

Betriebs Berater

// WIRTSCHAFTSRECHT

Dr. Sebastian Apfelbaum
Das Merkmal der Zurechenbarkeit beim gutgläubigen Erwerb von GmbH-Anteilen 2470

Dr. Thomas Kapp, LL.M., RA, und Angelika Schlump
Ist die Vernichtung von (kartellrechtlich relevanten) Unternehmensunterlagen zulässig? 2478

// STEUERRECHT

Dr. Rainer Hartmann, RA/StB
Bestandsschutz für die Gewerbesteuer 2490

Dr. Björn Demuth, RA/StB, und Dr. Daniel Kaiser, RA
Die Folgen der Zinsschranke auf PPP-Projekte nach dem neuen BMF-Schreiben vom 4.7.2008 2497

BFH: Einleitung eines Strafverfahrens nach Eingang einer Selbstanzeige
 BB-Kommentar von Dr. Marcus Geuenich, RA/StB 2502

// BILANZRECHT & BETRIEBSWIRTSCHAFT

Dr. Bernd Stibi, WP/StB, und Prof. Dr. Stefan Thiele
IFRS und Zinsschranke nach dem BMF-Schreiben vom 4.7.2008 – Ausweg oder Irrweg? 2507

BFH: Voraussetzungen des Verlusts der wirtschaftlichen Identität einer GmbH
 BB-Kommentar von Dr. Kurt Gratz, WP/StB 2511

// ARBEITSRECHT

Dr. Andreas Schönhöft, RA/FAArbR/FAStR, und Anke Lermen
Der Gemeinschaftsbetrieb im Vergleich zur Arbeitnehmerüberlassung – eine Alternative zur Personalkostensenkung? 2515

BAG: Ethikrichtlinie – keine Mitbestimmung am Gesamtwerk
 BB-Kommentar von Ulrich Sittard 2520

// BB-MAGAZIN

Dr. Anke Freckmann, RA/FAArbR
Mitbestimmungsrecht: Ethikrichtlinien – eine klare Wegweisung durch das Bundesarbeitsgericht M1

Björn Rohde-Liebenau, RA
Eine Hotline allein ist noch kein Whistleblowing-System M16

Dr. Andreas Schönhöft, RA/FAArbR/FAStR, und Anke Lermen, Rechtsreferendarin

Der Gemeinschaftsbetrieb im Vergleich zur Arbeitnehmerüberlassung – eine Alternative zur Personalkostensenkung?

Nachdem die Überlassungshöchstdauer für Leiharbeiter durch „Das Erste Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt“ vom 23.12.2002 mit Wirkung zum 1.1.2003 weggefallen ist, wurde der Anwendungsbereich der Arbeitnehmerüberlassung erheblich erweitert. Seitdem haben sich langfristige Arbeitnehmerüberlassungen bei Unternehmen mit hohen tariflichen Personalkostenverpflichtungen als dauerhaftes Mittel zur Kostensenkung etabliert. Dabei stellt aber nicht jeder drittbezogene Arbeitseinsatz eine Arbeitnehmerüberlassung im Sinne des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG) dar. Eine Abgrenzung der Arbeitnehmerüberlassung von anderen Formen des drittbezogenen Personaleinsatzes, auf die das AÜG keine Anwendung findet, erweist sich in der Praxis – soweit sie überhaupt vorgenommen wird – nicht selten als schwierig. Ein besonderes Problem bereitet insoweit die Abgrenzung der Arbeitnehmerüberlassung vom unternehmensübergreifenden Personaleinsatz in einem Gemeinschaftsbetrieb. Der Beitrag nimmt eine praxistaugliche Abgrenzung vor und geht der Frage nach, ob mit der Errichtung eines Gemeinschaftsbetriebes Personalkosten gespart werden können.

I. Einleitung

Nachdem die Überlassungshöchstdauer für Leiharbeiter durch „Das Erste Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt“ vom 23.12.2002¹ mit Wirkung zum 1.1.2003 weggefallen ist, wurde der Anwendungsbereich der Arbeitnehmerüberlassung erheblich erweitert. Seitdem haben sich langfristige Arbeitnehmerüberlassungen bei Unternehmen mit hohen tariflichen Personalkostenverpflichtungen als dauerhaftes Mittel zur Kostensenkung etabliert. Dabei stellt aber nicht jeder drittbezogene Arbeitseinsatz eine Arbeitnehmerüberlassung im Sinne des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG) dar. Eine Abgrenzung der Arbeitnehmerüberlassung von anderen Formen des drittbezogenen Personaleinsatzes, auf die das AÜG keine Anwendung findet, erweist sich in der Praxis – soweit sie überhaupt vorgenommen wird – nicht selten als schwierig. Ein besonderes Problem bereitet insoweit die Abgrenzung der Arbeitnehmerüberlassung vom unternehmensübergreifenden Personaleinsatz in einem Gemeinschaftsbetrieb (auch als gemeinsamer Betrieb mehrerer Unternehmen bezeichnet). Gemeinsam ist dem Einsatz von Arbeitnehmern in einem Gemeinschaftsbetrieb und der Arbeitnehmerüberlassung, dass der Arbeitnehmer nur mit einer Partei des Dreipersonenverhältnisses eine vertragliche Beziehung hat, demgegenüber aber in die Arbeitsorganisation des Beschäftigungsbetriebes vollständig eingegliedert ist. Eine genaue Abgrenzung ist aber nicht nur notwendig, da sich beide Formen des Personaleinsatzes nach der Rechtsprechung gegenseitig ausschließen.² Sondern darüber hinaus ergeben sich durch eine ge-

naue Abgrenzung und den damit verbundenen unterschiedlichen Rechtsfolgen (wie z. B. das nur für die Arbeitnehmerüberlassung geltende Gebot des sog. „equal pay and equal treatment“) möglicherweise auch ungeahnte Gestaltungsmöglichkeiten bei der Wahl der Mittel zur Deckung des notwendigen Personalbedarfs. Wie eine sachgerechte Abgrenzung zwischen den beiden Formen des Personaleinsatzes erfolgen kann und welche Gestaltungsmöglichkeiten sich hierdurch ergeben, soll im Folgenden untersucht werden.

II. Grundlagen der Arbeitnehmerüberlassung und des Gemeinschaftsbetriebs

1. Arbeitnehmerüberlassung nach dem AÜG

Das AÜG selbst enthält keine eigene Definition der Arbeitnehmerüberlassung. Aus den gesetzlichen Regelungen lässt sich aber entnehmen, dass Arbeitnehmerüberlassung im Sinne des AÜG dann vorliegt, wenn ein selbständiger Unternehmer (Verleiher) gewerbsmäßig (Leih-)Arbeitnehmer einstellt und an einen Dritten (Entleiher) zur Arbeitsleistung überlässt. Die gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung ist durch eine spezifische Ausgestaltung der Vertragsbeziehungen zwischen Verleiher und Entleiher einerseits (dem Arbeitnehmerüberlassungsvertrag) und zwischen Verleiher und Arbeitnehmer andererseits (dem Leiharbeitsvertrag) sowie dem Fehlen einer arbeitsvertraglichen Beziehung zwischen Arbeitnehmer und Entleiher gekennzeichnet. Notwendiger Inhalt des Arbeitnehmerüberlassungsvertrages ist die Verpflichtung des Verleihers gegenüber dem Entleiher, ihm zur Förderung seiner Betriebszwecke geeignete Arbeitnehmer zur Verfügung zu stellen.³ Für die Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung nach § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG hat der Verleiher eine Reihe von Vorgaben zu beachten, damit ihm die Erlaubnis nicht versagt wird. Hierbei ist insbesondere die rechtliche Vorgabe des § 3 Abs. 1 Nr. 3 AÜG zu beachten, das sog. Gleichbehandlungsgebot („equal pay and equal treatment“). Danach darf der Verleiher mit dem Leiharbeiter für die Zeit der Überlassung an einen Entleiher keine schlechteren als die im Betrieb des Entleihers für einen vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen, einschließlich des Entgelts vereinbaren. Bei der Arbeitnehmerüberlassung überträgt der Verleiher das fachlich/zeitliche Weisungsrecht vollständig auf den Entleiher, während das disziplinarische Weisungsrecht ausschließlich beim Verleiher verbleibt. Die Leitung des Betriebes, in dem der Leiharbeiter

1 „Hartz I“; vgl. BGBl. I 2002, 4607.

2 BAG vom 3.12.1997, NZA 1998, 876.

3 BAG vom 24.5.2006 – 7 AZR 365/05 – juris; BAG vom 26.4.1995 – 7 AZR 850/94 – NZA 1996, 92.

eingesetzt wird, obliegt allein dem entleihenden Unternehmen. Entscheidend ist also, dass der Entleiher die Arbeitskraft während des gesamten Fremdfirmeneinsatzes durch seine Weisungen lenkt und sich der Verleiher auf die Rolle des Personalgestellers beschränkt.⁴ Da der Entleiher aber nicht selbst in die Arbeitgeberposition einrückt, sondern der Arbeitsvertrag zwischen Leiharbeiter und Verleiher bestehen bleibt, erhält der Entleiher das Direktionsrecht gegenüber dem Leiharbeiter zwangsläufig auch nicht vollständig. Nicht übertragen werden vom Verleiher auf den Entleiher die weitergehenden Arbeitgeberrechte.

2. Gemeinschaftsbetrieb

Die Rechtsfigur des Gemeinschaftsbetriebs und die hieraus resultierende Modifizierung des betriebsverfassungsrechtlichen Betriebsbegriffs folgt hingegen einer stetigen Rechtsprechung des BAG,⁵ die ihre gesetzliche Verankerung im BetrVG durch das BetrVReformG vom 23.7.2001 (BGBl. I, S. 1852) gefunden hat. Trotz der rechtlichen Anerkennung des Gemeinschaftsbetriebs durch die Vermutungsregel des § 1 Abs. 1 Satz 2 BetrVG hat der Gesetzgeber den Begriff des Gemeinschaftsbetriebs nicht definiert. Stattdessen führt § 1 Abs. 2 BetrVG lediglich Tatbestände an, bei deren Vorliegen das Bestehen eines Gemeinschaftsbetriebes mehrerer Unternehmen vermutet wird. Aufgrund der Tatsache, dass es sich bei dem Begriff des Gemeinschaftsbetriebs nicht um ein neuartiges Konstrukt handelt, sondern lediglich um eine Bestätigung der von der Rechtsprechung entwickelten Rechtsfigur⁶, kann nach wie vor auf die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zurückgegriffen werden.⁷ Ein Gemeinschaftsbetrieb mehrerer rechtlich selbständiger Unternehmen liegt nach ständiger Rechtsprechung des BAG⁸ vor, wenn sich die beteiligten Unternehmen zur gemeinsamen Führung des Betriebes rechtlich verbunden und einen einheitlichen Leitungsapparat zur Erfüllung der in der organisatorischen Einheit zu verfolgenden arbeitstechnischen Zwecke geschaffen haben. Insbesondere müssen die Arbeitgeberfunktionen in den sozialen und personellen Angelegenheiten, die der betriebsverfassungsrechtlichen Mitbestimmung unterliegen, institutionell einheitlich für die beteiligten Unternehmen sein. Für den Betriebsrat muss es einen eindeutigen Ansprechpartner geben, der zu einer „einheitlichen Willensbildung“ fähig ist.⁹ Der einheitlichen Leitung liegt in der Regel eine sog. Führungsvereinbarung zugrunde, nach der über den Kern der Arbeitgeberfunktionen in sozialen und personellen Angelegenheiten nur gemeinsam für alle der im Gemeinschaftsbetrieb zusammengefassten Betriebe entschieden werden soll. Insbesondere wird in der Führungsvereinbarung zumeist verankert, dass jeder Arbeitgeber zur Ausübung des sich aus dem Direktionsrecht ergebenden arbeitsvertraglichen Weisungsrechts gegenüber allen Arbeitnehmern des Gemeinschaftsbetriebes befugt ist, ungeachtet dessen, mit welchem Arbeitgeber der Arbeitnehmer einen Vertrag geschlossen hat.¹⁰ Die Führungsvereinbarung braucht aber nicht in einer ausdrücklichen vertraglichen Vereinbarung der beteiligten Unternehmen geregelt zu sein. Vielmehr genügt es, dass sich ihre Existenz aus den tatsächlichen Umständen herleiten lässt,¹¹ auch wenn aus Nachweisgründen die schriftliche Fixierung zu empfehlen ist.¹² Die Führungskräfte treten aufgrund dieser Vereinbarung daher im arbeitsrechtlichen Weisungsverhältnis in Vertretung des jeweiligen Vertragsarbeitgebers auf und sind mit den entsprechenden Vollmachten ausgestattet.¹³ Beiden Unternehmen stehen mithin aufgrund der gemeinsamen Führungsvereinbarung (also nicht originär) Weisungs- und Entschei-

dungsbefugnisse gegenüber allen im gemeinsamen Betrieb beschäftigten Arbeitnehmern zu.

Für die Frage, ob der Kern der Arbeitgeberfunktionen in sozialen und personellen Angelegenheiten von derselben institutionalisierten Leitung ausgeübt wird, ist vor allem entscheidend, ob ein arbeitgeberübergreifender Personaleinsatz praktiziert wird, der charakteristisch für den normalen Betriebsablauf ist.¹⁴ Nicht genügend für eine gemeinsame Leitung ist, dass z.B. bloße Servicefunktionen und administrative Tätigkeiten, wie z.B. Lohn- und Gehaltsabrechnung, von einem Rechtsträger für den anderen erledigt werden.¹⁵ Erforderlich ist vielmehr, dass die wesentlichen Arbeitgeberfunktionen, wie z.B. Einstellungen, Entlassungen, Versetzungen, und Arbeitszeitfragen übergreifend von einer Stelle aus entschieden werden.¹⁶ In der Praxis wird sich die Frage, ob ein Gemeinschaftsbetrieb vorliegt, daher im Wesentlichen an einer für die gesamte Belegschaft verantwortlichen Personalleitung entscheiden. Nicht maßgeblich für das Vorliegen eines Gemeinschaftsbetriebs ist dagegen allein die gesellschaftsrechtliche Verbindung der beteiligten Rechtsträger sowie die Identität der Gesellschafter,¹⁷ sowie konzernrechtlich bzw. gesellschaftsrechtlich begründete Weisungsbefugnisse.¹⁸ Darüber hinaus bedient sich Literatur und Rechtsprechung bestimmter Indizien, wie dem Austausch von Arbeitnehmern, die gemeinsame Nutzung von Betriebsmitteln, die Personenidentität der Geschäftsleitung, die räumliche Nähe und die gemeinsame Nutzung der Sozialeinrichtungen,¹⁹ um die oft nicht einfache Feststellung eines Gemeinschaftsbetriebs zu treffen.

III. Die Abgrenzung der Arbeitnehmerüberlassung vom Gemeinschaftsbetrieb

1. Die Abgrenzung nach der Rechtsprechung

Nach dem BAG „unterscheidet sich die Arbeitnehmerüberlassung von sonstigen Erscheinungsformen des drittbezogenen Personaleinsatzes, auf die das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz nicht anwendbar ist, durch das Erfordernis der vollständigen Eingliederung des Arbeitnehmers in den Betrieb des Entleihers, der den Arbeitnehmer seinen Vorstellungen und Zielen gemäß innerhalb seiner Betriebsorganisation wie einen eigenen Arbeitnehmer zur Förderung seiner Betriebszwecke

4 Schüren/Hamann, AÜG § 1 Rn. 203.

5 Vgl. hierzu bereits BAG vom 4.7.1957 – 2 AZR 86/55 – BAGE 4, 203; BAG, Beschluss vom 29.1.1987 – 6 ABR 23/85 – NZA 1987, 707, m. w. N.; BAG vom 11.2.2004 – 7 ABR 27/03 – NZA 2004, 618; zu den Folgen des Gemeinschaftsbetriebs siehe im Überblick Annuß, NZA Sonderheft 2001, 12 ff.; Däubler/Kittner/Klebe, BetrVG 11. Aufl. 2008, § 1 Rn. 138 ff.; Düwell, BetrVG 2. Aufl. 2006, § 1 Rn. 73 ff. Henssler/Willemsen/Kalb-Gaul § 1 BetrVG Rn. 28.

6 Vgl. Fitting, BetrVG, 24. Aufl. 2008, § 1 Rn. 78, 80; Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, 12. Aufl. 2007, § 214 Rn. 5a; Annuß, NZA Sonderheft 2001, 12 ff.

7 BAG vom 25.5.2005, DB 2005, 194.

8 Vgl. zuletzt BAG vom 11.12.2007 – 1 AZR 824/06 – NZA-RR 2008, 298; grundlegend BAG vom 13.6.1985 – 2 AZR 452/84 – NZA 1986, 600 jeweils m. w. N.

9 BAG vom 7.8.1986 – 6 ABR 57/85 – NZA 1987, 131; Willemsen/Hohenstatt/Schweibert/Seibt-Hohenstatt, Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, 3. Aufl. 2008, D III. Rn. 22.

10 BAG vom 23.3.1984 – 7 AZR 515/84 – NZA 1984, 1684.

11 Vgl. zuletzt BAG vom 17.8.2005 – 7 ABR 62/04, juris.

12 Vgl. zur sog. negativen Führungsvereinbarung Rieble/Gistel, NZA 2005, 242, 246.

13 Vgl. Wanhöfer, Gemeinschaftsbetrieb und Unternehmensmitbestimmung, S. 52, in: Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht, 1994.

14 BAG vom 24.1.1996 – 7 ABR 10/95 – NZA 1996, 1110; BAG vom 22.6.2005 – 7 ABR 57/04 – NZA 2005, 1248.

15 Vgl. hierzu ausführlich Rieble/Gistel, NZA 2005, 242 ff.

16 Vgl. Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht Kommentar 2004, § 1 BetrVG Rn. 17 ff.; in diese Richtung auch BAG vom 24.1.1996 – 7 ABR 10/95 – BAGE 82, 112.

17 BAG vom 22.3.2001 – 8 AZR 565/00 – NZA 2000, 1349.

18 BAG v. 29.4.1999 – 2 AZR 352/98 – NZA 1999, 932.

19 Siehe hierzu mit weiteren Nachweisen: Willemsen/Hohenstatt/Schweibert/Seibt-Hohenstatt, D III. Rn. 41; Henssler/Willemsen/Kalb-Gaul § 1 BetrVG Rn. 19.

einsetzt“.²⁰ Das BAG stellt damit im Wesentlichen zwei Kriterien für die Feststellung der Arbeitnehmerüberlassung auf. Es muss zum einen eine vollständige Eingliederung des Arbeitnehmers in den Betrieb des Entleihers stattfinden; zum anderen muss der Entleiher den entliehenen Arbeitnehmer wie einen eigenen Arbeitnehmer zur Förderung seiner Betriebszwecke einsetzen. Dabei ist nach dem BAG die Eingliederung in einen Gemeinschaftsbetrieb für die Begründung einer Arbeitnehmerüberlassung nicht ausreichend, da es sich bei dem Beschäftigungsbetrieb nicht um einen „fremden“, sondern um einen „gemeinsamen“ Betrieb der beteiligten Unternehmen handelt. Bei der Arbeitnehmerüberlassung fallen notwendig Stammbetrieb und Beschäftigungsbetrieb auseinander. In den Betrieb des Verleihers ist der Leiharbeiter damit nicht eingegliedert.²¹ In den Betrieb des Entleihers ist der Arbeitnehmer auch nur für die Zeit der Überlassung eingegliedert. Charakteristisch für die Arbeitnehmerüberlassung ist deshalb ein mitunter häufiger Wechsel der Beschäftigungsarbeitgeber. Auch im Gemeinschaftsbetrieb mehrerer Unternehmen wird der Arbeitnehmer oftmals für beide/mehrere Arbeitgeber des gemeinsamen Betriebs tätig, unter Umständen auch ausschließlich für das Unternehmen, das nicht sein Vertragsarbeitgeber ist. Eine arbeitsvertragliche Beziehung besteht aber in der Regel nur zu dem Vertragsarbeitgeber. Trotz der Tatsache, dass der Arbeitnehmer in mehreren Betrieben eingesetzt wird, begründet dies für ihn keine doppelte Betriebszugehörigkeit. Vielmehr ist er in den Betrieb seines Vertragsarbeitgebers eingebunden, und zwar dauerhaft. Da dieser Betrieb mit dem Betrieb eines anderen Unternehmers einen Gemeinschaftsbetrieb unter einheitlicher Leitungsmacht bildet, liegt in betriebsverfassungsrechtlicher Hinsicht nur ein Betrieb vor. Eine Unterscheidung in die einzelnen Betriebe der verschiedenen Unternehmen findet nicht mehr statt.²² Stammbetrieb und Beschäftigungsbetrieb fallen in diesem Fall zusammen. Deshalb fehlt es an der für die Arbeitnehmerüberlassung typischen Erbringung der Arbeitsleistung in einem „fremden“ Betrieb bzw. in einem sog. Drittbetrieb.

An einer Arbeitnehmerüberlassung fehlt es nach dem BAG aber auch dann, wenn sich der drittbezogene Personaleinsatz auf Seiten des Verleihers nicht darauf beschränkt, einem Dritten einen Arbeitnehmer zur Förderung von dessen Betriebszwecken zur Verfügung zu stellen, sondern der Vertragsarbeitgeber damit (auch) eigene Betriebszwecke verfolgt.²³ Dementsprechend liegt nach der Rechtsprechung des BAG keine Arbeitnehmerüberlassung vor, wenn ein Arbeitnehmer in einen Gemeinschaftsbetrieb entsandt wird, zu dessen gemeinsamer Führung sich sein Vertragsarbeitgeber und ein Dritter rechtlich verbunden haben²⁴ oder wenn er unter anderem auch für seinen Vertragsarbeitgeber bei der Erfüllung von dessen Aufgaben tätig wird.²⁵ Auch letzteres Ausschlusskriterium erfüllt ein Gemeinschaftsbetrieb zwangsläufig, da mit einem Gemeinschaftsbetrieb die beteiligten Unternehmen mit der Führung des gemeinsamen Betriebs jeweils einen eigenen Betriebszweck erfüllen. Demnach kann die Abgrenzung der Arbeitnehmerüberlassung von dem Gemeinschaftsbetrieb durch die positive Feststellung eines Gemeinschaftsbetriebs erfolgen. Liegt dieser vor, schließt er nach der Rechtsprechung denkbare eine Arbeitnehmerüberlassung aus.

Nach der Rechtsprechung liegt, wie bereits erläutert, ein Gemeinschaftsbetrieb mehrerer rechtlich selbständiger Unternehmen vor, wenn sich die beteiligten Unternehmen zur gemeinsamen Führung eines Betriebs unter Einsatz von Betriebsmitteln und Arbeitnehmern rechtlich verbunden und einen einheitlichen Leitungsapparat zur Er-

füllung der in der organisatorischen Einheit zu verfolgenden arbeits-technischen Zwecke geschaffen haben. Zentrale Merkmale des Gemeinschaftsbetriebs sind damit der gemeinsame Einsatz von Mitarbeitern und Betriebsmitteln und die gemeinsame Wahrnehmung der wesentlichen Arbeitgeberfunktionen hinsichtlich personeller und sozialer Angelegenheiten, mithin die personelle Leitungsmacht. Da der gemeinsame Einsatz von Mitarbeitern nach dem oben gesagten sowohl bei der Arbeitnehmerüberlassung als auch bei dem Gemeinschaftsbetrieb vorliegt und damit nicht zur notwendigen Unterscheidung führt, kann ausschließlich der einheitliche Leitungsapparat als wesentliches Abgrenzungsmerkmal dienen.²⁶ Dies erscheint auch sachgerecht, da der ausschlaggebende Unterschied zwischen der beiden Formen des unternehmensübergreifenden Personaleinsatzes in den einheitlichen Leitung und damit der einheitlichen Ausübung der wesentlichen Arbeitgeberfunktionen im sozialen und personellen Angelegenheiten zu sehen ist. Im Gemeinschaftsbetrieb unterliegt der Arbeitnehmer nicht dem Weisungsrecht eines anderen Arbeitgebers, sondern ohne Unterbrechung einer auf eine rechtliche Vereinbarung beruhenden einheitlichen Führung des Betriebs durch den gemeinsamen Leitungsapparat. Zwar wird in der Literatur für die Abgrenzung der Arbeitnehmerüberlassung von anderen Formen des Fremdpersonaleinsatzes – und somit auch vom Gemeinschaftsbetrieb – zunächst das Merkmal des Überlassens zur Arbeitsleistung hervorgehoben, doch letztlich wird auch die fehlende einheitliche Leitungsmacht von Ver- und Entleiher zur Abgrenzung der Arbeitnehmerüberlassung vom Gemeinschaftsbetrieb herangezogen und damit auch eine Negativabgrenzung vorgenommen. Dies ist auch folgerichtig, da ein „Überlassen“ auch beim Gemeinschaftsbetrieb vorliegen kann, nämlich in dem Fall, dass ein Arbeitnehmer nicht von seinem Vertragsarbeitgeber, sondern von dem anderen am Gemeinschaftsbetrieb beteiligten Unternehmen zur Arbeitsleistung herangezogen wird. In diesem Fall wird der Arbeitnehmer auch dem anderen Unternehmen (wenn auch untechnisch gesprochen, so aber doch) überlassen, weil der Vertragsarbeitgeber die Arbeitskraft seines Arbeitnehmers in dem Fall nicht für sich nutzen kann. Dieses Kriterium taugt mithin ebenfalls nicht zu einer klaren und sachgerechten Abgrenzung der beiden Formen des Personaleinsatzes. Die Abgrenzung zwischen Arbeitnehmerüberlassung und Gemeinschaftsbetrieben kann daher maßgeblich nur durch das Kriterium des einheitlichen Leitungsapparates erfolgen.

Dass das entscheidende Merkmal der Abgrenzung das des einheitlichen Leitungsapparates ist, zeigt sich insbesondere in den Fällen, in denen sich der Beitrag eines der beteiligten Unternehmen auf die Einbringung von Personal beschränkt. In diesem Fall der reinen Personalführungsgesellschaft sind sich Arbeitnehmerüberlassung und Gemeinschaftsbetrieb sehr ähnlich. Insoweit ist zu beachten, dass ein Gemeinschaftsbetrieb nicht zwingend voraussetzt, dass von beiden Unternehmen ein gleicher Anteil oder überhaupt von beiden Unternehmen jeweils ein Teil der Betriebsmittel eingebracht wird. Weder

20 BAG vom 3.12.1997 – 7 AZR 764/96 – NZA 1998, 876; BAG vom 20.4.2005 – 7 ABR 20/04 – NZA 2005, 1006.

21 BAG vom 20.4.2005 – 7 ABR 20/04 – NZA 2005, 1006.

22 Vgl. Schüren/Hamann, AÜG § 14 Rn. 44a.

23 BAG vom 22.6.1994 – 7 AZR 850/94 –, NZA 1995, 462.

24 BAG vom 25.10.2000 – 7 AZR 487/99 – NZA 2001, 259; BAG vom 3.12.1997 – 7 AZR 764/96 – NZA 1998, 876.

25 BAG vom 22.6.1994 – 7 AZR 850/94 – NZA, 1995, 462; BAG vom 26.4.1995 – 7 AZR 850/94 – NZA 1996, 92.

26 So auch Schüren/Hamann, AÜG, 3. Aufl. 2007, § 1 Rn. 59, Willemsen/Hohenstatt-Hohenstatt, Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, 3. Aufl. 2008, D III Rn. 28; Fitting, BetrVG 23. Auflage, § 1 Rn. 82; Küttner, Personalhandbuch 2007, Kapitel 101, Rn. 13; Rieble/Gistel, NZA 2005, 242, 246, die teilweise jedoch auf eine gemeinschaftliche statt nur einheitliche Leitung abstellen.

das Schrifttum noch die Rechtsprechung fordern für das Vorliegen eines Gemeinschaftsbetriebs, dass die zu diesen gehörenden Betriebsmitteln von beiden Unternehmen eingebracht sein müssen. Ausreichend ist die gemeinsame Nutzung von Betriebsmitteln zur Verfolgung der arbeitstechnischen Zwecke.²⁷ Auch aus § 1 Abs. 2 BetrVG ergibt sich allein die Forderung, dass Betriebsmittel und Arbeitnehmer gemeinsam „eingesetzt“ werden, nicht aber dass diese in Miteigentümerschaft oder unterschiedlichem Eigentum stehen müssen. Mit Blick auf den allgemeinen Betriebsbegriff müssen lediglich Betriebsmittel und Arbeitnehmer so zu einer organisatorischen Einheit verbunden sein, dass ein gemeinsamer arbeitstechnischer Zweck verfolgt werden kann. Ebenso unmaßgeblich, wie die rechtliche Zuordnung von Mitarbeitern, ist daher auch die rechtliche Zuordnung der Betriebsmittel. Für einen Gemeinschaftsbetrieb ist gerade typisch, dass mehrere Unternehmen die ihnen jeweils zur Verfügung stehenden Ressourcen in einen Betrieb einbringen und gemeinsam nutzen. Allerdings setzt der Gemeinschaftsbetrieb nach dessen Sinn und Zweck zwingend die Existenz und Beteiligung von Arbeitnehmern aus allen beteiligten Unternehmen voraus, damit ein unternehmensübergreifender Arbeitnehmereinsatz erfolgen kann. Während Betriebsmittel daher nicht durch alle beteiligten Unternehmen eingebracht werden müssen, ist dies für den Einsatz von Arbeitnehmern anders zu beurteilen. Daher kann ein Gemeinschaftsbetrieb auch unter Beteiligung einer reinen Personalführungsgesellschaft entstehen, nicht aber unter Beteiligung eines Unternehmens ohne eigenes Personal.²⁸ Die ausschließliche Gestellung von menschlicher Arbeitskraft und deren arbeitgeberübergreifender Einsatz sind aber auch für die Arbeitnehmerüberlassung idealtypisch. Gerade in diesem Spezialfall zeigt sich, dass lediglich ein einheitlicher Leitungsapparat und die damit verbundene Führungsvereinbarung beide Möglichkeiten des drittbezogenen Personaleinsatzes voneinander unterscheiden. Denn eine einheitliche bzw. gemeinschaftliche Leitung liegt nur bei einem Gemeinschaftsbetrieb vor, und zwar auch in dem Fall, dass eines der beteiligten Unternehmen ausschließlich Personal in den gemeinsamen Betrieb einbringt. Eine Arbeitnehmerüberlassungsgesellschaft als Prototyp einer reinen Personalführungsgesellschaft agiert in der Regel im Eigeninteresse und nicht im kollektiven Interesse mit dem Entleiher. Ein einheitlicher Leitungsapparat, der durch den Abschluss einer Führungsvereinbarung der beteiligten Unternehmen untermauert wird, existiert hier nicht. Bei der Arbeitnehmerüberlassung verbleibt diese Leitungsmacht ausschließlich bei dem Unternehmen des Verleihers. Verleiher und Entleiher üben weder die Arbeitgeberbefugnisse noch die Leitung in personellen und sozialen Angelegenheiten gemeinsam aus.

2. Umgehung des AÜG durch den Gemeinschaftsbetrieb unter Beteiligung reiner Personalführungsgesellschaften

Die unterschiedliche Behandlung der Arbeitnehmerüberlassung nach dem AÜG und dem Gemeinschaftsbetrieb ist auch in dem beschriebenen Sonderfall, dass ein beteiligtes Unternehmen lediglich Personal einbringt, nicht als Umgehung der strengen Vorschriften des AÜG zu werten.²⁹ Bei einem Gemeinschaftsbetrieb liegt nach der gesetzlichen Definition keine Arbeitnehmerüberlassung vor. Dies wird durch Rechtssprechung des BAG eindeutig bestätigt.³⁰ Ein extremer Ausnahmefall von diesem Grundsatz, in der eine unzulässige Gesetzesumgehung gesehen werden könnte, ist selbst bei einem Gemeinschaftsbetrieb unter Beteiligung einer reinen Personalführungsgesellschaft nicht ersichtlich.

Insoweit ist zu beachten, dass ein allgemeines und generelles Verbot der Verkürzung des arbeitsrechtlichen Schutzes von Arbeitnehmern durch die willkürliche Zuordnung des Arbeitsverhältnisses nicht existiert.³¹ Bei einem Gemeinschaftsbetrieb bedarf es auch der strengen Regelungen des AÜG nicht. Das AÜG will den aufgrund ihres Einsatzes an fremden Einsatzorten und der Entfernung vom Vertragsarbeitgeber besonders schutzbedürftigen Arbeitnehmern einen besonderen Schutz zugutekommen lassen. Der Sinn und Zweck des AÜG liegt nach der Intention des Gesetzgebers darin, „bei der Arbeitnehmerüberlassung Verhältnisse herzustellen, die den Anforderungen des sozialen Rechtsstaats entsprechend eine Ausbeutung der betreffenden Arbeitnehmer ausschließen.“³² Damit soll dem besonderen Schutzbedürfnis des Leiharbeitnehmers Rechnung getragen werden, der einem hohen Lohnrisiko und einem geringen Bestandsschutz seines Arbeitsverhältnisses ausgesetzt ist.³³ Dies gilt insbesondere für das Gleichbehandlungsgebot des § 3 Abs. 1 Nr. 3 AÜG, das im Gegenzug zu der Abschaffung von Synchronisations-, Befristungs-, Wiedereinstellungsverbot und der Überlassungshöchstdauer neu eingeführt wurde und einen erhöhten Schutz des Leiharbeitnehmers gegenüber den alten Regelungen darstellt.³⁴ Dieser Schutz ist aber für einen Arbeitnehmer eines Gemeinschaftsbetriebes nicht in diesem ausgeprägten Maße erforderlich, da dessen Lage nicht der eines typischen Leiharbeitnehmers entspricht. Der Arbeitnehmer eines Gemeinschaftsbetriebs wird in seinem eigenen Betrieb, dem Gemeinschaftsbetrieb, eingesetzt und erfährt keine Überlassung an ständig wechselnde Entleiherbetriebe. Bei der Arbeitnehmerüberlassung besteht für den verliehenen Arbeitnehmer die Gefahr der dauerhaft wechselnden Vergütungs- und Arbeitsbedingungen. Im Gemeinschaftsbetrieb bleiben diese Faktoren nicht nur konstant, sondern sind in großen Teilen sogar einheitlich für alle Arbeitnehmer des Gemeinschaftsbetriebs geregelt. Damit ist er anders als der Leiharbeiter auch nicht häufig wechselnden Arbeitsbedingungen ausgesetzt.

Schließlich rechtfertigt die einheitliche Führung innerhalb eines Gemeinschaftsbetriebs eine unterschiedliche Behandlung beider Formen des drittbezogenen Personaleinsatzes. Die Arbeitnehmer werden nicht nur dauerhaft in dem gleichen, namentlich dem gemeinschaftlichen Betrieb eingesetzt, sondern auch von dem gemeinsamen Leitungsapparat gesteuert. Damit findet ein Wechsel der betrieblichen Ansprechpartner und der Ansprechpartner aus der Mitbestimmung regelmäßig nicht statt. Der wesentliche Unterschied zur Arbeitnehmerüberlassung liegt damit darin, dass der Arbeitnehmer sich nicht dem Weisungsrecht eines fremden Arbeitgebers ausgesetzt sieht, sondern durch die einheitliche Führung und Personalleitung seine Rechte in ausreichendem Maße gewahrt bleiben. Dies ist auch nicht anders zu sehen, wenn in den beteiligten Unternehmen unterschiedliche Vergütungsbedingungen gelten. Nach der Abschaffung unter anderem des Befristungsverbotes (§ 3 Abs. 1 Nr. 3 AÜG a.F.) und der Beschränkung der

27 BAG vom 22.6.2006, – 7 ABR 57/04 – NZA 2005, 1248; *Richardi*, BetrVG, 11. Aufl. 2008, § 1 Rn. 74; *ErfK/Eisemann*, 8. Aufl., § 1 BetrVG Rn. 15; BAG, BAG vom 14.12.1994 – 7 ABR 26/9 – NZA 1995, 906.

28 Dem steht auch nicht BAG v. 16.4.2008, BB 2008, 2066 entgegen, solange die Personalführungsgesellschaft an den gemeinsamen Betriebszweck mitwirkt.

29 Vgl. allgemein zu der Problematik der Umgehung des AÜG durch AÜG-Gesellschaften: *Bros/Schüren*, BB 2004, 2745; *Willemsen/Annub*, BB 2005, 437; *Willemsen*, Festschrift der Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht 2006, 1013, 1028 ff.

30 BAG vom 3.12.1997, NZA 1998, 876.

31 So zutreffend zur Leiharbeit: *Willemsen/Annub*, BB 2005, 437, 439.

32 BT-Drucks. VI/2303, S. 9.

33 Vgl. *Thüsing*, AÜG 2005, Einführung Rn. 6, 14.

34 Vgl. Begründung Fraktionsentwurf, BT-Drucks. 15/25, S. 29.

Überlassungsdauer (§ 3 Abs. 1 Nr. 6 AÜG a.F.) sollte zugleich dem Leiharbeiter durch die Einführung des „equal pay“-Gebotes ein erhöhter Schutz zukommen.³⁵ Das AÜG soll jedoch nicht mit allen Mitteln „gleichen Lohn für gleiche Arbeit“ durchsetzen. Nach wie vor unterliegt die Höhe der Vergütung der Privatautonomie, in die durch den Gesetzgeber nur in besonders krassen Ausnahmefällen eingegriffen wird. Dass der Gesetzgeber diese Absicht nicht hatte, zeigen auch die durch „Das Erste Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt“ vom 23.12.2002³⁶ mit Wirkung zum 1.1.2003 eingefügten Ausnahmen zum „equal pay“ in §§ 3 Abs. 1 Nr. 3 und 9 Nr. 2 AÜG. Danach ist eine Abweichung vom „equal pay“-Grundsatz durch Tarifvertrag, insbesondere auch zu Ungunsten des Arbeitnehmers³⁷ zulässig. Gleiches gilt für die konzerninterne Arbeitnehmerüberlassung nach § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG. Der besondere Schutz des AÜG soll nach dem Willen des Gesetzgebers nur in den dort genannten, als besonders schutzbedürftig eingestuften Fällen eingreifen.

Der Gemeinschaftsbetrieb vermeidet darüber hinaus ähnlich wie die konzerninterne Arbeitnehmerüberlassung durch die Aufrechterhaltung der arbeitsrechtlichen Beziehungen die Nachteile einer Arbeitnehmerüberlassung und gefährdet nicht den arbeits- und sozialrechtlichen Status der Arbeitnehmer.³⁸ Die konzerninterne Arbeitnehmerüberlassung unterliegt nach § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG nicht den Regelungen des AÜG, wenn die Überlassung vorübergehend erfolgt. Dabei ist dieses Merkmal weit auszulegen und jedenfalls dann gegeben, wenn die Überlassung nicht als endgültig geplant und der Leiharbeiter zu seinem Unternehmen zurückkehren soll.³⁹ Allerdings sollte eine endgültige konzerninterne Verleihung durch reine Personalführungsgesellschaften, deren einziger Zweck die Einstellung und Beschäftigung von Arbeitnehmern ist, nach dem Gesetzeszweck nicht von AÜG ausgenommen werden.⁴⁰ Unabhängig von der Frage, ob diese in ihren Einzelheiten großenteils noch ungeklärte Einschränkung der konzerninternen Arbeitnehmerüberlassung praxisgerecht erscheint (so kann nicht immer eindeutig nachvollzogen werden, ob eine Rückkehr zum Vertragsarbeitgeber zumindest möglich erscheint bzw. ob der einzige Zweck einer Gesellschaft in der Einstellung und Beschäftigung von Arbeitnehmern liegt), zeigen die privilegierten Regeln zur konzerninternen Arbeitnehmerüberlassung klar, dass insoweit das gesetzliche Leitbild von einer verringerten Schutzbedürftigkeit ausgeht.⁴¹ Dies muss dann erst Recht für den von der Konstruktion ähnlichen Fall der Zusammenarbeit eines Unternehmens mit einer reinen (Konzern-)Personalführungsgesellschaft als Gemeinschaftsbetrieb gelten, da hier eine weit über die konzernrechtliche Weisungsbefugnis hinausgehende einheitliche Leitung vorliegt. Im Unterschied zu einem Unternehmen im Konzernverbund ist der Gemeinschaftsbetrieb nicht rechtlich selbständig, sondern unterliegt einem einheitlichen Leitungsapparat, der die gemeinsame Willensbildung in personellen und sozialen Angelegenheiten sicherstellt.⁴² Anders als bei einer konzerninternen Arbeitnehmerüberlassung bleibt der betroffene Arbeitnehmer dauerhaft bei seinem vertraglichen Arbeitgeber in dessen Betrieb tätig. Dass dieser Betrieb gleichzeitig auch der Betrieb eines anderen Arbeitgebers ist, ändert daran nichts. Da die Arbeitnehmer ihren Arbeitsplatz bei ihrem Arbeitgeber behalten und damit nicht den spezifischen Gefahren eines typischen Leiharbeitnehmers ausgesetzt sind, bedarf es auch nicht des Schutzes durch die Regelungen des AÜG.⁴³ Wenn aber schon bei der Arbeitnehmerüberlassung Konstruktionen zulässig sind, durch die eine Anwendung des „equal

pay“-Gebotes vermieden wird, so muss dies erst Recht bei dem nicht unter das AÜG fallenden Gemeinschaftsbetrieb der Fall sein. Insoweit liegt keine unzulässige Umgehung des „equal pay“-Grundsatzes in der Bildung eines Gemeinschaftsbetriebs mit einer reinen Personalführungsgesellschaft, sondern lediglich die Anwendung und Ausschöpfung der gesetzlich zugelassenen Gestaltungsmöglichkeiten.⁴⁴

IV. Fazit und praktische Auswirkungen

Die vorgenannte Argumentation zeigt, dass sich Arbeitnehmerüberlassung nach dem AÜG und der Gemeinschaftsbetrieb tatsächlich durch eine Negativabgrenzung und die Tatbestandsmerkmale des Gemeinschaftsbetriebs unterscheiden lassen. Das Verleihunternehmen ist in einfachen Worten – anders als beim Gemeinschaftsbetrieb – an der Führung des Betriebs nicht beteiligt, und grenzt sich dadurch klar vom Gemeinschaftsbetrieb ab. Unabhängig von der Tatsache, dass der Abgrenzung der Arbeitnehmerüberlassung von einem Gemeinschaftsbetrieb aufgrund seiner unterschiedlichen Rechtsfolgen in der Praxis größere Aufmerksamkeit geschenkt werden sollte, ergeben sich durch die klare Abgrenzungsmöglichkeit neue Gestaltungschancen. Insoweit steht durch den Gemeinschaftsbetrieb eine weitere Möglichkeit der Deckung des benötigten Personalbedarfs eines Unternehmens zur Verfügung. So kann sich bei entsprechend unterschiedlichen Vergütungsstrukturen der Gemeinschaftsbetrieb nicht nur Personalkosten sparend, sondern auch hinsichtlich des Betriebsverfassungsrechts kostenentlastend auswirken, weil in einer organisatorischen Einheit mehrerer Unternehmen nur ein Mitbestimmungsorgan gebildet wird. Im Kündigungsrecht führt der Gemeinschaftsbetrieb dagegen zu einer unternehmensübergreifenden Ausweitung der Vertragspflichten. Soweit man die Ängste vor dem Gemeinschaftsbetrieb durch die hierdurch erzeugten Rechtspflichten (Zurechnung der Arbeitnehmer, unternehmensübergreifende Weiterbeschäftigungspflicht und Sozialauswahl) überwinden kann, können sich nach sorgsamer Abwägung der Belastungen durch die Führung eines Gemeinschaftsbetriebs und den Vorteilen gegenüber einer Arbeitnehmerüberlassung ungenutzte Chancen ergeben. Bei der Bildung eines Gemeinschaftsbetriebs durch den Einsatz eines weiteren Unternehmens mit den benötigten Personalressourcen können unter Verweis auf die Rechtsprechung des BAG⁴⁵ die zwingenden Vorgaben des AÜG außer Acht gelassen werden, ohne die bestehenden Strukturen des Unternehmens und dessen Führung wesentlichen Änderungen zu unterziehen. Die rechtlich ungeklärten Fragen und Grenzen der konzerninternen Arbeitnehmerüberlassung⁴⁶ könnten durch die Schaffung eines Gemeinschaftsbetriebs umschifft werden.

35 Vgl. *Melms/Lipinski*, BB 2005, 2409, 2410; *Willemsen/Annauß*, BB 2005, 437.

36 „Hartz I“; vgl. BGBI. I 2002, 4607.

37 Vgl. *Erfk/Wank*, AÜG § 3 Rn. 29.

38 Vgl. BAG vom 5.5.1988 – 2 AZR 795/87 – NZA 1989, 18.

39 BAG vom 5.5.1988 – 2 AZR 795/87 – NZA 1989, 18; *C. Schneider*, Die vertragliche Zuordnung der Arbeitnehmer im Gemeinschaftsbetrieb unter Berücksichtigung der Unternehmensspaltung, Diss. 1997, S. 28.

40 BT-Drucks. 10/3206, S. 33; *Schüren/Hamann*, AÜG § 1 Rn. 530; weitergehend *Bros/Schüren*, BB 2004, 2745.

41 Vgl. *Schüren/Hamann*, AÜG § 1 Rn. 529 f.

42 Vgl. *Rieble/Gistel*, NZA 2005, 242, 245; *Erfk/Wank*, AÜG, § 1 Rn. 67; *Schüren/Hamann*, AÜG § 1 Rn. 540.

43 Zum konzerninternen Arbeitnehmerüberlassung: *Schüren/Hamann*, AÜG § 1 Rn. 529; BT-Drucks. 10/3206, S. 33.

44 Vgl. zur AÜG-Gesellschaft im Konzern *Melms/Lipinski*, BB 2004, 2409; *Willemsen/Annauß*, BB 2005, 437; LAG Niedersachsen vom 28.2.2006 – 13 TaBV 56/05, juris.

45 BAG vom 3.12.1997, NZA 1998, 876.

46 Siehe hierzu *Melms/Lipinski*, BB 2004, 2409; *Willemsen/Annauß*, BB 2005, 437; *Bros/Schüren*, BB 2004, 2745; *Bros/Schüren*, BB 2005, 437.

Dem Einsatz von Arbeitnehmern mit unterschiedlichen Vergütungs- und Arbeitsbedingungen steht auch nicht der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz entgegen, da das Vorhandensein unterschiedlicher Vertragsarbeitgeber eine unterschiedliche Behandlung der Arbeitnehmer rechtfertigt.⁴⁷ Selbst die Geltung von unterschiedlichen Tarifverträgen im Gemeinschaftsbetrieb ist nicht nur nach der zu erwartenden Aufgabe des Grundsatzes der Tarifeinheit⁴⁸ möglich, da nach überwiegender Auffassung die durch die Rechtsprechung aufgestellten Grundsätze zur Tarifeinheit im Gemeinschaftsbetrieb keine Anwendung finden.⁴⁹ Auch wenn die Frage der Tarifeinheit im Gemeinschaftsbetrieb höchstrichterlich noch nicht geklärt ist, ist die Einbeziehung in den Tarifvertrag eines der beteiligten Unternehmen zumindest dann ausgeschlossen, wenn das andere Unternehmen nicht tarifgebunden ist.⁵⁰ Zwar gestattet die Bildung eines Gemeinschaftsbetriebs den Betriebsräten größere Einflussmöglichkeiten als es bei einer Arbeitnehmerüberlassung der Fall wäre. Allerdings setzen beide Konstrukte mehr oder weniger ein gleiches Arrangement mit der Mitbestimmung voraus. Insoweit kann auch der Gemeinschaftsbetrieb als Mittel der dauerhaften Personalkostensenkung angesehen werden. Dies gilt insbesondere für Arbeitgeber, die die auf alle beteiligten Unternehmen sich erstreckenden zusätzlichen, aber übersichtlichen Anstrengungen eines Gemeinschaftsbetriebs nicht scheuen.

// Autoren

Dr. Andreas Schönhöft ist seit dem Jahr 2002 zunächst in Düsseldorf und seit dem Jahr 2006 als Rechtsanwalt in der Sozietät *avocado* Rechtsanwälte in Hamburg tätig. Seit dem Jahr 2006 übt er ebenfalls eine Tätigkeit als Syndikusanwalt für ein Unternehmen eines international agierenden Konzerns aus.



Anke Lermen studierte von 2001 bis 2006 an der Universität des Saarlandes Rechtswissenschaften mit dem Schwerpunkt Arbeitsrecht. Den Juristischen Vorbereitungsdienst absolvierte sie im Saarland und in Hamburg. Im August 2008 legte sie die Zweite Juristische Staatsprüfung ab.



47 BAG vom 19.11.1992 – 10 AZR 290/91 – NZA 1993, 405; *ErfK/Wank*, AÜG § 3 Rn. 29.

48 Vgl. hierzu BAG vom 28.3.2006 – 1 ABR 28/04 – NZA 2006, 1112; *Bayreuther*, NZA 2006, 642, 645; *Lemke/Distler*, NZA 2006, 952, 957.

49 Vgl. hierzu m. w. N. *Wass*, NZA 1999, 841; *Braner*, NZA 2007, 596, 598 ff.; ArbG Celle vom 1.8.1995 – 1 Ca 126/95 – DB 1996, 738; *ErfK/Franzen*, 8. Aufl., TVG § 4 Rn. 71.

50 Vgl. *Braner*, NZA 2007, 596, 600 m. w. N.

BAG: Ethikrichtlinie – keine Mitbestimmung am Gesamtwerk

BAG, Beschluss vom 22.7.2008 – 1 ABR 40/07

Volltext des Beschlusses: [// BB-ONLINE BBL2008-2520-1](#)
unter www.betriebs-berater.de

LEITSATZ:

Der Betriebsrat hat nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG mitzubestimmen, wenn der Arbeitgeber in einem Verhaltenskodex das Verhalten der Arbeitnehmer und die betriebliche Ordnung regeln will. Das Mitbestimmungsrecht an einzelnen Regelungen begründet nicht notwendig ein Mitbestimmungsrecht am Gesamtwerk.

BetrVG § 87 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 6, § 58 Abs. 1; AGG § 1, § 3 Abs. 4, § 7 Abs. 1 und 2, § 12 Abs. 1 S. 1, Abs. 3, § 13 Abs. 1, § 16 Abs. 1 S. 1; ZPO § 253 Abs. 2 Nr. 2, § 256 Abs. 1; ArbGG § 83 Abs. 3

SACHVERHALT

Die Beteiligten streiten über Mitbestimmungsrechte bei der Einführung und Anwendung eines „Code of business conduct“ (Verhaltenskodex). Antragsteller ist der bei der Beteiligten zu 2) errichtete Konzernbetriebsrat. Die zu 2) beteiligte Arbeitgeberin ist die Muttergesellschaft der weiteren zu 3) bis 13) beteiligten Arbeitgeberinnen. Beteiligter zu 14) ist der bei der Beteiligten zu 3) gebildete Gesamtbetriebsrat. Die Beteiligte zu 2) ist Tochter einer an der New Yorker Börse (NYSE) notierten US-amerikanischen Gesellschaft. US-amerikanische Vorschriften wie Section 406 des Sarbanes Oxley Act 2002 und Section 303A.10 des NYSE listed Company Manual sehen vor, dass börsennotierte Gesellschaften einen „Code of business for directors, officers and employees“ aufstellen und veröffentlichen müssen. Dieser soll Regelungen zur Verhinderung von und zum Umgang mit Interessenkonflikten, zur Verschwiegenheitspflicht, zu lauterem

und fairem Geschäftsgebaren, zum Schutz von Unternehmenseigentum, zur Verpflichtung der Mitarbeiter zu gesetzeskonformen Verhalten und zur Ermutigung der Mitarbeiter, Gesetzesverstöße und Verstöße gegen den Kodex zu melden, enthalten. Die Arbeitgeberinnen gaben seit 1993 mehrere Fassungen von Verhaltenskodexen bekannt. Im Jahr 2004 erstellte die US-amerikanische Muttergesellschaft einen Kodex, der weltweit für alle im Konzern tätigen Unternehmen und die in diesen beschäftigten Arbeitnehmer gelten soll. Dieser „Honeywell Verhaltenskodex – Ihr Leitfaden für korrektes Verhalten im Geschäftsleben“ (im Folgenden: Verhaltenskodex) gliedert sich in die Abschnitte „Unsere Beziehungen zum Unternehmen und untereinander“, „Unsere Beziehungen zu unseren Kunden“, „Unsere Beziehungen zu unseren Lieferanten“, „Unsere Beziehungen zu anderen“ und „Unser Programm zur Einhaltung der Verhaltensregeln und zur Wahrung der Integrität (I&C-Programm)“.

In dem Abschnitt „Unsere Beziehungen zum Unternehmen und untereinander“ finden sich unter der Überschrift „Wir vermeiden Interessenkonflikte“ u. a. folgende Passagen:

„– Wir werden alle notwendigen Maßnahmen ergreifen, um ungebührliche Vorgesetztenverhältnisse zu vermeiden und Personen, mit denen wir familiäre oder enge persönliche Verbindungen haben, nicht direkt oder indirekt über- oder untergeordnet zu sein. ...

– Sollte ein tatsächlicher oder scheinbarer Interessenkonflikt entstehen, muss der betreffende Mitarbeiter das Problem der Rechtsabteilung oder dem Honeywell-Kontrollbüro („Integrity and Compliance Office“) und einem Mitglied des Führungsteams in dem Geschäftsbereich, in dem der Konflikt entsteht, schriftlich mitteilen, damit der Fall geprüft und gegebenenfalls Maßnahmen zur Beseitigung des Interessenkonflikts ergriffen werden können.“