

Rechtsanwalt Dr. Steffen Krieger und wiss. Mitarbeiterin Sophia Ampatziadis*

Die Reform der Arbeitnehmerüberlassung – Auf was müssen Unternehmen achten?

Nach langem Reformprozess hat der Bundestag am 21.10.2016 den „Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze“ (BT-Drs. 18/9232) beschlossen. Ziel der Gesetzesänderung ist es einerseits, die Arbeitnehmerüberlassung als flexibles Instrument des Personaleinsatzes zu erhalten. Andererseits soll abgesichert werden, dass Arbeitnehmerüberlassung nur der zeitlich begrenzten Deckung eines Arbeitskräftebedarfs dient. Im Vordergrund stehen die Verhinderung von Missbrauch von Leiharbeit und die Stärkung der Stellung von Leiharbeitnehmern. Um auf die ab dem 1.4.2017 geltende neue Rechtslage vorbereitet zu sein, sollten sich Unternehmen jetzt mit den Änderungen vertraut machen und gegebenenfalls Anpassungen vornehmen. Dieser Beitrag gibt einen Überblick, was Unternehmen zukünftig zu beachten haben, und bietet damit eine Richtschnur für den Umgang mit den neuen gesetzlichen Vorgaben.

I. Klare Einordnung bestehender und zukünftiger Fremdpersonaleinsätze

Zunächst sollten bestehende Einsätze von Fremdpersonal sorgfältig geprüft werden. Handelt es sich dabei um Arbeitnehmerüberlassung oder um den Einsatz aufgrund eines Werk- oder Dienstvertrags?

Diese Abgrenzung hat schon in der Vergangenheit Schwierigkeiten bereitet,¹ ist jetzt aber wichtiger denn je. Zwar bietet § 1 I 2 AÜG nF eine Legaldefinition der Arbeitnehmerüberlassung. Diese führt aber nicht zu zusätzlicher Rechtsicherheit, da lediglich die Rechtsprechung des BAG² gesetzlich verankert wurde. Maßgebende Abgrenzungskriterien bleiben die Eingliederung des Arbeitnehmers in die Arbeitsorganisation des Entleihers und der Übergang des Weisungsrechts auf den Entleiher.

Die klare Einordnung ist deshalb von großer Bedeutung, weil § 1 I 5 und 6 AÜG nF eine Kennzeichnungs- und Konkretisierungspflicht vorgeben. Die Arbeitnehmerüberlassung muss künftig im Vertrag zwischen Verleiher und Entleiher bereits vor der Überlassung ausdrücklich als solche gekennzeichnet sein. Zusätzlich muss die Person des Leiharbeitnehmers im Vertrag konkretisiert sein. Die Bestimmung des passenden Vertragstyps ist damit entscheidend und überantwortet den Unternehmen ein noch größeres Risiko.

Wird gegen die Kennzeichnungs- und Konkretisierungspflicht verstoßen, drohen nicht nur Bußgelder.³ Der Arbeitsvertrag zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer ist nach § 9 I Nr. 1 a AÜG nF unwirksam und es gilt ein Arbeitsverhältnis zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer zu dem für den Beginn der Tätigkeit vorgesehenen Zeitpunkt als zustande gekommen (§ 10 I AÜG nF). Eine Ausnahme von dieser Rechtsfolge besteht nur dann, wenn der Leiharbeitnehmer fristgerecht eine so genannte Festhaltungserklärung abgegeben hat (dazu V).

Bestehende Arbeitnehmerüberlassungsverträge sollten demnach schon jetzt ausdrücklich gekennzeichnet und konkretisiert werden. Stichtag ist der 1.4.2017. Sind die Verträge bis dahin nicht entsprechend gekennzeichnet und konkretisiert, werden die genannten Rechtsfolgen ausgelöst. Bei bestehenden Werk- und Dienstverträgen ist sorgfältig zu prüfen, ob sie aufgrund der tatsächlichen Durchführung nicht doch als Arbeitnehmerüberlassung zu beurteilen sind. In Zweifelsfällen empfiehlt sich die Einordnung als Arbeitnehmerüberlassung (mit den dann allerdings damit verbundenen Folgen wie equal pay usw.), um Risiken zu vermeiden.

Künftige Verträge müssen von vornherein klar eingeordnet werden. Die Möglichkeit, durch eine „Vorratserlaubnis“ des Verleihers die negativen Rechtsfolgen zu verhindern, falls doch ein Fall von Arbeitnehmerüberlassung vorliegt, besteht nicht mehr.⁴ Schon die fehlende Kennzeichnung und Konkretisierung löst die Fiktion des Arbeitsverhältnisses aus.

Nicht selten wandelt sich der Charakter eines Vertragsverhältnisses im Laufe der Zeit. So kann durch „schleichende“ Eingliederung ein Werkvertrag zu einem Arbeitnehmerüberlassungsvertrag werden.⁵ Wird dies nicht rechtzeitig erkannt, droht mangels Kennzeichnung und Konkretisierung die Fiktion eines Arbeitsverhältnisses zum Entleiher. Verantwortliche Führungskräfte und die Personalabteilung sollten deshalb entsprechend geschult werden, um das Bewusstsein für diese Thematik zu schärfen.

* Der Autor Krieger ist Rechtsanwalt und Partner bei Gleiss Lutz in Düsseldorf; die Autorin Ampatziadis ist wiss. Mitarbeiterin bei Gleiss Lutz.

1 Ausf. dazu BAG, NZA-RR 2012, 455 (459); NJOZ 2004, 3635; LAG Niedersachsen, Urt. v. 19.1.2015 – 8 Sa 668/14, BeckRS 2015, 70069.

2 Vgl. BAG, NJOZ 2004, 3635 (3637); AP AÜG § 10 Nr. 19 Rn. 14 f.; ErfK/Wank, 17. Aufl. 2017, § 1 AÜG Rn. 13–16 a.

3 Die Bußgelder können nach § 16 I Nr. 1 d iVm § 16 II AÜG nF einen Umfang von bis zu 30.000 Euro haben.

4 Diese Möglichkeit wurde ua anerkannt in BAG, Urt. v. 12.7.2016 – 9 AZR 51/15, BeckRS 2016, 74837 Rn. 40; LAG Baden-Württemberg, NZA-RR 2015, 520 (521).

5 Vgl. Neighbour/Schröder, BB 2016, 2869 (2872).

II. Einhaltung der zeitlichen Grenzen der Überlassung

Unternehmen sollten prüfen, mit welchen technischen oder anderen Mitteln die Einsatzdauer und die jeweiligen Unterbrechungszeiten jedes einzelnen Leiharbeitnehmers in Zukunft zuverlässig überwacht werden können und entsprechende Maßnahmen umsetzen. Denn eine nicht nur vorübergehende Arbeitnehmerüberlassung ist in Zukunft nicht mehr sanktionslos.⁶ Nach § 1 Ib 1 AÜG nF gilt eine Höchstüberlassungsdauer von 18 Monaten. Durch oder aufgrund von Tarifvertrag kann davon sowohl nach oben als auch nach unten abgewichen werden. Nicht tarifgebundene Entleiher können abweichende tarifvertragliche Regelungen zur Überlassungshöchstdauer durch Betriebs- oder Dienstvereinbarung übernehmen, sofern sie vom Geltungsbereich des Tarifvertrags erfasst sind und eine Überlassungshöchstdauer von 24 Monaten nicht überschritten wird, vgl. § 1 Ib 3–6 AÜG nF.

Nach § 1 Ib 2 AÜG nF ist der Zeitraum vorheriger Überlassungen durch denselben oder einen anderen Verleiher an denselben Entleiher vollständig anzurechnen, wenn zwischen den Einsätzen jeweils nicht mehr als drei Monate liegen. Zulässig ist aber eine Rotation des Leiharbeitnehmers zwischen verschiedenen Entleihern.⁷

Zeiten vor dem 1.4.2017 sind für die Berechnung der Höchstdauer nicht zu berücksichtigen. Die frühestmögliche Überschreitung der Höchstdauer kann demnach am 1.10.2018 stattfinden. In diesem Fall kommt neben Bußgeldern⁸ nach § 9 I Nr. 1 b iVm § 10 I 1 AÜG nF ein Arbeitsverhältnis zwischen Leiharbeitnehmer und Entleiher zustande. Eine Ausnahme von dieser Rechtsfolge besteht wieder nur dann, wenn der Leiharbeitnehmer fristgerecht eine so genannte Festhaltungserklärung abgegeben hat (dazu V).

III. Equal Pay nach neun bzw. spätestens 15 Monaten

Arbeitgeber müssen Leiharbeitnehmern künftig nach neun Monaten das gleiche Entgelt zahlen, das ein vergleichbarer Stammarbeitnehmer im Entleiherbetrieb erhält, vgl. § 8 I AÜG nF. Während nach bisheriger Rechtslage tarifvertragliche Abweichungen vom Equal Pay-Grundsatz zeitlich unbegrenzt möglich sind,⁹ gilt künftig grundsätzlich die Neun-Monats-Grenze. Eine Ausnahme greift dann, wenn ein Tarifvertrag Lohnaufstockungen bereits nach längstens sechs Wochen vorsieht. In diesem Fall muss spätestens nach 15 Monaten Equal Pay gewährt werden, vgl. § 8 IV 2 AÜG nF.

Es empfiehlt sich zu prüfen, mit welchen technischen oder anderen Mitteln der Zeitrahmen von neun Monaten überwacht werden kann, und entsprechende Maßnahmen einzuführen. Tarifgebundene Unternehmen müssen darüber hinaus die voraussichtlichen Anpassungen der bestehenden Tarifverträge an die Neuregelungen zum Equal Pay-Grundsatz umsetzen.

Frühere Überlassungen bei demselben Entleiher sind auf die Frist von neun Monaten vollständig anzurechnen, wenn zwischen den Einsätzen jeweils nicht mindestens drei Monate liegen, § 8 IV 4 AÜG nF. Allerdings bleiben Überlassungszeiten vor dem 1.4.2017 bei der Berechnung unberücksichtigt. Die frühestmögliche Verpflichtung zur Gewährung von Equal Pay trotz Tarifvertrags tritt damit am 1.1.2018 ein.

Neben Bußgeldern von bis zu 500.000 Euro (vgl. § 16 I Nr. 7 a AÜG iVm § 16 II AÜG nF) führt ein Verstoß gegen den Equal Pay-Grundsatz zur Unwirksamkeit derjenigen Vertragsklauseln, die für die Leiharbeitnehmer schlechtere Arbeitsbedingungen vorsehen, vgl. § 9 I Nr. 2 AÜG nF. Der

Leiharbeitnehmer kann auf dem Rechtsweg die Gewährung von Equal Pay einklagen.¹⁰ Zusätzlich kann die Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis des Verleihers nach § 3 I Nr. 1 AÜG nF iVm § 5 I Nr. 3 AÜG widerrufen werden. Folge davon kann wiederum die Unwirksamkeit des Arbeitsvertrags zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer sein, so dass ein Arbeitsverhältnis zum Entleiher fingiert wird, vgl. § 9 I Nr. 1 iVm § 10 I 1 AÜG nF. Ausnahme ist auch hier wieder eine Festhaltungserklärung des Leiharbeitnehmers (dazu V).

IV. Kein Einsatz von Leiharbeitnehmer als Streikbrecher

Unternehmen können Streiks künftig grundsätzlich nicht mehr durch den Einsatz von Leiharbeitnehmern abfedern. Grund dafür ist das neue Einsatzverbot von Leiharbeitnehmern im vom Arbeitskampf betroffenen Entleiherbetrieb, vgl. § 11 V AÜG nF. Das bloße Leistungsverweigerungsrecht habe sich in der Praxis als unzureichend erwiesen. So seien Leiharbeitnehmer massiv unter Druck gesetzt worden, als Streikbrecher tätig zu werden.¹¹

Nicht vom Einsatzverbot umfasst werden aber Leiharbeitnehmer, die bereits bei Beginn des Arbeitskampfs im Entleiherbetrieb tätig waren und ihre bisherige Tätigkeit fortführen.¹² Sie haben ein Leistungsverweigerungsrecht, auf das sie vom Verleiher hingewiesen werden müssen, vgl. § 11 V 3, 4 AÜG nF. Das Verbot greift nicht, wenn der Leiharbeitnehmer ausschließlich Tätigkeiten abseits des Arbeitskampfs verrichtet.¹³ Er darf aber keine Tätigkeiten von Arbeitnehmern übernehmen, die sich im Arbeitskampf befinden oder ihrerseits Tätigkeiten von Arbeitnehmern übernommen haben, die sich im Arbeitskampf befinden, vgl. § 11 V AÜG nF.

Es empfiehlt sich daher, bereits ab Einsatzbeginn eines Leiharbeitnehmers dessen Tätigkeiten zu dokumentieren, um später einen Abgleich vornehmen zu können. Auch sollten vor Beginn eines Arbeitskampfs verantwortliche Führungskräfte und die Personalabteilung über die Grenzen der Einsatzmöglichkeiten von Leiharbeitnehmern aufgeklärt werden, um keinen Verstoß gegen das Einsatzverbot zu riskieren. Ein solcher zieht empfindliche Bußgelder nach sich.¹⁴

V. Rettungsschirm: Festhaltungserklärung

Wie dargestellt, wird in drei Fällen zwischen Leiharbeitnehmer und Entleiher nach § 10 I 1 AÜG nF ein Arbeitsverhältnis fingiert. Zum einen, wenn der Verleiher keine Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis hat (§ 9 I Nr. 1 AÜG nF), zum anderen, wenn Verleiher und Entleiher die Überlassung nicht ausdrücklich gekennzeichnet und konkretisiert haben (§ 9 I Nr. 1 a AÜG nF) und auch dann, wenn die Höchstüberlassungsdauer überschritten wurde (§ 9 I Nr. 1 b AÜG nF).

⁶ Zur bisherigen Rechtslage vgl. *BAGE* 146, 384 = *NJW* 2014, 956 = *NZA* 2014, 196 (197).

⁷ Vgl. *Zieglmeier*, *DStR* 2016, 2858 (2863).

⁸ Die Bußgelder können einen Umfang von bis zu 30.000 Euro haben, vgl. § 16 I Nr. 1 e AÜG iVm § 16 II AÜG nF.

⁹ Vgl. *BAGE* 144, 306 = *NZA* 2013, 680 (682) = *NJW* 2013, 2544 Ls.; *Hamacher*, *Antragslexikon Arbeitsrecht*, 2. Aufl. 2015, Equal Pay.

¹⁰ So auch bisher vgl. *BAG*, *NZA-RR* 2008, 231.

¹¹ *BT-Drs.* 18/9232, 27.

¹² *BT-Drs.* 18/9232, 28; eing. hierzu *Neighbour/Schröder*, *BB* 2016, 2869 (2873).

¹³ Vgl. *Neighbour/Schröder*, *BB* 2016, 2869 (2873); s. auch *Lembke*, *NZA* 2017, 1 (11).

¹⁴ Diese können einen Umfang von bis zu 500.000 Euro haben, vgl. § 16 I Nr. 8 a AÜG iVm § 16 II AÜG nF.

Diese Rechtsfolge tritt jedoch ausnahmsweise nicht ein, wenn der Leiharbeitnehmer mittels einer so genannten Festhaltungserklärung auf die Fortsetzung seines Arbeitsverhältnisses zum Verleiher besteht. Da Verleiher und Entleiher in aller Regel einen Wechsel des Arbeitnehmers zum Entleiher vermeiden wollen, sollten sie bei Eintritt eines der oben genannten Fälle auf die Abgabe einer Festhaltungserklärung durch den Leiharbeitnehmer hinwirken. Sollte eine solche wirksam erfolgt sein, darf die Überlassung keinesfalls fortgesetzt werden. Eine Fortführung trotz Festhaltungserklärung führt zur erneuten Unwirksamkeit des Arbeitsvertrags zwischen Leiharbeitnehmer und Verleiher und damit zu einem Arbeitsverhältnis zwischen Leiharbeitnehmer und Entleiher, vgl. § 9 III 2 AÜG nF.

Die Festhaltungserklärung ist innerhalb eines Monats nach dem zwischen Verleiher und Entleiher für den Beginn der Überlassung vorgesehenen Zeitpunkt gegenüber dem Verleiher oder dem Entleiher abzugeben, vgl. § 9 I Nr. 1–1 b AÜG nF. Zu beachten ist dabei, dass eine vor Beginn der Frist und damit vor Beginn der Arbeitnehmerüberlassung abgegebene Festhaltungserklärung nach § 9 III 1 AÜG nF. unwirksam ist. Eine vom Leiharbeitnehmer vor der Arbeitsaufnahme abgegebene Festhaltungserklärung „auf Vorrat“ scheidet folglich aus.¹⁵

Problematisch ist im Einzelfall, wann die Monatsfrist zu laufen beginnt. Erfolgt die Überlassung verdeckt, beginnt die Frist mit dem vorgesehenen Tätigkeitsbeginn. Schlägt ein Werkvertragsinsatz später in eine Arbeitnehmerüberlassung um, ist das Umschlagen der maßgebende Zeitpunkt. Bei Überschreitung der Höchstüberlassungsdauer beginnt die Frist im Zeitpunkt der Überschreitung.¹⁶ Entscheidend ist damit das objektive Merkmal der Arbeitnehmerüberlassung.¹⁷

Die Festhaltungserklärung muss aber nicht nur fristgerecht, sondern auch wirksam sein. Dies setzt voraus, dass der Leiharbeitnehmer sie persönlich bei der Agentur für Arbeit vorlegt, wo die Erklärung mit dem Datum der Vorlage und dem Hinweis versehen wird, dass die Agentur für Arbeit die Identität des Leiharbeitnehmers festgestellt hat. Schließlich muss die Erklärung dem Entleiher oder dem Verleiher spätestens am dritten Tag nach der Vorlage bei der Agentur für Arbeit zugehen, vgl. § 9 II AÜG nF.

Macht ein Leiharbeitnehmer gegenüber dem Entleiher die Fiktion eines Arbeitsverhältnisses geltend, trägt der Leiharbeitnehmer die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen von Arbeitnehmerüberlassung. Es ist dann Sache des beklagten Arbeitgebers, die Rechtzeitigkeit der Festhaltungserklärung zu beweisen.¹⁸ Nach § 9 III 4 AÜG nF führt eine wirksame Festhaltungserklärung jedoch nicht zum Wegfall der gesamtschuldnerischen Haftung von Verleiher und Entleiher für die Zahlung der Sozialversicherungsbeiträge gem. § 28 e II 4 SGB IV.

Fraglich ist, ob der Verleiher oder Entleiher eine Festhaltungserklärung vorbereiten und dem Leiharbeitnehmer zur Unterzeichnung vorlegen kann. Obwohl die Festhaltungserklärung keine Vertragsbedingung im eigentlichen Sinne ist, werden die §§ 305 ff. BGB auch auf von einem Verwender vorformulierte einseitige Erklärungen des Vertragspartners angewendet, wenn sie im Zusammenhang mit einer vertraglichen Beziehung stehen.¹⁹ Der Transparenzkontrolle gem. § 307 I BGB hält die Erklärung stand, wenn sie eindeutig formuliert ist. Beispielhaft bietet sich folgende Erklärung an:

„Mir ist bekannt, dass nach dem Gesetz ein Arbeitsverhältnis zwischen mir und der X (Bezeichnung des Auftraggebers) als zustande gekommen gilt. Ich widerspreche der Entstehung eines Arbeitsverhältnisses mit der X und möchte mein Arbeitsverhältnis mit meinem Vertragspartner Y (Bezeichnung des Vertragsarbeitgebers) fortsetzen.“²⁰

VI. Was sonst noch zu beachten ist

1. Gesetzliche Definition des Arbeitnehmerbegriffs in § 611 a BGB nF

Der Begriff des Arbeitnehmers ist in Zukunft in § 611 a BGB nF definiert. Mit der Legaldefinition sollen missbräuchliche Gestaltungen des Fremdpersonaleinsatzes verhindert und die Rechtssicherheit erhöht werden. Insbesondere sollen Kontrollbehörden Missbrauchsfälle leichter aufdecken können.²¹ Da sich die Definition allerdings in der wörtlichen Wiedergabe der höchstrichterlichen Rechtsprechung zum Arbeitnehmerbegriff²² erschöpft, wird der neue § 611 a BGB dem Wunsch nach mehr Rechtssicherheit nicht gerecht. Die Beurteilung der Arbeitnehmereigenschaft findet weiter auf Basis einer wertenden Gesamtbetrachtung statt. Die Neuregelung schafft im Hinblick auf die Abgrenzung zwischen Arbeitnehmerüberlassung und Fremdpersonaleinsatz auf Grundlage von Werk- oder Dienstvertrag keine Erleichterung.

2. Kein Ketten-, Zwischen- und Weiterverleih

Leiharbeitnehmer dürfen nicht weiterverliehen werden. Dies ergibt sich künftig aus § 1 I 3 AÜG nF, wonach die Überlassung nur zulässig ist, soweit zwischen dem Verleiher und dem Leiharbeitnehmer ein Arbeitsverhältnis besteht. Kettenverleih tritt regelmäßig unbeabsichtigt bei der Einschaltung von Subunternehmen auf Basis von Werk- oder Dienstverträgen auf, wenn Arbeitnehmer des Subunternehmens in den Betrieb des Werkbestellers oder Dienstberechtigten eingegliedert werden.²³ Folge ist dann das Entstehen eines Arbeitsverhältnisses zum Werkbesteller/Dienstberechtigten. Unternehmen müssen daher darauf achten, dass Leiharbeitnehmer bei Einsätzen in anderen Unternehmen nicht in deren Betriebsorganisation eingegliedert werden und das Weisungsrecht nicht weitergegeben wird.

3. Berücksichtigung von Leiharbeitnehmern bei Schwellenwerten

Bereits jetzt sollten Unternehmen ermitteln, ob relevante Schwellenwerte durch die Beschäftigung von Leiharbeitnehmern erreicht werden und welche Handlungspflichten sich daraus ergeben. Zwar werden Leiharbeitnehmer schon nach aktueller Rechtsprechung bei Schwellenwerten des Betriebsverfassungsgesetzes berücksichtigt.²⁴ Bislang wurde aber

15 So auch *Zieglmeier*, DStR 2016, 2858 (2864 f.); s. ausf. *Hamann/Rudnik*, NZA 2017, 22 sowie *Hamann*, jurisPR-ArbR 40/2016, Anm. 1 zu BAG, Urt. v. 12.7.2016 – 9 AZR 352/15, BeckRS 2016, 72463.

16 BT-Drs. 18/9232, 25.

17 Für ein zusätzliches subjektives Kriterium *Hamann*, jurisPR-ArbR 40/2016, Anm. 1 zu BAG, Urt. v. 12.7.2016 – 9 AZR 352/15, BeckRS 2016, 72463.

18 S. *Hamann*, jurisPR-ArbR 40/2016, Anm. 1 zu BAG, Urt. v. 12.7.2016 – 9 AZR 352/15, BeckRS 2016, 72463.

19 BGHZ 141, 124 = NJW 1999, 1864; *Palandt/Grünberg*, BGB, 75. Aufl. 2016, § 305 Rn. 5.

20 Bsp. nach *Hamann*, jurisPR-ArbR 40/2016, Anm. 1 zu BAG, Urt. v. 12.7.2016 – 9 AZR 352/15, BeckRS 2016, 72463.

21 Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD für die 18. Legislaturperiode, S. 49; BT-Drs. 18/1932, 31.

22 Vgl. BAG, AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 119 = NJOZ 2011, 88; NZA-RR 2007, 424 (425).

23 Vgl. *Baeck/Winzer*, NZA 2015, 269 (273).

24 Vgl. BAGE 139, 342 = NZA 2012, 221 = NJW 2012, 2221 Ls.

kontrovers diskutiert, ob Leiharbeitnehmer auch bei Schwellenwerten des Mitbestimmungsgesetzes und anderer mitbestimmungsrechtlicher Gesetze zu berücksichtigen sind.²⁵ § 14 II AUG nF schreibt künftig ausdrücklich die Berücksichtigung von Leiharbeitnehmern für die Unternehmensmitbestimmung vor. Eine sorgfältige Prüfung der Auswirkungen dieser Regelung ist insbesondere deswegen zu empfehlen, weil sich erstmalig die Pflicht zur Bildung eines drittelmitbestimmten oder sogar paritätisch mitbestimmten Aufsichtsrats ergeben kann.²⁶

4. Stärkere Einbindung des Betriebsrats in die Personalplanung

Unternehmen müssen in Zukunft ihren Betriebsrat (noch) stärker in die Personalplanung einbinden. Der Betriebsrat ist frühzeitig und umfangreich über einen geplanten Fremdpersonaleinsatz zu informieren. Das Unterrichtsrecht des Betriebsrats bezieht sich künftig auch ausdrücklich auf den zeitlichen Umfang des Einsatzes, den Einsatzort und die Arbeitsaufgaben des Leiharbeitnehmers. Auf Verlangen ist dem Betriebsrat der Arbeitnehmerüberlassungsvertrag mit dem Verleiher vorzulegen, vgl. § 80 II BetrVG nF. Im Rahmen der Personalplanung hat der Arbeitgeber den Einsatz von Fremdpersonal mit dem Betriebsrat zu beraten, vgl. § 92 I BetrVG nF. Darüber hinaus muss er – wie bisher auch – nach § 99 I BetrVG die Zustimmung des Betriebsrats zur Einstellung des jeweiligen Leiharbeitnehmers einholen.

VII. Fazit

1. Die Reform des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes bringt wesentliche Änderungen mit sich. Dazu gehört insbesondere, dass schon geringfügige Verstöße strenge Sanktionen zur

Folge haben. Unternehmen sollten den Neuregelungen daher ausreichend Aufmerksamkeit schenken und die Vorlaufzeit bis zum 1.4.2017 dazu nutzen, ihre Organisation auf die Änderungen einzustellen. Die vielen Fristenregelungen erfordern ein geeignetes Kontrollsystem und eine geschulte Einkaufs- und Personalabteilung.

2. Unternehmen tragen künftig ein noch größeres Risiko beim Einsatz von Fremdpersonal. Wird der Einsatz nicht zutreffend als Arbeitnehmerüberlassung eingeordnet, drohen erhebliche Rechtsfolgen. Dennoch werden den Unternehmen durch die Gesetzesänderung keine Kriterien an die Hand gegeben, die die Abgrenzung zum Werk- bzw. Dienstvertrag erleichtern.²⁷

3. Der Einsatz von Fremdpersonal steht und fällt mit der richtigen Einordnung des Vertrags. Ergibt die Abgrenzung, dass Arbeitnehmerüberlassung vorliegt, ist neben Erlaubnis des Verleihers, Kennzeichnung und Konkretisierung eine Organisation erforderlich, die sicherstellt, dass die Fristen und zeitlichen Grenzen eingehalten werden. Ist der Vertrag als Werk- oder Dienstvertrag einzuordnen, muss organisatorisch sichergestellt sein und überwacht werden, dass sich der Charakter des Vertragsverhältnisses nicht im Laufe der Zeit unbemerkt wandelt. ■

25 Dagegen OLG Hamburg, NZA 2014, 858; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 12.5.2004 – 19 W 2/04, BeckRS 2004, 07727; OLG Saarbrücken, NZG 2016, 941; zumindest für eine Berücksichtigung iRv § 9 MitbestG; BAG, NZA 2016, 559; dafür Schubert/Liese, NZA 2016, 1297; Hay/Grüneberg, NZA 2014, 814 mwN.

26 So auch Neighbour/Schröder, BB 2016, 2869.

27 Ob eine Arbeitnehmerüberlassung vorliegt, ist anhand einer wertenden Gesamtbetrachtung aller Umstände des Einzelfalls zu bestimmen, vgl. BT-Drs. 18/9232. So auch die stRspr, vgl. BAG, NZA 1992, 19; LAG Baden-Württemberg, NZA 2013, 1017.

Rechtsanwälte Dr. Jochen Lehmann und Sören Rettig*

Versicherungsvertrieb im Internet

Zur Abgrenzung des erlaubnisfreien Tippgebers von der regulierten Vermittlertätigkeit

Beim Internetvertrieb von Versicherungen ist ungeklärt, ob Vereinfachungen für die Beratungspraxis der Versicherungsvermittler zuzulassen sind. Nach Umsetzung der IDD-Richtlinie dürften die Belange des Verbraucherschutzes derartigen Erleichterungen entgegenstehen. Angesichts des erheblichen (auch programmierungstechnischen) Aufwands für die Erfüllung der Vermittlerpflichten im Internet wird die Abgrenzung der erlaubnisfreien Tätigkeit als Tippgeber von der regulierten Versicherungsvermittlung besprochen und anhand der regulatorischen Zielsetzung für die Beratungspraxis konkretisiert.

I. Einleitung

Der Internetvertrieb von Versicherungen nimmt mittlerweile einen festen Platz unter den vielfältigen Vertriebsformen ein. Als Teil des intensiv regulierten Versicherungsvertriebs muss er dabei nicht nur wie die „klassischen“ Vertriebsformen umfangreiche regulatorische Anforderungen, sondern auch spezielle Anforderungen im Hinblick auf den Vertrieb über das Medium Internet erfüllen. Diese machen diese Vertriebsform, so attraktiv sie aufgrund der vermeintlich einfachen Handhabung und der Einsparung von Ressourcen erscheinen mag, zugleich rechtlich komplex und, wie das Check24-Verfahren vor dem LG München I¹ zeigt, angreifbar.

Daher verwundert es nicht, dass eine der umstrittensten Fragen des Internetvertriebs die Möglichkeit von Erleichterungen bezüglich der Pflichten eines Versicherungsvermittlers aufgrund des gewählten Mediums betrifft. Ausdrückliche gesetzgeberische Aussagen gab es bisher zu diesem Thema nicht. Durch die RL (EU) 2016/97 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.1.2016 über Versicherungsvertrieb (im Folgenden: IDD-Richtlinie) wird der Internetvertrieb erstmals auch ausdrücklich vom Gesetzeswortlaut erfasst, ohne dass bislang entsprechende Ausnahmen von dem allgemeinen Pflichtenkatalog, etwa betreffend Beratungs- und Dokumentationspflichten, ersichtlich sind. Auch wenn die Umsetzung der Richtlinie noch nicht erfolgt ist, legt der vorhandene Regierungsentwurf² nahe, dass es keine Erleichterungen für den Vertrieb im Internet geben wird.

Die Frage, wie der Vertrieb im Internet gerade bei komplexeren Produkten stattfinden soll, ist deshalb auch die Frage

* Der Autor Lehmann ist Rechtsanwalt und Partner der Kanzlei Görg; der Autor Rettig, LL.M. (Melbourne), ist dort Rechtsanwalt und Associate.

1 LG München I, Urt. v. 13.7.2016 – 15268/15, BeckRS 2016, 12788.

2 www.bmw.de/Redaktion/DE/Downloads/G/gesetzentwurf-idd-und-awg-aenderung.pdf?__blob=publicationFile&cv=3 (alle hier aufgeführten Internetseiten zuletzt abgerufen am 16.2.2017).