

BUNDESARBEITSGERICHT



8 AZR 567/09
8 Sa 870/08
Hessisches
Landesarbeitsgericht

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
23. September 2010

URTEIL

Förster, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungskläger und Revisionskläger,

pp.

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Achte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 23. September 2010 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Hauck, die Richter am Bundesarbeitsgericht Böck und

Dr. Kiel sowie die ehrenamtlichen Richter Warnke und Dr. Volz für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Hessischen Landesarbeitsgerichts vom 1. Juli 2009 - 8 Sa 870/08 - wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Revisionsverfahrens hat der Kläger zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten darüber, ob infolge eines Betriebsübergangs zwischen ihnen ein Arbeitsverhältnis besteht, und über Vergütungsansprüche. 1

Der Kläger war seit 1980 für die W GmbH als Industriemeister tätig. Seine Vergütung betrug zuletzt 3.773,00 Euro. 2

Die W GmbH stellte Maschinen und Maschinenteile her und vertrieb diese. Insbesondere fertigte sie Kettenschienen für den Hauptkunden M und betrieb hierfür rechnerunterstützte Fertigung (*CAM*) und rechnerunterstützte Konstruktion (*CAD*), wobei sie computerisierte numerische Steuerungen (*CNC*) einsetzte. Weitere Tätigkeitsbereiche der W GmbH waren die Montage von Betonstahl- und Verarbeitungsmaschinen sowie die Erstellung eigener Programme. In diesen beiden letztgenannten Bereichen waren etwa vier Arbeitnehmer beschäftigt. Die Geschäftsführer der W GmbH waren L und dessen Sohn G. Einschließlich Frau K, der Ehefrau des G, die als kaufmännische Angestellte tätig war, beschäftigte die W GmbH zuletzt etwa 50 Arbeitnehmer. 3

Über das Vermögen der W GmbH wurde zum 1. Mai 2007 das Insolvenzverfahren eröffnet. 4

Am 14. November 2007 schloss der Insolvenzverwalter mit dem Betriebsrat der W GmbH (*im Folgenden: Insolvenzschuldnerin*) einen Interessenausgleich mit Namensliste, auf welcher der Kläger namentlich bezeichnet ist. Der Interessenausgleich lautet auszugsweise:

5

„§ 2

Gegenstand

- (1) Gegenstand des Interessenausgleichs ist die endgültige und dauerhafte Stilllegung des schuldenrischen Betriebs spätestens mit Ablauf des Monats Februar 2007 (*richtig wohl: Februar 2008*). Damit entfallen sämtliche dort vorhandenen Arbeitsplätze. Gegenwärtig werden noch ca. fünfzig Arbeitnehmer beschäftigt. Allen Arbeitnehmern muss infolge der Betriebsstilllegung gekündigt werden. Es gibt zudem fünf noch nicht rechtskräftig abgeschlossene Kündigungsschutzklagen von Arbeitnehmern, denen bereits aufgrund des Interessenausgleichs vom 24.05.2007 gekündigt wurde. Auch diesen bereits gekündigten Arbeitnehmern soll vorsorglich ein weiteres Mal diesmal aufgrund der Stilllegung gekündigt werden.

...“

Der Insolvenzverwalter kündigte mit Schreiben vom 20. November 2007 das Arbeitsverhältnis des Klägers zum 28. Februar 2008. Das vom Kläger gegen die Wirksamkeit der Kündigung eingeleitete Kündigungsschutzverfahren ist derzeit ausgesetzt. Weiterhin kündigte der Insolvenzverwalter in den Monaten November und Dezember 2007 die Arbeitsverhältnisse weiterer 16 Arbeitnehmer. Die übrigen Arbeitnehmer der Insolvenzschuldnerin beendeten ihre Arbeitsverhältnisse entweder durch fristlose Eigenkündigungen oder durch Aufhebungsverträge mit dem Insolvenzverwalter.

6

Der Insolvenzverwalter gab am 16. November 2007 das von der Insolvenzschuldnerin genutzte Betriebsgelände einschließlich der in den Gebäuden befindlichen Betriebs- und Geschäftsausstattung an die Eigentümerin, die W GbR, heraus.

7

Am 16. November 2007 nahmen auf dem Betriebsgelände in den vor- 8
maligen Räumlichkeiten der Insolvenzsuldnerin und unter Nutzung der
vormals von der Insolvenzsuldnerin genutzten Maschinen die W-T Ltd. & Co.
KG i.Gr. (*im Folgenden: W-T*), endvertreten durch den Direktor G, sowie die W
P Ltd. & Co. KG i. Gr. (*im Folgenden: W P*), endvertreten durch den Direktor L,
die Produktion auf. Jede der beiden Gesellschaften produziert in jeweils einer
der beiden, zuvor von der Insolvenzsuldnerin genutzten Hallen mit den dort
von der Insolvenzsuldnerin verwendeten Maschinen.

Geschäftszweck der W-T ist die Fertigung von Maschinen und 9
Maschinenteilen unter besonderem Einsatz von computerisierten numerischen
Steuerungen (*CNC*), rechnerunterstützter Fertigung (*CAM*) und rechnerunter-
stützter Konstruktion (*CAD*) einschließlich der Erbringung damit verbundener
Leistungen. Die für die Ausführung der Tätigkeit erforderlichen Arbeitnehmer
entleiht die W-T fast ausschließlich von der Beklagten.

Der Geschäftszweck der W P liegt in der Herstellung und dem Vertrieb 10
von Maschinenbauteilen, insbesondere von Kettenschienen einschließlich der
damit verbundenen Leistungen. Die W P verfügt über keine eigenen Arbeit-
nehmer, sondern entleiht diese ausschließlich von der Beklagten.

Die Beklagte wird endvertreten durch die vormalige kaufmännische An- 11
gestellte der Insolvenzsuldnerin, K. Am 16. November 2007 nahm die Be-
klagte ihre Geschäftstätigkeit auf und schloss mit einer Reihe früherer Arbeit-
nehmer der Insolvenzsuldnerin - nicht aber mit dem Kläger - Arbeitsverträge
zum Zwecke der nicht gewerbsmäßigen Überlassung an die Kunden W-T und
W P. Diese Mitarbeiter erledigen dort die gleichen Tätigkeiten wie vormals bei
der Insolvenzsuldnerin. Arbeitnehmer, die zuvor nicht bei der Insolvenz-
schuldnerin beschäftigt waren, sind für die Beklagte nicht tätig. Neben der W-T
und der W P verfügt die Beklagte über keine weiteren Kunden.

Der Kläger meint, sein Arbeitsverhältnis mit der Insolvenzsuldnerin 12
sei auf die Beklagte im Wege des Betriebsübergangs übergegangen. Die
jetzige Tätigkeit der Beklagten sowie der W-T und der W P entspreche der
Tätigkeit der Insolvenzsuldnerin, ohne dass es zu Änderungen in den

Produktionsabläufen oder der Arbeitsorganisation gekommen sei. Es bestehe auch hinsichtlich Produktion und Verwaltung räumliche Kontinuität. Die W-T und die W P erledigten Aufträge und Tätigkeiten für die bisherigen Kunden der Insolvenzschildnerin mit deren ehemaligen Mitarbeitern, die sie sich von der Beklagten leihe. Infolgedessen sei der Betrieb der Insolvenzschildnerin nicht stillgelegt, sondern von den drei Gesellschaften ohne zeitliche Unterbrechung fortgeführt worden. Durch das Auseinanderreißen von Belegschaft und Betriebsmitteln werde lediglich versucht § 613a BGB zu umgehen.

Der Kläger trägt vor, G habe etwa 40 Arbeitnehmern der Insolvenzschildnerin, bevor diese mit dem Insolvenzverwalter Aufhebungsverträge geschlossen bzw. außerordentliche Eigenkündigungen erklärt hätten, die Fortsetzung ihrer Arbeitsverhältnisse bei gleicher Tätigkeit in einer neuen Gesellschaft angeboten. Am 16. November 2007 habe die Beklagte dann mit 37 der ca. 42 ehemaligen Arbeitnehmer der Insolvenzschildnerin Arbeitsverträge geschlossen. 13

Weiter behauptet der Kläger, die kaufmännische Verwaltung der W-T und der W P werde einheitlich durchgeführt. Auch sei der ehemalige Betriebsleiter der Insolvenzschildnerin, N, weiterhin als Betriebsleiter sowohl für die W-T als auch für die W P tätig. 14

Da sein Arbeitsverhältnis auf die Beklagte übergegangen sei, stehe ihm für die Zeit vom 15. November 2007 bis zum 31. Dezember 2007 ein Anspruch auf Arbeitsvergütung abzüglich gezahlten Arbeitslosengeldes gegen die Beklagte zu. 15

Der Kläger hat zuletzt beantragt, 16

1. festzustellen, dass zwischen ihm und der Beklagten ein ungekündigtes und unbefristetes Arbeitsverhältnis besteht und
2. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 5.659,50 Euro brutto abzüglich 2.381,40 Euro netto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinsatz seit dem 1. Januar 2008 zu zahlen.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt. 17

Sie bestreitet das Vorliegen eines Betriebsübergangs. Als Personal- 18
dienstleisterin habe sie weder Vermögensgegenstände noch Kunden der
Insolvenzschuldnerin übernommen. Auch verfolge sie einen komplett anderen
Geschäftszweck als die Insolvenzschuldnerin.

Die Beklagte bestreitet, dass ihre Direktorin K die Personalleitung bei 19
der Insolvenzschuldnerin innegehabt habe. Vielmehr seien die Personalan-
gelegenheiten bei der Insolvenzschuldnerin von deren Geschäftsführern L und
G erledigt worden. Auch behauptet die Beklagte, dass ihr Betrieb, die W-T und
die W P nicht einheitlich geleitet werden. Herr N sei nur für die Betriebsleitung
der W-T verantwortlich. Betriebsleiter der W P sei Herr S. Schließlich habe die
Insolvenzschuldnerin bis zum 15. November 2007 auch die Montage von
Betonstahlmaschinen unter anderem für das Unternehmen B zum Gegenstand
gehabt. Diese Tätigkeit werde weder von der W-T noch von der W P aus-
geführt.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen, das Landesarbeitsgericht 20
hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Mit der vom Landesarbeits-
gericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger sein Klagebegehren weiter,
während die Beklagte die Zurückweisung der Revision beantragt.

Entscheidungsgründe

Die Revision des Klägers ist unbegründet. Zwischen ihm und der Be- 21
klagten besteht kein Arbeitsverhältnis, weshalb ihm gegen diese auch keine
Vergütungsansprüche zustehen.

A. Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, der vom Kläger be- 22
hauptete Betriebsübergang liege nicht vor. Zwar habe die Beklagte den nach
Zahl und Sachkunde wesentlichen Teil des Personals der Insolvenzschuldnerin
übernommen und diese übernommenen Arbeitnehmer führten auch im Wesent-
lichen die gleichen Tätigkeiten wie zuvor bei der Insolvenzschuldnerin aus. Bei
der Insolvenzschuldnerin habe es sich jedoch nicht um ein betriebsmittelarmes

Unternehmen gehandelt, bei dem es im Wesentlichen auf die menschliche Arbeitskraft ankomme und sächliche Betriebsmittel eine geringe, untergeordnete Bedeutung hätten. Vielmehr seien bei der Insolvenzschuldnerin Maschinen und Programme für die Produktion wesentlich gewesen. Diese seien nicht von der Beklagten übernommen worden. Der Geschäftszweck der Beklagten erschöpfe sich in der Arbeitnehmerüberlassung an die W-T und an die W P. Die wirtschaftliche Tätigkeit der Insolvenzschuldnerin werde nicht durch die Beklagte, sondern durch die W-T und die W P weiterbetrieben. Letztgenannte Unternehmen vertrieben auch die von den Arbeitnehmern produzierten Maschinen und Maschinenbauteile. Damit habe die Beklagte auch nicht unter Änderung der Organisation die funktionelle Verknüpfung der Wechselbeziehung zwischen den verschiedenen übertragenen Produktionsfaktoren beibehalten. Sie habe nämlich allein das Personal übernommen und es sei nicht ersichtlich, dass sie den Umfang des Personaleinsatzes bestimmen könne. Die Beklagte sei nicht in der Lage, die Fertigung und den Vertrieb von Maschinen und Maschinenbauteilen wie bisher durchzuführen. So fehle es an der Übernahme der für den bisherigen Geschäftszweck der Insolvenzschuldnerin erforderlichen Betriebs- und Produktionsmittel sowie am Übergang der Kundenbeziehungen.

Das Landesarbeitsgericht hat weiter angenommen, die Richtlinie 2001/23/EG des Rates vom 12. März 2001 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Unternehmens- oder Betriebsteilen gebiete es nicht, in einem Fall, in dem das Personal von den Betriebsmitteln getrennt übernommen werde, gemäß § 613a BGB einen Betriebsübergang auf den das Personal übernehmenden Arbeitnehmerüberlasser anzunehmen, da es ansonsten der Übernehmer der Produktion in der Hand hätte ohne unmittelbare Kontrolle der Betriebsbedingtheit nur einen Teil der Arbeitnehmer weiter zu beschäftigen.

23

Ein Betriebsübergang könne auch nicht wegen Vorliegens eines gemeinsamen Betriebs der Beklagten, der W-T und der W P angenommen werden. Es fehle an einem gemeinsamen einheitlichen arbeitstechnischen

24

Zweck. Die Beklagte stelle lediglich Personal, während die W-T und die W P Produkte fertigten und vertrieben.

Das Arbeitsverhältnis des Klägers sei auch nicht von der Insolvenzschauldnerin auf eine von der Beklagten mit der W-T und der W P gemäß § 705 BGB gebildete Gesellschaft übergegangen. Eine solche Gesellschaft - ihre Gründung unterstellt - nähme nicht am Rechtsverkehr teil. 25

Letztlich verneint das Landesarbeitsgericht auch das Zustandekommen eines einheitlichen Arbeitsverhältnisses des Klägers mit der Beklagten sowie der W-T und der W P. § 613a BGB zwingt nicht zur Annahme eines solchen einheitlichen Arbeitsverhältnisses. 26

B. Das Berufungsurteil hält einer revisionsrechtlichen Überprüfung stand. 27

I. Die Feststellungsklage ist unbegründet. Zwischen den Parteien besteht kein Arbeitsverhältnis. Das Arbeitsverhältnis des Klägers mit der Insolvenzschauldnerin ist nicht im Wege eines Betriebsübergangs nach § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB auf die Beklagte übergegangen. 28

1. § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB setzt den rechtsgeschäftlichen Übergang eines Betriebs oder Betriebsteiles auf einen anderen Inhaber voraus. Erforderlich ist die Wahrung der Identität der betreffenden wirtschaftlichen Einheit. Der Begriff wirtschaftliche Einheit bezieht sich auf eine organisatorische Gesamtheit von Personen und/oder Sachen zur auf Dauer angelegten Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mit eigener Zielsetzung. Bei der Prüfung, ob eine solche Einheit übergegangen ist, müssen sämtliche, den betreffenden Vorgang kennzeichnenden Tatsachen berücksichtigt werden. Dazu gehören als Teilaspekte der Gesamtwürdigung namentlich die Art des betreffenden Unternehmens oder Betriebs, der etwaige Übergang der materiellen Betriebsmittel wie Gebäude oder bewegliche Güter, der Wert der immateriellen Aktiva im Zeitpunkt des Übergangs, die etwaige Übernahme der Hauptbelegschaft, der etwaige Übergang der Kundschaft sowie der Grad der Ähnlichkeit zwischen den vor und nach dem Übergang verrichteten Tätigkeiten und die Dauer einer eventuellen Unterbrechung dieser Tätigkeit. Die Identität der Einheit kann sich 29

auch aus anderen Merkmalen, wie zB ihrem Personal, ihren Führungskräften, ihrer Arbeitsorganisation, ihren Betriebsmethoden oder den ihr zur Verfügung stehenden Betriebsmitteln ergeben. Den für das Vorliegen eines Übergangs maßgeblichen Kriterien kommt je nach der ausgeübten Tätigkeit und je nach den Produktions- und Betriebsmethoden unterschiedliches Gewicht zu.

Bei betriebsmittelarmen und dienstleistungsorientierten Branchen und Arbeitszwecken, bei denen es wesentlich auf die menschliche Arbeitskraft ankommt, kann eine Gesamtheit von Arbeitnehmern, die durch ihre gemeinsame Tätigkeit dauerhaft verbunden ist, eine wirtschaftliche Einheit in diesem Sinne darstellen. Die Wahrung der Identität der wirtschaftlichen Einheit ist anzunehmen, wenn der neue Betriebsinhaber nicht nur die betreffende Tätigkeit weiterführt, sondern auch einen nach Zahl und Sachkunde wesentlichen Teil des Personals übernimmt, das sein Vorgänger gezielt bei dieser Tätigkeit eingesetzt hat. Die bloße Fortführung der Tätigkeit durch einen anderen Auftragnehmer (*Funktionsnachfolge*) stellt hingegen keinen Betriebsübergang dar (*st. Rspr., vgl. BAG 21. Mai 2008 - 8 AZR 481/07 - AP BGB § 613a Nr. 354 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 96*). In betriebsmittelgeprägten Betrieben kann ein Betriebsübergang auch ohne Übernahme von Personal vorliegen (*BAG 6. April 2006 - 8 AZR 249/04 - BAGE 117, 361 = AP BGB § 613a Nr. 303 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 52*). 30

2. Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze ist das Landesarbeitsgericht zutreffend davon ausgegangen, dass mangels Übertragung einer wirtschaftlichen Einheit auf die Beklagte ein Betriebsübergang auf diese nicht stattgefunden hat. 31

Der Betrieb der Insolvenzschildnerin ist als selbständige wirtschaftliche Einheit nicht identitätswahrend auf die Beklagte übertragen worden. 32

a) Der Unternehmensgegenstand der Insolvenzschildnerin lag in der Herstellung und dem Vertrieb von Maschinen und Maschinenteilen. Ihr Betrieb war betriebsmittelgeprägt. Der Schwerpunkt der Betriebstätigkeit lag in der Produktion so genannter Kettenschienen. Bei Produktionsbetrieben kann der Betriebszweck ohne sächliche Betriebsmittel nicht erreicht werden. Die Arbeits- 33

plätze sind regelmäßig an bestimmte Räume, Maschinen, Produktionsanlagen, Werkzeuge und sonstige Einrichtungsgegenstände gebunden. Um die Produktion in der bisherigen Weise fortzusetzen, benötigt der Erwerber diese materiellen Produktionsmittel.

b) Materielle Betriebsmittel, insbesondere Maschinen oder sonstige Produktionsanlagen sind von der Insolvenzsuldnerin nicht auf die Beklagte übertragen worden. Die Beklagte hat auch keine Räumlichkeiten bezogen, die zuvor von der Insolvenzsuldnerin genutzt worden sind. Während die Insolvenzsuldnerin in der Dstraße 13 ansässig war, hat die Beklagte ihren Unternehmenssitz unter der Anschrift Dstraße 9 begründet. Die vormaligen Räumlichkeiten der Insolvenzsuldnerin werden seit Mitte November 2007 von der W-T sowie der W P genutzt. Diese haben auch die materiellen Betriebsmittel in Gestalt von Maschinen, Programmen und sonstigen Produktionsanlagen von der Insolvenzsuldnerin übernommen, um ihre Produktionstätigkeit mit diesen durchzuführen. 34

c) Außer einem Großteil des Personals hat die Beklagte von der Insolvenzsuldnerin nichts übernommen, insbesondere auch keine Kunden- und Lieferantenbeziehungen. 35

d) Der Betriebszweck der Beklagten unterscheidet sich außerdem erheblich von demjenigen der Insolvenzsuldnerin. Während diese einen Produktionsbetrieb führte, also mit der Herstellung von Maschinen und Maschinenteilen befasst war, liegt der Unternehmensgegenstand der Beklagten in der nicht gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung und ist mithin dem Bereich der Personaldienstleistung zuzuordnen. Der Umstand, dass die Mitarbeiter der Beklagten im Wesentlichen die gleichen Tätigkeiten wie zuvor ausführen, ändert hieran nichts, da sie diese im Wesentlichen gleichen Tätigkeiten nicht für die Beklagte, sondern für die W-T und die W P erbringen. 36

3. Auch soweit der Kläger seine Revision darauf stützt, dass, wenn kein Betriebsübergang auf die Beklagte vorliege, jedenfalls ein Gemeinschafts- 37

betrieb mit der Beklagten als Anstellungsträger gebildet worden sei, bleibt sie erfolglos.

a) Unter einem Betrieb versteht die Rechtsprechung eine organisatorische Einheit, innerhalb derer ein Arbeitgeber allein oder mit seinen Arbeitnehmern mit Hilfe technischer und immaterieller Mittel bestimmte arbeitstechnische Zwecke fortgesetzt verfolgt (*vgl. zum Betrieb iSd. BetrVG: BAG 21. Juli 2004 - 7 ABR 57/03 - AP BetrVG 1972 § 4 Nr. 15 = EzA BetrVG 2001 § 4 Nr. 1; 17. Januar 2007 - 7 ABR 63/05 - BAGE 121, 7 = AP BetrVG 1972 § 4 Nr. 18 = EzA BetrVG 2001 § 4 Nr. 2; 7. Mai 2008 - 7 ABR 15/07 - NZA 2009, 328; 13. August 2008 - 7 ABR 21/07 - NZA-RR 2009, 255*). Ein Betrieb kann auch von mehreren Arbeitgebern als gemeinsamer Betrieb geführt werden. Davon geht auch § 1 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 BetrVG aus. Nur wenn ein solcher gemeinsamer Betrieb unter Beteiligung der Beklagten gebildet worden wäre, könnte ein Betriebs- oder Betriebsteilübergang auf die Beklagte überhaupt in Frage kommen. Ob für den Begriff „Betrieb“ iSd. § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB, der auf einen Erwerber übergehen kann, eine besondere, vom allgemeinen Betriebsbegriff abweichende Definition gilt, ist vorliegend nicht entscheidungserheblich, weil es nur darauf ankommt, ob die Beklagte mit der W-T und der W P einen neuen gemeinsamen Betrieb gebildet hat. 38

aa) Die Rechtsfigur des gemeinsamen Betriebs mehrerer Unternehmen liegt vor, wenn die in einer Betriebsstätte vorhandenen materiellen und immateriellen Betriebsmittel mehrerer Unternehmen für einen einheitlichen arbeitstechnischen Zweck zusammengefasst, geordnet und gezielt eingesetzt werden und der Einsatz der menschlichen Arbeitskraft von einem einheitlichen Leitungsapparat gesteuert wird. Die beteiligten Unternehmen müssen sich zumindest stillschweigend zu einer gemeinsamen Führung rechtlich verbunden haben (*BAG 11. Dezember 2007 - 1 AZR 824/06 - mwN, EzA BetrVG 2001 § 77 Nr. 21*). 39

bb) Die Begriffe „Betrieb“ und „gemeinschaftlicher Betrieb“ sind unbestimmte Rechtsbegriffe. Bei der Beurteilung, ob eine Organisationseinheit ein Betrieb, ein selbständiger oder ein unselbständiger Betriebsteil ist, steht dem 40

Gericht der Tatsacheninstanz ein Beurteilungsspielraum zu. Die Würdigung des Landesarbeitsgerichts ist in der Revisionsinstanz nur daraufhin überprüfbar, ob es den Rechtsbegriff selbst verkannt, gegen Denkgesetze, anerkannte Auslegungsgrundsätze oder allgemeine Erfahrungssätze verstoßen oder wesentliche Umstände außer Acht gelassen hat (*vgl. zu § 1 Abs. 1 Satz 2 BetrVG: BAG 9. Dezember 2009 - 7 ABR 38/08 - EzA BetrVG 2001 § 1 Nr. 8; 17. Januar 2007 - 7 ABR 63/05 - BAGE 121, 7 = AP BetrVG 1972 § 4 Nr. 18 = EzA BetrVG 2001 § 4 Nr. 2*).

b) Diesem eingeschränkten Prüfungsmaßstab hält die Würdigung des Landesarbeitsgerichts stand. Die W-T, die W P und die Beklagte betreiben keinen gemeinsamen Betrieb. 41

aa) In den Fällen einer unternehmerischen Zusammenarbeit, in denen sich die Beteiligung eines Arbeitgebers - wie hier der Beklagten - auf das Zur-Verfügung-Stellen seiner Arbeitnehmer an einen oder mehrere andere Unternehmen beschränkt, fehlt es an dem maßgeblichen Merkmal einer einheitlichen Leitung in personellen und sozialen Angelegenheiten. Werden die Arbeitnehmer einem anderen Unternehmen zur Arbeitsleistung überlassen, liegt eine Personalgestellung vor, regelmäßig in Form der Arbeitnehmerüberlassung. Der Verleiher beschränkt sich auf die Zur-Verfügung-Stellung des benötigten Personals. Er trifft die Personalauswahlentscheidung und ihm verbleibt die Disziplinarbefugnis. Das entleihende Unternehmen entscheidet dagegen über den Personaleinsatz vor Ort (*zB Zuweisung des konkreten Arbeitsplatzes, Art und Weise der Arbeitsausführung usw.*) (*BAG 16. April 2008 - 7 ABR 4/07 - AP BetrVG 1972 § 1 Gemeinsamer Betrieb Nr. 32 = EzA BetrVG 2001 § 1 Nr. 7; 13. August 2008 - 7 ABR 21/07 - mwN, NZA-RR 2009, 255; 17. Februar 2010 - 7 ABR 51/08 - EzA BetrVG 2001 § 8 Nr. 2*). 42

Die Voraussetzungen eines gemeinsamen Betriebs sind nicht bereits erfüllt, wenn eine (*enge*) unternehmerische Zusammenarbeit zwischen Arbeitgebern aufgrund wechselseitiger Verpflichtungen zu einer Minderung von mitbestimmungsrechtlich relevanten Gestaltungs- und Entscheidungsspielräumen bei den Arbeitgebern führt (*BAG 13. August 2008 - 7 ABR* 43

21/07 - Rn. 21 - 23, NZA-RR 2009, 255). Auch die Überlassung von Arbeitnehmern durch eine extra zur Personalgestellung gegründete Tochtergesellschaft (BAG 25. Januar 2005 - 1 ABR 61/03 - BAGE 113, 218 = AP BetrVG 1972 § 99 Einstellung Nr. 48 = EzA BetrVG 2001 § 99 Nr. 7) sowie durch eine konzernangehörige Personalführungsgesellschaft wäre mit dem AÜG vereinbar (BAG 20. April 2005 - 7 ABR 20/04 - zu B II 2 b cc der Gründe, EzA AÜG § 14 Nr. 5). Auch eine Alleininhaberschaft oder die Mehrheitsbeteiligung an dem verleihenden Unternehmen würde danach einen Gemeinschaftsbetrieb nicht zwangsläufig begründen.

bb) Unter Zugrundelegung dieser Grundsätze liegt im vorliegenden Fall 44
keine organisatorische Einheit vor, in der der Personaleinsatz von einem einheitlichen Leitungsapparat gesteuert wird. Vielmehr wird das Direktionsrecht bzgl. der Arbeitnehmer der Beklagten ausschließlich von der W-T und der W P als den Entleihern ausgeübt, weil das bei der Beklagten beschäftigte Personal im Wege der Arbeitnehmerüberlassung in diesen beiden Betrieben im Rahmen deren Organisationsstruktur eingesetzt wird.

4. Schließlich gebietet auch der Schutzzweck der Richtlinie 2001/23/EG 45
nicht dann, wenn wie im Streitfall, das Personal getrennt von den Betriebsmitteln übernommen und sodann an den Übernehmer der Betriebsmittel verliehen wird, einen Betriebsübergang auf den das Personal übernehmenden Arbeitnehmerüberlasser anzunehmen. Würde ein solcher Betriebsübergang angenommen, könnte der Übernehmer der materiellen und immateriellen Betriebsmittel, dh. im Regelfall der eigentliche Betriebsübernehmer iSd. § 613a BGB, im Ergebnis alle oder einen Teil der Mitarbeiter des vormaligen Inhabers beschäftigen, ohne - wie es § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB vorsieht - deren Arbeitgeber zu werden.

II. Mangels eines Arbeitsverhältnisses zwischen dem Kläger und der 46
Beklagten steht dem Kläger der für den Zeitraum 15. November 2007 bis 31. Dezember 2007 geltend gemachte Vergütungsanspruch gegen diese nicht zu.

C. Der Kläger hat nach § 97 Abs. 1 ZPO die Kosten seiner erfolglosen Revision zu tragen. 47

Hauck

Böck

Kiel

Warnke

Volz