

Bundesarbeitsgericht
Neunter Senat

Urteil vom 24. Mai 2022
- 9 AZR 338/21 -
ECLI:DE:BAG:2022:240522.U.9AZR338.21.0

I. Arbeitsgericht Frankfurt am Main

Urteil vom 28. März 2019
- 21 Ca 7606/18 -

II. Hessisches Landesarbeitsgericht

Urteil vom 15. Januar 2021
- 3 Sa 1107/19 -

Entscheidungsstichworte:

Arbeitnehmerüberlassung - gemeinschaftlicher Betrieb

Hinweis des Senats:

Parallelsache zu führender Sache - 9 AZR 337/21 -

BUNDESARBEITSGERICHT



9 AZR 338/21
3 Sa 1107/19
Hessisches
Landesarbeitsgericht

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
24. Mai 2022

URTEIL

Brüne, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungskläger und Revisionskläger,

pp.

1.

Beklagte zu 1., Berufungsbeklagte zu 1. und Revisionsbeklagte zu 1.,

2.

Beklagte zu 2., Berufungsbeklagte zu 2. und Revisionsbeklagte zu 2.,

hat der Neunte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 24. Mai 2022 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Kiel, die Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Suckow und Zimmermann sowie die ehrenamtlichen Richter Lücke und Neumann-Redlin für Recht erkannt:

1. Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Hessischen Landesarbeitsgerichts vom 15. Januar 2021 - 3 Sa 1107/19 - aufgehoben.
2. Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten der Revision - an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Der Kläger und die Beklagte zu 1. streiten in der Revisionsinstanz darüber, ob zwischen ihnen seit dem 1. Dezember 2013 ein Arbeitsverhältnis besteht. Außerdem nimmt der Kläger die Beklagte zu 2. auf Erteilung eines Arbeitszeugnisses in Anspruch. 1

Die Beklagte zu 1. ist die alleinige Gesellschafterin der Beklagten zu 2. und betreibt den Flughafen F. Sie hat ihr Geschäft in operative Bereiche unterteilt, zu denen ua. der Bereich Personalserviceleistungen (PSL) gehört. Auf die Arbeitsverhältnisse mit ihren im Bereich der Bodenverkehrsdienste (BVD) beschäftigten Arbeitnehmern wendet die Beklagte zu 1. regelmäßig den Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst - Besonderer Teil Flughäfen - (TVöD-F) an. Seit 2012 bildete sie zusammen mit der V GmbH einen gemeinsamen Betrieb mit ca. 10.000 Arbeitnehmern. 2

Die Beklagte zu 2., die im Besitz einer unbefristeten Erlaubnis zur gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung ist, wendet auf die Arbeitsverhältnisse 3

der bei ihr beschäftigten Arbeitnehmer mit der Gewerkschaft ver.di abgeschlossene Haustarifverträge an. Der Kläger ist seit dem 3. November 2011 bei ihr auf der Grundlage eines „Arbeitsvertrag für Leiharbeitnehmer“ vom 31. Oktober 2011 (Arbeitsvertrag) zu einem monatlichen Bruttolohn iHv. ca. 2.600,00 Euro beschäftigt. Im Arbeitsvertrag heißt es auszugsweise:

„§ 1 Anwendbarer Tarifvertrag

Soweit in diesem Arbeitsvertrag einzelvertraglich keine anderen Regelungen getroffen wurden, gelten für das Arbeitsverhältnis unabhängig von einer Gewerkschaftszugehörigkeit des Arbeitnehmers die Vorschriften des zwischen der Fa. A GmbH und der Vereinten Dienstleistungsgewerkschaft ver.di abgeschlossenen Manteltarifvertrages und des Entgelttarifvertrages und alle damit verbundenen ergänzenden, ersetzenden oder ändernden Regelungen in der jeweils gültigen Fassung.

§ 2 Erlaubnis

Die unbefristete Erlaubnis zur gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung wurde dem Arbeitgeber gemäß § 1 Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) von der Bundesagentur für Arbeit, Regionaldirektion Hessen, mit Bescheid vom 5.11.2006 ab dem 02.12.2006 erteilt.

...

§ 4 Art der Tätigkeit

- (1) Der Arbeitnehmer wird für folgende Tätigkeit(en) eingesetzt:

Bodenabfertigungsdienst am Flughafen F (Flugzeug-, Gepäck und Frachtabfertigung) im Rahmen der Arbeitnehmerüberlassung ...

...

- (2) Der Arbeitgeber behält sich vor, dem Arbeitnehmer unter Beachtung seiner berechtigten Interessen andere zumutbare gleichwertige Aufgaben zu übertragen, die der Vorbildung und den Fähigkeiten des Arbeitnehmers entsprechen ... Das Recht des Arbeitgebers, dem Arbeitnehmer andere Aufgaben zu übertragen bzw. den Arbeitsort zu ändern, bleibt auch dann bestehen, wenn der Arbeitnehmer über einen längeren Zeitraum eine bestimmte Tätigkeit ausübt oder über einen längeren Zeitraum an einem bestimmten Arbeitsort tätig ist.“

In der Folgezeit überließ die Beklagte zu 2. den Kläger der Beklagten zu 1., die ihn am Flughafen F im Bereich BVD als Flugzeugabfertiger einsetzte. 4

Am 18. November 2016 beschloss die Gesellschafterversammlung der Beklagten zu 2., den Gegenstand ihres Unternehmens zu ändern, der im Handelsregister eingetragen wurde: 5

„die Erbringung von Dienstleistungen im Luftverkehr, insbesondere Dienstleistungen im Rahmen der Bodenverkehrsdienstleistungen sowie die Durchführung aller hiermit in Zusammenhang stehender Geschäfte. Die Gesellschaft erbringt ihre Dienstleistungen u.a. als Partner im Gemeinschaftsbetrieb mit anderen Unternehmen ...“

Unter dem 20. Juni 2017 schlossen die Beklagte zu 1., die V GmbH und die Beklagte zu 2. (beteiligte Unternehmen) mit Wirkung zum 1. Juli 2017 eine „Vereinbarung über die Führung eines gemeinsamen Betriebs“ (Führungsvereinbarung). Darin heißt es ua.: 6

„Präambel

F hat die unternehmerische Entscheidung getroffen, den bisherigen Gemeinschaftsbetrieb zwischen F und V um die G zu erweitern. ...

§ 1

Führung eines gemeinsamen Betriebes am Flughafen F

- (1) Die Parteien sind sich darüber einig, dass die in ihren Betriebsstätten in F vorhandenen materiellen und immateriellen Betriebsmittel mit Inkrafttreten dieses Vertrags für einen einheitlichen arbeitstechnischen Zweck zusammengefasst, geordnet und gezielt eingesetzt werden und dass der Einsatz der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter (nachfolgend Mitarbeiter genannt) der F, G und V in dieser gemeinsamen Betriebsstätte von einem einheitlichen Leitungsapparat gesteuert wird.
- (2) Diese einheitliche Leitung erstreckt sich auf die wesentlichen Funktionen eines Arbeitgebers in sozialen und personellen Angelegenheiten für alle Arbeitnehmer der F, der G und der V.

- (3) Die institutionell einheitliche Leitung der Mitarbeiter des gemeinsamen Betriebs wird durch Mitarbeiter der am gemeinsamen Betrieb beteiligten Unternehmen im Wesentlichen bei der F errichtet. Sie besteht aus einem gemeinsamen Personalbereich (PSL) und wird durch eine gemeinsame übergreifende Führung der operativen Bereiche, in denen Mitarbeiter der drei Unternehmen gemeinsam eingesetzt werden, ergänzt. Die Mitarbeiter der F, der G und der V, welche die einheitliche Leitung über die ihnen fachlich zugeordneten Mitarbeiter ausüben, werden - soweit zur Führung eines gemeinsamen Betriebs erforderlich - gegenseitig mit entsprechenden Vollmachten versehen. Der Einsatz durch die institutionelle Leitung erfolgt - auch ohne dass dies im Einzelfall jeweils noch einmal nach außen dokumentiert werden muss - jeweils im Namen des Arbeitgebers des/der hiervon betroffenen Mitarbeiter(s).“

Am selben Tag schlossen die beteiligten Unternehmen mit Wirkung zum 1. Juli 2017 eine „Kooperationsvereinbarung zum Gemeinschaftsbetrieb“ (Kooperationsvereinbarung), die ua. folgende Regelungen enthält:

7

„Vorbemerkung

Diese Kooperationsvereinbarung umfasst die Grundsätze der Zusammenarbeit zwischen F, V und G im Gemeinschaftsbetrieb. Diese sind den leistungsbezogenen Kooperationsverträgen, die die gemeinsame Erbringung von spezifischen Leistungen im Gemeinschaftsbetrieb zwischen den beteiligten Unternehmen regeln, zugrunde zu legen.

...

§ 1

Gegenstand der Vereinbarung

- (1) Gegenstand der Vereinbarung ist die gemeinsame Leistungserbringung im Gemeinschaftsbetrieb ...
- (2) Dabei wird durch arbeitsorganisatorische Regelungen sichergestellt, dass jedes Unternehmen im Gemeinschaftsbetrieb weiterhin in die Steuerung der eigenen Arbeitnehmer eingebunden bleibt.

...

(2)* Die gemeinsame Leistungserbringung kann sich grundsätzlich über das gesamte Leistungsspektrum der beteiligten Unternehmen am Flughafen F erstrecken, im Schwerpunkt erfolgt sie für folgende Leistungen:

- Dienstleistungen im Rahmen der Bodenverkehrsdienstleistungen sowie die Durchführung aller hiermit in Zusammenhang stehender Geschäfte
- Dienstleistungen im Rahmen der Vorfeldkontrolldienste und der Verkehrszentrale
- Dienstleistungen im Rahmen der Winterdiensttätigkeiten
- Dienstleistungen im Rahmen der Terminaldienste.

Darüber hinaus gibt es weitere einzelne Serviceleistungen, die gemeinsam von den beteiligten Unternehmen des Gemeinschaftsbetriebs erbracht werden, jedoch bezüglich der Anzahl der gemeinsam eingesetzten Mitarbeiter eher von geringerer Bedeutung sind.

(3) Für alle gemeinsam zu erbringenden Leistungen werden leistungsbezogene Kooperationsverträge zwischen den beteiligten Unternehmen geschlossen, die auf die jeweilige Leistung ausgerichtet die Details der Kooperation ... bestimmen.

§ 2

Regelung zur einheitlichen personellen Leitung

- (1) Im Gemeinschaftsbetrieb ... nimmt der Bereich Personalserviceleistungen (PSL) der F im Auftrag aller beteiligten Unternehmen die personelle Leitung im Gemeinschaftsbetrieb wahr. Demzufolge übernimmt die Leitung PSL zum 01.07.2017 die Funktion der Personalleitung des Gemeinschaftsbetriebs.
- (2) Die personelle Leitung gilt uneingeschränkt für alle wesentlichen personellen und sozialen Angelegenheiten, insbesondere Einstellungen, Versetzungen, Personalkündigungen, Arbeitsentgeltbearbeitung, Arbeitszeitfragen, Gestaltung der Betriebsordnung und der Betriebsvereinbarungen.
- (3) Zur Durchführung der personellen Leitung werden die F-Mitarbeiter mit den G-Mitarbeitern der jeweiligen Personalabteilungen im Bereich Personalserviceleistungen des Gemeinschaftsbetriebs zusammengeführt und dort gemeinsam eingesetzt. ...

- (4) Die Komplexität einzelner operativer Bereiche der F AG macht es erforderlich, dass vertiefend zur übergeordneten zentralen personellen Leitung durch PSL, Tätigkeiten der Personalplanung und Personalsteuerung dezentral in den operativen Bereichen erfolgen. Hierbei handelt es sich insbesondere um folgende Tätigkeiten:
- Operative Personalbedarfsplanung
 - Operative Personaleinsatzsteuerung.
- (5) In den operativen Bereichen werden die dezentralen Tätigkeiten der Personalplanung und Personalsteuerung jeweils aus einer Einheit für alle zugeordneten Mitarbeiter durchgeführt, unabhängig davon, welchem Arbeitgeber diese Mitarbeiter zuzuordnen sind. Auch für diese Tätigkeiten bestimmt der Bereich PSL durch die zentrale personelle Leitung den Handlungsrahmen und steht mit Serviceleistungen zur Verfügung.
- (6) Es gilt für alle Einheiten im Gemeinschaftsbetrieb, dass Führungskräfte, denen Mitarbeiter unterschiedlicher Unternehmen des Gemeinschaftsbetriebs zugeordnet sind, Anweisungen gegenüber einem einzelnen Mitarbeiter im Namen des jeweiligen Vertrags-Arbeitgebers erteilen.“

In der Anlage 3 zur Kooperationsvereinbarung finden sich ua. folgende Regelungen

8

„(4) Sonstige Betriebsmittel der G

1. Abfertigungsgeräte

G verfügt über Fahrzeuge für den Mitarbeitertransport, Poolfahrzeuge für Dienstfahrten sowie Dienstfahrzeuge für Führungskräfte, die in entsprechender Weise im Gemeinschaftsbetrieb geteilt und hier gemeinsam genutzt werden.

Art und Umfang einer Nutzung dieser Betriebsmittel folgt aus der gemeinsamen Personaleinsatzplanung im Rahmen der Aufträge, die zu verrichten sind.

2. IT-Systeme

Die G verfügt über:

- Proprietäre Systeme (Access- / SQL-basiert) für Disposition, Personalwirtschaft, Zeitwirtschaft, Payroll, Datenexport an BVD, Datenimport, insbes. von BVD (AKM Arbeitszeitkontrollmodul)

- Datev (Finanzbuchhaltung, Controlling-Basis)
- SP Expert
- Saperion (Rechnungsprüfungs-Workflow sowie Archivierung)

Im Gemeinschaftsbetrieb werden im Geschäftsfeld Rampe/ Passage die IT-Systeme der beiden Partner im erforderlichen Umfang von allen am gemeinsamen Betrieb beteiligten Unternehmen gemeinsam genutzt.

3. Räume

Die G nutzt bisher das Gebäude 458 alleine.

Im Gemeinschaftsbetrieb werden im Geschäftsfeld Rampe/ Passage die Räume im erforderlichen Umfang von allen am gemeinsamen Betrieb beteiligten Unternehmen gemeinsam genutzt.“

In der Folgezeit schlossen die beteiligten Unternehmen mehrere leistungsbezogene Kooperationsverträge, in denen Details der Leistungserbringung, der gegenseitig zu erfüllenden Anforderungen, der gemeinsamen Steuerung des Personals und sonstiger Betriebsmittel, der Vergütung und der Haftung geregelt sind. Solche Vereinbarungen bestehen für Leistungen im Passage- und Operations-Handling, für die Wartung der Brandschutzklappen, Brandschutzventile, Entrauchungsklappen und Kanalrauchmelder, für Leistungen im Zentralen BVD-Infrastruktur- und Gepäckservice, für Leistungen im Service für mobilitätseingeschränkte Passagiere und für den Winterdienst.

9

Mit Wirkung zum 1. Juli 2017 legten die Beklagte zu 1. und zu 2. ihre jeweiligen Personalabteilungen räumlich zusammen. Personalleiter der Abteilung BVD ist ein Mitarbeiter der Beklagten zu 1. Der nachgeordneten Teamleiter-Ebene gehören je ein Mitarbeiter der Beklagten zu 1. und ein Mitarbeiter der Beklagten zu 2. an. Als sog. Tandem arbeiten auf der wiederum nachgeordneten Ebene der Personalreferenten ebenfalls je ein Mitarbeiter der beiden Unternehmen zusammen, die sich gegenseitig vertreten und Personalgespräche gemeinsam führen. Die konkrete Tagesplanung für Mitarbeiter der Abteilung BVD erfolgt in dezentral eingerichteten Dienststellen durch Teams aus Arbeitnehmern beider Unternehmen.

10

In den aus etwa 80 Arbeitnehmern bestehenden Arbeitsschichten werden Arbeitnehmer beider Unternehmen beschäftigt. Die Arbeitnehmer der Beklagten zu 1. werden nach Jahresdienstplänen im Dreischichtbetrieb, die Arbeitnehmer der Beklagten zu 2. nach Monatsdienstplänen eingesetzt, die sie am 25. des Vormonats erhalten. Auf den für die Mitarbeiter der Beklagten zu 2. geltenden Monatsdienstplänen findet sich folgender Hinweis:

11

„Unterrichtung über ihren Einsatz als Leiharbeiter gem. § 11 Absatz 2 Satz 4 AÜG:

Bitte beachten Sie, dass Sie bei Ihrem Einsatz der o. g. Einsatzort als Leiharbeiter im Rahmen von Arbeitnehmerüberlassung tätig werden.

Dies gilt nicht für Einsatzorte, die die Bezeichnung ... G und F enthalten.“

Die Urlaubsplanung für die Arbeitnehmer der Beklagten zu 1. erfolgt durch Gruppenleiter. Den Arbeitnehmern der Beklagten zu 2. obliegt es, Urlaub bis Ende Oktober eines Jahres für das Folgejahr zu beantragen. Die Betriebsmittel der Beklagten zu 1. werden seit dem 1. Juli 2017 unternehmensübergreifend eingesetzt.

12

Betriebsverfassungsrechtlich wurden die in dem Gemeinschaftsbetrieb gemeinsam beschäftigten Arbeitnehmer auf der Grundlage des § 2 der Landesbezirkstarifverträge Nr. 8, 8a/2016 durch unterschiedliche Betriebsräte vertreten. Das Tarifwerk enthält ua. folgende Regelungen über eine „Betriebsverfassungsrechtliche Trennung“:

13

„(1) Im Gemeinschaftsbetrieb wird kein gemeinsamer Betriebsrat gebildet.

(2) Stattdessen vertritt die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer der F und der V einerseits und die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer der G andererseits jeweils ein eigenständiger Betriebsrat. Auf diese Arbeitnehmervertretungen finden die Vorschriften über die Rechte und Pflichten des Betriebsrats und die Rechtsstellung seiner Mitglieder Anwendung.“

Am 11. Juli 2017 schlossen die Beklagte zu 1. als beherrschendes Unternehmen und die Beklagte zu 2. als beherrschtes Unternehmen einen Beherrschungs- und Ergebnisabführungsvertrag. 14

Mit Schreiben vom 26. Juli 2018 forderte der Kläger die Beklagte zu 2. erfolglos auf, seine Arbeitsleistung mit Rückwirkung ab dem 1. Januar 2018 nach dem TVöD-F (VKA) zu vergüten. Unter demselben Datum machte er gegenüber der Beklagten zu 1. das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses für den Fall geltend, dass die Beklagte zu 2. seine Vergütungsforderung ablehne. 15

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, zwischen ihm und der Beklagten zu 1. sei ein Arbeitsverhältnis zustande gekommen, da die Beklagte zu 2. ihn der Beklagten zu 1. auf Dauer als Arbeitnehmer überlassen habe. Der Annahme, es liege ein Gemeinschaftsbetrieb der Beklagten zu 1., der Beklagten zu 2. und der V GmbH vor, stehe entgegen, dass weder die Beklagte zu 1. den Betriebszweck der Beklagten zu 2. noch die Beklagte zu 2. den Betriebszweck der Beklagten zu 1. fördere. Vielmehr verfolge die Beklagte zu 2. in ihrem Betrieb weiterhin den Zweck, Personal zu stellen, und erbringe demgemäß interne Dienstleistungen im Bereich BVD der Beklagten zu 1. Die mitbestimmungsrechtliche Praxis, insbesondere die Verhandlung von sozialen Angelegenheiten mit den jeweiligen Betriebsräten, belege den Fortbestand organisatorisch getrennter Einheiten. Darüber hinaus erlaube der Arbeitsvertrag zwischen der Beklagten zu 1. und ihm lediglich seinen Einsatz als Leiharbeiter in einer fremden Organisationseinheit, nicht aber den Einsatz als Stammarbeiter in einem gemeinschaftlichen Betrieb. Die organisatorischen Entscheidungen der Beklagten zu 1. und zu 2. zielten auf eine Umgehung des Rechts der Arbeitnehmerüberlassung. 16

Der Kläger hat - soweit für das Revisionsverfahren von Bedeutung - beantragt, 17

1. festzustellen, dass zwischen ihm und der Beklagten zu 1. seit dem 1. Dezember 2013, hilfsweise seit dem 1. Oktober 2018, ein Arbeitsverhältnis besteht mit dem wesentlichen Inhalt:
 - mit einer Tätigkeit im Bereich Bodenverkehrsdienste der Beklagten zu 1.

- unter Geltung des TVöD-F (VKA) sowie der für die Beklagte zu 1. jeweils geltenden Betriebsvereinbarungen und betrieblichen Regelungen und
 - einer Vergütung, ab dem 1. Oktober 2018, nach Entgeltgruppe E05, Stufe 5 des TVöD-F (VKA);
2. die Beklagte zu 2. zu verurteilen, ihm ein qualifiziertes Arbeitszeugnis zu erteilen.

Die Beklagte zu 1. hat die Abweisung der Klage mit der Begründung beantragt, der Einsatz des Klägers in dem gemeinschaftlichen Betrieb schließe die Anwendung der Vorschriften des AÜG aus. Soweit die unterschiedlichen Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen keine abweichenden Vorgaben machten, erfolge die Gesamtplanung der Dienste und des Urlaubs seit Mitte des Jahres 2017 unternehmensübergreifend über die einheitliche Leitung in sozialen und personellen Angelegenheiten durch den Bereich PSL, der die Gesamtplanung des Personals der Unternehmen für einen definierten Zeitraum im Wege der Mengenplanung erstelle. Gleiches gelte für die Steuerung des eingesetzten Personals. Die Beklagte zu 1. behauptet, die Betriebsmittel der Beklagten zu 2., insbesondere deren Abfertigungsgeräte, IT-Systeme und Räume würden unternehmensübergreifend eingesetzt. Schließlich erlaube der Arbeitsvertrag des Klägers mit der Beklagten zu 2. einen Einsatz des Klägers in einem Gemeinschaftsbetrieb, an dem die Beklagte zu 2. beteiligt sei.

18

Die Beklagte zu 2. hat die Abweisung der Klage mit der Begründung beantragt, die tatbestandlichen Voraussetzungen, an die § 109 Abs. 1 Satz 1 GewO den Anspruch eines Arbeitnehmers auf ein Arbeitszeugnis knüpfe, lägen im Streitfall nicht vor, da das Arbeitsverhältnis zwischen dem Kläger und ihr nicht beendet worden sei.

19

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt der Kläger nicht nur die in der Berufungsverhandlung gestellten Klageanträge weiter, sondern begehrt darüber hinaus die Feststellung, dass zwischen der Beklagten zu 1. und ihm bereits seit dem 1. Dezember 2013 ein Arbeitsverhältnis besteht.

20

Den in der Berufungsinstanz gestellten Klageantrag zu 1. gegen die Beklagte zu 1. verfolgt der Kläger nunmehr im Wege eines Hilfsantrags.

Entscheidungsgründe

Die Revision des Klägers hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an das Landesarbeitsgericht. Mit der gegebenen Begründung kann die Klage nicht abgewiesen werden. 21

A. Die Revision ist zulässig. Dies gilt auch, soweit der Kläger sein Feststellungsbegehren, das er mit dem Klageantrag zu 1. verfolgt, erst in der Revisionsinstanz erweitert hat. 22

I. Mit dem Hauptantrag zu 1. möchte der Kläger das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses zur Beklagten zu 1. unabhängig davon festgestellt wissen, ob dieses zu dem in dem Antrag angegebenen Zeitpunkt, dem 1. Dezember 2013, oder aber zu einem früheren Zeitpunkt begründet worden ist. Dies ergibt die Auslegung des Klageantrags. 23

1. Bei der Feststellung, welches Rechtsschutzbegehren aufgrund welchen Lebenssachverhalts und damit welchen Streitgegenstand (§ 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO) die Klagepartei dem Gericht unterbreitet hat, sind die für die Auslegung von Willenserklärungen im Prozessrecht maßgeblichen Grundsätze anzuwenden. Prozessklärungen sind danach im Zweifel so auszulegen, dass dasjenige gewollt ist, was aus Sicht der Prozessparteien nach den Maßstäben der Rechtsordnung vernünftig ist und der recht verstandenen Interessenlage entspricht. Jedoch sind auch die schutzwürdigen Belange des Erklärungsadressaten zu berücksichtigen. Das verbietet es, eindeutigen Erklärungen nachträglich einen abweichenden, dem Interesse des Erklärenden am besten dienenden Sinn zu geben. Zur Auslegung der entsprechenden Prozessklärung ist auch das Revisionsgericht befugt (BAG 27. Juni 2017 - 9 AZR 851/16 - Rn. 12). 24

2. Nach diesen Grundsätzen hat der Antrag des Klägers die Feststellung zum Gegenstand, dass seit dem 1. Dezember 2013 ein Beschäftigungsverhältnis besteht, ohne dass es darauf ankommt, ob dieses zu diesem Zeitpunkt oder aber zu einem früheren Zeitpunkt zustande gekommen ist. 25
- a) Dafür spricht bereits der Wortlaut des Klageantrags, der auf die gerichtliche Feststellung gerichtet ist, dass das Arbeitsverhältnis am 1. Dezember 2013 besteht, und nicht darauf, dass es seit diesem Zeitpunkt zustande gekommen ist. Entstehens- und Bestandszeitpunkt können auseinanderfallen. 26
- b) Diese Auslegung wird durch die Revisionsbegründung bestätigt. Darin nimmt der Kläger den Standpunkt ein, dauerhafte Leiharbeit sei nach nationalen Vorschriften „bereits seit dem 1. Dezember 2011“, nach unionsrechtlichen Vorschriften bereits „seit Inkrafttreten der Leiharbeitsrichtlinie 2008/104 EG vom 19. November 2008 unzulässig“. Beide Zeitpunkte liegen vor dem im Antrag genannten Zeitpunkt 1. Dezember 2013. 27
- c) Schließlich entspricht dieses Verständnis der Interessenlage des Klägers. Wollte man nicht auf den Bestand, sondern allein auf das Zustandekommen des Arbeitsverhältnisses abstellen, bliebe der Klage der Erfolg selbst dann versagt, wenn im Zeitraum zwischen der erstmaligen Überlassung des Klägers an die Beklagte zu 1. am 3. November 2011 und dem 30. November 2013 ein Arbeitsverhältnis begründet worden wäre. Für eine derartige Beschränkung seines Rechtsschutzbegehrens gibt es keine vernünftigen Gründe. 28
- II. Mit dem Hauptantrag zu 1. hat der Kläger sein Klagebegehren gegenüber den Anträgen, über die das Landesarbeitsgericht entschieden hat, erweitert. Dies hindert indes eine Entscheidung des Senats nicht. 29
1. In der Berufungsinstanz hat der Kläger beantragt festzustellen, dass zwischen der Beklagten zu 1. und ihm seit dem 1. Oktober 2018 ein Arbeitsverhältnis besteht. Der Kläger hat erstmals in der Revisionsinstanz geltend gemacht, das Arbeitsverhältnis bestehe bereits seit dem 1. Dezember 2013. Indem der Klä- 30

ger den Zeitpunkt, ab dem er das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses festgestellt wissen will, vom 1. Oktober 2018 auf den 1. Dezember 2013 vorverlegt hat, hat er die Klage erweitert.

2. Nach § 559 Abs. 1 ZPO ist eine Klageänderung in der Revisionsinstanz grundsätzlich ausgeschlossen. Deshalb können im Revisionsverfahren neue prozessuale Ansprüche in der Regel nicht zur gerichtlichen Entscheidung gestellt werden (*vgl. BAG 14. Juli 2015 - 3 AZR 252/14 - Rn. 38*). Der Schluss der mündlichen Verhandlung in zweiter Instanz bildet nicht nur bezüglich des tatsächlichen Vorbringens, sondern auch hinsichtlich der Anträge der Parteien die Entscheidungsgrundlage für das Revisionsgericht. Aus prozessökonomischen Gründen hat das Bundesarbeitsgericht hiervon Ausnahmen in Fällen zugelassen, in denen sich der geänderte Sachantrag auf einen in der Berufungsinstanz festgestellten oder von den Parteien übereinstimmend vorgetragenen Sachverhalt stützen kann, sich das rechtliche Prüfprogramm nicht wesentlich ändert und die Verfahrensrechte der anderen Partei durch eine Sachentscheidung nicht verkürzt werden (*vgl. BAG 21. Mai 2019 - 9 AZR 260/18 - Rn. 13*). 31
3. Die Voraussetzungen, unter denen eine Klageerweiterung in der Revisionsinstanz ausnahmsweise zulässig ist, liegen im Streitfall vor. 32
- a) Das rechtliche Prüfprogramm ändert sich nicht dadurch, dass der Kläger den Zeitraum, für den er ein Arbeitsverhältnis mit der Beklagten zu 1. festgestellt wissen will, um vier Jahre und zehn Monate erweitert hat. Da er die Feststellung eines bestehenden Arbeitsverhältnisses ohne Rücksicht auf dessen Entstehungszeitpunkt begehrt hat, war bereits von den Vorinstanzen zu prüfen, ob ein Arbeitsverhältnis mit der Beklagten zu 1. infolge der Überlassung des Klägers an die Beklagten zu 1. zur Arbeitsleistung im Zeitraum vom 3. November 2011 bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung vor dem Landesarbeitsgericht begründet worden ist. 33

- b) Die Verfahrensrechte der Beklagten zu 1. werden durch eine Sachentscheidung nicht verkürzt. Da die Rechtsfolgen der Überlassung des Klägers an die Beklagte zu 1., die ihn erstmals im Jahr 2011 in ihrem Betrieb einsetzte, von Beginn an den Gegenstand des Verfahrens bildeten, hatte die Beklagte zu 1. seit Klageerhebung die Möglichkeit, sich durch entsprechenden Sachvortrag und die Darlegung ihrer Rechtsauffassung gegen den seitens des Klägers erhobenen Anspruch zu verteidigen. 34
- B. Die Klage ist - soweit der Senat über sie zu befinden hat - zulässig. Dies gilt insbesondere für den Klageantrag zu 1., mit dem der Kläger ein Arbeitsverhältnis mit der Beklagten zu 1. gerichtlich festgestellt wissen will. 35
- I. Ein Arbeitnehmer kann mit der allgemeinen Feststellungsklage das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses zu einem Entleiher auf Grundlage der Vorschriften des AÜG geltend machen (*BAG 20. März 2018 - 9 AZR 508/17 - Rn. 17*). 36
- II. Dass der Kläger die Feststellung eines Arbeitsverhältnisses - auch - für einen in der Vergangenheit liegenden Zeitraum begehrt, steht der Zulässigkeit der Klage nicht entgegen. Nach § 256 Abs. 1 ZPO muss eine Feststellungsklage zwar grundsätzlich den gegenwärtigen Bestand eines Rechtsverhältnisses betreffen. Trotz des Vergangenheitsbezugs des Antrags besteht das besondere Feststellungsinteresse aber in den Fällen, in denen sich - wie im Streitfall - aus ihm Rechtsfolgen für die Gegenwart und Zukunft, insbesondere mögliche Ansprüche auf Vergütung ergeben können (*BAG 20. März 2018 - 9 AZR 508/17 - Rn. 18*). 37
- III. Der Klageantrag zu 1. ist hinreichend bestimmt iSd. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. Er bezeichnet insoweit sowohl die Parteien des Arbeitsverhältnisses, dessen Feststellung der Kläger begehrt, als auch die Art der von dem Kläger zu leistenden Dienste im Bereich Bodenverkehrsdienste und den Zeitpunkt, zu dem das Arbeitsverhältnis besteht. Zur Bestimmung des Beschäftigungsumfangs ist ergänzend die Klagebegründung heranzuziehen (*vgl. BAG 27. April 2021 - 9 AZR 343/20 - Rn. 28*), der zufolge der Kläger ein Arbeitsverhältnis in Vollzeit geltend 38

macht. Die von der Beklagten zu 1. geschuldete Vergütung richtet sich dem Antrag zufolge nach der Entgeltgruppe E05, Stufe 5 des TVöD-F (VKA).

IV. Der Kläger konnte seinen Klageantrag in der Berufungsinstanz umstellen und die gerichtliche Feststellung eines Arbeitsverhältnisses zwischen der Beklagten zu 1. und ihm zu den in dem Klageantrag genannten Vertragsbedingungen verlangen. Das Landesarbeitsgericht hat darin einen privilegierten Fall des § 264 Nr. 2 ZPO gesehen und im Übrigen angenommen, selbst eine Klageänderung iSv. § 263 ZPO sei nach § 533 ZPO iVm. § 64 Abs. 6 Satz 1 ArbGG zulässig. Es hat damit über den Antrag in der Sache entschieden. In entsprechender Anwendung von § 268 ZPO ist daher in der Revisionsinstanz nicht mehr zu prüfen, ob eine Klageänderung gegeben und ggf. zulässig ist (*vgl. BAG 24. März 2021 - 10 AZR 16/20 - Rn. 21*). 39

C. Mit der Begründung des Landesarbeitsgerichts durfte die vom Kläger in der Berufungsinstanz begehrte Feststellung, zwischen der Beklagten zu 1. und ihm bestehe ein Arbeitsverhältnis, nicht verneint werden. 40

I. Das Landesarbeitsgericht ist davon ausgegangen, die Überlassung des Klägers durch die Beklagte zu 2. an die Beklagte zu 1. zur Arbeitsleistung habe nicht zu einem Arbeitsverhältnis zwischen der Beklagten zu 1. und dem Kläger geführt. Die Überlassung habe die zeitlichen Grenzen des § 1 Abs. 1b AÜG idF des Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze vom 21. Februar 2017 (*BGBI. I S. 258; AÜG 2017*) nicht überschritten. Der Zeitraum vom 3. November 2011 bis zum 31. März 2017 sei gemäß § 19 Abs. 2 AÜG 2017 bei der Berechnung der Überlassungsdauer nicht zu berücksichtigen. Ab dem 1. Juli 2017 sei der Kläger nicht als Leiharbeiter in einem Betrieb der Beklagten zu 1., sondern als Mitarbeiter der Beklagten zu 2. in einem zwischen den Beklagten zu 1. und zu 2. sowie der V GmbH gebildeten Gemeinschaftsbetrieb eingesetzt worden. Diese hätten sich durch Abschluss der Kooperations- und Führungsvereinbarung zur gemeinschaftlichen Führung eines Betriebs verbunden, dessen einheitlicher Betriebszweck im Wesentlichen Dienstleistungen im Rahmen des Bodenverkehrsdiensts, der Vorfeldkontrolle, der Verkehrszentrale sowie des Winter- und Terminaldiensts umfasse. Zu diesem Ziel 41

hätten die beteiligten Unternehmen materielle und immaterielle Betriebsmittel zusammengefasst und eine gemeinschaftliche Leitung in personellen und sozialen Angelegenheiten geschaffen, die sie seit dem 1. Juli 2017 wie vereinbart durchgeführt hätten. Dass der Einsatz der Mitarbeiter der Beklagten zu 1. nach Jahresplänen, der der Beklagten zu 2. aber nach Monatsplänen erfolge, stehe der Annahme, es liege ein gemeinschaftlicher Betrieb vor, ebenso wenig entgegen wie der Umstand, dass der Bereich PSL institutionell bei der Beklagten zu 1. angesiedelt sei und dem Arbeitsdirektor der Beklagten zu 1. unterstehe. Gleiches gelte für die Durchführung betriebsverfassungsrechtlicher Beteiligungsverfahren und die arbeitsvertraglichen Absprachen zwischen der Beklagten zu 2. und dem Kläger. Der Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) hindere die Beklagte zu 1. nicht, sich auf das Vorliegen eines gemeinschaftlichen Betriebs zu berufen.

II. Diese Begründung hält einer revisionsrechtlichen Kontrolle nicht uneingeschränkt stand. Zwar ist das Landesarbeitsgericht zutreffend davon ausgegangen, dass es an einer Überlassung von Arbeitnehmern an einen Dritten fehlt, wenn der Vertragsarbeitgeber gemeinsam mit einem anderen Arbeitgeber einen gemeinsamen Betrieb unterhält. Das Landesarbeitsgericht hat jedoch die Voraussetzungen eines Gemeinschaftsbetriebs unvollständig geprüft, indem es die Auswirkungen der betriebsverfassungsrechtlichen Organisation auf die einheitliche Leitung in sozialen und personellen Angelegenheiten nicht berücksichtigt hat. Aufgrund der getroffenen Feststellungen kann der Senat nicht beurteilen, ob die für einen Gemeinschaftsbetrieb sprechenden Vereinbarungen zwischen den beteiligten Unternehmen den Leitungsstrukturen entsprechen, die aufgrund Tarifvertrags verschiedenen Betriebsräten zugewiesen sind. 42

1. Nach § 10 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 AÜG 2017 wird ein Arbeitsverhältnis zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer fingiert, wenn der Arbeitsvertrag zwischen dem Verleiher und dem Leiharbeitnehmer unwirksam ist. Das ist mit dem Überschreiten der zulässigen Überlassungshöchstdauer nach § 1 Abs. 1b AÜG 2017 der Fall, es sei denn, der Leiharbeitnehmer erklärt schriftlich bis zum Ablauf eines Monats nach Überschreiten der zulässigen Überlassungshöchst- 43

dauer gegenüber dem Verleiher oder dem Entleiher, dass er an dem Arbeitsvertrag mit dem Verleiher festhält (§ 9 Abs. 1 Nr. 1b AÜG 2017). § 1 Abs. 1b Satz 1 Halbsatz 1 AÜG 2017 bestimmt, dass der Verleiher denselben Leiharbeitnehmer nicht länger als 18 aufeinander folgende Monate demselben Entleiher überlassen darf.

2. Eine Überlassung zur Arbeitsleistung iSd. § 1 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 AÜG 2017 liegt vor, wenn einem Entleiher Arbeitskräfte zur Verfügung gestellt werden, die in dessen Betrieb eingegliedert sind und ihre Arbeit nach Weisungen des Entleihers und in dessen Interesse ausführen. Arbeitnehmerüberlassung iSd. AÜG ist damit durch eine spezifische Ausgestaltung der Vertragsbeziehungen zwischen Verleiher und Entleiher einerseits (dem Arbeitnehmerüberlassungsvertrag) und zwischen Verleiher und Arbeitnehmer andererseits (dem Leiharbeitsvertrag) sowie durch das Fehlen einer arbeitsvertraglichen Beziehung zwischen Arbeitnehmer und Entleiher gekennzeichnet. Notwendiger Inhalt eines Arbeitnehmerüberlassungsvertrags ist die Verpflichtung des Verleihers gegenüber dem Entleiher, diesem zur Förderung von dessen Betriebszwecken Arbeitnehmer zur Verfügung zu stellen. Die Vertragspflicht des Verleihers gegenüber dem Entleiher endet, wenn er den Arbeitnehmer ausgewählt und ihn dem Entleiher zur Verfügung gestellt hat (vgl. BAG 20. September 2016 - 9 AZR 735/15 - Rn. 29). 44

a) Im Ausgangspunkt zutreffend ist das Landesarbeitsgericht davon ausgegangen, dass es an einer Überlassung von Arbeitnehmern an einen Dritten fehlt, wenn sich der Personaleinsatz auf Seiten des Vertragsarbeitgebers nicht darauf beschränkt, einem Dritten den Arbeitnehmer zur Förderung von dessen Betriebszwecken zur Verfügung zu stellen, sondern der Vertragsarbeitgeber damit eigene Betriebszwecke verfolgt. In einem solchen Fall begründen auch ein fachliches Weisungsrecht des Dritten und die Zusammenarbeit des Arbeitnehmers mit dessen Arbeitnehmern keine Arbeitnehmerüberlassung im Sinne des AÜG. Dementsprechend liegt keine Arbeitnehmerüberlassung vor, wenn der Arbeitnehmer in einen Gemeinschaftsbetrieb entsandt wird, zu dessen gemeinsamer Führung sich sein Vertragsarbeitgeber und ein Dritter rechtlich verbunden haben (BAG 25. Oktober 2000 - 7 AZR 487/99 - zu I 1 b bb der Gründe, BAGE 96, 150, unter 45

Bezugnahme auf BAG 3. Dezember 1997 - 7 AZR 764/96 - zu I 3 der Gründe, BAGE 87, 186; vgl. Schüren/Hamann/Hamann 6. Aufl. AÜG § 1 Rn. 83; ErfK/Wank/Roloff 22. Aufl. AÜG § 1 Rn. 35; BeckOK ArbR/Kock 65. Ed. 1.9.2022 AÜG § 1 Rn. 23; Saager/Schmuck NJOZ 2020, 417, 419; zurückhaltend HK-ArbR/Lorenz 4. Aufl. AÜG § 1 Rn. 8). Arbeitnehmerüberlassung und Gemeinschaftsbetrieb schließen einander aus.

aa) Verfolgen mehrere Unternehmen als Gemeinschaftsbetrieb arbeitsteilig in einer gemeinsamen Betriebsstätte bestimmte arbeitstechnische Zwecke, ohne dass die Beteiligten in ihrer Verbundenheit am Rechtsverkehr teilnehmen, kann es schon begrifflich nicht zur Arbeitnehmerüberlassung kommen (MAH ArbR/Christ 5. Aufl. § 65 Drittbezogener Personaleinsatz Rn. 36). Es liegt im Regelfall eine bloße Innengesellschaft vor (vgl. Koller-van Delden/Gallini DStR 2017, 206, 209; vgl. BAG 16. April 2008 - 7 ABR 4/07 - Rn. 30; 24. Januar 1996 - 7 ABR 10/95 - zu B 5 der Gründe, BAGE 82, 112), die als solche nicht Arbeitgeber und damit nicht Entleiher sein kann (vgl. Thüsing/Waas AÜG 4. Aufl. § 1 Rn. 46). Es fehlt ein „fremder Betrieb“, in den der Leiharbeiter vollständig eingegliedert werden könnte (vgl. Schüren/Hamann/Hamann 6. Aufl. AÜG § 1 Rn. 82). Im Gemeinschaftsbetrieb ist die Arbeitsorganisation, in der der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung erbringt, nicht die des Entleihers, sondern eine gemeinsame, an der auch der Verleiher beteiligt ist (vgl. Deinert RdA 2017, 65, 73). Dieser verfolgt in dem Gemeinschaftsbetrieb eigene Betriebszwecke (Lembke NZA 2018, 393, 403). Zudem wird das Direktionsrecht von der einheitlichen Leitung des Gemeinschaftsbetriebs immer für den jeweiligen Vertragsarbeitgeber ausgeübt, so dass der Arbeitnehmer im Gemeinschaftsbetrieb keinen fremden Weisungen, sondern allein den Weisungen seines Vertragsarbeitgebers unterliegt (vgl. Schüren/Hamann/Hamann 6. Aufl. AÜG § 1 Rn. 83; Ulrici AÜG 1. Aufl. § 1 Rn. 54).

46

bb) Die Gesetzgebungsmaterialien belegen, dass der Gesetzgeber mit Einführung der Legaldefinition der Arbeitnehmerüberlassung in § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG 2017 nur den von der Rechtsprechung entwickelten Begriff der Arbeitnehmerüberlassung kodifizieren und nicht etwa erweitern wollte. In dem Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 20. Juli 2016 heißt es, die Regelung des Satzes 2

47

bestimme „entsprechend der Rechtsprechung, unter welchen Voraussetzungen ein Arbeitnehmer überlassen wird“ (*BT-Drs. 18/9232 S. 19*). Der Ausschuss für Arbeit und Soziales hat in seiner auf die Sitzung vom 19. Oktober 2016 folgenden Beschlussempfehlung festgestellt, „mit der Definition der Arbeitnehmerüberlassung in § 1 Absatz 1 Satz 2 AÜG (solle) die derzeitige Rechtslage nicht geändert werden“ (*vgl. BT-Drs. 18/9232 S. 19: „... die Legaldefinition der Arbeitnehmerüberlassung ... Der bisherige Anwendungsbereich des AÜG ... (wird) hierdurch nicht verändert.“; in diesem Sinne bereits der Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 20. Juli 2016, vgl. BT-Drs. 18/9232 S. 19*). Der Gesetzgeber hielt an dem überkommenen Begriffsverständnis fest, obwohl der Ausschuss Arbeitsrecht des Deutschen Anwaltvereins in seiner Stellungnahme zum Referentenentwurf (*RdA 2016, 173*) darauf hingewiesen hatte, dass bei einer Tätigkeit für ein anderes Unternehmen im Gemeinschaftsbetrieb nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts Arbeitnehmerüberlassung ausscheide, da in der einheitlichen betrieblichen Organisation unternehmerische Zwecke beider Unternehmen verfolgt würden.

cc) Auch Sinn und Zweck des AÜG gebieten es nicht, die Regelungen des AÜG auf die Tätigkeit von Arbeitnehmern in einem Gemeinschaftsbetrieb zu erstrecken, an dem der Vertragsarbeitgeber beteiligt ist. Mit der Schaffung des AÜG verfolgte der Gesetzgeber das Ziel, „bei der Arbeitnehmerüberlassung Verhältnisse herzustellen, die den Anforderungen des sozialen Rechtsstaats entsprechend eine Ausbeutung der betreffenden Arbeitnehmer ausschließen“ (*BT-Drs. VI/2303 S. 9 f.*). Die Situation, die einen solchen Schutz erfordert, besteht nur, wenn der Vertragsarbeitgeber den Leiharbeitnehmer Dritten zur Arbeitsleistung überlässt. 48

b) Das Landesarbeitsgericht ist von dem zutreffenden Begriff des gemeinsamen Betriebs ausgegangen. 49

aa) Ein gemeinsamer Betrieb mehrerer Unternehmen liegt vor, wenn die in einer Betriebsstätte vorhandenen materiellen und immateriellen Betriebsmittel mehrerer Unternehmen zu arbeitstechnischen Zwecken zusammengefasst, ge- 50

ordnet und gezielt eingesetzt werden und der Einsatz der menschlichen Arbeitskraft von einem einheitlichen Leitungsapparat betriebsbezogen gesteuert wird. Die beteiligten Unternehmen müssen sich zumindest stillschweigend zu einer gemeinsamen Führung rechtlich verbunden haben, so dass der Kern der Arbeitgeberfunktionen im sozialen und personellen Bereich von derselben institutionellen Leitung ausgeübt wird. Eine lediglich unternehmerische Zusammenarbeit genügt nicht (*st. Rspr., vgl. BAG 20. Mai 2021 - 2 AZR 560/20 - Rn. 13 mwN*).

bb) An der Wahrnehmung der maßgeblichen Arbeitgeberfunktionen in personellen und sozialen Angelegenheiten durch eine einheitliche Leitung fehlt es in Fällen der unternehmerischen Zusammenarbeit zwischen Arbeitgebern, in denen sich die Beteiligung eines Arbeitgebers auf das Zurverfügungstellen seiner Arbeitnehmer an einen anderen Arbeitgeber beschränkt. In diesen Fällen liegt Personalgestellung vor, regelmäßig in Form der Arbeitnehmerüberlassung (*BAG 17. Februar 2010 - 7 ABR 51/08 - Rn. 34, BAGE 133, 202*). Für die rechtliche Einordnung ist der Geschäftsinhalt der Verträge zwischen Vertragsarbeitgeber und dem Dritten maßgeblich. Der wirkliche Wille der Vertragsparteien bestimmt den Geschäftsinhalt und damit den Vertragstyp. Demgegenüber tritt die von den Parteien gewünschte Rechtsfolge genauso zurück wie eine Bezeichnung, die dem tatsächlichen Geschäftsinhalt widerspricht. Die Vertragschließenden können das Eingreifen zwingender Schutzvorschriften des AÜG nicht dadurch vermeiden, dass sie einen vom Geschäftsinhalt abweichenden Vertragstyp wählen. Der Geschäftsinhalt kann sich sowohl aus den ausdrücklichen Vereinbarungen der Vertragsparteien als auch aus der praktischen Durchführung des Vertrags ergeben. Widersprechen sich beide, so ist nach § 12 Abs. 1 Satz 2 AÜG 2017 die tatsächliche Durchführung des Vertrags maßgebend. Aus der praktischen Handhabung der Vertragsbeziehungen lassen sich am ehesten Rückschlüsse darauf ziehen, von welchen Rechten und Pflichten die Vertragsparteien ausgegangen sind, was sie also wirklich gewollt haben. Einzelne Vorgänge der Vertragsabwicklung sind zur Feststellung eines vom Vertragswortlaut abweichenden Geschäftsinhalts nur geeignet, wenn es sich dabei nicht um untypische Einzelfälle, sondern um beispielhafte Erscheinungsformen einer durchgehend geübten

51

Vertragspraxis handelt (*BAG 21. März 2017 - 7 AZR 207/15 - Rn. 72, BAGE 158, 266*).

cc) Der Begriff des „gemeinschaftlichen Betriebs“ ist ein unbestimmter Rechtsbegriff. Bei der Beurteilung, ob eine Organisationseinheit ein gemeinschaftlicher Betrieb ist, steht dem Gericht der Tatsacheninstanz ein Beurteilungsspielraum zu. Die Würdigung des Landesarbeitsgerichts ist in der Revisionsinstanz nur daraufhin überprüfbar, ob es den Rechtsbegriff selbst verkennt, gegen Denkgesetze, anerkannte Auslegungsgrundsätze oder allgemeine Erfahrungssätze verstoßen oder wesentliche Umstände außer Acht gelassen hat (*vgl. BAG 28. April 2011 - 8 AZR 709/09 - Rn. 53*). 52

c) Diesem eingeschränkten revisionsrechtlichen Prüfungsmaßstab hält das angefochtene Urteil nicht stand, weil das Landesarbeitsgericht nicht alle wesentlichen Tatsachen des Streitfalls gewürdigt hat. Auch wenn wesentliche Regelungen der Führungsvereinbarung, der Kooperationsvereinbarung und der leistungsbezogenen Kooperationsvereinbarungen auf den Willen der beteiligten Unternehmen hindeuten, einen Gemeinschaftsbetrieb zu errichten, tragen die Feststellungen des Landesarbeitsgerichts nicht den Schluss, die betriebliche Praxis entspreche den vertraglichen Vorgaben. 53

aa) Die vertraglichen Absprachen, die die beteiligten Unternehmen im Vorfeld der organisatorischen Änderungen im Jahr 2017 trafen, legen den Schluss nahe, dass sie einen Gemeinschaftsbetrieb gründen wollten. Dies hat das Landesarbeitsgericht zutreffend erkannt. 54

(1) Unter dem 20. Juni 2017 schlossen die beteiligten Unternehmen eine „Vereinbarung über die Führung eines gemeinsamen Betriebs“, deren Präambel zufolge der zu diesem Zeitpunkt zwischen der Beklagten zu 1. und der V GmbH bereits bestehende Gemeinschaftsbetrieb um die Beklagte zu 2. erweitert wird. § 1 Abs. 1 dieser Führungsvereinbarung sieht zum einen vor, dass die in den Betriebsstätten in F vorhandenen materiellen und immateriellen Betriebsmittel mit Inkrafttreten der Führungsvereinbarung am 1. Juli 2017 (§ 2 Abs. 1 der Füh- 55

rungsvereinbarung) für einen einheitlichen arbeitstechnischen Zweck zusammengefasst, geordnet und gezielt eingesetzt werden. Zum anderen unterstellt die Vertragsbestimmung den Einsatz der Mitarbeiter, die die beteiligten Unternehmen in der gemeinsamen Betriebsstätte beschäftigten, einem einheitlichen Leitungsapparat. Die Leitung, die gemäß § 1 Abs. 2 der Führungsvereinbarung die wesentlichen Funktionen eines Arbeitgebers in sozialen und personellen Angelegenheiten umfasst, wird durch einen gemeinsamen Personalbereich ausgeübt, der durch eine gemeinsame übergreifende Führung der operativen Bereiche ergänzt wird (§ 1 Abs. 3 Satz 2 der Führungsvereinbarung). Die mit der Leitung betrauten Mitarbeiter erhalten entsprechende Vollmachten (§ 1 Abs. 3 Satz 3 der Führungsvereinbarung) und handeln jeweils im Namen des Arbeitgebers, ohne dass dies im Einzelfall jeweils nach außen dokumentiert zu werden brauchte (§ 1 Abs. 3 Satz 4 der Führungsvereinbarung).

(2) Die Grundsätze ihrer Zusammenarbeit im Gemeinschaftsbetrieb haben die beteiligten Unternehmen in der Kooperationsvereinbarung vom 20. Juni 2017 inhaltlich ausgestaltet. Die in deren § 1 Abs. 1 festgelegte gemeinsame Leistungserbringung erstreckt sich gemäß § 1 Abs. 2* Satz 1 der Kooperationsvereinbarung insbesondere auf Dienstleistungen im Bodenverkehr, der Vorfeldkontrolle, der Verkehrszentrale, der Winterdiensttätigkeiten und der Terminaldienste. In § 2 der Kooperationsvereinbarung finden sich „Regelungen zur einheitlichen personellen Leitung“. Diese sehen vor, dass der Bereich Personaldienstleistungen - und hier insbesondere letztverantwortlich die Bereichsleitung (§ 2 Abs. 1 Satz 2 der Kooperationsvereinbarung) - im Auftrag der beteiligten Unternehmen die personelle Leitung im Gemeinschaftsbetrieb wahrnimmt (§ 2 Abs. 1 Satz 1 der Kooperationsvereinbarung). In die Zuständigkeit des Bereichs Personaldienstleistungen fallen alle wesentlichen personellen und sozialen Angelegenheiten, zu denen ua. Einstellungen, Versetzungen, Personalkündigungen, Arbeitsentgeltbearbeitung, Arbeitszeitfragen und die Gestaltung der Betriebsordnung gehören (§ 2 Abs. 2 der Kooperationsvereinbarung). Anweisungen der Führungskräfte gegenüber einzelnen Mitarbeitern erfolgen dabei im Namen des jeweiligen Arbeitgebers (§ 2 Abs. 6 der Kooperationsvereinbarung). Zur Durchführung der personellen Leitung werden die in den jeweiligen Personalabteilungen

56

tätigen Mitarbeiter der Beklagten zu 1. und der Beklagten zu 2. im Bereich Personalserviceleistungen zusammengeführt und dort gemeinsam eingesetzt (§ 2 Abs. 3 der Kooperationsvereinbarung). Der zentralen Leitung nachgeordnet gibt es dezentrale Einheiten (§ 2 Abs. 4 Satz 1 der Kooperationsvereinbarung), insbesondere für die operative Personalbedarfsplanung und die operative Personaleinsatzsteuerung (§ 2 Abs. 4 Satz 2 der Kooperationsvereinbarung), denen in ihren Bereichen die Personalplanung und -steuerung unabhängig davon obliegt, zu welchem Arbeitgeber die zugeordneten Mitarbeiter in einem Arbeitsverhältnis stehen (§ 2 Abs. 5 Satz 1 der Kooperationsvereinbarung).

(3) In Ergänzung der Kooperationsvereinbarung (*Vorbemerkung Satz 2 und § 1 Abs. 3 der Kooperationsvereinbarung*) schlossen die beteiligten Unternehmen mehrere leistungsbezogene Kooperationsvereinbarungen, in denen Details der Leistungserbringung, der gegenseitig zu erfüllenden Anforderungen, der gemeinsamen Steuerung des Personals und sonstiger Betriebsmittel, der Vergütung und der Haftung geregelt sind. Solche Vereinbarungen bestehen für Leistungen im Passage- und Operations-Handling, für die Wartung der Brandschutzklappen, Brandschutzventile, Entrauchungsklappen und Kanalrauchmelder, für Leistungen im Zentralen BVD-Infrastruktur- und Gepäckservice, für die Durchführung von Leistungen im Service für mobilitätseingeschränkte Passagiere und für den Einsatz im Winterdienst. 57

bb) Trotz dieser vertraglichen Vorgaben erlauben die getroffenen Feststellungen nicht den Schluss, dass die beteiligten Unternehmen die maßgeblichen Arbeitgeberfunktionen in der betrieblichen Praxis einheitlich wahrnehmen. Das Landesarbeitsgericht ist zu Unrecht davon ausgegangen, die betriebsverfassungsrechtliche Praxis spiele bei der Organisation des Betriebs, insbesondere im Hinblick auf die Einheitlichkeit der personellen Leitung, eine untergeordnete Rolle. Tatsächlich stellt sie die Einheitlichkeit der Personalleitung insgesamt in Frage. Die Zusammenlegung der Personalabteilungen der Beklagten zu 1. und der Beklagten zu 2. ändert hieran nichts. 58

(1) Seit dem 1. Juli 2017 ist der Personalleiterebene eine Teamleiter-Ebene nachgeordnet, die aus je einem Mitarbeiter der Beklagten zu 1. und einem Mitarbeiter der Beklagten zu 2. besteht. Auf der wiederum nachgeordneten Ebene der Personalreferenten arbeiten je ein Mitarbeiter der Beklagten zu 1. und ein Mitarbeiter der Beklagten zu 2. in einem sog. Tandem zusammen. Die Mitarbeiter eines Tandems vertreten sich gegenseitig und führen gemeinsam Personalgespräche. Die einzelnen Arbeitsschichten, in denen etwa 80 Arbeitnehmer eingesetzt werden, bestehen gemischt aus Arbeitnehmern der Beklagten zu 1. und der Beklagten zu 2. Bezogen auf die Mitarbeiter der Abteilung BVD erfolgt die konkrete Tagesplanung durch dezentral eingerichtete Dienststellen aus jeweils mehreren Teams, die ihrerseits aus Arbeitnehmern der Beklagten zu 1. und Arbeitnehmern der Beklagten zu 2. bestehen. Die derart organisierte Leitung wird seitdem durch eine unternehmensübergreifende Führung der operativen Bereiche ergänzt, in denen die Arbeitnehmer in den durch die Kooperationsvereinbarungen bestimmten Feldern gemeinschaftlich Dienstleistungen erbringen.

59

(2) Dieser Leitungsapparat organisiert den Einsatz der Mitarbeiter nach dem Willen der beteiligten Unternehmen zwar arbeitgeberübergreifend, aber auf der Grundlage getrennter betriebsverfassungsrechtlicher Strukturen. Für einen Gemeinschaftsbetrieb ist nach der Vorstellung des Gesetzes in § 1 Abs. 1 Satz 2 BetrVG die Errichtung eines gemeinsamen Betriebsrats kennzeichnend. Im Widerspruch dazu werden die Beschäftigten der beiden Beklagten nach Maßgabe des § 2 Abs. 1 und 2 der Landesbezugstarifverträge Nr. 8, 8a/2016 durch eigenständige Betriebsräte vertreten. Diese betriebsverfassungsrechtliche Organisation kann einen wesentlichen Hinweis darauf geben, dass die im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer lediglich in formaler Hinsicht einer einheitlichen Leitung unterliegen, der Sache nach aber weiterhin unter Berücksichtigung der jeweiligen Unternehmenszugehörigkeit eingesetzt werden. Dies gilt umso mehr, als § 1 Abs. 2 der Kooperationsvereinbarung bestimmt, dass durch arbeitsorganisatorische Regelungen sicherzustellen ist, dass „jedes Unternehmen im Gemeinschaftsbetrieb weiterhin in die Steuerung der eigenen Arbeitnehmer eingebunden bleibt“.

60

- (a) Gemäß § 1 Abs. 1 Satz 1 BetrVG wird unter den dort genannten Voraussetzungen je Betrieb ein Betriebsrat gewählt. Dies gilt nach § 1 Abs. 1 Satz 2 BetrVG auch für gemeinsame Betriebe mehrerer Unternehmen. 61
- (b) Der betriebsverfassungsrechtliche Betriebsbegriff dient der einheitlichen Arbeitnehmerrepräsentation innerhalb der Betriebsverfassung (*vgl. Richardi BetrVG/Maschmann 17. Aufl. BetrVG § 1 Rn. 13*). Für den Gemeinschaftsbetrieb ist typisch, dass die von der einheitlichen Leitung getroffenen Entscheidungen in mitbestimmungsrechtlich relevanten Angelegenheiten Arbeitnehmer verschiedener Unternehmen betreffen (*vgl. BAG 13. März 2013 - 7 ABR 47/11 - Rn. 36, BAGE 144, 330*). Im Hinblick auf diese Sachlage stellt § 1 Abs. 1 Satz 2 BetrVG sicher, dass die im Gemeinschaftsbetrieb tätigen Arbeitnehmer ohne Rücksicht auf ihre arbeitsvertragsrechtlichen Bindungen von einem Betriebsrat repräsentiert werden (*in diesem Sinne BeckOK ArbR/Besgen 65. Ed. 1.9.2022 BetrVG § 1 Rn. 29*). Die Leitidee „Ein Betrieb, ein Betriebsrat“ beruht letztlich auf der Erwägung, dass der einheitlichen Leitung auf Arbeitgeberseite ein einheitliches Gremium auf Arbeitnehmerseite gegenübersteht, das die Interessen der Betriebsangehörigen auf dem Gebiet der personellen und sozialen Mitbestimmung zur Geltung bringt. Neben der arbeitnehmernahen Gestaltung der Mitbestimmungsordnung soll eine Aufgliederung der Betriebsverfassung nach Betriebsabteilungen, Arbeitsbereichen und Beschäftigungsarten im Regelfall unterbleiben (*vgl. Richardi BetrVG/Maschmann 17. Aufl. BetrVG § 1 Rn. 14*). 62
- (c) Die betriebsverfassungsrechtliche Struktur in dem von den beteiligten Unternehmen geführten Betrieb weicht von diesem gesetzlichen Leitbild ab. Die implizite Annahme des Landesarbeitsgerichts, die Aufspaltung des nach § 1 Abs. 1 Satz 1 BetrVG zu wählenden Betriebsrats in zwei separate Mitbestimmungsgremien berühre die Einheitlichkeit der Personalleitung nicht und sei für die Beurteilung, ob ein Gemeinschaftsbetrieb der beteiligten Unternehmen vorliege, nicht relevant, ist unzutreffend. 63
- (aa) Wie die Prozessbevollmächtigten der Parteien in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat übereinstimmend bestätigt haben, existiert in dem Betrieb am F Flughafen kein einheitlicher Betriebsrat iSd. § 1 Abs. 1 Satz 1 BetrVG. 64

Die Mitbestimmungsrechte, die das BetrVG dem Betriebsrat zuweist, werden von zwei Betriebsräten ausgeübt, die jeweils auf tariflicher Grundlage gebildet wurden. So bestimmt § 2 Abs. 1 der Landesbezugstarifverträge Nr. 8, 8a/2016, dass in dem „Gemeinschaftsbetrieb ... kein gemeinsamer Betriebsrat“ gebildet wird. Stattdessen werden die Arbeitnehmer der Beklagten zu 1. und der V GmbH einerseits und die Arbeitnehmer der G andererseits jeweils von einem eigenständigen Betriebsrat vertreten (§ 2 Abs. 2 Satz 1 der Landesbezugstarifverträge Nr. 8, 8a/2016). Auf diese Arbeitnehmervertretungen finden gemäß § 2 Abs. 2 Satz 2 der Landesbezugstarifverträge Nr. 8, 8a/2016 die Vorschriften über die Rechte und Pflichten des Betriebsrats und die Rechtsstellung seiner Mitglieder Anwendung.

(bb) Die durch Tarifvertrag bewirkte Aufteilung der Mitbestimmung auf zwei Gremien kann darauf hindeuten, dass die im Betrieb eingesetzten Arbeitnehmer tatsächlich keiner einheitlichen, sondern einer nach Vertragsarbeitgebern getrennten Personalführung unterliegen. Die gewillkürte Etablierung zweier Betriebsräte, die Mandate für Arbeitnehmer jeweils unterschiedlicher Vertragsarbeitgeber haben, kann erhebliche Auswirkungen auf die Einheitlichkeit der Personalführung haben, insbesondere soweit diese Mitbestimmungstatbestände iSd. § 87 Abs. 1 BetrVG berührt. Führt die Mehrzahl von Betriebsräten dazu, dass unterschiedliche betriebliche Regelungen für die Ordnung des Betriebs (§ 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG), für die betriebliche Arbeitszeit (§ 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG) inkl. der von den Arbeitnehmern zu leistenden Überstunden (§ 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG), für die Urlaubsplanung und Festsetzung des Urlaubs der Beschäftigten (§ 87 Abs. 1 Nr. 5 BetrVG), für die Einführung und Anwendung technischer Einrichtungen (§ 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG) nebst der Ausgestaltung mobiler Arbeit (§ 87 Abs. 1 Nr. 14 BetrVG) und für die Fragen der betrieblichen Lohngestaltung (§ 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG) unter Einschluss leistungsbezogener Entgelte (§ 87 Abs. 1 Nr. 11 BetrVG) entstehen, ist dies ein wesentliches Indiz dafür, dass die Personalführung lediglich der Form, nicht aber dem Inhalt nach einheitlich erfolgt.

65

(cc) Die Existenz zweier Betriebsräte steht andererseits der Annahme, es handele sich bei dem von den beteiligten Unternehmen errichteten Betrieb um

66

einen Gemeinschaftsbetrieb, nicht zwingend entgegen. Es ist nicht ausgeschlossen, dass die betriebliche Mitbestimmung zu im Wesentlichen einheitlichen Regelungen führt, dh. zu Regelungen, die zwar von verschiedenen Partnern verhandelt und vereinbart werden, aber inhaltlich weitgehend übereinstimmen oder zumindest aufeinander abgestimmt sind. In einem solchen Fall wären die betrieblichen Abläufe nicht aufgrund unterschiedlicher Regelungen nach Belegschaftsgruppen getrennt zu organisieren.

(dd) Das Landesarbeitsgericht hat zu der Frage, ob und welche betrieblichen Regelungen für die Beschäftigten am Flughafen F gelten und ob diese der Annahme einer einheitlichen Leitung in sozialen und personellen Angelegenheiten entgegensteht, keine tatbestandlichen Feststellungen getroffen. Der Senat kann daher nicht selbst entscheiden, ob die beteiligten Unternehmen einen gemeinsamen Betrieb bilden. 67

III. Eine Zurückverweisung der Sache an das Landesarbeitsgericht zur neuen Verhandlung und Entscheidung ist nicht deshalb entbehrlich, weil zwischen dem Kläger und der Beklagten zu 1. bereits aus anderen Gründen ein Arbeitsverhältnis zustande gekommen ist. 68

1. Im Zeitraum vom 3. November 2011, dem Zeitpunkt, zu dem der Kläger das erste Mal als Leiharbeitnehmer bei der Beklagten zu 1. tätig wurde, bis zum 30. November 2011, dem Tag vor dem Inkrafttreten des Ersten Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes - Verhinderung von Missbrauch der Arbeitnehmerüberlassung vom 28. April 2011 (*BGBl. I S. 642; im Folgenden AÜG 2011*), führte die Überlassung des Klägers nicht dazu, dass zwischen der Beklagten zu 1. und dem Kläger ein Arbeitsverhältnis zustande kam. Die Voraussetzungen, unter denen nach den im genannten Zeitraum geltenden Vorschriften des AÜG idF der Bekanntgabe vom 3. Februar 1995 (*BGBl. I S. 158; im Folgenden AÜG aF*) ein Arbeitsverhältnis zwischen Entleiher und Arbeitnehmer - im Streitfall zwischen der Beklagten zu 1. und dem Kläger - kraft gesetzlicher Anordnung zustande kam, lagen nicht vor. 69

- a) § 10 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 AÜG aF fingierte das Zustandekommen eines Arbeitsverhältnisses, wenn der Vertrag zwischen Verleiher und Leiharbeiter nach § 9 Nr. 1 AÜG aF unwirksam war. Dies war der Fall, wenn der Verleiher nicht die nach § 1 AÜG aF erforderliche Erlaubnis hatte (§ 9 Nr. 1 AÜG aF). Arbeitgeber, die als Verleiher Dritten Arbeitnehmer gewerbsmäßig zur Arbeitsleistung überlassen wollten, bedurften auch damals grundsätzlich der Erlaubnis (§ 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG aF). Die Beklagte zu 2. verfügte während der gesamten Dauer der Überlassung über die gesetzlich geforderte Erlaubnis, kraft deren sie als Verleiherin Dritten Arbeitnehmer gewerbsmäßig zur Arbeitsleistung überlassen durfte. 70
- b) Das AÜG aF sah weder eine zeitliche Begrenzung der Arbeitnehmerüberlassung noch Sanktionen für den Fall vor, dass der Leiharbeiter von seinem Vertragsarbeitgeber, dem Verleiher, einem Dritten, dem Entleiher, dauerhaft zur Arbeitsleistung überlassen wurde. 71
- aa) Nach der damaligen Gesetzeslage kam ein Arbeitsverhältnis zwischen Verleiher und Leiharbeiter nicht durch Überschreiten einer bestimmten Überlassungsdauer zustande. Der Gesetzgeber verzichtete im Zeitraum vom 1. Januar 2003 bis zum 30. November 2011 bewusst darauf, die Dauer der Arbeitnehmerüberlassung zeitlich zu begrenzen. Das ergibt sich aus der Neukonzeption des Rechts der Arbeitnehmerüberlassung durch das Erste Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vom 23. Dezember 2002 (*BGBI. I S. 4607, im Folgenden Erstes Dienstleistungsgesetz*). Während das AÜG in der bis zum 31. Dezember 2002 geltenden Fassung in § 3 Abs. 1 Nr. 6 noch eine Höchstüberlassungsdauer von 24 aufeinanderfolgenden Monaten vorsah, wurde diese Bestimmung durch Art. 6 Nr. 3 Buchst. b des Ersten Dienstleistungsgesetzes als Teil eines Gesamtkonzepts aufgehoben, mit dem der Gesetzgeber einerseits durch die Einführung eines - tarifdispositiven - grundsätzlichen Gebots der Gleichbehandlung von entliehenen Arbeitnehmern mit der Stammbesellschaft den Schutz der Leiharbeiter erhöhte, andererseits aber die Arbeitnehmerüberlassung „von all denjenigen Regelungen“ befreite, „die bisher als Schutzmaßnahmen notwendig waren, weil Leiharbeit aufgrund des Zusammentreffens 72

hoher Flexibilitätsanforderungen mit relativ geringen Entgelten vielfach als prekär angesehen werden musste“ (*BT-Drs. 15/25 S. 24*). Zu diesen Regelungen rechnete er auch die Beschränkung der Überlassungsdauer (*vgl. BAG 15. Mai 2013 - 7 AZR 494/11 - Rn. 24*). Damit stellte der Gesetzgeber klar, dass künftig eine zeitlich unbeschränkte Überlassung von Arbeitnehmern zulässig sein sollte (*vgl. BAG 10. Dezember 2013 - 9 AZR 51/13 - Rn. 12, BAGE 146, 384*).

bb) Das Unionsrecht gab im Zeitraum vom 3. November 2011 bis zum 30. November 2011 ein abweichendes Ergebnis nicht vor. 73

(1) Die Richtlinie 2008/104/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. November 2008 über Leiharbeit (*ABl. EU L 327 vom 5. Dezember 2008 S. 9 ff.; im Folgenden Leiharbeitsrichtlinie*) geht in Art. 1 Abs. 1 sowie Art. 3 Abs. 1 Buchst. b, c, d und e davon aus, dass Leiharbeitnehmer dem entleihenden Unternehmen überlassen werden, um dort „vorübergehend“ zu arbeiten. 74

(2) Die Gerichte für Arbeitssachen waren im Zeitraum vom 3. November 2011 bis zum 30. November 2011 nicht gehalten, die Vorschriften des AÜG aF unter Berücksichtigung der Bestimmungen der Leiharbeitsrichtlinie auszulegen. Art. 11 Abs. 1 Satz 1 der Leiharbeitsrichtlinie räumte den Mitgliedstaaten eine Frist zur Umsetzung ihrer Vorgaben in nationales Recht bis zum 5. Dezember 2011 ein. Die Regelungen des AÜG aF, denen zufolge eine unbefristete Überlassung von Leiharbeitnehmern an Dritte erlaubt war, waren bis zu diesem Zeitpunkt unionsrechtskonform. Eine „Vorwirkung“ der Leiharbeitsrichtlinie existiert nicht. Zwar sind auch die nationalen Gerichte im Rahmen ihrer Zuständigkeit an die in Art. 288 Abs. 3 AEUV enthaltene Umsetzungspflicht gebunden (*vgl. EuGH 17. September 1997 - C-54/96 - [Dorsch Consult] Rn. 43*). Diese Verpflichtung besteht jedoch lediglich im Rahmen der Richtlinie und damit auch der dort vorgesehenen Umsetzungsfrist (*vgl. BAG 2. April 1996 - 1 ABR 47/95 - zu B II 2 b bb (2) der Gründe, BAGE 82, 349*). Die Mitgliedstaaten und ihre Gerichte sind lediglich gehindert, Maßnahmen zu treffen, die geeignet sind, das in der Richtlinie vorgegebene Ziel ernsthaft in Frage zu stellen. Ein solcher Fall liegt im Bereich der Arbeitnehmerüberlassung vor Ablauf der Umsetzungsfrist nicht vor (*vgl. BAG 15. Mai 2013 - 7 AZR 494/11 - Rn. 31*). 75

c) Der Gesichtspunkt des institutionellen Rechtsmissbrauchs rechtfertigt es nicht, abweichend zu entscheiden. 76

aa) Der Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) als Gebot der Redlichkeit und allgemeine Schranke der Rechtsausübung beschränkt ua. Rechtsinstitute und Normen. Rechtsmissbrauch setzt voraus, dass ein Vertragspartner eine an sich rechtlich mögliche Gestaltung in einer mit Treu und Glauben unvereinbaren Weise nur dazu verwendet, sich zum Nachteil des anderen Vertragspartners Vorteile zu verschaffen, die nach dem Zweck der Norm und des Rechtsinstituts nicht vorgesehen sind. Beim institutionellen Missbrauch ergibt sich der Vorwurf bereits aus dem Sinn und Zweck des Rechtsinstituts. Die institutionelle Rechtsmissbrauchskontrolle verlangt daher weder ein subjektives Element noch eine Umgehungsabsicht. Vertragsgestaltungen können nur dann als rechtsmissbräuchlich angesehen werden, wenn sie gravierend von den Gestaltungsmöglichkeiten abweichen, die nach der Konzeption des Gesetzes noch gebilligt sind (BAG 15. Mai 2013 - 7 AZR 494/11 - Rn. 27). 77

bb) Unabhängig von der kurzen Dauer der Überlassung des Klägers im genannten Zeitraum an die Beklagte zu 1. käme eine Auswechslung der Arbeitgeberin des Klägers nicht in Betracht. Denn selbst wenn davon auszugehen wäre, dass vorliegend in rechtsmissbräuchlicher Weise eine Anwendung der bei der Beklagten zu 1. geltenden Arbeitsbedingungen (§ 8 AÜG aF) umgangen werden sollte, könnte dies allenfalls zu Leistungspflichten der Beklagten zu 1. als Entleiherin, jedoch nicht zum Entstehen eines Arbeitsverhältnisses zwischen ihr und dem Kläger führen. 78

2. Im Zeitraum vom 1. Dezember 2011 bis zum 31. März 2017 - der Gültigkeitsdauer des Ersten Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes - Verhinderung von Missbrauch der Arbeitnehmerüberlassung vom 28. April 2011 (BGBl. I S. 642; im Folgenden Missbrauchsverhinderungsgesetz) - hatte die Überlassung des Klägers an die Beklagte zu 1. nicht zur Folge, dass zwischen ihr und dem Kläger ein Arbeitsverhältnis zustande kam. Die im genannten Zeitraum geltenden Vorschriften des AÜG (im Folgenden AÜG 2011) sahen zwar eine zeitliche Begrenzung der Arbeitnehmerüberlassung, aber keine 79

Sanktion in Form eines Arbeitgeberwechsels für den Fall vor, dass der Leiharbeitnehmer von seinem Vertragsarbeitgeber einem Dritten dauerhaft und damit nicht nur „vorübergehend“ zur Arbeitsleistung überlassen wurde.

- a) Die Vorschrift des § 10 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 AÜG 2011 stimmte mit der Vorgängerregelung überein, indem sie die Fiktion eines Arbeitsverhältnisses zwischen dem Entleiher und dem Leiharbeitnehmer für den Fall anordnete, dass der Vertrag zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer nach § 9 Nr. 1 AÜG 2011 unwirksam war. § 9 Nr. 1 AÜG 2011 sah - wie § 9 Nr. 1 AÜG aF - vor, dass Arbeitsverträge zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmern unwirksam waren, wenn der Verleiher nicht die nach § 1 AÜG 2011 erforderliche Erlaubnis hatte, deren Regelung sich unverändert in § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG 2011 fand. Abweichend von der Konzeption des AÜG aF bestimmte § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG 2011, dass die Überlassung von Arbeitnehmern an Entleiher vorübergehend erfolgte. § 1 Abs. 3 Nr. 2a AÜG 2011 knüpfte das Konzernprivileg - anders als bei der Vorgängerregelung - an die Voraussetzung, dass der Arbeitnehmer nicht zum Zweck der Überlassung eingestellt und beschäftigt wurde. 80
- b) Die Reform des Konzernprivilegs befreite die Beklagte zu 2. als Tochterunternehmen der Beklagten zu 1., nicht von der Verpflichtung, die Überlassung des Klägers in Übereinstimmung mit den Vorgaben des AÜG 2011 auszugestalten. Die Beklagte zu 2. stellte den Kläger im Jahr 2011 auf der Grundlage eines „Arbeitsvertrag für Leiharbeitnehmer“ und damit zum Zweck - und nicht „nicht zum Zweck“ - der Überlassung ein. 81
- c) Ein Verstoß gegen das Verbot, einen Arbeitnehmer länger als nur vorübergehend zu verleihen (*vgl. zum Verbotscharakter BAG 10. Juli 2013 - 7 ABR 91/11 - Rn. 32, BAGE 145, 355*) führte in den Fällen, in denen der Verleiher die nach § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG 2011 erforderliche Erlaubnis hatte, nicht dazu, dass zwischen dem Entleiher und dem Leiharbeitnehmer ein Arbeitsverhältnis zustande kam (*vgl. BAG 27. Juni 2017 - 9 AZR 133/16 - Rn. 32; grundlegend BAG 10. Dezember 2013 - 9 AZR 51/13 - Rn. 17 ff., BAGE 146, 384*). 82

aa) Die Erlaubnis steht der Annahme, zwischen der Beklagten zu 1. und dem Kläger sei infolge der in § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG 2011 angeordneten Fiktion ein Arbeitsverhältnis zustande gekommen, unabhängig davon entgegen, dass die Beklagte zu 2. den Kläger der Beklagten zu 1. nach dem 1. Dezember 2011 unter Verletzung des gesetzlichen Verbots nicht nur vorübergehend zur Arbeitsleistung überließ (§ 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG 2011). Die einem Verleiher vor dem 1. Dezember 2011 erteilte Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung nach § 1 AÜG aF beschränkte sich nicht auf die vorübergehende Überlassung von Arbeitnehmern. Da bis zum 30. November 2011 eine zeitlich unbeschränkte Überlassung von Arbeitnehmern an einen Entleiher nach dem AÜG zulässig war (*vgl. Rn. 69 ff.*), umfasste eine vor dem 1. Dezember 2011 erteilte Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung auch eine nicht nur vorübergehende Überlassung von Leiharbeitnehmern. Das Missbrauchsverhinderungsgesetz enthielt keine Regelungen, die vor dem 1. Dezember 2011 erteilte Erlaubnisse zur Arbeitnehmerüberlassung sachlich oder zeitlich beschränkten. Gemäß § 5 Abs. 1 Nr. 4 Halbsatz 1 AÜG 2011 konnte die Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung nur mit Wirkung für die Zukunft widerrufen werden, wenn die Erlaubnisbehörde aufgrund einer geänderten Rechtslage berechtigt wäre, die Erlaubnis zu versagen. Die Regelung lässt darauf schließen, dass eine geänderte Rechtslage nicht per se die Unwirksamkeit einer Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung bewirkte oder die Erlaubnis einschränkte (*vgl. BAG 12. Juli 2016 - 9 AZR 51/15 - Rn. 23*).

bb) Eine analoge Anwendung der Vorschriften §§ 10 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 und § 9 Nr. 1 AÜG 2011 auf Fälle, in denen ein Entleiher, der eine Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung hatte, Arbeitnehmer unter Überschreitung der zeitlichen Grenzen des § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG 2011 einem Dritten zur Arbeitsleistung überließ, kommt nicht in Betracht (*vgl. BAG 12. Juli 2016 - 9 AZR 352/15 - Rn. 23*).

(1) Grundsätzlich bildet der eindeutige Wortlaut einer Norm die Grenze der Auslegung. Dennoch ist er für die Rechtsanwendung durch die Gerichte keine unübersteigbare Grenze. Der Richter hat nicht zwingend am Wortsinn des Ge-

setzes haltzumachen. Sowohl seitens der Methodenlehre als auch von Verfassungs wegen kann es für ihn wegen der Bindung an Gesetz „und Recht“ nach Art. 20 Abs. 3 GG geboten sein, das vom Gesetz Gewollte gegen das im Gesetz Gesagte zur Geltung zu bringen. Zur wortsinnübersteigenden Gesetzesanwendung durch Analogie bedarf es aber einer besonderen Legitimation. Anders als die vom Gesetzestext sprachlich gedeckte Auslegung hat die Analogie an der demokratisch legitimierten Geltungskraft des Gesetzes nicht gleichsam automatisch teil, da sie sich außerhalb des vom Gesetzgeber sprachlich gezogenen Anwendungsfeldes des Gesetzes bewegt und deshalb einer besonderen Begründung bedarf. Die wortsinnübersteigende Gesetzesanwendung durch Analogie erfordert, dass der gesetzessprachlich nicht erfasste, dh. gesetzlich unregelte Fall, nach Maßgabe des Gleichheitssatzes und zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen nach der gleichen Rechtsfolge verlangt, wie die gesetzessprachlich erfassten Fälle. Dabei setzt die Analogie grundsätzlich das Bestehen einer unbewussten Regelungslücke voraus. Hat sich der Gesetzgeber bewusst für die Regelung oder Nichtregelung eines bestimmten Sachverhalts entschieden, sind die Gerichte nicht befugt, sich über diese gesetzgeberische Entscheidung durch eine Auslegung der Vorschrift gegen ihren Wortlaut hinwegzusetzen (*vgl. BAG 22. September 2020 - 3 AZR 304/18 - Rn. 40, BAGE 172, 276*).

(2) Für eine entsprechende Anwendung des § 10 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 AÜG 2011 fehlt es bereits an einer planwidrigen Regelungslücke. Im Rahmen einer öffentlichen Anhörung vor dem Ausschuss für Arbeit und Soziales des Bundestags am 21. März 2011 wiesen mehrere Sachverständige darauf hin, der Entwurf zum Missbrauchsverhinderungsgesetz sehe für die Fälle, in denen der Verleiher den Leiharbeitnehmer einem Dritten nicht nur vorübergehend überlasse, nicht die Rechtsfolge vor, dass zwischen dem Entleiher und dem Arbeitnehmer ein Arbeitsverhältnis begründet werde (*vgl. den Bericht über die 56. Sitzung des Ausschusses BT-Drs. 17/5238 S. 9*).

86

(3) Eine analoge Anwendung der Vorschrift war auch unionsrechtlich nicht geboten. Wegen der Vielzahl möglicher Verstöße gegen Vorschriften des AÜG 2011 durch Verleiher und Entleiher sowie möglicher Sanktionen war die

87

Auswahl wirksamer, angemessener und abschreckender Sanktionen iSv. Art. 10 Abs. 2 Satz 1 und Satz 2 der Richtlinie 2008/104/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. November 2008 über Leiharbeit (Leiharbeitsrichtlinie) nicht Aufgabe der Gerichte für Arbeitssachen, sondern Sache des Gesetzgebers (*vgl. im Einzelnen BAG 12. Juli 2016 - 9 AZR 352/15 - Rn. 23*).

d) Entgegen der Auffassung des Klägers ist auch unter dem Gesichtspunkt des Rechtsmissbrauchs zwischen den Parteien kein Arbeitsverhältnis zustande gekommen. Selbst wenn die Beklagte zu 1. den Kläger in dem Wissen, dass die Beklagte zu 2. gegen das Verbot einer dauerhaften Überlassung von Leiharbeitnehmern verstieß, weit über die in § 1 Abs. 1 Satz 3 AÜG 2011 bezeichnete Grenze beschäftigte, folgt daraus nicht, dass zwischen der Beklagten zu 1. und dem Kläger ein Arbeitsverhältnis zustande gekommen ist. Ab dem 1. Dezember 2011 handelte es sich bei einer nicht nur vorübergehenden Arbeitnehmerüberlassung zwar nicht mehr um eine rechtlich zulässige Gestaltung. Ein mehr als vorübergehender Einsatz eines Leiharbeitnehmers bei einem Entleiher war seit diesem Zeitpunkt verboten (*vgl. BAG 10. Juli 2013 - 7 ABR 91/11 - Rn. 32, BAGE 145, 355*). Entleiher und Verleiher, die sich über die nicht nur vorübergehende Überlassung eines Leiharbeitnehmers einigten, missbrauchten damit kein Recht, sondern verstießen gegen ein gesetzliches Verbot (*vgl. BAG 10. Dezember 2013 - 9 AZR 51/13 - Rn. 38, BAGE 146, 384*). Hat sich der Gesetzgeber aber entschieden, einen solchen Verstoß nicht mit der Sanktion der Begründung eines Arbeitsverhältnisses zum Entleiher zu versehen, darf diese Rechtsfolge nicht über § 242 BGB herbeigeführt werden. Dies bedeutete, unzulässig in die Kompetenzen des demokratisch legitimierten Gesetzgebers einzugreifen (*BAG 12. Juli 2016 - 9 AZR 352/15 - Rn. 26*).

88

3. Der Klage könnte auch nicht stattgegeben werden, weil die dem Gemeinschaftsbetrieb zugrunde liegende Führungsvereinbarung, die Kooperationsvereinbarung sowie die leistungsbezogenen Kooperationsverträge unwirksam oder von den Parteien aufgehoben wären. Dies ist entgegen der Auffassung des Klägers nicht der Fall.

89

- a) Die genannten Vereinbarungen stellen kein Scheingeschäft dar und sind deshalb nicht gemäß § 117 Abs. 1 BGB nichtig. Mit der Führungsvereinbarung, der Kooperationsvereinbarung und den leistungsbezogenen Kooperationsverträgen beabsichtigten die beteiligten Unternehmen die Errichtung eines gemeinschaftlichen Betriebs zwecks gemeinsamer Erbringung von Dienstleistungen am Flughafen F. Dies folgt bereits aus der seit dem 1. Juli 2017 geübten Vertragspraxis, die nach den - hier unterstellten - tatbestandlichen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts eine gemeinschaftliche Betriebsführung durch die beteiligten Unternehmen belegt. Der angestrebte Erfolg erforderte die Wirksamkeit der Absprachen. 90
- b) Der von der Revision erhobene Einwand, die Beklagten zu 1. und zu 2. hätten mit dem Abschluss der Vereinbarungen gegen den Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG, insbesondere gegen das Gebot „Gleiche Arbeit, gleicher Lohn“ verstoßen, führt nicht zu der vom Kläger angestrebten Rechtsfolge. Bei einem Gleichheitsverstoß kommt regelmäßig nur eine Anpassung „nach oben“ in Betracht, um die Ungleichbehandlung zu beseitigen (*vgl. BAG 9. Dezember 2020 - 10 AZR 334/20 - Rn. 88, BAGE 173, 205*). Die Rechtsfolgen aus § 10 Abs. 1 iVm. § 9 Abs. 1 AÜG treten indes nicht ein. 91
- c) Die auf die Errichtung des Gemeinschaftsbetriebs zielenden Vereinbarungen bestehend aus Führungsvereinbarung, Kooperationsvereinbarung und leistungsbezogenen Kooperationsverträgen sind entgegen der Ansicht der Revision durch den Beherrschungs- und Ergebnisabführungsvertrag, den die Beklagte zu 1. und die Beklagte zu 2. unter dem 11. Juli 2017 schlossen, nicht aufgehoben worden. Die aus diesem Vertrag folgende Verpflichtung der Beklagten zu 2., den Weisungen der Beklagten zu 1. Folge zu leisten, lässt die Bestimmungen der zuvor geschlossenen Verträge unberührt. Eine Weisung der Beklagten zu 1. an die Beklagte zu 2., die vertraglichen Vereinbarungen aufzuheben oder ihnen zuwiderzuhandeln, hat das Landesarbeitsgericht nicht festgestellt. Weder die Parteien haben eine solche vorgetragen, noch ist sie anderweitig ersichtlich. 92
- d) Ein Arbeitsverhältnis zwischen der Beklagten zu 1. und dem Kläger ist in dem Zeitraum vom 1. April 2017 bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung 93

vor dem Landesarbeitsgericht auch nicht durch rechtsmissbräuchliche Vertragsgestaltung zustande gekommen. Sollten die beteiligten Unternehmen einen Gemeinschaftsbetrieb errichtet haben, hätten sie ihre Rechtsbeziehung in rechtlich erlaubter Weise ausgestaltet. Selbst wenn man annähme, hierdurch würden Arbeitnehmerrechte verkürzt, hätte dies nicht die von dem Kläger begehrte Rechtsfolge, die Begründung eines Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten zu 1., zur Folge. Allenfalls könnte dies zu Leistungspflichten der Beklagten zu 1. führen, die einer Entleiherin entsprechen.

e) Der Annahme, die beteiligten Unternehmen führten einen gemeinschaftlichen Betrieb, stehen die Regelungen des die Beklagte zu 2. und den Kläger verbindenden Arbeitsvertrags vom 31. Oktober 2011 nicht entgegen. Die Rechtsbeziehung des Klägers zu der Beklagten zu 2., seiner Vertragsarbeitgeberin, ist für die Frage, ob sich die beteiligten Unternehmen zu einem gemeinschaftlich geführten Betrieb verbunden haben, ebenso wenig von rechtlicher Bedeutung wie der - ebenfalls auf der individualrechtlichen Ebene liegende - Umstand, dass die Abrechnungen, auf denen die Beklagte zu 1. den Lohn des Klägers ausweist, einen Hinweis auf die Regelung des § 11 Abs. 2 Satz 4 AÜG 2017 enthalten. 94

4. Im Falle des Vorliegens eines Gemeinschaftsbetriebs führte auch die Überschreitung des in § 1 Abs. 1b Satz 1 Halbsatz 1 AÜG 2017 bezeichneten Zeitraums, in dem die Beklagte zu 2. den Kläger der Beklagten zu 1. überließ, im Streitfall nicht dazu, dass zwischen der Beklagten zu 1. und dem Kläger ein Arbeitsverhältnis zustande gekommen ist. Dies gilt unabhängig davon, dass die Übergangsvorschrift des § 19 Abs. 2 AÜG 2017 nicht im Einklang mit Unionsrecht steht. 95

a) Gemäß § 1 Abs. 1b Satz 1 Halbsatz 1 AÜG 2017 darf der Verleiher denselben Leiharbeiter nicht länger als 18 aufeinander folgende Monate demselben Entleiher überlassen. Bei der Berechnung der Überlassungshöchstdauer sind nach § 19 Abs. 2 AÜG 2017 Überlassungszeiten vor dem 1. April 2017 nicht zu berücksichtigen. 96

- b) Die Übergangsvorschrift des § 19 Abs. 2 AÜG 2017 verstößt gegen Unionsrecht. Dies führt jedoch auf der Rechtsfolgenseite nicht dazu, dass zwischen dem Kläger und der Beklagten zu 1. ein Arbeitsverhältnis als zustande gekommen gilt. 97
- aa) Der Gerichtshof der Europäischen Union hat festgestellt, dass die Übergangsvorschrift des § 19 Abs. 2 AÜG 2017 nicht im Einklang mit der Leiharbeitsrichtlinie steht. Sie führt dazu, dass dem Schutz, der einem Leiharbeitnehmer, der aufgrund der Gesamtdauer seiner Überlassung an ein entleihendes Unternehmen nicht mehr nur „vorübergehend“ zur Verfügung gestellt worden wäre, durch Leiharbeitsrichtlinie gewährt wird, die praktische Wirksamkeit genommen wird (vgl. *EuGH 17. März 2022 - C-232/20 - [Daimler] Rn. 73*). Die einzelnen Mitgliedstaaten sind verpflichtet, im Rahmen ihrer nationalen Rechtsordnung alle erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen, um die vollständige Wirksamkeit der Richtlinie entsprechend ihrer Zielsetzung zu gewährleisten (vgl. *näher EuGH 17. März 2022 - C-232/20 - [Daimler] Rn. 22 ff.*). Die deutschen Gerichte für Arbeitssachen, bei denen - wie im Streitfall - ein Rechtsstreit ausschließlich zwischen Privatpersonen anhängig ist, sind jedoch nicht allein aufgrund des Unionsrechts verpflichtet, die unionsrechtswidrige Übergangsvorschrift des § 19 Abs. 2 AÜG 2017 unangewendet zu lassen (vgl. *EuGH 17. März 2022 - C-232/20 - [Daimler] Rn. 82*). Die Leiharbeitsrichtlinie räumt dem Leiharbeitnehmer auch kein subjektives Recht auf Begründung eines Arbeitsverhältnisses mit dem entleihenden Unternehmen ein (*EuGH 17. März 2022 - C-232/20 - [Daimler] Rn. 97, 100*). 98
- bb) Unter Berücksichtigung der für die deutschen Gerichte verbindlichen Übergangsregelung ist die Überlassungshöchstdauer des § 1 Abs. 1b AÜG 2017 nicht überschritten worden. Für deren Berechnung sind lediglich die drei Monate vom 1. April 2017 bis zum 30. Juni 2017 maßgeblich. Die Überlassungshöchstdauer von 18 Monaten wurde damit eingehalten. 99
- IV. In dem fortgesetzten Berufungsverfahren wird das Landesarbeitsgericht daher die für das Bestehen eines gemeinschaftlichen Betriebs erforderlichen tat- 100

sächlichen Feststellungen zu treffen und unter Ausschöpfung des ihm als Tatsachengericht zustehenden Beurteilungsspielraums zu bewerten haben. Dabei hat es folgende Grundsätze zu beachten:

1. Das Landesarbeitsgericht wird zunächst festzustellen haben, ob und inwieweit in dem Betrieb am F Flughafen unterschiedliche betriebliche Vereinbarungen welchen Inhalts existieren, die die personellen und sozialen Angelegenheiten der dort beschäftigten Arbeitnehmer regeln. Sollte die Existenz zweier Betriebsräte dazu führen, dass die beteiligten Unternehmen den Einsatz der Belegschaft nach Vertragsarbeitgebern getrennt organisieren, spricht vieles dafür, dass die beteiligten Unternehmen einen Gemeinschaftsbetrieb lediglich der Form nach gegründet haben, die Arbeitsorganisation in der betrieblichen Praxis einem solchen aber nicht entspricht. Für die Beantwortung der Frage, ob die beteiligten Unternehmen den Betriebszweck, die Erbringung von Dienstleistungen am Flughafen F, mit einer Betriebsbelegschaft oder aber mit zwei neben einander eingesetzten Beschäftigtengruppen verfolgen, ist insbesondere von Bedeutung, ob und wie die konkrete Dienstplanung einheitlich arbeitgeberübergreifend erfolgt, ob und wer unter Beachtung welchen Verfahrens über den Beginn und das Ende der täglichen Arbeitszeit sowie die kurzfristige Verlängerung oder Verkürzung der täglichen Arbeitszeit entscheidet, in wessen Entscheidung die Planung und die Gewährung von Urlaub gestellt ist, wem welche Entscheidungsbefugnisse bezüglich der Einführung und Anwendung technischer Einrichtungen zusteht, ob und wie über den Einsatz und die Anwendung technischer Einrichtungen entschieden wird und wie die betriebliche Lohngestaltung unter Einschluss leistungsbezogener Entgelte geregelt ist.

101

2. Das Landesarbeitsgericht wird darüber hinaus aufzuklären haben, welche materiellen Betriebsmittel die Beklagte zu 2. in den Betrieb eingebracht hat und in welcher Weise diese tatsächlich eingesetzt werden, um die Erreichung des gemeinsamen Betriebszwecks zu fördern. Das Landesarbeitsgericht hat in diesem Zusammenhang auf die Verpflichtung unter Nr. (4) der Anlage 3 zur Kooperationsvereinbarung abgestellt, jedoch nicht geprüft, ob die Beklagte zu 2. die vertragliche Verpflichtung tatsächlich erfüllt hat. Die bisherigen Feststellungen

102

betreffen lediglich den unternehmensübergreifenden Einsatz der Betriebsmittel, die im Eigentum der Beklagten zu 1. stehen. Für die Entscheidung des Streitfalls ist auch die Frage von Belang, ob die Beklagte zu 2. die in Nr. (4) der Anlage 3 zur Kooperationsvereinbarung genannten Betriebsmittel den übrigen Unternehmen zwecks Förderung des Betriebszwecks tatsächlich zur Verfügung stellt.

D. Auf Grundlage der getroffenen Feststellungen durfte die Klage gegen die Beklagte zu 2. auf Erteilung eines Arbeitszeugnisses ebenfalls nicht abgewiesen werden. Das Landesarbeitsgericht ist davon ausgegangen, die tatbestandlichen Voraussetzungen, an die § 109 Abs. 1 Satz 1 GewO den Anspruch eines Arbeitnehmers auf ein Arbeitszeugnis knüpfe, lägen im Streitfall nicht vor, da das Arbeitsverhältnis zwischen dem Kläger und der Beklagten zu 2. unverändert fortbestehe. Ob diese Auffassung zutrifft oder das zwischen dem Kläger und der Beklagten zu 2. bestehende Arbeitsverhältnis wegen Überschreitens der zulässigen Überlassungshöchstdauer nach § 1 Abs. 1b AÜG 2017 unwirksam ist, kann der Senat auf Grundlage der getroffenen Feststellungen jedoch nicht abschließend beurteilen.

103

Kiel

Zimmermann

Suckow

Neumann-Redlin

Lücke