zusätzlich Einzelüberlassungsverträge abzuschließen. Für jeden dieser konkreten Arbeitnehmerüberlassungsverträge ist dann die Textform nach § 126 b BGB einzuhalten.

(4) § 126 b BGB bestimmt, dass – wenn die Textform durch Gesetz vorgeschrieben ist – eine lesbare Erklärung, in der die Person des Erklärenden genannt ist, auf einem dauerhaften Datenträger abgegeben werden muss. Im Rahmen von Betriebsprüfungen ist der Erlaubnisbehörde der Inhalt des Überlassungsvertrages in lesbarer Form zugänglich zu machen.

(5) Die **Nichtigkeit des Überlassungsvertrags** 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 Überlassungsvertrags nicht an.

(6) Nach § 12 Abs. 1 Satz 2 ist für die rechtliche Einordnung eines Vertrages als Überlassungsvertrag die tatsächliche Durchführung des Vertragsverhältnisses maßgebend, falls sich der Vertrag und die Durchführung widersprechen (vgl. auch BAG, Urteil vom 15.04.2014 – 3 AZR 395/11).

(7) Der **Entleiher** hat in dem Vertrag **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.

(8) 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 der in § 8 Abs. 2 und Abs. 4 Satz 2 genannten Ausnahme vom Gleichstellungsgrundsatz vorliegen.

(9) 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 in § 8 Abs. 2 und Abs. 4 Satz 2 genannten Ausnahme vom Gleichstellungsgrundsatz 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, dem 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 § 8 Abs. 2.

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

16. § 16 Ordnungswidrigkeiten

16.1 Ordnungswidrigkeiten

§ 16 regelt die wichtigsten 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 19 verwiesen. Ordnungswidrigkeiten im Zusammenhang mit Leiharbeit können sich auch aus anderen Gesetzen ergeben. Einzelheiten zu Ordnungswidrigkeiten hinsichtlich des Verbots von Werkverträgen und Leiharbeit in der Fleischwirtschaft ergeben sich aus der Weisung 202104002 vom 01.04.2021.

16.2 Zuständigkeit für die Verfolgung und Ahndung

(1) Für die Verfolgung und Ahndung der Ordnungswidrigkeiten nach § 16 Abs. 1 Nr. 1, 1a, 1c, 1d, 1f, 2, 2a und 7b sowie 11 bis 19 sind die **Behörden der Zollverwaltung** zuständig (§ 16 Abs. 3). Die Teams Arbeitnehmerüberlassung übersenden jeden Fall ohne Ausnahme, bei dem ein Verdacht einer Ordnungswidrigkeit nach § 16 Abs. 1 Nr. 1, 1a, 1c, 1d, 1f, 2, 2a und 7b sowie 11 bis 19 besteht, an das zuständige OWi-Team des Operativen Services zur Prüfung.

(2) Für die übrigen Tatbestände des § 16 (§ 16 Abs. 1 Nr. 1b, 1e, 3 bis 7a sowie 8 bis 10), ist die **BA** für die Verfolgung und Ahndung zuständig (s. FW OWi § 16). Die Teams Arbeitnehmerüberlassung übersenden jeden Fall, ohne Ausnahme bei dem ein Verdacht einer Ordnungswidrigkeit nach § 16 Abs. 1 Nr. 1b, 1e, 3 bis 7a sowie 8 bis 10 besteht, an das zuständige OWi-Team des Operativen Services zur Prüfung. Die Prüfung von Verfolgungsbeschränkungen im Sinne von § 47 OWiG obliegt ausschließlich dem zuständigen OWi-Team, das auch über die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens entscheidet (vgl. Information 201512008 vom 21.12.2015).

BMASBGebV - Gebühren und Auslagen

(1) Am 1. Oktober 2021 ist die Besondere Gebührenverordnung des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales (BMASBGebV) in Kraft getreten. Die für die Zeit ab dem 1. Oktober 2021 geltenden Gebührentatbestände ergeben sich aus dem Gebühren- und Auslagenverzeichnis zu Anlage § 2 Abs. 1 BMASBGebV.

(2) Für die zu treffende Gebührenentscheidung gelten ergänzend die allgemeinen Vorschriften des Bundesgebührengesetzes (BGebG). Mit dem Erlass der BMASBGebV sind die Vorgaben des BGebG ergänzend zu dieser Verordnung nunmehr vollständig zu beachten (vgl. auch BT Drs. 17/10422 Seite 119 zu § 23 Abs. 2 BGebG).

(3) 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.

(4) Die Gebührenfestsetzung kann zusammen mit der Sachentscheidung oder selbstständig 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.

(5) Die Entscheidung über die Erhebung von Gebühren im Zusammenhang mit einer durchgeführten Betriebsprüfung im Rahmen eines Verlängerungsantrags oder außerhalb des Antragsverfahrens, ist im Prüfbericht und im Bescheid nachvollziehbar zu dokumentieren und zu begründen. Dabei ist stets Ermessen auszuüben und eine Abwägung der Umstände im Einzelfall vorzunehmen. So ist beispielsweise zu begründen, wenn grundsätzlich ein Fall eines Regelbeispiels nach Nr. 4.2 des Gebühren- und Auslagenverzeichnisses der Anlage zu § 2 Absatz 1 BMASBGebV vorliegt, aber nach Abwägung der Umstände im Einzelfall eine Gebühr nach Nr. 4.1. der Anlage festgesetzt wird, da die Prüfung etwa besonders umfangreich und aufwändig war (vgl. LSG Thüringen, 10.06.2024, Az. L 10 AL 540/24).

(6) Nach § 21 Abs. 1 BGebG zu erstattende Beträge sind von den Einnahmen abzusetzen. Bei Ablehnung und Rücknahme von Anträgen sind die gemäß § 10 BGebG vorgesehenen Ermäßigungsvorschriften zu beachten. Keine Gebühr ist zu erheben, wenn die Sachbearbeitung, also eine nähere Prüfung der Unterlagen noch nicht aufgenommen wurde. So entfällt eine Gebührenerhebung bei Neu- oder Verlängerungsanträgen, insbesondere wenn

der Antrag zurückgenommen wird, bevor mit seiner Bearbeitung begonnen wurde. Wird ein Antrag, nachdem mit der Sachbearbeitung begonnen wurde, zurückgenommen oder abgelehnt, ist die Gebühr in Anwendung des § 10 BGebG nach pflichtgemäßem Ermessen zu ermäßigen. Das Ermessen ist stets auszuüben und eine entsprechende Entscheidung ist mit Begründung im Bescheid aufzunehmen. Wurden zunächst nur die Antragsunterlagen auf Vollständigkeit durchgesehen sowie fehlende Unterlagen nachgefordert und der Antrag dann ohne weiteren Bearbeitungsaufwand wegen fehlender Mitwirkung abgelehnt oder vom Antragsteller zurückgenommen, kommt eine Ermäßigung der Gebühr in Betracht.

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
Telefon: 0611/707-0
www.soka-bau.de

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

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

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