

AKTUELL

EXKLUSIVE INFORMATIONEN FÜR DIE MITGLIEDER DES DEHOGA

Zeitarbeit und Fremdpersonaleinsatz

Mitglieder-Information für Hotellerie und Gastronomie

zu den Änderungen im Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) und dem neuen § 611a BGB zum 1. April 2017

Aktualisierung Stand 4. August 2017

Am 1. April 2017 ist das Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze in Kraft getreten. Die Gesetzesnovelle trifft Regelungen wie die Einführung einer Überlassungshöchstdauer von 18 Monaten, eine Verschärfung des sog. Equal Pay-Grundsatzes, Bezeichnungs- und Konkretisierungspflichten sowie das Verbot, Zeitarbeitskräfte als „Streikbrecher“ einzusetzen.

Die Bundesregierung verfolgt mit dem Gesetz das Ziel, Zeitarbeit auf ihren Kern, nämlich die vorübergehende Überlassung von Arbeitnehmern, zu beschränken, den Missbrauch von Zeitarbeit und Werkverträgen zu verhindern und die Mitbestimmung der Betriebsräte in den Entleihbetrieben zu stärken.

Eine noch größere Relevanz als bisher bekommt aufgrund der neuen Konkretisierungs- und Bezeichnungspflicht und des daraus resultierenden Wegfalls der sog. „Fallschirmlösung“ eine saubere Abgrenzung zwischen Werk-/Dienstvertrag auf der einen und Arbeitnehmerüberlassung auf der anderen Seite, z.B. im Housekeeping. Mit den Unterschieden zwischen diesen beiden Einsatzformen von Fremdpersonal sollten sich daher alle Hoteliers und Gastronomen, die Fremdpersonal einsetzen beschäftigen.

Das vorliegende Merkblatt stellt die für das Gastgewerbe wichtigsten Änderungen durch die gesetzliche Neuregelung überblicksartig dar. Grundlage sind der Gesetzestext, die „Fachlichen Weisungen“ der Bundesagentur für Arbeit (BA), die deutlich machen, wie die BA im Vollzug das Gesetz auslegen und anwenden wird, sowie erste Literatur. In den letzten Wochen häufig geäußerte Fragen aus der Praxis der Mitgliedsunternehmen sind in vorliegende Aktualisierung eingeflossen. Ausführlichere Informationen, insbesondere die entsprechenden Gesetzestexte und Synopsen, die Fachlichen Weisungen der BA sowie einen FAQ-Katalog der Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände (BDA) erhalten DEHOGA-Mitglieder bei Bedarf über ihre Geschäftsstelle.

Ihre Ansprechpartnerin: Rechtsanwältin Sandra Warden · Geschäftsführerin

Deutscher Hotel- und Gaststättenverband e.V. (DEHOGA Bundesverband) · Am Weidendamm 1A · 10117 Berlin · Fon 030/72 62 52-46 · Fax 030/72 62 52-42 · warden@dehoga.de · www.dehoga.de

Aktuell: Neuer Mindestlohn in der Zeitarbeit

Am 1. Juni 2017 ist eine neue Lohnuntergrenze in der Arbeitnehmerüberlassung in Kraft getreten. Die Lohnuntergrenzen-Verordnung gilt bis zum 31. Dezember 2019.

Danach gelten folgende Mindest-Stundenentgelte:

West:

- 9,23 € – ab 1. Juni 2017 bis 31. März 2018,
- 9,49 € – ab 1. April 2018 bis 31. März 2019,
- 9,79 € – ab 1. April 2019 bis 30. September 2019 und
- 9,96 € – ab 1. Oktober 2019 bis 31. Dezember 2019

Ost (einschließlich Berlin):

- 8,91 € – ab 1. Juni 2017 bis 31. März 2018,
- 9,27 € – ab 1. April 2018 bis 31. Dezember 2018,
- 9,49 € – ab 1. Januar 2019 bis 30. September 2019 und
- 9,66 € – ab 1. Oktober 2019 bis 31. Dezember 2019.

I. Gesetzliche Definition des Arbeitnehmers - § 611a BGB

Der Begriff des Arbeitnehmers wurde erstmals gesetzlich definiert. Der neu eingeführte § 611a BGB lautet wie folgt:

„Arbeitnehmer ist, wer auf Grund eines privatrechtlichen Vertrags im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist. Das Weisungsrecht kann Inhalt, Durchführung, Zeit, Dauer und Ort der Tätigkeit betreffen. Arbeitnehmer ist derjenige Mitarbeiter, der nicht im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann; der Grad der persönlichen Abhängigkeit hängt dabei auch von der Eigenart der jeweiligen Tätigkeit ab. Für die Feststellung der Arbeitnehmereigenschaft ist eine Gesamtbetrachtung aller Umstände vorzunehmen. Zeigt die tatsächliche Durchführung des Vertragsverhältnisses, dass es sich um ein Arbeitsverhältnis handelt, kommt es auf die Bezeichnung im Vertrag nicht an.“

Diese Formulierung fasst die bisher nur durch Richterrecht festgelegte Abgrenzung zwischen Arbeitnehmern und Selbständigen in Gesetzesform. Inhaltliche Veränderungen sind damit jedoch nicht verbunden.

Risiko Scheinselbständigkeit, z.B. bei „Mietköchen“

Diese Abgrenzungskriterien sind insbesondere deshalb wichtig, weil anhand ihrer von Seiten der Sozialversicherungsträger überprüft wird, ob bei formal als Selbständigen eingesetzten Mitarbeitern (z.B. Mietköchen, „freien“ Service-Mitarbeitern) nicht in Wahrheit ein abhängiges Beschäfti-

Ihre Ansprechpartnerin: Rechtsanwältin Sandra Warden · Geschäftsführerin

Deutscher Hotel- und Gaststättenverband e.V. (DEHOGA Bundesverband) · Am Weidendamm 1A · 10117 Berlin · Fon 030/72 62 52-46 · Fax 030/72 62 52-42 · warden@dehoga.de · www.dehoga.de

gungsverhältnis vorliegt. Es kommt immer wieder vor, dass Hoteliers und Gastronomen hier mit teils hohen Sozialversicherungs-Nachzahlungen belegt werden.

Der DEHOGA rät zur Vorsicht: Mitarbeiter, die weisungsgebunden arbeiten und in die Betriebsabläufe eingebunden werden, sind in der Regel keine „echten“ Selbständigen, auch wenn sie ein Gewerbe angemeldet haben und schon länger am Markt auftreten. Das Risiko von Nachzahlungen liegt beim Arbeitgeber.

Indizien für eine nichtselbstständige Tätigkeit sind insbesondere die fehlende Dispositionsbefugnis über Arbeitszeit und Arbeitsort, Erbringung der Arbeitsleistung überwiegend in Räumen und mit Mitteln des Auftraggebers, Zusammenarbeit mit Mitarbeitern des Auftraggebers, keine eigene betriebliche Organisation, kein eigenes Unternehmerrisiko, keine Gewähr und keine Haftung für Leistungsstörungen, Vereinbarung einer gleichbleibenden, festen Vergütung, Höchstpersönlichkeit der Arbeitsleistung. Das gilt übrigens unabhängig davon, auf welchem Weg Sie den Mitarbeiter gefunden haben, ob über einen persönlichen Kontakt, eine Zeitungsanzeige, Vermittlungsagentur oder eine Internet-Plattform.

Fragen Sie im Zweifel Ihren Steuerberater oder Ihre DEHOGA-Geschäftsstelle oder führen Sie ein sog. Statusfeststellungsverfahren bei der Deutschen Rentenversicherung durch.

II. Abgrenzung Werk-/Dienstvertrag und Arbeitnehmerüberlassung Neu eingeführte Offenlegungs- und Konkretisierungspflicht Ausschluss der verdeckten Arbeitnehmerüberlassung und Risiko von Arbeitsverhältnissen zwischen Auftraggeber und Fremdmitarbeiter

Hoteliers und Gastronomen ist oftmals nicht bewusst, ob das Fremdpersonal, das bei Ihnen zum Einsatz kommt, rechtlich auf Basis eines Werk- bzw. Dienstvertrages oder aufgrund einer Arbeitnehmerüberlassung tätig wird. Das liegt auch daran, dass die Fremdfirmen, die das Personal zur Verfügung stellen, teilweise beide Vertragstypen parallel anbieten und in ihren Firmenbezeichnungen Bezeichnungen wie „Personal-Leasing“, „Outsourcing“ oder „Miete“ verwenden.

Für den Hotelier oder Gastronomen, der Auftraggeber einer Fremdfirma ist, ist die korrekte rechtliche Qualifizierung des Vertragstyps aber wichtig. Denn nur so kann er wissen, wie er sich rechtlich korrekt gegenüber den Fremdmitarbeitern verhält und vermeidet das Risiko, dass die Fremdmitarbeiter ungewollt zu seinen eigenen Arbeitnehmern werden.

Faustformel:

- Werkvertrag**
- Die Fremdfirma schuldet und der Auftraggeber vergütet einen Erfolg (z.B. die Reinigung einer bestimmten Zahl von Hotelzimmern nach einem festgelegten Standard).
 - Der Auftraggeber hat kein Weisungsrecht gegenüber den Arbeitnehmern der Fremdfirma.
- Dienstvertrag**
- Die Fremdfirma schuldet und der Auftraggeber vergütet eine bestimmte Tätigkeit (z.B. x Stunden buchhalterische Arbeit).
 - Die Dienstverpflichteten arbeiten frei von Weisungen und können ihre Arbeitszeit und Organisation selbst bestimmen.
- Zeitarbeit**
- = Arbeitnehmerüberlassung
= Leiharbeit
- Die Fremdfirma (= Verleiher) schuldet und der Auftraggeber (= Entleiher) vergütet die Zurverfügungstellung von Personal (z.B. x Mitarbeiter mit Qualifikation y für eine Bankettveranstaltung von z Stunden)
 - Die Arbeitnehmer sind in die Betriebsabläufe des Auftraggebers eingebunden und erhalten von diesem Weisungen.

Risiko Scheinwerkvertrag und Entstehung eines Arbeitsverhältnisses zum Entleiher I

Das Risiko für den Auftraggeber besteht darin, dass ein als Werkvertrag bezeichneter Vertrag in der tatsächlichen Handhabung einer Arbeitnehmerüberlassung entspricht, insbesondere weil den Fremdmitarbeitern in der Praxis durch das Führungspersonal des Auftraggebers direkte Weisungen erteilt werden.

Rechtliche Konsequenz: Die Fremdmitarbeiter werden rechtlich behandelt wie Zeitarbeitskräfte. Im Fall illegaler Arbeitnehmerüberlassung, das hieß bisher dann, wenn beim Verleiher eine Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis fehlte, bedeutet dies, dass die Zeitarbeitskraft das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses mit dem Auftraggeber einklagen kann. Es entsteht also ungewollt eine direkte vertragliche Beziehung zwischen dem Auftraggeber und dem Fremdmitarbeiter.

Entscheidendes Abgrenzungskriterium zwischen Werk-/Dienstvertrag einerseits und Arbeitnehmerüberlassung andererseits ist die Frage, ob direkte Weisungen vom Auftraggeber an die Fremdmitarbeiter gegeben werden.

In der Praxis sind die Grenzen allerdings fließend und die Abgrenzung im Einzelfall schwierig. Die tatsächliche Durchführung eines Vertrages ent-

spricht nicht immer dem, was im schriftlichen Vertrag festgelegt ist oder es schleichen sich im Laufe der Zeit Unsorgfältigkeiten ein.

Bisher begegneten viele Personaldienstleister diesem Risiko durch eine sog. „**Vorratserlaubnis**“. Das bedeutet, sie besitzen eine Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis von der BA, um auch im Fall von Vertragsgestaltungen, die von Auftraggeber und Auftragnehmer als Werk- bzw. Dienstvertrag geplant waren, sich aber in der Realität als Arbeitnehmerüberlassung darstellen (sog. verdeckte Arbeitnehmerüberlassung), darauf verweisen zu können.

Diese „Fallschirmlösung“ ist jetzt nicht mehr möglich. Denn nach dem neuen Gesetz ist **nur noch eine „offene Arbeitnehmerüberlassung“ wirksam.** Es muss

- das Vertragsverhältnis zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer vor der Überlassung ausdrücklich als „Arbeitnehmerüberlassung“ bezeichnet werden (**Offenlegungspflicht**)
- der jeweilige Fremdmitarbeiter namentlich benannt werden (**Konkretisierungspflicht**)
- der einzelne Fremdmitarbeiter vom Verleiher vor Beginn jeder Überlassung darüber informiert werden, dass er beim Entleiher als Leiharbeiter tätig wird.

Empfehlung:

Stellen Sie sicher, dass für alle bei Ihnen zum Einsatz kommenden Zeitarbeitskräfte die Offenlegungs- und Konkretisierungspflicht eingehalten ist!

Die neue Offenlegungs- und Konkretisierungspflicht gilt nach der Rechtsauffassung der BA (umstritten) **auch für Altverträge**, d.h. für Zeitarbeitskräfte, die bereits vor dem 1. April 2017 beim Entleiher eingesetzt waren, und zwar ohne Übergangfrist.

Es gilt die sog. **strenge Schriftform**, d.h. Offenlegung und Konkretisierung müssen in einem Original unterschriebenen Schriftstück vorliegen. Lediglich bei Kontingentverträgen, wo die Zeitarbeitskräfte im Rahmen eines Rahmenvertrages wechseln können, kann die Konkretisierung auch in Textform (d.h. z.B. per Mail oder Fax) erfolgen.

Risiko Scheinwerkvertrag und Entstehung eines Arbeitsverhältnisses zum Entleiher II

Fehlt es an der Offenlegung oder Konkretisierung, so liegt eine Ordnungswidrigkeit vor (Geldbuße bis 30.000 €) und ein Arbeitsverhältnis zum Entleiher wird gesetzlich fingiert – es sei denn, der Fremdmitarbeiter widerspricht dieser Fiktion (sog. Festhaltungserklärung).

Die neue Offenlegungs- und Konkretisierungspflicht und der Ausschluss der verdeckten Arbeitnehmerüberlassung machen es noch wichtiger als bisher schon, in der Vertragsgestaltung und Vertragsdurchführung genau zwischen Werk-/Dienstvertrag einerseits und Arbeitnehmerüberlassung andererseits zu unterscheiden! Wer einen Werk- bzw. Dienstvertrag will, muss auch einen Werk- bzw. Dienstvertrag leben.

Empfehlungen um das ungewollte Entstehen von verdeckter Arbeitnehmerüberlassung zu verhindern:

- Werk-/Dienstvertragskräften von Seiten des Auftraggebers oder seiner Führungskräfte niemals direkte Weisungen erteilen
- Fremdfirma benennt Repräsentanten gegenüber dem Auftraggeber. Dieser nimmt Rolle eines „Vorarbeiters“ ein und ist einziger unmittelbarer Ansprechpartner (z.B. für Mängelrügen bzgl. unzureichender Zimmerreinigung bei per Werkvertrag outgesourcetem Housekeeping).
- Nur die Fremdfirma erteilt den Fremdmitarbeitern Weisungen (z.B. Arbeitsablauf, Schicht- und Pausenzeiten, Überstunden, Anwesenheitskontrolle, Kritik an Arbeitsqualität). Einzige Ausnahme: Betriebsspezifische Hinweise (z.B. auf Gefahrenquellen) und bloße Hinweise zur Auftragsausführung.
- Keine Integration der Fremdmitarbeiter in die eigenen Arbeitsabläufe des Auftraggebers (z.B. in gemeinsamen Teams mit Mitarbeitern des Auftraggebers). Je abgrenzbarer die Aufgabe der Fremdfirma, je klarer auch die räumliche Trennung, desto besser.
- Fremdfirma bringt Werkzeug, Arbeitsmaterialien und Arbeitskleidung selbst mit und verwaltet diese selbst.
- Offenlegungs- und Konkretisierungspflicht beachten! Schriftform beachten und dokumentieren!

Die Abgrenzung zwischen Werk-/Dienstvertrag und Arbeitnehmerüberlassung wird anhand einer Gesamtschau der Vertragsabreden und der praktischen Umsetzung vorgenommen.

Widersprechen sich der Vertrag und die tatsächliche, alltägliche Durchführung, ist die gelebte Praxis maßgeblich! Es reicht also nicht aus, den Vertrag einmal sauber zu formulieren. Die Führungskräfte im Einsatzbetrieb müssen wissen, worauf sie in der betrieblichen Praxis fortlaufend zu achten haben.

Einzelne Punkte wie z.B. die Stellung von Arbeitsgerät durch den Auftraggeber allein führen noch nicht zu einer verdeckten Arbeitnehmerüberlassung. In der Gesamtschau können sie allerdings Relevanz bekommen.

III. Weitere Änderungen im AÜG

1. Überlassungshöchstdauer von 18 Monaten

Es wird gesetzlich klargestellt, dass eine Arbeitnehmerüberlassung beim Entleiher maximal 18 Monate dauern darf.

Die Anforderung, dass eine Arbeitnehmerüberlassung nur „vorübergehend“ sein darf, wird damit gesetzlich konkretisiert.

Risiko Arbeitsverhältnis mit dem Entleiher

Auch hier entsteht bei Überschreitung der Höchstüberlassungsdauer ab dem ersten Tag ein (unbefristetes) Arbeitsverhältnis mit dem Entleiher (es sei denn, die Zeitarbeitskraft widerspricht) – gesetzliche Fiktion vgl. oben II.

Die Neuregelungen im Einzelnen:

- Die Höchstdauer wird arbeitnehmerbezogen betrachtet, d.h. sie bezieht sich auf die einzelne Zeitarbeitskraft, nicht auf den Arbeitsplatz. Nach Ablauf der 18 Monate kann derselbe Arbeitsplatz mit einer anderen Zeitarbeitskraft besetzt werden.
- Dieselbe Zeitarbeitskraft darf erst nach einer Wartezeit von drei Monaten wieder beim Entleiher eingesetzt werden.
- „Entleiher“ im Sinne des neuen Gesetzes ist nach der Rechtsauffassung der BA das Unternehmen, nicht der Betrieb. Das bedeutet, Überlassungszeiten in verschiedenen Filialen einer Kette werden zusammengerechnet (außer es handelt sich bei den Standorten um rechtlich selbständige Unternehmen, z.B. um Franchisenehmer oder um GmbH's in einer Holding- oder Gruppenstruktur).¹

Berechnung und Überwachung der Überlassungsdauer

Es ist davon auszugehen, dass die Zeitarbeitsunternehmen die Überlassungsdauer zur Bestimmung der Höchstdauer wie auch für den Zeitpunkt für Equal Pay (s. unten III.2) professionell überwachen werden. Jedoch sei Entleihern aus dem Gastgewerbe dringend empfohlen, sich darauf nicht blind zu verlassen und auch selbst zu erfassen, welche Zeitarbeitskräfte wann zum Einsatz kommen.

¹ Diese Auffassung ergibt sich nicht unbedingt aus dem Wortlaut und ist juristisch stark umstritten. Entgegen der Rechtsauffassung der BA sprechen gute Argumente für eine betriebsbezogene Betrachtung. Letztendliche Klarheit wird hier erst eine höchstrichterliche Entscheidung bringen. Aus Gründen der Vorsicht aufgrund der scharfen Rechtsfolgen bei einer Überschreitung der Überlassungshöchstdauer empfiehlt sich aber zunächst für die Praxis, von der unternehmensbezogenen Auslegung der BA auszugehen.

Das gilt wegen des betriebsbezogenen Entleiherbegriffs insbesondere für Unternehmen mit mehreren Standorten. Auch Unternehmen, die mit einer Mehrzahl von Verleihern zusammenarbeiten, sollten ein eigenes Monitoring aufbauen. Denn in dieser Konstellation ist es vorstellbar, dass ein Beschäftigter nacheinander Arbeitnehmer in verschiedenen Zeitarbeitsfirmen ist.

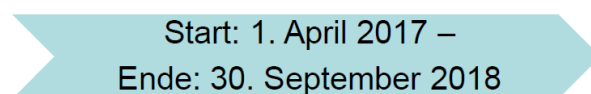
Bei der Berechnung der Überlassungsdauer ist zu berücksichtigen:

- Nur ab dem 1. April 2017 liegende Einsatzzeiten sind heranzuziehen. Der frühestmögliche Zeitpunkt für die Überschreitung der Überlassungshöchstdauer ist somit der Ablauf des 30.09.2018.
- Maßgeblich ist die Dauer der vertraglichen Vereinbarung zwischen Verleiher und Entleiher, nicht die arbeitszeitliche Ausgestaltung im Einsatzbetrieb. Daher werden Teilzeitkräfte mit ihrer Einsatzdauer, nicht etwa nur anteilig berücksichtigt.

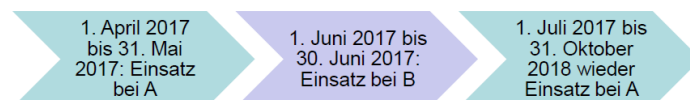
Beispiel: Ein Zeit-AN wird ab 1. März 2017 mit einer Wochenarbeitszeit von 21 Stunden, verteilt auf 3 Arbeitstage pro Woche verliehen. Die Höchstüberlassungsdauer ist mit Ablauf des 30.09.2018 erreicht. Der März 2017 liegt vor Inkrafttreten des neuen AÜG und zählt daher nicht mit. Die Teilzeit ist unbeachtlich.

- Mehrere Einsatzzeiten im selben Einsatzbetrieb werden zusammengesamt, wenn zwischen den verschiedenen Einsätzen jeweils nicht mehr als drei Monate liegen.
- Folgende Konstellationen sind zu unterscheiden:

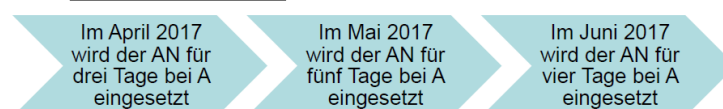
1. Fall: Dauernder Einsatz



2. Fall: Wechselnder Einsatz



3. Fall: Periodische Einsätze auf Basis konkretisierender Einzelvereinbarungen



Findet ein Einsatz ununterbrochen statt, wird die Überlassungsdauer nach §§ 187, 188 BGB ermittelt.

Beispiel: Ein Einsatz beginnt am Montag, 3. April 2017. Am 2. Oktober 2018 ist der AN volle 18 Monate eingesetzt. Ab dem 3. Oktober 2018

würden Zeitarbeitsunternehmen und Einsatzbetrieb gegen § 1 Abs. 1b AÜG verstoßen.

Bei nur tageweisen Überlassungen werden nur die tatsächlichen Einsatzzeiten einberechnet. Das gilt auch, wenn ein Rahmenvertrag vorliegt, aus dem einzelne Einsatztage mit separaten Vereinbarungen abgerufen werden. Der Monat wird in diesem Fall nach § 191 BGB mit 30 Tagen berücksichtigt.

Hinweis: Die Dokumentation der einzelnen Überlassungsvereinbarungen ist in dieser Konstellationen von besonderer Relevanz!

- Zeiten, in denen der Arbeitnehmer in den Einsatzbetrieb überlassen wird, aber tatsächlich nicht im Betrieb anwesend ist (z.B. wegen Urlaub oder Krankheit) zählen bei der Überlassungszeit mit.
- Wenn die Höchstüberlassungsdauer erreicht ist, darf der Arbeitnehmer wohl erst nach einer Unterbrechungszeit von „mehr als drei Monaten“ (d.h. 3 Monaten gemäß §§ 187, 188 BGB + 1 Tag) im gleichen Einsatzbetrieb wieder eingesetzt werden (streitig, da Wortlaut an dieser Stelle nicht eindeutig ist – aus Gründen der Rechtssicherheit wird jedoch dieser „Sicherheitsabstand“ empfohlen).

Die Überlassungshöchstdauer kann durch Tarifvertrag der Einsatzbranche ausgedehnt werden, im Gastgewerbe gibt es solche Tarifregelungen jedoch (bisher) nicht.

Sog. „Gestellungen“, z.B. bei Auftragsvergabe an externe Caterer

Konstruktionen wie **dauerhafte** „Gestellungen“ von Arbeitnehmern über die rechtliche Konstruktion einer Arbeitnehmerüberlassung (z.B. nach Auftragsvergabe an ein Catering-Unternehmen), die schon bisher rechtlich zweifelhaft waren, führen spätestens mit dieser Gesetzesformulierung nach 18 Monaten gemäß § 9 Abs. 1b AÜG zur Unwirksamkeit des Arbeitsvertrages zwischen Verleiher (Auftraggeber) und Zeitarbeitnehmer und damit zur Fiktion eines Arbeitsverhältnisses zwischen Entleiher (= Auftragnehmer) und Zeitarbeitnehmer, es sei denn, der Zeitarbeitnehmer gibt eine sog. „**Festhaltungserklärung**“ ab. Darin erklärt der Zeitarbeitnehmer, dass er an dem Arbeitsvertrag mit dem Verleiher festhält. Die Festhaltungserklärung ist gemäß § 9 Abs. 2 AÜG an strenge Formvorschriften gebunden: Sie muss u.a. schriftlich bis zum Ablauf eines Monats nach Beginn der Überlassung gegenüber Ver- oder Entleiher erfolgen und vor Abgabe persönlich vom Zeitarbeitnehmer in einer Agentur für Arbeit vorgelegt und dort datiert werden.

Zur Abgrenzung von ÄU und Werkvertrag in solchen Konstellationen erläutern die Fachlichen Weisungen der BA, dass eine „Beistellung“ des Personals durch den Auftraggeber (Besteller) eines Werkvertrags zwar

grds. Arbeitnehmerüberlassung sein könne, wenn der Auftraggeber sich ausbedinge, eigene Arbeitskräfte an der Erstellung des Werkes auf seinem Betriebsgelände mitwirken zu lassen. Jedoch trete bei Anwendung der für gemischte Verträge geltenden Grundsätze die Beistellung (= AÜ) zurück, wenn der Auftraggeber sich überwiegend zur Zahlung von Werklohn in Form von Geld verpflichtet hat. In diesem Fall sei vom Vorliegen eines Werkvertrages auszugehen (vgl. Fachliche Weisungen BA, Seite 12)

2. Equal Pay nach 9 Monaten

Zeitarbeitskräfte müssen nach spätestens 9 Monaten das gleiche Arbeitsentgelt erhalten wie „vergleichbare Arbeitnehmer“ beim Entleiher. Die bisherige Ausnahme, dass dieser Equal Pay-Grundsatz nicht gilt, wenn Zeitarbeitskräfte nach den Tarifverträgen der Zeitarbeitsbranche vergütet werden, gilt nach Ablauf dieser 9 Monate nur noch sehr eingeschränkt.

Hinweis: Für Verleiher, die nicht tarifgebunden sind, galt die „Equal Pay“-Verpflichtung auch bisher schon ab dem ersten Tag.

Für die Berechnung der Überlassungsdauer gilt das oben unter III.1 Erläuterte.

Bei der Gewährleistung von Equal Pay handelt es sich um eine Pflicht des Verleihers gegen der Zeitarbeitskraft. Um diese erfüllen zu können, hat er aber Auskunftsansprüche gegenüber dem Entleiher zum Entgelt vergleichbarer Stammarbeitnehmer. Auch die Zeitarbeitskraft hat einen Auskunftsanspruch. Bei Verletzung von Equal Pay wird jedoch kein Arbeitsverhältnis zum Entleiher fingiert und es greift auch keine Bürgenhaftung.

Auskunftspflicht des Entleihers bei Equal Pay

Wenn Equal Pay greift, trifft den Entleiher die Verpflichtung, den Verleiher über die wesentlichen Arbeitsbedingungen vergleichbarer Arbeitnehmer einschließlich des Arbeitsentgelts zu informieren. In der korrekten und vollständigen Auskunft liegen gewisse Risiken für den Entleiher, hier ist also Sorgfalt geboten! Auf Ansprüche aus allgemeinverbindlichen Manteltarifverträgen sei explizit hingewiesen. Zu den Arbeitsbedingungen gehören z.B. auch Sachbezüge.

Exkurs: Mitarbeiterverpflegung

Häufig stellt sich bei Entleihern aus dem Gastgewerbe die Frage, ob und unter welchen Konditionen Fremdpersonal Zugang zum Personalesen zu gewähren ist. Dabei ist danach zu unterscheiden, in welcher Form das Personalesen angeboten wird:

(Zeitarbeitskräfte)

Gemäß § 13 b AÜG muss der Entleiher den Zeitarbeitskräften Zugang zu den Gemeinschaftseinrichtungen und Diensten gewähren und zwar unter den gleichen Bedingungen wie vergleichbaren eigenen Arbeitnehmern, es sei denn es liegt ein sachlicher Grund für eine Ungleichbehandlung vor. Zu den Gemeinschaftseinrichtungen gehören insbesondere Einrichtungen der Gemeinschaftsverpflegung, d.h. „Kantinen“, „Mitarbeiterrestaurants“ etc.

Wenn das Personalesen nicht in einer gegenständlichen „Einrichtung“ erfolgt sondern z.B. Mitarbeiterrabatte auf die Gerichte in der Speisekarte gewährt werden, dürfte wohl kein Fall des § 13b AÜG vorliegen². Sie gehören jedoch zum „Equal Pay“, d.h. müssen dann auch Zeitarbeitskräften gewährt werden, wenn Equal Pay greift.

Jedenfalls ist es arbeitsrechtlich unproblematisch, Zeitarbeitskräfte am Personalesen teilhaben zu haben.

Zu beachten sind jedoch die steuerrechtlichen Aspekte: Die Verpflegung stellt für den Arbeitnehmer einen geldwerten Vorteil dar, der über den Arbeitgeber der Zeitarbeitskraft einer ordnungsgemäßen Versteuerung und Verbeitragung zugeführt werden muss. Dafür muss der Verleiher entsprechend informiert werden, damit er die Berücksichtigung in der Lohnabrechnung vornehmen kann. Der Entleiher sollte die Information und die gewährten Personalesen dokumentieren.

(Werk-/Dienstvertragskräfte)

Bei Werk-/Dienstvertragskräften gilt weder Equal Pay noch § 13 b AÜG. Dagegen sollte wie oben erläutert zur Vermeidung einer verdeckten Arbeitnehmerüberlassung eine möglichst weitgehende Trennung der Werk-/Dienstvertragskräfte einerseits von den eigenen Mitarbeitern und Zeitarbeitskräften andererseits erfolgen.

Der Auftragnehmer kann beim Einsatzbetrieb Verpflegung für seine Mitarbeiter zu Marktkonditionen entgeltlich erwerben. Dies sollte im Werk-/Dienstvertrag eindeutig geregelt werden. Für die Lohnabrechnung gilt das oben Gesagte. Bei der Durchführung der Mitarbeiterverpflegung im Einsatzbetrieb sollte dann möglichst in verschiedenen Räumen oder zu verschiedenen Zeiten gegessen werden.

Die Neuregelungen im Einzelnen:

- Es gilt eine Privilegierung für Tarifverträge dergestalt, dass bei Zeitarbeitskräften, die mindestens das Tarifentgelt eines vergleich-

² Diese Auffassung ist juristisch nicht eindeutig. Es besteht also ein gewisses Risiko, dass Zeitarbeitskräfte, denen das Personalesen nicht gewährt wird, Schadensersatzansprüche geltend machen könnten.

baren Arbeitnehmers verdienen, die Einhaltung von Equal Pay vermutet wird.

- Überlassungszeiten vor dem 1. April 2017 werden für die Berechnung der 9 Monate nicht berücksichtigt.
- Arbeitsentgelt ist nicht nur das Grundeinkommen, sondern auch z.B. Urlaubsentgelt und -geld, Jahressonderzuwendung, Zuschläge oder VWL.
- Sind beim Entleiher Sachbezüge üblich, kann (muss aber nicht) für diese ein Wertausgleich in Euro erfolgen. Der Wertausgleich hat sich an dem monetären Wert zu orientieren, der in der Lohnabrechnung vergleichbarer Stammarbeitnehmer für die Sachbezüge angesetzt ist.

3. Verbot von Zeitarbeitskräften als „Streikbrecher“

Der Entleiher darf Zeitarbeitskräfte nicht einsetzen, wenn sein Betrieb unmittelbar durch einen Arbeitskampf (Streik) betroffen ist.

Ausnahmen gelten, wenn die Zeitarbeitskräfte auch bisher schon auf dem jeweiligen Arbeitsplatz eingesetzt waren oder wenn die konkrete Tätigkeit nicht vom Arbeitskampf betroffen ist.

4. Betriebliche Mitbestimmung

Zeitarbeitskräfte zählen jetzt bei den betriebsverfassungsrechtlichen Schwellenwerten im Entleihbetrieb (z.B. Zahl der Betriebsratsmitglieder, Freistellung) grundsätzlich mit. Bei der unternehmerischen Mitbestimmung (Aufsichtsräte) gilt dies, soweit die Überlassungsdauer 6 Monate übersteigt.

Zeitarbeitskräfte dürfen an Betriebsversammlungen teilnehmen, Sprechstunden aufsuchen und den Betriebsrat mitwählen. Nur selbst können sie sich im Entleihbetrieb nicht als Betriebsräte wählen lassen, schließlich ist ihr Arbeitgeber der Verleiher.

Der Betriebsrat im Entleihbetrieb hat ein Unterrichtsrecht bzgl. des zeitlichen Einsatzes, des Einsatzortes und der Arbeitsaufgaben der Zeitarbeitskräfte. Der Arbeitgeber muss aber keine Informationen besorgen, über die er selbst nicht verfügt.