

Betriebs Berater

// WIRTSCHAFTSRECHT

Dr. Volker Arends, RA, und Dr. Sebastian Hofert-von Weiss,
LL.M./RSA, RA
Distressed M&A – Unternehmenskauf aus der Insolvenz 1538

Andreas Hecker, LL.M. oec., RA, und Dr. Pierre Glozbach, RA
**Offene Fragen zur Anwendung des gegenwärtigen
Überschuldungsbegriffs** 1544

BGH: Widerruf eines Verbraucherdarlehens wegen ungenügen-
der Widerrufsbelehrung
BB-Kommentar von Ulrike Specht, RAin 1549

// STEUERRECHT

Dipl.-Ök. Frank Hechtner
**Kritische Anmerkungen zum BMF-Schreiben –
Steuerermäßigung bei Einkünften aus Gewerbebetrieb
gemäß § 35 EStG – Gesetzesänderung per
Verwaltungsanweisung?** 1556

Christian Sterzinger
**Konsequenzen der missbräuchlichen Geltendmachung
der Umsatzsteuerfreiheit bei innergemeinschaftlicher
Lieferungen – Neuerungen durch ein aktuelles
BGH-Urteil** 1563

BFH: Sachliche Verflechtung bei Betriebsaufspaltung
BB-Kommentar von Dr. Stefan Behrens, RA, und
Dr. Anton Wagner, RA 1567

// BILANZRECHT & BETRIEBSWIRTSCHAFT

Prof. Dr. Hans-Jürgen Kirsch und Dipl.-Kffr. Corinna Ewelt
**ED 10 „Neuabgrenzung des Konsolidierungskreises“:
ein kleiner Schritt in die richtige Richtung** 1574

Niedersächsisches FG: Zeitpunkt des Beginns der Herstellung
eines Gebäudes i. S. d. § 6b Abs. 3 S. 3 EStG
BB-Kommentar von Dr. Kurt Gratz, WP/StB 1579

// ARBEITSRECHT

Tim Wybitul, RA/FAArbR
**Das neue Bundesdatenschutzgesetz: Verschärfte Regeln
für Compliance und interne Ermittlungen** 1582

Dr. Andreas Schönhöft, RA/FAArbR/FAStR, und
Johanna Brahmstaedt
**Die Ermittlung der Schwerbehindertenquote im
Gemeinschaftsbetrieb** 1585

Steffen Bauer, RA
Doppelt hält nicht besser 1588

// BB-MAGAZIN

Dr. Antje-Kathrin Uhl, RAin/FAinArbR
**Neufassung der Richtlinie 94/45/EG (dann Richtlinie
2009/38/EG): Mehr Einfluss für Europäische Betriebsräte?** M1

Norbert Jumpertz
**Factoring-Serie (Teil 1):
Außenstände professionell managen** M16

BAG können Betriebsvereinbarungen auch zu Ungunsten der Arbeitnehmer von den Regelungen des BDSG abweichen³⁵. Sie müssen sich im Rahmen der Regelungskompetenz der Betriebspartner halten und den Grundsätzen über den Persönlichkeitsschutz des Arbeitnehmers im Arbeitsverhältnis Rechnung tragen³⁶. Letztlich kommt es hier darauf an, Regelungen zu treffen, die einerseits ausreichen, um effektive Kontrollen oder Ermittlungsmaßnahmen zu erlauben, aber andererseits nicht soweit von den Vorgaben des BDSG abzuweichen, dass das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Arbeitnehmer verletzt wird. Inhaltlich sollte eine solche Betriebsvereinbarung unter anderem die Art der Daten und den jeweiligen Verwendungszweck bestimmen sowie die technischen und organisatorischen Datenschutzmaßnahmen, die Rechte der Ar-

beitnehmer und die Kontrollmöglichkeiten des Betriebsrats und des Datenschutzbeauftragten regeln³⁷.

Man kann nur hoffen, dass die neuen Regelungen möglichst bald durch ein gründlicher konzipiertes Arbeitnehmerdatenschutzgesetz abgelöst werden. Hoffentlich berücksichtigt dieses Gesetz auch die Notwendigkeit zur Bekämpfung von Wirtschaftskriminalität in angemessener Weise.

35 BAG, 27.5.1986 – 1 ABR 48/84, BB 1986, 2333 ff.

36 BAG, 27.5.1986 – 1 ABR 48/84, BB 1986, 2333 ff.

37 HWK, Lembke, Einf. BDSG, 3. Aufl. 2008, Einführung, Rn. 55.

Dr. Andreas Schönhöft, RA/FAArbR/FAStR, und Johanna Brahmstaedt, Rechtsreferendarin

Die Ermittlung der Schwerbehindertenquote im Gemeinschaftsbetrieb

Nach § 71 Abs. 1 SGB IX sind Arbeitgeber mit jahresdurchschnittlich monatlich mindestens 20 Arbeitsplätzen verpflichtet, auf wenigstens fünf Prozent der Arbeitsplätze schwerbehinderte Menschen zu beschäftigen. Ist der Arbeitgeber wegen der Art der Arbeitsplätze oder aus anderen Gründen nicht in der Lage, die gesetzlich vorgeschriebene Zahl einzuhalten, so muss er eine Ausgleichsabgabe zahlen (§ 77 Abs. 1 S. 1 SGB IX). Für die Berechnung der Schwerbehindertenquote und die Höhe der gegebenenfalls zu zahlenden Ausgleichsabgabe kommt es somit maßgeblich darauf an, welche Arbeitsplätze eines Arbeitgebers in die Berechnung einzubeziehen sind. Während der Begriff des Arbeitsplatzes in § 73 SGB IX näher definiert wird, enthält das SGB IX – wie auch andere arbeitsrechtliche Gesetze – keine eigenständige Definition des Arbeitgeberbegriffs. Für gewöhnlich führt dies kaum zu Schwierigkeiten. Anders verhält es sich aber in atypischen Konstellationen, etwa wenn zwei oder mehrere Unternehmen einen Gemeinschaftsbetrieb (Schönhöft/Lermen, BB 2008, 2515, 2516) bilden und die wirtschaftliche und organisatorische Dispositionsbefugnis über die Arbeitsleistung der Arbeitnehmer gemeinsam ausüben. Hier stellt sich die Frage, ob als Arbeitgeber i.S.d. § 71 Abs. 1 SGB IX nur die einzelnen Unternehmen oder darüber hinaus auch der Gemeinschaftsbetrieb als solcher angesehen werden können. (Keine Probleme ergeben sich hingegen bei der Wahl der Schwerbehindertenvertretung im Gemeinschaftsbetrieb, da § 94 SGB IX knüpft an den Betriebsbegriff nach § 1 BetrVG anknüpft (vgl. § 87 Abs. 1 S. 2 SGB IX), so dass die Vertretung für den gesamten Gemeinschaftsbetrieb und nicht innerhalb der einzelnen Unternehmen zu wählen ist.) Die Beantwortung dieser Frage kann für einen Gemeinschaftsbetrieb insbesondere dann von finanzieller Bedeutung sein, wenn eines der beteiligten Unternehmen die Schwerbehindertenquote mehr als erfüllt, während andere beteiligte Unternehmen diese nicht erreichen. Der nachfolgende Beitrag befasst sich daher mit der Frage, ob der Arbeitgeberbegriff i.S.d. § 71 Abs. 1 SGB IX die Einbeziehung aller an einem Gemeinschaftsbetrieb beteiligten Unternehmen erlaubt oder ob er streng an den Unternehmensgrenzen endet.

I. Der Arbeitgeberbegriff in § 71 SGB IX

Von einem gemeinsamen Betrieb mehrerer Unternehmen ist nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG) auszugehen, wenn die in einer Betriebsstätte vorhandenen materiellen und immateriellen Betriebsmittel für einen einheitlichen arbeitstechnischen Zweck zusammengefasst, geordnet und gezielt eingesetzt werden und der Einsatz der menschlichen Arbeitskraft von einem einheitlichen Leistungsapparat gesteuert wird.¹ Die beteiligten Unternehmen müssen sich zumindest stillschweigend zu einer gemeinsamen Führung rechtlich verbunden haben. Hierfür reicht nicht jede Form des Zusammenwirkens aus. Charakteristisch für den Gemeinschaftsbetrieb ist vielmehr, dass „die wesentlichen Funktionen des Arbeitgebers in sozialen und personellen Angelegenheiten“ institutionell einheitlich für die beteiligten Unternehmen ausgeübt werden.² Hieraus folgt, dass die wirtschaftliche und organisatorische Dispositionsbefugnis über die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers dem Gemeinschaftsbetrieb obliegt und dieser auch den Nutzen davon hat. Der Vertragsarbeitgeber des Arbeitnehmers bleibt aber in einem Gemeinschaftsbetrieb das jeweilige Unternehmen, mit dem der Arbeitnehmer den Arbeitsvertrag geschlossen hat.

1. Der formale Arbeitgeberbegriff

Der Begriff des Arbeitgebers wird grundsätzlich aus dem Arbeitnehmerbegriff entwickelt: Arbeitnehmer ist, wer in fremden Diensten beschäftigt ist; Arbeitgeber, wer andere Personen in abhängiger, entgeltlicher Arbeit beschäftigt.³ Auch im Schwerbehindertenrecht richtet sich der Arbeitgeberbegriff daher in erster Linie nach den privatrechtlichen Beziehungen. Maßgeblich ist also das Vertragsarbeitsverhältnis, auf den

1 Vgl. nur BAG v. 11.12.2007 – 1 AZR 824/06 – NZA-RR 2008, 298.

2 BAG v. 17.8.2005 – 7 ABR 62/04; BAG v. 22.6.2005 – 7 ABR 57/04 – NZA 2005, 1248.

3 Neumann/Pahlen/Majerski-Pahlen, Sozialgesetzbuch IX – Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen, 11. Aufl. 2005, § 71, Rn. 12.

Ort und die Art der Beschäftigung kommt es nicht an.⁴ Verschiedene selbstständige Unternehmen sind daher grundsätzlich nicht als ein Arbeitgeber im Sinne des Schwerbehinderrechtes anzusehen. Die an das konkrete Arbeitsverhältnis anknüpfende Auslegung des Arbeitgeberbegriffs in § 71 Abs. 1 SGB IX wird in aller Regel auch dem gesetzgeberischen Bestreben gerecht, den verpflichteten Personenkreis in ausreichender, gleichmäßiger und praktikabler Weise heranzuziehen.⁵ Auch bei typisierter Betrachtungsweise ist dies gerechtfertigt, da selbst bei Unternehmen im Konzernverbund in der Regel kein so weit reichender Einfluss besteht, dass durch die Konzernleitung sichergestellt werden kann, dass alle Pflichtplätze besetzt werden⁶. Unerheblich ist insbesondere, ob die Arbeitsplätze über mehrere Betriebe verteilt sind.⁷ So wird im SGB IX ausdrücklich zwischen „Arbeitgeber“ und „Betrieb“ unterschieden, vgl. §§ 73 Abs. 2 Nr. 1, 75 Abs. 2 S. 1, 80 Abs. 1 SGB IX.

Hinweis:

Die Rechtsprechung⁸ fordert dementsprechend auch eine strenge Identität der Rechtsperson des Arbeitgebers und stellt nicht auf den Betrieb, sondern auf den Arbeitgeber ab. Formal betrachtet dürfte der Gemeinschaftsbetrieb also nicht als Arbeitgeber angesehen werden.

Jedes der Trägerunternehmen, die den Gemeinschaftsbetrieb bilden, geht für sich Arbeitsverhältnisse ein und beschäftigt Arbeitnehmer in abhängiger, entgeltlicher Arbeit. Arbeitgeber wäre nur der jeweilige Vertragsarbeitgeber, auch wenn er im Gemeinschaftsbetrieb dem Arbeitnehmer nur einheitlich mit allen beteiligten Unternehmen in Form eines gemeinsamen Leitungsapparats gegenübertritt. Konsequenz dieser formalen Betrachtung wäre, dass die Schwerbehindertenquote für die beteiligten Unternehmen getrennt voneinander ermittelt werden müsste.⁹ Ebenfalls müsste für jedes Unternehmen die Mindestbeschäftigungsanzahl von 20 Mitarbeitern nach § 71 Abs. 1 SGB IX einzeln festgestellt werden.

2. Anwendbarkeit des formalen Arbeitgeberbegriffs auf den Gemeinschaftsbetrieb

In bestimmten Fällen kann aber eine Ausweitung des so gefassten Arbeitgeberbegriffs geboten sein, um sachwidrige Ergebnisse zu vermeiden und der durch die Beschäftigungspflicht verfolgten Interessenlage gerecht zu werden.¹⁰ Ein solcher Fall könnte beim Gemeinschaftsbetrieb vorliegen, da der formale Arbeitgeberbegriff die besondere Struktur des Gemeinschaftsbetriebs mit seinem einheitlichen Leitungsapparat außer Acht lässt. Die Besonderheit des Gemeinschaftsbetriebs ist hier insbesondere darin zu sehen, dass der unternehmensübergreifende Einsatz der menschlichen Arbeitskraft von einem einheitlichen Leitungsapparat gesteuert wird, dem eine gemeinsame Führungsvereinbarung aller beteiligten Unternehmen zugrunde liegt. Die Einstellung und Führung der in dem Gemeinschaftsbetrieb eingesetzten Mitarbeiter obliegt also einer einheitlichen Führung, die damit auch unmittelbar Adressat der Beschäftigungspflicht des § 71 Abs. 1 SGB IX ist. Dieser einheitlichen Führung obliegt es, die Beschäftigungspflicht durch die Beschäftigung von schwerbehinderten Menschen über die Unternehmensgrenzen hinaus für den Gemeinschaftsbetrieb sinnvoll zu organisieren und die durch die Beschäftigungspflicht verursachten Lasten nicht unternehmensgerecht, sondern gemeinschaftsbetriebsgerecht zu verteilen. Hebt man also auf die Interessenlage und nicht das Vertragsarbeitsverhältnis bzw. die Rechtsform ab, müsste der Gemeinschaftsbetrieb und nicht die beteiligten Unternehmen als Arbeitgeber i. S. d. § 71

Abs. 1 SGB IX angesehen werden können. Eine Auslegung, die sich an der gesellschaftlichen Gestaltungsform orientiert, muss jedenfalls dann gegenüber einer an der wirtschaftlichen und arbeitsmarktpolitischen Interessenlage ausgerichteten Auslegung zurücktreten, wenn die Regelungsabsicht des Gesetzgebers auf Letztere gerichtet ist.¹¹ Insoweit ist daher zunächst zu klären, ob eine solche Auslegung vom Schutzzweck der Regelung getragen wird.

Das SGB IX bezweckt – wie bereits die Gesetzesüberschrift deutlich hervorhebt – die Eingliederung Schwerbehinderter in Arbeit, Beruf und Gesellschaft.¹² Der dauerhaften Eingliederung in das Erwerbsleben dient insbesondere der § 71 SGB IX, dessen Ziel es ist, die Beschäftigungssituation schwerbehinderter Menschen auf dem Arbeitsmarkt generell zu verbessern.¹³ Damit soll letztlich das in Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG niedergelegte Benachteiligungsverbot durchgesetzt werden. Diesem sozialen Schutzgedanken trägt die historische Entwicklung der Norm zur Beschäftigungspflicht Rechnung. Sie macht die heutige Differenzierung zwischen „Betrieb“ und „Arbeitgeber“ verständlich und lässt durch ihre Leitmotive Zweifel daran aufkommen, dass die strikte Trennung der Begrifflichkeiten auch auf den Gemeinschaftsbetrieb übertragen werden kann. Nach § 6 Abs. 2 S. 1 des Schwerbeschädigtengesetzes in der Fassung der Bekanntmachung vom 14.8.1961 – SchwbG 1961 – war bei mehreren Betrieben desselben Arbeitgebers die Zahl der Pflichtplätze für Schwerbehinderte noch für jeden Betrieb gesondert zu berechnen.¹⁴ Mit dem in § 6 Abs. 2 S. 1 SchwbG 1961 niedergelegten Trennungsprinzip korrespondierte die Formulierung der Grundnorm über die Beschäftigungspflicht, die diese nicht dem Arbeitgeber, sondern dem Betrieb auferlegte, indem dieser als Arbeitgeber definiert wurde (vgl. § 3 Abs. 1 S. 1 SchwbG 1961: „Von den Arbeitgebern müssen ...b) die öffentlichen und privaten Betriebe auf wenigstens 6 von Hundert der Arbeitsplätze Schwerbeschädigte beschäftigen.“).¹⁵ Das Trennungsprinzip führte dazu, dass den Arbeitgeber eine Beschäftigungspflicht in den Zweig- und Filialbetrieben, die nicht über die geforderte Mindestanzahl von Arbeitsplätzen verfügten, grundsätzlich nicht traf, vgl. § 3 Abs. 1 S. 2 SchwbG 1961. § 4 SchwbG 1974, der weitestgehend dem heutigen § 71 SGB IX entspricht, brachte die völlige Abkehr von der betrieblichen Berechnung der Arbeitsplätze.

Die Beschäftigungspflicht ist seitdem nicht mehr mit dem Begriff „Betrieb“ verknüpft, sondern ausschließlich mit dem des Arbeitgebers.¹⁶ Für die Berechnung der Schwerbehindertenquote bedeutete die Gesetzesänderung, dass von nun an alle Arbeitsplätze eines Arbeitgebers zusammenzufassen waren, unabhängig davon, ob über mehrere Betriebe verteilt oder nicht.¹⁷

Die hiermit verfügte Aufgabe des früheren Trennungsprinzips zugunsten des Zusammenfassungs- und Zusammenrechnungsprinzips war er-

4 BVerfG v. 10.11.2004 – 1 BvR 1785/01 – NZA 2005, 216–217; BVerwG v. 13.12.2001 – C 26/01 – NZA 2002, 385–387; Neumann/Pahlen/Majerski-Pahlen, Sozialgesetzbuch IX – Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen, 11. Aufl. 2005, § 71, Rn. 13; Hauck/Nofzt, Sozialgesetzbuch SGB IX – Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen, Kommentar, Berlin 2008, § 71, Rn. 4.

5 Großmann/Schimanski, Gemeinschaftskommentar zum Sozialgesetzbuch – Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen, Bd. 2, 2008, § 71, Rn. 70 unter Verweis auf BT-Drucks. 7/656, S. 20, 49.

6 BVerfG vom 10.11.2004, NZA 2005, 216, 217.

7 BVerwG v. 6.7.1989 – 5 C 64/84 – ZfS 1990, 16–19; Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 12. Aufl. 2007, § 178, Rn. 36.

8 BVerwG vom 17.4.2003 – 5 B 7/03 – BehindR 2003, S. 222.

9 So Kania, in: Küttner, Personalbuch, 15. Aufl. 2008, § 91, Rn. 17.

10 Vgl. auch BVerwG v. 17.4.2003 – 5 B 7/03; BVerfG vom 10.11.2004, NZA 2005, 216, 217.

11 So Großmann, in: GK-SGB IX § 71, Rn. 82.

12 BSG v. 26.2.1986 – 9 a RVs 4/83 – BehindR 1986, S. 43.

13 Vgl. BT-Drs. 7/656, S. 20.

14 Vgl. BGBl. I, S. 1237.

15 BVerwG v. 6.7.1989 – 5 C 64/84 – ZfS 1990, S. 16.

16 Vgl. BGBl., 1974, Teil 1, S. 982.

17 BVerwG v. 6.7.1989 – 5 C 64/84 – ZfS 1990, S. 16; BVerwG v. 20.10.1987 – 5 C 42/86 – Buchholz 436.61 § 7 SchwbG Nr. 1.

klärtes Ziel des Gesetzgebers. Es sollte ein System verwirklicht werden, „das allen Arbeitgebern unterschiedslos und ohne irgendwelche Ausnahmen für bestimmte Betriebe oder Branchen einen Beitrag zur beruflichen Eingliederung der Schwerbehinderten auferlegt“.¹⁸ Durch die Berücksichtigung aller Betriebe und Arbeitsstätten konnte gewährleistet werden, dass die Beschäftigungspflicht nicht in übermäßigem Umfang an der Mindestzahl des § 4 SchwbG scheiterte. Dies wirkte sich letztlich auch für den Arbeitgeber positiv aus, da die Frage des quotenwirksamen Einsatzes eines schwerbehinderten Menschen im Unternehmen nicht mehr geprüft werden musste. Der Gesetzgeber ließ sich also bei Ausgestaltung der Beschäftigungspflicht von den Interessen der Schwerbehinderten und den Reaktionen des Marktes auf die Beschäftigungspflicht leiten. Dabei galt der Gedanke, dass alle diejenigen, die über Arbeitsplätze verfügen, den gleichen Beitrag zur beruflichen Eingliederung Schwerbehinderter leisten sollten, ohne irgendwelche Ausnahmen für bestimmte Betriebe oder Branchen. Folglich kam es weniger auf das Festhalten an starren Begrifflichkeiten („Arbeitgeber“ versus „Betrieb“) an, sondern es ging vielmehr um eine gleichmäßige, gerechte und praktikable Heranziehung aller Verpflichteten.

Ähnliche Gründe, die in der Vergangenheit dazu geführt haben, von dem System der Pflichtplatzberechnung nach Einzelbetrieben abzuweichen, sprechen dafür, für die Pflichtplatzberechnung alle Arbeitsplätze im Gemeinschaftsbetrieb zusammenzufassen. Der Zielsetzung der gerechten Heranziehung der Verpflichteten wird man nur gerecht, wenn die Pflichtplatzberechnung und Beschäftigungspflicht an die tatsächliche Verfügbarkeit über die Arbeitsplätze anknüpfen.¹⁹ Die funktionale Ausweitung des Arbeitgeberbegriffs nach § 71 SGB IX ist zumindest dort geboten, wo mehr als zwei oder mehrere juristische Personen tatsächlich gemeinsam die Arbeitgeberstellung im Bereich der Dispositionsbefugnis über die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers ausüben. Der Arbeitgeberbegriff des § 71 SGB IX muss nach dem Sinn und Zweck der Regelung an der realen Verfügung über Arbeitsplätze ausgerichtet sein. Nur wer über die zu besetzenden Arbeitsplätze verfügt, kann auch die Beschäftigungspflicht des § 71 SGB IX erfüllen und einen Rehabilitationsbeitrag leisten. Die Regelung kann nur ihren Zweck erreichen und damit den Schutzzweck des Gesetzes erfüllen, wenn von den formalen Anforderungen der Arbeitgeberbestimmung in diesem Fall zugunsten einer funktionsbezogenen Arbeitgeberstellung abgewichen wird (sog. funktioneller Arbeitgeberbegriff).²⁰ Maßgeblich kann für die Bestimmung des Arbeitgebers in einem Gemeinschaftsbetrieb daher nur der Gemeinschaftsbetrieb selbst sein, da er über den einheitlichen Leitungsapparat die wirtschaftliche und organisatorische Dispositionsbefugnis über die Arbeitsleistung der Arbeitnehmer aller beteiligten Unternehmen hat. Der über eine gemeinsame Personalverwaltung hinausgehende einheitliche Leitungsapparat verbindet die beteiligten Unternehmen funktional so eng, so dass sie zwar nicht rechtlich aber faktisch als gemeinsamer Arbeitgeber anzusehen sind. Bei einem Gemeinschaftsbetrieb besteht für eine auf die äußere Rechtsform abhebende Trennung bei der Beschäftigungspflicht daher kein sachlicher Grund. Hier versagt der auf § 71 SGB IX angewandte formale Arbeitgeberbegriff.²¹ Dieses Ergebnis erscheint auch mit Blick auf die gesellschaftsrechtliche Vereinbarung, die einem Gemeinschaftsbetrieb zugrunde liegt, als einzig richtig. Nach der Rechtsprechung des BAG²² vollzieht sich die Zusammenarbeit der an dem Gemeinschaftsbetrieb beteiligten Arbeitgeber bei Fehlen von anderweitigen Anhaltspunkten regelmäßig in Form einer BGB-Gesellschaft. Dass die BGB-Gesellschaft Arbeitgeber sein kann, ist mittlerweile anerkannt²³. Auch wenn man wohl mit Recht davon ausge-

hen muss, dass ohne eine weitere zusätzliche Vereinbarung über die Führungsvereinbarung hinaus, keine parteifähige Außengesellschaft und damit ein eigenes Unternehmen im Sinne des § 14 BGB bei einem Gemeinschaftsbetrieb vorliegen wird²⁴, spricht aber auch die regelmäßig vorliegende Innengesellschaft für eine einheitliche Behandlung des Gemeinschaftsbetriebs als ein Arbeitgeber im Sinne des § 71 SGB IX. Auf Grund der dem Gemeinschaftsbetrieb zugrunde liegenden Besonderheiten kommt es zwar nicht zum Wechsel des Vertragsarbeitgebers, aber zur vertraglichen Übertragung von wesentlichen Arbeitgeberfunktionen auf den Gemeinschaftsbetrieb und dessen Leitungsapparat, so dass dieser auch für die Erfüllung der Beschäftigungspflicht maßgeblich ist. Sind, wie in einem Gemeinschaftsbetrieb, mehrere Unternehmen vorhanden, die sogar durch gemeinsam vorhandene Betriebseinrichtungen, einen identischen Mitgliederkreis und eine gemeinsame Führung miteinander verbunden sind, ist eine lediglich auf die äußere Rechtsform abstellende Trennung der Beschäftigungspflicht daher nicht gerechtfertigt. Die Anwendung des formalen Arbeitgeberbegriffs liefe vielmehr dem vom Gesetzgeber verfolgten Ziel der egalitären Lastengleichheit der Arbeitgeber zuwider, da sie einen Rückschritt in die Richtung des Trennungsprinzip bedeuten würde. Unternehmer könnten durch Ausschöpfen ihrer Handlungsfreiheit die Unternehmensgröße möglichst klein halten, durch Bildung eines Gemeinschaftsbetriebs im Ergebnis aber die Struktur eines einheitlichen Unternehmens aufrechterhalten. Für Schwerbehinderte wäre es schwerer, einen geeigneten Arbeitsplatz zu finden, da in kleineren Unternehmen in der Regel weniger geeignete Arbeitsplätze zur Verfügung stehen. Der unternehmensübergreifende Leitungsapparat im Gemeinschaftsbetrieb ermöglicht aber gerade, den Einsatz schwerbehinderter Menschen besser zu koordinie-

// Autoren

Dr. Andreas Schönhöft ist Fachanwalt für Arbeitsrecht und Fachanwalt für Steuerrecht und als Rechtsanwalt für die Sozietät *avocado Rechtsanwältinnen* in Hamburg tätig. Im Jahr 2006 übernahm er neben seiner Tätigkeit als Rechtsanwalt die Leitung des Bereiches Recht bei *Lufthansa Technik Logistik GmbH* in Hamburg. Als Syndikusanwalt liegt der Schwerpunkt seiner Tätigkeit im kollektiven Arbeitsrecht und Tarifrecht.



Johanna Brahmstaedt ist seit April 2009 als Referentin Recht bei der *Lufthansa Technik Logistik GmbH* tätig. Der Schwerpunkt ihrer Tätigkeit liegt im kollektiven Arbeitsrecht sowie in der Vertragsgestaltung. *Johanna Brahmstaedt* studierte Rechtswissenschaften an den Universitäten Münster und Sevilla. Im Dezember 2008 legte sie das Zweite Staatsexamen am Oberlandesgericht Celle ab.



¹⁸ Vgl. BT-Drs. 7/1515, S. 4.

¹⁹ So auch *Großmann*, in: GK-SGB IX § 71 Rn. 82, der generell bei § 71 SGB IX den funktionalen Arbeitgeberbegriff anwenden will.

²⁰ So auch *Großmann*, in: GK-SGB IX § 71 Rn. 82.

²¹ Ob dies generell auch z. B. bei Kapitalgesellschaften, in dem trotz identischer Personenbeteiligung verschiedene juristische Personen vorhanden sind, gilt (so *Großmann*, in: GK-SGB IX § 71 Rn. 70 ff.), kann hier offenbleiben.

²² BAG vom 16.4.2008, DB 2008, 1864, 1866; BAG vom 24.1.1996 7 ABR 10/95.

²³ BAG vom 1.12.2004, NZA 2005, 318.

²⁴ So auch *Fitting*, § 1 Rn. 83; ErfurtKom-Eisemann/Koch, § 1 BetrVG Rn. 14.

ren und mögliche Einsatzmöglichkeiten zu erkennen und besser ausnutzen zu können. Hinzu kommt, dass dann, wenn in einem Unternehmen kaum geeignete Arbeitsplätze vorhanden sind, in dem anderen dafür aber umso mehr, die Zusammenfassung einen Ausgleich bewirken kann. Bei getrennter Beurteilung hingegen bestünde für das Unternehmen, das über mehr geeignete Plätze verfügt, kein Anreiz, die Pflichtquote zu übererfüllen und mehr Schwerbehinderte als nötig einzustellen.

II. Fazit

Aus der vorangegangenen Argumentation ergibt sich, dass sowohl der Sinn und Zweck der Regelung des § 71 SGB IX als auch die besondere Ausgestaltung der Rechtsfigur des Gemeinschaftsbetriebs für die Anwendung eines funktionellen Arbeitgeberbegriffs im Fall des Ge-

meinschaftsbetriebs sprechen. Klar ist insoweit, dass auch den Interessen der Schwerbehinderten grundsätzlich mit größeren Zählheiten eher gedient ist als mit kleineren.²⁵ Das Schwerbehindertenrecht wurde allein zum Schutz der schwerbehinderten Menschen konzipiert.²⁶ Deren Interessen müssen bei jeder Auslegung maßgeblich sein. Dies gilt nicht nur bei Dekonzentration von Unternehmenseinheiten durch Bildung mehrerer Betriebe, sondern auch im umgekehrten Fall bei Konzentration von Unternehmen in einem Gemeinschaftsbetrieb. Um sachwidrige Ergebnisse bei der Ermittlung der Schwerbehindertenquote zu vermeiden, ist die Differenzierung zwischen Arbeitgeber und Betrieb im Gemeinschaftsbetrieb nicht vorzunehmen.

25 Großmann, in: GK-SGB IX, § 71, Rn. 80.

26 BSG v. 26.2.1986 – 9 a RVs 4/83 – BehindR 1986, S. 43.

Steffen Bauer, RA

Doppelt hält nicht besser

– Auch Anmerkung zur Entscheidung des BAG vom 20.5.2008 –

Das Bundesarbeitsgericht hat in seinem Urteil vom 20.5.2008 entschieden, dass vom Arbeitgeber in einem Arbeitsvertrag in Form von allgemeinen Geschäftsbedingungen vorgegebene doppelte Schriftformklauseln unwirksam sind (BAG, 20.5.2008 – 9 AZR 382/07, BB 2008, 2242 m. Komm. Ulrici). Dieses Ergebnis ist an sich nicht überraschend, da auch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs doppelte Schriftformklauseln in allgemeinen Geschäftsbedingungen in ständiger Rechtsprechung für unwirksam hält (zuletzt BGH, NJW 2006, 138; Ulmer, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 10. Aufl. 2006, § 305b Rn. 33). Dennoch ist die Entscheidung zumindest deswegen beachtlich, da derselbe Senat erst im Jahr 2003 ausgeführt hat, dass doppelte Schriftformklauseln wirksam sind und dies auch dann gilt, wenn eine derartige Formulierung in allgemeinen Vertragsbedingungen enthalten ist (BAG, NZA 2003, 1145). Daher verdient die Entscheidung vom 20.5.2008 eine genauere Betrachtung.

I. Zulässigkeit einer doppelten Schriftformklausel

In dieser Entscheidung hatte das Bundesarbeitsgericht über die Wirksamkeit folgender Klauseln in dem Anstellungsvertrag der Parteien zu entscheiden:

„... Änderungen und Ergänzungen dieses Vertrages sind, auch wenn sie bereits mündlich getroffen wurden, nur wirksam, wenn sie schriftlich festgelegt und von beiden Parteien unterzeichnet worden sind. Dies gilt auch für den Verzicht auf das Schriftformerfordernis. ...“

Bei der Klausel handelt es sich eindeutig um eine konstitutive doppelte Schriftformklausel, nach der Vertragsänderungen in der Zukunft nur wirksam sein sollen, wenn sie schriftlich vereinbart werden. Zu Recht wendet der Senat die Regelungen der §§ 305 ff. BGB an, da der

äußere Anschein des Vertrages für eine Mehrfachverwendung spricht, die durch den Verwender im Rahmen des Prozesses zu widerlegen wäre.¹ Diese Klausel verstößt nun nach Ansicht des 9. Senats gegen § 307 BGB.²

1. Aussagen zu § 305b BGB und § 307 BGB des BAG

Zunächst prüft das Bundesarbeitsgericht die Vereinbarkeit der Schriftformklausel mit § 305b BGB. Zu § 305b BGB führt das Gericht aus, dass es sich hierbei nicht um eine Regelung zur Inhaltskontrolle handelt sondern um eine Konkurrenzregelung, die auf der Rechtsfolgensseite zu einer Verdrängung der AGB durch die Individualabrede führt. Der Widerspruch zwischen Individualabrede und AGB hat zur Folge, dass die AGB zurücktreten, ohne zwingend unwirksam zu sein.³ Die Unwirksamkeit der Regelung folgt für das Bundesarbeitsgericht daher nicht aus § 305b BGB. Dennoch ist nach dem Bundesarbeitsgericht die vorliegende Klausel unwirksam. Hierfür führt es die Rechtsprechung zu einfachen Schriftformklauseln des Bundesgerichtshofs an. Nach dessen Rechtsprechung erwecke die einfache Schriftformklausel beim Verwender den Eindruck, dass er entgegen § 305b BGB nicht berechtigt sei, Rechte, die ihm auf der Grundlage einer mündlichen Vereinbarung zustehen, durchzusetzen. Er werde daher abgehalten, die ihm zustehenden Rechte einzufordern. Diese Irreführung der Vertragslage benachteiligt ihn unangemessen im Sinne

1 Vgl. BGH, WM 2006, 247, 248 f.; BAG, 20.5.2008 – 9 AZR 382/07, Ziff. 25, zitiert nach www.bundesarbeitsgericht.de = BB 2008, 2242 m. Komm. Ulrici.

2 Vgl. BAG, 20.5.2008 – 9 AZR 382/07, Ziff. 15, zitiert nach www.bundesarbeitsgericht.de = BB 2008, 2242 m. Komm. Ulrici.

3 Vgl. BAG, 20.5.2008 – 9 AZR 382/07, Ziff. 28, zitiert nach www.bundesarbeitsgericht.de = BB 2008, 2242 m. Komm. Ulrici.