

Betriebs Berater



9 | 2016

Recht | Wirtschaft | Steuern

29.2.2016 | 71. Jg.
Seiten 513–576

DIE ERSTE SEITE

Gerhard Steiner

Common Reporting Standard (CRS) – ein „Informationsaustausch-Tsunami“ mit Folgen

WIRTSCHAFTSRECHT

Dr. Dagmar Waldzus, LL.M., RAin

Compliance im Franchising: Darf's ein bisschen mehr sein? –
Neue Herausforderungen für Franchisesysteme im Licht aktueller Rechtsprechung | 515

STEUERRECHT

Prof. Dr. Swen O. Bäuml, StB, und **Anette Hiedewohl**, StBin

Das neue Erbschaftsteuerrecht rückt näher – eine Analyse aus Sicht der Praxis | 535

Dirk Beyer, RA/FAStR

Ausschluss der Unternehmensgeldbuße gem. § 30 OWiG bei steuerlichen Selbstanzeigen
und in anderen Fällen | 542

BILANZRECHT UND BETRIEBSWIRTSCHAFT

Dr. Martin Bünning, RA/StB, und **Thomas Stoll**, RA

Bildung und Auflösung von Kapitalrücklagen bei bestehenden Gewinnabführungsverträgen | 555

ARBEITSRECHT

Dr. Andreas Schönhöft, RA/FAArbR/FAStR, und **Nabil Oelze**, LL.M., RA

Der gewillkürte Gemeinschaftsbetrieb – Möglichkeiten des drittbezogenen Personaleinsatzes
unter Beteiligung einer Personalführungsgesellschaft | 565

Dr. Andreas Schönhöft, RA/FAArbR/FAStR, und Nabil Oelze, LL.M., RA

Der gewillkürte Gemeinschaftsbetrieb – Möglichkeiten des drittbezogenen Personaleinsatzes unter Beteiligung einer Personalführungsgesellschaft

Nach Jahren der exzessiven Nutzung von Arbeitnehmerüberlassung als personalpolitisches Element in der unternehmerischen Personalplanung und einer bereits vorgenommenen Überarbeitung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG) in 2011, steht nunmehr die zweite große Novellierung des AÜG¹ und damit eine weitere Verschärfung der gesetzlichen Vorgaben des Fremdpersonaleinsatzes bevor. Hervorzuheben ist hier insbesondere die geplante Einführung einer maximalen Entleihdauer von 18 Monaten, die geplante ausnahmslose Einführung des „Equal-pay-Grundsatzes“ nach neunmonatigem Arbeitseinsatz und der Wegfall der sog. Vorraterlaubnis.² Der Einsatz der Leiharbeit als Mittel der Personalkostenreduzierung und als Instrument des flexiblen Personaleinsatzes wird damit erheblich eingeschränkt. Insbesondere bei Unternehmen mit langer Einarbeitungs- oder Anlernzeit verliert die Arbeitnehmerüberlassung damit erheblich an Attraktivität. Auch die mit der zunehmenden Regulierung des AÜG von Unternehmen vermehrt genutzten Werk- und Dienstverträge haben sich nicht erst seit der publikumsträchtigen Entscheidung des LAG Baden-Württemberg aus dem Jahre 2013³ als schwierige Alternative für einen längerfristig geplanten On-Site-Personaleinsatz gezeigt. Die Nutzung von Werk- und Dienstverträgen beschränkt nicht nur die Flexibilität des Arbeitseinsatzes, sondern scheitert nicht selten bei längerfristigen Einsätzen an der fehlenden dauerhaften, rechtssicheren Ausführung. Würde der Gemeinschaftsbetrieb bis jetzt nur vereinzelt als Alternative zum drittbezogenen Personaleinsatz⁴ in Erwägung gezogen, so hat er im Lichte der zu erwartenden Gesetzesnovellierungen an Aktualität gewonnen. Der nachfolgende Beitrag zeigt die Möglichkeiten des gewillkürten Gemeinschaftsbetriebs als Gestaltungsmittel im drittbezogenen Personaleinsatz.

I. Drittbezogener Personaleinsatz mittels Gemeinschaftsbetrieb

Auch wenn nach der Gesetzesintention das naheliegende Mittel den angekündigten Gesetzesänderungen zu begegnen irgendwo zwischen Einstellungen von Eigenpersonal oder rechtskonformer Ausgestaltung von Werk- oder Dienstverträgen zu finden sein wird, ist auch ein Gemeinschaftsbetrieb als Mittel drittbezogenen Personaleinsatzes in Erwägung zu ziehen.

1. Gemeinschaftsbetrieb

Ein Gemeinschaftsbetrieb mehrerer rechtlich selbständiger Unternehmen (auch: gemeinsamer Betrieb mehrerer Unternehmen) liegt nach ständiger Rechtsprechung des BAG⁵ vor, wenn sich die betei-

ligten Unternehmen zur gemeinsamen Führung des Betriebes rechtlich verbunden und eine(n) einheitlichen Leitung(sapparat) zur Erfüllung der in der organisatorischen Einheit zu verfolgenden arbeits-technischen Zwecke geschaffen haben.⁶ Hierfür ist es notwendig, dass sich die beteiligten Unternehmen zumindest stillschweigend zu einer gemeinsamen rechtlichen Führung verbunden haben, wobei sich diese Leitung auf die wesentlichen Funktionen eines Arbeitgebers in sozialen und personellen Angelegenheiten erstrecken muss.⁷ Ein Gemeinschaftsbetrieb lässt sich damit, ohne in gesellschaftsrechtliche Strukturen eingreifen zu müssen, mittels einer Führungsvereinbarung und der Etablierung einer einheitlichen Leitung ohne größeren Aufwand gründen und wieder auflösen.⁸ Durch einen Gemeinschaftsbetrieb lassen sich, ähnlich wie in einer Arbeitsgemeinschaft, gemeinsame wirtschaftliche Ziele verfolgen, ohne dass sich die Vertragsbedingungen zu den jeweiligen Vertragsarbeitgebern ändern würden. Innerhalb des Gemeinschaftsbetriebs findet zwischen den beteiligten Unternehmen der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz nur begrenzt Anwendung, so dass es für die betroffenen Arbeitnehmer bei den Vertragsbedingungen mit dem jeweiligen Vertragsarbeitgeber bleibt.⁹ Das Bestehen unterschiedlicher Vertragsarbeitgeber rechtfertigt diesbezüglich bereits eine unterschiedliche Behandlung der Arbeitnehmer.¹⁰

1 Koalitionsvertrag zwischen der CDU/CSU und der SPD zur 18. Legislaturperiode vom 14.12.2013; Referentenentwurf BMAS, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des AÜG und anderer Gesetze vom 16.11.2015.

2 S. dazu Referentenentwurf des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales, S. 2. Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des AÜG unter § 1 Abs. 1 neue S. 2, 3; entgegen BAG, 29.4.2015 – 9 AZR 883/13, ArbR 2015, 350; BAG, 10.12.2013 – 9 AZR 51/13, BB 2014, 700 m. BB-Komm. Zimmermann, NZA 2014, 196; a.A. LAG Baden Württemberg, 3.12.2014 – 4 Sa 41/14, BB 2015, 315 m. BB-Komm. Rein.

3 LAG Baden Württemberg, 1.8.2013 – 2 Sa 6/13, BB 2013, 2809 m. BB-Komm. Zumkeller, NZA 2013, 1017.

4 S. ausführlich Schönhöft/Lermen, BB 2008, 2515; Lipinski, NZA 2013, 1245; Niklas/Schauß, BB 2014, 2805.

5 Vgl. BAG, 13.2.2013 – 7 ABR 36/11, BB 2013, 2170 m. BB-Komm. Knitter, NZA-RR 2013, 521; grundlegend BAG, 13.6.1985 – 2 AZR 452/84, NZA 1986, 600 m.w.N.

6 S. zum Gesamtkomplex Schönhöft/Lermen, BB 2008, 2515; Schönhöft/Brahmstaedt, BB 2008, 1585; Schönhöft, BB 2009, 1237; Schönhöft/Brahmstaedt, BB 2010, 851; Schönhöft/Wertz, RdA 2010, 100; Schönhöft/Schönleber, BB 2013, 2485.

7 Vgl. grundlegend BAG, 13.6.1985 – 2 AZR 452/84, NZA 1986, 600.

8 Ggf. liegt aber § 111 BetrVG vor: Kraft/Franzen, GK-BetrVG, 10. Aufl. 2014, § 111 BetrVG, Rn. 140; LAG Düsseldorf, 19.8.2014 – 17 Sa 67/14, ArbR 2014, 440, juris; LAG Berlin-Brandenburg 28.7.2011 – 26 TaBV 1298/11, NZA-RR 2012, 38; Wahlig, in: Grobys/Panzer, Stichwortkommentar Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2014, § 87, Rn. 19 f.

9 BAG, 12.12.2006 – 1 ABR 38/05, NZA 2007, 712; BAG, 19.11.1992 – 10 AZR 290/91, BB 1993, 942, NZA 1993, 405; Fitting, BetrVG, 27. Aufl. 2014, § 75, Rn. 43; Boemke, in: HK-ArbR, BGB § 611, Rn. 381; a.A. Trümmer, in: DKKW, 14. Aufl. 2014, § 1 BetrVG, Rn. 200; Bonanni, Der gemeinsame Betrieb mehrerer Unternehmen, 2003, S. 206; Däubler, in: Bettermann u. a. (Hrsg.), FS Zeuner, 1994, S. 35.

10 BAG, 19.11.1992 – 10 AZR 290/91, BB 1993, 942, NZA 1993, 405.

Ein Gemeinschaftsbetrieb kann mit ganzen Betrieben oder Betriebsteilen der eigenen Unternehmensgruppe, konzernzugehörigen Unternehmen oder auch mit Fremdunternehmen gegründet werden.¹¹ Eine lediglich unternehmerische Zusammenarbeit reicht für die Annahme einer einheitlichen Leitung und damit eines Gemeinschaftsbetriebes hingegen nicht aus.¹² Auch begründeten Absprachen zwischen Unternehmen, Einflussnahmen auf gesellschaftsrechtlicher Ebene oder einheitliche Unternehmensentscheidungen nach der Rechtsprechung des BAG keinen einheitlichen betrieblichen Leitungsapparat.¹³ Verlangt wird ein aus Sicht der betriebsverfassungsrechtlichen Mitbestimmung in personellen und sozialen Angelegenheiten einheitlicher Ansprechpartner, der zu einer einheitlichen Willensbildung fähig und befugt ist.¹⁴ Die einheitliche Leitung setzt also voraus, dass der Kern der Arbeitgeberfunktionen in sozialen und personellen Angelegenheiten von dem einheitlichen Leitungsapparat gemeinsam für alle im Gemeinschaftsbetrieb zusammengefassten Betriebe ausgeübt wird.¹⁵ 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.¹⁶ Erforderlich ist vielmehr, dass die wesentlichen Arbeitgeberfunktionen, wie z.B. Einstellungen, Entlassungen, Versetzungen, Arbeitszeitfragen, wie die Erstellung von Schicht- und Dienstplänen, Urlaubsgewährung, Festlegung von Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit, Anordnung von Überstunden und Fragen der Ordnung des Betriebes übergreifend von der einheitlichen Leitung entschieden und gesteuert werden.¹⁷ Die bloße formale Ausübung von Arbeitgeberfunktionen ist für die Beurteilung, ob ein einheitlicher Leitungsapparat vorliegt, nicht entscheidend. Vielmehr kommt es darauf an, dass die innerbetriebliche Entscheidungsfindung und deren innerbetriebliche Umsetzung in personellen und sozialen Angelegenheiten tatsächlich durch die einheitliche Leitung erfolgen.¹⁸ Ein starkes Indiz dafür, dass der Kern der Arbeitgeberfunktionen in sozialen und personellen Angelegenheiten von derselben institutionalisierten Leitung ausgeübt wird, sieht die Rechtsprechung darin, dass ein arbeitgeberübergreifender Personaleinsatz tatsächlich praktiziert wird.¹⁹

2. Abgrenzung des drittbezogenen Personaleinsatzes im Gemeinschaftsbetrieb zur Arbeitnehmerüberlassung

Der unternehmensübergreifende Einsatz von Arbeitnehmern in einem Gemeinschaftsbetrieb stellt keine Arbeitnehmerüberlassung dar, da es hierfür an dem zwingenden Erfordernis der vollständigen Eingliederung des Arbeitnehmers in den Betrieb des Entleihers und damit in einen Fremdbetrieb fehlt.²⁰ Gemeinschaftsbetrieb und Arbeitnehmerüberlassung schließen sich rechtstechnisch nach ständiger Rechtsprechung aus.²¹ Damit gilt für die in einem Gemeinschaftsbetrieb beschäftigten Arbeitnehmer das AÜG nicht. Die Grundsätze des Equal Pay und Equal Treatment²² finden keine Anwendung. Aus betriebsverfassungsrechtlicher Sicht kommt es durch den Zusammenschluss zum Gemeinschaftsbetrieb zu einem Betrieb, der nicht mehr in die einzelnen Betriebe der verbundenen Unternehmen unterschieden wird.²³ Maßgeblich für die Abgrenzung ist demzufolge, dass bei der Arbeitnehmerüberlassung der entlehnte Arbeitnehmer vollständig in den Betrieb des Entleihbetriebes eingegliedert und dort innerhalb der Betriebsorganisation wie ein eigener Arbeitnehmer zur Förderung des Betriebszweckes des Entleihers eingesetzt wird,²⁴ während bei einem Gemeinschaftsbetrieb alle beteiligten Unternehmen einen eigenen Be-

triebszweck verfolgen.²⁵ Ähnlichkeit weisen beide Personaleinsatzformen aber insoweit auf, dass es bei beiden zum Einsatz von Personal unterschiedlicher Unternehmen innerhalb eines Betriebs unter Übertragung von Weisungsrechten auf Führungskräfte der beteiligten Unternehmen kommt. In beiden Rechtsinstituten wird das arbeitsvertraglich verankerte Direktionsrechts übertragen, unabhängig von dem tatsächlichen Vertragsarbeitgeber.²⁶ Zentrales Abgrenzungsmerkmal zur Arbeitnehmerüberlassung ist daher der einheitliche Leitungsapparat, mit dem zentral die wesentlichen Arbeitgeberfunktionen für alle beteiligten Unternehmen ausgeübt werden.²⁷ Beim Gemeinschaftsbetrieb wird deutlich, dass die personellen und sozialen Angelegenheiten nicht mehr durch den jeweiligen Vertragsarbeitgeber vollzogen werden, sondern nur noch durch den gemeinsamen Leitungsapparat. In der Praxis wird man daher einen Gemeinschaftsbetrieb regelmäßig dann annehmen müssen, wenn eine nicht nur verwaltende, sondern auch steuernde Personalabteilung für den Gemeinschaftsbetrieb einheitlich tätig wird.²⁸

a) Gemeinschaftsbetrieb mit einer reinen Personalgesellschaft

Die überwiegende Meinung geht richtigerweise davon aus, dass nicht alle beteiligten Unternehmen eigene Betriebsmittel einsetzen müssen.²⁹ Voraussetzung ist lediglich, dass die im Gemeinschaftsbetrieb vorhandenen Betriebsmittel gemeinsam genutzt werden.³⁰ Das bedeutet nicht, dass die vorhandenen Betriebsmittel auch wechselseitig genutzt werden müssen. Aus diesem Grund ist es ausreichend, wenn eines der beteiligten Unternehmen lediglich Personal in den Gemeinschaftsbetrieb einbringt. Insoweit ist zu beachten, dass keine Einheitlichkeit der arbeitstechnischen Zwecke innerhalb eines Gemeinschaftsbetriebs verlangt wird. Mehrere Unternehmen können damit bei der reinen Personalgestellung eines beteiligten Unternehmens einen Gemeinschaftsbetrieb bilden, wenn mit den im Gemeinschaftsbetrieb zur Verfügung stehenden Arbeitnehmern die jeweiligen arbeitstechnischen Zwecke innerhalb der organisatorischen Einheit des Gemeinschaftsbe-

11 Zöllner, in: Bierich u.a. (Hrsg.), FS Semler, 1993, S. 995; Düwell, BetrVG, 4. Aufl. 2014, § 1, Rn. 73.

12 Vgl. nur BAG, 13.8.2008 – 7 ABR 21/07, DB 2009, 184.

13 BAG, 18.10.2000 – 2 AZR 494/99, BB 2001, 1097, NZA 2001, 321; BAG, 13.8.2008 – 7 ABR 21/07, NZA-RR 2009, 255; BAG, 10.12.2007 – 1 AZR 824/06, NZA-RR 2008, 298.

14 BAG, 7.8.1986 – 6 ABR 57/85, BB 1987, 193, NZA 1987, 131; Willemsen u.a., Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, 3. Aufl. 2008, D III., Rn. 22.

15 BAG, 22.10.2003 – 7 ABR 18/03, EzA § 1 BetrVG 2001 Nr. 1.

16 Vgl. hierzu ausführlich Rieble/Gistel, NZA 2005, 242.

17 Vgl. Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht Kommentar, 2. Aufl. 2004, § 1 BetrVG, Rn. 17 ff.; Wahlig, in: Grobys/Panzer, Stichwortkommentar Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2014, Gemeinschaftsbetrieb, Rn. 5; in diese Richtung auch BAG, 24.1.1996 – 7 ABR 10/95, BAGE 82, 112, BB 1996, 1892 Ls.

18 BAG, 24.1.1996 – 7 ABR 10/95, BB 1996, 1892 Ls, NZA 1996, 1110.

19 BAG, 24.1.1996 – 7 ABR 10/95, BB 1996, 1892 Ls, NZA 1996, 1110; BAG, 22.6.2005 – 7 ABR 57/04, NZA 2005, 1248.

20 BAG, 3.12.1997 – 7 AZR 764/96, BB 1998, 1640, NZA 1998, 876; Schüren/Hamann, Kommentar zum AÜG, 4. Aufl. 2010, § 1, Rn. 65.

21 BAG, 3.12.1997 – 7 AZR 764/96, BB 1998, 1640, NZA 1998, 876; BAG, 23.9.2010 – 8 AZR 567/09, NZA 2011, 197, BB-Entscheidungsreport Diring, BB 2011, 1152; ArbG Osnabrück, 17.3.2015 – 1 Ca 174/14, ArbuR 2014, 204, juris.

22 §§ 3 Abs. 1 Nr. 3, 9 Nr. 2, 10 Abs. 4, 12 Abs. 1 S. 3 AÜG.

23 Schüren/Hamann, Kommentar zum AÜG, 4. Aufl. 2010, § 14, Rn. 44a.

24 BAG, 3.12.1997 – 7 AZR 764/96, BB 1998, 1640, NZA 1998, 876.

25 Düwell, BetrVG, 4. Aufl. 2014, § 1, Rn. 37.

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

27 BAG, 23.9.2010 – 8 AZR 567/09, NZA 2011, 197, BB-Entscheidungsreport Diring, BB 2011, 1152; BAG, 26.4.1995 – 7 AZR 850/94, BB 1995, 2380 Ls., NZA 1996, 92.

28 So auch Schüren/Hamann, Kommentar zum AÜG, 4. Aufl. 2010, § 1, Rn. 66; BetrVG, 27. Aufl. 2014, § 1 BetrVG, Rn. 82.

29 Schönhöft/Lermen, BB 2008, 2515, Hamann/Rudnik, PR-ArbR 31/2015 Anm. 1; Fitting, BetrVG, 27. Aufl. 2014, § 1, Rn. 86; Kraft/Franzen, GK-BetrVG, 10. Aufl. 2014, § 1, Rn. 52.

30 Richardi, BetrVG, 14. Aufl. 2014, § 1, Rn. 75 m.w.N.; so auch schon die Gesetzesbegründung BT-Drs. 14/5741, 33.

etriebes verfolgt werden. Die arbeitstechnischen Zwecke bzw. Aufgaben müssen hierbei weder identisch sein, noch müssen sie zueinander in funktionellem Zusammenhang stehen.³¹ Dementsprechend ist es nicht notwendig, dass von jedem der beteiligten Unternehmen die gleichen Aufgaben erledigt und dazu die gleichen Betriebsmittel eingesetzt werden. Es kann unter anderem gerade ein Ziel der den Gemeinschaftsbetrieb prägenden Führungsvereinbarung sein, dass die beteiligten Unternehmen unterschiedliche Ressourcen zur Erfüllung des gemeinsamen Betriebszwecks einbringen.³² Maßgeblich ist, dass die zur Verfolgung der betrieblichen Zwecke primär erforderlichen Betriebsmittel für den gemeinsamen Betriebszweck eingesetzt werden.³³ Wenn in bestimmten Branchen, z. B. im Dienstleistungssektor, keine oder für den Betriebszweck nur untergeordnete Betriebsmittel benötigt werden, verliert die Frage der gemeinsamen Nutzung von Betriebsmitteln darüber hinaus an Gewicht.³⁴ Zwar ist zwingend notwendig, dass innerhalb des Gemeinschaftsbetriebes die Betriebsmittel und die Arbeitnehmer dergestalt zu einer organisatorischen Einheit verbunden sind, dass ein gemeinsamer arbeitstechnischer Zweck verfolgt werden kann. Dieser liegt aber auch dann vor, wenn ein Unternehmen im Wesentlichen die Betriebsmittel, z. B. Betriebsgebäude und Maschinen, stellt, während ein weiteres Unternehmen sich auf das zur Verfügung stellen von Mitarbeitern konzentriert. Ein Gemeinschaftsbetrieb ist daher auch unter Beteiligung eines Unternehmens, das ausschließlich Personal in den Gemeinschaftsbetrieb mit einbringt, möglich.³⁵ Voraussetzung ist aber, dass durch das personalstellende Unternehmen tatsächlich weiterhin ein eigenständiger Betriebszweck verfolgt wird, der eben nicht die Überlassung von Personal zur Verfolgung fremder Betriebszwecke bedeutet. Hingegen argumentiert das AG Osnabrück,³⁶ dass bei nur einseitigem Einbringen von Betriebsmitteln nicht ersichtlich sei, dass eigene arbeitstechnische Zwecke verfolgt werden, wodurch anzunehmen sei, dass es dem ausschließlich personalstellenden Unternehmen allein um die ausschließliche Förderung eines fremden Betriebszwecks gehe. Damit fehle es innerhalb des Unternehmenszusammenschlusses auch an einer Wahrnehmung der maßgeblichen Arbeitgeberfunktionen in personellen und sozialen Angelegenheiten durch eine einheitliche Leitung. Das AG Osnabrück verkennt hierbei allerdings, dass auch nach dem BAG die Möglichkeit besteht, dass ein Arbeitgeber mit dem zur Verfügung stellen von Arbeitnehmern einen eigenen Betriebszweck verfolgen kann.³⁷ Darüber hinaus wird vom AG Osnabrück die Frage der Notwendigkeit eines eigenen Betriebszwecks mit dem arbeitstechnischen Zweck vermischt. Der Begriff arbeitstechnischer Zweck verlangt, dass der Zusammenschluss zur Erstellung eines Gewerks, eines Produkts oder einer Dienstleistung erfolgt und ist damit weit niedriger anzusiedeln als ein tatsächlicher Betriebszweck. Maßgeblich für die Begründung eines Gemeinschaftsbetriebs ist die arbeitsteilige Produktionsgemeinschaft und gerade nicht ein einheitlicher Betriebszweck. Aus diesem Grund können auch mehrere arbeitstechnische Zwecke in einem Betrieb bzw. Gemeinschaftsbetrieb verfolgt werden und stehen diesem gerade nicht entgegen.³⁸ Dies lässt sich schon aus der Nutzung der Mehrzahl („Zwecke“) in § 1 Abs. 2 BetrVG begründen.³⁹ Hierbei kommt es weniger auf die Einheitlichkeit der arbeitstechnischen Zweckbestimmung, als vielmehr auf die Einheit der Organisation an.⁴⁰ Dem ist zuzustimmen, da andernfalls ein Gemeinschaftsbetrieb in Fällen einer arbeitsteiligen modernen Produktionsgemeinschaft regelmäßig nicht möglich wäre. Maßgeblich aus betriebsverfassungsrechtlicher Sicht ist die einheitlich gesteuerte personelle, organisatori-

sche und technische Verknüpfung der Arbeitsabläufe. Dass aus organisatorischen oder auch Gründen der Effizienz der Arbeitsabläufe, möglicherweise der Austausch von Arbeitnehmern oder von Betriebsmitteln nicht stattfindet, steht einem Gemeinschaftsbetrieb dann nicht entgegen, wenn durch die einheitliche Leitung der gesamte Arbeitsablauf gesteuert wird. Auch wenn eines der beteiligten Unternehmen ausschließlich Arbeitnehmer einbringt, kann damit als Teil eines Gemeinschaftsbetriebs ein gemeinsamer arbeitstechnischer Zweck bzw. sogar Betriebszweck verfolgt werden. Dieses Ergebnis ist auch aus anderen Gründen praxisgerecht, denn es wird nur selten vorkommen, dass Betriebsmittel und Arbeitnehmer von den beteiligten Unternehmen im Laufe des bestehenden Gemeinschaftsbetriebs unverändert bleiben. Allein der Verkauf oder Kauf eines wesentlichen Betriebsmittels kann aber nicht das Bestehen eines Gemeinschaftsbetriebs begründen oder ausschließen, da insoweit die gesamte Existenz des Gemeinschaftsbetriebs mit seinen dazugehörigen Rechtsfolgen sowohl für die betroffenen Arbeitnehmer, als auch den beteiligten Unternehmen, zu großen Unsicherheiten ausgesetzt wäre.

b) Abgrenzung zur Arbeitnehmerüberlassung bei der Beteiligung eines nur Personal stellenden Unternehmens

Entscheidend für die Abgrenzung der Arbeitnehmerüberlassung vom Gemeinschaftsbetrieb unter Beteiligung eines ausschließlich personalstellenden Unternehmens, ist die jeweilige Verfolgung eines eigenen Betriebszwecks, der sich nicht auf eine reine Arbeitnehmerüberlassung beschränkt.⁴¹ Dem BAG zufolge fehlt es in den Fällen einer unternehmerischen Zusammenarbeit, in denen sich die Beteiligung eines Unternehmens auf das „zur Verfügung stellen“ seiner Arbeitnehmer beschränkt, an dem maßgeblichen Merkmal einer einheitlichen Leitung in personellen und sozialen Angelegenheiten.⁴² Ist nur ein Unternehmen berechtigt, den Betrieb zu führen und zu gestalten, so liegt ein Betrieb nur dieses befugten Unternehmens vor.⁴³ Entscheidend ist daher, dass auch das ausschließlich personalstellende Unternehmen an der Leitung und Führung des Betriebs beteiligt ist und allen beteiligten Unternehmen Entscheidungs- und Weisungsrechte bei der Ausgestaltung des Gemeinschaftsbetriebs eingeräumt wurden.⁴⁴ Ist dies der Fall, wird man auch einen eigenen Betriebszweck der beteiligten Unternehmen annehmen dürfen. Der geforderte eigene Betriebszweck wird daher nur in Ausnahmefällen einem gewillkürten Gemeinschaftsbetrieb entgegenstehen. Zu denken ist insoweit an Fälle, in denen das Interesse eines der beteiligten Unternehmen sich lediglich in dem zur Verfügung stellen von Betriebsmitteln oder Personal be-

31 BAG, 5.11.1987 – 2 AZR 190/87, juris.

32 BAG, 5.11.1987 – 2 AZR 190/87, juris.

33 BAG, 25.5.2005 – 7 ABR 38/04, NZA 2005, 1080.

34 BAG 25.5.2005 – 7 ABR 38/04, NZA 2005, 1080, das bei Betriebsmitteln, denen lediglich „Hilfsfunktionen“ zukommen, von nicht maßgeblicher Bedeutung spricht.

35 Schönhöft/Lernen, BB 2008, 2515.

36 ArbG Osnabrück, 17.3.2015 – 1 Ca 174/14, juris.

37 BAG, 25.10.2005 – 7 AZR 487/99, NZA 2001, 259.

38 BAG, 14.9.1988 – 7 ABR 10/87, BB 1989, 495, NZA 1989, 190; BAG, 24.5.2005 – 7 ABR 38/04, NZA 2005, 1080.

39 *Fitting*, BetrVG, 27. Aufl. 2014, § 1 BetrVG, Rn. 91.

40 BAG, 24.5.2005 – 7 ABR 38/04, NZA 2005, 1080 mit Verweis auf BAG, 14.9.1988 – 7 ABR 10/87, BB 1989, 495, NZA 1989, 190; BAG, 5.11.1987 – 2 AZR 190/87, juris.

41 BAG, 25.10.2000 – 7 AZR 487/99, NZA 2001, 259; BAG, 16.4.2008 – 7 ABR 4/07, NZA-RR 2008, 583.

42 BAG, 28.4.2011 – 8 AZR 709/09, juris.

43 *Richardi*, BetrVG, 14. Aufl. 2014, § 1, Rn. 69; *Hamann/Rudnik*, PR-ArbR 31/2015 Anm. 1.

44 *Hamann*, in: Schüren/Hamann, Kommentar zum AÜG, 4. Aufl. 2010, § 1, Rn. 66; BAG, 16.4.2008 – 7 ABR 4/07, NZA-RR 2008, 583.

schränkt und keine darüber hinausgehende Beteiligung am Gemeinschaftsbetrieb erfolgt.⁴⁵ Regelmäßig wird sich bereits aus der zwischen den beteiligten Unternehmen geschlossenen Führungsvereinbarung und deren Ausgestaltung klar ergeben, dass ein entsprechender Gemeinschaftsbetrieb vorliegt. Einen gänzlich fehlenden eigenen Betriebszweck wird man in den Fällen der Einbringung von Personal eines Unternehmens annehmen können, wenn diese Personalstellung aus Gründen der Betriebsaufgabe erfolgt, da hiermit regelmäßig auch die Aufgabe eines gemeinschaftlichen arbeitstechnischen Zwecks und jeglichen Betriebszweckes einhergeht.⁴⁶ Auch im Falle einer Arbeitnehmerüberlassung beschränkt sich der Betriebszweck des Verleihers darauf, eigene Arbeitskräfte an Dritte zur Wahrnehmung fremder betrieblicher Zwecke auszuleihen.⁴⁷ In den Verleihbetrieben werden gerade keine gemeinsamen arbeitstechnischen Zwecke verfolgt, sondern ausschließlich der des Entleihers. Der Verleiher reduziert sein wirtschaftliches Interesse auf das „zur Verfügung stellen“ des benötigten Personals. Der Verleiher beschränkt sich auf die Personalauswahl und die Disziplinarbefugnis. Das entleihende Unternehmen hingegen entscheidet über den Personaleinsatz vor Ort und erhält die fachliche Führungsbefugnis.⁴⁸ Sofern aber – wie bei einem Gemeinschaftsbetrieb notwendig – alle zusammengeschlossenen Unternehmen an der einheitlichen Leitung beteiligt sind, und sich ausdrücklich an der Führung des Gemeinschaftsbetriebs beteiligen, liegt aufgrund der deutlichen Abgrenzung zu gerade erwähnter Definition kein Fall der Arbeitnehmerüberlassung vor. Auch ist eine bei der Arbeitnehmerüberlassung gewollte Einschränkung von reinen Personalführungsgesellschaften auf die Rechtsfigur des Gemeinschaftsbetriebs nicht übertragbar. Vielmehr noch haben im Gemeinschaftsbetrieb tätige Arbeitnehmer durch den einheitlichen personellen und sozialen Bereich regelmäßig nicht das gleiche Schutzbedürfnis wie Leiharbeiter.⁴⁹ Anders als bei der 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.

In der Praxis wird man dem gewillkürt an einem Gemeinschaftsbetrieb beteiligten Unternehmen, welches seinen eigenen Betriebszweck klar dokumentiert, den eigenen Betriebszweck kaum absprechen können. Insbesondere dann nicht, wenn dieser sich eindeutig aus dem Gesellschaftsvertrag oder der Führungsvereinbarung des Unternehmens ergibt. Insoweit ist zu bedenken, dass es in den von der Rechtsprechung bis dato behandelten Fällen regelmäßig an einer ausdrücklichen Führungsvereinbarung und auch an dem Willen der Unternehmen fehlte, einen Gemeinschaftsbetrieb zu begründen. Soweit man nun, wie hier diskutiert, einen gewillkürten Gemeinschaftsbetrieb in Betracht zieht, wird dieser Nachweis regelmäßig gelingen können. Lediglich dann, wenn die tatsächliche Ausführung dem erklärten Betriebszweck offensichtlich widerspricht, wird man zu einem anderen Ergebnis kommen müssen. Insoweit ist zu beachten, dass ein Gemeinschaftsbetrieb eben nicht durch ein Rechtsgeschäft, sondern durch einen tatsächlichen Vorgang entsteht.⁵⁰ Ein eigener Betriebszweck wird aber anzunehmen sein, wenn das am Gemeinschaftsbetrieb beteiligte Unternehmen die Tätigkeit ebenfalls am Markt anbietet bzw. zukünftig anbieten will. Dann beschränkt sich der drittbezogene Personaleinsatz nicht darauf, einem Dritten den Arbeitnehmer zur Förderung von dessen Betriebszwecken zur Verfügung zu stellen, sondern es wird auch der eigene Betriebszweck verfolgt. Gleiches gilt, wenn der Betriebszweck des Unternehmens sich im Wesentlichen auf

Serviceleistungen beschränkt, da auch dies einen eigenen Betriebszweck darstellt. So wird beispielsweise ein Betriebszweck nicht aufgegeben oder verändert, wenn sich durch die Entscheidung nur noch als interner Dienstleister tätig zu werden, die Art der (End-)Kundengewinnung ändert.⁵¹ Dementsprechend steht auch die Konstellation, dass eines der beteiligten Unternehmen nicht am externen Markt auftritt, einem eigenen Betriebszweck nicht entgegen.

Für dieses Ergebnis spricht auch, dass nach dem BAG sogar außerhalb der Vermutungstatbestände des § 1 Abs. 2 BetrVG ein Gemeinschaftsbetrieb vorliegen kann.⁵² Das Gesetz enthält keine eigenständige Definition des Gemeinschaftsbetriebs mehrerer Unternehmen. Nach den Vermutungstatbeständen des § 1 Abs. 2 BetrVG wird lediglich beim Vorliegen bestimmter Voraussetzungen widerlegbar⁵³ vermutet, dass ein einheitlicher Leitungsapparat⁵⁴ und daraus folgend eine Führungsvereinbarung⁵⁵ oder sogar ein Gemeinschaftsbetrieb vorliegt.⁵⁶ Demnach ist selbst dann ein Gemeinschaftsbetrieb denkbar, wenn die Tatbestände des § 1 Abs. 2 BetrVG nicht vorliegen.⁵⁷ Damit ist nicht gemeint, dass die gemeinschaftliche Nutzung von Betriebsmitteln und sogar der gemeinsame Einsatz von Arbeitnehmer entbehrlich wären, wenn sich die Unternehmen ausdrücklich oder konkludent zur Führung eines gemeinsamen Betriebs rechtlich verbunden haben.⁵⁸ Die Rechtsprechung des BAG wird nachvollziehbar, wenn man das Tatbestandsmerkmal des § 1 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG nur dann als erfüllt ansieht, wenn es zu einem wechselseitigen Arbeitnehmernaustausch kommt. In diesem Fall kann das Tatbestandsmerkmale des gemeinsamen Einsatzes von Arbeitnehmern kein Ausschlusskriterium darstellen. Richtig ist zwar, dass es auf eine gemeinsame Organisation des Personals und der Betriebsmittel ankommen muss, sonst würde es bereits an einer steuernden einheitlichen Leitung fehlen. In einer arbeitsteiligen Produktion bzw. in einem arbeitsteiligen Betrieb kann es aber einer gemeinsamen Organisation nicht entgegenstehen, wenn zwischen den Betriebsteilen kein Personal- oder Betriebsmitteltausch stattfindet.⁵⁹ Zwar wird ein wechselseitiger Arbeitnehmernaustausch immer wieder als starkes Indiz für einen Gemeinschaftsbetrieb genannt,⁶⁰ zwingend ist dieser aber nicht. Dies wird schon dadurch offensichtlich, dass ansonsten ein Gemeinschaftsbetrieb immer eine

45 So bei BAG, 28.4.2011 – 8 AZR 709/09, juris.

46 So der Fall des BAG, 16.4.2008 – 7 ABR 4/07, NZA-RR 2008, 583.

47 BAG, 1.2.1973 – 5 AZR 382/72, NJW 1973, 1629.

48 BAG, 28.4.2011 – 8 AZR 709/09, juris.

49 S. dazu ausführlich Schönhöft/Lernen, BB 2008, 2515.

50 BAG, 4.7.1957 – 2 AZR 86/55, juris.

51 BAG, 24.1.2013 – 8 AZR 706/11, DB 2013, 1556.

52 BAG, 11.2.2004 – 7 ABR 27/03, BB 2004, 1576 Ls, NZA 2004, 618; BAG, 25.5.2005 – 7 ABR 38/04, DB 2005, 1914; so auch LAG Hamm, 14.10.2011 – 10 TaBV 29/11, BeckRS 2012, 66297; offen gelassen BAG, 13.8.2008 – 7 ABR 21/07, NZA RR 2009, 255.

53 Zutreffend spricht Kreuzt, in: Annuß u. a. (Hrsg.), FS Richardi, 2007, S. 652, von einer praktisch nicht widerlegbaren Vermutung.

54 So die h.M. der Gesetzesbegründung (BT-Drs. 14/5741, 33) folgend BAG, 11.2.2004 – 7 ABR 27/03, BB 2004, 1576 Ls, NZA 2004, 618, m. w. N.; BAG, 22.6.2005 – 7 ABR 57/04, NZA 2005, 1248, Rn. 24; BAG, 12.12.2006 – 1 ABR 38/05, NZA 2007, 712; *Fitting*, BetrVG, 27. Aufl. 2014, § 1 BetrVG, Rn. 88.

55 *Gaul*, in: Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht Kommentar, 6. Aufl. 2014, § 1 BetrVG, Rn. 20; *Däubler*, ALB 2001, 313.

56 *Richardi*, BetrVG, 14. Aufl. 2014, § 1, Rn. 72; s. zu den unterschiedlichen Auffassungen *Fitting*, BetrVG, 27. Aufl. 2014, § 1 BetrVG, Rn. 88; *Kreutz*, in: Annuß u. a. (Hrsg.), FS Richardi, 2007, S. 651.

57 BAG, 11.2.2004 – 7 ABR 27/03, BB 2004, 1576 Ls, DB 2004, 1213; BAG, 25.5.2005 – 7 ABR 38/04, DB 2005, 1914.

58 *Kreutz*, in: Annuß u. a. (Hrsg.), FS Richardi, 2007, S. 637; *Fitting*, BetrVG, 27. Aufl. 2014, § 1 BetrVG, Rn. 90; *Koch*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 16. Aufl. 2016, § 1 BetrVG, Rn. 15; dem BAG zustimmend *Kraft/Franzen*, GK-BetrVG, 10. Aufl. 2014, § 1, Rn. 52; *Richardi*, BetrVG, 14. Aufl. 2014, § 1, Rn. 79.

59 S. dazu bereits unter 2.a.

60 So auch LAG Düsseldorf, 20.12.2010 – 14 TaBV 24/10, BB 2011, 2428; *Fitting*, BetrVG, 27. Aufl. 2014, § 1 BetrVG, Rn. 87.

Austauschbarkeit und damit eine entsprechende gleichartige Qualifikation der eingesetzten Arbeitnehmer verlangen würde. Man wird daher bei Vorliegen einer nachweislichen Führungsvereinbarung und einer bestehenden einheitlichen Leitung, auch ohne einen wechselseitigen Personalaustausch einen Gemeinschaftsbetrieb annehmen müssen. Eine solche Leitungsstruktur ist allerdings dann für einen Gemeinschaftsbetrieb ohne Bedeutung, wenn bereits die übrigen Voraussetzungen eines Gemeinschaftsbetriebs nicht vorliegen. Die Führungsvereinbarung und die gemeinsame Leitung müssen tatsächlich durch den gemeinsamen Einsatz von Arbeitnehmern und Betriebsmitteln gelebt werden.⁶¹ Maßgeblich ist allein, dass die Arbeitsleistung aller Arbeitnehmer des gemeinsamen Betriebes in Hinblick auf die wesentlichen personellen und sozialen Fragen durch eine einheitliche Leitung gesteuert wird.⁶² In welcher Form der Arbeitsteilung die Arbeitnehmer und Betriebsmittel durch die einheitliche Leitung eingesetzt werden, spielt für diese Feststellung keine Rolle. Hierfür spricht auch die Entstehungsgeschichte des Gemeinschaftsbetriebs. In der Rechtsprechung wurde aus kündigungrechtlicher Sicht die einheitliche Leitung als maßgebliches Kriterium angeführt, da es ansonsten der Willkür des Unternehmens überlassen wäre, in unnatürlicher Weise einen einheitlichen Organismus in selbständige Betriebe aufzuspalten und so unter Umständen den Arbeitnehmern den von der Betriebsgröße ausgehenden Kündigungsschutz zu nehmen.⁶³ Ausschlaggebendes Kriterium war damit die einheitliche Leitung und Steuerung der Arbeitsprozesse, nicht aber zwangsläufig ein wechselseitiger Austausch des Personals oder der Betriebsmittel.

3. Auswirkungen des Gemeinschaftsbetriebes

Die Gründung bzw. Bildung eines Gemeinschaftsbetriebes hat neben den bereits oben erwähnten Auswirkungen auch betriebsverfassungs- und kündigungsrechtliche Konsequenzen zur Folge.⁶⁴ Insoweit ist insbesondere die Ausweitung des Kündigungsschutzes und damit auch der Sozialauswahl auf alle in dem Gemeinschaftsbetrieb beschäftigten Arbeitnehmer zu erwähnen.⁶⁵ Auch in Fragen der Unternehmensmitbestimmung sind die Auswirkungen zu beachten.⁶⁶ Diese Auswirkungen haben in der Vergangenheit insbesondere bei Arbeitgebern zu einer eher ablehnenden Haltung gegenüber dem Gemeinschaftsbetrieb geführt und die entsprechenden Vermeidungsstrategien der Arbeitgeber in der Rechtsprechung relevant werden lassen. Weiterhin ist zu beachten, dass sich der Wirkungskreis für die Mitbestimmungsorgane erweitert, da ein Gemeinschaftsbetrieb einen eigenständigen Betrieb im Sinne des Betriebsverfassungsgesetzes darstellt. Gem. § 1 Abs. 1 BetrVG ist auch in einem Gemeinschaftsbetrieb ein einheitlicher Betriebsrat zu wählen. Der Betriebsrat in dem Gemeinschaftsbetrieb vertritt die Interessen aller dort beschäftigten Arbeitnehmer, unabhängig der vertraglichen Situation mit dem tatsächlichen Vertragsarbeitgeber.⁶⁷ Die Beteiligungsrechte des Betriebsrats entstehen zu dem Zeitpunkt in dem die Führungsvereinbarung getroffen wird.⁶⁸ Letztlich darf nicht außer Acht gelassen werden, dass im Gemeinschaftsbetrieb erhebliche Schwierigkeiten bei der Frage der Wirksamkeit von Betriebsvereinbarungen bestehen können.⁶⁹ Hinsichtlich der Geltung von Tarifverträgen innerhalb des Gemeinschaftsbetriebes hat sich auch mit Inkrafttreten des Tarifeinheitsgesetzes nach § 4a TVG keine Änderung ergeben. Zwar weist § 4a Abs. 2 S. 4 TVG ausdrücklich darauf hin, dass auch ein Gemeinschaftsbetrieb als ein Betrieb im Sinne des § 4a TVG gilt. Die Norm schränkt diese Aussage aber in § 4a Abs. 2 S. 2, 2. Hs. TVG selbst ein, wenn es einer entsprechenden Ord-

nungsfunktion aus Gründen der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie nicht bedarf. Dies sei insbesondere der Fall, wenn die Betriebe von Tarifvertragsparteien unterschiedlichen Wirtschaftszweigen oder deren Wertschöpfungsketten zugeordnet worden sind.⁷⁰ Aber auch im Übrigen ist der Anwendungsbereich des § 4a TVG auf den Gemeinschaftsbetrieb sehr eng begrenzt.⁷¹ Zum einen ist festzuhalten, dass eine Tarifkollision nur denkbar ist, wenn alle am Gemeinschaftsbetrieb beteiligten Gesellschaften einem Tarifvertrag unterliegen, diese sich überschneiden, und die Tarifverträge mit unterschiedlichen Gewerkschaften geschlossen wurden.⁷² Zum anderen bedarf es für die Anwendung des § 4a TVG einer mehrfachen Tarifbindung des Arbeitgebers. Für das Arbeitsverhältnis des einzelnen Arbeitnehmers gilt in einem Gemeinschaftsbetrieb weiterhin der Tarifvertrag seines jeweiligen Vertragsarbeitgebers, so dass eine solche Kollision nicht vorliegen kann, wenn jeder Vertragsarbeitgeber nur an einen Tarifvertrag gebunden ist.⁷³ Eine Einbeziehung nicht tarifgebundener Unternehmen in den Tarifvertrag eines beteiligten weiteren Unternehmens erfolgt innerhalb des Gemeinschaftsbetriebes nicht.⁷⁴ Eine Anwendung des § 4a TVG kann allerdings dann vorliegen, wenn für ein an einem Gemeinschaftsbetrieb beteiligten Unternehmen mehr als ein Tarifvertrag gelten soll.

II. Fazit

Regelmäßig bedarf es zur Begründung eines Gemeinschaftsbetriebs weder eines wechselseitigen Personalaustausches noch der beiderseitigen Einbringung von Betriebsmitteln. Dadurch können gerade in Konzernstrukturen sehr einfach Gemeinschaftsbetriebe sowohl gewollt als auch ungewollt entstehen. Zu denken ist hier insbesondere an eine konzern einheitliche Personalabteilung, die alle relevanten Entscheidungen auf Personalebene für alle beteiligten Unternehmen trifft. Maßgeblich für die Abgrenzung einer einheitlichen Leitung innerhalb eines Gemeinschaftsbetriebs von einer bloßen unternehmensübergreifenden Zusammenarbeit, ist hierbei das Maß der mit Dezentralisierung verfolgten Harmonisierung der betrieblichen Organisation.⁷⁵ Soweit in der zwischen den beteiligten Unternehmen geschlossene Führungsvereinbarung klar festgestellt wird, dass eine gemeinsame Willensbildung in mitbestimmungsrechtlich relevanten Angele-

61 So auch *Wahlig*, in: Grobys/Panzer, Stichwortkommentar Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2014, Gemeinschaftsbetrieb, Rn. 5.

62 So auch *Kraft/Franzen*, GK-BetrVG, 10. Aufl. 2014, § 1, Rn. 52.

63 BAG, 4.7.1957 – 2 AZR 86/55, juris.

64 *Hoppe/Fuhrrott*, BB 2012, 253; *Wahlig*, in: Grobys/Panzer, Stichwortkommentar Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2014, Gemeinschaftsbetrieb, Rn. 15 ff. und 33 ff.

65 BAG, 24.2.2005 – 2 AZR 214/04, NZA 2005, 867; BAG, 22.9.2005 – 6 AZR 526/04, BB 2006, 1278, NZA 2006, 658; BAG, 29.11.2007 – 2 AZR 763/06, DB 2008, 1756, BB-Entscheidungsreport *Vollmuth*, BB 2008, 1460; *Oetker*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 16. Aufl. 2016, KSchG, § 1, Rn. 322.

66 *Hjort*, NZA 2001, 696; s. für die Wahl des Aufsichtsrats *Düwell*, BetrVG, 4. Aufl. 2014, § 1, Rn. 90.

67 *Besgen*, in: BeckOK ArbR, BetrVG, § 1, Rn. 40 ff.

68 LAG Düsseldorf, 26.8.2009 – 7 TaBV 73/09, juris.

69 S. dazu ausführlich *Schönhöft/Brahmstaedt*, NZA 2010, 851; *Rieble/Gutzeit*, NZA 2003, 233.

70 S. § 4a Abs. 2 S. 5 TVG.

71 So auch *Franzen*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 16. Aufl. 2016, § 4a TVG, Rn. 20; offen gelassen *Wahlig*, in: Grobys/Panzer, Stichwortkommentar Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2014, § 86, Rn. 30.

72 Zutreffend liegt sonst entweder keine Kollision oder ein Fall der Tarifpluralität mit der Lösung über das Spezialitätsprinzip vor, s. dazu *Franzen*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 16. Aufl. 2016, § 4a TVG, Rn. 5, 20.

73 So schon vor dem Tarifeinheitsgesetz BAG, 14.12.2004 – 1 AZR 504/03, BB 2005, 2193, NZA 2005, 818.

74 Dazu auch schon vor § 4a TVG *Waas*, NZA 1999, 841; *Düwell*, BetrVG, 4. Aufl. 2014, § 1, Rn. 89.

75 So zutreffend *Rieble/Gistel*, NZA 2005, 242.

genheiten der beteiligten Arbeitgeber erfolgen soll, erfüllt eine gemeinsam genutzte Personalabteilung regelmäßig die Voraussetzungen eines einheitlichen Leitungsapparates und begründet damit einen Gemeinschaftsbetrieb. Auch nach dem BAG ist eine gemeinsame Personalabteilung ein wesentliches Indiz für einen gemeinsamen Leitungsapparat, wenn die für sie handelnden Personen zur Wahrnehmung der personellen Arbeitgeberfunktionen bevollmächtigt sind, bzw. sie von einer Person geleitet wird, die für alle beteiligten Unternehmen die Entscheidung in wesentlichen personellen und sozialen Angelegenheiten trifft.⁷⁶ Soweit die gemeinsame Personalabteilung diese wesentlichen Entscheidungen trifft und sich nicht auf die Beratung und Unterstützungsleistungen beschränkt, wird man regelmäßig von einem Gemeinschaftsbetrieb ausgehen müssen.

Mit der bevorstehenden Novelle des AÜG und dem damit einhergehendem Attraktivitätsverlust der Arbeitnehmerüberlassung als Personalgestaltungsinstrument, sind insbesondere solche Unternehmen die sich die Arbeitnehmerüberlassung als kostenreduzierendes Flexibilisierungswerkzeug zunutze gemacht haben, zum Umdenken aufgefordert. Hierbei wird man das Für und Wider aller Alternativen eines drittbezogenen Personaleinsatzes abwägen müssen. Die Abdeckung betrieblicher Aufgaben durch die Vergabe von Arbeitspaketen an Werkunternehmer oder der Abschluss von Dienstverträgen sind nach wie vor sehr risikobehaftet. Die geplanten Änderungen des Gesetzgebers werden die bereits bestehenden Schwierigkeiten einer rechtskonformen Erfüllung der Voraussetzungen der korrekten Vertragsausführung nicht entschärfen. Als Alternative bietet sich insbesondere Konzernen die gewillkürte Bildung eines Gemeinschaftsbetriebes an, da trotz des gemeinsamen Einsatzes innerhalb eines solchen Gemeinschaftsbetriebes die arbeits- und tarifvertragliche Zuordnung der Arbeitnehmer unternehmensbezogen bleibt.⁷⁷ Die beteiligten Unternehmen können weiterhin dauerhaft an ihren (unterschiedlichen) Vergütungs- und Arbeitsbedingungen festhalten und ohne größere strukturelle oder sogar gesellschaftsrechtliche Veränderung ihrer Unternehmen, einen Gemeinschaftsbetrieb bilden. Die Vorteile, die mit dem Zusammenschluss mehrerer rechtlich selbstständiger Unternehmen unter dem gemeinsamen Dach des Gemeinschaftsbetriebes einhergehen, können nicht nur im Einzelfall die zu beachtenden – insbe-

sondere kündigungsschutz- und mitbestimmungsrechtlichen – Erweiterungen im Arbeitnehmerschutz, deutlich überwiegen. Werden die dargestellten Voraussetzungen tatsächlich eingehalten, liegt nach jetziger Rechtslage – auch unter Einbeziehung einer reinen Personalführungsgesellschaft – kein Rechtsmissbrauch vor.⁷⁸ Insoweit bleibt es bei der Rechtsprechung des BAG, nach der die Feststellung eines Gemeinschaftsbetriebes einer Arbeitnehmerüberlassung nach dem AÜG zwingend entgegensteht.

Dr. Andreas Schönhöft ist Fachanwalt für Arbeitsrecht, Fachanwalt für Steuerrecht und Wirtschaftsmediator. Seine Kanzlei in Hamburg ist ausschließlich in den Rechtsgebieten Arbeitsrecht und Steuerrecht tätig. In seiner Tätigkeit als Syndikusanwalt für ein Unternehmen eines international agierenden Konzerns als Leiter Personal-, Tarifpolitik und arbeitsrechtliche Grundsatzfragen liegt sein Schwerpunkt im kollektiven Arbeitsrecht und Tarifrecht. *Dr. Andreas Schönhöft* studierte Rechtswissenschaften an den Universitäten Augsburg, Lausanne, München.



Nabil Oelze ist als Rechtsanwalt in Hamburg zugelassen und mit seiner Kanzlei ausschließlich im Arbeitsrecht tätig. Darüber hinaus arbeitet er seit 2015 für ein Unternehmen eines international agierenden Konzerns als Referent Personal-, Tarifpolitik und arbeitsrechtliche Grundsatzfragen, wobei der Schwerpunkt seiner Tätigkeit im kollektiven und individuellen Arbeitsrecht liegt, nachdem er zuvor in einer international bekannten Wirtschaftskanzlei in Stuttgart als Jurist im Arbeitsrecht tätig war. Nach Abschluss seines Studiums der Rechtswissenschaften im Jahre 2009 nahm *Nabil Oelze* erfolgreich an einem LL.M.-Programm der Edinburgh University in Schottland teil.



⁷⁶ BAG, 13.8.2008 – 7 ABR 21/07, NZA-RR 2009, 255 m.w.N.; BAG, 3.12.1997 – 7 AZR 764/96, BB 1998, 1640, NZA 1998, 876; BAG, 11.2.2004 – 7 ABR 27/03, BB 2004, 1576 Ls, NZA 2004, 618; BAG, 13.8.2008 – 7 ABR 21/07, NZA-RR 2009, 255; BAG, 23.9.2010 – 8 AZR 567/09, NZA 2011, 197, BB-Entscheidungsreport *Diringer*, BB 2011, 1152; LAG Hamm, 13.4.2012 – 10 TaBV 55/11, BeckRS 2012, 71541.

⁷⁷ BAG, 19.11.1992 – 10 AZR 290/91, BB 1993, 942, NZA 1993, 405.

⁷⁸ *Schönhöft/Lermen*, BB 2008, 2515.

BAG: Bindung des Betriebserwerbers an dynamische Bezugnahme Klausel auf Tarifverträge nach Betriebsübergang

BAG, Vorlagebeschluss (EuGH) vom 17.6.2015 – 4 AZR 61/14 (A)

Volltext des Urteils: **BB-ONLINE BBL2016-435-1**

unter www.betriebs-berater.de

AMTLICHE LEITSÄTZE

1. Der Betriebserwerber ist nach einem Betriebsübergang an die von einem nicht tarifgebundenen Betriebsveräußerer vereinbarte dynamische Verweisung auf einen Tarifvertrag unverändert gebunden. Diese Dynamik entfällt nicht, wenn der Betriebserwerber nicht durch die Mitgliedschaft in einer tarifschießenden Koalition tarifgebunden ist und deshalb auf die künftigen Tarifverhandlungen keinen Einfluss nehmen kann.

2. Dem Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) wird die Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt, ob diese Auslegung von § 613a Abs. 1 BGB mit Art. 3 RL 2001/23/EG und Art. 16 GRC vereinbar ist.

AEUV Art. 267; GRC Art. 16, 51; BGB § 613a Abs. 1 S. 1

AUS DEN GRÜNDEN

A. Gegenstand des Ausgangsverfahrens

Der Kläger ist seit 1978 ununterbrochen im Krankenhaus D als Hausarbeiter/Gärtner beschäftigt. Nachdem der Kreis O, eine kommunale Gebietskörperschaft, im Jahr 1995 das Krankenhaus auf eine privatrechtlich organisierte GmbH übertragen hatte, ging der Betriebsteil, in dem der Kläger