

## **FAQ zu Auftragsflauten und Personalengpässen**

### **1. Was tun bei Auftragsflauten und Personalengpässen?**

Das neuartige Coronavirus trifft die deutsche wie die internationale Wirtschaft asymmetrisch: Während einige Branchen teils katastrophale Umsatzeinbußen zu beklagen haben, ist in anderen Bereichen die Nachfrage so hoch, dass die Kapazitäten nicht ausreichen, um sie zu erfüllen.

So stehen im produzierenden Gewerbe vielerorts die Bänder still, während die Arbeitnehmer daheim auf das Ende der Krise warten; Reisen können in Zeiten geschlossener Hotels und abgesagter Flüge nicht getätigt werden, weshalb die Tourismusbranche sowohl hier als auch im Ausland schier brachliegt.

Dagegen sind Logistik und Einzelhandel überfordert mit der gestiegenen Nachfrage. Sie haben Probleme, die Ware in die Läden zu transportieren und dort in deren Regale zu bringen; Paketzusteller erleben ebenfalls eine gestiegene Auftragslage, die derjenigen während des Weihnachtsgeschäfts entspricht, und der Bedarf an Pflegepersonal ist auf einem Rekordhoch.

Damit beide Seiten die krisenbedingte Extremsituation kompensieren können, bietet sich eine Kooperation zwischen beiden an: Grundidee ist dabei jeweils, die nicht ausgelasteten Arbeitnehmer der krisengeplagten Branche derjenigen zuzuführen, die unter gesteigerter Nachfrage einen zeitweiligen Mehrbedarf an Personal verzeichnet.

### **2. Welche Vorteile hat eine solche Kooperation?**

Während die Arbeitnehmer der stillstehenden Branche Verdienstauffälle vermeiden und das positive Gefühl vermittelt bekommen, in einer nie dagewesenen Situation einen Beitrag für die Allgemeinheit zu leisten, wird das Stammpersonal dieser Branche durch die Unterstützung entlastet.

Für krisengebeutelte Arbeitgeber hingegen ergeben sich einerseits Ersparnisse an Personalkosten und andererseits ein nicht unerheblicher medialer Bonus, da die gesellschaftliche Anerkennung für verantwortungsvolle Krisenbewältigung dieser Tage besonders groß ist.

**3. Kann der Arbeitgeber seine Arbeitnehmer freistellen, damit diese stattdessen bei einem anderen Unternehmen befristet angestellt werden können, in dem Mehrbedarf herrscht?**

In Betracht kommt, Arbeitnehmer des von der Krise betroffenen Stammarbeitgebers von der Pflicht zur Arbeitsleistung freizustellen und sie befristet bei einem anderen Arbeitgeber mit zeitweilig erhöhtem Personalbedarf anzustellen.

Für den Stammarbeitgeber ergeben sich während der Zeit der Freistellung keine Verpflichtungen zur Entgeltzahlung, während die Arbeitnehmer von ihrem zeitweiligen Arbeitgeber zu den dort üblichen Konditionen beschäftigt und bezahlt werden. Dabei trägt der Arbeitnehmer kein Risiko, da ihm für die Zeit nach der Krise die Rückkehr zu seinem Stammarbeitgeber und der dortigen Beschäftigung zu den gewohnten Bedingungen vertraglich garantiert werden kann. Da das rechtliche Verhältnis zu seinem Stammarbeitgeber nur ruht und nicht beendet ist, gelten eventuelle Geheimhaltungs- und Verschwiegenheitspflichten weiterhin.

Das Arbeitsverhältnis mit dem zeitweiligen Arbeitgeber ist klassischerweise als befristetes ausgestaltet. Gemäß § 14 Abs. 2 TzBfG ist grundsätzlich eine sachgrundlose Befristung über einen Zeitraum von bis zu zwei Jahren möglich. Unbedingt zu respektieren ist das Schriftformerfordernis des § 14 Abs. 4 TzBfG, bei dessen Nichtbeachtung ein unbefristetes Arbeitsverhältnis mit dem eigentlich nur überbrückungsweise einzustellenden Arbeitnehmer fingiert wird. Wichtig ist, auch im befristeten Arbeitsvertrag ein ordentliches Kündigungsrecht vorzusehen, um ein Höchstmaß an Flexibilität sicherzustellen: Im Falle des Rückgangs des Personalmehrbedarfs oder einer Normalisierung der Auftragszahlen im Stammbetrieb kann so schnell wieder der Status quo ante hergestellt werden.

**4. Welche Rechte der Arbeitnehmer und des Betriebsrats sind bei dem Modell der befristeten Anstellung bei dem anderen Arbeitgeber zu beachten?**

Zunächst ist eine Ruhendstellung des Arbeitsverhältnisses nur unter Zustimmung des Arbeitnehmers möglich, soweit sich keine diesbezügliche Regelung im Arbeits- oder Tarifvertrag findet. Vor der Einstellung von befristeten Arbeitnehmern muss der ausleihende Unternehmer gem. § 99 BetrVG den Betriebsrat beteiligen. Im Stammunternehmen ergeben sich derweil weder vor der Ruhendstellung noch vor dem Wiedereinstieg des Arbeitnehmers Mitbestimmungsrechte.

Die Zustimmung des Arbeitnehmers ist aber nicht unwahrscheinlich, da das genannte Modell auch für ihn attraktiv sein dürfte: Gerade wenn der Stammarbeitgeber keine oder nur eine geringe Aufstockung des seitens der Bundesagentur für Arbeit geleisteten

Kurzarbeitergeldes gewähren kann, ist eine vollwertige, vollbezahlte Beschäftigung in einer anderen Branche ein Weg, um dringend benötigte Einkünfte sicherzustellen.

Stammarbeitgeber und "Ausleiher" können die Kooperation auch durch eine Vereinbarung institutionalisieren. Hier können die vorzeitige Beendigung der befristeten Arbeitsverhältnisse für eine Zeit nach der Auftragsflaute ebenso vereinbart werden wie gegenseitige Abwerbeverbote.

Natürlich setzt dieses Modell, wie auch die folgenden, voraus, dass im Betrieb des zeitweiligen Arbeitgebers die Infektionsgefahr für den Arbeitnehmer nicht höher ist als in seinem Stammbetrieb. Ansonsten dürfte die anderweitige Beschäftigung auch bei besserer Bezahlung höchst unattraktiv sein.

## **5. Können die Arbeitnehmer eines Unternehmens einem anderen Unternehmen nach dem AÜG zur Verfügung gestellt werden?**

Weiterhin kommt in Betracht, den Arbeitnehmer mittels klassischer Arbeitnehmerüberlassung einem anderen Unternehmen zur Verfügung zu stellen. Dabei bleibt er Angestellter seines Stammarbeitgebers (Verleiher) und wird als solcher bei einem Unternehmen mit gesteigertem Personalbedarf (Entleiher) tätig. Dabei sind zwischen Ver- und Entleiher die genauen Modalitäten des Einsatzes vertraglich zu regeln. Es empfiehlt sich, in dieser Vereinbarung bereits die Modalitäten zur Beendigung des Einsatzes vorzusehen, um im Falle eines Endes der Krise für eine schnelle Rückkehr zu normalen Bedingungen bereit zu sein.

Grundsätzlich ist die Arbeitnehmerüberlassung in Deutschland wie in ganz Europa streng reglementiert. So ist sie nach dem deutschen Arbeitnehmerüberlassungsgesetz erlaubnispflichtig. Ausnahmen gelten nur in eng ausgelegten Einzelfällen, für Unternehmen mit unter 50 Beschäftigten oder im Rahmen der sog. "Nachbarschaftshilfe", wenn die Überlassung nur "gelegentlich" erfolgt und der Arbeitnehmer ursprünglich nicht zu deren Zwecke eingestellt wurde (§ 1 Abs. 3 Nr. 2 a AÜG).

Zur Bewältigung der gegenwärtigen Krise hat das Bundesministerium für Arbeit und Soziales angekündigt, das Kriterium der Gelegentlichkeit bis Ende 2020 weit auszulegen, sodass Arbeitnehmerüberlassungen zur Überbrückung unvorhersehbarer Personalengpässe immer dann rechtmäßig sein sollen, wenn diese einen Arbeitsausfall beim Verleiher auffangen, keine dauerhafte Überlassung der Arbeitnehmer geplant ist und diese der Überlassung an den Entleiher zustimmen. Siehe dazu

<https://www.bmas.de/DE/Schwerpunkte/Informationen-Corona/Fragen-und-Antworten/Fragen-und-Antworten-corona/corona-virus-arbeitsrechtliche-auswirkungen.html>.

Dabei ist abweichend vom Grundsatz weder eine vorherige Erlaubnis durch die zuständige Behörde noch eine Anzeige der Arbeitnehmerüberlassung bei dieser erforderlich.

Inwieweit die Krisenzeit eine Abweichung vom arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgebot rechtfertigt, ist juristisch nicht ganz eindeutig zu beantworten. Wenn und soweit die Voraussetzungen von § 1 Abs. 3 Nr. 2 a AÜG erfüllt sind, sind die wesentlichen Vorschriften des AÜG – so auch der Gleichstellungsgrundsatz gem. § 8 AÜG – eigentlich gerade nicht anwendbar (vgl. § 1 Abs. 3, Eingangssatz AÜG). Nicht ausgeschlossen ist jedoch, dass versucht wird, im Rahmen einer europarechtskonformen Auslegung den in der Zeitarbeitsrichtlinie verorteten Gleichstellungsgrundsatz in das AÜG „hineinzuleiten“. Die Anwendung des Gleichstellungsgrundsatzes ist insoweit die rechtsicherere, aber gleichsam auch teurere und organisatorisch aufwendigere Variante.

Zwar kann der Arbeitgeber Zeit und Ort der Arbeitsleistung seiner Arbeitnehmer nach billigem Ermessen bestimmen. Diese sind allerdings grundsätzlich nicht dazu verpflichtet, ihre Arbeitsleistung für einen Dritten zu erbringen. Für die Überlassung an ein fremdes Unternehmen ist somit das Einverständnis der zu entleihenden Arbeitnehmer notwendig.

Ebenso wie bei der Einstellung befristeter Arbeitnehmer ist der Einsatz von Zeitarbeitnehmern im Entleiherbetrieb gem. § 99 BetrVG mitbestimmungspflichtig.

Weiterhin bleibt die Arbeitnehmerüberlassung im Baugewerbe verboten (§ 8 Abs. 1 Satz 1 AÜG), sodass das genannte Modell in dieser Branche keine Option darstellt.

(Siehe zu diesem Thema auch unsere vertiefenden FAQ "Vorübergehende Arbeitnehmerüberlassung".)

## **6. Kann der Arbeitnehmer während Kurzarbeitsphasen Nebentätigkeiten aufnehmen, um sein Einkommen aufzubessern?**

Hat der Stammarbeitgeber, ggf. in Zusammenarbeit mit dem Betriebsrat, für sein Unternehmen Kurzarbeit angeordnet, so verringert sich der Verdienst seiner Arbeitnehmer um denjenigen Prozentsatz, um den ihre Pflicht zur Arbeitsleistung entfällt. Die Differenz zum regelmäßigen Nettoeinkommen wird dabei gem. § 105 SGB III nur zu 60 % (bzw. 67 %, wenn der Arbeitnehmer Kinder hat) von der Bundesagentur für Arbeit erstattet, wobei der Prozentsatz ab dem vierten Monat gestaffelt erhöht wird. Siehe dazu im Einzelnen unsere FAQ zum Thema Kurzarbeit.

Es scheint sich also für den Arbeitnehmer anzubieten, während der Zeit, in der er von der Arbeitspflicht freigestellt ist, eine Nebentätigkeit aufzunehmen, um die Verdienstücke zu schließen.

Dieser Schein ist jedoch trügerisch: Zunächst ist eine Nebentätigkeit in der Regel vom Stammarbeitgeber zu genehmigen. Hier sollten sich jedoch gerade in Krisenzeiten keine Probleme stellen, da davon auszugehen ist, dass ein verständiger Arbeitgeber sich einer Nebentätigkeit gerade in Sektoren, in denen krisenbedingt hohe Nachfragen bestehen, nicht entgegenstellen wird.

Jedoch ist aktuell zu beachten, dass gem. § 106 Abs. 3 SGB III grundsätzlich jeder Neben-erwerb, der während der Kurzarbeit aufgenommen wird, auf das Ist-Entgelt, das der Berechnung des Anspruchs auf Kurzarbeitergeld dient, anzurechnen ist. Somit kann es passieren, dass der Arbeitnehmer trotz geleisteter Arbeit weniger Geld erhält, als er durch reinen Bezug von Kurzarbeitergeld und gekürztem Lohn erzielt hätte. Somit sollte jeder Arbeitnehmer für sich selbst prüfen, inwiefern eine Nebentätigkeit während der Kurzarbeit für ihn Sinn macht.

Etwas anderes gilt hingegen für bereits vor dem Beginn der Kurzarbeit ausgeübte Nebentätigkeiten. Diese werden nicht auf das Ist-Entgelt angerechnet und kommen somit in vollem Umfang und neben den durch Kurzarbeitergeld aufgestockten Bezügen dem Arbeitnehmer zugute.

Eine weitere Ausnahme vom oben Gesagten gilt während der Corona-Krise befristet vom 1. April 2020 bis 31. Oktober 2020: Die Ausübung eines 450-EUR-Jobs in einer systemrelevanten Branche wird so lange nicht dem Ist-Entgelt hinzugerechnet, wie durch den Hinzuverdienst das Soll-Entgelt nicht überschritten wird (§ 421 c SGB III). Die Entscheidung über die Systemrelevanz einzelner Berufe treffen dabei jeweils die Bundesländer. Die Einordnung kann sich entsprechend den Gegebenheiten aber auch ändern.

## **7. Kann der Arbeitgeber sich vorübergehend mit einem anderen Unternehmen zusammenschließen?**

Mehrere Arbeitgeber können durch die Zusammenfassung ihrer Betriebsmittel für einen einheitlichen Arbeitszweck und unter einem einheitlichen Leitungsapparat einen Gemeinschaftsbetrieb im Sinne des § 1 Abs. 1 Satz 2 BetrVG schaffen. Hierfür kann zwischen den beteiligten Unternehmen eine Führungsvereinbarung geschlossen werden. Diese muss eine gemischte Führung des Gemeinschaftsbetriebes vorsehen, etwa durch eine gemeinsame Personalleitung. Auch können Regelungen über die Einbringung von

Material und Infrastruktur aufgenommen werden, ebenso wie eventuell gewünschte gegenseitige Verbote der Abwerbung von Mitarbeitern und Regelungen zu Verschwiegenheits- und Geheimhaltungsverpflichtungen der jeweiligen Arbeitnehmer.

Auch wenn mehrere Arbeitgeber einen Gemeinschaftsbetrieb gründen, gelten die jeweils mit den eigenen Arbeitnehmern geschlossenen Arbeitsverträge fort. Dabei ist auch der Gleichstellungsgrundsatz weiterhin nur innerhalb des eigenen Unternehmens zu beachten und wird gerade nicht auf den gesamten Gemeinschaftsbetrieb ausgedehnt.<sup>1</sup> Es kann innerhalb desselben Betriebes also durchaus unterschiedliche Arbeitsbedingungen geben.

## **8. Welche Vor- und Nachteile bietet ein Gemeinschaftsbetrieb?**

Jedoch werden die im Gemeinschaftsbetrieb Beschäftigten aller Arbeitgeber bei der Berechnung der Schwellenwerte des KSchG herangezogen. So finden die kündigungsschutzrechtlichen Regelungen Anwendung, wenn mehr als zehn Arbeitnehmer insgesamt im Gemeinschaftsbetrieb arbeiten; unabhängig davon, wie viele davon auf einen einzelnen Arbeitgeber entfallen. Nur am Rande sei auf die erforderliche Prüfung der Vergleichbarkeit aller Arbeitnehmer des Gemeinschaftsbetriebs bei Kündigungen und die damit einhergehende Sozialauswahl hingewiesen.

Vorteilhaft für den Arbeitgeber ist, dass bei diesem Modell grundsätzlich nicht die Zustimmung des Arbeitnehmers erforderlich ist, da die Bestimmung von Arbeitsort und -zeit dem billigen Ermessen des Arbeitgebers unterliegt. Etwas anderes gilt nur dann, wenn individual- oder kollektivrechtlich Beschränkungen für das Versetzungsrecht gelten. In diesem Falle wäre die Zustimmung des Arbeitnehmers notwendig. Die grundsätzlich in diesem Fall ebenso gegebene Möglichkeit der Änderungskündigung ist hier in den meisten Fällen wohl nicht zielführend, da eine solche erst mit dem Ablauf der Kündigungsfrist Wirkung entfaltet. Die ausnahmsweise zulässige außerordentliche, fristlose Änderungskündigung ist nur unter sehr strengen Voraussetzungen statthaft, die wohl selbst während einer Krise des derzeitigen Ausmaßes nicht vorliegen werden.

Die Bildung eines Gemeinschaftsbetriebes ist im Einzelfall mitbestimmungsrechtlich relevant. Unter Umständen besteht eine Pflicht des Arbeitgebers, einen Interessenausgleich gem. § 111 BetrVG zu verhandeln. Nämlich dann, wenn der Gemeinschaftsbetrieb für eine gewisse – im Einzelfall zu bestimmende – Dauer bestehen soll, die einer

---

<sup>1</sup> Der allgemeine Gleichbehandlungsgrundsatz verpflichtet nur den Arbeitnehmer; MüKoBGB/Spinner, § 611 a Rn. 1043.

Abspaltung der konstituierenden Betriebsteile von ihren ehemaligen Betrieben gleichkommt.

Nach Beendigung der Krisensituation ist der Gemeinschaftsbetrieb aufzulösen, indem die Führungsvereinbarung gekündigt wird und die verschiedenen Betriebsbestandteile auch tatsächlich wieder getrennt werden, insbesondere durch Auflösung der gemeinsamen Leitungsstrukturen.

## **9. Welches Modell eignet sich am besten für welchen Betrieb?**

Beim Vergleich der genannten Modelle erweisen sich einige vorteilhafter als andere.

So zeichnet sich das erstgenannte Modell durch eine bestechende Einfachheit aus, wegen der es leicht und schnell zu implementieren ist. Auf Arbeitgeberseite nachteilig ist, dass die Zustimmung des Arbeitnehmers erforderlich ist.

Das zweite Modell, die klassische Arbeitnehmerüberlassung, ist ebenfalls nur mit Zustimmung des Arbeitnehmers durchzuführen. Vorteilhaft ist hier, dass der Stammarbeitgeber durch den Arbeitnehmerüberlassungsvertrag mit dem Entleihunternehmen in den Überlassungsprozess involviert ist und so Einfluss auf die genaue Gestaltung der Einsatzbedingungen nehmen kann. So ist sichergestellt, dass die Überlassung den Bedürfnissen des Verleihers entspricht. Die sich ansonsten nachteilig auswirkenden strengen gesetzlichen Reglementierungen sind voraussichtlich bis Ende 2020 gelockert, sodass sie sich bis dahin nicht negativ auf die Bewertung dieser Option auswirken.

Das Modell des Nebenverdienstes während der Kurzarbeit ist zwar für den Arbeitgeber leicht umzusetzen, da er nur seine Genehmigung erteilen muss. War der Arbeitnehmer aber nicht schon vor Beginn der Kurzarbeit in dieser Weise beschäftigt, ergibt sich die für ihn unattraktive Anrechnung auf das Kurzarbeitergeld.

Ein Gemeinschaftsbetrieb kann bspw. dann interessant werden, wenn in den zusammenzuführenden Unternehmen verschiedene Arbeitsbedingungen herrschen, die nicht wie bei der Arbeitnehmerüberlassung zusammengeführt werden sollen. Hier ergeben sich jedoch koordinative Herausforderungen, da Führungsstrukturen neu zu bilden sind.

Insofern muss im Einzelfall für den einzelnen Betrieb und den einzelnen Arbeitnehmer abgewogen werden, welches die ideale Lösung ist.

## **10. Was können Arbeitgeber schon jetzt im Hinblick auf einen Neustart nach der Krise tun?**

Bei allen Sorgen, die die derzeitige Krise vielen Unternehmern dieser Tage macht, sollte nicht vergessen werden, dass es eine Zeit nach der Krise geben wird. Schon jetzt geht es darum, sich darauf vorzubereiten und sich die Fragen von morgen zu stellen.

So ist für die Zeit der Rückkehr aus dem Lockdown unter anderem darüber nachzudenken, welche Hygieneregeln aufgestellt werden müssen, um auch weiterhin die Gesundheit der Angestellten sicherzustellen. Hier können sowohl bereits Konsultationen mit dem Betriebsrat geführt als auch Richtlinien für Lieferanten entwickelt werden, um ausreichende Hygiene zu gewährleisten. Siehe dazu unseren Beitrag "FAQ Rückkehr aus dem Lockdown – Anforderungen für Arbeitgeber".

Zudem kann auch angedacht werden, die momentan noch in Planung befindliche Tracking-App des Bundes für die Arbeitnehmer des Betriebes einzuführen, um zusätzliche Sicherheit zu schaffen. Auch hier empfiehlt es sich, schon jetzt auf den Betriebsrat zuzugehen.

Weiterhin ist zu prüfen, wie hinsichtlich verbleibender Urlaubsansprüche der Belegschaft zu verfahren ist. Liegen dringende betriebliche Belange vor, die eine einseitige Festsetzung eines Gutteils des Jahresurlaubs durch den Arbeitgeber rechtfertigen, oder bleibt ihm nur, an seine Mitarbeiter zu appellieren, nach der Krise erst einmal nicht Ferien zu machen? Bestenfalls können hier gemeinsame Lösungen gefunden werden.

Nicht aus den Augen verlieren darf man die Dokumentation der Arbeitszeiten auch im Homeoffice. Nach der neuesten Rechtsprechung des EuGH (Urteil vom 14. Mai 2019 – C 55/18) können hier Beweisschwierigkeiten in "Überstundenprozessen" drohen (vgl. ArbG Emden vom 20. Februar 2020 – Az. [2 Ca 94/19](#)).

Zu guter Letzt muss auch mit dem Schlimmsten gerechnet werden: der Verlängerung oder erneuten Anordnung des Lockdowns. Auch darauf sollten Unternehmer finanziell und organisatorisch vorbereitet sein.

## **11. Fazit**

Die schwierige und außergewöhnliche Zeit stellt Unternehmen aller Branchen vor immense Herausforderungen. Wer hätte noch vor einigen Wochen gedacht, dass wir uns mit derartigen Themen auseinandersetzen haben. Doch in jeder Krise liegen auch große Chancen für Neues. Die aufgezeigten Modelle können dabei helfen, Auftragsspitzen zu bewältigen bzw. Flauten zu überstehen.

(Stand: 15. Mai 2020)