

## **EuGH zur Leiharbeit: Vorübergehend ist (fast) alles, was vorübergeht**

Von Prof. Dr. Wolfgang Däubler, Uni Bremen

Der Europäische Gerichtshof in Luxemburg (EuGH) hat am 17. März 2022 ein Urteil erlassen, das sich mit dem „vorübergehenden“ Charakter der Leiharbeit befasst.\* Dieser ist in Art. 1 der Leiharbeitsrichtlinie von 2008 vorgeschrieben. Anlass für die Entscheidung war eine Vorlage des Landesarbeitsgerichts Berlin, das über den Fall eines Leiharbeiters bei Daimler/Berlin entscheiden musste, der dort seit fast fünf Jahren auf demselben Arbeitsplatz beschäftigt war.

Der Leiharbeitskollege – im Urteil mit seinen Anfangsbuchstaben „NP“ benannt – hatte vom 1. September 2014 bis 31. Mai 2019 ausschließlich in der Motorenfertigung bei Daimler in Berlin gearbeitet. Er vertrat die Auffassung, eine Beschäftigung, die über ein Jahr, hilfsweise zwei Jahre hinausgehe, sei nicht mehr „vorübergehend“. Es sei daher wegen der Überschreitung der zeitlichen Obergrenze ein Arbeitsverhältnis zu Daimler entstanden. Das Arbeitsgericht Berlin wies seine Klage ab, das Landesarbeitsgericht machte sich die Aufgabe weniger einfach und legte dem EuGH eine Reihe von Fragen vor, der verbindlich über den Inhalt von Unionsrecht entscheidet...

### **Leiharbeit auf Dauerarbeitsplätzen**

Das Landesarbeitsgericht Berlin hatte bei früherer Gelegenheit den Standpunkt vertreten, Leiharbeitnehmer könnten auf Dauerarbeitsplätzen nur eingesetzt werden, wenn dort jemand z. B. wegen Krankheit oder Schwangerschaft ausgefallen sei. Dauerarbeitsplätze – im damaligen Fall bei der Pflege im Krankenhaus – dürften nicht ohne einen solchen Anlass mit Leiharbeitnehmern besetzt werden. Andernfalls könne der Arbeitgeber beliebig Stammarbeitskräfte durch Leiharbeitnehmer ersetzen, was nicht Sinn der Leiharbeit sei. Die erste Frage lautete daher, ob die Leiharbeitsrichtlinie einen solchen Einsatz von Leiharbeitnehmern zulasse.

*\*Im Internet am einfachsten auffindbar unter seinem Aktenzeichen: C-232/20*

Die Antwort war enttäuschend. Keine Bestimmung der Richtlinie spreche die Art der Arbeit oder die Art der Stelle an, auf der im Einsatzbetrieb gearbeitet werde. Es gehe ausschließlich um den vorübergehenden Charakter des Einsatzes, sonst um nichts. Dabei findet sich in Randnummer 34 des Urteils eine Passage mit einem gewissen Unterhaltungswert.

„Zweitens wird der Begriff „vorübergehend“ auch in Art. 3 Abs. 1 Buchst. b bis e der Richtlinie 2008/104 verwendet, in dem die Begriffe „Leiharbeitsunternehmen“, „Leiharbeitnehmer“, „entleihendes Unternehmen“ und „Überlassung“ definiert werden. Wie der Gerichtshof bereits entschieden hat, geht aus diesen Definitionen hervor, dass das Arbeitsverhältnis mit einem entleihenden Unternehmen seiner Natur nach vorübergehend ist (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 14. Oktober 2020...)“

In der Tat: „vorübergehend“ wird als „vorübergehend“ definiert. Nicht immer kommt man eben zu neuen Erkenntnissen. Die Ziele der Richtlinie (u.a. Schutz der Leiharbeitnehmer bei gleichzeitiger Wahrung der Vielfalt der Arbeitsmärkte) verlangen nicht, dass keine Leiharbeitnehmer auf Dauerarbeitsplätzen tätig sein dürften. Von der arbeitsmarktpolitischen Funktion, die eine solche Einsatzmöglichkeit hat, ist nirgends die Rede. Der Horizont ist auf den Wortlaut der Richtlinie beschränkt.

So wenig man sich darüber freuen kann: Man sollte nicht vergessen, dass die Richtlinie einen Art. 9 Abs. 1 enthält, der günstigere Rechts- und Verwaltungsvorschriften zugunsten der Leiharbeitnehmer auf nationaler Ebene zulässt. Das Landesarbeitsgericht Berlin kann also seine frühere Rechtsprechung durchaus beibehalten, muss sich dabei aber ausschließlich auf das AÜG stützen. Die Richtlinie muss außen vor bleiben.

### **Sind 55 Monate noch „vorübergehend“?**

Die eigentlich sehr klare zweite Frage des Landesarbeitsgerichts Berlin („Ist die Überlassung eines Leiharbeitnehmers unterhalb einer Zeitspanne von 55 Monaten als nicht mehr vorübergehend im Sinne des Art. 1 der Richtlinie 2008/104 anzusehen?“) wurde vom EuGH umformuliert: Das vorliegende Gericht wolle „im Kern wissen, ob Art. 1 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 5 der Richtlinie 2008/104 dahin auszulegen sind, dass es einen missbräuchlichen Einsatz aufeinander folgender Überlassungen eines Leiharbeitnehmers darstellt, wenn solche Überlassungen auf demselben Arbeitsplatz bei einem entleihenden Unternehmen für eine Dauer von 55

Monaten verlängert werden.“ Hintergrund war vermutlich die Tatsache, dass der Leiharbeiter nicht einen Vertrag über 55 Monate, sondern verschiedene hintereinander geschaltete Verträge bekommen hatte, so dass sich nur bei einem Blick aufs Ganze der nicht mehr vorübergehende Charakter ergeben konnte.

Zunächst stellt der EuGH fest, dass die Richtlinie keine bestimmte Höchstdauer für die Überlassung vorschreibe. Die Mitgliedstaaten müssten lediglich dafür sorgen, dass „Leiharbeit bei demselben entleihenden Unternehmen nicht zu einer Dauersituation für einen Leiharbeiter wird.“ Das klingt ein bisschen besser, aber im Grunde ist es nur eine sprachliche Umformulierung: Was Dauercharakter hat, ist nicht mehr vorübergehend. Wo die Grenze verläuft, bleibt offen.

Die Mitgliedstaaten hätten das Recht, eine bestimmte Höchstdauer festzuschreiben. Falls sie dies nicht tun, sei es Sache der nationalen Gerichte, die Grenze in jedem Einzelfall zu bestimmen. Dabei müssten sämtliche relevanten Umstände, zu denen insbesondere die Branchenbesonderheiten zählen, berücksichtigt werden. Bei Kettenentsendungen sei darauf zu achten, ob diese darauf angelegt seien, die Ziele der Richtlinie, insbesondere die vorübergehende Natur der Leiharbeit zu umgehen. Weiter heißt es, wenn die aufeinander folgenden Überlassungen zu einer Beschäftigungsdauer jenseits dessen führen, was man „vernünftigerweise“ als vorübergehend betrachtet, so sei dies ein Hinweis auf einen missbräuchlichen Einsatz. Bei der Handhabung des Kriteriums „vorübergehend“ muss man daher Vernunft walten lassen – wer hätte es vermutet? Die Erkenntnisfortschritte sind wieder – höflich ausgedrückt – überschaubar. Doch dann kommt plötzlich eine relativ klare Ansage:

„Ebenso umgehen aufeinanderfolgende Überlassungen desselben Leiharbeiters an dasselbe entleihende Unternehmen den Wesensgehalt der Bestimmungen der Richtlinie 2008/104 und kommen einem Missbrauch dieser Form des Beschäftigungsverhältnisses gleich, da sie den Ausgleich, den diese Richtlinie zwischen der Flexibilität für die Arbeitgeber und der Sicherheit für die Arbeitnehmer herstellt, beeinträchtigen, indem sie Letztere unterminieren.“

Nimmt man das ernst, so müsste unser Leiharbeitskollege seinen Prozess gewinnen. Schließlich wird als zu berücksichtigender Umstand noch genannt, dass das Unternehmen keine Begründung angibt, weshalb es denselben Arbeitnehmer immer

wieder zum selben Entleiher schickt. Damit ist im Grunde alles in die Hände der nationalen Gerichte gelegt; wenn sie es für sinnvoll halten, könnten sie schon eine Überlassung von zwei Jahren als nicht mehr vorübergehend qualifizieren. Hoffen wir, dass diese Spielräume sinnvoll ausgenutzt werden.

### **Dauerüberlassung in der Vergangenheit?**

Die weiteren Fragen sind von weniger grundlegender Bedeutung. § 19 Abs. 2 AÜG legt fest, dass bei der am 1. April 2017 eingeführten Obergrenze von 18 Monaten die in der Vergangenheit beim selben Entleiher verbrachten Zeiten nicht berücksichtigt werden. Nun galt aber schon seit 2011 der Grundsatz, dass die Leiharbeit vorübergehenden Charakter haben muss, weil die Richtlinie dies vorschrieb und der deutsche Gesetzgeber es in dieser abstrakten Formulierung übernommen hatte. Der EuGH erweis sich wieder als diplomatisch zurückhaltend. Eine Übergangsvorschrift wie § 19 Abs. 2 AÜG dürfe nicht dazu führen, dass nach 2011 auf Dauer überlassene Arbeitnehmer den Schutz verlieren, den ihnen die Richtlinie gewährt. Ob dies nach deutschem Recht möglich sei, müssten (wieder einmal) die nationalen Gerichte entscheiden. Soweit sie zu dem Ergebnis kämen, dass sich das deutsche Gesetzesrecht nicht richtlinienkonform auslegen lasse, hätten einzelne Leiharbeitnehmer einen Schadensersatzanspruch gegen die Bundesrepublik wegen nicht ausreichender Umsetzung der Richtlinie. Über diesen entscheiden die ordentlichen Gerichte. Wer hat jemals einen Leiharbeitnehmer gesehen, der eine solche Möglichkeit in Erwägung ziehen und einen Anwalt finden würde, der einen so anspruchsvollen Prozess führen würde? Aber das ist keine Frage, die in Luxemburg interessiert.

### **Anspruch auf Übernahme durch Entleiher bei Dauertätigkeit?**

Nach Art. 10 Abs. 1 der Richtlinie muss der Mitgliedstaat Sanktionen für den Fall vorsehen, dass ein Leiharbeitnehmer nicht mehr nur vorübergehend eingesetzt wird. Die Frage war, ob diese Sanktion wie nach heutigem Recht darin bestehen muss, dass ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Leiharbeitnehmer und dem Einsatzbetrieb entsteht. Auch hier beschränkt sich die Richtlinie auf ein prinzipielles „Ja, es muss Sanktionen geben“, lässt aber offen, wie diese beschaffen sind. Deshalb hat unser

Kläger keinen Anspruch auf Übernahme, soweit er sich allein auf die Richtlinie stützen will.

### **Tarifliche Gestaltung**

Schließlich wollte das Landesarbeitsgericht noch wissen, ob die zulässige Höchstdauer auch durch Tarifvertrag bestimmt werden könne. Ja, die Richtlinie lasse tarifliche Regelungen zu. Inwieweit sie zugleich das bei der Abgrenzung zwischen vorübergehender und dauernder Tätigkeit wichtige „Branchenübliche“ definieren, wird nicht angesprochen, doch wird man jedenfalls dann davon ausgehen können, wenn wie in der Metallindustrie der Tarifvertrag faktisch weitgehend die Arbeitsbedingungen gestaltet. Die Verlängerung der Höchstüberlassungsdauer auf 48 Monate wird daher vermutlich Bestand haben; allerdings fragt sich, ob sie auch die Fälle mehrerer hintereinander geschalteter befristeter Entsendungen erfasst.

### **Einschätzung**

Die EuGH-Entscheidung wird viele enttäuschen. Dabei sollte man allerdings nicht übersehen, dass zahlreiche Aussagen des Gerichts durch den sehr bescheidenen Richtlinientext vorgegeben sind: Wenn eben die Sanktionen für Verstöße in der Hand der Mitgliedstaaten liegen, kann man beim besten Willen keinen Anspruch auf Begründung eines Arbeitsverhältnisses mit dem Entleiher aus der Richtlinie ableiten. Dazu kommt ein zweites. Ein aufgeschlossenes deutsches Gericht würde sehr viel stärker danach fragen, wie die Funktion bestimmter Regelungen ist, was es effektiv bedeutet, wenn man Leiharbeit beliebig auch auf Dauerarbeitsplätzen zulässt. Und es käme möglicherweise zu dem Ergebnis, dass der Gesetzgeber die Leiharbeit nicht für solche Zwecke vorgesehen hat und sie deshalb in ihrem Anwendungsbereich beschränkt werden muss. Eine solche Denke entspricht insbesondere nicht der französischen Rechtskultur, die schon wegen des Französischen als Beratungssprache der Richter stark in die Rechtsprechung des EuGH hineinwirkt. Dies bedeutet, dass man sich sehr viel mehr als bei uns am Wortlaut orientiert. Dazu kommt, dass die Tragweite der Entscheidungen eine andere ist: Sie gelten faktisch für die ganze Europäische Union, wo es höchst unterschiedliche Interessen gibt. Wenn man sich vor Augen führt, mit welcher Schwerfälligkeit politische

Entscheidungen in Brüssel gefällt werden (sofern sie überhaupt zustande kommen) und dass der Kompromiss des Kompromisses das wohl häufigste Ergebnis ist – dann ist der EuGH eine vergleichsweise entscheidungsfreudige Instanz. Dafür ist das vorliegende Urteil sicher kein gutes Beispiel, aber in anderen Fällen ist das durchaus der Fall. Man denke nur an das Urteil, wonach dafür gesorgt werden muss, dass jede geleistete Arbeitsstunde auch wirklich erfasst wird: Bisher fällt rund die Hälfte aller Überstunden unter den Tisch.