

AKTUELL

EXKLUSIVE INFORMATIONEN FÜR DIE MITGLIEDER DES DEHOGA

Zeitarbeit und Fremdpersonaleinsatz

Mitglieder-Information für Hotellerie und Gastronomie

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

Stand 31. März 2017

Am 28. Februar 2017 ist das Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze im Bundesgesetzblatt veröffentlicht worden. In den meisten Teilen tritt es zum 1. April 2017 in Kraft. Ende März hat außerdem die Bundesagentur für Arbeit (BA) ihre Fachlichen Weisungen veröffentlicht, die deutlich machen, wie die BA im Vollzug das Gesetz auslegen und mit ihm umgehen wird.

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.

Das vorliegende Merkblatt stellt die für das Gastgewerbe wichtigsten Änderungen überblicksartig dar. 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.

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 Beschäftigungsverhältnis 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.

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 heißt 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 entspricht nicht immer dem, was im schriftlichen Vertrag festgelegt ist.

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“ v 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 Leiharbeitnehmer 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.

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.
- Nur die Fremdfirma erteilt den Fremdmitarbeitern Weisungen (z.B. 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.
- Tatsächliche Vertragsdurchführung entspricht schriftlichem Vertrag.
- Offenlegungs- und Konkretisierungspflicht beachten! Schriftform beachten und dokumentieren!

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.

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.
- Bei mehreren kürzeren Überlassungen zählen nur die tatsächlichen Einsatzzeiten (allerdings inkl. Urlaub, Krankheit), nicht die Zwischenzeiträume. Angebrochene Monate sind pauschal mit 30 Tagen in Ansatz zu bringen.
- Die Überlassungshöchstdauer kann durch Tarifvertrag der Einsatzbranche ausgedehnt werden, im Gastgewerbe gibt es solche Tarifregelungen jedoch (bisher) nicht.
- 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, werden spätestens mit dieser Gesetzesformulierung unwirksam.

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.

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.

Im Einzelnen:

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

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 (z.B. Zahl der Betriebsratsmitglieder, Freistellung) grundsätzlich mit. Bei der unternehmerischen Mitbestimmung (Aufsichtsräte) gilt dies, soweit die Überlassungsdauer 6 Monate übersteigt.