

Weiterbeschäftigung „arbeitsunfähiger“ Mitarbeiter

Möglichkeiten trotz AU-Bescheinigung S. 14

Corporate Immigration

Mitarbeiterinsatz in den USA und Deutschland S. 20

Vertragliche Verschwiegenheitsklauseln

Schutz von Geschäftsgeheimnissen S. 24



Künstliche Intelligenz

Verbindliche Regeln für ChatGPT und Co.



Kooperative Qualifizierung und Forschung zwischen verschiedenen Arbeitgebern

Innovationsfeindliches Arbeitsrecht?

Unternehmen stehen derzeit vor der enormen Herausforderung, Fachkräfte zu gewinnen und diese auch langfristig zu halten. Daneben gilt es, Innovationen voranzutreiben, um auf dem (Welt-)Markt konkurrenzfähig zu bleiben. Eigene Forschungsabteilungen können sich dabei nur die größten Unternehmen leisten; das wirtschaftliche Fundament in Deutschland bildet jedoch der Mittelstand, der häufig diese finanziellen oder personellen Kapazitäten nicht besitzt. Für beide Problemstellungen – interessante Arbeitsplätze anbieten und Innovationen vorantreiben – gibt es eine scheinbar leichte Lösung: Die Unternehmen kooperieren entweder untereinander oder mit einer Hochschule/Wissenschaftseinrichtung.

EINLEITUNG

Nachwuchs- und Führungskräften sollen – im Sinne eines lebenslangen Lernens – sektorenübergreifend neue Tätigkeits- und Entwicklungsperspektiven eröffnet werden. So bleibt das Arbeitsumfeld spannend und die Beschäftigten können ihr Potenzial besser ausschöpfen. Zugleich sollen durch neue Formen der Kooperation individuelle und organisationsübergreifende Innovationspotenziale erschlossen werden. Unternehmen werden durch die Zusammenarbeit in die Lage versetzt, auch größere Innovationsprojekte eigenständig durchzuführen.

Die Grundidee einer kooperativen Forschung und Entwicklung ist der möglicherweise zunächst paradox anmutende Gedanke, dass insbesondere kleine und mittelständische Unternehmen ihre besonders qualifizierten Fachkräfte dadurch an ihr Unternehmen binden und sie zugleich weiterqualifizieren können, indem sie ihnen für einen befristeten Zeitraum ermöglichen, in innovativen Bereichen eines kooperierenden Unternehmens oder auch an einer Hochschule tätig zu werden. Damit soll einerseits den Beschäftigten ermöglicht werden, ihre Kenntnisse und Erfahrungen zu vertiefen und zu erweitern und zum anderen ein bidirektionaler Know-how-Transfer über Köpfe zwischen Hochschulen und Unternehmen bzw. zwischen Unternehmen erfolgen.

Für die Hochschule bietet sich dadurch die Möglichkeit, neben den Tandemstellen zur Qualifizierung von Personalnachwuchs für Professuren weitere Personalentwicklungsmodelle auf verschiedenen Qualifikationsniveaus zu erproben und zugleich intensive Praxiskontakte zu knüpfen sowie Grundlagen für einen Wissens- und Technologietransfer zu schaffen. Für befristete Beschäftigte mit Bachelor- oder Masterabschluss in Projekten könnte dies ein interessantes Modell sein, um im Anschluss an eine Tätigkeit an der Hochschule nahtlos in eine Tätigkeit in einem Unternehmen überzuleiten. Für Projektkonstellationen, in denen auf eine Forschungs- und/oder Entwicklungsphase eine Implementierung in bestehende Abläufe folgen soll, ist diese Idee ebenfalls hilfreich. Auch ein berufsbegleitend absolviertes Masterstudium oder ein Promotionsvorhaben mit Einbindung in ein Innovationsprojekt könnten sinnvolle Varianten sein.

Das Interesse in der Wissenschaft und bei Arbeitgebern ist groß. Es bleibt allein die Frage, auf welcher rechtlichen Basis eine solche Zusammenarbeit realisiert werden kann. Insbesondere das „schwerfällige“ deutsche Arbeitsrecht kann derartige Kooperationen zu einem rechtlichen Vabanquespiel machen, wenn sich die Kooperationspartner nicht strikt an die Vorgaben halten.

Bei der Betrachtung arbeitsrechtlicher Handlungsmöglichkeiten wird von folgenden Voraussetzungen ausgegangen:

- Die gemeinsame Forschung und Entwicklung basiert auf vertraglich geregelter, freiwilliger Zusammenarbeit.
- Die beteiligten Unternehmen bleiben rechtlich und wirtschaftliche selbstständig.
- Die gemeinsame Forschung und Entwicklung erfolgt im gemeinsamen oder alleinigen Interesse, bei deren Umsetzung auf Arbeitnehmer beider Partner zurückgegriffen wird.
- Es handelt sich nicht um einen wechselseitigen Austausch von Forschungsergebnissen, z. B. innerhalb einer Wertschöpfungskette.

VERSCHIEDENE AUSGESTALTUNGSFORMEN

Kein Generalkonzept im deutschen Recht

Eine Kooperation im Bereich der Forschung und Entwicklung ist in diesem Kontext eine horizontale, keine vertikale Kooperation (siehe etwa Oesterle, Kooperationen in Forschung und Entwicklung, in: Kooperationen, Allianzen und Netzwerke, 1. Aufl. 2003, S. 634). Gerade bei kleineren und mittleren Unternehmen besteht tatsächlich keine Möglichkeit, eine innovative Forschung oder Entwicklung zu betreiben. Die Zusammenlegung der Ressourcen bedient sowohl den motivatorischen Aspekt anspruchsvoller Aufgaben für die eigenen Beschäftigten als auch den wirtschaftlich vorhandenen Innovationszwang. Dabei spielt es grundsätzlich keine Rolle, ob beide oder mehrere Partner an ein und demselben Innovationsprojekt ein wirtschaftliches Interesse haben, da sich bereits die Möglichkeit sinnstiftender Arbeitsinhalte für die eigenen Beschäftigten positiv auf das Partnerunternehmen auswirken kann. Bestenfalls können alle Beteiligten jedoch auch die Innovation für ihre Zwecke verwenden.

Es soll dabei nicht unterschlagen werden, dass solche Formen drittbezogenen Personaleinsatzes durchaus auch kritisch zu betrachten sind (Polzin, RDA 2021, S. 84). Allerdings ist es ebenso praxisfremd, wenn die gesetzlichen Regulierungen derartige Kooperationen generell unter den Tatverdacht des Missbrauchs stellen. Eine konkurrenzfähige Wirtschaft braucht die Möglichkeit des agilen Handelns unter der Prämisse, dass der Staat bei Fehlentwicklungen gezielt eingreift. Pauschale Einschränkungen führen nur zum Verlust der Wettbewerbsfähigkeit insgesamt und der Innovationsfähigkeit im Besonderen. Doch genau diesen Weg beschreiten Gesetzgebung und Rechtsprechung sowohl in der Bundesrepublik als auch in Europa (so schon Henssler, RDA 2017, S. 18 [22 f.]).

Welche Möglichkeiten bestehen unter diesen Vorgaben noch im deutschen Recht? Neben den altbekannten Handlungsformen müssen die Arbeitgeber auch bereit sein, neue Wege zu beschreiten. Welche Option letztendlich die richtige ist, ergibt sich erst aus einer Betrachtung der Vor- und Nachteile in Bezug auf die geplante Zusammenarbeit.

Leiharbeit

Die Arbeitnehmerüberlassung ist die klassische Lösung bei kurzfristigem Austausch von Arbeitskräften. Die forschende Einheit „entleiht“ den interessierten Mitarbeiter eines anderen Unternehmens und erhält in diesem (zeitlichen) Umfang das Weisungsrecht. Darüber kann der entlehnte Beschäftigte in die Forschungsarbeit integriert werden. Der Nachteil der Leiharbeit besteht – neben dem schlechten Ruf – vor allem in dem formalen Aufwand, der damit verbunden ist. Darüber hinaus kann eine Überlassung maximal für 18 Monate zum gleichen Entleiher vorgenommen werden. Als Ergebnis der AÜG-Reform aus dem Jahr 2017 sollte die Arbeitnehmerüberlassung auf ihre Kernfunktion der zeitlich begrenzten Deckung eines beim Entleiher bestehenden Arbeitskräftebedarfs reduziert werden (Bissels/Falter, MDR 2019,

S. 641). Diese zeitliche Begrenzung macht das Instrument für einen Austausch im Rahmen einer echten Forschung und Entwicklung jedoch unattraktiv. Nach einer jüngeren Rechtsprechung kann auch ohne Erreichen der gesetzlich festgelegten Höchstdauer die Vorläufigkeit fehlen und die Arbeitnehmerüberlassung im Sinne des § 9 AÜG unwirksam sein (LAG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 29.11.2022 – 8 Sa 475/21). Von der Grundidee bis zur Marktreife eines Produkts können aber oft Jahre vergehen. Die Beteiligung des kooperierenden Unternehmens wäre entweder im Hinblick auf das eingesetzte Personal, der zeitlichen Beteiligung oder der Beurteilung eines Gerichts als Daueraufgabe eingeschränkt. Ob eine schriftliche Erklärung der Leiharbeitnehmer nach Überschreiten der zulässigen Überlassungshöchstdauer gegenüber dem Verleiher oder dem Entleiher, dass er an dem Arbeitsvertrag mit dem Verleiher festhält (§ 9 Abs. 1 Nr. 1b AÜG), eine dauerhafte Lösung sein kann, bleibt fraglich. Zudem greift ab diesem Zeitpunkt in vollem Umfang der Equal-Pay-Grundsatz nach § 8 AÜG, der zumindest aus wirtschaftlicher Sicht die Grundlage der Zusammenarbeit gefährden kann.

Doppelte Arbeitsverhältnisse

Alternativ kann das abgebende Unternehmen auch (befristet) ganz oder zum Teil auf die Arbeitskraft verzichten, indem die geschuldete Arbeitsleistung reduziert wird. Im entsprechenden Umfang kann mit dem forschenden Unternehmen ein weiterer Arbeitsvertrag abgeschlossen werden. Der Vorteil dieser Lösung besteht darin, dass die Rechtsverhältnisse im Sinne des Gesetzgebers klar getrennt sind. Allerdings ergeben sich dadurch auch viele Fragen im Zusammenhang mit den unterschiedlichen Ausgestaltungen der Arbeitsverträge und der befristeten Vertragsänderung (siehe auch BAG, Urt. v. 25.4.2018 – 7 AZR 520/16). Das BAG hat in diesem Urteil nochmals klargestellt, dass auch befristete Änderungen von Vertragsbestandteilen nur dann zulässig sind, wenn ein Interesse des Arbeitgebers vergleichbar mit den Befristungsgründen nach § 14 Abs. 1 TzBfG besteht. Durch einen Kunstgriff über § 307 BGB sind so die Maßstäbe für eine befristete Beschäftigung auch auf befristete Veränderungen bestehender Arbeitsverträge anwendbar gemacht worden. Allerdings gilt dies nicht schrankenlos.

Nach der Rechtsprechung des BAG kann bei befristeten Vertragsänderungen ebenfalls ausnahmsweise eine Rechtfertigung nach § 14 Abs. 1 TzBfG erforderlich sein. Dieser Fall wurde angenommen bei einer befristeten Aufstockung der Arbeitszeit in erheblichem Umfang. Erheblich soll dabei eine Erhöhung um 25 % der Arbeitszeit eines Vollzeitbeschäftigten über drei Monate sein (BAG, a. a. O.).

Bislang existieren derartige Urteile nur im Zusammenhang mit einer Erhöhung der Arbeitszeit. Dass dies auch bei einer Verringerung im entsprechenden Umfang gelten würde, ist jedoch anzunehmen. In der Praxis könnte das forschende Unternehmen die befristete Beschäftigung über § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 oder möglicherweise auch Nr. 4 TzBfG begründen. Der abgebende Arbeitgeber kann keine der Gründe geltend machen, da § 14 TzBfG darauf angelegt ist, einen Mehrbedarf an Arbeitsleistung zu

rechtfertigen und das spätere Weniger oder sogar der Wegfall des Bedarfs insgesamt durch Ablauf der Befristung realisiert wird. Man könnte allenfalls § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 TzBfG entsprechend heranziehen, da auch die Reduzierung der Arbeitszeit im Interesse des forschungswilligen Mitarbeiters steht. Alternativ wäre auf Seiten des abgebenden Arbeitgebers auch eine unbefristete Teilzeit (§ 8 TzBfG) oder eine befristete Brückenteilzeit (§ 9a TzBfG) denkbar.

Dieses Modell würde sowohl bei einer kooperativen als auch einseitig motivierten Forschung realisiert werden können, da arbeitsrechtlich eine Lösung über zwei Arbeitsverhältnisse die sonst typischen Risiken einer Zusammenarbeit lösen würde. Es bestehen in der Praxis häufig Ressentiments, da die Beschäftigten so schon „mit einem Bein“ den abgebenden Arbeitgeber verlassen haben. Dieses Modell ist arbeitsrechtlich unproblematisch, da die Ansprüche vertraglich gesichert, die Zuordnung der Arbeitgeberfunktion und die mitbestimmungsrechtliche Zuordnung eindeutig sind.

Der Arbeitsaufwand für die Personalabteilungen ist nicht größer als bei der Einstellung eines sonstig befristet Beschäftigten. Werden die Verträge immer wechselseitig ruhend gestellt, ist dies nicht erforderlich, da dann zwei unbefristete Arbeitsverträge parallel existieren. Sozialversicherungsrechtlich würden entweder beide Arbeitsverhältnisse gemeinsam oder nur das jeweils aktive Arbeitsverhältnis abgerechnet. Lediglich steuerrechtlich wäre dieses Konstrukt beim Doppelvertrag problematisch, da bei zwei bestehenden, aktiven Arbeitsverhältnissen eines nach der Steuerklasse 6 behandelt werden müsste. Dies ist jedoch nur ein Liquiditätsproblem, da der Arbeitnehmer durch die Einkommenssteuererklärung die zu viel gezahlte Lohnsteuer zurückerstattet bekommt. Dies könnte mit einem Arbeitnehmerdarlehen überbrückt werden.

Forschungsbeteiligung als (Teil-)Dienstleistung

Soweit es sich um eine fremdnützige Forschung handelt, besteht auch die Möglichkeit, arbeitsrechtlich keine Veränderung vorzunehmen und die Beschäftigten im Rahmen einer Dienstleistung/eines Werkvertrags im Auftrag des führenden Unternehmens zu beteiligen. Eine solche Beauftragung hat den Vorteil, dass der Arbeitgeber keine arbeitsrechtlichen Verpflichtungen eingehen muss und auch das Garantierisiko auf den Auftragnehmer abwälzen kann. In vielen Fällen muss die Arbeitsleistung zum Teil oder vollständig im Betrieb des Arbeitgebers/Auftraggebers vor Ort erbracht werden. Komplexe Aufgabenstellungen erfordern dann auch eine intensive Kommunikation zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer. Häufig geschieht dies im direkten Kontakt zwischen den Führungskräften des Auftraggebers und den Fremdfirmenmitarbeitern auf dem „kurzen Dienstweg“. Diese Praxis birgt jedoch große Risiken im Hinblick auf die Beurteilung des rechtlichen Status dieser Mitarbeiter. Es droht die Scheinselbstständigkeit oder der Scheinwerkvertrag (ausführlich Litschen/Yacoubi, NZA 2017, S. 484) mit der Folge einer verdeckten Arbeitnehmerüberlassung. Um dieser Gefahr zu entgehen, muss der Arbeitgeber/Auftraggeber sich u. a. zwingend jeder schädlichen Weisung gegenüber den Fremdarbeitnehmern enthalten.

In der Rechtsprechung ist auch das sog. fachliche (werk-, sach-, projektbezogene) Weisungsrecht nach § 645 Abs. 1 Satz 1 BGB anerkannt, das einem Auftraggeber gegenüber einem Auftragnehmer hinsichtlich des Auftrags-erfolgs zusteht (BAG, Urt. v. 24.10.2001 – 5 AZR 33/00; siehe auch BSG, Urt. v. 7.6.2019 – B 12 R 6/18 R). Daher darf der Auftraggeber den Fremdfirmenmitarbeitern gegenüber zwar keine arbeitsvertraglichen, jedoch fachliche Anweisungen erteilen. Die Abgrenzung der beiden Weisungsarten ist in der Praxis für die Führungskräfte kaum rechtssicher zu leisten, denn selbst wenn dem Sinn nach eine fachliche Anweisung gegenüber Fremdfirmenmitarbeitern vorliegt, kann diese auch zugleich implizit arbeitsvertragliche Weisungen beinhalten. Man spricht dann von doppelfunktionalen Weisungen, mit dem Risiko für den Arbeitgeber/Auftraggeber, dass hier ein Scheinvertragsverhältnis angenommen wird (LAG Stuttgart, Urt. v. 1.8.2013 – 2 Sa 6/13). Es besteht ein nicht zu unterschätzendes Risiko, dass diese Zusammenarbeit eine „verdeckte“ Arbeitnehmerüberlassung darstellen könnte, wenn nicht die Trennung zwischen dem eigentlichen Arbeitgeber und dem Auftraggeber eindeutig eingehalten wird. Sowohl eine zu enge Einbindung in die Organisation des anderen Unternehmens als auch die unmittelbare Erteilung von Weisungen könnten dazu führen, dass eine verdeckte Arbeitnehmerüberlassung angenommen wird, mit erheblichen insbesondere sozialversicherungsrechtlichen Folgen für die beteiligten Unternehmen.

Hinzu kommt, dass eine Weisungsfreiheit bei sog. „höheren Tätigkeiten“ ihre Indizwirkung für oder gegen eine Arbeitnehmerüberlassung verlieren kann. Für solche „höheren Tätigkeiten“ sei es gerade nicht untypisch, wenn die entsprechenden Arbeitnehmer die Tätigkeit fachlich weisungsfrei erledigen (BAG, Beschl. v. 22.11.2016 – 9 AZB 41/16). Was genau höhere Tätigkeiten sind, bleibt unbeantwortet. Es ist jedoch davon auszugehen, dass ein Forschungsteam wohl derartige Tätigkeiten ausübt.

Matrixorganisationen zwischen Unternehmen sind in Deutschland zwar anerkannt (z. B. BAG, Beschl. v. 22.10.2019 – 1 ABR 13/18), jedoch gesetzlich nur sehr unzureichend geregelt. Im Unterschied zur Arbeitnehmerüberlassung bleiben die Rechte und Pflichten gegenüber den ausführenden Beschäftigten vollständig beim eigentlichen Arbeitgeber. Die Zusammenarbeit mit dem führenden Unternehmen wird über eine neue Verteilung der Weisungsberechtigung erreicht. Die Matrixführungskraft ist für die fachliche Leitung des Teams zuständig, während der Arbeitgeber weiterhin die Personalverantwortung trägt. Sowohl die Matrixführungskraft als auch die Mitarbeiter des Matrixteams können dabei unterschiedlichen Betrieben oder Unternehmen angehören, bilden aber keinen Gemeinschaftsbetrieb. Je nach Fallgestaltung kann hier ein externer Forschungswilliger mit der Leitung eines internen Forschungsteams beauftragt werden, aber auch andersherum kann ein externes Team einer internen Matrixführungskraft unterstellt werden. In diesem Zusammenhang sind Matrixorganisationen möglicherweise die optimale Lösung, um einerseits die arbeitsrechtlichen Probleme zu lösen, andererseits aber eine Zusammenarbeit zweier unabhängiger Unter-

nehmen rechtssicher zu organisieren. Bislang werden Matrixstrukturen in der Rechtsprechung mehrheitlich im Mitbestimmungsrecht untersucht (BAG, Beschl. v. 12.6.2019 – 1 ABR 5/18). Wo genau die Trennlinie zur Arbeitnehmerüberlassung verläuft, ist jedoch unklar (z. B. LAG Köln, Urt. v. 14.7.2022 – 9 Ta 68/22).

Zusammenarbeit bei zweiseitigen Forschungsvorhaben

Durch Abschluss von Kooperations- und Führungsvereinbarung können sich verschiedene Unternehmen zur gemeinschaftlichen Führung eines Betriebs verbinden. Dessen einheitlicher Betriebszweck wäre in diesem Fall das gemeinsame Forschungsvorhaben. Zu diesem Ziel müssen die beteiligten Unternehmen materielle und immaterielle Betriebsmittel zusammenfassen und eine gemeinschaftliche Leitung in personellen und sozialen Angelegenheiten schaffen. Für einen Gemeinschaftsbetrieb ist nach § 1 Abs. 1 Satz 2 BetrVG die Errichtung eines gemeinsamen Betriebsrats kennzeichnend.

Wenn die Beschäftigten in einem derartigen Gemeinschaftsbetrieb beschäftigt werden, zu dessen gemeinsamer Führung sich mehrere Unternehmen rechtlich verbunden haben, liegt keine Arbeitnehmerüberlassung im Sinne des § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG vor. Arbeitnehmerüberlassung und Gemeinschaftsbetrieb schließen einander aus (BAG, Urt. v. 24.5.2022 – 9 AZR 337/21). An einer einheitlichen Leitung fehlt es jedoch in den Fällen, in denen sich die Beteiligung eines Arbeitgebers auf das „Zurverfügungstellen“ seiner Beschäftigten ohne eigenes Interesse beschränkt.

In der gedachten Forschungskoooperation besteht das Interesse des abgebenden Arbeitgebers aber bereits in einer sinnstiftenden Beschäftigung eines hochqualifizierten Arbeitnehmers, der sonst nicht entsprechend seiner Fähigkeiten ausgelastet werden kann. Ein wirtschaftliches Interesse an den Forschungsergebnissen gibt es in diesem Kontext möglicherweise nicht. Ob dies für die Annahme eines Gemeinschaftsbetriebs ausreicht, ist zumindest fraglich.

FAZIT

Deutschland benötigt dringend Spitzenforschung, um die wirtschaftliche Stellung auf dem Weltmarkt aufrecht erhalten zu können, die letztendlich unser aller Wohlstand sicherstellt. Eine Gesetzgebung und Rechtsprechung, die sich allein an Missbrauchsfällen orientiert und unterschiedslos alle Sachverhalte gleichbehandelt, wird der Komplexität der Gesellschaft und der Wirtschaft nicht gerecht. Wie aufgezeigt, gibt es Lücken in der stringenten und einseitigen Rechtsgestaltung, die jedoch mit Klippen und Tücken versehen sind, die jeden ambitionierten Versuch vereiteln können. Es bleibt zu hoffen, dass eine Bundesregierung, die sich zur Stärkung der Forschungslandschaft bekannt hat, auch die arbeitsrechtlichen Voraussetzungen dafür schafft. ■



Prof. Dr. Kai Litschen
Professur für Arbeits- und Sozialrecht an der Ostfalia Hochschule, Wolfenbüttel, Dekan der Brunswick European Law School (BELS)