

Prüfungen durch die Bundesagentur für Arbeit

Schwerpunkte, Sanktionen, Strategie

HK2
Rechtsanwälte

Jörg Hennig, Fachanwalt für Arbeitsrecht, HK2 Rechtsanwälte Berlin





RA Jörg Hennig

- Fachanwalt für Arbeitsrecht, Partner bei HK2 Rechtsanwälte Berlin, Schwerpunkte Arbeitsrecht + Zeitarbeit + Sozialversicherung
- Mitautor des Fachbuchs „*Böhm/Hennig/Popp* Zeitarbeit und Arbeiten 4.0“, 4. Aufl. 2017 sowie diverser weiterer Fachbeiträge
- Ständige Begleitung von AÜ-Prüfungen, Widerspruchs- und Klageverfahren gegen die Bundesagentur für Arbeit

Schwerpunkte





Organisation und Standorte der BA

- 3 Teams Sachbearbeitung
 - AA Kiel
 - AA Düsseldorf
 - AA Nürnberg
- 5 Teams Prüfung
 - AA Berlin für Ostdeutschland, Hamburg und Schleswig-Holstein
 - AA Düsseldorf für NRW
 - AA Hannover für Niedersachsen, Bremen, Hessen
 - AA Nürnberg für Bayern
 - AA Stuttgart für Baden-Württemberg, Rheinland-Pfalz, Saarland

Sinn und Zweck der Prüfung

- Die BA prüft, ob das Zeitarbeitsunternehmen
 - Über die erforderliche Zuverlässigkeit nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 AÜG verfügt,
 - Nach der Gestaltung seiner Betriebsorganisation gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 2 AÜG in der Lage ist, die üblichen Arbeitgeberpflichten zu erfüllen
 - Dem Zeitarbeitnehmer die ihm zustehenden Arbeitsbedingungen (§ 8 AÜG) einschließlich des Arbeitsentgeltes gewährt, gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 3 AÜG

- Es geht um eine Prognose für die Zukunft: „Ist damit zu rechnen, dass der Personaldienstleister sich in Zukunft an die Regeln halten wird?“

Welche Unterlagen will die BA sehen?

- Gesamte Personalakte, d.h. Arbeitsverträge, Überlassungsverträge/Einsatzmitteilungen, Entgeltabrechnungen, Stundenzettel, Anträge von Arbeitnehmern (z.B.: Urlaub, Freizeitausgleich, AU-Bescheinigungen), SV-Meldungen, Kündigungen/Aufhebungsverträge/Abmahnungen
- **Aktuelle Brennpunkte:**
 - **Keine Dateien** erlaubt, nur Ausdrücke
 - **Originaldokumente**
 - **Übersetzungen** ins Deutsche



Prüfungsschwerpunkte

- Korrekte Gewährung von Entgelt/ Entgeltersatz (Eingruppierung, Vergütung bei Krankheit, Feiertag, **Urlaub**)
- **Equal Treatment/Equal Pay** und Tarifvertrag
- Branchen-Mindestlöhne, Einhaltung Lohnuntergrenze
- **Überlassungshöchstdauer**
- Offenlegungs- und **Konkretisierungspflicht**
- Abführen von Sozialversicherungsbeiträgen und Lohnsteuer
- Vollständige Vertragsunterlagen + Merkblatt
- Arbeitsschutz, Arbeitssicherheit
- Datenschutz

Korrekte Gewährung von Entgelt/ Entgeltersatz



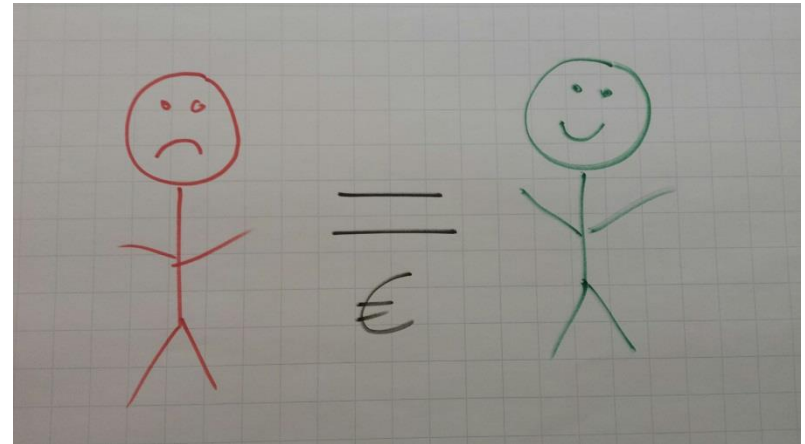
- Korrekte Eingruppierung und Beschreibung der Tätigkeit? -> Es kommt auf die Tätigkeit an, nicht die Berufsbezeichnung
- Wurde Entgeltfortzahlung gemäß § 6a iGZ MTV richtig berechnet?
- Korrekte Berechnung von Feiertagen? (Echtes Entgeltausfallprinzip)
- Garantielohn für Nichteinsatzzeiten gezahlt?
- An Jahressonderzahlung gedacht?
- Ist alles transparent auf der Lohnabrechnung zu erkennen?

Urlaubsabgeltung

- § 7 Abs. 3 Satz 1 BUrlG sieht **Verfall des nicht genommenen Urlaubs am Ende des Jahres** vor
- Vorlagebeschluss des BAG v. 13.12.2016 – 9 AZR 541/15 (EuGH Rechtssache C 684/16): Muss der Arbeitnehmer den Urlaub beantragen, damit der Anspruch nicht am Ende des Bezugszeitraums ersatzlos untergeht?
- Rechtsansicht des Generalanwalts beim EuGH:
 - Der Umstand allein, dass ein Arbeitnehmer keinen Urlaub beantragt hat, kann nicht automatisch den Verlust des Anspruchs auf finanzielle Vergütung für den bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht genommenen Urlaub bewirken. Den **Arbeitgeber treffen jedenfalls Informationspflichten** über den Verfall des Urlaubsanspruchs.
- Dieser Auffassung folgt auch die BA und beanstandet dementsprechend bereits jetzt den Verfall des Urlaubs am Jahresende

Equal Treatment/Equal Pay und Tarifvertrag

- Equal Treatment oder TV anwendbar?
- Falls Equal Treatment: Exakte Gleichbehandlung?
- Falls TV: Allen Pflichten aus TV nachgekommen?
- Entscheidend kommt es auf Abfrage / Dokumentation an



Überlassungshöchstdauer

Wie wird gerechnet?

Fachliche Weisungen der BA

- Die BA wählt in ihren Fachlichen Weisungen zum AÜG einen **vertragsbezogenen** Berechnungsansatz:

„Für die Bestimmung der Überlassungsdauer ist die vertragliche Vereinbarung der Überlassung zwischen Verleiher und Entleiher maßgeblich.“ (S. 23 FW)

- Beginn und Ende eines Einsatzes richten sich somit nach dem im Vertrag festgelegten Daten
- **Vorteil:** Tageweise Berechnungen sind möglich, denn es ist immer nur erforderlich, den Einsatz offiziell enden zu lassen. Die Einsatzdauer würde sich erst mit Beginn des folgenden Einsatzes verlängern

Wie wird gerechnet II?

Berechnung der Monatsfrist

- Die Bestimmung des für die Überlassungshöchstdauer 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 2017, ist diese unter Beachtung der grundsätzlichen Überlassungshöchstdauer von 18 aufeinanderfolgenden Monaten bis zum Ablauf des 2. Oktober 2018 zulässig.

Wie wird gerechnet III?

Kurzeinsätze



Monate mit mehr oder weniger als 30 Tagen

- Es wird immer mit 30 Tagen gerechnet
 - Monate > 30 Tage: Sobald 31 Tage gearbeitet wurde, wird auf monatliche Berechnung umgestellt → Hier dauert ein voller Monat 31 Tage
 - Februar: wird weniger als 28 Tage gearbeitet, wird entsprechend gezählt. Bei genau 28 Tagen ist es ein ganzer Monat

Kombination aus vollen und aus Teilmonaten

- Hier werden die vollen Monate voll und die Teilmonate anteilig gerechnet und die Werte dann entsprechend addiert.

Konkretisierung I

Schrift- oder Textform?

- Konkretisierung = namentliche Benennung der zu überlassenden Person im Überlassungsvertrag/unter Bezugnahme auf Überlassungsvertrag (gilt auch für Verträge die vor 01.04.2017 geschlossen wurden) -> Formerfordernis?

Konkretisierung II

Rahmenverträge ohne konkrete Kontingente unzulässig



Aktueller Textbaustein der BA:

Da der Rahmenvertrag keinen Überlassungsvertrag darstellt, sondern dieser erst durch die Einzelvereinbarung entsteht, **muss die Einzelvereinbarung dem Schriftformerfordernis** nach § 12 AÜG i.V.m. § 126 BGB genügen.

Der eigentliche Arbeitnehmerüberlassungsvertrag ist dann die konkrete Einzelvereinbarung. Diese muss dann auch den Anforderungen der Offenlegung nach § 1 Abs. 5 AÜG und Schriftlichkeit nach § 12 AÜG genügen. **Erst hier wird eine Schuldrechtliche und somit auch einklagbare Verpflichtung begründet.**

Konkretisierung III

Worum geht es?

- Die Konkretisierung bedarf nur dann keiner Schriftform, wenn im Hauptvertrag eine zwingende und bindende Absprache erfolgt ist. Daher folgende Varianten möglich:
 - Einhaltung der „**echten**“ **Schriftform**, indem jede Konkretisierung mit einer Originalunterschrift versehen wird
 - Wahl der **elektronischen Form** („App“)
 - Versuch, die **Kontingentlösung** in rechtsverpflichtender Weise zu praktizieren, also verbunden mit Liefer- und Abnahmeverpflichtungen
 - Arbeiten mit der „**Vollmachtslösung**“, nach der der Personaldienstleister vom Kunden eine Vollmacht zur Unterschrift unter die jeweiligen Einsatzvereinbarungen besitzt (oder umgekehrt)
 - Verzicht auf Annahmeerklärung (§ 151 BGB)

Sanktionen



Sanktionen

- **Beanstandungen**
- **Auflagen** (Eintragung ins GZR)
- **Bußgelder** (-> ab 200 € Eintragung ins GZR)
- **Entzug der Erlaubnis**
- **Ablehnung** des Antrags auf Erteilung einer unbefristeten Erlaubnis.
- **Ablehnung** des Antrages auf Verlängerung der Erlaubnis
- **Praxistipp**: Beanstandungen immer ernst nehmen!

Strategie

HK2
Rechtsanwälte



Was tun bei Beanstandungen?

- Bei Anhörung:
 - Fehlende Nachweise Erbringen
 - Darlegen, dass Fehler abgestellt werden
 - Schulung zum AÜG besuchen
 - Darlegen dass Arbeitnehmerinteressen nicht gefährdet waren
 - Ggf. Nachzahlen
 - Mea Culpa
- Bei Bußgeld und oder Entzug/Versagung der Erlaubnis
 - Widerspruch + Klage

Gegenmaßnahmen

- **Beanstandungen – Gegendarstellung**, um „Verwertung“ bei Folgeprüfung zu vermeiden
- **Auflagen – Widerspruch** einlegen, da ggf. Basis für späteren Erlaubnisentzug. Oft ungenau formuliert, „normwiederholende“ Auflagen sind unzulässig
- **Bußgelder – Einspruch** einlegen. Vorsorglich **Aufteilung in Einzelbußen** unter 200 € beantragen
- **Ablehnung der unbefristeten Erlaubnis** – Im **Anhörungsverfahren** Gegenauffassung sehr ausführlich begründen
- **Ablehnung der Verlängerung der Erlaubnis - Widerspruch** und **Antrag auf aufschiebende Wirkung**, wenn der Verlängerungsantrag rechtzeitig gestellt wurde. Sonst (und bei Entzug): Direkt mit **Eilantrag zum Sozialgericht**

Weitere Ziele und begleitende Maßnahmen

- Gespräch mit der BA suchen und Lösungen diskutieren (geht manchmal)
- Nach der Prüfung ist vor der Prüfung – jedenfalls aus Fehlern lernen
- Klagen gegen Bußgeldbescheide (irgendwas geht da immer)

Haben Sie Fragen?



HK2
Rechtsanwälte

Jörg Hennig (Partner)
Fachanwalt für Arbeitsrecht

HK2 Rechtsanwälte
Hausvogteiplatz 11A
10117 Berlin

Telefon +49 (0) 30 27 89 00-0

Fax +49 (0) 30 27 89 00-20

E-Mail hennig@hk2.eu

www.hk2.eu; www.zeitarbeit-und-recht.de