

Weiterbeschäftigung „arbeitsunfähiger“ Mitarbeiter
Möglichkeiten trotz AU-Bescheinigung S. 14

Corporate Immigration
Mitarbeitereinsatz in den USA und Deutschland S. 20

Vertragliche Verschwiegenheitsklauseln
Schutz von Geschäftsgeheimnissen S. 24



Künstliche Intelligenz
Verbindliche Regeln für ChatGPT und Co.



Internationaler Arbeitereinsatz von Unternehmen in den USA und Deutschland

Corporate Immigration

Mit der Entwicklung der Globalisierung und der Wirtschaft brauchen viele Länder ständig qualifizierte bzw. internationale Fachkräfte. Die Arbeitskräfte sind der Schlüssel zum Erfolg eines Unternehmens. Das weltweite Phänomen „War for Talents“ besteht für die Unternehmen schon seit dem Jahr 1997. Mit diesem Aufsatz sollen die Personalabteilungen der Unternehmen einen Überblick über die aktuelle Lage der Einwanderungspolitik von Fachkräften für Unternehmen sowohl in den USA als auch in Deutschland erhalten, um das erfolgreiche Ausbauen der ausländischen Geschäfte dabei zu unterstützen.

AUSGANGSLAGE: GESETZGEBUNG GEGEN DEN FACHKRÄFTEMANGEL

Nach Angabe der Bundesregierung waren in Deutschland im Jahr 2022 fast zwei Millionen Stellen unbesetzt. Nach Zahlen des Bundeswirtschaftsministeriums betreffen die Engpässe insbesondere die Gesundheitsbranche, die IT-Branche, die Mathematik und Naturwissenschaft sowie viele weitere Produktions- und Dienstleistungsbranchen. Um mehr Fachkräfte nach Deutschland zu ziehen, hat die Bundesregierung einen Entwurf zur Reform des Fachkräfteeinwanderungsgesetzes des BMAS und BMI am 29.3.2023 gebilligt. Auch in den USA bemüht sich die Regierung mit dem „Inflation Reduction Act“ darum, es für internationale Unternehmen attraktiv zu machen, in den USA zu investieren und zu produzieren. Die Entsendung hochqualifizierter Fachkräfte in die USA wird durch verschiedene Einwanderungsmaßnahmen ermöglicht.

DIE EINWANDERUNGSPOLITIK VON UNTERNEHMEN IN DEN USA

Im Jahre 2022 stellten die USA 6,8 Millionen zeitbegrenzte Visa aus. Diese Zahl liegt noch immer unter den Zahlen aus dem Jahr 2018, in welchem es 9 Millionen waren. Die Nachfrage nach Arbeitsvisa für deutsche Spezialisten oder Führungskräfte ist jedoch hoch und wird sicherlich in den nächsten Jahren steigen. Noch gibt es keine Beschränkungen von E- oder L-Visa (dies gilt momentan nur für H-1B-Visa, die auf 85.000 pro Jahr beschränkt sind und durch ein Losverfahren entschieden werden). Um ein Arbeitsvisum beantragen zu können, muss der Visaantragsteller ein Arbeitsangebot von einem US-Arbeitgeber haben und sich entweder als Spezialist oder Führungskraft qualifizieren. Spezialisten haben meist Spezialkenntnisse von bestimmten Maschinen, Dienstleistungen oder technischen Verläufen und sollten mindestens zwei Jahre Vollzeitarbeiterfahrung nachweisen können. Führungskräfte sollten in der jetzigen und in der US-Position direkte Untergebene haben. Alle Arbeitsvisa sind an einen US-Arbeitgeber gebunden und können nicht für andere US-Arbeitgeber genutzt werden. Auch sind alle Arbeitsvisa zeitbegrenzt.

BONA-FIDE-GESCHÄFTSREISEN UNTER ESTA ODER B-1-VISUM

Deutsche Geschäftsreisende können unter ESTA (elektronische Registrierung, bis zu 90 Tage Aufenthalt) oder unter einem B-1-Visum (bis zu 180 Tage Aufenthalt) für „bona fide“ (echte) Geschäftszwecke in die USA reisen. Besuchszwecke können eine Teilnahme an Geschäftstreffen, Messen oder Konferenzen sowie Vertragsverhandlungen sein. Der Reisende darf keine produktive Arbeit für ein US-Entgelt leisten. Auch Monteure, die für den Einbau/die Wartung einer in Deutschland produzierten Maschine zum US-Kunden reisen müssen, können diese Aufgaben unter ESTA oder einem B-1-Visum ohne US-Bezahlung als sog. „After Sales Service“ durchführen. Dazu sollte der Monteur Dokumente mit sich führen, die zeigen, dass

- er weiterhin in Deutschland angestellt ist (Arbeitsvertrag, Gehaltsabrechnung),
- der „After Sales Service“ auf den Verkauf einer Maschine des deutschen Arbeitgebers basiert (Kaufvertrag) und
- der Einbau, die Wartung und die Kommissionierung Teil des Kaufvertrags mit dem amerikanischen Kunden sind.

Auch darf ein ESTA/B-1-Reisender ein kurzes US-Training in den USA erhalten (auf 90 Tage begrenzt).

ESTA-Reisende müssen die USA nach spätestens 90 Tagen verlassen und ein Rückflugticket innerhalb von 90 Tagen vorweisen können. Es gibt keine Verlängerung des Aufenthalts unter ESTA.

B-1/B-2-Reisende können bis zu 180 Tage in den USA verweilen und ggf. den Aufenthalt, mit gutem Grund, um weitere 180 Tage mithilfe eines Verlängerungsantrags verlängern (z. B. Aufenthalt für medizinische Behandlung). Momentan gibt es 40 ESTA-Länder. Dazu gehören Deutschland, Österreich und die Schweiz.

Es ist wichtig zu wissen, dass ein Reisender sich sowohl mit ESTA als auch mit B1/B2-Visum bis zu 180 Tage pro Jahr in den USA aufhalten kann. Diesen Zeitrahmen sollte man einhalten, um eine US-Steuererklärung zu vermeiden.

E- UND L-VISA

Für alle produktiven Arbeiten für einen US-Arbeitgeber benötigen Reisende ein Arbeitsvisum. Die häufigsten Arbeitsvisa für deutsche Arbeitgeber sind das E- (Handels- und Investorenvisum) oder das L-1-Visum (firmeninterne Versetzung).

E-1/E-2-Handels- und Investorenvisum

Um ein E-1- oder E-2-Visum beantragen zu können, muss der US-Arbeitgeber eine sogenannte E-1- (Treaty Trader) oder E-2-Registrierung (Investor) beim US-Konsulat in Frankfurt einreichen. Ein E-Visum wird für Länder ausgestellt, die einen E-1- und/oder E-2-Vertrag mit den Vereinigten Staaten haben. Mit Deutschland besteht ein Vertrag sowohl über E-1- als auch E-2-Visa mit den Vereinigten Staaten.

Beide Registrierungen setzen voraus, dass mindestens die Hälfte der Geschäftsanteile der US-Gesellschaft im Besitz eines oder mehrerer Staatsangehöriger eines Landes sind, das ein Investitionsabkommen mit den USA abgeschlossen hat. E-1 basiert auf einem umfangreichen bilateralen Handel zwischen Deutschland und den USA (mindestens 50 %). Das E-2-Visum basiert auf einer erheblichen und unwiderruflichen US-Investition in den US-Arbeitgeber (ca. 150.000 US-Dollar). Mit dem Antrag auf Registrierung kann ein E-1/E-2-Visum für einen deutschen Bürger beantragt werden, der entweder Spezialist oder Führungskraft ist. Die Visa können für bis zu fünf Jahre ausgestellt und eine Verlängerung kann beantragt werden. Zur Zeit der Beantragung sollte der E-Visum-Antragsteller die Absicht haben, die USA nach Ablauf des Visums oder Beendigung der E-Anstellung zu verlassen. Diese Rückkehrabsicht gilt z. B. auch für die folgenden Visa: F-1, J-1, M-1 und TN.

L-1-Firmenversetzungsvisa

Ein L-1-Visum setzt eine Firmenverwandtschaft (51 %) zwischen dem deutschen Arbeitgeber oder einer verwandten Firma und dem zukünftigen US-Arbeitgeber voraus. Der zukünftige US-Arbeitnehmer muss darüber hinaus schon mindestens ein volles Jahr in den letzten drei Jahren bei der deutschen Firma als Spezialist oder Führungskraft gearbeitet haben und in einer ähnlichen Position in die USA entsandt werden. L-1B-Visa werden für Spezialisten für maximal fünf Jahre genehmigt, L-1A-Visa für Führungskräfte für bis zu sieben Jahre.

Sowohl E- als auch L-Visum-Inhaber können für einen limitierten Zeitraum weiterhin von der Mutterfirma bezahlt werden, sodass sie weiterhin Sozialabgaben in ihrem Heimatland leisten können. Der US-Arbeitgeber sollte sich aber erkundigen, welche Abgaben in den USA trotzdem zu leisten sind.

Aufgrund einer Gesetzesänderung im April 2022 dürfen E- und L-Ehegatten nunmehr automatisch in den USA für jeden Arbeitgeber arbeiten. E- und L-derivative Kinder sind nicht arbeitsberechtigt.

Das gestempelte Visum ist nur ein Dokument für die Einreise in die USA. Nach jeder US-Einreise sollte jeder Visuminhaber sein „I-94 Arrival/Departure Record“ (Eintrittsdokument) überprüfen, um sicherzustellen, dass die folgenden Daten stimmen:

- Eintrittsdatum,
- Visumtyp,
- angegebenes Austrittsdatum.

Ehegatten sollten sicherstellen, dass ihr Status als E-2S/ E-1S oder L-2S gelistet ist. Ehegatten, deren Status nicht mit einem „S“ gelistet ist, müssen das I-94 korrigieren lassen, bevor sie eine Social Security Number (Steuer-nummer) beantragen, um arbeitsberechtigt zu sein.

Aufgrund der Visaanforderungen ist es sehr wichtig, den Visumprozess so früh wie möglich anzustoßen. E-1/ E-2-Registrierungen in Deutschland dauern ca. vier Monate, in anderen Ländern sogar länger. Alle Visumanträge, die über die US-Immigrationsbehörde beantragt werden müssen, sollten unter dem Beschleunigungsverfahren (Premium Processing) eingereicht werden, um lange Bearbeitungszeiten zu verhindern.

DAUERHAFTES AUFENTHALTS- UND ARBEITSGENEHMIGUNG („GREEN CARD“)

Eine ständige Aufenthalts- und Arbeitsgenehmigung (auch „Green Card“ genannt) basiert hauptsächlich auf Familie, beruflicher Anstellung oder der jährlichen Diversity-Lotterie. Ehegatten von US-Bürgern, Green-Card-Inhabern und auch ausländische Adoptivkinder können durch einen Green-Card-Antrag die dauerhafte Aufenthalts- und Arbeitsgenehmigung erlangen.

Auch können amerikanische Arbeitgeber ggf. für ausländische Arbeitnehmer eine derartige Genehmigung beantragen, für die es verschiedene Kategorien gibt. Im Herbst eines jeden Jahres gibt es zudem die Diversity-Lotterie Green-Card-Auslosung, durch die 50.000 Green Cards an bestimmte qualifizierte Ausländer vergeben werden.

DIE EINWANDERUNGSPOLITIK VON UNTERNEHMEN IN DEUTSCHLAND

Deutschland ist die größte Volkswirtschaft in Europa und eine der wichtigsten in der Welt. Offizielle Geschäftsreisen nach Deutschland oder internationale Mitarbeiter-einsätze sind in der Post-Covid-Zeit wieder häufiger und wichtiger geworden. Wenn man als Unternehmer oder Mitarbeiter aus einem Drittland nach Deutschland einreisen möchte, wird in der Regel ein Visum benötigt. Das Visum kann man direkt bei der zuständigen deutschen Auslandsvertretung (Botschaft oder Generalkonsulat) vor Ort beantragen.

Es ist wichtig für Einreisende, darauf zu achten, welche Art von Visum benötigt wird. Das hängt vom Zweck der Reise und der gesamten Dauer des geplanten Aufenthalts ab. Grundsätzlich kann ein Schengen-Visum für einen kurzen Aufenthalt, wie z. B. eine kurze Geschäftsreise bis zu 90 Tage, beantragt werden. Für längere Aufenthalte, wie z. B. Einsätze ausländischer Mitarbeiter in Deutschland, sollte ein Arbeitsvisum beantragt werden. Um die Einstellung der ausländischen Mitarbeiter rechtmäßig durchführen zu können, ist es für deutsche Unternehmen notwendig, zuerst zu prüfen, ob der ausländische Kandidat ein gültiges Visum sowie eine Arbeitserlaubnis besitzt. Die folgenden Visumarten sind im Allgemeinen üblich und werden im grenzüberschreitenden Geschäftsverkehr sowie bei einer sog. „Corporate Immigration“ häufig benötigt:

BUSINESS-SCHENGEN-VISA

Wenn ein normaler Mitarbeiter, ein leitender Angestellter oder ein Geschäftsführer einen kurzen Aufenthalt in Deutschland plant, um z. B. an einem Meeting mit einem Geschäftspartner teilzunehmen, ein Seminar oder eine Messe zu besuchen, kann ein Schengen-Visum i. S. d. § 6 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG bis zu einer Gesamtaufenthaltsdauer von 90 Tagen je Zeitraum von 180 Tagen verlängert werden. Das Schengen-Visum kann ggf. auch verlängert werden.

Das Schengen-Visum ist ein Einreisevisum für einen kurzfristigen Aufenthalt im Schengenraum, einschließlich

Deutschland. Ein Schengen-Visum berechtigt grundsätzlich zur Einreise und zum Aufenthalt in allen Schengenstaaten. In der EU gibt es derzeit 27 Mitgliedstaaten, von denen 23 dem Schengener Abkommen zugehörig sind. Zusätzlich sind alle Mitgliedstaaten der Europäischen Freihandelsassoziation (Island, Liechtenstein, Norwegen und die Schweiz) Teil des Abkommens. Die ersten Schengenstaaten haben das Schengener Abkommen am 14.6.1985 unterzeichnet. Am 1.1.2023 wurde auch Kroatien in den Schengenraum aufgenommen (Europäischer Rat, Erläuterungen zum Schengenraum). Für den Business Traveller ist wichtig zu beachten, dass das Schengen-Visum keine Arbeitserlaubnis enthält. Daher darf der Inhaber während seines Aufenthalts in Deutschland keine bezahlte Arbeit ausüben.

Bei der Schengen-Visum-Beantragung gibt es nach § 5 AufenthG bestimmte Anforderungen und Dokumente, die eingereicht werden müssen, wie z. B. ein gültiger Reisepass, ein Antragsformular vom zuständigen deutschen Konsulat, finanzielle Nachweise, eine Bestätigung der Unterkunft sowie eine Reisekrankenversicherung. Der Antragsteller muss grundsätzlich auch einen konkreten Grund für den Aufenthalt in Deutschland nachweisen und in einigen Fällen kann ein Einladungsschreiben erforderlich sein. Der Antragsprozess kann je nach Land variieren und es wird empfohlen, frühzeitig mit den Vorbereitungen zu beginnen. Das Schengen-Visum bietet eine gute Möglichkeit für Führungskräfte und Mitarbeiter, an wichtigen Meetings, Konferenzen oder Messen in Deutschland teilzunehmen.

ICT-KARTE FÜR UNTERNEHMENSINTERNE, TRANSFERIERTE ARBEITNEHMER

ICT ist die Abkürzung des englischen Begriffs „intra-corporate transfer“. Die ICT-Karte ist ein Aufenthaltstitel für Drittstaatsangehörige, die innerhalb eines Unternehmens oder innerhalb einer Unternehmensgruppe vom Arbeitgeber mit Sitz in einem Drittstaat vorübergehend nach Deutschland entsandt werden (Bundesagentur für Arbeit, Unternehmensinterner Transfer für Drittstaatsangehörige, Mai 2022).

Seit dem 1.8.2017 gibt es gemäß § 19 AufenthG für die Entsendung und den Einsatz von Mitarbeitern innerhalb von Konzernunternehmen die ICT-Karte. Diese muss von einem Drittstaat aus beantragt werden. Grundsätzlich können nur Führungskräfte, Spezialisten und Trainees eine ICT-Karte beantragen. Die Mitarbeiter müssen nach § 19 Abs. 2 Satz 2 AufenthG dem Unternehmen oder der Unternehmensgruppe unmittelbar vor Beginn des unternehmensinternen Transfers seit mindestens sechs Monaten und für die Zeit des Transfers ununterbrochen angehören. Der unternehmensinterne Transfer sollte gemäß § 19 Abs. 2 Satz 3 AufenthG auch mehr als 90 Tage dauern. Die ICT-Karte ist in der Regel relativ einfach zu beantragen, und im Prinzip können Führungskräfte und Spezialisten gemäß § 19 Abs. 4 AufenthG für die Dauer der ICT-Karte bis zu maximal drei Jahre im Unternehmen in Deutschland beschäftigt werden. Die ICT-Karte für Trainees kann maximal für ein Jahr ausgestellt werden.

Dazu gibt es eine Mobile-ICT-Karte i. S. d. § 19b AufenthG zum Zweck eines unternehmensinternen Transfers, wenn der ausländische Mitarbeiter eine ICT-Karte eines anderen Mitgliedstaates besitzt. Nach der Erklärung vom Bundesamt für Migration und Flüchtlinge kann eine Mobile-ICT-Karte für Deutschland erteilt werden, wenn der unternehmensinterne Transfer in einem anderen EU-Mitgliedstaat am längsten stattfindet und ein weiterer unternehmensinterner Transfer in Deutschland über 90 Tage, aber dennoch kürzer als der Transfer in dem anderen EU-Mitgliedstaat dauert, z. B. wenn ein unternehmensinterner Transfer für Spanien für 24 Monate und ein unternehmensinterner Transfer für Deutschland für zwölf Monate geplant ist. Der Mitarbeiter kann entsprechend eine ICT-Karte für Spanien und eine Mobile-ICT-Karte für Deutschland bekommen (BAMF, Häufig gestellte Fragen zur Richtlinie 2014/66/EU [ICT], 29.4.2022).

ARBEITSVISUM UND BLAUE KARTE

Gemäß § 18 ff. AufenthG können ausländische Berufstätige mit einem akademischen Abschluss oder einer Berufsausbildung, die diese für eine ihrer Qualifikation entsprechende Tätigkeit nutzen, eine Aufenthaltserlaubnis mit einem Arbeitsvisum erhalten.

Akademiker, die eine ihrer Qualifikation entsprechende Tätigkeit anstreben und deren Jahresbruttoeinkommen im Jahr 2023 mindestens 58.400 Euro beträgt (bei Mangelberufen wie Naturwissenschaftlern, Mathematikern, Ingenieuren, Ärzten und IT-Fachleuten liegt das Bruttojahreseinkommen bei mindestens 45.552 Euro), können nach § 18b AufenthG die Blaue Karte EU zum Zweck einer ihrer Qualifikation angemessenen Beschäftigung erhalten. Die Gehaltsgrenzen werden für jedes Kalenderjahr neu angepasst (BAMF, Die Blaue Karte EU, 29.12.2022).

Für die Blaue Karte EU hat der deutsche Gesetzgeber wichtige Änderungen bzw. Erleichterungen vorgenommen. Nach Art. 1 Nr. 8 des Gesetzentwurfs zur Reform des Fachkräfteeinwanderungsgesetzes sollen die bestehenden Gehaltsschwellen als Voraussetzung der Erteilung in der Zukunft auf 56,6 % der Beitragsbemessungsgrenze der gesetzlichen Rentenversicherung gesenkt werden. Zusätzlich ist für den Arbeitsplatzwechsel eines Inhabers einer Blauen Karte EU keine Erlaubnis der Ausländerbehörde erforderlich. Das macht die Ausübung einer Tätigkeit des Inhabers der Blauen Karte flexibler. Zudem wird ein Universitätsabschluss nicht mehr als zwingende Voraussetzung für die Erteilung der Blauen Karte gefordert. Darüber hinaus können IT-Spezialisten künftig eine Blaue Karte erhalten, auch wenn sie keinen Hochschulabschluss besitzen, aber bestimmte non-formale Qualifikationen nachweisen können.

CHANKENKARTE

Um mehr Fachkräfte zu bekommen, plant der deutsche Gesetzgeber künftig die Einführung der Chancenkarte. Der Gesetzgeber legt zurzeit den Fokus auch auf das Potenzial von Erwerbsmigranten, die noch keinen Arbeits-

vertrag vorweisen können, und setzt schon bei der Jobsuche an.

Nach Art. 3 Nr. 5 des Gesetzentwurfs zur Reform des Fachkräfteeinwanderungsgesetzes wird für Personen mit ausländischem, mindestens zweijährigem Berufsabschluss zur Arbeitsplatzsuche eine Chancenkarte auf Basis eines Punktesystems eingeführt. Ähnlich wie das Punktesystem in Kanada wird der Einwanderer nach Auswahlkriterien bewertet, wie bspw. Sprachkenntnisse, Berufserfahrung, Alter und Deutschlandbezug. Die Chancenkarte gilt für ein Jahr, damit kann der Erwerbsmigrant bis zu 20 Stunden pro Woche arbeiten oder für jeweils höchstens zwei Wochen bei einem potenziellen Arbeitgeber auf Probe arbeiten.

ANZEIGEPFLICHT NACH § 19 BESCHÄFTIGUNGSVERORDNUNG

Für bestimmte Arbeiten im Rahmen der Werklieferungsverträge in Deutschland, die von einem ausländischen Arbeitgeber für maximal 90 Tage pro Jahr beauftragt werden, ist nach § 19 BeschV keine Genehmigung für einen Aufenthaltstitel erforderlich. Solche Arbeiten umfassen nach § 19 Abs. 1 BeschV das Aufstellen, Montieren, Warten oder Reparieren von Maschinen oder elektronischen Geräten, die bei dem ausländischen Arbeitgeber bestellt sind, und die Betreuung der Bedienung von Maschinen sowie Absolventen des Betriebslehrgangs im Rahmen von Export- oder Lizenzverträgen.

Für den ausländischen Arbeitgeber ist die Anzeigepflicht bei der Bundesagentur für Arbeit zu beachten. Wenn es sich um das Demontieren von gebrauchten Anlagen für den Wiederaufbau handelt oder um das Aufstellen und Montieren von Maschinen, die für gewerbliche Zwecke verwendet werden, muss der Arbeitgeber nach § 19 Abs. 1 Satz 2 BeschV dies der Bundesagentur für Arbeit vorher mitteilen.

ZUSAMMENFASSUNG UND AUSBLICK

In der derzeitigen komplexen Situation planen sowohl die deutsche als auch die US-amerikanische Regierung, ausländische qualifizierte Fachkräfte durch verbesserte rechtliche Maßnahmen ins Land zu ziehen, um den Arbeitskräftemangel zu beseitigen und damit die Entwicklung der Wirtschaft gleichzeitig zu fördern. Für Unternehmen ist es wichtig, sich über die rechtlichen Entwicklungen auf dem Laufenden zu halten. In der aktuellen Situation sollten Unternehmen, die in den USA investieren wollen, die verbesserte Gelegenheit nutzen, um Visa für ihre Mitarbeiter rechtzeitig zu beantragen. Eine Weiterentwicklung und Erleichterung der deutschen Einwanderungspolitik wird auch deutschen Unternehmen bei der Einstellung ausländischer Mitarbeiter helfen und ausländische Unternehmen dazu motivieren, in Deutschland zu investieren. ■



Hilde Holland

Esq. PARTNER bei Wuersch & Gering LLP, New York



Dr. Yuanyuan Yin

Legal Consultant bei BUSE, Frankfurt am Main