

Dr. Andreas Schönhöft, RA, und Simon Schönleber, LL.M. (Chicago-Kent)

# Zur Frage der Reduzierung von Mitbestimmungsgremien durch einen Gemeinschaftsbetrieb

Wachsende Unternehmen, die eine Vielzahl an Geschäftsfeldern mit mehreren Gesellschaften und Betrieben abdecken, finden sich häufig in einer komplexen und ausgeweiteten Struktur von Mitbestimmungsgremien wieder. Was oft mit einem einzigen örtlichen Betriebsrat begann, hat sich über die Jahre zu einem Geflecht vieler örtlicher Betriebsrats-, Gesamtbetriebsrats- und unter Umständen sogar mehreren Konzernbetriebsratsgremien entwickelt. Was auf den ersten Blick wie ein fein ausdifferenziertes, abgestuftes und übersichtliches System von Ansprechpartner zur Gewährleistung der Mitbestimmungsrechte wirkt, zeigt sich jedoch in der Praxis häufig als schwieriges Zuständigkeitsgerangel (vgl. etwa *Lunk* in *NZA* 2013, 233 ff.). Denn häufig sind sich die Gremien keineswegs einig darüber, wer für eine Fragestellung zuständig sein soll. Dies erschwert es maßgeblich, unternehmensweit einheitliche Regelungen und Standards einzuführen. Ein „Flickenteppich“ aus unterschiedlichen Regelungen verschiedener Gremien ist nicht nur schwer handhabbar, sondern erhöht regelmäßig auch die finanzielle Belastung des Unternehmens. Häufig müssen unterschiedliche Personen geschult werden, jedes Gremium hat selbständige Beziehungsansprüche für externe Berater und möglicherweise müssen Einigungsstellenverfahren parallel angestrengt werden. Insbesondere mit Blick auf die bereits im nächsten Jahr bevorstehenden regelmäßigen Betriebsratswahlen kann es sinnvoll sein, die im Unternehmen vorhandenen Mitbestimmungsgremien einer kritischen Prüfung zu unterziehen. Gerade in größeren Unternehmensgruppen oder Konzernen, die zur Kostenoptimierung nicht selten schon über sog. Shared Service Center miteinander verbunden sind, kann sich eine genauere Prüfung der Mitbestimmungsstruktur auszahlen. Welche Möglichkeiten der Gremienreduzierung der Gemeinschaftsbetrieb bietet, beleuchtet der nachfolgende Beitrag.

## I. Reduzierung von Mitbestimmungsgremien durch Bildung eines Gemeinschaftsbetriebs

Der sog. gemeinsame Betrieb (im Folgenden „Gemeinschaftsbetrieb“) wird regelmäßig ausschließlich im Zusammenhang der Ausweitung der Mitbestimmungsrechte und des Kündigungsschutzes thematisiert, bietet aber ebenfalls einen Ansatzpunkt vorhandene Mitbestimmungsstrukturen zu überprüfen. In einem Gemeinschaftsbetrieb werden Betriebe unterschiedlicher Unternehmenszugehörigkeit wie ein Betrieb im Sinne des Betriebsverfassungsrechts behandelt und damit folgerichtig auch als ein Betrieb im Sinne der Bildung der Mitbestimmungsgremien und der Wahrnehmung der Mitbestimmungsrechte.<sup>1</sup> Dies bedeutet, dass für den Gemeinschaftsbetrieb grundsätzlich ein einheitlicher Betriebsrat gebildet wird.<sup>2</sup> Weitere Folge für die Wahl dieses einheitlichen Betriebsrats ist, dass hierfür die Gesamtanzahl der Arbeitnehmer im (Gemeinschafts-)Betrieb wahlberechtigt ist<sup>3</sup> und sich die Anzahl der in einem Betrieb zu wählenden Betriebsratsmitglieder nach der Zahl aller dort beschäftigten Arbeitnehmer be-

stimmt.<sup>4</sup> Das Vorliegen eines Gemeinschaftsbetriebs hat damit unmittelbare Auswirkungen auf die Anzahl der örtlichen Mitbestimmungsgremien, die Gesamtanzahl der Betriebsräte und die Freistellungen nach § 38 BetrVG.<sup>5</sup> Auf Grund des degressiven Anstiegs der Anzahl der Mandatsträger bzw. Freistellungen mit Zunahme der Arbeitnehmeranzahl wird sich daher in der Regel mit der Bildung von Gemeinschaftsbetrieben die Anzahl der Mandatsträger bzw. Freistellungen mit steigender Anzahl der wahlberechtigten Arbeitnehmer der beteiligten Unternehmen verringern.<sup>6</sup> Die Feststellung bzw. Errichtung eines Gemeinschaftsbetriebs kann daher eine Reduzierung der örtlichen Mitbestimmungsgremien bedingen, ohne dass die selbstständige Rechtsstellung der beteiligten Unternehmen in Frage gestellt wird. Insbesondere im Hinblick auf die in der Regel überschaubaren Kosten bei der Bildung eines Gemeinschaftsbetriebs kann, im Vergleich zu einer regelmäßig mit hohen Kosten verbundene gesellschaftsrechtlichen Umstrukturierung, die Bildung eines Gemeinschaftsbetriebs eine attraktive Alternative darstellen. Allerdings darf vor der Entscheidung für eine betriebliche Umstrukturierung die konkrete betriebliche Situation der möglicherweise in Frage kommenden Betriebe nicht unberücksichtigt bleiben. Der Reduzierung der Gremien und Verringerung der Mandatsträger bzw. Freistellungen stehen auf der anderen Seite weitere Auswirkungen gegenüber, die bewertet werden müssen. Die Gremienreduzierung kann je nach der betrieblichen Struktur und der Größe der beteiligten Gesellschaften dazu führen, dass bestimmte Mitarbeitergruppen aufgrund der Stimmverhältnisse eigene Vertreter im Mitbestimmungsgremium gänzlich verlieren. Dem Arbeitgeber geht mit dem Wegfall eines Gremiums unter Umständen auch ein wichtiger Gesprächspartner mit besonderer betrieblicher Sachkunde verloren. Auch ist zu beachten, dass die Bildung eines Gemeinschaftsbetriebs regelmäßig einen Fall der Betriebsänderungen nach § 111 BetrVG darstellt.<sup>7</sup> Schließlich ist der mögliche Fortfall von günstigen Betriebsvereinbarungen infolge der Errichtung des Gemeinschaftsbe-

1 Vgl. *Gaul*, in: HWK, 5. Aufl. 2012, § 1 BetrVG Rn. 25; *Schönhöft/Wertz*, RdA 2010, 100, 100.

2 Vgl. *Wahlig*, in: SWK, 1. Aufl. 2012, 86 Rn. 15; *Gaul*, in: HWK, 5. Aufl. 2012, § 1 BetrVG Rn. 25; *Schönhöft/Wertz*, RdA 2010, 100, 100.

3 Entscheidend ist ein Arbeitsverhältnis zu einem Betriebsinhaber und der weisungsabhängige Einsatz im gemeinsamen Betrieb vgl. *Koch*, in: *ErfK*, 13. Aufl. 2013, § 7 BetrVG Rn. 2.

4 Vgl. *Lüers/Schomaker*, BB 2013, 565, 565, diese auch ausführlich zur Frage nach der Zurechnung von Arbeitnehmern bei der Unternehmensmitbestimmung hinsichtlich der Schwellenwerte aus dem MitbestG oder DrittelbG und sich mit Bezugnahme auf das LG Hannover, 14.5.2012 – 25 O 65/11 dafür aussprechen, dass grundsätzlich eine Zurechnung im Gemeinschaftsbetrieb nur zu dem Trägerunternehmen erfolgen kann mit dem eine vertragliche Beziehung besteht.

5 Beispiel: Die A-GmbH beschäftigt 1002 Arbeitnehmern, 15 örtliche Betriebsräte, davon 3 freigestellte Betriebsräte, die B-GmbH beschäftigt am gleichen Standort 703 Arbeitnehmer, 13 örtlichen Betriebsräten, davon 2 freigestellte Betriebsräte. Bilden die A-GmbH und B-GmbH einen gemeinsamen Betrieb wären lediglich 17 Betriebsräte zu wählen, davon 4 Betriebsräte freizustellen (d. h. eine Reduzierung von ca. 40 % der Betriebsräte und 20 % der Freistellungen).

6 Dies gilt nur bis zur Erreichung der Maximalwerte nach § 9 BetrVG und § 38 BetrVG in allen beteiligten Unternehmen. Hierbei ist jedoch auch der Rechtsprechungswechsel des BAG zur Berücksichtigung von Leiharbeitnehmern bei Schwellenwerten zu berücksichtigen, die bei Vorliegen mehrerer örtlicher Gremien diese zusätzlich vergrößern können; vgl. dazu auch Anm. *Pötter*, NJW-Spezial 2013, 242 zu BAG 21.1.2013, PM Nr. 6/2013 (Entscheidungsgründe liegen noch nicht vor).

7 BAG, 11.11.1997 – 1 AR 6/97, NZA 1998, 723.

triebs zu bedenken.<sup>8</sup> Nicht unbeachtet dürfen auch Gesichtspunkte bleiben, die über die Aspekte der Mitbestimmung hinausgehen, wie die Kündigungsschutzrechtlichen Folgen bei Vorliegen eines Gemeinschaftsbetriebs. Zum einen werden bei der Bestimmung des Schwellenwerts zur Anwendbarkeit des KSchG gem. § 23 Abs. 1 S. 2, 3 KSchG die Arbeitnehmer des Gemeinschaftsbetriebs addiert. Zum anderen ist die Sozialauswahl über die Unternehmensgrenze hinweg unter Berücksichtigung aller Trägerunternehmen durchzuführen.<sup>9</sup> Schließlich kann die Bildung eines Gemeinschaftsbetriebs erst zu einem verpflichtenden Aufsichtsrat oder zur Veränderung der Struktur eines Aufsichtsrats führen.<sup>10</sup> Die Entscheidung, ob die Errichtung eines Gemeinschaftsbetriebs wirklich wünschenswert ist, darf daher nicht ausschließlich mit Blick auf die Reduzierung der Mitbestimmungsgremien getroffen werden, sondern muss im Gesamtkontext der betrieblichen Realität mit allen Vor- und Nachteilen erfolgen.

Die Herbeiführung einer Gremienreduzierung durch Errichtung eines Gemeinschaftsbetriebs ist nicht rechtsmissbräuchlich. Es ist Teil der grundrechtlich geschützten unternehmerischen Freiheit des Arbeitgebers, grundsätzlich über die Gestaltung seines Betriebs und den Einsatz seiner Betriebsmittel zu entscheiden.<sup>11</sup> Hierzu gehört auch die Freiheit, seinen Betrieb in der zulässigen betrieblichen Organisationseinheit eines Gemeinschaftsbetriebs zu organisieren. Eine rechtsmissbräuchliche Gestaltung wäre allenfalls dann denkbar, wenn die an sich rechtlich mögliche Gestaltung in einer mit Treu und Glauben unvereinbaren Weise nur dazu verwendet wird, sich zum Nachteil des anderen Vertragspartners Vorteile zu verschaffen.<sup>12</sup> Dies wäre insbesondere dann der Fall, wenn der Gestaltung kein schutzwürdiges Eigeninteresse zu Grunde läge, sie als Vorwand für die Erreichung unlauterer Zwecke diene und nur den Zweck hätte, einem anderen Schaden zuzufügen.<sup>13</sup> Auf die Umgestaltung des Betriebs in einen Gemeinschaftsbetrieb trifft dies aber nicht zu. Zum einen handelt es sich hierbei nicht nur um eine punktuelle Veränderung, die sich allein auf den Aspekt der Reduzierung von Mitbestimmungsgremien beschränkt. Wie bereits dargestellt, sind damit eine Vielzahl an betrieblicher Implikationen und Veränderungen verbunden, die den Arbeitnehmern zum Vorteil reichen können.<sup>14</sup> Zum anderen dürften in den Zielen der Effizienzsteigerung, Kostenersparnis und Vereinfachung der Mitbestimmungsstrukturen bereits schutzwürdige Eigeninteressen des Arbeitgebers liegen. Die Folge, dass weniger Betriebsräte zur Ausübung der Mitbestimmung erforderlich sind, ist die gesetzliche Folge und Bewertung durch den Gesetzgeber aus § 9 BetrVG. Für eine zulässige Umgestaltung der betriebsverfassungsrechtlichen Struktur im Rahmen der gesetzlich zugelassenen Organisationsformen spricht zudem, dass gem. § 3 BetrVG sogar eine vom gesetzlichen Leitbild abweichende Gestaltung durch Tarifvertrag möglich ist.

## II. Voraussetzungen eines Gemeinschaftsbetriebs

Eine Definition des Betriebs bleibt der Gesetzgeber dem Rechtswahrender bis heute schuldig. Nach stetiger Rechtsprechung des BAG ist ein Betrieb eine organisatorische Einheit, innerhalb derer sich der Arbeitgeber zusammen mit den von ihm beschäftigten Arbeitnehmern bestimmte arbeitstechnische Zwecke fortgesetzt verfolgt.<sup>15</sup> Eine besondere Ausprägung hiervon stellt der Gemeinschaftsbetrieb dar. Der Gemeinschaftsbetrieb wurde im Rahmen der Betriebsverfassungsgesetzreform aus dem Jahr 2001 gesetzlich anerkannt und in § 1 Abs. 2

BetrVG eingeführt. Die Vorschrift enthält jedoch keine gesetzliche Definition des Gemeinschaftsbetriebs, sondern gibt unter Zugrundelegung des von der Rechtsprechung entwickelten Begriffs vor, dass unter den genannten Voraussetzungen ein gemeinsamer Betrieb mehrerer Unternehmen – widerlegbar – vermutet wird. Die Vermutungstatbestände dienen dem Zweck, Betriebsräten und Wahlvorständen den in der Praxis oft schwer zu erbringenden Nachweis einer Führungsvereinbarung zu ersparen.<sup>16</sup> Die Bestimmung, wann ein Gemeinschaftsbetrieb vorliegt, richtet sich daher nach wie vor nach den durch Rechtsprechung und Literatur aufgestellten Kriterien, wobei das Bestehen eines einheitlichen Leitungsapparats unter den Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 BetrVG vermutet wird.<sup>17</sup> Greifen die Vermutungstatbestände nicht ein, besteht dennoch ein Gemeinschaftsbetrieb, wenn sich mehrere Unternehmen – ausdrücklich oder konkludent – zur Führung eines gemeinsamen Betriebs rechtlich verbunden haben.<sup>18</sup> Ein Gemeinschaftsbetrieb liegt daher vor, wenn sich die daran beteiligten Unternehmen zur gemeinsamen Führung des Betriebs rechtlich verbunden und damit einen einheitlichen Leitungsapparat zur Erfüllung der in der organisatorischen Einheit zu verfolgenden arbeitstechnischen Zwecke geschaffen haben.<sup>19</sup>

### 1. Einheitlicher Leitungsapparat

Zentrales Merkmal des Gemeinschaftsbetriebs ist der sog. einheitliche Leitungsapparat. Der einheitliche Leitungsapparat muss die Arbeitgeberstellung in allen Fragen über soziale und personelle Angelegenheiten im Betrieb wahrnehmen und insoweit ein institutioneller und eindeutiger Ansprechpartner für Mitarbeiter und Mitbestimmung darstellen.<sup>20</sup> Diese Voraussetzung trifft nicht schon dann zu, wenn die Unternehmen – etwa auf der Grundlage von Organ- oder Beherrschungsverträgen – unternehmerisch zusammenarbeiten.<sup>21</sup> Ausschlaggebend ist hier vor allem die einheitliche Wahrnehmung der Arbeitgeberfunktion wie z. B. bei Einstellung, Entlassung, Versetzung, Anordnung von Überstunden oder Entscheidung über Arbeitszeitfragen.<sup>22</sup> Konzernrechtliche Weisungsmacht erzeugt, selbst wenn sie bis zur Betriebsebene durchschlägt, für sich genommen keinen betriebsbezogenen gemeinsamen Leitungsapparat.<sup>23</sup> Auf die Einheitlichkeit der arbeitstechnischen Zweckbestimmung kommt es weniger an, viel-

<sup>8</sup> Vgl. zum Schicksal der Betriebsvereinbarungen der beteiligten Unternehmen bei der Errichtung eines Gemeinschaftsbetriebs ausführlich *Schönhöft/Brahmsstedt*, NZA 2010, 851 ff.

<sup>9</sup> Vgl. BAG, 13.6.1985 – 2 AZR 452/84, NZA 1986, 600, 602; *Fuhlrott/Hoppe*, BB 2012, 253, 254 f., die auch die Besonderheiten im Konzern beleuchten und zum Ergebnis kommen, dass die Pflicht zur Weiterbeschäftigung auf freien Arbeitsplätzen gem. § 1 Abs. 1 S. 2 Nr. 1b KSchG nur in Ausnahmefällen besonderen Vertrauensschutzes oder bei Bestehen einer vertraglichen Grundlage konzernbezogen ist; kritisch zur unternehmensübergreifenden Sozialauswahl *Annuß/Hohenstatt*, NZA 2004, 420, 422.

<sup>10</sup> Vgl. dazu ausführlich *Hjort*, NZA 2001, 696 ff.

<sup>11</sup> Vgl. *Hergenhöfer*, in: HWK, 5. Aufl. 2012, Art. 12 GG Rn. 14 und Art. 14 GG Rn. 12 und 18 ff.

<sup>12</sup> Vgl. BAG, 18.10.2006 – 7 AZR 145/06, NZA 2007, 443, 444 zur rechtsmissbräuchlichen Vertragsgestaltung bei Arbeitnehmerüberlassung.

<sup>13</sup> Vgl. BAG, 30.9.2004 – 8 AZR 462/03, BB 2005, 605, NZA 2005, 43, 48 zur rechtsmissbräuchlichen Ausübung des Widerspruchs nach § 613a.

<sup>14</sup> Z. B. Erweiterung der Sozialauswahl beim Kündigungsschutz oder Wegfall von für die Arbeitnehmer weniger vorteilhafter Betriebsvereinbarungen.

<sup>15</sup> Vgl. BAG, 18.1.2012 – 7 ABR 72/10, NZA-RR 2013, 133, 135; BAG, 13.2.2013 – 7 ABR 36/11, BB 2013, 1395.

<sup>16</sup> Vgl. BT-Drucks. 14/5741, 33.

<sup>17</sup> Vgl. *Gaul*, in: HWK, 5. Aufl. 2012, § 1 BetrVG Rn. 13; *Richardi*, in: *Richardi*, Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung, 13. Aufl. 2012, § 1 Rn. 64; *Schönhöft/Lernen*, BB 2008, 2515, 2516.

<sup>18</sup> BAG, 13.2.2013 – 7 ABR 36/11, BB 2013, 1395.

<sup>19</sup> Vgl. BAG, 13.2.2013 – 7 ABR 36/11, BeckRS 2013, 68948; BAG, 18.2.2012 – 7 ABR 72/10, NZA-RR 2013, 133, 136; BAG, 13.8.2008 – 7 ABR 21/07, NZA-RR 2009, 255, 257; *Schönhöft/Lernen*, BB 2008, 2515, 2516; *Schönhöft/Wertz*, RdA 2010, 100; *Fuhlrott/Hoppe*, BB 2012, 253, 255.

<sup>20</sup> Vgl. *Schönhöft/Lernen*, BB 2008, 2515, 2516; *Fuhlrott/Hoppe*, BB 2012, 253, 255; *Gaul*, in: HWK, 5. Aufl. 2012, § 1 BetrVG Rn. 14; BAG, 25.5.2005 – 7 ABR 38/04, NJOZ 2005, 3725, 3729.

<sup>21</sup> BAG, 24.5.2012 – 2 AZR 62/11, NZA 2013, 277.

<sup>22</sup> Vgl. *Gaul*, in: HWK, 3. Aufl., § 1 BetrVG Rn. 14; *Schönhöft/Lernen*, BB 2008, 2515, 2516; a. A. *Rieble/Gistel*, NZA 2005, 242, 246, die eine einheitliche Leitung nicht ausreichen lassen wollen und eine gemeinschaftliche Leitung verlangen.

<sup>23</sup> BAG, 24.5.2012 – 2 AZR 62/11, NZA 2013, 277.

mehr können mit und in einem Betrieb unterschiedliche Zwecke verfolgt werden.<sup>24</sup> Die rechtliche Zuordnung der Betriebsmittel und Arbeitnehmer ist dabei unbeachtlich. Diese können von nur einem oder von mehreren beteiligten Unternehmen stammen.<sup>25</sup> Auch das einseitige Einbringen und Zur-Verfügung-Stellen von Arbeitnehmern durch nur ein beteiligtes Unternehmen in den Gemeinschaftsbetrieb ist daher zulässig, soweit das Disziplinar- und Weisungsrecht vom einheitlichen Leitungsapparat für einen gemeinsamen einheitlichen arbeitstechnischen Zweck ausgeübt wird.<sup>26</sup> Eine räumliche Einheit ist für die Errichtung eines Gemeinschaftsbetriebs nicht erforderlich.<sup>27</sup> Ob die Voraussetzungen eines Gemeinschaftsbetriebs vorliegen, ist mitunter in der Praxis nicht leicht zu bestimmen. Es werden daher unterschiedliche Indizien herangezogen, die für einen einheitlichen Leitungsapparat sprechen. Von besonderer Bedeutung sind der arbeitgeberübergreifende Personaleinsatz und die gemeinsame Nutzung von Betriebsmitteln (vgl. § 1 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG), die Personenidentität in den Unternehmensorganen sowie die räumliche Nähe zwischen Betriebsstätten.<sup>28</sup> Soweit die an einem Gemeinschaftsbetrieb beteiligten Unternehmen ihre vertraglichen Arbeitnehmer getrennt einsetzen oder sich die Beteiligung eines Unternehmens auf das Zur-Verfügung-Stellen seiner Arbeitnehmer an das andere Unternehmen beschränken, wertet die Rechtsprechung dies als gewichtiges Indiz gegen das Vorliegen eines Gemeinschaftsbetriebs.<sup>29</sup> Der einheitliche Leitungsapparat stellt insbesondere zur Abgrenzung von Fällen der Arbeitnehmerüberlassung das entscheidende Kriterium dar.<sup>30</sup> Der einheitlichen Leitung liegt in der Regel eine sog. Führungsvereinbarung zugrunde, nach der über den Kern der Arbeitgeberfunktionen in sozialen und personellen Angelegenheiten nur gemeinsam für alle der im Gemeinschaftsbetrieb zusammengefassten Betriebe entschieden werden soll.<sup>31</sup> Eine Führungsvereinbarung muss nicht ausdrücklich und in schriftlicher Form geschlossen werden.<sup>32</sup> Ausreichend und in der Praxis eher zu finden ist eine konkludente, stillschweigend geschlossene Vereinbarung. Nach dem BAG kann bereits die gemeinsame Nutzung von Betriebsmitteln als Indiz für das Vorliegen einer Führungsvereinbarung gewertet werden.<sup>33</sup> Bedeutsam ist, dass es sich bei der Führungsvereinbarung nicht um eine bloße unternehmerische Zusammenarbeit handelt, sondern hierdurch gerade ein einheitlicher Leitungsapparat geschaffen wird, der über Nutzung der Betriebsmittel, Gestaltung der Arbeitsabläufe sowie technische, personelle und organisatorische Angelegenheiten entscheidet.<sup>34</sup> Der Zweck einer Führungsvereinbarung liegt in der Koordination der Tätigkeit der verschiedenen Gesellschaften gegenüber den Arbeitnehmern.<sup>35</sup> Eine Übertragung des Direktionsrechts ist davon regelmäßig nicht mitumfasst.<sup>36</sup>

## 2. Einsatz der Betriebsmittel für einen gemeinsamen arbeitstechnischen Zweck

Einheitlicher Leitungsapparat und Führungsvereinbarung müssen dazu dienen, die gemeinsamen Betriebsmittel und Arbeitnehmer zur Verfolgung eines gemeinsamen arbeitstechnischen Zwecks einzusetzen.<sup>37</sup> Entscheidend für den gemeinsamen Personaleinsatz ist zum einen die einheitliche Ausübung des Weisungsrechts durch den einheitlichen Leitungsapparat.<sup>38</sup> Es genügt also nicht, dass die Unternehmen durch ein bei ihnen separat verbleibendes Weisungsrecht einzeln ihre Arbeitnehmer einsetzen.<sup>39</sup> Erforderlich ist weiter noch, dass ein arbeitgeberübergreifender Personaleinsatz praktiziert wird, der charakteristisch für den normalen Betriebsablauf ist.<sup>40</sup> Der genaue Umfang

und die Intensität dieses übergreifenden Einsatzes erscheinen nach der bisher ergangenen Rechtsprechung noch wenig konturiert. Nicht ausreichend ist jedenfalls der strikt getrennte Einsatz des Personals der beteiligten Unternehmen.<sup>41</sup> Erforderlich ist ein Personalaustausch zwischen den Unternehmen.<sup>42</sup> Ein Mindestmaß, das jedoch nicht völlig marginal sein darf<sup>43</sup>, könnte unter Umständen eine unternehmensübergreifende Urlaubsvertretung darstellen.<sup>44</sup> Naheliegender stellt sich die Frage des Vorliegens eines Gemeinschaftsbetriebs in Konzernen und Unternehmensgruppen bei den seit Jahren zunehmenden sog. Shared Service Einheiten, insbesondere im Bereich Human Resource (HR). Die Abgrenzung zum Gemeinschaftsbetrieb erscheint hier nicht immer einfach, so dass in diesen Konstellationen nicht selten bereits ein Gemeinschaftsbetrieb vorliegen bzw. ein Gemeinschaftsbetrieb leicht zu begründen sein dürfte. Maßgeblich für die Einordnung der Zusammenarbeit zweier Betriebe dürfte gerade bei der gemeinsamen Nutzung von HR Shared Service Einheiten<sup>45</sup> die Nutzung eines einheitlichen Leitungsapparats sein, der den arbeitgeberübergreifenden Personaleinsatz koordiniert.<sup>46</sup> Insoweit wird es neben der vertraglichen Vereinbarung auch auf die tatsächliche Ausgestaltung der Beziehung der ausgegliederten Personaleinheit ankommen.<sup>47</sup> Wird sie nicht nur als Dienstleister tätig, sondern als entscheidungsbefugter Ansprechpartner der Mitbestimmung und Arbeitnehmer wahrgenommen, wird man bereits eine konkludente Führungs-

24 Vgl. BAG, 25.5.2005 – 7 ABR 38/04, NJOZ 2005, 3725, 3729.

25 Vgl. Schönhöft/Lermen, BB 2008, 2515, 2517.

26 Vgl. auch BAG, 23.9.2010 – 8 AZR 567/09, NZA 2011, 197, 199, das einen Gemeinschaftsbetrieb beim Zur-Verfügung-Stellen von Arbeitnehmern hier nur deshalb verneint hat, da kein einheitlicher Leitungsapparat vorlag.

27 Vgl. Gaul, in: HWK, 5. Aufl. 2012, § 1 BetrVG, Rn. 22 und § 4 Rn. 8; BAG, 15.3.2001 – 2 AZR 151/00, NZA 2001, 831, 832; BAG, 21.6.1995 – 2 AZR 693/94, AP Nr. 16 zu § 1 BetrVG 1972.

28 Vgl. Gaul, in: HWK, 5. Aufl. 2012, § 1 BetrVG Rn. 16; jüngst BAG, 13.2.2013 – 7 ABR 36/11, BeckRS 2013, 68948, das die Bewertung des LAG, dass eine Entfernung von 3 km gegen das Vorliegen eines einheitlichen Betriebs spricht nicht bemängelt hat; BAG, 13.2.2013 – 7 ABR 36/11, BeckRS 2013, 68948; BAG, 18.2.2012 – 7 ABR 72/10, NZA-RR 2013, 133, 136; BAG, 25.5.2005 – 7 ABR 38/04, NJOZ 2005, 3725, 3729; BAG, 24.1.1996 – 7 ABR 10/95, NZA 1996, 1110, 1111.

29 Vgl. BAG, 13.2.2013 – 7 ABR 36/11, BeckRS 2013, 68948; BAG, 18.1.2012 – 7 ABR 72/10, NZA-RR 2013, 133, 136; LAG Düsseldorf, 20.12.2010 – 14 TaBV 24/10, Beck RS 2011, 72749; BAG, 13.8.2008 – 11 TaBV 32/05, NZA-RR 2009, 255, 258; BAG, 22.6.2005 – 7 ABR 57/04, NZA 2005, 1248, 1249; BAG, 24.1.1996 – 7 ABR 10/95, NZA 1996, 1110, 1111.

30 Dazu ausführlich schon Schönhöft/Lermen, BB 2008, 2515, 2517. Der Verleiher übt ausschließlich die Leitungsmacht über die Leiharbeitnehmer aus, während dies im Gemeinschaftsbetrieb durch einen einheitlichen Leitungsapparat geschieht.

31 Die rechtliche Verbindung zur gemeinsamen Führung erfolgt in der Regel in Form einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts, soweit durch die Unternehmen keine andere Form gewählt wurde.

32 Vgl. Wahlig, SWK, 1. Aufl. 2012, 86 Rn. 4ff.; BAG, 13.8.2008 – 7 ABR 21/07, NZA 2009, 255, 257; BAG, 24.1.1996 – 7 ABR 10/95, NZA 1996, 1110, 1111 f.

33 Vgl. Wahlig, in: SWK, 1. Aufl. 2012, 86 Rn. 7; BAG, 13.8.2008 – 7 ABR 21/07, NZA 2009, 255, 257; BAG, 11.2.2004 – 7 ABR 27/03, NZA 2004, 618, 619; BAG, 13.6.1986 – 2 AZR 452/84, NZA 1986, 600, 601.

34 Vgl. Wahlig, in: SWK, 1. Aufl. 2012, 86 Rn. 6–7; Gaul, in: HWK, 5. Aufl. 2012, § 1 BetrVG Rn. 15.

35 Vgl. BAG, 26.8.1999 – 8 AZR 588/98, BeckRS 1999, 30780253.

36 Vgl. BAG, 26.8.1999 – 8 AZR 588/98, BeckRS 1999, 30780253.

37 Nutzt nur ein Arbeitgeber die Betriebsmittel allein, liegt aus diesem Grund bereits kein Gemeinschaftsbetrieb vor Koch, in: ErFK, 13. Aufl. 2013, § 1 BetrVG Rn. 14; BAG, 22.6.2005 – 7 ABR 57/04, NZA 2005, 1248, 1249.

38 Vgl. BAG, 13.8.2008 – 11 TaBV 32/05, NZA-RR 2009, 255, 258.

39 Vgl. BAG, 13.8.2008 – 11 TaBV 32/05, NZA-RR 2009, 255, 258.

40 Vgl. BAG, 22.6.2005 – 7 ABR 57/04, NZA 2005, 1248, 1249; BAG, 24.1.1996 – 7 ABR 10/95, NZA 1996, 1110, 1111.

41 Vgl. LAG Düsseldorf, 20.12.2010 – 14 TaBV 24/10, Beck RS 2011, 72749; BAG, 13.8.2008 – 11 TaBV 32/05, NZA-RR 2009, 255, 258.

42 Vgl. BAG, 13.2.2013 – 7 ABR 36/11, BeckRS 2013, 68948; LAG Düsseldorf, 20.12.2010 – 14 TaBV 24/10, Beck RS 2011, 72749.

43 Vgl. BAG, 13.2.2013 – 7 ABR 36/11, BeckRS 2013, 68948.

44 Die Urlaubsvertretung erwähnend BAG, 13.2.2013 – 7 ABR 36/11, BeckRS 2013, 68948; LAG Düsseldorf, 20.12.2010 – 14 TaBV 24/10, Beck RS 2011, 72749; BAG, 13.8.2008 – 11 TaBV 32/05, NZA-RR 2009, 255, 258 f.; Anm. Winzer, FD-ArbR 2009, 272975.

45 Ausführlich zu der Frage in wie weit die Bündelung von Personalarbeit im Konzern einen einheitlichen Leitungsapparat begründen kann, Rieble/Gistel, NZA 2005, 242 ff.

46 Vgl. LAG München, 20.8.2008 – 5 TaBV 104/07, BeckRS 2009, 67468; Maschmann, NZA-Beilage 2009, 32, 36; Rieble/Gistel, NZA 2005, 242, 246, verlangen aus dem Erfordernis einer gemeinschaftlichen Leitung heraus einen Ring-Vertrag zwischen allen Gesellschaftern statt eines Stern-Vertrags der einzelnen Vertragsarbeitgeber mit einem Dienstleister.

47 Vgl. auch BAG, 18.10.2006 – 2 AZR 434/05, NZA 2007, 552, 557, das in der lediglich die Entscheidung der Unternehmen unterstützenden Tätigkeit einer gemeinsamen Personalabteilung kein Indiz für das Vorliegen eines Gemeinschaftsbetriebs sieht.

vereinbarung in personalrechtlichen Fragestellungen annehmen können.<sup>48</sup> Gleiches gilt, wenn sie weitestgehend selbstständig über die personalrechtlichen Gestaltungen und über personalrechtliche Richtlinienkompetenzen entscheidet.

### III. Auswirkung der Bildung eines Gemeinschaftsbetriebs

Wie bereits einleitend aufgezeigt, kann die Errichtung eines Gemeinschaftsbetriebs genutzt werden, um die Anzahl der Mitbestimmungsgremien zu reduzieren. Entscheidet sich ein Unternehmen, seine Strukturen so anzupassen, dass ein Gemeinschaftsbetrieb entsteht, stellt sich je nach Zeitpunkt der Anpassung die Frage, welche Auswirkungen dies für bestehende Mitbestimmungsgremien hat. Keine größeren Probleme bereitet die Anpassung zum Ablauf bzw. Neubeginn einer Amtszeit der Mitbestimmungsgremien. In diesem Fall können die bisherigen Mitbestimmungsgremien ihre Amtszeit beenden und die Neuwahlen unter den angepassten Strukturen stattfinden. Die Betriebsratswahlen finden dann für den Gemeinschaftsbetrieb gem. § 13 BetrVG statt.

Anders liegt der Fall, wenn sich das Unternehmen innerhalb einer laufenden Amtszeit des Betriebsrats dafür entscheidet, einen Gemeinschaftsbetrieb zu etablieren. Insoweit ist zu beachten, dass die vorhandenen Mitbestimmungsgremien rechtmäßig und legitim für einen Betrieb gewählt wurden. Nicht auszuschließen sind auch Fälle, in denen ein Gemeinschaftsbetrieb zwischen mehreren Betrieben bereits unbeachtet vorliegt. Lag bereits im Zeitpunkt der vergangenen Betriebsratswahl ein Gemeinschaftsbetrieb vor, ändert dies im Grundsatz nichts an der Legitimität der Betriebsratswahl.<sup>49</sup> Diese wäre lediglich im Rahmen des § 19 BetrVG anfechtbar.<sup>50</sup> Eine Nichtigkeit der Betriebsratswahl ist nur im Ausnahmefall bei besonders schwerwiegenden Verstößen anzunehmen.<sup>51</sup> Nicht genügt hingegen die Verknüpfung der betriebsratsfähigen Organisationseinheit und seiner Ausformungen in §§ 1, 3 und 4 BetrVG.<sup>52</sup> Wird die Verpflichtung zur Wahl eines gemeinsamen Betriebsrats nach betrieblichen Umstrukturierungsprozessen nicht erkannt oder waren die rechtlichen Voraussetzungen des Gemeinschaftsbetriebs zweifelhaft, liegt in der Regel nur ein Anfechtungstatbestand vor. In diesen Fällen wird regelmäßig die Ausschlussfrist des § 19 Abs. 2 BetrVG schon verstrichen sein, so dass Heilung der Wahl eingetreten ist.<sup>53</sup> In diesen Fällen stehen den beteiligten Unternehmen zwei selbstständige Mitbestimmungsgremien gegenüber, die zwar für unterschiedliche Personengruppen, aber für dieselbe betriebsverfassungsrechtliche Organisationseinheit zuständig wären.

Für Veränderungen der betrieblichen Realität durch die Zusammenlegung von Betrieben regelt § 21a Abs. 2 BetrVG die Rechtsfolgen für die Mitbestimmungsträger.<sup>54</sup> Eine Betriebszusammenlegung liegt vor, wenn zwei oder mehrere bisher selbstständige organisatorische Einheiten unter eine neue einheitliche Organisationseinheit zusammengefasst und einer einheitlichen Leitungsstruktur unterstellt werden.<sup>55</sup> Der Gesetzgeber wollte mit der Vorschrift des § 21a BetrVG Arbeitnehmer in der Umbruchphase im Anschluss an eine betriebliche Umstrukturierung vor dem Verlust der Beteiligungsrechte schützen und sicherstellen, dass eine mitbestimmungsrechtliche Vertretung durchgehend gewährleistet ist.<sup>56</sup> Nach dem Grundkonzept dieser Kollisionsnorm ist für eine betriebsverfassungsrechtliche Organisationseinheit stets nur ein Gremium zuzulassen.<sup>57</sup> § 21a Abs. 2 BetrVG ist auch im Falle der Bildung eines Gemeinschaftsbetriebs einschlägig, da durch den Abschluss einer Führungsvereinbarung die Organisation und Leitungsstruktur grund-

legend verändert werden.<sup>58</sup> Bestehen in den bisher getrennt geführten Betrieben mehrere eigenständige örtliche Mitbestimmungsgremien, so erlischt deren reguläres Mandat mit der Bildung eines Gemeinschaftsbetriebs, da die bisherigen Betriebe ihre Identität verlieren.<sup>59</sup> Gem. § 21a Abs. 2 BetrVG fällt dem bisherigen Gremium des größten Betriebs ein Übergangsmandat zu.<sup>60</sup> Das Übergangsmandat ist maßgeblich auf die Wahl des Mitbestimmungsgremiums in der neuen Betriebs-einheit gerichtet. Größter Betrieb ist derjenige, hinter dem die meisten wahlberechtigten Arbeitnehmer stehen.<sup>61</sup> Dieses Gremium nimmt das Übergangsmandat für den gesamten neuen (Gemeinschafts-)Betrieb unter Ausweitung seiner Zuständigkeit wahr, bis ein neues Gremium fristgemäß gewählt wurde.<sup>62</sup> Falls nur einer der zusammengefassten Betriebe bisher einen örtlichen Betriebsrat errichtet hat, ändert dies nichts an der Entstehung des Übergangsmandats gem. § 21a Abs. 2 BetrVG. Die Vorschrift setzt nicht voraus, dass in allen bislang selbstständigen Betrieben schon ein Betriebsrat gewählt war.<sup>63</sup> Ist der größte Betrieb betriebsratslos, kann das Übergangsmandat vom Betriebsrat des nächstgrößten Betriebs wahrgenommen werden.<sup>64</sup>

### IV. Gesamtbetriebsratsgremien mehrerer Gemeinschaftsbetriebe

Betreiben die an dem Gemeinschaftsbetrieb beteiligten Unternehmen nicht nur einen, sondern mehrere Gemeinschaftsbetriebe zusammen, stellt sich die Frage, ob auf der Ebene des Gesamtbetriebsrats ebenfalls eine Gremienreduzierung erfolgen kann. Ein Gesamtbetriebsrat ist gem. § 47 Abs. 1 BetrVG zu errichten, wenn in einem Unternehmen bereits mehrere örtliche Betriebsräte gebildet wurden. Hierbei kann es sich auch um örtliche Gemeinschaftsbetriebe handeln. In diesem Fall entsendet der Betriebsrat des Gemeinschaftsbetriebs gem. § 47

48 Vgl. BAG, 18.1.2012 – 7 ABR 72/10, NZA-RR 2013, 133; BAG, 13.8.2008 – 7 ABR 21/07, NZA-RR 2009, 255, 257.

49 BAG, 13.2.2013 – 7 ABR 36/1, BB 2013, 1395.

50 BAG, 13.2.2013 – 7 ABR 36/1, BB 2013, 1395.

51 Ein solcher wurde vom LAG Hamburg für eine evidente und willkürliche Abweichung von § 4 BetrVG auf der Grundlage eines nicht wirksamen Tarifvertrags anerkannt, da der Betriebsbegriffs besonders grob verkannt worden sei; vgl. LAG Hamburg, 6.5.1996 – 4 TaBV 3/96, NZA-RR 1997, 136, 140.

52 Vgl. Reichold, in: HWK, 5. Aufl. 2012, § 19 BetrVG Rn. 11 und 25; Thüsing, in: Richardi, Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung, 13. Aufl. 2012, § 19 BetrVG Rn. 17 und 73; BAG, 19.11.2003 – 7 ABR 25/03, AP BetrVG 1972 § 19 Nr. 15; BAG, 21.9.2011 – 7 ABR 54/10, NZA-RR 2012, 168, 189; BAG, 13.2.2013 – 7 ABR 36/1, BB 2013, 1395; auch im Fall dass ein Gemeinschaftsbetrieb zu Unrecht angenommen wurde vgl. LAG Niedersachsen, 2.12.2011 – 6 TaBV 29/11, BeckRS 2012, 69450.

53 Vgl. Reichold, in: HWK, 5. Aufl. 2012, § 19 BetrVG Rn. 17.

54 In Betracht kommt eine direkte oder analoge Anwendung des § 21a BetrVG in den Fällen des unerkannten Gemeinschaftsbetriebs, je nachdem, ob man die Sechs-Monats-Frist des § 21a Abs. 1 S. 3 BetrVG mit Wirksamwerden der Zusammenlegung oder mit (An-)Erkennung der Zusammenlegung beginnen lässt.

55 Reichold, in: HWK, 5. Aufl. 2012, § 21a BetrVG Rn. 9.

56 Vgl. BT-Drs. 14/5741, 39; Koch, in: Erfk, 13. Aufl. 2013, § 21a BetrVG Rn. 3; Fischer, RdA 2005, 39, 41; Fitting, Betriebsverfassungsgesetz, 26. Aufl. 2012, § 21a BetrVG Rn. 11a, 23; Hohenstatt, in: WHSS, Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, 4. Aufl. 2011, D 87 f.; kritisch Maschmann, NZA-Beilage 2009, 32, 36 f.

57 Vgl. dazu, dass in einem Betrieb nur ein Betriebsrat bestehen kann auch BAG, 21.7.2004 – 7 ABR 57/03, AP Nr. 15 zu § 4 BetrVG 1972; BAG, 11.4.1978 – 6 ABR 22/77, AP Nr. 8 zu § 19 BetrVG 1972.

58 Vgl. Reichold, in: HWK, 5. Aufl. 2012, § 21a BetrVG Rn. 9; Rieble, NZA 2002, 233, 238; LAG Hessen, 23.10.2008 – 9 TaBV 155/08, juris.

59 Vgl. Fitting, Betriebsverfassungsgesetz, 26. Aufl. 2012, § 21a BetrVG Rn. 11.

60 Vgl. Reichold, in: HWK, 5. Aufl. 2012, § 21a BetrVG Rn. 9 und 16; Fitting, Betriebsverfassungsgesetz, 26. Aufl. 2012, § 21a Rn. 11.

61 Vgl. Reichold, in: HWK, 5. Aufl. 2012, § 21a BetrVG Rn. 9 und 16.

62 Vgl. Reichold, in: HWK, 5. Aufl. 2012, § 21a BetrVG Rn. 16; Kreutz, in: GK, 9. Aufl., § 21a BetrVG Rn. 75; Düwell, in: HaKo, 3. Aufl. 2010, § 21a BetrVG Rn. 49 f.; Löwisch/Kaiser, Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, 6. Aufl. 2010, § 21a BetrVG Rn. 25; Rieble, NZA 2002, 233, 237 f.

63 Vgl. Reichold, in: HWK, 5. Aufl. 2012, § 21a BetrVG Rn. 9; Fitting, Betriebsverfassungsgesetz, 26. Aufl. 2012, § 21a Rn. 11; Thüsing, in: Richardi, Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung, 13. Aufl. 2012, § 21a BetrVG Rn. 11; Kreutz, in: GK, 9. Aufl. 2010, § 21a BetrVG Rn. 68; a. A. Löwisch/Schmidt-Kessel, BB 2001, 2162, 2164.

64 H. M. ausführlich Fitting, Betriebsverfassungsgesetz, 26. Aufl. 2012, § 21a Rn. 19, Fischer, RdA 2005, 39, 40; Kreutz, in: GK, 9. Aufl. 2010, § 21a BetrVG Rn. 73; Thüsing, in: Richardi, Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung, 13. Aufl. 2012, § 21a BetrVG Rn. 11; Buschmann, in: DKKW, 13. Aufl. 2012, § 21a BetrVG Rn. 43; a. A. Reichold, in: HWK, 5. Aufl. 2012, § 21a Rn. 9; Rieble, NZA 2002, 233, 238; Reichold, NZA 2001, 857, 859 denen nach es dann kein Übergangsmandat geben soll.

Abs. 9 BetrVG Mitglieder in den jeweiligen Gesamtbetriebsrat der unterschiedlichen Trägerunternehmen.<sup>65</sup> Nach Rechtsprechung des BAG ist die Einheit und Identität des Rechtsträgers auf den Unternehmensbegriff im BetrVG begrenzt.<sup>66</sup> Da in einen Gemeinschaftsbetrieb mindestens zwei Rechtsträger beteiligt sind, kann daher kein einheitlicher Gesamtbetriebsrat gebildet werden.<sup>67</sup> Eine Gremienreduzierung ist folglich auf Gesamtbetriebsratsebene nicht möglich. Lediglich in der Konstellation, in der die beteiligten Unternehmen ausschließlich Gemeinschaftsbetriebe unterhalten, erscheint eine Ausnahme denkbar. In diesem Sonderfall kann ein einheitlicher (Gemeinschafts-)Gesamtbetriebsrat etabliert werden.<sup>68</sup> Letztlich bleibt die Möglichkeit über § 3 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG auf tariflicher Ebene die Bildung eines unternehmensübergreifenden Gesamtbetriebsrats zu vereinbaren. Ob durch die Vorschrift auch die Schaffung einer Arbeitnehmervertretungsstruktur auf Unternehmensebene zulässig ist, ist in der Literatur umstritten.<sup>69</sup> Das BAG hat zum Streitstand bisher nicht eindeutige Stellung bezogen und in einer Entscheidung die Errichtung eines unternehmensübergreifenden Gesamtbetriebsrats nach § 3 Abs. 1 Nr. 3 aus tatsächlichen Gründen abgelehnt, da im streitigen Fall keine tarifvertragliche Vereinbarung vorlag.<sup>70</sup> Eine tarifliche Vereinbarung nach § 3 Abs. 1 Nr. 3 erscheint daher möglich, ist jedoch mit Rechtsunsicherheit belastet.<sup>71</sup>

## V. Zusammenfassung

Die Betrachtung zeigt, dass der Gemeinschaftsbetrieb eine betriebliche Gestaltungsform darstellt, durch die Mitbestimmungsgremien auf örtlicher Ebene erheblich reduziert werden können. Von besonderem Interesse kann dies insbesondere für größere Unternehmensgruppen oder in Konzernen sein, die in verschiedenen Betrieben eng zusammenarbeiten und insbesondere im HR Bereich sog. Shared Service Einheiten betreiben. Unabhängig davon, ob ein Gemeinschaftsbetrieb neu gebildet oder ein Gemeinschaftsbetrieb unter Umständen bereits unerkannt vorliegt, kann dieser regelmäßig im Vergleich zu gesellschaftsrechtlichen Umstrukturierungen mit verhältnismäßig geringem

Aufwand errichtet werden. Ein bereits bestehendes Mitbestimmungsgremium übt unter den Voraussetzungen des § 21a BetrVG ein Übergangsmandat bis zur Neuwahl der gemeinschaftlichen Mitbestimmung aus. Eine Beurteilung, ob die Errichtung des Gemeinschaftsbetriebs aus Unternehmenssicht wünschenswert ist, darf sich jedoch nicht nur auf den Aspekt der Gremienreduzierung beschränken. Von Bedeutung sind hier vor allem praktische Aspekte der neuen Mitbestimmungsstruktur, Auswirkungen auf den Kündigungsschutz und das Schicksal betrieblicher Vereinbarungen.

**Dr. Andreas Schönhöft** ist Fachanwalt für Arbeitsrecht und Fachanwalt für Steuerrecht und als Rechtsanwalt bei avocado Rechtsanwälte in Hamburg tätig. Seit dem Jahr 2006 übt er ebenfalls eine Tätigkeit als Syndikusanwalt für ein Unternehmen eines international agierenden Konzerns aus. Der Schwerpunkt seiner Tätigkeit liegt im kollektiven Arbeitsrecht und Tarifrecht.



**Simon Schönleber** studierte Rechtswissenschaften an der Bucerius Law School in Hamburg. Danach schloss er das Masterprogramm International and Comparative Law am IIT Chicago-Kent College of Law ab. Seit 2012 ist *Simon Schönleber* Rechtsreferendär bei dem Hanseatischen Oberlandesgericht Hamburg.



65 Vgl. *Fitting*, Betriebsverfassungsgesetz, 26. Aufl. 2012, § 1 BetrVG Rn.109; *Kreutz*, in: GK, 9. Aufl. 2010, § 47 BetrVG Rn. 21.

66 Vgl. BAG, 13.2.2007 – 1 AZR 184/06, NZA 2007, 825, 827.

67 Näher dazu *Schönhöft/Wertz*, RdA 2010, 100, 101 f.

68 *Schönhöft/Wertz*, RdA 2010, 100, 103.

69 Vgl. *Schönhöft/Wertz*, RdA 2010, 100, 103; dafür dass nach § 3 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG Arbeitnehmervertretungsstrukturen auf allen Ebenen geschaffen werden können vgl. *Fitting*, Betriebsverfassungsgesetz, 26. Aufl. 2012, § 3 BetrVG Rn. 50; *Trümmer*, in: DKKW, 13. Aufl. 2012, § 3 BetrVG Rn. 65 f.; *Kania/Klemm*, RdA 2006, 22, 24 f.; anderer Auffassung, dass nach § 3 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG allein die Feststellung der betriebsverfassungsrechtlichen Organisationseinheiten und damit allein die Schaffung eines neuen Mitbestimmungsgremiums auf der ersten Repräsentationsstufe zulässig sein soll vgl. *Richardi*, in: *Richardi*, Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung, 13. Aufl. 2012, § 3 BetrVG Rn. 37; *Teusch*, NZA 2007, 124, 127; *Franzen*, in: GK, 9. Aufl. 2010, § 3 BetrVG Rn. 19; *Thüsing*, ZIP 2003, 693, 703.

70 Vgl. BAG, 17.3.2010 – 7 AZR 706/08, NJOZ 2010, 1831.

71 Dazu bereits ausführlich *Schönhöft/Wertz*, RdA 2010, 100, 102 f.

# BAG: Unterbliebene Anpassung der Betriebsrente wegen wirtschaftlicher Lage des Arbeitgebers

BAG, Urteil vom 28.5.2013 – 3 AZR 125/11

Volltext des Urteils: [BB-ONLINE BBL2013-2101-1](#)  
unter [www.betriebs-berater.de](#)

## ORIENTIERUNGSSÄTZE

1. Nach § 16 Abs. 1 und Abs. 2 BetrAVG ist der Arbeitgeber, sofern seine wirtschaftliche Lage nicht entgegensteht, alle drei Jahre zur Anpassung der Betriebsrente an den seit Rentenbeginn eingetretenen Kaufkraftverlust verpflichtet. Diese Verpflichtung wird durch die Nettolohnentwicklung vergleichbarer Arbeitnehmergruppen des Unternehmens begrenzt (reallohnbezogene Obergrenze). Prüfungszeitraum sowohl für den Kaufkraftverlust als auch für die reallohnbezogene Obergrenze ist die Zeit vom individuellen Rentenbeginn bis zum jeweiligen Anpassungstichtag. Dies gilt auch dann, wenn der Arbeitgeber gemäß § 16 Abs. 4 BetrAVG nicht verpflichtet ist, eine bei einem

vorgelagerten Prüfungstichtag zu Recht unterbliebene Anpassung ab dem Folgestichtag nachzuholen. Ist die Anpassung zu vorangegangenen Anpassungstichtagen zu Recht ganz unterblieben, ist der Anpassungsbedarf vom Rentenbeginn bis zum aktuellen Anpassungstichtag zu ermitteln und hiervon der Anpassungsbedarf vom Rentenbeginn bis zum vorgelagerten Anpassungstichtag in Abzug zu bringen.

2. Die Anpassungsprüfungspflicht nach § 16 Abs. 1 und Abs. 2 BetrAVG trifft den Versorgungsschuldner; auf seine wirtschaftliche Lage kommt es an. Damit ist es grundsätzlich entscheidend, wer zum jeweiligen Anpassungstichtag Versorgungsschuldner ist. Ist der Versorgungsschuldner aus einer Verschmelzung zweier Unternehmen entstanden, die in dem für die Prognose maßgeblichen repräsentativen Zeitraum stattgefunden hat, kommt es grundsätzlich auch auf die wirtschaftliche Entwicklung der beiden ursprünglich selbstständigen Unternehmen bis zur Verschmelzung an. Dies gilt unabhängig davon,