

Themenschwerpunkt: Dem Personal- und Fachkräftemangel effektiv begegnen

Handlungsmöglichkeiten und -unmöglichkeiten um dem Personal- und Fachkräftemangel zu begegnen



Die Situation ist allseits bekannt – Personalnot allerorten. Eigenes Personal aufzubauen, fällt schwer, es mangelt an Fachkräften und selbst dort, wo Fachkräfte vorhanden sind, ist eine Beschäftigung zum Tariflohn nicht immer möglich. Die anderen möglichen Personaleinsatzformen wie etwa Leiharbeit und Fremdvergabe von Aufträgen werden durch die Gesetzgebung drastisch erschwert – so jedenfalls die gängige Meinung. Doch ist dies tatsächlich so und welche Möglichkeiten gibt es, sich den derzeitigen Herausforderungen zu stellen und Fachkräfte zu gewinnen?

I. Beschäftigung von eigenem, qualifiziertem Personal

Die Beschäftigung von eigenem Personal ist aktuell noch die bevorzugte Personaleinsatzform, jedenfalls dort, wo sich noch geeignetes Personal finden und auch halten lässt. Mit zunehmender Personalnot wird beides immer schwieriger. Und insbesondere Letzteres ist zunehmend immer mehr mit der Herausforderung verknüpft, bereits langgedientes Personal an die Gegebenheiten einer sich verändernden Arbeitswelt heranzuführen. Es verwundert daher nicht, dass das Bundesministerium für Arbeit und Soziales insbesondere immer wieder auf die Wichtigkeit von Aus- und Weiterbildung

von (eigenen) Beschäftigten unter Hinweis auf die Vorteile für die Arbeitnehmer – Erwerb von Kompetenzen und Fähigkeiten, die wichtig für die eigene Karriere sind – wie für die Arbeitgeber – Mittel zu einer besseren Gestaltung der Arbeitsabläufe und Instrument zur Mitarbeiterbindung verweist (vgl. u. a. [Forschungsbericht](#) „Personalentwicklung und Weiterbildung“, S. 2).

1. Aus- und Weiterbildung von eigenem Personal

Im Bereich der Weiterbildung mangelt es auch nicht an vollmundigen Ankündigungen aus der Politik, umgesetzt wurde aber bisher nichts, was eine aktive Fortbildung der Mitarbeiter erleichtert:

So ist zwar bereits seit dem 1. Januar 2019 das Qualifizierungschancengesetz in Kraft, das unter anderem auch die staatliche Förderung von Aus- und Weiterbildung eigenen Personals bei strukturbedingtem Qualifizierungsbedarf vorsieht. Wohl auch wegen der recht strengen Anforderungen wird hiervon jedoch – soweit ersichtlich – in der Praxis kaum Gebrauch gemacht. Voraussetzung ist nämlich nicht nur, gem. [§ 82 Abs. 1 S. 1 SGB III](#), dass

1. Fertigkeiten, Kenntnisse und Fähigkeiten vermittelt werden, die über ausschließlich arbeitsplatzbezogene kurzfristige Anpassungsfortbildungen hinausgehen,
2. der Erwerb des Berufsabschlusses mindestens vier Jahre zurückliegt,
3. der/die Beschäftigte in den letzten vier Jahren an keiner geförderten beruflichen Weiterbildung teilgenommen hat,
4. es sich um eine arbeitgeberfremde Maßnahme mit einem Stundenvolumen von mind. 120 Stunden handelt und
5. die Maßnahme und der Träger der Maßnahme für die Förderung zugelassen sind.

Nach § 82 Abs. 1 S. 2 SGB ist bei Beschäftigten unter 45 Jahren, die in einem Betrieb mit mind. 250 Beschäftigten tätig sind, zusätzliche Voraussetzung, dass

6. die Ersetzung der (menschlichen) Arbeitskraft droht oder der Arbeitsplatz in sonstiger Weise vom Strukturwandel betroffen ist und die Weiterbildung eine Anpassung und Fortentwicklung der beruflichen Kompetenzen ermöglicht oder
7. es sich um eine Weiterbildung in einem Engpassberuf (werden halbjährlich im Rahmen einer Fachkräfteengpassanalyse durch die Bundesagentur für Arbeit ermittelt) handelt.

Und selbst bei Erfüllung der Voraussetzungen führt dies nicht zwingend zu einem (vollen) Anspruch. Denn es handelt sich hierbei sowohl hinsichtlich des „Ob“ als auch des „Wie“ (Höhe und Dauer des Zuschusses) um eine Ermessensentscheidung der zuständigen Behörde (Bundesagentur für Arbeit) (vgl. auch Heinz/Schmidt-De Caluwe/Scholz, Sozialgesetzbuch III - Arbeitsförderung, SGB III § 82 Rn. 39).

Der Koalitionsvertrag der aktuellen Bundesregierung sieht zudem die Schaffung eines sog. Qualifizierungsgelds vor, welches Unternehmen im Strukturwandel zukünftig bei der Bundesagentur für Arbeit beantragen können sollen. Wie dies tatsächlich ausgestaltet und umgesetzt werden soll, lässt der Koalitionsvertrag jedoch offen, sodass sich noch nicht abgesehen lässt, ob dies möglicherweise ein Schritt in Richtung Problemlösung sein kann.

Es bleibt daher (leider) aktuell erst einmal dabei: Arbeitgeber müssen selbst die Initiativekraft sein.

2. Erprobung von neuem Personal

Neben der Aus- und Weiterbildung eigenen Personals, kann die Erprobung von neuem Personal eine Möglichkeit darstellen. Hier kam in der Vergangenheit insbesondere die Vereinbarung einer Probezeit von maximal sechs Monaten in Betracht, währenddessen die Beschäftigten nicht nur noch keinen Kündigungsschutz genießen und deshalb einfacher gekündigt werden können, sondern das Arbeitsverhältnis auch mit einer kürzeren Kündigungsfrist (zwei Wochen, soweit vertraglich nichts anderes vereinbart) beendet werden und/oder die Vereinbarung einer Befristung zum Einsatz kommen kann. Letztere unter anderem, um (auch noch nach Ablauf einer Probezeit) sicherzustellen, dass im Bedarfsfall keine aufwändige Trennung mittels Kündigung notwendig wird.

Beide Mittel sind – auch wenn immer mal wieder Gerüchte eines Befristungsverbots laut werden – weiterhin in den gesetzlichen Grenzen möglich, auch wenn die Personalnot die Befristungspraxis zum Teil verändert, da viele Bewerber schlicht nicht mehr zum Abschluss befristeter Verträge bereit sind. Nach unseren Beobachtungen hat diese Veränderung jedoch hauptsächlich beherrschbare Konsequenzen. Denn insbesondere in den Branchen mit Personalangel findet sich regelmäßig schnell eine Anschlussbeschäftigung, was eine erforderliche Trennung von einem Mitarbeiter vereinfacht. Gleichzeitig gewinnt die veränderte Beschäftigungssituation auch aus wirtschaftlicher Sicht an Bedeutung: Denn grundsätzlich trifft einen gekündigten Mitarbeiter bereits während eines laufenden Kündigungsschutzprozesses die Verpflichtung, eine angemessene Ersatzbeschäftigung aufzunehmen und vorbehaltlich anderslautender Vereinbarung die hieraus erzielten Entgelte auf das vom Arbeitgeber zu zahlende Entgelt anzurechnen. Das heißt, selbst wenn eine einvernehmliche Trennung nicht möglich sein sollte, führt der Verweis auf eine alternative Beschäftigung bei einem anderen Unternehmen der Branche vielfach zu einer drastischen Senkung des Annahmeverzugslohnrisikos.

Bei der Befristung selbst ist grundsätzlich zwischen der sog. Sachgrundbefristung und der Befristungen ohne Sachgrund zu unterscheiden:

Bei der sachgrundlosen Befristung bestehen die praktischen Probleme aus unserer Sicht in erster Linie in Bezug auf die einzuhaltenden Formalitäten. Hier gilt es nach wie vor zu beachten, dass

- die Befristung schriftlich erfolgt (= eigenhändige Unterzeichnung durch beide Parteien vor Arbeitsaufnahme)
- der Mitarbeiter nicht bereits zuvor schon einmal im Unternehmen beschäftigt war (= keine Vorbeschäftigung),
- die maximale Befristungsdauer von zwei Jahren nicht überschritten wird,
- Befristung maximal dreimal verlängerbar (= erstmalige Befristungsabrede zuzüglich drei Verlängerungsabreden möglich)
- Änderungen von Arbeitsbedingungen nicht zusammen mit einer Befristungsverlängerung erfolgen dürfen (= Vertragsveränderungen bei Verlängerung führen zu einem neuen unbefristeten Arbeitsverhältnis).

Eine Sachgrundbefristung, die im Übrigen auch schriftlich vereinbart werden muss, kommt nach wie vor grds. in den folgenden Fällen in Betracht:

- vorübergehender betriebliche Mehrbedarf an Arbeitsleistung,
- Anschlussbeschäftigung an Ausbildung oder Studium,
- Vertretung eines anderen Arbeitnehmers,
- Eigenart der Arbeitsleistung,
- Erprobung,
- in der Person des Arbeitnehmers liegende Gründe,
- Zweckbindung von Haushaltsmitteln,
- gerichtlicher Vergleich.

Hieran soll sich in naher Zukunft – jedenfalls im nichtöffentlichen Sektor – auch nichts ändern. Die einzige „Veränderung“, die der aktuelle Koalitionsvertrag vorsieht, ist, dass sog. Kettenbefristungen eingeschränkt werden sollen. Dies, indem mit Sachgrund befristete Arbeitsverträge beim selben Arbeitgeber auf eine Dauer von sechs Jahren begrenzt werden sollen. Parallel zeigt sich jedoch in der Praxis, dass die Rechtsprechung zur Befristung infolge eines befristeten Mehrbedarfs zusehends restriktiver wird. Insbesondere die unteren Instanzen neigen dazu, die Darlegungsvoraussetzung bzgl. des vorübergehenden

Personalmehrbedarfs und damit auch bzgl. der Personal(bedarfs)planung zu überspannen. So verlangt die Rechtsprechung bei Sachgrundbefristungen wegen befristeten Mehrbedarfs grds. die Erstellung einer Prognose über den vorübergehenden Mehrbedarf, die auf konkreten („verständlichen“) Anhaltspunkten basieren muss. Häufig reicht den Gerichten hierfür jedoch allein die Darlegung von Auftrags- und/oder Umsatzzahlen nicht mehr aus, um einen lediglich vorübergehenden Mehrbedarf nachzuweisen. Vielmehr wird die Annahme getroffen, dass dies jedenfalls auch das Ergebnis der Entwicklung des Arbeitskräftebedarfs im Unternehmen sein könne, weswegen die Befristung unwirksam sei. Denn eine bloße Unsicherheit über die künftige Entwicklung des Arbeitskräftebedarfs reiche für eine Sachgrundbefristung zur Abdeckung vorübergehenden Mehrbedarfs nicht aus.

II. Fremdpersonaleinsatz

Bisher kamen neben der Beschäftigung von eigenem Personal verschiedene Formen des Fremdpersonaleinsatzes in Betracht. Doch ist dies auch weiterhin eine Option und falls ja, in welcher Form?

1. Arbeitnehmerüberlassung

Auch das Instrument der Arbeitnehmerüberlassung ist nach wie vor möglich, auch wenn sich in der Praxis das Gerücht hält, dass sich der Entleih von Arbeitnehmern rechtlich nicht mehr in zulässiger Weise umsetzen lasse. Sie ist allerdings an strenge Voraussetzungen und Pflichten geknüpft, deren Verletzung teilweise empfindliche Strafen nach sich ziehen:

So setzt eine wirksame Entleihung von Arbeitnehmern grundsätzlich

- eine gültige Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis des Verleihunternehmens/des Verleihers,
- ein bestehendes Arbeitsverhältnis zwischen dem Leiharbeiter und dem Verleiher,
- einen schriftlichen Arbeitnehmerüberlassungsvertrag zwischen Ver- und Entleiher, der auch ausdrücklich als solcher bezeichnet ist und in dem die Person des Leiharbeitnehmers konkretisiert wird (= Kennzeichnungspflicht) und
- eine wirksame Arbeitserlaubnis des Leiharbeitnehmers

voraus.

Darüber hinaus gilt es zu beachten, dass (derselbe) Leiharbeitnehmer vorbehaltlich einer tariflichen Verlängerungsmöglichkeit nicht länger als maximal 18 Monate am Stück entliehen werden darf. Unterbrechungen von mehr als drei Monaten lassen jedoch den 18-Monats-Frist von neuem beginnen, so dass in der Praxis oft auf Rondell-Modelle zurückgegriffen wird. Eine zeitliche Begrenzung der Besetzung eines Arbeitsplatzes durch Leiharbeitnehmer gibt es indes nicht. Dies hat zuletzt auch nochmals der EuGH (vgl. Urteil vom 17. März 2022, Az. C-232/20) bestätigt. Ein weiterer Punkt, der immer mal wieder übersehen wird, ist, dass auch im Bereich Arbeitnehmerüberlassung spätestens ab dem 10. Entleihmonats der „Equal Pay-Grundsatz“ greift. D.h. der Verleiher ist – so das BAG (vgl. BAG, Urteil vom 16. Oktober 2019 – 4 AZR 66/18) – grundsätzlich verpflichtet, einem Leiharbeitnehmer das gleiche Arbeitsentgelt zu zahlen, das der Entleiher vergleichbaren Stammarbeitnehmern gewährt. Auch hier gilt grundsätzlich die Möglichkeit der Abweichung durch Tarifvertrag. Ob bzw. inwieweit dies auch zukünftig möglich sein wird, bleibt abzuwarten. Mit Beschluss vom 16. Dezember 2020 – Az. 5 AZR 143/19 (beim EuGH geführt unter dem Az. C-311/21) hat das BAG den EuGH um Klärung gebeten, ob bzw. inwieweit die Tariföffnung den europarechtlichen Vorgaben entspricht. Die Entscheidung des EuGH steht derzeit noch aus.

Bei Verstoß gegen die vorstehenden Voraussetzungen droht nicht nur die Fiktion eines Arbeitsverhältnisses zwischen dem Entleiher und dem Leiharbeitnehmer. Darüber hinaus kann eine Geldbuße von bis zu EUR 30.000,00 bzw. bei Einsatz eines ausländischen Mitarbeiters, der über keine den Einsatz umfassende Arbeitserlaubnis verfügt, von bis zu EUR 500.000,00 verhängt werden (bei mehr als fünf ausländischen Arbeitnehmern in dieser Situation droht sogar Freiheitsstrafe).

3. Fremdvergabe von Aufgaben/Outsourcing

Anstelle der Arbeitnehmerüberlassung können dort, wo abgeschlossene Teilleistungen insgesamt durch ein anderes Unternehmen erbracht werden können, Werkverträge geschlossen werden. Auch hieran hat sich – entgegen vieler Stimmen – nach wie vor nichts geändert.

Die Frage einer wirksamen Fremdvergabe von Aufträgen/Dienstleistungen durch Abschluss von Dienst- oder Werkverträgen hängt wiederum im Wesentlichen davon ab, ob der Subunternehmer

- für die Organisation der zu Erbringung der Dienstleistung bzw. Erfolgserreichung notwendigen Handlungen ebenso wie für das von ihm zur Vertragserfüllung eingesetzte Personal selbst verantwortlich ist,
- in der Umsetzung und Ausgestaltung seiner Leistung – lediglich begrenzt durch den Vertragsgegenstand – frei ist und
- das unternehmerische wie wirtschaftliche Risiko trägt.

Für die Frage, ob der Fremdpersonaleinsatz als Arbeitnehmerüberlassung oder Fremdvergabe von Aufträgen/Dienstleistungen einzuordnen ist, bedarf es einer „Gesamtwürdigung aller maßgebenden Umstände des Einzelfalles“. Maßgebend ist die „gelebte Praxis“. D.h. weicht die (schriftliche) Vereinbarung von dem tatsächlich „gelebten Vertragsverhältnis“ ab, geht die „gelebte Vertragsbeziehung“ vor.

In der Praxis ist an den Abschluss von Werkverträgen insbesondere dort zu denken, wo abgrenzbare Teilleistungen vollständig fremdvergeben werden können. Gut erkennen lassen sich diese insbesondere daran, wenn sich Übergabepunkte identifizieren lassen, an denen der Werkunternehmer die Haftung für die betroffene Ware übernimmt.

Sind die Anforderungen an eine wirksame Fremdvergabe von Aufträgen/Dienstleistungen nicht erfüllt, stellt die Erbringung der Dienstleistungen regelmäßig eine unzulässige Arbeitnehmerüberlassung – da bereits nicht als solche gekennzeichnet – dar, mit den zuvor bezeichneten Rechtsfolgen. Und selbst wenn die Fremdvergabe von Aufträgen/Dienstleistungen als solche zu qualifizieren ist, drohen Strafen. Denn nach § 14 Arbeitnehmer-Entsendegesetz haftet ein Unternehmer, der einen anderen Unternehmer mit der Erbringung von Werk- oder Dienstleistungen beauftragt, nicht nur für Einhaltung der geltenden Mindestlohnregelungen und die Abführung der entsprechenden Sozialversicherungsbeiträge. Es darf darüber hinaus ein ausländischer Auftragnehmer nur dann mit der Erbringung von Dienst- oder Werkleistungen in Deutschland beauftragt werden, soweit er über alle zur Erbringung der Dienst- oder Werkleistungen erforderlichen Erlaubnisse verfügt, andernfalls droht ein Bußgeld von bis zu EUR 500.000,00.

3. Einsatz von sog. „Expats“

Eine weitere Form des „Fremdpersonaleinsatzes“ ist der Einsatz von Expatriaten bzw. besser bekannt unter der Bezeich-

nung „Expats“ und damit der grenzüberschreitende Einsatz von (ausländischen) Fachkräften.

Insbesondere beim Einsatz von Expats in Deutschland kommen regelmäßig als Ausgestaltungsformen die sog. Arbeitnehmerentsendung oder die grenzüberschreitende Arbeitnehmerüberlassung in Betracht. Das wesentliche Abgrenzungskriterium ist auch hier – ähnlich wie bei der Abgrenzung Arbeitnehmerüberlassung und Fremdvergabe von Aufträgen – die Frage der Eingliederung des Expats in den deutschen Betrieb und wem die Weisungsbefugnis zusteht. Und auch hier gilt: maßgeblich ist die gelebte Praxis, mit den vorgenannten finanziellen und (straf-)rechtlichen Risiken. Denn grundsätzlich gilt bei einer grenzüberschreitenden Arbeitnehmerüberlassung - neben etwaigen sozial- und steuerrechtlichen Besonderheiten - nichts anderes als bei einer inländischen Überlassung. D.h., das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz („AÜG“) mit seinen Vorgaben findet auch dann Anwendung, wenn der aus dem Ausland „überlassene“ Expat in den deutschen Betrieb eingegliedert wird und seine Weisungen vom deutschen Unternehmen erhält, solange nicht ausnahmsweise das sog. Konzernprivileg nach § 1 Abs. 3 Nr.2 AÜG greift. Letzteres macht nämlich (ebenfalls) nicht an der deutschen Grenze halt. Zu beachten ist jedoch, dass die Privilegierung (keine Anwendung des AÜG mit Ausnahme Verbots der Arbeitnehmerüberlassung im Baugewerbe) nur dann greift, wenn

- „Verleiher“ und „Entleiher“ demselben Konzern nach § 18 AktG angehören und
- der Mitarbeiter/Expat nicht zum Zweck der Überlassung eingestellt bzw. beschäftigt wird.

Hauptanwendungsfall der Arbeitnehmerentsendung ist daher der Einsatz von ausländischen Auftraggebern und damit eine grenzüberschreitende Fremdvergabe von Aufträgen sowie der Fall, ein ausländischer Arbeitgeber seinen Mitarbeiter für einen begrenzten Zeitraum zu einer ausländischen Tochtergesellschaft „schickt“, um dort auf dessen Weisungen Dienstleistungen für die ausländische Tochtergesellschaft zu erbringen.

Ihre Ansprechpartner



Paul Schreiner

Rechtsanwalt, Fachanwalt für
Arbeitsrecht, Partner
Köln
T +49 221 9937 11691
paul.schreiner@
luther-lawfirm.com



Nina Stephan

Rechtsanwältin, Fachanwältin für
Arbeitsrecht, Senior Associate
Essen
T +49 201 9220 24758
nina.stephan@
luther-lawfirm.com

