



Ressourcenflexibilität durch Einsatz von externen Mitarbeitern

RA Rüdiger H. Latz, MM

I. Richtige Anbindung externer Mitarbeiter

Der Einsatz externer Mitarbeiter erlaubt es Unternehmen, Kapazitätsengpässe mit flexiblen Ressourcen auszugleichen. Durch entsprechende Personalmaßnahmen können Unternehmen – unabhängig von ihrer Größe – erforderliche Anpassungen kurzfristig umsetzen.

Vielfach werden externe Mitarbeiter allerdings an das Unternehmen gebunden, ohne ordnungsgemäße Verträge abzuschließen. Auch bei Durchführung und Handhabung dieser Mitarbeiterverhältnisse unterlaufen Unternehmen vermeidbare Fehler. Oft stellt sich dann im Nachhinein heraus, dass die ursprünglich als freies Mitarbeiterverhältnis oder als Dienst- oder Werkvertrag bezeichnete Vertragsbeziehung tatsächlich ein Arbeitsverhältnis begründet hat. Dies kann im Rahmen eines arbeitsgerichtlichen Rechtsstreits mit einem Mitarbeiter zu Tage treten oder schlicht Ergebnis einer Routineprüfung durch Sozialversicherungsträger oder Finanzbehörden sein.

Die wirtschaftlichen Folgen einer Statusverfehlung sind für das Unternehmen mitunter fatal. So haftet der Arbeitgeber für den gesamten Sozialversicherungsbeitrag (§ 28 e SGB IV), d.h. er muss ggf. den Arbeitgeber- und Arbeitnehmeranteil rückwirkend seit Beginn des Vertragsverhältnisses nachentrichten. Ferner hat er für die Abführung der Lohnsteuer des Arbeitnehmers einzustehen (§ 42 d Abs. 1 Nr. 1 EStG). Hat der vermeintlich externe Mitarbeiter in seinen Abrechnungen Umsatzsteuer ausgewiesen, so droht dem Arbeitgeber zudem die Rückerstattung des Vorsteuerabzugs an das Finanzamt.

Bei fehlerhafter Arbeitnehmerüberlassung ergeben sich weitere Risiken. So kann ein Verleihbetrieb weitergehenden Vergütungsansprüchen des Mitarbeiters nebst Nachforderungen von Sozial- und Finanzbehörden ausgesetzt sein. Grundlage hierfür ist das sog. Gleichstellungsgebot mit Mitarbeitern der Stammebelegschaft des Entleihunternehmens, in dem der Mitarbeiter eingesetzt war (*equal pay*). Selbst tarifvertragliche Inbezugnahmen können nach einer aktuellen Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts hiervoor nicht sicheren Schutz bieten.

Die skizzierten wirtschaftlichen Belastungen drohen dem Arbeitgeber bis zu einem Zeitraum von vier Jahren nach Beendigung des Mitarbeiterverhältnisses. Der Regress gegenüber dem Arbeitnehmer ist in rechtlicher Hinsicht schwierig und scheitert in der Praxis auch an dessen wirtschaftlichen Möglichkeiten. Da Unternehmen Rückstellungen für dieses Risiko regelmäßig nicht getroffen haben, ergeben sich oftmals erhebliche Liquiditätsengpässe, bis hin zur Insolvenz.

II. Abgrenzung externer Mitarbeiter vom Arbeitnehmer

Die dargestellten Risiken können durch eine spezifische Gestaltung und Handhabung der Vertragsbeziehungen mit externen Mitarbeitern ausgeschlossen oder jedenfalls minimiert werden. Um die Erfordernisse des Unternehmens in der Praxis bedarfsgerecht zu erfassen, dienen bestimmten Kriterien und Rechtstypen.

Die Frage, ob ein externer Mitarbeiter als freier Mitarbeiter (*free lancer*) vollkommen selbständig beauftragt und abgerechnet werden kann, oder doch als Arbeitnehmer gilt, kann nicht durch gesetzliche Regelungen allein beantwortet werden. Vielmehr ist auf Indizien abzustellen, die die Eigenart der jeweiligen Tätigkeit berücksichtigen. Als wichtigstes Indiz nimmt die Rechtsprechung den Umfang der Weisungsgebundenheit des Mitarbeiters an, und zwar nach Inhalt, Durchführung, Zeit, Dauer und Ort der jeweiligen Tätigkeit im konkreten Einzelfall. Weiteres Indiz ist, inwieweit der Mitarbeiter in den Betrieb eingegliedert ist und ob er dem Unternehmen seine ganze Arbeitskraft schuldet. Zu beachten ist, dass es hierbei maßgeblich auf die tatsächliche Durchführung der Vertragsbeziehung ankommt, und nicht auf den Wortlaut des Vertrages. Ist in der praktischen Durchführung aufgrund der genannten Kriterien eher eine Weisungsabhängigkeit und Eingliederung anzunehmen, so muss grundsätzlich von einem Arbeitsverhältnis ausgegangen werden.

III. Weitere Einsatzmöglichkeiten externer Mitarbeiter

1. Arbeitnehmerüberlassung

Arbeitnehmerüberlassung liegt vor, wenn ein Unternehmer (Verleiher) einem anderen Unternehmen (Entleiher) eigene Mitarbeiter (Leiharbeitnehmer) regelmäßig gewerbsmäßig überlässt. Als Verleiher treten sowohl Großunternehmen der Zeitarbeitsbranche als auch kleinere mittelständische Produktionsbetriebe auf, die bei Bedarf einen Teil ihrer qualifizierten Fachkräfte aus Gründen der Kundenbindung oder einfach aus Kostengründen an Dritte verleihen (Mischbetriebe).

Der Verleiher muss zunächst über eine gültige Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung der zuständigen Bundesagentur für Arbeit verfügen, ansonsten weitreichende Sanktionen drohen (§ 1 Abs. 1 AÜG). Er hat auf Grund des geltenden Gleichstellungsgebotes (*equal pay* und *equal treatment*) seinem Leiharbeitnehmer während der Überlassung grundsätzlich die wesentlichen Vertragsbedingungen des Entleihers zu gewähren. Dies kann er nur dadurch vermeiden, in dem er in seine Arbeitsverträge einen gültigen Tarifvertrag der Zeitarbeitsbranche einbezieht.

Der betreffende Mitarbeiter hingegen verbleibt trotz seiner weitgehend organisatorischen Eingliederung im Fremdbetrieb Arbeitnehmer des Verleihers.

Der Entleiher, der den Personalbedarf hat, schließt mit dem Verleiher hierzu einen Arbeitnehmerüberlassungsvertrag. Darin sind Tätigkeiten bzw. Qualifikationen der zu überlassenden Mitarbeiter im Einzelnen vertraglich festzulegen, um Unklarheiten über die Vertragspflichten zu vermeiden. Der Verleiher erfüllt seine Vertragspflicht bereits dann, wenn er geeignete Mitarbeiter bereitstellt. Neben Merkmalen der Qualifikation und Tätigkeit sind darüber hinaus auch die im Unternehmen des Entleihers geltenden wesentlichen Vertragsbedingungen im Arbeitnehmerüberlassungsvertrag aufzunehmen, sofern der Verleiher diese seinen

Leiharbeitnehmern mangels tarifvertraglicher Einbeziehung gewähren muss (§ 12 AÜG).

Aufgrund der Vielzahl sich ergebender rechtlicher Fragen empfiehlt sich daher eine eingehende Beratung und sorgsam abgestimmte Vertragsgestaltung und -handhabung.

2. Subunternehmervertrag

Unter einem Subunternehmervertrag versteht man einen Werk- oder auch Dienstvertrag zwischen zwei Unternehmen. Darin verpflichtet sich der Auftragnehmer zur Erstellung eines Werkes, das durch den Einsatz eigener Mitarbeiter oder durch Dritte (Erfüllungshilfen) erfolgen kann. Subunternehmerverträge werden meist projektbezogen abgeschlossen.

Die Schwierigkeit besteht in der Abgrenzung insbesondere zu einem Arbeitnehmerüberlassungsvertrag. Dies ist deshalb von maßgeblicher Bedeutung, weil der beauftragte Subunternehmer regelmäßig nicht über die erforderliche Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung verfügt. Liegen Anhaltspunkte für eine - dann unzulässige - Arbeitnehmerüberlassung vor, so gilt dann der auftraggebende Unternehmer als Arbeitgeber dieser externen Mitarbeiter mit sämtlichen sich hieraus ergebenden arbeits- und sozialversicherungsrechtlichen Verpflichtungen (§ 10 AÜG).

Das wichtigste Kriterium für die Annahme eines Werkvertrages ist die Ergebnisverantwortung des Werkunternehmers. Hierfür sprechen zum einen die vertraglich geregelte Gewährleistung, der die entsprechende Handhabung in der Praxis folgen muss (wie beispielsweise Werkabnahme, Nachbesserungsverlangen, Mängeleinhalte und Rechnungsabzüge), zum anderen der Umfang des Werkunternehmerbetriebs selbst, der in eigener wirtschaftlicher Verantwortung gesteuert werden muss. Fehlende Weisungsbefugnisse sowie ein geringerer Umfang der Eingliederung der Mitarbeiter im Betrieb des Entleihers sind weitere Indizien, die für die Abgrenzung im Einzelfall von Bedeutung sind.

3. Befristetes Arbeitsverhältnis als Alternative

Der vorübergehende Personalbedarf kann auch durch den Abschluss eines befristeten Arbeitsvertrages gedeckt werden. Hierbei sind allerdings die engen Vorgaben des Teilzeit- und Befristungsgesetzes (TzBfG) zu beachten.

Viele Befristungen scheitern bereits an Formvorschriften. So muss die Befristung schriftlich vereinbart sein und bei Beginn des Arbeitsverhältnisses vorliegen. Eine nachträgliche Befristung ist grundsätzlich nicht möglich. Desweiteren darf der Arbeitnehmer über den Zeitpunkt der Befristung hinaus das Arbeitsverhältnis nicht fortsetzen. Wird dies nicht beachtet, so liegt ein unbefristetes Arbeitsverhältnis vor, das der Arbeitnehmer durch Befristungskontrollklage vor dem Arbeitsgericht feststellen lassen kann (§ 17 TzBfG).

Die Zeitbefristung ohne Sachgrund ist nur bis zu einem Zeitraum von insgesamt zwei Jahren zulässig (§ 14 Abs. 2 TzBfG). Ansonsten bedarf sie eines bestimmten Sachgrundes, worunter insbesondere die Vertretung eines anderen Arbeitnehmers sowie die Befristung zur Probe fallen (§ 14 Abs. 1 TzBfG). Desweiteren kann die Befristung auch zweckbezogen geregelt sein, was allerdings die genaue Bezeichnung der Zweckerreichung des betreffenden Projektes erfordert (§ 15 Abs. 2 TzBfG).

IV. Vertragsmuster

Entsprechend den einzelnen Erfordernissen in der Praxis sind für die gewünschten Vertragsbeziehungen unterschiedliche Vertragsmuster zugrunde zu legen, die der individuellen Anpassung bedürfen.

Hierunter fallen u.a.:

- Dienstvertrag mit einem freien Mitarbeiter bzw. Unternehmen
- Beratervertrag
- Werkvertrag
- Subunternehmervertrag
- Arbeitnehmerüberlassungsvertrag mit einem Verleiher bzw. Entleiher (jeweils mit bzw. ohne Tarifvertragsbezug).
- Befristeter oder zweckgebundener Arbeitsvertrag

V. Resümee

Es gibt ausreichende Möglichkeiten, personelle Kapazitätsanpassungen zeitnah und individuell durchzuführen. Vor der Umsetzung ist gut zu überlegen, welche Personalmaßnahme für die Zweckerreichung am geeignetsten ist. Auch bei der flexiblen Gestaltung sind die rechtlichen Rahmenbedingungen und Anforderungen zum Schutz und Wohl der Beteiligten genau zu beachten.