



# Wege finden

## Moderne Arbeitswelt

Arbeitsrecht in Theorie und Praxis



# Inhalt

<b>I. Editorial</b>	<b>5</b>
<b>II. Moderne Arbeitswelt</b>	<b>6</b>
Aktuelle Ansätze der Prozessvertretung im Arbeitsrecht	7
Aktuelle Rechtsprechung zu Vertragsgestaltung und AGB	11
Arbeitnehmerüberlassungsgesetz – Haftungsrisiken beim Fremdpersonaleinsatz	15
Betriebliche Altersversorgung: Mitarbeiterbindung durch Betriebsrente	18
Compliance im Arbeitsrecht – Durchsetzung und Kontrolle von Richtlinien	20
Due Diligence, M&A und Umstrukturierungen in der arbeitsrechtlichen Beratungspraxis	23
Entsendung von Expatriates – Regelungen im internationalen Arbeitsrecht	27
Internationale Familienunternehmen – Mitbestimmung im Aufsichtsrat	30
IT-Recht und Datenschutz im Arbeitsverhältnis	33
Schnittstellen zwischen Arbeitsrecht und Sozialrecht	36
Tarifeinheitengesetz – Chancen und Risiken für Unternehmen	40
Vertrauensvolle Zusammenarbeit mit dem Betriebsrat	44
<b>III. Ihr Ansprechpartner</b>	<b>49</b>
<b>IV. Rödl &amp; Partner</b>	<b>51</b>



## I. Editorial

---

## I. Editorial

Liebe Leserinnen und Leser,

gegenwärtig beeinflussen 2 Faktoren die Arbeitswelt und damit auch Unternehmen und ihre Mitarbeiter: Die als „Internet der Dinge“ bekannte Kommunikation von Maschinen auch untereinander und der demographische Wandel mitsamt der immer stärker auf den Arbeitsmarkt drängenden „Generation Y“.

Was zunächst nach 2 inkompatiblen Einflüssen auf die Ausgestaltung von Arbeitsplätzen klingt, bietet tatsächlich Chancen für alle Beteiligten. Schließlich ist Ausgangspunkt beider Entwicklungen die Digitalisierung. Sie soll Unternehmen wie Arbeitnehmern zu Gute kommen. Mit anderen Worten: Die Veränderungen in der Arbeitsplatzbeschreibung im Zuge der Digitalisierung öffnen Spielräume für Arbeitnehmer bei deren individueller Lebensgestaltung.

Es ist Aufgabe des Arbeitsrechts, Arbeitgebern und Arbeitnehmern bei der Modernisierung der Arbeitswelt die gewünschten Freiräume zu schaffen und notwendige Grenzen zu schützen. Dabei werden die Schwerpunkte künftig andere sein als heute. Flexibilität und Mobilität rücken in den Mittelpunkt der modernen Arbeitswelt und stellen Arbeitgeber wie Arbeitnehmer vor neue Herausforderungen. Wir haben das verstanden und die passenden Lösungen bereitgestellt, um gemeinsam mit Ihnen die Weichen Richtung Zukunft zu stellen.

Unsere Praxisgruppe Arbeitsrecht berät Unternehmer und ihre Unternehmen des internationalen Mittelstands deshalb umfassend und in allen Bereichen des Arbeitsrechts. Mehr als 20 erfahrene und spezialisierte Rechtsanwälte finden von der Justierung sensibler Einzelfragen bis hin zur komplexen (Um-)Gestaltung Ihrer individuellen Arbeitswelt gemeinsam mit Ihnen pragmatische und rechtssichere Wege. Unsere standortübergreifenden Expertenteams sichern Ihren Erfolg auch im internationalen oder interdisziplinären Umfeld durch passgenaue Lösungen, etwa bei Fragen der unternehmerischen Mitbestimmung, des internationalen Einsatzes von Mitarbeitern, der betrieblichen Altersversorgung oder in der Transaktionsbegleitung.

Wir freuen uns auf die gemeinsame Gestaltung einer modernen Arbeitswelt!

Eine anregende Lektüre wünscht Ihnen

Ihr Dr. Michael S. Braun  
Praxisgruppenleiter „Arbeitsrecht“



## II. Moderne Arbeitswelt

---

---

# Aktuelle Ansätze der Prozessvertretung im Arbeitsrecht



Bei arbeitsrechtlichen Prozessvertretungen liegt das Augenmerk darauf, im Einvernehmen mit dem Mandanten widerspruchsfrei eine optimale Lösung zu finden. Deshalb sollte das Vorgehen zwischen Mandant und Anwalt v.a. während einer arbeitsrechtlichen Maßnahme genau abgestimmt sein, um auch bei schwierigen Prozesssituationen gemeinsam den größtmöglichen Erfolg ohne Rückschläge zu erzielen.

Welche Besonderheiten, aber auch welche Möglichkeiten bestehen bei der arbeitsgerichtlichen Prozessvertretung? Da arbeitsgerichtliche Angelegenheiten

zu einem der alltagsrelevanten Themenfelder gehören, sollten die Besonderheiten einer arbeitsrechtlichen Maßnahme eine hohe Beachtung finden, um mit Voraussicht Fehler zu vermeiden.

## Arbeitsgerichtliche Prozessvertretung – Unterschiede zwischen individuellem und kollektivem Arbeitsrecht

Neben der „klassischen“ Kündigungsschutzklage eines Mitarbeiters gibt es darüber hinaus noch eine Vielzahl weiterer Felder, in denen die Vertretung des Arbeitgebers außergerichtlich oder vor Gericht notwendig werden kann. Jeder einzelne Bereich ist dabei mit vielen individuellen Eigenheiten bestückt, die ein Unternehmen und insb. die Personalabteilung immer wieder vor Herausforderungen stellen. Hierzu zählen bspw.:

- › Kündigungsschutz (z.B. Beendigungen oder Änderungen von Arbeitsverhältnissen)
- › Fragen im laufenden Arbeitsverhältnis (z.B. Klage auf Lohnzahlung; Entfernung einer Abmahnung; Erteilung eines Zeugnisses)
- › Besondere Feststellungen (z.B. Befristungskontrolle; Vorliegen eines Kleinbetriebes)
- › Fragen bei Umstrukturierungen (z.B. Fragen zum Betriebsübergang)

Auch im kollektiven Arbeitsrecht ist eine Vielzahl von Fallgestaltungen denkbar, in denen die Vertretung des Unternehmens außergerichtlich oder gerichtlich notwendig werden kann. Hier finden sich Anwendungen hauptsächlich bei:

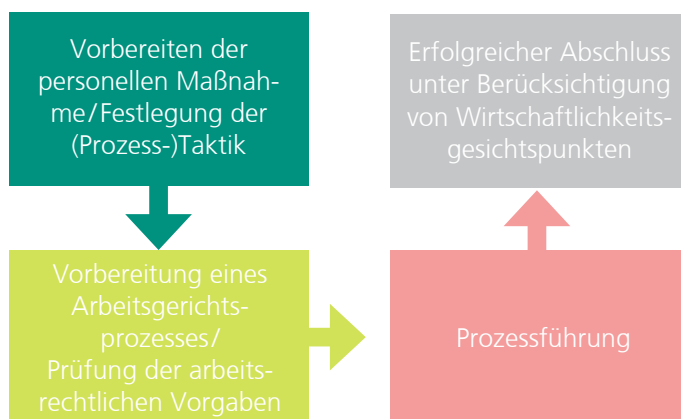
- › allgemeine Beschlussverfahren (Mitbestimmungs- und Beteiligungsrechte des Betriebsrats)
- › Ausschluss oder Kündigung eines Betriebsratsmitglieds
- › Durchführung von Wahlverfahren (Bestellung des Wahlvorstandes, Anfechtung einer Betriebsratswahl)

Nicht zuletzt der richtige Umgang mit dem Betriebsrat stellt Unternehmen und auch die Personalabteilung regelmäßig vor große Herausforderungen und bedarf nicht selten der anwaltlichen Hilfestellung.

All diese verschiedenen Themenfelder können Teil einer arbeitsrechtlichen Maßnahme sein. Jeder der vorstehenden Punkte birgt einige Besonderheiten in sich und sollte nicht auf die leichte Schulter genommen werden.

## Durchführung von personellen Maßnahmen – Maßgeschneidert zum Erfolg

Wichtig bei einer personellen Maßnahme ist es, vorausschauend zu agieren, die einzelnen Maßnahmen vorzubereiten und die jeweiligen arbeitsrechtlichen Vorgaben zu beachten. Für eine erfolgreiche arbeitsrechtliche Maßnahme ist es wichtig und sinnvoll, folgende Schritte zu beachten:



Der wesentliche Schritt einer erfolgreichen arbeitsrechtlichen Maßnahme sollte die Vorbereitung darstellen. Ohne eine entsprechende Vorbereitung kann es während der eigentlichen arbeitsrechtlichen Vertretung – ob außergerichtlich oder gerichtlich – regelmäßig zu „bösen Überraschungen“ kommen, die einem erfolgreichen Abschluss, auch unter Wirtschaftlichkeitsgesichtspunkten, entgegenstehen.

Wohlgemerkt ist die tatsächliche Durchführung nicht immer so einfach wie auf dem Papier. „Klassische“ Fehler und Probleme, die auftreten können, lassen sich durch Beratung sowie grundlegende Schulung im Arbeitsrecht und deren Besonderheiten vermeiden. Sie sind somit der Schlüssel zur erfolgreichen Umsetzung einer Maßnahme und der kontinuierlichen Verbesserung der Personalarbeit im Unternehmen.

In den Fällen, in denen eine Vorbereitung und Planung einer arbeitsrechtlichen Maßnahme nicht mehr möglich ist, ist die Erfahrung von beratender Seite umso wichtiger, um „die Fahrtrichtung noch zu wenden“ und die arbeitsrechtliche Maßnahme zu einem erfolgreichen Abschluss zu führen. Ein Zögern bei Inanspruchnahme anwaltlicher Beratung, auch unter dem Gesichtspunkt der Vermeidung von vermeintlich unnötigen Kosten, kann sich dabei schnell als teure Fehleinschätzung herausstellen.

### „Kreative Prozessführung“ – Wenn es eigentlich schon zu spät ist

In Arbeitsprozessen kann vieles schiefgehen, was mitunter sowohl für Arbeitnehmer als auch für Arbeitgeber ärgerlich ist. Ist bei der Kündigung des Arbeitsverhältnisses der Kündigungsgrund fraglich oder die Kündigung durch einen falschen Vertreter unterschrieben, führt dies regelmäßig zur Unwirksamkeit einer ausgesprochenen Kündigung.

Ebenso bei als „Arbeitsplatzverdichtung“ ausgegebener Stellenabbau oder fehlerhaften Betriebsratsanhörungen ist mitunter kein klarer Weg im arbeitsgerichtlichen Prozess gegeben. Ein kreatives „um-die-Ecke-denken“ mag manchmal als Lösung interessant erscheinen. Wichtiger ist jedoch vielmehr, von der „schlechten“ Ausgangsgrundlage in verschiedene Richtungen zu forschen um letztlich einen guten Ausgang zu erzielen. Hier



sind besondere Erfahrungen in der arbeitsrechtlichen Beratung gefragt, um die Ziele einer arbeitsrechtlichen Maßnahme zu erreichen.

## Fazit für einen Erfolg – Vorrusschauende Planung und kein unüberlegtes Handeln

Um im facettenreichen Gebiet der arbeitsrechtlichen Vertretung – außergerichtliche oder gerichtliche – Prozesse erfolgreich zu führen, ist zusammenfassend ein wohlüberlegtes Vorgehen von Nöten. Die richtige Einschätzung der Situation erfordert vorausschauendes Denken und Analysieren, um mit einer maßgeschneiderten Prozessführung gemeinsam die Rechte Ihres Unternehmens zu vertreten und auch dann erfolgreich zu sein, wenn es vermeintlich schon zu spät ist.

### Fallbeispiel

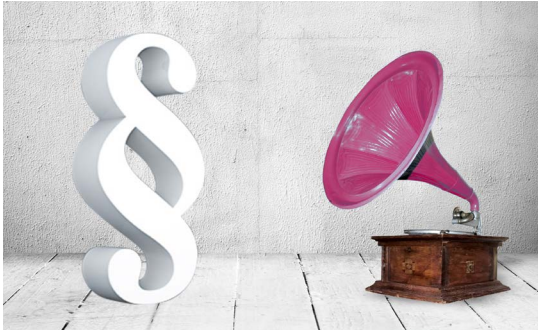
Bei arbeitsrechtlichen Prozessvertretungen beginnt die eigentliche Arbeit nicht erst im Gerichtssaal, sondern bereits bei der Vorbereitung einer Maßnahme, deren Klärung ggf. gerichtlich enden wird. Aufgabe des Prozessanwaltes ist es folglich zusammen mit dem Mandanten eine optimale Taktik auch in schwierigen Kündigungssituationen im Vorfeld einer eventuell auszusprechenden Kündigung zu erarbeiten. Aufgrund der Vielfältigkeit des deutschen Arbeitsrechts und der damit verbundenen strengen Anforderung für Arbeitgeber beim Ausspruch von Kündigungen, die unter das Kündigungsschutzgesetz fallen, droht ohne entsprechend intensive Fallvorbereitung und Taktikabstimmung oftmals eine schwierige Prozesssituation. Dabei sollte im Vorwege nicht nur geklärt werden, ob vor dem Gütetermin Kündigungsgründe dargelegt werden oder nicht. Vielmehr muss im Vorwege intensiv die arbeitsrechtliche Maßnahme besprochen werden. So kann nicht immer gleich zur Kündigung geraten werden, vielmehr kommen zur Vorbereitung einer Beendigungssituation auch die Abmahnung, die Versetzung und schlussendlich die Kündigung oder eben auch die Aufhebung eines Arbeitsverhältnisses in Betracht. Gleiches gilt im Übrigen, wenn bei größeren Umstrukturierungen mehrere Arbeitsplätze abgebaut werden sollen. Folgender Fall verdeutlicht, wie wichtig die enge Zusammenarbeit zwischen Prozessanwalt und Mandant ist:

Ein Logistik- und Speditionsunternehmen beschäftigte seit gut 1 Jahr einen Deutschlandchef. Dieser zeigte leider wenig Einsatzbereitschaft, war wenig entscheidungsfreudig und leitete seine Mitarbeiter nicht. Die Situation verschlechterte sich nach Ablauf der Probezeit mit der Folge, dass sich die Mitarbeiter sogar beim Europachef beschwerten, dass keinerlei Führung stattfinden würde. Die Personalabteilung bat um Beratung zur Frage der Kündigungsmöglichkeiten. Abmahnungen oder Ermahnungen waren bislang nicht ausgesprochen worden. Aufgrund dessen gestaltete sich der Ausspruch einer rechtssicheren verhaltensbedingten oder personenbedingten Kündigung als schwierig. Da jedoch das Unternehmen verständlicherweise nicht dazu bereit war, den Mitarbeiter über Gebühr lange weiter zu beschäftigen – die Kündigungsfrist betrug 3 Monate zum Monatsende – aufgrund des hohen Gehaltes, sprach das Unternehmen trotz der erheblichen Risiken (wir wiesen darauf hin, dass eine Kündigung mit hoher Wahrscheinlichkeit unwirksam ist) die verhaltensbedingte fristgerechte Kündigung aus. Der Mitarbeiter erhob erwartungsgemäß Kündigungsschutzklage. Nunmehr trafen wir uns vor Ort beim Mandanten, um den Gütetermin vorzubereiten. In derartigen Fällen empfiehlt es sich immer, die Personalakte des Mitarbeiters noch einmal gründlich durchzuschauen. So auch im vorliegenden Fall. Hier tat sich auf, dass der Mitarbeiter wohl offensichtlich seinen Lebenslauf doch etwas zu sehr geschönt hatte. Nach einer eintägigen Recherche entschieden wir uns gemeinsam dazu, eine weitere Kündi-

gung – dieses Mal fristlos – wegen des Verdachts des Eingehungsbetruges auszusprechen. Da der Gütetermin am darauffolgenden Tag stattfinden sollte, wurde die Güterverhandlung sofort ausgenutzt und dem Kläger wurde noch im Gütetermin die notwendige Anhörung zu einer Verdachtskündigung übergeben. Diesen Überraschungseffekt konnten wir für unseren Mandanten nutzen und wir einigten uns auf eine Abfindung im niedrigen vierstelligen Bereich. Die Mandantschaft konnte so den Fall schnell „ad Acta“ legen, hatte wenig Kosten und konnte in die Zukunft schauen.

Der Fall zeigt anschaulich, dass nicht nur der Prozess selbst, sondern insbesondere auch die Vorbereitung einer Maßnahme die Weichen stellt für Erfolg oder Misserfolg, wobei die Frage des Erfolges nicht immer in einem ob-siegenden Urteil liegen muss, das ggf. noch berufungsfähig ist. Vielmehr kann bei umfassender Würdigung des gesamten Arbeitsverhältnisses und guter Beratung und Zusammenarbeit oftmals rein faktisch eine praktikable Lösung gefunden werden, auch wenn auf den ersten Blick eine Kündigung wenig Aussicht auf Erfolg verspricht.

# Aktuelle Rechtsprechung zu Vertragsgestaltung und AGB



Haben Arbeitgeber und Arbeitnehmer einander erst einmal gefunden, scheint das schwerste Stück Arbeit getan, denn das Arbeitsverhältnis soll nun mit Schwung beginnen. Stellt für den Arbeitgeber die persönlich-fachliche Ebene bei der Auswahl des neuen Mitarbeiters die größte Hürde dar, ist ihm oft der Blick dafür verstellt, dass – juristisch – die Probleme nun erst anfangen. Durch eine kluge und an Gesetz und Rechtsprechung angepasste Vertragsgestaltung kann den Parteien jedoch viel Ärger erspart werden.

Besondere Bedeutung für die Gestaltung von Arbeitsverträgen kommt dabei den aus dem AGB-Recht bekannten Regeln zu, die auch im Arbeitsrecht angemessen zu berücksichtigen sind. Der nachfolgende Artikel soll daher einen kurzen Einblick in ausgewählte Themen aktueller Rechtsfragen, insbesondere zur Vertragsgestaltung, gewähren.

## Stichtags- und Bestandsklauseln bei Sonderzahlungen

Oft scheitert die Wirksamkeit von im Arbeitsvertrag festgeschriebenen Klauseln daran, dass sie gegenüber dem Arbeitnehmer nicht den Geboten von Treu und Glauben angemessen entsprechen, wie es § 307 BGB verlangt.

Klärungsbedarf entsteht häufig in Bezug auf sog. Stichtags- und Bestandsklauseln bei Sonderzahlungen. In seinem Urteil vom 22. Juli 2014 (9 AZR 981/12) war das BAG mit der Frage befasst, ob ein Arbeitgeber in einem Formulararbeitsvertrag die Zahlung eines tageweisen Urlaubsgeldes davon abhängig machen durfte, dass das Arbeitsverhältnis am Tag des Urlaubs ungekündigt fortbesteht. Dem Arbeitgeber ist es demzufolge nicht versagt, Sonderzahlungen mit Bindungsklauseln zu versehen, solange die Zahlungen nicht Gegenleistungen für bereits erbrachte Arbeit sind, sondern ausschließlich eine Honorierung der Betriebstreue darstellen. Soll die Sonderzahlung jedoch wenigstens teilweise an bereits erbrachte Arbeit anknüpfen, steht dem Arbeitgeber kein Recht zu, die Sonderzahlung zu verweigern.

Will sich der Arbeitgeber die Entscheidungsfreiheit auch über sonstige Sonderzahlungen behalten, kann er sich auch eines Widerrufsvorbehalts bedienen, an dessen Wirksamkeit allerdings hohe Anforderungen zu setzen sind. So darf sich dieser auf höchstens 25 Prozent des Gesamtverdienstes eines Arbeitnehmers erstrecken und muss den konkreten Widerrufsgrund benennen, der zudem den Geboten von Transparenz und Angemessenheit zu entsprechen hat (BAG Urteil vom 17. Juni 2014, 3 AZR 412/13).

Mittels Freiwilligkeitsvorbehalts kann sich ein Arbeitgeber inzwischen in der Regel nicht mehr von dem Entstehen weiterer Gratifikationsansprüche entledigen; ein solcher Vorbehalt wurde mit Urteil des BAG vom 22. Juli 2014 – 9 AZR 981/12 wegen Intransparenz und Unangemessenheit bereits dann für unwirksam erklärt, wenn Weihnachtsgeld und Urlaubsgeld als „ausdrücklich freiwillige Leistungen der Firma“ bezeichnet werden und sich die Firma vorbehält, „diese Gratifikationen jederzeit herabzusetzen oder ganz entfallen zu lassen“. Es gilt also bei der von Seiten des Arbeitgebers gut gemeinten Gewährung von Sonderzahlungen größte Vorsicht walten zu lassen.

## Urlaubsanspruch – Anknüpfung nur an wirksames Arbeitsverhältnis

In Fortsetzung seiner Rechtsprechung zum Urlaubsanspruch trotz krankheitsbedingt ruhenden Arbeitsverhältnisses (BAG, Urteil vom 07. August 2012 – 9 AZR 353/10) hat das BAG mit Urteil vom 06. Mai 2014 (9 AZR 678/12) entschieden, dass einem Arbeitnehmer, der von seinem vertraglichen Recht unbezahlten Sonderurlaub zu nehmen Gebrauch machte, gemäß §§ 1, 3 Bundesurlaubsgesetz (BurlG) der volle Anspruch auf Erholungsurlaub zusteht. Denn gesetzlicher Anknüpfungspunkt für Urlaubsgewährung ist nicht etwa die Arbeitsleistung, sondern allein das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses. So verwundert es nicht, dass eine Klausel im Arbeitsvertrag, die eine für die Länge des Sonderurlaubs anteilige Reduzierung des Urlaubsanspruchs vorsah, unwirksam ist.

## Freistellung unter Urlaubsanrechnung

Kündigt ein Arbeitgeber einem Arbeitnehmer fristgerecht und stellt ihn „unter Anrechnung seiner Urlaubsansprüche“ frei, kann er sich dadurch nicht von der Verpflichtung aus § 1 BurlG freizeichnen, dem Arbeitnehmer die für diesen Zeitraum beanspruchbare Urlaubsvergütung zu gewähren. Dies entschied das BAG mit Urteil vom 10. Februar 2015 (Az.: 9 AZR 455/13).

## Versetzungsvorbehaltsklausel

In manchen Arbeitsverträgen empfiehlt sich die Aufnahme einer Versetzungsvorbehaltsklausel. Sie ermöglicht dem Arbeitgeber die flexible Verwendung von Arbeitnehmern an einem anderen Ort. Aufgrund des sich aus dem Arbeitsvertrag ergebenden und nunmehr auch in § 106 Gewerbeordnung (GewO) umschriebenen arbeitsrechtlichen Direktions- und Weisungsrechts ist ein Arbeitgeber berechtigt, Inhalt, Ort und Zeit der zu erbringenden Arbeitsleistung nach billigem Ermessen (§ 315 BGB) näher zu bestimmen, soweit diese Arbeitsbedingungen nicht durch den Arbeitsvertrag, Bestimmungen einer Betriebsvereinbarung, eines anwendbaren Tarifvertrages oder gesetzlicher Vorschriften festgelegt sind. Stellt die Zuweisung einer anderen Tätigkeit eine Versetzung im Sinne des § 99 Betriebsverfassungsgesetzes (BetrVG) dar, ist darüber hinaus der Betriebsrat vor der Zuweisung ordnungsgemäß zu beteiligen. Eine unbillige Direktionsausübung ist nach dem Urteil des BAG vom 22. Februar 2012 (Az.: 5 AZR 249/11) dabei sogar vorläufig verbindlich, so dass der Arbeitnehmer, wenn er seine Arbeit nicht antritt, in Annahmeverzug gerät und keine Lohnansprüche erwirbt. Allerdings stellt die infolge einer wegen Unzumutbarkeit objektiv rechtswidrigen Versetzung beharrliche Arbeitsverweigerung am neuen Arbeitsort keinen Grund zur fristlosen Kündigung dar. So entschied das LAG Köln mit Urteil vom 28. August 2014 (Az.: 6 Sa 423/14).

## Mindestlohn – neue Fallen für Arbeitgeber

Seit 1. Januar 2015 gilt das neue Mindestlohngesetz (MiLoG), dessen Aufgabe es sein wird, bis Ende 2016 einen branchenübergreifenden Mindestlohn in Deutschland einzuführen. Den Arbeitgebern drohen scharfe Kontrollen und – bei Verstößen – empfindliche Bußgelder. Arbeitgeber haben daher ein besonderes Augenmerk auf die korrekte Arbeitszeitdokumentation zu richten und sehen sich neuen Haftungsrisiken ausgesetzt, wenn sie sich bei Erfüllung ihrer Aufgaben der Hinzuziehung von Subunternehmen bedienen und auch für deren MiLoG-Einhaltung haften müssen.

Vorsicht ist auch bei Klauseln zur pauschalen Überstundenabgeltung geboten. § 3 MiLoG zufolge kann der Arbeitnehmer nämlich nur per gerichtlichem Vergleich auf entstandene Ansprüche verzichten. Bringt man die abgeleiteten Stunden mitsamt Überstunden in Relation zum Gesamtverdienst und wird dabei der Mindestlohn unterschritten, so besteht die Gefahr eines Verstoßes gegen § 3 MiLoG und die Abrede über die Abgeltung wäre unzulässig. Des Weiteren wirkt sich § 3 MiLoG auch auf Ausschlussfristen aus, denn für Ansprüche bis zur Höhe des Mindestlohns gilt die gesetzliche Regelverjährungsfrist, darüber hinaus die vertragliche Ausschlussfrist.

Nicht nur durch eine vielgestaltige Rechtsprechung erfährt das Arbeitsrecht neue und ausdifferenziertere Änderungen, sondern auch durch den Gesetzgeber und wird so zu einem besonders dynamischen Teilbereich des Rechts. Das bietet Chancen, birgt aber gehörige Risiken für all jene, die nicht stetig den aktuellen Rechtsstand berücksichtigen und – zumindest für die Zukunft – kostspielige Fehler vermeiden. Die Bedeutung einer präzisen Formulierung rechtsgültiger Klauseln im Arbeitsvertrag wird dementsprechend weiter zunehmen. Ohne die Inanspruchnahme juristischer Beratung wird den Anforderungen daran zunehmend nicht mehr beizukommen sein.

## Fallbeispiel

Arbeitgeber wünschen Arbeitsverträge, die Ihnen weitreichende Flexibilität erlauben und Überstunden sollen in der Regel mit dem Gehalt vollumfänglich abgegolten sein. Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts hindert jedoch in vielerlei Hinsicht eine einseitig ausschließlich für den Arbeitgeber günstige Vertragsgestaltung. Dennoch sollten die Möglichkeiten, die unter Berücksichtigung der rechtlichen Vorgaben bestehen, im Arbeitsvertrag genutzt werden und gleichzeitig auch faktische Grenzen in den Blick genommen werden wie das folgende Beispiel zeigt:

Im Arbeitsvertrag war eine Versetzungsklausel des Filialleiters enthalten, die einer Versetzung bei „gleichbleibenden Bezügen“ und in gleicher Position in eine andere Filiale ermöglichte. Der Arbeitgeber versetzte den Arbeitnehmer von einer umsatzstarken Filiale in einer Großstadt in eine umsatzschwächere Filiale in eine 80 Kilometer entfernte Stadt mit weniger Einwohnern. Infolgedessen hätte der Arbeitnehmer eine niedrigere Verkaufsprovision zu erwarten gehabt, obwohl er weiterhin die Position des Filialleiters bei gleichem Grundgehalt ausübte. Nach 4 Tagen am neuen Standort, erkrankte der Mitarbeiter am „Burn-Out-Syndrom“, was ihm auch ärztlich bescheinigt wurde und er beauftragte einen Anwalt, gegen die Versetzung vorzugehen.

Vor Gericht stand im Streit, ob es sich um eine Versetzung bei gleichbleibenden Bezügen handelt, da Grundgehalt und Prozentsatz der Verkaufsprovision schließlich gleich geblieben waren und die Provision nur infolge der geringeren Kaufkraft am neuen Standort wohl geringer ausfallen würde. Der Mitarbeiter argumentierte, dass die geringere Verkaufsprovision einen bedeutenden Rückgang seiner Vergütung zur Folge habe und er zugleich mit erhöhten Fahrtkosten zu rechnen habe, da ihm ein Umzug aus familiären Gründen nicht möglich sei. Die Auseinandersetzung konnte dadurch beigelegt werden, dass das Grundgehalt des Mitarbeiters etwas erhöht wurde und er im Gegenzug die Versetzung akzeptierte.

Der Fall zeigt, dass Versetzungsklauseln so formuliert sein sollten, dass sie transparent für den Arbeitnehmer sind und den Arbeitnehmer hinsichtlich Position und Gehalt auch nicht aus faktischen Gegebenheiten

schlechterstellen. Außerdem sollte bedacht werden, dass eine Versetzung gegen den Willen des Arbeitnehmers, auch wenn sie vertraglich zulässig sein mag, die weitere Zusammenarbeit erschweren oder zu Leistungsabfall, Krankheit bis hin zu einer Kündigung seitens des Arbeitnehmers führen können.

Versetzungsklauseln sollten daher nur mit Arbeitnehmern vereinbart werden, bei denen ein flexibler örtlicher Einsatz wichtig ist. Dies sollte von vorneherein mit dem Mitarbeiter so abgestimmt sein. Im Streitfall bieten sich gütliche Lösungen an.

# Arbeitnehmerüberlassung – Haftungsrisiken beim Fremdpersonaleinsatz



Die Arbeitnehmerüberlassung ist eine „Dauerbaustelle“ im nationalen sowie im internationalen Recht. Insbesondere die europarechtlichen Anforderungen der Leiharbeitsrichtlinie 2008/104/EG werfen Fragen hinsichtlich der Zulässigkeit nationalen Rechts auf.

## Entwicklung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG)

Im Zuge der AÜG-Reform 2011 wurde das Tatbestandsmerkmal „vorübergehend“ eingefügt, um den durch die Leiharbeitsrichtlinie vorgegebenen Charakter

der Arbeitnehmerüberlassung zum Ausdruck zu bringen. Die zeitliche Komponente des Merkmals „vorübergehend“ hat dabei für den Rechtsanwender Schwierigkeiten aufgeworfen, die bisher weder auf nationaler noch auf europäischer Ebene geklärt werden konnten. Dies beruhte zum einen darauf, dass sich das Bundesarbeitsgericht bisher nicht veranlasst sah, ausdrücklich Stellung zu beziehen oder gar den EuGH anzurufen. Zum 1. April 2017 ist das „Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze“ in Kraft getreten. Eine wesentliche Änderung ist die Begrenzung der Überlassung auf 18 Monate. Abweichungen sind nur durch Tarifverträge der Einsatzbranche möglich.

## „Scheinwerkverträge“ und illegale Arbeitnehmerüberlassung

Doch auch unabhängig von der zeitlichen Komponente birgt das AÜG erhebliche – insbesondere finanzielle – Risiken für den Arbeitgeber:

Schließt der Arbeitgeber mit einem anderen Unternehmen etwa Dienst- oder Werkverträge ab, welche rechtlich aber die dafür erforderlichen Kriterien nicht erfüllen, mithin der Fremdpersonaleinsatz also tatsächlich als Arbeitnehmerüberlassung einzuordnen ist, so ist zunächst abzuklären, ob nicht doch einer Verleiherlaubnis bedurfte: Fehlt es an einer solchen Erlaubnis, spricht man von einer illegalen Arbeitnehmerüberlassung. Rechtsfolge der selbigen ist neben der Fiktion eines Arbeitsverhältnisses zwischen Leiharbeiter und Entleiher die Gesamtschuldnerschaft von Verleiher und Entleiher hinsichtlich der Zahlungspflicht gegenüber dem Arbeitnehmer. Im Zuge der Gesetzesänderung zum 1. April 2017 ist es auch nicht mehr möglich, eine Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis für den Fall vorzuhalten, dass ein ursprünglich als Dienst-/Werkvertrag geplanter Einsatz nachträglich als erlaubnispflichtige Arbeitnehmerüberlassung eingestuft wird. Zusätzlich zu den im AÜG geregelten Rechtsfolgen hat eine (illegale) Arbeitnehmerüberlassung auch sozialversicherungsrechtliche und gar strafrechtliche Relevanz (§ 266a StGB).

Den beteiligten Parteien werden solche Rechtsfolgen häufig erst im Rahmen von sozialversicherungsrechtlicher und steuerlicher Betriebsprüfungen, in denen illegale Arbeitnehmerüberlassungen aufgedeckt werden, bewusst. Hohe Nachforderungen können für den Arbeitgeber existenzbedrohende Ausmaße erreichen.

## Arbeitnehmerüberlassung im internationalen Kontext

Eine zusätzliche Dimension erhält diese Thematik, wenn der Fremdpersonaleinsatz im internationalen Kontext steht. Risikobehaftet sind hier insbesondere Konstellationen, bei denen Fremdpersonal aus dem Ausland in

Deutschland beschäftigt wird und den ausländischen Verleihern die Notwendigkeit einer Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis nicht bekannt ist oder diese fälschlicherweise für nicht erforderlich gehalten wird. Aber auch Fremdpersonaleinsätze im Ausland können je nach Fallgestaltung nicht nur das deutsche AÜG, sondern auch ausländische Vorschriften zur Arbeitnehmerüberlassung berühren.

Nicht selten stehen sowohl deutsche als auch ausländische Unternehmen vor dem Problem, nicht nur deutschen sondern auch ausländischen Anforderungen, welche sich häufig nicht miteinander vereinbaren lassen, nachkommen zu müssen.

### Risikominimierung und Gestaltungsmöglichkeiten

Zur Risikominimierung sollten sämtliche Vertragsgestaltungen, die auf einen Fremdpersonaleinsatz abzielen, sorgfältig auf das Vorliegen einer Arbeitnehmerüberlassung untersucht werden. Nur durch eine umfassende Prüfung des Sachverhalts können Haftungsfallen vermieden werden, die andernfalls die unternehmerische Existenz bedrohen können.

## Fallbeispiel

Unser Mandant ist ein niederländisches Unternehmen, das international Personal zur Verfügung stellte. Es gab auch mit einem deutschen Unternehmen eine Vertragsbeziehung, auf deren Grundlage das Personal unserer Mandantin bereits seit einiger Zeit in Deutschland tätig war. Die Prüfung des Erfordernisses des Vorliegens einer Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis war bisher unterblieben, da die Parteien nicht davon ausgingen, dass eine solche im internationalen Kontext erforderlich sei.

Unserer Mandantin trat erst an uns heran, als im Rahmen einer niederländischen Betriebsprüfung festgestellt wurde, dass die Abrechnung der Mitarbeiter, die in Deutschland eingesetzt waren, nicht ordnungsgemäß war. Daraufhin haben wir den gesamten Sachverhalt aufgearbeitet und alle Begleitumstände ermittelt, wobei die folgende Darstellung nur die deutsche Seite betrifft.

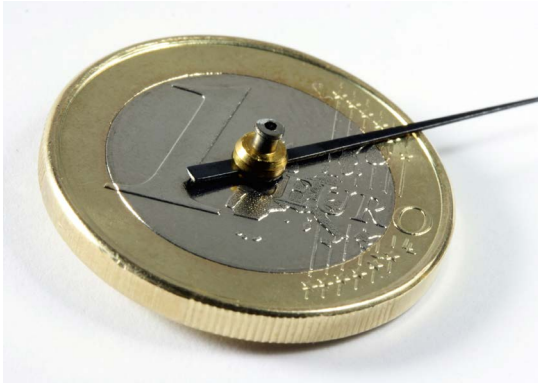
Nach eingehender Prüfung wurde auf deutscher Seite festgestellt, dass es sich bei der gelebten Vertragsbeziehung der Parteien nicht um einen Dienstvertrag sondern um Arbeitnehmerüberlassung handelte, welche von Anfang an einer Erlaubnis bedurft hätte. Damit ergab sich auf allen Ebenen der verschiedenen Vertragsbeziehungen ein umfassender Handlungsbedarf:

Zunächst musste die Vertragsbeziehung zwischen unserem Mandanten und der deutschen Gesellschaft richtig gestellt werden. Hier lag eben kein Dienstvertrag vor, sondern es musste ein Arbeitnehmerüberlassungsvertrag geschlossen werden. Erforderlich war dafür auch die Vertragsbeziehungen zwischen unserer Mandantin und ihren Mitarbeitern an die tatsächlichen Gegebenheiten anzupassen. Da die überarbeiteten Verträge bei dem Antragsverfahren für die Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis vorzulegen waren, haben wir zunächst die erforderlichen Änderungen der jeweiligen Arbeitsverträge vorgenommen. Dies erforderte zum einen eine Anpassung dieser Arbeitsverträge an die nationalen deutschen Regelungen des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes, des Arbeitszeitgesetzes sowie zum anderen die Berücksichtigung des Equal Pay Grundsatzes. Unsere Mandantin wurde auf den Equal Treatment Grundsatz und die daraus resultierenden Verpflichtungen hingewiesen.



Nach Entwurf und Unterzeichnung der Verträge konnte die zwingend erforderliche Erlaubnis eingeholt werden. Hierzu waren eine Bonitätsbescheinigung, aber auch Führungszeugnisse der Geschäftsführer und eine Bescheinigung der Unfallversicherung notwendig. Nachdem wir dieses Antragsverfahren ordnungsgemäß und erfolgreich durchlaufen hatten und unserer Mandantin die befristet Erlaubnis erteilt wurde, gaben wir bei der für die Niederlande zuständigen Bundesagentur für Arbeit auch regelmäßig die statistischen Meldungen ab. Hinsichtlich der Steuerpflicht der einzelnen Mitarbeiter ergab sich, dass sie auf Grund der Tätigkeit dem deutschen Steuerrecht unterlagen. Eine sich daraus resultierende Besonderheit aus der einschlägigen Norm des Einkommenssteuergesetzes ist, dass der ausländische Verleiher als Haftungsschuldner die Lohnsteuer in Deutschland einzubehalten und abzuführen hat. Unsere Kollegen haben dann ebenfalls die ordnungsgemäße Lohnabrechnung der Mitarbeiter übernommen.

# Betriebliche Altersversorgung: Mitarbeiterbindung durch Betriebsrente



Mit der Generation Y, den zwischen 1980 und 1995 Geborenen, betreten gegenwärtig junge Menschen den Arbeitsmarkt, die einen Wertewandel in der Arbeitswelt fordern und forcieren. Sie stellen in Frage, was lange Zeit als selbstverständlich galt: Wieso muss man zu festgelegten Arbeitszeiten arbeiten, wenn man doch mobil überall und jederzeit arbeiten kann? Wieso soll eine ausgewogene Work-Life-Balance die Karriere ausschließen? Kurz: Warum so und nicht anders? Zugleich stellen der demografische Wandel und der in vielen Branchen spürbare Fachkräftemangel Arbeitgeber zunehmend vor Herausforderungen bei der

Nachwuchsgewinnung. Umso stärker sind Unternehmen gefordert, neu gewonnene Mitarbeiter ebenso wie diejenigen, die bereits gut in das Unternehmen integriert sind, möglichst langfristig zu binden. Im Raum steht die Frage: Was bindet Mitarbeiter überhaupt langfristig an das Unternehmen?

Zudem führt der demografische Wandel nicht nur zu einer drohenden Überalterung der Gesellschaft und der Mitarbeiter eines Arbeitgebers, sondern stellt umgekehrt auch junge Nachwuchskräfte vor die Frage, ob und in welchem Umfang das gesetzliche Rentensystem in den kommenden 30 bis 40 Jahren den Anforderungen an eine zuverlässige Sicherung des späteren Lebensstandards gerecht wird. Alleine auf die private Vorsorge wird sich kaum ein Arbeitnehmer verlassen können.

## Betriebsrente honoriert Leistung – oder?

Selbstverständlich sind ein gutes Betriebsklima, marktgerechte Entlohnung und ein gutes Image des Arbeitgebers entscheidende Bindungsfaktoren. Daneben spielt auch die betriebliche Altersversorgung – ein Erfolgsmodell mit über 100-jähriger Geschichte – als 3. Säule der Alterssicherung neben der gesetzlichen und privaten Vorsorge eine immer wichtigere Rolle. Auch wenn die betriebliche Altersversorgung in den vergangenen Jahren immer stärker als Entgeltbestandteil im Sinne der Entlohnung von Leistung verstanden wurde, honoriert sie immer auch – mehr oder weniger stark – die Betriebstreue des Arbeitnehmers. Das Gesetz lässt keinen Zweifel, dass die Dauer der Betriebszugehörigkeit für die Höhe der Betriebsrente ausschlaggebend ist. Dies zeigt nicht nur die (noch) 5-jährige Phase nach Erteilung der Zusage auf betriebliche Altersversorgung, in der die Anwartschaft auf eine arbeitgeberfinanzierte Betriebsrente schlicht verfällt, wenn der Arbeitnehmer das Unternehmen verlässt. Am deutlichsten wird dies bei der Berechnung der Höhe der späteren Betriebsrente: Hier werden tatsächliche und mögliche Betriebszugehörigkeit ins Verhältnis gesetzt und die in Aussicht gestellte Betriebsrente entsprechend gekürzt. Betriebstreue lohnt sich!

## Betriebliche Altersversorgung macht attraktiv

Spätestens seit der Einführung eines gesetzlichen Anspruchs auf Entgeltumwandlung nimmt der Verbreitungsgrad der betrieblichen Altersversorgung zu. Heute wird davon ausgegangen, dass bereits mehr als 50 Prozent der Arbeitnehmer in ein betriebliches Versorgungswerk integriert sind. Dies zeigt, dass Arbeitnehmer sowohl die Notwendigkeit der Vorsorge erkannt haben als auch bereit sind, ihr eigenes Entgelt dafür aufzuwenden. Dies offenbart die Chance für Arbeitgeber, durch eine nennenswerte Mitfinanzierung einer Betriebsrente ein echtes Anreiz- und Bindungssystem zu etablieren, das sich nicht nur vom Wettbewerb abhebt und damit

Betriebstreue erzeugt, sondern darüber hinaus als Werbemittel im Wettstreit um die Talente auf dem Arbeitsmarkt genutzt werden kann. Dennoch begnügen sich viele Arbeitgeber mit der ihnen gesetzlich vorgeschriebenen Gewährung der Entgeltumwandlung. Zu tief sitzen negative Erfahrungen aus der Vergangenheit, wenn sich Risiken aus Pensionszusagen realisiert haben oder die Pensionszusagen selbst mangels adäquater Rückdeckung zum Risiko wurden.

Deswegen stellen moderne Vergütungssysteme dem Arbeitgeber heute weit differenziertere und damit auch risikoärmere Wege der betrieblichen Altersversorgung zur Verfügung als noch vor einigen Jahren. Neben die klassische Pensionszusage ist mit dem Pensionsfonds ein weiterer Durchführungsweg, neben die Leistungszusage eine Beitragszusage mit Mindestleistung, neben die klassische Rückdeckungsversicherung sind Treuhandmodelle und andere Ansparvarianten getreten.

In dieser Flexibilität liegt die Chance, für Mitarbeiter ein attraktiver Arbeitgeber zu sein und nachhaltig zu bleiben.

## Fallbeispiel

Erst das gegenwärtige Niedrigzinsumfeld nahm unser Mandant, eine mittelständische GmbH, zum Anlass sich mal wieder intensiver mit der betrieblichen Altersversorgung für seine Mitarbeiter auseinander zu setzen. In der Bestandsaufnahme musste das Unternehmen erkennen, dass längst aus dem ursprünglich einzigen Pensionsplan ein bunter Strauß versicherungsförmiger und nicht-versicherungsförmiger Zusagen geworden war. Dass diesem Thema in der Vergangenheit zu wenig Aufmerksamkeit geschenkt wurde, wurde bei genauerem Hinsehen noch deutlicher: Nicht nur hatten verschiedene Versicherungsprodukte mit unterschiedlichen inhaltlichen Ausgestaltungen Einzug in das Unternehmen gefunden, auch wurde die tarifvertraglich geschuldete betriebliche Altersversorgung gar nicht umfassend umgesetzt. So hatten einzelne Arbeitnehmer beispielsweise bessere und damit kostenintensivere Altersversorgungen erhalten, als geschuldet; ihr Anspruch auf Invaliditätsversorgung war hingegen gar nicht umgesetzt worden. Kurz: Anspruch und Realität klappten weit auseinander.

Nach einer Analyse des finanziellen Gesamtaufwands für konnten wir gemeinsam mit dem Betriebsrat eine Harmonisierung der Inhalte der betrieblichen Altersversorgung herstellen, so dass fortan eine Gleichbehandlung unter den Arbeitnehmern gewährleistet wird. Dadurch wurden einzelne Bausteine der betrieblichen Altersversorgung auf alle Arbeitnehmer ausgedehnt, andere fielen hingegen weg. Im Ergebnis konnte ein Leistungsplan umgesetzt werden, dessen Versorgungsniveau deutlich über dem tarifvertraglichen Minimum liegt und doch dem Arbeitgeber keine zusätzlichen Kosten verursacht.

Basierend auf dieser inhaltlichen Harmonisierung widmeten wir uns mit unserem Mandanten der Finanzierung dieses runderneuten Versorgungsplans. Nach der gemeinsamen Auswahl des Finanzierungspartners lagerten wir die bestehenden Pensionsverpflichtungen steueroptimiert auf einen Pensionsfonds aus. Künftige Pensionsverpflichtungen hingegen werden über ein extern gemanagtes Depot bei einer Bank finanziert.

So konnte die Bilanz unseres Mandanten von der Pensionsverpflichtung befreit werden. Zugleich stehen ihm die Kosten seines Versorgungswerks transparent vor Augen. Unwägbarkeiten aus nicht gesicherten Ansprüchen oder nicht kalkulierbaren Rententrends konnten eingedämmt werden. Im Ergebnis wurde aus dem Risikofaktor betriebliche Altersversorgung in diesem Unternehmen ein nachhaltiges Erfolgsmodell.

# Compliance im Arbeitsrecht – Durchsetzung und Kontrolle von Richtlinien



Der Begriff „Compliance“ ist heutzutage in aller Munde. Eine griffige und vollständige Definition des Begriffs gestaltet sich schwierig. Compliance steht hierbei für die Einhaltung von Gesetzen und Richtlinien, aber auch von freiwilligen Kodizes, in Unternehmen. Allgemein gesprochen dient Compliance nicht nur der Vermeidung von Wirtschaftskriminalität oder Haftungsklagen, sondern soll auch ein Vertrauen schaffen und die Außenwirkung verbessern. Jedoch versteht man unter Compliance nicht nur ausschließlich eine strafrechtliche Komponente.

Gerade im Arbeitsrecht existiert eine Vielzahl von Schutzvorschriften und Regelungen, die es zu beachten gilt. Das Mindestlohngesetz, die Vorschriften zur Antidiskriminierung im Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz, die Regelungen im Betriebsverfassungsrecht oder tarifvertragliche Vorschriften – fortwährend berühren arbeitsrechtliche Regelungen den Alltag der Personalverwaltung und des Unternehmens. Compliance im Arbeitsrecht spielt daher eine immer wichtiger werdende Rolle, gerade auch im Rahmen der Personalverwaltung. Unternehmen müssen sich darüber hinaus regelmäßig mit den eigenen Compliance-Richtlinien auseinandersetzen, um stets die Einhaltung der Richtlinien zu kontrollieren und Haftungen auszuschließen. Hier den richtigen Überblick zu behalten ist aufgrund der Vielzahl der Themenfelder besonders wichtig.

## Compliance von Anfang bis Ende des Arbeitsverhältnisses

In der Praxis finden sich bereits bei der Anbahnung eines Anstellungsverhältnisses erste Compliance-Richtlinien, auf die geachtet werden muss. Bestimmt wird dies bspw. durch den vom Bundesarbeitsgericht geprägten Fragenkatalog „Was darf ich als Arbeitgeber fragen und was nicht?“. Was schon im Bewerbungsverfahren angefangen hat, muss auch im laufenden Arbeitsverhältnis fortgesetzt werden. Compliance im Arbeitsrecht ist also ein ständiger Begleiter. Auch in der arbeitsvertraglichen Gestaltung und bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses sind Compliance-Richtlinien ein weiterer Bestandteil.

## Kontrolle durch Organisation

Wie können Unternehmen Compliance-Richtlinien kontrollieren und durchsetzen? Die Lösung basiert auf mehreren Säulen: Prävention, Kontrolle und Sanktionen.

Präventiv bedienen sich Unternehmen bei Durchsetzung der Compliance-Richtlinien einer guten Organisation. Im Rahmen der Organisationsgestaltung ist das Unternehmen angehalten, eine spezifische Compliance-Organisation auf die Beine zu stellen, die mit sachlichen und personellen Ressourcen ausgestattet ist. Diese geschaffene Organisation muss darauf achten, dass das Regelwerk nicht zu strenge Regelungen aufweist, die dem eigenen Unternehmensverständnis widersprechen. Zudem sollte das Unternehmen stets darauf achten, dass das Regelwerk auf die Einhaltung der unternehmerischen Ziele ausgerichtet ist. Ziele von Mitarbeitern, Führungskräften und der Unternehmen müssen hierbei harmonisieren.

Neben der Schaffung einer gutstrukturierten Organisation sowie der Aufstellung eines auf die Bedürfnisse des Unternehmens abgestimmten Regelwerks zählt die Kontrolle der Einhaltung der Regeln zu den wichtigsten

Fundamenten einer guten Compliance-Organisation. Als Kontroll-Organen für die Einhaltung der Compliance-Regeln bieten sich hier – nach entsprechender Schulung – zunächst die Unternehmensführung sowie die leitenden Angestellten an. Daneben kommt die Einführung einer Mitarbeiter-Kontrolle in Betracht (Stichwort: Whistleblowing-Hotline). Als eine weitere gute Form der Kontrolle empfiehlt es sich zudem, dem Betriebsrat ein entsprechendes Mitspracherecht zu erteilen, da er als Arbeitnehmervertretung ein besonderes Vertrauen der Arbeitnehmerschaft genießt. Dagegen erweist sich z.B. die sog. Rasterfahndung als nicht besonders empfehlenswert, da sie ein viel zu scharfes Instrument darstellt, um die Einhaltung von Regeln und Grenzen zu erreichen.

Ganz besondere Bedeutung hat die Überwachung der E-Mail-Accounts und der Internetnutzung der Arbeitnehmer. Es muss im Vorfeld geprüft werden, ob eine private Internetnutzung gestattet worden ist, da eine Einschränkung heute nicht mehr zeitgemäß ist. Auf der anderen Seite erschwert die private Internetnutzung jedoch die Kontrolle durch den Arbeitgeber, da besondere datenschutzrechtliche Bestimmungen eingehalten werden müssen und der Arbeitgeber nicht in die private Lebensführung des Arbeitnehmers eingreifen darf. Ob der Arbeitgeber eine private Internetnutzung erlaubt oder nicht, ist daher immer mit einer Abwägung der Interessen verbunden und sollte keinesfalls leichtfertig, weder in die eine noch in die andere Richtung, entschieden werden. Im Vorfeld bedarf es auf Seiten des Unternehmens stets einer Abwägung, genauen Überlegung der jeweiligen Richtlinien sowie im Anschluss eine Vereinbarung der genauen Nutzungsregelung.

## Sanktionen als Konsequenz

Was passiert, wenn Arbeitnehmer gegen die Compliance-Richtlinien verstoßen? In diesem Fall haben sie mit entsprechenden Sanktionen zu rechnen. Diese bestehen bspw. aus einer Ermahnung oder auch Abmahnung. Damit ist es manchmal aber nicht genug. In besonderen Fällen bleibt dem Unternehmen keine weitere Möglichkeit, als das Arbeitsverhältnis mit dem Arbeitnehmer zu kündigen, sei es durch eine ordentliche verhaltensbedingte Kündigung oder in besonders schweren Fällen durch die fristlose außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grund. Eine Kündigung sollte jedoch stets die letzte Lösung sein.

## Fazit

Im Mittelpunkt der Compliance im Arbeitsrecht stehen wichtige Normen betreffend:

- › den Arbeitnehmerdatenschutz,
- › den allgemeinen Arbeitnehmerschutz,
- › das Arbeitszeitrecht,
- › die Mitarbeiterüberwachung,
- › die Auflösung von Dienstverhältnissen und die Einstellung von Mitarbeitern genauso wie
- › die Einhaltung der sozialversicherungsrechtlichen und lohnsteuerlichen Vorschriften im Zusammenhang mit der Abwicklung von Arbeitsverhältnissen.

Schlussendlich müssen sich Unternehmen stets vor Augen führen, dass eine Nichtbeachtung der Gesetze und selbst festgelegten Regelungen zu Sanktionen nicht nur für den Arbeitnehmer, sondern auch für den Arbeitgeber führen können. Aus diesem Grund stellen die Unterstützung und Beratung unserer Mandanten einen integralen Bestandteil der arbeitsrechtlichen Beratungspraxis von Rödl & Partner dar. Wir stehen Ihnen bei der Bewältigung sämtlicher sich in den unterschiedlichsten arbeitsrechtlichen Themen ergebenden Herausforderungen sowie insb. bei der Gestaltung und Überwachung von Compliance-Richtlinien im Unternehmen zur Seite.

## Fallbeispiel

Ein mittelständisches Unternehmen hat eine interne Compliance-Richtlinie, die u.a. Vorgaben zur Einhaltung der gesetzlichen Arbeitszeiten trifft. Die Arbeitnehmer sind arbeitsvertraglich zur Einhaltung der Compliance-Richtlinie verpflichtet und die jeweiligen Fachvorgesetzten sind im Rahmen einer weiteren schriftlichen Dienstanweisung gehalten, die Einteilung der ihnen unterstellten Mitarbeiter so vorzunehmen, dass die gesetzlichen Arbeitszeiten nicht überschritten werden. Im Team eines Abteilungsleiters, das aus gewerblichen Arbeitnehmern besteht, kommt es immer wieder zu Verstößen gegen die Höchstarbeitszeit von maximal 10 Stunden am Tag.

In diesem Fall besteht dringender Handlungsbedarf seitens der Geschäftsführer, denen bei einem festgestellten Verstoß gegen das Arbeitszeitgesetz empfindliche Bußgelder bis hin zu weiteren Sanktionen drohen können. Der Abteilungsleiter sollte schriftlich abgemahnt werden und im Wiederholungsfall ist eine fristlose oder ordentliche Kündigung zu prüfen. Sollte nämlich das Gewerbeaufsichtsamt auf die Verstöße aufmerksam werden, genügt es nicht, wenn die Geschäftsführer nur auf die schriftlich festgelegten Regelungen verweisen und nicht nachweisen können, dass geeignete Maßnahmen getroffen worden sind, um gegen Verstöße vorzugehen.

# Due Diligence, M&A und Umstrukturierungen in der arbeitsrechtlichen Beratungspraxis



Ein besonderes Feld in der arbeitsrechtlichen Praxis stellt die Beratung von deutschen und international tätigen Unternehmen bei Umstrukturierungen, Transaktionen und der Durchführung von Due Diligence-Prüfungen aus arbeitsrechtlicher Sicht dar.

## Arbeitsrechtliche Due Diligence-Prüfungen

Due Diligence bedeutet wörtlich übersetzt „eine mit gebotener Sorgfalt durchgeführte Risikoprüfung“.

Gerade im Vorfeld von einer Unternehmensveräußerung, sei es im Rahmen eines sog. Share Deals (eines

vollständigen, gesellschaftsrechtlichen Anteilskaufs) oder eines Asset Deals (dem Kauf einzelner Wirtschaftsgüter), stellen sich sowohl auf Käufer- wie auch auf Verkäuferseite vielfältige Fragen.

Die regelmäßig im Zusammenhang mit einer Unternehmensveräußerung durchgeführten rechtlichen Due Diligence-Prüfungen sollen dabei einen gleichen Informationsstand zwischen dem Verkäufer und dem Käufer herstellen. Eine effiziente Beratung im Rahmen von Due Diligence-Prüfungen hinsichtlich der zu kaufenden oder verkaufenden Unternehmen oder Betriebe, insbesondere aus arbeitsrechtlicher Sicht, ist der Schlüssel für eine erfolgreiche Transaktion.

## Gestaltung von Unternehmensverträgen

Der Gestaltung von Unternehmenskaufverträgen aus arbeitsrechtlicher Sicht kommt dabei ein besonderes Gewicht zu, da diese eine wesentliche Entscheidungsgrundlage für die spätere Umsetzung weiterer arbeitsrechtlicher Maßnahmen sein können. So ist bei der Gestaltung stets besonderes Augenmerk auf die Regelungen zur Übertragung der Arbeitsverhältnisse sowie die entsprechenden Haftungs- und Garantievorschriften zu legen, da sich hieraus häufig erhebliche wirtschaftliche Risiken für Käufer oder Verkäufer ergeben können.

Ungeahnte Risiken können z.B. in Altersversorgungszusagen stecken. Der „Supergau“ für den Käufer tritt bspw. dann ein, wenn auf die Durchführung einer Due Diligence verzichtet wurde und später festgestellt wird, dass der Verkäufer noch rechtzeitig vor dem Übergang der Arbeitsverhältnisse im Rahmen des Unternehmenskaufvertrags den betroffenen Arbeitnehmern bzw. dem Betriebsrat z.B. großzügige finanzielle Zusagen oder eine langfristige Standortgarantie bei gleichzeitigem Verbot betriebsbedingter Kündigung für mehrere Jahre gegeben hat.

## Arbeitsrechtliche Beratung bei M&A-Transaktionen

Was vermeintlich unmittelbar einleuchtend klingt, wird im zweiten Schritt deutlich komplexer. Zu nennen sind hier exemplarisch die taktischen Planungen in Bezug auf die Gestaltung einer Umstrukturierung oder Transaktion aus arbeitsrechtlicher Sicht (ob diese bspw. als Betriebsübergang gemäß § 613a BGB oder eben nicht als solcher ausgestaltet werden soll). Zusätzlich fallen hierunter auch die ggfs. verbundenen betriebsverfassungsrechtlichen Maßnahmen im Vorfeld einer Umstrukturierung (z.B. Planung und Durchführung von Betriebsän-

derungen, insb. die Vorbereitung und Begleitung von Interessenausgleichs- und Sozialplanverhandlungen mit den Arbeitnehmervertretungen gemäß § 111 BetrVG). Weitere wesentliche Beratungsaspekte sind in diesem Kontext der Umgang mit Change-of-Control-Klauseln bei Schlüsselpersonal, der Umgang mit Stock-Option-Plänen sowie die richtige Behandlung und Berücksichtigung von betrieblichen Altersversorgungssystemen. Durch eine vorausschauende Gestaltung der abzugebenden Garantien im Rahmen des Unternehmenskaufvertrages unter arbeitsrechtlichen Gesichtspunkten kann die Planung für die Umsetzung der sog. Post-Merger-Integration – also der nachfolgenden Integration des gekauften Unternehmens in das bestehende – entscheidend beeinflusst und teure Risiken bzgl. der möglicherweise zu übernehmenden Arbeitnehmer vermieden werden. Eine Beratung „aus einer Hand“ bietet nicht nur den Vorteil, dass der Käufer des Unternehmens nicht einen weiteren Berater hinzuziehen muss und damit „Zeit und Geld verliert“. Auch bei der Gestaltung des Kaufvertrages können mögliche arbeitsrechtliche Maßnahmen vorbereitet werden, die erst später durchgeführt werden sollen, aber bereits zum Zeitpunkt des Unternehmenskaufs eine konkrete Planung erreicht haben.

### Strukturberatung bei Umstrukturierungen

Eine Due Diligence-Prüfung kann sich im arbeitsrechtlichen Bereich auch dann lohnen, wenn kein Unternehmenskauf oder -verkauf bevorsteht oder angedacht ist.

Eine Umstrukturierung kann verschiedene Auslöser haben:

- › Es kann darum gehen, steuerliche Vorteile aus bestimmten gesellschaftsrechtlichen Strukturen zu nutzen.
- › Sie kann operativ veranlasst sein, um Arbeitsabläufe zu verbessern oder Wettbewerbsfähigkeit zu erhalten.
- › Denkbar ist sie auch als bloße Maßnahme zur Kostensenkung (z.B. durch Personalabbau und Leistungsverdichtung).
- › Weiter sind Umstrukturierungen möglich, die nur gezielte arbeitsrechtliche Folgen herbeiführen sollen, z.B. einen Tarifwechsel oder die Verselbstständigung betriebsorganisatorischer Einheiten. Besonderes Augenmerk bedarf es dabei sowohl der arbeitsrechtlichen Chancen und v.a. auch der entsprechenden Risiken.

Nicht selten lässt sich ein „arbeitsrechtlicher Wildwuchs“ finden. Gerade wenn das Unternehmen schnell gewachsen ist, fehlen häufig Zeit und Ressourcen für ein geordnetes Herangehen an den arbeitsrechtlichen Bestand. Aber auch bei „alteingesessenen“ Konzern- oder Großunternehmen können aus historischen Gründen besondere „Dienstrechte“ entstanden sein, die einer nachträglichen Anpassung nur unter schwierigen Bedingungen zugänglich sind und – sehr häufig jedenfalls – teuer „erkauft“ werden müssen.

Beispiele dafür sind höchst unterschiedliche Dienst- und Arbeitsverträge, alte Betriebsvereinbarungen, die sich teilweise gegenseitig widersprechen oder Rechte bzw. Begünstigungen vorsehen, die gar nicht gelebt werden.

Doch auch wenn es gar nicht so weit kommt, bietet es sich trotzdem an, gewachsene und teilweise überholte oder gar hemmende arbeitsrechtliche Strukturen aufzuarbeiten und grundlegend zu bereinigen. Eine arbeits-



rechtliche Due Diligence-Prüfung bietet die beste Grundlage, um einen soliden Überblick über den Status quo im Unternehmen zu bekommen. Ein Anlass hierfür kann auch eine neu gewählte Arbeitnehmervertretung sein, die Punkte aufgreift, die bislang unproblematisch waren oder im Verborgenen lagen, wie etwa ein gesetz- oder kollektivvertragswidriges Arbeitszeitmodell, fehlende Betriebsvereinbarungen zu Datenverarbeitungen aller Art, unzulässige Arbeitsvertragsklauseln etc.

Eine arbeitsrechtliche Due Diligence-Prüfung kann vor unerwarteten Rückforderungen aufgrund von nicht durchsetzbaren Verfallsklauseln aber auch vor – u.U. beträchtlichen – Nachforderungen der Sozialversicherung im Zuge der sozialversicherungsrechtlichen Betriebsprüfung der Rentenversicherung nach § 28p SGB IV schützen oder zumindest das Risiko für die Zukunft begrenzen.

## Beratung bei internationalen Umstrukturierungen und Transaktionen

Gerade bei internationalen Umstrukturierungen gilt es, ein besonderes Augenmerk auf die Frage der Due Diligence-Prüfung zu legen. Nicht nur eine effiziente Steuerung des gesamten Umstrukturierungs- oder Transaktionsprozesses, sondern auch eine spezielle interdisziplinäre Betrachtung sind dabei von entscheidendem Gewicht.

### Fallbeispiel

Im Rahmen einer geplanten M&A-Transaktion, sollten die wesentlichen betriebsnotwendigen Assets eines Produktionsunternehmens auf ein anderes Unternehmen übertragen werden. Neben der gesellschaftsrechtlichen Unterstützung bei der Erstellung und Verhandlung des der Transaktion zugrunde liegenden Kaufvertrages über Einzelwirtschaftsgüter, des sog. Asset-Deal-Vertrags, benötigte der Käufer Unterstützung im Hinblick auf die Feststellung, welche arbeitsrechtlichen Rechtsfolgen und gegebenenfalls Risiken sich aus dem geplanten Asset-Deal ergeben könnten. Daneben wünschte er unsere arbeitsrechtliche Beratung, wie mit diesen Risiken umgegangen werden kann.

Bei sogenannten Asset-Deal-Verträgen stellt sich zunächst aus arbeitsrechtlicher Sicht stets die Frage, ob die geplante Übertragung der entsprechenden Einzelwirtschaftsgüter möglicherweise zu der Übertragung eines ganzen Betriebs oder Betriebsteils im Sinne des § 613a BGB, d.h. einem Betriebsübergang führt. Ein solcher ist nach deutschem Recht immer dann anzunehmen, wenn ein Betrieb oder Betriebsteil durch Rechtsgeschäft auf einen anderen Inhaber übertragen wird. Zwingende Rechtsfolgen eines solchen Betriebsübergangs sind u.a.

- › der automatische Übergang sämtlicher Arbeitsverhältnisse der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, die dem Betrieb oder Betriebsteil konkret zuzuordnen sind, unter Beibehaltung sämtlicher Rechte und Pflichten (Bestandsschutz);
- › die unbeschränkte Haftung des Betriebserwerbers für alle bestehenden Verbindlichkeiten aus den Arbeitsverhältnissen, auch soweit sie vor dem Übergang entstanden sind;
- › je nach tariflicher und betriebsverfassungsrechtlicher Ausgangssituation der veräußernden und des erwerbenden Unternehmen eine mögliche Fortgeltung der beim Veräußerer zur Anwendung kommenden Tarifregelungen und Betriebsvereinbarungen sowie
- › der Ausschluss von betriebsbedingten Kündigungen aufgrund des Betriebsübergangs.

Unsere Prüfung des zugrundeliegenden Einzelfalls ergab, dass der geplante Kauf der entsprechenden Assets mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit zu einem Betriebsübergang im Sinne des § 613a BGB, also zu einem Übergang sämtlicher Arbeitsverhältnisse der beim Verkäufer der Assets beschäftigten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer auf unseren Mandaten führen würde. Aufgrund dessen musste in der Folge detailliert geprüft werden, welche konkreten wirtschaftlichen Risiken sich hieraus für den Mandanten bei Durchführung der Transaktion ergeben würden.

Wir führten daher für den Mandanten eine arbeitsrechtliche Due Diligence durch, in welcher sämtliche arbeitsrechtlichen Risiken im Zusammenhang mit den übergehenden Arbeitsverhältnissen geprüft und für den Mandanten im Rahmen eines ausführlichen Berichts zusammengefasst wurden. Neben der Darstellung der Risiken enthielt unser Bericht zudem entsprechende Empfehlungen, wie die jeweiligen Risiken im Rahmen der Kaufvertragsverhandlungen berücksichtigt werden sollten bzw. könnten.

Aufgrund des Berichts wurde unser Mandant in die Lage versetzt, entscheiden zu können, ob trotz der arbeitsrechtlichen Risiken der beabsichtigte Asset Deal für ihn wirtschaftlich sinnvoll sein kann. Daneben diente unser Bericht als zusätzliche Unterstützung im Rahmen der sich hieran anschließenden weiteren Verhandlungen über den Asset-Deal-Vertrag. Ein nicht unerheblicher Teil der wirtschaftlichen Risiken im Zusammenhang mit dem Betriebsübergang konnte so im Innenverhältnis zwischen Verkäufer und Käufer auf den Verkäufer abgewälzt, der Kaufpreis erheblich gemindert und damit der Kaufvertrag zur Zufriedenheit des Mandanten abgeschlossen werden.

# Entsendung von Expatriates – Regelungen im internationalen Arbeitsrecht



Der Einsatz von Mitarbeitern im Ausland kann auf verschiedenen Beweggründen des Arbeitgebers beruhen: Während oftmals die Expansion in einem bestimmten Land im Vordergrund steht, ist in vielen Fällen entweder noch gar keine Gesellschaft im Ausland vorhanden und soll deshalb gegründet werden oder es hat sich gezeigt, dass eine Umstrukturierung der Auslandsgesellschaft erforderlich geworden ist.

## Besondere Fragen beim Einsatz von dauerhaft im Ausland tätigen Arbeitnehmern

Der Einsatz von Personal im Ausland ist sowohl innerhalb als auch außerhalb der EU nach wie vor von grundlegenden arbeitsrechtlichen Unterschieden geprägt und Arbeitsverträge mit dauerhaft ausschließlich im Ausland tätigen Arbeitnehmern sollten sich an den Vorgaben des jeweiligen Landesrechts orientieren, da ansonsten unerwartete Kostenrisiken drohen. Im Ausland einschlägige allgemeinverbindliche Tarifverträge oder zwingende gesetzliche Vorgaben wie kürzere Probezeiten, höhere Anforderungen an einen Befristungsgrund, gesetzlich vorgesehenes Urlaubsgeld, längere Lohnfortzahlung im Krankheitsfall etc. sind hier als Beispiel zu nennen, die bei Nichtbeachtung schnell zu Schwierigkeiten führen und einen Einsatz von Personal im Ausland zum unkalkulierbaren Risiko werden lassen. Gerade im Kündigungsfall sind die besonderen arbeitsrechtlichen Vorgaben im jeweiligen Einsatzland zu beachten, um eine wirksame Kündigung sicherzustellen.

Zusätzlich besteht bei einem Auslandseinsatz, neben den besonderen arbeitsrechtlichen Besonderheiten, auch regelmäßig die Verpflichtung, Steuern und Sozialversicherungen im jeweiligen Land abzuführen. Durch den Einsatz des Mitarbeiters im Ausland besteht ein Risiko, dass eine Betriebsstätte des Arbeitgebers entsteht. Hier gilt es, besonders wachsam zu sein, um mögliche Risiken zu vermeiden.

## Vertraglich umsetzbare Erwartungen bei Entsendungen?

Bei einer Expansion ins Ausland ist der Arbeitgeber auf sein hochqualifiziertes Personal, oftmals auf die etablierten Führungskräfte, angewiesen. Bei einer Expansion ins Ausland ohne Personal, das die notwendigen Erfahrungen für eine erfolgreiche Umsetzung der jeweiligen Projekte im Ausland mitbringt, wird der Erfolg der Expansion regelmäßig zu einem schwer kalkulierbaren Faktor.

Die Verhandlungen im Vorfeld eines solchen Mitarbeiterereinsatzes können sich dabei schwierig gestalten, wenn es zum einen gilt, die Anliegen und Wünsche des potenziellen Kandidaten für den Auslandseinsatz (sog. Expatriates) mit den Gegebenheiten, die durch das Steuer-, Arbeits-, Sozialversicherungs- und Aufenthaltsrecht vorgegeben werden, in Einklang zu bringen, zum anderen aber auch die unternehmerischen Interessen zu wahren. Gerade bei häufigen Mitarbeiterereinsätzen im Ausland bietet sich deshalb die Erarbeitung einer sog. „Entsendungsrichtlinie“ für Auslandseinsätze an, um eine gemeinsame Basis für Unternehmen und Expatriates zu schaffen. Hierdurch lassen sich nicht nur Kosten eines Mitarbeiterereinsatzes, sondern auch die Prozessabläufe im Unternehmen vereinheitlichen.

## Arbeitserlaubnisrechtliche und aufenthaltsrechtliche Gegebenheiten

Die (arbeits-)vertragliche Gestaltung des Auslandseinsatzes muss insbesondere auf die aufenthaltsrechtlichen Gegebenheiten abgestimmt werden: Setzen die aufenthaltsrechtlichen Bestimmungen im Einsatzland für die Aufnahme der beabsichtigten Tätigkeit einen lokalen Arbeitsvertrag im Ausland voraus, werden die Parteien mit der Vorlage einer Entsendevereinbarung spätestens bei der Beantragung des erforderlichen Visums scheitern.

## Die rechtliche und steuerliche Umsetzung

Ist die vertragliche Gestaltung des Auslandseinsatzes geklärt, gilt es, vorhandene – insbesondere finanzielle – Forderungen des Expatriates arbeitsrechtlich umzusetzen. In diesem Zusammenhang fällt oft das Stichwort „Vergütungsmanagement“.

Hierbei können sich sowohl das nationale als auch das internationale Steuerrecht (insbesondere Doppelbesteuerungsabkommen) zu Stolpersteinen entwickeln: Nicht nur für die beteiligten Unternehmen relevante Aspekte (Betriebsausgabenabzug, Begründung einer steuerlichen Betriebsstätte), sondern auch für den Expatriate maßgebliche steuerliche Auswirkungen sollten im Vorfeld bedacht werden.

Arbeitgeber und Expatriate profitieren deshalb sowohl von einer umfassenden Beratung im Vorfeld des Auslandseinsatzes, als auch davon, die Steuererklärungen in spezialisierte Hände zu geben, die auch die gesamte Kommunikation mit den Behörden abwickeln.

Von unschätzbarem Wert ist dabei auch die steuerrechtliche Begleitung vor Ort zur Erfüllung der jeweiligen nationalen Voraussetzungen. Neben den klassischen Feldern, wie etwa der Beantragung einer Steuernummer für eine neu gegründete Gesellschaft oder der Registrierung einer Betriebsstätte/ einer Repräsentanz, lassen sich hier auch Gestaltungsmöglichkeiten des internationalen Steuerrechts frühzeitig erkennen und umsetzen, um somit die Kosten des Auslandseinsatzes effizient zu gestalten.

## Sozialversicherungsrecht

Oftmals unterschätzt wird die sozialversicherungsrechtliche Komponente: Welche sozialversicherungsrechtlichen Vorschriften Anwendung finden, bemisst sich je nach Einsatzland entweder nach europäischen Verordnungen, bilateralen Abkommen („Sozialversicherungsabkommen“) oder nationalen Regelungen.

Die Einordnung im Einzelfall kann sich als schwierig erweisen. Gegebenenfalls wird zum Verbleib des Expatriates im heimatlichen Sozialversicherungssystem der Rückgriff auf freiwillige Versicherungsformen notwendig sein. Hier auf der einen Seite das richtige Maß zu finden, um dem Mitarbeiter mit seinem Bedürfnis nach sozialer Absicherung Rechnung zu tragen, auf der anderen Seite aber die Kosten für den Arbeitgeber nicht vollkommen ausufern zu lassen, stellt sich nicht selten als schwieriges Unterfangen dar.

## Fazit

Der Einsatz eines Mitarbeiters im Ausland sowie außerhalb seines gewöhnlichen Arbeitsortes (Inbound und Outbound) erfordert ein hohes Maß an Planung und vertrauensvoller Kommunikation im Vorfeld der Um-

setzung. Denn der internationale Mitarbeiterereinsatz zeichnet sich durch seine enge Verzahnung zwischen nationalem und internationalem Arbeits-, Steuer-, Sozialversicherungs- und Aufenthaltsrecht aus, wobei die mangelhafte Abstimmung der einzelnen Komponenten zum sprichwörtlichen Sand im Getriebe werden kann.

## Fallbeispiel

Die chinesische Tochtergesellschaft unseres Mandanten hatte ein lukratives Angebot in China erhalten. Da es sich anbot qualifizierte deutsche Fachkräfte in China tätig werden zu lassen, beschloss die deutsche Muttergesellschaft drei Mitarbeiter in China einzusetzen. Die vertragliche Umsetzung wurde nicht besprochen und war unklar. Außerdem war vereinbart, dass die deutsche Gesellschaft die Kosten des Mitarbeiterereinsatzes zu tragen hat. Die Weisungen für die Tätigkeit der deutschen Mitarbeiter sollte der technische Leiter in China erteilen. Schließlich kam die Leistung auch der chinesischen Gesellschaft zu Gute. Insgesamt war der Einsatz für 2 Jahre geplant.

Aus Sicht des Unternehmens war damit alles geklärt. Lediglich das Visum musste noch beantragt werden. Das Unternehmen nahm mit Rödl & Partner Kontakt auf und beauftragte die Visumsbeantragung in China. Rödl & Partner fragte im Zuge dieser Tätigkeit die Details des Mitarbeiterereinsatzes im Lichte des Arbeits-, Sozialversicherungs- und Steuerrechts ab.

Aus steuerlicher Sicht legte der Mandant dar, dass die Begründung einer Betriebsstätte keinesfalls gewünscht ist. Zudem wurde auch auf den Betriebsausgabenabzug eingegangen.

Im Nachgang zu diesen Diskussionen wurde die vertragliche Gestaltung besprochen. In Zusammenarbeit mit den chinesischen Kollegen wurde ein lokaler Vertrag in China entworfen. Der deutsche Arbeitsvertrag wurde ruhend gestellt. Wichtig war dabei die individuellen Wünsche des Mandanten wie bspw. die Gehaltvereinbarung in der Währung Euro einzuarbeiten.

Als die Sozialversicherung zu Sprache kam, wurde sehr schnell klar, dass ein Verbleib im deutschen Rentenversicherungssystem Grundvoraussetzung der Mitarbeiter war den Auslandseinsatz anzutreten. Ist dies nicht möglich, hätten sich die Mitarbeiter geweigert in China tätig zu werden. Rödl & Partner wies deshalb darauf hin, dass ein Antrag auf die Anwendung der deutschen Sozialversicherungsvorschriften nicht nur für die Rentenversicherung, sondern auch für die Arbeitslosenversicherung gestellt werden musste. Obwohl es sich hier um eine Ermessensentscheidung handelt, dürfen die Mitarbeiter vorsichtig optimistisch betreffend dem Verbleib im deutschen System in diesen Zweigen sein. Zudem beruhigte die Mitarbeiter die Möglichkeit der freiwilligen Weiterversicherung in der deutschen Rentenversicherung als sogenannter „Plan B“.

Schließlich wurden Brutto-Netto-Berechnungen erstellt, um zu sehen wie hoch die Steuerlast und die Sozialversicherungsbeiträge für die Mitarbeiter während der Tätigkeit in China sind.

Im Ergebnis konnte eine Lösung gefunden werden mit der alle Beteiligten zufrieden waren. Einerseits konnte die Betriebsstättenbegründung vermieden werden, andererseits war eine Weiterversicherung in der deutschen Rentenversicherung möglich. Inzwischen waren das Visum und die Arbeitserlaubnis da und der Mitarbeiterereinsatz konnte beginnen.

# Internationale Familienunternehmen – Mitbestimmung im Aufsichtsrat



Zahlreiche Unternehmen sehen sich nach einer Entscheidung des Landgerichts Frankfurt am Main im Februar dieses Jahres der Frage ausgesetzt, ob ihr Aufsichtsrat falsch zusammengesetzt ist bzw. ob nun erstmals ein mitbestimmter Aufsichtsrat gebildet werden muss. Die Beantwortung dieser Frage hängt maßgeblich von der Anzahl der Arbeitnehmer im Unternehmen ab und wie diese Anzahl berechnet wird.

Eine wachsende Zahl an deutschen, oft auch mittelständischen Unternehmen expandiert zunehmend ins Ausland. Auch Familienunternehmen gehen immer häufiger diesen Weg. Mit Blick auf die Verpflichtung zur Bildung eines mitbestimmten Aufsichtsrates sehen sich diese, nach einer Entscheidung des Landgerichts (LG) Frankfurt a.M. (Beschluss vom 16. Februar 2015 – 3-16 O 1/14), mit unerwarteten Problemen konfrontiert. Entgegen der jahrzehntelangen Rechtsprechung und Praxis geht das LG Frankfurt von einer Zurechenbarkeit auch der Arbeitnehmer ausländischer Konzernunternehmen aus.

Eine wachsende Zahl an deutschen, oft auch mittelständischen Unternehmen expandiert zunehmend ins Ausland. Auch Familienunternehmen gehen immer

## Rechtliche Ausgangslage

Überschreiten Unternehmen bestimmte Schwellenwerte bei der Anzahl der beschäftigten Arbeitnehmer, hat dies grundsätzlich zur Folge, dass ein mitbestimmter Aufsichtsrat zu bilden ist. Dieser Aufsichtsrat ist dann entweder nach Maßgabe des Drittelbeteiligungsgesetzes (DrittelbG) zu einem Drittel (bei mehr als 500 Arbeitnehmern) oder nach Maßgabe des Mitbestimmungsgesetzes (MitbestG) sogar zur Hälfte (bei mehr als 2.000 Arbeitnehmern) mit Vertretern der Arbeitnehmer zu besetzen. Während es jedoch nach dem DrittelbG nur auf die unmittelbar von einem Unternehmen beschäftigten Arbeitnehmer ankommt, zählen nach dem MitbestG auch jene Arbeitnehmer mit, die bei Tochtergesellschaften beschäftigt werden. Bisher waren bei der Berechnung der maßgeblichen Schwellenwerte nach dem MitbestG jedoch ausschließlich die in Deutschland beschäftigten Arbeitnehmer eines Konzerns zu zählen. Mit dieser jahrzehntelangen Tradition bricht nun das LG Frankfurt, indem es urteilt, dass auch im Ausland beschäftigte Mitarbeiter einzubeziehen sind.

## Die Entscheidung „Deutsche Börse AG“

Das LG Frankfurt hat in einem gegen die Deutsche Börse AG geführten Statusverfahren entgegen der bislang herrschenden Auffassung entschieden, dass der nach den Vorschriften des DrittelbG aus 18 Mitgliedern bestehende Aufsichtsrat des Unternehmens (mit sechs Arbeitnehmervertretern) falsch zusammengesetzt ist. Aufgrund der Zurechnung der Arbeitnehmer ausländischer Konzerngesellschaften hat dieser nach den Bestimmungen des MitbestG aus je sechs Aufsichtsratsmitgliedern der Anteilseigner und der Arbeitnehmer zu bestehen. Die Deutsche Börse AG beschäftigte zum Zeitpunkt der Entscheidung ca. 1.600 Arbeitnehmer in Deutschland; weltweit allerdings mehr als 2.000. Das LG Frankfurt begründet seine Auffassung damit, dass sich aus den anzuwendenden Vorschriften des Mitbestimmungsrechts keine Beschränkung auf nur im Inland beschäftigte Arbeitnehmer ergibt. Vielmehr ist der allgemeine Konzernbegriff maßgeblich, der unstreitig auch ausländische Unternehmen umfasst. Darüber hinaus verstoße eine Ungleichbehandlung von außerhalb der Europäischen Union ansässigen Unternehmen gegen das europarechtliche Diskriminierungsverbot.

## Auswirkungen und Praxishinweise

Die Entscheidung des LG Frankfurt ist noch nicht rechtskräftig. Zudem wurde bereits Beschwerde zum Oberlandesgericht (OLG) Frankfurt eingelegt. Jedes Familienunternehmen mit Konzerngesellschaften im Ausland sollte aber bereits jetzt sorgsam prüfen, ob die genannten Schwellenwerte überschritten sind (oder bald überschritten werden). Soll der gegenwärtige mitbestimmungsrechtliche Status beibehalten werden, sind präventiv entsprechende Handlungs- und Gestaltungsoptionen zu entwickeln. Zu denken ist bspw. an eine Umwandlung in eine Europäische Aktiengesellschaft (SE) bzw. eine Kommanditgesellschaft auf Aktien (KGaA) oder auch an eine grenzüberschreitende Verschmelzung.

Im Übrigen bleibt zu hoffen, dass die nächsthöhere Instanz die bisherige Entscheidung des LG Frankfurt aufheben wird. Mit Blick auf eine jüngere Entscheidung des LG Berlin vom 1. Juni 2015 (102 O 65/14), die die bisherige traditionelle Linie bekräftigt, wonach es nur auf in Deutschland beschäftigte Arbeitnehmer ankommt, erscheint diese Hoffnung durchaus berechtigt. Darauf verlassen sollten Sie sich allerdings nicht.

## Fallbeispiel

Der Mandant, ein mittelständisches Familienunternehmen in der Rechtsform einer GmbH, mit stetig steigender Mitarbeiterzahl, stellte fest, dass er ca. 500 Mitarbeiter hat. Einen Aufsichtsrat hat das Unternehmen bisher nicht. Daher möchte es wissen, ob aufgrund der Mitarbeiterzahl ein mitbestimmter Aufsichtsrat unter Beteiligung von Arbeitnehmervertretern zu bilden ist. Dies soll nach Möglichkeit vermieden werden.

Bei der Lösung dieses Falls ist in einem ersten Schritt zu prüfen, ob überhaupt eine solche Verpflichtung zur Bildung eines Aufsichtsrats besteht. Dafür ist die genaue Zahl der Arbeitnehmer zu ermitteln. Falls das Ergebnis der Prüfung zu einer solchen Verpflichtung führt, sollen alternative Gestaltungsoptionen, wie eine Umwandlung der GmbH in eine andere Rechtsform, erwogen werden.

Die Frage, ob ein mitbestimmter Aufsichtsrat zu bilden ist, richtet sich in diesem Fall entweder nach dem Drittelbeteiligungsgesetz (DrittBetG) oder dem Mitbestimmungsgesetz (MitBestG). Das DrittBetG ist einschlägig, wenn die Zahl der Arbeitnehmer der Mandantschaft dauerhaft 500 übersteigt (§ 1 DrittBetG); das MitBestG, wenn die Zahl der Arbeitnehmer der GmbH über dem Schwellenwert von 2000 liegt (§ 1 MitBestG). Dabei ist auf den regelmäßigen Beschäftigungsstand abzustellen d.h. es ist die Personalentwicklung in einem Zeitraum von 1-2 Jahren zu betrachten. Bei einer Beschäftigtenzahl der Mandantschaft von ca. 500 ist diese Frage anhand des DrittBetG zu bewerten.

Des Weiteren trifft die Verpflichtung zur Bildung eines mitbestimmten Aufsichtsrats nur bestimmte Gesellschaftsformen (v.a. AG, GmbH, KGaA). Die Mandantschaft, eine GmbH, unterfällt dem Katalog der mitbestimmungspflichtigen Rechtsformen gemäß § 1 DrittBetG.

In einem nächsten Schritt ist sodann die Zahl der bei der GmbH angestellten Arbeitnehmer festzustellen. Hierbei sind alle Angestellte (Teilzeit, Vollzeit), geringfügig Beschäftigte als auch Auszubildende und ruhende Arbeitsverhältnisse (z.B. Elternzeit) „nach Köpfen“ zu zählen. Nicht zu zählen sind leitende Angestellte, Gesellschafter, freie Mitarbeiter und Arbeitnehmer in Altersteilzeit. Ob Leiharbeiter sowie Arbeitnehmer bei ausländischen

Konzerngesellschaften mitbestimmungsrechtlich zu zählen sind, ist gegenwärtig noch strittig. Nach überwiegender Meinung und Rechtsprechung ist dies nicht der Fall. Bei Praktikanten ist eine Einzelfallbetrachtung vorzunehmen.

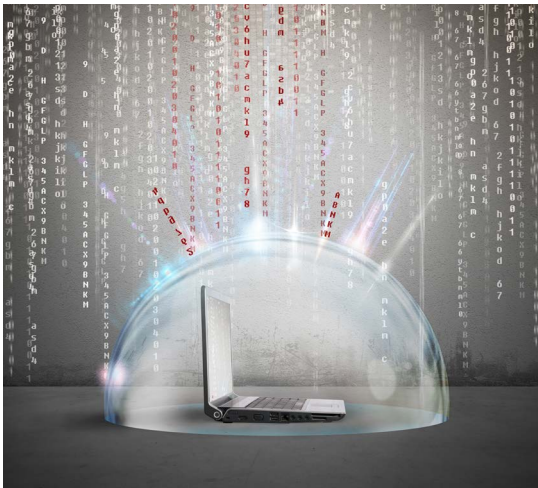
Unter Anwendung dieser Grundsätze ergibt sich bei der Mandantschaft eine Mitarbeiterzahl von regelmäßig knapp unter 500 Arbeitnehmern. Ein mitbestimmter Aufsichtsrat unter Beteiligung von Arbeitnehmervertretern ist daher gemäß § 1 DrittBetG nicht zu bilden. Da aber das Unternehmen kurz- und mittelfristig weiter wachsen wird, sind bereits jetzt alternative Gestaltungsoptionen zur Vermeidung der Mitbestimmung zu prüfen.

Dabei empfiehlt sich aus Sicht einer GmbH die Aufspaltung dergleichen in 2 Gesellschaften mit beschränkter Haftung. Eine Zusammenrechnung der Arbeitnehmer beider Gesellschaften findet im DrittelbG grundsätzlich nicht statt. Des Weiteren besteht die Möglichkeit einer Umwandlung der GmbH in eine GmbH & Co KG. Sie unterfällt nicht dem Katalog der mitbestimmungspflichtigen Gesellschaftsformen nach dem DrittBetG. Schließlich kommt eine Umwandlung in eine Societas Europaea (SE) in Betracht, da auch ausländische Tochtergesellschaften bestehen. Letztgenannte Gesellschaftsform bietet zudem den Vorteil einer dauerhaften „Mitbestimmungskonservierung“ d.h. das jetzige Mitbestimmungsniveau wird auch bei einem späteren Anwachsen der Beschäftigtenzahl auf Dauer „eingefroren“. Daneben bestehen noch weitere Möglichkeiten, die je nach Einzelfall zu diskutieren sind.

Die Mandantschaft hat sich letztendlich unter Abwägung einer Vielzahl rechtlicher, wirtschaftlicher und strategischer Überlegungen für eine Umwandlung in eine GmbH & Co KG entschieden.



# IT-Recht und Datenschutz im Arbeitsverhältnis



Informations- und Kommunikationstechnologie sind aus der modernen Geschäftswelt nicht mehr wegzudenken. Ihr Einsatz wirkt auch auf die wechselseitigen Rechte und Pflichten in Arbeitsverhältnissen ein. Dies wird sich im Rahmen der Digitalisierung von Geschäftsprozessen, der „Industrie 4.0“, noch verstärken. Doch auch die bisherigen Anforderungen sollten von Arbeitgebern bereits bewusst beachtet werden.

## Gesetzliche Vorgaben

Die rechtlichen Gebote, die vom Arbeitgeber zu beachten sind, stammen dabei aus einem Strauß unterschiedlicher Gesetze:

- › So schützt das aus dem Grundgesetz entwickelte „Allgemeine Persönlichkeitsrecht“ die Privatsphäre der Arbeitnehmer auch im Unternehmen und verbietet bspw. grundsätzlich die Videoüberwachung in Umkleieräumen oder die Überwachung von Arbeitnehmern.
- › Das Bundesdatenschutzgesetz beschränkt die Erhebung und Verarbeitung personenbezogener Daten.
- › Das Betriebsverfassungsgesetz räumt dem Betriebsrat Mitbestimmungsrechte bei der Nutzung technischer Systeme ein, die eine Überwachung der Leistung und des Verhaltens der Arbeitnehmer ermöglichen. Das kann damit bereits Auswertungsmöglichkeiten der im Unternehmen eingesetzten Computerprogramme betreffen.
- › Das Strafgesetzbuch schützt den persönlichen Lebens- und Geheimbereich, etwa vor unbefugtem Abhören und Aufzeichnen persönlicher Gespräche oder der Anfertigung bestimmter Bildaufnahmen, aber auch gegen das Ausspähen und Abfangen von Daten sowie die Datenveränderung.
- › Im Anwendungsbereich des Telekommunikationsgesetzes kann ein Arbeitgeber zur Wahrung des Fernmeldegeheimnisses gegenüber seinen Arbeitnehmern verpflichtet sein.
- › Das Kunsturhebergesetz schützt das Recht – insbesondere der Arbeitnehmer – am eigenen Bild und damit etwa vor der Verwendung von Fotografien der Arbeitnehmer durch den Arbeitgeber ohne Einwilligung der Abgebildeten.

## Unternehmensinteressen

Verstöße gegen diese rechtlichen Vorgaben können zu Unterlassungs- und Schadenersatzansprüchen der Betroffenen sowie zu Bußgeldern und Strafverfahren führen. Dies gilt es von vornherein zu vermeiden. Erkenntnisse des Arbeitgebers von Fehlverhalten der Arbeitnehmer müssen zudem rechtskonform erlangt werden, wenn sich der Arbeitgeber hierauf später berufen will. Das betrifft v.a. Erkenntnisse aus Überwachungen oder „Durchsuchungen“ von Computern des Arbeitnehmers, die zum Anlass für arbeitsrechtliche Maßnahmen, insbesondere Kündigungen, genommen werden. Hat der Arbeitgeber diese Informationen und Nachweise unzulässig erlangt, können sie ggf. im Gerichtsverfahren nicht verwendet werden mit der Folge, dass der Arbeitgeber seine Behauptungen nicht beweisen kann und den Arbeitsrechtsstreit verliert. Daher ist bereits bei der Sammlung der Nachweise für ein Fehlverhalten, die Verwendbarkeit in einem späteren Rechtsstreit sicherzustellen.

Schließlich dienen einheitliche Regelungen zur Nutzung der „Informationstechnologie und Telekommunikation“ (ITK) im Unternehmen der IT-Sicherheit sowie (etwa im Hinblick auf Regelungen zur Einsicht in E-Mail-Postfächer bei Verhinderung einzelner Arbeitnehmer) der Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebs und Fehlervermeidung.

### Maßnahmen der Arbeitgeber

Sinnvoll sind daher Regelungen bzw. Vereinbarungen zur Verwendung der unternehmenseigenen ITK-Struktur, etwa zur E-Mail-Nutzung, zur Verwendung privater Hard- und ggf. Software in der unternehmenseigenen IT-Landschaft („bring your own device“) sowie u.U. Social-Media-Richtlinien (zum Reputationsmanagement des Unternehmens, zu Nutzungsrechten an den Accounts und Inhalten sowie zur Arbeitszeit).

Der Ausspruch von Abmahnungen und Kündigungen im Zusammenhang mit der ITK-Nutzung kann sich insbesondere aus der Internet- und E-Mail-Privatnutzung während der Arbeitszeit ergeben, aus (vermeintlich) privaten Äußerungen von Arbeitnehmern auf Onlineportalen sowie der unbefugten Einsichtnahme der Arbeitnehmer in digitale Daten des Arbeitgebers.

Schließlich sollten Arbeitgeber bei Aufzeichnungen des Verhaltens von Mitarbeitern, etwa durch Videoaufnahmen oder Überwachung des Telefonverhaltens, zuvor deren Zulässigkeit prüfen. Auch das Tracking von Mitarbeitern innerhalb und außerhalb des Unternehmens, die Herausgabe von Mitarbeiterdaten an Dritte (auch Behörden) sowie die Einsicht in den E-Mail-Account von Mitarbeitern sollte erst nach einer Prüfung (und ggf. Dokumentation) der Zulässigkeit dieser Handlungen erfolgen.

## Fallbeispiel

Ein personell stark wachsender Arbeitgeber mit verschiedenen Standorten wollte seine bisherige Zeiterfassung „modernisieren“. Anlass war die Einführung des Mindestlohngesetzes, wonach für geringfügig Beschäftigte verpflichtend innerhalb von 7 Tagen die geleistete Arbeitszeit zu dokumentieren ist. Da somit ohnehin Änderungsbedarf bestand, suchte der Arbeitgeber nach einer neuen elektronischen Lösung.

Das Unternehmen fand einen Anbieter, der über das Internet eine kostenfreie Softwarelösung anbietet. Arbeitnehmer können damit in einem Webbrowser ihre Arbeitszeiten, Urlaubs- und Krankheitszeiten eintragen. Urlaubsanträge werden ebenfalls über einen Webbrowser durch den Vorgesetzten genehmigt. Alle Daten werden auf dem Server des Anbieters gespeichert. Die Daten werden nicht weitergegeben, die Finanzierung des Anbieters erfolgt durch Quersubventionierung durch seine anderen Produkte. Dem Arbeitgeber stellte sich die Frage, ob und wie er die Nutzung eines solchen Dienstes in seinem Unternehmen einführen kann.

Verschiedene Gesetze verpflichten den Arbeitgeber zur Zeiterfassung, allen voran das Arbeitszeitgesetz. Dennoch ist es zulässig, wenn der Arbeitgeber die grundsätzlich ihn selbst treffende Verpflichtung auf den Arbeitnehmer überträgt. Eine ausdrückliche vertragliche Regelung ist dafür nicht erforderlich, der Arbeitgeber kann die Art und Weise der Zeiterfassung grundsätzlich im Rahmen seines Direktionsrechtes anweisen. Um flexibel zu bleiben, ist das auch vorzugswürdig.

Besteht ein Betriebsrat, hat dieser jedoch ein Mitbestimmungsrecht. Das kann sich für die Zeiterfassung aus der Mitbestimmung bei der Festlegung der Arbeitszeiten ergeben. Zudem soll hier mit einer Softwarelösung eine technische Einrichtung eingeführt werden, die eine Überwachung des Verhaltens oder der Leistung der Arbeitnehmer jedenfalls ermöglicht, wenn nicht gar bezweckt. Für eine verbindliche Regelung im Betrieb wäre dann der Abschluss einer Betriebsvereinbarung sinnvoll. Da jedoch bei dem Arbeitgeber kein Betriebsrat bestand, entfielen diese Beteiligungsrechte.

Arbeits-, Urlaubs- und Krankheitszeiten stellen zusammen mit den Namen der Arbeitnehmer und dem Merkmal, dass sie bei dem jeweiligen Arbeitgeber beschäftigt sind, personenbezogene Daten i.S.d. Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG) dar. Deren Verarbeitung ist nur zulässig, wenn der betroffene Arbeitnehmer einwilligt oder eine Rechtsvorschrift es erlaubt. Da erteilte Einwilligungen jederzeit widerruflich sind und zudem vom Willen jedes einzelnen Arbeitnehmers abhinge, sollte sich ein Arbeitgeber für ein einheitliches System nicht darauf stützen müssen. Dem Arbeitgeber selbst ist die Erhebung und Verarbeitung der Anwesenheits-, Urlaubs- und Krankenzeiten zur Durchführung des Beschäftigungsverhältnisses erlaubt. Diese Verarbeitung kann er an einen externen Dienstleister übertragen, der sodann die Datenerhebung und -verarbeitung im Auftrag des Arbeitgebers erbringt, wodurch der Arbeitgeber weiterhin für die Daten verantwortlich bleibt. Voraussetzung dafür ist eine Datenverarbeitung im Geltungsbereich des Europäischen Wirtschaftsraums sowie der Abschluss eines gesonderten Vertrages über die Auftragsdatenverarbeitung (ADV). Diese Vereinbarung muss u.a. Zweck und Umfang der Verarbeitung sowie die zum Schutz der Daten getroffenen Maßnahmen regeln. Fehlt eine solche Vereinbarung oder bleibt sie hinter den Vorgaben des BDSG zurück, ist die Delegation der Verarbeitung unzulässig, zudem drohen Bußgelder.

Der Anbieter der Softwarelösung hatte seinen Sitz und Server in Deutschland. Zudem hielt er bereits einen Vertrag zur ADV bereit, der jedoch in der ursprünglichen Version den Vorgaben des BDSG nicht genügte. Auf Hinweis passte der Anbieter seinen Vertragsentwurf an die Vorgaben des BDSG an. Danach konnte der Arbeitgeber den Vertrag mit dem Anbieter abschließen, seine Zeiterfassung auslagern, und seine Arbeitnehmer wirksam zu deren Verwendung anhalten.

# Schnittstellen zwischen Arbeitsrecht und Sozialrecht



Wer im Personalbereich tätig ist, wird neben den Regelungen des Arbeitsrechts vielfach auch mit den Besonderheiten des Sozialversicherungsrechts konfrontiert. Die beiden Rechtsgebiete stehen in einem unmittelbaren Zusammenhang, Schnittstellen zwischen dem Arbeitsrecht und dem Sozialrecht existieren zu jedem Zeitpunkt des Beschäftigungsverhältnisses.

## Anbahnung von Arbeitsverhältnissen sowie Gestaltung von Arbeitsverträgen

So spielen sozialrechtliche Themen schon bei der Anbahnung von Arbeitsverhältnissen eine erhebliche Rolle – etwa die besondere Berücksichtigung von behinderten Menschen bei der Ausschreibung von freien Arbeitsplätzen. Bei der Formulierung der Stellenanzeige sind die Vorgaben des „Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes“ (AGG) ebenso zu beachten wie bei der Gestaltung eines für die Einstellung verwendeten Personalfragebogens. Hier stellt sich die Problematik, was der Arbeitgeber zulässigerweise erfragen darf. Insbesondere die Frage nach einer bestehenden Schwerbehinderung ist aufgrund des Benachteiligungsverbots problematisch. Während Arbeitnehmer in einem bestehenden Arbeitsverhältnis insbesondere im Rahmen der Vorbereitung einer Sozialauswahl durchaus verpflichtet sind, gezielte Fragen des Arbeitgebers nach einer bestehenden Schwerbehinderung oder Gleichstellung wahrheitsgemäß zu beantworten, wird dies vor Abschluss eines Arbeitsvertrages nur dann verlangt, wenn erkennbar Beeinträchtigungen für den vorgesehenen Arbeitsplatz entstehen können.

## Abgrenzung abhängige Beschäftigung und selbstständige Tätigkeit

Besonderes Augenmerk ist zudem bei der Gestaltung des Arbeitsverhältnisses auf die sozialversicherungsrechtliche Stellung des Beschäftigten zu legen. Diese steht nicht zur Disposition der Vertragsparteien. Für die Abgrenzung zwischen einer sozialversicherungspflichtigen abhängigen Beschäftigung und einer selbstständigen Tätigkeit wird nicht allein auf den zugrunde liegenden Arbeitsvertrag und die hierin getroffene Bezeichnung der Tätigkeit abgestellt, sondern maßgeblich auch die tatsächlichen Verhältnisse herangezogen.

Eine Beschäftigung im Sinne des § 7 SGB IV setzt voraus, dass der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber persönlich abhängig ist, in den fremden Betrieb des Arbeitgebers eingegliedert wird und hinsichtlich Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung der Tätigkeit dem Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt. Eine selbstständige Tätigkeit ist demgegenüber geprägt von eigenem Unternehmerrisiko, einer eigenen Betriebsstätte sowie der freien Verfügungsmöglichkeit in Hinblick auf die eigene Arbeitskraft und die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit. Ob eine freie Mitarbeit oder doch eine sozialversicherungspflichtige Anstellung vorliegt, entscheidet sich nicht alleine nach der Ausgestaltung des zugrunde liegenden Vertrages, sondern maßgeblich auch nach der tatsächlichen Handhabung.

Grenzfälle sind viele denkbar, bspw. bei mitarbeitenden Familienangehörigen, Allein- oder Mehrheitsgesellschaftern einer GmbH oder Gesellschaftsgeschäftsführern. Auch wenn die eigentliche Tätigkeit für das Unternehmen sozialversicherungspflichtig gemeldet und ausgestaltet ist, muss hier überprüft werden, ob

die Mitarbeiter etwa aufgrund einer größeren Kapitalbeteiligung am Unternehmen oder einer bestehenden Sperrminorität im Gesellschaftsvertrag beherrschenden Einfluss auf die Geschicke des Unternehmens nehmen können, sodass eine Arbeitnehmerstellung deswegen ausscheidet. Ein derart beherrschender Einfluss kommt auch aufgrund familiärer Bindungen oder einer überragenden Sachkenntnis des Mitarbeiters in Betracht.

## Statusfeststellungsverfahren

Bei Statusfeststellungsverfahren bestehen immense Risiken, da bei einer abweichenden Einschätzung der Sozialversicherungsträger gegebenenfalls erhebliche Beitragsnachforderungen drohen. Hier empfiehlt sich die Beantragung eines Statusfeststellungsverfahrens nach § 7a SGB IV. Dieses bietet dem Arbeitgeber die Möglichkeit, auf Antrag eine Entscheidung der Sozialversicherungsträger einzuholen, ob eine abhängige Beschäftigung im Sinne des § 7 SGB IV vorliegt. So kann schon im Vorfeld einer Tätigkeitsaufnahme die sozialversicherungsrechtliche Einstufung erfragt und das Risiko von erheblichen Nachforderungen vermieden werden.

## Beratung von Arbeitgebern und Arbeitnehmern während des Arbeitsverhältnisses

Beratungsbedarf mit sozialversicherungsrechtlichem Bezug liegt während eines bestehenden Arbeitsverhältnisses bspw. dann vor, wenn durch längerfristige Erkrankung von Mitarbeitern ein betriebliches Eingliederungsmanagement (BEM) erforderlich wird. Trotz Eingliederung der gesetzlichen Regelung des BEM in § 84 Abs. 2 SGB IX gilt dieses nicht nur für behinderte Menschen, sondern für alle Mitarbeiter. Der Arbeitgeber ist hier verpflichtet, Initiative zu zeigen und den Arbeitnehmer über die bestehenden Möglichkeiten, das Verfahren und mögliche Folgen aufzuklären. Eine fehlende Durchführung des BEM kann insbesondere im Rahmen einer anstehenden krankheitsbedingten Kündigung Folgen zeigen.

Bei einer auftretenden Schwerbehinderung während eines bestehenden Arbeitsverhältnisses kann es erforderlich werden, dem betroffenen Mitarbeiter einen leidensgerechten Arbeitsplatz zur Verfügung zu stellen. Welche organisatorischen Maßnahmen hier ergriffen werden müssen und wieweit die Verpflichtungen des Arbeitgebers gehen, durch Umstrukturierungsmaßnahmen auch einen neuen Arbeitsplatz zu schaffen oder andere Mitarbeiter zu versetzen, ist jeweils eine Frage des Einzelfalls und bedarf genauer Abwägung.

Auch wenn aufgrund einer Langzeiterkrankung des Mitarbeiters der Berechtigungszeitraum für das Krankengeld ausläuft und ein Übergang zum Arbeitslosengeld stattfindet, treffen den Arbeitgeber Beratungspflichten. Sonderfälle sind zudem denkbar, wenn sozialversicherungsrechtliche Themen bei steuerstrafrechtlichen Selbstanzeigen abgewickelt werden müssen.

In problematischen Fällen empfiehlt sich auf jeden Fall eine rechtliche Begleitung von sozialrechtlichen Betriebsprüfungen.

## Beendigung des Arbeitsverhältnisses

Auch bei der Beendigung von Arbeitsverhältnissen spielt das Sozialversicherungsrecht eine erhebliche Rolle. Nicht nur im Rahmen von Kündigungen sind Sonderrechte etwa von Schwerbehinderten zu beachten, sondern auch bei der Gestaltung von Aufhebungsverträgen hat der Arbeitnehmer ein erhebliches Interesse daran,

mögliche Sperrzeiten oder Ruhenszeiten beim Arbeitslosengeld zu vermeiden. Auch an den Übergang von Forderungen auf die Bundesagentur für Arbeit muss gedacht werden.

Kommt der Arbeitnehmer ins Rentenalter oder bezieht eine komplette bzw. teilweise Rente wegen Erwerbsunfähigkeit, so stellen sich mögliche Fragen über eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses oder gegebenenfalls Gestaltungsmöglichkeiten im Arbeitsvertrag.

### Internationale Sachverhalte

Haben Sachverhalte internationale Bezüge, ist zunächst zu prüfen, ob zwischen den betroffenen Ländern Sozialversicherungsabkommen (bilateral/EU-Verordnungen etc.) bestehen und welche nationalen Sozialvorschriften Anwendung finden. Anschließend sind die sich daraus ergebenden Rechtsfolgen für den Leistungsbereich zu ermitteln, die notwendigen Bescheinigungen zu beantragen und die Lohnabrechnungssysteme des Arbeitgebers hierauf abzustimmen. Zudem stellt sich etwa im Leistungsbereich die Frage, ob der Arbeitnehmer im Rahmen der geplanten Auslandseinsätze Kindergeld nach dem Bundeskindergeldgesetz (BKGG), Elterngeld und sonstige Familienleistungen bezieht. Die Behandlung von Grenzgängern wirft sozialversicherungsrechtliche Fragen auf, ebenso spielen die Anforderungen nach dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz (AentG) (insbesondere Sozialkassen der Bauwirtschaft) hier eine Rolle und sollten im Auge behalten werden.

Ergeben sich aufgrund der Beschäftigung im Ausland Versorgungslücken, können diese gegebenenfalls über freiwillige gesetzliche Versicherungsformen geschlossen werden. Zudem müssen sozialversicherungsrechtliche Besonderheiten bei Abfindungsleistungen beachtet und Leistungen nach ausländischen Sozialversicherungssystemen berücksichtigt werden. Kehrt der Mitarbeiter nach der Beendigung von ausländischen Arbeitsverhältnissen wieder ins Inland zurück, muss die Wiederaufnahme im deutschen Sozialversicherungssystem sichergestellt werden.

### Richtige Antragstellung und Strategie

All diese Punkte im Auge zu behalten und strategisch richtige Entscheidungen zu treffen, erweist sich teilweise als sehr komplexe Angelegenheit. Die Arbeitgeber sollten sich daher nicht scheuen, bereits im Vorfeld der geplanten personellen Veränderung einen Experten zu Rate zu ziehen. So lassen sich typische Fehlerquellen und Haftungsrisiken häufig vermeiden. Oft gibt es, wie am Beispiel des Statusfeststellungsverfahrens oben aufgezeigt, Wege und Möglichkeiten, sich im Vorfeld abzusichern oder bei Versäumnissen Lösungen im Rahmen des sozialversicherungsrechtlichen Verfahrens zu finden.

## Fallbeispiel

Aufgrund einer fortschreitenden Modernisierung entfiel beim Arbeitgeber ein Arbeitsplatz an dem ein langjähriger Mitarbeiter beschäftigt war. Um eine Kündigung zu vermeiden, entschloss sich der Arbeitgeber, den Arbeitnehmer an einer anderen Betriebsstätte, etwa 1 Stunde Fahrzeit entfernt, einzusetzen und sprach eine Versetzung aus. Die hierbei im Raum stehende arbeitsrechtliche Frage, ob eine Versetzung an die räumlich entfernte andere Betriebsstätte aufgrund der arbeitsvertraglichen Tätigkeitsbeschreibung noch vom Direktionsrecht gedeckt war, konnte bejaht werden.

Der Arbeitnehmer meldete sich nach Ausspruch der Versetzung zunächst arbeitsunfähig krank. Nach einem erheblichen Zeitraum machte er unter Einschaltung eines Rechtsanwalts Weiterbeschäftigungsanspruch auf dem bisherigen Arbeitsplatz geltend. Hierbei berief er sich unter anderem auf das Vorliegen einer Schwerbehinderung. Dem Arbeitgeber war davon bislang nichts bekannt, die auf Nachfrage vorgelegten Bescheide über das Vorliegen einer Behinderung sowie einer Gleichstellung mit einem schwerbehinderten Menschen waren bereits 10 Jahre alt. Durch die nachträglich bekannt gewordene Stellung des betroffenen Arbeitnehmers als gleich-gestellter behinderter Mensch traten jetzt weitere sozialversicherungsrechtliche Anforderungen hinzu.

Gemäß unserer Empfehlung hörte der Arbeitgeber aufgrund der geänderten Sachlage erneut den Betriebsrat gemäß § 99 Abs. 1 BetrVG zu der geplanten Versetzung an und holte die Beteiligung der bei ihm vorhandenen Schwerbehindertenvertretung gemäß § 95 Abs. 2 S.2 des Neunten Sozialgesetzbuches (SGB IX) nach. Beide Organe stimmten der Versetzung zu, zumal es sich bei dem neuen Arbeitsplatz um einen leidensgerechten Arbeitsplatz handelte.

Durch Arbeitnehmerklage kam es daraufhin zum Rechtsstreit, eine gütliche Einigung erschien zunächst nicht möglich. Der Kläger legte eine ärztliche Bescheinigung vor, wonach ihm eine tägliche längere Fahrzeit an die andere Betriebsstätte des Arbeitgebers nicht zumutbar sei. Auch reichte er im Rahmen des gerichtlichen Verfahrens einen Bescheid mit der Feststellung einer mittlerweile vorliegenden Schwerbehinderung nach. Aus Arbeitgebersicht stellte die Versetzung jedoch das mildeste Mittel gegenüber einer sonst auszusprechenden betriebsbedingten Kündigung dar. Der bisherige Arbeitsplatz des Arbeitnehmers war weggefallen, ein vergleichbarer Arbeitsplatz war bereits durch einen ebenfalls anerkannt schwerbehinderten und zudem älteren Mitarbeiter besetzt. Ein weiterer Arbeitsplatz, der den Kenntnissen und Fähigkeiten des Mitarbeiters entsprach, existierte nicht.

Prüfungsschwerpunkt bei der Beratung und Prozessvertretung war die Frage nach den Grenzen der arbeitgeberseitigen Fürsorgepflicht gegenüber einem Schwerbehinderten. Gemäß § 81 Abs. 4 S. 1 Nr.1 SGB IX hat der schwerbehinderte Arbeitnehmer Anspruch auf Zuweisung einer behinderungsgerechten Tätigkeit, soweit dies dem Arbeitgeber zumutbar ist. Problematisch erwies sich in diesem Zusammenhang die sehr weitgefaste Formulierung des Tätigkeitsbereichs im Arbeitsvertrag. Im Rahmen der Prüfung, inwieweit es dem Arbeitgeber nach Wegfall des bisherigen Arbeitsplatzes zumutbar war, den schwerbehinderten Mitarbeiter an dem bisherigen Beschäftigungsort weiter zu beschäftigen, war diese weitreichende Einsatzmöglichkeit zu berücksichtigen.

Auf unseren Antrag hin wurde der Rechtsstreit zur Führung von außergerichtlichen Vergleichsgesprächen unterbrochen. Wir nutzten die gemeinsamen Gespräche, um nicht nur mit der Gegenseite über eine einvernehmliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu diskutieren, sondern regten zudem alternative Beschäftigungsmöglichkeiten an. Dank dieses Denkanstoßes konnte letztendlich eine Einigung erzielt werden, indem dem schwerbehinderten Mitarbeiter eine Weiterbeschäftigung mit einfacheren Verwaltungstätigkeiten in einer anderen Abteilung des Betriebs, aber an derselben Betriebsstätte angeboten wurde. Dieser leidensgerechte Arbeitsplatz konnte dank einer organisatorischen Umstrukturierung und Neuverteilung von Aufgaben neu geschaffen werden.

Der Rechtsstreit konnte so im beiderseitigen Einvernehmen gütlich beendet werden.

# Tarifeinheitengesetz – Chancen und Risiken für Unternehmen



Am 22. Mai 2015 hat der Bundestag den Gesetzesentwurf der Bundesregierung zur Tarifeinheit angenommen. Das von Beginn an kontrovers diskutierte Gesetz soll die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie durch die Auflösung von Tarifkollisionen schützen. Künftig soll daher bei sich überschneidenden, mithin konkurrierenden Tarifverträgen im Betrieb derjenige Vorrang haben, an den die meisten Gewerkschaftsmitglieder gebunden sind.

## Der „Betrieb“ als Bezugspunkt

Die Kernregelung des Tarifeinheitgesetzes findet sich in § 4a Abs. 2 S. 2 TVG, der für den Fall kollidierender Tarifverträge festlegt, dass im Betrieb nur die Rechtsnormen des Tarifvertrags der Mehrheitsgewerkschaft anwendbar sind.

Die Bezugnahme auf den „Betrieb“ als organisatorische Einheit ist in vielerlei Hinsicht problematisch. Insbesondere geht diese Regelung an der wirtschaftlichen Realität vorbei, da i.d.R. nicht der Betrieb, sondern das Unternehmen oder sogar der Konzern die entscheidende wirtschaftliche Größe ist. In zahlreichen Unternehmen oder Konzernen, in deren Betrieben es unterschiedliche Mehrheiten der Gewerkschaftsmitglieder gibt, wird dadurch eine unternehmenseinheitliche Tarif- und Personalpolitik deutlich erschwert. Anders als vom Tarifeinheitengesetz angestrebt, wird es gerade nicht zu einer einheitlichen Tarifanwendung im Unternehmen oder Konzern kommen.

Für Arbeitgeber bietet die Regelung des § 4a Abs. 2 S. 2 TVG jedoch auch Chancen. Ist es doch nunmehr möglich, über kluge organisatorische Entscheidungen Einfluss auf die betrieblichen Strukturen zu nehmen. Veränderte betriebliche Strukturen können dann wiederum Einfluss auf die gewerkschaftlichen Mehrheitsverhältnisse im jeweiligen Betrieb haben.

Ebenso erlaubt es § 4a Abs. 2 S. 4 TVG, Arbeitgeber und Gewerkschaft mittels Tarifvertrag auf die Betriebsstruktur Einfluss zu nehmen. Mittelbar kann auf diese Weise auch die Betriebsratsstruktur beeinflusst werden. Für viele Arbeitgeber stellt dies eine interessante tarifvertragliche Gestaltungsoption dar.

## Feststellung der Mehrheitsverhältnisse im Betrieb durch den Notar

Weitere Praxisprobleme wirft der diffuse Begriff „in einem Arbeitsverhältnis stehende Mitglieder“ in § 4a Abs. 2 S. 2 TVG auf. Als besonders kritikwürdig ist herauszustellen, dass das Gesetz – anders als z.B. die Rechtsprechung bei einer Mitgliedschaft ohne Tarifbindung (OT-Mitgliedschaft) in Arbeitgeberverbänden – in keiner Weise nach der Qualität der Gewerkschafts-Mitgliedschaft differenziert: Ehrenmitglieder, „Karteileichen“, außertariflich Beschäftigte. Auch diese gelten als Vollmitglieder i.S.d. Tarifeinheitgesetzes.

Was bedeutet dies in Konsequenz für die Arbeitgeber? Es ist in Zukunft verstärkt mit Forderungen nach Gewerkschafter-Boni bei Tarifverhandlungen zu rechnen. Ein „Kampfinstrument“, das die Gewerkschaften in jüngster Zeit wiederentdeckt haben, um im verschärften Wettbewerb um Mitglieder punkten zu können.



Ein weiteres Folgeproblem des § 4a Abs. 2 S. 2 TVG ergibt sich mit Blick auf die Feststellung der gewerkschaftlichen Mehrheitsverhältnisse in einem Betrieb. Hier greift man auf die sog. „Notariatslösung“ zurück, d.h. der Notar erstellt eine notarielle Bescheinigung über die Zahl der in einem Betrieb vorhandenen Mitglieder einer Gewerkschaft, die in einem Arbeitsverhältnis zum Betrieb stehen.

In der Praxis bedeutet dies, dass die Notare künftig nicht nur den relevanten Betrieb bestimmen, mithin eine der komplexesten Fragestellungen des Arbeitsrechts überhaupt, sondern auch das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses beurteilen müssen. Notare werden sich daher in Zukunft verstärkt mit den Feinheiten der Scheinselbstständigkeit, Praktikantenverhältnisse und Leiharbeit auseinandersetzen müssen. Ein System zur Feststellung der Mehrheitsverhältnisse also, das insgesamt als wenig durchdacht und zudem als manipulationsgefährdet anzusehen ist.

## Gefährdung des Streikrechts der Minderheitengewerkschaften

Insbesondere die verfassungsrechtlich verbürgten Rechte der Minderheitengewerkschaften (Art. 9 Abs. 3 GG) scheinen durch das Tarifeinheitsgesetz gefährdet. Für Berufs- und Sparten-Gewerkschaften, wie die Lokführergewerkschaft GDL oder die Ärztegewerkschaft Marburger Bund, bedeutet das Tarifeinheitsgesetz Folgendes: Mag die von dieser Minderheitengewerkschaft vertretene Berufsgruppe, z.B. Ärzte oder Lokführer, auch einen extrem hohen Organisationsgrad aufweisen, nützt dies der Minderheitengewerkschaft jedoch nichts, wenn es im Betrieb dennoch eine weitere Gewerkschaft mit einer höheren Anzahl an Mitgliedern gibt. Die Frage nach der Mehr- oder Minderheitengewerkschaft im Betrieb wird zur Existenzfrage. Dies wird – die Streikaufrufe der GDL in den vergangenen Monaten als unheilvoller Vorbote – in Zukunft zu vermehrten Rivalitäten der Gewerkschaften um Tarifzuständigkeiten führen.

## Mögliche Auswirkungen auf den Arbeitskampf

Kaum eine arbeitsrechtliche Frage wurde jüngst von einer so breiten Öffentlichkeit diskutiert, wie die Frage der Auswirkungen des Tarifeinheitsgesetzes auf „Dauerarbeitskämpfe“ (wie zuletzt in zahlreichen Bereichen der Daseinsvorsorge praktiziert).

Das Tarifeinheitsgesetz regelt selbst mögliche Auswirkungen auf den Arbeitskampf expressis verbis gar nicht. Mittelbar ergeben sich jedoch durch das Gesetz Auswirkungen: Ein Arbeitskampf ist nur dann verhältnismäßig, wenn der geforderte Tarifvertrag praktische Auswirkungen sowie einen Anwendungsbereich hat. Oder mit anderen Worten: Ein Arbeitskampf einer Minderheitengewerkschaft um einen Tarifvertrag, der aufgrund § 4a Abs. 2 S. 2 TVG nicht zur Anwendung kommen wird, wäre „sinnlos“ und daher unverhältnismäßig.

Dies wird dazu führen, dass Mehrheitsgewerkschaften mit besonders ambitionierten Tarifverhandlungen und spektakulären Arbeitskämpfen um weitere Mitglieder werben werden, um so ihre Vormachtstellung zu behalten. Für Arbeitgeber bietet sich aber nunmehr die Chance, bei Streiks vor den Arbeitsgerichten eine Untersagung des Streiks wegen Unverhältnismäßigkeit anzustrengen, da die streikaufrufende Gewerkschaft in der Minderheit sei und daher das angestrebte Streikziel sowieso nicht zur Anwendung komme. Die Gewerkschaft müsste dann im gerichtlichen Verfahren ihren Mitgliederbestand offenlegen, um ihre vermeintliche Mehrheit darzulegen.

## Ausblick

In Karlsruhe sind bereits 5 Verfassungsbeschwerden kleinerer Gewerkschaften gegen das Tarifeinheitsgesetz eingegangen, darunter die GDL und der Marburger Bund, die sich in ihrem Streikrecht eingeschränkt sehen. Zeitgleich erhoben einige Beschwerdeführer Antrag auf einstweilige Anordnung, um eine Anwendung des Gesetzes bis zu einer Entscheidung in den Verfahren zu unterbinden.

Im Übrigen sind die Auswirkungen auf die Praxis noch schwer abschätzbar. Viel spricht dafür, dass der Kampf um neue Gewerkschaftsmitglieder durch überhöhte Forderungen und überzogene Arbeitskämpfe zunehmen wird.

## Fallbeispiel

Im Rahmen einer gesellschaftsrechtlichen Umgestaltung und Betriebsänderung wurde ein bisher einheitlich geführtes Unternehmen in 4 Gesellschaften aufgeteilt und in jeder Gesellschaft einer der bisher im ursprünglichen Unternehmen bestehenden Bereiche als einzelner Unternehmensbereich fortgeführt. Um im Rahmen einer sich anschließenden Sanierung flexibler zu sein, sind die einzelnen Gesellschaften dann aus dem Arbeitgeberverband Groß- und Außenhandel ausgetreten bzw. sind von vornherein keinerlei Mitgliedschaften in Arbeitgeberverbänden eingegangen. Damit hat sich die Unternehmensgruppe die Möglichkeit geschaffen, Vergütungssysteme unabhängig von tariflichen Regelungen zu gestalten. Als nach Jahren der Sanierung endlich in den einzelnen Gesellschaften bzw. der Unternehmensgruppe wieder positive Ergebnisse erzielt wurden, hat sich die Gewerkschaft eingeschaltet und den Abschluss von Anerkennungstarifverträgen bei den einzelnen Gesellschaften gefordert. Es wurde die Einrichtung einer Tarifkommission vorgeschlagen und letztlich auch mit Streikmaßnahmen zur Erzwingung eines Tarifvertrages gedroht.

Zunächst hat Rödl & Partner die aktuelle tarifrechtliche Situation auch unter Auswertung der individualvertraglichen Regelungen geprüft. Dabei wurden sehr unterschiedliche tarifliche Auswirkungen im Hinblick auf den Austritt aus dem Arbeitgeberverband festgestellt. Durch die Aufspaltung des ursprünglich einheitlichen Unternehmens in mehrere Gesellschaften waren Teilbetriebsübergänge erfolgt und zumindest für Arbeitnehmer, die einzelvertragliche Bezugnahmen auf die Tarifverträge hatten, galten die Tarifverträge statisch fort.

Nachdem unser Mandant ursprünglich bereit war, über einen Haustarifvertrag zu verhandeln, wurden darüber hinaus mehrere Wochen Gespräche mit der Tarifkommission geführt, die letztlich dann dadurch scheiterten, dass seitens der Gewerkschaft keine Bereitschaft bestand, von ihrer Forderung eines reinen Anerkennungstarifvertrags abzuweichen. Durch geschicktes Taktieren, war es aber in der Zwischenzeit gelungen, durch Dienstleistungsverträge, die im Notfall greifen sollten, auf etwaige Streikausfälle vorbereitet zu sein. Tatsächlich wurde an einem Tag gestreikt, allerdings konnte dies durch die Dienstleistungsverträge wirtschaftlich vertretbar abgedeckt werden.

Nachdem die Belegschaft einsehen musste, dass sie durch Streikmaßnahmen nicht viel erreichen kann und auch in der Tarifkommission langsam das Vertrauen in die Gewerkschaft verloren ging, sind die Tarifverhandlungen, die sowieso von Arbeitgeberseite für gescheitert erklärt worden waren, im Sande verlaufen. Teilweise sind sogar Mitglieder aus der Tarifkommission ausgetreten. Letztendlich ist uns gelungen, die Arbeitnehmer

auf die Arbeitgeberseite zu ziehen, indem zuletzt Prämienregelungen mit dem Betriebsrat vereinbart wurden. Damit wurden die Arbeitnehmer an den besseren Zahlen der Unternehmen beteiligt.

Die Unternehmensgruppe hat in dieser Situation erfahren müssen, dass allein durch den Austritt aus dem Arbeitgeberverband das Risiko einer Tarifbindung nicht ausgeschlossen ist. Gerade tarifungebundene Arbeitgeber werden immer wieder von Streiks überzogen. In einem solchen Fall ist es wichtig, sich möglichst gut auf die Streiks vorzubereiten, um die wirtschaftlichen Ausfälle möglichst gering zu halten. Außerdem ist es im Rahmen der Verhandlungen mit der Tarifkommission wichtig, zu gegebener Zeit eine klare Grenze zu ziehen. Für den Mandanten war es gut zu wissen, inwieweit er trotz Arbeitgeberverbandsaustritt in Einzelfällen tariflich noch gebunden ist. In diesem Zusammenhang wurden auch Themen wie Nachwirkung und Nachbindung diskutiert. In dem Fall hat sich gezeigt, dass Arbeitnehmer davon überzeugt werden können, mit dem Arbeitgeber selbst bessere Lösungen zu erreichen als über die Gewerkschaft.

# Vertrauensvolle Zusammenarbeit mit dem Betriebsrat



Für viele Arbeitgeber stellt die Zusammenarbeit mit dem Betriebsrat eher eine Herausforderung als eine Chance zur Zusammenarbeit und damit zur gemeinsamen Bewältigung der an Arbeitnehmer und Unternehmer gestellten Anforderungen dar. Oft fühlen sich Arbeitgeber zu sehr in ihrer unternehmerischen Freiheit eingeschränkt und Betriebsräte umgekehrt zu Unrecht übergangen. Der Gesetzgeber sah diesen Konflikt voraus und nahm daher das Gebot der vertrauensvollen Zusammenarbeit in die Betriebsverfassung auf, das insbesondere in strittigen Fragen von beiden Seiten den ernstesten Willen zur Einigung und Kompromissfähigkeit verlangt.

Neben dieser generellen Norm formuliert das Betriebsverfassungsgesetz aber auch konkrete Beteiligungsrechte und -pflichten als Rahmen des Miteinanders von Arbeitgeber und Betriebsrat.

## Umfang und Grenzen der Beteiligung des Betriebsrats

Nicht immer ist der Betriebsrat zwingend zu beteiligen, wenn das Gesetz aber eine Beteiligung vorsieht, differenziert es klar zwischen unterschiedlich starken Rechten des Betriebsrats.

Zur Illustration der Abstufung sind exemplarisch die echte Mitbestimmung und die Unterrichtung gegenübergestellt. Bei der echten Mitbestimmung steht dem Betriebsrat zunächst ein Initiativrecht zu, d.h., es steht ihm frei, die verbindliche Regelung einer bestimmten Thematik mit dem Arbeitgeber zu verlangen. Der Arbeitgeber kann sich diesem Verlangen letztlich weder durch Boykott noch durch Untätigkeit entziehen, notfalls darf der Betriebsrat nämlich eine gerichtliche Klärung herbeiführen. Dieses starke Recht steht dem Betriebsrat bei Fragen der Betriebsordnung, etwa der Lage der Arbeitszeit, zu. Demgegenüber beinhaltet das Unterrichtsrecht lediglich die Pflicht des Arbeitgebers, den Betriebsrat über einen bestimmten Sachverhalt in Kenntnis zu setzen. Dessen Meinung zur Sache muss – jedenfalls gesetzlich gesehen – nicht eingeholt werden.



## Ist das wirklich alles?

Eine Zusammenarbeit, die sich streng an der gesetzlichen Regulierung orientiert, hat erfahrungsgemäß wenig Chancen tatsächlich vertrauensvoll zu werden. Vielmehr ist beiden Seiten zum respektvollen Umgang miteinander zu raten. Der Betriebsrat genießt das Vertrauen der Arbeitnehmer. Sie haben ihn als Gremium gegründet und die Mitglieder durch Mehrheitsentscheid gewählt. Damit hat der Betriebsrat zumindest i.d.R. für seine gesamte Amtszeit die Rückendeckung der Mehrheit der Arbeitnehmer und stellt deren Bindeglied zum Arbeitgeber dar. Vor diesem Hintergrund bietet ein aktiver Umgang mit dem Betriebsrat, zu dem mitunter auch eine freiwillige Beteiligung oder eine intensivere Beteiligung als gesetzlich vorgesehen gehören kann, eine große Chance, die eigene Belegschaft für seine Projekte zu begeistern und ein Arbeitsumfeld zu schaffen, von dem letztlich alle profitieren. Umgekehrt gehört freilich der nötige Respekt vor der unternehmerischen Freiheit und dem unternehmerischen Risiko durch den Betriebsrat zur Grundvoraussetzung einer solchen vertrauensvollen Zusammenarbeit, denn die Geschäfte führt der Arbeitgeber – mit allen Chancen und Risiken.

Umfangreiche Erfahrung ermöglicht uns, Arbeitgebern mit Rat und Tat nicht nur bei der Schaffung, Einhaltung und Nutzung der gesetzlichen Betriebsverfassung zur Seite zu stehen, sondern gerade auch in besonderen, sensiblen Situationen. Wir haben das Gespür und die Kompetenz, um die Frage „Ist das wirklich alles?“ auch in Ihrem Fall richtig zu beantworten.

## Fallbeispiel

Der Arbeitgeber war sich mit einem seiner Mitarbeiter uneins, inwieweit ein leidensgerechter Arbeitsplatz zur Verfügung gestellt werden muss bzw. kann und wann eine mitbestimmungspflichtige Versetzung vorliegt. Der Mitarbeiter legte ein ärztliches Attest vor und verlangte eine entsprechende Umgestaltung seines Arbeitsplatzes. Darauf wollte sich unser Mandant in dem geforderten Umfang nicht einlassen. Infolgedessen wendete sich der Mitarbeiter an den Betriebsrat. Dieser nahm wiederum mit dem Arbeitgeber mündlich und schriftlich Kontakt auf. Der Betriebsrat berief sich auf sein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) zum Gesundheitsschutz.

Nach Erhalt der schriftlichen Mitteilung des Betriebsrats wurde Rödl & Partner mit der anwaltlichen Vertretung in dieser Sache betraut.

Das vom Betriebsrat geltend gemachte Mitbestimmungsrecht war, nach dem Ergebnis unserer rechtlichen Prüfung, nicht einschlägig, da nur ein einziger Arbeitnehmer betroffen war. Damit fehlte der notwendige kollektivrechtliche Bezug.

Neben der möglichen Umgestaltung des bisherigen Arbeitsplatzes ergab die weitere rechtliche Prüfung der Versetzungsklausel im Arbeitsvertrag und der Beschäftigungsmöglichkeiten im Betrieb, dass es 2 leidensgerechte Stellen gab, auf die der Mitarbeiter mittels Ausübung des Weisungsrechts hätte versetzt werden können. Die aus Sicht des Arbeitgebers aus betrieblichen Gründen geeignetere Stelle war aber eine solche, bei der anlässlich einer Versetzung auf selbige ein Mitbestimmungsrecht gemäß § 99 BetrVG des Betriebsrats bestanden hätte. Bei einer „Versetzung“ im Sinne des § 99 Abs. 1 BetrVG wäre dem Betriebsrat insbesondere der in Aussicht genommene Arbeitsplatz mitzuteilen. Er könnte zudem unter den Voraussetzungen des § 99 Abs.

2 BetrVG seine Zustimmung zu der Maßnahme verweigern. Bei einer Versetzung auf diese geeignetere Stelle wäre der Mitarbeiter mit einer Tätigkeit betraut worden, die, nach unserer Einschätzung, eine „Versetzung“ im Sinne des § 99 Abs. 1 BetrVG gewesen wäre, da sie sich erheblich von der früheren Aufgabe unterschied. Nach dem Bundesarbeitsgericht ist dies auch dann der Fall, wenn der Tätigkeitsbereich durch die Wegnahme von Teilfunktionen verkleinert wird und sich dadurch das Gesamtbild der Tätigkeit ändert. Der Mitarbeiter hätte bei einem Einsatz auf dieser geeigneteren Stelle keinen Kundenkontakt mehr gehabt, was aber bisher einen Großteil seiner Tätigkeit ausmachte.

Der Betriebsrat wurde, auf unser Anraten hin, trotz der Möglichkeit bzgl. des einen denkbaren Einsatzes, auch ohne ihn zu handeln, sogleich miteinbezogen. Die Handlungsmöglichkeiten wurden erläutert und erörtert, auch um § 99 BetrVG nicht zu verletzen. Der Austausch war geprägt von dem Wunsch des Betriebsrats als vom Mitarbeiter gewählter Vertreter, bei der Lösungsfindung mitzugestalten. Letztlich fand sich eine von beiden Seiten entwickelte Lösung nicht in einer Versetzung, sondern in einer moderateren als von dem Mitarbeiter ursprünglich geforderten Anpassung des Arbeitsplatzes an seine Leiden. Der Mitarbeiter erklärte sich hiermit einverstanden.

Die Lösung lag also in diesem Fall im Miteinander und nicht im Gegeneinander. Alternativ, im Konfliktfall, hätten wir für den Arbeitgeber auch die Einleitung gerichtlicher Maßnahmen vorgenommen, wie beispielsweise die Einreichung eines Zustimmungsersetzungsantrags beim Arbeitsgericht bei der Zustimmungsverweigerung des Betriebsrats zur Versetzung.





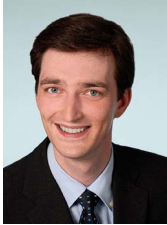
### III. Ihr Ansprechpartner

---

---



## Ihr Ansprechpartner



**Dr. Michael S. Braun**

Rechtsanwalt, Fachanwalt für Arbeitsrecht  
Wirtschaftsjurist (Univ. Bayreuth)

Tel.: +49(9281)607-271

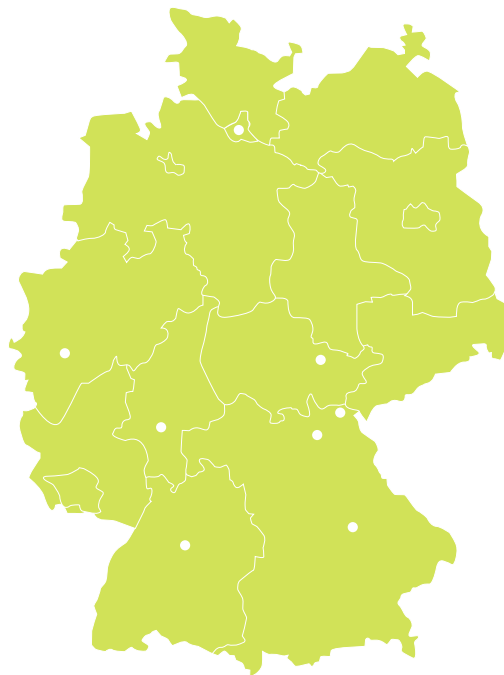
Fax: +49(9281)607-200

E-Mail: [michael.braun@roedl.com](mailto:michael.braun@roedl.com)

## Unsere deutschen Standorte der Praxisgruppe

Mit unserer Praxisgruppe sind wir an folgenden Standorten vertreten:

- › Hamburg
- › Jena
- › Hof
- › Kulmbach
- › Nürnberg
- › Stuttgart
- › Eschborn
- › Köln





## IV. Rödl & Partner

---

## Rödl & Partner

Als Rechtsanwälte, Steuerberater, Unternehmens- und IT-Berater und Wirtschaftsprüfer sind wir an 111 eigenen Standorten in 51 Ländern vertreten. Unsere Mandanten vertrauen weltweit unseren 4.700 Kolleginnen und Kollegen.

Die Geschichte von Rödl & Partner beginnt im Jahr 1977 mit der Gründung als Ein-Mann-Kanzlei in Nürnberg. Sorgfältig geplant kamen weitere Niederlassungen in Deutschland sowie in Mittel- und Osteuropa (ab 1989) hinzu. Dem Markteintritt in Asien (ab 1994) folgte die Erschließung wichtiger Standorte in West- und Nordeuropa (ab 1998), in den USA (ab 2000), in Südamerika (ab 2005) und Afrika (2008).

Unser Erfolg basiert seit jeher auf dem Erfolg unserer Mandanten: Rödl & Partner ist immer dort vor Ort, wo Mandanten Potenzial für ihr wirtschaftliches Engagement sehen. Statt auf Netzwerke oder Franchise-Systeme setzen wir auf die enge, fach- und grenzüberschreitende Zusammenarbeit im unmittelbaren Kollegenkreis. So steht Rödl & Partner für internationale Expertise aus einer Hand.

Unser Selbstverständnis ist geprägt von Unternehmergeist – diesen teilen wir mit vielen, vor allem aber mit unseren Mandanten. Sie legen Wert auf persönlichen Service und haben gerne einen Berater auf Augenhöhe an ihrer Seite.

Unverwechselbar macht uns unser „Kümmerer-Prinzip“. Unsere Mandanten haben einen festen Ansprechpartner. Er sorgt dafür, dass das komplette Leistungsangebot von Rödl & Partner für den Mandanten optimal eingesetzt werden kann. Der „Kümmerer“ steht permanent zur Verfügung; er erkennt bei den Mandanten den Beratungsbedarf und identifiziert die zu klärenden Punkte. Selbstverständlich fungiert er auch in kritischen Situationen als Hauptansprechpartner.

Wir unterscheiden uns auch durch unsere Unternehmensphilosophie und unseren Ansatz der Kundenbetreuung. Die Bedürfnisse unserer Mandanten lassen sich nicht in einzelne Fachdisziplinen aufbrechen. Unser interdisziplinärer Ansatz basiert auf den Kompetenzen in den einzelnen Geschäftsfeldern und verbindet diese nahtlos in fachübergreifenden Teams.

### **Einzigartige Kombination**

Rödl & Partner ist kein Nebeneinander von Rechtsanwälten, Steuerberatern, Unternehmensberatern und Wirtschaftsprüfern. Wir arbeiten über alle Geschäftsfelder hinweg eng verzahnt zusammen. Wir denken vom Markt her, vom Kunden her und besetzen die Projektteams so, dass sie erfolgreich sind und die Ziele der Mandanten erreichen.

Rödl & Partner

[www.roedl.de](http://www.roedl.de)