

gen aus (Zusatz: „Das gilt auch für Änderungen dieses Schriftformerfordernisses“)<sup>102</sup>. Die Anforderungen an die Formulierung einer solchen Klausel hat das BAG jüngst allerdings zu Recht verschärft. Ihr Wortlaut darf – anders als bislang – keine Individualvereinbarungen mehr erfassen. Andernfalls ist die Klausel unwirksam<sup>103</sup>. Im Ergebnis dürfen damit nur solche Änderungen oder Ergänzungen des Arbeitsvertrages an das (doppelte) Schriftformerfordernis geknüpft werden, die nicht durch eine individuelle Vereinbarung der Vertragsparteien erfolgen<sup>104</sup>. Spannend und abzuwarten bleibt die Feinjustierung im Verhältnis zu den übrigen Flexibilisierungsinstrumenten: Kann eine doppelte Schriftformklausel die Entstehung einer betrieblichen Übung z. B. auch beim laufenden Arbeitsentgelt verhindern?

#### IV. Fazit

Die „Heimkehr (des Arbeitsrechts) ins Zivilrecht“<sup>105</sup> liegt inzwischen einige Jahre zurück. Seitdem konnten die Gerichte viele Wertungswidersprüche beseitigen, die die Inhaltskontrolle von Arbeitsverträgen vor der Schuldrechtsreform kennzeichneten. Am Ziel ist die Rechtsprechung indes noch nicht angekommen: Obwohl die großen Leitlinien der AGB-Kontrolle als gesichert angesehen werden dürfen und auch in vielen Detailfragen Klarheit geschaffen worden ist, lässt sich die Rechtsprechung zur Flexibilisierung von Arbeitsbedingungen noch immer nicht in ein in sich stimmiges, geschlossenes System gießen. An einer gewissen Harmonisierung der verschiedenen Flexibilisierungsinstrumente wird aber – ungeachtet dogmatischer Unterschiede – kein Weg vorbeiführen. Notfalls ohne Hilfe aus Berlin.

102) BAG v. 24. 6. 2003, NZA 2003, 1145, in: *Ann. Langemann*, SAE 2005, 40. Allg. auch *Hromádka*, DB 2004, 1261; *Roloff*, NZA 2004, 1191

103) BAG v. 20. 5. 2008, NZA 2008, 1233, 1236. Dazu *Langemann/Gotham*, NJW 2009, 268; *Leder/Scheuermann*, NZA 2008, 1222, *Schramm/Kropeln*, DB 2008, 2362

104) Formulierungsbeispiele bei *Leder/Scheuermann*, NZA 2008, 1222, 1226, *Preis*, NZA 2009, 281, 286.

105) *Hensler*, RdA 2002, 129, 139

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeits- und Steuerrecht Dr. Andreas Schönhöft, Hamburg und Assessor Mario Wertz, München

## Die Bildung eines Gesamtbetriebsrats bei Unternehmen, die ausschließlich Träger von Gemeinschaftsbetrieben sind

### I. Einleitung

Führen mehrere rechtlich selbstständige Unternehmen einen Gemeinschaftsbetrieb (auch als gemeinsamer Betrieb bezeichnet), so kann in diesem ebenso wie in jedem anderen Betrieb bei Vorliegen der erforderlichen Arbeitnehmerzahl ein Betriebsrat gewählt werden<sup>1</sup>. Betreiben dieselben Trägerunternehmen mehrere Gemeinschaftsbetriebe, stellt sich die Frage, ob auch die Bildung eines einheitlichen unternehmensübergreifenden Gesamtbetriebsrats zulässig ist. Die Beantwortung dieser Frage ist umso mehr für die Trägerunternehmen von Relevanz, die an sämtlichen Standorten die Betriebe ausschließlich als Gemeinschaftsbetriebe führen. Denn das Interesse aller Beteiligten, möglichst nur ein zuständiges Gremium auf Arbeitnehmerseite für überbetriebliche Angelegenheiten zu haben, ist bei Gemeinschaftsbetrieben naturgemäß besonders hoch. Die Rechtsprechung scheint in diesem Fall zunächst davon auszugehen, dass für die beteiligten Unternehmen kein

einheitlicher Gesamtbetriebsrat, sondern je Unternehmen ein separater Gesamtbetriebsrat zu bilden ist<sup>2</sup>. Der Betriebsrat des einzelnen Gemeinschaftsbetriebes hat dann Vertreter in den zugehörigen Gesamtbetriebsrat jedes der beteiligten Unternehmen zu entsenden<sup>3</sup>. Es bestehen mit Recht Befürchtungen, dass durch die Errichtung mehrerer Gesamtbetriebsräte Kollisionsfälle und Kompetenzkonflikte entstehen könnten. Insofern und nicht zuletzt auf Grund des nachvollziehbaren Bestrebens, die Gremienzahl in Gemeinschaftsbetrieben so gering wie möglich zu halten, besteht hier das Bedürfnis, die Gremienstruktur zu vereinfachen. Inwieweit bei Trägerunternehmen mit ausschließlich Gemeinschaftsbetrieben ausnahmsweise die Bildung eines unternehmensübergreifenden Gesamtbetriebsrats zuzulassen ist bzw. welche weiteren Möglichkeiten für die Übertragung der Zuständigkeit der beteiligten Gemeinschaftsbetriebe auf einen Gesamtbetriebsrat bestehen, soll im Folgenden untersucht werden.

### II. Betriebsrat im Gemeinschaftsbetrieb

Mit Einführung der Vermutungsregel in § 1 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG durch das BetrVGReformG vom 23. 7. 2001<sup>4</sup> ist der Gemeinschaftsbetrieb im Gesetz verankert worden. Zwar fehlt es nach wie vor an einer gesetzlichen Definition des Gemeinschaftsbetriebes, doch hat der Gesetzgeber ausweislich der Gesetzesbegründung an die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze anknüpfen wollen<sup>5</sup>. Demnach liegt ein Gemeinschaftsbetrieb mehrerer rechtlich selbstständiger Unternehmen vor, wenn sich diese zur gemeinsamen Führung des Betriebes rechtlich verbunden haben und einen einheitlichen Leitungsapparat zur Erfüllung der in der organisatorischen Einheit zu verfolgenden arbeitstechnischen Zwecke unterhalten<sup>6</sup>. Dabei muss sich der von den Unternehmen zumindest stillschweigend getragene einheitliche betriebsbezogene Leitungsapparat auf alle wesentlichen Arbeitgeberfunktionen in sozialen und personellen Angelegenheiten erstrecken, so dass die formale Ausübung einzelner Arbeitgeberfunktionen durch die jeweiligen Vertragsarbeitgeber der Annahme eines Gemeinschaftsbetriebs nicht entgegensteht<sup>7</sup>. Liegen diese Voraussetzungen vor, ist für den Gemeinschaftsbetrieb gemäß § 1 Abs. 1 Satz 2 BetrVG in Korrespondenz zur einheitlichen Leitung, ein einheitlicher Betriebsrat, unabhängig von der vertraglichen Zuordnung der Arbeitnehmer, zu bilden<sup>8</sup>. Inwieweit sich der Betriebsrat aus den Arbeitnehmern der verschiedenen Unternehmen zusammensetzen soll, ist dem BetrVG direkt nicht zu entnehmen, allerdings wird die analoge Anwendung des § 15 Abs. 1 BetrVG erwogen<sup>9</sup>. Die Mitbestimmungsrechte nach

1) Gemäß § 1 Abs. 1 BetrVG muss es sich um einen Betrieb mit in der Regel mindestens fünf ständigen wahlberechtigten Arbeitnehmern, von denen drei wählbar sind, handeln.

2) Vgl. BAG v. 13. 2. 2007 – 1 AZR 184/06, BAGE 121, 168, AP Nr. 17 zu § 47 BetrVG 1972 (auch: NZA 2007, 825).

3) *Fitting*, BetrVG, 24. Aufl. 2008, § 47 Rn. 80.

4) BGBl. I, Satz 1852.

5) Vgl. Regierungsbegründung zu § 1 BetrVG, BT-Drucks. 14/5741, Satz 33; *Preis*, Errichtung und Fortbestand des Gesamtbetriebsrats unter besonderer Berücksichtigung von gewählten Arbeitnehmervertretungen und Unternehmensstrukturierungen, 2008, S. 33.

6) Vgl. zuletzt BAG v. 11. 12. 2007 – 1 AZR 824/06, AP Nr. 35 zu § 77 BetrVG 1972 (auch: NZA-RR 2008, 298); BAG v. 11. 2. 2004 – 7 ABR 27/03, AP Nr. 22 zu § 1 BetrVG 1972 Gemeinsamer Betrieb (auch: NZA 2004, 618 f.); *Fitting* (Fn. 3), § 1 Rn. 80 f.; vgl. auch *Schönhöft/Lemmu*, BB 2008, 2515 ff.

7) BAG v. 23. 9. 2003 – 1 ABR 35/02, AP Nr. 28 zu § 99 BetrVG 1972 Eingruppierung (auch: NZA 2004, 800, 801); *Salomon*, RdA 2008, 24, 29.

8) BAG v. 14. 9. 1988 – 7 ABR 10/87, AP Nr. 9 zu § 1 BetrVG 1972 (auch: NZA 1989, 190).

9) *Daubler*, in: *Festschrift Zeuner* (1994), S. 19, 26; Gemäß § 15 Abs. 1 BetrVG soll sich der Betriebsrat möglichst aus Arbeitnehmern der einzelnen Organisationsbereiche und der verschiedenen Beschäftigungsarten der im Betrieb tätigen Arbeitnehmer zusammensetzen.

dem BetrVG übt der Betriebsrat dann für alle Arbeitnehmer des Gemeinschaftsbetriebs aus.

### III. Einheitlicher Gesamtbetriebsrat für Gemeinschaftsbetriebe

Bestehen in einem Unternehmen mehrere Betriebsräte, so ist gemäß § 47 Abs. 1 BetrVG ein Gesamtbetriebsrat zu errichten. Sobald ein Betriebsrat aus einem Gemeinschaftsbetrieb hervorgeht, ergeben sich bei der Anwendung dieser Vorschrift zwei grundsätzliche Fragestellungen. Zum einen stellt sich die Frage, ob und in welcher Form der Betriebsrat eines Gemeinschaftsbetriebs Mitglieder in einen Gesamtbetriebsrat oder mehrere Gesamtbetriebsräte der Trägerunternehmen entsenden kann. Zum anderen ist zu klären, ob für den Fall, dass die Trägerunternehmen ausschließlich mit denselben Trägerunternehmen Gemeinschaftsbetriebe gebildet haben, ein einheitlicher Gesamtbetriebsrat gebildet werden kann<sup>10</sup>. Während der Streit bezüglich der Beantwortung der ersten Frage mit der Einführung des § 47 Abs. 9 BetrVG dahingehend entschieden ist, dass der Betriebsrat eines Gemeinschaftsbetriebs Mitglieder in den Gesamtbetriebsrat jedes Trägerunternehmens entsendet und damit der Gemeinschaftsbetrieb im Gesamtbetriebsrat vertreten ist<sup>11</sup>, ist die Beantwortung der zweiten Frage umstritten. Zur Darstellung der Problematik folgender Beispielfall:

Die in ihrer Geschäftsführung personidentischen und beide zur C-Gruppe gehörende A-GmbH und B-GmbH betreiben an allen ihren vier Standorten (Bonn, Hamburg, Berlin und Köln) ihre Betriebe als Gemeinschaftsbetriebe. Darüber hinaus führen sowohl die A-GmbH als auch die B-GmbH keinen weiteren Betrieb, weder alleine, noch im Gemeinschaftsbetrieb mit einem anderen Unternehmen. An sämtlichen Standorten wird für die jeweiligen Gemeinschaftsbetriebe ein (gemeinsamer) Betriebsrat gewählt, so dass Betriebsräte in Bonn, Hamburg, Berlin und Köln existieren.

#### 1. Auffassungen der Literatur

Nach einer weit verbreiteten Ansicht in der Literatur wäre hier trotz der Beteiligung mehrerer Trägerunternehmen die Errichtung eines einheitlichen Gesamtbetriebsrats für alle Gemeinschaftsbetriebe möglich<sup>12</sup>. Denn so wie der Betriebsrat des Gemeinschaftsbetriebs bei betriebsinternen Angelegenheiten als Verhandlungspartner der beteiligten Unternehmen auftritt, so sei dies bei überbetrieblichen Angelegenheiten der aus den Gemeinschaftsbetrieben zu bildende Gesamtbetriebsrat<sup>13</sup>. Der Gesamtbetriebsrat mehrerer Gemeinschaftsbetriebe sei die logische Fortsetzung des Betriebsrats eines Gemeinschaftsbetriebs<sup>14</sup>.

Entsprechend würden hier im Beispielfall die Betriebsräte in Bonn, Hamburg, Berlin und Köln ihre Mitglieder in einen einzigen einheitlichen Gesamtbetriebsrat entsenden.

Nach anderer Auffassung<sup>15</sup> ist dies aus rechtsdogmatischen Gründen abzulehnen. Denn die Existenz nur eines einheitlichen Gesamtbetriebsrats für Gemeinschaftsbetriebe verstoße gegen den in § 50 Abs. 1 Satz 1 BetrVG gesetzlich vorgegebenen Zuständigkeitsbereich des Gesamtbetriebsrates. Dieser Bereich korrespondiere mit dem des Unternehmens. Ein Unternehmen im Sinne des BetrVG setze aber einen einheitlichen Rechtsträger für alle ihm zugehörigen Betriebe voraus, so dass folglich die Betriebsräte verschiedener Rechtsträger aus eigenem Recht gehindert seien, einen einheitlichen Gesamtbetriebsrat zu errichten. Dies gelte auch dann, wenn die verschiedenen Unternehmen wirtschaftlich verflochten seien oder Personengleichheit der Geschäftsführung bestehe<sup>16</sup>. Auch wenn dieselben Trägerunternehmen ausschließlich Gemeinschaftsbetriebe führten, würden sie dadurch nicht zu einem Unternehmen im Sinne des BetrVG. Dies ergebe sich aus § 1 Abs. 2 BetrVG, wonach eine gemeinsame Betriebsführung kein Unternehmen entstehen lasse<sup>17</sup>. Folglich sei nicht etwa nur ein einheitlicher Gesamtbetriebsrat zu bilden, sondern die

Betriebsräte der Gemeinschaftsbetriebe hätten gemäß § 47 Abs. 9 BetrVG Vertreter in die jeweils zu errichtenden Gesamtbetriebsräte jedes der beteiligten Trägerunternehmen zu entsenden<sup>18</sup>.

Konkret bedeutete dies im Beispiel, dass die Betriebsräte in Bonn, Hamburg, Berlin und Köln auf Grund ihrer verschiedenen Rechtsträger ihre Mitglieder nicht in einen einheitlichen Gesamtbetriebsrat entsenden könnten. Vielmehr müsste für jeden einzelnen Rechtsträger, d. h. jeweils für die A-GmbH und die B-GmbH, ein eigener Gesamtbetriebsrat errichtet werden, in welchen die Betriebsräte dann ihre Mitglieder entsenden würden.

#### 2. Rechtsprechung

Mit einer ähnlichen Argumentation gelangt auch das BAG<sup>19</sup> zu dem gleichen Ergebnis. Ein unternehmensübergreifender Gesamtbetriebsrat sei im BetrVG nicht vorgesehen. Das BetrVG kenne keinen eigenständigen Unternehmensbegriff, sondern setze den Unternehmerbegriff des bürgerlichen Rechts und des Handelsrechts voraus. Entsprechend sei die Errichtung eines Gesamtbetriebsrates im Sinne des § 47 BetrVG nur in dem Umfang möglich, in dem der Träger des Unternehmens eine rechtliche Einheit bilde. Dies „folgt vor allem aus der im BetrVG angelegten Unterscheidung zwischen Konzern und Unternehmen. Ein Konzern ist, unabhängig von seiner konkreten Ausgestaltung, trotz einer Leitung kein Unternehmen, sondern der Zusammenschluss rechtlich selbstständiger Unternehmen, die in Folge des Zusammenschlusses ihre rechtliche Selbstständigkeit als Unternehmen nicht verlieren“<sup>20</sup>. Dementsprechend werde das Unternehmen im Sinne des BetrVG durch den Geschäfts- und Tätigkeitsbereich des Rechtsträgers bestimmt, dem auch die im BetrVG verwandte Differenzierung zwischen Konzern und Unternehmen entspreche<sup>21</sup>. Ein Unternehmen im Sinne des BetrVG könne sich daher nicht über den Geschäfts- und Tätigkeitsbereich seines Rechtsträgers hinaus erstrecken. Vielmehr markiere der Rechtsträger die Grenzen des Unternehmens. An der in § 47 BetrVG vorausgesetzten Einheitlichkeit und der rechtlichen Identität des betreibenden Unternehmens fehle es bei Betriebsräten, die unterschiedlichen Rechtsträgern angehören<sup>22</sup>. Dies gelte grundsätzlich auch für den Gemeinschaftsbetrieb im Sinne von § 1 Abs. 2 BetrVG<sup>23</sup>.

Auch hiernach müsste für jeden einzelnen Rechtsträger, d. h. jeweils für die A-GmbH und die B-GmbH, ein eigener Gesamtbetriebsrat errichtet werden.

#### 3. Stellungnahme

Nach dieser Auffassung entstehen somit mehrere Gesamtbetriebsräte, was zwangsläufig zu Konflikt- bzw. Kollisionsfällen

10) Vgl. Bonanni, Der gemeinsame Betrieb mehrerer Unternehmen, 2003, S. 143.

11) Fitting (Fn. 3), § 1 Rn. 98 f.; GK-BetrVG/Kreutz, 8. Aufl. 2005, § 47 Rn. 21.

12) Bonanni (Fn. 10), S. 145; GK-BetrVG/Kreutz (Fn. 11), § 47 Rn. 22; Konzen, Unternehmensaufspaltungen und Organisationsänderungen im Betriebsverfassungsrecht, 1986, S. 119; Dambler, in: Festschrift Zeuner (1994), S. 28; Windhübler, Arbeitsrecht im Konzern, 2002, S. 294; Hanau, in: Festschrift Kiesel (1994), S. 347, 352; Küttner, in: Festschrift Hanau (1999), S. 465, 474.

13) Hanau, in: Festschrift Kiesel (1994), S. 352.

14) Hanau, in: Festschrift Kiesel (1994), S. 352.

15) Peix (Fn. 5), S. 46 m. w. N.

16) Schmidt, in: Festschrift Küttner (2006), S. 499, 503.

17) Schmidt, in: Festschrift Küttner (2006), S. 503.

18) Fitting (Fn. 3), § 47 Rn. 80; Schmidt (Fn. 16), S. 502; GK-BetrVG/Kreutz (Fn. 11), § 47 Rn. 21.

19) BAG v. 13. 2. 2007 – 1 AZR 184/06, BAGE 121, 168, AP Nr. 17 zu § 47 BetrVG 1972 (auch: NZA 2007, 825, 827).

20) BAG v. 13. 2. 2007 – 1 AZR 184/06, BAGE 121, 168, AP Nr. 17 zu § 47 BetrVG 1972 (auch: NZA 2007, 825, 827).

21) Urban, BAG EWIR § 47 BetrVG 1/07, S. 615, 616.

22) BAG v. 11. 12. 1987, AP Nr. 7 zu § 47 BetrVG 1972.

23) BAG v. 13. 2. 2007 – 1 AZR 184/06, BAGE 121, 168, AP Nr. 17 zu § 47 BetrVG 1972 (auch: NZA 2007, 825, 827).

len zwischen den Gesamtbetriebsräten führen kann. Zur Lösung dieser Konfliktfälle sehen Teile der Literatur<sup>24</sup> in Anlehnung an § 21 a Abs. 2 Satz 1 BetrVG den Gesamtbetriebsrat des Unternehmens für zuständig an, das in den Gemeinschaftsbetrieben die meisten Arbeitnehmern beschäftigt. Insoweit wäre ausschließlich der Gesamtbetriebsrat mit der größeren Anzahl von Arbeitnehmern in dem jeweiligen Gemeinschaftsbetrieb für den Gemeinschaftsbetrieb zuständig und würde die Vereinbarungen der übrigen Gesamtbetriebsräte verdrängen. Diese Auffassung erscheint zwar dem Legitimationsgedanken folgend zunächst einleuchtend, zeigt sich aber in der Praxis als völlig unpraktikabel. Ein Abstellen auf die Arbeitnehmerzahl auf Grund der sich im Laufe der Zeit möglicherweise ändernden Zahlenverhältnisse und der sich damit verändernden Legitimation der Gesamtbetriebsräte, bringt eine für die Unternehmen nicht hinnehmbare rechtliche Unsicherheit mit sich<sup>25</sup>. Ein anderer Vorschlag<sup>26</sup> ist, das Problem über einen Günstigkeitsvergleich zu lösen, der sich bei rechtlich gleichwertigen Gesamtbetriebsvereinbarungen jedoch rechtsdogmatisch nicht begründen lässt. Die überwiegende Auffassung<sup>27</sup> geht, im Ergebnis wegen § 50 Abs. 1 BetrVG, zutreffend konsequent von einer ausschließlichen Regelungslegitimation des Gesamtbetriebsrates für die Arbeitnehmer des Unternehmens aus, für die der Gesamtbetriebsrat gebildet ist. Die durch den gemeinsamen Leitungsapparat vertretene Unternehmensführung hätte folglich mehrere Gremien als Ansprechpartner, die jeweils nur die Interessen ihrer Wähler wahrnehmen würden. Zwar ließen sich so Kollisionsfälle<sup>28</sup> hinsichtlich des Zuständigkeitsbereichs lösen. Dies ändert aber nichts daran, dass den Trägerunternehmen bei überbetrieblichen Angelegenheiten mehrere Ansprechpartner gegenüber stünden. Gerade bei Unternehmen, die ihre Betriebe ausschließlich im Gemeinschaftsbetrieb führen, wäre diese Situation in praktischer Hinsicht unbefriedigend. Auch wenn die Auffassung, die eine unternehmensübergreifenden Gesamtbetriebsrat ablehnt, aus rechtsdogmatischen Gesichtspunkten zunächst vorzugswürdig erscheint, wäre das Ergebnis für solche Unternehmen weder sach- noch praxisgerecht.

Auch die personenidentische Besetzung der unterschiedlichen Gesamtbetriebsräte oder zumindest die Durchführung von gemeinsamen Sitzungen, lässt sich rechtlich verbindlich mit den Gremien nicht festlegen. Die Betriebsräte der Gemeinschaftsbetriebe entscheiden selbst, welche Mitglieder sie in die Gesamtbetriebsräte der beteiligten Unternehmen entsenden. Es steht ihnen frei, auch solche Personen in den Gesamtbetriebsrat eines beteiligten Unternehmens zu entsenden, die in keinem Arbeitsverhältnis zu diesem Unternehmen stehen<sup>29</sup>. Die Ermächtigung des § 47 Abs. 4 BetrVG ist insoweit abschließend und ermöglicht keine weiteren vom Gesetz abweichenden Regelungen<sup>30</sup>. Zwar wäre die gemeinsame Abhaltung der Sitzungen der unterschiedlichen Gesamtbetriebsräte unter dem Gesichtspunkt der Sitzungsökonomie durchaus vorteilhaft, doch ändert dies wiederum nichts an der Tatsache, dass der Arbeitgeberseite mehrere Gesamtbetriebsräte gegenüber stünden, die darüber hinaus zu einer erheblichen Größe auf Grund der Entsendung von Mitgliedern jedes Gemeinschaftsbetriebs gemäß § 47 Abs. 9 BetrVG anwachsen könnten.

Für Unternehmensleitung und Mitarbeiter der A-GmbH und der B-GmbH besteht das Bedürfnis nach einer einheitlichen Vertretung der Mitarbeiter in Mitbestimmungsfragen auf Ebene des Gesamtbetriebes.

#### IV. Vereinfachung der Gremienstruktur durch Errichtung eines einheitlichen unternehmensübergreifenden Gesamtbetriebsrats

Es fragt sich, ob für Unternehmen mit ausschließlich Gemeinschaftsbetrieben ausnahmsweise die Bildung eines unter-

nehmensübergreifenden Gesamtbetriebsrats zuzulassen wäre. Auch das BAG geht nur im Grundsatz davon aus, dass für Betriebe verschiedener Rechtsträger kein gemeinsamer Gesamtbetriebsrat errichtet werden kann, schließt Ausnahmen von diesem Grundsatz aber nicht rigoros aus. Vielmehr können nach dem BAG durchaus Umstände vorliegen, nach denen ausnahmsweise die Errichtung einer als „Gesamtbetriebsrat“ bezeichneten unternehmensübergreifenden Arbeitnehmervertretung zuzulassen wäre<sup>31</sup>. Welche Voraussetzungen hierfür konkret vorliegen müssen, werden vom BAG allerdings nicht genannt. Vieles spricht aber dafür, im vorliegenden Beispielfall einen solchen Ausnahmefall anzunehmen. Denn wenn dieselben Trägerunternehmen ausschließlich Gemeinschaftsbetriebe führen und darüber hinausgehend weder alleine noch mit anderen Unternehmen weitere Betriebe führen, kommt dies einer Unternehmenseinheit nahe<sup>32</sup>. Die Bildung eines unternehmensübergreifenden Gesamtbetriebsrats stellt sich in diesem Sonderfall als logische Fortsetzung der auf örtlicher Ebene errichteten Einzelbetriebsräte dar. Auch die Problematik hinsichtlich des Bestehens mehrerer paralleler Gesamtbetriebsräte in einem Unternehmen stellt sich in diesem Fall nicht, da es bei der Bildung nur eines Gesamtbetriebsrats in einem Unternehmen bleibt. Einzig und allein der unternehmensübergreifende Gesamtbetriebsrat wäre zuständig. Nicht zuletzt aus Gründen der Sitzungsökonomie und zur Reduzierung der Gremienzahl wäre es auch praxisgerecht, für diesen speziellen Fall die Errichtung eines einheitlichen Gesamtbetriebsrats zuzulassen. Nur so könnte die Gremienstruktur der Arbeitnehmervertretungen derart vereinfacht werden, dass dem einheitlichen Leitungsapparat der Trägerunternehmen bei überbetrieblichen Angelegenheiten auf Arbeitnehmerseite ein einheitlicher Verhandlungspartner gegenüber stünde. Der einheitliche Gesamtbetriebsrat würde zu einer Vereinfachung des organisatorischen Ablaufs führen und dem Ziel eines einheitlichen, berechtigten und verpflichtenden Ansprechpartners sowohl auf Arbeitgeberseite als auch auf Mitbestimmungsseite am Nächsten kommen. Auch das BetrVG steht der Bildung eines unternehmensübergreifenden Gesamtbetriebsrats in diesem besonderen Fall nicht entgegen, da die Vertretung des Gemeinschaftsbetriebs eine von der Rechtsprechung entwickelte Rechtsfigur ist, die nicht abschließend in allen Einzelheiten im BetrVG geregelt wurde. Aber auch wenn in diesem besonderen Fall ein „Gesamt(gemeinschafts-)betriebsrat“ durchaus vertretbar erscheint, stellt dieser auf Grund der ungeklärten Rechtsfrage keine sichere Lösungsmöglichkeit für die beteiligten Unternehmen dar. Insoweit ist zu beachten, dass die mit einem

24) *Fitting* (Fn. 3), § 47 Rn. 80; *Daubler*, in: Festschrift Zeuner (1994), S. 29; *Schmidt* (Fn. 16), S. 507.

25) Ähnlich auch *Salamon*, RdA 2008, 24, 31.

26) *Daubler*, in: Festschrift Zeuner (1994), S. 29.

27) *Salamon* (Fn. 7), Satz 31; GK-BetrVG/Kreutz (Fn. 11), § 50 Rn. 19; *Richardt/Annufß*, BetrVG 11. Aufl. 2008, § 50 Rn. 72.

28) Davon zu unterscheiden sind die Kollisionsfälle, die durch die inhaltlich unterschiedlichen Vereinbarungen der Unternehmensführung mit den jeweiligen Gesamtbetriebsräten entstehen. Zwar mag es für den einzelnen Arbeitnehmer in einem Gemeinschaftsbetrieb befriedlich sein, dass für die Arbeitnehmer des einen Unternehmens eine Regelung gilt und für die Arbeitnehmer des anderen Unternehmens gerade nicht. Doch diese Unterschiede ergeben sich zwangsläufig aus der Tatsache, dass es sich trotz des Betriebens ausschließlicher Gemeinschaftsbetriebe um rechtlich selbstständige Trägerunternehmen handelt.

29) *Fitting* (Fn. 3), § 47 Rn. 81, GK-BetrVG/Kreutz (Fn. 11), § 47 Rn. 110; a. A.: *Richardt/Annufß* (Fn. 27), § 47 Rn. 77; *Urban* (Fn. 21), Satz 616.

30) Vgl. *Louisch*, BB 2002, 1366, 1369 m. w. N. Um die Zustimmung der Betriebsräte zur Vereinfachung durch Gremienidentität zu erreichen bleibt folglich nur der Weg, dass sich die Unternehmensführung mit den Betriebsräten in den Gemeinschaftsbetrieben rechtlich unverbindlich lediglich zu einem sog. „Letter of Understanding“ verständigen.

31) BAG v. 13. 2. 2007 – 1 AZR 184/06, BAGe 121, 168, AP Nr. 17 zu § 47 BetrVG 1972 (auch: NZA 2007, 825, 827).

32) Vgl. GK-BetrVG/Kreutz (Fn. 11) § 47 Rn. 22.

solchen Gesamtbetriebsrat geschlossenen Vereinbarungen nichtig sein könnten<sup>33</sup>.

#### V. Vereinfachung der Gremienstruktur durch eine Kollektivvereinbarung nach § 3 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG

Als möglicher Ausweg aus dem praktischen Problem und der rechtlichen Ungewissheit könnte eine Kollektivvereinbarung nach § 3 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG dienen, wonach die Tarifvertragspartner die Möglichkeit haben, andere Arbeitnehmervertretungsstrukturen zu schaffen. Eine Vereinbarung mit dem Tarifpartner hinsichtlich der Bildung eines unternehmensübergreifenden Gesamtbetriebsrats für den Zeitraum des Bestehens der Gemeinschaftsbetriebe wäre damit auf den ersten Blick denkbar. Zwingende Voraussetzung hierfür ist aber, dass die Vertragspartner überhaupt mit einer Vereinbarung nach § 3 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG die Errichtung zusätzlicher überbetrieblicher Arbeitnehmervertretungen zulässigerweise beschließen können. Anknüpfend an die Gesetzesbegründung, wonach als möglicher Anwendungsfall des § 3 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG die Errichtung eines Konzernbetriebsrats in einem Gleichordnungskonzern genannt wird, wird in Teilen der Literatur<sup>34</sup> davon ausgegangen, dass andere Arbeitnehmervertretungsstrukturen nicht nur auf der untersten Ebene, sondern auch auf allen Ebenen geschaffen werden können, auf denen nach dem gesetzlichen Modell Arbeitnehmervertretungen gebildet werden. Die Bildung eines unternehmensübergreifenden Gesamtbetriebsrats wäre dieser Auffassung folgend demnach möglich<sup>35</sup>. Mit Verweis auf § 3 Abs. 5 BetrVG, wonach die auf Grund eines Tarifvertrages nach § 3 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG gebildeten Organisationseinheiten als Betriebe im Sinne des BetrVG gelten, gehen demgegenüber andere Stimmen in der Literatur<sup>36</sup> davon aus, dass es sich bei Regelungen nach § 3 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG allein um die Feststellung der betriebsverfassungsrechtlichen Organisationseinheiten geht, für die ein Betriebsrat gewählt wird. Demnach wäre den Tarifpartnern die Schaffung von Arbeitnehmervertretungsstrukturen auf Unternehmens- oder Konzernebene verwehrt. Vielmehr könnten die Tarifpartner nur ein neues Mitbestimmungsorgan auf der ersten Repräsentationsstufe schaffen<sup>37</sup>. Die Generalklausel des § 3 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG sei als Auffangtatbestand zu § 3 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 BetrVG zu sehen und ermögliche gemäß ihrem Sinn und Zweck genau wie diese die Schaffung neuer Organisationseinheiten, für die ein Betriebsrat gewählt wird, nicht aber die Errichtung zusätzlicher überbetrieblicher Mitbestimmungsorgane<sup>38</sup>.

Dem Bedürfnis nach einer einfacheren Gremienstruktur für Unternehmen mit Gemeinschaftsbetrieben ließe sich jedoch mittels einer Kollektivvereinbarung nach § 3 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG entsprechen, indem unter Einbeziehung der anderen an dem Gemeinschaftsbetrieb beteiligten Unternehmen unternehmensübergreifend für sämtliche Gemeinschaftsbetriebe ein einheitlicher Einzelbetriebsrat gebildet werde<sup>39</sup>. Diese durch Tarifvertrag neu geschaffene Organisationseinheit gelte dann gemäß § 3 Abs. 5 Satz 1 BetrVG als ein Betrieb, so dass es der Bildung von Gesamtbetriebsräten gar nicht bedürfe. Die einzelnen Gemeinschaftsbetriebe würden durch eine neu zu schaffende Organisationseinheit ersetzt werden, für die dann ein einheitlicher Betriebsrat zu wählen wäre. Ob diese Lösung tatsächlich zu einer Vereinfachung der Gremienstruktur von Mitbestimmung führt, darf bezweifelt werden. Gleiches gilt für die Frage, ob die weitere Voraussetzung des § 3 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG des Dienens einer wirksamen und zweckmäßigen Interessensvertretung der Arbeitnehmer vorliegt. Auf jeden Fall ist dieses Lösungsmodell nicht interessengerecht. Denn die Schaffung der neuen Organisationseinheit führt gleichermaßen zur Abschaffung der örtlichen Betriebsräte. Insofern führt das zu einer Verschlechterung der dezentralen und örtlichen Ar-

beitnehmervertretung. Zwar mag diese Konstellation für überbetriebliche Angelegenheiten von Vorteil sein, für ursprüngliche, dezentrale betriebliche Angelegenheiten ist sie aber von Nachteil.

Für die Auffassung, die die Bildung eines unternehmensübergreifenden Gesamtbetriebsrats nach § 3 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG zulassen will, spricht zunächst klar die gesetzgeberische Intention. Allerdings scheint der Verweis auf § 3 Abs. 5 BetrVG dieser klar entgegenzustehen. Danach liegt zunächst nahe, die Bildung „anderer Arbeitnehmervertretungsstrukturen“ notwendigerweise auf die Schaffung einer betriebsverfassungsrechtlichen Organisationseinheit in § 3 Abs. 5 BetrVG zu beziehen und damit die überbetriebliche Änderung der Vertretungsstrukturen auszuschließen. Die Betriebsfiktion in § 3 Abs. 5 BetrVG lässt sich aber auch so verstehen, dass diese nicht in jedem Fall des § 3 Abs. 1 bis 3 BetrVG eingreift, sondern nur dann, wenn tatsächlich eine betriebsverfassungsrechtliche Organisationseinheit auf einer Ebene gebildet wurde<sup>40</sup>. Hierfür spricht auch, dass § 3 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG ganz allgemein die Schaffung von Arbeitnehmervertretungsstrukturen zulässt, ohne wie bei § 3 Abs. Nr. 1 und Nr. 2 BetrVG konkrete Einschränkungen des Anwendungsbereichs vorzunehmen. Dem steht auch nicht entgegen, dass für die Erräumung zusätzlicher, überbetrieblicher Mitbestimmungsorgane ausdrücklich sowohl Zulässigkeit als auch Grenzen einer solchen Vereinbarung gesetzlich hätten geregelt werden müssen, da anderenfalls die Tarifpartner nach Belieben selbst bestimmen könnten, von dem gesetzlichen Leitbild abzuweichen<sup>41</sup>. Zwar ist richtig, dass ein solches Verständnis des § 3 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG eine zurückhaltende Anwendung verlangt und die Anwendungsbefugnis der Tarifpartner auf die organisatorischen Veränderungen beschränkt sein dürfen<sup>42</sup>. Tatsache ist aber auch, dass nach der Gesetzesbegründung der Gesetzgeber die Ausgestaltung der Arbeitnehmervertretungsstruktur im Einzelnen den Tarifpartnern überlassen wollte und ihnen durch § 3 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG die Möglichkeit der Veränderung der Arbeitnehmervertretungsstruktur auf allen Ebenen eingeräumt werden sollte<sup>43</sup>. Im Ergebnis sprechen daher die besseren Argumente dafür, die Anwendung des § 3 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG zur Bildung einer betriebsübergreifenden Arbeitnehmervertretung zuzulassen. Selbst wenn man dieser Auffassung folgt, bedarf es hierfür natürlich der Mitwirkung eines Tarifpartners, die in der Regel eine große Überzeugungskraft verlangt. Dies gilt umso mehr, wenn wie hier auf Grund der in der Literatur bestehenden Bedenken und mangels einer höchstrichterlichen Rechtsprechung die Schaffung eines einheitlichen Gesamtbetriebsrats nach § 3 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG für die beteiligten Gemeinschaftsbetriebe mit vielen Risiken behaftet ist. Es ist daher zu vermuten, dass die Lösung über § 3 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG zunächst eine theoretische bleiben wird.

33) Vgl. BAG v. 13. 2. 2007 – 1 AZR 184/06, BAGE 121, 168, AP Nr. 17 zu § 47 BetrVG 1972 (auch: NZA 2007, 825, 827), das diese Frage ausdrücklich offen lässt.

34) *Fitting* (Fn. 3), § 3 Rn. 50; *DKK-Tamner*, BetrVG, 11. Aufl. 2008, § 3 Rn. 66; *Kania/Klemm*, RdA 2006, 22, 24.

35) *Kania/Klemm*, RdA 2006, 22, 24.

36) *Richardi* (Fn. 27), § 3 Rn. 37; *Tensch*, NZA 2007, 124, 127; *GK-BetrVG/Kraji/Franzen* (Fn. 11), § 3 Rn. 19.

37) *Thüsing*, ZIP 2003, 693, 703; *Tensch*, NZA 2007, 124, 127.

38) So im Ergebnis auch *Peix* (Fn. 5), Satz 187; *Richardi* (Fn. 27) § 3 Rn. 37; *Tensch*, NZA 2007, 124, 127; *GK-BetrVG/Kraji/Franzen* (Fn. 11), § 3 Rn. 19; *Thüsing* (Fn. 37), 693, 703; *Giesen*, BB 2002, 1480, 1481.

39) *Schmidt* (Fn. 16), S. 503; *Fitting* (Fn. 3), § 3 Rn. 27.

40) So auch *DKK-Tamner*, BetrVG, 11. Aufl. 2008, § 3 Rn. 66.

41) *Peix* (Fn. 5), Satz 186.

42) *Kania/Klemm*, RdA 2006, 22, 24.

43) BT-Drucks. 14/5741, Satz 34.

## VI. Schlussbemerkung

Die Ausführungen zeigen, dass die Frage, ob ein unternehmensübergreifender Gesamtbetriebsrat bei Unternehmen mit ausschließlich Gemeinschaftsbetrieben gebildet werden kann, höchst umstritten und im Ergebnis nicht geklärt ist. In der Praxis besteht sowohl für die Mitbestimmung als auch für die Unternehmensleitung das Bedürfnis nach klaren mitbestimmungsrechtlichen Regelungen, die es beiden Seiten ermöglicht, überbetriebliche Aufgaben auf gleicher Augenhöhe lösen zu können. Die mit den unzureichenden betriebsverfassungsrechtlichen Regelungen verbundene Rechtsunsicherheit zum Gemeinschaftsbetrieb kann letztlich nur durch den Gesetzgeber gelöst werden. Die vorangehende Darstellung zeigt aber, dass die Bildung eines unternehmensübergreifenden Gesamtbetriebsrats bei ausschließlich aus Gemeinschaftsbetrieben be-

stehenden Unternehmen eine Ausnahme des Grundsatzes eines unternehmenseinheitlichen Gesamtbetriebsrats nicht nur rechtfertigen kann, sondern sogar die einzige sachgerechte Lösung ist. Auch eine tarifvertraglich legitimierte Bildung eines Gesamtbetriebsrats über § 3 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG ist nach der Auffassung der Verfasser rechtlich zulässig, bedarf aber der Mitwirkung eines Tarifpartners und stellt sich daher nicht für alle Unternehmen als gangbarer Weg dar. Folgt man dem nicht, ist in jedem der Trägerunternehmen ein Gesamtbetriebsrat zu errichten, so dass der einheitlichen Unternehmensführung der Gemeinschaftsbetriebe mehrere Gesamtbetriebsräte gegenüber stehen. Letztlich bleibt dann allen Beteiligten nur, nach dem Grundsatz einer gemeinsamen vertrauensvollen Zusammenarbeit möglichst pragmatische Lösungsansätze in der täglichen Praxis zu finden.

## Besprechungsaufsätze

Professor Dr. Monika Schlacher, Trier

### Benachteiligung wegen besonderer Verbindungen statt Zugehörigkeit zu einer benachteiligten Gruppe

Der Diskriminierungsbegriff des EuGH in der Entscheidung *Coleman v. 17. 7. 2008 – C-303/06*

#### I. Zum Ausgangfall

Die Klägerin arbeitet seit 2001 als Anwaltssekretärin. Seit 2002, nach der Geburt ihres behinderten Sohnes, sieht sie sich im Arbeitsverhältnis benachteiligt und belästigt, bis sie im März 2005 schließlich einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses zustimmt. Ein halbes Jahr später geht sie gegen die Vertragsbeendigung vor, der sie lediglich unter dem Druck des Arbeitgebers zugestimmt habe; daher handele es sich um eine erzwungene Kündigung, die als unzulässige Diskriminierung wegen einer Behinderung anzusehen sei. Kollegen ohne behindertes Kind seien vom Arbeitgeber günstigere Bedingungen gewährt worden, während sie selbst Anfeindungen und Beleidigungen hätte hinnehmen müssen, sobald sie wegen der Betreuung ihres Kindes habe frei nehmen wollen, zu spät gekommen sei oder flexiblere Arbeitsumstände habe beanspruchen wollen. Das vorliegende Gericht, *Employment Tribunal South London*, stellte fest, dass der britische *Disability Discrimination Act (DDA)* keine Anspruchsgrundlage für die Klägerin bereit hält und dass es auch sonst keine Rechtsgrundlage im nationalen Recht gibt, mit der sie sich gegen die Vertragsbeendigung und gegen die Beleidigungen habe wehren können<sup>1</sup>. Allerdings könnte die Klage Erfolg haben, wenn infolge entsprechender Interpretation der Rahmen-Richtlinie 2000/78/EG feststeht, dass die nationale Umsetzungsgesetzgebung ein dem entsprechendes Verbot der Diskriminierung wegen besonderer Verbindung zu einer geschützten Gruppe enthalten müsse. Selbst wenn der Wortlaut des Gesetzes eine solche Klausel nicht enthält, schließt es diese Auslegung doch auch nicht aus; eine normzweckorientierte Auslegung könnte der Klage zum Erfolg verhelfen. Deshalb hat das vorliegende Gericht den Sachverhalt gar nicht aufgeklärt, sondern bereits im Vorfeld dem EuGH die Rechtslage vorgelegt, ob die Rahmen-Richtlinie einen derartigen Diskriminierungsbegriff einschließt, da nur in diesem Falle überhaupt die Möglichkeit einer erfolgreichen Klage besteht.

Der Gerichtshof hat, wie zuvor bereits die Schlussanträge von Generalanwalt *Poiares Maduro* vom 31. 1. 2008, im Ergebnis bejaht, dass eine unmittelbare Diskriminierung im Sinne der Rahmen-Richtlinie auch dann vorliegt, wenn die Benachteiligung nicht an die Zugehörigkeit zu der benachteiligten Gruppe der Behinderten, sondern an die besondere Verbindung zu einer behinderten Person, anknüpft. Das Ergebnis wird auf mehrere Argumente gestützt: Der Wortlaut der Rahmen-Richtlinie verbiete die Anwendung bestimmter Diskriminierungsgründe im Arbeitsverhältnis; ob die Benachteiligte selbst oder ein Dritter das fragliche Merkmal verwirklicht, sei für das Eingreifen des Verbotes unerheblich. Anders zu entscheiden würde die Richtlinie um Teile ihrer praktischen Wirksamkeit bringen. Aus der Kompetenznorm des Art. 13 EG könne nicht abgeleitet werden, dass der Diskriminierungsbegriff der Richtlinien eng ausgelegt werden müsse. Zwar wird erneut hervorgehoben, dass die Auslegung der RL keine zusätzlichen, in der Kompetenznorm nicht enthaltenen Diskriminierungsgründe hervorbringen dürfe, doch gehe es für die Klägerin gar nicht um einen zusätzlichen Diskriminierungsgrund, sondern um den persönlichen Geltungsbereich der Richtlinie.

#### II. Zulässigkeit der Klage

##### 1. Unzulässigkeit mangels Entscheidungserheblichkeit

Ob der EuGH mit der entscheidungserheblichen Vorlage überhaupt befasst werden durfte, war auf mehreren Ebenen in Zweifel gezogen worden. So hatten bereits die Beklagten, die Anwaltskanzlei *Attridge Law* und deren Sozius *Steve Lam*, vor dem *Employment Appeal Tribunal* eine Rücknahme der Richtervorlage aus Gründen des nationalen Rechts zu erreichen gesucht. Die Beschwerdeführer waren der Ansicht, dass die Vorlage rein akademischer Natur sei und daher nicht hätte erfolgen dürfen. Da das nationale Umsetzungsgesetz einer Auslegung, die die drittbezogene Diskriminierung einschließen könnte, schlicht nicht zugänglich sei, sei es für den Streitfall unerheblich, ob die Rahmen-Richtlinie eine solche Auslegung fordere<sup>2</sup>. Hinter dieser Annahme steht der Grundgedanke der Rechtsprechung des EuGH, dass nationales Recht soweit wie möglich in Übereinstimmung mit dem Gemeinschaftsrecht

1) EuGH v. 17. 7. 2008 – C-303/06, AP Richtlinie 2000/78/EG Nr. 10 = NZA 2008, 932 – Coleman, Rn. 30.

2) *Attridge Law and another v. Coleman*, *Employment Appeal Tribunal*, 20. 12. 2006, *Industrial Relations Law Review* 2007, 88, no. 13.