

Fachinformation

Arbeits- und steuerrechtliche Aspekte des trägerübergreifenden Einsatzes von Personal

Am 23. März 2020 hat der Bundesminister für Arbeit und Soziales eine Formulierungshilfe für die Koalitionsfraktionen vorgelegt für einen aus der Mitte des Deutschen Bundestages einzubringenden Entwurf eines Gesetzes für den erleichterten Zugang zu sozialer Sicherung und zum Einsatz und zur Absicherung sozialer Dienstleister aufgrund des Coronavirus SARS-CoV-2 (**Sozialschutz-Paket**).

Der Entwurf ist durch die Koalitionsfraktionen in das Gesetzgebungsverfahren eingebracht worden und soll bereits am 29.03.2020 in Kraft treten.

Das 11 Artikel umfassende Sozialschutz-Paket enthält in Artikel 10 ein Gesetz über den Einsatz der Einrichtungen und sozialen Dienste zur Bekämpfung der Coronavirus SARS-CoV-2 Krise in Verbindung mit einem Sicherstellungsauftrag (Sozialdienstleister-Einsatzgesetz – **SodEG**).

I. **Sozialdienstleister-Einsatzgesetz**

Gemäß § 1 SodEG-Entwurf ist die Gewährung von Zuschüssen nach diesem Artikel davon abhängig, dass der soziale Dienstleister mit der Antragstellung erklärt, alle ihm nach den Umständen zumutbaren und rechtlich zulässigen Möglichkeiten aususchöpfen, um Arbeitskräfte, Räumlichkeiten und Sachmittel in Bereichen zur Verfügung zu stellen, die für die Bewältigung von Auswirkungen der Corona-Virus SARS-CoV-2 Krise geeignet sind. In der Erklärung hat der soziale Dienstleister Art und Umfang dieser zumutbaren und rechtlich zulässigen Unterstützungsmöglichkeiten anzuzeigen und seine tatsächliche Einsatzfähigkeit glaubhaft zu machen.

Schon im Vorfeld war uns bekannt geworden, dass Kostenträger die Erwartungshaltung gegenüber unseren Einrichtungen geäußert haben, dass die Mitarbeiter*innen einrichtungs- und sogar trägerübergreifend eingesetzt werden, wo jeweils Bedarf besteht, ohne Rücksicht auf arbeitsrechtliche Bedenken und Vorgaben, z. B. in den Arbeitsverträgen oder nach dem Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG).

Der SodEG-Entwurf kanalisiert diese Erwartungshaltung nun dahingehend, dass soziale Dienstleister zwar durchaus bemüht sein müssen, ihre personellen und sächlichen Kapazitäten auch in anderen krisenwichtigen Bereichen zur Verfügung zu stellen, um sich die Zuschüsse nach Artikel 10 zu erhalten. Dies legt auch den Einsatz von Mitarbeiter*innen in Einrichtungen anderer Träger nahe. Allerdings gilt dies nicht schrankenlos, da die sozialen Dienstleister dazu nur im Rahmen des ihnen zumutbaren und vor allem des rechtlich zulässigen verpflichtet sind.

1. Dürfen Mitarbeiter*innen angewiesen werden, auch in einem fremden Betrieb zu arbeiten?

Ausgangspunkt für das Weisungsrecht des Arbeitgebers ist § 106 Gewerbeordnung (GewO). Danach kann der Arbeitgeber Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung nach billigem Ermessen näher bestimmen, soweit diese Arbeitsbedingungen nicht durch den Arbeitsvertrag, Bestimmungen einer Betriebsvereinbarung, eines anwendbaren Tarifvertrages oder gesetzliche Vorschriften festgelegt sind. Dies gilt auch hinsichtlich der Ordnung und des Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb.

a)

Tatsächlich werden in den Arbeitsverträgen in der Regel keine Bestimmungen dazu enthalten sein, dass die Arbeitnehmer*innen in Krisen auch bei anderen Trägern „aushelfen“ müssen. Auch wird deren Tätigkeit, jedenfalls stichpunktartig, im Arbeitsvertrag beschrieben sein und es Regelungen, z. B. zur Arbeitszeit oder dem -Ort, geben. Diese Grenzen sind vom Arbeitgeber zu beachten, auch wenn sich die wirtschaftliche Situation des Betriebs verschlechtert. Selbst zur Abwendung von Kurzarbeit oder betriebsbedingten (Massen-)Entlassungen - oder weil ein Kostenträger dies fordert - dürfen die Grenzen des Direktionsrechts nicht überschritten werden. Dies gilt im Grundsatz, worauf (auch) das Bundesministerium für Arbeit und Soziales (BMAS) zu Recht hinweist (dazu sogleich unter 3.).

Einsätze in Einrichtungen fremder Träger, wo möglicherweise auch Aufgaben zu erledigen sind, die sonst nicht anfallen, sind daher in erster Linie mit den Mitarbeitern*innen auf freiwilliger Basis vorher zu vereinbaren.

b)

Für den Fall, dass einzelne Mitarbeiter*innen dazu nicht bereit sind, gibt es – allerdings als absolute Ausnahme zur Regel – Rechtsprechung dazu, dass in wirklichen Notfällen der Arbeitnehmer auch Arbeiten leisten muss, die vom allgemeinen Weisungsrecht hinsichtlich Art, Ort und Zeit der Arbeit nicht mehr gedeckt sind. Das Weisungsrecht geht dann ausnahmsweise - bei sog. „Notarbeiten“ - auch über den Vertragswortlaut hinaus, so dass etwa im Falle von unvorhersehbaren äußeren Ereignissen, z. B. Naturkatastrophen, der Arbeitnehmer angewiesen werden kann, vorübergehend fachfremde Arbeit zu leisten, wobei auch eine geringerwertige Tätigkeit zugewiesen werden kann.

Das Weisungsrecht des Arbeitgebers bezieht sich hier auf die vertragliche Nebenpflicht des Arbeitnehmers, Schaden für den Betrieb abzuwenden. Nach § 241 Abs. 2 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) ist jeder Vertragspartner zur Rücksichtnahme auf die Interessen und Rechtsgüter der anderen Partei verpflichtet.

Eine gesetzliche Ausprägung findet dieser Gedanke auch in § 14 Abs. 1 Arbeitszeitgesetz (ArbZG). Danach darf von zahlreichen grundlegenden arbeitszeitrechtlichen

Bestimmungen abgewichen werden bei vorübergehenden Arbeiten in Notfällen und in außergewöhnlichen Fällen, die unabhängig vom Willen der Betroffenen eintreten und deren Folgen nicht auf andere Weise zu beseitigen sind.

Angesichts der besonderen Herausforderungen in der aktuellen Krise, die in vielfacher Hinsicht eine Ausnahmesituation darstellt, dürfte es jedenfalls vertretbar sein, die Mitarbeiter*innen notfalls anzuweisen, ihre Arbeitsleistung auch in fremden Einrichtungen zu erbringen. Dabei ist gemäß § 315 Abs. 1 BGB jedoch stets billiges Ermessen zu wahren. Das bedeutet, dass die wesentlichen Umstände des Einzelfalles abgewogen und die beiderseitigen Interessen von Arbeitgeber und -Nehmer angemessen berücksichtigt werden müssen. Insbesondere dürfen im Einzelfall keine unbilligen Härten, z. B. für schwangere Mitarbeiterinnen, entstehen. Außerdem hat der Arbeitgeber gemäß § 106 S. 3 GewO bei der Ausübung des Ermessens auf Behinderungen des Arbeitnehmers Rücksicht zu nehmen.

2. Ist Arbeitnehmerüberlassung ein taugliches Mittel für den trägerübergreifenden Einsatz von Personal in der aktuellen Krisensituation?

a)

§ 1 Abs. 1 AÜG regelt, dass Arbeitgeber, die als Verleiher Dritten (Entleihern) Arbeitnehmer (Leiharbeitnehmer) im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit zur Arbeitsleistung überlassen wollen, der Erlaubnis bedürfen.

Charakteristisch für die erlaubnispflichtige Arbeitnehmerüberlassung ist, dass die Leiharbeitnehmer in die Arbeitsorganisation des Entleihers eingegliedert werden und seinen Weisungen unterliegen. Das bedeutet, dass bei der Arbeitnehmerüberlassung immer das Weisungsrecht auf den fremden Betrieb (mit-)übertragen wird.

b)

In Abgrenzung dazu sind auch der Abschluss z. B. von Dienst- oder Werkverträgen (ohne behördliche Erlaubnis) zulässig, auf deren Grundlage mit eigenen Mitarbeitern*innen Leistungen in fremden Betrieben erbracht werden können. Voraussetzung hierfür ist aber, dass das Weisungsrecht in Bezug auf deren Tätigkeit beim Dienst- oder Werkunternehmer verbleibt und die Mitarbeiter*innen auch nicht in den fremden Betrieb eingegliedert werden.

In der Praxis fällt diese Abgrenzung in vielen Fällen schwer, da, auch wenn vertraglich alles geklärt zu sein scheint, die praktische Handhabung oft eine andere ist. Insbesondere wenn die im (Fremd-)Betrieb eingesetzten Mitarbeiter*innen dort so behandelt werden wie eigene, ist die gelebte Praxis bei einer nachträglichen behördlichen Prüfung ausschlaggebend dafür, ob der Dienst- oder Werkvertrag am Ende doch als „Scheinvertrag“ bzw. als unerlaubte, verdeckte Arbeitnehmerüberlassung gewertet wird. Die Gefahr, in eine erlaubnispflichtige Arbeitnehmerüberlassung entgegen einer ursprünglichen Intention „hineinzurutschen“, ist daher gegeben.

Auf die Vertragsgestaltung und vor allem die konkrete Gestaltung der Zusammenarbeit vor Ort im (fremden) Betrieb ist daher besondere Aufmerksamkeit zu verwenden.

3. Empfehlung des BMAS: Nutzung der Ausnahme § 1 Abs. 3 Nr.2a AÜG!

Das AÜG sieht in § 1 Abs. 3 jedoch auch Ausnahmen von seinem Anwendungsbereich vor.

Das Gesetz ist insbesondere nach Nr. 2a nicht anzuwenden auf die Arbeitnehmerüberlassung zwischen Arbeitgebern, wenn die Überlassung nur *gelegentlich* erfolgt und der Arbeitnehmer nicht zum Zweck der Überlassung eingestellt und beschäftigt wird.

„Gelegentlich“ bezieht sich, anders als früher „vorübergehend“, nicht auf die Dauer des Einsatzes, sondern darauf, ob die Übernahme planmäßig oder nur gelegentlich, bei besonderem Bedarf, erfolgt (fehlende Wiederholungsabsicht).

Aus dem BMAS ist inzwischen bekannt geworden, dass die Überlegungen, den Sektor der erlaubnisfreien Arbeitnehmerüberlassung krisenbedingt auszuweiten, an dieser Stelle ansetzen.

Im Ministerium wird gesehen, dass angesichts der Corona-Pandemie das Bedürfnis besteht, kurzfristig und unbürokratisch eigene Arbeitnehmer*innen auch in anderen Unternehmen zur Arbeitsleistung überlassen oder möglicherweise auch fremdes Personal im eigenen Betrieb einsetzen zu können.

Nach Auffassung des BMAS soll dazu aber keine Rechtsänderung des AÜG erforderlich sein (das Sozialschutz-Paket enthält eine solche auch nicht). Vielmehr soll auf die Ausnahmeregelung für die gelegentliche Arbeitnehmerüberlassung nach § 1 Abs. 3 Nr. 2a AÜG zurückgegriffen werden. Für diese Variante der erlaubnisfreien, nur gelegentlichen Arbeitnehmerüberlassung soll sprechen, dass sie für alle Unternehmensgrößen gilt, sie unabhängig von dem Motiv der Verhinderung von Entlassungen und Kurzarbeit eingesetzt werden kann, um Arbeitskräftebedarfe kurzfristig zu decken. Schnelles Handeln soll so ermöglicht werden.

Nach Einschätzung des BMAS sollen die Voraussetzungen der nur gelegentlichen Arbeitnehmerüberlassung in den aktuellen Bedarfsfällen grundsätzlich vorliegen, da der Anlass für die Überlassung aufgrund der aktuellen Krise kurzfristig und unvorhersehbar sei und z. B. Personalengpässe beim Entleiher oder Arbeitsausfall beim Verleiher umfasse. In den hier angesprochenen Fällen wird der Arbeitgeber, und dies gilt in besonderem Maße für unsere MO, auch nicht die Absicht haben, dauerhaft als Arbeitnehmerüberlasser tätig zu sein. Zuletzt erfolge die Überlassung nur zeitlich begrenzt auf die aktuelle Krisensituation.

Die Überlegungen des BMAS sind inzwischen auch auf der Homepage des Ministeriums zu den arbeits- und arbeitsschutzrechtlichen Fragen zum Coronavirus veröffentlicht worden (<https://www.bmas.de/DE/Presse/Meldungen/2020/corona-virus-arbeitsrechtliche-auswirkungen.html#faq866058>).

4. Fazit

Mit dem Hinweis des BMAS wird unseren MO ein (annähernd rechtssicherer) Weg eröffnet, im zumutbaren Rahmen ihre Mitarbeiter*innen bei entsprechendem Bedarf krisenbedingt auch trägerübergreifend einzusetzen zu können, ohne die gesetzlichen Sanktionen des AÜG befürchten zu müssen.

II.

Gemeinnützigkeitsrechtliche Betrachtung

1. Unentgeltliche Überlassung

Erfolgt die Personalgestellung unentgeltlich an eine steuerbegünstigte Einrichtung, so ist dies grundsätzlich gemeinnützigkeitsrechtlich unschädlich.

Die Arbeitskräfte und Arbeitsmittel können anderen Personen, Unternehmen, Einrichtungen oder einer juristischen Person des öffentlichen Rechts zur Verfügung gestellt werden. Es ist nicht Voraussetzung, dass diese ihrerseits steuerbegünstigt sind, allerdings dürfen die Arbeitskräfte nur „steuerbegünstigte“ Tätigkeiten ausüben (z.B. Pflegekraft im Altenheim, aber nicht Kassierer in einem Supermarkt), siehe § 58 Abs. 4 AO.

2. Entgeltliche Überlassung

Erfolgt die Überlassung von Personal gegen Entgelt, so begründet dies grundsätzlich einen steuerpflichtigen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb mangels unmittelbarer Verfolgung der eigenen (steuerbegünstigten) Zwecke. Dies erfolgt grundsätzlich im Leistungsaustausch. Eine entgeltliche Überlassung ist jedenfalls dann nach § 64 AO als steuerpflichtiger wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb einzustufen, wenn mit der überlassenen Person eigenwirtschaftliche Zwecke verfolgt werden. Ein steuerbegünstigter Zweckbetrieb kommt nur dann in Betracht, wenn im Rahmen der Kooperation bei der Personalüberlassung auch eigene steuerbegünstigte Zwecke verfolgt werden.

Zu beachten ist, dass die Voraussetzungen für eine KSt- und GewSt-Befreiung einerseits und die USt-Befreiung andererseits nicht deckungsgleich sind.

III.

Umsatzsteuer

Personalgestellungen sowie Personalüberlassungen gegen Entgelt erfolgen grundsätzlich im Rahmen eines Leistungsaustausches und stellen sonstige Leistungen nach § 3a Abs. 4 Nr. 7 UStG dar und sind daher grundsätzlich umsatzsteuerpflichtig.

Ausnahmen sind im UStAE aufgeführt:

Unter Abschnitt 1.1 Abs. 16 sind einzelne Personalüberlassungen von der Umsatzsteuer befreit. Aufgeführt sind unter Nr. 3 die „Freistellung an das DRK, das THW, den Malteser-Hilfsdienst, die Johanniter-Unfallhilfe oder den ASB.“

Gemäß Abschnitt 4.14.6 Abs. 2 Nr. 6 und Abschnitt 4.16.6 Abs. 2 Nr. 4 UStAE können die Gestellung von Personal durch Einrichtungen, die Heilbehandlungen nach § 4 Nr. 14 UStG oder die zur Betreuung oder Pflege körperlich, geistig oder seelisch hilfsbedürftiger Personen eng verbundene Leistungen (§ 4 Nr. 16 UStG) erbringen, an andere Einrichtungen dieser Art umsatzsteuerfrei sein.

Berlin, 26.03.2020

Erika Koglin

Gertrud Tacke

Dr. Ingo Vollgraf

Der PARITÄTISCHE Gesamtverband