

Neues „Merkblatt für Leiharbeiterinnen und Leiharbeiter“ der BA – „Wer einen Fehler gemacht hat und ihn nicht korrigiert, begeht einen zweiten“

Personaldienstleister haben nach § 11 Abs. 2 Satz 1 AÜG bei Abschluss des Arbeitsvertrags dem Mitarbeiter ein Merkblatt der Erlaubnisbehörde über den wesentlichen Inhalt des AÜG auszuhändigen. Das hierfür von der Bundesagentur für Arbeit (BA) zur Verfügung gestellte Merkblatt wurde Mitte März aktualisiert und ist ab sofort zu verwenden.

Das Merkblatt enthielt bereits in der bisherigen Fassung missverständliche Hinweise. Nach der aktuellen Ergänzung finden sich aber nun auch Hinweise, die schlicht nicht der geltenden Rechtslage entsprechen und den Mitarbeiter, der dieses Merkblatt erhält, in die Irre führen können. Es stellt sich daher die Frage, wie Personaldienstleister hierauf reagieren können und ob ggf. konkreter Handlungsbedarf besteht.



Dr. Guido Norman Motz



Sebastian Reinert

Die BA hat ihr Merkblatt im März geändert und an verschiedenen Stellen neu formuliert. Ganz überwiegend handelt es sich hierbei um Änderungen, die die Lesbarkeit verbessern und den Informationsgehalt des Merkblatts erhöhen. Diese Änderungen sind daher grundsätzlich zu begrüßen. Problematisch sind aber insbesondere die Hinweise zu Ansprüchen nach der Dritten Verordnung über eine Lohnuntergrenze in der Arbeitnehmerüberlassung (im Folgenden: Lohnuntergrenze), die nicht der geltenden Rechtslage entsprechen und den Leser des Merkblatts in die Irre führen können.

1. Anpassungen durch die BA

Das neue Merkblatt enthält folgende Anpassungen, die sich teilweise bereits in den Fachlichen Weisungen der BA zum Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (FW AÜG) finden:

- Aufnahme der Definition des § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG, dass eine Überlassung vorliegt, wenn in die Arbeitsorganisation des Kunden eingegliedert wird und der Mitarbeiter den Weisungen des Kunden unterliegt, vgl. FW AÜG 1.1.6.1 Abs. 1 (S. 15).
- Hinweis, dass die Festhaltungserklärung nach § 9 AÜG eine rechtswidrige Arbeitnehmerüberlassung weder für die Vergangenheit noch für die Zukunft legalisieret (vgl. FW AÜG 9 Abs. 7, S. 90) und die Überlassung sofort zu beenden sei.
- Anpassung der Hinweise zum Nachweis gemäß § 11 Abs. 1 Satz 1 AÜG in Verbindung mit den Vorgaben des Nachweisgesetzes. Hier wurde der Hinweis gestrichen, dass der Mitarbeiter darauf achten solle,

den schriftlichen Nachweis immer vor Beginn der Beschäftigung zu erhalten, damit er rechtlich abgesichert sei, was besonders bei befristeten Verträgen/Arbeitsverhältnissen wichtig sei.

- Verständlichere Formulierung des Hinweises zur Drehtürklausel gemäß § 8 Abs. 3 AÜG im Sinn der wohl herrschenden Meinung.
- Neufassung des Teils C. zur Lohnuntergrenze und Branchenmindestlöhnen. Diese Hinweise sind rechtlich so nicht haltbar, was nachfolgend erörtert werden soll.
- Ergänzung des Hinweises zur Informationspflicht des Kunden über freie Arbeitsplätze mit der Klarstellung, dass dies nicht zwingend durch einen Aushang erfolgen müsse.

2. Hinweise zur Lohnuntergrenze

Die BA hat im Merkblatt die Hinweise auf die bereits seit dem 1. Juni 2017 und noch bis zum 31. Dezember 2019 geltende Dritte Lohnuntergrenze aktualisiert. Diese sind nunmehr verständlicher formuliert. Hiergegen ist nichts einzuwenden.

Am Ende des Abschnitts C. hat die BA jedoch zwei Absätze eingefügt, die es in sich haben und Hinweise enthalten, die nicht der geltenden Rechtslage entsprechen:

„Der Lohnuntergrenzenanspruch ist besonders geschützt. Einzelvertragliche oder tarifvertragliche sog. Ausschluss- oder Verfallfristen, die den Verfall von

Ansprüchen aus dem Arbeitsverhältnis vorsehen, falls der Anspruch nicht innerhalb einer bestimmten Frist (z.B. 3 Monate) geltend gemacht wird, können den Lohnuntergrenzenanspruch nicht erfassen. Der Arbeitgeber kann in diesen Fällen die Zahlung einer Vergütung in Höhe der Lohnuntergrenze nicht wegen des Ablaufs der Ausschluss- oder Verfallfrist verweigern. Einzelvertragliche Ausschluss- oder Verfallsfristen können wegen des Verstoßes gegen das Transparenzgebot des § 307 Absatz 1 Satz 2 BGB insgesamt unwirksam sein, wenn sie den Lohnuntergrenzenanspruch nicht ausnehmen. In diesem Fall kann sich der Arbeitgeber auch im Hinblick auf Ihre ggf. über den Lohnuntergrenzenanspruch hinausgehenden einzelvertraglichen Lohnansprüche nicht auf die Ausschluss- oder Verfallsfrist berufen.

Sofern Sie während Ihres Einsatzes beim Entleiher Tätigkeiten übernehmen (z.B. Gebäudereiniger, Maler und Lackierer, Pflege), für die auf der Grundlage des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes (AEntG) aktuell ein abweichender Branchenmindestlohn gilt, haben Sie während Ihres Einsatzes nach § 8 Absatz 3 AEntG Anspruch auf das dort festgelegte Mindestentgelt. [...]"

3. Bewertung

Diese von der BA aufgenommenen Hinweise sind überwiegend unrichtig.

Satz 1: Besonderer Schutz der Lohnuntergrenze

Zutreffend ist noch der erste Satz des neu eingefügten Hinweises. In der Tat ist der Anspruch auf die Lohnuntergrenze besonders geschützt. Dies erfolgt durch § 8 Abs. 5 AÜG. Danach ist der Personaldienstleister verpflichtet, dem überlassenen Mitarbeiter mindestens das in einer Rechtsverordnung nach § 3a Abs. 2 AÜG für die Zeit der Überlassung und für Zeiten ohne Überlassung festgesetzte Mindeststundenentgelt zu zahlen.

§ 8 Abs. 5 AÜG ist dabei für den überlassenen Mitarbeiter die zivilrechtliche Anspruchsgrundlage für das festgesetzte Mindeststundenentgelt, welches auch dann zu zahlen ist, wenn das Entgelt eines vergleichbaren Stammarbeitnehmers des Kunden niedriger sein sollte (Motz, in: BeckOK ArbR, 51. Ed. 1.3.2019, § 8 AÜG Rn. 208). Der Personaldienstleister ist auch öffentlich-rechtlich verpflichtet, die festgesetzte Lohnuntergrenze zu beachten. Verstöße hiergegen können mit einem Bußgeld von bis zu 500.000 EUR geahndet werden (§ 16 Abs. 1 Nr. 7b, Abs. 2 AÜG).

Dabei kann der Anspruch auf eine Vergütung mindestens in Höhe der festgesetzten Lohnuntergrenze auch nicht im Vorhinein durch eine vertragliche oder tarifvertragliche Vergütung unterschritten werden (Huke/Neufeld/Luickhardt, BB 2012, 961 (962); Motz, in: BeckOK ArbR, 51. Ed. 1.3.2019, § 8 AÜG Rn. 209f.).

Auf der anderen Seite steht insbesondere § 9 Abs. 1 Nr. 2

AÜG einem nachträglichen Verzicht auf Ansprüche auf Equal Pay nicht entgegen, vgl. BAG v. 27.05.2015 – 5 AZR 137/14, Rn. 27 (bestätigt durch BAG v. 24.02.2016 – 5 AZR 258/14, Rn. 54):

„Danach steht § 9 Nr. 2 AÜG der Vereinbarung einer Ausgleichsklausel in einem gerichtlichen Vergleich, die zum Erlöschen bereits entstandener und durchsetzbarer Ansprüche auf equal pay führt, nicht entgegen. Eine solche Regelung – wie hier in Nr. 7 des Prozessvergleichs – betrifft nicht die für die Zeit der Überlassung des Arbeitnehmers an einen Entleiher geltenden Arbeitsbedingungen. Sie schließt nicht die Entstehung des Anspruchs auf gleiches Arbeitsentgelt nach § 10 IV AÜG aus, sondern regelt, ebenso wie eine Ausschlussfrist, das Erlöschen des entstandenen Anspruchs. Das AÜG enthält keine Bestimmung, wie z.B. in § 77 IV 2 BetrVG, § 4 IV 1 TVG, der zufolge ein Verzicht auf bereits entstandene Ansprüche auf equal pay unzulässig oder nur unter Einschränkungen möglich wäre.“ [Hervorheb. d.d. Verf.]

Die Vereinbarung einer Ausschlussfrist ist somit nicht gleichzusetzen mit dem Verzicht auf das Entstehen von Ansprüchen. Wenn schon auf Ansprüche auf Equal Treatment/Equal Pay, welche durch die EU-Zeitarbeitsrichtlinie besonders geschützt sind, zwar nicht im Vorhinein verzichtet werden kann, diese aber infolge einer Ausschlussfrist ausgeschlossen sein können, muss dies – erst recht – für Ansprüche in Höhe der Lohnuntergrenze gelten, da das AÜG hierzu nichts anderes regelt.

Damit ist gegen den ersten Satz des neu eingefügten Hinweises grundsätzlich nichts einzuwenden, wenn auch die BA die Reichweite des Schutzes verkennt.

Sätze 2 und 3: Ansprüche auf Lohnuntergrenze nicht erfasst

Dann wird es jedoch abenteuerlich, wenn es heißt, dass einzelvertragliche oder tarifvertragliche sog. Ausschluss- oder Verfallfristen den Anspruch auf die Lohnuntergrenze nicht erfassen könnten. Dies wird – soweit ersichtlich – erstmals von der BA vertreten. Das Gegenteil ist richtig.

Zwar ist es richtig, dass der Anspruch aus einer Verordnung nach § 3a AÜG besonders geschützt ist. Es ist aber gerade die Frage, wie weit dieser Schutz geht. So ist bspw. auch der Anspruch auf Urlaubsabgeltung über § 13 Abs. 1 BUrlG besonders geschützt. Dieser Anspruch kann damit – wie der aus § 8 Abs. 5 AÜG i.V.m. einer Lohnuntergrenzenverordnung – nicht im Vorhinein ausgeschlossen werden. Allerdings kann der Anspruch auf Urlaubsabgeltung als reiner Geldanspruch einer arbeitsvertraglichen Ausschlussfrist unterliegen (vgl. BAG v. 18.09.2018 – 9 AZR 162/18; ständige Rechtsprechung). Auch bei dem Anspruch auf die Lohnuntergrenze handelt es sich um einen reinen Geldanspruch, der somit verfallen kann.

Anders könnte dies nur sein, wenn es eine ausdrückliche gesetzliche Regelung gäbe, die die Vereinbarung von Aus-

schlussfristen für Ansprüche auf eine Lohnuntergrenze ausschließt. Die Rechtsordnung kennt durchaus solche Regelungen, insb. in § 3 MiLoG:

„§ 3 Unabdingbarkeit des Mindestlohns

Vereinbarungen, die den Anspruch auf Mindestlohn unterschreiten oder seine Geltendmachung beschränken oder ausschließen, sind insoweit unwirksam. Die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer kann auf den entstandenen Anspruch nach § 1 Absatz 1 nur durch gerichtlichen Vergleich verzichten; im Übrigen ist ein Verzicht ausgeschlossen. Die Verwirkung des Anspruchs ist ausgeschlossen.“ [Hervorhebung d.d. Verf.]

Eine solche Regelung, die einen Verfall aufgrund einer Ausschlussfristenregelung ausdrücklich ausschließt, gibt es für die Ansprüche auf eine Lohnuntergrenze auf Grundlage des § 3a AÜG gerade nicht. Eine gesetzliche Anordnung der Unverfallbarkeit ist weder in § 3a AÜG noch in § 8 Abs. 5 AÜG geregelt. Eine Regelung zu Ausschlussfristen in der Lohnuntergrenze selbst lässt § 3a AÜG – anders als § 9 Satz 3 AEntG für Branchenmindestlöhne – nicht zu. Daher findet sich auch keine entsprechende Regelung in der Dritten Lohnuntergrenze.

Es kann insoweit auch nicht – quasi subsidiär – auf § 3 Satz 2 MiLoG abgestellt werden. Denn wenn eine Lohnuntergrenze gilt, ist das MiLoG insgesamt nicht mehr anwendbar, § 1 Abs. 3 Satz 1 MiLoG. Dies ist die ganz herrschende Meinung in der Literatur, bspw. BeckOK ArbR/Greiner, 50. Ed. 1.12.2018, MiLoG § 1 Rn. 81:

„Die tarifgestützte Mindestlohnregelung verdrängt dann umfassend auch die den Mindestlohnanspruch flankierenden und absichernden Regelungen des MiLoG [...].“

Ebenso die Ausführungen der Zollbehörden:

„Gehen die Regelungen des AEntG, des AÜG und der auf ihrer Grundlage erlassenen Rechtsverordnungen dem MiLoG vor, beschränkt sich der Vortrag nicht auf die Lohnhöhe, sondern gilt auch für sämtliche Nebenpflichten.“ [Hervorhebung d.d. Verf.]

Damit gelten die strengen Regelungen für den Mindestlohnanspruch nicht quasi durch die Hintertür auch für § 3a AÜG und den Anspruch auf die Lohnuntergrenze in der Arbeitnehmerüberlassung. Damit kann die BA die strengen Vorgaben des Mindestlohngesetzes zu Ausschlussfristen nicht unbedenken auf andere Mindestlohnregelungen und insbesondere nicht auf die Lohnuntergrenze in der Arbeitnehmerüberlassung übertragen.

Die Unverfallbarkeit von Ansprüchen in Höhe der Lohnuntergrenze folgt auch nicht aus § 9 Satz 3 AEntG:

„§ 9 Verzicht, Verwirkung

Ausschlussfristen für die Geltendmachung des Anspruchs können ausschließlich in dem für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrag nach den §§ 4 bis 6 oder dem der Rechtsverordnung nach § 7 zugrunde liegenden Tarifvertrag geregelt werden; die Frist muss mindestens sechs Monate betragen.“

Der Gesetzgeber hat sich bewusst gegen die Aufnahme der Zeitarbeitsbranche in das AEntG entschieden. Die Regelung in § 9 AEntG gilt nur für Ansprüche auf Branchenmindestlöhne. Eine Regelung, die § 9 AEntG oder § 3 MiLoG entspricht, hat der Gesetzgeber weder 2011 noch 2014 bei der Änderung des § 3a AÜG dort eingefügt, obwohl er 2014 zeitgleich die Vorschrift des § 3 MiLoG erlassen hat.

Wichtige Termine: Kündigungen müssen zugegangen sein bis zum



wenn das Arbeitsverhältnis am 15.05.19 enden soll (vierwöchige Grundkündigungsfrist)



wenn das Arbeitsverhältnis am 31.05.19 enden soll (vierwöchige Grundkündigungsfrist)



wenn das Arbeitsverhältnis am 31.05.19 enden soll (bei 2-jähriger Betriebszugehörigkeit),
wenn das Arbeitsverhältnis am 30.06.19 enden soll (bei 5-jähriger Betriebszugehörigkeit),
wenn das Arbeitsverhältnis am 31.07.19 enden soll (bei 8-jähriger Betriebszugehörigkeit),
wenn das Arbeitsverhältnis am 31.08.19 enden soll (bei 10-jähriger Betriebszugehörigkeit),
wenn das Arbeitsverhältnis am 30.09.19 enden soll (bei 12-jähriger Betriebszugehörigkeit),
wenn das Arbeitsverhältnis am 31.10.19 enden soll (bei 15-jähriger Betriebszugehörigkeit),
wenn das Arbeitsverhältnis am 30.11.19 enden soll (bei 20-jähriger Betriebszugehörigkeit).

Sätze 4 und 5: Unwirksamkeit einzelvertraglicher Ausschlussfristen

Soweit im Merkblatt weiterhin ausgeführt wird, dass einzelvertragliche Ausschluss- oder Verfallsfristen wegen des Verstoßes gegen das Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB insgesamt unwirksam sein können, wenn sie den Anspruch auf die Lohnuntergrenze nicht ausnehmen, ist dies jedenfalls bislang nicht höchstrichterlich für Ansprüche aus der Lohnuntergrenze entschieden. Das Vorliegen einer gesicherten Auffassung, regelmäßig in Form einer höchstrichterlichen Entscheidung, ist jedoch Voraussetzung für Beanstandungen seitens der BA, vgl. dazu die FW AÜG 7.7 Abs. 1 (S. 77):

„Die Prüfkriterien 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.“

und FW AÜG 3.1.1 Abs. 1 (S. 56):

„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.“

Im Übrigen wäre die Auffassung auch nicht zutreffend.

Offenbar scheint die BA ein Urteil des BAG vom 18. September 2018 (Az. 9 AZR 162/18), welches zum MiLoG erging, auf den Anspruch auf die Lohnuntergrenze zu übertragen und dabei auch noch umfassender verstehen zu wollen. Das BAG hat dort Folgendes entschieden:

„Eine vom Arbeitgeber vorformulierte arbeitsvertragliche Verfallklausel, die entgegen § 3 S. 1 MiLoG auch den gesetzlichen Mindestlohn erfasst, verstößt gegen das Transparenzgebot des § 307 I 2 BGB und ist insgesamt unwirksam, wenn der Arbeitsvertrag nach dem 31.12.2014 geschlossen wurde.“

Das BAG stellt für die Frage, ob eine Regelung zu Ausschlussfristen Ansprüche auf den gesetzlichen Mindestlohn ausdrücklich vom Verfall ausnehmen muss, auf § 3 Satz 2 MiLoG ab. Wie gerade erläutert, schließt diese Regelung einen Verfall ausdrücklich aus. Eine solche Regelung fehlt aber für den Anspruch auf die Lohnuntergrenze.

Abgesehen davon, dass solche Ansprüche damit sehr wohl einer Ausschlussfrist unterliegen und bei nicht fristgerechter Geltendmachung verfallen können, hat das BAG es nach den eigenen Ausführungen in diesem Urteil (Randnummer 55) ausdrücklich offen gelassen, ob die Ausnahme sonstiger Ansprüche, für die das Gesetz eine Vereinbarung von Ausschlussfristen ganz oder teilweise der Regelungsmacht der Arbeitsvertragsparteien entzogen hat,

ebenfalls zur Intransparenz einer arbeitsvertraglichen Verfallklausel führen kann. Solche Regelungen finden sich bspw. in den hier bereits erwähnten und ausdrücklich vom BAG genannten § 9 AEntG, § 77 Abs. 4 Satz 4 BetrVG oder § 4 Abs. 4 Satz 3 TVG.

Ferner stellt die BA im Merkblatt die Behauptung auf, dass sämtliche Ausschlussfristen unabhängig vom Zeitpunkt ihrer Vereinbarung ggf. wegen Intransparenz insgesamt unwirksam seien. Das BAG hat in diesem Urteil aber gerade nicht über die Frage der Wirksamkeit einer vertraglichen Ausschlussfrist entschieden, die mit oder nach Inkrafttreten des Mindestlohngesetzes am 16. August 2014, aber vor Geltung des Mindestlohns ab dem 1. Januar 2015 vereinbart wurde. Auch kommt das BAG für Ausschlussfristen, die vor dem 16. August 2014 vereinbart wurden, gerade zu dem Ergebnis, dass diese grundsätzlich wirksam bleiben (BAG v. 18.09.2018 – 9 AZR 162/18, Rn. 45):

„Wurde der Arbeitsvertrag vor Inkrafttreten des Mindestlohngesetzes geschlossen, kann – allein – die Änderung der Gesetzeslage durch das Mindestlohngesetz nicht nachträglich nach § 307 I 2 iVm S. 1 BGB zur (Gesamt-)Unwirksamkeit der Ausschlussfristenregelung wegen Intransparenz führen, wenn sich ihr Anwendungsbereich entgegen § 3 S. 1 MiLoG ab dem 1.1.2015 auch auf den Anspruch auf den gesetzlichen Mindestlohn erstreckt.“

Unterstellt, dass die Auffassung der BA zutreffend sei und vertragliche Ausschlussfristen unwirksam wären, entsprechen die Ausführungen der BA auch insoweit nicht der Rechtsprechung des BAG.

Unwirksamkeit tariflicher Ausschlussfristen?

Die Ausführungen der BA sind u.E. auch insoweit missverständlich, als auch die tariflichen Ausschlussfristen aus

Individuell gestaltete Jubiläumszeitungen



*Hat Ihr Unternehmen
auch (bald) Geburtstag?*

*Wenden Sie sich an uns, wir
machen was draus!*

AIP · Monika Gröger
Tel.: 0441 9490970
E-Mail: info@aip-info.de

§ 10 MTV iGZ/DGB oder § 16 MTV BAP/DGB insgesamt unwirksam sein könnten. Dem ist natürlich nicht so. Tarifvertragliche Ausschlussfristen unterliegen nur in besonderen Ausnahmefällen der Transparenzkontrolle des § 307 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. Satz 1 BGB. Das BAG (Urt. v. 13.12.2007 – 6 AZR 222/07, Rn. 25) führt hierzu aus:

„Nach dem Wortlaut des § 310 IV 1 BGB finden die §§ 305 - 310 BGB keine Anwendung auf Tarifverträge. Eine Inhaltskontrolle hat in diesem Fall nicht zu erfolgen, weil sie gem. § 307 III 1 BGB nur bei einer Abweichung von Rechtsvorschriften stattfindet (Senat [28. 6. 2007], NZA 2007, 1049 = EzA BGB 2002 § 310 Nr. 5; BAG [23. 9. 2004], BAGE 112, 64 = NZA 2005, 475). Diese Grundsätze gelten unabhängig davon, ob der betreffende Tarifvertrag kraft einzelvertraglicher Vereinbarung oder kraft betrieblicher Übung auf das Arbeitsverhältnis der Parteien Anwendung findet.“

In allen Fällen, in denen insgesamt auf den einschlägigen Tarifvertrag verwiesen wird, so wie dies allgemein in der Zeitarbeitsbranche der Fall ist, ist nach dem Zweck des § 310 Abs. 4 Satz 3 BGB eine Inhaltskontrolle des in Bezug genommenen Tarifvertrags und damit auch dessen Ausschlussfristen nicht möglich (vgl. Linck, in: Schaub ArbR-HdB, 17. Auflage (2017), § 35 Rn. 21). Dies gilt gerade auch dann, wenn der Mitarbeiter kein Gewerkschaftsmitglied ist.

Damit sind die tariflichen Ausschlussfristen aus § 10 MTV iGZ/DGB und § 16 MTV BAP/DGB nicht unwirksam, weil sie bspw. Mindestlohnansprüche nicht aus ihrem Anwendungsbereich herausnehmen. Wollte man die Ausführungen der BA in diesem Sinn verstehen, wären sie somit ebenfalls falsch, und hinsichtlich der Fachlichen Weisungen zum AÜG auch überraschend, vgl. FW AÜG 8.5 Nr. 7 (S. 87):

„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.“

Hinweise zum AEntG

Die Hinweise im zweiten neu eingefügten Absatz betreffen die Fälle, in denen Mitarbeiter Ansprüche auf Branchenmindestlöhne haben. Leider sind auch diese Ausführungen – wie bereits in der letzten Fassung des Merkblatts – nicht richtig. Die BA schreibt, dass bei der Ausübung von Tätigkeiten, für die auf der Grundlage des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes (AEntG) aktuell ein abweichender Branchenmindestlohn gilt, der Mitarbeiter während seines Einsatzes nach § 8 Abs. 3 AEntG Anspruch auf das dort festgelegte Mindestentgelt habe.

Dieser Hinweis ist zumindest missverständlich, weil ein Anspruch nach § 8 Abs. 3 AEntG nicht bereits dann besteht,

wenn der Mitarbeiter nach dem AEntG mindestlohnrelevante Tätigkeiten ausübt. Er muss vielmehr diese während seines Einsatzes überwiegend ausüben, wobei nach wie vor gerichtlich nicht geklärt ist, ob dies im Rahmen einer monatlichen Betrachtung oder bezogen auf den gesamten Einsatz des Mitarbeiters beim Kunden zu bestimmen ist.

Zwischenergebnis

Damit ist festzuhalten, dass die Ausführungen im Merkblatt nicht der aktuellen Rechtslage und Rechtsprechung – insbesondere nicht der Rechtsprechung des BAG – entsprechen. Der Mitarbeiter, der auf die Ausführungen im Merkblatt vertraut, wird also in die Irre geführt. Die BA handelt zwar sicherlich in dem anzuerkennenden Willen, die Mitarbeiter über ihre Rechte aufzuklären. Dies gelingt aber nicht umfassend und birgt die Gefahr, dass Mitarbeiter auf die Ausführungen im Merkblatt vertrauen und dann Ansprüche verlieren. In einem solchen Fall könnte allein daran gedacht werden, Amtshaftungsansprüche gegenüber der BA geltend zu machen.

4. Reaktionsmöglichkeiten für Personaldienstleister

Damit stellt sich die Frage, ob und ggf. wie Personaldienstleister hierauf reagieren müssen.

Verwendungszwang

Zunächst ist festzuhalten, dass § 11 Abs. 2 Satz 1 AÜG vorschreibt, dass das Merkblatt der BA zu verwenden ist. Hieraus folgt, dass es keine Möglichkeit gibt, inhaltliche Änderungen im Merkblatt durch den Personaldienstleister vorzunehmen oder weiterhin die alte Fassung zu benutzen. Somit ist ab sofort für Neueinstellungen das neue Merkblatt zu nutzen.

Arbeitgeberseitige Fürsorgepflicht

Allerdings stellt sich die Frage, ob der Personaldienstleister nicht aufgrund seiner arbeitgeberseitigen Fürsorgepflicht den Mitarbeiter darauf hinzuweisen hat, dass die Angaben im Merkblatt fehlerhaft sind.

Dagegen spricht u.E. jedoch zunächst, dass der Arbeitgeber durch etwaige Hinweise im Merkblatt weder von seinen eigenen gesetzlichen Pflichten befreit wird (vgl. LAG Hamm v. 01.02.1996 – 4 Sa 1044/95, Rn. 57) noch rechtliche Einschätzungen der BA – wie im Fall der Ausschlussfristen – Auswirkungen auf die vertraglichen Absprachen oder die Rechtsstellung des Arbeitnehmers haben (J. Ulber, in: Ulber, AÜG, 5. Auflage (2017), § 11 Rn. 85).

Zudem kann die arbeitgeberseitige Fürsorgepflicht nicht so weit gehen, dass der Arbeitgeber seinen Mitarbeiter dazu berät, wie er mögliche Ansprüche gegen ihn selbst durchsetzen kann. Nach der Rechtsprechung des BAG darf der Arbeitgeber seinen Mitarbeiter nicht in die Irre führen und so von der Wahrnehmung seiner Rechte abhalten. Der Arbeitgeber schuldet aber keine Rechtsberatung.

Berufen auf die Ausschlussfrist

Auch könnte im Fall der Versäumung einer Ausschlussfrist vom Mitarbeiter argumentiert werden, dass er auf die Angaben im Merkblatt vertraut habe und der Arbeitgeber sich daher nicht auf das Eingreifen der Ausschlussfrist berufen könne. Auch aus diesem Grund könnte es geboten sein, den Mitarbeiter auf die Unrichtigkeiten im Merkblatt hinzuweisen.

U.E. kann sich der Arbeitgeber aber auch dann noch auf die im Arbeitsvertrag vereinbarten Ausschlussfristen berufen, sofern diese im Übrigen rechtswirksam vereinbart sind, selbst wenn er nicht auf die Unrichtigkeiten im Merkblatt hinweist. Entscheidend dürfte sein, dass der Arbeitgeber mit der Übergabe des Merkblatts keine eigene Erklärung abgibt, sondern lediglich – quasi als Bote – eine Erklärung der BA übermittelt. Hinzu kommt, dass dies nicht zwingend aus eigenem Antrieb erfolgen muss, sondern allein, um einer gesetzlichen Pflicht zu genügen.

Der Arbeitgeber kann sich nach Auffassung des BAG selbst dann auf Ausschlussfristen berufen, falls er unvollständig über Änderungen des anzuwendenden Tarifvertrages informiert und dies – da er sich auf die Auskunft verlassen hat - für den Mitarbeiter ungünstig ist. Der Mitarbeiter müsse sich weiter informieren, ein Unterlassen fielen allein in seine Risikosphäre. Der Arbeitgeber verhielte sich trotz der für den Mitarbeiter ungünstigen Informationen nicht widersprüchlich, wenn er sich auf Ausschlussfristen beruft (vgl. BAG v. 15.12.2016 – 6 AZR 578/15, Rn. 18).

Erst recht muss sich der Mitarbeiter über die inhaltliche Richtigkeit des Merkblatts der BA informieren.

5. Ausblick

Selbstverständlich müssen Ansprüche auf die Lohnuntergrenze und darüber hinaus sämtliche tarifvertraglichen Ansprüche erfüllt werden. Ausschlussfristen sollen auch nicht dazu dienen, mutwillig berechnete Ansprüche des Mitar-

beiters zu umgehen. Die Zeitarbeitsverbände iGZ und BAP haben sich jahrelang erfolgreich für die Einführung einer Lohnuntergrenze für die Zeitarbeitsbranche eingesetzt.

Dennoch ist zu hoffen, dass die BA umgehend ein neues Merkblatt veröffentlicht, in welchem die oben aufgezeigten Fehler ausgebügelt sind. So hat schon Konfuzius festgestellt:

„Wer einen Fehler gemacht hat und ihn nicht korrigiert, begeht einen zweiten.“

Bei Redaktionsschluss war ein korrigiertes Merkblatt aber leider noch nicht veröffentlicht.

Wünschenswert wäre auch eine Anpassung des Merkblatts in einem anderen Zusammenhang. Die Ausführungen im Merkblatt zum Gleichstellungsgrundsatz können so verstanden werden, dass eine Abwendung des Gleichstellungsgrundsatzes bspw. nicht aufgrund von Haustarifverträgen, sondern allein von Tarifverträgen, an denen ein Arbeitgeberverband beteiligt ist, möglich ist. Bei der Gelegenheit könnte die BA dann auch eine geschlechtsneutrale Bezeichnung des Merkblatts („Merkblatt für Zeitarbeitskräfte“ oder „Merkblatt für Zeitarbeitnehmer (m/w/d)“) wählen, so wie sie es auch von Personaldienstleistern bspw. bei Stellenanzeigen erwartet.

Im Übrigen hat die Veröffentlichung des Merkblatts nochmals gezeigt, dass arbeitsvertragliche Ausschlussfristenregelungen fehleranfällig sind und – sofern noch nicht erfolgt – an die aktuelle Rechtslage und Rechtsprechung angepasst werden sollten. Nur dann können sie den Arbeitgeber zumindest in Teilbereichen effektiv schützen.

Dr. Guido Norman Motz,
Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht, Krefeld,
Ass. jur. Sebastian Reinert,
Stellv. Leiter Fachbereich Arbeits- und Tarifrecht
des iGZ e.V., Münster

Nutzen Sie die Wirkung Ihrer eigenen Kundenzeitung!



Informieren Sie Ihre Kunden über die aktuellen rechtlichen Gegebenheiten der Branche und über Neuigkeiten aus Ihrem Unternehmen.

Wir unterstützen Sie bei der kompletten Erstellung Ihrer individuellen Kundenzeitschrift. Nutzen Sie auch als Inhaber eines kleinen oder mittleren Unternehmens diesen kostengünstigen Weg, neue Kunden zu gewinnen, vorhandene Kunden zu binden und die Aufmerksamkeit in visueller und immer wieder aktueller Form auf Ihr Unternehmen zu lenken.

**Fordern Sie unsere Informationsmappe an unter
Tel.: 0441 949 09 70 oder info@aip-info.de**