

Bundesarbeitsgericht
Neunter Senat

Urteil vom 8. November 2022
- 9 AZR 226/21 -
ECLI:DE:BAG:2022:081122.U.9AZR226.21.0

I. Arbeitsgericht
Hannover

Urteil vom 7. Oktober 2020
- 11 Ca 174/20 -

II. Landesarbeitsgericht
Niedersachsen

Urteil vom 5. März 2021
- 16 Sa 1157/20 -

Entscheidungsstichworte:

Arbeitnehmerüberlassung - Überlassungshöchstdauer aufgrund eines Tarifvertrags

Hinweis des Senats:

Teilweise Parallelentscheidung zu - 9 AZR 486/21 -

BUNDESARBEITSGERICHT



9 AZR 226/21
16 Sa 1157/20
Landesarbeitsgericht
Niedersachsen

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
8. November 2022

URTEIL

Kleinert, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungsbeklagter und Revisionskläger,

pp.

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsbeklagte,

hat der Neunte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 8. November 2022 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Kiel, die Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Suckow und Zimmermann sowie die ehrenamtlichen Richter Faltyn und Lohbeck für Recht erkannt:

1. Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Niedersachsen vom 5. März 2021 - 16 Sa 1157/20 - wird zurückgewiesen, soweit der Hauptantrag abgewiesen wurde.
2. Im Übrigen wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Niedersachsen vom 5. März 2021 - 16 Sa 1157/20 - auf die Revision des Klägers aufgehoben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten der Revision - an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten vorrangig darüber, ob zwischen ihnen kraft Gesetzes ein Arbeitsverhältnis zustande gekommen ist, weil die Beklagte den Kläger nicht nur vorübergehend als Leiharbeitnehmer beschäftigt hat. Hilfsweise macht der Kläger einen Anspruch auf Abschluss eines unbefristeten Arbeitsvertrags mit der Beklagten über eine Vollzeitätigkeit als Logistiker geltend. 1

Die Beklagte ist ein Unternehmen der Automobilzulieferindustrie und Mitglied im Verband der Metallindustriellen Niedersachsens eV. Ihre Rechtsvorgängerin vereinbarte mit dem bei ihr gebildeten Gesamtbetriebsrat am 11. November 2010 eine „Gesamtbetriebsvereinbarung über den Einsatz von Leiharbeitnehmern in M&L Vari“ (GBV Zeitarbeit), in der es auszugsweise heißt: 2

„Zwischen dem Gesamtbetriebsrat der Standorte H & G und den Geschäftsführungen der W GmbH und der W Logistik GmbH (die ‚W-Gesellschaften‘) wird folgende Vereinbarung getroffen:

Zur Gewährleistung der Flexibilität in den Produktionsbereichen wird grundsätzlich der Einsatz von Leiharbeit vereinbart.

Folgendes wird zum Einsatz von Leiharbeitnehmern festgelegt:

1. Der Anteil der Leiharbeitnehmer kann insgesamt maximal bis zu 25 % (je Werk H / G) der Gesamtbeschäft-

tigten (inkl. unbefristete, befristete und Leiharbeitnehmer) in den Produktions-, Lager- und Logistikbereichen (Mitarbeiterkategorie M & L Vari, auch direkte Mitarbeiter genannt) betragen.

Darüber hinaus können Einstellungen von Arbeitnehmern nur über befristete oder unbefristete Arbeitsverhältnisse bei W getätigt werden. ...

2. ...
3. ...
4. Die Betriebsvereinbarung tritt mit Wirkung vom 01.01.2011 in Kraft. Sie wird unbefristet abgeschlossen und kann mit einer Kündigungsfrist von 6 Monaten zum Quartalsende von beiden Seiten gekündigt werden.“

Der am 3. Juli 1980 geborene Kläger ist Mitglied der IG Metall. Er wurde zum 17. Oktober 2016 bei der R GmbH & Co. KG, die seit dem 24. Oktober 1973 über eine Erlaubnis zur gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung verfügt, als Leiharbeitnehmer mit einer regelmäßigen Wochenarbeitszeit von 35 Stunden eingestellt und seit Beginn seines Arbeitsverhältnisses ausschließlich bei der Beklagten als Mitarbeiter in der Logistik eingesetzt.

3

Der Verband der Metallindustriellen Niedersachsens eV und die IG Metall - Bezirksleitung Niedersachsen und Sachsen-Anhalt - schlossen am 31. Mai 2017 den „Tarifvertrag Leiharbeit / Zeitarbeit (TV LeiZ)“, der mit Wirkung zum 1. April 2017 in Kraft trat (TV LeiZ 2017). Der in der Fassung vom 15. Februar 2018 fortgeschriebene „Tarifvertrag Leiharbeit / Zeitarbeit (TV LeiZ)“ galt ab dem 1. Januar 2019 (TV LeiZ 2018). In beiden Tarifverträgen heißt es - insoweit übereinstimmend - auszugsweise:

4

„§ 1

Geltungsbereich

Für diesen Tarifvertrag gilt der Geltungsbereich des Manteltarifvertrages (MTV).

§ 2

Einsatz von Leih- /Zeitarbeitsbeschäftigten

- (1) ...
- (2) Der vorübergehende Einsatz von Leih-/Zeitarbeitsbeschäftigten ist gemäß § 1 Abs. 1 Satz 4 AÜG zulässig.

Die nachfolgenden tariflichen Regelungen erfolgen in Umsetzung der Öffnungsklausel nach § 1 Abs. 1b AÜG und sind in ihrer Anwendung auf den Geltungsbereich des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes beschränkt.

Ein vorübergehender Einsatz ist danach gegeben, wenn

- a) ein Einsatz zeitlich befristet ist
- oder
- b) ein Sachgrund vorliegt, z.B. der Einsatz erforderlich ist, weil Fachkräfte mit speziellen Qualifikationen im Betrieb nicht vorgehalten werden (z.B. Projekte, die spezielle Qualifikationen verlangen) oder in Vertretungsfällen (z.B. Krankheit, Schwangerschaft)
- oder
- c) der Einsatz dazu dient, Auftragsspitzen oder anderen zeitlich begrenzten Mehrbedarf abzuarbeiten.

Der Sachgrund nach b) und c) ist nicht auf die Vorgaben und Definitionen des § 14 Abs. 1 TzBfG oder eines anderen gesetzlichen Sachgrundes beschränkt.

- (3) Die Tarifvertragsparteien stimmen darin überein, dass die Höchstdauer eines Einsatzes nach diesem Tarifvertrag (§§ 3 und 4 Ziff. 1) 48 Monate nicht überschreiten darf.

Erfolgt der Einsatz wegen eines Sachgrundes, der voraussichtlich länger als 48 Monate andauert, ist dem Betriebsrat im Rahmen des Verfahrens nach § 99 BetrVG neben dem Sachgrund die voraussichtliche Dauer des Einsatzes mitzuteilen und dies zu dokumentieren. Damit ist die tariflich zulässige Überlassungshöchstdauer für diesen Fall festgelegt.

- (4) ...

§ 3

Freiwillige Betriebsvereinbarung

- (1) Die Betriebsparteien können im Rahmen einer freiwilligen Betriebsvereinbarung den Einsatz von Leih-/Zeitarbeit und die Ausgestaltung der betrieblichen Flexibilität regeln. Auf Verlangen einer Seite sind hierzu Verhandlungen aufzunehmen.

a) In dieser Vereinbarung können zum betrieblichen Einsatz von Leih-/Zeitarbeit u.a. geregelt werden:

- Einsatzzwecke, Einsatzbereiche und Volumen von Leih-/Zeitarbeit
- ...
- Höchstdauer des Einsatzes und Übernahmeregeln

...

(3) Bestehende betriebliche Regelungen gelten als Betriebsvereinbarung in diesem Sinne.

§ 4

Betriebe ohne Betriebsvereinbarung

(1) Besteht keine Betriebsvereinbarung gemäß § 3, gilt Folgendes:

- a) Nach 18 Monaten Überlassung hat der Entleiher zu prüfen, ob er dem Leih-/Zeitarbeitsbeschäftigten einen unbefristeten Arbeitsvertrag anbieten kann.
- b) Nach 24 Monaten Überlassung hat der Entleiher dem Leih-/Zeitarbeitsbeschäftigten einen unbefristeten Arbeitsvertrag anzubieten. Dieses kann nach Beratung mit dem Betriebsrat bei akuten Beschäftigungsproblemen entfallen.

Bei Unterbrechungen von weniger als drei Monaten werden Einsatzzeiten im selben Betrieb addiert.

...

§ 8

Übergangsregelung

(1) Für Betriebsvereinbarungen nach § 3 Nr. 3 ohne die Festlegung einer Überlassungshöchstdauer gilt Folgendes:

- 1. ...
- 2. ...
- 3. ...
- 4. Für Beschäftigte, die zum 1. Juni 2017 bereits im Einsatzbetrieb beschäftigt waren, gilt die Überlassungshöchstdauer von 36 Monaten ab dem 1. Juni 2017 entsprechend.

...“

Die Protokollnotiz zu § 2 Abs. 1 TV LeiZ lautet: 5

„Leih-/Zeitarbeitsbeschäftigte sollen nach Auffassung der Tarifvertragsparteien grundsätzlich nicht regelmäßig auf Arbeitsplätzen eingesetzt werden, die im Betrieb auf Dauer angelegt sind.“

Die Protokollnotiz zu § 4 Abs. 1 letzter Satz TV LeiZ lautet: 6

„Zu den Einsatz-/Beschäftigungszeiten nach den obigen Spiegelstrichen zählen auch die zurückgelegten Zeiten vor Inkrafttreten dieses Tarifvertrages.“

Am 1. Oktober 2017 vereinbarte die Rechtsvorgängerin der Beklagten mit dem bei ihr gebildeten Gesamtbetriebsrat die „Anlage zur Gesamtbetriebsvereinbarung über den Einsatz von Leiharbeitnehmern in M&L Vari vom 11.11.2010“ (Anlage zur GBV Zeitarbeit), in der es auszugsweise heißt: 7

„1. Präambel

Diese Vereinbarung dient der praktischen Umsetzung des Tarifvertrages Leiharbeit/Zeitarbeit (TV LeiZ) vom 31.05.2017 in der niedersächsischen Metallindustrie in Ergänzung der geltenden Gesamtbetriebsvereinbarung.

Gemäß § 3 Abs. 1 a werden Höchstdauer des Einsatzes und Übernahmeregeln vereinbart. In der bestehenden Gesamtbetriebsvereinbarung wurde bereits Einsatzzweck, Einsatzbereich und Volumen von Leiharbeit sowie Höhe der Vergütung der Leiharbeitnehmer geregelt.

2. Laufzeit

Die Höchstüberlassungsdauer beträgt 48 Monate. Nach 36 Monaten wird eine finale Bewertung auf Basis der während der Einsatzdauer durchgeführten Qualifikationsgespräche (aktuell GBV über eine persönliche Leistungszulage bei Teamarbeit 12.06.2001) durch den Vorgesetzten vorgenommen, um zu überprüfen, ob der Leiharbeitnehmer grundsätzlich für eine Übernahme in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis bei W in Frage kommt. Sollte die letztmalige Bewertung im Rahmen des Qualifikationsgespräches mehr als 6 Monate zurück liegen, wird die Bewertung nochmals überprüft.

Die Leiharbeitnehmer, die die Bewertungskriterien nicht erfüllen, werden spätestens nach Ablauf von 36 Monaten dar-

über informiert, dass ihr Einsatz bei W im Rahmen der üblichen Abmeldefrist endet.

3. Übernahmeregelung

Die Prüfung, ob der Leiharbeitnehmer für eine Übernahme in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis in Frage kommt, findet regelmäßig, jeweils zum Ende des Quartals für das nächste Quartal statt. Der Arbeitgeber stellt sicher, dass zum Zeitpunkt der Übernahmeentscheidung eine aktuelle Bewertung vorliegt. Die Betriebsparteien prüfen gemeinsam die jeweils aktuelle Bewertungssituation.

Darüber hinaus werden zusätzliche Auswahlkonditionen, wie die fachliche Qualifikation (z. B. eine abgeschlossene Berufsausbildung) und besondere Zusatzqualifikationen (wie beispielsweise ...) berücksichtigt.

Eine Abmeldung in den ersten 36 Monaten ist jederzeit volumens-, leistungs- oder verhaltensbedingt möglich. Der Betriebsrat wird durch HR vorab informiert, wenn seitens des Verleihers Abmeldungen erfolgen.

Die eigentliche Übernahme in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis erfolgt nach Ablauf der maximalen Höchstdauer des Einsatzes von 48 Monaten.

Der Übernahme des einzelnen Mitarbeiters nach 48 Monaten steht nur die Unterschreitung der Mindestquote von 17,5 % Leiharbeit (M&L Vari H & L) sowie personen- oder verhaltensbedingte Gründe, die arbeitsrechtliche Konsequenzen zur Folge hatten, entgegen. Sollten arbeitsrechtliche Konsequenzen ursächlich sein, sind im Einzelfall die Interessen durch die Betriebsparteien gemeinsam abzuwägen und zu entscheiden.

...“

Die R GmbH & Co. KG informierte den Kläger am 27. März 2020 darüber, dass sie ihn zum 30. April 2020 bei der Beklagten abmelden werde. Der Einsatz des Klägers bei der Beklagten endete zu diesem Zeitpunkt.

8

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, mit der Beklagten sei ein Arbeitsverhältnis kraft Gesetzes nach § 10 Abs. 1 Satz 1, § 9 Abs. 1 Nr. 1b AÜG begründet worden. Sein insgesamt länger als 42 Monate andauernder Einsatz als Leiharbeitnehmer auf einem Dauerarbeitsplatz bei der Beklagten sei nicht mehr als vorübergehend iSv. § 1 Abs. 1 Satz 4, Abs. 1b AÜG iVm. der Richtlinie 2008/104/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Novem-

9

ber 2008 über Leiharbeit (*Richtlinie 2008/104/EG*) anzusehen. Die aufgrund des TV LeiZ in der Anlage zur GBV Zeitarbeit festgelegte Überlassungshöchstdauer von 48 Monaten überschreite zudem den Rahmen der Öffnungsklausel des § 1 Abs. 1b Satz 4 AÜG.

Hilfsweise hat der Kläger geltend gemacht, zumindest aus der GBV Zeitarbeit iVm. der Anlage zur GBV Zeitarbeit einen Anspruch gegen die Beklagte auf Übernahme in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis zu haben. Die Beklagte habe gegen die Übernahmeregelungen der GBV Zeitarbeit verstoßen, mit denen die Erhöhung der gesetzlich limitierten Überlassungsdauer durch den TV LeiZ kompensiert werde. Die Beklagte habe entgegen Ziff. 3 Abs. 1 und Abs. 2 der Anlage zur GBV Zeitarbeit nicht ordnungsgemäß geprüft, ob er für eine Übernahme in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis in Frage komme. Bis zum Ende seines Einsatzes am 30. April 2020 habe sie entgegen Ziff. 2 der Anlage zur GBV Zeitarbeit keine finale Bewertung von Qualifikationsgesprächen vorgenommen.

10

Der Kläger hat beantragt,

11

1. festzustellen, dass zwischen den Parteien seit dem 1. Oktober 2018 ein unbefristetes Arbeitsverhältnis als Logistiker mit einer regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit von 35 Stunden und einem Bruttostundenlohn von derzeit 20,86 Euro brutto besteht;
2. hilfsweise die Beklagte zu verurteilen, ihm ein Angebot zum Abschluss eines unbefristeten Arbeitsvertrags zu den bei der Beklagten geltenden tarifvertraglichen Bedingungen als „Logistiker“ in Vollzeit zu unterbreiten;
3. äußerst hilfsweise die Beklagte zu verurteilen, sein Angebot auf Abschluss eines unbefristeten Arbeitsvertrags nach Maßgaben bei der Beklagten geltenden tarifvertraglichen Bedingungen als „Logistiker“ in Vollzeit anzunehmen;
4. im Falle des Obsiegens mit dem Antrag zu 1., 2. oder 3. die Beklagte zu verurteilen, ihn bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens als Logistiker mit einer regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit von 35 Stunden und einem Bruttostundenlohn von derzeit 20,86 Euro weiter zu beschäftigen.

Die Beklagte hat ihren Klageabweisungsantrag darauf gestützt, dass die im TV LeiZ sowie in der Anlage zur GBV Zeitarbeit zulässig geregelte Überlassungshöchstdauer von 48 Monaten eingehalten worden sei. Die erweiterte, ab dem 1. April 2017 zu berechnende Überlassungshöchstdauer des § 2 Abs. 3 TV LeiZ gelte unabhängig davon, ob der Arbeitnehmer regelmäßig auf einem Dauerarbeitsplatz eingesetzt werde. 12

Das Arbeitsgericht hat dem in erster Instanz noch als Hauptantrag gestellten Hilfsantrag zu 2. stattgegeben und die Klage im Übrigen abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat das arbeitsgerichtliche Urteil auf die Berufung der Beklagten (teilweise) abgeändert und dem in der Berufungsinstanz nunmehr als solchen gestellten Hilfsantrag zu 2. abgewiesen. Die Anschlussberufung des Klägers hat es zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt der Kläger sein Klagebegehren weiter. 13

Entscheidungsgründe

Die Revision des Klägers ist teilweise begründet. Das Landesarbeitsgericht hat die Anschlussberufung des Klägers gegen das den Hauptantrag abweisende Urteil des Arbeitsgerichts zutreffend zurückgewiesen. Hinsichtlich der Hilfsanträge hat die Revision des Klägers dagegen Erfolg. Mit der vom Landesarbeitsgericht gegebenen Begründung durfte die Klage insoweit nicht abgewiesen werden. Auf der Grundlage der bisherigen Feststellungen kann der Senat nicht abschließend entscheiden, ob der Kläger einen Anspruch gegen die Beklagte auf Übernahme in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis und vorläufige Beschäftigung hat. Das führt zur teilweisen Aufhebung des Berufungsurteils und Zurückverweisung der Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht. 14

A. Der Antrag zu 1. ist zulässig, in der Sache jedoch unbegründet. 15

- I. Der Feststellungsantrag ist zulässig. Ein Arbeitnehmer kann mit der allgemeinen Feststellungsklage das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses zu einem Entleiher auf Grundlage der Vorschriften des AÜG geltend machen. Das nach § 256 Abs. 1 ZPO erforderliche besondere Feststellungsinteresse besteht auch, soweit der Feststellungsantrag auf die Vergangenheit gerichtet ist, da sich aus dem durch den Kläger behaupteten Arbeitsverhältnis Rechtsfolgen für die Gegenwart und Zukunft, insbesondere mögliche Ansprüche auf Vergütung, ergeben können (*vgl. BAG 26. April 2022 - 9 AZR 228/21 - Rn. 14; 20. März 2018 - 9 AZR 508/17 - Rn. 17 f.*). 16
- II. Der Feststellungsantrag ist unbegründet. Zwischen dem Kläger und der Beklagten wurde kein Arbeitsverhältnis nach § 9 Abs. 1 Nr. 1b, § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG wegen Überschreitens der zulässigen Überlassungshöchstdauer kraft Gesetzes begründet. Die in § 1 Abs. 1b Satz 1 AÜG festgelegte Überlassungshöchstdauer von 18 Monaten ist nach Maßgabe des § 1 Abs. 1b Satz 3 und Satz 5 AÜG durch Nr. 2 der Anlage zur GBV Zeitarbeit iVm. § 2 Ziff. 3 Abs. 1, § 3 Ziff. 1 TV Leiz wirksam auf 48 Monate verlängert worden. Der Kläger war der Beklagten im Zeitraum vom 17. Oktober 2016 bis zum 30. April 2020 zwar 42 Monate und 15 Tage zur Arbeitsleistung überlassen, von denen aber nur die 37 Monate seit dem 1. April 2017 in die Berechnung einfließen. 17
1. Nach § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG gilt ein Arbeitsverhältnis zwischen Entleiher und Leiharbeiter zu dem zwischen dem Entleiher und dem Verleiher für den Beginn der Tätigkeit vorgesehenen Zeitpunkt als zustande gekommen, wenn der Vertrag zwischen Verleiher und Leiharbeiter nach § 9 AÜG unwirksam ist. Arbeitsverträge zwischen Verleihern und Leiharnehmern sind gemäß § 9 Abs. 1 Nr. 1b AÜG mit dem Überschreiten der zulässigen Überlassungshöchstdauer nach § 1 Abs. 1b AÜG unwirksam, es sei denn, der Leiharbeiter erklärt schriftlich bis zum Ablauf eines Monats nach Überschreiten der zulässigen Überlassungshöchstdauer gegenüber dem Verleiher oder dem Entleiher, dass er an dem Arbeitsvertrag mit dem Verleiher festhält. Tritt die Unwirksamkeit erst nach Aufnahme der Tätigkeit beim Entleiher ein, gilt das Arbeitsverhältnis mit dem Eintritt der Unwirksamkeit als zustande gekommen. 18

2. Nach § 1 Abs. 1b Satz 1 AÜG darf der Verleiher denselben Leiharbeiter nicht länger als 18 Monate demselben Entleiher überlassen; der Entleiher darf denselben Leiharbeiter nicht länger als 18 aufeinanderfolgende Monate tätig werden lassen. Die gesetzliche Überlassungsdauer ist entgegen der Auffassung des Klägers arbeitnehmer- nicht arbeitsplatzbezogen zu bestimmen. 19
- a) Bezugspunkt der Überlassungsdauer nach § 1 Abs. 1b AÜG ist die Dauer der Eingliederung des überlassenen Arbeitnehmers in die Arbeitsorganisation eines Entleihers. Das hat der Gesetzgeber mit dem Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze (*vom 21. Februar 2017, BGBl. I S. 258*) klargestellt (*BT-Drs. 18/9232 S. 20; BT-Drs. 18/9723 S. 6*). Dem Wortlaut des § 1 Abs. 1b Satz 1 Halbs. 1 und Halbs. 2 AÜG nach dürfen Verleiher und Entleiher „denselben Leiharbeiter“ nicht länger als 18 aufeinanderfolgende Monate überlassen und tätig werden lassen. Der Arbeitsplatz, an dem der Leiharbeiter eingesetzt wird, findet demgegenüber keine Erwähnung (*BAG 14. September 2022 - 4 AZR 26/21 - Rn. 14 und - 4 AZR 83/21 - Rn. 15*). 20
- b) Die arbeitnehmerbezogene Berechnung der Überlassungsdauer ist mit dem Unionsrecht vereinbar (*BAG 14. September 2022 - 4 AZR 26/21 - Rn. 16 ff. und - 4 AZR 83/21 - Rn. 14 ff.; aA etwa Schüren/Hamann/Hamann AÜG 6. Aufl. § 1 Rn. 304; Ulber RdA 2018, 50, 52*). 21
- aa) Art. 5 Abs. 5 Satz 1 der Richtlinie 2008/104/EG verpflichtet die Mitgliedstaaten, aufeinanderfolgende Überlassungen zu verhindern, mit denen die Bestimmungen dieser Richtlinie insgesamt umgangen werden sollen (*EuGH 17. März 2022 - C-232/20 - [Daimler] Rn. 56; 14. Oktober 2020 - C-681/18 - [KG] Rn. 55 ff.*). Einem Mitgliedstaat ist es danach verwehrt, keine Maßnahmen zu ergreifen, um den vorübergehenden Charakter der Leiharbeit zu wahren (*EuGH 17. März 2022 - C-232/20 - [Daimler] Rn. 67; 14. Oktober 2020 - C-681/18 - [KG] Rn. 63*). Die arbeitnehmerbezogene Berechnung der Überlassungshöchstdauer in § 1 Abs. 1b Satz 1 AÜG verstößt nicht gegen diese Verpflichtung. Zur Gewährleistung des vorübergehenden Charakters der Leiharbeit ist es nicht erforderlich, die Bestimmung der Überlassungsdauer arbeitsplatzbezogen auszugestalten. 22

Der Begriff „vorübergehend“ kennzeichnet nicht den Arbeitsplatz, der im entleihenden Unternehmen zu besetzen ist, sondern die Modalitäten der Überlassung eines Arbeitnehmers an dieses Unternehmen (*EuGH 17. März 2022 - C-232/20 - [Daimler] Rn. 31*).

bb) Der Durchführung eines weiteren Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 267 AEUV bedarf es nicht. Der Gerichtshof hat in der Rechtssache Daimler (*EuGH 17. März 2022 - C-232/20 - Rn. 30 ff.*) geklärt, dass die Überlassung eines Arbeitnehmers an ein entleihendes Unternehmen zur Beschäftigung auf einem Arbeitsplatz, der dauerhaft vorhanden ist und der nicht vertretungsweise besetzt wird, einem Verständnis der Überlassung als „vorübergehend“ nicht entgegensteht (*EuGH 17. März 2022 - C-232/20 - [Daimler] Rn. 38*). 23

3. § 1 Abs. 1b Satz 3 AÜG eröffnet den Tarifvertragsparteien der Einsatzbranche die Möglichkeit, diese gesetzliche Überlassungshöchstdauer durch Tarifvertrag zu verkürzen oder auszudehnen (*vgl. BT-Drs. 18/9232 S. 20*). Nach § 1 Abs. 1b Satz 5 AÜG können zudem durch Betriebs- oder Dienstvereinbarung, die aufgrund einer entsprechenden tarifvertraglichen Regelung der Einsatzbranche mit dem tarifgebundenen Entleiher geschlossen wurde, von der gesetzlichen Überlassungshöchstdauer abweichende Regelungen getroffen werden. Voraussetzung hierfür ist, dass der Tarifvertrag eine Öffnungsklausel enthält, die abweichende Regelungen in einer Betriebs- oder Dienstvereinbarung zulässt (*BT-Drs. 18/9232 S. 21*). Eine auf dieser Grundlage auf betrieblicher Ebene getroffene Regelung entfaltet die gleichen Wirkungen wie der ihr zugrundeliegende Tarifvertrag nach § 1 Abs. 1b Satz 3 AÜG. Sie ändert die zulässige Überlassungshöchstdauer nicht nur für den Entleiher als Betriebspartei, sondern zugleich für die überlassenen Leiharbeiter und den Verleiher (*vgl. BAG 14. September 2022 - 4 AZR 26/21 - Rn. 25 mwN*). 24

a) Verfassungsrechtlich ist es nicht zu beanstanden, dass sich der Gesetzgeber mit der Bestimmung des § 1 Abs. 1b Satz 1 AÜG auf eine Konkretisierung des Begriffs „vorübergehend“ für den Regelfall beschränkt (*vgl. BT-Drs. 18/9232 S. 29*) und in § 1 Abs. 1b Satz 3 und Satz 5 AÜG den Tarifvertragsparteien der Einsatzbranche bzw. - auf Grundlage eines solchen Tarifvertrags - die Betriebs- 25

parteien zu einer vom Gesetz abweichenden Bestimmung der Überlassungshöchstdauer ermächtigt hat (vgl. BAG 14. September 2022 - 4 AZR 26/21 - Rn. 22 ff.). Dadurch wird die Regelungsbefugnis der Tarifvertragsparteien der Einsatzbranche zur Normsetzung nach Art. 9 Abs. 3 GG über die im Tarifvertragsgesetz vorgesehenen Arten von Tarifnormen (§ 1 Abs. 1 TVG) und deren Bindungswirkung (§ 3 Abs. 1 und Abs. 2, § 4 Abs. 1 TVG) hinaus in zulässiger Weise gesetzlich ausgestaltet. Die Übertragung der Regelungsermächtigung allein an die Tarifvertragsparteien der Einsatzbranche, nicht aber an diejenigen der Zeitarbeitsbranche, führt weder zu einer Verletzung von deren Koalitionsfreiheit nach Art. 9 Abs. 3 GG noch zu einer ungerechtfertigten Ungleichbehandlung iSd. Art. 3 Abs. 1 GG (mit ausführlicher Begründung BAG 14. September 2022 - 4 AZR 26/21 - Rn. 31 ff.).

b) Die Regelungen in § 1 Abs. 1b Satz 3 und Satz 5 AÜG stehen auch mit der Richtlinie 2008/104/EG im Einklang (EuGH 17. März 2022 - C-232/20 - [Daimler] Rn. 111). Die Übertragung der Regelungsbefugnis auf die Tarifvertragsparteien der Branche der entleihenden Unternehmen sowie deren Möglichkeit, abweichende betriebliche Regelungen zuzulassen, ist auch ohne eine gesetzliche Festlegung einer absoluten Überlassungshöchstgrenze zulässig. Dies ist nach der Entscheidung des EuGH vom 17. März 2022 (- C-232/20 - [Daimler]) iSe. „acte éclairé“ geklärt (BAG 14. September 2022 - 4 AZR 26/21 - Rn. 53 ff.). Damit aber Leiharbeit bei demselben entleihenden Unternehmen nicht zu einer Dauersituation für einen Leiharbeitnehmer werden kann (EuGH 17. März 2022 - C-232/20 - [Daimler] Rn. 56; 14. Oktober 2020 - C-681/18 - [KG] Rn. 55, 60), muss die in Tarifverträgen und - wenn der Entleiher an einen Tarifvertrag iSd. Satz 5 gebunden ist - in Betriebsvereinbarungen festgelegte Überlassungsdauer nach § 1 Abs. 1 Satz 4 AÜG und Art. 1 Abs. 1 Richtlinie 2008/104/EG als „vorübergehend“ anzusehen sein (BAG 14. September 2022 - 4 AZR 26/21 - Rn. 57).

c) Die Überlassungshöchstdauer von 48 Monaten nach Nr. 2 Satz 1 der Anlage zur GBV Zeitarbeit wurde mit dem nach § 50 Abs. 1 BetrVG originär zuständigen Gesamtbetriebsrat in einer freiwilligen Betriebsvereinbarung festgelegt. Kann ein Arbeitgeber - wie vorliegend die Beklagte - mitbestimmungsfrei ent-

scheiden, ob er eine Regelung überhaupt abschließt, darf er diese auch von einer überbetrieblichen Regelung abhängig machen und auf diese Weise die Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats für den Abschluss einer entsprechenden Betriebsvereinbarung herbeiführen (*BAG 14. September 2022 - 4 AZR 26/21 - Rn. 59; 19. März 2019 - 3 AZR 201/17 - Rn. 75, BAGE 166, 136; 23. März 2010 - 1 ABR 82/08 - Rn. 15, BAGE 133, 373*).

d) Die Überlassungshöchstdauer von 48 Monaten nach Nr. 2 Satz 1 der Anlage zur GBV Zeitarbeit entspricht der in § 2 Abs. 3 Satz 1 TV LeiZ vorgegebenen maximalen Überlassungszeit und hält sich im Rahmen dessen, was als „vorübergehend“ iSd. § 1 Abs. 1 Satz 4 AÜG iVm. Art. 1 Abs. 1 Richtlinie 2008/104/EG anzusehen ist. 28

aa) „Vorübergehend“ bedeutet nach allgemeinem Sprachgebrauch „zeitlich begrenzt“ (*EuGH 17. März 2022 - C-232/20 - [Daimler] Rn. 57*). Da sich eine konkrete zeitliche Grenze, nach der eine Überlassung nicht mehr als „vorübergehend“ angesehen werden könnte, weder aus dem AÜG noch aus der Richtlinie 2008/104/EG (*zu letzterer EuGH 17. März 2022 - C-232/20 - [Daimler] Rn. 53*) ergibt, verbietet sich ein Rückgriff auf zeitliche Grenzen in anderen Regelungswerken (*aA Ulber/Ulber AÜG-Basis 3. Aufl. § 1 Rn. 198 f.; Ulber RdA 2018, 50, 53: 24 Monate nach Art. 12 Verordnung (EG) Nr. 883/2004 und Art. 16 Abs. 4 Richtlinie 2004/78/EG*), die anderen Zielen dienen (*Hamann jurisPR-ArbR 35/2020 Anm. 3*). Eine Überlassungshöchstdauer ist zulässig, solange sie unter Berücksichtigung sämtlicher relevanter Umstände, zu denen insbesondere die Branchenbesonderheiten zählen, vernünftigerweise noch als „vorübergehend“ betrachtet werden kann (*vgl. EuGH 17. März 2022 - C-232/20 - [Daimler] Rn. 60*). Dies ist jedenfalls dann nicht der Fall, wenn die Überlassung ohne jegliche zeitliche Begrenzung erfolgt und der Leiharbeitnehmer dauerhaft anstelle eines Stammarbeitnehmers eingesetzt werden soll (*BAG 21. Februar 2017 - 1 ABR 62/12 - Rn. 57, BAGE 158, 121; 30. September 2014 - 1 ABR 79/12 - Rn. 43*). Aus § 1 Abs. 1b Satz 1 AÜG und § 1 Abs. 1b Satz 6 AÜG, die die Überlassungshöchstdauer außerhalb der Geltung eines Tarifvertrags auf 18 und 24 Monate festlegen, ergibt sich zudem, dass eine „vorübergehende“ Über-

lassung diesen Zeitraum übersteigen kann (*BAG 14. September 2022 - 4 AZR 26/21 - Rn. 69*).

bb) Nach diesen Grundsätzen ist die in Nr. 2 Satz 1 der Anlage zur GBV Zeitarbeit vereinbarte Überlassungshöchstdauer von 48 Monaten noch als „vorübergehend“ anzusehen. Sie entspricht exakt der Überlassungshöchstdauer des § 2 Abs. 3 Satz 1 TV LeiZ. Da aufgrund des den Tarifvertragsparteien zustehenden Gestaltungsspielraums und deren Einschätzungsprärogative in Bezug auf die tatsächlichen Gegebenheiten und betroffenen Interessen (*vgl. hierzu BAG 15. Oktober 2021 - 6 AZR 253/19 - Rn. 38; 16. Dezember 2020 - 5 AZR 143/19 (A) - Rn. 37, BAGE 173, 251; 15. April 2015 - 4 AZR 796/13 - Rn. 31, BAGE 151, 235*) davon auszugehen ist, dass die Branchenbesonderheiten bei der entsprechenden tariflichen Regelung hinreichend Berücksichtigung gefunden haben (*ausf. zur Angemessenheitsvermutung BAG 21. Mai 2014 - 4 AZR 50/13 - Rn. 29 mwN, BAGE 148, 139; BT-Drs. 17/4804 S. 9*), ist dies auch hinsichtlich der sich in diesem Rahmen haltenden Anlage zur GBV Zeitarbeit anzunehmen. Ein Zeitraum von vier Jahren kann nicht als dauerhaft angesehen werden, zumal damit die in § 1 Abs. 1b Satz 1 und Satz 6 AÜG vorgesehenen Grenzen nicht um ein Vielfaches überschritten werden (*BAG 14. September 2022 - 4 AZR 83/21 - Rn. 75; 14. September 2022 - 4 AZR 26/21 - Rn. 70*).

cc) Bei der Berechnung der 48-monatigen Überlassungshöchstdauer werden Überlassungszeiten vor dem 1. April 2017 nicht berücksichtigt. Dies folgt unmittelbar aus § 19 Abs. 2 AÜG, von dem weder der TV LeiZ noch die Anlage zur GBV Zeitarbeit abweichende Regelungen vorsehen.

(1) Die Vorschrift soll als Übergangsregelung zur Einführung der Überlassungshöchstdauer sicherstellen, dass bei deren Berechnung nur Verleihzeiten ab dem Inkrafttreten des § 1 Abs. 1b AÜG einzurechnen sind. Vor Inkrafttreten des Gesetzes am 1. April 2017 zurückgelegte Verleihzeiten sollen die Überlassungshöchstdauer nicht berühren (*BT-Drs. 18/9232 S. 31*).

(2) Die Regelung in § 19 Abs. 2 AÜG bezieht sich auf „die Überlassungshöchstdauer nach § 1 Abs. 1b“ AÜG, ohne danach zu differenzieren, auf welcher

Rechtsgrundlage diese beruht. Der Wortlaut der Norm schließt damit neben der gesetzlichen Überlassungshöchstdauer iSv. § 1 Abs. 1b Satz 1 AÜG auch die Abweichungsmöglichkeiten der Sätze 2 bis 8 ein. Dies entspricht dem Sinn und Zweck der Übergangsregelung, es den Sozialpartnern, Verleihern und Entleihern sowie den betroffenen Leiharbeitnehmern zu ermöglichen, sich auf die geänderte Rechtslage einzustellen (vgl. *BT-Drs. 18/9232 S. 31*).

(3) Ein nationales Gericht, bei dem - wie im Streitfall - ein Rechtsstreit ausschließlich zwischen Privatpersonen anhängig ist, hat die unionsrechtswidrige Übergangsvorschrift des § 19 Abs. 2 AÜG weder wegen Unvereinbarkeit mit Unionsrecht unangewendet zu lassen (vgl. *EuGH 17. März 2022 - C-232/20 - [Daimler] Rn. 82*) noch vor dem 1. April 2017 verbrachte Überlassungszeiten durch eine unionsrechtskonforme Auslegung des § 9 Abs. 1 Nr. 1b iVm. § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG zu berücksichtigen (so aber *Schüren/Hamann/Hamann AÜG 6. Aufl. § 1 Rn. 337; Hamann jurisPR-ArbR 17/2022 Anm. 8*). 34

(a) Zwar steht die Übergangsvorschrift nicht im Einklang mit Unionsrecht, weil sie dem beabsichtigten Schutz der Richtlinie 2008/104/EG vor einer nicht mehr nur „vorübergehenden“ Überlassung von Leiharbeitnehmern die praktische Wirkung nimmt (vgl. *EuGH 17. März 2022 - C-232/20 - [Daimler] Rn. 73*). Die nationale Rechtsordnung genügt damit nicht der Pflicht, die vollständige Wirksamkeit der Richtlinie entsprechend ihrer Zielsetzung zu gewährleisten (vgl. *näher EuGH 17. März 2022 - C-232/20 - [Daimler] Rn. 22 ff.*). Ein Leiharbeitnehmer kann aber wegen eines solchen Verstoßes kein subjektives Recht auf Begründung eines Arbeitsverhältnisses mit dem Entleiher aus dem Unionsrecht ableiten (*EuGH 17. März 2022 - C-232/20 - [Daimler] Rn. 93 ff.; BAG 5. Juli 2022 - 9 AZR 476/21 - Rn. 37*). 35

(b) Art. 288 Abs. 3 AEUV überlässt den innerstaatlichen Stellen die Freiheit bei der Wahl der Mittel und Wege zur Umsetzung der Richtlinie. Die Mitgliedstaaten sind nach Art. 10 Richtlinie 2008/104/EG dazu verpflichtet, für die Nichteinhaltung der Richtlinie geeignete Maßnahmen vorzusehen und für den Fall eines Verstoßes gegen die einzelstaatlichen Vorschriften zur Umsetzung der Richtlinie Sanktionen festzulegen. Vorgaben zum Inhalt der Maßnahmen und Sankti- 36

onen macht die Richtlinie demgegenüber nicht, insbesondere ist nicht die Begründung eines Arbeitsverhältnisses zur Entleiherin vorgeschrieben. Soweit die Richtlinie mangels einer wirksamen, angemessenen und abschreckenden Sanktion unzureichend umgesetzt worden ist, könnten der durch die Unvereinbarkeit des nationalen Rechts geschädigten Partei allenfalls Schadensersatzansprüche zustehen (*EuGH 17. März 2022 - C-232/20 - [Daimler] Rn. 99*).

(4) Unter Berücksichtigung der danach für die deutschen Gerichte verbindlichen Übergangsregelung ist die Überlassungshöchstdauer des § 1 Abs. 1b AÜG im vorliegenden Fall nicht überschritten worden. Für deren Berechnung sind lediglich die 37 Monate vom 1. April 2017 bis zum 30. April 2020 relevant. Die für die Überlassung des Klägers maßgebliche Überlassungshöchstdauer von 48 Monaten wurde damit eingehalten. 37

dd) Soweit die Tarifvertragsparteien in § 2 Ziff. 2 TV LeiZ einen vorübergehenden Einsatz nicht nur an die Einhaltung der tarifvertraglichen Überlassungshöchstdauer, sondern auch an arbeitsplatzbezogene Merkmale knüpfen, führt eine Verletzung dieser Vorgaben nicht zur Anwendung des Rechtsfolgensystems der § 9 Abs. 1, § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG. Die Regelung in § 9 Abs. 1 Nr. 1b AÜG ordnet die zur Begründung eines Arbeitsverhältnisses mit dem Entleiher nach § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG führende Unwirksamkeit des Leiharbeitsverhältnisses nur für den Fall der Überschreitung der „zulässigen Überlassungshöchstdauer nach § 1 Absatz 1b“ AÜG an. Das Rechtsfolgensystem ist insoweit abschließend. Für die Verletzung anderweitiger, den Begriff des vorübergehenden Einsatzes weitergehend einschränkender Regelungen sieht das Gesetz diese Rechtsfolge nicht vor. Die Nichteinhaltung qualitativer oder quantitativer Anforderungen an die durch Leiharbeitnehmer zu besetzenden Arbeitsplätze mag den Betriebsrat dazu berechtigen, seine Zustimmung zur beabsichtigten Einstellung eines Leiharbeitnehmers nach § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG zu verweigern (*vgl. BAG 30. September 2014 - 1 ABR 79/12 - Rn. 14 ff.*). Der (Fort-)Bestand des Leiharbeitsverhältnisses zum Verleiher bleibt bei einer gegen die einschränkenden Regelungen verstoßenden Beschäftigung mangels gesetzlicher Anordnung jedoch unberührt. 38

4. Die vom Kläger begehrte Rechtsfolge lässt sich auch nicht unter Berücksichtigung aller Umstände des vorliegenden Falls aus § 242 BGB herleiten. Dies gilt bereits deshalb, weil sich die Gesamtüberlassungsdauer des Klägers mit 42 Monaten und 15 Tagen im zeitlichen Rahmen hält, was als „vorübergehend“ iSd. § 1 Abs. 1 Satz 4 AÜG iVm. Art. 1 Abs. 1 Richtlinie 2008/104/EG anzusehen ist, und sonstige Anhaltspunkte für eine missbräuchliche Gestaltung im konkreten Fall nicht ersichtlich sind. 39

B. Die Revision ist begründet, soweit sie sich auf den hilfsweise gestellten Klageantrag zu 2. bezieht. Das Landesarbeitsgericht durfte diesen Klageantrag nicht mit der gegebenen Begründung abweisen. Das Berufungsurteil ist daher teilweise aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Für eine Entscheidung des Senats über diesen Antrag fehlt es an erforderlichen Feststellungen. Daher ist die Sache insoweit zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). 40

I. Der Hilfsantrag ist zulässig, insbesondere hinreichend bestimmt iSv. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. 41

1. Bei einem Antrag, der auf Abgabe einer Willenserklärung gerichtet ist, die zum Abschluss eines Arbeitsvertrags führen soll und nach § 894 Satz 1 ZPO mit der Rechtskraft des der Klage stattgebenden Urteils als abgegeben gilt, erfordert das Bestimmtheitsgebot des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO, dass der Klageantrag - ggf. in Verbindung mit der Klagebegründung - die wesentlichen Vertragsbedingungen festlegt. Dazu gehören neben der Art der Tätigkeit, dem Arbeitsumfang, der Vergütung und den übrigen Arbeitsbedingungen auch der Vertragsbeginn und die Angabe, ob der Vertrag befristet oder auf unbefristete Zeit abgeschlossen werden soll (*BAG 28. Januar 2020 - 9 AZR 493/18 - Rn. 59 mwN, BAGE 169, 328; 22. Oktober 2019 - 1 AZR 217/18 - Rn. 14*). 42

2. Diesen Anforderungen wird der Antrag gerecht. Die Beklagte soll verurteilt werden, dem Kläger ein Angebot auf Abschluss eines unbefristeten Arbeitsvertrags zu den bei ihr geltenden tarifvertraglichen Bedingungen - gemeint sind die Tarifverträge für die niedersächsische Metall- und Elektroindustrie, die auf 43

das zu begründende Arbeitsverhältnis kraft beiderseitiger Tarifgebundenheit Anwendung fänden - als Logistiker in Vollzeit zu unterbreiten. Der Klageantrag enthält zwar kein Datum, zu dem das erstrebte Arbeitsverhältnis beginnen soll. Da der Kläger jedoch die Übernahme aus der Arbeitnehmerüberlassung in ein Arbeitsverhältnis mit der Entleiherin verlangt, ist sein Klagebegehren dahingehend auszulegen, dass er einen nahtlosen Wechsel zur Beklagten mit (Rück-) Wirkung zum 1. Mai 2020 begehrt.

3. Dem Antrag fehlt nicht das Rechtsschutzbedürfnis, weil der Kläger auch die Möglichkeit gehabt hätte, vorrangig auf die Annahme seines Vertragsangebots durch die Beklagte zu klagen. Ein berechtigtes Interesse an der Abgabe eines Angebots durch die Beklagte, über dessen Annahme der Kläger sodann entscheiden kann, hat er bereits deshalb, weil es im Falle des Zustandekommens des Vertrags kein einseitiges, § 12 Satz 1 KSchG entsprechendes Lösungsrecht des Arbeitnehmers gibt (*st. Rspr.; vgl. BAG 28. Januar 2020 - 9 AZR 493/18 - Rn. 60, BAGE 169, 328; 25. Juni 2014 - 7 AZR 847/12 - Rn. 24, BAGE 148, 299*). 44

II. Rechtsfehlerhaft hat das Landesarbeitsgericht einen Anspruch des Klägers auf Abschluss eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses mit den von ihm bezeichneten Vertragsbedingungen nach 48 Monaten abgelehnt und dies darauf gestützt, dass Nr. 3 der Anlage zur GBV Zeitarbeit bei Verstößen der Beklagten gegen die Regelungen zur Qualifikationsprüfung und Feststellung einer Übernahmeeignung keinen Anspruch auf Übernahme in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis begründe. Mit dieser Begründung durfte der Klageantrag zu 2. nicht abgewiesen werden. 45

1. Mit Erreichen der Überlassungshöchstdauer von 48 Monaten hat der Leiharbeitnehmer einen Anspruch gegen die Beklagte auf Übernahme in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis. Dies ergibt sich bereits aus der Anordnung in Nr. 3 Abs. 4 der Anlage zur GBV Zeitarbeit, dass die eigentliche Übernahme nach Ablauf der maximalen Höchstdauer des Einsatzes von 48 Monaten „erfolgt“. Mit dieser Wahl haben die Betriebsparteien zum Ausdruck gebracht, dass der Einsatz des bisher als Leiharbeitnehmer beschäftigten Mitarbeiters mit Erreichen der Überlassungshöchstdauer in einem Arbeitsverhältnis mit der Beklagten fortge- 46

setzt werden soll, soweit nicht einer der Ausnahmetatbestände des Abs. 5 der Nr. 3 der Anlage zur GBV Zeitarbeit vorliegt. Dem Leiharbeitnehmer wird dadurch das Recht eingeräumt, so gestellt zu werden, als wäre mit der Beklagten gemäß § 10 Abs. 1 Satz 1 iVm. § 9 Abs. 1 Nr. 1b AÜG wegen Überschreitens der Überlassungshöchstdauer kraft Gesetzes ein Arbeitsverhältnis begründet worden.

a) Durch die Bezugnahme auf die „maximale Höchstdauer des Einsatzes von 48 Monaten“ synchronisiert Nr. 3 Abs. 4 der Anlage zur GBV Zeitarbeit die Übernahme mit der in Nr. 2 der Anlage zur GBV Zeitarbeit geregelten 48-monatigen Überlassungshöchstdauer. Die für die Übernahme maßgebliche Einsatzdauer kann damit ebenfalls frühestens am 1. April 2017 beginnen. Vorhergehende Überlassungszeiten bleiben auch in diesem Zusammenhang unberücksichtigt. Dieser Beurteilung steht die Protokollnotiz zu § 4 Abs. 1 TV LeiZ nicht entgegen, der zufolge zu den Einsatz-/Beschäftigungszeiten iSv. § 4 Abs. 1 TV LeiZ auch die vor Inkrafttreten des Tarifvertrags zurückgelegten Zeiten zählen. Die Protokollnotiz bezieht sich allein auf Betriebe ohne Betriebsvereinbarung und nicht - wie vorliegend - auf solche mit freiwilliger Betriebsvereinbarung iSv. § 3 TV LeiZ. 47

b) Der Übernahme in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis ist ein Bewertungsverfahren vorgeschaltet, in dessen Verlauf die Eignung des Leiharbeitnehmers für die Fortsetzung seines Einsatzes in einem Arbeitsverhältnis mit dem Entleiher ermittelt wird. Dazu ordnet Nr. 2 Abs. 1 der Anlage zur GBV Zeitarbeit an, dass nach 36 Monaten eine finale Bewertung auf Basis der während der Einsatzdauer durchgeführten Qualifikationsgespräche durch den Vorgesetzten vorzunehmen ist, um zu überprüfen, ob der Leiharbeitnehmer grundsätzlich für eine Übernahme in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis in Frage kommt. Erfüllt ein Leiharbeitnehmer die Bewertungskriterien nicht, ist er spätestens nach Ablauf von 36 Monaten darüber zu informieren, dass sein Einsatz bei der Beklagten im Rahmen der üblichen Abmeldefrist endet (*Nr. 2 Abs. 2 der Anlage zur GBV Zeitarbeit*). Der finalen Eignungsbewertung geht eine quartalsweise vorzunehmende Prüfung voraus. Nach Nr. 3 Abs. 1 der Anlage zur GBV Zeitarbeit findet jeweils zum Ende des Quartals für das nächste Quartal eine Prüfung statt, ob der Leiharbeitnehmer 48

für eine Übernahme in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis in Frage kommt. Der Arbeitgeber hat sicherzustellen, dass zum Zeitpunkt der Übernahmeentscheidung eine aktuelle Bewertung vorliegt.

c) Innerhalb der ersten 36 der maximal zulässigen 48 Monate ermöglicht Nr. 3 Abs. 3 der Anlage zur GBV Zeitarbeit die Beendigung der Überlassung unabhängig von der grundsätzlichen Eignung des Leiharbeitnehmers. Nach dieser Bestimmung ist eine Abmeldung in dem angegebenen Zeitraum jederzeit volumens-, leistungs- oder verhaltensbedingt möglich. Die Vorschrift ist dahingehend auszulegen, dass es einer Beendigung der Überlassung aufgrund der aufgeführten Sachgründe nur dann bedarf, wenn sie auf Veranlassung der Beklagten vorgenommen wird. Die Regelung in Nr. 3 Abs. 3 der Anlage zur GBV Zeitarbeit bindet auf Arbeitgeberseite nur die Beklagte, nicht aber die Verleiherin. Die zwischen der Beklagten und dem Gesamtbetriebsrat getroffene Vereinbarung kann das Recht der Verleiherin, den bei ihr angestellten Leiharbeitnehmer im Wege ihres Direktionsrechts abzumelden und ggf. durch einen anderen Leiharbeitnehmer auszutauschen, nicht einschränken. Für eine berechtigte Initiative der Beklagten zur Abmeldung genügen nachvollziehbare Unterschreitungen von Leistungsvorgaben sowie einfache, nicht nur ganz unerhebliche Verletzungen vertraglicher Pflichten. 49

aa) Die Beklagte ist Adressatin der Regelung in Nr. 3 Abs. 3 der Anlage zur GBV Zeitarbeit. 50

(1) Dies folgt nicht nur daraus, dass sie (bzw. die Rechtsvorgängerin) - und nicht die Verleiherin - die Vereinbarung mit dem Gesamtbetriebsrat getroffen hat. Auch die Regelungssystematik spricht dafür, dass sich das Erfordernis eines Sachgrunds für die Abmeldung auf von der Beklagten initiierte Abmeldungen beschränkt. Die genannten Sachgründe korrespondieren mit der Verpflichtung der Beklagten, regelmäßig die Eignung des Leiharbeitnehmers für eine Übernahme zu prüfen. Es liegt nahe, dass auch die Arbeitsqualität und -quantität sowie die Einhaltung von Verhaltensvorgaben - und damit volumen-, leistungs- oder verhaltensbedingte Aspekte - Gegenstand der Beurteilung sind. Erst die Eingliederung des Leiharbeitnehmers in den Entleiherbetrieb und die dortige Überprüfung 51

seines Leistungs- und Ordnungsverhaltens ermöglichen die Beurteilung, ob die genannten Sachgründe vorliegen und die Beklagte ein berechtigtes Interesse an einer Beendigung des Einsatzes hat. Dies zu beurteilen obliegt in erster Linie der Beklagten und begründet einen inneren Zusammenhang zwischen der Prüfpflicht und den erforderlichen Sachgründen für die von der Beklagten initiierte Abmeldung.

(2) Dies entspricht auch dem Sinn und Zweck der Regelung. Der Leiharbeitnehmer soll vor einer willkürlichen, offensichtlich sachwidrigen Abmeldung auf Initiative der Beklagten geschützt werden. Es soll verhindert werden, dass die Beklagte ohne triftigen Grund von einem Verleiher die Abmeldung eines Leiharbeitnehmers verlangt, um sich dessen Übernahmeanspruch zu entziehen. 52

(3) Zudem entspricht es dem gesetzeskonformen Verständnis der Vorschrift, dass diese die Beklagte nur bei Vorliegen von Sachgründen berechtigt, den Entleiher zur Abmeldung des Leiharbeitnehmers zu veranlassen. Zu einer Einschränkung des Rechts der Verleiherin, die bei ihr angestellten Leiharbeitnehmer abzumelden, wären die Betriebsparteien des Entleihbetriebs nicht berechtigt. 53

(a) Arbeitgeber und Betriebsrat haben innerhalb der gesetzlich vorgegebenen Grenzen von § 77 Abs. 3, § 75 BetrVG eine umfassende Regelungskompetenz für alle betrieblichen und betriebsverfassungsrechtlichen Fragen sowie den Inhalt, den Abschluss und die Beendigung von Arbeitsverhältnissen (*BAG 28. Juli 2020 - 1 ABR 41/18 - Rn. 15, BAGE 171, 340*). Gegenstand einer freiwilligen Betriebsvereinbarung kann auch die Regelung eines Übernahmeanspruchs für Leiharbeitnehmer sein. Die Regelungskompetenz der Betriebsparteien des Entleiherbetriebs ist jedoch begrenzt. Nach § 14 Abs. 1 AÜG sind Leiharbeitnehmer betriebsverfassungsrechtlich grundsätzlich Teil der Belegschaft des Verleiherbetriebs und bleiben auch während der Dauer ihrer Überlassung in die dortige Betriebsorganisation eingegliedert. Gleichwohl folgt aus dieser Zuordnung nicht die Kompetenz des für einen Verleiherbetrieb gewählten Betriebsrats, alle die Leiharbeitnehmer betreffenden Angelegenheiten zu regeln. Denn für die Dauer einer Überlassung sind die Leiharbeitnehmer zusätzlich in die Organisation des Entleihbetriebs eingegliedert und unterstehen dort dem Weisungsrecht des Entlei-

hers (vgl. BAG 24. August 2016 - 7 ABR 2/15 - Rn. 21; 7. Juni 2016 - 1 ABR 25/14 - Rn. 13, BAGE 155, 215). Aus der das Leiharbeitsverhältnis kennzeichnenden Aufspaltung der Arbeitgeberfunktionen zwischen dem Verleiher als Vertragsarbeitgeber und dem Entleiher als demjenigen, der die wesentlichen Arbeitgeberbefugnisse in Bezug auf die Arbeitsleistung innerhalb der von ihm vorgegebenen Betriebsorganisation ausübt, ergibt sich demgemäß, dass die Regelungskompetenz der Betriebsparteien im Rahmen der Arbeitnehmerüberlassung grundsätzlich davon abhängt, wer - der Verleiher oder der Entleiher - die Entscheidungskompetenz über den jeweiligen Regelungsgegenstand hat.

(b) Danach dürfen der Entleiher und der bei ihm gebildete Betriebsrat keine 55
freiwillige Betriebsvereinbarung schließen, die die Möglichkeit des Verleihers, bei ihm angestellte Leiharbeitnehmer abzumelden, unmittelbar einschränkt. Das Recht, einen Leiharbeitnehmer beim Entleiher abzumelden, steht idR dem Verleiher und nicht dem Entleiher zu. Die Hauptleistungspflicht des Verleihers gegenüber dem Entleiher besteht darin, einen arbeitsbereiten, den vertraglich festgelegten Anforderungen entsprechenden Arbeitnehmer für die vereinbarte Dauer zur Verfügung zu stellen. Auf diese Verpflichtung ist § 243 BGB entsprechend anzuwenden. Ohne besondere Abrede ist der Verleiher lediglich verpflichtet, einen iSv. § 243 Abs. 1 BGB fachlich geeigneten, nicht aber einen bestimmten Arbeitnehmer zur Verfügung zu stellen. Aus dem Charakter der Arbeitnehmerüberlassung als Dauerschuldverhältnis folgt zwar, dass dem Entleiher für die gesamte Laufzeit des Vertrags ein geeigneter Leiharbeitnehmer zur Verfügung stehen muss. Der Verleiher hat aber grundsätzlich das Recht zum Austausch, sofern dem nicht eine Vereinbarung mit dem Entleiher oder sonstige berechnigte Belange des Entleihers - wie etwa eine lange Einarbeitungszeit für unternehmensspezifische Aufgaben - entgegenstehen (BAG 20. Juni 2013 - 2 AZR 271/12 - Rn. 21 mwN).

(c) Die Betriebsparteien auf Entleiherseite überschreiten ihre Regelungs- 56
kompetenz indessen nicht, wenn sie - wie vorliegend - die Voraussetzungen regeln, unter denen der Entleiher den Verleiher auffordern darf, einen Leiharbeitnehmer abzumelden. Eine solche Regelung stellt keine Beschränkung des Di-

rektionsrechts zulasten des Verleihers dar, sondern konkretisiert die Modalitäten der Einflussnahme auf die Entscheidung des Verleihers über die Abmeldung eines Leiharbeitnehmers durch den Entleiher, ohne dass das Direktionsrecht des Verleihers berührt wird. Dies bedeutet vorliegend für die Regelung in Nr. 3 Abs. 3 der Anlage zur GBV Zeitarbeit, dass für den Übernahmeanspruch des Klägers eine Abmeldung ohne Vorliegen eines der in der Bestimmung genannten Gründe nur dann unbeachtlich wäre, wenn sie auf Veranlassung der Beklagten erfolgte und nicht auf einer autonomen Entscheidung der Verleiherin beruhte.

bb) Als Sachgründe, die die Beklagte im Verhältnis zum Betriebsrat und dem Leiharbeitnehmer berechtigen, den Verleiher zur Abmeldung aufzufordern, genügen nachvollziehbare Unterschreitungen von Leistungsvorgaben sowie einfache, nicht nur ganz unerhebliche Verletzungen vertraglicher Pflichten. 57

(1) Für dieses Auslegungsergebnis sprechen der Wortlaut der Vorschrift und die Regelungssystematik. Ihrem Wortlaut nach ermöglicht Nr. 3 Abs. 3 der Anlage zur GBV Zeitarbeit die jederzeitige Abmeldung aus einem volumen-, leistungs- oder verhaltensbedingtem Anlass. Durch die Verwendung des Begriffs „jederzeit“ wird deutlich, dass weder eine negative Prognose noch eine Verhältnismäßigkeitsprüfung vorzunehmen ist. Regelungssystematisch sind die einer Übernahme des einzelnen Mitarbeiters nach 48 Monaten entgegenstehenden personen- oder verhaltensbedingten Gründe nicht mit den Begriffen der „personenbedingten Gründe“ und „verhaltensbedingten Gründe“ iSd. § 1 Abs. 2 KSchG gleichzusetzen. Gegenstand der Regelung in Nr. 3 der Anlage zur GBV Zeitarbeit ist nicht die Frage, unter welchen Voraussetzungen ein bereits bestehendes bestandsgeschütztes Arbeitsverhältnis durch Kündigung aufgelöst werden kann, sondern ob ein Arbeitsverhältnis überhaupt erst begründet werden soll. Ein Verhalten, das nach Nr. 3 Abs. 3 der Anlage zur GBV Zeitarbeit innerhalb der ersten 36 Monate die jederzeitige Abmeldung gestattet, unterliegt zudem geringeren Anforderungen als personen- oder verhaltensbedingte Gründe, die gemäß Nr. 3 Abs. 5 der Anlage zur GBV Zeitarbeit einer Übernahme des einzelnen Mitarbeiters nach 48 Monaten entgegenstehen. Auch sachlich nachvollziehbare Gründe, 58

die keine arbeitsrechtlichen Konsequenzen zur Folge hatten, können eine Abmeldung innerhalb der ersten 36 Überlassungsmonate rechtfertigen.

d) Erreicht ein Leiharbeitnehmer die Überlassungshöchstgrenze, hat er auch dann einen Übernahmeanspruch, wenn die Beklagte das Verfahren zur Prüfung der Übernahmeeignung des Leiharbeitnehmers nicht durchgeführt hat, es sei denn, es liegt ein Ausnahmetatbestand der Nr. 3 Abs. 5 der Anlage zur GBV Zeitarbeit vor. Unterlässt die Beklagte die vorgeschriebene finale Bewertung, ist unter Zugrundelegung des Rechtsgedankens aus § 162 BGB der Leiharbeitnehmer als grundsätzlich übernahmegeeignet anzusehen. 59

2. Auf der Grundlage der vom Landesarbeitsgericht getroffenen Feststellungen und des Vorbringens der Parteien kann der Senat nicht beurteilen, ob der Kläger eine den Übernahmeanspruch begründende Einsatzdauer von 48 Monaten erreicht hat. Dies wäre dann der Fall, wenn die Abmeldung des Klägers durch die Verleiherin vom 27. März 2020 zum 30. April 2020 auf Initiative der Beklagten erfolgt und nicht durch einen Sachgrund iSv. Nr. 3 Abs. 3 der Anlage zur GBV Zeitarbeit gedeckt wäre. In diesem Fall wäre die Abmeldung im Verhältnis zur Beklagten unbeachtlich. Die Zuordnung zur Beklagten hätte als fortbestanden gegolten, soweit es die Voraussetzungen für den Übernahmeanspruch betrifft. Das Landesarbeitsgericht hat keine tatsächlichen Feststellungen dazu getroffen, auf wessen Initiative die Abmeldung erfolgte und ob sie volumens-, leistungs- oder verhaltensbedingt veranlasst war. Die Beklagte hat in den Vorinstanzen behauptet, die Abmeldung beruhe auf nicht näher bezeichneten „Meldeverstößen“. Die gebotenen Feststellungen dazu werden im fortgesetzten Berufungsverfahren nachzuholen sein. Zudem wird das Landesarbeitsgericht - nach Gewährung rechtlichen Gehörs - zu prüfen haben, ob ein der Übernahme des Klägers entgegenstehender Ausnahmetatbestand iSv. Nr. 3 Abs. 5 der Anlage zur GBV Zeitarbeit vorliegt. Als dem Übernahmeanspruch entgegenstehende Einwendung trägt die Beklagte hierfür die Darlegungs- und Beweislast. 60

C. Soweit das Landesarbeitsgericht den echten Hilfsantrag zu 3. und den unechten Hilfsantrag zu 4. abgewiesen hat, war das Berufungsurteil ebenfalls aufzuheben und die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Vor ei- 61

ner Entscheidung über den Hilfsantrag zu 2. kann über diese Anträge nicht befunden werden.

Kiel

Suckow

Zimmermann

Faltyn

A. Lohbeck