



*Dr. Markus Sprenger – stellvertretender Geschäftsführer,
Kommunaler Arbeitgeberverband Hessen e.V.*

**„Von neuen Bereichsausnahmen bis zu neuen Ausnahmereichen:
Erfreuliches und Erstaunliches in den Änderungen des Arbeitnehmerüberlassungsrechts“**

Vortrag am 8. Dezember 2016

Der Referent wurde als Schüler von *Professor Dr. Franzen* mit einer Promotion zur Flugsicherung vorgestellt. Heute sei er bei einem Arbeitgeberverband in Hessen. Zu dem Thema der Arbeitnehmerüberlassung sei bereits viel geschrieben worden – allerdings noch nicht, zu dem Stand, der nun Gesetz werden wird. Diese Analyse sei nun aber nötig:

Der Referent stellte seinem Vortrag einige Erläuterungen zu den Begrifflichkeiten der Arbeitnehmerüberlassung voran: Unter Leiharbeit sei demnach das Leihen von Arbeit zu verstehen, wobei kennzeichnend sei, dass diese nicht im Betrieb organisiert werde. Dabei aber kein Outsourcing vorliege. Die Arbeit könne bedarfsgerecht eingesetzt werden und unterliege nicht den unternehmerischen Risiken der Stammbesellschaft. Zeitarbeit sei dagegen die Leihe von Arbeit auf bestimmte Zeit. Trotz Beteiligung mehrerer Personen sei dieses Modell wirtschaftlich interessant. Aus gewerkschaftlicher Sicht deswegen, da es eine Durchbrechung des Lohnkartells des Tariflohns darstelle. Im juristischen Sprachgebrauch seien eher die technischen Begriffe der Arbeitnehmerleihe oder der Arbeitnehmerüberlassung gebräuchlich um dieses Dreiecksverhältnis der Leiharbeit zu beschreiben.

Diesen Begriffserläuterungen schloss sich ein historischer Abriss der Arbeitnehmerüberlassung an. Deren Anfänge lägen im Gesetz über Arbeitsvermittlung von 1931 der Weimarer Republik. Damit sei ein staatliches Monopol der Arbeitsverwaltung geschaffen worden, welches bis in die Anfangszeit der BRD Bestand gehabt habe. Das Urteil des BVerfG von 1967 sei dann einschneidend gewesen: es erklärte dieses staatliche Vermittlungsmonopol mit Art. 3 GG für vereinbar. Zwischen 1969 und 1981 sei die Arbeitnehmerüberlassung kontrovers diskutiert worden. Das in dieser Zeit entstandene Arbeitnehmerüberlassungsgesetz von 1972 habe dann kein reines Verbot mehr enthalten, sondern habe die Arbeitnehmerüberlassung einer behördlichen Kontrolle unterstellt und Aufklärungspflichten normiert. Seit 1985 sei eine politische Neubewertung als Mittel der Arbeitsförderung wahrnehmbar. Diese habe sich in einer Liberalisierung der gesetzlichen Regelungen der Überlassungshöchstdauer und den „Harz-Reformen“ gezeigt. Die Umsetzung der EU-Leiharbeitsrichtlinie habe seit 2011 dann das bisherige nationale Gesetz völlig reformiert. So wurde das Merkmal der „Gewerbsmäßigkeit“ durch das weiter gefasste Merkmal „im Rahmen wirtschaftlicher Tätigkeit des Verleihers“ ersetzt. Trotz zahlreicher Kritik, sei der Gesetzesentwurf von Ministerin Nahles nahezu unverändert Gesetz geworden. Wegen der Erwähnung in der Richtlinie und im nationalen Recht sei etwa strittig, ob das

Merkmal „vorübergehend“ obligatorisch oder freiwillig zu verstehen sei. Die Umsetzung der Richtlinie sei teils überschießend erfolgt.

Im Folgenden wechselte der Referent von der Bundes- zur Landesebene um dort Korrekturen im Bereich des Tarifvertrags des öffentlichen Dienstes (TVöD) zu erläutern. Grundlegend sei vorab zu unterscheiden ob eine Arbeitnehmerüberlassung an oder durch Verbandsmitglieder erfolge. Nur letztere werde durch den TVöD erfasst. Fragen der dauerhaften Personalgestellung und der Grundlage der Arbeitnehmerüberlassung in § 4 TVöD wurden mittels der Beispiele der Verlagerung einer gemeindlichen Kindertagesstätte auf einen kirchlichen Träger unter Weiterbeschäftigung der ehemaligen gemeindlichen Erzieherinnen, sowie der interkommunalen Zusammenarbeit durch einen Zweckverband mit kommunaler Personalzuweisung erörtert.

Der Vortrag wurde durch die Analyse einiger Verschärfungen des AÜGs abgerundet. Thematisiert wurden dabei unter anderem die neue Regelung der Höchstüberlassungsdauer, die maximal zulässige Dauer der Entgeltunterschreitung, sowie die dreifache Transparenzpflicht nach § 1 und 11 AÜG. Die Wirkung der §§ 9, 10 Abs. 1 AÜG sei erheblich ausgeweitet worden. Die bisherige Notlösung der Vertragsfiktion mit dem Entleiher sei nun bei vielen Verstößen als zivilrechtliche Sanktion vorgesehen. Abschließend wurden die Regelungen zum Arbeitskampf bei Arbeitnehmerüberlassung besprochen. Für den Entleiher bestehe ein Einsatzverbot von Leiharbeitnehmern um einen Streikbruch herbeizuführen. Außerdem sei der eingeführte streikpolizeiliche Ansatz für das deutsche Recht völlig neu. Die Regelung Österreichs, die als Vorbild gedient habe, enthalte deutlich geringere Bußgeldandrohungen.

Die folgende Diskussion wurde von *Herrn Professor Dr. Richard Giesen* geleitet. Zu Beginn stand die Frage, warum der, der Praxis schon lange Probleme bereitender Begriff des Entgelts nicht im Rahmen der Reform definiert worden sei. Es folgte eine Diskussion um die positive Koalitionsfreiheit um anschließend nochmals Fragen des Arbeitskampfrechts zu vertiefen. Gegenstand waren hier unter anderem Möglichkeiten und Ausmaß eines Polizeieinsatzes gegen streikbedingte Verhaltensweisen von Leiharbeitnehmern. Weiter, ob man nach Thüsing über § 14 OWiG eine „Beteiligung“ von Leiharbeitnehmern trotz dem eigentlichen Schutzzweck des Gesetzes annehmen könne. Die hier festzustellende Privilegierung Tarifgebundener habe eine neue Qualität. Es sei fraglich ob die verfassungsrechtlichen Grenzen hier nicht überschritten würden. Dies sei insbesondere deswegen sehr problematisch, da dieser Mechanismus nach den Plänen des Ministeriums auch auf andere Bereiche ausgeweitet werden könnte.

Felisa Frey
Wissenschaftliche Mitarbeiterin