

Mit heißer Nadel

Nicht nur die rechtssichere Umsetzung des Tarifeinheits- und Mindestlohngesetzes in Unternehmen beschäftigt derzeit die Fachanwälte für Arbeitsrecht. Auch mit Fragen zur Vorratserlaubnis und zur Umsetzung von Compliance werden sie von den Mandanten konfrontiert. Professorin Stephanie Michel diskutierte mit renommierten Arbeitsrechtlern über aktuelle Herausforderungen.



Den Juristen aus dem Bundesarbeitsministerium unterstellten Arbeitsrechtler in den vergangenen Jahren häufiger, dass sie Gesetze nach dem „Learning by Doing“-Prinzip entwerfen. Viele Vorlagen wurden mit heißer Nadel gestrickt – und einmal verabschiedet, beschäftigten sie Richter und Hunderte von Rechtsanwälten. Nun könnte man diese Folge mit viel Humor als „Arbeitsbeschaffungsmaßnahme“ des Gesetzgebers auslegen, wenn es nicht die Arbeitgeber viel Geld und Zeit kosten würde. Dass der „Learning by Doing“-Prozess dann tatsächlich zu einer Gesetzesänderung führt oder Gesetzesvorlagen in Details revidiert werden, ist in der Regel auf zwei Ursachen zurückzuführen. Häufig trommeln Lobbygruppen so laut, dass es die Arbeitsministerin nicht überhören



Professorin Dr. Stephanie Michel, Bad Homburg, moderierte den Round Table.

kann. So hat sie angekündigt, den Gesetzesentwurf zur Arbeitnehmerüberlassung noch mal überarbeiten zu lassen, insbesondere in Bezug auf die Obergrenze für Zeitarbeitseinsätze und die Auslagerung durch Werkverträge. Im Fall des Mindestlohngesetzes (MiLoG) führte der laute Protest der Arbeitgeber dazu, dass sich das Ministerium in Teilen eines Besseren belehren ließ. So erfolgte jüngst die Ankündigung, die Dokumentationspflicht bei der Erfassung der Arbeitszeit verringern zu wollen. Doch damit sind nicht alle Probleme vom Tisch.

Mindestlohn und seine Klippen

Um eines vorwegzunehmen: Die meisten Unternehmen haben kein Problem mit dem Mindestlohn als solchem, sondern mit der aufwendigen Umsetzung, dem Zoll und der Haftungsfrage. So lautet unisono die Erfahrung der Diskussionsteilnehmer. Zwar sind die aufkommenden Probleme keine arbeitsrechtlichen Fragen, aber trotzdem laufen sie bei den Spezialisten für Arbeitsrecht auf. Personaler sind einer Flut von Auskunftsverlangen, Vertragsergänzungen und Freistellungserklärungen ausgesetzt – und konfrontieren ihre eigenen Auftragnehmer mit ähnlichen Vereinbarungen, so Dr. Stefan Middendorf, KPMG

Rechtsanwaltsgesellschaft. Dabei seien die Freistellungsklauseln in den meisten Fällen praktisch wertlos, „viel wichtiger ist es, sich seine Vertragspartner sorgfältig auszusuchen, dann entstehen die Haftungsrisiken erst gar nicht“.

Umfangreiche Dokumentationspflichten spürten auch ausländische Unternehmen, vor allem in der Logistik. Michael Magotsch von DLA Piper beschreibt den „unverhältnismäßig großen Aufwand“, den die Unternehmen vor jedem Tätigwerden ihrer Mitarbeiter in Deutschland betreiben mussten, von der in deutscher Sprache verfassten Anmeldung bei den zuständigen Zollverwaltungen bis zu den vorsorglichen Papieren für den Zoll, die beantworteten, wer wann, wie lange, wo und wie eingesetzt wird. Auch wenn es eigentlich nicht zur klassischen arbeitsrechtlichen Beratung gehört, „hat es uns doch Kopfschmerzen bereitet, da praktische und rasche Unterstützung gefragt war“.

Haftungsrisiken

Für weitere Unsicherheiten in der Praxis sorgt die vorgesehene Haftung der Auftraggeber: Sie haften bei der Vergabe von Werk- oder Dienstverträgen verschuldensunabhängig für Mindestlohnverstöße ihrer Auftragnehmer und deren Subunterneh-

mer. Und Verstöße gegen das MiLoG können teuer werden. Auftraggeber suchen natürlich nach einem Weg aus dem Haftungsrisiko. „In der Praxis hat dies zu einer Welle von nur im Innenverhältnis wirkenden Enthaltungsvereinbarungen geführt“, so Marc André Gimmy, Taylor Wessing. Diese seien natürlich nicht insolvenzfest und darüber hinaus bleibe die Frage offen, wie denn Verstöße gegen das MiLoG vom Unternehmer bei seinen Subunternehmen überprüft werden können. „Die Praxis – alleingelassen vom Gesetzgeber – treibt hier allerlei Blüten, die nicht nur administrativer Wahnsinn sind, sondern auch schnell über das Ziel hinauschießen“, berichtet Dr. Thilo Mahnhold, Justem Rechtsanwälte, denn es existierten die unterschiedlichsten Ideen, um das Haftungsrisiko zu begrenzen. So beschränken sich Auftraggeber nicht nur auf die schriftliche Zusicherung der Einhaltung des Mindestlohns, sondern verlangen zum Beispiel Freistellungserklärungen auch bezüglich der Übernahme von möglichen Anwaltskosten. Andere Auftraggeber gehen so weit, sich bei ihren Auftragnehmern Mindestlohnkontrollen mitsamt der Pflicht zur Vorlage von Unterlagen vorzubehalten. Doch hier sei Vorsicht geboten, denn es könne nichts anderes gelten als auch sonst in der „Contractor Compliance“. Thilo Mahnhold: „Wer sich Kontrollrechte einräumen lässt, muss diese auch ausüben.“ Da aber die Ressourcen bei den wenigsten Unternehmen vorhanden sind, „dürfte häufig weniger mehr sein, will man sich nicht dem Fahrlässigkeitsvorwurf wegen unterlassener Kontrollen aussetzen“. In vielen Konstellationen dürfte die Einholung von Verpflichtungserklärungen vollkommen ausreichend sein.

Kurzfristbeschäftigung in Deutschland

Problematisch ist ebenso, dass der Gesetzgeber wenig Hilfestellung gibt, wenn es um den internationalen Geltungsbereich des Gesetzes geht. So sollen ausländische Arbeitnehmer unter den gesetzlichen Mindestlohn fallen, auch wenn diese nur kurz-



fristig in Deutschland beschäftigt werden. Fällt also jede noch so kurze Dienstreife nach Deutschland unter das Gesetz, jeder Überflug oder die vielfach genannte Transitfahrt durch Deutschland? Die Bundesregierung hat nach den Protesten der Nachbarländer die Geltung des Mindestlohns für reine Transitfahrten vorerst ausgesetzt. Die Fragen werden derzeit im Rahmen eines Vertragsverletzungsverfahrens vor dem EuGH geklärt.

Ungeklärt ist auch nach wie vor, welche Leistungen (Urlaubsgeld, Sonderzahlungen etc.) zum Mindestlohn zählen. Prof. Stefan Lunk, Latham & Watkins LLP: „Hier hat das Gesetz eine klare Abgrenzung versäumt, ob und welche Sonderleistungen zum Mindestlohn zählen.“ Daher seien bereits erste Gerichtsverfahren hierzu anhängig. Zudem habe das Gesetz auch Auswirkungen auf Arbeitgeber, die fraglos mehr als den Mindestlohn zahlen. So müsse beispielsweise geklärt werden, ob Ausschlussklauseln so umformuliert werden müssen, dass sie den Mindestlohn

„Störend ist nicht die Tarifkonkurrenz als solche, sondern es sind die Folgen des Arbeitskampfes. Eine Zwangsschlichtung wäre eine Lösung.“

Karl Geißler, Fachanwalt für Arbeitsrecht, T/S/C Fachanwälte für Arbeitsrecht

„Mittelständische Unternehmen sollten ihre Compliance-Systeme realistischer beurteilen. Viele scheuen den mit einem Compliance-System verbundenen Aufwand und die Kosten.“

Marc André Gimmy, Fachanwalt für Arbeitsrecht und Partner, Taylor Wessing

nicht erfassen. Geschieht dies wie bisher nicht, laufe man Gefahr, dass sie von den Arbeitsgerichten für intransparent und damit unwirksam erklärt werden.

Das Tarifeinheitsgesetz: 35 Jahre und nicht weise

Bislang galt Deutschland für ausländische Investoren als Insel der Glückseligkeit, da die wenigen Streiktage als echter Standortvorteil galten. Nun haben die „arbeitsfreien“ Tage bei Lufthansa, Post und Bahn Deutschland im Streik-Ranking weit nach oben katapultiert. Das Tarifeinheitsgesetz soll es nun richten. Doch 35 Jahre hat das bestehende Prinzip, einst vom BAG entwickelt und von allen angewendet, zu einer bewährten Rechtsprechung geführt, die nun ohne Änderung der zugrunde liegenden Normen einfach verändert wird. So kommentiert Stefan Lunk, Latham & Watkins LLP, das Gesetz. „Auch dem Gesetzgeber ist bekannt, dass der neue Entwurf verfassungsrechtlich zumindest bedenklich ist.“ Er versuche es trotzdem und wenn die



„Die Freistellungsklauseln sind in den meisten Fällen praktisch wertlos. Viel wichtiger ist es, sich seine Vertragspartner sorgfältig auszusuchen, damit keine Haftungsrisiken entstehen.

Dr. Stefan Middendorf, Fachanwalt für Arbeitsrecht und Partner, KPMG Rechtsanwaltsgesellschaft mbH



„Es ist unredlich, ein Tarifeinheitsgesetz machen zu wollen, ohne das Arbeitskampfrecht zu berücksichtigen. Das neue Gesetz kann bei Arbeitskämpfen nicht helfen.

Prof. Dr. Stefan Lunk, Fachanwalt für Arbeitsrecht und Partner, Latham & Watkins LLP

Richter das Gesetz kippen, sei absehbar, dass er die Niederlage auf die Gerichte schieben werde. Zudem sei es „unredlich, ein Tarifeinheitsgesetz machen zu wollen, ohne das Arbeitskampfrecht zu berücksichtigen“. Das eine funktioniere nicht ohne das andere. Bei Arbeitskämpfen könne das neue Gesetz nicht helfen, weil die Gerichte oft schlicht überfordert seien, im Rahmen der kursorischen Prüfung umfangreiche Überlegungen zum Betriebsbegriff oder zur Mehrheitsgewerkschaft anzustellen. Lunk: „Momentan können wir nur beobachten und müssen den Mandanten maßgeschneiderte Lösungen anbieten.“ Auch wenn das Gesetz die Tarifautonomie nicht stärkt, sondern eher schwächt, muss es in der Praxis angewendet werden, stellt auch Marc André Gimmy von Taylor Wessing fest und nennt aktuellen Herausforderungen. So stelle sich zum Beispiel im Rahmen von Unternehmenstransaktionen die Frage: Welcher Tarifvertrag gilt bei Tarifkollisionen zukünftig? Oder wie stellt man die Anzahl der Mitglieder einer

Gewerkschaft im Betrieb fest? Hier lasse der Gesetzgeber die Personalverantwortlichen völlig alleine. Unbestritten sei auch, dass das Tarifeinheitsgesetz „die Grundfesten des deutschen Arbeitsrechtssystems und der Wirtschaftsverfassung betrifft“. Der Staat greife in die Tarifautonomie ein, weil er meine, dass die Tarifparteien nicht in der Lage seien, Tarifverträge flächendeckend zu implementieren. Die Alternativen zunächst einmal mit kühlem Kopf zu bewerten, rät Volker Werxhausen, CBH Rechtsanwälte. Eine Pauschalempfehlung für Mandanten könne es nicht geben. „Ab Inkrafttreten wird in Unternehmen mit potenziell kollidierenden tariflichen Regelungen die Kunst darin bestehen, den ‚richtigen‘ Tarifvertrag anzuwenden.“ Bei Zweifeln über eine tarifliche Leistungspflicht sollte dem Arbeitnehmer gegenüber deutlich gemacht werden, dass die entsprechende Leistung unter dem Vorbehalt der tatsächlich bestehenden Verpflichtung des Arbeitgebers erbracht wird. Dann könne auch eine Rückforde-

rung erfolgen, wenn sich später herausstelle, dass der betreffende Tarifvertrag gar nicht zur Anwendung kam.

Zunahme von Streiks

Ob das ursprüngliche Ziel des Gesetzes, die Zahl und Intensität von Streiks zu reduzieren, erreicht wird, bezweifeln alle Diskussionsteilnehmer. Abgesehen davon, dass das Gesetz vermutlich einer Überprüfung durch das Bundesverfassungsgericht nicht standhalten wird, wovon alle ausgehen, „werden sich die Gewerkschaften mit ihren Forderungen übertrumpfen, um im Wettstreit um die Mehrheit in den Betrieben zu punkten“, prognostiziert Stefan Middendorf, KPMG Rechtsanwaltsgesellschaft. Spannend bleibe auch, wie es Notaren gelinge, den Beweis über die gewerkschaftliche Mehrheit im jeweiligen Betrieb festzustellen.

Bis sich „die Verfassungswidrigkeit des Gesetzes bestätigt, werden die traditionellen Gewerkschaften versuchen, Splittergewerkschaften das Leben schwer zu machen, um damit weiterer Konkurrenz vorzubeugen“, befürchtet Professor Stefan Nägele. Splittergewerkschaften würden hingegen um ihre Pfründe kämpfen und durch Arbeitskampfmaßnahmen glänzen.

Zwangsschlichtung als Lösung

„Störend ist nicht die Tarifkonkurrenz als solche“, betont Karl Geißler, T/S/C Fachanwälte für Arbeitsrecht. Es sind die Folgen des Arbeitskampfes, insbesondere in sensiblen Branchen wie im öffentlichen Verkehr oder in Kindergärten, die ein Handeln erfordern. Das tatsächliche Problem „bei der Wurzel zu packen“, habe eine arbeitskampfrechtliche Lösung verlangt. Eine Zwangsschlichtung im Bereich der Daseinsvorsorge sei denkbar, aber „die hat der Gesetzgeber gescheut“. Ähnlich argumentiert Michael Magotsch, DLA Piper. Er empfiehlt dem Gesetzgeber einen Blick über die Landesgrenzen. So werde in Italien und Spanien beispielweise das Recht zum Streik eingegrenzt, wenn essenzielle Bereiche des Gemeinwesens betroffen



„Für Geschäftsführer gilt, dass sie die Haftung in aller Regel nicht mehr auf ihre D&O-Versicherung abschieben können. Unternehmen schrecken nicht davor zurück, ihre Vorstände und Führungskräfte in Regress zu nehmen.“

Michael Magotsch, Fachanwalt für Arbeitsrecht und Partner, DLA Piper UK LLP

sind wie im Gesundheitswesen, im Bereich der öffentlichen Sicherheit, bei der Post oder Bahn. „Lösungen sollten daher sektorbezogen sein oder zumindest in Grenzfällen sollten Zwangsschlichtungen möglich sein, um dem Streik einen zeitlichen Rahmen zu setzen.“

Blinder Fleck in Unternehmen

Die selbstverständliche Einhaltung von Gesetzen und Richtlinien ist für Unternehmen nichts Neues. Auch wenn verpflichtende Regeln nur für international agierende, börsennotierte Unternehmen gelten, so können auch mittelständische Unternehmen gegen Gesetze verstoßen und müssen Risikoversorge betreiben. Viele mittelständische Unternehmen beurteilen ihre Compliance-Systeme jedoch nicht realistisch. Die Eigeneinschätzung lautet häufig, dass sie auch außerhalb des regulierten Bereichs Compliance leben. „Doch letztlich scheuen sie die mit einem nachhaltigen Compliance-System verbundenen Kosten“, beobachtet Marc André Gimmy, Taylor Wessing. Die Rechtsabteilung sei häufig personell nicht ausreichend ausgestattet, zum Teil fehle das nötige Know-how. Gleichzeitig gehen aber Unternehmen davon aus, dass „sie sich compliant verhalten, da sie ja ein Compliance-System implementiert haben“. Wer Compliance will, müsse ihr auch den Stellenwert geben, mit dem man die Anforderungen solcher Systeme bewältigen könne.

Auch vor dem Arbeitsgericht, wie bei Kündigungsschutzprozessen, wenn es um Bestechung geht, werden Unternehmen

mit der Frage nach ihrem Compliance-System konfrontiert. Denn beim Thema Interessenabwägung, wollen die Gerichte wissen, ob im Unternehmen ein gelebtes Compliance-Management existiert, schildert Thilo Mahnhold von Justem Rechtsanwälte. Falls nicht, dann könnten sie auch schon mal eine Kündigung scheitern lassen. „Wer nur einen Ethik-Kodex verfasst und ihn Arbeitnehmern zur Kenntnis gibt, lebt noch keine Compliance.“ Zwar sei ein Compliance-Officer keine Pflicht in nicht-börsennotierten Unternehmen, aber ein Verantwortlicher für die Problematik müsse benannt werden, der dafür Sorge trage, dass Compliance top-down vorgelebt werde. Auch KMU gerieten unaufhaltsam in den Sog der Debatte, spätestens wenn ein Großunternehmen im Zuge der eigenen „Contractor Compliance“ den potenziellen Auftragnehmer nach dessen Compliance-Konzept fragt.

Unternehmen, für die ein Compliance-System nicht gesetzlich vorgeschrieben ist, müssen die Funktion trotzdem ausfüllen. Volker Werxhausen, CBH Rechtsanwälte: „Compliance ist keine Kür, sondern eine Pflicht.“ Verfüge ein Unternehmen nicht über das entsprechende Know-how, müsse es sich die fehlende Kompetenz beschaffen, zum Beispiel durch die Einstellung entsprechender Spezialisten oder Beauftragung externer Berater. Doch Vorsicht: Auch wenn Unternehmen die Compliance-Verantwortlichkeit auf interne oder externe Dritte delegieren, befreie sie das nicht von der Haftung, wenn sie die Delegation nicht ordnungsgemäß überwachen. „Aus den

Augen, aus dem Sinn“ wäre ein hoch riskantes Spiel.

Compliance: Gemeinschaftswerk von vielen

Dass mittelständische Unternehmen sehr wachsam beim Thema Compliance sein sollten, bekräftigt auch Stefan Lunk, Latham & Watkins. Sie müssen nicht nur ihr Führungspersonal schulen, sondern auch beachten, welche Geschäftspraktiken in Auslandstöchtern laufen. Der UK Bribery Act gegen Bestechung mit Bezug zu Großbritannien und der bereits länger in Kraft befindliche Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) aus den USA greife, wann immer es einen Bezug zu den USA gibt. Selbst wenn eine problematische „Verkaufsprovision“ nur über das Konto einer US-Bank laufe, habe die amerikanische Behörde Jurisdiktion. Denn schnell kann die außerhalb Europas geleistete dort vielleicht „übliche“ Leistung als Verstoß gegen FCPA-Regeln zu Ermittlungen auch gegenüber der Mutter oder deren Führungspersonen, die in den ausländischen Überwachungs-gremien sitzen, führen. In diesem Punkt fehle es häufig noch an einer hinreichenden Sensibilisierung.

Dazu gehört auch die Erkenntnis, dass Compliance heute längst nicht mehr isoliert aus arbeitsrechtlicher Sicht betrachtet werden kann. Strafrechtler, Steuerrechtler und Kartellrechtler müssen Hand in Hand zusammenarbeiten. Tun sie es nicht, können Verstöße teuer werden, mahnt Michael Magotsch, DLA Piper. Auch für Geschäftsführer gelte, dass sie die Haftung in aller Regel nicht mehr auf ihre D&O-Versicherung abschieben können, wie dies in manchen Altverträgen noch möglich war. Jüngste Fälle wie zum „Schienerkartell“ zeigen, dass Unternehmen auch nicht davor zurückschrecken, ihre Vorstände und handelnden Führungskräfte gerichtlich in Regress zu nehmen.

Compliance bedeute zwar nicht nur arbeitsrechtliche Regeln zu befolgen, dennoch seien Arbeitsrechtler häufig gefordert, ergänzt Stefan Nägele. Am Ende gehe es immer um die Arbeitnehmer, die für die

jeweiligen Vorgänge verantwortlich seien. Besonders kritisch werde es immer dann, wenn internationale Unternehmen bei ihren Zulieferern Compliance-Audits durchführen und entsprechende arbeitsrechtliche Standards oder Maßnahmen fordern.

Betriebsrenten für Arbeitgeber bald zu teuer?

Der aktuelle Entwurf zum Betriebsrentengesetz stößt auf bei Arbeitgeberverbänden und Juristen auf große Kritik. „Er bedeutet im Kern eine Gefährdung des bisherigen Systems“, fasst Karl Geißler, T/S/C Fachanwälte für Arbeitsrecht, zusammen. Er kritisiert vor allem, dass nach dem Gesetzentwurf ausschließlich gemeinsame Einrichtungen dem Arbeitgeber eine haftungsfreie Durchführung der betrieblichen Altersversorgung anbieten können. Zudem nur auf zwei Durchführungswegen, nämlich der Pensionskasse und dem Pensionsfonds. Bestehende, funktionierende Einrichtungen würden daher an Attraktivität verlieren. „Für Arbeitgeber könnte es sich schlechthin nicht mehr lohnen, eigene Betriebsrentensysteme zu unterhalten, wenn sie aufgrund tariflicher Vorgaben in andere Einrichtungen der betrieblichen Altersvorsorge einzahlen müssen.“ Auch die Frage der Beitragspflicht zum PSV ist völlig ungeklärt. „Sollen für ihre Betriebsrentenzusagen haftende Arbeitgeber etwa künftig Beiträge für Betriebsrentenleistungen zahlen, die durch Zusagen nicht haftender Arbeitgeber entstanden sind?“ Auch die Definition des Sicherungsfalls, der neben der Insolvenz auch dann eintreten soll, wenn die gemeinsame Einrichtung „ihren Zahlungsverpflichtungen nicht nachkommt“, bedürft dringend der Konkretisierung.

Ob das Gesetz tatsächlich die Verbreitung der bAV fördert oder ob Arbeitgeber davon Abstand nehmen, weil es letztlich für sie teuer wird, bleibt abzuwarten.

Vorratsgenehmigung

Derzeit werden mal wieder Modelle, bei denen Unternehmen Mitarbeiter dritter Arbeitgeber einsetzen, von Politik und



„**KMU betrifft Compliance spätestens dann, wenn sie als Auftragnehmer eines Großunternehmens Teil seiner „Contractor Compliance“ sind.**

Dr. Thilo Mahnhold, Fachanwalt für Arbeitsrecht und Partner, Justem Rechtsanwälte



„**Die traditionellen Gewerkschaften werden versuchen, Splittergewerkschaften das Leben schwer zu machen. Diese werden aber um ihre Pfründe kämpfen und durch Arbeitskämpfmaßnahmen glänzen.**

Prof. Dr. Stefan Nägele, Fachanwalt für Arbeitsrecht, Nägele Kanzlei für Arbeitsrecht Partnerschaftsgesellschaft mbB

Medien kritisch beäugt. Dies gilt für die Zeitarbeit und insbesondere für Dienst- und Werkverträge, die als Umgehung regulärer Arbeitsverhältnisse in Verruf geraten sind. Zur weiteren Verunsicherung hat das LAG Baden-Württemberg beigetragen, das innerhalb von vier Wochen zwei konträre Urteile sprach. Im einen wurde entschieden, dass sich Auftraggeber und Dienstleister bei einem Scheinwerkvertrag nicht hilfsweise auf eine Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung berufen können. Eine andere Kammer kam zum gegenteiligen Schluss: Das Vorliegen einer Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis verhindere bei einem Scheinwerkvertrag gerade die Rechtsfolge, dass ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Arbeitnehmer und dem vermeintlichen Auftraggeber zustande komme. Stefan Nägele stellt in seinem Kommentar fest, dass die Entscheidung der Vierten Kammer des Landesarbeitsgerichts in Stuttgart nicht per se Rechtsmissbrauch bei Unternehmen, die sich auf die Vorratsgenehmigung berufen,

unterstellte. Vielmehr ergab die Beweisaufnahme, dass der Arbeitgeber rechtsmissbräuchlich das System der Vorratsgenehmigung ausgenutzt hat. „Die Vorratserlaubnis als solche ist noch immer als Fallschirm anerkannt.“ Der Neunte Senat werde seine Auffassung hierzu erst überdenken, wenn eine entsprechende Änderung des AÜG vom Gesetzgeber erfolgt ist.

Das Thema Werkvertrag wird in den nächsten Jahren auf jeden Fall weiter an Brisanz gewinnen. Denn viele Unternehmen setzen ihre Mitarbeiter in einer Art und Weise bei Kunden ein, die das Risiko in sich trägt, dass es sich um Arbeitnehmerüberlassung handelt. Allerdings handelt es sich dabei um hoch qualifizierte Mitarbeiter mit außerordentlichem gutem Gehalt, führt Stefan Middendorf von der KPMG Rechtsanwaltsgesellschaft aus. „Bei ihnen realisieren sich die Risiken, die der Gesetzgeber mit der Arbeitnehmerüberlassung verbindet, nicht.“ Für die Unternehmen aber bleibe der Fremd-



„ Mit dem Tarifeinheitsgesetz wird in Unternehmen und Betrieben mit potenziell kollidierenden tariflichen Regelungen die Kunst darin bestehen, den „richtigen“ Tarifvertrag anzuwenden.

Volker Werxhausen, Fachanwalt für Arbeitsrecht, CBH Cornelius Bartenbach Haesemann & Partner

einsatz ein Risiko, gegen das sie sich abzuschirmen versuchen – auch mittels der Vorraterlaubnis.

Wenn alle Ventile geschlossen werden

Einen grundsätzlichen Einwand zur Neu-regulierung der Arbeitnehmerüberlassung und von Werkverträgen formuliert Stefan Lunk, Latham & Watkins LLP. Deutschland habe den höchsten Kündigungsschutz in Europa sowie einen umfassenden Befristungsschutz. In Zeiten der Hochbeschäftigung möge das System funktionieren. Doch zumindest in Zeiten wirtschaftlicher Schwankungen bedürfe es eines „Ventils“, um Belegschaften diesen Schwankungen in einem gewissen Umfang anpassen zu können. Der Gesetzgeber sei aber im Begriff, auch das „Ventil“ Leiharbeit zu stopfen, „sodass die Unternehmen zwangsläufig auf das nächste Instrument der Flexibilisierung – den Werkvertrag – ausweichen“. Doch was passiere in einer wirtschaftlichen Krise, wenn nun auch diese Option erschwert werde? Eine Belegschaft müsse „atmen“ können. Die Funktionsebenen würden sich ihre Arbeitsplätze zukünftig teils aussuchen können. „Der Grundsatz des schutzbedürftigen, weil intellektuell unterlegenen Arbeitnehmers, der unter anderem die Beschränkungen bei Leiharbeit und Werkvertrag rechtfertigt, wird in Teilbereichen nicht mehr gültig sein.“ Bis der Gesetzgeber diese Entwicklung aber nachzeichne, dauere es eine lange Zeit. So wundere es auch nicht, dass das Thema Scheinselbstständigkeit eine ganz

neue Aufmerksamkeit des Gesetzgebers erfährt. Dies beobachtet Stefan Nägele, Nägele Kanzlei für Arbeitsrecht, aktuell bei einer Vielzahl von Privatschulen, die den Arbeitskräftebedarf über freiberufliche Dozenten decken.

Altersbefristung: Haarscharf am Bedarf vorbei

Der Gesetzgeber hat zwar 2014 eine neue, weitere Möglichkeit der Altersbefristung gesetzlich geregelt, die erstmalig eine Verlängerung des Arbeitsverhältnisses über das Erreichen der Regelaltersgrenze hinaus ermöglicht. Doch der ganz große Wurf ist es nicht geworden.

„Neueinstellungen schon ausgeschiedener ehemaliger Arbeitnehmer kommen auf dieser Grundlage nicht in Betracht“, erläutert Volker Werxhausen, CBH Rechtsanwältin. „Das Gesetz erleichtert damit die Rückkehr ehemaliger Arbeitnehmer gerade nicht.“

Im Prinzip begrüßenswert findet Marc André Gimmy von Taylor Wessing die neue Regelung, allerdings findet er es unerklärlich, warum der Gesetzgeber letztlich keine „wirkliche Flexibilisierung ermöglicht, mit der Arbeitgeber das Know-how der älteren Mitarbeiter erhalten können“. Die vorgesehene Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses über das gesetzliche Rentenalter hinaus bedürfe nun einer Vereinbarung noch im laufenden Arbeitsverhältnis. Fehlt diese Vereinbarung, können ältere Arbeitnehmer nur befristet beschäftigt werden. Hier stellt sich außerdem die Frage, „ob ein solcher Schutz für an sich ja ren-

tenbezugsberechtigte Arbeitnehmer noch erforderlich ist“.

Die neue Regelung geht an der Lebensrealität vorbei, kommentiert Karl Geißler, T/S/C Fachanwälte für Arbeitsrecht. Häufig gehe es nicht darum, ein Arbeitsverhältnis über die Altersgrenze hinaus schlicht zu verlängern, sondern darum, dass „Arbeitnehmer zunächst mit Freude in die Rente eintreten und erst später feststellen, dass sie Lust hätten, doch weiter tätig zu sein“. Oder Arbeitgeber stellen fest, dass sie die Kompetenzen des ehemaligen Mitarbeiters noch mal benötigen und wollen ihn aus der Rente zurückzuholen. Für eine Verlängerung des altersbefristeten Arbeitsverhältnisses sei es dann, wenn das Arbeitsverhältnis einmal geendet hat, zu spät. Geißler: „Den Weg für Befristungen von Arbeitsverhältnissen jenseits der Regelaltersgrenze umfassend zu öffnen, würde sicher helfen, wichtiges Know-how zu erhalten und den Einzelnen den Weg in eine Kraft und Sinn spendende Beschäftigung zu erleichtern.“

Auch wenn das Gesetz letztlich darauf abzielt, die Folgen der demografischen Entwicklung abzumildern, so steht das politische Vorhaben wohl noch nicht im Einklang mit den unternehmerischen Zielen. Ein Beleg dafür sind die sogenannten 60-plus-Verträge, also Verträge, aufgrund derer Arbeitnehmer schon mit 60 Jahren aus dem Arbeitsverhältnis ausscheiden müssen, führt Stefan Nägele an. „Ich habe den Eindruck, dass in den Unternehmen das Bedürfnis, Mitarbeiter über das Rentenalter hinaus zu beschäftigen, noch nicht angekommen ist.“ Ein praktisches Bedürfnis nach der arbeitsrechtlichen Umsetzung der neuen Altersbefristung kann die Expertenrunde bis dato nicht feststellen. „Es wird nicht genutzt“, heißt es unisono. Vielleicht zeigt sich der Gesetzgeber auch in diesem Bereich lernfähig und passt irgendwann die Regelung der betrieblichen Realität an.

Christiane Siemann, freie Journalistin, Bad Tölz