

Der Betriebsführungsvertrag als
Gestaltungsinstrument und seine Auswirkungen
auf die betriebliche Mitbestimmung

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
der Juristischen Fakultät
der Eberhard Karls Universität Tübingen
vorgelegt von

Florian Michael Wagenhals
aus Stuttgart

2014

TOBIAS-lib

Dekan: Prof. Dr. Jörg Kinzig

1. Berichterstatter: Prof. Dr. Hermann Reichold

2. Berichterstatter: Prof. Dr. Stefan Thomas

Tag der mündlichen Prüfung: 22. Juli 2014

Widmung

WIDMUNG

Meiner Ehefrau Sabrina,
unserem Sohn Finn Niklas
und unserer Tochter
Lina Marie

VORWORT

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2012/2013 von der Juristischen Fakultät der Eberhard Karls-Universität Tübingen als Dissertation angenommen.

Anstoß zu der Doktorarbeit gab meine berufliche Tätigkeit bei CMS Hasche Sigle in Stuttgart und die Einsicht, dass der Drang der Unternehmen zu modernen und flexiblen Arbeits- und Unternehmensstrukturen immer größer wird. Der Aufsatz von Volker Rieble in der Neuen Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA 2010, 1145-1150) führte mich letztlich zu dem Betriebsführungsvertrag als Gestaltungsinstrument. Ziel dieser Dissertation ist es, zu überprüfen, ob der Betriebsführungsvertrag ein geeignetes Mittel zur modernen Unternehmensumstrukturierung ist und welches Potential ihm für die heutige Zeit zugeschrieben werden kann.

Meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Hermann Reichold, gilt mein besonderer Dank für die Betreuung des Dissertationsvorhabens. Während meiner Arbeit hatte er immer ein offenes Ohr für mich und gab mir in unseren Diskussionen mit seinen kritischen Anmerkungen wertvolle Hinweise.

Besonderer Dank gilt auch meinen Eltern und meinem Bruder, die mich während meiner Promotion immer unterstützten und mir mit der sorgfältigen Korrektur meiner Dissertation eine besonders große Hilfe waren.

Von ganzem Herzen möchte ich mich bei meiner Ehefrau Sabrina vor allem für die große moralische Unterstützung bedanken. Ohne Ihren besonderen Rückhalt und die liebevolle Zuwendung für mich, unseren Sohn und unserer Tochter wäre dieses Dissertationsvorhaben so nicht möglich gewesen.

Tübingen, Juli 2014

Florian Wagenhals

INHALTSVERZEICHNIS

<i>Widmung</i>	I
<i>Vorwort</i>	II
Inhaltsverzeichnis	III
Abkürzungsverzeichnis	VII
A. Einleitung.....	1
I. Erscheinungsformen des Betriebsführungsvertrages	1
II. Der Betriebsführungsvertrag als Gestaltungsinstrument in der Praxis	3
1. Unternehmens-/ Konzern-/ oder Organisationsfunktion	4
2. Trennung von Belegschaft und Betriebsmitteln	5
3. Vermeidung betrieblicher Mitbestimmung	6
III. Aktuelle Beispiele aus der Praxis	7
IV. Untersuchungsgegenstand	8
B. Der Betriebsführungsvertrag.....	11
I. Was ist ein Betriebsführungsvertrag?	11
1. Definition.....	11
2. Echter und unechter Betriebsführungsvertrag	13
II. Abgrenzung zu ähnlichen unternehmerischen Gestaltungsformen.....	14
1. Geschäftsführungsvertrag	14
2. Betriebspachtvertrag.....	14
3. Betriebsüberlassungsvertrag	16
4. Vertriebsformen.....	16
III. Abgrenzung zur Arbeitnehmerüberlassung	17
1. Echter Betriebsführungsvertrag	18
2. Unechter Betriebsführungsvertrag.....	20
IV. Grenzen der Gestaltungsmöglichkeiten zum Schutz des Unternehmers.....	21

Inhaltsverzeichnis

1. Grenze nach Umfang und Intensität der Führungsbefugnis	21
2. Grenze nach Dauer	23
3. Erweiterung der Führungsbefugnis infolge des Beherrschungsvertrages nach § 291 AktG.....	25
4. Besonderheit: Zustimmung, Schriftform und Eintragung nach § 292, 293, 298 AktG.....	26
C. Auswirkungen auf das Arbeitsrecht.....	28
I. Arbeitgeberstellung	28
1. Übersicht über den Meinungsstand	28
a) Echter Betriebsführungsvertrag.....	29
b) Unechter Betriebsführungsvertrag	34
2. Arbeitgeber in der Vertragsbeziehung.....	35
a) Echter Betriebsführungsvertrag.....	36
b) Unechter Betriebsführungsvertrag	41
3. Arbeitgeber in der Betriebsbeziehung	55
a) Echter Betriebsführungsvertrag.....	58
b) Unechter Betriebsführungsvertrag	78
4. Grenze: Einwand des Gestaltungsmissbrauchs – Strohmannesgeschäft	80
5. Grenze: Schutz der Arbeitnehmer vor Veräußerung der Betriebsmittel des Eigentümers nach dem Betriebsübergang auf den Betriebsführer	82
6. Gefahr: Kollektivwiderspruch nach § 613a Abs. 6 BGB	88
7. Zwischenergebnis	89
a) Echter Betriebsführungsvertrag.....	89
b) Unechter Betriebsführungsvertrag	91
II. Strukturelle betriebliche Veränderungen	92
1. Auswirkungen auf Betriebsstrukturen und die Selbständigkeit der Betriebe.....	92
a) Echter Betriebsführungsvertrag.....	93
b) Unechter Betriebsführungsvertrag	97

Inhaltsverzeichnis

2. Auswirkungen auf die Zusammensetzung bestehender Betriebsräte	99
a) Echter Betriebsführungsvertrag	99
b) Unechter Betriebsführungsvertrag	104
3. Auswirkungen auf die Zuständigkeit der Betriebsräte	105
a) Echter Betriebsführungsvertrag	106
b) Unechter Betriebsführungsvertrag	117
III. Strukturelle überbetriebliche Veränderungen.....	119
1. Auswirkungen auf einen Gesamtbetriebsrat.....	119
a) Echter Betriebsführungsvertrag.....	119
b) Unechter Betriebsführungsvertrag	134
2. Auswirkungen auf einen Konzernbetriebsrat	136
a) Echter Betriebsführungsvertrag.....	138
b) Unechter Betriebsführungsvertrag	139
3. Auswirkungen auf einen Wirtschaftsausschuss.....	141
a) Echter Betriebsführungsvertrag.....	141
b) Unechter Betriebsführungsvertrag	144
IV. Schwellenwerte	146
1. Schwellenwerte, welche auf die Arbeitnehmer eines Betriebs abstellen	147
a) Echter Betriebsführungsvertrag.....	148
b) Unechter Betriebsführungsvertrag	152
2. Schwellenwerte, welche auf die Arbeitnehmer eines Unternehmens abstellen	154
a) Echter Betriebsführungsvertrag.....	155
b) Unechter Betriebsführungsvertrag	161
3. Grenzen der Gestaltungsmöglichkeiten zur Veränderung („Manipulation“) der Schwellenwerte.....	163
a) Schwellenwert des § 1 BetrVG	163
b) Schwellenwert des § 9 BetrVG	163
c) Schwellenwerte der §§ 38, 99, 111 bis 113 und 106 BetrVG	164

Inhaltsverzeichnis

d) Weiterer Schutz bei „arglistiger“ Herbeiführung der Unterschreitung von Schwellenwerten.....	167
V. Beteiligungsrechte des Betriebsrats bei Einführung eines Betriebsführungsvertrages.....	168
1. Beteiligungsrechte bei einer Betriebsänderung nach §§ 111 ff. BetrVG	168
a) Betriebsänderung bei Spaltung oder Zusammenschluss von Betrieben (§ 111 S. 3 Nr. 3 BetrVG)	169
b) Betriebsänderung im Übrigen (insb. § 111 S. 3 Nr. 4 BetrVG).....	171
2. Mitbestimmungsrechte bei personellen Einzelmaßnahmen nach § 99 BetrVG	176
a) Echter Betriebsführungsvertrag.....	177
b) Unechter Betriebsführungsvertrag	190
3. Beteiligungsrecht des Wirtschaftsausschusses	191
a) Echter Betriebsführungsvertrag.....	192
b) Unechter Betriebsführungsvertrag	194
VI. Zwischenergebnis.....	195
1. Echter Betriebsführungsvertrag.....	195
2. Unechter Betriebsführungsvertrag.....	200
D. Ergebnis der Untersuchungen.....	202
I. Arbeitsrechtliche Folgen des echten Betriebsführungsvertrages und seine Risiken in der Umsetzung	202
1. Der Betriebsführer bringt keine eigenen Arbeitnehmer mit.....	202
2. Der Betriebsführer bringt eigene Arbeitnehmer mit.....	203
II. Arbeitsrechtliche Folgen des unechten Betriebsführungsvertrages und seine Risiken in der Umsetzung	206
1. Der Betriebsführer bringt keine eigenen Arbeitnehmer mit.....	206
2. Der Betriebsführer bringt eigene Arbeitnehmer mit.....	210
Literaturverzeichnis.....	211

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

a. A.	andere Ansicht
Abl EG	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft
Abs.	Absatz
a. F.	alte Fassung
AG	Aktiengesellschaft; auch Die Aktiengesellschaft (Zeitschrift)
AiB	Arbeitsrecht im Betrieb (Zeitschrift)
AktG	Aktiengesetz
Alt.	Alternative
a. M.	andere Meinung
Anh.	Anhang
Anm.	Anm.
AP	Arbeitsrechtliche Praxis
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
AÜG	Gesetz zur Regelung der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung
AuR	Arbeit und Recht (Zeitschrift)
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Amtliche Sammlung des BAG
BB	Der Betriebs-Berater (Zeitschrift)
Bd.	Band
BeckEuRS	Sammlung der europäischen Rechtsprechung bei Beck- Online
BeckOK	Beck'scher Online-Kommentar
Beschl.	Beschluss
BetrVerf-Reformgesetz	Gesetz zur Reform des Betriebsverfassungsgesetzes
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
bzgl.	bezüglich
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
bspw.	beispielsweise
BT	Deutscher Bundestag
BT-Drucks.	Drucksache des Deutschen Bundestags
bzw.	beziehungsweise
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
d. h.	das heißt
DrittelbG	Drittelbeteiligungsgesetz
EFZG	Entgeltfortzahlungsgesetz
etc.	et cetera
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft

Abkürzungsverzeichnis

f., ff.	folgende
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
G	Gesetz
GBL	Gesetzblatt
GbR	Gesellschaft des bürgerlichen Rechts
gem.	gemäß
GewO	Gewerbeordnung
ggf.	gegebenenfalls
GG	Grundgesetz
GK	Gemeinschaftskommentar
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz über die Gesellschaft mit beschränkter Haftung
grds.	grundsätzlich
GVBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt
GWR	Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)
h. A.	herrschende Auffassung
HGB	Handelsgesetzbuch
h. L.	herrschende Literatur
h. M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
HS	Halbsatz
i. d. R.	in der Regel
insb.	insb.
i. S. d.	im Sinne des/der
i. S. v.	im Sinne von
i. V. m.	in Verbindung mit
JbFfSt	Jahrbuch der Fachanwälte für Steuerrecht (Zeitschrift)
KGaA	Kommanditgesellschaft auf Aktien
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
LAG	Landesarbeitsgericht
Lit.	Literatur
m. E.	meines Erachtens
MitbestG	Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer
Montan-MitbestG	Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Aufsichtsräten und Vorständen der Unternehmen des Bergbaus und der Eisen und Stahl erzeugenden Industrie mit weiteren Nachweisen
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
NachwG	Nachweisgesetz
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
Nr.	Nummer
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht

Abkürzungsverzeichnis

NZA-Beil.	NZA-Beilage
NZA-RR	NZA-Rechtsprechungs-Report
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZM	Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht
OLG	Oberlandesgericht
RdA	Recht der Arbeit (Zeitschrift)
RegBegr	Regierungsbegründung
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
Rspr.	Rechtsprechung
S.	Satz oder Seite
SGB	Sozialgesetzbuch
sog.	so genannt
sonst.	sonstiger
st.	ständig
TVG	Tarifvertragsgesetz
TzBfG	Teilzeit- und Befristungsgesetz
u.	und
u. a.	unter anderem
u. ä.	und ähnlichem
UmwG	Umwandlungsgesetz
urspr.	ursprünglich
Urt.	Urteil
usw.	und so weiter
u. U.	unter Umständen
v.	vom
Verf.	Verfahren
vgl.	vergleiche
Vorbem.	Vorbemerkung
z. B.	zum Beispiel
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
Ziff.	Ziffer
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht u. Insolvenzpraxis

A. EINLEITUNG

Einer sowohl für den Mittelstand als auch für Großunternehmen repräsentativen Studie zufolge setzen 90 Prozent der Unternehmen und öffentlichen Einrichtungen flexible Arbeitsformen ein und weitere drei Prozent planen es.¹

Die Studie zeigt einen sich im Kreise der Unternehmen bereits schon seit längerem abzeichnenden Trend. Traditionelle Arbeits- und Organisationsstrukturen müssen dem immer größer werdenden Druck im Wettbewerb, den immer rasanter werdenden Fortschritten, dem dafür immer größer werdenden Know-how, dem drohenden Fachkräftemangel und den immer komplizierter werdenden gesetzlichen Vorgaben – nicht zuletzt auch im Arbeitsrecht – weichen.² Die Unternehmer sind zur kreativen Gestaltung aufgerufen.

Der Betriebsführungsvertrag kann für Unternehmer wegen seiner vielfältigen und flexiblen Einsetzbarkeit eines der zentralen Gestaltungsinstrumente sein, um den modernen Marktansforderungen von flexiblen Arbeits- und Unternehmensstrukturen gerecht zu werden und die Wettbewerbsfähigkeit zu sichern. Nach Meinung des Verfassers ist davon auszugehen, dass die Anzahl von Betriebsführungsverträgen in der Zukunft stark zunehmen wird. Viele rechtliche Fragen und Konsequenzen sind allerdings noch offen.

I. ERSCHEINUNGSFORMEN DES BETRIEBSFÜHRUNGSVERTRAGES

Im Wesentlichen kann man vier „Grundtypen“ des Betriebsführungsvertrages ausmachen, mit deren Hilfe sich letztlich alle Gestaltungsmöglichkeiten erfassen lassen:³

- Der Eigentümer überträgt die Führung seines Unternehmens, Betriebs, Betriebsteils oder einer Sparte einem anderen von ihm unabhängigen Betriebsführer. Der Betriebsführungsvertrag gewährt dem Eigentümer ein – wenn auch i. d. R. im Hinblick auf Einzelweisungen zur Abwicklung des Tagesgeschäfts eingeschränktes⁴ – Weisungsrecht, § 665 BGB (weisungsgebundener Managementvertrag).

¹ *Rump/Schabel/Alich/Groh*, Arbeits- und Organisationsstrukturen in Bewegung, Link: www.hays.de/studien, S. 10.

² *Rump/Schabel/Alich/Groh*, Arbeits- und Organisationsstrukturen in Bewegung, Link: www.hays.de/studien, S. 1 ff.

³ *Huber*, ZHR 152 (1988), 1 (10); *Altmeyden*, in: Goette/Habersack, MüKo-AktG, Bd. 5, § 292 Rn. 146 ff.; *Krieger*, in: Hoffmann-Becking, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 4, § 72 Rn. 47; *Damm*, BB 1976, 294 (295); *Veelken*, Der Betriebsführungsvertrag im deutschen und amerikanischen Aktien- und Konzernrecht, S. 31; *Gessler*, in: Fischer u. a., FS für Hefermehl, S. 263 (265); *Schneider*, JbFfSt 1982/1983, 387 (402).

⁴ *Huber*, ZHR 152 (1988), 1 (31); *Krieger*, in: Hoffmann-Becking, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 4, § 72 Rn. 51.

A. Einleitung

- Auch in der zweiten Variante wird ein Betriebsführungsvertrag zwischen voneinander unabhängigen Unternehmern geschlossen. Allerdings wird das Weisungsrecht des Eigentümers (§ 665 BGB) vertraglich ausgeschlossen. Es wird für die Laufzeit des Vertrages eine unwiderrufliche Generalvollmacht erteilt (weisungsfreier Managementvertrag).
- Der Eigentümer als abhängiges Unternehmen eines Konzerns schließt mit dem herrschenden Unternehmen einen Betriebsführungsvertrag. Das herrschende Unternehmen darf so einen Betrieb, Teilbetrieb oder eine Sparte für Rechnung des abhängigen Unternehmens führen (konzerninterner Betriebsführungsvertrag – Management durch die Obergesellschaft).
- Die vierte Variante stellt den umgekehrten Fall der Variante drei dar: Das abhängige Unternehmen eines Konzerns wird zur Führung eines Betriebs, Teilbetriebs oder einer Sparte des herrschenden Unternehmens befugt. Dies geschieht für Rechnung des herrschenden Unternehmens (konzerninterner Betriebsführungsvertrag – Management durch die Untergesellschaft).⁵

Die rechtliche/vertragliche Reichweite des Betriebsführungsvertrages kann allerdings je nach dem Willen der Vertragsparteien unterschiedlich ausgestaltet werden. Möglich ist die vertragliche Übernahme der Leitung eines ganzen Unternehmens bzw. die Führung aller Betriebe eines Unternehmens. Die Betriebsführung kann sich aber auch lediglich auf einzelne Unternehmensfunktionen, also bspw. nur auf die Produktion, den Einkauf, die Personalabteilung, das Marketing, die Verwaltung usw. erstrecken (sog. funktionale Organisation)⁶. Diese Unternehmensfunktionen kann der Betriebsführer dabei für das ganze Unternehmen, einzelne Betriebe oder Betriebsteile ausüben.

Ebenso gut denkbar ist aber auch die Führung einzelner Sparten⁷, d. h. die Übernahme von Organisationseinheiten, welche nach Objekt Gesichtspunkten, also bspw. nach Produkten, Kundengruppen oder Absatzgebieten gegliedert sind (sog. divisionale Organisation, Spartenorganisation oder Geschäftsbereichsorganisation).

⁵ Als historischer Meilenstein für diesen Grundtyp kann auf das Beispiel der Ruhrkohle-AG verwiesen werden, welches Auslöser der ersten ernsthaften Diskussionen namhafter Autoren über die arbeitsrechtlichen und betriebsverfassungsrechtlichen Konsequenzen einer solchen Gestaltform war, vgl. *Fabricius*, Rechtsprobleme gespaltener Arbeitsverhältnisse im Konzern, S. 1 ff.; *Zöllner*, ZfA 1983, 93 (93 ff.).

⁶ Zu diesem Begriff: vgl. *Richardi*, in: *Richardi*, BetrVG, § 3 Rn. 26.

⁷ Zu diesem Begriff: vgl. Legaldefinition in § 3 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG; *Joost*, Betrieb und Unternehmen als Grundbegriffe im Arbeitsrecht, S. 122, 123; *Trümmer*, in: *Däubler u. a.*, BetrVG, § 3 Rn. 64; *Friese*, RdA 2003, 92 (93).

A. Einleitung

Der Eigentümer kann dabei frei entscheiden, ob er für die jeweiligen Bereiche (Unternehmensfunktionen oder Sparten) unterschiedliche Betriebsführer vorsehen will und ob er dafür eigene Betriebsführungsgesellschaften errichtet und einsetzt oder hingegen externe (unabhängige) Betriebsführer engagiert.⁸

Eine Betriebsführung für Teilorganisationen eines Unternehmens kann immer nur in einem solchen Umfang Sinn machen, soweit die sich dabei ergebenden Teilbereiche des Eigentümerunternehmens aus wirtschaftlicher Sicht noch getrennt voneinander funktionstüchtig sind. Somit wird sich die Leitung im Rahmen eines Betriebsführungsvertrages immer zumindest auf einen **fest abgrenzbaren Teilbereich** beziehen. Für diesen Begriff eines Teilbereichs ist als entscheidendes Kriterium wesentlich, dass es sich um eine selbständige Einheit handelt, die innerhalb eines betrieblichen Gesamtzwecks zumindest einen sächlich und organisatorisch abgrenzbaren arbeitstechnischen Teilzweck erfüllt, selbst wenn es sich dabei nur um eine untergeordnete Hilfsfunktion handelt.⁹

II. DER BETRIEBSFÜHRUNGSVERTRAG ALS GESTALTUNGSINSTRUMENT IN DER PRAXIS

Weitreichende Diskussionen um den Betriebsführungsvertrag wurden in der Rechtswissenschaft erstmals durch die sog. „Holiday Inn-Entscheidung“¹⁰ ausgelöst. Die dort im Sachverhalt angelegte Konstellation, dass ein kleines Familien- oder mittelständisches Unternehmen sein Eigentum – in dem Fall ein Hotel – an eine große erfahrene Kette (Holiday Inn) in der Form anschließt, dass diese diejenigen Leistungen übernimmt, welche sonst der Vorstand oder die Geschäftsführung erbringen, wird oftmals in der Literatur als einziges Beispiel und Hauptanwendungsfall angeführt (sog. Managementvertrag¹¹ oder management contract¹²).¹³ Aus ökonomischer Sicht kann dieses Beispiel als Modell für das „Outsourcing von einzelnen Personalfunktionen“ oder – wenn kein geeigneter oder gewillter

⁸ *Gussen*, in: Rolfs u. a., BeckOK Arbeitsrecht, § 613a BGB Rn. 79a; *Seiler*, in: Säcker/Rixecker, MüKo-BGB, Bd. 4, § 662 Rn. 18; *Mansel*, in: Jauernig, BGB-Kommentar, § 662 Rn. 9; *Rieble*, NZA 2010, 1145 (1146).

⁹ Vgl. *BAG*, Urt. v. 16.05.2002 – 8 AZR 319/01, NZA 2003, 93 f.; *BAG*, Urt. v. 21.05.2008 – 8 AZR 481/07, NZA 2009, 144 f.; *BAG*, Urt. v. 27.01.2011 – 8 AZR 326/09, NZA 2011, 1162 f.; *BAG*, Urt. v. 13.10.2011 – 8 AZR 455/10, Juris.

¹⁰ *BGH*, Urt. v. 05.10.1981 – II ZR 203/80, NJW 1982, 1817 f.

¹¹ Sog. Managementverträge sind häufig in der Hotelbranche (insb. bei der InterContinental Hotels Group und der Marriott International Corporation), bei Eisenbahngesellschaften, Energieversorgungsunternehmen, in der Luftfahrtindustrie, bei Finanzdienstleistungen und in der Filmbranche anzutreffen, also insb. in Bereichen welche spezielles Know-how erfordern.

¹² Zu sog. management contracts in den USA: vgl. *Veelken*, Der Betriebsführungsvertrag im deutschen und amerikanischen Aktien- und Konzernrecht, S. 27 ff.; *Joachim*, NZM 2001, 162 (166).

¹³ *Altmeyen*, in: Goette/Habersack, MüKo-AktG, Bd. 5, § 292 Rn. 143; *Emmerich*, in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, Rn. 55 zu § 292 AktG; *Windbichler*, ZIP 1987, 825 (825, 826).

A. Einleitung

Nachfolger für die Unternehmensleitung zu finden ist – als Unternehmensnachfolgefunktion angeführt werden.¹⁴

Es gibt darüber hinaus auch noch zahlreiche weitere unternehmerischen/ökonomischen Ziele, welche mittels des Betriebsführungsvertrages in der Praxis tatsächlich verfolgt werden können.¹⁵ Im Rahmen der nachfolgenden Untersuchungen wird allerdings eine Beschränkung auf solche Funktionen vorgenommen, welche maßgeblichen Einfluss auf die betriebliche Mitbestimmung mit sich bringen können. Dabei steht die – in den nachfolgenden drei Absätzen aufgeführte – Umstrukturierungs- bzw. Restrukturierungsfunktion im Vordergrund.

1. Unternehmens-/ Konzern-/ oder Organisationsfunktion

Der Betriebsführungsvertrag kann dazu dienen, einzelne Sparten oder Bereiche aus der einheitlichen Unternehmensleitung (Obergesellschaft) herauszutrennen und die Leitung in diesen Bereichen (operativen) Betriebsführungs-Tochtergesellschaften oder aber erfahrenen externen Dienstleistern zu überlassen (Dezentralisierung in eine divisionale oder funktionale Organisation). Ziel dieser Dezentralisierung von Aufgaben, Kompetenzen und Verantwortung kann insb. die stärkere Konzentration auf das eigentliche Kerngeschäft oder die Herstellung kleinerer, schlagkräftigerer und flexiblerer Unternehmenseinheiten sein, ohne dabei Betriebsvermögen der Obergesellschaft auf den Betriebsführer übertragen zu müssen (Dezentralisierung ohne Substanzübertragung).¹⁶ So kann im Gegensatz zur „klassischen Konzernform“¹⁷, durch die Gestaltung mit Betriebsführungs-Tochtergesellschaften, eine

¹⁴ Rieble, NZA 2010, 1145 (1145).

¹⁵ Vgl. *Veelken*, Der Betriebsführungsvertrag im deutschen und amerikanischen Aktien- und Konzernrecht, S. 29 ff.; insb. der Betriebsführungsvertrag als eine Alternative zum Unternehmenskauf, vgl. hierzu: *Weißmüller*, BB 2000, 1949 (1949, 1955); *Brandes*, NZG 2004, 642 (643, 644); *Löffler*, NJW 1983, 2920 (2921); *Keller*, DB 1994, 2097 (2097 ff.); *Schneider*, JbFfSt 1982/1983, 387 (392 ff.); *Fenzl*, Betriebspacht-, Betrieb-süberlassungs- und Betriebsführungsverträge in der Konzernpraxis, Rn. 157 ff.; *Loos*, BB 1962, 615 (615) und der Betriebsführungsvertrag im öffentlichen Recht im Zusammenhang mit Privatisierungen, vgl. hierzu: *Willemsen*, in: Willemsen u. a., Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, B Rn. 85 ff., G Rn. 77; *ders.*, in: Oetker u. a., FS 50 Jahre Bundesarbeitsgericht, S. 287 (290, 291); *Döring*, netWORKS-Papers, Heft 12, S. 30; *Fischer/Zwetkow*, NVwZ 2003, 281 (281 ff.); *Schwab*, in: Dauner-Lieb/Langen, BGB-Kommentar, Bd. 2/2, § 662 Rn. 6 ff., § 665 Rn. 7 ff., § 666 Rn. 1 ff., 14; *Seiler*, in: Säcker/Rixecker, MüKo-BGB, Bd. 4, § 662 Rn. 41, 49 ff., § 665 Rn. 1, 3, 14, 41, § 666 Rn. 1 ff.

¹⁶ Vgl. *Keller*, DB 1994, 2097 (2097); *Huber*, ZHR 152 (1988), 123 (127); *Rieble*, NZA 2010, 1146 (1149); *Veelken*, Der Betriebsführungsvertrag im deutschen und amerikanischen Aktien- und Konzernrecht, S. 36, 37; *Schneider*, JbFfSt 1982/1983, 387 (393); *Birk*, ZGR 1984, 23 (25 ff., 44); *Brandes*, NZG 2004, 642 (643); zur Herbeiführung einer steuerlichen Teilbetriebseigenschaft mittels Betriebsführungsvertrag um eine Spaltungsmaßnahme steuerneutral durchführen zu können: *Stangl/Winter*, in: Beckert u. a., Formularbuch Recht und Steuern, A. 10.06 Rn. 5; *Wisniewski/Weppner*, GWR 2012, 53 (53).

¹⁷ Dort insb. mittels rechtlich selbständiger operativer Konzerntöchter und Dezentralisierung mit Substanzübertragung, d. h. Ausgliederung von Vermögensgegenständen.

A. Einleitung

Konzentration des Vermögens in der Obergesellschaft, eine dezentrale Führung durch eine vermögenslose Managementgesellschaft und eine klare Zuordnung von Vermögen, Kapital und Ergebnis erreicht werden.¹⁸ Auch können einzelne Sparten so besser bewertet und kontrolliert sowie Kompetenzen und Verantwortung eindeutig zugewiesen werden.¹⁹

Durch die Gestaltung von Betriebsführungsverträgen ist aber auch der umgekehrte Fall denkbar, so dass die (Konzern-)Obergesellschaft das gesamte Management aller operativen Geschäfte der Tochter- und Enkelgesellschaften übernimmt und so die Konzentration weiter verstärkt wird.²⁰

Für alle möglichen Strukturmaßnahmen gilt dabei der Vorteil, dass die unternehmerische Flexibilität bei der Gestaltung durch Betriebsführungsverträge stärker erhalten bleibt. Der Betriebsführungsvertrag als schuldrechtlicher Vertrag kann als solcher oder auch bezüglich aller Vertragsbestandteile im Rahmen der schuldrechtlichen Gestaltungsfreiheit von den Vertragspartnern auf die jeweilige Situation angepasst werden. Auch ist das Ergebnis einer solchen Betriebsführung nicht auf Ewigkeit vorprogrammiert. Anders als bei Strukturmaßnahmen nach dem UmwG oder dem AktG, welche auf den Abschluss und die Beendigung eines Übertragungsvorganges ausgerichtet sind, ist die schuldrechtliche Beziehung nicht in gleicher Weise bindend. Damit kann eine wesentlich größere unternehmerische Flexibilität infolge von Betriebsführungsverträgen erreicht werden.²¹

2. Trennung von Belegschaft und Betriebsmitteln

Der Betriebsführungsvertrag kann einer Trennung der Belegschaft von den Betriebsmitteln des Eigentümers dienen.²² Dies kann bspw. den einfachen Grund haben, dem Eigentümer die nach dem Arbeits- und Sozialrecht umfassende und rechtlich komplexe Arbeitgeberverantwortung ersparen zu wollen, aber auch, die Attraktivität für potentielle Erwerber zu steigern, weil diese Betriebsmittel und Belegschaft getrennt voneinander „erwerben“

¹⁸ Keller, DB 1994, 2097 (2099, 2101); Brandes, NZG 2004, 642 (643).

¹⁹ Vgl. Kamlah, BB 2003, 109 (109); Huber, ZHR 152 (1988), 123 (127); Krieger, in: Hoffmann-Becking, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 4, § 72 Rn. 47; Winter/Theisen, AG 2011, 662 (664).

²⁰ Fenzl, Betriebspacht-, Betriebsüberlassungs- und Betriebsführungsverträge in der Konzernpraxis, Rn. 162-164; Birk, ZGR 1984, 23 (25, 26); Winter/Theisen, AG 2011, 662 (663, 664); Brandes, NZG 2004, 642 (643); Stangl/Winter, in: Beckert u. a., Formularbuch Recht und Steuern, A. 10.06 Rn. 4.

²¹ Fenzl, Betriebspacht-, Betriebsüberlassungs- und Betriebsführungsverträge in der Konzernpraxis, Rn. 198, 199; Winter/Theisen, AG 2011, 662 (663, 664).

²² Vgl. BAG, Beschl. v. 15.03.2011 – 1 ABR 97/09, DB 2011, 1698 f.; Rieble, NZA 2010, 1145 (1145, 1149 ff.); Gussen, in: Rolfs u. a., BeckOK Arbeitsrecht, § 613a BGB Rn. 79c; Seitz, in: Bauer u. a., FS für Buchner, S. 849, (849-853).

A. Einleitung

können.²³ Weiter kann diese Trennung ein Versuch sein, der Belegschaft den Zugriff auf das Betriebsvermögen zu verweigern, das Grundvermögen davor zu bewahren, einer möglichen Sozialplanhaftung zu unterliegen, oder jedenfalls zu erreichen, dass zukünftige Sozialpläne und Betriebsrentenanpassungen an dem „armen“ Betriebsführer ausgerichtet werden.²⁴

Dabei sind allerdings zwei in der Diskussion stehende Modelle strikt zu trennen. Die bloße Übertragung der **Führung und Verantwortung** für die Belegschaft vom Eigentümer auf den Betriebsführer mittels **echten** Betriebsführungsvertrages, also ohne Übergang der Arbeitsverhältnisse auf den Betriebsführer²⁵, und die **tatsächliche** Trennung von Belegschaft und Betriebsvermögen durch den **unechten** Betriebsführungsvertrag, also mit Übergang der Arbeitsverhältnisse auf den Betriebsführer²⁶. Nur Letzteres kann zu einer echten, im ersten Absatz gemeinten, Trennung von Betriebsmitteln und Personal führen.

3. Vermeidung betrieblicher Mitbestimmung

Mit dem Abschluss von Betriebsführungsverträgen wird in der Praxis zudem versucht, auf die betriebliche Mitbestimmung²⁷ Einfluss zu nehmen.

Auf großes Interesse wird dabei insb. die Möglichkeit einer Betriebsspaltung und/oder der Herbeiführung eines Betriebsübergangs stoßen, denn in der Folge könnte die Überschreitung von betriebs- und/oder unternehmensbezogenen Schwellenwerten nach dem BetrVG verhindert werden.

Die Auswirkungen auf die betriebliche Mitbestimmung sind dabei allerdings sehr komplex, weshalb immer genau zu prüfen ist, welche Folgen die Einführung eines Betriebsführungsvertrages bspw. auf die Betriebsstrukturen, die Entstehung, Vermeidung, Zusammensetzung und Zuständigkeit von Betriebsräten, Gesamtbetriebsräten, eines Konzernbetriebsrates und eines Wirtschaftsausschusses haben und ob Beteiligungsrechte, insb. nach den §§ 99, 111 ff., 106 BetrVG ausgelöst werden.²⁸

²³ Rieble, NZA 2010, 1145 (1145, 1149); Gussen, in: Rolfs u. a., BeckOK Arbeitsrecht, § 613a BGB Rn. 79c; zu letztgenanntem Ziel sind die nachfolgenden Einschränkungen unter C. I. 5. und D. II. 1. b) dd) zwingend zu beachten.

²⁴ Rieble, NZA 2010, 1145 (1149, 1150); vgl. BAG, Beschl. v. 15.03.2011 – 1 ABR 97/09, DB 2011, 1698 f.; Seitz, in: Bauer u. a., FS für Buchner, S. 849, (849-853) zu den Problemen bei der Realisierung dieser Ziele durch Auf- oder Abspaltung nach dem UmwG; zwingend zu beachten sind die nachfolgend unter C. I. 4. bis 6 dargestellten Einschränkungen.

²⁵ Keller, DB 1994, 2097 (2097, 2098); vgl. hierzu ausführlich nachfolgend unter C. I. 2. a).

²⁶ Rieble, NZA 2010, 1145 (1149); vgl. hierzu ausführlich nachfolgend unter C. I. 2. b).

²⁷ Vgl. hierzu ausführlich nachfolgend unter C. II. bis IV.

²⁸ Vgl. hierzu ausführlich nachfolgend unter C. II. bis V.

III. AKTUELLE BEISPIELE AUS DER PRAXIS

In der Vergangenheit wurde bereits von anderen Autoren die tatsächliche praktische Relevanz von Betriebsführungsverträgen anhand von Statistiken und der Benennung von ausgewählten Fällen dargelegt.²⁹ Daher sollen nachfolgend lediglich einige der aktuellsten Beispiele für die Nutzung von Betriebsführungsverträgen aufgeführt werden:

➤ **als Betriebsführer/in:**

- Herstellung und Handel mit elektronisch gespeicherten Informationen sowie deren Datenträgern: Die Brockhaus-Duden Neue Medien GmbH (Sie ist eine 100%ige Tochter der Bibliographisches Institut & F. A. Brockhaus AG, für die sie auch die Führung übernimmt)
- Managementverträge in der Hotelbranche:³⁰ Die InterContinental Hotels Group (IHG) und die Marriott International Corporation
- Wasser-/ Abwasser-/ und Energieversorgung: Die Gelsenwasser AG, die Süd-Wasser GmbH, die Berliner Wasserbetriebe AöR, die SWB (Stadtwerke-Bonn) GmbH, die Stadtwerke Flensburg GmbH (auch Betriebsführung mit dem „Hotel des Nordens“ über Strom und Fernwärme), die Stadtwerke Wolfenbüttel GmbH (auch Parkanlagen)
- Straßenbeleuchtung: Die SWARCO V.S.M. GmbH (in der Stadt Neuen in Brandenburg), die EnBW Regional AG (bspw. in Königsbach-Stein), die Stadtwerke Konstanz GmbH (für die Stadt Konstanz)
- Betrieb von Schwimmhallen und Freibädern: Die Stadtwerke Hattingen GmbH, die Wirtschaftsbetriebe Burgdorf GmbH
- Ausbau des Elbseegeländes zu einem Erholungsgebiet: Der Zweckverband Volkserholungsstätte Unterbacher See

➤ **als Eigentümer/in:**

- Übernahme der technischen und kaufmännischen Leitung einer Müllverbrennungsanlage: Die Gemeinschafts-Müllverbrennungsanlage Niederrhein (Betriebsführerin ist die evo AG)

²⁹ Vgl. *Koppensteiner*, in: *Zöllner/Noack, Kölner-KommAktG*, Bd. 6, § 292 Rn. 99; *Veelken*, *Der Betriebsführungsvertrag im deutschen und amerikanischen Aktien- und Konzernrecht*, S. 15 ff.

³⁰ Zu Beispielen und Entwicklungstendenzen: vgl. *Joachim*, *NZM* 2001, 162 (164 ff.); *Brandes*, *NZG* 2004, 642 (644).

A. Einleitung

- Leitung der Sportveranstaltungshalle in der Mantelbebauung der Untertürkheimer Kurve der Mercedes-Benz Arena: Die Stadion NeckarPark GmbH & Co. KG (Betriebsführer ist das Sportamt)

IV. UNTERSUCHUNGSGEGENSTAND

Bislang wurde der Betriebsführungsvertrag nahezu ausschließlich als ein Thema der unternehmens- bzw. steuerrechtlichen Gestaltungspraxis wahrgenommen. Aus arbeitsrechtlicher Sicht ist dieses Instrument dagegen bislang nicht hinreichend untersucht worden. Gerade die arbeitsrechtlichen Risiken und insb. die komplexen Auswirkungen auf die betriebliche Mitbestimmung wurden weitgehend übersehen. Inwiefern der Betriebsführungsvertrag einen Weg zur modernen Umstrukturierung von Unternehmen darstellt, welches taktische Potential dieser mit sich bringt und welche (arbeits-)rechtlichen Hürden überwunden werden müssen, soll nachfolgend systematisch untersucht werden.

Im ersten Teil dieser Dissertation (B. I.) soll zunächst einmal der Begriff des Betriebsführungsvertrages vorgestellt und definiert werden, um als Grundlage dieser Arbeit zu fungieren (B. I. 1.). Dabei dient die Unterscheidung zwischen dem echten und dem unechten Betriebsführungsvertrag (B. I. 2.) als Basis für das weitere Verständnis.

Unter B. II. wird eine Abgrenzung zu ähnlichen unternehmerischen Gestaltungsformen (Geschäftsführungs-, Betriebspacht- und Betriebsüberlassungsvertrag, sowie einfachen Vertriebsformen) vorgenommen. Wegen der weitreichenden Konsequenzen einer unerlaubten Arbeitnehmerüberlassung (nach §§ 9, 10 AÜG entsteht ein fingiertes Arbeitsverhältnis des Leiharbeitnehmers zum Entleiher) wird in einem gesonderten Passus unter B. III. die Abgrenzung zur Arbeitnehmerüberlassung dargelegt. Vor allem dann, wenn der Betriebsführer eigene Arbeitnehmer in den Betrieb des Eigentümers mitbringt, besteht die Gefahr, ungewollt den Rechtsfolgen einer Arbeitnehmerüberlassung ausgesetzt zu sein, weshalb es von wesentlicher Bedeutung ist, Weisungsketten entsprechend den dortigen Ausführungen auszugestalten.

Den Gestaltungsmöglichkeiten mittels Betriebsführungsvertrages sind gesellschaftsrechtliche Grenzen gesetzt (B. IV.). Dabei ist nach der Intensität der Übertragung von Führungsbefugnissen (B. IV. 1.) und der Dauer der Bindung an den Betriebsführer zu unterscheiden (B. IV. 2.). Der Ausgangspunkt liegt dabei in der Frage, wann die Übertragung von Führungsbefugnissen durch eine Personengesellschaft den Grundsatz der Selbstorganschaft bzw. wann die Übertragung von Führungsbefugnissen durch eine Kapitalgesellschaft das

A. Einleitung

Prinzip der organschaftlichen Vertretung verletzt und ob eine überlange Bindungsdauer zur Sittenwidrigkeit des Vertrages führt. Weiter sind im Rahmen einer konzerninternen Betriebsführung die Möglichkeiten einer Erweiterung der bestehenden Grenzen nach § 291 AktG (B. IV. 3.) sowie die formalen Anforderungen nach den §§ 292, 293, 298 AktG (B. IV. 4.) zu beachten.

Als Schwerpunkt dieser Arbeit werden die Auswirkungen von Betriebsführungsverträgen auf das Arbeitsrecht und insb. das Betriebsverfassungsrecht dargestellt (C.). Hierbei wird auch die Frage zu beantworten sein, ob sich der Betriebsführungsvertrag tatsächlich zur (teilweisen) Flucht aus der aufwändigen deutschen betrieblichen Mitbestimmung eignet, wie von *Rieble* in NZA 2010, 1145-1150 angedeutet wurde.

Dabei steht die in der Literatur sehr strittige Frage (C. I. 1.), wann der Eigentümer und wann der Betriebsführer (oder beide) die Stellung als Arbeitgeber in der Vertrags- bzw. in der Betriebsbeziehung einnehmen, an erster Stelle (C. I. 2. und C. I. 3.). Nur wenn diese Frage rechtssicher beurteilt werden kann, können die richtigen Schlüsse für die Auswirkungen auf die betriebliche Mitbestimmung gezogen werden. Denn mit der Beantwortung der Arbeitgeberstellung geht bspw. die Beantwortung der Fragen nach dem Betriebsinhaber, nach der Zuständigkeit eines Betriebsrats und nach dem richtigen Ansprechpartner (Betriebspartner i. S. d. BetrVG) für die Rechte des Betriebsrats einher.³¹ Gleiches gilt für die Auswirkungen auf Schwellenwerte.³² Bei der Beurteilung der Arbeitgeberstellung ist zwingend zwischen dem echten und dem unechten Betriebsführungsvertrag zu unterscheiden, denn hierbei ergeben sich unterschiedliche Ergebnisse (C. I. 7.). Auch ergibt sich – bei einem echten Betriebsführungsvertrag – in der Komplexität der Beantwortung dieser Frage ein entscheidender Unterschied darin, ob der Betriebsführer eigene Mitarbeiter in den zu führenden Betrieb mitbringt oder ob sich die Frage der Arbeitgeberstellung auf die vorhandenen Arbeitnehmer des zu führenden Betriebs beschränkt (C. I. 7.). Zudem ist bei jeder Fallkonstellation zu überprüfen, ob sich die festgestellten Ergebnisse zum Schutz der Arbeitnehmer vor einem Missbrauch verändern können (C. I. 4. und C. I. 5.) und welche Gefahren sich für den Unternehmer ergeben (C. I. 6.).

Ob der Betriebsführungsvertrag dem Eigentümer Gestaltungsspielräume in Bezug auf die Betriebsstrukturen, die Zusammensetzung und Zuständigkeiten von Betriebsräten, Gesamtbetriebsräten, Konzernbetriebsräten, einen ggf. notwendig gewordenen Wirtschafts-

³¹ Siehe hierzu ausführlich unter C. I. 2. und 3. sowie C. II. 3.

³² Siehe hierzu ausführlich unter C. IV.

A. Einleitung

ausschuss und die Unterschreitung von Schwellenwerten einräumt, wird unter C. II. bis C. IV. dargestellt. Dabei wird insb. im Hinblick auf die Möglichkeit der Beeinflussung von Schwellenwerten auch die Frage eines Missbrauchs und seiner rechtlichen Konsequenzen aufgeworfen (C. IV. 3.).

Vor allem für die Unternehmer ist zudem die Frage von wesentlicher Bedeutung, ob die Einführung des Betriebsführungsvertrages in der konkreten Ausgestaltung Beteiligungsrechte des Betriebsrats bzw. des Wirtschaftsausschusses auslösen kann (C. V.). Dabei kommen sowohl Mitwirkungs- als auch Mitbestimmungsrechte in Betracht. Der Verfasser verfolgt mit seinen hierzu erfolgten Ausführungen das Ziel, den Leser in die Lage zu versetzen, in seinem konkreten Anwendungsfall (Gestaltungsfall) anhand der aufgestellten Maßstäbe selbständig beurteilen zu können, ob und wann Beteiligungsrechte ausgelöst werden. Im Vordergrund stehen dabei die Beteiligungsrechte des Betriebsrats in wirtschaftlichen Angelegenheiten (§§ 111-113 BetrVG), weil sie für die Kosten und den zeitlichen Ablauf von maßgeblicher Bedeutung sind und Auswirkungen auf die konkrete Planung und Umsetzung haben (C. V. 1.).

Im letzten Teil dieser Arbeit (D.) wird das Ergebnis der Untersuchungen getrennt für den echten (D. I.) und den unechten (D. II.) Betriebsführungsvertrag dargestellt. Der Fokus liegt dabei auf den Risiken, die bei dem Versuch der Aushebelung von Arbeitnehmerschutzrechten – insb. von betrieblichen Mitbestimmungsrechten – entstehen und auf der Beantwortung der Frage, ob sich das Instrument des Betriebsführungsvertrages zum „Outsourcing von Personalfunktionen“ als arbeitsrechtliche Entlastungsstrategie eignet – wie dies in dem Beitrag von *Rieble* (NZA 2010, 1145-1150) propagiert wurde.

B. DER BETRIEBSFÜHRUNGSVERTRAG

Der Betriebsführungsvertrag soll unter B. in Bezug auf seine **rechtlichen** Grundlagen vorgestellt werden. Auf diese Weise wird der Leser an dieses – zumindest im Bereich Arbeitsrecht – weitgehend unbekanntes Instrument herangeführt, um das Verständnis für die nachfolgenden arbeitsrechtlichen Probleme zu schaffen.

I. WAS IST EIN BETRIEBSFÜHRUNGSVERTRAG?

Der Begriff des Betriebsführungsvertrages³³ ist gesetzlich nicht definiert, daher soll nachfolgend eine rechtliche Definition und Einordnung dieses Begriffs erfolgen, welche dann als Grundlage der gesamten Dissertation dient.

1. Definition

Ein Einzelhandelskaufmann, eine Personen- oder Kapitalgesellschaft (im Nachfolgenden als „Eigentümer“ bezeichnet) beauftragt einen anderen Einzelhandelskaufmann, eine Personen- oder Kapitalgesellschaft (im Nachfolgenden als „Betriebsführer“ bezeichnet) damit, dessen gesamtes Unternehmen, einen Betrieb, Teilbetrieb oder eine Sparte für ihn und auf dessen Rechnung zu führen.³⁴

Entscheidend für den Begriff des Betriebsführungsvertrages ist weder die Entgeltlichkeit³⁵ der Betriebsführung, noch ob der Betriebsführer im eigenen oder fremden Namen³⁶, frei von Weisungen oder weisungsgebunden³⁷ tätig wird.

Der Betriebsführer agiert – zumindest auch – im fremden Interesse des Eigentümers und übernimmt so die Leitung der im Vertrag festgelegten Aufgaben. Wird die Führung der Geschäfte unentgeltlich übernommen, handelt es sich um einen Auftragsvertrag (§§ 662 ff. BGB). Wird hingegen eine Gegenleistung vereinbart, handelt es sich um einen Geschäftsbesorgungsvertrag mit Dienstvertragscharakter (§§ 675 Abs. 1, 611 BGB). Diese Einord-

³³ Zur Entwicklung dieses Begriffs: vgl. *Veelken*, Der Betriebsführungsvertrag im deutschen und amerikanischen Aktien- und Konzernrecht, S. 15, 16.

³⁴ *Weißmüller*, BB 2000, 1949 (1949, 1950); *Huber*, ZHR 152 (1988), 1 (2); *Veelken*, Der Betriebsführungsvertrag im deutschen und amerikanischen Aktien- und Konzernrecht, S. 15-26; *Altmeyen*, in: Goette/Habersack, MüKo-AktG, Bd. 5, § 292 Rn. 143, 144; *Emmerich*, in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, Rn. 55 zu § 292 AktG; *Krieger*, in: Hoffmann-Becking, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 4, § 72 Rn. 48; *Schneider*, JbFfSt 1982/1983, 387 (401 ff.); *Richardi*, in: Richardi u. a., Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 1, § 23 Rn. 14.

³⁵ *Huber*, ZHR 152 (1988), 1 (5); *Krieger*, in: Hoffmann-Becking, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 4, § 72 Rn. 49.

³⁶ *Altmeyen*, in: Goette/Habersack, MüKo-AktG, Bd. 5, § 292 Rn. 143, 144.

³⁷ *Huber*, ZHR 152 (1988), 1 (9).

B. Der Betriebsführungsvertrag

nung ergibt sich insb. daraus, dass der Betriebsführer eine selbständige Tätigkeit wirtschaftlicher Art zur Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen ausübt, hier also Aufgaben betroffen sind, die der Eigentümer (Vermögensinhaber) sonst selbst erfüllt.³⁸ Selbst wenn der Betriebsführer im Einzelfall **auch** eigene Interessen verfolgen kann, schließt dies die Fremdnützigkeit nicht aus.³⁹

Soweit eine Gegenleistung vereinbart wird, besteht diese meist aus einem Grundgehalt und einem variablen Bestandteil, dessen Höhe davon abhängig ist, ob die zwischen den Parteien vereinbarten Ziele erreicht wurden oder nicht.⁴⁰

Der geschäftliche Erfolg kommt grds. unmittelbar und ausschließlich dem Eigentümer zugute, ihm sind erzielte Überschüsse herauszugeben (§ 667 BGB). Aber auch die Aufwendungen und somit die Verluste sind von dem Eigentümer selbst zu tragen (§ 670 BGB).⁴¹

Grundsätzlich besitzt der Eigentümer gegenüber dem Betriebsführer ein gesetzliches Weisungsrecht (§ 665 BGB), welches aber in der Praxis oft vertraglich eingeschränkt wird.⁴² Diese Einschränkungsmöglichkeit trifft allerdings auch auf gesetzliche Grenzen, welche zwingend zu beachten sind.⁴³

³⁸ *BGH*, Urt. v. 05.10.1981 – II ZR 203/80, NJW 1982, 1817 f.; *Emmerich*, in: *Emmerich/Habersack*, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, Rn. 56 zu § 292 AktG; *Schwab*, in: *Dauner-Lieb/Langen*, BGB-Kommentar, Bd. 2/2, § 662 Rn. 1, 3, § 675 Rn. 1; *Seiler*, in: *Säcker/Rixecker*, MüKo-BGB, Bd. 4, § 662 Rn. 5, 9 ff., 22 ff., 25 ff.; *Heermann*, in: *Säcker/Rixecker*, MüKo-BGB, Bd. 4, § 675 Rn. 103; zum Geschäftsbesorgungsbegriff: vgl. *BGH*, Urt. v. 25.04.1966 – VII ZR 120/65, BGHZ 45, 223 f.; *Heermann*, in: *Säcker/Rixecker*, MüKo-BGB, Bd. 4, § 675 Rn. 3 ff.; *Schulte-Nölke*, in: *Schulze u. a.*, BGB-Kommentar, § 675 Rn. 4; *Schulze*, in: *Schulze u. a.*, BGB-Kommentar, § 662 Rn. 3, 8.

³⁹ *BGH*, Urt. v. 16.12.1955 – I ZR 134/54, BGHZ 19, 282 f.; *BGH*, Urt. v. 25.04.1966 – VII ZR 120/65, BGHZ 45, 223 f.; *Heermann*, in: *Säcker/Rixecker*, MüKo-BGB, Bd. 4, § 675 Rn. 8; *Sprau*, in: *Palandt*, BGB-Kommentar, § 662 Rn. 7; *Mansel*, in: *Jauernig*, BGB-Kommentar, § 662 Rn. 10; *Schulze*, in: *Schulze u. a.*, BGB-Kommentar, § 662 Rn. 7.

⁴⁰ Vgl. *Weißmüller*, BB 2000, 1949 (1952); *Fenzl*, Betriebspacht-, Betriebsüberlassungs- und Betriebsführungsverträge in der Konzernpraxis, Rn. 119; *Windbichler*, ZIP 1987, 825 (827, 828); *Joachim*, NZM 2001, 162 (165).

⁴¹ *Schwab*, in: *Dauner-Lieb/Langen*, BGB-Kommentar, Bd. 2/2, § 662 Rn. 6, § 667 Rn. 6, 15 ff., § 670 Rn. 1, 2, § 675 Rn. 1; *Seiler*, in: *Säcker/Rixecker*, MüKo-BGB, Bd. 4, § 662 Rn. 64, 65, § 667 Rn. 1, 9 ff., § 670 Rn. 3, 14 ff.; *Heermann*, in: *Säcker/Rixecker*, MüKo-BGB, Bd. 4, § 675 Rn. 18; *Altmeyen*, in: *Goette/Habersack*, MüKo-AktG, Bd. 5, § 292 Rn. 143, 144; *Krieger*, in: *Hoffmann-Becking*, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 4, § 72 Rn. 47; zur Bilanzierung von Betriebsführungsverträgen: vgl. *Förschle/Kroner*, in: *Ellrott u. a.*, Beck-BilanzK., § 246 HGB Rn. 50.

⁴² *Schwab*, in: *Dauner-Lieb/Langen*, BGB-Kommentar, Bd. 2/2, § 665 Rn. 1, 2, 7 ff., § 675 Rn. 1; *Seiler*, in: *Säcker/Rixecker*, MüKo-BGB, Bd. 4, § 662 Rn. 23, 24, § 665 Rn. 1, 3, 14, 41, *Heermann*, in: *Säcker/Rixecker*, MüKo-BGB, Bd. 4, § 675 Rn. 16; *Schulze*, in: *Schulze u. a.*, BGB-Kommentar, § 665 Rn. 1, 2; vgl. *Messerschmidt*, in: *Lorz u. a.*, Beck'sches Formularbuch GmbH-Recht, L. IV. 1. zu Anm. 4. „Weisungen“; *Bachmann*, NZA 2002, 1130 (1131, 1132).

⁴³ Vgl. hierzu ausführlich unter B. IV.; als Grenze, der Grundsatz der Selbstorganschaft bei Personengesellschaften: *BGH*, Urt. v. 05.10.1981 – II ZR 203/80, NJW 1982, 1817 f.; als Grenze, der Grundsatz der Privatautonomie bei Personen- und Kapitalgesellschaften: vgl. *Altmeyen*, in: *Goette/Habersack*, MüKo-AktG, Bd. 5, § 292 Rn. 153 ff.; *Emmerich*, in: *Emmerich/Habersack*, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, Rn. 57 ff. zu § 292 AktG; *Huber*, ZHR 152 (1988), 1 (16 ff.); *Damm*, BB 1976, 294 (296 ff.).

2. Echter und unechter Betriebsführungsvertrag

In der Literatur wird überwiegend systematisch sinnvoll zwischen dem „echten“ und dem „unechten“ Betriebsführungsvertrag unterschieden.⁴⁴ Inhaltlich ist die Unterscheidung insb. aus arbeitsrechtlicher Sicht von wesentlicher Bedeutung. Die begriffliche und rechtliche Abgrenzung ist notwendige Grundlage für alle nachfolgenden Ausführungen.

a) Beim „**echten**“ Betriebsführungsvertrag tritt der Betriebsführer ausschließlich **im fremden Namen** (d. h. aufgrund einer Vollmacht) des Eigentümers auf.⁴⁵

Diese Variante bietet sich insb. dann an, wenn der Betriebsführer lediglich das Management des vertraglich festgelegten Bereichs übernehmen soll, nicht aber das Haftungsrisiko und wenn die Organisationsstruktur – abgesehen von der Zwischenschaltung einer neuen Führungsebene – unverändert bleiben soll.⁴⁶

b) Beim „**unechten**“ Betriebsführungsvertrag tritt der Betriebsführer dagegen ausschließlich **im eigenen Namen** auf.⁴⁷

Diese Variante führt für den Betriebsführer zu einer sehr viel größeren Identifikation mit dem zu führenden Betrieb und stärker wirkenden Form der Leitungsmacht. Es macht nicht nur gegenüber den Geschäftspartnern und Kunden, sondern auch gegenüber den Mitarbeitern des zu führenden Betriebs einen großen Unterschied, ob der Betriebsführer im eigenen oder immer nur im fremden Namen agiert. Das Modell des unechten Betriebsführungsvertrages bietet sich daher insb. dann an, wenn der Betriebsführer seine eigene Unternehmenskultur und seinen eigenen (ggf. positiv besetzten) Namen („Corporate Identity“) auf den zu führenden Betrieb übertragen will.⁴⁸ Letztlich trägt der Betriebsführer so aber auch das volle Haftungsrisiko für die Betriebsschulden,⁴⁹ denn er tritt gegenüber den Vertragspartnern im eigenen Namen, also nicht als Vertreter des Eigentümers auf und wird so grds. selbst als Vertragspartei berechtigt und verpflichtet. Er kann zwar immer noch für seine

⁴⁴ *Huber*, ZHR 152 (1988), 1 (4); *Emmerich*, in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, Rn. 55 zu § 292 AktG; *Krieger*, in: Hoffmann-Becking, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 4, § 72 Rn. 45; *Willemsen*, in: Willemsen u. a., Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, G Rn. 77.

⁴⁵ *Seiler*, in: Säcker/Rixecker, MüKo-BGB, Bd. 4, § 662 Rn. 19, 62; *Schulze*, in: Schulze u. a., BGB-Kommentar, § 662 Rn. 4.

⁴⁶ *Altmeyden*, in: Goette/Habersack, MüKo-AktG, Bd. 5, § 292 Rn. 144; *Weißmüller*, BB 2000, 1949 (1951).

⁴⁷ *Huber*, ZHR 152 (1988), 1 (4); *Altmeyden*, in: Goette/Habersack, MüKo-AktG, Bd. 5, § 292 Rn. 144; *Seiler*, in: Säcker/Rixecker, MüKo-BGB, Bd. 4, § 662 Rn. 19, 62.

⁴⁸ *Weißmüller*, BB 2000, 1949 (1952).

⁴⁹ *Huber*, ZHR 152 (1988), 1 (4); *ders.*, ZHR 152 (1988), 123 (155); *Altmeyden*, in: Goette/Habersack, MüKo-AktG, Bd. 5, § 292 Rn. 144.

B. Der Betriebsführungsvertrag

Aufwendungen nach § 670 BGB Ersatz verlangen, da er für fremde Rechnung tätig wird. Werden die Verbindlichkeiten allerdings zu hoch und reichen die Vorschüsse des Eigentümers nicht mehr aus, trägt der Betriebsführer das Insolvenzrisiko des Eigentümers.⁵⁰

II. ABGRENZUNG ZU ÄHNLICHEN UNTERNEHMERISCHEN GESTALTUNGSFORMEN

Der Betriebsführungsvertrag muss aufgrund seiner Ähnlichkeit zum Geschäftsführungs-, Betriebspacht- und Betriebsüberlassungsvertrag sowie zu der bloßen Ausgestaltung von Vertriebsformen abgegrenzt werden.

1. Geschäftsführungsvertrag

Nach § 291 Abs. 1 S. 2 AktG liegt ein Geschäftsführungsvertrag dann vor, wenn sich eine AG oder KGaA verpflichtet, ihr Unternehmen für Rechnung eines anderen Unternehmens zu führen, so dass etwaige Gewinne oder Verluste nicht mehr bei ihr, sondern bei dem anderen Unternehmen anfallen.⁵¹

Anders als bei Betriebsführungsverträgen, bei denen sich der Betriebsführer verpflichtet ein **fremdes** Unternehmen (einen fremden Betrieb, Teilbetrieb oder eine fremde Sparte) für fremde Rechnung zu leiten, führt bei einem Geschäftsführungsvertrag die Gesellschaft ihr **eigenes** Unternehmen – wenn auch für Rechnung eines Dritten – selbst.⁵²

2. Betriebspachtvertrag

Ein Betriebspachtvertrag ist eine besondere Form eines Gebrauchsüberlassungsvertrages, welcher dem Pächter die Nutzung der betrieblichen Anlagen – bei § 292 AktG immer des gesamten Unternehmens, sonst auch einen von mehreren Betrieben – des Verpächters im eigenen Namen und für eigene Rechnung ermöglicht (vgl. §§ 292 Abs. 1 Nr. 3 AktG, 581 BGB).⁵³

Entscheidender Unterschied zum Betriebsführungsvertrag (dort: Führung für **fremde** Rechnung) ist die Fortführung der betrieblichen Anlagen **für eigene Rechnung** des Päch-

⁵⁰ Rieble, NZA 2010, 1145 (1146); Gussen, in: Rolfs u. a., BeckOK Arbeitsrecht, § 613a BGB Rn. 79a.; Winter/Theisen, AG 2011, 662 (663).

⁵¹ Emmerich, in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, Rn. 67 zu § 291 AktG.

⁵² Huber, ZHR 152 (1988), 1 (6); Emmerich, in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, Rn. 69 zu § 291 AktG.

⁵³ Richardi, in: Richardi u. a., Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 1, § 23 Rn. 11; Emmerich, in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, Rn. 69 zu § 291 AktG, Rn. 40 zu § 292 AktG; Altmeyen, in: Goette/Habersack, MüKo-AktG, Bd. 5, § 292 Rn. 99; Raupach, in: Westermann/Mock, FS für Bezenberger, S. 327 (333, 334); Schneider, JbFfSt 1982/1983, 387 (389, 394 ff.).

B. Der Betriebsführungsvertrag

ters.⁵⁴ Um es vereinfacht darzustellen, kann man sagen, dass bei einem Pachtvertrag der Verpächter eine Gegenleistung für die Überlassung erhält. Im Gegensatz dazu schuldet der Eigentümer bei einem Betriebsführungsvertrag (i. d. R. Geschäftsbesorgungsvertrag mit Dienstvertragscharakter) eine Gegenleistung für die „Überlassung“ (also für die Führung seines Betriebs).⁵⁵ Der Pächter trägt zudem das unternehmerische Risiko selbst.⁵⁶ Weiter ist Gegenstand des Betriebsführungsvertrages lediglich die Leitungsfunktion (Geschäftsbesorgung), der Betriebsführer kommt also zum Betrieb. Die Betriebspacht ist dagegen Gebrauchsüberlassung, bei welcher „der Betrieb zum Pächter kommt“.⁵⁷

Möglich – und in der Praxis anzutreffen – ist allerdings auch eine Kombination eines Betriebspachtvertrages mit einem Betriebsführungsvertrag, wenn der Pächter den Betrieb zwar für eigene Rechnung und im eigenen Namen übernehmen (pachten), aber nicht selbst führen (betreiben) will.⁵⁸ Soweit die Konstellation so ausgestaltet wird, dass nach Abschluss des Pachtvertrages der Pächter den Verpächter beauftragt, den gepachteten Betrieb im eigenen Namen aber für Rechnung des Pächters zu führen, wird anstatt von „Betriebsführungsvertrag“ oftmals auch von „Betriebsführungs**auftrag**“ gesprochen.⁵⁹ Der Begriff „Betriebsführungs**auftrag**“ führt allerdings lediglich zur Verwirrung und zu einem weiteren im Gesetz nicht definierten und daher unnötigerweise abzugrenzenden Begriff. Insb. deutet der Begriff „-auftrag“ auf ein unentgeltliches Auftragsverhältnis nach § 662 ff. BGB hin, was aber nicht immer so sein muss. Zudem ist die – für einen Betriebsführungsvertrag – notwendige „Fremdheit“ des zu führenden Betriebs ausnahmsweise auch für einen Verpächter (hier: Betriebsführer) gegeben, wenn er während des Pachtverhältnisses seinen direkten Einfluss auf den Betrieb verliert (vgl. § 581 BGB) und eben erst wieder infolge eines Betriebsführungsvertrages wiedererlangt.⁶⁰ Es gibt also keinen Grund, von dem Begriff des Betriebsführungsvertrages abzuweichen.

⁵⁴ *Huber*, ZHR 152 (1988), 1 (3); *Koppensteiner*, in: Zöllner/Noack, Kölner-KommAktG, Bd. 6, § 292 Rn. 79; *Raupach*, in: Westermann/Mock, FS für Bezenberger, S. 327 (333).

⁵⁵ *Harke*, in: Säcker/Rixecker, MüKo-BGB, Bd. 3, § 581 Rn. 15.

⁵⁶ *Schneider*, JbFfSt 1982/1983, 387 (389).

⁵⁷ *Rieble*, NZA 2010, 1145 (1145); *Raupach*, in: Westermann/Mock, FS für Bezenberger, S. 327 (332).

⁵⁸ *Altmeyen*, in: Goette/Habersack, MüKo-AktG, Bd. 5, § 292 Rn. 100; *Emmerich*, in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, Rn. 42 zu § 292 AktG; *Kamlah*, BB 2003, 109 (115); *Huber*, ZHR 152 (1988), 1 (6, 7).

⁵⁹ So *Huber*, ZHR 152 (1988), 1 (6, 7); *Altmeyen*, in: Goette/Habersack, MüKo-AktG, Bd. 5, § 292 Rn. 100.

⁶⁰ *a. A. Huber*, ZHR 152 (1988), 1 (6, 7); *Altmeyen*, in: Goette/Habersack, MüKo-AktG, Bd. 5, § 292 Rn. 100.

3. Betriebsüberlassungsvertrag

Der Betriebsüberlassungsvertrag unterscheidet sich lediglich dadurch vom Betriebspachtvertrag, dass der gesamte Betrieb im Namen der überlassenden Gesellschaft weitergeführt wird (vgl. § 292 Abs. 1 Nr. 3 AktG).⁶¹

Mithin kann für die Abgrenzung des Betriebsüberlassungsvertrags zum Betriebsführungsvertrag auf obige Ausführung zur Abgrenzung vom Betriebspachtvertrag (B. II. 2.) verwiesen werden. Entscheidend ist vor allem, dass der Übernehmer – im Gegensatz zur Betriebsführung – auf **eigene** Rechnung handelt.⁶²

Auch hier kann wiederum eine Kombination mit einem Betriebsführungsvertrag (nach a. A. sog. „Betriebsführungsauftrag“) vorliegen.⁶³

4. Vertriebsformen

Abzugrenzen ist der Betriebsführungsvertrag ferner von allen Modellen, bei denen ein Unternehmer einen Dritten mit dem Vertrieb seiner Produkte (zum Zwecke der Förderung und Durchführung seines Vertriebs) beauftragt. Zu nennen sind dabei insb. der Kommissionär (§ 383 HGB), der Vertragshändler und der Franchisenehmer (Absatzmittler).⁶⁴

Es fehlt bei diesen Vertriebsformen in jedem Fall das Merkmal „der Führung eines fremden Betriebs“. Jeder der Vertragspartner will ausschließlich seinen eigenen Betrieb fördern und führen. Der Unternehmer (Eigentümer) führt auch nach Abschluss des Vertrages seinen eigenen Betrieb selbst weiter, daran ändert auch nichts, dass er sich zum Vertrieb seiner Produkte eines Dritten bedient. Der Dritte (Absatzmittler) möchte auch lediglich seinen eigenen Betrieb führen und fördern, welcher eben gerade die Ausführung von Vertriebsfunktionen zum Gegenstand hat.⁶⁵

Im Gegensatz dazu müsste ein Dritter, der mit der Leitung einer Vertriebsabteilung des Unternehmers (Eigentümers) beauftragt wird, wiederum als Betriebsführer angesehen werden (Vertriebsfunktion des Betriebsführungsvertrages).⁶⁶

⁶¹ *Richardi*, in: *Richardi u. a., Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht*, Bd. 1, § 23 Rn. 13; *Emmerich*, in: *Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht*, Rn. 43 zu § 292 AktG; *Altmeyen*, in: *Goette/Habersack, MüKo-AktG*, Bd. 5, § 292 Rn. 105, 106; *Raupach*, in: *Westermann/Mock, FS für Bezzenger*, S. 327 (333, 334); *Schneider*, *JbFfSt* 1982/1983, 387 (389).

⁶² *Huber*, *ZHR* 152 (1988), 1 (3); *Emmerich*, in: *Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht*, Rn. 43a zu § 292 AktG; *Altmeyen*, in: *Goette/Habersack, MüKo-AktG*, Bd. 5, § 292 Rn. 107.

⁶³ Vgl. *Altmeyen*, in: *Goette/Habersack, MüKo-AktG*, Bd. 5, § 292 Rn. 108.

⁶⁴ Vgl. *H.P. Westermann*, in: *Säcker/Rixecker, MüKo-BGB*, Bd. 3, Vorbem. §§ 433-453 Rn. 31 ff.

⁶⁵ *Huber*, *ZHR* 152 (1988), 1 (7); *Rieble*, *NZA* 2010, 1145 (1146).

⁶⁶ *Veelken*, *Der Betriebsführungsvertrag im deutschen und amerikanischen Aktien- und Konzernrecht*, S. 22.

III. ABGRENZUNG ZUR ARBEITNEHMERÜBERLASSUNG

Der Abschluss eines Betriebsführungsvertrages kann nie Arbeitnehmerüberlassung sein.⁶⁷ Wegen der weitreichenden rechtlichen Konsequenzen einer unerlaubten Arbeitnehmerüberlassung i. S. d. § 1 AÜG, deren Verletzung insb. gem. §§ 9, 10 AÜG zu einem fingierten Arbeitsverhältnis des Leiharbeitnehmers mit dem Entleiher führt, sollte aber zwingend auf die Einhaltung der nachfolgenden Abgrenzungskriterien geachtet werden.⁶⁸

Für die Arbeitnehmerüberlassung sind folgende Vorgänge kennzeichnend:⁶⁹

- Der Vertragsarbeitgeber (Verleiher) stellt einem Dritten (dem Entleiher) seine Arbeitskräfte zur Verfügung, so dass diese in einer fremden Betriebsorganisation tätig werden.
- Der Dritte (Entleiher) setzt diese dann nach seinen Vorstellungen und Zielen – in seinem Interesse und für seine Betriebszwecke – in seinem Betrieb wie eigene Arbeitnehmer ein. Die Arbeitskräfte sind voll in den Betrieb des Entleihers eingegliedert und führen ihre Arbeiten nach dessen Weisungen aus.

Rechtsdogmatisch setzt dies zwischen dem Verleiher und seinen – zu überlassenden – Arbeitnehmern einen (Arbeits-) **Vertrag zu Gunsten Dritter** (dem Entleiher) nach § 328 BGB voraus, weshalb man im Verhältnis zu den überlassenen Arbeitnehmern zwischen dem Arbeitsverhältnis mit dem Verleiher und dem Beschäftigungsverhältnis mit dem Entleiher unterscheiden muss.⁷⁰

Um eine möglichst präzise Abgrenzung zu erreichen, ist zwischen dem echten und dem unechten Betriebsführungsvertrag sowie danach, ob der Betriebsführer eigene Arbeitnehmer mitbringt oder nicht, zu unterscheiden.

⁶⁷ Rieble, NZA 2010, 1145 (1147).

⁶⁸ Rechtsfolgen einer unerlaubten Arbeitnehmerüberlassung: z. B. Unwirksamkeit der Verträge zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer bzw. Entleiher nach § 9 Nr. 1 AÜG, Zustandekommen eines Arbeitsverhältnisses zwischen Leiharbeitnehmer und Entleiher nach § 10 I AÜG, Ordnungswidrigkeit für Verleiher und Entleiher nach § 16 I Nr. 1 und 1a AÜG.

⁶⁹ BAG, Urt. v. 17.02.1993 – 7 AZR 167/92, BAGE 72, 255 f.; BAG, Urt. v. 22.06.1994 – 7 AZR 286/93, BAGE 77, 102 f.; Hamann, in: Schüren/Hamann, AÜG, § 1 Rn. 95, 117, 132; Rütters, BB 1977, 605 (608).

⁷⁰ Reichold, Arbeitsrecht, § 9 Rn. 6; Reichold, Anm. zum BAG Beschl. v. 13.03.2013 – 7 ABR 69/11, AP BetrVG 1972 § 9 Nr. 15 unter Anm. III; Reichold, in: Henssler u. a., Arbeitsrecht Kommentar, Rn. 16 zu § 7 BetrVG.

1. Echter Betriebsführungsvertrag

a) Soweit der Betriebsführer **die** – bereits vorhandenen – **Arbeitnehmer des Eigentümers** in dem von ihm zu führenden Betrieb weiter einsetzt, fehlt es an mehreren Kriterien der Arbeitnehmerüberlassung.

Die Arbeitskräfte werden **dem Betriebsführer** nicht überlassen. Vielmehr bleiben sie in ihrer eigenen (ursprünglich bereits bestehenden) Betriebsorganisation und sollen auch weiterhin die Betriebszwecke ihres Arbeitgebers (des Eigentümers) fördern. Im Gegensatz zur Arbeitnehmerüberlassung kommen somit nicht die Arbeitnehmer zum Betriebsführer (in eine fremde Betriebsorganisation), sondern es ist gerade umgekehrt, der Betriebsführer kommt als Leitungsorgan zum Eigentümer und setzt die Arbeitnehmer weiterhin als solche des Eigentümers ein.⁷¹ In Abgrenzung zur Arbeitnehmerüberlassung kann hier – vereinfacht ausgedrückt – von einer **Arbeitgeberüberlassung** gesprochen werden.

Weiter übt der Betriebsführer im Gegensatz zu einem Entleiher das Direktionsrecht nicht im eigenen Namen und aus eigenem Recht,⁷² sondern lediglich im fremden Namen und somit als Vertreter des Eigentümers aus.⁷³ Es ist demzufolge kein Vertrag zugunsten Dritter zwischen dem Eigentümer und seinen Arbeitnehmern notwendig, da sich Arbeitsverhältnis und Beschäftigungsverhältnis weiterhin decken.⁷⁴

b) Wenn der Betriebsführer zur Erfüllung seiner Führungspflichten **eigene Arbeitnehmer** in den Betrieb des Eigentümers mitbringt, werden diese nicht **dem Eigentümer** als Entleiher überlassen.⁷⁵

Zwar werden sie in einer fremden Betriebsorganisation tätig, allerdings ist hier aus zwei Gründen ein anderes Kriterium ausschlaggebend: zum einen liegt bei Fremdarbeitnehmern immer eine Tätigkeit in einer fremden Betriebsorganisation vor; zum anderen kann eine Arbeitnehmerüberlassung ausgeschlossen werden, wenn eine Vertragsbeziehung – zwi-

⁷¹ *Richardi*, in: *Richardi u. a., Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht*, Bd. 1, § 23 Rn. 15, 25; *Rieble*, 2010, 1145 (1147); *Willemsen*, in: *Willemsen u. a., Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen*, G Rn. 77; *Zöllner*, *ZfA* 1983, 93 (97, 98).

⁷² *Hamann*, in: *Schüren/Hamann, AÜG*, § 1 Rn. 81; *Wank*, in: *Müller-Glöge u. a., ErfK.*, Rn. 33 zu AÜG „Einleitung“; vgl. zu Natur und Inhalt der Beziehungen zwischen Leiharbeiter und Entleiher: *Schüren*, in: *Schüren/Hamann, AÜG*, „Einleitung“ Rn. 113 ff.; *Wank*, in: *Müller-Glöge u. a., ErfK.*, Rn. 32 zu AÜG „Einleitung“.

⁷³ *Richardi*, in: *Richardi u. a., Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht*, Bd. 1, § 23 Rn. 15; *Rieble*, *NZA* 2010, 1145 (1147); *Rüthers*, *BB* 1977, 605 (608).

⁷⁴ Vgl. *Reichold*, Anm. zum BAG Beschl. v. 13.03.2013 – 7 ABR 69/11, AP BetrVG 1972 § 9 Nr. 15 unter Anm. III.

⁷⁵ Zweifelnd an diesem Ergebnis: *Huber*, *ZHR* 152 (1988), 1 (8), wenn für gleichartige Aufgaben teils Arbeitnehmer des Eigentümers und teils eigene Arbeitnehmer des Betriebsführers eingesetzt werden.

B. Der Betriebsführungsvertrag

schen potentiell dem Entleiher und Verleiher – zweifelsfrei als Werk-, Dienst- oder Geschäftsbesorgungsvertrag identifiziert wird.⁷⁶

Eine erlaubnispflichtige Arbeitnehmerüberlassung liegt dann nicht vor, wenn der Betriebsführer das arbeitsrechtliche Weisungsrecht (Direktionsrecht) für seine eigenen mitgebrachten Arbeitnehmer selbst ausübt, so dass sich auch hier Arbeitsverhältnis und Beschäftigungsverhältnis decken.⁷⁷ Aufgrund des äußeren Erscheinungsbildes (Arbeitnehmer des Betriebsführers werden in einem fremden Betrieb tätig) muss allerdings zwingend sichergestellt sein, dass nicht nur im Betriebsführungsvertrag klargestellt wird, dass der Betriebsführer selbst gegenüber seinen eigenen Mitarbeitern im eigenen Namen auftritt und **nur er** Weisungsrechte gegenüber diesen Mitarbeitern hat, sondern dass dies auch tatsächlich so gehandhabt wird. Dabei dürfen die arbeitsrechtlichen Weisungen gegenüber den Arbeitnehmern des Betriebsführers **nicht** von Leitungsorganen oder leitenden Angestellten des Eigentümers ausgehen. Somit muss das Recht beim Betriebsführer liegen, immer wieder neue und auch andere Arbeit zuzuweisen sowie die Befugnis, frei über den Beginn und das Ende der Arbeitszeit, das Arbeitstempo sowie die Arbeitsintensität der mitgebrachten Arbeitnehmer zu bestimmen und diese auch wieder zu ändern. Der Betriebsführer muss frei über die Arbeitskraft dieser Arbeitnehmer verfügen können, so dass er sämtliche Koordinierungsprobleme des Arbeitseinsatzes jederzeit einseitig und ohne Rücksprache mit dem Eigentümer lösen kann.⁷⁸

Vor diesem Hintergrund muss eine Weisungskette so ausgestaltet werden, dass interne Anweisungen des Eigentümers, welche auf der Grundlage und im Rahmen des Betriebsführungsvertrages möglich sind (§ 665 BGB), ausschließlich gegenüber der Geschäftsleitung oder einem zuständigen Ansprechpartner des Betriebsführers (sog. Aufsichtsperson) erfolgen. Der Betriebsführer kann daraufhin die internen Weisungen des Eigentümers durch entsprechende Weisungen an die eigenen Mitarbeiter umsetzen. Dabei soll zwingend vermieden werden, dass zwischen der Geschäftsführung des Eigentümers und den für die Leitung des zu führenden Betriebs zuständigen Personen auf Seiten des Betriebsführers, Personenidentität besteht.⁷⁹ Aus der Perspektive der Arbeitnehmerüberlassung ist die Grenze dieser beschriebenen Einflussnahme erreicht, sobald eine Aufsichtsperson nur noch „Sprachrohr“ des Eigentümers wäre. Dies ist dann anzunehmen, wenn Weisungen durch die Aufsichtsperson ausschließlich nach Anweisung des Eigentümers weitergegeben wer-

⁷⁶ BAG, Urt. v. 30.01.1991 – 7 AZR 506/89, Juris; Hamann, in: Schüren/Hamann, AÜG, § 1 Rn. 148.

⁷⁷ Hamann, in: Schüren/Hamann, AÜG, § 1 Rn. 153; Birk, ZGR 1984, 23 (47); vgl. Kamlah, BB 2003, 109 (113).

⁷⁸ Maschmann, NZA 2013, 1305 (1309); Lembke, NZA 2013, 1312 (1313, 1317).

⁷⁹ Vgl. Kamlah, BB 2003, 109 (113, 116).

B. Der Betriebsführungsvertrag

den, wie beispielsweise Weisungen in Bezug auf den Zeitpunkt, die Dauer, den Ort oder die Art der Tätigkeit. Dem Betriebsführer verbleibt in diesem Fall keine eigene unternehmerische Gestaltung, er steuert und organisiert den Arbeitseinsatz nicht mehr selbst. Es liegt eine verdeckte Arbeitnehmerüberlassung mit den entsprechenden Rechtsfolgen aus dem AÜG vor.⁸⁰ Es ist davon auszugehen, dass eine solche Fallgestaltung die Ausnahme sein wird: der sachliche Grund für einen Betriebsführungsvertrag wird in den meisten Fällen in der unternehmerischen Entscheidung liegen, die Leitung eines Betriebs (-teils) auf einen Dritten zu übertragen und gleichzeitig unmittelbar am geschäftlichen Erfolg partizipieren zu können.

2. Unechter Betriebsführungsvertrag

a) Der unechte Betriebsführungsvertrag führt nach h. A. für **die Arbeitnehmer des Eigentümers** grds. zu einem Arbeitgeberwechsel (§ 613a BGB) zum Betriebsführer.⁸¹ Der Betriebsführer wird so Vertragsarbeitgeber und übt als solcher dann auch das eigene Weisungsrecht gegenüber seinen eigenen („neuen“) Arbeitnehmern im eigenen Namen aus. Diese Arbeitnehmer werden dann zur Erfüllung seiner Pflichten aus dem Betriebsführungsvertrag (i. d. R. Geschäftsbesorgungsvertrag) weiterhin in der ursprünglichen Betriebsorganisation eingesetzt. Die Arbeitnehmer unterstehen dabei ausschließlich dem arbeitsrechtlichen Weisungsrecht des Betriebsführers und werden daher auch keinem Dritten zur eigenständigen Ausübung eines (fremden) arbeitsrechtlichen Weisungsrechts überlassen.⁸² Eines Vertrages zugunsten Dritter bedarf es also nicht. Arbeitsverhältnis und Beschäftigungsverhältnis decken sich. Eine Arbeitnehmerüberlassung ist ausgeschlossen. Selbst dann, wenn man die Meinung vertreten würde, dass es (ausnahmsweise) zu keinem Arbeitgeberwechsel kommt, läge keine Arbeitnehmerüberlassung vor. Vergleichbar mit dem echten Betriebsführungsvertrag, bleiben die Arbeitnehmer des Eigentümers bei ihrem Arbeitgeber, d. h. in dessen Betriebsorganisation beschäftigt und sollen auch weiterhin dessen Betriebszweck fördern. Auch dann kommen die Arbeitnehmer gerade nicht zu einem Dritten (Betriebsführer), sondern der Betriebsführer kommt zu den Arbeitnehmern. Eine Überlassung von Arbeitnehmern an einen Dritten liegt damit nicht vor.⁸³ Die Gefahren, vor denen das AÜG schützen will, bestehen gerade dann nicht, wenn die Arbeitnehmer

⁸⁰ *Maschmann*, NZA 2013, 1305 (1309); *Lembke*, NZA 2013, 1312 (1313, 1317).

⁸¹ Zum Meinungsstand und den Voraussetzungen für einen Betriebsübergang ausführlich unter C. I. 1. b) und C. I. 2. b).

⁸² *Rieble*, NZA 2010, 1145 (1147).

⁸³ *Zöllner*, ZfA 1983, 93 (97, 98); **a. A.** wohl *Hamann*, in: Schüren/Hamann, AÜG, § 1 Rn. 152.

B. Der Betriebsführungsvertrag

weiterhin in der Betriebsorganisation ihres Arbeitgebers eingesetzt werden und der Betriebsführer lediglich infolge des Betriebsführungsvertrages die Möglichkeit hat, arbeitsrechtliche Weisungsrechte zur Förderung des (zu führenden) Betriebs ihres Vertragsarbeitgebers einzusetzen.⁸⁴

b) Soweit der Betriebsführer zur Erfüllung seiner Pflichten aus dem (unechten) Betriebsführungsvertrag **eigene Arbeitnehmer** einsetzt (bspw. solche aus einem anderen Betrieb, welche auch bereits vor dem Betriebsübergang eigene Arbeitnehmer waren), ergeben sich keine wesentlichen Besonderheiten. Auch hier gilt, dass eine erlaubnispflichtige Arbeitnehmerüberlassung nicht vorliegt, wenn der Betriebsführer (als Vertragsarbeitgeber) das arbeitsrechtliche Weisungsrecht für seine eigenen (mitgebrachten) Arbeitnehmer selbst ausübt, so dass mit diesen Arbeitnehmern kein Vertrag zugunsten eines Dritten notwendig wird.

IV. GRENZEN DER GESTALTUNGSMÖGLICHKEITEN ZUM SCHUTZ DES UNTERNEHMERS

Den Möglichkeiten zur Gestaltung eines Betriebsführungsvertrages sind zum Schutz der Unternehmensfreiheit (der Gesellschaft und der Gesellschafter) Grenzen gesetzt.⁸⁵ Abhängig von der jeweiligen Gesellschaftsform sind insb. hinsichtlich des Umfangs und der Dauer der Übertragung von Führungsbefugnissen Beschränkungen zu beachten.⁸⁶

1. Grenze nach Umfang und Intensität der Führungsbefugnis

Sofern es sich bei dem Eigentümer um eine **Personengesellschaft** handelt, sind die Grenzen der Führungsbefugnis des Betriebsführers zu allererst im Hinblick auf den **Grundsatz der Selbstorganschaft** auszumachen.⁸⁷ Klar – und daher im Rahmen einer Betriebsführung auch nicht möglich – ist, dass die Einräumung einer echten und ausschließlichen Or-

⁸⁴ Vgl. *Wank*, in: Müller-Glöße u. a., ErfK., Rn. 21 zu § 1 AÜG.

⁸⁵ Vgl. *Huber*, ZHR 152 (1988), 1 (11 ff.); *ders.*, ZHR 152 (1988), 123 (126 ff.); *Fenzl*, Betriebspacht-, Betriebsüberlassungs- und Betriebsführungsverträge in der Konzernpraxis, E., F., G.; *Veelken*, Der Betriebsführungsvertrag im deutschen und amerikanischen Aktien- und Konzernrecht, S. 74 ff.; *Gessler*, in: Fischer u. a., FS für Hefermehl, S. 263 (266 ff.).

⁸⁶ Auf die Grenzziehung wegen grobem Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung wurde in diesem Zusammenhang aus systematischen Gründen verzichtet, vgl. hierzu: *OLG München*, Urt. v. 07.03.1986 – 23 U 1936/82, ZIP 1987, 849 f.; *Windbichler*, ZIP 1987, 825 (826, 827); *Koppensteiner*, in: Zöllner/Noack, Kölner-KommAktG, Bd. 6, § 292 Rn. 92; *Altmeyen*, in: Goette/Habersack, MüKo-AktG, Bd. 5, § 292 Rn. 172 ff.

⁸⁷ *BGH*, Urt. v. 05.10.1981 – II ZR 203/80, NJW 1982, 1817 f.

B. Der Betriebsführungsvertrag

gankompetenz ebenso unzulässig ist, wie eine auf die bloße Geschäftsführungsbefugnis beschränkte organschaftliche Ermächtigung.⁸⁸

Auf einen Dritten, der nicht Gesellschafter ist, können aber durchaus weitreichende Geschäftsführungsaufgaben – auch in Form einer Generalvollmacht – delegiert, d. h. **rechtsgeschäftlich** übertragen werden. Die Gesellschafter dürfen jedoch – nach dem Grundsatz der Selbstorganschaft – von der Geschäftsführung nicht vollständig ausgeschlossen werden, so dass zumindest ein Gesellschafter die Geschäftsführung jederzeit in vollem Umfang wahrnehmen kann und sich die Gesellschafter nicht endgültig der Entscheidungsbefugnis über Fragen der Geschäftsführung entledigen.⁸⁹

Der BGH eröffnete trotz Bekenntnis zur Selbstorganschaft in der Vergangenheit insb. in Bezug auf den Betriebsführungsvertrag einen weiten Rahmen. In der oben bereits benannten „Holiday Inn-Entscheidung“ führte er aus, dass in einem Betriebsführungsvertrag selbst der Verzicht des Gesellschafters (Eigentümers) auf konkrete oder allgemeine Weisungen (und auch wenn keine jederzeitige Abberufung möglich ist), unter dem Gesichtspunkt der Selbstorganschaft unschädlich ist, sofern der Vertrag konkrete Maßstäbe und Richtlinien (**die Unternehmenspolitik**) festlegt, nach denen die Geschäftsführung zu erfolgen hat. Eine solche Festlegung von **Richtlinien und Maßstäben**, in Verbindung mit ausreichenden **Kontrollmöglichkeiten** für den Eigentümer, um einem möglichen Verstoß mit Ansprüchen aus dem Leistungsstörungsrecht oder einer Kündigung zu begegnen, scheint nach dem BGH – auch heute noch – auszureichen.⁹⁰

Bei einer **Kapitalgesellschaft** (juristischen Person) als Eigentümer ist der Ausgangspunkt ein anderer. Es gilt der Grundsatz der Fremdorganschaft, d. h. die Möglichkeit der Vertretung und Geschäftsführung durch Nichtgesellschafter. Nach dem dort geltenden **Prinzip der organschaftlichen Vertretung** – welches für die AG in § 76 AktG für den Vorstand (hier auch ausdrückliche Pflicht zur eigenverantwortlichen Leitung!) und für die GmbH in § 35 GmbHG für den Geschäftsführer zum Ausdruck kommt – ist aber klar, dass diese

⁸⁸ *Rawert*, in: Schmidt, MüKo-HGB, Bd. 2, § 114 Rn. 24, 25; *Ulmer/Schäfer*, in: Säcker/Rixecker, MüKo-BGB, Bd. 5, § 709 Rn. 5; *Loos*, BB 1963, 615 (615); *Schneider*, JbFfSt 1982/1983, 387 (402).

⁸⁹ *BGH*, Urt. v. 20.09.1993 – II ZR 204/92, WM 1994, 237 f.; *Schöne*, in: Bamberger/Roth, BeckOK BGB, § 709 Rn. 6, 7; *Ulmer/Schäfer*, in: Säcker/Rixecker, MüKo-BGB, Bd. 5, § 709 Rn. 5; *Rawert*, in: Schmidt, MüKo-HGB, Bd. 2, § 114 Rn. 24-26; *Loos*, BB 1963, 615 (619, 620); *Löffler*, NJW 1983, 2920 (2921).

⁹⁰ *BGH*, Urt. v. 05.10.1981 – II ZR 203/80, NJW 1982, 1817 f.; *Löffler*, NJW 1983, 2920 (2922); *Hillmann*, in: Joost/Strohn, Handelsgesetzbuch, Bd. 1, § 125 Rn. 9; zur Kritik an der Entscheidung des BGH: *Huber*, ZHR 152 (1988), 1 (16 ff.); *Rawert*, in: Schmidt, MüKo-HGB, Bd. 2, § 114 Rn. 26 m. w. N.

B. Der Betriebsführungsvertrag

organisationsrechtliche Zuständigkeit, die Befugnisse und die damit verbundenen organisationsrechtlichen Pflichten keinesfalls übertragen werden können.⁹¹

Aber auch hier gilt, dass weitere **rechtsgeschäftliche** Vertreter, bspw. durch die Erteilung von Prokura (§ 48 HGB), (General-)Handlungsvollmacht (§ 54 HGB) oder einer Vollmacht nach den §§ 164 ff. BGB bestellt werden können, um insb. die tatsächliche Erledigung des operativen **Tagesgeschäfts** auf Dritte zu delegieren.⁹² Da der Betriebsführer, wie auch ein leitender Angestellter, nur schuldrechtlich gebunden ist, ist gegen die Delegation von Leitungsbefugnissen auf den Betriebsführer auch hier im Grundsatz nichts einzuwenden. Die Grenze ist dort zu ziehen, wo der Betriebsführungsvertrag einen Betriebsführer einem Vorstand oder Geschäftsführer gleichstellt. In Anbetracht dessen darf der Betriebsführer nicht völlig unabhängig sein, sondern muss zur Wahrnehmung der Interessen des Eigentümers verpflichtet werden und kann auch nur zu Rechtsgeschäften bevollmächtigt werden, die nicht das Handeln eines Organs voraussetzen. Die Wirksamkeit einer solchen rechtsgeschäftlich erteilten Vertretungsmacht kann im Ergebnis am besten durch umfassende Einfluss-, Mitwirkungs- und Informationsrechte des Eigentümers sichergestellt werden – dem Organ muss die Möglichkeit erhalten bleiben die **Unternehmenspolitik** zu bestimmen.⁹³

2. Grenze nach Dauer

Aus der sog. „Holiday Inn-Entscheidung“ kann der Schluss gezogen werden, dass ein Unternehmen (egal ob Personen- oder Kapitalgesellschaft) sich nicht auf **unbeschränkte Dauer**⁹⁴ durch eine unwiderrufliche Generalvollmacht der Führung eines Betriebsführers ausliefern kann.⁹⁵

⁹¹ *Fenzl*, Betriebspacht-, Betriebsüberlassungs- und Betriebsführungsverträge in der Konzernpraxis, Rn. 131-132; *Huber*, ZHR 152 (1988), 1 (14, 25); *Wisskirchen/Kuhn*, in: *Ziemons/Jaeger*, BeckOK GmbHG, § 35 Rn. 4, 5; *Altmeyen*, in: *Altmeyen/Roth*, GmbHG, § 35 Rn. 15, 16; *Schneider*, JbFfSt 1982/1983, 387 (402).

⁹² *BGH*, Urt. v. 18.07.2002 – III ZR 124/01, BB 2002, 1824; *Wisskirchen/Kuhn*, in: *Ziemons/Jaeger*, BeckOK GmbHG, § 35 Rn. 6; *Altmeyen*, in: *Altmeyen/Roth*, GmbHG, § 35 Rn. 14-16; *Gessler*, in: *Fischer u. a.*, FS für Hefermehl, S. 263 (273-275); *Loos*, BB 1963, 615 (618, 619); *Schneider*, JbFfSt 1982/1983, 387 (402).

⁹³ *BGH*, Urt. v. 18.07.2002 – III ZR 124/01, BB 2002, 1824; *Fenzl*, Betriebspacht-, Betriebsüberlassungs- und Betriebsführungsverträge in der Konzernpraxis, Rn. 131-134; *Gessler*, in: *Fischer u. a.*, FS für Hefermehl, S. 263 (275, 277); *Weißmüller*, BB 2000, 1949 (1951); *Emmerich*, in: *Emmerich/Habersack*, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, Rn. 57 zu § 292 AktG; *Fleischer*, in: *Spindler/Stilz*, Aktiengesetz, Bd. 1, § 76 Rn. 72-74; *Wisskirchen/Kuhn*, in: *Ziemons/Jaeger*, BeckOK GmbHG, § 35 Rn. 6-9 m.w.N.; *Schneider*, JbFfSt 1982/1983, 387 (403).

⁹⁴ In dem Fall wurde der Vertrag auf 20 Jahre abgeschlossen, der Betriebsführer hatte aber eine Option auf Verlängerung über dreimal 10 Jahre, so dass der BGH jedenfalls eine Bindung von insg. 50 Jahren als sittenwidrig (§ 138 BGB) empfand.

⁹⁵ *Rieble*, NZA 2010, 1145 (1146); *Altmeyen*, in: *Goette/Habersack*, MüKo-AktG, Bd. 5, § 292 Rn. 153, 154 ff. m. w. N.

B. Der Betriebsführungsvertrag

Grundsätzlich kann die Vertragsdauer aber von den Parteien frei vereinbart werden, wobei die Grenze insb. durch § 138 BGB (wirtschaftliche Betätigungsfreiheit) zu ziehen ist. Unter dem Aspekt der Sittenwidrigkeit muss dabei eine Laufzeit von 20 Jahren als grds. zulässig erachtet werden. Dagegen muss eine solche von 50 Jahren, jedenfalls bei weitestgehend ausgeschlossenen Weisungs- und Zustimmungsrecht und der Übernahme eines wesentlichen Teils des Unternehmens, i. d. R. als unzulässig beurteilt werden.⁹⁶

Im Ergebnis ist aber eine genaue, abschließende und rechtssichere Grenzziehung nicht möglich. Wann eine Sittenwidrigkeit vorliegt „hängt wesentlich vom Einzelfalle, insbesondere von den im Vertrag festgelegten gegenseitigen Rechten und Pflichten ab. Zu berücksichtigen ist vor allem das Gewicht der Leistungen des Betriebsführers und der Umstand, ob und in welchem Umfange der Unternehmensträger befugt bleibt, die Unternehmenspolitik zu gestalten und in die laufende Geschäftsführung – durch vorbehaltene Weisungs- und Zustimmungsrechte – einzugreifen“⁹⁷.

Welche Unsicherheiten bei der Beurteilung einer maximal zulässigen Bindungsdauer (wegen § 138 BGB) auch nach der sog. „Holiday Inn-Entscheidung“ des BGH bestehen, hat das OLG München, an welches die Sache zurückverwiesen worden war, im konkreten Fall eindrücklich aufgezeigt. Es stellte fest, „dass die in Art. III S. 1 des Vertrags vereinbarte „Anfangslaufzeit“ von 20 Jahren zwar abstrakt gesehen nicht unangemessen lang ist, wie der Bundesgerichtshof im Revisionsurteil näher dargelegt hat, dass aber nach der Einschätzung des Sachverständigen eine einigermaßen verlässliche Prognose hinsichtlich der wirtschaftlichen Entwicklung des ... Hotels nur auf maximal zehn Jahre möglich ist. Daher erscheint unter den konkreten Umständen der Hotelbranche in Deutschland eine über zehn Jahre hinausgehende Vertragsbindung als unangemessen lang.“⁹⁸

Das OLG München verwendete in diesem Fall als ausschlaggebendes Kriterium einen – durch Sachverständigen festzustellenden – Prognosezeitraum für die wirtschaftliche Entwicklung in einer bestimmten Branche. Dass dieses Kriterium nicht gerade zur Rechtssicherheit beitragen kann, zeigen alleine schon die enormen branchenübergreifenden wirtschaftlichen Schwankungen der vergangenen zehn Jahre in Deutschland.

⁹⁶ BGH, Urt. v. 05.10.1981 – II ZR 203/80, NJW 1982, 1817 f.; Volhard, in: Hopt, Vertrags- und Formularbuch zum Handels-, Gesellschafts- und Bankrecht, II. H. 13 Anm. 3.

⁹⁷ BGH, Urt. v. 05.10.1981 – II ZR 203/80, NJW 1982, 1817 f.

⁹⁸ OLG München, Urt. v. 07.03.1986 – 23 U 1936/82, ZIP 1987, 849 f.; Unterstreichungen erfolgten durch den Verfasser.

3. Erweiterung der Führungsbefugnis infolge des Beherrschungsvertrages nach § 291 AktG

Vom Ergebnis her besteht bei der Beurteilung, in welchem Umfang und für welche Dauer selbständige Leitungsbefugnisse auf den Betriebsführer übertragen werden können, für die Personen- und Kapitalgesellschaften weitgehend ein Gleichlauf.⁹⁹ Die eigentliche Besonderheit der Kapitalgesellschaften liegt darin, dass sie sich – im Gegensatz zu einer Personengesellschaft oder einem Einzelunternehmen¹⁰⁰ – auch unter Abschluss eines Betriebsführungsvertrages einem organisationsrechtlichen Beherrschungs- und Abhängigkeitsverhältnis unterwerfen können.¹⁰¹ Bei konzernverbundenen Unternehmen schafft der Beherrschungsvertrag nach § 291 AktG diese Möglichkeit, so dass sich bei Vorliegen der Voraussetzungen der §§ 291, 293 ff. AktG ein Unternehmen der Herrschaft eines anderen unterstellen kann.¹⁰²

Soweit sich eine Kapitalgesellschaft in Folge eines Betriebsführungsvertrages der Leitung eines Anderen (des Betriebsführers) über die oben unter B. IV. 1. und B. IV. 2. benannten Grenzen hinweg unterstellt, ist dies nur in Verbindung mit dem Abschluss eines förmlichen Beherrschungsvertrages nach § 291 Abs. 1 AktG und somit unter Zustimmung der Hauptversammlung (§§ 293 ff. AktG) und förmlicher Eintragung in das Handelsregister (§ 294 AktG) zulässig. Als Preis dafür sieht das Gesetz insb. die Pflicht zum Verlustausgleich nach § 302 Abs. 1 AktG vor.¹⁰³ Der Betriebsführungsvertrag eröffnet letztlich auch ohne Kapitalbeteiligung des herrschenden Unternehmens eine Anwendungsmöglichkeit von Beherrschungsverträgen, was sonst eher selten möglich ist.¹⁰⁴

Es ist somit – bei Kapitalgesellschaften – immer im Einzelfall zu prüfen, wie breit und intensiv die Führungsbefugnisse in dem jeweiligen Betriebsführungsvertrag ausgestaltet

⁹⁹ Weber, in: Hölters, AktG, § 76 Rn. 15; Huber, ZHR 152 (1988), 1 (27).

¹⁰⁰ Huber, ZHR 152 (1988), 1 (20 ff.); Rieble, NZA 2010, 1145 (1146); Altmeyden, in: Goette/Habersack, MüKo-AktG, Bd. 5, § 292 Rn. 155; zum Streit ob Verträge i. S. d. § 291 AktG auch mit abhängigen Personengesellschaften abgeschlossen werden dürfen: vgl. Altmeyden, in: Goette/Habersack, MüKo-AktG, Bd. 5, § 291 Rn. 18, 19; Rawert, in: Schmidt, MüKo-HGB, Bd. 2, § 114 Rn. 24, 25; Windbichler, ZIP 1987, 825 (826, 828) m. w. N.

¹⁰¹ Krieger, in: Hoffmann-Becking, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 4, § 72 Rn. 55; Huber, ZHR 152 (1988), 1 (25 ff.); Altmeyden, in: Goette/Habersack, MüKo-AktG, Bd. 5, § 292 Rn. 155.

¹⁰² Zur Anwendung des § 291 AktG auf eine abhängige GmbH: vgl. Emmerich, in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, Rn. 41-43 zu § 292 AktG; Altmeyden, in: Goette/Habersack, MüKo-AktG, Bd. 5, § 291 Rn. 17.

¹⁰³ Huber, ZHR 152 (1988), 1 (25-27); ders. ZHR 152 (1988), 123 (128 ff.); Rieble, NZA 2010, 1145 (1146); Krieger, in: Hoffmann-Becking, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 4, § 72 Rn. 55; Emmerich, in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, Rn. 12 ff. zu § 291 AktG, Rn. 57 zu § 292 AktG; Altmeyden, in: Goette/Habersack, MüKo-AktG, Bd. 5, § 292 Rn. 155, 159, 161; Brandes, NZG 2004, 642 (644).

¹⁰⁴ Windbichler, ZIP 1987, 825 (828); Emmerich, in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, Rn. 24 ff. zu § 291 AktG.

B. Der Betriebsführungsvertrag

sind, um beurteilen zu können, ob der Betriebsführungsvertrag auch ohne Beherrschungsvertrag zulässig sein kann. Dabei sind bei der Vertragsgestaltung die Grenzen der Führungsbefugnisse und die Überwachungsmöglichkeiten genau aufzuzeigen, damit der Vertrag auch nicht als verschleierter Beherrschungsvertrag qualifiziert werden kann.¹⁰⁵

4. Besonderheit: Zustimmung, Schriftform und Eintragung nach § 292, 293, 298

AktG

Aus konzernrechtlicher Sicht muss der Betriebsführungsvertrag – wenn nicht ohnehin bereits vorrangig ein Beherrschungsvertrag vorliegt¹⁰⁶ – auch unter dem Blickwinkel der §§ 292 ff. AktG betrachtet werden.

Nach der ganz h. M. scheint klar, dass der Betriebsführungsvertrag als Unternehmensvertrag nach § 292 Abs. 1 Nr. 3 AktG bzw. § 292 Abs. 1 Nr. 3 AktG analog zu qualifizieren ist. Ebenso wie beim Betriebspacht- und Betriebsüberlassungsvertrag, muss auch hier gelten, dass ein Betriebsführungsvertrag nur dann als Unternehmensvertrag gewertet werden kann, wenn das Eigentümerunternehmen in der Rechtsform einer AG oder KGaA organisiert ist¹⁰⁷ und **sämtliche** Betriebe durch einen Dritten (Betriebsführer) führen lässt.¹⁰⁸

Wenn allerdings durch die Herausnahme von völlig unbedeutenden Betrieben aus dem Vertragsgegenstand des Betriebsführungsvertrages versucht werden sollte, die Schutzvorschrift des § 292 Abs. 1 Nr. 3 AktG zu umgehen, muss wie beim Betriebspacht- und Be-

¹⁰⁵ *Krieger*, in: Hoffmann-Becking, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 4, § 72 Rn. 54; *Messerschmidt*, in: Lorz u. a., Beck'sches Formularbuch GmbH-Recht, L. IV. 1. zu Anm. 3. Vertragsgegenstand; *Emmerich*, in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, Rn. 24 ff. zu § 291 AktG, Rn. 57, 60 ff. zu § 292; *Altmeyen*, in: Goette/Habersack, MüKo-AktG, Bd. 5, § 292 Rn. 167, 170; *Winter/Theisen*, AG 2011, 662 (667, 668); *Liebscher*, in: Fleischer/Goette, MüKo-GmbHG, Bd. 1, Rn. 688 ff. zu § 13 GmbHG Anhang; *Stangl/Winter*, in: Beckert u. a., Formularbuch Recht und Steuern, A. 10.06 Rn. 16 ff. m. w. N.

¹⁰⁶ *Emmerich*, in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, Rn. 58 zu § 292 AktG.

¹⁰⁷ Zur Frage der Anwendbarkeit der §§ 292 ff. AktG auf die GmbH: vgl. *Altmeyen*, in: Goette/Habersack, MüKo-AktG, Bd. 5, § 292 Rn. 8; *Emmerich*, in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, Rn. 59 zu § 292 AktG; *Servatius*, in: Ziemons/Jaeger, BeckOK GmbHG, Rn. 460, 462 ff. zu „Systematische Darstellungen – Konzernrecht – D.“; speziell beim Betriebsführungsvertrag: vgl. *Liebscher*, in: Fleischer/Goette, MüKo-GmbHG, Bd. 1, Rn. 686 ff. zu § 13 GmbHG Anhang; *Messerschmidt*, in: Lorz u. a., Beck'sches Formularbuch GmbH-Recht, L. IV. 1. zu Anm. 10; *Stangl/Winter*, in: Beckert u. a., Formularbuch Recht und Steuern, A. 10.06 Rn. 10 ff. m.w.N.; *Winter/Theisen*, AG 2011, 662 (666) m. w. N.

¹⁰⁸ *Langenbacher*, in: Schmidt/Lutter, AktG-K., Bd. 2, § 292 Rn. 35; *Koppensteiner*, in: Zöllner/Noack, Kölner-KommAktG, Bd. 6, § 292 Rn. 80, 81; *Altmeyen*, in: Goette/Habersack, MüKo-AktG, Bd. 5, § 292 Rn. 149 ff.; *Oesterreich*, Die Betriebsüberlassung zwischen Vertragskonzern und faktischem Konzern, S. 53 ff.; *Stangl/Winter*, in: Beckert u. a., Formularbuch Recht und Steuern, A. 10.06 Rn. 9; **a. A.** *Winter/Theisen*, AG 2011, 662 (667) jedenfalls für den typischen konzerninternen Betriebsführungsvertrag, allerdings unterscheiden diese letztlich auch noch nach der jeweiligen vertraglichen Regelung.

B. Der Betriebsführungsvertrag

etriebsüberlassungsvertrag gelten, dass der Betriebsführungsvertrag dennoch als Unternehmensvertrag zu werten ist.¹⁰⁹

Die analoge Anwendung des § 292 Abs. 1 Nr. 3 AktG auf den Betriebsführungsvertrag ist als Folge eines effektiven Aktionärsschutzes und zum Ausgleich eines schwerwiegenden Eingriffs in die Organisationsverfassung einer Kapitalgesellschaft grds. zu rechtfertigen.¹¹⁰

Als Folge sind gem. §§ 293, 298 AktG die Zustimmung der Hauptversammlung¹¹¹, die Schriftform und die Eintragung in das Handelsregister erforderlich.

In diesem Zusammenhang sei der Vollständigkeit halber noch erwähnt, dass auch ein Teilgewinnabführungsvertrag i. S. d. § 292 Abs. 1 Nr. 2 AktG vorliegen kann, wenn der Eigentümer als Gegenleistung für die Betriebsführung einen Gewinnanteil abzuführen hat.¹¹²

¹⁰⁹ *Fenzl*, Betriebspacht-, Betriebsüberlassungs- und Betriebsführungsverträge in der Konzernpraxis, S. 30, 31; *Weißmüller*, BB 2000, 1949 (1950).

¹¹⁰ *Emmerich*, in: *Emmerich/Habersack*, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, Rn. 58 zu § 292 AktG; *Altmep-pen*, in: *Goette/Habersack*, MüKo-AktG, Bd. 5, § 292 Rn. 149.

¹¹¹ Soweit man eine entsprechende Anwendung bei der GmbH bejaht, der Gesellschafterversammlung.

¹¹² *Altmep-pen*, in: *Goette/Habersack*, MüKo-AktG, Bd. 5, § 292 Rn. 175; *Emmerich*, in: *Emmerich/Habersack*, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, Rn. 58 zu § 292 AktG; *Koppensteiner*, in: *Zöll-ner/Noack*, Kölner-KommAktG, Bd. 6, § 292 Rn. 92.

C. AUSWIRKUNGEN AUF DAS ARBEITSRECHT

Bislang hat sich kaum ein Verfasser mit den rechtlichen Konsequenzen und Gestaltungsmöglichkeiten des Betriebsführungsvertrages aus arbeitsrechtlicher Sicht befasst. Meist beließen es die Autoren bei ausgewählten Aspekten im Überblick.¹¹³

Allerdings müssen auch im Rahmen dieser Ausführungen, aufgrund des beschränkten Umfangs einer Dissertation, Einschränkungen hingenommen werden, um die rechtlichen Probleme in der nötigen Tiefe beleuchten zu können. Der Schwerpunkt soll hier in dem Bereich gesetzt werden, welcher am meisten Gestaltungspotential mit sich bringt, nämlich den Auswirkungen auf die betriebliche Mitbestimmung.

I. ARBEITGEBERSTELLUNG

Ausgangspunkt für die Behandlung des Betriebsführungsvertrages aus arbeitsrechtlicher (betriebsverfassungsrechtlicher) Sicht ist zunächst einmal die Frage der Arbeitgeberstellung. Der Arbeitgeberbegriff wurde gesetzlich nicht definiert und ist viel mehr als nur ein Reflex des Arbeitnehmerbegriffs. Problematisch kann dieser Begriff insb. dann werden, wenn vertragsrechtlich Dritte in die Arbeitgeberstellung mit einbezogen werden.¹¹⁴

Bei der Beurteilung der Frage, wann der Eigentümer und wann der Betriebsführer die Stellung als Arbeitgeber innehat, muss danach unterschieden werden, ob der Arbeitgeber in der Vertragsbeziehung oder der Arbeitgeber in der Betriebsbeziehung gemeint ist. Zudem muss streng zwischen dem **echten und dem unechten** Betriebsführungsvertrag differenziert werden. Auch ob der Betriebsführer **eigene Mitarbeiter** in den zu führenden (fremden) Eigentümerbetrieb mitbringt oder ob er „lediglich“ die in dem Eigentümerbetrieb **bereits vorhandenen** Arbeitnehmer führt, wird ein entscheidender Unterschied sein. Darum ergeben sich auch für die Beurteilung der Arbeitgeberstellung unter C. I. 2. und 3. jeweils **vier zu unterscheidende Modelle**, die systematisch voneinander zu trennen sind.

1. Übersicht über den Meinungsstand

Um dem Leser das Verständnis zu erleichtern, wird zunächst einmal der Meinungsstand jeweils für den echten und den unechten Betriebsführungsvertrag zusammengefasst.

¹¹³ Vgl. *Fenzl*, Betriebspacht-, Betriebsüberlassungs- und Betriebsführungsverträge in der Konzernpraxis, S. 133; *Birk*, ZGR 1984, 23 (51).

¹¹⁴ *Reichold*, Arbeitsrecht, § 2 Rn. 4; vgl. *Wißmann*, NZA 2001, 409 (409 ff.).

a) Echter Betriebsführungsvertrag

aa) Meist wird in der Literatur darauf verwiesen, dass **der Eigentümer** bei einem echten Betriebsführungsvertrag Arbeitgeber **seiner** eigenen im Betrieb bereits vorhandenen Arbeitskräfte bleibt. Ein Übergang der Arbeitsverhältnisse der Mitarbeiter des Eigentümers auf den Betriebsführer soll also nicht stattfinden. Begründet wird diese Meinung damit, dass der Betriebsführer lediglich mit Vollmacht und im Namen des Eigentümers auftritt und so auch das arbeitsrechtliche Direktionsrecht (die Leitungsmacht) im fremden Namen ausübt.¹¹⁵ Der **Betriebsführer** soll nur dann selbst Arbeitgeber sein, wenn er **eigene** Arbeitskräfte zur Ausübung seiner geschuldeten Tätigkeit in den fremden Betrieb **mitbringt**. In diesem Fall bleibt er Arbeitgeber – aber eben nur – seiner eigenen mitgebrachten Arbeitskräfte.¹¹⁶

bb) *Schneider* folgt der h. M., so dass auch er einen Betriebsübergang bei einem echten Betriebsführungsvertrag nicht sieht, scheint aber dieses Ergebnis nicht gelten zu lassen, wenn die Betriebsführungsgesellschaft „*kraft ausdrücklicher Vereinbarung*“ Arbeitgeberin wird.¹¹⁷

cc) *Huber* zweifelt an der Rechtsfolgerung der h. M., wenn der Betriebsführer für gleichartige Aufgaben teils Arbeitnehmer des Eigentümers im fremden Namen und teils eigene mitgebrachte Arbeitnehmer im eigenen Namen einsetzt, so dass die Mitarbeiter untereinander „**vermengt**“ werden. Er nimmt an, dass in solchen Fällen entweder die Arbeitsverhältnisse der Mitarbeiter des Eigentümers durch den Betriebsführer übernommen werden (§ 613a BGB) oder aber, dass der Eigentümer die vom Betriebsführer mitgebrachten Arbeitnehmer in Form eines Leiharbeitsverhältnisses ausleiht. Grund dafür soll sein, dass die Arbeitgeberbereinschaft einheitlich bei einem Unternehmen konzentriert wird.¹¹⁸

dd) *Fabricius* geht entgegen der h. M. davon aus, dass auch ein Handeln im fremden Namen und für fremde Rechnung eine selbständige Arbeitgeberbereinschaft nicht ausschließen

¹¹⁵ *Rieble*, NZA 2010, 1145 (1146, 1147); *Altmeyen*, in: Goette/Habersack, MüKo-AktG, § 292 Rn. 145; *Krieger*, in: Hoffmann-Becking, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 4, § 72 Rn. 53; *Schneider*, JbFfSt 1982/1983, 387 (410); *Annuß*, in: Staudinger, BGB-Kommentar, Buch 2-2, § 613a Rn. 101; *Ulmer/Habersack*, in: Ulmer u. a., MitbestR, § 5 Rn. 30; *Weißmüller*, BB 2000, 1949 (1951); *Richardi*, in: Richardi u. a., Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 1, § 23 Rn. 15.

¹¹⁶ *Altmeyen*, in: Goette/Habersack, MüKo-AktG, § 292 Rn. 145; nach *Birk*, ZGR 1984, 23 (47) soll der Eigentümer allerdings u. U. sekundär wie ein Arbeitgeber haften.

¹¹⁷ *Schneider*, in: Fabricius, GK-MitbestG, § 5 Rn. 80.

¹¹⁸ *Huber*, ZHR 152 (1988), 1 (8).

C. Auswirkungen auf das Arbeitsrecht

kann.¹¹⁹ Handelt ein Betriebsführer **auch im eigenen Interesse** und wurden ihm kraft Betriebsführungsvertrag die Arbeitgeberpflichtungen und -berechtigungen, insb. das Weisungsrecht der bereits vorhandenen Arbeitnehmer des Eigentümers zur Ausübung in eigener Verantwortung übertragen, soll er selbständiger Arbeitgeber sein.¹²⁰

Dabei stellt er an das notwendige Eigeninteresse keine hohen Anforderungen, sondern lässt es in einem konkreten Fall trotz Gewinnabführungsvertrag mit dem Eigentümer und einem Betriebsführungsentgelt lediglich in Höhe der Aufwendungen aus seiner Geschäftstätigkeit ausreichen, wenn der Betriebsführer typischerweise immer bestehende Interessen verfolgt.

Namentlich sollen dabei:

- das Interesse des Betriebsführers, entsprechend seinem (satzungsmäßigen) Unternehmensgegenstand zu handeln,
- das vereinbarte Entgelt zur Bezahlung der Bezüge von seinen Leitungsorganen sowie für etwaige Beiträge zur Industrie- und Handelskammer, der Vermögensteuer u. ä. von dem Eigentümer zu erlangen,
- die Wettbewerbsfähigkeit gegenüber anderen potentiellen Betriebsführern zu erhalten sowie
- Haftungsrisiken für die Gesellschaft oder deren Leitungsorganen zu vermeiden

genügen.¹²¹ Auch ein umfassendes Weisungsrecht des Eigentümers bei 100%iger Beteiligung an dem Betriebsführer soll nach Ansicht von *Fabricius* im Ergebnis nichts daran ändern, weil zwischen konzernrechtlichem Weisungsrecht und dem übertragenen arbeitsrechtlichen Weisungsrecht streng zu unterscheiden sei.¹²²

Dass der Betriebsführer gegenüber den Beschäftigten des Eigentümers im fremden Namen handelt, ist nach Ansicht von *Fabricius* für die Arbeitgeberstellung nicht entscheidend, weil § 164 BGB nur für die Abgabe und Empfangnahme von Willenserklärungen gegenüber Außenstehenden Bedeutung hat. Die Ausübung der Arbeitgeberpflichten, insb. das Weisungsrecht und die Fürsorgepflicht seien aber meist tatsächliche Geschäfte und Tat handlungen und mangels Willen zur Herbeiführung eines rechtlichen Erfolges keine Willenserklärungen. Der Betriebsführer handele als eigenständiger Geschäftsbesorger und könne daher wie ein selbständiger Handelsvertreter (§ 84 HGB) selbst Arbeitgeber sein.¹²³

¹¹⁹ *Fabricius*, Rechtsprobleme gespaltener Arbeitsverhältnisse im Konzern, S. 52, 53.

¹²⁰ *Fabricius*, Rechtsprobleme gespaltener Arbeitsverhältnisse im Konzern, S. 55.

¹²¹ *Fabricius*, Rechtsprobleme gespaltener Arbeitsverhältnisse im Konzern, S. 54 ff.

¹²² *Fabricius*, Rechtsprobleme gespaltener Arbeitsverhältnisse im Konzern, S. 50, 51.

¹²³ *Fabricius*, Rechtsprobleme gespaltener Arbeitsverhältnisse im Konzern, S. 52, 54.

C. Auswirkungen auf das Arbeitsrecht

Letztlich sollen die Arbeitnehmer ihre Interessen gegenüber demjenigen wahrnehmen können, welcher die Arbeitgeberbefugnisse wahrnimmt.¹²⁴

Allerdings ist zu berücksichtigen, dass nach Ansicht von *Fabricius* der Eigentümer nicht seine Stellung als Arbeitgeber verliert, sondern eine **doppelte Arbeitgeberstellung** begründet wird, so dass der Eigentümer **primärer** und der Betriebsführer **sekundärer** Arbeitgeber sei. Eine Anwendung von § 613a BGB scheidet aus.¹²⁵ Der Betriebsführer wäre nach dieser Ansicht nicht nur **Arbeitgeber i. S. d. BetrVG**, sondern (scheinbar) auch **Arbeitgeber i. S. d. Individualarbeitsrechts**.¹²⁶

Die praktische Umsetzung einer solchen doppelten Arbeitgeberstellung, insb. bei Auseinandersetzungen mit dem Betriebsrat, bleibt *Fabricius* dem Leser allerdings weitestgehend schuldig.¹²⁷

ee) Auch *Birk* vertritt die Ansicht, dass eine **doppelte Arbeitgeberstellung** von Eigentümer und Betriebsführer sowohl **i. S. d. Individualarbeitsrechts**¹²⁸ als auch **i. S. d. BetrVG**¹²⁹ möglich sein müsse.

Dies gelte für das **Individualarbeitsrecht** jedenfalls dann, wenn bei einem konzerninternen Betriebsführungsvertrag der Eigentümer (das geführte Unternehmen) von dem Betriebsführer abhängig sei.¹³⁰ Den umgekehrten Fall – wenn also der Betriebsführer vom Eigentümer abhängig wäre – hält *Birk* zumindest für problematisierungsbedürftig.¹³¹ Begründet wird die Auffassung letztlich damit, dass der Eigentümer vom Betriebsführer abhängig sei, dieser die dominierende Rolle einnehme, das unternehmerische Konzept bestimme und keine fremden Zielvorgaben ausführe.¹³²

Einen Fall des § 613a BGB schließt er allerdings mit der Begründung aus, dass der Betriebsführungsvertrag seiner Struktur nach keine rechtsgeschäftliche Übertragung der eigenverantwortlichen Betriebsleitungskompetenz darstelle und im Übrigen sonst der Arbeitnehmer unter haftungsrechtlichen Gesichtspunkten zu sehr benachteiligt würde, wenn die Arbeitgeberstellung des oft „reicheren“ Eigentümers wegfiel.¹³³

¹²⁴ *Fabricius*, Rechtsprobleme gespaltener Arbeitsverhältnisse im Konzern, S. 56.

¹²⁵ *Fabricius*, Rechtsprobleme gespaltener Arbeitsverhältnisse im Konzern, S. 50, 55.

¹²⁶ Zur Kritik an der Unterscheidung zwischen dem Arbeitgeber i. S. d. Individualarbeitsrechts und dem Arbeitgeber i. S. d. BetrVG: *Windbichler*, Arbeitsrecht im Konzern, S. 81.

¹²⁷ Vgl. *Zöllner*, ZfA 1983, 93 (98).

¹²⁸ *Birk*, ZGR 1984, 23 (48, 49).

¹²⁹ *Birk*, ZGR 1984, 23 (53).

¹³⁰ *Birk*, ZGR 1984, 23 (48, 49); in diese Richtung auch *Rüthers*, BB 1977, 605 (609).

¹³¹ *Birk*, ZGR 1984, 23 (48).

¹³² *Birk*, ZGR 1984, 23 (49).

¹³³ *Birk*, ZGR 1984, 23 (47, 48).

C. Auswirkungen auf das Arbeitsrecht

Birk lässt bereits im Rahmen seiner Ausführungen zum Individualarbeitsrecht anklingen, dass **für das Betriebsverfassungsrecht** andere Kriterien für die Arbeitgeberstellung ausschlaggebend sein können.¹³⁴ Letztlich bestätigt er aber, jedenfalls im Fall der Abhängigkeit des Eigentümers von dem Betriebsführer, auch für den Arbeitgeberbegriff i. S. d. BetrVG die Ansicht einer **doppelten Arbeitgeberstellung**, so dass Vertragspartner (Eigentümer) und Arbeitgeber (Eigentümer und Betriebsführer) nicht identisch sein müssen. Ergänzend führt er noch für die Begründung der Arbeitgeberstellung i. S. d. BetrVG an, dass der Betriebsführer nicht nur infolge des Abhängigkeitsverhältnisses direkte Leitungsbefugnisse auf Unternehmensebene besitzt (Grund für die Arbeitgeberstellung i. S. d. Individualarbeitsrechts), sondern entscheidend hinzukommt, dass der Betriebsführer infolge des Betriebsführungsvertrages, soweit die Befugnisse reichen, auf der Ebene des Betriebs die Leitungsbefugnisse innehat.¹³⁵

ff) *Zöllner*, *Rüthers* und *Boldt* sind der Ansicht, dass alleine der Eigentümer für seine vorhandenen Arbeitnehmer Arbeitgeber i. S. d. Individualarbeitsrechts bleibe, werfen aber gleichzeitig die Frage auf, ob die Arbeitgeberbereienschaft **im Rahmen des Betriebsverfassungsrechts anders** beurteilt werden müsse, so dass der Betriebsführer dort Arbeitgeber werden würde.¹³⁶ Letzten Endes lehnen aber sowohl *Zöllner* als auch *Rüthers* eine solche Arbeitgeberstellung des Betriebsführers für das Betriebsverfassungsrecht ab.¹³⁷ *Boldt* spricht sich dagegen für eine solche Aufspaltung aus und befürwortet eine betriebsverfassungsrechtliche „partielle funktionelle Zuordnung zur Betriebsführungsgesellschaft“.

aaa) Zwar lässt es *Zöllner* zu, die Beurteilung der Frage der Arbeitgeberbereienschaft für die Normen des BetrVG im jeweiligen Anwendungszusammenhang und unter Berücksichtigung des jeweiligen Sinn und Zwecks unterschiedlich zu beantworten, wenn ein Betriebsrat nicht in der Lage wäre, die an sich gebotenen betriebsverfassungsrechtlichen Mitwirkungsrechte auszuüben. Dies wäre nach seiner Ansicht aber erst dann der Fall, wenn die Ausübung der Mitwirkungsrechte gegenüber dem Vertragsarbeitgeber **keinen Sinn** ergeben würde, weil letztlich der Betriebsführer das Weisungsrecht gegenüber den Mitarbeitern

¹³⁴ *Birk*, ZGR 1984, 23 (49).

¹³⁵ *Birk*, ZGR 1984, 23 (52, 53).

¹³⁶ *Zöllner*, ZfA 1983, 93 (96, 97); *Rüthers*, BB 1977, 605 (612); *Boldt*, Anm. zum BAG Urt. v. 29.11.1978 – 4 AZR 276/77, AP BGB § 611 Nr. 18 Bergbau, unter III. 6.; so im Ausgangspunkt auch *Birk*, ZGR 1984, 23 (49), der aber im Ergebnis jedenfalls im Falle der Abhängigkeit des Eigentümers vom Betriebsführer zu einem Gleichlauf (Arbeitgeber i. S. d. Individualarbeitsrechts und Betriebsverfassungsrechts) kommt.

¹³⁷ *Zöllner*, ZfA 1983, 93 (98); *Rüthers*, BB 1977, 605 (612).

C. Auswirkungen auf das Arbeitsrecht

alleine ausüben könnte **und** der Vertragsarbeitgeber rechtlich gar nicht mehr in der Lage wäre, die betriebsverfassungsrechtlichen Mitwirkungsrechte gegenüber dem Betriebsrat in irgendeiner Weise wahrzunehmen.

Im Ergebnis lehnt *Zöllner* dies für den Betriebsführungsvertrag insb. mit der Begründung ab, dass, anders als bspw. bei Leiharbeitsverhältnissen, der Betriebsführer hier gerade **im Namen des** Eigentümers (Vertragsarbeitgebers) handele und der Betriebsführer selbst in den Betrieb des Eigentümers (Vertragsarbeitgebers) kommt. Zudem sei die Betriebsführungsgesellschaft ohnehin diejenige, welche sich – auch ohne eigene Arbeitgeberstellung – mit dem Betriebsrat des Eigentümers auseinanderzusetzen hat, wenn auch an Stelle des Arbeitgebers (in dessen Namen).¹³⁸

Eigene Betriebsräte für die Betriebsführungsgesellschaft als Arbeitgeber kommen nach Ansicht *Zöllners* **nur** in Betracht, soweit es Angelegenheiten betrifft, welche die (möglicherweise) eigens zum Eigentümer **mitgebrachten Arbeitnehmer** betrifft oder wenn die Betriebsführungsgesellschaft eigene Betriebe, z. B. zur Verwaltung ihrer Angelegenheiten unterhält.¹³⁹

bbb) *Rüthers* begründet sein Ergebnis damit, dass die oberste Organisations- und Weisungsbefugnis beim Eigentümer bleibe,¹⁴⁰ geht dabei aber erkennbar nicht auf das Modell ein, wenn der Eigentümer vom Betriebsführer abhängig ist oder das Weisungsrecht erheblich eingeschränkt wird.

ccc) Letztlich stützt *Boldt* seine Auffassung insb. auf „gewichtige praktische Gründe“, um in einer speziellen Fallgestaltung der Ruhrkohle AG¹⁴¹ Gesamtbetriebsräte bei den einzelnen Betriebsführungsgesellschaften zu rechtfertigen, damit eine Lähmung eines großen Gesamtbetriebsrats beim Eigentümer vermieden wird. Dabei fehlt aber, außer dem kurzen Hinweis auf „Anklänge an ein Leiharbeitsverhältnis“, eine nachvollziehbare dogmatische Begründung zu dieser Auffassung.¹⁴²

¹³⁸ *Zöllner*, ZfA 1983, 93 (94-98).

¹³⁹ *Zöllner*, ZfA 1983, 93 (98).

¹⁴⁰ *Rüthers*, BB 1977, 605 (612).

¹⁴¹ Zur Struktur der Ruhrkohle AG: *Fabricius*, Rechtsprobleme gespaltener Arbeitsverhältnisse im Konzern, S. 1 und nachfolgend unter C. III. 1. a) als (vereinfachtes) Fallbeispiel.

¹⁴² *Boldt*, Anm. zum BAG Urt. v. 29.11.1978 – 4 AZR 276/77, AP BGB § 611 Nr. 18 Bergbau, unter III. 6; allgemein zu der Problematik bei der Bildung eines Gesamtbetriebsrats, nachfolgend unter C. III. 1. und speziell zu der Auffassung von *Boldt* unter C. III. 1. a) aa) aaa) (b).

b) Unechter Betriebsführungsvertrag

aa) Nach der h. A. soll der Betriebsführer nach Abschluss und Umsetzung eines unechten Betriebsführungsvertrages im Regelfall Arbeitgeber **aller** eingesetzten Arbeitskräfte sein. Dabei sollen die bislang mit dem Eigentümer bestehenden Arbeitsverhältnisse der **Mitarbeiter des zu führenden Betriebs** durch Betriebsübergang nach **§ 613a BGB** übergehen.

Die h. M. begründet dies damit, dass der Betriebsführer beim unechten Betriebsführungsvertrag immer im eigenen Namen auftritt, was dann auch für das Direktionsrecht gelte. Damit übe er diejenige Leitungsmacht selbst aus, die nach § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB notwendig sei.¹⁴³

Bei den vom Betriebsführer in den Betrieb **mitgebrachten** Arbeitskräften soll sich dagegen nichts ändern, hier bleibe der Betriebsführer Arbeitgeber.¹⁴⁴

bb) Differenzierter wird dies von *Willemsen* gesehen. Dieser stellt für den Übergang der Arbeitsverhältnisse nach § 613a BGB (für das Merkmal des Betriebsinhaberwechsels) entscheidend darauf ab, wer im Außenverhältnis **gegenüber den Arbeitskräften** die Arbeitgeberrechte und -pflichten wahrnimmt. Unabhängig von Bindungen des Betriebsführers im Innenverhältnis soll ein Arbeitnehmer den Betriebsführer als neuen Arbeitgeber betrachten dürfen, wenn dieser den Betrieb im eigenen Namen so führt, dass er **nach außen als maßgebliches Führungsorgan auftritt**.¹⁴⁵ Entscheidend sei, dass der Betriebsführer die Arbeitgeberbefugnisse durch **deutliches Auftreten** gegenüber den Arbeitnehmern kommuniziere und dokumentiere.¹⁴⁶ Auch dann, wenn der Betriebsführer selbst keinerlei wirtschaftliche Chancen oder Risiken trage, z. B. auf der Basis der Vollkostendeckung arbeite und auch kein Entgelt für seine Tätigkeit als Betriebsführer bekomme, gebiete es die Rechtssicherheit, auf das Außenverhältnis abzustellen.¹⁴⁷

Begründet wird dies damit, dass zum einen die Arbeitnehmer interne Beschränkungen der Leitungsmacht (durch den Eigentümer) i. d. R. nicht kennen und zum anderen der Grad der internen Abhängigkeit sich im Laufe der Zeit erheblich verändern könne, was zu einer er-

¹⁴³ *Rieble*, NZA 2010, 1145, (1147); *Altmeyen*, in: Goette/Habersack, MüKo-AktG, § 292 Rn. 145; *Krieger*, in: Hoffmann-Becking, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 4, § 72 Rn. 53; *Richardi*, in: Richardi u. a., Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 1, § 23 Rn. 16; *Maschmann*, NZA 2013, 1305 (1305).

¹⁴⁴ *Krieger*, in: Hoffmann-Becking, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 4, § 72 Rn. 53; *Altmeyen*, in: Goette/Habersack, MüKo-AktG, § 292 Rn. 145.

¹⁴⁵ *BAG*, Urt. v. 20.11.1984 – 3 AZR 584/83, BAGE 47, 206 f.; *Willemsen*, in: Willemsen u. a., Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, G Rn. 78.

¹⁴⁶ *Willemsen*, in: Willemsen u. a., Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, G Rn. 79.

¹⁴⁷ *Willemsen*, in: Willemsen u. a., Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, G Rn. 80.

C. Auswirkungen auf das Arbeitsrecht

heblichen Rechtsunsicherheit beitragen würde, käme es auf den Grad der rechtlichen oder faktischen Einflussnahmemöglichkeit an.¹⁴⁸

Eine Ausnahme von diesen Grundsätzen lässt *Willemsen* zum Schutz der Arbeitnehmer zu, wenn der Betriebsführungsvertrag ein „Strohmanngeschäft“ darstelle, der Eigentümer also in tatsächlicher Hinsicht die Leitungsmacht behalte und die Konstruktion nur dazu diene, dass sich der Eigentümer lästigen Verpflichtungen seinen Arbeitskräften gegenüber entledige. Dann gelte der „Betriebsübergang“ als nicht erfolgt.¹⁴⁹

cc) Eine andere Ansicht verlangt, abweichend von *Willemsen*, als zusätzliches Tatbestandsmerkmal für einen Betriebsinhaberwechsel i. S. d. § 613a BGB ein wirtschaftliches Element. Danach soll das entscheidende **Kriterium „im eigenen Namen“** nur vorliegen, wenn der Betriebsführer den Betrieb nicht nur nach außen hin als eigenen führt, sondern **auch keine fremdbestimmten Zwecke verfolgt**.¹⁵⁰ Damit stellt das Kriterium „im eigenen Namen“ ein **subjektives** Erfordernis dar.

Nach dieser Ansicht wäre jedenfalls in der Fallgestaltung, in welcher – wie es im Falle der Konzernierung (z. B. bei Umstrukturierungen)¹⁵¹ häufig geschieht – der Betriebsführer keine eigenen wirtschaftlichen Zwecke verfolgt, er also weder an dem Betriebsergebnis des Eigentümers beteiligt ist noch Betriebsführungsentgelt erhält und auch keine Knowhow-Übertragung stattfinden soll, ein Betriebsübergang mangels Handeln „im eigenen Namen“ zu verneinen.

2. Arbeitgeber in der Vertragsbeziehung

Im Individualarbeitsrecht (der Rechtsbeziehung zwischen dem Arbeitgeber und den einzelnen Arbeitnehmern) steht der Arbeitgeber **als Vertragspartner** im Vordergrund, so dass Arbeitgeber derjenige ist, der die Dienstleistungen vom Arbeitnehmer kraft des Arbeitsvertrages fordern kann und zugleich Schuldner des Vergütungsanspruchs ist.¹⁵²

¹⁴⁸ *Willemsen*, Anm. zum BAG Urt. v. 20.11.1984 – 3 AZR 584/83, AP BGB § 613 a Nr. 38.

¹⁴⁹ *Willemsen*, in: *Willemsen u. a., Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen*, G Rn. 81.

¹⁵⁰ *Pietzko*, Der Tatbestand des § 613a BGB, S. 86; *LAG Rheinland-Pfalz*, Urt. v. 24.09.1984 – 7 Sa 398/84, ZIP 1985, 305 (307).

¹⁵¹ Zu dem Begriff der Umstrukturierung: *Maschmann*, NZA-Beil. 2009, 32 (32, 33).

¹⁵² *BAG*, Urt. v. 09.09.1982 – 2 AZR 253/80, BAGE 40, 145 f.; *Wißmann*, NZA 2001, 409 (409); *Preis*, in: *Müller-Glöße u. a., ErfK.*, Rn. 183 zu § 611 BGB; so auch i. S. d. ArbGG: *BAG*, Urt. v. 15.03.2011 – 10 AZB 49/10, NZA 2011, 653 f.; *Koch*, in: *Müller-Glöße u. a., ErfK.*, Rn. 14 zu § 2 ArbGG.

a) Echter Betriebsführungsvertrag

aa) Der Eigentümer als Arbeitgeber für die im Eigentümerbetrieb bereits vorhandenen Arbeitnehmer

Zunächst einmal ist zu untersuchen, wer nach der Übernahme der Leitung des Eigentümerbetriebs durch den Betriebsführer Arbeitgeber der bereits vorhandenen Belegschaft des Eigentümers ist.

aaa) Kein Arbeitgeberwechsel auf den Betriebsführer

Der Betriebsführer wird durch den Abschluss eines **echten** Betriebsführungsvertrages nicht zum Arbeitgeber der Arbeitnehmer des Eigentümers. Die Voraussetzungen nach § 613a BGB liegen eindeutig nicht vor, denn es fehlt jedenfalls an dem Merkmal „Übergang auf einen anderen Betriebsinhaber“. Ein Betrieb oder Betriebsteil wird nur demjenigen als (formalem) Inhaber zugerechnet, der die Stellung des selbständigen, **im eigenen Namen** handelnden Betreibers **im Außenverhältnis** einnimmt.¹⁵³ Der Betriebsführer müsste daher als originäres Leitungsorgan (Vollrechtsinhaber) gegenüber den Mitarbeitern des Eigentümers nach außen **im eigenen Namen** auftreten.¹⁵⁴ Davon abzugrenzen ist die bloße Bevollmächtigung, welche lediglich dazu führt, dass der Bevollmächtigte Leitungsbefugnisse **im fremden Namen** ausüben kann und nicht selbst für den Betrieb als Inhaber verantwortlich zeichnet.

Im Rahmen des echten Betriebsführungsvertrages handelt der Betriebsführer nach außen hin **im fremden Namen und aufgrund einer Vollmacht** gegenüber den Arbeitnehmern des Eigentümers, so dass er im Ergebnis wie jedes andere bevollmächtigte Leitungsorgan agiert.¹⁵⁵ Er erlangt mithin nicht dieselbe Rechtsposition wie der Eigentümer, so dass sich der Arbeitgeber nicht verändert.¹⁵⁶ Dies gilt unabhängig von irgendwelchen Abhängig-

¹⁵³ BAG, Urt. v. 20.11.1984 – 3 AZR 584/83, BAGE 47, 206 f.; BAG, Urt. v. 06.02.1985 – 5 AZR 411/83, BAGE 48, 59 f.; BAG, Urt. v. 12.11.1998 – 8 AZR 301/97, NZA 1999, 715 f.; BAG, Urt. v. 18.03.1999 – 8 AZR 159/98, BAGE 91, 121 f.; BAG, Urt. v. 25.05.2000 – 8 AZR 416/99, BAGE 95, 1 f.; BAG, Urt. v. 20.03.2003 – 8 AZR 312/02, NZA 2003, 1338 f.; *Willemsen*, in: Henssler u. a., Arbeitsrecht Kommentar, Rn. 46 ff. zu § 613a BGB.

¹⁵⁴ BAG, Urt. v. 20.11.1984 – 3 AZR 584/83, BAGE 47, 206 f.

¹⁵⁵ *Huber*, ZHR 152 (1988), 1 (8); *Altmeyden*, in: Goette/Habersack, MüKo-AktG, Bd. 5, § 292 Rn. 145; *Hoyningen-Huene*, in: Schmidt, MüKo-HGB, Bd. 1, § 59 Rn. 25.

¹⁵⁶ *Willemsen*, in: Willemsen u. a., Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, G Rn. 39, 40.

C. Auswirkungen auf das Arbeitsrecht

keitsverhältnissen, Gewinnabführungsverträgen, Weisungsbefugnissen des Eigentümers oder ähnlichem.

Dieses Ergebnis gilt auch dann, wenn der Betriebsführer – auch für gleichartige Aufgaben – teils Arbeitnehmer des Eigentümers und teils eigene Arbeitnehmer einsetzt („vermengt“). Dass der Betriebsführer bezüglich der Arbeitnehmer des Eigentümers aufgrund abgeleiteten Direktionsrechts im fremden Namen und bezüglich der eigenen mitgebrachten Arbeitnehmer aus eigenem originärem Weisungsrecht im eigenen Namen handelt, rechtfertigt keinen Übergang der Arbeitsverhältnisse – der Arbeitnehmer des Eigentümers – nach § 613a BGB auf den Betriebsführer.¹⁵⁷

Die Willenserklärungen und sonstige Anweisungen, welche in einem Betrieb bzw. Unternehmen des Eigentümers von einem Betriebsführer gegenüber den Arbeitnehmern des Eigentümers abgegeben werden, sind, wenn nicht ausdrücklich etwas anderes gesagt wird, oder sich aus besonderen Umständen etwas anderes ergibt, auch ohne Hinweis auf das Vertretungsverhältnis im Namen des Eigentümers als Betriebsinhaber und Arbeitgeber abgegeben.

Selbst wenn der Arbeitnehmer den erklärenden Betriebsführer – fälschlicherweise – für den Geschäftsinhaber halten würde, hätte dies auf das hier gefundene Ergebnis keinen Einfluss.¹⁵⁸ Dies entspricht den Grundsätzen des § 164 Abs. 1 S. 2 BGB, insb. im Rahmen der Auslegung unternehmensbezogener Geschäfte.¹⁵⁹ Der Betriebsführer leitet den Betrieb oder Betriebsteil täglich innerhalb seiner vertraglichen Möglichkeiten in eigener Verantwortung und übt ständig das Weisungsrecht gegenüber den Arbeitnehmern aus, was diesen klar zeigt, dass er dazu vom Eigentümer berechtigt wurde. Dabei können sie darauf vertrauen und ist für sie auch nach außen erkennbar, dass der Betriebsführer nicht als neuer Arbeitgeber, sondern als bevollmächtigter Vertreter handelt, selbst wenn er dies nicht ausdrücklich offenlegt. Wenn ein Arbeitsvertrag auf Arbeitgeberseite – durch den Eigentümer – ohne einen Hinweis auf eine Stellvertretung **unterzeichnet** wurde und der Arbeitsvertrag (oder eine Änderung) keine Angaben dahingehend enthält, dass ein anderer der Arbeitgeber sein soll, kann der Arbeitnehmer auch noch nach Einführung des Betriebsführungsvertrages auf das nach § 164 Abs. 2 BGB und § 2 Abs. 1 Nr. 1 NachwG aufgebau-

¹⁵⁷ Vgl. *Willemsen*, ZIP 1986, 477 (484); zweifelnd an diesem Ergebnis: *Huber*, ZHR 152 (1988), 1 (8), hierzu bereits oben unter C. I. 1. a) cc).

¹⁵⁸ BAG, Urt. v. 31.01.1996 – 2 AZR 273/95, NZA 1996, 649 f.; *Schramm*, in: Säcker/Rixecker, MüKo-BGB, Bd. 1, § 164 Rn. 19.

¹⁵⁹ Vgl. *Schramm*, in: Säcker/Rixecker, MüKo-BGB, Bd. 1, § 164 Rn. 22-23a; *Schilken*, in: Staudinger, BGB-Kommentar, Buch 1, § 164 Rn. 20.

C. Auswirkungen auf das Arbeitsrecht

te Vertrauen bauen, dass der unterzeichnende Eigentümer weiterhin die Arbeitgeberstellung innehat.¹⁶⁰ Dies entspricht ferner dem Grundsatz des § 613 S. 2 BGB, dass der Anspruch auf die Dienste im Zweifel nicht übertragbar ist. Zudem braucht sich ein Arbeitnehmer ohne Information nach § 613a Abs. 5 BGB ohnehin nicht auf einen anderen neuen Arbeitgeber einzustellen, so dass dies gleichfalls Vertrauen dahingehend schafft, dass der Arbeitgeber nicht wechselt und daher alle Willenserklärungen eines Betriebsführers dem Eigentümer zugerechnet werden.¹⁶¹ In der Praxis wird den Arbeitnehmern gegenüber das Handeln im Namen des Eigentümers auch immer wieder bestätigt werden, indem auf den Gehaltsabrechnungen, gegenüber den Versicherungen, bei Betriebsvereinbarungen, Zeugnissen, i. d. R. auch bei Kündigungen, gegenüber Geschäftspartnern etc. ausdrücklich im Namen des Eigentümers gehandelt und unterschrieben wird.

Letztlich bedeutet dies, dass das Handeln des Betriebsführers – auch ohne ausdrücklichen Hinweis auf die Stellvertretung und selbst bei „Vermengung“ von Arbeitnehmern des Eigentümers mit seinen eigenen Arbeitnehmern – solange dem Eigentümer zugerechnet wird, bis der Betriebsführer tatsächlich ausdrücklich und für die Arbeitnehmer erkennbar im eigenen Namen handelt.¹⁶²

bbb) Keine doppelte Arbeitgeberstellung von Eigentümer und Betriebsführer

Eine **doppelte Arbeitgeberstellung** ist hier ausgeschlossen, weil der Betriebsführer die Weisungsrechte des Eigentümers in dessen Namen ausübt und für dessen Rechnung handelt. Arbeitgeber ist aber nur „*der andere Partner des Arbeitsverhältnisses, also derjenige, der die Dienstleistung vom Arbeitnehmer kraft des Arbeitsvertrages fordern kann*“¹⁶³.

Wie bei einem Leitungsorgan oder einer anderen bevollmächtigten Führungskraft (bspw. also einem Geschäftsführer, Vorstand oder Prokuristen) muss auch hier gelten, dass lediglich der Eigentümer Arbeitgeber ist und bleibt. Die Bezeichnung der Betriebsführungsgesellschaft als (sekundärer¹⁶⁴, konkreter¹⁶⁵ oder funktioneller¹⁶⁶) Arbeitgeber stiftet lediglich unnötige Verwirrung und trägt zur Klärung der Rechtsbeziehungen zwischen Arbeitgeber

¹⁶⁰ *LAG Köln*, Urt. v. 12.03.2007 – 14 Sa 1268/06, NZA-RR 2007, 570 f.; *Hoffmann*, in: Pielow, BeckOK Gewerberecht, § 105 GewO Rn. 22.

¹⁶¹ *Rieble*, NZA 2010, 1145 (1147).

¹⁶² *Rieble*, NZA 2010, 1145 (1147).

¹⁶³ *BAG*, Urt. v. 09.09.1982 – 2 AZR 253/80, BAGE 40, 145 f.

¹⁶⁴ *Fabricius*, Rechtsprobleme gespaltener Arbeitsverhältnisse im Konzern, S. 50, 55.

¹⁶⁵ Vgl. *Hoyningen-Huene*, in: Schmidt, MüKo-HGB, Bd. 1, § 59 Rn. 11; *Müllner*, Aufgespaltene Arbeitgeberstellung und Betriebsverfassungsrecht, S. 49, 50.

¹⁶⁶ Vgl. *Müllner*, Aufgespaltene Arbeitgeberstellung und Betriebsverfassungsrecht, S. 57, 58.

C. Auswirkungen auf das Arbeitsrecht

und Arbeitnehmer nichts bei. Was die Betriebsführungsgesellschaft tut, ist übertragene Arbeitgeberfunktionen im Namen des Arbeitgebers (Eigentümers) wahrzunehmen, ohne jedoch selbst Arbeitgeber zu sein.¹⁶⁷ Bei Betriebsführungsgesellschaften kommt – anders als bspw. bei Leiharbeitsverhältnissen – hinzu, dass die Arbeitnehmer nicht einmal in einen fremden Betrieb eingegliedert werden müssen. Es ist gerade der Betrieb ihres Vertragsarbeitgebers, dessen Führung einem Dritten (der Betriebsführer kommt in den Betrieb des Eigentümers) überlassen wird. Aus der Sicht des Arbeitnehmers, dessen Schutz mit Konstruktionen wie der doppelten Arbeitgeberstellung erreicht werden soll, unterscheidet sich die Einbeziehung einer Betriebsführungsgesellschaft somit nicht wesentlich von der üblichen Fallgestaltung eines Einsatzes bspw. von leitenden Angestellten.¹⁶⁸

Die alleinige Arbeitgeberstellung des Eigentümers stimmt auch mit dem Arbeitnehmerinteresse überein. Der vollmachtgebende Eigentümer bedient sich des Betriebsführers als seines Erfüllungsgehilfen im Rahmen der Arbeitsverhältnisse und haftet demzufolge für alle von diesem begangenen schuldhaften Verletzungen arbeitsvertraglicher Pflichten. Diese Haftung entspricht dabei dem Handeln des Betriebsführers für Rechnung des Eigentümers und dem Umstand, dass der Eigentümer der kraft Privatautonomie ausgesuchte vertragliche Partner ist, welcher vermögensrechtlich einzustehen hat.¹⁶⁹ Die Betriebsführungsgesellschaft hat oftmals auch kein oder nur ein geringes Vermögen.¹⁷⁰ Somit besteht haftungsrechtlich kein Argument für die Einbeziehung der Betriebsführungsgesellschaft in eine irgendwie geartete (doppelte) Arbeitgeberstellung.

Zudem wäre es verwirrend und unsinnig, bei einer zukünftigen Auswechslung des Betriebsführers von einem Arbeitgeberwechsel sprechen zu müssen, ohne dass die üblichen Rechtsfolgen (vgl. § 613a BGB) daran geknüpft werden müssten.¹⁷¹

bb) Der Betriebsführer als Arbeitgeber für eigens mitgebrachte Arbeitnehmer

Soweit der Betriebsführer zur Erfüllung seiner Pflichten eigene Arbeitnehmer in den Betrieb des Eigentümers mitbringt, bleibt er Arbeitgeber. Dies gilt auch unabhängig davon,

¹⁶⁷ BAG, Urt. v. 09.09.1982 – 2 AZR 253/80, BAGE 40, 145 f.; *Hoyningen-Huene*, in: Schmidt, MüKo-HGB, Bd. 1, § 59 Rn. 12, 26; *Richardi*, in: Richardi u. a., Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 1, § 21 Rn. 10; vgl. *Windbichler*, Arbeitsrecht im Konzern, S. 83; *Müllner*, Aufgespaltene Arbeitgeberstellung und Betriebsverfassungsrecht, S. 56, 58.

¹⁶⁸ *Windbichler*, Arbeitsrecht im Konzern, S. 84, 85.

¹⁶⁹ *Zöllner*, ZfA 1983, 93 (96, 97).

¹⁷⁰ *Huber*, ZHR 152 (1988), 123 (155).

¹⁷¹ *Hoyningen-Huene*, in: Schmidt, MüKo-HGB, Bd. 1, § 59 Rn. 12.

C. Auswirkungen auf das Arbeitsrecht

ob die Arbeitnehmer des Eigentümers und des Betriebsführers „vermengt“ werden.¹⁷² Dem Eigentümer wird keine Arbeitgeberstellung eingeräumt.

Der Betriebsführer übt erkennbar für die eigenen Mitarbeiter sein originäres Weisungsrecht weiter **im eigenen Namen** aus (§ 164 Abs. 2 BGB und § 2 Abs. 1 Nr. 1 NachwG). Der Eigentümer wird hier nicht einmal in die Arbeitgeberstellung einbezogen. Die Arbeitnehmer des Betriebsführers werden lediglich in einem fremden Betrieb tätig, um dort als Erfüllungsgehilfen (§ 278 BGB) im Rahmen des Betriebsführungsvertrages (bei Entgelt Geschäftsbesorgungsvertrag mit Dienstvertragscharakter, §§ 675 Abs. 1, 611 BGB) die von **ihrem Arbeitgeber** geschuldete Dienstleistung zu erbringen. Der Eigentümer nimmt dabei – im Gegensatz zur Arbeitnehmerüberlassung – keine Weisungen vor und somit keine Arbeitgeberfunktionen wahr.¹⁷³ Insoweit kann auf die Ausführungen oben unter B. III. 1. bezüglich der Abgrenzung zur Arbeitnehmerüberlassung verwiesen werden. Wie bei jedem anderen Einsatz von „Fremdarbeitnehmern“, bspw. im Rahmen eines Werkvertrages, erhält der Eigentümer also keinerlei arbeitsrechtliche Stellung. Dieses Ergebnis entspricht auch § 613 S. 2 BGB, der besagt, dass der Anspruch auf die Dienste im Zweifel nicht übertragbar ist.

Ein Übergang der Arbeitsverhältnisse auf den Eigentümer nach § 613a BGB ist ausgeschlossen. Für § 613a BGB müsste der Betrieb des Betriebsführers durch Rechtsgeschäft auf den Eigentümer als neuen Inhaber übergehen.¹⁷⁴ Es findet aber schon **kein Betriebsinhaberwechsel** statt. Der Eigentümer übernimmt nicht die betriebliche Organisation und Leitungsmacht **im eigenen Namen** gegenüber den Arbeitnehmern des Betriebsführers, insb. nicht das arbeitgeberseitige Weisungsrecht.¹⁷⁵ Es ist gerade umgekehrt, weil der Betriebsführer die Aufgabe hat, den Betrieb oder Betriebsteil des Eigentümers zu **leiten**. Ein Arbeitgeberwechsel nach § 613a BGB wäre daher allenfalls in die andere Richtung – Übergang der Arbeitnehmer des Eigentümers auf den Betriebsführer – denkbar.¹⁷⁶

¹⁷² Huber, ZHR 152 (1988), 1 (8); *Altmeyen*, in: Goette/Habersack, MüKo-AktG, Bd. 5, § 292 Rn. 145; im Ergebnis so auch *Birk*, ZGR 1984, 23 (47, 48), allerdings mit der Folge einer Ausfallhaftung für den Eigentümer.

¹⁷³ *Richardi*, in: Richardi u. a., Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 1, § 21 Rn. 13.

¹⁷⁴ BAG, Urt. v. 24.04. 2008 – 8 AZR 268/07, NZA 2008, 1314 (1316); *Willemsen*, in: Henssler u. a., Arbeitsrecht Kommentar, Rn. 11 ff. zu § 613a BGB; *Gussen*, in: Rolfs u. a., BeckOK Arbeitsrecht, Rn. 3 ff. zu § 613a BGB.

¹⁷⁵ BAG, Urt. v. 20.11.1984 – 3 AZR 584/83, BAGE 47, 206 f.; BAG, Urt. v. 06.02.1985 – 5 AZR 411/83, BAGE 48, 59 f.; BAG, Urt. v. 12.11.1998 – 8 AZR 301/97, NZA 1999, 715 f.; BAG, Urt. v. 18.03.1999 – 8 AZR 159/98, BAGE 91, 121 f.; BAG, Urt. v. 25.05.2000 – 8 AZR 416/99, BAGE 95, 1 f.; BAG, Urt. v. 20.03.2003 – 8 AZR 312/02, NZA 2003, 1338 f.; *Willemsen*, in: Henssler u. a., Arbeitsrecht Kommentar, Rn. 46 ff. zu § 613a BGB.

¹⁷⁶ Vgl. hierzu nachfolgend unter b).

C. Auswirkungen auf das Arbeitsrecht

Das Ergebnis – Betriebsführer als alleiniger Arbeitgeber – entspricht darüber hinaus dem Umstand, dass er der kraft Privatautonomie ausgesuchte vertragliche Partner der Arbeitnehmer ist. Für eine doppelte Arbeitgeberstellung besteht hier weder ein Bedürfnis noch eine rechtsdogmatische Grundlage.¹⁷⁷

cc) Der Eigentümer als Arbeitgeber für neu einzustellende Arbeitnehmer

Arbeitnehmer, die nach Abschluss des Betriebsführungsvertrages für den Eigentümer(-betrieb) eingestellt werden, muss der Betriebsführer – soweit er kraft Betriebsführungsvertrag und Vollmacht dazu berechtigt ist – im Namen des Eigentümers, also als dessen Vertreter einstellen. Der Eigentümer wird so zum alleinigen Arbeitgeber.¹⁷⁸

b) Unechter Betriebsführungsvertrag

aa) Arbeitgeberwechsel für die bereits im Eigentümerbetrieb vorhandenen Arbeitnehmer

Zunächst ist festzuhalten, dass ein Arbeitgeberwechsel nur möglich ist, wenn das Arbeitsverhältnis kraft Gesetz nach § 613a BGB übergeht oder aber **alle** Beteiligten (Eigentümer, Betriebsführer und Arbeitnehmer) dem Wechsel zustimmen.¹⁷⁹ Selbst wenn der Arbeitnehmer im letztgenannten Fall den ausdrücklich im eigenen Namen handelnden Betriebsführer akzeptieren sollte und seinen Weisungen folgt, ist die Schlussfolgerung einer **konkludenten** Zustimmung zum Arbeitgeberwechsel nicht möglich, da diese wegen der Beendigung des Arbeitsverhältnisses zum Eigentümer (Aufhebungsvereinbarung) gem. § 623 BGB der Schriftform bedürfte.¹⁸⁰ Im Ergebnis wäre also eine **ausdrückliche schriftliche** Vereinbarung, jedenfalls zwischen dem Eigentümer und dem Arbeitnehmer, notwendig. Liegt eine solche nicht vor, kommt für einen Arbeitgeberwechsel nur der Übergang nach § 613a BGB in Betracht. Geht ein Betrieb oder Betriebsteil durch Rechtsgeschäft auf einen

¹⁷⁷ Im Ergebnis so auch *Birk*, ZGR 1984 23 (47, 48), allerdings mit der Folge einer Ausfallhaftung für den Eigentümer; vgl. *Richardi*, in: Richardi u. a., Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 1, § 21 Rn. 12, 13, § 23 Rn. 8, 18, 24.

¹⁷⁸ *Rieble*, NZA 2010, 1145 (1147).

¹⁷⁹ *Birk*, ZGR 1984, 23 (30); *Birk*, BB 1976, 1227 (1228); *Müller-Glöge*, in: Säcker/Rixecker, MüKo-BGB, Bd. 4, § 613a Rn. 8; *Preis*, in: Müller-Glöge u. a., ErfK., Rn. 3 zu § 613a BGB; *Weißmüller*, BB 2000, 1949 (1953); *Maschmann*, NZA-Beil. 2009, 32 (33).

¹⁸⁰ *Wank*, in: Richardi u. a., Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 1, § 94 Rn. 3.

C. Auswirkungen auf das Arbeitsrecht

anderen Inhaber über, werden die von § 613a BGB bestimmten Rechtsfolgen ausgelöst.¹⁸¹ § 613a BGB führt dabei zu einem Übergang der Arbeitsverhältnisse von Arbeitern, Angestellten, Auszubildenden (§ 10 Abs. 2 BBiG) und leitenden Angestellten¹⁸² und zwar selbst dann, wenn diese zum Zeitpunkt des Betriebsübergangs arbeitsunfähig krank oder erwerbsunfähig sind.¹⁸³

Als Voraussetzung für einen Betriebsübergang nach § 613a BGB müssen drei Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt sein: 1) der Übergang des Betriebs oder eines Betriebsteils, 2) der Übergang auf einen anderen Betriebsinhaber und 3) der Übergang durch Rechtsgeschäft.¹⁸⁴ Anhand dieser Kriterien ist nachfolgend zu prüfen, ob mit Einführung eines unechten Betriebsführungsvertrages ein Arbeitgeberwechsel einhergeht.

1) Im Ergebnis wird es insb. auf das Kriterium „**Übergang des Betriebs oder eines Betriebsteils**“ ankommen. Nachdem durch die Betriebsübergangs-RL (RL 2001/23/EG)¹⁸⁵ die Auslegung des EuGH zu diesem Tatbestandsmerkmal ausdrücklich normativ gebilligt wurde, sind die Begriffe „Betrieb und Betriebsteil“ am Kriterium der „**wirtschaftlichen Einheit**“¹⁸⁶ auszurichten.¹⁸⁷ Das BAG hat sich conse-

¹⁸¹ Zur Anwendung des § 613a BGB bei Privatisierung und Umstrukturierung öffentlicher Rechtsträger: *Willemsen*, in: Oetker u. a., FS 50 Jahre Bundesarbeitsgericht, S. 287 (291 ff.); *ders.*, in: Willemsen u. a., Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, B Rn. 85 ff.; *Sieg/Maschmann*, Unternehmensumstrukturierung aus arbeitsrechtlicher Sicht, S. 23 Rn. 49, S. 30 Rn. 66; der Anwendungsbereich von § 613a BGB ist auf die Fälle von Privatisierungen im Grundsatz eröffnet.

¹⁸² BAG, Urt. v. 19.01.1988 – 3 AZR 263/86, BAGE 57, 198 f., solange sie aufgrund eines Arbeitsvertrags tätig werden und keine Dienste im Rahmen eines Dienstvertrags verrichten.

¹⁸³ Vgl. *Gussen*, in: Rolfs u. a., BeckOK Arbeitsrecht, § 613a BGB Rn. 86; Besonderheiten ergeben sich bei der Privatisierung oder Umstrukturierung öffentlicher Rechtsträger, da die Dienstverhältnisse von Beamten (mangels Arbeitsverhältnis) nicht nach § 613a BGB übergehen, vgl. hierzu: *Willemsen*, in: Oetker u. a., FS 50 Jahre Bundesarbeitsgericht, S. 287 (301 ff.).

¹⁸⁴ BAG, Urt. v. 24.04.2008 – 8 AZR 268/07, NZA 2008, 1314 (1316); *Schiefer/Pogge*, NJW 2003, 3734 (3735); *Willemsen*, in: Henssler u. a., Arbeitsrecht Kommentar, Rn. 11 ff. zu § 613a BGB; *Gussen*, in: Rolfs u. a., BeckOK Arbeitsrecht, Rn. 3 ff. zu § 613a BGB.

¹⁸⁵ Betriebsübergangs-Richtlinie RL 2001/23/EG des Rates zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Unternehmens- oder Betriebsteilen vom 12.03.2001, ABI EG L 82/16.

¹⁸⁶ Art. 1 Abs. 1 lit b RL 2001/23/EG.

¹⁸⁷ Zu dem Begriff der „wirtschaftlichen Einheit“: *EuGH*, Urt. v. 18.03.1986 – C-24/85, EAS Teil C RL 77/187/EWG Art. 1 Nr. 2; *EuGH*, Urt. v. 19.05.1992 – C-29/91, NZA 1994, 207 f.; *EuGH*, Urt. v. 10.12.1998 – C-173/96, C-247/96, NZA 1999, 189 f.; *Willemsen*, in: Willemsen u. a., Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, G Rn. 33 ff., 47 ff., 64 ff.; *Sieg/Maschmann*, Unternehmensumstrukturierung aus arbeitsrechtlicher Sicht, S. 16 Rn. 34 ff.; *Müller-Bonanni*, NZA-Beil. 2009, 13 (13 ff.); speziell zu einem öffentlichen Betrieb als wirtschaftliche Einheit: *Willemsen*, in: Oetker u. a., FS 50 Jahre Bundesarbeitsgericht, S. 287 (291 ff.); jedenfalls öffentlich-rechtlich strukturierte Organisationseinheiten die sich um die öffentliche Daseinsvorsorge kümmern, können nach den allgemein bekannten Grundsätzen ohne Weiteres als „wirtschaftliche Einheit“ übergehen.

C. Auswirkungen auf das Arbeitsrecht

quenterweise mit Urteil vom 22.05.1997¹⁸⁸ der Begriffsbestimmung des EuGH uneingeschränkt angeschlossen.

Im Falle eines Betriebsführungsvertrages ergeben sich allerdings **zwei Problemfelder**:

- i. Durch einen Betriebsführungsvertrag ist nicht nur die vertragliche Übernahme der Leitung des ganzen bzw. die Leitung aller Betriebe eines Unternehmens möglich, sondern auch lediglich die Übernahme **einzelner** Unternehmensfunktionen (bspw. Produktion, Einkauf oder Personalabteilung) für das ganze Unternehmen, einzelne Betriebe oder Betriebsteile. Weiter kann sich die Betriebsführung auch lediglich auf die Führung **einzelner** Sparten (bspw. nach Produkten, Kundengruppen, Absatzgebieten) erstrecken.¹⁸⁹ Es stellt sich daher die Frage, ob es sich immer – auch bei den kleinsten Einheiten – um „Betriebe oder Betriebsteile“ i. S. d. Betriebsübergangs-RL bzw. des § 613a BGB handelt.

Kennzeichnend für einen Betriebsübergang ist letztlich die Wahrung der **organisatorischen Identität**¹⁹⁰ bzw. der Übergang eines **organisatorisch verselbständigten Bereichs**¹⁹¹. **Betriebsteile** sind dabei Teileinheiten (Teilorganisationen) eines Betriebs. Es muss sich um eine selbständige, abtrennbare organisatorische Einheit handeln, die innerhalb eines betrieblichen Gesamtzwecks zumindest einen Teilzweck erfüllt, selbst wenn es sich nur um eine untergeordnete Hilfsfunktion handelt.¹⁹² In einem Teilbetrieb müssen **keine** andersartigen Zwecke als im übrigen Betrieb verfolgt werden.¹⁹³ Die Einheiten müssen **identitätswahrend** (im Wesentlichen unverändert) vom Erwerber fortgeführt werden.¹⁹⁴

Dies gilt auch unabhängig davon, ob ein Betriebsteil beim „Veräußerer“ abgespalten und anschließend in einen anderen Betrieb des Betriebsteilerwerbers

¹⁸⁸ BAG, Urt. v. 22.05.1997 – 8 AZR 101/96, BAGE 86, 20 f.

¹⁸⁹ Siehe hierzu bereits oben unter A. I.; *Huber*, ZHR 152 (1988), 1 (2); *Krieger*, in: Hoffmann-Becking, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 4, § 72 Rn. 47; *Rieble*, NZA 2010, 1145 (1145); *Richardi*, in: Richardi u. a., Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 1, § 23 Rn. 14.

¹⁹⁰ BAG, Urt. v. 18.03.1997 – 3 AZR 729/95, BAGE 85, 291 f.; BAG, Urt. v. 27.01.2011 – 8 AZR 326/09, NZA 2011, 1162f; *Willemsen*, in: Willemsen u. a., Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, G Rn. 34.

¹⁹¹ BAG, Urt. v. 16.05.2002 – 8 AZR 319/01, NZA 2003, 93 f.

¹⁹² BAG, Urt. v. 16.05.2002 – 8 AZR 319/01, NZA 2003, 93 f.; BAG, Urt. v. 21.05.2008 – 8 AZR 481/07, NZA 2009, 144 f.; BAG, Urt. v. 27.01.2011 – 8 AZR 326/09, NZA 2011, 1162 f.; BAG, Urt. v. 13.10.2011 – 8 AZR 455/10, Juris.

¹⁹³ BAG, Urt. v. 24.8.2006 – 8 AZR 556/05, DB 2006, 2818 f.; BAG, Urt. v. 07.04.2011 – 8 AZR 730/09, Juris.

¹⁹⁴ BAG, Urt. v. 27.01.2011 – 8 AZR 326/09, NZA 2011, 1162 f.; BAG, Urt. v. 07.04.2011 – 8 AZR 730/09, Juris.

C. Auswirkungen auf das Arbeitsrecht

(z. B. als Betriebsabteilung) eingegliedert wird und dabei untergeht.¹⁹⁵ Auch ob der beim Veräußerer verbleibende Restbetrieb fortgesetzt werden könnte bzw. noch lebensfähig ist, ist unerheblich.¹⁹⁶ Entscheidend ist, ob das **Substrat** erhalten bleibt. Es kommt also nicht auf die Abgrenzung von Betrieben oder Betriebsteilen als möglichem Objekt des Übergangs, sondern auf die Feststellung der Identitätswahrung der **wirtschaftlichen Einheit** an. Dabei reicht jede organisierte Zusammenfassung von Ressourcen, die **generell** in der Lage ist, ihre Identität zu wahren.¹⁹⁷ Erforderlich – aber auch ausreichend – ist die Beibehaltung der funktionellen Verknüpfung der Wechselbeziehung und gegenseitigen Ergänzung zwischen diesen Faktoren, um derselben oder einer gleichartigen wirtschaftlichen Tätigkeit nachzugehen.¹⁹⁸ Der EuGH hat es in seiner „Jouini-Entscheidung“ (für § 613a BGB) sogar ausreichen lassen, dass ein Teil des Verwaltungspersonals und ein Teil der Leiharbeitnehmer zu einem anderen Leiharbeitsunternehmen wechselten, um dort die gleichen Tätigkeiten, bei den gleichen Kunden, mit denselben (wenn auch wenigen) betroffenen Mitteln auszuüben.¹⁹⁹ Auf den Betriebsführungsvertrag angewandt, bedeutet dies nun Folgendes:

Wie in den vorangegangenen Ausführungen bereits dargelegt wurde, **muss** sich die Leitung im Rahmen eines Betriebsführungsvertrages immer auf einen festen **abgrenzbaren** Teilbereich beziehen.²⁰⁰ In Betracht kommen dabei als kleinste Einheiten bspw. Unternehmensfunktionen (z. B. Produktion, Einkauf) oder die Führung einzelner Sparten (z. B. ein bestimmtes Produkt, einzelne Absatzgebiete). Unabhängig davon, ob diese abgrenzbaren Bereiche beim Eigentümer innerhalb eines Betriebs oder mehrerer Betriebe i. S. d. BetrVG organisiert waren, finden sich in dem jeweiligen Bereich aufgrund des dazu erforderlichen arbeitsteiligen Einsatzes zumindest auch die für den Betriebsteilbegriff wesentliche betriebliche Teilorganisation, in der sächlich und organisatorisch abgrenzbare

¹⁹⁵ *EuGH*, Urt. v. 12.02.2009 – C-466/07, „Klarenberg-Entscheidung“, *Juris*; *BAG*, Urt. v. 16.05.2002 – 8 AZR 319/01, *NZA* 2003, 93 f.; vgl. *BAG*, Beschl. v. 18.3.2008 – 1 ABR 77/06, *BAGE* 126, 169 f.; *BAG*, Urt. v. 27.01.2011 – 8 AZR 326/09, *NZA* 2011, 1162 f.; *BAG*, Urt. v. 07.04.2011 – 8 AZR 730/09, *Juris*; *BAG*, Urt. v. 13.10.2011 – 8 AZR 455/10, *Juris*.

¹⁹⁶ *BAG*, Urt. v. 24.8.2006 – 8 AZR 556/05, *DB* 2006, 2818 f.; *Schiefer/Poggen*, *NJW* 2003, 3734 (3737).

¹⁹⁷ *Gussen*, in: *Rolfs u. a., BeckOK Arbeitsrecht*, Rn. 17 zu § 613a BGB.

¹⁹⁸ *EuGH*, Urt. v. 12.02.2009 – C-466/07, „Klarenberg-Entscheidung“, *Juris*; *BAG*, Urt. v. 27.01.2011 – 8 AZR 326/09, *NZA* 2011, 1162 f.; *Sieg/Maschmann*, *Unternehmensumstrukturierung aus arbeitsrechtlicher Sicht*, S. 13 Rn. 29, S. 17, 18 Rn. 38, S. 45 Rn. 94; *Kleinebrink*, *NZA* 2007, 113 (114).

¹⁹⁹ *EuGH*, Urt. v. 13.09.2007 – C-458/05, „Jouini-Entscheidung“, *NZA* 2007, 1151 f.

²⁰⁰ Siehe hierzu bereits unter A. I. und C. I. 2. b) 1) i. (1. Absatz); vgl. *Richardi*, in: *Richardi u. a., Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht*, Bd. 1, § 23 Rn. 14.

C. Auswirkungen auf das Arbeitsrecht

arbeitstechnische Teilzwecke erfüllt werden. Hierbei kann es sich im Einzelfall auch um bloße Hilfsfunktionen handeln. Die Aufgabe des Betriebsführers ist nun, diese organisatorisch verselbständigten Teilbereiche **weiter zu führen**.

Ob ein Betriebsführer einen oder mehrere dieser abgrenzbaren Bereiche übernimmt und ob diese nach der Leitungsstruktur beim Betriebsführer in einem Betrieb i. S. d. BetrVG zusammengefasst werden, als Betrieb(e) i. S. d. BetrVG wie beim Eigentümer erhalten bleiben oder auf mehrere Betriebe i. S. d. BetrVG neu verteilt werden, ist nicht entscheidend. Im Ergebnis reicht es aus, wenn die Gesamtbetrachtung ergibt, dass der Betriebsführer eine identifizierbare wirtschaftliche und organisatorische Teileinheit im Wesentlichen unverändert fortbestehen lässt. Dies geschieht im Grundsatz immer, wenn der Betriebsführer die Leitung kraft Betriebsführungsvertrag **übernimmt**. Es werden die für einen Bereich bestimmten Arbeitnehmer des Eigentümers weiter eingesetzt, welchen ein konkretes, abgegrenztes Aufgabengebiet zugewiesen wurde. Die Tätigkeitsbereiche sind dabei Arbeitsaufgaben, welche auf eine dauerhafte Erfüllung angelegt sind und im Wesentlichen unverändert bleiben. Weiter nutzt der Betriebsführer im Rahmen seiner Aufgaben i. d. R. die bereits bestehenden Sachmittel, Kundenbeziehungen und Strukturen, die dem jeweiligen Bereich zugewiesen sind. Ein Betriebsübergang ist infolgedessen bspw. auch bei Umstellung auf eine Spartenorganisation möglich.²⁰¹ Auf die Begriffe „Betriebe oder Betriebsteile“ i. S. d. BetrVG kommt es **nicht** an.²⁰²

Bei einem Betriebsführungsvertrag ist somit zumindest immer der Betriebsteilbegriff i. S. d. Betriebsübergangs-RL bzw. des § 613a BGB erfüllt.

- ii. Problematisch könnte außerdem sein, ob dem Betriebsführer die im Rahmen des Betriebsführungsvertrages zu nutzenden sächlichen **Betriebsmittel** als ein – bspw. bei einem Produktionsbetrieb u. U. sogar entscheidendes²⁰³ – Abwägungskriterium für den Übergang einer wirtschaftlichen Einheit (Identitätswahrung) überhaupt zugerechnet werden können. Denn die Sachmittel bleiben typischerweise **im Eigentum des Eigentümers**. Der Betriebsführer erhält im Rahmen seiner Leitungsaufgaben lediglich Nutzungsrechte. Weiter trägt der Eigen-

²⁰¹ *EuGH*, Urt. v. 12.02.2009 – C-466/07, „Klarenberg-Entscheidung“, *Juris*.

²⁰² *Gussen*, in: Rolfs u. a., BeckOK Arbeitsrecht, Rn. 12 zu § 613a BGB; *Kleinebrink*, NZA 2007, 113 (114).

²⁰³ Vgl. *BAG*, Urt. v. 02.03.2006 – 8 AZR 147/05, NZA 2006, 1105 f.; *BAG*, Urt. v. 13.06.2006 – 8 AZR 271/05, NZA 2006, 1101 f.; *Sieg/Maschmann*, Unternehmensumstrukturierung aus arbeitsrechtlicher Sicht, S. 25, 26 Rn. 54, 55, S. 31 Rn. 68.

C. Auswirkungen auf das Arbeitsrecht

tümer auch noch nach Einführung des Betriebsführungsvertrages die **wirtschaftlichen Lasten**, denn der Betriebsführer handelt für dessen Rechnung.

Im Ausgangspunkt ist allerdings klar, dass es keine Rolle spielen kann, ob die sächlichen Betriebsmittel im Eigentum des Betriebsführers (Betriebsinhabers) stehen oder er diese infolge von Nutzungsvereinbarungen zur Erfüllung seines Betriebszwecks einsetzt.²⁰⁴ In der Vergangenheit forderte das BAG für eine Zurechnung der sächlichen Betriebsmittel allerdings zusätzlich, dass diese dem Berechtigten zur „**eigenwirtschaftlichen Nutzung**“ überlassen waren.²⁰⁵ Auf Grundlage dieser Rechtsprechung wäre anhand einer „typisierenden Betrachtungsweise“ zu beurteilen gewesen, ob der Betriebsführer nicht lediglich eine Leistung „an“ fremden Geräten und Maschinen innerhalb fremder Räume zu erbringen hat, ohne dass er typischerweise über Art und Umfang ihres Einsatzes hätte bestimmen können und ohne dass er aus der Tätigkeit zusätzliche wirtschaftliche Vorteile erzielt. Insb. wenn (z. B. im Zusammenhang mit konzerninternen Umstrukturierungen)²⁰⁶ der Betriebsführer den Betrieb nur für Rechnung des Eigentümers führen würde und eigene wirtschaftliche Zwecke vermissen ließe, weil er an dem Betriebsergebnis nicht beteiligt wird und sein Betriebsführungsentgelt nicht von dem wirtschaftlichen Ergebnis der Betriebsführung abhängt oder der Betriebsführer sogar lediglich auf Basis der Vollkostendeckung arbeitet, wäre eine Zurechnung äußerst zweifelhaft gewesen. Denn in diesem Fall würde die Nutzung, anders als bspw. in einem Pachtfall, nicht eigenwirtschaftlich, sondern lediglich zur Erfüllung der Dienstleistungspflicht erfolgen.²⁰⁷

Die „eigenwirtschaftliche Nutzung“ von Betriebsmitteln ist allerdings spätestens seit der „*Güney-Görres-Entscheidung*“ des EuGH vom 15.12.2005²⁰⁸ **kein**

²⁰⁴ *EuGH*, Urt. v. 15.06.1988 – C-101/87, *Juris*; *BAG*, Urt. v. 26.02.1987 – 2 AZR 768/85, *NZA* 1987, 419 f.; *BAG*, Urt. v. 27.04.1995 – 8 AZR 197/94, *BAGE* 80, 74 f.; *BAG*, Urt. v. 11.12.1997, *BAGE* 87, 296 f.; *BAG*, Urt. v. 22.01.1998 – 8 AZR 775/96, *NZA* 1998, 638 f.; *BAG*, Urt. v. 14.05.1998 – 8 AZR 418/96, *NZA* 1999, 483 f.; *BAG*, Urt. v. 15.02.2007 – 8 AZR 431/06, *BAGE* 121, 289 f.

²⁰⁵ *BAG*, Urt. v. 11.12.1997 – 8 AZR 426/94, *BAGE* 87, 296 f.; *BAG*, Urt. v. 14.05.1998 – 8 AZR 418/96, *NZA* 1999, 483 f.; *BAG*, Urt. v. 22.01.1998 – 8 AZR 775/96, *NZA* 1998, 638 f.; *BAG*, Urt. v. 29.06.2000 – 8 AZR 520/99, *Juris*; *BAG*, Urt. v. 11.12.1997 – 8 AZR 426/94, *BAGE* 87, 296 f.; *BAG*, Urt. v. 22.01.1998 – 8 AZR 775/96, *NZA* 1998, 638 f.; *BAG*, Urt. v. 14.05.1998 – 8 AZR 418/96, *NZA* 1999, 483 f.

²⁰⁶ Zu dem Begriff der Umstrukturierung: *Maschmann*, *NZA-Beil.* 2009, 32 (32, 33).

²⁰⁷ Vgl. *BAG*, Urt. v. 11.12.1997 – 8 AZR 426/94, *BAGE* 87, 296 f.

²⁰⁸ *EuGH*, Urt. v. 15.12.2005 – C-232, 233/04, *ZIP* 2006, 95 f.

C. Auswirkungen auf das Arbeitsrecht

entscheidendes Kriterium mehr.²⁰⁹ Art. 1 der RL 2011/23/EG lässt dieses Kriterium nicht mehr zu.

Es kommt somit nicht darauf an, ob der Betriebsführer die Betriebsmittel im eigenen oder im fremden Namen nutzt, also wer als Betriebsinhaber in Erscheinung tritt und ob eine Nutzung in eigenen oder fremden Räumen erfolgt. Weiter ist auch nicht entscheidend, ob die Betriebsmittel weiterhin dem Auftraggeber (Eigentümer) gehören und ob nur er deren wirtschaftliche Lasten trägt (Nutzung auf Rechnung des Eigentümers).

Die Absage des EuGH an das Kriterium der „eigenwirtschaftlichen Nutzung“ darf allerdings nicht darüber hinwegtäuschen, dass es weiterhin darauf ankommt, ob es sich bei den in Rede stehenden Sachmitteln überhaupt um Betriebsmittel des Betriebsführers handelt. Eine Maschine oder sonstige Ausstattung kann dem Betriebsführer nur dann zugerechnet werden, wenn sie ein notwendiges Mittel bzw. Hilfsmittel für die Verfolgung **seines** Betriebszwecks, also der Führung eines Betriebs(-teils), darstellt.²¹⁰ Zur Veranschaulichung dieser Problematik sei auf nachfolgende vereinfachte Beispiele verwiesen. In Fällen der Reinigungs-, Reparatur- und Wartungstätigkeiten sind die zu reinigenden Gebäude oder zu reparierenden/wartenden Objekte keine Betriebsmittel des „Auftragnehmers“, weil sie in den Betrieb des Auftraggebers eingegliedert sind und dessen betrieblicher Verfügungsgewalt unterliegen. Sie sind für die Erreichung des von dem Auftragnehmer verfolgten **arbeitstechnischen Zwecks** nicht unerlässlich.²¹¹ Auf den Fall des Betriebsführungsvertrages angewandt, heißt dies Folgendes:

Der Betriebsführer verpflichtet sich, einen im Eigentum des Eigentümers stehenden Betrieb(steil), bspw. einen Produktionsbetrieb zu leiten (betreiben). Der Eigentümer verfolgt dann mit den **einzelnen** Produktionsanlagen zwar noch einen eigenen **wirtschaftlichen**, jedoch **keinen** eigenen **arbeitstechnischen Zweck** mehr. Der Betriebsführer übt nun die betriebliche Leitungs- und Organisationskompetenz für die Erreichung des von ihm verfolgten arbeitstechnischen Zwecks (die Führung eines Betriebs) aus. Dafür sind die notwendigen Sachmit-

²⁰⁹ BAG, Urt. v. 02.03.2006 – 8 AZR 147/05, NZA 2006, 1105 f.; BAG, Urt. v. 06.04.2006 – 8 AZR 222/04, BAGE 117, 349 f.; BAG, Urt. v. 13.06.2006 – 8 AZR 271/05, NZA 2006, 1101 f.

²¹⁰ *Willemsen/Müntefering*, NZA 2006, 1185 (1187); *Willemsen*, in: *Willemsen u. a., Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen*, G Rn. 17c; *Müller-Bonanni*, NZA-Beil. 2009, 13 (14, 15); *Gussen*, in: *Rolfs u. a., BeckOK Arbeitsrecht*, Rn. 30b zu § 613a BGB.

²¹¹ *Müller-Bonanni*, NZA-Beil. 2009, 13 (14, 15).

C. Auswirkungen auf das Arbeitsrecht

tel auch unerlässlich. In die Gesamtabwägung sind somit all diejenigen Sachmittel mit einzubeziehen, die als Teil der Arbeitsorganisation des Betriebsführers für deren Aufrechterhaltung von Bedeutung sind.²¹² Dies werden letztlich bei einem Betriebsführungsvertrag denklogisch nahezu alle Betriebsmittel sein, denn Betriebszweck ist es, den Betrieb(steil) **mit** allen vorhandenen Betriebsmitteln und Arbeitnehmern unter eigener Leitung weiter zu betreiben.

Als Zwischenergebnis ist somit festzustellen, dass die Voraussetzung „Übergang eines Betriebs oder Betriebsteils“ bei einem Betriebsführungsvertrag immer als erfüllt anzusehen ist, denn der Betriebsführer soll gerade die Leitung eines fest abgrenzbaren Teilbereichs übernehmen. Dass er dabei u. U. eigene Arbeitnehmer in den zu führenden Betrieb mitnimmt, ist nicht entscheidend, weil er sich auch dann „ins gemachte Nest setzt“ und die Führung eines eingespielten Bereichs übernimmt. Nachdem infolge der „Güney-Görres-Entscheidung“ geklärt ist, dass es nicht mehr darauf ankommt, ob der Betriebsführer die Betriebsmittel für wirtschaftlich eigene oder fremde Rechnung einsetzt, reduziert sich die Prüfung auf die der Betriebsverpachtungsfälle, in denen das BAG²¹³ seit jeher einen Betriebsübergang angenommen hat.²¹⁴

Davon abzugrenzen bleibt letztlich lediglich die Fallkonstellation, wenn sich die Maßnahme in der bloßen **Stillegung** eines Betriebs oder Betriebsteils erschöpft, ohne dass das Substrat bzw. die Identität der wirtschaftlichen Einheit erhalten bleibt.²¹⁵ Dann kann man aber auch **nicht** mehr von einem Betriebsführungsvertrag sprechen, dessen Wesen gerade darin liegt, das gesamte Unternehmen, einen Betrieb, Teilbetrieb oder eine Sparte **für** den Eigentümer **zu führen**.²¹⁶ Soweit nämlich nicht die Betriebsführung Gegenstand der vertraglichen Gestaltung ist, sondern ein Auftragnehmer nur die in der Einheit ausgeübte Tätigkeit (bspw. Produktion) **weiterführt** und dabei keine Betriebsmittel des Eigentümers einsetzt bzw. übernimmt oder die wirtschaftliche Einheit **nicht** im Wesentlichen unverändert lässt, sondern diese in seiner bereits bestehenden Organisation (bspw. einer eigenen größeren Produktion, welche die Tätigkeit der Einheit des Eigentümers **bereits selbst** ausführen konnte) **aufgeht**, handelt es sich um eine

²¹² *Willemsen/Müntefering*, NZA 2006, 1185 (1188).

²¹³ So bspw. in: *BAG*, Urt. v. 25.02.1981 – 5 AZR 991/78, BAGE 35, 104 f.; *BAG*, Urt. v. 27.04.1995 – 8 AZR 197/94, BAGE 80, 74 f.

²¹⁴ *Willemsen/Müntefering*, NZA 2006, 1185 (1187).

²¹⁵ *BAG*, Urt. v. 16.05.2002 – 8 AZR 319/01, NZA 2003, 93 f.; *BAG*, Beschl. v. 18.3.2008 – 1 ABR 77/06, BAGE 126, 169 f.; *Gussen*, in: Rolfs u. a., BeckOK Arbeitsrecht, Rn. 16 zu § 613a BGB.

²¹⁶ Siehe hierzu bereits oben unter A. I. und B. I. 1.

C. Auswirkungen auf das Arbeitsrecht

typische Form des sog. Outsourcing²¹⁷ („Make-or-Buy-Entscheidungen“), also eine **Fremdvergabe** von **bisher im Unternehmen** selbst erledigten Arbeiten. Diese Form des Outsourcings wäre dann nicht als Betriebsübergang zu werten, wenn keine Indizien für die Wahrung der wirtschaftlichen Identität vorliegen.²¹⁸ Anders als beim Betriebsführungsvertrag besteht das Ziel eines solchen Auftragnehmers allerdings ausschließlich in der Förderung und Führung seines eigenen Betriebs.

- 2) Weiter müsste das Tatbestandsmerkmal „**Übergang auf einen anderen Betriebsinhaber**“ erfüllt sein.

Voraussetzung dafür ist zunächst einmal, dass an die Stelle des bisherigen Betriebsinhabers **ein anderer** tritt, der den Betrieb im eigenen Namen fortführt. Dabei ist egal, wenn ein Übergang zwischen zwei Tochtergesellschaften desselben Konzerns, mit demselben 100% des Kapitals haltenden Eigentümer, demselben Management, demselben Leitungspersonal und denselben Räumlichkeiten stattfindet, selbst wenn beide am selben Vorhaben arbeiten. Entscheidend ist zunächst nur, dass sie voneinander getrennte **Rechtspersönlichkeiten** sind und so ein Wechsel der Rechtspersönlichkeit des Betriebsinhabers erfolgen kann.²¹⁹ Es kann selbst bei Spaltungsvorgängen zu einem Betriebsübergang kommen, wenn ein Betrieb oder Betriebsteil auf ein anderes Unternehmen übertragen oder rechtlich verselbständigt wird.²²⁰

Der Betriebsführer wird immer eine andere Rechtspersönlichkeit als der Eigentümer besitzen, was unabhängig von Abhängigkeitsverhältnissen oder Konzernverflechtungen gilt. Bis dahin bestehen keine Schwierigkeiten.

Um entscheiden zu können, ob ein **Wechsel** des Betriebsinhabers vorliegt, ist zu fragen, was einen solchen **Betriebsinhaber** i. S. d. Betriebsübergangs-RL bzw. des § 613a BGB ausmacht und ob der Betriebsführer diese Rolle in allen möglichen Konstellationen – eines unechten Betriebsführungsvertrages – übernimmt.

²¹⁷ Outsourcing (Auslagerung) bezeichnet die Abgabe von Unternehmensaufgaben und -strukturen an Drittunternehmen. Es ist eine spezielle Form des Fremdbezugs von bisher intern erbrachter Leistung. Die Verträge werden als Werk- oder Dienstvertrag ausgestaltet.

²¹⁸ BAG, Urt. v. 16.05.2002 – 8 AZR 319/01, NZA 2003, 93 f.; BAG, Urt. v. 06.04.2006 – 8 AZR 249/04, BAGE 117, 361 f.; BAG, Beschl. v. 18.3.2008 – 1 ABR 77/06, BAGE 126, 169 f.; BAG, Urt. v. 27.01.2011 – 8 AZR 326/09, NZA 2011, 1162 f.; Schiefer, NZA 1998, 1095 (1101); Koch, in: Schaub/Koch, Arbeitsrecht von A-Z, Betriebsnachfolge II. 4. (b); Müller-Bonanni, NZA-Beil. 2009, 13 (15, 16); Willemsen, in: Henssler u. a., Arbeitsrecht Kommentar, Rn. 174, 214 zu § 613a BGB; ders., in: Willemsen u. a., Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, G Rn. 95; Schiefer/Pogge, NJW 2003, 3734 (3736).

²¹⁹ EuGH, Urt. v. 02.12.1999 – C-234/98, NZA 2000, 587 f.; BAG, Urt. v. 03.05.1983 – 3 AZR 1263/79, BAGE 42, 312 f.; BAG, Urt. v. 20.03.2003 – 8 AZR 312/02, NZA 2003, 1338 f.; Willemsen, in: Willemsen u. a., Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, G Rn. 39.

²²⁰ BAG, Urt. v. 19.01.1988 – 3 AZR 263/86, BAGE 57, 198 f.

C. Auswirkungen auf das Arbeitsrecht

Der Begriff des Betriebsinhabers stellt auf die **rechtliche** Inhaberschaft und **nicht** auf die **wirtschaftliche** ab. Entscheidend ist die **tatsächliche** Übernahme der betrieblichen Organisations- und Leitungsmacht im eigenen Namen.²²¹

Der Betrieb oder Betriebsteil wird also demjenigen als Inhaber zugerechnet, welcher die Stellung des selbständigen, im eigenen Namen handelnden Betreibers einnimmt. Da es sich bei § 613a BGB um eine arbeitsrechtliche Norm zum Schutz der Arbeitnehmer handelt, kommt es nach dem Normzweck **entscheidend** darauf an, wer **gegenüber den Arbeitnehmern** die betriebliche Leitungsmacht **deutlich**²²² einnimmt, also insb. das arbeitgeberseitige Weisungsrecht ihnen gegenüber im eigenen Namen ausübt. Ausschlaggebend ist also weder die bloße vertragliche Befugnis/Verpflichtung (kraft Betriebsführungsvertrag) des Betriebsführers, den Betrieb tatsächlich fortzuführen,²²³ noch das bloße Auftreten als der im eigenen Namen handelnde Betreiber gegenüber außerhalb des Arbeitsverhältnisses stehenden Dritten (z. B. Kunden, Geschäftspartnern).²²⁴ Dementsprechend bezeichnet auch der EuGH²²⁵ den Betriebsinhaber als „...die für den Betrieb des Unternehmens verantwortliche natürliche oder juristische Person, die die Arbeitgeberverpflichtungen gegenüber den Beschäftigten des Unternehmens eingeht“. Somit kann es allenfalls subsidiär im Sinne einer Indizienwirkung darauf ankommen, wer gegenüber außerhalb der Arbeitsverhältnisse stehenden Dritten als Betriebsinhaber erscheint.²²⁶

²²¹ BAG, Urt. v. 20.11.1984 – 3 AZR 584/83, BAGE 47, 206 f.; BAG, Urt. v. 06.02.1985 – 5 AZR 411/83, BAGE 48, 59 f.; BAG, Urt. v. 12.11.1998 – 8 AZR 301/97, NZA 1999, 715 f.; BAG, Urt. v. 18.03.1999 – 8 AZR 159/98, BAGE 91, 121 f.; BAG, Urt. v. 25.05.2000 – 8 AZR 416/99, BAGE 95, 1 f.; BAG, Urt. v. 20.03.2003 – 8 AZR 312/02, NZA 2003, 1338 f.; *Willemsen*, in: Henssler u. a., Arbeitsrecht Kommentar, Rn. 53, 53a zu § 613a BGB; **a. A. LAG Rheinland-Pfalz**, Urt. v. 24.09.1984 – 7 Sa 398/84, ZIP 1985, 305 (307); *Pietzko*, Der Tatbestand des § 613a BGB, S. 86.

²²² Hierzu: BAG, Urt. v. 12.11.1998 – 8 AZR 301/97, NZA 1999, 715 f.

²²³ BAG, Urt. v. 21.02.2008 – 8 AZR 77/07, NZA 2008, 825 f.; **a. A. Preis**, in: Müller-Glöge u. a., ErfK., Rn. 51 zu § 613a BGB; *Müller-Glöge*, in: Säcker/Rixecker, MüKo-BGB, Bd. 4, § 613a Rn. 58, wonach es zur Annahme der tatsächlichen Betriebsfortführung genügen soll, wenn sich der Übernehmer vertraglich verpflichtet hat, den Betrieb tatsächlich fortzuführen.

²²⁴ BAG, Urt. v. 20.11.1984 – 3 AZR 584/83, BAGE 47, 206 f.; BAG, Urt. v. 12.11.1998 – 8 AZR 301/97, NZA 1999, 715 f.; BAG, Urt. v. 18.03.1999 – 8 AZR 196/98, NZA 1999, 869 f.; BAG, Urt. v. 25.05.2000 – 8 AZR 416/99, BAGE 95, 1 f.; *Willemsen*, in: Henssler u. a., Arbeitsrecht Kommentar, Rn. 47 zu § 613a BGB; *ders.*, in: *Willemsen* u. a., Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, G Rn. 38, 78-80; **einschränkend hierzu**: BAG, Urt. v. 20.03.2003 – 8 AZR 312/02, NZA 2003, 1338 f.; BAG, Urt. 31.01.2008 – 8 AZR 4/07, Juris; *Sieg/Maschmann*, Unternehmensumstrukturierung aus arbeitsrechtlicher Sicht, S. 14 Rn. 32, S. 43 Rn. 89.; **a. A. LAG Rheinland-Pfalz**, Urt. v. 24.09.1984 – 7 Sa 398/84, ZIP 1985, 305 (307); *Pietzko*, Der Tatbestand des § 613a BGB, S. 86.

²²⁵ *EuGH*, Urt. v. 15.06.1988 – C-101/87, „Bork-Entscheidung“, Juris; *EuGH*, Urt. v. 19.05.1992 – C-29/91, „Redmond Stichting-Entscheidung“, Juris; *EuGH*, Urt. v. 07.03.1996 – C-171/94, „Merckx, Neuhuy-Entscheidung“, NZA 1996, 413 f.; *EuGH*, Urt. v. 11.03.1997 – C-13/95, „Ayse Süzen-Entscheidung“, NJW 1997, 2039 f.

²²⁶ *Willemsen*, in: Henssler u. a., Arbeitsrecht Kommentar, Rn. 47 zu § 613a BGB.

C. Auswirkungen auf das Arbeitsrecht

Der Betriebsführer hat die Aufgabe, den Betrieb oder Betriebsteil – soweit dies der Betriebszweck erfordert auch gegenüber außerhalb des Arbeitsverhältnisses stehenden Dritten – im eigenen Namen zu **leiten** und weiter zu **betreiben**. Das notwendige und entscheidende Auftreten gegenüber den Arbeitnehmern als Arbeitgeber wird regelmäßig durch die Information nach § 613a Abs. 5 BGB und die tatsächliche Übernahme der Arbeitgeberpflichten im eigenen Namen (auf der Gehaltsabrechnung, gegenüber den Versicherungen, bei Betriebsvereinbarungen, Weisungen/Direktionsrecht, Abmahnungen, Kündigungen etc.) erfüllt sein. Soweit natürliche Personen als (Organ-)Vertreter des Betriebsführers handeln, werden diese das Weisungsrecht im Namen des Betriebsführers ausüben. Somit wird die neue Arbeitgeberstellung des Betriebsführers für den Arbeitnehmer grds. hinreichend ersichtlich sein. Der Betriebsführer wird zum neuen **Betriebsinhaber**.

Dieses Ergebnis gilt unabhängig davon, wie weit das (interne) Weisungsrecht des Eigentümers gegenüber dem Betriebsführer reicht, ob ein (gesellschaftsrechtliches) Abhängigkeitsverhältnis, eine Konzernierung oder eine treuhänderische Bindung des Betriebsführers besteht.²²⁷

Weiter ist ebenso unerheblich, ob der Betriebsführer eigene wirtschaftliche Zwecke verfolgt, er also an den Chancen des Geschäfts beteiligt wird, ob er die Risiken des Geschäfts zu tragen hat, er Entgelt lediglich in Höhe seiner Aufwendungen erhält (also lediglich auf Vollkostendeckung arbeitet), oder bspw. ein Gewinnabführungsvertrag mit dem Eigentümer innerhalb eines Konzernverhältnisses besteht.²²⁸ Aus Gründen der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit können für die Arbeitnehmer nicht sichtbare Einflüsse und Entscheidungen (Abhängigkeiten, Gewinnerzielung, Risiko, Art der rechtlichen Befugnis) nicht ausschlaggebend sein.²²⁹

Auch das BAG führt insoweit aus:²³⁰ „Die Inhaberschaft eines Betriebs im Sinne von § 613a BGB ist nicht von einer Gewinnerzielungsabsicht abhängig, ...“; weiter „Eine

²²⁷ BAG, Urt. v. 20.11.1984 – 3 AZR 584/83, BAGE 47, 206 f.; BAG, Urt. v. 12.11.1998 – 8 AZR 282/97, BAGE 90, 163 f.; Willemsen, ZIP 1986, 477 (485); Huber, ZHR 152 (1988), 123 (155).

²²⁸ EuGH, Urt. v. 15.12.2005 – C-232/04, „Güney-Görres-Entscheidung“, ZIP 2006, 95 f.; BAG, Urt. v. 20.11.1984 – 3 AZR 584/83, BAGE 47, 206 f.; BAG, Urt. v. 12.11.1998 – 8 AZR 282/97, BAGE 90, 163 f.; BAG, Urt. v. 20.03.2003 – 8 AZR 312/02, NZA 2003, 1338 f.; BAG, Urt. v. 25.10.2007 – 8 AZR 917/06, BB 2008, 1175 f.; Willemsen, in: Willemsen u. a., Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, G Rn. 78, 80; Huber, ZHR 152 (1988), 123 (155); a. A. LAG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 24.09.1984 – 7 Sa 398/84, ZIP 1985, 305 (307); Pietzko, Der Tatbestand des § 613a BGB, S. 86.

²²⁹ BAG, Urt. v. 20.11.1984 – 3 AZR 584/83, BAGE 47, 206 f.; Willemsen, in: Willemsen u. a., Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, G Rn. 78-81; ders., in: Henssler u. a., Arbeitsrecht Kommentar, Rn. 46 ff. zu § 613a BGB; a. A. LAG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 24.09.1984 – 7 Sa 398/84, ZIP 1985, 305 (307); Pietzko, Der Tatbestand des § 613a BGB, S. 86.

²³⁰ BAG, Urt. v. 12.11.1998 – 8 AZR 282/97, BAGE 90, 163 f.

C. Auswirkungen auf das Arbeitsrecht

wirtschaftlich unsinnige oder zumindest unverständliche Vorgehensweise schließt die Betriebsinhaberschaft nicht aus, sondern erfordert geradezu die Leitungsmacht des Handelnden.“

Weiter muss der Betriebsinhaber i. S. d. Übergangs-RL bzw. des § 613a BGB – wie oben unter 1) ii) bereits ausgeführt wurde – dabei auch nicht Eigentümer (dinglich Berechtigter) der Betriebsanlagen sein.²³¹

Im **Grundsatz** ist somit festzustellen, dass infolge eines unechten Betriebsführungsvertrages davon ausgegangen werden kann, dass ein Wechsel der Inhaberschaft vom Eigentümer auf den Betriebsführer stattfindet und somit auch das Tatbestandsmerkmal „Übergang auf einen anderen Betriebsinhaber“ – bezüglich dem zur Führung übertragenen Betrieb bzw. Betriebsteil i. S. d. der Übergangs-RL bzw. § 613a BGB – erfüllt sein wird. Denn **entscheidend** ist letztlich nur, ob der Betriebsführer für die Arbeitnehmer erkennbar als Arbeitgeber mit eigenem Weisungsrecht und als Berechtigter und Verpflichteter der Arbeitgeberrechte und -pflichten auftritt.

- 3) Abschließend ist als Tatbestandsvoraussetzung der **„Übergang durch Rechtsgeschäft“** zu prüfen.²³²

Dieses Tatbestandsmerkmal dient der Umsetzung der Formulierung „vertragliche Übernahme“ in Art. 1 Abs. 1 lit. a der Übergangs-RL 2001/23/EG. Der EuGH führt insoweit aus:²³³

„Die Richtlinie ist damit in allen Fällen anwendbar, in denen die für den Betrieb des Unternehmens verantwortliche natürliche oder juristische Person, die die Arbeitgeberverpflichtungen gegenüber den Beschäftigten des Unternehmens eingeht, im Rahmen vertraglicher Beziehungen wechselt.“²³⁴

Unabhängig von der Art oder Rechtsnatur der vertraglichen Beziehung muss das Rechtsgeschäft seinem Inhalt oder auch nur im Ergebnis darauf gerichtet sein, die Stellung als Betriebsinhaber im Sinne der vorangegangenen Ausführungen unter 2) zu

²³¹ BAG, Urt. v. 25.02.1981 – 5 AZR 991/78, BAGE 35, 104 f.; BAG, Urt. v. 20.11.1984 – 3 AZR 584/83, BAGE 47, 206 f.; BAG, Urt. v. 27.04.1995 – 8 AZR 197/94, BAGE 80, 74 f.

²³² Speziell zu diesem Merkmal im Rahmen von Privatisierungen und Umstrukturierungen öffentlicher Rechtsträger: *Willemssen*, in: Oetker u. a., FS 50 Jahre Bundesarbeitsgericht, S. 287 (299 ff.); § 613a BGB scheidet mangels „Übergang durch Rechtsgeschäft“ aus, soweit der Betriebsübergang im Wege der Gesamtrechtsnachfolge kraft Gesetzes oder sonstigen Hoheitsakt erfolgt.

²³³ *EuGH*, Urt. v. 15.06.1988 – C-101/87, „Bork-Entscheidung“, *Juris*; *EuGH*, Urt. v. 19.05.1992 – C-29/91, „Redmond Stichting-Entscheidung“, *Juris*; *EuGH*, Urt. v. 07.03.1996 – C-171/94, „Merckx, Neuhuys-Entscheidung“, NZA 1996, 413 f.; *EuGH*, Urt. v. 11.03.1997 – C-13/95, „Ayse Sözen-Entscheidung“, NJW 1997, 2039 f.

²³⁴ Unterstreichungen erfolgten durch den Verfasser.

C. Auswirkungen auf das Arbeitsrecht

übertragen. Der Begriff des Rechtsgeschäfts ist dabei eher untechnisch zu verstehen, so dass es ausreicht, wenn ein oder mehrere Rechtsgeschäfte die notwendigen Voraussetzungen dafür schaffen, dass der Betriebsführer die Leitungs- und Organisationskompetenz für den ihm zugewiesenen Betrieb oder Betriebsteil **tatsächlich ausüben kann**.²³⁵

Der Betriebsübergang findet dann – wie oben unter 2) bereits angedeutet – zu dem **Zeitpunkt** statt, zu dem der Betriebsführer diese übermittelte betriebliche Organisations- und Leitungskompetenz **tatsächlich ausübt**, den ihm übertragenen Bereich unter Einsatz der erforderlichen Betriebsmitteln **führt und dabei** insb. das arbeitgeberseitige Weisungsrecht **gegenüber den Arbeitnehmern im eigenen Namen** kundtut.²³⁶

Ein – unechter – Betriebsführungsvertrag (ggf. mit gesondert geregelten Nutzungsbefugnissen) ist letztlich immer darauf gerichtet, dass der Betriebsführer (als „Erwerber“) rechtstatsächlich im Einvernehmen mit dem Eigentümer (als „Veräußerer“) in die Arbeitsorganisation des vertraglich festgelegten Betriebs oder Betriebsteils (i. S. d. Übergangs-RL bzw. des § 613a BGB) eintritt und deren Leitung erkennbar im eigenen Namen übernimmt. Daher ist auch das Merkmal „Übergang durch Rechtsgeschäft“ erfüllt. Schließlich stellt sich die Frage, wie es sich auswirkt, wenn das Rechtsgeschäft (der Betriebsführungsvertrag) **unwirksam** oder bedingt ist. Hier hilft der Sinn und Zweck der Übergangs-RL bzw. des § 613a BGB weiter. Als Schutzgesetz für die Arbeitnehmer kann als maßgeblicher Anknüpfungspunkt letztlich **nur die tatsächliche Übernahme** des Betriebs und der arbeitstechnischen Organisations- und Leitungsmacht ausschlaggebend sein. Denn die Arbeitnehmer sind an dem zugrunde liegenden Rechtsgeschäft nicht beteiligt und daher nicht in der Lage, dessen Rechtsunwirksamkeit erkennen zu können. Der Gedanke der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit lässt insoweit keinen anderen Bezugspunkt zu, was unabhängig davon gilt, ob das Rechtsgeschäft von Anfang an oder nachträglich unwirksam ist.²³⁷

²³⁵ BAG, Urt. v. 12.11.1998 – 8 AZR 282/97, BAGE 90, 163 f.; BAG, Urt. v. 22.05.1985 – 5 AZR 173/84, BAGE 48, 376 f.; *Schiefer/Pogge*, NJW 2003, 3734 (3737); *Willemsen*, in: Henssler u. a., Arbeitsrecht Kommentar, Rn. 196 ff. zu § 613a BGB m. w. N.

²³⁶ *EuGH*, Urt. v. 26.05.2005 – C-478/03, NZA 2005, 681 f.; BAG, Urt. v. 25.09.1997 – 8 AZR 493/96, BAGE 86, 336 f.; BAG, Urt. v. 18.03.1999 – 8 AZR 159/98, BAGE 91, 121; BAG, Urt. v. 13.12.2007 – 8 AZR 1107/06, DB 2008, 1161 f.; BAG, Urt. v. 21.02.2008 – 8 AZR 77/07, NZA 2008, 825 f.; *Müller-Bonanni*, NZA-Beil. 2009, 13 (17, 18); *Schiefer/Pogge*, NJW 2003, 3734 (3736, 3737); *Gussen*, in: Rofls u. a., BeckOK Arbeitsrecht, Rn. 72 zu § 613a BGB m. w. N.; *a. A. Preis*, in: Müller-Glöge u. a., ErfK., Rn. 51 zu § 613a BGB; *Müller-Glöge*, in: Sacker/Rixecker, MüKo-BGB, Bd. 4, § 613a Rn. 58.

²³⁷ BAG, Urt. v. 06.02.1985 – 5 AZR 411/83, BAGE 48, 59 f.; BAG, Urt. v. 25.10.2007 – 8 AZR 917/06, BB 2008, 1175 f.; BAG, Urt. v. 15.12.2005 – 8 AZR 202/05, NZA 2006, 597 (603); *Willemsen*, in: Henssler u. a., Arbeitsrecht Kommentar, Rn. 207 zu § 613a BGB; *Gussen*, in: Rofls u. a., BeckOK Arbeitsrecht, Rn. 70, 71 zu § 613a BGB m. w. N.

C. Auswirkungen auf das Arbeitsrecht

Es genügt also, wenn die Inhaberschaft des bisherigen Arbeitgebers (Eigentümers) erlischt und der Betriebsführer auf rechtsgeschäftlicher Grundlage tatsächlich den Arbeitnehmern gegenüber in diese Position einrückt.²³⁸

Ergebnis: Auch wenn die Frage, ob die Voraussetzungen eines Betriebsübergangs vorliegen, nach der Rechtsprechung des BAG immer im konkreten Einzelfall genau zu prüfen ist,²³⁹ kann man den Grundsatz aufstellen, dass der Abschluss eines **unechten** Betriebsführungsvertrages für die Arbeitnehmer des Eigentümers einen Übergang ihrer Arbeitsverhältnisse auf den Betriebsführer zur Folge hat, soweit ihr Arbeitsbereich von der Betriebsführung betroffen ist. Abzugrenzen bleibt nur die Fallkonstellation einer bloßen Stilllegung eines Betriebs oder Betriebsteils. Im Ergebnis wird durch Einführung eines unechten Betriebsführungsvertrages so auch die Trennung von Belegschaft und Betriebsmitteln möglich gemacht.

Abschließend sei festgestellt, dass eine **doppelte Arbeitgeberstellung** hier nicht in Betracht kommt, was bereits der Begriff „Betriebsinhaberwechsel“ deutlich macht. Der Betriebsführer wird der alleinige Arbeitgeber der Arbeitnehmer des durch den Betriebsführungsvertrag betroffenen Bereichs. Auch haftungsrechtlich besteht grds. kein Bedürfnis für eine doppelte Arbeitgeberstellung, weil die Arbeitnehmer nach einem Betriebsübergang hinreichend durch die Rechtsfolgen des § 613a BGB geschützt sind. Soweit in Missbrauchskonstellationen ausnahmsweise ein Bedürfnis für einen weiteren Schutz besteht, gelten die nachfolgend unter C. I. 4. und 5. gesondert dargestellten Grundsätze.

bb) Der Betriebsführer als Arbeitgeber für eigens mitgebrachte Arbeitnehmer

Hier ergeben sich im Vergleich zu den Ausführungen oben unter C. I. 2. a) bb) – zum echten Betriebsführungsvertrag – im Ergebnis keine Besonderheiten. Der Betriebsführer bleibt Arbeitgeber seiner eigenen „mitgebrachten“²⁴⁰ Arbeitnehmer. Dies gilt umso mehr, als der Betriebsführer hier die betriebliche Organisations- und Leitungsmacht **im eigenen Namen** gegenüber **allen** Arbeitnehmern (eigenen „mitgebrachten“ und bereits ursprünglich vorhandenen – kraft § 613a BGB übergegangenen – Arbeitnehmern) des zu führenden Be-

²³⁸ *Willemsen*, in: Henssler/Annuß, Arbeitsrecht Kommentar, Rn. 207 zu § 613a BGB.

²³⁹ *BAG*, Urt. v. 16.02.2006 – 8 AZR 204/05, NZA 2006, 794 f.; *BAG*, Urt. v. 16.5.2002 – 8 AZR 319/01, NZA 2003, 93 f.

²⁴⁰ Unter dem Begriff „mitgebrachte“ Arbeitnehmer sind solche Arbeitnehmer des Betriebsführers zu verstehen, welche bereits vor dem Betriebsübergang (nach § 613a BGB) Arbeitnehmer des Betriebsführers waren und in dem zu führenden (übergegangenen) Betrieb eingesetzt werden.

C. Auswirkungen auf das Arbeitsrecht

etriebs oder Betriebsteils ausübt, so dass es auch gegenüber den Mitarbeitern zu keinerlei Irritationen kommen kann.

cc) Der Betriebsführer als Arbeitgeber für neu einzustellende Arbeitnehmer

Der Betriebsführer schließt die Arbeitsverträge im eigenen Namen ab und übt die Weisungsrechte im eigenen Namen selbst aus. Er wird so zum Arbeitgeber in der Vertragsbeziehung (Vertragsarbeitgeber). Es ergeben sich insoweit keine Besonderheiten.

3. Arbeitgeber in der Betriebsbeziehung

Schaut man sich die Normen des BetrVG an, scheint dort vom Gesetzgeber ein eigenständiger Arbeitnehmerbegriff in § 5 BetrVG definiert worden zu sein. Bei genauerer Betrachtung wird allerdings schnell deutlich, dass § 5 BetrVG keinen spezifischen Begriff des Arbeitnehmers enthält und es sich bei § 5 Abs. 1 BetrVG lediglich um eine (Schein-)Definition handelt. Somit beschränkt sich diese Norm darauf, Ausnahmen bei der Anwendung des BetrVG aufzuführen.²⁴¹ Daraus lässt sich der Schluss ziehen, dass auch im Rahmen der Betriebsbeziehungen der allgemein anerkannte Arbeitnehmerbegriff gilt, so dass Arbeitnehmer ist, wer auf Grund eines **privatrechtlichen Vertrags** im Dienste eines anderen zur Leistung **weisungsgebundener**, fremdbestimmter Arbeit in **persönlicher Abhängigkeit** verpflichtet ist. Konstitutiv für den Arbeitnehmerbegriff ist ein Arbeitsvertrag mit dem Arbeitgeber als Grundlage der Rechtsbeziehung.²⁴²

Auch in Bezug auf den Arbeitgeberbegriff muss hier gelten, dass Arbeitgeber derjenige ist, welcher **Vertragspartner** des Arbeitnehmers ist und diesen gegen Entgelt durch die Ausübung seines **Weisungsrechts** beschäftigt.

Um ein Verständnis dafür zu entwickeln, warum einige Autoren – beim Betriebsführungsvertrag – dennoch zwischen dem Arbeitgeber i. S. d. Individualarbeitsrechts und dem Arbeitgeber i. S. d. BetrVG unterscheiden bzw. – für das Betriebsverfassungsrecht – eine doppelte Arbeitgeberstellung begründen wollen, muss man das Grundmuster des Betriebsverfassungsgesetzes verstehen.

²⁴¹ *Böhm*, RdA 2013, 193 (198); *Richardi*, in: *Richardi*, BetrVG, § 5 Rn. 8.

²⁴² *BAG*, Beschl. v. 05.12.2012 – 7 ABR 48/11, NZA 2013, 793 f.; *Böhm*, RdA 2013, 193 (198, 206); *Reichold*, Arbeitsrecht, § 2 Rn. 3; *Gaul*, in: *Henssler u. a.*, Arbeitsrecht Kommentar, Rn. 2 zu § 5 BetrVG.

C. Auswirkungen auf das Arbeitsrecht

Das Betriebsverfassungsgesetz regelt die Beziehung zwischen dem Arbeitgeber mit seinen unternehmerischen Interessen und dem Betriebsrat als gesetzlich vorgesehene Repräsentationsorgan der Belegschaft. Es legitimiert also den Betriebsrat **durch die im Gesetz festgelegten Mitwirkungs- und Mitbestimmungsrechte**, die Arbeitnehmer **als Belegschaft** zu repräsentieren. Der Gesetzgeber hatte somit ein einfaches zweipoliges Modell (Arbeitgeber und Betriebsrat stehen sich gegenüber) vor Augen, welchem die Arbeitnehmer eindeutig zugeordnet werden konnten. In diesem stehen sich der Arbeitgeber als Vertragsarbeitgeber **und gleichzeitig** auch demjenigen, welcher die betrieblichen Abläufe (ggf. durch **seine** gesetzlichen Vertreter oder leitenden Angestellten) selbst bestimmt, und der Betriebsrat gegenüber. Das BetrVG geht demzufolge von einer **Identität von Vertrags- und Betriebspartner** beim Arbeitgeber aus.²⁴³

Als Basis dieser Beziehung stellt das Betriebsverfassungsrecht nicht auf das Unternehmen, also den Rechtsträger und Vertragsarbeitgeber ab, sondern den **Betrieb** i. S. d. BetrVG (Repräsentationsbereich).²⁴⁴ Das BetrVG ist auf diesen Rahmen ausgelegt, so dass Arbeitgeber und Betriebsrat daran gebunden sind.²⁴⁵ Bei der Frage nach der Zuständigkeit eines Betriebsrats reicht es daher alleine nicht aus zu prüfen, ob ein Arbeitsverhältnis zwischen Arbeitnehmer und dem Inhaber eines Betriebs besteht, sondern es muss darüber hinaus überprüft werden, ob der Arbeitnehmer betriebsverfassungsrechtlich auch einem bestimmten Betrieb zugeordnet werden kann und so auch im betriebsverfassungsrechtlichen Sinn Arbeitnehmer „des Betriebs“ ist (Betriebszugehörigkeit eines Arbeitnehmers). Schwierigkeiten in der Beurteilung bestehen hier beim Arbeitseinsatz von Arbeitnehmern in Drittbetrieben (sog. drittbezogener Personaleinsatz), insb. wenn der zum Vertragsarbeitgeber in arbeitsrechtlicher Beziehung stehende Arbeitnehmer in den Einsatzbetrieb – eines anderen Arbeitgebers („Dritten“) – eingegliedert wird (sog. aufgespaltene Arbeitgeberstellung).²⁴⁶

Weiter ist zu berücksichtigen, dass der Betriebsrat durch die im Gesetz festgelegten Beteiligungsrechte unterschiedliche Befugnisse erhält. Dabei erfolgen die Mitwirkungs- und Mitbestimmungsrechte teils vertrags- und teils betriebsbezogen. Gegenstand des Beteiligungsrechts in der **Leistungs-/Vertragsbeziehung** ist beispielsweise das „Wie“ und „Ob“ der Arbeitsleistung bei der Arbeitsbefreiung/Freistellung nach §§ 37, 38 BetrVG, bei der

²⁴³ *Wißmann*, NZA 2001, 409 (409).

²⁴⁴ *Richardi*, in: *Richardi*, BetrVG, § 1 Rn. 8; *Rieble*, NZA 2002, 233 (234).

²⁴⁵ *Richardi*, in: *Richardi*, BetrVG, Rn. 83, 101 zu „Einleitung“, § 1 Rn. 3, 8, 9, 13; *Fitting*, BetrVG, § 1 Rn. 1 ff., § 5 Rn. 1; *Trümmer*, in: *Däubler u. a.*, BetrVG, § 5 Rn. 13.

²⁴⁶ *BAG*, Beschl. v. 05.12.2012 – 7 ABR 48/11, NZA 2013, 793 f.

C. Auswirkungen auf das Arbeitsrecht

Arbeitszeitversäumnis wegen Wahlausübung nach § 20 Abs. 2 S. 2 BetrVG und bei der Einrichtung von Sprechstunden während der Arbeitszeit nach § 39 BetrVG oder auch das „Wie“ der betrieblichen Lohngestaltung/Leistungsentlohnung nach § 87 Abs. 1 Nr. 10, 11 BetrVG. Dagegen sind Gegenstand der Befugnisse des Betriebsrats in der **Betriebsbeziehung** beispielsweise das Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG in Bezug auf technische Einrichtungen, die zur Überwachung des Verhaltens bzw. der Leistung der Arbeitnehmer bestimmt sind oder das Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG in Bezug auf die Gestaltung der betrieblichen Sicherheitsorganisationen.²⁴⁷

Die im vorangegangenen Absatz aufgezeigte Unterscheidung der Beteiligungsrechte nach solchen, welche die Gestaltung der arbeitsvertraglichen Beziehung (Leistungs-/Vertragsbeziehung) betreffen und solchen, welche die Organisation des betrieblichen Geschehens durch Weisungen (Betriebsbeziehung) betreffen, zeigt die **Funktionsverschiedenheit** des Arbeitgeberbegriffs in der Betriebsverfassung. Dies darf aber **nicht** dazu führen, dem BetrVG unterschiedliche Arbeitgeberbegriffe entnehmen zu wollen.

Soweit die Beteiligungsrechte nicht vertrags-, sondern betriebsbezogen erfolgen, sind diese **objektbezogen**, da sie sich auf die Einrichtung und Verwaltung von Arbeitgebervermögen beziehen. Aus diesem Grund kann ein solches Beteiligungsrecht auch den sonst auf die Arbeitgeber-Arbeitnehmer-Beziehung beschränkten Geltungsbereich der Betriebsverfassung überschreiten (z. B. wenn Fremdarbeitnehmer (Werk- und Dienstvertragsarbeitnehmer) von technischen Überwachungseinrichtungen im Einsatzbetrieb erfasst werden).²⁴⁸

Gerade beim Betriebsführungsvertrag ist der **Vertragsarbeitgeber** nicht immer identisch mit dem „Betriebsführer“, welcher die **betrieblichen** Abläufe (durch Weisungen) bestimmt. Arbeitgeber und Betriebsrat sehen sich so als Teile von Beziehungsverflechtungen wieder, in denen der Betriebsrat, den passenden **Adressaten** seiner Beteiligungsrechte suchen muss.²⁴⁹ Dem versuchen Literatur und Rechtsprechung für die Gestaltung mittels Betriebsführungsvertrages mit solchen Konstruktionen wie oben unter C. I. 1. beschrieben zu begegnen, insb. mit dem Ziel, dass die Rechte aus dem BetrVG nicht durch vertragliche und/oder organisatorische Gestaltungsinstrumente ausgehebelt werden können.

²⁴⁷ Reichold, Arbeitsrecht, § 14 Rn. 57, 58; Franzen, in: Wiese u. a., GK-BetrVG, Bd. I, § 1 Rn. 89; Wiese, in: Wiese u. a., GK-BetrVG, Bd. I, Rn. 114 zu „Einleitung“; Richardi, in: Richardi, BetrVG, Rn. 121 zu „Einleitung“; Rütters, BB 1977, 605 (612); Wedde, in: Däubler u. a., BetrVG, „Einleitung“ Rn. 154, 155; Trümmer, in: Däubler u. a., BetrVG, § 5 Rn. 28; Fitting, BetrVG, § 1 Rn. 235 ff., § 5 Rn. 265 ff.; Richardi/Fischinger, in: Staudinger, BGB-Kommentar, Buch 2-1, Vorbem. zu §§ 611 ff. Rn. 505, 506; vgl. Wißmann, NZA 2001, 409 (412).

²⁴⁸ Reichold, Arbeitsrecht, § 14 Rn. 58.

²⁴⁹ Vgl. Fitting, BetrVG, § 1 Rn. 235 ff.

C. Auswirkungen auf das Arbeitsrecht

Im Nachfolgenden wird nun getrennt für den echten und den unechten Betriebsführungsvertrag systematisch aufgezeigt, wann der Eigentümer und wann der Betriebsführer Arbeitgeber in der Betriebsbeziehung ist und an wen sich der Betriebsrat zur Ausübung seiner Beteiligungsrechte halten muss.

Der Vollständigkeit halber sei ergänzend darauf hingewiesen, dass das Gesetz noch zwischen Arbeitgeber (§§ 1 ff. BetrVG) und Unternehmer (§§ 106-113 BetrVG) unterscheidet. Diese Unterscheidung ist aber im Rahmen des BetrVG ohne Bedeutung. Das Gesetz verwendet den Begriff Arbeitgeber, soweit es um die Rechtsbeziehungen zu den einzelnen Arbeitnehmern oder deren Gesamtvertretungen geht; dagegen verwendet es den Begriff Unternehmer, wenn es sich um wirtschaftliche Angelegenheiten handelt. Qualitativ besteht insoweit jedoch keinerlei Unterschied.

a) Echter Betriebsführungsvertrag

aa) Kein Einsatz von eigenen Arbeitnehmern des Betriebsführers im Eigentümerbetrieb

aaa) Der Eigentümer als Arbeitgeber

In Bezug auf den Arbeitgeberbegriff muss auch hier gelten, dass Arbeitgeber derjenige ist, welcher **Vertragspartner** des Arbeitnehmers ist und diesen gegen Entgelt durch die Ausübung seines **Weisungsrechts** beschäftigt. Insoweit gilt unter Bezug auf die vorangegangenen Ausführungen auch hier, dass der Eigentümer nach Einführung des Betriebsführungsvertrages kraft Arbeitsvertrag Arbeitgeber bleibt. Der Betriebsführer wird durch den Abschluss eines **echten** Betriebsführungsvertrages nicht nach § 613a BGB zum Arbeitgeber der Arbeitnehmer des Eigentümers, da der Betriebsführer nach außen hin **im fremden Namen und aufgrund einer Vollmacht** gegenüber den Arbeitnehmern des Eigentümers auftritt.²⁵⁰ Für den **Eigentümergebiet** gilt zudem auch anders als bspw. bei einem Leiharbeitsverhältnis²⁵¹, dass nicht die Arbeitnehmer des Eigentümers zu einem fremden Betrieb kommen, sondern der Betriebsführer zur Wahrnehmung seiner Aufgaben **in den Betrieb des Eigentümers** kommt. Der Arbeitnehmer des Eigentümers verlässt nicht den Betrieb seines Arbeitgebers und unterliegt auch keinem anderen Weisungsrecht. Der Betriebsführer nimmt das Weisungsrecht des Eigentümers nur **in dessen Namen** wahr. Wie

²⁵⁰ Siehe hierzu oben unter C. I. 2. a).

²⁵¹ Siehe hierzu oben unter B. III.

C. Auswirkungen auf das Arbeitsrecht

bei jeder vertretungsberechtigten Führungsperson (Vorstand, Geschäftsführer, Prokurist, sonst. leitender Angestellter), die im Namen des Vertragsarbeitgebers handelt, muss auch hier gelten, dass der **Eigentümer (formaler) Betriebsinhaber seines Betriebs bleibt** und somit nach der gesetzlichen Vorstellung **für die Belegschaft dieses Betriebs** als Arbeitgeber betrachtet werden muss.

bbb) Der Betriebsführer als Ansprechpartner des Betriebsrats im Eigentümerbetrieb

Zur Beantwortung der Frage, wer **Ansprechpartner** des Betriebsrats im Eigentümerbetrieb ist, ist zu prüfen, gegenüber wem der Betriebsrat rechtlich in der Lage ist, die betriebsverfassungsrechtlichen Mitwirkungsrechte auszuüben. Es ist also zu fragen, welche „Person“ den Betrieb tatsächlich eigenverantwortlich führt. Dem Betriebsrat muss im Ergebnis immer der richtige Ansprechpartner (Betriebspartner i. S. d. BetrVG) gegenüber stehen, so dass Arbeitnehmerschutzrechte nicht umgangen werden können.²⁵²

Der für den Eigentümerbetrieb durch die Belegschaft gewählte Betriebsrat wird sich zur Wahrnehmung seiner Beteiligungsrechte im Regelfall alleine an den Betriebsführer **als Ansprechpartner** halten müssen. Dabei wird auch die Unterscheidung nach dem Gegenstand des Beteiligungsrechts, also ob es sich um ein Beteiligungsrecht in der Leistungs-/Vertragsbeziehung (bspw. über das „Wie“ der betrieblichen Lohngestaltung/Leistungsentlohnung nach § 87 Abs. 1 Nr. 10, 11 BetrVG) oder um Befugnisse des Betriebsrats in der Betriebspartnerschaft/-beziehung handelt (beispielsweise das Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG in Bezug auf technische Einrichtungen, die im Eigentümerbetrieb zur Überwachung des Verhaltens bzw. der Leistung der Arbeitnehmer bestimmt sind) grds. nicht notwendig sein, da es gerade Aufgabe des Betriebsführers ist, die Arbeitgeber**funktionen** sowohl in Bezug auf die Vertrags-, als auch im Rahmen der Betriebsbeziehung zu übernehmen.

Der Betriebsführer wird sich dabei **als Ansprechpartner** – soweit seine Leitungsbefugnisse reichen – anstelle des Eigentümers in dessen Namen mit dem Betriebsrat des Eigentümers auseinandersetzen **müssen**.²⁵³ Soweit der Betriebsführer dies nicht tut oder gegen Mitwirkungs- oder Mitbestimmungsrechte verstößt, muss der Betriebsrat gegen den Ar-

²⁵² Zöllner, ZfA 1983, 93 (97), siehe hierzu bereits oben unter C. I. 1. a) ff) aaa); vgl. Düwell/Dahl, NZA-RR, 2011, 1 (6, 7); Zeuner, in: Dieterich u. a., FS für Hilger und Stumpf, S. 771 (777, 778); Hamann, in: Schüren/Hamann, AÜG, § 14 Rn. 218 zur betriebsverfassungsrechtlichen Zuordnung von Leiharbeitnehmern.

²⁵³ Zöllner, ZfA 1983, 93 (97); Birk, ZGR 1984, 23 (52).

C. Auswirkungen auf das Arbeitsrecht

beitgeber (Eigentümer) als Anspruchsgegner vorgehen. Dieser hat in einem solchen Fall durch sein Weisungsrecht (§ 665 BGB) auf den Betriebsführer Einfluss zu nehmen. Reicht dies nicht aus oder wurde das Weisungsrecht kraft Betriebsführungsvertrag so weitgehend eingeschränkt, dass ein ausreichender Einfluss nicht mehr möglich ist, wird der Eigentümer dem Betriebsführer die Vollmacht nach § 168 S. 2 BGB (durch Widerruf) entziehen müssen oder den Betriebsführungsvertrag bei einem Auftragsverhältnis (§§ 662 ff. BGB) nach § 671 Abs. 1 BGB widerrufen bzw. bei einem Geschäftsbesorgungsvertrag mit Dienstvertragscharakter (§§ 675 Abs. 1, 611 BGB)²⁵⁴ kündigen.²⁵⁵ Auch ein wirksam ausgeübtes Widerrufs-/Kündigungsrecht führt zum Erlöschen der Vollmacht, § 168 S. 1 BGB.²⁵⁶

Das Kündigungsrecht besteht, auch ohne ausdrückliche Vereinbarung, jederzeit nach § 627 BGB. Die Voraussetzungen des § 627 BGB liegen allerdings nur dann vor, wenn der Betriebsführer tatsächlich in zeitlicher und organisatorischer Hinsicht seine Dienstleistung eigenbestimmt und selbständig ausüben kann (insb. bei einer vertraglichen Einschränkung des Weisungsrechts nach § 665 BGB) und entweder das Vertragsverhältnis **nicht** auf längere Zeit²⁵⁷ angelegt ist oder im Vertrag klargestellt wird, dass die Einkünfte des Betriebsführers variieren können und im ungünstigsten Falle sogar ganz ausbleiben. Es dürfen also keine festen Bezüge oder bestimmte Mindesteinkommen versprochen werden.²⁵⁸ Zudem darf das Kündigungsrecht nicht wirksam durch eine einzelvertragliche Abrede abbedungen sein.²⁵⁹ Weiter kommt – auch ohne vertragliche Vereinbarung – ein Kündigungsrecht aus wichtigem Grund in Betracht, wenn der Betriebsführer schwerwiegend gegen die Interes-

²⁵⁴ Wann ein Auftragsverhältnis und wann ein Geschäftsbesorgungsvertrag mit Dienstvertragscharakter anzunehmen ist wurde bereits oben unter B. I. 1. geklärt.

²⁵⁵ *Schramm*, in: Säcker/Rixecker, MüKo-BGB, Bd. 1, § 168 Rn. 18; *Ellenberger*, in: Palandt, BGB-Kommentar, § 168 Rn. 5, 6; *Schwab*, in: Dauner-Lieb/Langen, BGB-Kommentar, Bd. 2/2, § 671 Rn. 1, 4; *Seiler*, in: Säcker/Rixecker, MüKo-BGB, Bd. 4, § 671 Rn. 1, 7, 15; *Schulze*, in: Schulze u. a., BGB-Kommentar, § 671 Rn. 3; *Heermann*, in: Säcker/Rixecker, MüKo-BGB, Bd. 4, § 675 Rn. 25; *Sprau*, in: Palandt, BGB-Kommentar, § 671 Rn. 1, 2; zur Erteilung einer unwiderruflichen Vollmacht: vgl. bereits oben unter B. IV.; sowie *Altmeyen*, in: Goette/Habersack, MüKo-AktG, Bd. 5, § 292 Rn. 153 ff.; *Ellenberger*, in: Palandt, BGB-Kommentar, § 168 Rn. 6; *Dörner*, in: Schulze u. a., BGB-Kommentar, § 168 Rn. 5.

²⁵⁶ *Schramm*, in: Säcker/Rixecker, MüKo-BGB, Bd. 1, § 168 Rn. 1, 10, 11; *Seiler*, in: Säcker/Rixecker, MüKo-BGB, Bd. 4, § 371 Rn. 9; *Glöge*, in: Müller-Glöge u. a., ErfK., Rn. 4 ff. zu § 627 BGB; *Ellenberger*, in: Palandt, BGB-Kommentar, § 168 Rn. 3.

²⁵⁷ Der Begriff „längere Zeit“ ist etwa bei einem Jahr mit einer unverbindlichen Option zur Fortsetzung erfüllt.

²⁵⁸ Zu den einzelnen Voraussetzungen des § 627 BGB: *OLG München*, Urt. v. 07.03.1986 – 23 U 1936/82, ZIP 1987, 849 ff.; vgl. *Weidenkaff*, in: Palandt, BGB-Kommentar, § 627 Rn. 1 ff.; *Henssler*, in: Säcker/Rixecker, MüKo-BGB, Bd. 4, § 627 Rn. 9 ff. m.w.N.; *Schwab*, in: Dauner-Lieb/Langen, BGB-Kommentar, Bd. 2/2, § 671 Rn. 2 ff. m. w. N.

²⁵⁹ Zur Abdingbarkeit von § 627 BGB: vgl. *Henssler*, in: Säcker/Rixecker, MüKo-BGB, Bd. 4, § 627 Rn. 36 ff. m.w.N.; *Glöge*, in: Müller-Glöge u. a., ErfK., Rn. 8 zu § 627 BGB.

C. Auswirkungen auf das Arbeitsrecht

sen der Eigentümergesellschaft verstößt.²⁶⁰ Anders als in dem Normalfall eines Geschäftsbesorgungsvertrags mit Dienstvertragscharakter richtet sich dieses Recht aber nicht nach der – grds. spezielleren Norm –²⁶¹ für Dienstverträge (§ 626 BGB), sondern nach § 314 BGB.²⁶² Der wesentliche Unterschied der Normen liegt in der auf zwei Wochen begrenzten Kündigungsmöglichkeit nach § 626 Abs. 2 BGB, während nach § 314 Abs. 3 BGB lediglich die Einhaltung einer „angemessenen Frist“ ab der Kenntnis des Kündigenden von den zur Kündigung berechtigten Tatsachen einzuhalten ist. Gerade aus der Frist von zwei Wochen wird dabei besonders deutlich, dass § 626 BGB vor allem auf Arbeitsverhältnisse zugeschnitten ist und sich diese kurze Frist gerade aus dem besonderen Vertrauensverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer und der besonderen Schutzbedürftigkeit von Letzterem rechtfertigen lässt.²⁶³ Betriebsführungsverträge sind dagegen mit Arbeitsverhältnissen nicht vergleichbar. Sie sind wesentlich komplexer und lassen eine Entscheidung zur Kündigung innerhalb von zwei Wochen i. d. R. nicht zu. Der Eigentümer muss den organisatorischen Aufwand und die Rechtsfolgen für sein Unternehmen erst einmal abschätzen können. Immerhin fällt mit der Kündigung eine entscheidende Leitungsebene weg, je nach Reichweite des Betriebsführungsvertrages kann dies sogar die für das gesamte Unternehmen einzig bestehende Führung sein. Dies rechtfertigt letztlich eine teleologische Reduktion des § 626 BGB und damit die Anwendbarkeit des § 314 BGB.²⁶⁴ Bestätigt wird dieses Ergebnis auch durch § 297 AktG, der ein außerordentliches Kündigungsrecht von Unternehmensverträgen ohne die strenge Zwei-Wochen-Frist zulässt. Wie bereits oben unter B. IV. 4. dargestellt wurde, kann auch der Betriebsführungsvertrag einen Unternehmensvertrag i. S. d. § 292 AktG darstellen, weshalb die gesetzliche Wertung zur Unterstreichung des oben gebildeten Ergebnisses herangezogen werden kann. Liegt ein Unternehmensvertrag allerdings tatsächlich vor, ist § 314 BGB gegenüber § 297 AktG subsidiär, wobei auch dann § 314 Abs. 3 BGB ergänzend herangezogen wird.²⁶⁵

²⁶⁰ *BGH*, Urt. v. 05.10.1981 – II ZR 203/80, *NJW* 1982, 394 f.; *OLG München*, Urt. v. 07.03.1986 – 23 U 1936/82, *ZIP* 1987, 849 ff.; *Altmeyden*, in: Goette/Habersack, *MüKo-AktG*, § 292 Rn. 152; *Emmerich*, in: Emmerich/Habersack, *Aktien- und GmbH-Konzernrecht*, Rn. 56 zu § 292 AktG.

²⁶¹ Vgl. hierzu: *Sprau*, in: Palandt, *BGB-Kommentar*, § 675 Rn. 8; *Grüneberg*, in: Palandt, *BGB-Kommentar*, § 314 Rn. 4.

²⁶² *Emmerich*, in: Emmerich/Habersack, *Aktien- und GmbH-Konzernrecht*, Rn. 56 zu § 292 AktG; *Krebs*, in: Dauner-Lieb/Langen, *BGB-Kommentar*, Bd. 2/1, § 662 Rn. 6 ff. bei „Managementverträgen“; vgl. *Najork*, *NJW* 2006, 2881 (2883) und *Grüneberg*, in: Palandt, *BGB-Kommentar*, § 314 Rn. 5 bei „Facility Management-Verträgen“.

²⁶³ Zu dem Schutzzweck des § 626 Abs. 2 BGB: vgl. *Müller-Glöge*, in: Müller-Glöge u. a., *ErfK.*, Rn. 201 zu § 626 BGB; *Henssler*, in: Säcker/Rixecker, *MüKo-BGB*, Bd. 4, § 626 Rn. 2, 3 ff., 282.

²⁶⁴ Vgl. *Najork*, *NJW* 2006, 2881 (2883).

²⁶⁵ *Emmerich*, in: Emmerich/Habersack, *Aktien- und GmbH-Konzernrecht*, Rn. 14, 18 zu § 297 AktG; *Deilmann*, in: Hölter, *AktG*, § 297 Rn. 19; *Geier*, in: Säcker/Rixecker, *MüKo-BGB*, Bd. 2, § 314 Rn. 9.

C. Auswirkungen auf das Arbeitsrecht

Soweit **der Eigentümer** vom Betriebsführer mitbestimmungswidriges Verhalten fordern würde, ist diese Weisung wegen Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot (§ 134 BGB) unwirksam.²⁶⁶ Im Übrigen bedient sich der vollmachtgebende Eigentümer des Betriebsführers als seines Erfüllungsgehilfen im Rahmen der betriebsverfassungsrechtlichen Sonderverbindung²⁶⁷ und haftet daher – infolge Zurechnung – für alle schuldhaften Verletzungen der betriebsverfassungsrechtlichen Pflichten durch die Betriebsführungsgesellschaft.²⁶⁸ Soweit Arbeitgeberrechte durch die betriebliche Mitbestimmung eingeschränkt sind, insb. bestimmte Maßnahmen ohne Beteiligung des Betriebsrats nicht durchsetzbar sind (bspw. §§ 87, 95, 103 Abs. 2, 112 BetrVG), ist auch ein Beauftragter wie der Betriebsführer an der Durchsetzung der Maßnahme gehindert.²⁶⁹

Dass der Arbeitgeber sich als betriebsverfassungsrechtliches Organ durch eine andere Person vertreten lassen kann, dürfte außer Frage stehen und kommt in § 43 Abs. 2 S. 3 und § 108 Abs. 2 BetrVG hinreichend deutlich zum Ausdruck. Soweit einige Autoren anscheinend die Meinung vertreten, dass insoweit nur seine satzungsmäßigen Vertreter, seine gesetzlichen Vertreter oder eigene Arbeitnehmer in Betracht kommen,²⁷⁰ kann dem nicht gefolgt werden. Auch Dritte können den Arbeitgeber in betriebsverfassungsrechtlichen Fragen wirksam vertreten, soweit sie die notwendige Entscheidungsmacht und Kompetenz aufweisen, um dem Betriebsrat in einer Angelegenheit **als Ansprechpartner** gegenüber zu stehen.²⁷¹ Den Arbeitgeber (Eigentümer), welcher sich aufgrund eines Betriebsführungsvertrages aus der Leitung zurückzieht, wird in diesem Umfang sogar die **Pflicht** treffen, **den sachkundigen und entscheidungsbefugten** Betriebsführer für seinen zu führenden Bereich **als Ansprechpartner** zu bevollmächtigen und damit dem Betriebsrat gegenüberzustellen. Dies ergibt sich bereits aus dem Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit nach §§ 2 Abs. 1, 74 BetrVG, dem Behinderungsverbot des § 78 BetrVG und findet sich letztlich auch insb. in der Regelung des § 82 Abs. 1 S. 1 BetrVG wieder.²⁷²

²⁶⁶ Rieble, NZA 2010, 1145 (1148); vgl. Windbichler, Arbeitsrecht im Konzern, S. 353 für mitbestimmungswidrige Weisungen nach § 323 Abs. 1, 308 Abs. 1 AktG innerhalb eines Konzerns.

²⁶⁷ Vgl. Hoyningen-Huene, NZA 1989, 121 (125); Wiese, NZA 2003, 1113 (1120); Thüsing, in: Richardi, BetrVG, Rn. 12 zu Vorbem. §§ 26-41.

²⁶⁸ Windbichler, Arbeitsrecht im Konzern, S. 352.

²⁶⁹ Windbichler, Arbeitsrecht im Konzern, S. 352; Zöllner, ZfA 1983, 93 (97).

²⁷⁰ So jedenfalls Franzen, in: Wiese u. a., GK-BetrVG, Bd. I, § 1 Rn. 91; wohl auch Rose, in: Hess u. a., BetrVG, § 2 Rn. 20; nach Fitting, BetrVG, § 1 Rn. 240 grds. keine Vertretungsbefugnis für „betriebsfremde Personen“.

²⁷¹ Richardi, in: Richardi, BetrVG, Rn. 124 zu „Einleitung“; Richardi/Fischinger, in: Staudinger, BGB-Kommentar, Buch 2-1, Vorbem. zu §§ 611 ff. Rn. 508; Wedde, in: Däubler u. a., BetrVG, „Einleitung“ Rn. 158; vgl. Rieble/Gistel, NZA 2005, 242 (245).

²⁷² Windbichler, Arbeitsrecht im Konzern, S. 349-352.

C. Auswirkungen auf das Arbeitsrecht

Im Ergebnis steht somit fest, dass der Betriebsrat des Eigentümers alle erforderlichen Mitwirkungsrechte **unmittelbar und sachgerecht** gegenüber dem Betriebsführer als dem richtigen Ansprechpartner (Betriebspartner i. S. d. BetrVG) wahrnehmen kann.²⁷³ Der Eigentümer bleibt aber Arbeitgeber. Auch für die Konstruktion einer doppelten Arbeitgeberstellung besteht hier kein Anlass.

ccc) Passivlegitimation vor Gericht

Soweit der Betriebsrat Rechte vor Gericht für den Fall durchsetzen will, dass der Betriebsführer sich nach seiner Ansicht nicht betriebsverfassungskonform verhält, muss der Eigentümer bei der „Umsetzung“ von mitbestimmten Maßnahmen, welche als Adressat den Vertragsarbeitgeber bezeichnen, nach § 83 Abs. 3 ArbGG mitwirken. Dies ist beispielsweise im Verfahren nach § 99 BetrVG bei einer Eingruppierung der Fall, da die Eingruppierung ausschließlich die vom Vertragsarbeitgeber geschuldete Leistung betrifft, so dass der Eigentümer bereits aufgrund der (formalen) Stellung als Inhaber des streitigen Rechts Beteiligter ist.²⁷⁴ Dies ändert allerdings nichts an dem Ergebnis, dass bei der **Ausübung** von Mitbestimmungsrechten des Betriebsrats kraft Betriebsführung **allein der Betriebsführer handlungszuständig** ist und aufgrund der eigenen kraft Betriebsführungsvertrag materiell rechtlich begründeten Rechtsposition selbst Beteiligter nach § 83 Abs. 3 ArbGG im Prozess ist. Gegebenenfalls sind also der Betriebsführer und der Eigentümer im Prozess zusammen passiv legitimiert.

Soweit dagegen Gegenstand des Beteiligungsrechts eine Maßnahme ist, welche die Organisation des betrieblichen Geschehens betrifft (Betriebsbeziehung), dass Beteiligungsrecht also nicht vertrags-, sondern betriebsbezogen erfolgt (bspw. die Einführung technischer Überwachungseinrichtungen nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG) **und** diese Maßnahme materiell rechtlich kraft Betriebsführungsvertrag **alleine** unter die betriebliche Leitungsmacht des Betriebsführers fällt, ist es ausreichend, wenn der Betriebsführer nach § 83 Abs. 3 ArbGG beteiligt wird. Denn dann ist der Betriebsführer alleine entscheidungsbefugt, so dass es zur Umsetzung der Maßnahme keines Einverständnisses des Eigentümers bedarf und der Eigentümer auch nicht in seiner formalen arbeitsvertraglichen Rechtsstellung als Vertragsarbeitgeber betroffen ist.

²⁷³ Zöllner, ZfA 1983, 93 (97).

²⁷⁴ Vgl. BAG, Urt. v. 08.12.2009 – 1 ABR 66/08, NZA 2010, 404 f.; BAG, Beschl. v. 23.09.2003 – 1 ABR 35/02, NZA 2004, 800 f.; Düwell, in: Düwell, BetrVG, § 1 Rn. 24; Henssen, in: Däubler u. a., Arbeitsrecht, Rn. 19 zu § 83 ArbGG; Koch, in: Müller-Glöße u. a., ErfK., Rn. 6 zu § 83 ArbGG.

bb) Der Betriebsführer bringt eigene Arbeitnehmer in den Betrieb des Eigentümers mit

Wie oben bereits ausgeführt wurde, ist und bleibt der Betriebsführer Arbeitgeber in der Vertragsbeziehung, soweit es sich um seine mitgebrachten Arbeitnehmer handelt.²⁷⁵ Auch beim Eigentümer ergeben sich insoweit keine Änderungen, so dass dieser auch nach der Übernahme der Leitung des Eigentümerbetriebs durch den Betriebsführer Vertragsarbeitgeber seiner bereits vorhandenen Belegschaft bleibt.²⁷⁶

Es stellt sich die Frage, ob dieses Ergebnis auch dann uneingeschränkt gilt, wenn es um den Arbeitgeber in der Betriebsbeziehung geht. Hier könnten sich daraus Schwierigkeiten ergeben, dass der Betriebsführer seine Arbeitnehmer in den Betrieb des Eigentümers mitbringt, so dass sich in diesem Betrieb Arbeitnehmer von mehreren Unternehmen (Arbeitgebern) zur Erfüllung ihrer arbeitsvertraglichen Pflichten vermengen.

Zur Beantwortung dieser Frage ist zunächst einmal danach zu unterscheiden, ob die Vermengung von Arbeitnehmern unterschiedlicher Arbeitgeber dazu führt, dass als Folge das Vorliegen eines gemeinsamen Betriebs mehrerer Unternehmen nach § 1 Abs. 1 S. 2 BetrVG bejaht werden muss.

aaa) Das Vorliegen eines gemeinsamen Betriebs i. S. d. § 1 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 BetrVG als Regelfall, wenn der Betriebsführer eigene Arbeitnehmer mitbringt

Eigentümer und Betriebsführer treten jeweils in Form eines Unternehmens i. S. d. BetrVG auf. Der Betriebsführer führt dabei im Rahmen des Betriebsführungsvertrages alle im Einsatzbetrieb tätigen Arbeitnehmer, so dass ein **gemeinsamer Betrieb mehrerer Unternehmen** vorliegen könnte. Dabei spielt es keine Rolle, ob der Betriebsführer eine natürliche Person, eine juristische Person oder eine Gesamthand darstellt.²⁷⁷

Nach ständiger Rechtsprechung des BAG ist von einem gemeinsamen Betrieb mehrerer Unternehmen 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 Leitungsapparat gesteuert wird. Dazu müssen sich die betei-*

²⁷⁵ Siehe hierzu bereits oben unter C. I. 2. a) bb).

²⁷⁶ Siehe hierzu bereits oben unter C. I. 2. a) aa).

²⁷⁷ Zu dem Unternehmensbegriff i. S. d. BetrVG: vgl. *Richardi*, in: *Richardi*, BetrVG, § 1 Rn. 51 ff.

C. Auswirkungen auf das Arbeitsrecht

*ligten Unternehmen zumindest stillschweigend zu einer gemeinsamen Führung rechtlich verbunden haben".*²⁷⁸

Voraussetzung eines gemeinsamen Betriebs wäre somit 1), dass die Unternehmen (Eigentümer und Betriebsführer) **einen einheitlichen Leitungsapparat** geschaffen haben, der zur Erfüllung des in der organisatorischen Einheit zu verfolgenden Betriebszwecks bzw. der zu verfolgenden Betriebszwecke, **insbesondere** den Kern der Arbeitgeberfunktionen im personellen und sozialen Bereich institutionell einheitlich für die Unternehmen ausübt. Weiter muss 2) diese einheitliche Leitung auf einer **rechtlichen Vereinbarung** des Eigentümers mit dem Betriebsführer beruhen, etwa durch die Bildung einer GbR oder anderen Formen der Zusammenarbeit.²⁷⁹

1) Auf den ersten Blick scheint die Konstruktion des gemeinsamen Betriebs hier nicht richtig zu passen. Der Betriebsführer ist (für die eigenen Mitarbeiter aufgrund der eigenen Arbeitgeberstellung und für den Eigentümerbetrieb schon aufgrund des Betriebsführungsvertrages) alleine leitungsberechtigt, so dass man an der Gemeinsamkeit der Leitung und somit an der Gemeinsamkeit des Betriebs Zweifel hegen könnte. Denn die **Gemeinsamkeit** setzt u. a. voraus, dass die Organisation gemeinsam gestaltet wird. Dass die Funktion des „Personalleiters“ in zwei Unternehmen durch dieselbe Person (Betriebsführer) ausgeübt wird, stellt dabei zwar ein wesentliches Indiz eines einheitlichen Leitungsapparats dar, bedeutet aber noch nicht, dass eine **gemeinsame** Leitung und somit ein gemeinsamer Betrieb vorliegen muss.²⁸⁰ Solange die Leitungsperson ihre Befugnisse (kraft einer Führungsvereinbarung) nicht **für beide Unternehmen einheitlich** wahrnimmt und kein **Austausch** von Mitarbeitern und keine **gemeinsame** Nutzung von Betriebsmitteln vorliegen, liegt auch ein gemeinsamer Betrieb nicht vor. Erforderlich ist die Entstehung einer gemeinsamen Leitung, der sich jeder Vertragsarbeitgeber "unterwirft".²⁸¹

²⁷⁸ BAG, Beschl. v. 14.12.1994 – 7 ABR 26/94, BAGE 79, 47 f.; BAG, Beschl. v. 24.01.1996 – 7 ABR 10/95, BAGE 82, 112 f.; BAG, Urt. v. 09.06.2011 – 6 AZR 132/10, Juris.

²⁷⁹ BAG, Beschl. v. 29.01.1987 – 6 ABR 23/85, DB 1987, 1539; BAG, Beschl. v. 24.01.1996 – 7 ABR 10/95, BAGE 82, 112 f.; BAG, Beschl. v. 11.02.2004 – 7 ABR 27/03, BAGE 109, 332 f.; *Hohenstatt*, in: Willemsen u. a., Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, D Rn. 19 ff.; *Trümmer*, in: Däubler u. a., BetrVG, § 1 Rn. 93; *Koch*, in: Müller-Glöge u. a., ErfK., Rn. 14 zu § 1 BetrVG; *Gaul*, in: Henssler u. a., Arbeitsrecht Kommentar, Rn. 14, 15 zu § 1 BetrVG; *Sick*, BB 1992, 1129 (1129).

²⁸⁰ BAG, Beschl. v. 11.02.2004 – 7 ABR 27/03, BAGE 109, 332 f. für den Fall von Geschäftsführeridentität; *Koch*, in: Müller-Glöge u. a., ErfK., Rn. 14 zu § 1 BetrVG; *Richardi*, in: Richardi, BetrVG, § 1 Rn. 70; *Schmädicke/Glaser/Altmüller*, NZA-RR 2005, 393 (396).

²⁸¹ *Fitting*, BetrVG, § 1 Rn. 71, 82; *Rieble/Gistel*, NZA 2005, 242 (245 ff.); *Hohenstatt*, in: Willemsen u. a., Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, D Rn. 43, 45; *Richardi*, in: Richardi, BetrVG, § 1 Rn. 66, 68, 70; *Koch*, in: Müller-Glöge u. a., ErfK., Rn. 14 zu § 1 BetrVG.

C. Auswirkungen auf das Arbeitsrecht

Betrachtet man den echten Betriebsführungsvertrag allerdings genauer, wird deutlich, dass der Betriebsführer – damit ist auch ggf. ein Vertreter (eine Leitungsperson) gemeint – eine **gemeinsame Leitung** für beide Unternehmen darstellt und i. d. R. den Kern der Arbeitgeberfunktionen im personellen²⁸² und sozialen²⁸³ Bereich **institutionell einheitlich** für die Unternehmen ausüben wird (**gemeinsamer Einsatz** der Arbeitnehmer). Er führt den Betrieb für den Eigentümer (formaler Betriebsinhaber) im fremden Namen und tritt somit als Vertreter gegenüber den Arbeitnehmern des Eigentümers auf. Auf der anderen Seite führt der Betriebsführer seinen Betrieb im eigenen Namen, soweit es um die Arbeitgeberbefugnisse (den Einsatz) seiner eigenen Arbeitnehmer geht. Der Betriebsführer (als Unternehmen) und der Eigentümer (als Unternehmen) leiten so die betriebsverfassungsrechtliche Arbeitsorganisation über den Betriebsführer als **gemeinsamen Leitungsapparat**.²⁸⁴

Mit dem **gemeinsamen Einsatz** der Arbeitnehmer wird jedenfalls der arbeitstechnische Zweck des Eigentümers verfolgt. Die Betriebsmittel des Eigentümers werden dem Betriebsführer zur eigenständigen und eigenverantwortlichen Nutzung überlassen, die dieser dabei zur Förderung des arbeitstechnischen Zwecks des Eigentümers einzusetzen hat und dabei mittelbar seinen eigenen arbeitstechnischen Zweck (die Führung eines fremden Betriebs) fördert. Die Arbeitnehmer werden i. d. R. bei gemeinsamer räumlicher Unterbringung unternehmensübergreifend tätig. Es besteht damit auch eine **gemeinsame Nutzung**.²⁸⁵

- 2) Weiter müsste die einheitliche Leitung nach 1) aber auch auf einer **Führungsvereinbarung** beruhen.

Allerdings darf der Betriebsführungsvertrag nicht mit der Führungsvereinbarung über die gemeinsame Betriebsführung zur Bildung eines gemeinsamen Betriebs verwechselt werden.²⁸⁶ Der Betriebsführungsvertrag verpflichtet und berechtigt den Betriebsführer i. d. R. nur zur Leitung des zu führenden Betriebs und zur Ausübung der Arbeitgeberfunktionen gegenüber den Arbeitnehmern des Eigentümers, im Namen des Eigentümers. Bestandteile über eine gemeinsame, einheitliche Leitung wird der Betriebsführ-

²⁸² Damit sind Mitbestimmungsangelegenheiten nach den §§ 92 ff. BetrVG gemeint. Insb. die tatsächliche Ausübung der Leitungsbefugnisse, weniger dagegen die administrativen Teile der Personalarbeit.

²⁸³ Damit sind insb. die unter § 87 BetrVG aufgeführten Mitbestimmungstatbestände gemeint.

²⁸⁴ Rieble, NZA 2010, 1145 (1147).

²⁸⁵ Vgl. BAG, Beschl. v. 22.06.2005 – 7 ABR 57/04, NZA 2005, 1248 f.; Hohenstatt, in: Willemsen u. a., Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, D Rn. 24-29, 37; Fitting, BetrVG, § 1 Rn. 82, 87, 90; Gaul, in: Henssler u. a., Arbeitsrecht Kommentar, Rn. 14 zu § 1 BetrVG; Franzen, in: Wiese u. a., GK-BetrVG, Bd. I, § 1 Rn. 54.

²⁸⁶ Willemsen, in: Willemsen u. a., Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, G Rn. 77; vgl. Schmädicke/Glaser/Altmüller, NZA-RR 2005, 393 (396).

C. Auswirkungen auf das Arbeitsrecht

rungsvertrag i. d. R. nicht enthalten. Es besteht somit im Normalfall gerade **keine** ausdrückliche rechtliche Vereinbarung der beteiligten Unternehmen über die **gemeinsame** Führung der Arbeitnehmer beider Unternehmen. Soweit eine ausdrückliche Vereinbarung zwischen dem Eigentümer und dem Betriebsführer tatsächlich nicht erfolgt ist,²⁸⁷ kommt nur eine **konkludente** Vereinbarung in Betracht, wenn sich der Betriebsführer – ggf. nach Absprache mit dem Eigentümer – dazu entscheidet, seine Arbeitnehmer gemeinsamen mit den Arbeitnehmern des Eigentümers einzusetzen.

Der Abschluss einer vertraglichen Führungsvereinbarung wirkt dabei aber eher befremdend, wenn doch der Betriebsführer die Arbeitnehmer des Eigentümers aufgrund des Betriebsführungsvertrages einsetzen kann und bei seinen Arbeitnehmern ohnehin ohne Vereinbarung als Vertragsarbeitgeber die Arbeitgeberfunktionen ausüben wird, um so seine vertraglichen Verpflichtungen aus dem Betriebsführungsvertrag zu erfüllen. Demzufolge bedürfte es gar keiner rechtlichen Vereinbarung, damit der Betriebsführer als eine einheitliche gemeinsame Leitung auftreten kann. Weiter könnte auch § 181 BGB gegen eine gemeinsame Führungsvereinbarung sprechen. Wenn man von einer rechtlichen Vereinbarung zur gemeinsamen Führung beider Unternehmen ausgeht und man berücksichtigt, dass letztlich der Betriebsführer den Eigentümer meist in allen Belangen, die den Betrieb betreffen, alleine vertreten soll, fühlt man sich bei einer solchen rechtlichen Vereinbarung an den Tatbestand eines Insichgeschäfts nach § 181 BGB erinnert. Denn wenn der Eigentümer nach außen alleine durch den Betriebsführer vertreten wird und mit dem Betriebsführer – nach Abschluss des Betriebsführungsvertrages – eine Führungsvereinbarung schließen würde, könnte diesem Rechtsgeschäft § 181 BGB entgegenstehen.²⁸⁸

Soweit man aber an dem Erfordernis einer solchen rechtlichen (**Führungs-**) **Vereinbarung** überhaupt festhalten will,²⁸⁹ ist dem BAG zufolge scheinbar keine solch formale Betrachtung geboten, sondern ist im Ergebnis anhand von **tatsächlichen Umständen** zu prüfen, ob eine rechtliche **Verbindung** durch stillschweigende bzw. konkludente Vereinbarung geschlossen wurde.²⁹⁰ Das BAG nimmt erkennbar die Personenidentität in der Geschäftsführung zweier Unternehmen als ein wesentliches Indiz für das Bestehen eines einheitlichen Leitungsapparats und damit als Grundlage einer solchen **kon-**

²⁸⁷ Zum Inhalt einer solchen Führungsvereinbarung im Rahmen eines Betriebsführungsvertrages: vgl. *Kamalah*, BB 2003, 109 (114).

²⁸⁸ *Schilken*, in: Staudinger, BGB-Kommentar, Buch 1, § 181 Rn. 1, 4, 9, 15, 22.

²⁸⁹ Vgl. hierzu *Trümner*, in: Däubler u. a., BetrVG, § 1 Rn. 94, 95 m. w. N.

²⁹⁰ BAG, Beschl. v. 29.01.1987 – 6 ABR 23/85, NZA 1987, 707 f.; BAG, Beschl. v. 11.02.2004 – 7 ABR 27/03, BAGE 109, 332 f.; *Wißmann*, NZA 2001, 409 (410).

C. Auswirkungen auf das Arbeitsrecht

kludenten Führungsvereinbarung zwischen den Unternehmensträgern an. Dabei nimmt es keine Stellung dazu, wer den konkludenten Vertragsschluss auslöst und zwischen wem die Vereinbarung tatsächlich stattfinden soll, die dann dem jeweiligen Rechtsträger – z. B. einer Gesellschaft – zuzurechnen wäre. Auf das Problem des § 181 BGB geht das BAG nicht ein.²⁹¹ Auch wenn das BAG ausführt:

„Eine entsprechende rechtliche Vereinbarung muß nicht ausdrücklich in vertraglichen Abmachungen geregelt sein, sondern kann auch aus den tatsächlichen Umständen hergeleitet werden...“,²⁹²

scheint es so, als ob das BAG auf Probleme eines – konkludenten – Rechtsgeschäfts nicht eingehen wolle, sondern nur eine faktische rechtliche Verbundenheit infolge **tatsächlicher Umstände** als ausschlaggebend ansieht.

Wenn man mit dem BAG an dem Kriterium der Führungs**vereinbarung** festhält, ist die Linie des BAG, diese **alleine** anhand tatsächlicher Umstände festzumachen, jedenfalls konsequent. Nur so kann man den gesetzlichen Willen aus § 1 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG aufnehmen und diesem noch entsprechen. Der Vermutungstatbestand in § 1 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG knüpft nämlich nur an das **äußere Erscheinungsbild** aufgrund **tatsächlicher Umstände** an und soll gerade dem Zweck dienen, dem Betriebsrat und den Wahlvorständen den Nachweis einer Führungsvereinbarung – den sie mangels solcher internen Kenntnisse auch nicht leisten können – zu ersparen.²⁹³ Eine tatsächliche Vereinbarung über die in der Vermutung genannten Umstände muss nicht mehr festgestellt werden, denn ansonsten wäre die Vermutung sinnlos. Die Vermutung selbst verlangt gerade keine Vereinbarung, sondern führt zu einer solchen rechtlichen **Verbindung**.²⁹⁴ Im Ergebnis ist dann aber auch kein Raum mehr für die Frage, welche natürliche Person hier im Einzelnen wie konkludent gehandelt hat. Letztlich ist das Problem des § 181 BGB obsolet, denn eine rechtliche Vereinbarung wird bei Annahme der tatsächlichen Umstände vorausgesetzt. Im Übrigen gilt § 181 BGB ohnehin nicht, wenn sich die Zulässigkeit eines Insichgeschäfts aus dem gesetzlichen Willen ergibt.²⁹⁵ Weiter ist

²⁹¹ BAG, Urt. v. 13.06.1985 – 2 AZR 452/84, DB 1986, 1287 f.; BAG, Urt. v. 05.03.1987 – 2 AZR 623/85, BAGE 55, 117 f.; BAG, Beschl. v. 11.02.2004 – 7 ABR 27/03, BAGE 109, 332 f.

²⁹² BAG, Urt. v. 13.06.1985 – 2 AZR 452/84, DB 1986, 1287 f.

²⁹³ RegBegr zum BetrVerf-Reformgesetz vom 02.04.2001, BT-Drucks. 14/5741, S. 33; BAG, Beschl. v. 11.02.2004 – 7 ABR 27/03, BAGE 109, 332 f.

²⁹⁴ BAG, Beschl. v. 12.12.2006 – 1 ABR 38/05, DB 2007, 1361 f.; *Fitting*, BetrVG, § 1 Rn. 86; *Gaul*, in: Henssler u. a., Arbeitsrecht Kommentar, Rn. 17 zu § 1 BetrVG; *Trümmer*, in: Däubler u. a., BetrVG, § 1 Rn. 99; *Franzen*, in: Wiese u. a., GK-BetrVG, Bd. I, § 1 Rn. 52.

²⁹⁵ *Schilken*, in: Staudinger, BGB-Kommentar, Buch 1, § 181 Rn. 60 ff.

C. Auswirkungen auf das Arbeitsrecht

§ 181 BGB bei der Gestattung durch den Vollmachtgeber ausgeschlossen.²⁹⁶ Dabei wird hier bereits eine ausdrückliche Gestattung vorliegen, denn im Regelfall wird der Eigentümer über den Einsatz anderer (für ihn fremder) Arbeitnehmer aufgeklärt. Im Ergebnis kommt dem Tatbestandsmerkmal des Vorliegens einer Führungsvereinbarung meist keine eigene Bedeutung mehr zu, denn die konkludente Führungsvereinbarung wird unter den bereits oben unter 1) genannten Voraussetzungen, also der **tatsächlichen Umstände**, die für den einheitlichen Leitungsapparat maßgebend sind, i. d. R. vermutet.²⁹⁷ Das BAG führt insoweit selbst aus, es komme auf die tatsächlichen Umstände des **Einzelfalls, insbesondere** auf einen einheitlichen Leitungsapparat der beteiligten Unternehmen an, welcher die Arbeitgeberfunktionen im Bereich der sozialen und personellen Angelegenheiten wahrnimmt.²⁹⁸ Natürlich können ferner weitere tatsächliche Umstände, wie die gemeinsame Nutzung von Betriebsmitteln, die gemeinsame räumliche Unterbringung, das Vorhandensein zentraler gemeinsamer Betriebseinrichtung, der Arbeitnehmernaustausch, einheitliche Dienst- und Urlaubspläne etc. für die Abwägung von Bedeutung, aber i. d. R. nicht ausschlaggebend sein.²⁹⁹

Ob bei einer echten Betriebsführung unter Einsatz von eigenen Arbeitnehmern des Betriebsführers tatsächlich ein gemeinsamer Betrieb vorliegt, wird also in der Regel anzunehmen sein, ist aber dennoch im Einzelfall aufgrund der tatsächlichen Situation zu überprüfen.

Insb. dann, wenn die Arbeitnehmer des Betriebsführers dauerhaft bei dem Eigentümer tätig werden, um dort gemeinsam mit den Arbeitnehmern des Eigentümers die betrieblichen Zwecke zu fördern oder wenn eigene Arbeitnehmer vom Betriebsführer **in seinem Namen** nur zum Zwecke der gemeinsamen Arbeitsleistung im Eigentümerbetrieb eingestellt werden, wird unzweifelhaft von einem gemeinsamen Betrieb auszugehen sein. Diese Fallgestaltungen werden der **Regelfall** sein.

Werden die Arbeitnehmer des Betriebsführers dagegen immer nur kurzfristig als Reserven für mehrere geführte Unternehmen zur Überbrückung von krankheitsbedingten Ausfällen oder Arbeitsspitzen herangezogen und ist der gemeinsame Einsatz nur auf eine unerheblich-

²⁹⁶ *Schilken*, in: Staudinger, BGB-Kommentar, Buch 1, § 181 Rn. 49 ff.

²⁹⁷ *Trümmer*, in: Däubler u. a., BetrVG, § 1 Rn. 94, 95; *Gaul*, in: Henssler u. a., Arbeitsrecht Kommentar, Rn. 15, 24 zu § 1 BetrVG; *Fitting*, BetrVG, § 1 Rn. 84, 85; *Sick*, BB 1992, 1129 (1129).

²⁹⁸ BAG, Beschl. v. 29.01.1987 – 6 ABR 23/85, NZA 1987, 707 f.; BAG, Urt. v. 18.01.1990 – 2 AZR 355/89, NZA 1990, 977 f.; BAG, Beschl. v. 11.02.2004 – 7 ABR 27/03, BAGE 109, 332 f.

²⁹⁹ Vgl. *Trümmer*, in: Däubler u. a., BetrVG, § 1 Rn. 96; *Koch*, in: Müller-Glöße u. a., ErfK., Rn. 15 zu § 1 BetrVG; *Gaul*, in: Henssler u. a., Arbeitsrecht Kommentar, Rn. 16 zu § 1 BetrVG.

C. Auswirkungen auf das Arbeitsrecht

che Zeit angelegt, wird es sich grundsätzlich nicht um einen gemeinsamen Betrieb handeln.³⁰⁰ Dies gilt gleichermaßen, wenn der Betriebsführer mit seinen eigenen Arbeitnehmern im Betrieb des Eigentümers einen ganz anderen, vom Eigentümer unabhängigen Betriebszweck (z. B. weil die Produktionshallen beim Betriebsführer nicht ausreichen oder aufgrund von Umbauten gerade nicht zu benutzen sind) erfüllen will. Ebenso denkbar wäre es, dass der Betriebsführer seine Arbeitnehmer eigenständig und unabhängig nur einmalig und kurzfristig zur Knowhow-Übertragung beim Eigentümer einsetzt. Dann liegt i. d. R. mangels einer gewissen zeitlichen und organisatorischen Stabilität ein gemeinsamer Betrieb **nicht** vor.³⁰¹ Ein Betriebsführer der für mehrere Betriebe aus unterschiedlichen Unternehmen zuständig ist, hat unter Umständen sogar ein besonderes Interesse daran, seine eigenen Arbeitnehmer in diesen Unternehmen (durch eine andere vertretungsberechtigte Leitungsperson als für die Arbeitnehmer des Eigentümers) in personellen und sozialen Angelegenheiten auf völlig andere Weise als die dortigen "Stammarbeitnehmer" und auch nur zeitweise oder kurzfristig einzusetzen. In dieser Fallgestaltung wird ein gemeinsamer Betrieb i. d. R. gleichfalls abzulehnen sein.³⁰²

Letztlich darf bei der Einzelfallprüfung auch nicht vergessen werden, dass dem Betriebsführer für die Annahme eines gemeinsamen Betriebs zumindest der Kern der Arbeitgeberfunktionen im personellen und sozialen Bereich – für die Arbeitnehmer des Eigentümers – übertragen werden muss, damit dem Betriebsrat des gemeinsamen Betriebs ein funktionsfähiger Ansprechpartner (Betriebspartner i. S. d. BetrVG) gegenübersteht, der dann für die Wahrnehmung der Arbeitgeberrechte zuständig ist.³⁰³ Dies wird in der Regel zwar erfüllt sein, weil der Eigentümer sich meist ganz aus der Leitung zurückziehen will, ist aber im Einzelfall dennoch zu überprüfen.

Dagegen sind einzelne Weisungsrechte des Eigentümers (§ 665 BGB), gesellschaftsrechtliche Einflussnahmen, Abhängigkeitsverhältnisse etc. gegenüber dem Betriebsführer für die Frage des gemeinsamen Betriebs grds. unbeachtlich, weil es nur darauf ankommt, ob eine einheitliche **betriebsbezogene** Leitung hinsichtlich wesentlicher Arbeitgeberbefugnis-

³⁰⁰ Zur notwendigen Dauer der Zusammenarbeit: vgl. *Fitting*, BetrVG, § 1 Rn. 82; *Rose*, in: Hess u. a., BetrVG, § 1 Rn. 67; *Besgen*, in: Rolfs u. a., BeckOK Arbeitsrecht, § 1 BetrVG Rn. 31; **a. A.** *Gaul*, in: Henssler u. a., Arbeitsrecht Kommentar, Rn. 17 zu § 1 BetrVG wonach eine bestimmte Dauer der Zusammenarbeit gerade nicht notwendig sein soll.

³⁰¹ Vgl. *Fitting*, BetrVG, § 1 Rn. 82; *Hohenstatt*, in: Willemsen u. a., Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, D Rn. 22.

³⁰² *Gaul*, in: Henssler u. a., Arbeitsrecht Kommentar, Rn. 16 zu § 1 BetrVG; *Schmädicke/Glaser/Altmüller*, NZA-RR 2005, 393 (396); vgl. *Sieg/Maschmann*, Unternehmensumstrukturierung aus arbeitsrechtlicher Sicht, S. 169 Rn. 377.

³⁰³ *Koch*, in: Müller-Glöge u. a., ErfK., Rn. 14 zu § 1 BetrVG; *Rose*, in: Hess u. a., BetrVG, § 1 Rn. 51; *Schmädicke/Glaser/Altmüller*, NZA-RR 2005, 393 (396).

C. Auswirkungen auf das Arbeitsrecht

se praktiziert wird. Entscheidend sind dabei die innerbetriebliche Entscheidungsfindung und deren innerbetriebliche Umsetzung in personellen und sozialen Angelegenheiten, durch die der jeweilige arbeitstechnische Zweck verfolgt wird.³⁰⁴

Beendet würde der gemeinsame Betrieb, wenn der Betriebsführer die Leitung erkennbar nicht mehr einheitlich für beide Unternehmen koordinieren sollte.³⁰⁵

(a) Eigentümer und Betriebsführer als Arbeitgeber im gemeinsamen Betrieb

Auch wenn ein einheitlicher Leitungsapparat der beteiligten Unternehmen die Arbeitgeberfunktionen im Bereich der personellen und sozialen Angelegenheiten wahrnimmt, ist für den einheitlichen Betrieb gerade kennzeichnend, dass die Arbeitsverhältnisse zu den beteiligten Arbeitgebern fortbestehen. Der Zugriff auf die Arbeitsleistung der im gemeinsamen Betrieb eingesetzten Arbeitnehmer erfolgt gerade ohne eine Änderung der Vertragsverhältnisse.³⁰⁶

Somit steht vom Ausgangspunkt fest, dass der Eigentümer Arbeitgeber seiner eigenen im gemeinsamen Betrieb eingesetzten Mitarbeiter bleibt und auch der Betriebsführer seine Stellung als Arbeitgeber für die in den gemeinsamen Betrieb mitgebrachten Arbeitnehmer behält.

(b) Der Betriebsführer als Ansprechpartner im gemeinsamen Betrieb

Wer als Arbeitnehmer einem gemeinsamen Betrieb zugerechnet wird, gehört grds. nicht zugleich einem anderen Betrieb der Trägerunternehmen an, so dass für Angelegenheiten dieses Arbeitnehmers der dort gebildete Betriebsrat zuständig ist.³⁰⁷ Der für den gemeinsamen Betrieb durch die vormals getrennte Belegschaft gewählte Betriebsrat wird sich dabei zur Wahrnehmung seiner Beteiligungsrechte im Regelfall alleine an den Betriebsführer **als Ansprechpartner** (Betriebspartner i. S. d. BetrVG) halten müssen. Dabei wird auch

³⁰⁴ BAG, Urt. v. 24.01.1996 – 7 ABR 10/95, BAGE 82, 112 f.; BAG, Urt. v. 22.03.2001 – 8 AZR 565/00, NZA 2002, 1349 f.; BAG, Urt. v. 31.05.2007 – 2 AZR 254/06, NZA 2007, 1307 f.; BAG, Urt. v. 11.12.2007 – 1 AZR 824/06, NZA-RR 2008, 298 f.; BAG, Beschl. v. 13.08.2008 – 7 ABR 21/07, NZA-RR 2009, 255 f.; *Fitting*, BetrVG, § 1 Rn. 82; *Schmädicke/Glaser/Altmüller*, NZA-RR 2005, 393 (395); *Gaul*, in: Henssler u. a., Arbeitsrecht Kommentar, Rn. 16 zu § 1 BetrVG m. w. N.

³⁰⁵ *Koch*, in: Müller-Glöge u. a., ErfK., Rn. 16 zu § 1 BetrVG; *Gaul*, in: Henssler u. a., Arbeitsrecht Kommentar, Rn. 27 zu § 1 BetrVG; *Rose*, in: Hess u. a., BetrVG, § 1 Rn. 64 ff.; *Fitting*, BetrVG, § 1 Rn. 95; *Franzen*, in: Wiese u. a., GK-BetrVG, Bd. I, § 1 Rn. 60; *Kloppenburger*, in: Düwell, BetrVG, § 1 Rn. 93, 94; *Richardi*, in: Richardi, BetrVG, § 1 Rn. 72.

³⁰⁶ BAG, Beschl. v. 24.01.1996 – 7 ABR 10/95, BAGE 82, 112 f.

³⁰⁷ Siehe hierzu aus Darstellungsgründen nachfolgend unter C. II. 3. a) bb) aaa).

C. Auswirkungen auf das Arbeitsrecht

grds. die Unterscheidung nach dem Gegenstand des Beteiligungsrechts, also ob es sich um ein Beteiligungsrecht in der Leistungs-/Vertragsbeziehung oder um Befugnisse des Betriebsrats in der Betriebsbeziehung handelt, nicht notwendig sein.

Zwar ist der Betriebsführer bezüglich der Arbeitnehmer des Eigentümers nicht gleichzeitig Vertragsarbeitgeber **und** derjenige, welcher die betrieblichen Abläufe im gemeinsamen Betrieb bestimmt, allerdings wird er die Gestaltung der arbeitsvertraglichen Beziehung (Leistungs-/Vertragsbeziehung) und die Organisation des betrieblichen Geschehens (Betriebsbeziehung) als Vertreter des Eigentümers kraft Betriebsführungsvertrag übernehmen. Der Betriebsführer wird die unmittelbare Leitung des Betriebs und die Weisungsrechte in aller Regel **einheitlich** für alle Arbeitnehmer im gemeinsamen Betrieb ausüben. Dass er dabei in Bezug auf die Arbeitnehmer des Eigentümers in der Rolle des Stellvertreters auftritt (wie ein Leitungsorgan) und bezüglich der eigenen mitgebrachten Arbeitnehmer kraft des durch den Arbeitsvertrag bestehenden Weisungsrechts, ist für die Frage nach dem richtigen Ansprechpartner des Betriebsrats nicht entscheidend.

Von diesem Ergebnis wäre nur dann abzuweichen, wenn der Betriebsrat des gemeinsamen Betriebs rechtlich nicht in der Lage wäre, die betriebsverfassungsrechtlichen Mitwirkungsrechte gegenüber der „Person“ auszuüben, welche den Betrieb tatsächlich eigenverantwortlich führt. Soweit es die mitgebrachten **Arbeitnehmer des Betriebsführers** betrifft, ergeben sich keinerlei Schwierigkeiten, weil der Betriebsführer als Vertragsarbeitgeber gleichzeitig Inhaber der betrieblichen Organisationsgewalt ist und wir uns daher bezüglich dieser Mitarbeiter im Rahmen des von der Betriebsverfassung vorausgesetzten bipolaren Grundmusters befinden. Aber auch soweit der Betriebsführer anstelle des Eigentümers **in dessen Namen** die Arbeitgeberfunktionen (in Bezug auf die Vertragsbeziehung und auch im Rahmen der Betriebsbeziehung) übernimmt, reicht dies, um dem Betriebsrat als Ansprechpartner gegenüberzustehen. Soweit der Betriebsführer hier gegen Mitwirkungs- oder Mitbestimmungsrechte – bewusst – verstößt, hat der Betriebsrat ausreichende rechtliche „Durchschlagskraft“, um die betriebsverfassungsrechtlichen Beteiligungsrechte wirksam durchzusetzen. Insoweit kann auf die Ausführungen oben unter C. I. 3. a) aa) bbb) verwiesen werden.

Rest- oder Auffangzuständigkeiten der Alt-Betriebsräte gegenüber ihren Alt-Arbeitgebern könnte es allenfalls dann geben, wenn der gemeinsame Betriebsrat (noch) nicht zustande

C. Auswirkungen auf das Arbeitsrecht

gekommen ist oder eben doch – ausnahmsweise – gar keine arbeitstechnische Zusammenarbeit vorliegt.

(c) Passivlegitimation vor Gericht

Soweit der Betriebsrat tatsächlich Rechte vor Gericht durchsetzen will, muss der Eigentümer bei der „Umsetzung“ von mitbestimmten Maßnahmen als „Vertragsarbeitgeber“ nach § 83 Abs. 3 ArbGG mitwirken, soweit das streitige Mitbestimmungsrecht nur gegenüber einem einzelnen Arbeitnehmer des Eigentümers – wie etwa im Verfahren nach § 99 BetrVG bei einer Eingruppierung – besteht (Arbeitgeber in der Vertragsbeziehung).³⁰⁸ Dies ändert allerdings nichts an dem Ergebnis, dass auch hier bei der **Ausübung** von Mitbestimmungsrechten des Betriebsrats im Gemeinschaftsbetrieb kraft Betriebsführung **allein der Betriebsführer handlungszuständig** ist und aufgrund der eigenen kraft Betriebsführungsvertrag/Führungsvereinbarung materiell rechtlich begründeten Rechtsposition selbst Beteiligter nach § 83 Abs. 3 ArbGG im Prozess ist. Gegebenenfalls sind also der Betriebsführer und der Eigentümer im Prozess zusammen passiv legitimiert.

Soweit Gegenstand des Beteiligungsrechts eine Maßnahme ist, welche allein den Arbeitgeber in der Betriebsbeziehung betrifft (bspw. die Einführung technischer Überwachungseinrichtungen im gemeinsamen Betrieb nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG) **und** diese Maßnahme materiell rechtlich – kraft Betriebsführungsvertrag/Führungsvereinbarung – **alleine** unter die betriebliche Leitungsmacht des Betriebsführers fällt, ist es ausreichend, wenn der Betriebsführer nach § 83 Abs. 3 ArbGG beteiligt wird. Denn anders als in den bislang in der Rechtsprechung zu dieser Thematik entschiedenen Fällen, ist der Betriebsführer **einzig**er Führer, so dass es zur Umsetzung der Maßnahme keines Einverständnisses des Eigentümers (des anderen an dem gemeinsamen Betrieb beteiligten Unternehmens/Arbeitgebers) bedarf.³⁰⁹

³⁰⁸ Vgl. BAG, Urt. v. 08.12.2009 – 1 ABR 66/08, NZA 2010, 404 f.; BAG, Beschl. v. 23.09.2003 – 1 ABR 35/02, NZA 2004, 800 f.; Düwell, in: Düwell, BetrVG, § 1 Rn. 24; Koch, in: Müller-Glöge u. a., ErfK., Rn. 6 zu § 83 ArbGG.

³⁰⁹ BAG, Beschl. v. 15.05.2007 – 1 ABR 32/06, BAGE 122, 280 f.; BAG, Beschl. v. 29.09.2004 – 1 ABR 39/03, BAGE 112, 100 f.; vgl. Kloppenburg, in: Düwell, BetrVG, § 1 Rn. 77; Henssen, in: Däubler u. a., Arbeitsrecht, Rn. 22 zu § 83 ArbGG; a. A. Treber, in: Hümmerich u. a., Arbeitsrecht Kommentar, Rn. 21 zu § 83 ArbGG; Wahlig, in: Grobys/Panzer, Stichwort Kommentar Arbeitsrecht, Rn. 43 zu 86 „gemeinsamer Betrieb“.

C. Auswirkungen auf das Arbeitsrecht

bbb) Kein Vorliegen eines gemeinsamen Betriebs als Ausnahmefall, wenn der Betriebsführer eigene Arbeitnehmer mitbringt

Soweit ein gemeinsamer Betrieb (noch) nicht zustande gekommen ist, muss auch hier geprüft werden, wer Arbeitgeber der jeweiligen Belegschaft ist und wer als Ansprechpartner des Betriebsrats in Betracht kommt. In der Praxis werden diese Fallgestaltungen allerdings die Ausnahme darstellen. Denkbar ist dies bspw. wenn die Arbeitnehmer des Betriebsführers immer nur kurzfristig (für eine unerhebliche Zeit) als Reserven für mehrere geführte Unternehmen zur Überbrückung von krankheitsbedingten Ausfällen bzw. Arbeitsspitzen herangezogen werden³¹⁰ oder der Betriebsführer seine Arbeitnehmer eigenständig und unabhängig nur einmalig und kurzfristig zur Knowhow-Übertragung beim Eigentümer einsetzt.³¹¹ Aufgrund der geringen praktischen Relevanz wird auf diese Konstellationen in der gebotenen Kürze nachfolgend einzugehen sein.

(a) Eigentümer und Betriebsführer als Arbeitgeber ihrer Belegschaften

(aa) Der Betriebsführer handelt im Rahmen des echten Betriebsführungsvertrages den bereits vorhandenen **Arbeitnehmern des Eigentümers** gegenüber im fremden Namen und aufgrund einer Vollmacht, so dass er im Ergebnis wie jedes andere bevollmächtigte Leitungsorgan agiert. Er handelt somit ausschließlich aufgrund der Bevollmächtigung, welche lediglich dazu führt, dass der Bevollmächtigte Leitungsbefugnisse im fremden Namen ausüben kann und nicht selbst für den Betrieb als Inhaber verantwortlich zeichnet. Der Zugriff auf die Arbeitsleistung der im Eigentümerbetrieb eingesetzten Arbeitnehmer erfolgt ohne eine Änderung der Vertragsverhältnisse. Ein Arbeitgeberwechsel findet nicht statt. Es gelten insoweit dieselben Grundsätze wie sie bereits oben unter C. I. 3. a) aa) aaa) ausführlich dargestellt wurden.

(bb) Soweit der Betriebsführer zur Erfüllung seiner Pflichten **eigene Arbeitnehmer** in den Betrieb des Eigentümers mitbringt, bleibt er dessen Arbeitgeber. Der Betriebsführer übt erkennbar für die eigenen Mitarbeiter sein originäres Weisungsrecht weiter im eigenen

³¹⁰ Zur notwendigen Dauer der Zusammenarbeit: vgl. *Fitting*, BetrVG, § 1 Rn. 82; *Rose*, in: Hess u. a., BetrVG, § 1 Rn. 67; *Besgen*, in: Rolf u. a., BeckOK Arbeitsrecht, § 1 BetrVG Rn. 31; **a. A.** *Gaul*, in: Henssler u. a., Arbeitsrecht Kommentar, Rn. 17 zu § 1 BetrVG wonach eine bestimmte Dauer der Zusammenarbeit gerade nicht notwendig sei.

³¹¹ Vgl. *Fitting*, BetrVG, § 1 Rn. 82; *Hohenstatt*, in: Willemsen u. a., Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, D Rn. 22.

C. Auswirkungen auf das Arbeitsrecht

Namen aus. Der Eigentümer wird nicht in die Arbeitgeberstellung einbezogen. Die Arbeitnehmer des Betriebsführers werden lediglich in einem fremden Betrieb tätig. Der Eigentümer nimmt dabei – im Gegensatz zur Arbeitnehmerüberlassung – keine Weisungen vor und somit keine Arbeitgeberfunktionen wahr. Insoweit kann auf die Ausführungen oben unter B. III. 1. bezüglich der Abgrenzung zur Arbeitnehmerüberlassung verwiesen werden. Wie bei jedem anderen Einsatz von „Fremdarbeitnehmern“, bspw. im Rahmen eines Werkvertrages, erhält der Eigentümer also keinerlei arbeitsrechtliche Stellung.

Somit steht als Ergebnis fest, dass – in dem Ausnahmefall, dass kein gemeinsamer Betrieb vorliegt – der Eigentümer Arbeitgeber seiner eigenen von dem Betriebsführer kraft Vollmacht eingesetzten Mitarbeiter bleibt und auch der Betriebsführer seine Stellung als Arbeitgeber für seine in den Einsatzbetrieb mitgebrachten Arbeitnehmer behält.

(b) Der Betriebsführer als Ansprechpartner/Passivlegitimation vor Gericht

(aa) Der für den – vom Betriebsführer eigenverantwortlich geführte – Eigentümerbetrieb (Einsatzbetrieb) gewählte Betriebsrat wird sich zur Wahrnehmung seiner Beteiligungsrechte im Regelfall alleine an den Betriebsführer **als Ansprechpartner** (Betriebspartner i. S. d. BetrVG) halten müssen. Dabei wird die Unterscheidung nach dem Gegenstand des Beteiligungsrechts, also ob es sich um ein Beteiligungsrecht in der Leistungs-/Vertragsbeziehung oder um Befugnisse des Betriebsrats in der Betriebsbeziehung handelt, nicht notwendig sein.

Zwar ist der Betriebsführer **bezüglich der Arbeitnehmer des Eigentümers** nicht Vertragsarbeitgeber, sondern „nur“ derjenige, welcher die betrieblichen Abläufe im Eigentümerbetrieb – kraft übertragener Leitungsbefugnis – bestimmt, allerdings wird er in der Regel nicht nur die Organisation des betrieblichen Geschehens (die Betriebsbeziehung), sondern auch die Gestaltung der arbeitsvertraglichen Beziehung (die Leistungs-/Vertragsbeziehung) als Vertreter des Eigentümers kraft Betriebsführungsvertrag übernehmen. Der Betriebsführer wird somit die unmittelbare Leitung des Eigentümerbetriebs übernehmen und die Weisungsrechte gegenüber den Arbeitnehmern des Eigentümers in dem von ihm geleiteten Eigentümerbetrieb ausüben. Dass er dabei in Bezug auf die Arbeitnehmer des Eigentümers in der Rolle des Stellvertreters auftritt (wie ein Leitungsorgan), ist für die Frage nach dem richtigen Ansprechpartner des Betriebsrats nicht entschei-

C. Auswirkungen auf das Arbeitsrecht

dend. Im Ergebnis steht somit fest, dass der Betriebsrat des Eigentümers grds. alle erforderlichen Mitwirkungsrechte **unmittelbar und sachgerecht** gegenüber dem richtigen Ansprechpartner (dem Betriebsführer) wahrnehmen kann.³¹²

Will der Betriebsrat Rechte **vor Gericht** durchsetzen, muss **der Eigentümer** allerdings bei der „Umsetzung“ von mitbestimmten Maßnahmen als Vertragsarbeitgeber nach § 83 Abs. 3 ArbGG mitwirken, soweit das streitige Mitbestimmungsrecht **gegenüber einem einzelnen Arbeitnehmer des Eigentümers** – wie etwa im Verfahren nach § 99 BetrVG bei einer Eingruppierung – besteht (Arbeitgeber in der Vertragsbeziehung). Dies ändert allerdings nichts an dem Ergebnis, dass bei der Ausübung von Mitbestimmungsrechten des Betriebsrats im Eigentümerbetrieb kraft Betriebsführung allein der Betriebsführer handlungszuständig ist und aufgrund der eigenen kraft Betriebsführungsvertrag/Führungsvereinbarung materiell rechtlich begründeten Rechtsposition selbst Beteiligter nach § 83 Abs. 3 ArbGG im Prozess ist. Gegebenenfalls sind in diesem Fall also der Betriebsführer und der Eigentümer im Prozess zusammen passiv legitimiert. Soweit dagegen Gegenstand des Beteiligungsrechts eine Maßnahme **im Eigentümerbetrieb** ist, welche allein den Arbeitgeber in der Betriebsbeziehung betrifft (bspw. die Einführung technischer Überwachungseinrichtungen im Eigentümerbetrieb nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG) und diese Maßnahme materiell rechtlich – kraft Betriebsführungsvertrag/Führungsvereinbarung – alleine unter die betriebliche Leitungsmacht des Betriebsführers fällt, ist es ausreichend, wenn der Betriebsführer nach § 83 Abs. 3 ArbGG beteiligt wird.³¹³

(bb) Soweit es die mitgebrachten **Arbeitnehmer des Betriebsführers** betrifft, ergeben sich bezüglich der Frage nach dem **Ansprechpartner** keine Schwierigkeiten, weil der Betriebsführer als Vertragsarbeitgeber gleichzeitig Inhaber der betrieblichen Organisationsgewalt im Ausgangsbetrieb (des Betriebsführers) und grds. auch im Einsatzbetrieb (des Eigentümers) ist, so dass er sowohl für den Betriebsrat des Eigentümer-/Einsatzbetriebs, als auch für den Betriebsrat des Betriebsführer-/Ausgangsbetriebs – soweit ein solcher überhaupt existiert – alleiniger Ansprechpartner (Betriebspartner i. S. d. BetrVG) sein wird. Hier kann sich allerdings durchaus die zu diskutierende Frage stellen, welcher Betriebsrat im Einzelfall überhaupt für die mitgebrachten Arbeitnehmer zuständig ist, weil die Arbeitnehmer des Betriebsführers in einem für sie fremden Einsatzbetrieb – wenn auch

³¹² Siehe hierzu bereits oben unter C. I. 3. a) aa) bbb), es gelten insoweit dieselben Grundsätze.

³¹³ Siehe hierzu bereits oben unter C. I. 3. a) aa) ccc), es gelten insoweit dieselben Grundsätze.

C. Auswirkungen auf das Arbeitsrecht

durch Weisungen ihres Arbeitgebers – tätig werden. Diese Frage lässt sich allerdings getrennt von der Frage nach dem Arbeitgeber und dem richtigen Ansprechpartner beantworten, weshalb die Beantwortung – auch aus Darstellungsgründen – unter dem gesonderten Abschnitt C. II. 3. a) bb) bbb) beantwortet wird.

Will ein Betriebsrat Rechte **vor Gericht** durchsetzen, welche die Vertragsbeziehung betrifft, ist alleine der Betriebsführer als Vertragsarbeitgeber und derjenige, welcher die Arbeitgeberfunktion auch in tatsächlicher Hinsicht selbst wahrnimmt nach § 83 Abs. 3 ArbGG Beteiligter, wenn das streitige Mitbestimmungsrecht betreffend einen – mitgebrachten – **Arbeitnehmer des Betriebsführers** besteht (Arbeitgeber in der Vertragsbeziehung). Soweit Gegenstand des Beteiligungsrechts eine Maßnahme ist, welche allein den Arbeitgeber in der Betriebsbeziehung meint, ist es ebenso ausreichend, wenn der Betriebsführer nach § 83 Abs. 3 ArbGG beteiligt wird. Dies gilt für Beteiligungsrechte im Eigentümer-/Einsatzbetrieb, soweit die Maßnahme materiell rechtlich kraft Betriebsführungsvertrag allein unter die betriebliche Leitungsmacht des Betriebsführers fällt. Bezüglich solcher Beteiligungsrechte im Betriebsführer-/Ausgangsbetrieb ergeben sich ohnehin keine Besonderheiten, weil hier der Betriebsführer als Vertragsarbeitgeber **und** alleiniger Inhaber der betrieblichen Leitungsmacht ohne Weiteres alleine passivlegitimiert sein wird.³¹⁴

cc) Arbeitgeber für neu einzustellende Arbeitnehmer

Die Arbeitnehmer werden im Normalfall zur Erfüllung des Betriebszwecks des Eigentümers von dem Betriebsführer im Namen des Eigentümers eingestellt. Der Eigentümer wird bezüglich dieser Arbeitnehmer Arbeitgeber. Der Betriebsführer wird auch hier Ansprechpartner (Betriebspartner i. S. d. BetrVG) des für diese Arbeitnehmer zuständigen Betriebsrats sein.

Es gelten insoweit dieselben Grundsätze wie in den vorangegangenen Ausführungen unter aa), so dass es hier keiner besonderen Ausführungen bedarf.

³¹⁴ Zur Frage welcher Betriebsrat zuständig ist, siehe nachfolgende Ausführungen unter C. II. 3. a) bb) bbb); zur Frage welche Beteiligungsrechte im Eigentümer-/Einsatzbetrieb und welche im Betriebsführer-/Ausgangsbetrieb in Betracht kommen, siehe nachfolgende Ausführungen unter C. V.

b) Unechter Betriebsführungsvertrag

aa) Arbeitgeberwechsel für die bereits im Eigentümerbetrieb vorhandenen Arbeitnehmer

aaa) Der Betriebsführer als neuer Arbeitgeber

Der Betriebsführer wird nach § 613a BGB **Vertragspartner** der zum Zeitpunkt des Betriebsübergangs vorhandenen Arbeitnehmer des zu führenden Betriebs. Es erfolgt ein Wechsel des Betriebsinhabers i. S. d. BetrVG vom Eigentümer auf den Betriebsführer.³¹⁵

Der Betriebsführer übernimmt die Geschäftstätigkeit und somit die Verantwortung über seinen im Betriebsführungsvertrag festgelegten Bereich **im eigenen Namen**. Mithilfe der sachlichen und immateriellen Betriebsmittel des Eigentümers, sowie der kraft § 613a BGB übernommenen Arbeitnehmer, werden von ihm die arbeitstechnischen Zwecke des Betriebs bzw. Betriebsteils weiter verfolgt. Ihm steht die betriebliche Organisationsgewalt selbst zu.

An der unmittelbaren Leitung des übergegangenen Betriebs ist der Eigentümer grds. nicht mehr beteiligt, so dass ein gemeinsamer Betrieb mehrerer Unternehmen nicht in Betracht kommt. Der Betriebsführer ist alleiniger Arbeitgeber. Für eine doppelte Arbeitgeberstellung ist auch hier kein Raum.

(bbb) Der Betriebsführer als Ansprechpartner

Bezüglich der Frage nach dem Ansprechpartner ergeben sich unabhängig davon, ob es sich um ein Beteiligungsrecht in der Leistungs-/Vertragsbeziehung oder um Befugnisse des Betriebsrats in der Betriebsbeziehung handelt, keinerlei Schwierigkeiten, weil der Betriebsführer als neuer Vertragsarbeitgeber gleichzeitig derjenige ist, welcher nach dem Betriebsübergang auch tatsächlich Inhaber der betrieblichen Organisationsgewalt ist. Der Betriebsführer ist daher alleiniger Ansprechpartner (Betriebspartner i. S. d. BetrVG).

³¹⁵ Hierzu bereits ausführlich oben unter C. I. 2. b) aa); BAG, Urt. v. 17.01.1980 – 3 AZR 160/79, BAGE 32, 326 f.; *Thüsing*, in: Richardi, BetrVG, § 8 Rn. 30, § 21 Rn. 28; *Annuß*, in: Richardi, BetrVG, § 111 Rn. 124; *Preis*, in: Müller-Glöge u. a., ErfK., Rn. 111, 114 zu § 613a BGB.

C. Auswirkungen auf das Arbeitsrecht

ccc) Passivlegitimation vor Gericht

Auch soweit es um die Durchsetzbarkeit von Beteiligungsrechten vor Gericht geht, ist alleine der Betriebsführer passivlegitimiert, weil er nach dem Betriebsübergang Vertragsarbeitgeber wird und auch die betriebliche Leitungsmacht eigenverantwortlich selbst ausübt.

bb) Der Betriebsführer als Arbeitgeber für eigens „mitgebrachte“ Arbeitnehmer

aaa) Der Betriebsführer als Arbeitgeber

Der Betriebsführer ist und bleibt Arbeitgeber. Er ist kraft Arbeitsvertrag Arbeitgeber und hat zudem die betriebliche Organisationsgewalt als Betriebsinhaber inne. Aufgrund der Tatsache, dass der Betriebsführer somit als Vertragsarbeitgeber auch derjenige ist, welcher die betrieblichen Abläufe selbst durch Weisungen bestimmt, gibt es hier keine Besonderheiten zu diskutieren.

Werden die Arbeitnehmer des Betriebsführers in den nach § 613a BGB übergebenen Eigentümerbetrieb eingegliedert, ist auch der dortige Betriebsrat für sie zuständig. Hierbei sind die Grundsätze nach § 21 a (Abs. 3), 21 b BetrVG zu beachten.³¹⁶ An der unmittelbaren Leitung des übergebenen Betriebs ist kein weiteres Unternehmen beteiligt, so dass ein gemeinsamer Betrieb mehrerer Unternehmen nicht in Betracht kommt. Für eine doppelte Arbeitgeberstellung ist kein Raum.

bbb) Der Betriebsführer als Ansprechpartner

Bezüglich der Frage nach dem Ansprechpartner ergeben sich unabhängig davon, ob es sich um ein Beteiligungsrecht in der Leistungs-/Vertragsbeziehung oder um Befugnisse des Betriebsrats in der Betriebsbeziehung handelt, keinerlei Schwierigkeiten, weil der Betriebsführer als Vertragsarbeitgeber gleichzeitig derjenige ist, welcher tatsächlich Inhaber der betrieblichen Organisationsgewalt ist. Der Betriebsführer ist alleiniger Ansprechpartner (Betriebspartner i. S. d. BetrVG).

³¹⁶ Zu den Auswirkungen auf die Betriebsstrukturen und die Zusammensetzung und Zuständigkeit der Betriebsräte und insb. der möglichen Anwendung des § 21 a Abs. 3 BetrVG, siehe die ausführlichen Darstellungen unter C. II. 1. b), 2. b) und 3. b).

C. Auswirkungen auf das Arbeitsrecht

ccc) Passivlegitimation vor Gericht

Auch soweit es um die Durchsetzbarkeit von Beteiligungsrechten vor Gericht geht, ist alleine der Betriebsführer – als Vertragspartner und allein entscheidungsbefugter Inhaber der betrieblichen Organisationsgewalt – passivlegitimiert.

cc) Arbeitgeber für neu einzustellende Arbeitnehmer

Der Betriebsführer stellt neue Arbeitnehmer bei einem unechten Betriebsführungsvertrag im eigenen Namen ein. Er wird so **Vertragsarbeitgeber** und hat zudem die tatsächliche Organisationsgewalt inne. Je nachdem, in welchen Betrieb der neu eingestellte Arbeitnehmer eingegliedert wird, ist er dort betriebszugehörig. Der Betriebsführer ist somit alleiniger Arbeitgeber und Ansprechpartner (Betriebspartner i. S. d. BetrVG) des Betriebsrats.³¹⁷

4. Grenze: Einwand des Gestaltungsmissbrauchs – Strohmanggeschäft

Liegen die Voraussetzungen für einen Arbeitgeberwechsel nach § 613a BGB vor,³¹⁸ kommt als Grenze der Einwand des Gestaltungsmissbrauchs in Betracht, wenn der Eigentümer in Wirklichkeit weiterhin alle Fäden in der Hand hält und die Gestaltung **lediglich** dazu dient, Arbeitnehmerrechte – z. B. Verhinderung des Schwellenwertes nach § 23 Abs. 1 S. 2³¹⁹ oder Entledigung der Pensionszusagen³²⁰ – zu beschneiden (ein sog. „Strohmanggeschäft“). Dann wird der Eigentümer so behandelt, als sei ein Arbeitgeberwechsel nicht erfolgt.³²¹ Nach der Rechtsprechung ist für einen solchen Umgehungstatbestand notwendig, dass der Zweck einer Rechtsnorm objektiv vereitelt wird, ohne dass sachliche Gründe dafür vorliegen.³²² Allerdings wird gerade die Annahme eines sog. Strohmanggeschäfts im Rahmen eines – unechten – Betriebsführungsvertrages nur in ganz seltenen Ausnahmen (Extremfällen) überhaupt denkbar sein.

³¹⁷ Es ergeben sich keine Besonderheiten gegenüber den vorangegangenen Ausführungen unter C. I. 2. b) bb).

³¹⁸ So i. d. R. bei Abschluss eines unechten Betriebsführungsvertrages für die Arbeitnehmer des Eigentümers, vgl. oben unter C. I. 2. b).

³¹⁹ Vgl. *Koller*, Anm. zum BAG Urt. v. 20.07.1982 – 3 AZR 446/80, AP BGB § 611 Nr. 5 Mittelbares Arbeitsverhältnis.

³²⁰ Vgl. *Willemsen*, Anm. zum BAG Urt. v. 20.11.1984 – 3 AZR 584/83, AP BGB § 613a Nr. 38 Ruhegehalt.

³²¹ So *Willemsen*, in: *Willemsen u. a., Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen*, G Rn. 81; vgl. *BAG*, Urt. v. 20.07.1982 – 3 AZR 446/80, BAGE 39, 200 f. zu einem missbräuchlichen Abschluss eines mittelbaren Arbeitsverhältnisses; vgl. weiter: *Birk*, ZGR 1984, 23 (31, 32); *Roth*, in: *Säcker/Rixecker, MüKo-BGB*, Bd. 2, § 242 Rn. 197 ff.; *Brors/Schüren*, BB 2004, 2745 (2746 ff.); *Schüren*, BB 2007, 2346 (2348 ff.).

³²² Vgl. *BAG*, Urt. v. 20.07.1982 – 3 AZR 446/80, BAGE 39, 200 f.

C. Auswirkungen auf das Arbeitsrecht

Wesen des Betriebsführungsvertrages ist es gerade, dass der Betriebsführer – zumindest auch – im fremden Interesse des Eigentümers agiert und der Eigentümer gegenüber dem Betriebsführer ein gesetzliches Weisungsrecht (§ 665 BGB) hat, über welches er – je nach der im Vertrag festgelegten Reichweite – auf die Ausübung der Leitungsbefugnisse des Betriebsführers Einfluss nehmen kann. Dieses Weisungsrecht darf bei Personen- oder Kapitalgesellschaften nach dem Grundsatz der Selbstorganschaft bzw. Fremddorganschaft auch gar nicht vollständig ausgeschlossen sein.³²³ In der Regel wird der Eigentümer über dieses Weisungsrecht genügend Einfluss auf die Entscheidungen des Betriebsführers nehmen können. Zudem kann die Führung der Geschäfte unentgeltlich erfolgen (§§ 662 ff. BGB), weshalb auch dieses Kriterium nicht als Indiz eines Missbrauchs herangezogen werden kann.

Der sachliche Grund für einen Betriebsführungsvertrag wird meist in der unternehmerischen Entscheidung liegen, die Leitung eines Betriebs(-teils) auf einen Dritten zu übertragen, aber dennoch als Eigentümer an dem Gewinn zu antizipieren und aufgrund der Eigentümerstellung einen Einfluss auf die Unternehmensführung (den Betriebsführer) zu erhalten. Diese unternehmerische Entscheidung darf grds. nicht von einem gerichtlichen Werturteil ersetzt werden. Nur dann, wenn sich herausstellen sollte, dass der Eigentümer den gesamten Arbeitsablauf und die Arbeitsbedingungen für den neuen – gegenüber den Arbeitnehmern im eigenen Namen handelnden – Vertragsarbeitgeber (dem Betriebsführer) detailliert plant und auf diese Weise bewusst die Arbeitgeberfunktionen – wenn auch nicht für die Arbeitnehmer sichtbar – weiterhin komplett an sich gezogen hat, wäre eine Umgehungskonstellation im Einzelfall denkbar.³²⁴ Denn für einen Betriebsübergang nach § 613a BGB würde es grds. ausreichen, wenn der Betriebsführer im eigenen Namen und für die Arbeitnehmer ersichtlich durch Weisungen handelt, da diese i. d. R. nicht erkennen können, ob der alte Vertragsarbeitgeber/Betriebsinhaber weiter im Hintergrund alle Fäden in der Hand hält.³²⁵ Eine solche Konstellation hätte dann auch mit dem Sinn und Zweck eines Betriebsführungsvertrages nichts mehr zu tun, so dass dies ein wesentliches Indiz für eine Umgehungskonstellation sein wird. In der Praxis wäre ein solcher Sachverhalt allerdings nur schwer nachweisbar. Sollte eine solche Feststellung dennoch erfolgen, müsste im Ein-

³²³ Sie hierzu bereits oben unter B. I. und IV.

³²⁴ Vgl. hierzu *Koller*, Anm. zum BAG Urt. v. 20.07.1982 – 3 AZR 446/80, AP BGB § 611 Nr. 5 Mittelbares Arbeitsverhältnis; *Willemsen*, Anm. zum BAG Urt. v. 20.11.1984 – 3 AZR 584/83, AP BGB § 613a Nr. 38 Ruhegehalt.

³²⁵ Siehe hierzu bereits oben unter C. I. 2. b) aa) 2); *Willemsen*, Anm. zum BAG Urt. v. 20.11.1984 – 3 AZR 584/83, AP BGB § 613a Nr. 38 Ruhegehalt.

C. Auswirkungen auf das Arbeitsrecht

zelfall anhand des Schutzzwecks der betroffenen Norm genau untersucht werden, ob ein Umgehungstatbestand tatsächlich vorliegt.

Weiter ist für jeden Einzelfall aber auch zu berücksichtigen, dass für den Rückgriff auf eine – gesetzlich nicht festgeschriebene – Konstruktion des sog. Strohmanngeschäfts oft gar kein Bedarf bestehen wird, denn durch § 613a Abs. 1-6 BGB wird im Normalfall ein ausreichender Schutz gewährt. Insoweit hilft meist schon die Informationspflicht des § 613a Abs. 5 BGB weiter. Nach § 613a Abs. 5 Nr. 3 BGB müssen die Arbeitnehmer über alle rechtlichen, wirtschaftlichen und sozialen Folgen, bspw. das Schicksal der tarif- und betriebsverfassungsrechtlichen Regelungen, das Widerspruchsrecht, die Haftungsregelung (§ 613a Abs. 2 BGB), die Kündigungsregelungen, ob ein Kündigungsschutz nach § 23 KSchG besteht, ob ein Betriebsrat besteht, ob eingeschränkte Rechte des Betriebsrats wegen Unterschreitung von Schwellenwerten bestehen etc., unterrichtet werden.³²⁶ Wenn hier relevante Informationen verschwiegen werden, beginnt die Widerspruchsfrist nicht zu laufen, weil zumindest nicht vollständig informiert wurde. Als Grenze für die Ausübung des Widerspruchsrechts käme dann lediglich die Verwirkung in Betracht.³²⁷ Letztlich werden die betroffenen Arbeitnehmer in Missbrauchskonstellationen also ohnehin mittels Widerspruch wieder das Arbeitsverhältnis zum ursprünglichen Eigentümer herstellen können.³²⁸ Soweit auch dieser Schutz ausnahmsweise nicht ausreicht, ist der Eigentümer möglicherweise haftungsrechtlich zum Schadensersatz verpflichtet (§ 280 BGB), soweit er seine Pflichten (insb. Fürsorgepflicht) aus dem Arbeitsverhältnis verletzt hat.³²⁹

5. Grenze: Schutz der Arbeitnehmer vor Veräußerung der Betriebsmittel des Eigentümerbetriebs nach dem Betriebsübergang auf den Betriebsführer

Mit der Einführung des unechten Betriebsführungsvertrages gehen die Arbeitsverhältnisse des geführten Eigentümerbetriebs auch ohne gleichzeitige Übertragung (Veräußerung) der Betriebsmittel nach § 613a BGB über.³³⁰ Der Betriebsführer wird Arbeitgeber dieser Be-

³²⁶ Steffan, in: Ascheid u. a., Kündigungsrecht, Rn. 209 ff. zu § 613a BGB; Müller-Glöge, in: Säcker/Rixecker, MüKo-BGB, Bd. 4, § 613a Rn. 106f; nach Willemsen, in: Willemsen u. a., Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, G Rn. 81 gehört zu der Informationspflicht nach § 613a Abs. 5 Nr. 3 BGB, wenn „*der Strohmann gar nicht in der Lage ist, die auf ihn übergehenden Arbeitgeberverpflichtungen zu erfüllen*“.

³²⁷ Vgl. zum Begriff der Verwirkung: Preis, in: Müller-Glöge u. a., ErfK., Rn. 101a zu § 613a BGB m. w. N.

³²⁸ Steffan, in: Ascheid u. a., Kündigungsrecht, Rn. 222 zu § 613a BGB.

³²⁹ Müller-Glöge, in: Säcker/Rixecker, MüKo-BGB, Bd. 4, § 611 Rn. 984, 985, 991; Preis, in: Müller-Glöge u. a., ErfK., Rn. 94 zu § 613a BGB.

³³⁰ Vgl. hierzu bereits oben unter C. I. 2. b) aa).

C. Auswirkungen auf das Arbeitsrecht

legschaft und tritt in alle arbeitsrechtlichen Rechte und Pflichten ein. Übernimmt ein Betriebsführer beispielsweise den Bereich Kantine (eigenständiger Betrieb), dann bleiben die Sachmittel (Küche, Kücheneinrichtung etc.) beim Eigentümer. Die Arbeitsverhältnisse (Köche, Servicepersonal etc.) gehen dagegen auf den Betriebsführer über, die Arbeitnehmer bleiben aber i. d. R. auf ihrem alten Arbeitsplatz beschäftigt, jetzt allerdings durch den Betriebsführer als Arbeitgeber, welcher das aus § 613a BGB übergegangene Direktionsrecht ausübt. Wird nun die Kantine mit ihren Sachmitteln durch den **Eigentümer** veräußert, wäre nach bisherigem Verständnis ein Betriebsübergang nach § 613a BGB für die Mitarbeiter in der Kantine (Koch, Servicepersonal etc.) nicht mehr möglich, da diese (infolge vorangegangenen § 613a BGB) nicht mehr in einem Arbeitsverhältnis zum Veräußerer (dem Eigentümer) stehen, sondern zum – an der jetzigen Veräußerung unbeteiligten – Betriebsführer.

Vergleichbar mit dem Ergebnis für Arbeitnehmer eines Verleihers bei Veräußerung des Entleiherbetriebs (Einsatzbetriebs) im Rahmen einer erlaubten Arbeitnehmerüberlassung³³¹ gilt auch hier, dass die Arbeitsverhältnisse nicht auf den Erwerber übergehen, wenn die Kantine (Sachmittel) des Eigentümers übertragen wird. Anders wäre dies nur dann, wenn der Betriebsführer **seinen** Betrieb (mit den Mitarbeitern in der Kantine) auf den Erwerber übertragen würde.³³²

Soweit Eigentümer und Betriebsführer einem **Konzern** angehören und der Erwerber die Kantine des Eigentümers **als eine wirtschaftliche Einheit**³³³ übernimmt, stellt sich die Frage, ob obiges Ergebnis (kein Übergang der Arbeitsverhältnisse der dauerhaft in der Kantine eingesetzten Arbeitnehmer des Betriebsführers wegen der Übertragung der Kantine (Sachmittel)) auch noch mit dem Verständnis des EuGH³³⁴ nach dem Urteil in der Rechtssache Albron Catering BV vom 21.10.2010³³⁵ zu der RL 2001/23/EG³³⁶ in Einklang steht. Dort führt der EuGH aus:

³³¹ Preis, in: Müller-Glöge u. a., ErfK., Rn. 67 zu § 613a BGB; Müller-Glöge, in: Säcker/Rixecker, MüKo-BGB, Bd. 4, § 613a Rn. 80.

³³² LAG Köln, Urt. v. 17.03.2000 – 11 Sa 1564/99, Juris.

³³³ Zu dem Begriff der „wirtschaftlichen Einheit“: EuGH, Urt. v. 18.03.1986 – C-24/85, EAS Teil C RL 77/187/EWG Art. 1 Nr. 2; EuGH, Urt. v. 19.05.1992 – C-29/91, NZA 1994, 207 f.; EuGH, Urt. v. 10.12.1998 – C-173/96, C-247/96, NZA 1999, 189 f.; das BAG hat sich mit Urt. v. 22.05.1997 – 8 AZR 101/96, BAGE 86, 20 f. der Begriffsbestimmung des EuGH uneingeschränkt angeschlossen.

³³⁴ Im Gegensatz zu den Gerichten der Mitgliedsstaaten hat der EuGH grds. die Definitionshoheit für EU-rechtliche Rechtsbegriffe, BAG, Beschl. v. 22.05.1997 – 8 AZR 156/95 (B), NZA 1997, 1050; Gussen, in: Rolfs u. a., BeckOK Arbeitsrecht, Rn. 9 zu § 613a BGB.

³³⁵ EuGH, Urt. v. 21.10.2010 – C-242/09, NZA 2010, 1225 f.

C. Auswirkungen auf das Arbeitsrecht

„Wenn daher in einem Konzern zwei Arbeitgeber nebeneinander bestehen, von denen der eine vertragliche Beziehungen und der andere nichtvertragliche Beziehungen zu den Arbeitnehmern dieses Konzerns unterhält, kann als „Veräußerer“ im Sinne der Richtlinie 2011/23 auch der Arbeitgeber betrachtet werden, der für die wirtschaftliche Tätigkeit der übertragenen Einheit verantwortlich ist und der in dieser Eigenschaft Arbeitsverhältnisse mit den Arbeitnehmern dieser Einheit begründet, und zwar auch bei Fehlen vertraglicher Beziehungen zu diesen Arbeitnehmern.“ und weiter, dass *„... als „Veräußerer“ ... auch das Konzernunternehmen, zu dem die Arbeitnehmer ständig abgestellt waren, ohne jedoch mit ihm durch einen Arbeitsvertrag verbunden gewesen zu sein, betrachtet werden kann, obwohl es in diesem Konzern ein Unternehmen gibt, an das die betreffenden Arbeitnehmer durch einen Arbeitsvertrag gebunden waren.“*

Das Urteil des EuGH kann dabei selbstverständlich nicht einfach auf die Konstellation des Betriebsführungsvertrages übertragen werden. Der entscheidende Unterschied zu der Fallgestaltung in der Rechtssache Albron Catering BV ist, dass dort alle Arbeitnehmer des Konzerns in einer Personalführungsgesellschaft angestellt und an die einzelnen Betriebsgesellschaften verliehen wurden. Die Entscheidung bezog sich somit erkennbar nur auf die konzerninterne Arbeitnehmerüberlassung.³³⁷ Im Unterschied zu der Fallkonstellation mit einem Betriebsführungsvertrag ist die Bindung der Arbeitnehmer zu einem Entleiher (Einsatzbetrieb) größer, da die Arbeitnehmer dort in seine Betriebsorganisation tatsächlich eingliedert sind, der Entleiher also das (übertragene) Weisungsrecht selbst ausübt. Der Betriebsführer kommt dagegen mit seinen (übergegangenen) Arbeitnehmern in die „Sphäre“ des Eigentümers (d. h. zu den Sachmitteln des Eigentümers, bspw. Küchen, Maschinen etc.) und übt dort **sein** vertragliches Weisungsrecht im Rahmen seiner Nutzungsbefugnisse aus. Die Bindung zum Einsatzort ist damit viel geringer als bei einem Leiharbeitsverhältnis.

Dennoch sprechen gute Gründe dafür, dass die Grundsätze dieses Urteils auch in der Konstellation eines Betriebsführungsvertrages greifen können und der EuGH hier zu der Auslegung gelangen könnte, dass sowohl der Betriebsführer als auch der Eigentümer „Arbeitgeber“ sind und auch der Eigentümer trotz nichtvertraglicher Beziehung als „Veräußerer“ i. S. d. RL 2001/23 gewertet werden kann. Dieses Ergebnis ist insb. vor dem Hintergrund der Schlussanträge des Generalanwalts Yves Bot zu sehen. Anders als der EuGH, begrün-

³³⁶ Betriebsübergangs-Richtlinie RL 2001/23/EG des Rates zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Unternehmens- oder Betriebsteilen vom 12.03.2001, AB I EG L 82/16.

³³⁷ Bot, Schlussanträge vom 03.06.2010 – C-242/09, BeckEuRS 2010, 516878, Rn. 42 f.

C. Auswirkungen auf das Arbeitsrecht

det dieser seine Ansicht eher mit praktischen Erwägungen, denn im Ergebnis will er eine **Umgehung** der Richtlinie innerhalb von Konzernen verhindern. Er sieht die Gefahr, dass Personal in eine andere Gesellschaft verlagert wird und so die operativen Bereiche in arbeitnehmerlosen Betriebsgesellschaften verbleiben, die in der Folge je nach Bedarf ohne die – für den Unternehmer – lästigen Einschränkungen der Betriebsübergangs-RL und des § 613a BGB veräußert werden.³³⁸ Weiter könnten die Arbeitsverträge der Arbeitnehmer der Betriebsführungsgesellschaft mit Wirkung vom Zeitpunkt der Veräußerung der Betriebsmittel (bspw. der Kantine) betriebsbedingt gekündigt werden, weil beim Betriebsführungsunternehmen (soweit der Betriebsführungsvertrag vom Erwerber nicht übernommen wird) i. d. R. kein Arbeitsbedarf mehr besteht und es eine Weiterbeschäftigungspflicht im Konzern grundsätzlich nicht gibt.³³⁹ Folglich könnte der Erwerber auch **einzelne** ausgewählte Arbeitnehmer zu schlechteren Konditionen neu einstellen.³⁴⁰ So bestünde die Gefahr, dass die Beständigkeit des Verhältnisses zwischen Arbeitnehmer und der übertragenen wirtschaftlichen Einheit entgegen dem Zweck der Richtlinie zerstört würde, obwohl ein einzelner Arbeitnehmer – ursprünglich als Arbeitnehmer des Eigentümers, dann als Arbeitnehmer des Betriebsführers und letztlich infolge Neueinstellung (letzteres dann ohne § 613a BGB!) als Arbeitnehmer des Erwerbers – ständig für die übertragende Gesellschaft und immer auf ein und demselben Arbeitsplatz tätig gewesen wäre.³⁴¹

Gerade diese Gefahren sollen nach Ansicht des Generalanwalts aber verhindert werden. Weiter führt der Generalanwalt aus, dass die Konzernorganisation in dem vorliegenden Fall so behandelt werden müsse, „*als ob die Anstellungsgesellschaft die Arbeitsverträge mit den Arbeitnehmern des Konzerns für Rechnung jeder einzelnen Betriebsgesellschaft schliesse, bei denen sie eingesetzt werden*“ und daher der mangelnde Arbeitsvertrag zur übertragenden Gesellschaft kein Hindernis für einen Übergang darstellen könne. Für die Anwendung dieses Gedanken auf den unechten Betriebsführungsvertrag spricht, dass der Betriebsführer gerade für (fremde) Rechnung³⁴² jeder einzelnen Eigentümergesellschaft (Betriebsgesellschaft) handelt.³⁴³

³³⁸ Bot, Schlussanträge vom 03.06.2010 – C-242/09, BeckEuRS 2010, 516878, Rn. 49-51.

³³⁹ Bot, Schlussanträge vom 03.06.2010 – C-242/09, BeckEuRS 2010, 516878, Rn. 47.

³⁴⁰ Es darf insoweit aber nicht vergessen werden, dass auch ein Betriebsübergang vom Betriebsführer auf den Erwerber möglich ist, wenn dessen Betrieb (als wirtschaftliche Einheit) auf den Erwerber übertragen wird. Auch hier sind die Voraussetzungen eines Übertragungsvorganges i. S. d. RL 2001/23/EG bzw. des § 613a BGB zum Schutz der Arbeitnehmer des Betriebsführers zu prüfen.

³⁴¹ Bot, Schlussanträge vom 03.06.2010 – C-242/09, BeckEuRS 2010, 516878, Rn. 55.

³⁴² Vgl. hierzu bereits oben unter B. I. 1.

³⁴³ Bot, Schlussanträge vom 03.06.2010 – C-242/09, BeckEuRS 2010, 516878, Rn. 46, 47.

C. Auswirkungen auf das Arbeitsrecht

Unter Berücksichtigung der Interpretation der Begriffe „Arbeitgeber“ (auch der nichtvertragliche Arbeitgeber) und „Veräußerer“ (auch die Betriebsgesellschaft) durch den EuGH in der Rechtssache Albron Catering BV scheint es so, als könnten die Grundsätze im Rahmen eines unechten Betriebsführungsvertrages, verbunden mit einem Konzernverhältnis, greifen.

Dass der EuGH in der Rechtssache Albron Catering BV im Ergebnis so entschieden hat und diese Rechtsprechung wohl auch auf andere vergleichbare Fallkonstellationen anwenden wird, ist nicht verwunderlich. Denn nur so wird die Betriebsübergangs-RL letztlich nicht der Disposition der Unternehmen überlassen. Was aber nicht nachvollziehbar ist, ist die dogmatische Begründung, in welcher der EuGH Begriffsbestimmungen wie „Arbeitsvertrag“, „Arbeitsverhältnisse“, „Veräußerer“ aufgreift und ihnen neue eigene Inhalte zukommen lässt, ohne dabei die nationalen Auslegungen und Gepflogenheiten hinreichend zu beachten. Was hier in der Rechtssache Albron Catering BV passiert ist und was es zu verhindern gilt, ist solchen **rechtsmissbräuchlichen Gestaltungen** als Gesetzesumgehung zu begegnen. Dies sollte aber vornehmlich Aufgabe der nationalen Gerichte sein. Zumindest hätte der EuGH das Kind beim Namen (nämlich Umgehung) nennen und damit auf eine begrifflich verwirrende Rechtfertigung verzichten können. Ein gewolltes Ergebnis mit der praktischen Wirksamkeit, dem „effet utile“ zu begründen, wird doch auch sonst vom EuGH nicht gescheut.³⁴⁴

Aus der Entscheidung des EuGH geht allerdings nicht abschließend hervor, ob die bloße Übertragung der arbeitnehmerlosen Einheit auf den Erwerber ausreichen kann oder weiter – wie in der Rechtssache Albron Catering BV geschehen – der Erwerber auch das (wesentliche) bislang für diese Einheit genutzte Personal zur Fortführung der Tätigkeit einstellen muss, um einen Betriebsübergang zu begründen. Die RL-Interpretation des EuGH scheint eher dafür zu sprechen, dass auch die **bloße** Übertragung der **arbeitnehmerlosen** Einheit ausreichen **kann** und in der Folge die „Anstellungsgesellschaft“ (hier der Betriebsführer) den Übergang der Arbeitsverhältnisse auf den Erwerber dulden müsste. Namentlich wäre dies bspw. – bei einem sachmittelgeprägten Betrieb – dann der Fall, wenn die übertragenen Betriebsmittel als organisatorische Gesamtheit durch den Erwerber übernommen und anschließend in „eigener Regie“ mit gleicher Tätigkeit weiter genutzt würden, sich der Erwerber also sozusagen „ins gemachte Nest setzt“.³⁴⁵

³⁴⁴ *Bauer/von Medem*, NZA 2011, 20 (21).

³⁴⁵ Auch das BAG geht jedenfalls dann, wenn es sich um keinen betriebsmittelarmen Betrieb(-steil) handelt, davon aus, dass eine Übernahme der Arbeitnehmer durch den Erwerber nicht erforderlich ist, um einen Betriebsübergang zu bejahen: *BAG*, Urt. v. 02.03.2006 – 8 AZR 147/05, NZA 2006, 1105 f.; *BAG*, Urt. v.

C. Auswirkungen auf das Arbeitsrecht

Unabhängig von vorangegangener Konstellation kann aber auch die Übernahme³⁴⁶ (der Wechsel) der Arbeitnehmer des Betriebsführers zum neuen Erwerber einen Betriebsübergang auslösen, wenn er diese als organisierte Gesamtheit von Arbeitnehmern (wirtschaftlichen Einheit) wieder an ihren ursprünglichen Arbeitsplätzen einsetzt. Dies gilt jedenfalls dann, wenn es sich bei dem Betrieb(-steil) – wie es beim Betriebsführer (nach dem Verlust des Auftrags zur Betriebsführung) als Dienstleister meist der Fall sein wird – um einen betriebsmittelarmen Betrieb handelt. In diesem Fall ist der **Betriebsführer** Vertragsarbeitgeber und „**Veräußerer**“ i. S. d. **Richtlinie**.³⁴⁷

Die Arbeitnehmer können sich also u. U. nicht nur auf die Richtlinie berufen, wenn die Sachmittel des Eigentümers übertragen und weitergenutzt werden, sondern auch, **wenn der Betrieb des Betriebsführers übergeht**. Dass der Erwerber in einem solchen Fall nicht als Betriebsführungsunternehmen fortbestehen wird und streng genommen eine Zweckänderung vorliegt, scheint zumindest nach der Rechtsprechung des BAG³⁴⁸ keine ausschlaggebende Bedeutung zuzukommen. Viel wichtiger ist die Frage, ob die bestehende Organisationsstruktur im Wesentlichen unverändert fortgeführt wird.

Blendet man im Ergebnis einmal die etwas undurchsichtige Rspr. des EuGH aus, ist festzustellen, dass eine **rechtsmissbräuchliche Umgehung** von Arbeitnehmerschutzvorschriften auch nach nationalem Recht immer dann nahe liegt, wenn die Errichtung einer Betriebsführungsgesellschaft die Trennung von Sachmitteln und Personal zum Zwecke der anschließenden Übertragung der arbeitnehmerlosen Einheiten auf einen Dritten zur Vermeidung des § 613a BGB bezweckt; oder weiter, um sich der Arbeitnehmer – nach Veräußerung der Sachmittel – durch betriebsbedingte Kündigungen beim (dann beschäftigungslosen) Betriebsführungsunternehmen zu „entledigen“³⁴⁹ und zudem einen Interessenaus-

13.06.2006 – 8 AZR 271/05, NZA 2006, 1101 f.; BAG, Urt. v. 27.01.2011 – 8 AZR 326/09, NZA 2011, 1162 f.

³⁴⁶ Als Übernahme ist hier insb. der Abschluss eines Aufhebungsvertrags mit dem Betriebsführer und der Abschluss eines Arbeitsvertrags mit dem Erwerber gemeint.

³⁴⁷ *EuGH*, Urt. v. 10.12.1998 – C-173/96, C-247/96, NZA 1999, 189 f.; *EuGH*, Urt. v. 02.12.1999 – C-234/98, NZA 2000, 587 f.; *EuGH*, Urt. v. 24.01.2002 – C-51/00, NZA 2002, 265 f.; *EuGH*, Urt. v. 13.09.2007 – C-458/05, NZA 2007, 1151 f.; BAG, Urt. v. 02.12.1999 – 8 AZR 774/98, NZA 2000, 480 f.; BAG, Urt. v. 10.12.1998 – 8 AZR 676/97, NZA 1999, 420 f.; BAG, Urt. v. 22.07.2004 – 8 AZR 350/03, BAGE 111, 283 f.; BAG, Urt. v. 06.04.2006 – AZR 222/04, BAGE 117, 349 f.; BAG, Urt. v. 21.05.2008 – 8 AZR 481/07, NZA 2009, 144 f.; *Sieg/Maschmann*, Unternehmensumstrukturierung aus arbeitsrechtlicher Sicht, S. 26 Rn. 56 ff.

³⁴⁸ BAG, Urt. v. 21.05.2008 – 8 AZR 481/07, NZA 2009, 144 f.

³⁴⁹ Ggf. auch um einzelne Arbeitnehmer zu schlechteren Konditionen beim Erwerber neu einzustellen und auf demselben Arbeitsplatz wieder einzusetzen.

gleich und Sozialplan an dem armen betriebsmittellosen Betriebsführer auszurichten.³⁵⁰ Einer solchen Konstruktion der rechtsmissbräuchlichen Umgehung bedarf es allerdings immer dann nicht, wenn der Erwerber den wesentlichen Teil der Arbeitnehmer des Betriebsführers als wirtschaftliche Einheit übernimmt und so ohnehin ein Betriebsübergang des Betriebsführer-Betriebs ausgelöst wird.³⁵¹

Die Aussage, dass durch den unechten Betriebsführungsvertrag die Attraktivität für potentielle Erwerber eines Betriebs gesteigert werden kann, weil diese Betriebsmittel und Belegschaft getrennt „erwerben“ können,³⁵² kann so also nicht uneingeschränkt aufrechterhalten werden.

6. Gefahr: Kollektivwiderspruch nach § 613a Abs. 6 BGB

Soweit ein Betriebsübergang nach § 613a BGB infolge eines unechten Betriebsführungsvertrages rechtswirksam erfolgt ist, besteht letztlich die Gefahr, dass die Arbeitnehmer des Eigentümers diesem Übergang nach § 613a Abs. 6 BGB widersprechen. Arbeitnehmer stehen Restrukturierungsmaßnahmen und insb. solchen Fallkonstellationen sehr kritisch gegenüber, die einen Arbeitgeberwechsel beinhalten. Bestärkt durch Betriebsräte oder Gewerkschaften, denen insb. die mögliche Folge der Trennung von Sachmitteln und Personal ein Dorn im Auge sein könnte, sind Widersprüche der betroffenen Belegschaft nicht auszuschließen. Durch einen massenhaften Widerspruch der Arbeitnehmer könnte dabei das Ziel des unechten Betriebsführungsvertrages und damit das gesamte Konzept frühzeitig zum Scheitern verurteilt sein.³⁵³

Sicher hätte der Arbeitgeber unter besonderen Umständen im Einzelfall das – aufgrund schlechter Beweissituation nur schwer durchsetzbare – vom BAG entwickelte Konzept des Rechtsmissbrauchs eines Kollektivwiderspruchs auf seiner Seite, wenn die Mittel-Zweck-Relation zu weit auseinander fällt, weil die Arbeitnehmer den Widerspruch nicht zur Sicherung der negativen Vertragspartnerfreiheit nutzen, sondern Druck ausüben wollen, um den Betriebsübergang zu verhindern oder zu gestalten. Schließlich ist die Umstrukturierung infolge eines unechten Betriebsführungsvertrages (mit der Folge des § 613a BGB für die Arbeitnehmer des Eigentümers) im Grundsatz ein legitimes, durch die Berufsfreiheit nach Art. 12 GG geschütztes unternehmerisches Mittel. Ergänzend kann für den Eigentü-

³⁵⁰ Vgl. BAG, Urt. v. 21.05.2008 – 8 AZR 481/07, NZA 2009, 144 f.; BAG, Urt. v. 18.08.2005 – 8 AZR 523/04, BAGE 115, 340 f.; BAG, Urt. v. 23.11.2006 – 8 AZR 349/06, ZIP 2007, 643 f.; *Bauer/von Medem*, NZA 2011, 20 (21); *Gaul/Ludwig*, DB 2011, 298 (299, 301).

³⁵¹ So die Fallgestaltung im vorangegangenen Absatz.

³⁵² *Rieble*, NZA 2010, 1145 (1147).

³⁵³ *Rieble*, NZA 2010, 1145 (1147).

C. Auswirkungen auf das Arbeitsrecht

mer der Schutz des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs als Schutz der Betätigungsfreiheit hinzutreten.³⁵⁴

Besser, als auf das rechtsunsichere Instrument des missbräuchlichen Kollektivwiderspruchs zu setzen, ist es dagegen, die Arbeitnehmer, Betriebsräte und Gewerkschaften frühzeitig durch offensive Erläuterung der Pläne mit ins Boot zu holen. Um der Akzeptanz des Betriebsführers in der Belegschaft Rechnung zu tragen, kann auch zunächst einmal versucht werden, den Betriebsführer im Namen des Eigentümers (echter Betriebsführungsvertrag) agieren zu lassen, um die Arbeitnehmer nicht gleich mit einem Betriebsübergang nach § 613a BGB auf den Betriebsführer zu konfrontieren.³⁵⁵ Ist die Zusammenführung von Betriebsführer und Belegschaft letztlich geglückt, kann sehr leicht, flexibel und schnell infolge einer einfachen Vertragsänderung zwischen dem Eigentümer und dem Betriebsführer auf den unechten Betriebsführungsvertrag (mit der Folge eines Betriebsübergangs) umgestellt werden („typengemischte Strategie“).³⁵⁶ Weiter kann für den Fall des Kollektivwiderspruchs zwischen Eigentümer und Betriebsführer eine Vorsorgeregelung getroffen werden, so dass der Betriebsführer in einem solchen Fall erst einmal im fremden Namen infolge eines echten Betriebsführungsvertrages weiter agieren kann.

7. Zwischenergebnis

a) *Echter Betriebsführungsvertrag*

Betriebsführer und Eigentümer bleiben – alleinige – **Arbeitgeber** ihrer Arbeitnehmer. Der echte Betriebsführungsvertrag führt zu keinem Betriebsübergang nach § 613a BGB. Für eine doppelte Arbeitgeberstellung ist kein Raum.

Der Betriebsführer handelt gegenüber **den Arbeitnehmern des Eigentümers** im fremden Namen und aufgrund einer Vollmacht, so dass er im Ergebnis wie jedes andere bevollmächtigte Leitungsorgan agiert. Mithin erlangt er nicht dieselbe Rechtsposition wie der Eigentümer und wird nicht zu dessen Arbeitgeber.

Soweit der Betriebsführer zur Erfüllung seiner Pflichten **eigene Arbeitnehmer** in den Betrieb des Eigentümers mitbringt, übt er diesen gegenüber sein originäres Weisungsrecht weiter im eigenen Namen aus. Der Eigentümer wird hier nicht einmal in die Arbeitgeber-

³⁵⁴ Vgl. BAG, Urt. v. 30.09.2004 – 8 AZR 462/03, BAGE 112, 124 f.; BAG, Urt. v. 19.02.2009 – 8 AZR 176/08, BAGE 129, 343 f.; Rieble, NZA 2005, 1 (1 ff.); Wank, in: Richardi u. a., Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 1, § 102 Rn. 106.

³⁵⁵ Zum Betriebsübergang infolge eines Betriebsführungsvertrages, vgl. ausführlich oben unter C. I. 2. b) aa).

³⁵⁶ Rieble, NZA 2010, 1145 (1147); Veelken, Der Betriebsführungsvertrag im deutschen und amerikanischen Aktien- und Konzernrecht, S. 26.

C. Auswirkungen auf das Arbeitsrecht

stellung einbezogen. Wie bei jedem anderen Einsatz von „Fremdarbeitnehmern“, bspw. im Rahmen eines Werkvertrages, erhält der Eigentümer also keinerlei arbeitsrechtliche Stellung.

Insb. dann, wenn Arbeitnehmer des Betriebsführers dauerhaft bei dem Eigentümer tätig werden, um dort gemeinsam mit den Arbeitnehmern des Eigentümers die betrieblichen Zwecke zu fördern, wird unzweifelhaft von einem gemeinsamen Betrieb auszugehen sein. Dies wird den Regelfall darstellen. Der für den gemeinsamen Betrieb durch die vormals getrennte Belegschaft gewählte Betriebsrat, wird sich zur Wahrnehmung seiner Beteiligungsrechte grds. alleine an den Betriebsführer **als Ansprechpartner** (Betriebspartner i. S. d. BetrVG) halten müssen. Dabei wird auch regelmäßig die Unterscheidung nach dem Gegenstand des Beteiligungsrechts, also ob es sich um ein Beteiligungsrecht in der Leistungs-/Vertragsbeziehung oder um Befugnisse des Betriebsrats in der Betriebsbeziehung handelt, nicht notwendig sein. Zwar ist der Betriebsführer bezüglich der Arbeitnehmer des Eigentümers nicht Vertragsarbeitgeber, allerdings wird er die Gestaltung der arbeitsvertraglichen Beziehung (Vertragsbeziehung) und die Organisation des betrieblichen Geschehens (Betriebsbeziehung) kraft Betriebsführungsvertrag (als Vertreter) in tatsächlicher Hinsicht eigenverantwortlich übernehmen. Rest- oder Auffangzuständigkeiten der „Alt-Betriebsräte“ gegenüber ihren „Alt-Arbeitgebern“ könnte es allenfalls dann geben, wenn der gemeinsame Betriebsrat (noch) nicht zustande gekommen ist oder eben doch – ausnahmsweise – gar keine arbeitstechnische Zusammenarbeit vorliegt.

Soweit der Betriebsrat allerdings tatsächlich Rechte **vor Gericht** durchsetzen will, muss der Eigentümer bei der „Umsetzung“ von mitbestimmten Maßnahmen als „Vertragsarbeitgeber“ mitwirken, soweit das streitige Mitbestimmungsrecht nur gegenüber einem einzelnen Arbeitnehmer des Eigentümers – wie etwa im Verfahren nach § 99 BetrVG bei einer Eingruppierung – besteht (Arbeitgeber in der Vertragsbeziehung). Dies ändert allerdings nichts an dem Ergebnis, dass bei der Ausübung von Mitbestimmungsrechten des Betriebsrats im Gemeinschaftsbetrieb kraft Betriebsführung allein der Betriebsführer handlungszuständig ist und aufgrund der eigenen kraft Betriebsführungsvertrag/Führungsvereinbarung materiell rechtlich begründeten Rechtsposition selbst Beteiligter im Prozess ist. Gegebenenfalls sind also der Betriebsführer und der Eigentümer im Prozess zusammen passiv legitimiert.

b) Unechter Betriebsführungsvertrag

Anders fällt die Beurteilung bei dem **unechten** Betriebsführungsvertrag aus. Während sich für die – möglicherweise – mitgebrachten Arbeitnehmer des Betriebsführers nach Einführung des Betriebsführungsvertrages keine Veränderungen ergeben, so dass der Betriebsführer **Arbeitgeber** bleibt, findet für die Arbeitnehmer des Eigentümers, welche von der Betriebsführung betroffen sind, grds. ein Übergang ihrer Arbeitsverhältnisse nach § 613a BGB auf den Betriebsführer statt. Der Betriebsführer wird neuer Betriebsinhaber der zu führenden Betriebe.

Bezüglich der Frage nach dem richtigen **Ansprechpartner** für den Betriebsrat ergeben sich unabhängig davon, ob es sich um ein Beteiligungsrecht in der Leistungs-/Vertragsbeziehung oder um Befugnisse des Betriebsrats in der Betriebsbeziehung handelt, keinerlei Schwierigkeiten, weil der Betriebsführer als (neuer) Vertragsarbeitgeber gleichzeitig derjenige ist, welcher (nach dem Betriebsübergang) auch tatsächlich Inhaber der betrieblichen Organisationsgewalt ist. Der Betriebsführer ist alleiniger Ansprechpartner (Betriebspartner i. S. d. BetrVG). Auch soweit es um die Durchsetzbarkeit von Beteiligungsrechten **vor Gericht** geht, ist alleine der Betriebsführer passivlegitimiert, weil er Vertragsarbeitgeber ist und auch die betriebliche Leitungsmacht selbst eigenverantwortlich ausübt.

II. STRUKTURELLE BETRIEBLICHE VERÄNDERUNGEN

Je nach Reichweite und Ausgestaltung des Betriebsführungsvertrages ergeben sich unterschiedliche Auswirkungen auf die betriebliche Mitbestimmung. Der Betriebsführungsvertrag ermöglicht vor allem im Rahmen von Umstrukturierungen weitreichende Gestaltungsmöglichkeiten, welche für den Eigentümer einen unternehmerischen Einfluss auf die Betriebsstrukturen sowie die Zusammensetzung und Zuständigkeiten von Betriebsräten zulassen.³⁵⁷

1. Auswirkungen auf Betriebsstrukturen und die Selbständigkeit der Betriebe

Die ganz herrschende Meinung definiert als Betrieb:

*"Die organisatorische Einheit, innerhalb derer der Unternehmer allein oder zusammen mit seinen Mitarbeitern mit Hilfe sächlicher und immaterieller Mittel bestimmte arbeitstechnische Zwecke fortgesetzt verfolgt".*³⁵⁸

Letztlich ist das Merkmal der „**organisatorischen Einheit**“ das entscheidende Kriterium für die Abgrenzung eines Betriebs i. S. d. BetrVG.³⁵⁹ Denn in **einem** Betrieb können gleichzeitig mehrere arbeitstechnische Zwecke, bspw. die Hauptverwaltung und eine der Produktionsstätten zusammengefasst werden.³⁶⁰ Umgekehrt können aber auch dieselben Produktionsziele, z. B. dasselbe Endprodukt (bspw. ein Autotyp) in **mehreren** selbständigen Betrieben erfolgen.³⁶¹ Eine Abgrenzung nach dem jeweiligen arbeitstechnischen Zweck ist daher nicht möglich. Auch die räumliche Nähe, sowie die Verbundenheit der Belegschaft können kein entscheidendes Kriterium sein, sondern allenfalls ein Indiz und wesentlich für die Frage nach einem Betriebsteil bzw. Kleinstbetrieb i. S. d. § 4 BetrVG.³⁶²

Voraussetzung für das Bestehen einer solchen „**organisatorischen Einheit**“ ist ein einheitlicher Leitungsapparat, welcher alle **wesentlichen** Funktionen des Arbeitgebers in personellen und sozialen Angelegenheiten übernimmt. Die Betriebsleitung muss dabei mit der Unternehmensleitung nicht identisch sein. Es reicht, dass den Leitungspersonen einer Be-

³⁵⁷ Hierzu wird nachfolgend unter C. II. 1. bis 3. ausführlich Stellung genommen.

³⁵⁸ BAG, Beschl. v. 14.09.1988 – 7 ABR 10/87, BAGE 59, 319 f.; BAG, Beschl. v. 09.02.2000 – 7 ABR 21/98, Juris; Gaul, in: Henssler u. a., Arbeitsrecht Kommentar, Rn. 6 zu § 1 BetrVG; Sick, BB 1992, 1129 (1129); Fitting, BetrVG, § 1 Rn. 63 m. w. N.; hierzu bereits oben unter C. I. 2. b) aa) 1).

³⁵⁹ BAG, Beschl. v. 23.09.1982 – 6 ABR 42/81, BAGE 40, 163 f.; Richardi, in: Richardi, BetrVG, § 1 Rn. 25; Koch, in: Müller-Glöge u. a., ErfK., Rn. 9 zu § 1 BetrVG.

³⁶⁰ BAG, Beschl. v. 23.09.1982 – 6 ABR 42/81, BAGE 40, 163 f.

³⁶¹ Richardi, in: Richardi, BetrVG, § 1 Rn. 25; Koch, in: Müller-Glöge u. a., ErfK., Rn. 9 zu § 1 BetrVG.

³⁶² BAG, Beschl. v. 23.09.1982 – 6 ABR 42/81, BAGE 40, 163 f.

C. Auswirkungen auf das Arbeitsrecht

triebsstätte diese Leitungsbefugnisse selbständig überlassen werden. Die Unternehmensleitung kann sich dabei offenhalten, wichtige Fragen selbst zu entscheiden.³⁶³ Im Ergebnis bedeutet dies, dass die vom Unternehmer gewählte Organisationsform ganz entscheidenden Einfluss auf die Einordnung einer Organisation als Betrieb i. S. d. BetrVG hat. Entscheidet sich die Unternehmensführung, das Unternehmen dezentral zu organisieren, sind für die verschiedenen Organisationseinheiten eigenständige Betriebsräte zu wählen. Entschieden sich die Unternehmensführung dagegen für eine zentrale Organisation, existiert für mehrere Organisationseinheiten ein Betriebsrat.

Letztlich eröffnet der Betriebsführungsvertrag auf dieser Grundlage Gestaltungsmöglichkeiten für die Betriebsstrukturen, welche nachfolgend – getrennt für den echten und den unechten Betriebsführungsvertrag – aufgezeigt werden sollen.

a) *Echter Betriebsführungsvertrag*

Wie oben unter C. I. 2. a) und C. I. 3. a) ausführlich dargestellt wurde, führt der echte Betriebsführungsvertrag zu keinem Betriebsübergang. Der Eigentümer bleibt Arbeitgeber seiner Arbeitnehmer und formaler Betriebsinhaber (nicht aber Betriebspartner i. S. d. BetrVG) seiner Betriebe. Mit dem echten Betriebsführungsvertrag als Gestaltungsinstrument können daher grds. nur Veränderungen auf der **betrieblichen** Ebene vorgenommen werden.

aa) **Keine Veränderungen in der Struktur**

Soweit lediglich die bereits bestehenden Leitungsfunktionen auf den Betriebsführer übertragen werden, also in der Führungskompetenz der selbständigen organisatorischen Einheiten keine Veränderungen (Einschränkungen bei bestehenden Einheiten oder Erweiterungen auf andere Einheiten) vorgenommen werden, hat dies keine Auswirkungen auf den Betrieb bzw. die Betriebe. Im Prinzip passiert hier nichts anderes als der Austausch des bestehenden Leitungsorgans.

³⁶³ BAG, Beschl. v. 23.09.1982 – 6 ABR 42/81, BAGE 40, 163 f.; BAG, Beschl. v. 07.05.2008 – 7 ABR 15/07, NZA 2009, 328 (328); BAG, Beschl. v. 09.12.2009 – 7 ABR 38/08, NZA 2010, 906 f.; Richardi, in: Richardi, BetrVG, § 1 Rn. 28, 30; Schmidt, in: Hanau u. a., FS für Küttner, S. 499 (499); vgl. Sieg/Maschmann, Unternehmensumstrukturierung aus arbeitsrechtlicher Sicht, S. 168 Rn. 376, S. 171 Rn. 380.

bb) Der Zusammenschluss von Betrieben

Der Zusammenschluss von Betrieben kann durch zwei Gestaltungsformen erfolgen. Zum einen können sich zwei selbständige Betriebe zu einer neuen Einheit verbinden, so dass ein neuer Betrieb mit eigener Identität entsteht. Zum anderen kann ein bereits bestehender Betrieb einen anderen aufnehmen, der aufnehmende Betrieb behält dann seine Organisation bei.³⁶⁴ Entscheidend ist letztlich die Änderung der Leitungsorganisation der bisher selbständigen Betriebe.³⁶⁵

Angewandt auf die Gestaltungsmöglichkeiten mittels eines echten Betriebsführungsvertrages heißt dies folgendes:

aaa) Betriebsführer übernimmt die Leitung zweier selbständiger Betriebe

Bestehen zwei selbständige Betriebe (A + B) mit jeweils eigener Leitungsorganisation und übernimmt nun **ein** Betriebsführer – durch (s)**ein** Leitungsorgan – die einheitliche Führung beider Betriebe, d. h. werden ihm als Leitungsorgan alle **wesentlichen** Funktionen des Arbeitgebers in personellen und sozialen Angelegenheiten übertragen, dann werden diese beiden Betriebe zu einem Betrieb (C = A + B) zusammengeschlossen. **Zwei selbständige Betriebe werden zu einer neuen Einheit verbunden.** Dass der Betriebsführer infolge eines echten Betriebsführungsvertrages nicht Arbeitgeber der Arbeitnehmer des Eigentümers wird und die Arbeitgeberfunktionen nur im fremden Namen für den Eigentümer ausübt, ist für die Beurteilung des Zusammenschlusses von Betrieben nicht ausschlaggebend, da es gerade nur auf die **betrieblich** organisierte Leitungsstruktur ankommt und die Betriebsleitung mit der Unternehmensleitung (dem Arbeitgeber) nicht identisch sein muss.

Dabei ist unerheblich, ob die Unternehmensleitung ihr Weisungsrecht nach § 665 BGB – was in der Praxis oft für typische/alltägliche Geschäfte ausgeschlossen ist – vollständig behält und/oder sich offenhält, wichtige Fragen immer selbst zu entscheiden.³⁶⁶ Letztlich müssen dem Betriebsführer zumindest die wesentlichen Leitungsbefugnisse in personellen und sozialen Angelegenheiten zur unmittelbaren selbständigen Ausübung überlassen wer-

³⁶⁴ Schweibert, in: Willemsen u. a., Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, C Rn. 53; Annuß, in: Richardi, BetrVG, § 111 Rn. 97; Bauer/Göpfert/Haußmann/Krieger, Umstrukturierung, S. 221 Rn. 23; Fitting, BetrVG, 111 Rn. 84.

³⁶⁵ Kania, in: Müller-Glöge u. a., ErfK., Rn. 15 zu § 111 BetrVG; Hohenstatt/Willemsen, in: Henssler u. a., Arbeitsrecht Kommentar, Rn. 38 zu § 111 BetrVG.

³⁶⁶ BAG, Beschl. v. 23.09.1982 – 6 ABR 42/81, BAGE 40, 163 f.; BAG, Beschl. v. 07.05.2008 – 7 ABR 15/07, NZA 2009, 328 (328); BAG, Beschl. v. 09.12.2009 – 7 ABR 38/08, NZA 2010, 906 f.; Richardi, in: Richardi, BetrVG, § 1 Rn. 28, 30.

C. Auswirkungen auf das Arbeitsrecht

den.³⁶⁷ Wie bei jedem Leitungsorgan heißt dies aber gerade nicht, dass ein weisungsgebundener **Einfluss** der Unternehmensleitung ausgeschlossen sein muss.

bbb) Betriebsführer übernimmt die Leitung eines weiteren Betriebs

Die zweite Gestaltungsmöglichkeit (durch Aufnahme eines Betriebs) liegt vor, wenn Betrieb A bereits von dem Leitungsorgan eines Betriebsführers geführt würde und sich der Eigentümer und der Betriebsführer dazu entscheiden diesem Betrieb A auch noch den Betrieb B zuzuordnen (A(+B)). Der Betriebsführer (dessen Leitungsorgan) behält dann die Leitungsbefugnis über A und erhält zudem die Leitungsbefugnis über den Betrieb B. Der Betrieb B wird dem Leitungsapparat von A zugeordnet. **Ein bereits bestehender Betrieb nimmt so einen anderen auf und behält dabei seine Organisation bei.**³⁶⁸

cc) Die Spaltung von Betrieben

Bei einem echten Betriebsführungsvertrag kommt lediglich die unternehmensinterne Betriebsaufspaltung/reine **Betriebsspaltung**³⁶⁹ durch Änderung der Organisationsstrukturen in Betracht. Beispielsweise kann eine **zentrale** Organisationsstruktur (A-AG = Produktion + Vertrieb + Verwaltung) durch Übertragung aller **wesentlichen** Funktionen des Arbeitgebers in personellen und sozialen Angelegenheiten getrennt für die Produktion, den Vertrieb und die Verwaltung auf **jeweils** einen Betriebsführer (B1 + B2 + B3) in eine **dezentrale** Organisationsstruktur gewandelt werden. So erfolgt eine Aufspaltung des zentral durch einen Leitungsapparat geführten Unternehmens (A-AG = Unternehmen = Betrieb) in drei selbständige durch verschiedene Leitungsapparate geführten Betriebe (B1 leitet die Produktion, B2 leitet den Vertrieb und B3 leitet die Verwaltung). Eine Änderung der gesellschaftlichen Struktur ist dafür nicht notwendig.

³⁶⁷ BAG, Beschl. v. 23.09.1982 – 6 ABR 42/81, BAGE 40, 163 f.; BAG, Beschl. v. 07.05.2008 – 7 ABR 15/07, NZA 2009, 328 (328); BAG, Beschl. v. 09.12.2009 – 7 ABR 38/08, NZA 2010, 906 f.; Richardi, in: Richardi, BetrVG, § 1 Rn. 28, 30; Schmidt, in: Hanau u. a., FS für Küttner, S. 499 (499).

³⁶⁸ Vgl. Schweibert, in: Willemsen u. a., Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, C Rn. 53, 54; Annuß, in: Richardi, BetrVG, § 111 Rn. 97.

³⁶⁹ Hierzu: Kania, in: Müller-Glöge u. a., ErfK., Rn. 16 zu § 111 BetrVG; Schweibert, in: Willemsen u. a., Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, C Rn. 58, 59.

dd) Besonderheiten, wenn der Betriebsführer eigene Arbeitnehmer in den zu führenden Betrieb mitbringt

aaa) Das Vorliegen eines gemeinsamen Betriebs – Regelfall –

Soweit der Betriebsführer eigene Arbeitnehmer in den Betrieb des Eigentümers mitbringt und es sich aufgrund der konkreten Fallgestaltung ergibt, dass der zu führende Betrieb des Eigentümers und der Betrieb des Betriebsführers aufgrund eines unternehmensübergreifenden Leitungsapparats einen gemeinsamen Betrieb nach § 1 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 BetrVG darstellen – was der Regelfall sein wird –³⁷⁰, hat dies auch Auswirkungen auf die Betriebsstrukturen beider Unternehmen.

Der gemeinsame Betrieb konstituiert dabei kein eigenes Unternehmen, sondern trägt dem Umstand Rechnung, dass der Eigentümer und der Betriebsführer eine gemeinsame arbeitsrechtliche Organisation, nämlich einen gemeinsamen Betrieb i. S. d. BetrVG bilden. Anders als in dem Normalfall eines Betriebs nach § 1 Abs. 1 S. 1 BetrVG werden die sächlichen und persönlichen Betriebsmittel nicht einem, sondern zwei Rechtsträgern zugeordnet.³⁷¹ Der gemeinsame Betrieb wird grds. wie ein Betrieb eines Unternehmens behandelt.³⁷² Der Betriebsführer übernimmt die Gestaltung der arbeitsvertraglichen Beziehung und die Organisation des betrieblichen Geschehens im gemeinsamen Betrieb. Dabei wird er die unmittelbare Leitung des Betriebs und die Ausübung der Weisungsrechte in aller Regel einheitlich für alle Arbeitnehmer ausüben.³⁷³

bbb) Kein Vorliegen eines gemeinsamen Betriebs – Ausnahmefall –

Liegt ein gemeinsamer Betrieb ausnahmsweise nicht vor,³⁷⁴ ergeben sich für die Betriebsstrukturen keine Besonderheiten. Es stehen sich zwei selbständige Rechtsträger, nämlich der Eigentümer und der Betriebsführer gegenüber. Die Abgrenzung der einzelnen Betriebe muss für jeden Rechtsträger selbständig nach der jeweiligen Leitungsstruktur vorgenommen werden. Für den Eigentümer können die Strukturen mittels Einführung des Betriebs-

³⁷⁰ Siehe hierzu vorangegangene Ausführungen unter C. I. 3. a) bb) aaa).

³⁷¹ Koch, in: Müller-Glöge u. a., ErfK., Rn. 13, 16 zu § 1 BetrVG; Richardi, in: Richardi, BetrVG, § 1 Rn. 60, 81.

³⁷² Gaul, in: Henssler u. a., Arbeitsrecht Kommentar, Rn. 12, 25 zu § 1 BetrVG.

³⁷³ Siehe hierzu vorangegangene Ausführungen unter C. I. 3. a) bb) aaa).

³⁷⁴ Siehe hierzu vorangegangene Ausführungen unter C. I. 3. a) bb) bbb).

C. Auswirkungen auf das Arbeitsrecht

führungsvertrages nach den vorangegangenen Ausführungen unter aa) bis cc) verändert werden.

b) Unechter Betriebsführungsvertrag

Wie bereits oben unter C. I. 2. b) und C. I. 3. b) erläutert wurde, hat der Abschluss eines unechten Betriebsführungsvertrages für die Arbeitnehmer des Eigentümers grds. einen Übergang ihrer Arbeitsverhältnisse nach § 613a BGB auf den Betriebsführer zur Folge, soweit ihr Arbeitsbereich von der Betriebsführung betroffen ist.

aa) Keine Veränderungen in der Struktur

Der bloße Übergang eines bestehenden Betriebs auf einen anderen Betriebsinhaber (neuer Arbeitgeber und Betriebsinhaber ist der Betriebsführer) berührt allerdings noch nicht die Identität des Betriebs, wenn der Betrieb auch nach der Übertragung in seiner organisatorischen Einheit fortbesteht. Zweck des § 613a BGB ist es gerade, neben der Erhaltung der Arbeitsplätze und der Haftung des alten und neuen Arbeitgebers, die Kontinuität des amtierenden Betriebsrates zu gewährleisten.³⁷⁵

bb) Der Zusammenschluss von Betrieben

Ausgangspunkt für die Frage des Zusammenschlusses von Betrieben ist derselbe wie bei einem echten Betriebsführungsvertrag,³⁷⁶ denn es ist auch hier alleine auf die **betriebliche** Ebene abzustellen. Der Betriebsübergang nach § 613a BGB hat ohne Veränderung der organisatorischen Einheit keine Auswirkungen auf der betrieblichen, sondern infolge des Rechtsträgerwechsels (Arbeitgeberwechsels) nur auf der unternehmerischen Ebene. Hierzu sei auf nachfolgende Beispiele hingewiesen:

³⁷⁵ BAG, Urt. v. 17.01.1980 – 3 AZR 160/79, BAGE 32, 326 f.; BAG, Beschl. v. 05.02.1991 – 1 ABR 32/90, BAGE 67, 168 f.; Maschmann, NZA-Beil. 2009, 32 (33); Richardi, in: Richardi, BetrVG, § 1 Rn. 88; Preis, in: Müller-Glöge u. a., ErfK., Rn. 128 ff. zu § 613a BGB; Müller-Glöge, in: Sacker/Rixecker, MüKo-BGB, Bd. 4, § 613a Rn. 71; Bauer/Göpfert/Haußmann/Krieger, Umstrukturierung, S. 216 Rn. 1; Sieg/Maschmann, Unternehmensumstrukturierung aus arbeitsrechtlicher Sicht, S. 164 Rn. 371.

³⁷⁶ vgl. hierzu bereits oben unter C. II. 1. a) bb).

C. Auswirkungen auf das Arbeitsrecht

aaa) Betriebsführer übernimmt die Leitung zweier selbständiger Betriebe

Übernimmt ein Betriebsführer die **einheitliche** Leitung von zwei selbständigen Betrieben (A + B), gehen diese nach § 613a BGB über und gelten dann bei dem Betriebsführer als zusammengeschlossen (C = A + B).

bbb) Betriebsführer übernimmt die Leitung eines weiteren Betriebs

Leitet der Betriebsführer bereits selbst einen eigenen Betrieb (A) im eigenen Namen und kommt kraft Betriebsübergang ein weiterer Betrieb (B) hinzu, werden auch diese Betriebe beim Betriebsführer zu einem Betrieb zusammengeschlossen (A(+B)), wenn der Betriebsführer selbst einen **einheitlichen** Leitungsapparat für beide Betriebe vorsieht.

Es ergeben sich im Ergebnis also keine Besonderheiten. Die Problematik, ob ein gemeinsamer Betrieb mehrerer Unternehmen vorliegt, wenn der Betriebsführer eigene Mitarbeiter „mitbringt“, entfällt hier, da der Betrieb oder Betriebsteil des Eigentümers auf den Betriebsführer übergeht und die Betriebe nur noch einem Rechtsträger (Unternehmen = Betriebsführer) zugerechnet werden können. Denn durch den Unternehmensbegriff werden auch die Grenzen eines betriebsverfassungsrechtlichen Repräsentationsbereichs festgelegt, der lediglich von Gesetzes wegen bei einem gemeinsamen Betrieb mehrerer Unternehmen erweitert werden kann.³⁷⁷ Im Ergebnis kommt es auf die Leitungsstrukturen beim Betriebsführer an, um entscheiden zu können, welche Betriebsstrukturen bestehen.

cc) Die Spaltung von Betrieben

Zunächst einmal gilt auch hier der Grundsatz, dass der reine Betriebsübergang nach § 613a BGB (also ohne Veränderung der organisatorischen Einheit) keine Auswirkungen auf betrieblicher Ebene hat und somit auch keine Betriebsspaltung auslösen kann.

Erst durch die Übertragung eines **Betriebsteils** auf einen anderen Betriebsinhaber (den Betriebsführer) entsteht eine Spaltung.³⁷⁸ Der unechte Betriebsführungsvertrag führt dann sowohl zu einer Änderung auf betrieblicher, als auch auf Unternehmensebene. Diese Vari-

³⁷⁷ BAG, Beschl. v. 02.11.1993 – 1 ABR 36/93, BAGE 75, 24 f.; *Richardi*, in: *Richardi, BetrVG*, § 1 Rn. 43, 55; *Trümner*, in: *Däubler u. a., BetrVG*, § 5 Rn. 13, 29; *Wißmann*, NZA 2001, 409 (410).

³⁷⁸ *Preis*, in: *Müller-Glöge u. a., ErfK.*, Rn. 128 ff. zu § 613a BGB; *Müller-Glöge*, in: *Säcker/Rixecker, MüKo-BGB*, Bd. 4, § 613a Rn. 71; *Maschmann*, NZA-Beil. 2009, 32 (34).

C. Auswirkungen auf das Arbeitsrecht

ante bietet für den Eigentümer insb. in der nachfolgenden Fallkonstellation eine interessante Gestaltungsmöglichkeit:

Die A-AG leitet den Produktionszweig 1 (P1), den Produktionszweig 2 (P2) und die Verwaltung (V) zentral durch einen Vorstand der A-AG. Die kleinere Produktionspalette (P2) passt nicht zu der ursprünglichen Produktpalette (P1) mit der sich das Unternehmen identifiziert. Die A-AG will sich zukünftig nur noch auf ihr Kerngeschäft (P1) konzentrieren. Sie will aber den Einfluss (z. B. in Form eines Weisungsrechts) auf P2, sowie das Eigentum der Betriebsmittel an P2 nicht verlieren. Weiter will sie sich offenhalten, P2 später einmal wieder selbst zu führen. Zu diesem Zweck gründet die A-AG nun die Betriebsführungsgesellschaft B1 und überträgt ihr durch den Abschluss eines unechten Betriebsführungsvertrages für die nächsten Jahre die selbständige Leitung über P2, also die Leitung im eigenen Namen. P2 geht so nach § 613a BGB auf B1 über und der Betrieb (P1 + P2 + V) wird in zwei Betriebe (P1 + V und P2) auf zwei Unternehmen (A-AG mit dem Betrieb P1 + V und B1 mit dem Betrieb P2) aufgespalten.

2. Auswirkungen auf die Zusammensetzung bestehender Betriebsräte

Im Rahmen der Einführung eines Betriebsführungsvertrages können sich Auswirkungen auf die Zusammensetzung bestehender Betriebsräte ergeben. Diese folgen aus den allgemeinen Grundsätzen der §§ 21a, 21b BetrVG.

a) *Echter Betriebsführungsvertrag*

Die bloße Übernahme der Leitung durch einen Betriebsführer ohne Veränderung der **organisatorischen Einheiten** (Erhaltung der Identität eines Betriebs oder Betriebsteils) hat keine Auswirkungen auf die Arbeitgeberstellung oder den Betrieb. Daher gibt es auch keine Auswirkungen auf die Zusammensetzung der Betriebsräte der einzelnen Betriebe. Insofern wird lediglich das jeweilige Leitungsorgan ausgetauscht.

Etwas anderes gilt, wenn es im Rahmen der Betriebsführung zu einer Spaltung oder einem Zusammenschluss von Betrieben kommt. Dann gelten die Grundsätze der §§ 21a, 21b BetrVG.³⁷⁹

³⁷⁹ Vgl. *Hohenstatt*, in: Willemsen u. a., Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, D Rn. 49-53, 64-69, 74-97; *Bauer/Göpfert/Haußmann/Krieger*, Umstrukturierung, S. 216 ff.; gute Übersicht bei: *Thüsing*, in: Richardi, BetrVG, § 21a Rn. 8, 14; *Maschmann*, NZA-Beil. 2009, 32 (34).

C. Auswirkungen auf das Arbeitsrecht

Anders als es der Wortlaut der §§ 21a, 21b BetrVG vermuten ließe, führt allerdings nicht jede betriebliche Organisationsänderung, insb. nicht jeder Spaltungsvorgang und auch nicht jede Zusammenführung zweier oder mehrerer Betriebe, zur Anwendung der §§ 21a, 21b BetrVG. Soweit nämlich Betriebe an der Spaltung oder an dem Zusammenschluss beteiligt sind, die ihre **Identität erhalten**, bleiben deren Betriebsräte weiterhin im Amt, so dass es eines Übergangsmandats nicht bedarf. Ob in diesen Betrieben dennoch Neuwahlen stattzufinden haben, richtet sich nach § 13 Abs. 2 Nr. 1, 2 BetrVG.³⁸⁰ Wann ein Betrieb oder Betriebsteil seine Identität wahrt, ist nach den konkreten Umständen des Einzelfalls zu beurteilen. Indizien hierfür können insb. der Betriebszweck, die Beibehaltung der Organisationsstruktur, der Fortbestand des Leitungsapparats und die Anzahl der von der Organisationsänderung betroffenen Arbeitnehmer sein.³⁸¹ Verliert ein Betrieb infolge der Umstrukturierung seine Identität, bedeutet dies bei einem **Spaltungsvorgang**, dass ein Übergangsmandat nach § 21a BetrVG für diesen Betrieb besteht, soweit er betriebsratsfähig bleibt. Bei einer **Zusammenfassung** von Betrieben wird der seine Identität verlierende Betrieb entweder in einen seine Identität bewahrenden Betrieb eingegliedert, so dass der dortige Betriebsrat im Amt bleibt, oder aber es kommt zu einer Zusammenfassung nach § 21a Abs. 2 BetrVG, soweit alle zusammengefassten Betriebe ihre Identität verlieren. Dann übernimmt der Betriebsrat des größten an dem Zusammenschluss beteiligten Betriebs das Übergangsmandat, soweit dort ein Betriebsrat besteht.³⁸²

Zum Verständnis sollen hierzu drei kurze Beispiele, bezogen auf den Betriebsführungsvertrag angeführt werden:

aa) Betriebsführer übernimmt die Leitung eines Betriebsteils

Bei einer **zentralen** Organisationsstruktur (A-AG = Produktion 1 (P1) + Produktion 2 (P2) + Vertrieb + Verwaltung) soll die Produktion (P2), die nicht zum großen Kerngeschäft

³⁸⁰ BAG, Urt. v. 19.11.2003 – 7 AZR 11/03, BAGE 109, 1 f.; BAG, Urt. v. 31.05.2000 – 7 ABR 78/98, BAGE 95, 15 f.; Reichold, in: Henssler u. a., Arbeitsrecht Kommentar, Rn. 1, 8, 9 zu § 21a BetrVG; Bauer/Göpfert/Haußmann/Krieger, Umstrukturierung, S. 217 Rn. 3 ff.; Fitting, BetrVG, § 21a Rn. 6 ff.; Thüsing, in: Richardi, BetrVG, § 21a Rn. 2; Rieble, NZA 2002, 233 (234); Löwisch/Schmidt-Kessel, BB 2001, 2162 (2163, 2164); vgl. Fischer, RdA, 2005, 39 (41 ff.).

³⁸¹ Thüsing, in: Richardi, BetrVG, § 21a Rn. 5; Reichold, in: Henssler u. a., Arbeitsrecht Kommentar, Rn. 8, 9 zu § 21a BetrVG; Bauer/Göpfert/Haußmann/Krieger, Umstrukturierung, S. 217 Rn. 4 ff.; Fischer, RdA 2005, 39 (42 ff.); für die Frage, ob sich die Identität eines Betriebs geändert hat, kann auf die zu § 613a BGB entwickelten Kriterien zurückgegriffen werden: vgl. Fitting, BetrVG, § 21a Rn. 7, 9; Thüsing, in: Richardi, BetrVG, § 21a Rn. 5; zu den Kriterien im Rahmen des § 613a BGB siehe oben unter C. I. 2. b) aa) 1).

³⁸² Löwisch/Schmidt-Kessel, BB 2001, 2162 (2163, 2164); Thüsing, in: Richardi, BetrVG, § 21a Rn. 8, 14; Reichold, in: Henssler u. a., Arbeitsrecht Kommentar, Rn. 9 zu § 21a BetrVG; Fischer, RdA 2005, 39 (40 ff.).

C. Auswirkungen auf das Arbeitsrecht

gehört, einem Betriebsführer überlassen werden. P2 soll jedoch weiter unter dem Namen der A-AG geführt werden, um die „Corporate Identity“ nicht zu verlieren, so dass nur der echte Betriebsführungsvertrag in Betracht kommt. Der Betriebsführer erhält alle wesentlichen Entscheidungsbefugnisse in den personellen und sozialen Angelegenheiten. Infolge der Umstrukturierung entstehen so zwei Betriebe, Betrieb 1 ($B1 = P1 + \text{Vertrieb} + \text{Verwaltung}$) und Betrieb 2 ($B2 = P2$). Es kommt zu einer **Abspaltung** des – nicht identitätsprägenden – Bereichs P2. Folge davon ist, dass P2 seine Identität verliert, so dass sich bei fortbestehender Betriebsratsfähigkeit ein Übergangsmandat nach § 21 a Abs. 1 BetrVG ergibt. B1 (= P1 + Vertrieb + Verwaltung) behält dagegen seine Identität nach der Abspaltung der Produktion (P2) weiter, so dass der dortige Betriebsrat fortbesteht. Ein Übergangsmandats bedarf es also nicht. Allenfalls können Betriebsratswahlen nach § 13 Abs. 2 Nr. 1, 2 BetrVG – nach Nr. 2 wegen den §§ 24 Nr. 4, 25 BetrVG – in Betracht kommen.

bb) Betriebsführer übernimmt die Leitung zweier selbständiger Betriebe

Es besteht dieselbe Situation wie im Beispiel oben unter C. II. 1. a) bb) aaa). Zwei selbständige Betriebe ($A + B$) mit jeweils eigener Leitungsorganisation werden von einem externen Betriebsführer durch Übertragung aller **wesentlichen** Leitungsfunktionen übernommen, so dass diese beiden selbständigen Betriebe zu einem neuen Betrieb ($C = A + B$) durch eine einheitliche Leitung zusammengeschlossen werden. Beide Betriebe verlieren in dieser Fallgestaltung ihre Identität, so dass dem Betriebsrat des größten Betriebs das Übergangsmandat nach § 21a Abs. 2 zukommt.

cc) Betriebsführer übernimmt die Leitung eines weiteren Betriebs

Wenn dagegen wie im Beispiel oben unter C. II. 1. a) bb) bbb) der Betrieb A bereits von einem Betriebsführer geleitet wird und dieser Betriebsführer auch noch die Leitung des kleineren Betriebs B übernimmt ($A(+B)$), dann wird der identitätsverlierende Betrieb (B) in den identitätsbewahrenden Betrieb (A) eingegliedert, so dass der Betriebsrat von A weiter regulär im Amt bleibt.

dd) Besonderheiten, wenn der Betriebsführer eigene Arbeitnehmer in den zu führenden Betrieb mitbringt.

aaa) Das Vorliegen eines gemeinsamen Betriebs – Regelfall –

Entsteht **ein gemeinsamer Betrieb** nach § 1 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 BetrVG,³⁸³ ergeben sich für die betroffenen Betriebsräte beider Unternehmen Konsequenzen. Dies ergibt sich bereits daraus, dass für den gemeinsamen Betrieb nur (noch) **ein** gemeinsamer Betriebsrat zu bilden ist.³⁸⁴ Erfolgt der gemeinsame Betrieb durch die **Zusammenlegung** der – nun von einem neuen gemeinsamen einheitlichen Leitungsapparat erfassten – Betriebe des Eigentümers und des Betriebsführers, scheiden die betroffenen Arbeitnehmer aus ihrer bisherigen Betriebsverfassung aus und werden im Wege des nach § 21a Abs. 2 BetrVG begründeten **Übergangsmandats** von dem Betriebsrat des größten Betriebs vertreten. Für den gemeinsamen Betrieb wird ein **neuer** eigenständiger Betriebsrat gewählt, denn die Betriebe verlieren infolge der neuen Organisationsstruktur und des neuen Leitungsapparats ihre Identität.³⁸⁵ Denkbar ist in diesem Zusammenhang aber auch, dass die Zusammenlegung der Betriebe des Eigentümers und des Betriebsführers zum gemeinsamen Betrieb durch **Eingliederung** eines der Betriebe in den anderen geschieht, soweit letzterer seine Identität bewahrt. Für ein Übergangsmandat wäre in diesem Fall kein Raum, so dass nur der Betriebsrat des „aufnehmenden“ Betriebs für die Angelegenheiten des gemeinsamen Betriebs und dessen Belegschaft im Amt bleibt.³⁸⁶ Erfolgt die Entstehung eines gemeinsamen Betriebs dabei durch Spaltung eines Betriebs beim Eigentümer oder Betriebsführer, so dass ein Teil eines Betriebs beim Eigentümer bzw. Betriebsführer verbleibt und der übrige Teil des Betriebs durch Zusammenlegung einen gemeinsamen Betrieb ergibt, sind auch für die jeweils beim Eigentümer oder Betriebsführer zurückgebliebenen Betriebsteile die allgemeinen Grundsätze zu §§ 21a, 21b BetrVG zu beachten. Werden diese identitätswahrend fortgeführt, bleibt der bisherige Betriebsrat weiterhin im Amt (Abspaltung). Verlieren sie dagegen ihre Identität und werden nicht mit anderen Betrieben zusammengelegt bzw. in

³⁸³ Hierzu bereits ausführlich oben unter C. I. 3. a) bb) aaa).

³⁸⁴ BAG, Beschl. v. 17.01.1978 – 1 ABR 71/76, BAGE 30, 12 f.; BAG, Beschl. v. 25.11.1980 – 6 ABR 108/78, DB 1981, 1047 f.

³⁸⁵ Koch, in: Müller-Glöge u. a., ErfK., Rn. 16 zu § 1 BetrVG; Trümner, in: Däubler u. a., BetrVG, § 1 Rn. 162; Löwisch/Schmidt-Kessel, BB 2001, 2162 (2164); Fischer, RdA 2005, 39 (44).

³⁸⁶ BAG, Urt. v. 19.11.2003 – 7 AZR 11/03, BAGE 109, 1 f.; Trümner, in: Däubler u. a., BetrVG, § 1 Rn. 162; Rieble, NZA 2002, 233 (238); a. A. Fischer, RdA 2005, 39 (44) der die Möglichkeit einer Eingliederung ablehnt.

C. Auswirkungen auf das Arbeitsrecht

andere Betriebe eingegliedert, führt dies bei fortbestehender Betriebsratsfähigkeit zu einem Übergangsmandat nach § 21a BetrVG.³⁸⁷

Zur Verdeutlichung soll nachfolgendes Beispiel gebildet werden:

Die A-AG mit ihrer **zentralen** Organisationsstruktur (A-AG = Betrieb (EB) = Produktion 1 (P1) + Produktion 2 (P2) + Vertrieb + Verwaltung) will die kleinere Produktion (P2) einem Betriebsführer, der B-AG (B-AG = Betrieb (BB) = Dienstleistung (D1) + (kleine) Verwaltung) übertragen. Aus den selbständigen Betrieben P2 + D1 wird ein gemeinsamer Betrieb, mit einem eigenständigen neuen Leitungsapparat (P2 + D1).

Der gemeinsame Betrieb entsteht somit durch die Zusammenlegung von P2 (des Eigentümers) und D1 (des Betriebsführers). Die Betriebsteile verlieren im vorliegenden Beispiel ihre Identität und werden nicht in einen neuen Betrieb eingegliedert, so dass im Wege des § 21a Abs. 2 BetrVG ein **Übergangsmandat** für den Betriebsrat des größten Betriebs (i. d. R. der Eigentümerbetrieb) entsteht. Die Abspaltung von P2 aus dem Betrieb (EB) führt dort zu keinem Identitätsverlust, so dass der dortige Betriebsrat – wenn kein Fall des § 13 BetrVG eintritt – unverändert fortbesteht. Dagegen kommt ein Übergangsmandat nach § 21a Abs. 1 BetrVG bei der Spaltung des Betriebs (BB) in Betracht, wenn der Betrieb (BB-Neu = Verwaltung) seine Identität, bspw. infolge eines neuen Leistungsorgans oder aufgrund seiner geringen Größe bzw. seiner geringen Bedeutung zu dem ursprünglichen Gesamtbetrieb (BB) verliert und er betriebsratsfähig bleibt.

bbb) Kein Vorliegen eines gemeinsamen Betriebs – Ausnahmefall –

Entsteht ausnahmsweise **kein** gemeinsamer Betrieb nach § 1 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 BetrVG³⁸⁸ und wurden beim Betriebsführer Betriebsräte gewählt, gibt es beim Eigentümer und beim Betriebsführer jeweils in der Bestellung und Funktion völlig unabhängige Betriebsräte.³⁸⁹ Es ergeben sich insoweit keine Besonderheiten zu den vorangegangenen Ausführungen vor dem Abschnitt dd), insb. keine Auswirkungen – durch die Mitnahme der Arbeitnehmer des Betriebsführers – auf die Zusammensetzung der jeweils getrennt zu behandelnden Betriebsräte.

³⁸⁷ Vgl. *Thüsing*, in: Richardi, BetrVG, § 21a Rn. 8.

³⁸⁸ Hierzu bereits oben unter C. I. 3. a) bb) bbb).

³⁸⁹ *Rüthers*, BB 1977, 605 (612).

b) Unechter Betriebsführungsvertrag

Ein bloßer Arbeitgeber-/Betriebsinhaberwechsel (§ 613a BGB) hat keine Auswirkungen auf die einzelnen Mitglieder des Betriebsrats, wenn der Betrieb auch nach der Übertragung in seiner organisatorischen Einheit fortbesteht.³⁹⁰ § 13 Abs. 2 BetrVG greift nicht.³⁹¹

Nur soweit es im Zusammenhang mit dem unechten Betriebsführungsvertrag zu einer Spaltung oder einem Zusammenschluss von Betrieben kommt, gelten die Folgen der §§ 21a (Abs. 3), 21b BetrVG.³⁹² Dabei kann kein gemeinsamer Betrieb entstehen, weshalb diese Problematik entfällt. Auf die Beispiele unter C. II. 1. b) bb) und cc) angewandt, heißt dies folgendes:

aa) Betriebsführer übernimmt die Leitung zweier selbständiger Betriebe

Im Beispiel C. II. 1. b) bb) aaa) ist davon auszugehen, dass die Betriebe A und B ihre Identität verlieren, so dass der Betriebsrat des größeren Betriebs das Übergangsmandat nach § 21 a Abs. 2, 3 BetrVG für den Betrieb C wahrnimmt, soweit im größeren Betrieb bereits ein Betriebsrat besteht.

bb) Betriebsführer übernimmt die Leitung eines weiteren Betriebs

Im Beispiel C. II. 1. b) bb) bbb) wird dagegen der Betrieb B in den nach der Leitungsorganisation fortbestehenden Betrieb A eingegliedert, wenn der Betrieb A im Gegensatz zum Betrieb B seine Identität behält, bspw. wenn Betrieb A wesentlich größer ist und den Betriebszweck prägt. Der Betriebsrat des Betriebs A besteht somit fort.

cc) Betriebsführer übernimmt die Leitung eines Betriebsteils

Für das Beispiel unter C. II. 1. b) cc) kann man davon ausgehen, dass P2 unter Identitätsverlust von dem Betrieb (P1 + P2 + V) abgespalten wird, so dass der Betrieb (P1 + V) seine Identität behält. Folge davon ist, dass der Betriebsrat der A-AG von dem Betrieb (P1 +

³⁹⁰ Siehe hierzu bereits oben unter C. II. 1. b) aa).

³⁹¹ Fenzl, Betriebspacht-, Betriebsüberlassungs- und Betriebsführungsverträge in der Konzernpraxis, Rn. 479, 492; Thüsing, in: Richardi, BetrVG, § 21a Rn. 4.

³⁹² Thüsing, in: Richardi, BetrVG, § 21a Rn. 4; Reichold, in: Henssler u. a., Arbeitsrecht Kommentar, Rn. 4, 19 zu § 21a BetrVG; zum Zusammenschluss und der Spaltung von Betrieben im Rahmen eines unechten Betriebsführungsvertrages, siehe bereits oben unter C. II. 1. b); zu den allgemeinen Grundsätzen der §§ 21a, 21b BetrVG, vgl. oben unter C. II. 2. a).

C. Auswirkungen auf das Arbeitsrecht

P2 + V) für den Betrieb (P1 + V) im Rahmen seiner regulären Amtszeit **fortbesteht**, soweit nicht die §§ 13, 24 BetrVG dies verhindern. Für den Betrieb (P2) entsteht für den Betriebsrat des Ursprungsbetriebs (P1 + P2 + V) ein **Übergangsmandat** nach § 21 a Abs. 1, 3 BetrVG. Dabei ist unerheblich, dass für P2 ein Betriebsübergang mit der Konsequenz einer Änderung des Rechtsträgers (Arbeitgebers) stattgefunden hat.³⁹³

3. Auswirkungen auf die Zuständigkeit der Betriebsräte

Wie bereits oben unter C. I. 3. einleitend ausgeführt wurde, knüpft das BetrVG an die Arbeitgeber-Arbeitnehmer-Beziehung an. Die durch Wahl gebildete Arbeitnehmervertretung wird an bestimmten Entscheidungen des Arbeitgebers durch die im Gesetz festgelegten Mitwirkungs- und Mitbestimmungsrechte beteiligt. Der Gesetzgeber hatte dabei ein einfaches zweipoliges Modell (Arbeitgeber und Betriebsrat stehen sich gegenüber) vor Augen, sog. dualistisches Modell. Den Rahmen dieser Beziehung (Repräsentationsbereich³⁹⁴) zieht der Betrieb i. S. d. BetrVG. Das BetrVG ist auf diesen Rahmen ausgelegt.³⁹⁵ Der Betriebsrat repräsentiert die Belegschaft eines Betriebs und ist nicht Vertretung irgendwelcher Arbeitnehmergruppen innerhalb eines Unternehmens.³⁹⁶ Er ist somit für die Belange seiner Belegschaft und die Angelegenheiten **dieses** Betriebs zuständig.³⁹⁷

Bei der Frage nach der Zuständigkeit eines Betriebsrats reicht es alleine nicht aus zu prüfen, ob ein Arbeitsverhältnis zwischen Arbeitnehmer und dem Inhaber eines Betriebs besteht, sondern es muss darüber hinaus überprüft werden, ob der Arbeitnehmer betriebsverfassungsrechtlich einem bestimmten Betrieb zugeordnet werden kann und so auch im betriebsverfassungsrechtlichen Sinn Arbeitnehmer „des Betriebs“ ist (Betriebszugehörigkeit eines Arbeitnehmers). Schwierigkeiten in der Beurteilung bestehen beim Arbeitseinsatz von Arbeitnehmern in Drittbetrieben (sog. drittbezogener Personaleinsatz).³⁹⁸

³⁹³ Vgl. *Reichold*, in: Henssler u. a., Arbeitsrecht Kommentar, Rn. 20 zu § 21a BetrVG; *Rieble*, NZA 2002, 233 (235, 236).

³⁹⁴ *Richardi*, in: Richardi, BetrVG, § 1 Rn. 8.

³⁹⁵ Ggf. entsteht aus den Betrieben heraus ein Gesamtbetriebsrat nach §§ 47 ff. BetrVG und ein Konzernbetriebsrat nach §§ 54 ff. BetrVG.

³⁹⁶ *Richardi*, in: Richardi, BetrVG, § 1 Rn. 13; *Trümner*, in: Däubler u. a., BetrVG, § 5 Rn. 13; *Gaul*, in: Henssler u. a., Arbeitsrecht Kommentar, Rn. 5 zu § 1 BetrVG; *Rost*, NZA 1999, 113 (117).

³⁹⁷ *Richardi*, in: Richardi, BetrVG, Rn. 83 zu „Einleitung“.

³⁹⁸ Siehe hierzu bereits oben einleitend unter C. I. 3.

a) Echter Betriebsführungsvertrag

aa) Kein Einsatz von eigenen Arbeitnehmern des Betriebsführers im Eigentümerbetrieb

Ein Betriebsrat des **Eigentümerunternehmens** ist für alle betriebsverfassungsrechtlichen Belange desjenigen Betriebs zuständig, in dem er gewählt wurde und entsprechend der durch die Wahlen erfolgten Legitimation, für solche Angelegenheiten, welche die **betriebszugehörigen Arbeitnehmer** dieses Eigentümerbetriebs betreffen.

Dabei ergeben sich hier keine besonderen Schwierigkeiten. Als betriebszugehörige Arbeitnehmer sind bei einem von der Betriebsführung erfassten Betrieb alle Arbeitnehmer des Eigentümers anzusehen, die in diesem Betrieb auch nach Einführung des Betriebsführungsvertrages beschäftigt werden. Durch die Einführung des echten Betriebsführungsvertrages ändert sich an dieser Zuständigkeit nichts, da das Arbeitsverhältnis zum Eigentümer fortbesteht und der Betriebsführer gegenüber den Arbeitnehmern des Eigentümers lediglich im fremden Namen als Stellvertreter handelt. Es erfolgt weder eine echte rechtlich relevante Abspaltung des arbeitsvertraglichen Weisungsrechts, noch werden die Arbeitnehmer in einer fremden Arbeitsorganisation tätig. Ein Betriebsübergang nach § 613a BGB liegt nicht vor. Die Arbeitnehmer des Eigentümers bleiben ausschließlich Zugehörige in dem Eigentümerbetrieb. Davon zu unterscheiden ist die Tatsache, dass allein der Betriebsführer dem Betriebsrat des Eigentümerbetriebs i. d. R. als Ansprechpartner (Betriebspartner i. S. d. BetrVG) gegenübersteht und der Betriebsführer mit dem Eigentümer gegebenenfalls im Prozess zusammen passiv legitimiert ist.³⁹⁹ An der Zuständigkeit des Betriebsrats ändert sich durch diese Feststellung aber nichts.

bb) Der Betriebsführer bringt eigene Arbeitnehmer in den Betrieb des Eigentümers mit

aaa) Zuständigkeit bei Vorliegen eines gemeinsamer Betriebs i. S. d. § 1 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 BetrVG – Regelfall –

Soweit der Betriebsführer eigene Arbeitnehmer in den Betrieb mitbringt, werden diese im Regelfall dauerhaft bei dem Eigentümer tätig werden, um dort gemeinsam mit den Arbeit-

³⁹⁹ Siehe hierzu bereits oben unter C. I. 3. a) aa) bbb) und ccc).

C. Auswirkungen auf das Arbeitsrecht

nehmern des Eigentümers die betrieblichen Zwecke zu fördern, so dass grds. ein gemeinsamer Betrieb vorliegen wird.⁴⁰⁰

Wer als Arbeitnehmer einem gemeinsamen Betrieb zugerechnet wird, gehört grds. nicht zugleich einem anderen Betrieb der Trägerunternehmen an, so dass für Angelegenheiten dieses Arbeitnehmers der dort gebildete Betriebsrat zuständig ist.⁴⁰¹ Dem Betrieb zugerechnet werden dabei diejenigen Arbeitnehmer, welche **Betriebszugehörige** des gemeinsamen Betriebs sind.

Betriebszugehörig ist – unabhängig davon welchem Betriebszugehörigkeitsbegriff gefolgt wird –⁴⁰² derjenige Arbeitnehmer, welcher in den gemeinsamen Betrieb tatsächlich eingegliedert ist **und** in einem Arbeitsverhältnis zum Betriebsinhaber steht.⁴⁰³ Der gemeinsame Betrieb mehrerer Unternehmen wird dabei grds. wie ein Betrieb **eines** Unternehmens behandelt.⁴⁰⁴ Konsequenterweise reicht daher auch nach dem herrschenden Betriebszugehörigkeitsbegriff das Bestehen des Arbeitsverhältnisses zu **einem** Arbeitgeber, also zum Eigentümer oder Betriebsführer, aus.⁴⁰⁵

Bezüglich dem Begriff der tatsächlichen **Eingliederung** bestehen keine Besonderheiten, so dass eingegliedert ist, wer als Arbeitnehmer in dem gemeinsamen Betrieb tätig wird, um dort den arbeitstechnischen Zweck des Betriebs durch weisungsgebundene Tätigkeit des Inhabers des Beschäftigungsbetriebs oder seiner Stellvertreter zu verwirklichen.

Voraussetzung eines gemeinsamen Betriebs ist gerade, dass die Unternehmen (Eigentümer und Betriebsführer) **einen einheitlichen Leitungsapparat** geschaffen haben, der zur Erfüllung des in der organisatorischen Einheit zu verfolgenden Betriebszwecks bzw. der zu verfolgenden Betriebszwecke, **insbesondere** den Kern der Arbeitgeberfunktionen in den personellen (§§ 92 ff. BetrVG) und sozialen (§§ 87 ff. BetrVG) Angelegenheiten institutionell einheitlich für die Unternehmen ausübt. In der vorliegenden Konstellation übernimmt der Betriebsführer diese gemeinsame Leitung grds. **einheitlich** für alle im gemeinsamen Betrieb eingesetzten Arbeitnehmer, so dass eingegliedert ist, wer zur Verfolgung der arbeitstechnischen Zwecke des gemeinsamen Betriebs der Leitung des Betriebsführers unterliegt.

⁴⁰⁰ Siehe hierzu bereits oben unter C. I. 3. a) bb) aaa).

⁴⁰¹ *Richardi*, in: *Richardi, BetrVG*, § 1 Rn. 85.

⁴⁰² Siehe hierzu die nachfolgenden Ausführungen unter C. II. 3. a) bb) bbb). Aus Darstellungsgründen wird die Diskussion um den richtigen Betriebszugehörigkeitsbegriff dort geführt wo die Arbeitnehmer des Betriebsführers in einer für sie fremden Arbeitsorganisation tätig werden und daher eine Auseinandersetzung mit dieser Thematik notwendig wird.

⁴⁰³ Die h. M. vertritt die sog. „Kumulationstheorie“ oder „Zwei-Komponenten-Lehre“ welche sowohl ein bestehendes Arbeitsverhältnis zum Betriebsinhaber, als auch ein tatsächliche Eingliederung voraussetzt.

⁴⁰⁴ *Gaul*, in: *Henssler u. a., Arbeitsrecht Kommentar*, Rn. 12, 25 zu § 1 BetrVG.

⁴⁰⁵ *Kreutz/Raab*, in: *Wiese u. a., GK-BetrVG*, Bd. I, § 7 Rn. 19; kritisch hierzu: *Trümmer*, in: *Däubler u. a., BetrVG*, § 5 Rn. 23 m. w. N.

C. Auswirkungen auf das Arbeitsrecht

Dies wird sowohl bei den vom Betriebsführer dort eingesetzten eigenen Arbeitnehmern, als auch bei den im gemeinsamen Betrieb eingesetzten Arbeitnehmern des Eigentümers der Fall sein, so dass diese Betriebszugehörige des gemeinsamen Betriebs sind und daher der dortige Betriebsrat für ihre Angelegenheiten zuständig ist. Hier ist im Ergebnis also keine besondere „betriebsverfassungsrechtliche Zuordnung“ der vormals getrennten Belegschaften erforderlich.

Auch in dieser Fallgestaltung wird der für den gemeinsamen Betrieb gewählte Betriebsrat sich zur Wahrnehmung seiner Beteiligungsrechte grds. alleine an den Betriebsführer als Ansprechpartner (Betriebspartner i. S. d. BetrVG) halten müssen. Soweit der Betriebsrat tatsächlich Rechte vor Gericht durchsetzen will, sind der Betriebsführer und der Eigentümer im Prozess gegebenenfalls zusammen passiv legitimiert.⁴⁰⁶

bbb) Zuständigkeit, soweit ein gemeinsamer Betrieb i. S. d. § 1 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 BetrVG nicht vorliegt

Soweit der Betriebsführer eigene Arbeitnehmer mitbringt, wird nur im Ausnahmefall ein gemeinsamer Betrieb abzulehnen sein, bspw. wenn die Arbeitnehmer des Betriebsführers immer nur kurzfristig (für eine unerhebliche Zeit) als Reserven für mehrere geführte Unternehmen zur Überbrückung von krankheitsbedingten Ausfällen bzw. Arbeitsspitzen herangezogen werden.⁴⁰⁷ Dann muss in der Folge eine getrennte Betrachtung der Zuständigkeit des Eigentümerbetriebsrats und – soweit ein solcher existiert – des Betriebsführerbetriebsrats erfolgen. Dabei ist zu unterscheiden nach den Angelegenheiten betreffend der in dem geführten Eigentümerbetrieb vorhandenen Belegschaft (Arbeitnehmer des Eigentümers) und solchen Angelegenheiten in Bezug auf die vom Betriebsführer in den Eigentümerbetrieb mitgebrachten Arbeitnehmer.

(a) Zuständigkeit des Eigentümerbetriebsrats für die Arbeitnehmer des Eigentümers

Bezüglich der Zuständigkeit des **Eigentümerbetriebsrats** für die Angelegenheiten des Betriebs, für den er gewählt wurde (Legitimationsbereich) und damit für Angelegenheiten der **Arbeitnehmer des Eigentümers**, ergeben sich keine Besonderheiten zu den vorange-

⁴⁰⁶ Siehe hierzu bereits oben unter C. I. 3. a) bb) aaa) (b) und (c).

⁴⁰⁷ Siehe hierzu bereits oben unter C. I. 3. a) bb) bbb); ausführlich zu den Voraussetzungen eines gemeinsamen Betriebs bereits oben unter C. I. 3. a) bb) aaa).

C. Auswirkungen auf das Arbeitsrecht

gangenen Ausführungen oben unter aa). Allein durch die Tatsache, dass in dem Eigentümerbetrieb auch Arbeitnehmer des Betriebsführers durch Weisungen des Betriebsführers eingesetzt werden, ändert sich nichts daran, dass das Arbeitsverhältnis zum Eigentümer weiter fortbesteht. Der Betriebsführer handelt gegenüber den Arbeitnehmern des Eigentümers auch hier „lediglich“ im fremden Namen als Vertreter, so dass er im Ergebnis wie jedes andere bevollmächtigte Leitungsorgan handelt. Die Arbeitnehmer des Eigentümers werden auch in keiner fremden Arbeitsorganisation tätig, eine echte rechtlich relevante Abspaltung des arbeitsvertraglichen Weisungsrechts erfolgt nicht. Mithin ergeben sich bei der Frage nach der Betriebszugehörigkeit und damit nach der Zuständigkeit des Eigentümerbetriebsrats insoweit keinerlei Schwierigkeiten.

(b) Zuständigkeit des Betriebsführerbetriebsrats für die mitgebrachten Arbeitnehmer des Betriebsführers

Problematisch kann sich die Beurteilung in Bezug auf die **Arbeitnehmer des Betriebsführers** insb. dann darstellen, wenn die nachfolgende Prüfung ergibt, dass die Betriebszugehörigkeit nicht zu dem Betrieb besteht, in welchem diese kraft Weisungen tatsächlich zum Einsatz kommen und somit der kraft Betriebszugehörigkeit zuständige Betriebsrat mit dem im Einsatzbetrieb bestehenden Betriebsrat auseinanderfällt.⁴⁰⁸ Insb. dann, wenn die Beteiligungsrechte nicht vertrags-, sondern betriebsbezogen erfolgen, sind diese **objektbezogen**, weshalb ein solches Beteiligungsrecht auch den sonst auf die Arbeitgeber-Arbeitnehmer-Beziehung beschränkten Geltungsbereich der Betriebsverfassung überschreiten kann.⁴⁰⁹

Als Ausgangspunkt ist zunächst zu prüfen, zu welchem Betrieb die mitgebrachten Arbeitnehmer des Betriebsführers **betriebszugehörig** sind, wenn ausnahmsweise kein gemeinsamer Betrieb vorliegt.⁴¹⁰ Die Frage wann ein Arbeitnehmer betriebszugehörig ist, wird in Rechtsprechung und Literatur unterschiedlich beantwortet.

⁴⁰⁸ Siehe hierzu bereits oben einleitend unter C. I. 3.

⁴⁰⁹ Reichold, Arbeitsrecht, § 14 Rn. 58; siehe hierzu bereits oben einleitend unter C. I. 3.

⁴¹⁰ Vgl. Trümmer, in: Däubler u. a., BetrVG, § 5 Rn. 13.

C. Auswirkungen auf das Arbeitsrecht

(aa) Nach der wohl h. M. gilt der Grundsatz, dass **betriebszugehörig** nur⁴¹¹ ist, wer in einem Arbeitsverhältnis zum Betriebsinhaber steht **und** in die Betriebsorganisation des Arbeitgebers eingegliedert ist, sog. „Kumulationstheorie“ oder „Zwei-Komponenten-Lehre“.⁴¹²

(aaa) Allerdings hat das BAG diese zum betriebsverfassungsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff entwickelte Rechtsprechung, unter Berücksichtigung des Sinn und Zwecks der jeweiligen betroffenen Norm, für die Fälle des drittbezogenen Personaleinsatzes (Leiharbeit) neuerdings ausdrücklich aufgegeben. Dies soll jedenfalls bei der Ermittlung der Schwellenwerte der §§ 9, 111 BetrVG und § 23 Abs. 1 S. 3 KSchG gelten. Entscheidend soll dann nicht mehr die vertragliche Beziehung sein, sondern die tatsächliche Eingliederung des Leiharbeitnehmers in den Betrieb des Entleihers – was zumindest dann gelten soll, wenn es sich um einen regelmäßigen Personalbedarf handelt.⁴¹³

Ob das BAG infolge dieser Auslegung in der Zukunft wieder auf seine Rechtsprechung vor der Zeit des Inkrafttretens des Art. 1 § 14 AÜG im Jahre 1981 zurückkehrt, als es noch die Auffassung vertrat, dass die Betriebszugehörigkeit allein von der tatsächlichen Beziehung zum Betrieb abhängig sei und auch die Möglichkeit einer doppelten Betriebszugehörigkeit bei Arbeitnehmerüberlassung nicht ausgeschlossen wurde, bleibt abzuwarten.⁴¹⁴ In seiner neuesten Entscheidung scheint dieser Rückzug so nicht gewollt zu sein, da das BAG ausführt, dass die „Zwei-Komponenten-Lehre *regelmäßig ohne Weiteres der „Normalfall-Gestaltung“ gerecht wird*“. Vielmehr scheint das BAG davon auszugehen, dass weder im BetrVG noch im AÜG geregelt wurde, wie Leiharbeitnehmer **im Entleihbetrieb** betriebsverfassungsrechtlich zu berücksichtigen sind, so dass – abgesehen von einzelnen gesetzlichen Anordnungen wie bspw. in § 14 Abs. 3 S. 1 AÜG – eine normzweckorientierte Aus-

⁴¹¹ Ausnahme: Durch Gesetz nach § 10 Abs. 1 AÜG und sog. faktisches Arbeitsverhältnis; vgl. *Thüsing*, in: Richardi, BetrVG, § 7 Rn. 8; *Rost*, NZA 1999, 113 (116).

⁴¹² *BAG*, Beschl. v. 18.01.1989 – 7 ABR 62/87, BAGE 60, 368 f.; *BAG*, Beschl. v. 10.03.2004 – 7 ABR 49/03, BAGE 110, 27 f.; *Reichold*, NZA 1999, 561 (567 ff.); *ders.*, in: Henssler u. a., Arbeitsrecht Kommentar, Rn. 8, 9 zu § 7 BetrVG; *Birk*, ZGR 1984, 23 (52); *Brors*, NZA 2002, 123 (124, 125); *Richardi*, in: Richardi, BetrVG, § 5 Rn. 73; *Rost*, NZA 1999, 113 (116); *Kreutz/Raab*, in: Wiese u. a., GK-BetrVG, Bd. I, § 7 Rn. 18 ff. m. w. N.; vgl. *Hamann*, in: Schüren/Hamann, AÜG, § 14 Rn.19 m. w. N.

⁴¹³ *BAG*, Beschl. v. 18.10.2011 – 1 AZR 335/10, NZA 2012, 221 f.; *BAG*, Beschl. v. 05.12.2012 – 7 ABR 48/11; NZA 2013, 793 f.; *BAG*, Urt. v. 24.01.2013 – 2 AZR 140/12, NZA 2013, 726 f.; ausdrücklich in: *BAG*, Urt. v. 13.03.2013 – 7 ABR 69/11, NZA 2013, 789 f.; *Bauer/Heimann*, NJW 2013, 3287 (3288); *Bissels*, BB 2013, 2045 (2047); *Reichold*, Anm. zum BAG Beschl. v. 13.03.2013 – 7 ABR 69/11, AP BetrVG 1972 § 9 Nr. 15 unter Anm. II. 2; *Lembke*, NZA 2013, 1312 (1316); *Fitting*, BetrVG, § 5 Rn. 266; *Reichold*, in: Henssler u. a., Arbeitsrecht Kommentar, Rn. 16, 21 zu § 7 BetrVG, Rn. 4 zu § 9 BetrVG, Rn. 4 zu § 38 BetrVG.

⁴¹⁴ *BAG*, Beschl. v. 11.04.1958 – 1 ABR 2/57, AP BetrVG § 6 Nr. 1; *BAG*, Beschl. v. 28.04.1964 – 1 ABR 1/64, AP BetrVG § 4 Nr. 3.

C. Auswirkungen auf das Arbeitsrecht

legung der jeweiligen auf den oder die Arbeitnehmer abstellenden Vorschrift geboten sein wird.⁴¹⁵

In der Konsequenz bedeutet diese Rechtsprechung, dass eine „doppelte Berücksichtigung“ von Leiharbeitnehmern im Verleiher- und Entleiherbetrieb möglich ist, da § 14 Abs. 1 AÜG ausdrücklich anordnet, dass Leiharbeitnehmer auch während der Zeit ihrer Arbeitsleistung bei einem Entleiher weiter dem entsendenden Betrieb des **Verleihers** angehören.

(bbb) Aber auch in der Literatur werden unter den Anhängern der sog. „Kumulationstheorie“/„Zwei-Komponenten-Lehre“ Ausnahmen zugelassen, wenn ansonsten ein effektiver betriebsverfassungsrechtlicher Schutz von „Drittarbeitnehmern“ in dem Einsatzbetrieb nicht mehr von ihrem Betriebsrat gewährleistet werden kann. Für die Zuständigkeit eines Betriebsrats soll dann im Ausnahmefall einer gespaltenen Arbeitgeberstellung nach Inhalt und Zweck des einzelnen Mitwirkungs- oder Mitbestimmungsrechts auf ein Element des herrschenden Betriebszugehörigkeitsbegriffs (1. Element: Arbeitsverhältnis zum Betriebsinhaber oder 2. Element: tatsächliche Eingliederung in die Betriebsorganisation) verzichtet werden können.⁴¹⁶

(bb) Abweichend von den unter (aa) bezeichneten Voraussetzungen lässt eine andere Ansicht – neben der Notwendigkeit der tatsächlichen Eingliederung – anstatt eines Arbeitsverhältnisses immer bereits eine "arbeitsrechtliche Beziehung" zwischen dem Inhaber des Beschäftigungsbetriebs und dem Arbeitnehmer ausreichen. Für eine solche „arbeitsrechtliche Beziehung“ soll dabei notwendig sein, dass der Eigentümer einen eigenen vertraglichen Leistungsanspruch gegenüber den Arbeitnehmern des Betriebsführers erhält, mithilfe dessen er befugt wäre, die Arbeit dieser Arbeitnehmer wie ein Vertragsarbeitgeber für eigene betriebliche Zwecke zu nutzen.⁴¹⁷

(cc) Die Vertreter der „Lehre vom betriebsverfassungsrechtlichen Arbeitsverhältnis“ setzen unmittelbar am Arbeitnehmerbegriff an und sind der Meinung, dass die Betriebszugehö-

⁴¹⁵ BAG, Urt. v. 24.01.2013 – 2 AZR 140/12, NZA 2013, 726 f.; BAG, Urt. v. 13.03.2013 – 7 ABR 69/11, NZA 2013, 789 f.

⁴¹⁶ Rost, NZA 1999, 113 (117); Raab, in: Wiese u. a., GK-BetrVG, Bd. I, § 5 Rn. 73, 75; Kreuz/Raab, in: Wiese u. a., GK-BetrVG, Bd. I, § 7 Rn. 19; Fitting, BetrVG, § 5 Rn. 16a, 265 ff., § 7 Rn. 17, 18, 37 ff.

⁴¹⁷ So Hamann, in: Schüren/Hamann, AÜG, § 14 Rn. 23, welcher als Grundlage einen Leiharbeitsvertrag als echten Vertrag zugunsten Dritter ausreichen lässt; ähnlich: Reichold, NZA 2001, 857 (861); Kreuz/Raab, in: Wiese u. a., GK-BetrVG, Bd. I, § 7 Rn. 38, letzterer allerdings mit der (m. E. unnötigen) inhaltlichen Veränderung des Begriffs „Arbeitsverhältnis“; Reichold, Anm. zum BAG Beschl. v. 13.03.2013 – 7 ABR 69/11, AP BetrVG 1972 § 9 Nr. 15 unter Anm. III.

C. Auswirkungen auf das Arbeitsrecht

rigkeit für den betriebsverfassungsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff konstitutiv ist. Nach dieser Lehre ist Arbeitnehmer i. S. d. § 5 Abs. 1 BetrVG und damit betriebszugehörig, wer in den Betrieb tatsächlich eingegliedert ist. Es wird somit bewusst auf das Element des Arbeitsverhältnisses zum Betriebsinhaber verzichtet.⁴¹⁸

(dd) **Im Ergebnis** ist an der sog. „Kumulationstheorie“/„Zwei-Komponenten-Lehre“ festzuhalten. Allerdings wird auch nach Ansicht des Verfassers je nach Sinn und Zweck einer Norm **ausnahmsweise** eine Abweichung von den Voraussetzungen der sog. „Kumulationstheorie“/„Zwei-Komponenten-Lehre“ notwendig sein. Dies kann insb. bei Mitwirkungs- und Mitbestimmungsrechten der Fall sein, wenn der Inhaber des Einsatzbetriebs verbindliche Regelungen auch für die „Drittarbeitnehmer“ festlegen kann, z. B. bei der Frage nach Ordnung und Verhaltens im Betrieb nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG. Der Betriebszugehörigkeitsbegriff ist dabei keine starre Regelung, die klar durch den Wortlaut einer Norm begrenzt ist, sondern muss auf eine stark veränderte rechtliche und tatsächliche Lage (insb. bei der Leiharbeit und die sich dort ständig verändernden Gesetzeslagen) angepasst werden können.⁴¹⁹

Um der Dogmatik des BetrVG (insb. der Regelung in den §§ 5 und 7 BetrVG) zu entsprechen, ist allerdings Voraussetzung für eine solche anhand von Sinn und Zweck ermittelte Ausnahme, dass eine „rechtlich“ relevante Abspaltung des Weisungsrechts und somit eine „gespaltene“ Arbeitgeberstellung (Personalüberlassung) erfolgt. Mit dieser Eingrenzung kann eine solche Ausnahme nur bei Leiharbeitnehmern greifen, nicht aber bei sog. Fremdarbeitnehmern (bspw. im Rahmen eines Werkvertrages). Denn in den Fällen sog. Fremdarbeitnehmer kann der Besteller allenfalls „mittelbar“ bzw. „faktisch“ über den Auftragnehmer (als Arbeitgeber der Fremdarbeitnehmer) auf die Arbeitsleistung dessen Erfüllungsgehilfen Einfluss nehmen, da er selbst keinerlei Weisungsrecht gegenüber den Fremdarbeitnehmern hat.⁴²⁰ Dieses Ergebnis stimmt dann auch mit dem durch § 7 S. 2 BetrVG verfolgten Zweck überein. Denn nach der Gesetzesbegründung besteht der Zweck des § 7 S. 2 BetrVG nicht nur darin, die Leiharbeitnehmer „*betriebsverfassungsrechtlich*

⁴¹⁸ LAG Köln, Beschl. v. 23.07.1999 – 12 TaBV 26/99, AiB 2000, 429 f.; Trümmer, in: Däubler u. a., BetrVG, § 5 Rn. 14, 26 ff.; Hamann, in: Schüren/Hamann, AÜG, § 14 Rn. 20, 21 m.w.N; vgl. zum Streitstand: Hamann, in: Schüren/Hamann, AÜG, § 14 Rn. 19 ff.; Trümmer, in: Däubler u. a., BetrVG, § 5 Rn. 14 ff.

⁴¹⁹ Kaufmann, Die betriebsverfassungsrechtliche Zuordnung gewerbsmäßig überlassener Leiharbeitnehmer, S.102, 2. Absatz.

⁴²⁰ Vgl. Reichold, Anm. zum BAG Beschl. v. 13.03.2013 – 7 ABR 69/11, AP BetrVG 1972 § 9 Nr. 15 unter Anm. III.; ders., in: Henssler u. a., Arbeitsrecht Kommentar, Rn. 16, 21 zu § 7 BetrVG; Fitting, BetrVG, § 7 Rn. 53 ff., § 9 Rn. 34 ff.

C. Auswirkungen auf das Arbeitsrecht

*an die Stammebelegschaft heranzuführen*⁴²¹, sondern auch darin begründet, dass sich „*die Belegschaft in den Betrieben grundlegend geändert hat. Die Stammebelegschaft, welche die Arbeit im Betrieb bei Inkrafttreten des Betriebsverfassungsgesetzes im Jahr 1972 noch weitgehend allein erledigte, ist seitdem erheblich erodiert. Die Beschäftigung von Leiharbeitnehmern und die Vergabe von einzelnen Aufgaben an Drittfirmen haben die Stammebelegschaften ausgedünnt.*“⁴²² „*Diese Veränderungen haben das Betriebsverfassungsgesetz reformbedürftig gemacht*“⁴²³ weshalb „*um der Erosion der Stammebelegschaft durch den Einsatz von Arbeitnehmern anderer Arbeitgeber entgegenzuwirken, Satz 2 für bestimmte Fälle die Betriebszugehörigkeit dieser Arbeitnehmer zum Einsatzbetrieb anerkennt.*“⁴²⁴

Aus der Gesamtschau dieser Aussagen kann geschlossen werden, dass den durch die Erosion ausgelösten negativen Auswirkungen auf die Betriebsverfassung für diejenigen Fälle, in denen die Voraussetzungen zu § 7 S. 2 BetrVG erfüllt sind, diese eingesetzten Arbeitnehmer anderer Arbeitgeber, auch als betriebszugehörige Arbeitnehmer des Einsatzbetriebs anzusehen sind. Auf diese Weise soll wieder mehr als bisher die Zahl der in der Organisation des Betriebs tatsächlich eingegliederten Arbeitnehmer maßgeblich sein. Aufgrund dieser vom Gesetzgeber getroffenen Wertung muss man sich als Vertreter der sog. „Kumulationstheorie“/„Zwei-Komponenten-Lehre“ die Frage gefallen lassen, ob zu der Betriebszugehörigkeit immer auch ein Arbeitsverhältnis in der Form eines Arbeitsvertrags notwendig ist, oder ob man hier dieses „Alles-oder-nichts-Prinzip“ an die tatsächlichen Veränderungen in besonderen Konstellationen anzupassen hat.⁴²⁵

Richtigerweise muss man im Ergebnis den Blick auf Sinn und Zweck der jeweiligen betroffenen Vorschrift und auf die tatsächlichen Begebenheiten der heutigen Zeit richten. Dies ist allerdings keine Frage der systematischen Auslegung von § 5 oder § 7 BetrVG mehr, sondern fällt dann unter die Auslegung „Sinn und Zweck“ der beteiligten/betroffenen Normen.

Die im vorangegangenen Absatz dargestellte Problematik verschiedener Ansichten und Ausnahmen bedarf hier allerdings keiner weiteren vertieften Erörterung, denn im vorliegenden Fall des echten Betriebsführungsvertrages – ohne Vorliegen eines Gemeinschaftsbetriebs – führt selbst die Auflösung der Betriebszugehörigkeitselemente (Arbeitsverhält-

⁴²¹ BT-Drucks. 14/5741 S.28 unter III. Wesentlicher Inhalt 3. Punkt 2.

⁴²² BT-Drucks. 14/5741 S.24 unter Begründung A. Allgemeiner Teil I Ausgangslage Punkt 4.

⁴²³ BT-Drucks. 14/5741 S.23 unter Begründung A. Allgemeiner Teil I Ausgangslage 3 Abschnitt.

⁴²⁴ BT-Drucks 14/5741 S. 36 zu Nummer 7 (§ 7).

⁴²⁵ Vgl. *Fitting*, BetrVG, § 7 Rn. 18, 37 ff.; *Reichold*, in: Henssler u. a., Arbeitsrecht Kommentar, Rn. 21 zu § 7 BetrVG.

C. Auswirkungen auf das Arbeitsrecht

nis und tatsächliche Eingliederung) nicht zu einer Zuständigkeit des Eigentümerbetriebsrats für Angelegenheiten der eingesetzten Arbeitnehmer des Betriebsführers.

Die Arbeitnehmer des Betriebsführers werden in einem (Einsatz-)Betrieb tätig, ohne dass ein Arbeitsverhältnis mit dem Eigentümer als formalem Betriebsinhaber besteht. Es liegt kein Fall des § 613a BGB vor.⁴²⁶ Dass der Betriebsführer grds. Ansprechpartner (Betriebspartner i. S. d. BetrVG) des Eigentümerbetriebsrats ist, ändert an dieser Feststellung und an dem fehlenden Arbeitsverhältnis zum Eigentümer (als formalem Betriebsinhaber) nichts.

Weiter fehlt es aber auch an einer **tatsächlichen Eingliederung** in den Einsatzbetrieb (Eigentümerbetrieb).⁴²⁷ Eine **tatsächliche Eingliederung** der Arbeitnehmer des Betriebsführers in die Betriebsorganisation des Eigentümers würde voraussetzen, dass die Arbeitnehmer in den Einsatzbetrieb des Eigentümers derart eingegliedert sind, dass sie dort den arbeitstechnischen Zweck des Betriebs durch **weisungsgebundene Tätigkeit** des Eigentümers verwirklichen. Als die entscheidende Weisungsbeziehung ist nicht eine rein „faktische“ zu verstehen, sondern nur eine „rechtlich“ relevante Abspaltung des arbeitsvertraglichen Weisungsrechts. Diese Abspaltung müsste von ihrem Umfang her zumindest in einer vergleichbaren Weise wie bei einem Leiharbeiter vorgenommen werden.⁴²⁸ Die Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation wird dabei immer besonders deutlich, wenn der Arbeitnehmer hinsichtlich Zeit, Dauer und Ort der Ausführung der übernommenen Dienste einem umfassenden Weisungsrecht des Eigentümers oder seines Stellvertreters unterliegen würde.⁴²⁹ Die bloße Notwendigkeit einer **Abstimmung** bspw. über die Lage der Arbeitszeit, den Urlaub und den Arbeitsschutz nach § 87 Abs. 1 Nr. 2, 5, 7 BetrVG genügen dabei nicht, um ein arbeitsrechtliches Weisungsverhältnis zum – formalen – Betriebsinhaber zu begründen.⁴³⁰ Diese Definition der Eingliederung scheint auch vom Gesetzgeber so gewollt zu sein, was die amtliche Begründung der Bundesregierung zu § 7 BetrVG zeigt, wenn dort ausgeführt wird, dass § 7 Satz 2 BetrVG für bestimmte Fälle die Betriebszugehörigkeit für Arbeitnehmer, die zur Arbeitsleistung in einem fremden Betrieb

⁴²⁶ Siehe hierzu bereits ausführlich oben unter C. I. 2. a) bb) und C. I. 3. a) bb) bbb).

⁴²⁷ LAG Köln, Beschl. v. 23.07.1999 – 12 TaBV 26/99, AiB 2000, 429 f.; *Trümmer*, in: Däubler u. a., BetrVG, § 5 Rn. 14, 26 ff.; *Hamann*, in: Schüren/Hamann, AÜG, § 14 Rn. 20, 21 m.w.N.; vgl. zum Streitstand: *Hamann*, in: Schüren/Hamann, AÜG, § 14 Rn. 19 ff.; *Trümmer*, in: Däubler u. a., BetrVG, § 5 Rn. 14 ff.

⁴²⁸ BAG, Beschl. v. 22.04.1997 – 1 ABR 74/96, NZA 1997, 1297; BAG, Beschl. v. 30.08.1994 – 1 ABR 3/94, NZA 1995, 649 f.; *Fitting*, BetrVG, § 7 Rn. 53 ff., § 9 Rn. 34 ff.; *Reichold*, NZA 2001, 857 (861); *ders.*, in: Henssler u. a., Arbeitsrecht Kommentar, Rn. 8, 9, 15, 16, 21 zu § 7 BetrVG; *Hamann*, in: Schüren/Hamann, AÜG, § 14 Rn. 20, 21, 24, 542; *Schaub*, NZA 2001, 364 (366).

⁴²⁹ BAG, Beschl. v. 29.01.1992 – 7 ABR 27/91, BAGE 69, 286 f.; BAG, Urt. v. 13.01.1983 – 5 AZR 149/82, BAGE 41, 247 f.; *Trümmer*, in: Däubler u. a., BetrVG, § 5 Rn. 84.

⁴³⁰ *Richardi*, in: Richardi, BetrVG, § 5 Rn. 92; *Hamann*, in: Schüren/Hamann, AÜG, § 14 Rn. 27, 28.

C. Auswirkungen auf das Arbeitsrecht

überlassen werden, anerkennt, "wenn sie in den Einsatzbetrieb derart eingegliedert sind, dass sie dem Weisungsrecht des Betriebsinhabers unterliegen".⁴³¹

Soweit es um die Ausübung der Weisungsrechte gegenüber seinen **eigenen** Arbeitnehmer geht, handelt der Betriebsführer aber gerade **nicht als Vertreter** des Eigentümers, sondern aus seiner eigenen originären Weisungsbefugnis als Vertragsarbeitgeber und somit auch **im eigenen Namen**. Weder der Eigentümer selbst, noch ein gesetzlicher Vertreter oder sonstiges Leitungsorgan des Eigentümers nimmt im Rahmen der Betriebsführung arbeitsbezogene Weisungsrechte gegenüber den Arbeitnehmern des Betriebsführers wahr. Die Arbeitnehmer des Betriebsführers unterliegen auch beim Einsatz im für sie fremden Eigentümerbetrieb nur dem arbeitsbezogenen Direktionsrecht des Betriebsführers. Dieser wird das Recht, immer wieder neue und auch andere Arbeit zuzuweisen sowie die Befugnis, frei über den Beginn und das Ende der Arbeitszeit sowie über Arbeitstempo und Arbeitsintensität der mitgebrachten Arbeitnehmer zu bestimmen und diese auch wieder zu ändern alleine innehaben, so dass er frei über die Arbeitskraft dieser Arbeitnehmer verfügen kann. Ansonsten wäre auch die Grenze zur Arbeitnehmerüberlassung überschritten, was nicht gewollt sein kann. Bezüglich der Einzelheiten hierzu kann auf die Ausführungen oben unter B. III. 1. verwiesen werden.⁴³²

Nur wenn der Betriebsführer die Weisungsrechte gegenüber den eigenen Arbeitnehmern (teils) im Namen des Eigentümers wahrnehmen würde oder ein leitender Angestellter des Eigentümers Weisungsrechte tatsächlich unmittelbar ausüben sollte, könnte die Grenze zur Eingliederung überschritten werden. Im Normalfall kommt es aber nicht zu einer solchen Abspaltung des arbeitsvertraglichen Weisungsrechts, so dass eine Eingliederung in den Eigentümerbetrieb und damit auch eine Zuständigkeit des Eigentümerbetriebsrats ausscheidet.⁴³³

Dieses Ergebnis gilt auch unabhängig von einem weiten Weisungsrecht des Eigentümers gegenüber dem Betriebsführer oder eines Konzernabhängigkeitsverhältnisses. Denn letztlich entscheidet nur, wer die Arbeitgeberstellung gegenüber den Arbeitnehmern **unmittelbar** ausfüllt, und nicht, wer durch andere vertragliche oder gesellschaftsrechtliche Konstruktionen mittelbar Einfluss auf den Arbeitgeber ausüben kann. Das nach dem Betriebsführungsvertrag bestehende Weisungsrecht des Eigentümers darf keinesfalls mit dem ar-

⁴³¹ BT-Drs. 14/5741, S. 36.

⁴³² Bzgl. der Abgrenzung zur (verdeckten) Arbeitnehmerüberlassung: vgl. BAG, Urt. v. 08.11.1978 – 5 AZR 261/77, BAGE 31, 135; BAG, Urt. v. 03.12.1997 – 7 AZR 767/96, NZA 1998, 876 (878); Richardi, in: Richardi, BetrVG, § 5 Rn. 93; Maschmann, NZA 2013, 1305 (1309).

⁴³³ Vgl. BAG, Beschl. v. 09.07.1991 – 1 ABR 45/90, NZA 1992, 275 f.; Hamann, in: Schüren/Hamann, AÜG, § 14 Rn. 541 ff.; Richardi, in: Richardi, BetrVG, § 5 Rn. 92; Brors, NZA 2002, 123 (126).

C. Auswirkungen auf das Arbeitsrecht

beitsrechtlichen Weisungsrecht des Betriebsführers gegenüber seinen Arbeitnehmern verwechselt werden.⁴³⁴ Eine tatsächliche Eingliederung und mithin eine Betriebszugehörigkeit zum Eigentümerbetrieb (Einsatzbetrieb) ist daher abzulehnen.

Es handelt sich bei den Arbeitnehmern des Betriebsführers somit vielmehr um – eine wenn auch atypische Form – sog. „Fremdfirmenarbeiter“ oder „Unternehmerarbeiter“⁴³⁵, welche Arbeitnehmer ihres Vertragsarbeitgebers bleiben und dem dortigen Betrieb (hier also dem Betriebsführer-/Ausgangsbetrieb) zugeordnet sind. Der Gesetzgeber wollte gerade nicht jede Tätigkeit innerhalb einer fremden Arbeitsorganisation in das Schutzsystem des BetrVG einbeziehen, die Beteiligungsrechte des Betriebsrats bei der Leiharbeit sollten vielmehr eine Ausnahme darstellen.⁴³⁶

Im Übrigen muss man hier besonders berücksichtigen, dass der Einsatz von Arbeitnehmern durch den Betriebsführer **ohne Begründung eines gemeinsamen Betriebs** nur dann als Ausnahmefall überhaupt in Betracht kommen wird, wenn die Arbeitnehmer des Betriebsführers immer nur **kurzfristig** als Reserven für mehrere geführte Unternehmen – bspw. zur Überbrückung von krankheitsbedingten Ausfällen oder Arbeitsspitzen – herangezogen werden und der gemeinsame Einsatz damit nur auf eine **unerhebliche Zeit** angelegt ist. Die Interessen der Stammebelegschaft des Einsatzbetriebs fallen noch weit mit denen der mitgebrachten Arbeitnehmer des Betriebsführers auseinander. Eine mögliche Ausnahme von der hier vertretenen sog. „Zwei-Komponenten-Lehre“/„Kumulationstheorie“ ist nicht ersichtlich. Würden die Arbeitnehmer des Betriebsführers dagegen **dauerhaft** bei dem Eigentümer tätig, um dort gemeinsam mit den Arbeitnehmern des Eigentümers die betrieblichen Zwecke zu fördern (so der Regelfall), wird grds. unzweifelhaft von einem gemeinsamen Betrieb auszugehen sein, so dass sich die bezeichnete Problematik durch die Rechtsfolgen des gemeinsamen Betriebs, insb. die Zuständigkeit des Betriebsrats im Gemeinschaftsbetrieb, erledigt.

Als **Ergebnis** ist somit festzustellen, dass die Arbeitnehmer des Betriebsführers nicht Betriebszugehörige des Eigentümer-/Einsatzbetriebs sind und daher grds. nur der Betriebsrat des Betriebsführerbetriebs – soweit ein solcher überhaupt besteht – **für die Belange der Arbeitnehmer** des Betriebsführers zuständig sein kann.

⁴³⁴ BAG, Beschl. v. 18.01.1989 – 7 ABR 21/88, BAGE 61, 7 f.; *Richardi*, in: *Richardi u. a., Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht*, Bd. 1, § 23 Rn. 2, 24.

⁴³⁵ *Richardi*, in: *Richardi, BetrVG*, § 5 Rn. 91; *Trümmer*, in: *Däubler u. a., BetrVG*, § 5 Rn. 85.

⁴³⁶ Dies zeigt der Wortlaut des § 1 Abs. 1 S. 1 AÜG und § 14 Abs. 1 AÜG deutlich.

C. Auswirkungen auf das Arbeitsrecht

Das Ergebnis darf allerdings nicht dahingehend verstanden werden, dass der Einsatz der Arbeitnehmer des Betriebsführers im Eigentümerbetrieb niemals Rechte des Eigentümerbetriebsrats im Einsatzbetrieb auslösen kann. Denn soweit der Einsatz Beteiligungsrechte **im Interesse des Eigentümerbetriebs** und insb. **zum Schutz der Belegschaft des Einsatz-/Eigentümerbetriebs** nach sich zieht, ist der dortige Betriebsrat für diese Angelegenheiten zuständig. Dies kann beispielsweise im Rahmen der allgemeinen Aufgaben nach § 80 Abs. 1 Nr. 8 i. V. m. § 80 Abs. 2 S. 1, 2. HS, S. 2 BetrVG, der Personalplanung nach § 92 Abs. 2 BetrVG, der Beschäftigungssicherung nach § 92a BetrVG, einer Betriebsänderung nach § 111 S. 3 BetrVG, einer „Einstellung“ nach § 99 BetrVG⁴³⁷ oder der Beteiligung des Wirtschaftsausschusses nach § 106 Abs. 3 Nr. 4, 6, 9, 10 BetrVG der Fall sein. Einzelheiten hierzu – für die wichtigsten Beteiligungsrechte – erfolgen allerdings aus Darstellungsgründen gesondert in den nachfolgenden Ausführungen unter C. V.

b) Unechter Betriebsführungsvertrag

Folge der Einführung eines unechten Betriebsführungsvertrages ist grds. ein Betriebsübergang nach § 613a BGB.⁴³⁸ Dieser hat aber an sich keine Auswirkungen auf die Zuständigkeit oder das Bestehen eines Betriebsrats. Etwas anderes kann nur dann gelten, wenn es im Zusammenhang mit dem unechten Betriebsführungsvertrag zu einer Spaltung oder einem Zusammenschluss von Betrieben kommt. Hierzu kann auf die vorangegangenen Ausführungen unter C. II. 2. b) verwiesen werden.

Im Ergebnis sind die (verbleibenden bzw. neu zu wählenden) Betriebsräte immer für diejenigen Arbeitnehmer zuständig, die Betriebszugehörige des Betriebs sind, für den sie gewählt wurden. Der von der Betriebsführung betroffene Betrieb bzw. Betriebsteil des Eigentümers – und damit auch die dort bestehenden Arbeitsverhältnisse der Arbeitnehmer des Eigentümers – geht auf den Betriebsführer als neuen Vertragsarbeitgeber und Betriebsinhaber über. Daher ist die jeweilige Zuständigkeit der Betriebsräte leicht zu beantworten, weil es keine Arbeitnehmer gibt, die in einem Betrieb tätig werden, deren Inhaber nicht ihr Vertragsarbeitgeber ist. Auch **Ansprechpartner** (Betriebspartner i. S. d. BetrVG) des für die übergegangenen Betriebe (oder Betriebsteile) zuständigen Betriebsrats ist der Betriebsführer.⁴³⁹

⁴³⁷ Siehe hierzu nachfolgend unter C. V. 3. a) bb) bbb) (a).

⁴³⁸ Siehe hierzu bereits ausführlich oben unter C. I. 2. b) aa) und C. I. 3. b).

⁴³⁹ Siehe hierzu bereits oben unter C. I. 3. b).

C. Auswirkungen auf das Arbeitsrecht

Die Reichweite der Zuständigkeit eines Betriebsrats ist dabei letztlich nach der jeweiligen Leitungsstruktur beim Betriebsführer zu bestimmen.

III. STRUKTURELLE ÜBERBETRIEBLICHE VERÄNDERUNGEN

Des Weiteren ergeben sich im Rahmen von Umstrukturierungen mittels Betriebsführungsvertrag auch Gestaltungsmöglichkeiten in Bezug auf die Zusammensetzung und Zuständigkeiten von Gesamtbetriebsräten, eines Konzernbetriebsrats und eines – ggf. notwendig gewordenen – Wirtschaftsausschusses.

1. Auswirkungen auf einen Gesamtbetriebsrat

Bei der Prüfung, ob ein Gesamtbetriebsrat zu bilden ist, stellt § 47 Abs. 1 BetrVG auf die Anzahl der Betriebe und Betriebsräte innerhalb eines Unternehmens ab. Diese scheinbar klare Regelung hat in der Literatur für den Fall des **echten** Betriebsführungsvertrages einen viel diskutierten Streit ausgelöst. Im Mittelpunkt dieses Streits steht die Frage, ob **ein** Gesamtbetriebsrat beim Eigentümerunternehmen ausreicht oder ob Fallkonstellationen denkbar sind, in denen das Bedürfnis besteht, (auch) für die vom Betriebsführer geführten „Teilunternehmen“ Gesamtbetriebsräte zuzulassen.

Im Rahmen des **unechten** Betriebsführungsvertrages bestehen solche Streitigkeiten dagegen nicht. Seine Einführung bringt aber erhebliches strategisches Potential mit sich, so dass der Unternehmer Einfluss auf die Entstehung bzw. das Entfallen von Gesamtbetriebsräten erhält.

a) Echter Betriebsführungsvertrag

Um die Problematik bei der Einführung eines echten Betriebsführungsvertrages zu verdeutlichen, soll exemplarisch die nachfolgende Fallkonstellation gebildet werden. Als Vorbild dient dabei die (frühere) Struktur der Ruhrkohle AG, anhand derer die Problematik in der Literatur erstmals diskutiert wurde:⁴⁴⁰

Ein Gesamtunternehmen (GU) ist in mehrere Betriebe (B1-B6) aufgeteilt. GU gründet zum Zwecke der Führung von B1-B6 drei eigenständige Betriebsführungsgesellschaften, die selbst keine eigenen Arbeitnehmer haben. Jede dieser Betriebsführungsgesellschaften stellt ein eigenständiges Unternehmen (U1-U3) dar (100%ige Töchter des GU) und übernimmt die Führung **von je zwei Betrieben** (U1 für B1 u. B2; U2 für B3 u. B4; U3 für B5 u. B6). Für jeden dieser sechs Betriebe besteht ein Betriebsrat.

⁴⁴⁰ Die Struktur der Ruhrkohle AG wurde zur Veranschaulichung leicht abgewandelt, vgl. *Fabricius*, Rechtsprobleme gespaltener Arbeitsverhältnisse im Konzern, S. 1.

aa) Übersicht über den Meinungsstand

Ausgangspunkt ist zunächst einmal die Frage, wann ein Gesamtbetriebsrat errichtet werden muss. Nach § 47 Abs. 1 BetrVG ist die Errichtung immer dann **zwingend**, wenn in **einem** Unternehmen mehrere Betriebe mit **zwei oder mehr** Betriebsräten bestehen.⁴⁴¹

Betrachtet man diese Voraussetzungen bezogen auf das oben gebildete Beispiel, kann man auf zwei ganz unterschiedliche Lösungswege stoßen.

aaa) Teilweise wird die Ansicht vertreten, dass die Errichtung eines Gesamtbetriebsrats für die einzelnen, jeweils von einer Betriebsführungsgesellschaft geführten Unternehmensbereiche (jeweils für U1, U2 und U3) sinnvoll und notwendig ist, weil jeder Betriebsführer ein eigenständiges „(Teil-)Unternehmen“ mit zwei Betrieben und jeweils zwei Betriebsräten leitet. Der Gesamtbetriebsrat bspw. bei U1 könnte dann diejenigen Angelegenheiten wahrnehmen, welche die Betriebe B1 und B2 gemeinsam betreffen.⁴⁴²

Neben den Gesamtbetriebsräten für diese „(Teil-)Unternehmen“ käme auch noch die Errichtung eines **Gesamtbetriebsrats für GU**, wegen Angelegenheiten welche die Betriebe B1-B6 gemeinsam betreffen, in Betracht.⁴⁴³

(a) *Fabricius* vertritt in dem oben benannten Fall die Meinung, dass **bei jedem Betriebsführer** ein eigenständiger Gesamtbetriebsrat zu errichten sei. Er hat mit dieser Schlussfolgerung deshalb keine dogmatischen Probleme, weil er die Betriebsführer – anders als dies oben unter C. I. 2. a) aa) und C. I. 3. a) aa) vertreten wird – als eigenständige Arbeitgeber (jedenfalls i. S. d. BetrVG) und Betriebsinhaber für ihre jeweils zu leitenden Betriebe sieht.⁴⁴⁴ Damit rechtfertigt sich nach seiner Ansicht der Schluss, bei jedem „Teilunternehmen“ (U1, U2 und U3) einen Gesamtbetriebsrat zu errichten.

Denn Voraussetzung des § 47 Abs. 1 BetrVG soll sein, dass bei einem Unternehmen (bspw. U1) mit mehreren Betrieben (B1 + B2), in denen Arbeitnehmer beschäftigt sind, der Betriebsinhaber Arbeitgeber i. S. d. BetrVG ist.⁴⁴⁵ Soweit den Betriebsführern die Weisungsrechte (Entscheidungsbefugnisse) für eine bestimmte Angelegenheit übertragen wer-

⁴⁴¹ Vgl. *Kreutz*, in: Wiese u. a., GK-BetrVG, Bd. I, § 47 Rn. 2 ff.; *Fitting*, BetrVG, § 47 Rn. 7 ff.; *Hohenstatt*, in: Willemsen u. a., Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, D Rn. 98.

⁴⁴² *Fabricius*, Rechtsprobleme gespaltener Arbeitsverhältnisse im Konzern, S. 72; *Zöllner*, ZfA 1983, 93 (99 ff.); *Annuß*, in: Richardi, BetrVG, § 47 Rn. 24.

⁴⁴³ *Zöllner*, ZfA 1983, 93 (99).

⁴⁴⁴ Hierzu bereits oben unter C. I. 1. a) dd).

⁴⁴⁵ *Fabricius*, Rechtsprobleme gespaltener Arbeitsverhältnisse im Konzern, S. 6, 24, 55, 57, 72.

C. Auswirkungen auf das Arbeitsrecht

den (im konkreten Fall der Ruhrkohle AG: Beginn, Ende, Verkürzung, Verlängerung der Arbeitszeit), falle diese Angelegenheit ausschließlich in ihren jeweiligen Zuständigkeitsbereich, weshalb nur sie als Verhandlungspartner für diejenigen Mitwirkungs- und Mitbestimmungsrechte in Betracht kämen, die diese Angelegenheit betreffen. In der Konsequenz können Betriebsvereinbarungen über solche Angelegenheiten nur noch zwischen den Betriebsführern (als Arbeitgeber) und den jeweils in ihren „Teilunternehmen“ bestehenden Betriebsräten bzw. den jeweils dort zu bildenden Gesamtbetriebsräten abgeschlossen werden. Eine Betriebsvereinbarung zwischen dem Gesamtunternehmen (GU) und einem auf der Ebene des Gesamtunternehmens zu gründenden Gesamtbetriebsrat würde jedenfalls in einem solchen Fall ausscheiden.⁴⁴⁶ Dies gilt nach *Fabricius* sogar dann, wenn eine betriebliche Angelegenheit (im konkreten Fall: Einführung von Kurzarbeit für GU) im gesamten Unternehmen (GU) nur einheitlich geregelt werden könnte. Der Eigentümer (das Unternehmen GU) selbst könne dann lediglich kraft einer vertraglichen Vereinbarung oder kraft seines konzernrechtlichen Weisungsrechts darauf Einfluss nehmen, dass alle drei Gesamtbetriebsvereinbarungen für U1 bis U3 gleich ausfallen, um eine einheitliche Regelung für GU zu schaffen.⁴⁴⁷

(b) Auch *Boldt* vertritt in seiner Urteilsbesprechung zum Fall der Ruhrkohle AG die Meinung, dass **bei jedem Betriebsführer** ein Gesamtbetriebsrat zu errichten wäre. Er gibt dabei aber zu, dass ihn zu dieser Meinung eher „*gewichtige praktische Gründe*“ bewegen haben. Nur so könne im konkreten Fall der Mammutorganisation der Ruhrkohle AG sichergestellt werden, dass die Gesamtbetriebsräte ihre Aufgaben erfüllen können und nicht ein Gesamtbetriebsrat für das Gesamtunternehmen aufgrund seiner Größe und der unterschiedlichen Interessen gelähmt würde.⁴⁴⁸ Dogmatisch begründet er seine Lösung mit der Nähe zum Leiharbeitsverhältnis und sieht in dieser Konstellation eine „*Sonderform des Arbeitsverhältnisses*“, so dass es zu einer Aufspaltung der Arbeitsverhältnisse komme. Der Eigentümer bleibe dabei rein arbeitsvertraglich Arbeitgeber, betriebsverfassungsrechtlich komme es dagegen „*zu einer partiellen funktionellen Zuordnung zur Betriebsführungsgesellschaft*“.⁴⁴⁹

⁴⁴⁶ *Fabricius* geht nicht direkt auf die Frage ein, ob er die Errichtung eines Gesamtbetriebsrats bei GU überhaupt für zulässig und nötig hält. Er scheint dies im konkreten Fall aber mangels Betriebsinhaberschaft für die Betriebe B1 bis B6 eher abzulehnen, mit der Konsequenz, dass bei GU nur die Gründung eines Konzernbetriebsrats in Betracht käme.

⁴⁴⁷ *Fabricius*, Rechtsprobleme gespaltener Arbeitsverhältnisse im Konzern, S. 72.

⁴⁴⁸ Im konkreten Fall hätten 120 Mitglieder des Gesamtbetriebsrats 120.000 Arbeitnehmer vertreten.

⁴⁴⁹ *Boldt*, Anm. zum BAG Urt. v. 29.11.1978 – 4 AZR 276/77, AP BGB § 611 Nr. 18 Bergbau, unter III. 6.

C. Auswirkungen auf das Arbeitsrecht

(c) Einige Autoren wollen – unabhängig von dem Fall der Ruhrkohle AG – **auf der Ebene der Betriebsführungsgesellschaften** gerade bei Konzernatbeständen Gesamtbetriebsräte zulassen, selbst wenn die Arbeitsverhältnisse der Arbeitnehmer ausschließlich zur Eigentümergesellschaft bestehen bleiben. Insb. dann, wenn eine Tochtergesellschaft als Betriebsführerin Betriebe der Muttergesellschaft leitet und so auf der betriebsverfassungsrechtlichen Ebene die Planungs-, Leitungs- und Organisationsentscheidung übernimmt, entstehe eine **gespaltene Arbeitgeberstellung**, so dass auf dieser Ebene Gesamtbetriebsräte zu bilden sind.⁴⁵⁰ Weiter könne ein Gesamtbetriebsrat dann notwendig werden, wenn Betriebsführungsgesellschaften innerhalb eines Konzerns als Spartengesellschaften operieren.⁴⁵¹

(d) *Zöllner*, der eine Arbeitgeberstellung (sowohl im Individualarbeitsrecht, als auch i. S. d. BetrVG) für die Betriebsführer ablehnt,⁴⁵² aber dennoch die Meinung vertritt, dass nicht nur für GU ein Gesamtbetriebsrat zu errichten sei, sondern jeweils **auch** für U1, U2 und U3, will bei seiner Begründung auf eine „*berichtigende Auslegung*“ des § 47 Abs. 1 BetrVG zurückgreifen.⁴⁵³

Vergleichbar mit der Problematik „Konzern im Konzern“⁴⁵⁴ bei Teilkonzernen nach § 54 BetrVG, soll hier ebenfalls gelten, dass nicht nur bei einem Gesamtunternehmen (GU) ein Gesamtbetriebsrat zu bilden sei, sondern **auch** bei jedem „Unternehmensteil“, welcher einem rechtlich selbständigen Unternehmen gleichkomme. Weil im Rahmen der Führung eines jeden Betriebsführers eine Vielzahl von selbständigen Entscheidungen getroffen werden, die aber nur die „Teilunternehmen“ (bspw. U1 = B1 + B2) betreffen, aber nicht das Gesamtunternehmen (GU), sei für jedes „Teilunternehmen“ ein Gesamtbetriebsrat zu gründen. Diese „Teilgesamtbetriebsräte“ sollen aber **Betriebsräte des Arbeitgebers, also des Eigentümers** (GU) sein und nicht der insoweit nur im fremden Namen auftretenden Betriebsführer. Innerhalb eines Unternehmens (GU) gebe es so mehrere Gesamtbetriebsräte.⁴⁵⁵

Im Ergebnis wären also Gesamtbetriebsräte für GU (= B1-B6); für U1 (= B1 + B2); für U2 (= B3 + B4) und für U3 (= B5 + B6) **bei dem Eigentümer** GU zu errichten. Mithin gebe es vier Gesamtbetriebsräte in einem Unternehmen. Jeder **Betriebsführer** wäre so für sein

⁴⁵⁰ *Säcker*, in: Westermann/Rosener, FS für Quack, S. 421 (429, 430).

⁴⁵¹ *Säcker*, Die Wahlordnung zum Mitbestimmungsgesetz, S. 79 ff. Rn. 153-156, Fn. 40.

⁴⁵² Hierzu bereits oben unter C. I. 1. a) ff).

⁴⁵³ *Zöllner*, ZfA 1983, 93 (99).

⁴⁵⁴ BAG, Urt. v. 21.10.1980 – 6 ABR 41/78, BAGE 34, 230 f.; BAG, Beschl. v. 14.02.2007 – 7 ABR 26/06, BAGE 121, 212 f.

⁴⁵⁵ *Zöllner*, ZfA 1983, 93 (100); so im Ergebnis auch *Annuß*, in: Richardi, BetrVG, § 47 Rn. 24.

C. Auswirkungen auf das Arbeitsrecht

„Teilunternehmen“ in Vertretung (fremden Namen) des Gesamtunternehmens (GU) **Ansprechpartner**.

Zöllner begründet die Notwendigkeit dieses Ergebnisses allerdings nicht damit, dass der Gesamtbetriebsrat von GU nicht nur für einen Teil der Betriebe zuständig sein könnte. Nach § 50 BetrVG könne der Gesamtbetriebsrat nämlich auch Angelegenheiten für lediglich ein „Teilunternehmen“ wahrnehmen, soweit diese Angelegenheit einen die betroffenen Betriebe übergreifenden Charakter hat. Vielmehr hält *Zöllner* den Gesamtbetriebsrat von GU für ein „**fehlbesetztes Gremium**“, wenn es um Angelegenheiten geht, welche autonom für ein „Teilunternehmen“ getroffen werden sollen.⁴⁵⁶ Was *Zöllner* mit dem Ausdruck „fehlbesetztes Gremium“ wohl meint, ist, dass alle Betriebsräte des gesamten Unternehmens ihre Vertreter in den Gesamtbetriebsrat von GU entsenden (§ 47 Abs. 2 S. 1 BetrVG). Somit sind bei einer Entscheidung, welche nur ein „Teilunternehmen“ betreffen, Vertreter aller Betriebe und nicht nur die Vertreter der Betriebsräte des betroffenen „Teilunternehmens“ zur Entscheidung aufgerufen. Dies kann zu einer gegensätzlichen Interessenlage der einzelnen „Teilunternehmen“ führen.

Nach der Auffassung von *Zöllner* ist der Gesamtbetriebsrat auf der Ebene des Gesamtunternehmens (GU) allerdings weiterhin für solche Angelegenheiten zuständig, die das ganze Unternehmen (GU) betreffen.

(e) *Annuß*⁴⁵⁷ und *Richardi*⁴⁵⁸ scheinen nach ihrer Zitierweise uneingeschränkt der Ansicht von *Zöllner* (unter (d)) zu folgen (Wortlaut: „*ebenso Zöllner*“). In ihren Ausführungen wollen sie allerdings mehrere Gesamtbetriebsräte „innerhalb“ eines Unternehmens **nur** dann zulassen, wenn die Betriebsführungsgesellschaften Arbeitgeber i. S. d. BetrVG sind und es so zu einer gespaltenen Arbeitgeberposition kommt. In der Folge soll der Gesamtbetriebsrat bei der jeweiligen Betriebsführungsgesellschaft als Unternehmen i. S. d. § 47 Abs. 1 BetrVG gegründet werden.⁴⁵⁹

Die dogmatische Begründung scheint bei dieser Argumentation aber eher mit der von Fabricius (oben unter (a)) vergleichbar zu sein, weil *Zöllner* eine solche Arbeitgeberstellung für die Betriebsführer bei einem echten Betriebsführungsvertrag von vornherein ausscheiden lässt.

⁴⁵⁶ *Zöllner*, ZfA 1983, 93 (99).

⁴⁵⁷ *Annuß*, in: *Richardi*, BetrVG, § 47 Rn. 24.

⁴⁵⁸ *Richardi*, BetrVG, 7. Aufl., § 47 Rn. 23.

⁴⁵⁹ *Richardi*, BetrVG, 7. Aufl., § 47 Rn. 23; *Annuß*, in: *Richardi*, BetrVG, § 47 Rn. 24.

C. Auswirkungen auf das Arbeitsrecht

Anders als *Fabricius* sind *Annuß* und *Richardi* dann aber der Meinung, dass bei einem echten Betriebsführungsvertrag **nur** die Eigentümergesellschaft Arbeitgeber bleibe und auch die Betriebe nur dieser zuzuordnen seien.⁴⁶⁰ Konsequenterweise müsste dies aber bedeuten, dass beide Autoren bei einem echten Betriebsführungsvertrag gerade nur **einen** Gesamtbetriebsrat für die Eigentümer-Gesellschaft (das Gesamtunternehmen) zulassen wollen, so dass jeweils eigenständige Gesamtbetriebsräte auf der Ebene der Betriebsführer für die zu führenden Betriebe des Eigentümers ausscheiden. Darüber hinaus wären allenfalls dann eigene Betriebsräte **bei den** Betriebsführern möglich, wenn diese **eigene** Betriebe, z. B. zur Verwaltung ihrer Angelegenheiten hätten und daher für diese eigenen Betriebe als Arbeitgeber i. S. d. BetrVG auftreten würden **oder** ein unechter Betriebsführungsvertrag geschlossen werden würde und die Betriebsführer so Arbeitgeber der übernommenen Betriebe würden. In der Konsequenz hat die Ansicht von *Annuß* und *Richardi* mit der von *Zöllner* nur noch wenig Überschneidungspunkte und verfehlt diese auch in ihrem Kern. Es scheint eher so, als würden die Autoren die Zulässigkeit von Gesamtbetriebsräten analog der Auffassung „Konzern im Konzern“ ablehnen, so dass ihre Ansicht dem nachfolgenden Lösungsweg unter bbb) zuzuordnen wäre.

bbb) Ein anderer Lösungsweg wäre darin zu sehen, dass lediglich **ein** Gesamtbetriebsrat bei GU errichtet werden kann, weil die Betriebe (B1 bis B6) mit ihren Betriebsräten ausschließlich diesem (Gesamt-)Unternehmen zuzuordnen sind und für ein Unternehmen (GU) immer nur **ein** Gesamtbetriebsrat gebildet werden kann.⁴⁶¹

Als Folge würden **bei den** jeweiligen Betriebsführern (U1 bis U3) im vorliegenden Fall keine Gesamtbetriebsräte errichtet werden. Etwas anderes würde – außerhalb des hier gebildeten Beispiels – gelten, wenn die jeweiligen Betriebsführer selbst mindestens zwei eigene Betriebe (etwa zur Verwaltung ihrer eigenen Angelegenheiten) hätten, die sie im eigenen Namen als Arbeitgeber und Betriebsinhaber führen würden und wenn dort mindestens zwei Betriebsräte bestünden. In diesem Fall wären diese Gesamtbetriebsräte allerdings ausschließlich für solche Angelegenheiten zuständig, welche die eigenen Betriebe betreffen, nicht aber für die Betriebe B1 bis B6, die ausschließlich GU zuzurechnen sind und für

⁴⁶⁰ *Richardi*, BetrVG, 7. Aufl., § 47 Rn. 10; *Annuß*, in: *Richardi*, BetrVG, § 47 Rn. 10.

⁴⁶¹ Im Fall der Ruhrkohle AG so: BAG, Urt. v. 29.11.1978 – 4 AZR 276/77, BB 1979, 79 f. und LAG Hamm, Urt. v. 18.07.1979 – 1 (74) Sa 359/79, unveröffentlicht aber teilweise wörtlich abgedruckt in: *Fabricius*, Rechtsprobleme gespaltener Arbeitsverhältnisse im Konzern, S. 3, 4; vgl. *Joost*, in: *Richardi* u. a., Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 2, § 225 Rn. 10; *ders.*, Betrieb und Unternehmen als Grundbegriffe im Arbeitsrecht, S. 222 ff.; *Glock*, in: Hess u. a., BetrVG, § 47 Rn. 22; *Trittin*, in: Däubler u. a., BetrVG, § 47 Rn. 10; *Fitting*, BetrVG, § 47 Rn. 7; *Wiedemann*, Die Unternehmensgruppe im Privatrecht, S. 120 ff.; *Schwab*, NZA-RR 2007, 505 (506).

die daher auch nur der Gesamtbetriebsrat von GU betriebsübergreifende Angelegenheiten regeln kann.

bb) Bildung mehrerer Gesamtbetriebsräte beim Eigentümer

Nach Ansicht des Verfassers ist im Ergebnis dem Lösungsweg von *Zöllner* oben unter aaa) (d) aufgrund nachfolgender Begründung zuzustimmen:

aaa) Den Ansichten oben unter aaa) (a) bis (c) ist bereits deshalb dogmatisch eine Absage zu erteilen, weil bei einem echten Betriebsführungsvertrag lediglich der Eigentümer (GU) Arbeitgeber sowohl in der Vertragsbeziehung als auch in der Betriebsbeziehung ist. Eine gespaltene Arbeitgeberstellung liegt nicht vor.

Bei einem echten Betriebsführungsvertrag ändert sich die rechtliche Zuordnung der Betriebe und der Arbeitnehmer (mangels Betriebsübergang nach § 613a BGB) nicht. Der Eigentümer (GU) bleibt auch nach Abschluss des Betriebsführungsvertrages alleiniger – jedenfalls formaler – Betriebsinhaber seiner Betriebe (B1-B6). Davon zu unterscheiden ist die Tatsache, dass der Betriebsführer für den Betriebsrat des Eigentümers grds. alleiniger **Ansprechpartner** (Betriebspartner i. S. d. BetrVG) sein wird, da es gerade Aufgabe des Betriebsführers ist, die Arbeitgeberfunktionen sowohl in Bezug auf die Vertragsbeziehung, als auch im Rahmen der Betriebsbeziehung für den Eigentümer zu übernehmen.⁴⁶² Darauf kommt es hier aber nicht an.

Es stehen sich somit das Gesamtunternehmen (GU) mit seinen einzelnen Betrieben (B1-B6) und die einzelnen Betriebsführer (U1-U3) – mit ggf. ihren eigenen Betrieben – als eigenständige Unternehmen gegenüber.⁴⁶³ Für die Errichtung eines Gesamtbetriebsrats müssten dagegen der Arbeitgeber (Unternehmer) und der (formale) Inhaber der zu dem Unternehmen gehörenden Betriebe identisch sein.⁴⁶⁴ Eine bloße wirtschaftliche Verflechtung von Betrieben reicht ebenso wenig wie eine Konzernbindung.⁴⁶⁵ Somit ist die Bildung

⁴⁶² Siehe hierzu bereits oben unter C. I. 3. a) aa).

⁴⁶³ Hierzu bereits ausführlich oben unter C. I. 2. a) und C. I. 3. a).

⁴⁶⁴ BAG, Urt. v. 29.11.1978 – 4 AZR 276/77, BB 1979, 79 f.; BAG, Urt. v. 29.11.1989 – 7 ABR 64/87, BAGE 63, 302 f.; *Hohenstatt*, in: Willemsen u. a., Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, D Rn. 101; *Fitting*, BetrVG, § 47 Rn. 10; *Annuß*, in: Richardi, BetrVG, § 47 Rn. 5, 6, 10; vgl. *Glock*, in: Hess u. a., BetrVG, § 47 Rn. 15, 16.

⁴⁶⁵ BAG, Urt. v. 29.11.1989 – 7 ABR 64/87, BAGE 63, 302 f.; BAG, Urt. v. 13.02.2007 – 1 AZR 184/06, BAGE 121, 168 f.; *Fitting*, BetrVG, § 47 Rn. 11, 14; *Annuß*, in: Richardi, BetrVG, § 47 Rn. 5, 6, 10; *Glock*, in: Hess u. a., BetrVG, § 47 Rn. 10; *Trittin*, in: Däubler u. a., BetrVG, § 47 Rn. 21-23; *Schmidt*, in: Hanau u. a., FS für Küttner, S. 499 (503); *Hohenstatt/Dzida*, in: Henssler u. a., Arbeitsrecht Kommentar, Rn. 2 zu § 47 BetrVG; *Schwab*, NZA-RR 2007, 505 (505).

C. Auswirkungen auf das Arbeitsrecht

eines Gesamtbetriebsrats **bei den** jeweiligen Betriebsführern (Betriebsführungsunternehmen U1 bis U3) für das Fallbeispiel der Ruhrkohle AG nicht möglich. Eine Betriebsvereinbarung mit (ausnahmsweise) **im eigenen Namen** handelnden Betriebsführern könnte auch – ohne Abschluss und tatsächlicher Umsetzung eines unechten Betriebsführungsvertrages mit der Folge des § 613a BGB – diejenigen Arbeitnehmer gar nicht erfassen, welche ausschließlich dem Arbeitgeber GU (Eigentümer) zuzuordnen sind, sondern nur die eigenen Arbeitnehmer der Betriebsführer.⁴⁶⁶ Im vorliegenden Fallbeispiel haben die Betriebsführer aber gerade keine eigenen Arbeitnehmer. Arbeitgeber der betriebszugehörigen Arbeitnehmer der Betriebe (B1-B6) und (formaler) Betriebsinhaber dieser Betriebe ist alleine der Eigentümer, also das Gesamtunternehmen (GU). Nur dort können (Gesamt-) Betriebsräte gebildet werden.

bbb) Für die von *Zöllner* vertretene Auffassung, dass Gesamtbetriebsräte **beim Eigentümer** auch für jedes „Teilunternehmen“ – analog der Auffassung Konzern im Konzern zu § 54 BetrVG – errichtet werden müssen, besteht nach dem Sinn und Zweck des § 47 BetrVG ein zwingendes Bedürfnis, so dass diesem Ergebnis zu folgen ist. Dabei steht diesem Ergebnis auch der Gesetzeswortlaut nicht entgegen.

(a) Der Gesetzgeber hat die Regelung geschaffen, dass ein Gesamtbetriebsrat unter den Voraussetzungen des § 47 BetrVG für die Betriebe eines Unternehmens zu errichten ist. Ein Unternehmen i. S. d. § 47 Abs. 1 BetrVG liegt dabei vor, wenn die Betriebe demselben Unternehmen angehören, also Unternehmer und Inhaber der zu dem Unternehmen gehörenden Betriebe identisch ist. Dieser Gesamtbetriebsrat ist die Vertretung aller Arbeitnehmer **auf der Ebene dieses Unternehmens**.⁴⁶⁷ Das Unternehmen i. S. d. § 47 BetrVG ist dabei der Rechtsträger, hier also GU als Unternehmer/Arbeitgeber und (formaler) Betriebsinhaber.⁴⁶⁸

⁴⁶⁶ BAG, Urt. v. 29.11.1978 – 4 AZR 276/77, BB 1979, 79 f.; *Wiedemann*, Die Unternehmensgruppe im Privatrecht, S. 121.

⁴⁶⁷ *Hohenstatt*, in: Willemsen u. a., Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, D Rn. 101; *Fitting*, BetrVG, § 47 Rn. 1.

⁴⁶⁸ BAG, Urt. v. 13.02.2007 – 1 AZR 184/06, BAGE 121, 168 f.; BAG, Urt. v. 17.03.2010 – 7 AZR 706/08, DB 2010, 2812 f.; *Hohenstatt*, in: Willemsen u. a., Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, D Rn. 121; *Wiedemann*, Die Unternehmensgruppe im Privatrecht, S. 121; *Joost*, Betrieb und Unternehmen als Grundbegriffe im Arbeitsrecht, S. 216 ff.; *Schmidt*, in: Hanau u. a., FS für Küttner, S. 499 (503); *Schwab*, NZA-RR 2007, 505 (505); *Koch*, in: Müller-Glöge u. a., ErfK., Rn. 2, 3 zu § 47 BetrVG.

C. Auswirkungen auf das Arbeitsrecht

(b) Der Wortlaut des § 47 Abs. 1 BetrVG, dass in einem Unternehmen mit mehreren Betriebsräten ein Gesamtbetriebsrat errichtet werden muss, zwingt nicht dazu, auch in einem Unternehmen, in welchem mittels vertraglicher Übertragung einer arbeitsrechtlichen Leitungsmacht faktisch mehrere „Teilunternehmen“ entstehen, nur einen Gesamtbetriebsrat zuzulassen. Dies auch unter Berücksichtigung des Gesichtspunkts, dass die Bildung eines Gesamtbetriebsrats immer nur dann überhaupt in Betracht kommen kann, wenn die Betriebe durch eine einheitliche und selbständige Organisation und Leitung verbunden sind.⁴⁶⁹

(c) Gegen die Notwendigkeit von „Teilgesamtbetriebsräte“ könnte man zwar anführen, dass der (eine) Gesamtbetriebsrat des Eigentümers auch schon dann zum Zuge kommen würde, wenn eine Angelegenheit nur für zwei, drei oder mehr seiner Betriebe einheitlich geregelt werden muss.⁴⁷⁰ Kann eine Angelegenheit also bspw. mit dem Betriebsführer U1 (als Ansprechpartner) für die Betriebe B1 und B2 nur einheitlich geregelt werden, führt der Gesamtbetriebsrat des Eigentümers (GU) ohnehin die Gespräche mit dem vertretungsberechtigten und weisungsbefugten Betriebsführer U1 und kann in der Folge eine Betriebsvereinbarung nur für B1 und B2 abschließen.

Diese Argumentation ließe dann aber Sinn und Zweck des Betriebsverfassungsgesetzes und insb. der §§ 47 ff. BetrVG unberücksichtigt:

Das Betriebsverfassungsgesetz sucht immer nach dem Betrieb (bzw. der wirtschaftlichen Einheit) als einer durch die Leitungsmacht und Arbeitsorganisation definierten Einheit von Steuerung und betroffener Belegschaft. Es lässt sich dabei von gesellschaftlichen Strukturen nicht irritieren, sondern sucht den „wirklich“ gelebten Arbeitszusammenhang auf. Daher sind auch nach Sinn und Zweck der Betriebsverfassung die betriebsverfassungsrechtlichen Beteiligungsrechte dort anzusiedeln, wo unternehmerische Leitungsmacht konkret entfaltet und ausgeübt wird. Dieser Sinn und Zweck des BetrVG darf nicht durch vertragliche und/oder organisatorische Gestaltungsinstrumente ausgehebelt werden.⁴⁷¹ Gerade der Betriebsführungsvertrag lässt aber eine Fragmentarisierung der Unternehmensstruktur durch Errichtung von Matrix-Strukturen zu, welche von Betriebsführungsgesellschaften zusammengeführt und selbständig beherrscht werden.

Wie bereits oben unter C. I. 3. a) dargestellt wurde, ist der Betriebsführer als derjenige, welcher den Betrieb tatsächlich eigenverantwortlich führt im Regelfall der alleinige und

⁴⁶⁹ Vgl. BAG, Beschl. v. 21.10.1980 – 6 ABR 41/78, AP BetrVG 1972 § 54 Nr. 1; Koch, in: Müller-Glöße u. a., ErfK., Rn. 4 zu § 47 BetrVG.

⁴⁷⁰ So Annuß, in: Richardi, BetrVG, § 54 Rn. 16 für die Fallgestaltung „Konzern im Konzern“.

⁴⁷¹ Vgl. BAG, Beschl. v. 14.02.2007 – 7 ABR 26/06, AP BetrVG 1972 § 54 Nr. 13; vgl. hierzu bereits oben einleitend unter C. I. 3.

C. Auswirkungen auf das Arbeitsrecht

entscheidungsbefugte Ansprechpartner (Betriebspartner i. S. d. BetrVG). Es ist seine Aufgabe, die Arbeitgeberfunktionen sowohl in Bezug auf die Vertragsbeziehung, als auch im Rahmen der Betriebsbeziehung für den Eigentümer zu übernehmen. Der Eigentümer wird dagegen als rein formaler Betriebsinhaber in Erscheinung treten. Rein tatsächlich/faktisch übernimmt diese Rolle aber der Betriebsführer.

Das Ergebnis von Gesamtbetriebsräten bei jedem „Teilunternehmen“ entspricht somit Sinn und Zweck der Vorschrift über die Errichtung eines Gesamtbetriebsrats, nach welchem **einer** eigenständigen betriebsübergreifenden Leitungsebene **ein** Vertretungsorgan gegenübergestellt werden soll um die Beteiligungsrechte auf dieser Ebene zu sichern. Dieser Zweck würde nicht erreicht werden, wenn die Betriebsführer gegenüber Arbeitnehmern von mehr als einem Betrieb (einem faktischen „Teilunternehmen“) über wesentliche Entscheidungsbefugnisse in personellen, sozialen und wirtschaftlichen Angelegenheiten verfügen und dennoch lediglich ein bei dem Unternehmen für alle Betriebe errichteter Gesamtbetriebsrat diesen „Teilunternehmen“ gegenübergestellt werden würde. Dieser eine Gesamtbetriebsrat würde den Belangen der Arbeitnehmer dieser faktischen Teilunternehmen nicht gerecht, da er an einer Stelle angesiedelt wäre, an der die maßgeblichen Entscheidungen in personellen, sozialen und wirtschaftlichen Angelegenheiten nicht getroffen werden. Dies wäre aber mit dem dargestellten Sinn und Zweck der Betriebsverfassung, die betriebsverfassungsrechtlichen Beteiligungsrechte dort anzusiedeln, wo unternehmerische Leitungsmacht faktisch ausgeübt wird, keinesfalls zu vereinbaren.⁴⁷² Letztlich ist damit auch auf der betriebsübergreifenden Ebene zur Beurteilung, wann ein „Teilunternehmen“ vorliegt, konsequenterweise auf dasselbe Kriterium, wie für die Anerkennung eines gemeinsamen Betriebs bzw. für die Betriebsabgrenzung, zurückzugreifen.⁴⁷³

Die Richtigkeit dieses Ergebnisses wird auch an der bereits von *Zöllner* als „*fehlbesetzten Gremiums*“⁴⁷⁴ bezeichneten Problematik deutlich. Wenn alle Betriebsräte des gesamten Unternehmens ihre Vertreter in nur einen Gesamtbetriebsrat von GU entsenden würden (§ 47 Abs. 2 S. 1 BetrVG), wären bei einer Entscheidung, welche nur ein „Teilunternehmen“ betrifft und welche nur durch den einen Betriebsführer (der alleiniger Betriebspartner i. S. d. BetrVG ist) getroffen wird, Vertreter aller Betriebe und nicht nur die Vertreter der Betriebsräte des betroffenen „Teilunternehmens“ zur Entscheidung (Beteiligung) aufgeru-

⁴⁷² Vgl. BAG, Beschl. v. 14.02.2007 – 7 ABR 26/06, AP BetrVG 1972 § 54 Nr. 13; BAG, Beschl. v. 16.05.2007 – 7 ABR 63/06, AP ArbGG 1979 § 96a Nr. 3; a. A. wohl *Koch*, in: Müller-Glöße u. a., ErfK., Rn. 4 zu § 47 BetrVG.

⁴⁷³ Ablehnend für die Fallgestaltung „Konzern im Konzern“: *Annuß*, in: Richardi, BetrVG, § 54 Rn. 14 m. w. N.

⁴⁷⁴ So *Zöllner*, ZfA 1983, 93 (100).

C. Auswirkungen auf das Arbeitsrecht

fen. Dies kann zu einer gegensätzlichen Interessenlage der einzelnen „Teilunternehmen“ und einem zu aufgeblähten Gesamtbetriebsrat führen und würde den Belangen der Arbeitnehmer dieser faktischen Teilunternehmen nicht gerecht.

Als Ergebnis der hier vertretenen Auffassung wären also Gesamtbetriebsräte für GU (= B1-B6); für U1 (= B1 + B2); für U2 (= B3 + B4) und für U3 (= B5 + B6) **bei dem Eigentümer** GU zu errichten. Mithin gebe es vier Gesamtbetriebsräte in einem Unternehmen. Jeder **Betriebsführer** wäre so für sein „Teilunternehmen“ – in Vertretung (Handeln in fremden Namen) des Gesamtunternehmens GU – **Ansprechpartner** des jeweils für ihn zuständigen (Gesamt-)Betriebsrats, soweit ihm auch tatsächlich – was der absolute Regelfall sein wird – hinsichtlich mitbestimmungspflichtiger (personeller, sozialer und wirtschaftlicher) Angelegenheiten eine betriebsübergreifende Entscheidungsmacht zusteht.⁴⁷⁵

cc) Rechtssicherheit durch angepasste Lösungen nach § 3 BetrVG

Aufgrund der Tatsache, dass es zu der oben dargestellten Thematik bislang keine einheitliche Meinung in der Rechtsprechung und Literatur gibt, könnte in der Praxis dem Risiko eines falsch errichteten Gesamtbetriebsrats durch die Möglichkeit, die gesetzlich vorgesehenen betriebsverfassungsrechtlichen Strukturen durch angepasste Lösungen nach § 3 BetrVG zu ersetzen, vorsorglich entgegen gewirkt werden.

Dabei kommen, je nach Einzelfall, gleich mehrere Lösungen zu der oben aufgezeigten Problematik in Betracht:

aaa) Im Fall der Ruhrkohle AG, aber auch in anderen Fällen, würde bereits die **Zusammenfassung von Betrieben** nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 lit. b) BetrVG einen gangbaren Weg darstellen. Denn im Prinzip könnte so genau das oben unter bb) ermittelte Ergebnis erreicht werden, nur mit dem Unterschied, dass anstelle der drei „Teil**gesamt**betriebsräte“ (für B1 + B2, B3 + B4 u. B5 + B6) drei eigenständige Betriebsräte für **drei Betriebe** i. S. d. BetrVG errichtet würden ((neu)B1 = (alt)(B1 + B2); (neu)B2 = (alt)(B3 + B4); (neu)B3 = (alt)(B5 + B6)). Durch die Zusammenfassung der einzelnen Betriebe, könnten die für jedes „Teilunternehmen“ anfallenden selbständigen Entscheidungen mit dem jeweiligen Be-

⁴⁷⁵ a. A. wohl Koch, in: Müller-Glöge u. a., ErfK., Rn. 4 zu § 47 BetrVG

C. Auswirkungen auf das Arbeitsrecht

etriebsrat (bspw. Betriebsrat für (neu)Betrieb1 (= (alt)(B1 + B2)) geregelt werden.⁴⁷⁶ Die Betriebsräte blieben auch solche des Arbeitgebers, also **des Eigentümers** (GU). Jeder **Betriebsführer** wäre für sein „Teilunternehmen“ in Vertretung (fremdem Namen) des Gesamtunternehmens (GU) **Ansprechpartner (Betriebspartner i. S. d. BetrVG)** des jeweiligen Betriebsrats. Innerhalb eines Unternehmens (GU) gebe es so **einen** Gesamtbetriebsrat für GU (für die Betriebe (neu)B1-(neu)B3) und jeweils **einen Betriebsrat** bei (neu)B1; bei (neu)B2 und bei (neu)B3. In der Folge bestünde kein „*fehlbesetztes Gremium*“ und es könnte wegen der klaren Zuordnung zu keinen Kompetenzrängeleien zwischen mehreren Gesamtbetriebsräten kommen. Weiter würde die Lösung dem gesetzgeberischen Konzept entsprechen und einer sachgerechten Wahrnehmung der Interessen der Arbeitnehmer dienen. Eine solche Lösung würde sich vor allem dann anbieten, wenn – wie im Fall der Ruhrkohle AG – die Entscheidungsebenen **regional strukturiert** sind.⁴⁷⁷ Dann könnte man eine überschaubare Zahl von „Regionalbetriebsräten“ errichten.⁴⁷⁸

bbb) Wenn ein Unternehmen (oder Konzern) nach produkt- oder projektbezogenen Geschäftsbereichen organisiert ist, würde sich eine Strukturänderung nach § 3 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG durch (unternehmensübergreifende) **Spartenbetriebsräte** anbieten. Dabei können mehrere Betriebsräte für verschiedene Sparten nicht nur in einem Betrieb oder betriebsübergreifend errichtet werden, sondern auch unternehmensübergreifend.⁴⁷⁹

Soweit im oben benannten Beispiel die „Teilunternehmen“ (B1 + B2), (B3 + B4) und (B5 + B6) in solche eigenständige Sparten i. S. d. Nr. 2 (also Sparten nach Produkten oder Projekten)⁴⁸⁰ gegliedert sind, könnte das oben unter bb) ermittelte Ergebnis ebenso durch eine Vereinbarung nach § 3 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG erreicht werden. Voraussetzung wäre nur, dass der jeweilige Betriebsführer die überwiegenden Entscheidungsbefugnisse über seine Sparte in **beteiligungspflichtigen Angelegenheiten** innehat.⁴⁸¹ Entsprechend dem vorangegangenen Ergebnis zu § 3 Abs. 1 Nr. 1 lit. b) wäre jeweils ein Betriebsrat des Eigentü-

⁴⁷⁶ *Hohenstatt*, in: Willemsen u. a., Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, D Rn. 155; *Trümmer*, in: Däubler u. a., BetrVG, § 3 Rn. 45; *Rose*, in: Hess u. a., BetrVG, § 3 Rn. 44 ff.

⁴⁷⁷ *Hohenstatt*, in: Willemsen u. a., Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, D Rn. 156; *Trümmer*, in: Däubler u. a., BetrVG, § 3 Rn. 53, 63 ff.

⁴⁷⁸ Im Fall der Ruhrkohle AG: Revier Mitte, West und Ost (also Niederrein, Lippe, Westfalen).

⁴⁷⁹ *Richardi*, in: Richardi, BetrVG, § 3 Rn. 28, 33; *Koch*, in: Müller-Glöge u. a., ErfK., Rn. 5 zu § 3 BetrVG; *Hohenstatt*, in: Willemsen u. a., Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, D Rn. 157 ff.; *Rose*, in: Hess u. a., BetrVG, § 3 Rn. 50 ff.

⁴⁸⁰ Zum Spartenbegriff i. S. d. § 3 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG: *Trümmer*, in: Däubler u. a., BetrVG, § 3 Rn. 64; *Friese*, RdA 2003, 92 (93); *Fitting*, BetrVG, § 3 Rn. 39; *Richardi*, in: Richardi, BetrVG, § 3 Rn. 25, 26; *Rose*, in: Hess u. a., BetrVG, § 3 Rn. 54; vgl. zur Spartenorganisation: *Joost*, Betrieb und Unternehmen als Grundbegriffe im Arbeitsrecht, S. 122, 123.

⁴⁸¹ *Hohenstatt*, in: Willemsen u. a., Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, D Rn. 158; *Trümmer*, in: Däubler u. a., BetrVG, § 3 Rn. 72, 73; *Rose*, in: Hess u. a., BetrVG, § 3 Rn. 52.

C. Auswirkungen auf das Arbeitsrecht

mers bei (neu)B1 (= (alt)(B1 + B2)), (neu)B2 (= (alt)(B3 + B4)) und (neu)B3 (= (alt)(B5 + B6)) zu errichten, so dass es zu keinem fehlbesetzten Gremium bei einheitlichen Entscheidungen dieser Teilbereiche käme.

ccc) Weiter ermöglicht § 3 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG die Errichtung „*anderer Arbeitnehmervertretungsstrukturen*“. Die Norm lässt abweichende Regelungen der gesamten Arbeitnehmervertretungsstrukturen, also für Betriebsräte, Gesamtbetriebsräte und den Konzernbetriebsrat zu. Voraussetzung ist dabei, dass die Bildung der Arbeitnehmervertretungen einer „*wirksamen und zweckmäßigen Interessenvertretung der Arbeitnehmer*“ dient.⁴⁸² Auch nach dieser Variante könnten für die Teilbereiche (B1 + B2), (B3 + B4) und (B5 + B6) jeweils eigenständige Betriebsräte **oder** Gesamtbetriebsräte gebildet werden, so dass ein „*fehlbesetztes Gremium*“ nicht entsteht. Die Strukturabweichung könnte sich dabei nicht nur auf die Basisebene der Betriebsräte (bspw. die Zusammenfassung der Betriebe (B1 + B2) zu einem Betrieb mit einem Betriebsrat) beziehen, sondern ebenso auf die Ebene oberhalb der Einzelbetriebe (bspw. die Errichtung eines Gesamtbetriebsrats für (B1 + B2) unter Beibehaltung der selbständigen Betriebe B1 und B2).⁴⁸³

Weiter könnten (kraft Vereinbarung) zudem auch die – außerhalb des oben gebildeten Beispiels möglicherweise bestehenden – eigenen Betriebe des Betriebsführers in die Arbeitnehmervertretungsstrukturen eingebunden werden. Bringt der Betriebsführer eigene Arbeitnehmer aus einem seiner Betriebe in einen Betrieb des Eigentümers mit und übt er die Leitung für diese Betriebe (dieses „Teilunternehmen“) einheitlich aus, könnten diese Teilbereiche **einem Betriebsrat** durch Zusammenschluss der Betriebe zugeführt werden. Der dort gebildete Betriebsrat wäre für die Belange der eingesetzten Arbeitnehmer des Betriebsführers und die Belange der Arbeitnehmer des Einsatzbetriebs gleichermaßen zuständig. Dieses Ergebnis wird zwar meist schon über die Konstellation eines gemeinsamen Betriebs nach § 1 Abs. 1 S. 2 BetrVG erreicht werden. Für eine Regelung nach § 3 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG spricht allerdings, dass eine klare, rechtssichere und eindeutige Regelung herbeigeführt werden kann, in welche nicht nur der gemeinsame Betrieb, sondern auch andere dem Betriebsführer unterstellten Betriebe mit eingeschlossen werden könnten. Zu berücksichtigen ist allerdings, dass die Regelung im Fall des § 3 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG nur durch einen Tarifvertrag möglich ist (vgl. § 3 Abs. 2 BetrVG). Wenn die Arbeitnehmer des

⁴⁸² *Hohenstatt*, in: Willemsen u. a., Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, D Rn. 171 ff.; *Richardi*, in: Richardi, BetrVG, § 3 Rn. 36, 40, 41-42; *Trümmer*, in: Däubler u. a., BetrVG, § 3 Rn. 91 ff.

⁴⁸³ Vgl. *Trümmer*, in: Däubler u. a., BetrVG, § 3 Rn. 96.

C. Auswirkungen auf das Arbeitsrecht

Betriebsführers dagegen bspw. nur kurzzeitig zur Überbrückung von Ausfällen oder vielleicht in ständigem Wechsel zu verschiedenen Einsatzbetrieben herangezogen werden und daher ein gemeinsamer Betrieb ausnahmsweise nicht vorliegt,⁴⁸⁴ wird i. d. R. auch der Zusammenschluss solcher Betriebe nach § 3 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG keinen Sinn ergeben.⁴⁸⁵

Weniger einschneidend als die Schaffung gemeinsamer **unternehmensübergreifender** Vertretungsorgane für den Betriebsführer und den Eigentümer, würde es sein, wenn die Parteien **zusätzlich** zu den bestehenden betriebsverfassungsrechtlichen Gremien eine sog. **Arbeitsgemeinschaft** nach § 3 Abs. 1 Nr. 4 BetrVG gründen würden, welche die unternehmensübergreifende Zusammenarbeit der Arbeitnehmervertreter des Eigentümers und des Betriebsführers fördern könnten. Dies wäre insb. dann denkbar, wenn bei einem Einsatz von Arbeitnehmern des Betriebsführers ausnahmsweise kein gemeinsamer Betrieb entstehen würde und ein gemeinsames Vertretungsorgan nach § 3 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG nicht gebildet werden soll oder nicht zweckmäßig ist, aber dennoch eine Zusammenarbeit des Einsatzbetriebsrats des Eigentümers und des für die eingesetzten Arbeitnehmer des Betriebsführers zuständigen Betriebsführerbetriebsrats gefördert werden soll. Durch einen Tarifvertrag oder eine Betriebsvereinbarung kann dabei auch die Rechtsstellung der Mitglieder und die Zusammensetzung des Gremiums geregelt werden.⁴⁸⁶

Die Bildung solcher Arbeitnehmervertretungen wurde 2001 durch den Wegfall des staatlichen Zustimmungserfordernisses (§ 3 Abs. 2 BetrVG a. F.) erheblich erleichtert. Arbeitnehmerstrukturen nach § 3 Abs. 1 Nr. 1, 2, 4 und 5 BetrVG können durch **Betriebsvereinbarungen** geregelt werden, wenn keine Tarifregelung hierzu besteht, § 3 Abs. 2 BetrVG. Für den Fall von unternehmensweit geltenden **Tarifverträgen** reicht es aus, wenn der Arbeitgeber tarifgebunden ist. Die Regelung gilt dann ebenso für Arbeitnehmer ohne Tarifbindung, § 3 Abs. 2 TVG.⁴⁸⁷ Soweit tarifvertragliche Strukturvereinbarungen über ein Unternehmen hinausgehen, muss die Vereinbarung – auch innerhalb einer Konzernstruktur – durch alle betroffenen Unternehmen abgeschlossen werden.⁴⁸⁸

⁴⁸⁴ Vgl. hierzu bereits ausführlich oben unter C. I. 3. a) bb).

⁴⁸⁵ Einschränkung zu der Möglichkeit eines Zusammenschlusses von Betrieben die keinen gemeinsamen Betrieb i. S. d. BetrVG darstellen, vgl. *Rose*, in: Hess u. a., BetrVG, § 3 Rn. 68.

⁴⁸⁶ Vgl. *Hohenstatt*, in: Willemsen u. a., Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, D Rn. 176 ff.; *Richardi*, in: *Richardi*, BetrVG, § 3 Rn. 45; *Trümner*, in: Däubler u. a., BetrVG, § 3 Rn. 121 ff.; *Rose*, in: Hess u. a., BetrVG, § 3 Rn. 72 ff.

⁴⁸⁷ *Hohenstatt*, in: Willemsen u. a., Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, D Rn. 181; *Trümner*, in: Däubler u. a., BetrVG, § 3 Rn. 14.

⁴⁸⁸ Vgl. *Hohenstatt*, in: Willemsen u. a., Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, D Rn. 182, 183.

dd) Auswirkungen auf Gesamtbetriebsräte im Übrigen

Neben dem Ergebnis oben unter bb), dass durch die Einführung eines echten Betriebsführungsvertrages mehrere Gesamtbetriebsräte beim Eigentümer entstehen können, sind auch noch andere Auswirkungen denkbar.

aaa) Wenn es im Rahmen der Einführung von Betriebsführungsverträgen zu einer Änderung der Leitungsstrukturen in einem Unternehmen kommt, mit der Folge dass dort Betriebe gespalten oder zusammengeschlossen werden,⁴⁸⁹ kann dies auch Veränderungen bei den (Betriebsräten und) Gesamtbetriebsräten herbeiführen. Ist dies der Fall, ist im Einzelfall zu prüfen, welche Änderungen eingetreten sind. Beispielsweise könnte ein bestehender Gesamtbetriebsrat entfallen, weil eine Dezentralisierung des Unternehmens in mehr als einen Betrieb aufgehoben wurde oder es könnte umgekehrt bei einer Spaltung eines Betriebs erstmals ein Gesamtbetriebsrat entstehen, weil innerhalb eines Unternehmens zuvor neben dem gespaltenen Betrieb kein weiterer Betrieb mit Betriebsrat bestand. Weiter könnte sich durch Hinzukommen neuer bzw. durch den Verlust alter Betriebsräte die Zusammensetzung eines Gesamtbetriebsrats verändern. Hierzu gibt es allerdings keine Besonderheiten, so dass auf die allgemeinen Grundsätze verwiesen werden kann.⁴⁹⁰

bbb) Eine besondere Fallgestaltung ergibt sich dann, wenn der Betriebsführer eigene Mitarbeiter zum Eigentümer mitbringt und – so der Regelfall – ein gemeinsamer Betrieb nach § 1 Abs. 1 S. 2 Abs. 2 BetrVG entsteht.⁴⁹¹ Zwar kann dann grds. kein unternehmensübergreifender gemeinsamer Gesamtbetriebsrat gebildet werden, trotzdem findet eine Veränderung in der Weise statt, dass der Betriebsrat des gemeinsamen Betriebs Mitglieder in sämtliche bei den Trägerunternehmen zu errichtenden Gesamtbetriebsräte entsenden wird (§ 47 Abs. 9 BetrVG).⁴⁹² Da der gemeinsame Betrieb betriebsverfassungsrechtlich sowohl zu

⁴⁸⁹ Hierzu bereits oben unter C. II. 1. a).

⁴⁹⁰ *Sieg/Maschmann*, Unternehmensumstrukturierung aus arbeitsrechtlicher Sicht, S. 174 Rn. 385; *Annuß*, in: *Richardi*, BetrVG, § 47 Rn. 25 ff.; *Glock*, in: *Hess u. a.*, BetrVG, § 47 Rn. 25; *Trittin*, in: *Däubler u. a.*, BetrVG, § 47 Rn. 58 ff.; *Hohenstatt*, in: *Willemsen u. a.*, Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, D Rn. 113.

⁴⁹¹ Hierzu bereits oben unter C. I. 3. a) bb) aaa).

⁴⁹² *BAG*, Urt. v. 13.02.2007 – 1 AZR 184/06, BAGE 121, 168 f.; *Trittin*, in: *Däubler u. a.*, BetrVG, § 47 Rn. 21 ff., 40, 157; *Trümner*, in: *Däubler u. a.*, BetrVG, § 1 Rn. 172, 178; *Fitting*, BetrVG, § 47 Rn. 10, 15, 80 ff.; *Richardi*, in: *Richardi*, BetrVG, § 1 Rn. 82; *Kreutz*, in: *Wiese u. a.*, GK-BetrVG, Bd. I, § 47 Rn. 21; *Schmidt*, in: *Hanau u. a.*, FS für *Küttner*, S. 499 (501 ff.); *Sick*, BB 1992, 1129 (1132); *Sieg/Maschmann*, Unternehmensumstrukturierung aus arbeitsrechtlicher Sicht, S. 173 Rn. 383, S. 176 Rn. 390; *a. A. Hohenstatt/Dzida*, in: *Henssler u. a.*, Arbeitsrecht Kommentar, Rn. 27 zu § 47 BetrVG, der lediglich die Entsendung in ein Trägerunternehmen befürwortet.

C. Auswirkungen auf das Arbeitsrecht

dem Betriebsführer als auch zu dem Eigentümer gehört, liegen die Voraussetzungen für einen Gesamtbetriebsrat bei demjenigen Unternehmen vor, welches noch zumindest einen weiteren Betrieb oder Betriebsteil i. S. d. § 4 BetrVG hat.⁴⁹³

b) Unechter Betriebsführungsvertrag

Die Betriebsführer sind eigenständige Unternehmen. Es findet nach der Umsetzung des Betriebsführungsvertrages grds. ein Betriebsübergang nach § 613a BGB statt, so dass die zu führenden Betriebe nun nicht mehr dem Eigentümer (Eigentümerunternehmen), sondern den einzelnen Betriebsführern (Betriebsführungsunternehmen) als Betriebsinhaber – und Arbeitgeber der dort betriebszugehörigen Arbeitnehmer – zuzuordnen sind.⁴⁹⁴ Im Ergebnis ist daher zu prüfen, wie viele mit Betriebsräten bestückte Betriebe beim Eigentümer verbleiben und wie viele nach dem Betriebsübergang beim jeweiligen Betriebsführer bestehen. Diesem Ergebnis entsprechend, können Gesamtbetriebsräte entfallen, neue zu errichten sein oder sich die Zusammensetzung innerhalb der Gesamtbetriebsräte verändern.⁴⁹⁵

Um das Gestaltungspotential aufzuzeigen, werden die nachfolgenden Beispiele gebildet:

aa) Ein Betriebsführer übernimmt immer nur einen Betrieb

Ein Gesamtunternehmen (GU) besteht aus vier Betrieben (B1-B4). Es gründet nun für jeden Betrieb eine eigene Betriebsführungsgesellschaft. Bei jeder dieser Betriebsführungsgesellschaften handelt es sich um ein selbständiges Unternehmen (U1-U4). Die Betriebsführungsgesellschaften haben selbst keine eigenen Arbeitnehmer, sondern nur ihre Leitungsorgane (bei einer AG bspw. den Vorstand), so dass dort (zunächst) keine Betriebsräte zu bilden sind.

Im Beispiel finden vier Betriebsübergänge nach § 613a BGB statt, so dass die Betriebe nun nicht mehr dem Gesamtunternehmen (GU), sondern den einzelnen Betriebsführern (U1-U4) zuzuordnen sind. Die für die Errichtung eines Gesamtbetriebsrats erforderliche Identität eines (Gesamt-)Unternehmers mit dem Inhaber der zu dem Unternehmen gehörenden Betriebe, ist nicht mehr gegeben. Jeder Betrieb ist nur noch einem selbständigen Unter-

⁴⁹³ Trümmer, in: Däubler u. a., BetrVG, § 1 Rn. 178.

⁴⁹⁴ Siehe hierzu bereits ausführlich oben unter C. I. 2. b) und C. I. 3. b).

⁴⁹⁵ Vgl. BAG, Urt. v. 29.11.1989 – 7 ABR 64/87, BAGE 63, 302 f.; Annuß, in: Richardi, BetrVG, § 47 Rn. 10, 27; Glock, in: Hess u. a., BetrVG, § 47 Rn. 25; Trittin, in: Däubler u. a., BetrVG, § 47 Rn. 14, 15, 39, 47 ff.; Fitting, BetrVG, § 47 Rn. 17 ff.; Hohenstatt/Dzida, in: Henssler u. a., Arbeitsrecht Kommentar, Rn. 7 ff. zu § 47 BetrVG; Hohenstatt, in: Willemsen u. a., Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, D Rn. 99 ff.; Sieg/Maschmann, Unternehmensumstrukturierung aus arbeitsrechtlicher Sicht, S. 174, 175 Rn. 386 ff.

C. Auswirkungen auf das Arbeitsrecht

nehmen zuzuordnen (U1 = B1; U2 = B2; U3 = B3; U4 = B4).⁴⁹⁶ Folge davon ist, dass der Gesamtbetriebsrat bei GU entfällt. Es müsste nun weiter geprüft werden, ob nach der Umstrukturierung bei jedem einzelnen Betriebsführer ein Gesamtbetriebsrat in Betracht kommt. Voraussetzung dafür ist aber, dass in einem Unternehmen mehrere Betriebe und mehr als ein Betriebsrat bestehen.⁴⁹⁷ Jedem der Betriebsführer ist hier aber nur ein neuer Betrieb (mit jeweils einem Betriebsrat) zuzuordnen. Die Betriebsführer selbst hatten im obigen Beispiel keine eigenen mit einem Betriebsrat bestückten Betriebe (bspw. für die eigene Verwaltung). In dieser Gestaltung führen die Betriebsführungsverträge also dazu, dass Gesamtbetriebsräte entfallen und letztlich kein Gesamtbetriebsrat mehr besteht.

Ob dies unter Umständen eine rechtsmissbräuchliche Gestaltung darstellen kann, wenn alleiniges Ziel der Umgestaltung die „Beseitigung“ (unliebsamer) Gesamtbetriebsräte ist, muss stark bezweifelt werden. Denn zum einen können weiterhin einzelne Betriebsräte bei dem jeweiligen Betriebsführer für die notwendige (unternehmenseinheitliche) Arbeitnehmervertretung sorgen und zum anderen können als Kompensationsmittel auch Konzernbetriebsräte entstehen. Denn Letztere können nach § 54 Abs. 2 BetrVG auch ohne Gesamtbetriebsräte gebildet werden. Es kommt hier also nicht zum Wegfall der Beteiligungsrechte, sondern nur zu einer Verlagerung auf eine andere Ebene. Dies kann zu keinem Missbrauch führen.

bb) Ein Betriebsführer übernimmt mehr als einen Betrieb

Würde im oben unter aa) benannten Beispiel ein Betriebsführer (U1) drei und ein anderer Betriebsführer (U2) nur einen Betrieb – bei Beibehaltung der Leitungsstruktur – führen, mit der Konsequenz, dass diese Betriebe nach § 613a BGB auf sie übergehen und dort mit ihren Betriebsräten identitätswahrend erhalten bleiben, würde der Gesamtbetriebsrat zwar bei dem Gesamtunternehmen (GU) entfallen, es wäre aber zumindest bei U1 ein Gesamtbetriebsrat zu bilden. Bei U2 käme dies dagegen nur dann in Betracht, wenn dieser eigene betriebsratsfähige Betriebe hätte oder bei ihm eine Spaltung des übergegangenen Betriebs in zwei betriebsratsfähige Einheiten erfolgen würde.

⁴⁹⁶ *Annuß*, in: Richardi, BetrVG, § 47 Rn. 10.

⁴⁹⁷ *Koch*, in: Müller-Glöge u. a., ErfK., Rn. 5 zu § 47 BetrVG.

cc) Ein Betriebsführer betreut mehrere Unternehmen

Letztlich muss noch auf eine dritte mögliche Variante hingewiesen werden, die für ein Unternehmen zu unerwünschten Folgen führen kann, wenn der Betriebsführer mehrere **verschiedene Unternehmen** betreut.

In Abwandlung zu oben unter aa) benanntem Fall, gibt es zwei unabhängige Gesamtunternehmen (GU1 und GU2) mit ggf. völlig verschiedenen Unternehmensgegenständen. Jedes dieser Gesamtunternehmen hat zwei Betriebe (mit Betriebsräten), welche sie jetzt von **ein und demselben** Betriebsführer im eigenen Namen (nach einer dezentralen Struktur) leiten lassen. Zwar entfallen die Gesamtbetriebsräte jeweils bei GU1 und bei GU2 (was vielleicht sogar der Zweck war), dafür muss jetzt aber – anders als wenn ein echter Betriebsführungsvertrag abgeschlossen worden wäre – grds. **ein** Gesamtbetriebsrat bei dem einzigen Betriebsführer gegründet werden. Dieser ist für alle (übergegangenen) Betriebe von GU1 und GU2 **gemeinsam** zuständig, denn die Betriebe sind dem Betriebsführer – als Arbeitgeber, Betriebsinhaber und Ansprechpartner (Betriebspartner i. S. d. BetrVG) – zuzuordnen.⁴⁹⁸ So würden sich Vertreter von Betriebsräten aus ursprünglich (vor § 613a BGB) zwei verschiedenen Unternehmen bei einem Betriebsführer zu einem Gesamtbetriebsrat vermischen, weil die (kraft dezentraler Leitungsstruktur identitätswahrenden) Betriebe nur noch dem Betriebsführer (als Unternehmen) zuzuordnen sind. Dieser Fall wird oftmals nicht erwünscht sein und ist daher immer zu bedenken, wenn Betriebsführungsgesellschaften eingeschaltet werden, die mehr als ein Unternehmen betreuen.

2. Auswirkungen auf einen Konzernbetriebsrat

Wird durch die Einführung eines Betriebsführungsvertrages ein Konzern i. S. v. § 18 Abs. 1 AktG (Unterordnungskonzern) mit mindestens zwei Gesamtbetriebsräten (bzw. Betriebsräten i. S. v. § 54 Abs. 2 BetrVG)⁴⁹⁹ in mindestens zwei Unternehmen begründet, **kann** als Organ ein Konzernbetriebsrat (§ 54 BetrVG) gebildet werden.⁵⁰⁰

⁴⁹⁸ BAG, Urt. v. 29.11.1989 – 7 ABR 64/87, BAGE 63, 302 f.; *Fitting*, BetrVG, § 47 Rn. 14; *Mauer*, in: Rolfs u. a., BeckOK Arbeitsrecht, Rn. 4 zu § 47 BetrVG; *Annuß*, in: Richardi, BetrVG, § 47 Rn. 10; *Glock*, in: Hess u. a., BetrVG, § 47 Rn. 15, 16; *Trittin*, in: Däubler u. a., BetrVG, § 47 Rn. 28; *Kreutz*, in: Wiese u. a., GK-BetrVG, Bd. I, § 47 Rn. 24; *Schwab*, NZA-RR 2007, 505 (506).

⁴⁹⁹ Durch § 54 Abs. 2 BetrVG kann ein Betriebsrat die gem. §§ 54 ff. BetrVG bestehenden Aufgaben eines Gesamtbetriebsrats jedenfalls dann wahrnehmen, wenn in einem Konzernunternehmen nur ein betriebsratsfähiger Betrieb existiert und daher für dieses Unternehmen kein Gesamtbetriebsrat gebildet werden kann, vgl. hierzu: BAG, Beschl. v. 10.02.1981 – 6 ABR 91/78, BAGE 35, 67 f.; *Annuß*, in: Richardi, BetrVG, § 54 Rn. 54 ff.; *Hohenstatt/Dzida*, in: Henssler u. a., Arbeitsrecht Kommentar, Rn. 11, 14 zu § 54 BetrVG m. w. N.

⁵⁰⁰ BAG, Beschl. v. 13.10.2004 – 7 ABR 56/03, BAGE 112, 166 f.; *Birk*, ZGR 1984, 23 (52, 53); *Annuß*, in: Richardi, BetrVG, § 54 Rn. 33, 41; *Hohenstatt*, in: Willemsen u. a., Umstrukturierung und Übertragung von

C. Auswirkungen auf das Arbeitsrecht

Es gibt dabei keinen eigenständigen betriebsverfassungsrechtlichen Konzernbegriff.⁵⁰¹ Ein Konzern liegt nach § 18 Abs. 1 S. 1 AktG immer dann vor, wenn ein herrschendes und ein oder mehrere abhängige Unternehmen unter der einheitlichen Leitung des herrschenden Unternehmens zusammengefasst sind. Die beteiligten Unternehmen sind dann Konzernunternehmen. Bei der Auslegung der Tatbestandsmerkmale ist an das gesellschaftsrechtliche Verständnis der §§ 15 ff. AktG anzuknüpfen. Weiter erfasst die Verweisung in § 54 Abs. 1 S. 1 BetrVG auch die Konzernvermutung nach § 18 Abs. 1 S. 2 und S. 3 AktG.⁵⁰² **Keine** Voraussetzung ist dagegen, dass der Konzern unter das Aktiengesetz fällt, denn die §§ 15 ff. AktG sind rechtsformneutral.⁵⁰³ Wegen der Einzelheiten muss in diesem Rahmen auf die einschlägige Literatur verwiesen werden.⁵⁰⁴

Ob ein Konzernbetriebsrat bei Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen tatsächlich gebildet wird, muss durch Beschlüsse der einzelnen Gesamtbetriebsräte entschieden werden, § 54 Abs. 1 S. 2 BetrVG.⁵⁰⁵ Gibt es keine Gesamtbetriebsräte (mehr), übernimmt der Betriebsrat diese Aufgabe, § 54 Abs. 2 BetrVG.⁵⁰⁶

Sofern die **Betriebsführungsgesellschaft von dem Eigentümer i. S. d. § 18 AktG abhängig** ist und bei beiden ein Betriebs- bzw. Gesamtbetriebsrat existiert, kann bei letzterem ein Konzernbetriebsrat gebildet werden. Dies gilt nach dem BAG und einem Teil der Literatur auch dann, wenn der Eigentümer nicht herrschendes Unternehmen im Gesamtkonzern ist, ihm aber ein betriebsverfassungsrechtlich relevanter Spielraum (in personel-

Unternehmen, D Rn. 122; *Fitting*, BetrVG, 24. Aufl., § 54 Rn. 39; *Glock*, in: Hess u. a., BetrVG, § 54 Rn. 23 m. w. N.; *Sieg/Maschmann*, Unternehmensumstrukturierung aus arbeitsrechtlicher Sicht, S. 177 Rn. 393, S. 178 Rn. 396; a. A. *Kreutz*, NZA 2008, 259 (261 ff.), welcher ausreichen lässt, wenn in einem Konzernunternehmen ein (Gesamt-)Betriebsrat besteht und in wenigstens einem weiteren Konzernunternehmen Arbeitnehmer beschäftigt sind; diesem folgend: *Fitting*, BetrVG, § 54 Rn. 39; *Trittin*, in: Däubler u. a., BetrVG, § 54 Rn. 112, 137 ff.

⁵⁰¹ BAG, Beschl. v. 13.10.2004 – 7 ABR 56/03, BAGE 112, 166 f.; *Richardi*, in: Richardi u. a., Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 1, § 23 Rn. 1 ff.; *Hohenstatt*, in: Willemsen u. a., Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, D Rn. 122 m. w. N.

⁵⁰² BAG, Beschl. v. 22.11.1995 – 7 ABR 9/95, NZA 1996, 706 f.; *Kreutz*, NZA 2008, 259 (260).

⁵⁰³ BAG, Beschl. v. 13.10.2004 – 7 ABR 56/03, BAGE 112, 166 f.; BAG, Beschl. v. 16.05.2007 – 7 ABR 63/06, Juris; *Emmerich*, in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, Rn. 5, 11 zu § 15 AktG; *Glock*, in: Hess u. a., BetrVG, § 54 Rn. 10.

⁵⁰⁴ Allgemein zu den Voraussetzungen: *Glock*, in: Hess u. a., BetrVG, § 54 Rn. 7 ff.; *Koch*, in: Müller-Glöge u. a., ErfK., Rn. 2 ff. zu § 54 BetrVG; *Hohenstatt/Dzida*, in: Henssler u. a., Arbeitsrecht Kommentar, Rn. 2 ff. zu § 54 BetrVG m. w. N.; speziell zur Konzernbildung bei Betriebsführungsverträgen: *Krieger*, in: Hoffmann-Becking, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 4, § 72 Rn. 47; *Huber*, ZHR 152 (1988), 123 (124 ff.)

⁵⁰⁵ *Hohenstatt*, in: Willemsen u. a., Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, D Rn. 122; hierfür ist die Zustimmung der (Gesamt-)Betriebsräte erforderlich, welche mehr als 50% der Arbeitnehmer aller Konzernunternehmen repräsentieren: vgl. BAG, Beschl. v. 11.08.1993 – 7 ABR 34/92, BAGE 74, 68 f.; *Kreutz*, NZA 2008, 259 (260); *Annuß*, in: Richardi, BetrVG, § 54 Rn. 37 ff.; *Hohenstatt/Dzida*, in: Henssler u. a., Arbeitsrecht Kommentar, Rn. 1, 12 zu § 54 BetrVG.

⁵⁰⁶ *Rüthers*, BB 1977, 605 (612); *Kreutz*, NZA 2008, 259 (260).

len, sozialen und wirtschaftlichen Angelegenheiten) für die Entscheidungen bei ihm und den von ihm abhängigen Gesellschaften verbleibt (sog. Konzern im Konzern).⁵⁰⁷

Hat die Betriebsführungsgesellschaft kein eigenes Personal oder zumindest weniger als fünf ständige wahlberechtigte Arbeitnehmer (§ 1 BetrVG), kann dort kein Betriebs- bzw. Gesamtbetriebsrat gebildet werden. Ist dabei der **Eigentümer vom Betriebsführer i. S. d. § 18 AktG abhängig**, muss der Betriebsführer mindestens zwei Unternehmen mit jeweils einem Gesamtbetriebsrat/Betriebsrat führen, da für die Errichtung eines Konzernbetriebsrats dann mindestens zwei Gesamtbetriebsräte/Betriebsräte in mindestens zwei geführten Unternehmen existieren müssen.⁵⁰⁸ Auch hier müsste man es nach der Rechtsprechung des BAG und einem Teil der Literatur ausreichen lassen, wenn der Betriebsführer nicht herrschendes Unternehmen im Gesamtkonzern ist, ihm aber ein betriebsverfassungsrechtlicher Spielraum bei den beiden von ihm abhängigen Gesellschaften verbleibt (sog. Konzern im Konzern).⁵⁰⁹

Im Nachfolgenden sollen nun die Auswirkungen auf die Errichtung bzw. das Bestehen eines Konzernbetriebsrats getrennt für den echten und den unechten Betriebsführungsvertrag dargestellt werden.

a) *Echter Betriebsführungsvertrag*

Das Vorliegen der Voraussetzungen für die Errichtung eines Konzernbetriebsrats wird i. d. R. nicht unmittelbar von der bloßen Einführung eines echten Betriebsführungsvertrages abhängen. Mangels Betriebsübergang nach § 613a BGB scheidet eine Veränderung der Zuordnung von Betrieben **auf Unternehmensebene** aus. Soweit bei dem Betriebsführer bislang, insb. mangels ausreichender Arbeitnehmerzahl, kein eigener Betrieb bzw. (Gesamt-)Betriebsrat bestand, wird auch der echte Betriebsführungsvertrag (mangels Übergang eines betriebsratsfähigen Betriebs des Eigentümers nach § 613a BGB) daran nichts

⁵⁰⁷ BAG, Urt. v. 21.10.1980 – 6 ABR 41/78, BAGE 34, 230 f.; BAG, Beschl. v. 14.02.2007 – 7 ABR 26/06, BAGE 121, 212 f.; Birk, ZGR 1984, 23 (52); Glock, in: Hess u. a., BetrVG, § 54 Rn. 19; Trittin, in: Däubler u. a., BetrVG, § 54 Rn. 18; a. A. Hohenstatt, in: Willemsen u. a., Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, D Rn. 133; Hohenstatt/Dzida, in: Henssler u. a., Arbeitsrecht Kommentar, Rn. 8 zu § 54 BetrVG; Joost, Betrieb und Unternehmen als Grundbegriffe im Arbeitsrecht, S. 229 ff.; Windbichler, Arbeitsrecht im Konzern, S. 318 ff.; Säcker, Die Wahlordnung zum Mitbestimmungsgesetz, S. 81 ff. Rn. 158-172; Richardi, in: Richardi u. a., Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 1, § 23 Rn. 50, 51; Annuß, in: Richardi, BetrVG, § 54 Rn. 11 ff. m. w. N.

⁵⁰⁸ Birk, ZGR 1984, 23 (53); nach der Ansicht von Kreutz, NZA 2008, 259 (263) müsste der Betriebsführer zumindest ein Konzernunternehmen mit einem (Gesamt-) Betriebsrat und ein weiteres Konzernunternehmen mit Arbeitnehmern (in betriebsratsfähiger Stärke) führen.

⁵⁰⁹ Nur soweit in diesem Fall die Möglichkeit eines sog. Konzerns im Konzern abgelehnt wird, will Birk als Ausgleich einen Gesamtbetriebsrat („Teilgesamtbetriebsrat“) für die von einer Betriebsführungsgesellschaft geleiteten Betriebe („Teilunternehmen“) der beherrschten Unternehmen in Betracht ziehen, Birk, ZGR 1984, 23 (53) in Fußnote 131.

C. Auswirkungen auf das Arbeitsrecht

ändern. Erst dann, wenn sowohl beim Eigentümer, als auch beim Betriebsführer (zumindest) jeweils ein (Gesamt-)Betriebsrat besteht und ein Konzernverhältnis zwischen den beiden Unternehmen begründet wird, ist die erstmalige Erfüllung der Voraussetzungen für die Errichtung eines Konzernbetriebsrats möglich.

Etwas anderes gilt in dem Fall, dass mit Einführung des Betriebsführungsvertrages ein Konzernverhältnis zwischen mehr als zwei Unternehmen (mehr als einem Betriebsführer und einem Eigentümer) begründet wird und bereits ohne den (Gesamt-)Betriebsrat des Betriebsführers mehr als ein Gesamt-(Betriebsrat) in mehr als einem (Konzern-)Unternehmen besteht (z. B. weil der Betriebsführer zwei von ihm abhängige Unternehmen mit jeweils einem Gesamtbetriebsrat/Betriebsrat führt).

Soweit der Betriebsführer eigene Arbeitnehmer in den Betrieb des Eigentümers mitbringt und dies zur Bildung eines mit einem Betriebsrat versehenen **gemeinsamen Betriebs** i. S. d. § 1 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 BetrVG führt – was der Regelfall sein wird⁵¹⁰, zwischen dem Eigentümer und dem Betriebsführer ein Konzernverhältnis i. S. d. § 18 BetrVG besteht und zumindest eines der Trägerunternehmen (Eigentümer oder Betriebsführer) noch einen weiteren mit einem Betriebsrat versehenen Betrieb (und in der Folge auch einen Gesamtbetriebsrat) hat, ist die Errichtung eines Konzernbetriebsrats möglich, wenn die übrigen Voraussetzungen nach § 54 Abs. 1 BetrVG vorliegen.⁵¹¹ Denn dann bestehen mindestens zwei (Gesamt-)Betriebsräte in mindestens zwei Unternehmen.

b) Unechter Betriebsführungsvertrag

Im Gegensatz zum echten Betriebsführungsvertrag findet grds. ein Betriebsübergang des zu führenden Eigentümerbetriebs nach § 613a BGB auf den Betriebsführer statt, mit der Folge, dass die zu führenden Betriebe mit ihren Betriebsräten dem Betriebsführer zuzuordnen sind.

aa) Ein Betriebsführer übernimmt nicht alle Betriebe

Übernimmt der Betriebsführer die Führung von nur einem oder einem Teil der Betriebe und besteht dadurch erstmals sowohl beim Eigentümer, als auch beim Betriebsführer – zumindest – ein (Gesamt-)Betriebsrat, kann die Gestaltung durch einen unechten Betriebsführungsvertrag die erstmalige Entstehung eines Konzernbetriebsrats auslösen, wenn

⁵¹⁰ Siehe hierzu bereits oben unter C. I. 3. a) bb).

⁵¹¹ *Richardi*, in: *Richardi*, BetrVG, § 1 Rn. 84.

C. Auswirkungen auf das Arbeitsrecht

bislang kein weiteres mit einem (Gesamt-)Betriebsrat besetztes Konzernunternehmen existiert hat.⁵¹²

bb) Ein Betriebsführer übernimmt den einzigen Betrieb/alle Betriebe

Übernimmt der Betriebsführer dagegen die Führung des einzigen bestehenden Betriebs oder aller Betriebe des Eigentümers und besteht sonst kein Konzernunternehmen mit Arbeitnehmern, fehlt es an der Voraussetzung, dass mindestens zwei (Gesamt-)Betriebsräte in mindestens zwei Unternehmen bestehen müssen. Ein Konzernbetriebsrat ist nicht zu bilden. Erfolgt dabei eine vollständige Trennung von Sachmitteln und Personal, so dass alle Arbeitnehmer auf den Betriebsführer übergehen, kann selbst dann kein Konzernbetriebsrat mehr gebildet werden, wenn man die Ansicht vertritt, dass für die Bildung eines Konzernbetriebsrats bereits **ein** (Gesamt-)Betriebsrat in einem der Konzernunternehmen ausreicht.⁵¹³ Denn auch nach dieser Ansicht müssten bei dem Eigentümer (oder einem dritten Konzernunternehmen) wenigstens Arbeitnehmer (in betriebsratsfähiger Stärke) beschäftigt werden, weil sich in diesen arbeitnehmerlosen Unternehmen ansonsten gar keine betriebsverfassungsrechtlichen Fragen stellen könnten.⁵¹⁴

cc) Ein Betriebsführer betreut alle Betriebe mehrerer Konzernunternehmen

Ausnahmsweise können die Voraussetzungen eines Konzernbetriebsrats infolge einer Betriebsführung auch dann entfallen, wenn ein Betriebsführer die betriebsratsfähigen Betriebe von allen (zwei oder mehr) Konzernunternehmen gleichzeitig führen würde und so kraft § 613a BGB die Arbeitnehmer aller Konzernunternehmen auf ihn übergehen würden. Der bestehende Konzernbetriebsrat würde in diesem Fall erlöschen.⁵¹⁵

⁵¹² Voraussetzung ist dabei die Begründung eines Konzernverhältnisses i. S. d. § 18 AktG zwischen dem Eigentümer und dem Betriebsführer.

⁵¹³ *Kreutz*, NZA 2008, 259 (261 ff.); *Fitting*, BetrVG, § 54 Rn. 39; *Trittin*, in: Däubler u. a., BetrVG, § 54 Rn. 112.

⁵¹⁴ *Kreutz*, NZA 2008, 259 (263).

⁵¹⁵ Vgl. *BAG*, Beschl. v. 23.08.2006 – 7 ABR 51/05, DB 2007, 1091 f.; *Hohenstatt*, in: Willemsen u. a., Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, D Rn. 133.

3. Auswirkungen auf einen Wirtschaftsausschuss

Ein Wirtschaftsausschuss ist⁵¹⁶ in allen **Unternehmen** mit i. d. R. mehr als 100 ständig beschäftigten Arbeitnehmern zu bilden (§ 106 Abs. 1 BetrVG). Der Wirtschaftsausschuss ist (anders als bspw. der Betriebsrat) an das Unternehmen geknüpft.

a) *Echter Betriebsführungsvertrag*

Durch die Einführung eines echten Betriebsführungsvertrages können nur rein **betriebliche** Veränderungen (z. B. Spaltung oder Zusammenschluss von Betrieben)⁵¹⁷ erfolgen, so dass es grds. nicht zu Auswirkungen im Hinblick auf einen Wirtschaftsausschuss kommt.⁵¹⁸

Anders kann dies – wie nachfolgend dargestellt wird – bezüglich der personellen **Zusammensetzung** des Wirtschaftsausschusses sein:

aa) **Veränderung in der Zusammensetzung bei Abspaltung und organisatorischer Verselbständigung eines Betriebsteils**

Wenn infolge eines Betriebsführungsvertrages ein Betriebsteil abgespalten und organisatorisch verselbständigt wird und ein bisheriges Mitglied des Betriebsrats und gleichzeitiges Mitglied des Wirtschaftsausschusses in dem neuen Betriebsteil beschäftigt wird, endet das Amt des Betriebsratsmitglieds gem. § 24 Nr. 4 BetrVG, weshalb auch das Amt des als Betriebsratsmitglied in den Wirtschaftsausschuss gewählten Mitglieds erlischt. Dies gilt jedenfalls dann, wenn es sich um das einzige Betriebsratsmitglied handelt (§ 107 Abs. 1 S. 1 BetrVG) und kein Übergangsmandat (mehr) nach § 21a BetrVG besteht.⁵¹⁹

⁵¹⁶ Der Betriebsrat bzw. Gesamtbetriebsrat kann nach § 107 Abs. 3 S. 1 BetrVG allerdings beschließen, keinen Wirtschaftsausschuss zu errichten, sondern die Aufgabe einem Ausschuss des Betriebsrats bzw. des Gesamtbetriebsrats zu übertragen, vgl. hierzu: *Hohenstatt*, in: Willemsen u. a., Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, D Rn. 213.

⁵¹⁷ Siehe hierzu bereits oben unter C. II. 1. a).

⁵¹⁸ *Hohenstatt*, in: Willemsen u. a., Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, D Rn. 214.

⁵¹⁹ *Annuß*, in: Richardi, BetrVG, § 107 Rn. 23; *Willemsen/Lembke*, in: Henssler u. a., Arbeitsrecht Kommentar, Rn. 19 zu § 107 BetrVG; *Fitting*, BetrVG, § 107 Rn. 9; *Hohenstatt*, in: Willemsen u. a., Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, D Rn. 215 m. w. N.

bb) Veränderung in der Zusammensetzung durch Spaltung oder Zusammenschluss von Betrieben

Weiter werden im Rahmen der Einführung von Betriebsführungsverträgen die Fallkonstellationen relevant, in welchen die Spaltung oder der Zusammenschluss von Betrieben dazu führt, dass ein Gesamtbetriebsrat erstmals entsteht (durch Spaltung erstmals mind. zwei Betriebe mit Betriebsräten) oder dass ein Gesamtbetriebsrat entfällt (Zusammenschluss von Betrieben zu einem einzigen Betrieb).⁵²⁰ Der Wortlaut des § 107 Abs. 2 S. 2 BetrVG und die daraus folgende Zuständigkeitsregelung ist eindeutig. Dem Gesamtbetriebsrat wird die Zuständigkeit für die Bildung des Wirtschaftsausschusses vom Gesetzgeber zwingend vorrangig zugeschrieben. Daher verliert der Wirtschaftsausschuss im erstgenannten Fall (durch Spaltung erstmals mind. zwei Betriebe mit Betriebsräten) sein Amt, sobald ein Gesamtbetriebsrat besteht. Der Wirtschaftsausschuss muss dann von dem errichteten Gesamtbetriebsrat neu bestellt werden.

Im umgekehrten Fall (Zusammenschluss von Betrieben zu einem einzigen Betrieb), wenn nur noch ein Betrieb(-srat) verbleibt, muss der dortige Betriebsrat einen neuen Wirtschaftsausschuss bestellen, weil die Amtszeit des Wirtschaftsausschusses mit der Amtszeit des Gesamtbetriebsrats endet.⁵²¹

cc) Besonderheit, wenn der Betriebsführer eigene Mitarbeiter mitbringt und ein gemeinsamer Betrieb entsteht – Regelfall –

Soweit der Betriebsführer eigene Mitarbeiter in den Betrieb des Eigentümers mitbringt und ein **gemeinsamer Betrieb** nach § 1 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 BetrVG entsteht – was der Regelfall sein wird –,⁵²² ist auf eine (im Nachfolgenden unter aaa) und bbb) dargestellte) Besonderheit hinzuweisen, die sich daraus ergibt, dass das Gesetz an das Unternehmen anknüpft. Denn der gemeinsame Betrieb ist kein Unternehmen, sondern wird zwei Unternehmen, hier dem Eigentümer und dem Betriebsführer, zugerechnet.

⁵²⁰ Siehe hierzu bereits oben unter C. III. 1. a) dd).

⁵²¹ *Hohenstatt*, in: Willemsen u. a., Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, D Rn. 216; vgl. *Willemsen/Lembke*, in: Henssler u. a., Arbeitsrecht Kommentar, Rn. 26, 27 zu § 107 BetrVG.

⁵²² Hierzu bereits oben unter C. I. 3. a) bb).

C. Auswirkungen auf das Arbeitsrecht

aaa) Neben dem gemeinsamen Betrieb bestehen weitere Betriebe

Für die Fallkonstellation, dass die am gemeinsamen Betrieb beteiligten Unternehmen (Eigentümer und Betriebsführer) **weitere** Betriebe haben und jedes für sich den Schwellenwert des § 106 Abs. 1 BetrVG überschreitet, bleibt es bei dem Normalfall, dass **in den beteiligten Unternehmen** selbst **jeweils** ein Wirtschaftsausschuss zu errichten ist. Die Besonderheit liegt darin, dass **alle** – betriebszugehörigen – Arbeitnehmer des gemeinsamen Betriebs bei **beiden** Unternehmen **mitzählen**, was unabhängig davon gilt, mit welchem Unternehmen im Einzelfall die Arbeitsverhältnisse bestehen. Letzteres rechtfertigt sich daraus, dass ein gemeinsamer Betrieb in die betriebsverfassungsrechtliche Organisation beider Unternehmen einbezogen ist. Betriebszugehörig sind dabei jedenfalls all diejenigen Arbeitnehmer, die in dem gemeinsamen Betrieb tatsächlich eingegliedert sind und in einem Arbeitsverhältnis entweder zum Eigentümer **oder** zum Betriebsführer stehen. Der Betriebsrat des gemeinsamen Betriebs ist auch an der Errichtung des Wirtschaftsausschusses der verschiedenen Unternehmen zu beteiligen. Soweit es dabei auf die Zahl der Arbeitnehmer ankommt, ist die gesamte Belegschaft des gemeinsamen Betriebs konsequenter Weise jedem Unternehmen zuzurechnen.⁵²³

bbb) Der gemeinsame Betrieb ist der einzige Betrieb von Eigentümer und Betriebsführer

Schwieriger ist dagegen der Fall zu beurteilen, wenn der gemeinsame Betrieb den **einzigen** Betrieb beider Unternehmen (Eigentümer und Betriebsführer) darstellt und alleine **dort** i. d. R. mehr als 100 ständig beschäftigte Arbeitnehmer tätig werden. Es besteht in diesem Fall lediglich **ein** gemeinsamer Betriebsrat für zwei Rechtsträger, so dass sich die Frage stellt, ob und wo der Wirtschaftsausschuss zu bilden ist. Betrachtet man die Konzeption des Gesetzes, den Wirtschaftsausschuss als Hilfsorgan des (Gesamt-)Betriebsrats auszugestalten, wird klar, dass ein Wirtschaftsausschuss zur Unterstützung der Erfüllung der Betriebsratsaufgaben auch dann notwendig und vom Gesetzgeber erwünscht ist, wenn ein Betriebsrat eines gemeinsamen Betriebs mit mehr als 100 ständigen Arbeitnehmern in wirtschaftlichen Angelegenheiten diese Unterstützung braucht. Letztlich ist es für diese Fallgestaltung nur sinnvoll, **für den gemeinsamen Betrieb** lediglich **einen** Wirtschafts-

⁵²³ *Schweibert*, in: Willemsen u. a., Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, C Rn. 397; *Hohenstatt*, in: Willemsen u. a., Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, D Rn. 219; *Joost*, in: Richardi u. a., Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 2, § 231 Rn. 5; *Fitting*, BetrVG, § 106 Rn. 18; *Willemsen/Lembke*, in: Henssler u. a., Arbeitsrecht Kommentar, Rn. 28 zu § 106 BetrVG; *Kloppenborg*, in: Düwell, BetrVG, § 1 Rn. 72.

C. Auswirkungen auf das Arbeitsrecht

ausschuss für beide Rechtsträger (die Trägergruppe) nach § 106 BetrVG zur Unterstützung **dieses einen** Betriebsrats zu errichten. Die Bildung zweier Wirtschaftsausschüsse (beim Betriebsführer und beim Eigentümer) würde bereits deshalb keinen Sinn machen, weil der Betriebsrat des gemeinsamen Betriebs nicht gehindert wäre, diese identisch zu besetzen. Im Übrigen wird man nur so der Aufgabe des Wirtschaftsausschusses als Hilfsorgan gerecht. Dass der Gesetzgeber die hier diskutierte Problematik im Rahmen des Betriebsverfassungs-Reformgesetzes von 2001 nicht aufgegriffen hat, obwohl er in diesem Rahmen die Figur des gemeinsamen Betriebs erstmals im Gesetz erwähnte (vgl. § 1 Abs. 2 BetrVG), rechtfertigt, jedenfalls ohne Anhaltspunkte im Rahmen dieser Reform, nicht die Annahme, dass der Gesetzgeber eine andere als in der Rechtsprechung bislang vertretene Lösung herbeiführen wollte.⁵²⁴

b) Unechter Betriebsführungsvertrag

Der unechte Betriebsführungsvertrag führt grds. zu einem Betriebsübergang des betroffenen Eigentümerbetriebs nach § 613a BGB, was immer (auch) Auswirkungen auf die Unternehmensebene und damit auf den Anknüpfungspunkt des Wirtschaftsausschusses hat.

aa) Entstehen bzw. Entfallen eines Wirtschaftsausschusses

Infolge der Einführung eines Betriebsführungsvertrages kann ein Wirtschaftsausschuss beim Eigentümer **entfallen**, wenn dort infolge des Übergangs von Arbeitsverhältnissen dauerhaft weniger als 100 ständig beschäftigte Arbeitnehmer übrigbleiben. Umgekehrt ist ein Wirtschaftsausschuss beim Betriebsführer **zu errichten**, wenn er einen oder mehrere Betriebe führt, die ausreichend betriebszugehörige Arbeitnehmer haben, damit nach dem Betriebsübergang dauerhaft mehr als 100 ständig beschäftigte Arbeitnehmer beim Betriebsführer (im Unternehmen) tätig sind.⁵²⁵

⁵²⁴ BAG, Beschl. v. 01.08.1990 – 7 ABR 91/88, BAGE 65, 304 f.; BAG, Beschl. v. 29.09.2004 – 1 ABR 39/03, BAGE 112, 100 f. (obiter dictum unter III 2 d) der Gründe); *Schweibert*, in: Willemsen u. a., Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, C Rn. 397; *Hohenstatt*, in: Willemsen u. a., Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, D Rn. 218, 219; *Joost*, in: Richardi u. a., Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 2, § 231 Rn. 5; *Kloppenburger*, in: Düwell, BetrVG, § 1 Rn. 72; *Fitting*, BetrVG, § 106 Rn. 18; *Willemsen/Lembke*, in: Henssler u. a., Arbeitsrecht Kommentar, Rn. 27 zu § 106 BetrVG; *a. A. Annuß*, in: Richardi, BetrVG, § 106 Rn. 8, wonach es im Hinblick auf §§ 1 Abs. 1 S. 2, 47 Abs. 9 BetrVG an einer Regelungslücke fehle.

⁵²⁵ *Willemsen/Lembke*, in: Henssler u. a., Arbeitsrecht Kommentar, Rn. 24, 25 zu § 107 BetrVG; zu den Auswirkungen auf die Schwellenwerte nachfolgend gesondert unter C. IV.

bb) Veränderung in der Zusammensetzung eines Wirtschaftsausschusses

Weiter ist der Grundsatz zu beachten, dass das Schicksal des Wirtschaftsausschusses immer an das Schicksal anknüpft, das den Betriebsrat bzw. den Gesamtbetriebsrat – der den Wirtschaftsausschuss bestellt hat – im Rahmen der Einführung eines Betriebsführungsvertrages trifft.⁵²⁶ Dies ergibt sich nicht nur aus dem Gesetz selbst (§ 107 Abs. 2 BetrVG), sondern auch daraus, dass der Wirtschaftsausschuss lediglich ein Hilfsorgan des (Gesamt-)Betriebsrats ist. Von seinem Fortbestand ist somit immer nur dann auszugehen, wenn auch das Amt des jeweiligen (Gesamt-)Betriebsrats fortbesteht.⁵²⁷

Es kann auch im Rahmen des unechten Betriebsführungsvertrages dazu kommen, dass ein Gesamtbetriebsrat erstmals entsteht oder entfällt und es so auch zu Auswirkungen auf einen bestehenden Wirtschaftsausschuss kommt. Dies ist insb. dann möglich, wenn infolge des Betriebsübergangs beim Eigentümer nur noch ein Betrieb mit Betriebsrat verbleibt, so dass der Gesamtbetriebsrat als Bestellungsorgan entfällt und die Amtszeit des Wirtschaftsausschusses nach § 107 Abs. 2 S. 2 BetrVG endet. Der verbleibende Betriebsrat muss dann die Mitglieder des Wirtschaftsausschusses neu bestellen (§ 107 Abs. 2 S. 1 BetrVG), wenn der Schwellenwert weiterhin überschritten wird. Umgekehrt können infolge des Betriebsübergangs beim Betriebsführer erstmals **mehrere** Betriebsräte bestehen, so dass die Mitglieder des Wirtschaftsausschusses ihre Ämter verlieren, weil der Wirtschaftsausschuss von dem gewählten Gesamtbetriebsrat neu bestellt werden muss (vgl. Zuständigkeitsordnung in § 107 Abs. 2 S. 2 BetrVG).⁵²⁸

⁵²⁶ *Hohenstatt*, in: Willemsen u. a., Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, D Rn. 217; *Annuß*, in: Richardi, BetrVG, § 107 Rn. 4; *Kania*, in: Müller-Glöge u. a., ErfK., Rn. 1 zu § 106 BetrVG, Rn. 6, 7 zu § 107 BetrVG.

⁵²⁷ *Annuß*, in: Richardi, BetrVG, § 107 Rn. 4; *Kania*, in: Müller-Glöge u. a., ErfK., Rn. 1 zu § 106, Rn. 6, 7 zu § 107 BetrVG; *Hohenstatt*, in: Willemsen u. a., Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, D Rn. 217.

⁵²⁸ Vgl. hierzu bereits oben unter C. II. 2. b) und C. III. 1. b); *Willemsen/Lembke*, in: Henssler u. a., Arbeitsrecht Kommentar, Rn. 26, 27 zu § 107 BetrVG.

IV. SCHWELLENWERTE

Das Betriebsverfassungsgesetz stellt in einer Vielzahl von Vorschriften auf Schwellenwerte ab, weshalb die Anzahl der Arbeitnehmer in den Betrieben und Unternehmen für die Betriebs-/ Unternehmens-/ und Konzernleitung nicht nur bezüglich der Schwellenwerte in der unternehmerischen Mitbestimmung (MitbestG, DrittelbG, Montan-MitbestG), sondern gerade auch in der **betrieblichen** Mitbestimmung von wesentlicher Bedeutung ist. Der Einfluss von Betriebsräten, Gesamtbetriebsräten und Konzernbetriebsräten ist groß.

Zudem ist für die Unternehmen bei der Gestaltung von Strukturmaßnahmen immer auch der Blick auf die Kostenbelastung von wesentlicher Bedeutung. Erhebliche Mehrkosten können insb. bei der Entstehung neuer Betriebsräte (§§ 40, 37, 80 Abs. 3 BetrVG) infolge einer notwendig gewordenen Erhöhung an Betriebsratsmitgliedern nach § 9 BetrVG und im Falle weiterer Freistellungen nach § 38 BetrVG entstehen. Auch hierauf wird bei der Einführung von Betriebsführungsverträgen und ihren Auswirkungen auf betrieblicher und unternehmerischer Ebene zu achten sein.

Das Gesetz nennt in § 1 BetrVG (Wählbarkeit eines Betriebsrats), § 9 BetrVG (Zahl der Betriebsratsmitglieder), § 38 BetrVG (Zahl der Freistellungen) und § 106 BetrVG (Bildung eines Wirtschaftsausschusses) die wichtigsten⁵²⁹ Schwellenwerte in Bezug auf die betriebsverfassungsrechtliche Organisation.⁵³⁰ Der **Bezugspunkt** für die Berechnung dieser Schwellenwerte ist dabei, mit Ausnahme des § 106 BetrVG, durchweg der einzelne **Betrieb**, so dass Auswirkungen infolge eines echten oder unechten Betriebsführungsvertrages auf betrieblicher Ebene auch Auswirkungen auf diese Schwellenwerte mit sich bringen können.

Weiter sind auch einzelne **Mitbestimmungsrechte** von der Überschreitung von Beschäftigtenzahlen abhängig. Hier sind insb.⁵³¹ § 99 BetrVG (Mitbestimmung bei personellen Einzelmaßnahmen) und die §§ 111, 112a BetrVG (Betriebsänderung; Sozialplan) zu nennen.⁵³² Abgesehen von § 112a BetrVG und § 95 Abs. 2 BetrVG ist der Bezugspunkt hier nicht die Beschäftigtenzahl im Betrieb, sondern **im Unternehmen**.

⁵²⁹ Weitere weniger wichtige Schwellenwerte in Bezug auf die betriebsverfassungsrechtliche Organisation: § 27 BetrVG (Betriebsausschuss), § 28a BetrVG (Arbeitsgruppe), § 51 BetrVG (Gesamtbetriebsausschuss), § 59 BetrVG (Konzernbetriebsausschuss), §§ 60, 62 BetrVG (Jugend- und Auszubildendenvertretung).

⁵³⁰ *Hohenstatt*, in: Willemsen u. a., Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, D Rn. 222.

⁵³¹ Weitere: § 95 Abs. 2 BetrVG (Auswahlrichtlinie) und § 110 BetrVG (Bericht des Arbeitgebers über die wirtschaftliche Lage des Unternehmens).

⁵³² *Hohenstatt*, in: Willemsen u. a., Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, D Rn. 222, 230.

1. Schwellenwerte, welche auf die Arbeitnehmer eines Betriebs abstellen

Wie bereits oben ausgeführt wurde, stellt das Gesetz bspw. in den §§ 1 BetrVG, § 9 BetrVG und § 38 BetrVG auf die Arbeitnehmer **eines Betriebs** ab. Die Arbeitnehmer müssen somit dem Betrieb zugerechnet werden, für den die Berechnung des jeweiligen Schwellenwerts erfolgen soll.⁵³³ Eine solche Zurechnung wird über die **Betriebszugehörigkeit** eines Arbeitnehmers zu dem jeweiligen Betrieb vermittelt.⁵³⁴ Dies entspricht dem Grundsatz, dass der Betriebsrat die Belegschaft eines Betriebs repräsentiert und nicht eine Vertretung irgendwelcher (fremden) Arbeitnehmergruppen innerhalb eines Unternehmens ist.⁵³⁵ Weiter ist es auch deshalb erforderlich an die Anzahl der repräsentierten (also betriebszugehörigen) Arbeitnehmer anzuknüpfen, um die Funktionsfähigkeit eines Betriebsrats zu gewährleisten. Die Betriebszugehörigkeit eines Arbeitnehmers ist somit Basis für die Zurechnung zu den Schwellenwerten.⁵³⁶

Wann ein Arbeitnehmer Betriebszugehöriger eines Betriebs ist, wurde bereits oben unter C. II. 3. ausführlich dargestellt. Dabei ist nach Ansicht des Verfassers grds. an der sog. „Kumulationstheorie“/„Zwei-Komponenten-Lehre“ festzuhalten. Das BAG hat die zum betriebsverfassungsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff entwickelte sog. „Kumulationstheorie“/„Zwei-Komponenten-Lehre“ allerdings für die Fälle des drittbezogenen Personaleinsatzes (Leiharbeit) aufgegeben und in der Konsequenz, entgegen seiner früheren Rechtsprechung, eine Berücksichtigung der Leiharbeitnehmer jedenfalls bei der Berechnung des Schwellenwerts nach § 9 BetrVG, insb. unter Berücksichtigung von Sinn und Zweck dieser Norm, zugelassen. Entscheidend soll dabei nicht mehr die vertragliche Beziehung sein, sondern die tatsächliche Eingliederung des Leiharbeitnehmers in den Betrieb des Entleihers. Dies soll zumindest dann gelten, wenn es sich um einen regelmäßigen Personalbedarf handelt.⁵³⁷

⁵³³ Zum Betrieb gehören auch die Mitarbeiter unselbstständiger Betriebsteile (§ 4 Abs. 1 BetrVG). Auch die in Kleinstbetrieben Beschäftigten sind nach § 4 Abs. 2 BetrVG dem Hauptbetrieb zuzurechnen.

⁵³⁴ Vgl. BAG, Beschl. v. 18.01.1989 – 7 ABR 21/88, BAGE 61, 7 f.; BAG, Beschl. v. 22. 10. 2003 – 7 ABR 3/03, BAGE 108, 185 f.; Reichold, in: Henssler u. a., Arbeitsrecht Kommentar, Rn. 8, 9, 21 zu § 7 BetrVG, Rn. 4 zu § 9 BetrVG, Rn. 4 zu § 38 BetrVG; Richardi, in: Richardi, BetrVG, § 1 Rn. 13, 100, 108 ff.; Koch, in: Müller-Glöge u. a., ErfK., Rn. 1 zu § 9 BetrVG.

⁵³⁵ Richardi, in: Richardi, BetrVG, § 1 Rn. 13; Trümmer, in: Däubler u. a., BetrVG, § 5 Rn. 13; Gaul, in: Henssler u. a., Arbeitsrecht Kommentar, Rn. 5 zu § 1 BetrVG; Rost, NZA 1999, 113 (117).

⁵³⁶ Vgl. hierzu bereits oben unter C. II. 3.; vgl. BAG, Beschl. v. 18.01.1989 – 7 ABR 21/88, BAGE 61, 7 f. zu § 9 BetrVG.

⁵³⁷ BAG, Beschl. v. 18.10.2011 – 1 AZR 335/10, NZA 2012, 221 f.; BAG, Beschl. v. 05.12.2012 – 7 ABR 48/11; NZA 2013, 793 f.; BAG, Urt. v. 24.01.2013 – 2 AZR 140/12, NZA 2013, 726 f.; ausdrücklich in: BAG, Urt. v. 13.03.2013 – 7 ABR 69/11, NZA 2013, 789 f.; Bauer/Heimann, NJW 2013, 3287 (3288); Bissels, BB 2013, 2045 (2047); Fitting, BetrVG, § 5 Rn. 266, § 9 Rn. 25a; vgl. Rieble, NZA 2012, 485 (485 f.).

C. Auswirkungen auf das Arbeitsrecht

Ob die teils in den Normen differenzierenden Anforderungen der „regelmäßigen“ Beschäftigtenzahl (so bspw. in §§ 9, 38 BetrVG), die Zahl der „ständig wahlberechtigten“ Arbeitnehmer (so bspw. in § 1 BetrVG) oder die Zahl der „in der Regel wahlberechtigten“ Arbeitnehmer (so bspw. §§ 99, 111 BetrVG) erfüllt sind, ist in jedem Einzelfall gesondert zu betrachten und wird aus Darstellungsgründen auch nicht Gegenstand der nachfolgenden Ausführungen sein. Insoweit bestehen keine Besonderheiten, weshalb auch diesbezüglich auf die einschlägigen Kommentierungen verwiesen werden kann.⁵³⁸

a) Echter Betriebsführungsvertrag

aa) Kein Einsatz von eigenen Arbeitnehmern des Betriebsführers im Eigentümerbetrieb

Die Arbeitnehmer **des Eigentümers** können ausschließlich zu einem Betrieb des Eigentümers **betriebszugehörig** sein. Das **Arbeitsverhältnis** besteht zum Eigentümer und eine **tatsächliche Eingliederung** ist nur in einen seiner Betriebe möglich. Der Betriebsführer handelt gegenüber den Arbeitnehmern des Eigentümers lediglich **im fremden Namen** und aufgrund einer Vollmacht **des Eigentümers**. Somit verwirklichen die Arbeitnehmer des Eigentümers ausschließlich den arbeitstechnischen Zweck des Eigentümerbetriebs durch die Weisungen des Betriebsführers, welcher aber „lediglich“ als Vertreter des Eigentümers gegenüber diesen Arbeitnehmer agiert. Eine tatsächliche Eingliederung zu einem Betriebsführerbetrieb scheidet aus. Ein Betriebsübergang nach § 613a BGB ist ausgeschlossen. Somit steht die Betriebszugehörigkeit dieser Arbeitnehmer zu einem der Eigentümerbetriebe fest.⁵³⁹

Soweit die bereits vor der Einführung des Betriebsführungsvertrages **beim Eigentümer** bestehenden Leitungsfunktionen auf den Betriebsführer übertragen werden, also in der Führungskompetenz der selbständigen organisatorischen Einheiten keine Veränderungen vorgenommen werden, hat der echte Betriebsführungsvertrag keine Auswirkungen auf die Selbständigkeit der einzelnen Betriebe des Eigentümers. Es passiert nichts anderes, als der Austausch der bestehenden Leitungsorgane/-personen.⁵⁴⁰ In der Folge ändert sich auch die

⁵³⁸ *Hohenstatt*, in: Willemsen u. a., Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, D Rn. 223, 230 m. w. N.

⁵³⁹ Siehe hierzu bereits oben unter C. II. 3. a) aa).

⁵⁴⁰ Siehe hierzu bereits ausführlich oben unter C. II. 1. a) aa).

C. Auswirkungen auf das Arbeitsrecht

Zuordnung (Betriebszugehörigkeit) der Arbeitnehmer des Eigentümers nicht, so dass Auswirkungen auf die Schwellenwerte ausgeschlossen sind.

Allerdings können Betriebe beim Eigentümer im Rahmen des Betriebsführungsvertrages durch eine Veränderung der Leitungsorganisation der bisher selbständigen Betriebe gespalten oder zusammengeschlossen werden.⁵⁴¹ Durch den Zusammenschluss von Betrieben können so Schwellenwerte beim Eigentümer überschritten werden. Werden bspw. der Betrieb A und der Betrieb B zusammengeschlossen, sind in dem neuen Betrieb C (= A + B) alle betriebszugehörigen Arbeitnehmer von A und B gemeinsam zu berücksichtigen. Dagegen wird eine Spaltung von Betrieben die Zahl der für die Schwellenwerte relevanten Arbeitnehmer i. d. R. verringern. Beispielsweise können durch die Umstellung einer **zentralen** Organisationsstruktur (A-AG = Produktion + Vertrieb + Verwaltung = ein Betrieb) auf eine **dezentrale** Organisationsstruktur (Betriebsführer 1 leitet die Produktion; Betriebsführer 2 leitet den Vertrieb und Betriebsführer 3 leitet die Verwaltung) Schwellenwerte (wie bspw. § 9 BetrVG) bewusst unterschritten werden. Denn dort, wo vorher alle Arbeitnehmer Betriebszugehörige des einen Betriebs waren, sind die Arbeitnehmer jetzt nur noch Betriebszugehörige ihres jeweiligen Einsatzbetriebs.

bb) Der Betriebsführer bringt eigene Arbeitnehmer in den Betrieb des Eigentümers mit

aaa) Auswirkungen auf betriebsbezogene Schwellenwerte bei Vorliegen eines gemeinsamen Betriebs i. S. d. § 1 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 BetrVG – Regelfall –

Soweit der Betriebsführer eigene Arbeitnehmer in den Betrieb mitbringt, werden diese grds. dauerhaft bei dem Eigentümer tätig werden, um dort gemeinsam mit den Arbeitnehmern des Eigentümers die betrieblichen Zwecke zu fördern, so dass im Regelfall ein gemeinsamer Betrieb vorliegen wird.⁵⁴² Dies kann dann auch Auswirkungen auf Schwellenwerte haben.

Vom Grundsatz her ergeben sich aber keine Besonderheiten. Dem gemeinsamen Betrieb werden die Arbeitnehmer zugerechnet, welche **Betriebszugehörige** des gemeinsamen Betriebs sind. Der gemeinsame Betrieb mehrerer Unternehmen wird grds. wie ein Betrieb **eines** Unternehmens behandelt. Nach dem herrschenden Betriebszugehörigkeitsbegriff

⁵⁴¹ Siehe hierzu bereits oben unter C. II. 1. a) bb) und cc).

⁵⁴² Siehe hierzu bereits oben unter C. I. 3. a) bb) aaa).

C. Auswirkungen auf das Arbeitsrecht

(sog. „Kumulationstheorie“/„Zwei-Komponenten-Lehre“) reicht dabei das Bestehen des Arbeitsverhältnisses zum Eigentümer oder Betriebsführer aus.⁵⁴³

Auch bezüglich dem Begriff der **tatsächlichen Eingliederung** bestehen insoweit keine Besonderheiten, so dass hier gleichfalls gilt, dass eingegliedert ist, wer als Arbeitnehmer (egal ob Arbeitnehmer des Eigentümers oder des Betriebsführers) in dem gemeinsamen Betrieb tätig wird, um dort den arbeitstechnischen Zweck des Betriebs durch weisungsgebundene Tätigkeit des Inhabers des Beschäftigungsbetriebs oder seiner Stellvertreter zu verwirklichen. Die Funktion des **einheitlichen Leitungsapparats** übernimmt dabei der Betriebsführer, so dass betriebszugehörig ist, wer zur Verfolgung der arbeitstechnischen Zwecke des gemeinsamen Betriebs der Leitung des Betriebsführers unterliegt. Welcher Arbeitnehmer dies konkret ist, muss im Einzelfall beurteilt werden.⁵⁴⁴

Zum selben Ergebnis kommt man im Übrigen auch dann, wenn man „der Lehre vom betriebsverfassungsrechtlichen Arbeitsverhältnis“⁵⁴⁵ folgt, weil nach dieser Meinung das Element der tatsächlichen Eingliederung für die Betriebszugehörigkeit bereits ausreicht.⁵⁴⁶

Letztlich werden durch die Entstehung eines gemeinsamen Betriebs, zwei selbständige Betriebe zweier Unternehmen als ein Betrieb behandelt, so dass die betriebszugehörigen Arbeitnehmer in Bezug auf die Schwellenwerte zusammengerechnet werden müssen. So können Schwellenwerte, welche bei den einzelnen selbständigen Betrieben noch nicht überschritten waren, durch die Zusammenrechnung der Arbeitnehmer (des Eigentümers und des Betriebsführers) infolge der Entstehung des gemeinsamen Betriebs überschritten werden.

bbb) Auswirkungen auf betriebsbezogene Schwellenwerte, soweit ein gemeinsamer Betrieb i. S. d. § 1 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 BetrVG nicht vorliegt

Soweit der Betriebsführer eigene Arbeitnehmer mitbringt, wird nur im Ausnahmefall ein gemeinsamer Betrieb abzulehnen sein.⁵⁴⁷ Im Ergebnis ist dann eine getrennte Betrachtung für die Schwellenwerte beim Eigentümer und Betriebsführer vorzunehmen.

⁵⁴³ Siehe hierzu bereits oben unter C. I. 3. a) bb) aaa) und C. II. 3. a) bb) aaa); *Kreutz/Raab*, in: Wiese u. a., GK-BetrVG, Bd. I, § 7 Rn. 19; kritisch hierzu: *Trümmer*, in: Däubler u. a., BetrVG, § 5 Rn. 23 m. w. N.

⁵⁴⁴ Siehe hierzu bereits oben unter C. II. 3. a) bb) aaa).

⁵⁴⁵ Vgl. hierzu bereits oben unter C. II. 3. a) bb) aaa) und bbb) (b) (cc).

⁵⁴⁶ Siehe hierzu bereits oben unter C. II. 3. a) bb) aaa).

⁵⁴⁷ Siehe hierzu bereits oben unter C. I. 3. a) bb) bbb) und C. II. 3. a) bb) bbb).

C. Auswirkungen auf das Arbeitsrecht

(a) Zurechnung der Arbeitnehmer des Eigentümers

Die Arbeitnehmer **des Eigentümers** können ausschließlich zu einem Betrieb des Eigentümers **betriebszugehörig** sein, so dass eine Zurechnung auch nur dorthin erfolgen kann. Das **Arbeitsverhältnis** besteht zum Eigentümer und eine **tatsächliche Eingliederung** ist nur in einem seiner Betriebe möglich. Insoweit kann auf die Ausführungen oben unter aa) Bezug genommen werden.

(b) Zurechnung der Arbeitnehmer des Betriebsführers zum Betriebsführerbetrieb

(aa) Wie bereits oben unter C. II. 3. a) bb) bbb) (b) erläutert worden ist, kann ein Arbeitnehmer **des Betriebsführers** auch nur zu einem Betrieb des Betriebsführers betriebszugehörig sein – soweit ein gemeinsamer Betrieb nicht vorliegt –, so dass diese auch nur bei den Schwellenwerten des Betriebsführerbetriebs (Ausgangsbetriebs) Berücksichtigung finden können.

Für die Arbeitnehmer des Betriebsführers fehlt es im Verhältnis zum Eigentümer (Einsatzbetrieb) sowohl an dem Arbeitsverhältnis, als auch an dem Merkmal der tatsächlichen Eingliederung, so dass nach der sog. „Kumulationstheorie“/„Zwei-Komponenten-Lehre“ eine Betriebszugehörigkeit nicht vorliegen kann. Bezüglich der tatsächlichen Eingliederung ergibt sich dies daraus, dass der Betriebsführer die Ausübung des Weisungsrechts gegenüber seinen **eigenen** (mitgebrachten) Arbeitnehmern **nicht als Vertreter** des Eigentümers, sondern aus seiner eigenen originären Weisungsbefugnis als Vertragsarbeitgeber und somit **im eigenen Namen ausübt**.

(bb) Auch die neueste Rechtsprechung des BAG für die Fälle des drittbezogenen Personaleinsatzes/der Leiharbeit (dort Aufgabe der sog. „Kumulationstheorie“/„Zwei-Komponenten-Lehre“), insb. zu § 9 BetrVG, führt dabei zu keinem anderen Ergebnis.⁵⁴⁸ Denn es handelt sich bei den Arbeitnehmern des Betriebsführers gerade nicht um Leiharbeiter, sondern um – eine wenn auch atypische Form – sog. „Fremdfirmenarbeitnehmer“.

⁵⁴⁸ Vgl. BAG, Beschl. v. 18.10.2011 – 1 AZR 335/10, NZA 2012, 221 f.; BAG, Beschl. v. 05.12.2012 – 7 ABR 48/11; NZA 2013, 793 f.; BAG, Urt. v. 24.01.2013 – 2 AZR 140/12, NZA 2013, 726 f.; ausdrücklich in: BAG, Urt. v. 13.03.2013 – 7 ABR 69/11, NZA 2013, 789 f.; *Bauer/Heimann*, NJW 2013, 3287 (3288); *Bissels*, BB 2013, 2045 (2047); *Reichold*, Anm. zum BAG Beschl. v. 13.03.2013 – 7 ABR 69/11, AP BetrVG 1972 § 9 Nr. 15 unter Anm. III; *Reichold*, in: *Henssler u. a., Arbeitsrecht Kommentar*, Rn. 16, 21 zu § 7 BetrVG; *Fitting*, BetrVG, § 5 Rn. 266, § 9 Rn. 25a; vgl. hierzu bereits oben unter C. II. 3. a) bb) bbb) (b) (aa) (aaa).

C. Auswirkungen auf das Arbeitsrecht

mer“ oder „Unternehmerarbeiter“, welche Arbeitnehmer ihres Vertragsarbeitgebers bleiben und dem dortigen Betrieb – entsprechend der Leitungsorganisation – zugeordnet sind. Die neueste Rechtsprechung des BAG und auch der Gesetzgeber wollten aber gerade nicht jede Tätigkeit innerhalb einer fremden Arbeitsorganisation in das Schutzsystem des BetrVG einbeziehen.⁵⁴⁹

Im Übrigen muss auch hier besonders berücksichtigt werden, dass der Einsatz von Arbeitnehmern des Betriebsführers ohne Begründung eines gemeinsamen Betriebs nur dann als Ausnahmefall überhaupt in Betracht kommen wird, wenn die Arbeitnehmer des Betriebsführers immer nur **kurzfristig** als Reserven für mehrere geführte Unternehmen – bspw. zur Überbrückung von krankheitsbedingten Ausfällen oder Arbeitsspitzen – herangezogen werden und der gemeinsame Einsatz damit nur auf eine **unerhebliche Zeit** angelegt ist.⁵⁵⁰ Somit besteht auch gar kein Bedürfnis für eine Einbeziehung dieser Arbeitnehmer des Betriebsführers bei der Berechnung der Schwellenwerte. Es ist nicht zu erwarten, dass der Umfang der Betriebsratsarbeit durch die im Betrieb des Eigentümers eingesetzten Mitarbeiter des Betriebsführers (Fremdarbeitnehmer) bei einem nur kurzfristigen Einsatz in erheblichem Umfang beeinflusst wird, so dass (bspw. bei der Betriebsratsgröße nach § 9 BetrVG) auch eine Zunahme an Betriebsratsaufgaben nicht so erheblich sein kann, dass dadurch eine Sinn und Zweck orientierte Einbeziehung in die Schwellenwerte notwendig würde.⁵⁵¹

Im Ergebnis sind somit die mitgebrachten Arbeitnehmer des Betriebsführers (Fremdarbeitnehmer) bei der Berechnung der Schwellenwerte im Eigentümerbetrieb (Einsatzbetrieb) **nicht** zu berücksichtigen.

b) Unechter Betriebsführungsvertrag

Der Abschluss eines unechten Betriebsführungsvertrages führt für die betroffenen Arbeitnehmer des Eigentümers grds. zu einem Übergang ihrer Arbeitsverhältnisse nach § 613a BGB auf den Betriebsführer.⁵⁵² Der bloße Übergang eines bestehenden Betriebs auf einen anderen Betriebsinhaber (hier den Betriebsführer) berührt aber noch nicht die Identität des Betriebs, wenn der Betrieb auch nach der Übertragung in seiner organisatorischen Einheit

⁵⁴⁹ Siehe hierzu bereits ausführlich oben unter C. II. 3. a) bb) bbb) (b) (dd).

⁵⁵⁰ Siehe hierzu bereits oben unter C. I. 3. a) bb).

⁵⁵¹ Vgl. hierzu bereits oben unter C. II. 3. a) bb) bbb) (b) (dd); vgl. BAG, Beschl. v. 13.03.2013 – 7 ABR 69/11, NZA 2013, 789 (792).

⁵⁵² Siehe hierzu bereits oben unter C. I. 2. b) aa).

C. Auswirkungen auf das Arbeitsrecht

fortbesteht.⁵⁵³ Die hier zu behandelnden Schwellenwerte knüpfen ausschließlich an die **betriebliche** Ebene an. Der Tatbestand des § 613a BGB hat ohne Veränderung der organisatorischen Einheit aber gerade keine Auswirkungen auf der betrieblichen Ebene, sondern infolge des Rechtsträgerwechsels (Arbeitgeberwechsels) nur auf der unternehmerischen Ebene. Somit ergeben sich dabei keine Auswirkungen auf betriebsbezogene Schwellenwerte.

Etwas anderes kann nur dann gelten, wenn im Zuge des Betriebsführungsvertrages auch Umstrukturierungen vorgenommen werden, so dass es zu einer Spaltung oder einem Zusammenschluss von Betrieben kommt. Hierbei ergeben sich allerdings im Grundsatz keine Besonderheiten, weshalb nachfolgend nur ein kurzer Überblick über die wesentlichen Veränderungen in Bezug auf den unechten Betriebsführungsvertrag aufgezeigt werden sollen.⁵⁵⁴

aa) Veränderung der Schwellenwerte durch Spaltung von Betrieben

Infolge eines unechten Betriebsführungsvertrages kann es durch die Übertragung eines **Betriebsteils** auf den Betriebsführer zu einer Spaltung des Betriebs beim Eigentümer kommen, was dort zu einer Unterschreitung von Schwellenwerten führen kann. Grundet bspw. die A-AG mit ihrem einen Betrieb (Betrieb = Produktion 1 (P1) + Produktion 2 (P2) + Verwaltung (V) = unter einer Leitung) die Betriebsführungsgesellschaft B1 und überträgt ihr die selbständige Leitung über P2, geht P2 nach § 613a BGB auf B1 über und der Betrieb (P1 + P2 + V) wird in zwei Betriebe ((P1 + V) und P2) auf zwei Unternehmen, A-AG mit dem Betrieb (P1 + V) und B1 mit dem Betrieb (P2), aufgespalten. Waren bei dem Ursprungsbetrieb (P1 + P2 + V) nun Schwellenwerte überschritten, kann sich dies durch die Abspaltung von P2 ändern, weil die betriebszugehörigen Arbeitnehmer dieses Betriebs nun nicht mehr zu den Schwellenwerten des beim Eigentümer verbliebenen Betriebs zählen. Im Ergebnis ist nun zu prüfen, welche Schwellenwerte bei dem Betrieb (P1 + V) und welche bei dem Betrieb (P2) überschritten werden.⁵⁵⁵

⁵⁵³ Siehe hierzu bereits oben unter C. II. 1. b) aa).

⁵⁵⁴ Vgl. hierzu bereits oben unter C. II. 1. b).

⁵⁵⁵ Zu der Spaltung von Betrieben bereits ausführlich oben unter C. II. 1. b) cc).

bb) Veränderung der Schwellenwerte durch Zusammenschluss von Betrieben

Umgekehrt kann die Übertragung der Führungsbefugnis über einen Betrieb(-steil) oder mehrere Betriebe (Betriebsteile) auf einen Betriebsführer bei diesem zu einem Zusammenschluss von Betrieben (Betriebsteilen) führen,⁵⁵⁶ so dass dort Schwellenwerte überschritten werden können. Übernimmt ein Betriebsführer bspw. die **einheitliche** Leitung von zwei selbständigen Betrieben (A + B), gehen diese nach § 613a BGB über und gelten dann bei dem Betriebsführer als zusammengeschlossen (C = A + B). In der Folge kann es dazu kommen, dass Schwellenwerte, die vorher bei den selbständigen Betrieben (A + B) noch nicht überschritten waren, dadurch überschritten werden, dass nun alle betriebszugehörigen Arbeitnehmer der vorher selbständigen Betriebe beim Betriebsführer zusammengerechnet werden (C = A + B).

2. Schwellenwerte, welche auf die Arbeitnehmer eines Unternehmens abstellen

Hierbei kommt es auf die **Zahl der in einem Unternehmen** (Eigentümer bzw. Betriebsführer als eigenständige Unternehmen) **beschäftigten Arbeitnehmer** an, nicht, wie in den vorangegangenen Ausführungen unter 1., auf die des einzelnen Betriebs. Der Gesetzgeber hat so versucht den in der Praxis bestehenden Organisationsstrukturen zu entsprechen, die gerade darauf abzielen, dezentrale Strukturen einzuführen, die notwendig geworden sind, um besser und schneller auf sich verändernde Marktbedingungen im globalen Wettbewerb reagieren zu können.⁵⁵⁷ Dabei sind auch Arbeitnehmer solcher Betriebe des Unternehmens zu berücksichtigen, in denen kein Betriebsrat besteht.

An dem Grundsatz, dass die zählbaren Arbeitnehmer zu der nach dem gesetzlichen Regelungsmodell prinzipiell vom Betriebsrat repräsentierten Belegschaft gehören müssen, ändert sich aber nichts. Als ausschlaggebend ist also auch hier anzusehen, ob die Arbeitnehmer **einem der Betriebe** eines Unternehmens zugerechnet werden können. Die Zurechnung erfolgt dabei über die **Betriebszugehörigkeit**⁵⁵⁸ eines Arbeitnehmers zu einem der Betriebe des jeweils zu beurteilenden Unternehmens.⁵⁵⁹

⁵⁵⁶ Zu dem Zusammenschluss von Betrieben bereits ausführlich oben unter C. II. 1. b) bb).

⁵⁵⁷ RegBegr zum BetrVerf-Reformgesetz vom 02.04.2001, BT-Drucks. 14/5741, S. 50 zu § 99 BetrVG.

⁵⁵⁸ Zum Begriff und den Voraussetzungen der Betriebszugehörigkeit bereits ausführlich oben unter C. II. 3. a).

⁵⁵⁹ Zur Zugehörigkeit eines Arbeitnehmers zu einem Betrieb bereits oben unter C. IV. 1. a).

a) Echter Betriebsführungsvertrag

aa) Kein Einsatz von eigenen Arbeitnehmern des Betriebsführers im Eigentümerbetrieb

Die Einführung eines echten Betriebsführungsvertrages wird keine Veränderung in der Arbeitnehmerzahl auf Unternehmensebene herbeiführen, denn die Arbeitnehmer bleiben weiterhin Betriebszugehörige eines Betriebs des Eigentümers und somit auch betriebszugehörige Arbeitnehmer dieses Unternehmens (Arbeitgebers).⁵⁶⁰

bb) Der Betriebsführer bringt eigene Arbeitnehmer in den Betrieb des Eigentümers mit

aaa) Auswirkungen auf unternehmensbezogene Schwellenwerte bei Vorliegen eines gemeinsamen Betriebs i. S. d. § 1 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 BetrVG – Regelfall –

Soweit infolge des Betriebsführungsvertrages ein **gemeinsamer Betrieb** nach § 1 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 BetrVG entsteht – was der Regelfall sein wird –,⁵⁶¹ kann dies auch Auswirkungen auf unternehmensbezogene Schwellenwerte mit sich bringen. Die Einzelheiten hierzu sind allerdings in Rspr. und Literatur sehr streitig, weshalb es der nachfolgenden Ausführungen bedarf.⁵⁶²

(a) Der gemeinsame Betrieb ist kein Unternehmen, sondern wird zwei Unternehmen, hier dem Eigentümer und dem Betriebsführer, zugerechnet. Er wird grds. wie ein Betrieb **eines** Unternehmens behandelt.⁵⁶³ Für die Fallkonstellation, dass die am gemeinsamen Betrieb beteiligten Unternehmen (Eigentümer und Betriebsführer) **weitere** Betriebe haben und es um Beteiligungsrechte dieser Betriebe geht, sind **alle** betriebszugehörigen Arbeitnehmer des gemeinsamen Betriebs bei beiden Unternehmen mitzuzählen.⁵⁶⁴ Dies rechtfertigt sich – wie bereits oben unter C. III. 3. a) cc) festgestellt wurde – daraus, dass ein gemeinsamer

⁵⁶⁰ Siehe hierzu oben unter C. II. 3. a) aa) und C. IV. 1. a) aa).

⁵⁶¹ Siehe hierzu bereits oben unter C. I. 3. a) bb) aaa).

⁵⁶² Vgl. hierzu bereits oben unter C. III. 3. a) cc) zu § 106 BetrVG; vgl. Zusammenfassung über den Meinungsstreit: *Fitting*, BetrVG, § 111 Rn. 20 ff.; *Reichhold*, NZA 2005, 622 (623).

⁵⁶³ Hierzu bereits oben unter C. II. 3. a) bb) aaa) und C. IV. 1. a) bb) aaa).

⁵⁶⁴ Zu § 99 BetrVG: *Fitting*, BetrVG, § 99 Rn. 10; zu § 106 BetrVG: *Schweibert*, in: Willemsen u. a., Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, C Rn. 397; *Joost*, in: Richardi u. a., Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 2, § 231 Rn. 5; *Fitting*, BetrVG, § 106 Rn. 18; *Willemsen/Lembke*, in: Henssler u. a., Arbeitsrecht Kommentar, Rn. 28 zu § 106 BetrVG.

C. Auswirkungen auf das Arbeitsrecht

Betrieb in die betriebsverfassungsrechtliche Organisation **beider** Unternehmen einbezogen ist. Der Wortlaut des Gesetzes (bspw. bei §§ 99 und 111 BetrVG): „*In Unternehmen mit in der Regel mehr als zwanzig wahlberechtigten Arbeitnehmern*“ ist, weil Betriebsräte nicht in Unternehmen, sondern in Betrieben eines Unternehmens gewählt werden, auch richtigerweise so zu lesen, wie: „*In Betrieben von Unternehmen, mit in der Regel mehr als zwanzig ... Arbeitnehmern hat der Arbeitgeber ...*“.⁵⁶⁵ Betriebszugehörige des gemeinsamen Betriebs sind aber gerade **alle** Arbeitnehmer, die in diesem Betrieb tatsächlich eingegliedert sind und in einem Arbeitsverhältnis entweder zum Eigentümer **oder** zum Betriebsführer stehen. Wenn dieser Betrieb mit seinem Betriebsrat letztlich beiden Unternehmen zugeordnet wird, dann sind auch **alle** Arbeitnehmer des gemeinsamen Betriebs bei beiden Unternehmen zu berücksichtigen.

(b) Der Streit entzündet sich in der Rspr. und Literatur insb. in einem ganz konkreten Fall, wenn die beteiligten Unternehmen, für sich gesehen, weniger als die für den jeweiligen Schwellenwert notwendige Zahl an Arbeitnehmern haben (bspw. bei §§ 99 und 111 BetrVG, wenn Eigentümer und Betriebsführer jeweils weniger als 20 eigene Arbeitnehmer haben), in dem gemeinsamen Betrieb selbst aber mehr als die für die Überschreitung des Schwellenwerts notwendige Zahl an Arbeitnehmern zusammenarbeiten (bspw. bei §§ 99, 111 BetrVG insg. mehr als 20 Arbeitnehmer) und es um Beteiligungsrechte des Betriebsrats des gemeinsamen Betriebs geht. Dabei ist insb. das Beteiligungsrecht des § 111 BetrVG in den Mittelpunkt der Diskussionen gerückt, weil der Zweck dieses Schwellenwerts auch darin besteht, weniger leistungsfähige Unternehmen vor zu starker finanzieller Belastung zu schützen.⁵⁶⁶

Im Rahmen dieser Ausführungen ist eine ausführliche Auseinandersetzung mit allen vertretenen Meinungen nicht möglich, weshalb hier eine kurze Übersicht ausreichen muss:

(aa) Das BAG bejaht die Überschreitung von Schwellenwerten, wenn **ein** Unternehmen **für sich** über dem jeweiligen Schwellenwert liegt. Es führt hierzu aus:

„Ein Gemeinschaftsbetrieb, an dem ein Unternehmen mit mehr als zwanzig Arbeitnehmern beteiligt ist, ist auch dann noch ein Betrieb dieses Unternehmens, wenn an ihm zugleich ein kleineres Unternehmen beteiligt ist“.⁵⁶⁷

⁵⁶⁵ So auch BAG, Beschl. v. 29.09.2004 – 1 ABR 39/03, BAGE 112,100 f.

⁵⁶⁶ RegBegr zum BetrVerf-Reformgesetz vom 02.04.2001, BT-Drucks. 14/5741, S. 51 zu § 111 BetrVG; *Annuß*, in: Richardi, BetrVG, § 111 Rn. 26 m. w. N.; *Fitting*, BetrVG, § 111 Rn. 21 m. w. N.

⁵⁶⁷ BAG, Beschl. v. 29.09.2004 – 1 ABR 39/03, BAGE 112,100 f.

C. Auswirkungen auf das Arbeitsrecht

Liegen dagegen **sämtliche** Unternehmen für sich betrachtet unter dem Schwellenwert, der gemeinsame Betrieb aber darüber, scheint das BAG eine normbezogene Bewertung vorzunehmen. § 99 BetrVG soll jedenfalls bei einer Versetzung analog anwendbar sein.⁵⁶⁸ Auch § 106 BetrVG soll zur Anwendung kommen.⁵⁶⁹ Bezüglich der Anwendbarkeit der §§ 111 ff. BetrVG hat das BAG dagegen bislang nur zur alten Rechtslage vor dem BetrVerf-Reformgesetz Stellung genommen,⁵⁷⁰ weshalb offen ist, wie das BAG dort künftig entscheiden wird.

(bb) In der Literatur wird teilweise darauf abgestellt, ob in den einzelnen Unternehmen, die den gemeinsamen Betrieb bilden, jeweils für sich betrachtet, mehr als 20 wahlberechtigte Arbeitnehmer beschäftigt sind.⁵⁷¹ Andere halten die Beschäftigtenzahl in dem gemeinsamen Betrieb für maßgeblich.⁵⁷² Teilweise wird nach dem Beteiligungsrecht oder sogar nach dem Gegenstand innerhalb von Beteiligungsrechten differenziert⁵⁷³ und wieder andere zählen alle Arbeitnehmer der beteiligten Unternehmen insgesamt zusammen⁵⁷⁴.

(cc) Nach Ansicht des Verfassers ist die Anwendbarkeit der Beteiligungsrechte bereits dann zu bejahen, wenn alle Arbeitnehmer in dem gemeinsamen Betrieb zusammen die Schwellenwerte überschreiten. Dies gilt unabhängig davon, ob ein am gemeinsamen Betrieb beteiligtes Unternehmen an sich den Schwellenwert überschreitet oder keines dieser Unternehmen.

(aaa) Wie in den vorangegangenen Ausführungen unter (a) bereits ausgeführt wurde, ist der gemeinsame Betrieb grds. wie ein (normaler) Betrieb eines Unternehmens zu behandeln. Betriebszugehörige des gemeinsamen Betriebs sind dabei **alle** Arbeitnehmer, die in diesen Betrieb tatsächlich eingegliedert sind und in einem Arbeitsverhältnis entweder zum Eigentümer **oder** zum Betriebsführer stehen. Darum zählen sie auch zu allen Schwellen-

⁵⁶⁸ BAG, Beschl. v. 29.09.2004 – 1 ABR 39/03, BAGE 112, 100 f.; zur Kritik an den Urteilsgründen: Reichold, NZA 2005, 622 (622 ff.)

⁵⁶⁹ BAG, Beschl. v. 01.08.1990 – 7 ABR 91/88, BAGE 65, 304 f.; BAG, Beschl. v. 29.09.2004 – 1 ABR 39/03, BAGE 112, 100 f. (obiter dictum unter III 2 d) der Gründe).

⁵⁷⁰ BAG, Beschl. v. 11.11.1997 – 1 ABR 6/97, NZA 1998, 723 f.

⁵⁷¹ Löwisch, BB 2001, 1790 (1795); Reichold, NZA 2001, 857 (864, 865); Lingemann, NZA 2002, 934 (937); Kania, in: Müller-Glöße u. a., ErfK., Rn. 5 zu § 111 BetrVG.

⁵⁷² Däubler, AuR 2001, 285 (291); Schweibert, in: Willemsen u. a., Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, C Rn. 11 zu § 111 BetrVG; Trümmer, in: Däubler u. a., BetrVG, § 1 Rn. 184.

⁵⁷³ Fitting, BetrVG, § 1 Rn. 97 ff., § 99 Rn. 10; § 111 Rn. 23; Kania, in: Müller-Glöße u. a., ErfK., Rn. 1 zu § 99 BetrVG.

⁵⁷⁴ LAG Berlin, Beschl. v. 23.01.2003 – 18 TaBV 2141/02, NZA-RR 2003, 477f; Gaul, NZA 2003, 695 (695) zu § 111, 112 BetrVG; Kloppenburg, in: Düwell, BetrVG, § 1 Rn. 69-73.

C. Auswirkungen auf das Arbeitsrecht

werten, die auf den Betrieb abstellen.⁵⁷⁵ Ein gemeinsamer Betrieb, an dem zwei oder mehrere Unternehmen beteiligt sind, ist auch dann noch ein Betrieb **dieser Unternehmen**, wenn an ihm kleinere Unternehmen beteiligt sind, welche die Schwellenwerte für sich gesehen nicht überschreiten. Auch wenn nicht unberücksichtigt bleiben darf, dass der Wortlaut zunächst einmal auf die **Zahl der im Unternehmen** (Eigentümer **oder** Betriebsführer als eigenständige Unternehmen) **beschäftigten Arbeitnehmer** abstellt und nicht auf die des einzelnen Betriebs, so ist doch bei der Wortlautauslegung der Wille des Gesetzgebers zu berücksichtigen, ohne dabei die äußersten Grenzen dieses Wortlauts zu überschreiten. Das BetrVerf-Reformgesetz von 2001 und die Ersetzung von “Betrieb” durch “Unternehmen” in § 99 Abs. 1 Satz 1 und § 111 Satz 1 BetrVG sollten der Stärkung und Ausweitung der Mitbestimmung des Betriebsrats dienen und “*weiße Flecken auf der Landkarte der betrieblichen Mitbestimmung*” beseitigen.⁵⁷⁶ Wenn der Wortlaut des Gesetzes so zu lesen ist, dass der Arbeitgeber „*in Betrieben von Unternehmen, mit in der Regel mehr als zwanzig ... Arbeitnehmern*“⁵⁷⁷ die Beteiligungsrechte einhalten muss, dann sind alle betriebszugehörigen Arbeitnehmer eines Betriebs demjenigen Unternehmen zuzurechnen, dem dieser Betrieb mitsamt seinem Betriebsrat zugeordnet wird und dessen Betriebsrat Beteiligungsrechte für Arbeitnehmer dieses Unternehmens wahrnehmen kann. Der Begriff des Unternehmens ist dem BetrVG dabei im Grundsatz fremd, so dass die **betriebliche Einheit** maßgeblich ist.⁵⁷⁸

(bbb) Es ist vom Gesetzgeber nicht zwingend vorgesehen, dass bei Schwellenwerten, die an das Unternehmen anknüpfen, alleine auf den Vertragsarbeitgeber abzustellen ist und für ein Unternehmen nur die Arbeitnehmer mitzuzählen sind, welche in einem Arbeitsverhältnis zu diesem Unternehmen stehen.⁵⁷⁹ Dies bestätigt auch § 7 S. 2 BetrVG.⁵⁸⁰ Vielmehr ist hier zu berücksichtigen, dass Arbeitgeber in der Betriebsbeziehung beim gemeinsamen Betrieb mehrere Unternehmen sind und der gemeinsame Betrieb bspw. bei der Bildung eines Gesamtbetriebsrats oder Konzernbetriebsrats bei allen beteiligten Unternehmen gleichermaßen zu berücksichtigen ist (vgl. § 47 Abs. 9 BetrVG). Der gemeinsame Betrieb ist so in die betriebsverfassungsrechtliche Organisation beider Unternehmen einbezogen,

⁵⁷⁵ Hierzu bereits oben unter C. IV. 1. a) bb) aaa).

⁵⁷⁶ RegBegr zum BetrVerf-Reformgesetz vom 02.04.2001, BT-Drucks. 14/5741, S. 23 ff., 50.

⁵⁷⁷ So auch BAG, Beschl. v. 29.09.2004 – 1 ABR 39/03, BAGE 112,100 f.

⁵⁷⁸ *Lingemann*, NZA 2002, 934 (935).

⁵⁷⁹ **a. A.** BAG, Beschl. v. 29.09.2004 – 1 ABR 39/03, BAGE 112,100 f. wegen dem Wortlaut „Ein Unternehmen **mit** mehr als...“, weshalb das BAG auf eine analoge Anwendung zurückgreifen muss; vgl. auch *Raab*, in: Wiese u. a., GK-BetrVG, Bd. II, § 99 Rn. 9 m. w. N.

⁵⁸⁰ So auch *Fitting*, BetrVG, § 99 Rn. 10.

C. Auswirkungen auf das Arbeitsrecht

weshalb der Betrieb und damit seine **betriebszugehörigen** Arbeitnehmer auch bei der Zahl der Schwellenwerte bei allen beteiligten Unternehmen hinzugerechnet werden müssen. Sofern der gemeinsame Betrieb als ein Betrieb beider Unternehmen behandelt wird, sind in der Konsequenz **alle** betriebszugehörigen Arbeitnehmer dieses Betriebs solche Arbeitnehmer, von denen die §§ 99, 111, 106 BetrVG sprechen. Mithin reicht es aus, wenn alleine in dem gemeinsamen Betrieb mehr betriebszugehörige Arbeitnehmer arbeiten, als für die Schwellenwerte erforderlich sind.

(ccc) In diesem Zusammenhang ist dann auch nicht mehr danach abzugrenzen, ob der Gegenstand des konkreten Beteiligungsrechts den Arbeitgeber in der Betriebsbeziehung (also Eigentümer **und** Betriebsführer) anspricht oder alleine den Arbeitgeber in der Vertragsbeziehung (also Eigentümer **oder** Betriebsführer) meint und wer Ansprechpartner i. S. d. BetrVG ist.⁵⁸¹ Diese Frage betrifft (im Fall des gemeinsamen Betriebs) lediglich die Entscheidung, wer im konkreten Anwendungsfall Ansprechpartner des Betriebsrats bzw. passivlegitimiert ist, nicht aber die Frage, welchem Unternehmen der gemeinsame Betrieb, der dortige Betriebsrat und die von diesem repräsentierten Arbeitnehmer generell zugeordnet sind. Diese generelle Betrachtungsweise und nicht der Einzelfall scheinen der Intention des Gesetzgebers zu entsprechen.

(ddd) Bei der Nichtanwendung der §§ 99, 111, 106 BetrVG auf Fälle wie den eingangs beschriebenen, würden ansonsten auch unüberwindbare Wertungswidersprüche aufkommen. Der Betriebsrat im einzigen Betrieb **eines** Unternehmens, das (dort) mehr als die für einen Schwellenwert erforderlichen wahlberechtigten Arbeitnehmer beschäftigt, hätte bei den Beteiligungsrechten mitzubestimmen, während ein Betriebsrat nicht zu beteiligen wäre, wenn zwar in dem Betrieb, für den er gewählt ist, mehr als die für einen Schwellenwert erforderlichen Arbeitnehmer beschäftigt werden, diese aber in Vertragsbeziehungen zu **mehreren** Unternehmen mit jeweils weniger als den für diesen Schwellenwert erforderlichen Arbeitnehmern stehen.⁵⁸² Diese Unterscheidung ist sachlich nicht gerechtfertigt und auch nach dem Wortlaut nicht erforderlich.⁵⁸³

⁵⁸¹ Offengelassen bei BAG, Beschl. v. 29.09.2004 – 1 ABR 39/03, BAGE 112, 100 f.

⁵⁸² BAG, Beschl. v. 29.09.2004 – 1 ABR 39/03, BAGE 112, 100 f.; vgl. Reichold, RdA 2007, 372 (372).

⁵⁸³ Vgl. Däubler, Anm. zum BAG Beschl. v. 29.09.2004 – 1 ABR 39/03, AP BetrVG 1972 § 99 Nr. 40 Ver-
setzung, unter 3, 4, der auch daran zweifelt, dass dieser Fall nicht bereits vom Wortlaut erfasst ist.

C. Auswirkungen auf das Arbeitsrecht

(eee) Zudem kann mit der hier vertretenen Normauslegung auch einer Umgehung vorgebeugt werden, wenn mittels eines unechten Betriebsführungsvertrages ein Eigentümerbetrieb bewusst gespalten wird, mit der Folge, dass die Arbeitnehmer des abgespaltenen Betriebs auf den Betriebsführer übergehen (§ 613a BGB) und so Schwellenwerte in beiden Unternehmen unterschritten werden, obwohl die Arbeitnehmer weiterhin in einem gemeinsamen Betrieb (dem gespaltenen Ursprungsbetrieb) unter einheitlicher Leitung des Betriebsführers aufgrund einer Führungsvereinbarung (echter Betriebsführungsvertrag) weiter zusammenarbeiten. Schließlich wollte der Gesetzgeber, wie Eingangs bereits angesprochen wurde, gerade eine mitbestimmungsfreie Dezentralisierung in kleinere Einheiten – die an sich legitim ist – vermeiden.

Im **Ergebnis** ist somit festzuhalten, dass im **gemeinsamen Betrieb**, diejenigen Beteiligungsrechte, welche an das Unternehmen anknüpfen (insb. §§ 99, 111, 106 BetrVG), nur dann ausgeschlossen sind, wenn die am gemeinsamen Betrieb beteiligten **Unternehmen insgesamt** nicht mehr als 20 bzw. 100 Arbeitnehmer beschäftigen.⁵⁸⁴

bbb) Auswirkungen auf unternehmensbezogene Schwellenwerte soweit ein gemeinsamer Betrieb i. S. d. § 1 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 BetrVG nicht vorliegt

(a) Soweit ein gemeinsamer Betrieb ausnahmsweise nicht vorliegt,⁵⁸⁵ wird die Einführung eines echten Betriebsführungsvertrages keine Veränderungen in der Arbeitnehmerzahl auf Unternehmensebene herbeiführen, denn die Arbeitnehmer bleiben weiterhin Betriebszugehörige eines Betriebs ihres Unternehmens (Arbeitgebers), also des Eigentümers oder Betriebsführers.⁵⁸⁶

(b) An diesem Ergebnis ändert auch die neueste Rspr. des BAG – insb. zu § 111 BetrVG – nichts, welche für Fälle des drittbezogenen Personaleinsatzes (Leiharbeit) die sog. „Kumulationstheorie“/„Zwei-Komponenten-Lehre“ aufgegeben hat.⁵⁸⁷ Es handelt sich entgegen dieser Rspr. des BAG bezüglich dem Einsatz der Arbeitnehmer des Betriebsführers im Eigentümerbetrieb gerade nicht um einen Einsatz von Leiharbeiter – sondern um sog.

⁵⁸⁴ *Gaul*, NZA 2003, 695 (695).

⁵⁸⁵ Siehe hierzu bereits oben unter C. I. 3. a) bb) bbb).

⁵⁸⁶ Siehe hierzu bereits oben unter C. II. 3. a) bb) bbb) und C. IV. 1. a) bb) bbb).

⁵⁸⁷ Speziell zu § 111 BetrVG: *BAG*, Urt. v. 18.10.2011 – 1 AZR 335/10, NZA 2012, 221 f.; im Übrigen siehe bereits oben unter C. II. 3. a) bb) bbb) (b) (aa) (aaa).

C. Auswirkungen auf das Arbeitsrecht

„Fremdfirmenarbeiter“ oder „Unternehmerarbeiter“ –, insoweit fehlt es an einer „gespaltenen“ Arbeitgeberstellung.⁵⁸⁸

Im Übrigen muss auch mit Blick auf Sinn und Zweck der unternehmensbezogenen Schwellenwerten berücksichtigt werden, dass der Einsatz von Arbeitnehmern durch den Betriebsführer ohne Begründung eines gemeinsamen Betriebs nur dann **als Ausnahmefall** – in der Praxis eher unwahrscheinlich – überhaupt in Betracht kommen wird, wenn die Arbeitnehmer des Betriebsführers nur **kurzfristig** als Reserven für mehrere geführte Unternehmen herangezogen werden und der gemeinsame Einsatz damit nur auf eine **unerhebliche** Zeit angelegt ist.⁵⁸⁹ Somit besteht auch gar kein Bedürfnis für eine Einbeziehung dieser Arbeitnehmer des Betriebsführers.

Betrachtet man bspw. Sinn und Zweck des Schwellenwerts bei § 111 BetrVG, welcher kleinere Unternehmen vor einer finanziellen Überforderung durch Sozialpläne schützen will,⁵⁹⁰ ist unter Berücksichtigung des nur kurzfristig möglichen Einsatzes (bspw. zur Überbrückung von krankheitsbedingten Ausfällen oder Arbeitsspitzen) davon auszugehen, dass die Arbeitnehmer des Betriebsführers (Fremdarbeitnehmer), Arbeitsplätze nicht wie betriebszugehörige Arbeitnehmer (Stammarbeitnehmer des Eigentümers) besetzen, so dass dieser von der Dauer her nur unerhebliche Einsatz, auf die Bestimmung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Unternehmens regelmäßig keinen Einfluss haben wird.

Zudem wird es bei den §§ 99, 111, 112a, BetrVG grds. daran fehlen, dass die Mitarbeiter des Betriebsführers nicht „in der Regel“ zum Einsatz kommen werden.

b) Unechter Betriebsführungsvertrag

Wie bereits mehrfach ausgeführt wurde, gehen die Arbeitsverhältnisse der Arbeitnehmer des Eigentümers (selbständiges Unternehmen) grds. gem. § 613a BGB auf den Betriebsführer (selbständiges Unternehmen) über, soweit die Arbeitnehmer Betriebszugehörige des von der Betriebsführung betroffenen Betriebs sind.⁵⁹¹ Dementsprechend verändern sich dabei diejenigen Schwellenwerte, welche als Anknüpfungspunkt auf das Unternehmen abstellen. Beim Eigentümer wird dies zum Absinken der Zahl der Arbeitnehmer, bei dem Betriebsführer zur Erhöhung der Arbeitnehmerzahlen auf Unternehmensebene führen. Auf diesem Wege kann beim Eigentümer ein Unterschreiten der Schwellenwerte herbeigeführt

⁵⁸⁸ Siehe hierzu bereits oben unter B. III. 1. und C. II. 3. a) bb) bbb) (b).

⁵⁸⁹ Siehe hierzu bereits oben unter C. II. 3. a) bb) bbb).

⁵⁹⁰ BAG, Urt. v. 18.10.2011 – 1 AZR 335/10, NZA 2012, 221 (222) m. w. N.

⁵⁹¹ Siehe hierzu bereits ausführlich oben unter C. I. 2. b) aa).

C. Auswirkungen auf das Arbeitsrecht

bzw. eine Überschreitung von Schwellenwerten bei einem kontinuierlichen Arbeitnehmerzuwachs verhindert werden.

Interessant erscheint dies aus Unternehmenssicht insb. im Fall des § 111 BetrVG, weshalb hierauf kurz (beispielhaft für alle anderen unternehmensbezogenen Schwellenwerte) einzugehen ist:

Nachdem sich der Gesetzgeber 2001 dazu entschlossen hat, im Rahmen des § 111 BetrVG auf die Unternehmens- anstatt auf die Betriebsebene abzustellen, ist es möglich, zur Vermeidung von Beteiligungsrechten in Betrieben mit weniger als 21 Arbeitnehmern, diese zukünftig rechtlich zu verselbständigen, um sie so dem Anwendungsbereich des § 111 BetrVG zu entziehen. Als Gestaltungsform kommt hierbei der unechte Betriebsführungsvertrag in Betracht, da die Arbeitnehmer dann gem. § 613a BGB auf das Unternehmen des Betriebsführers übergehen. So ist es möglich, mehrere rechtlich selbständige Unternehmen **in einem Konzern** als Betriebsführungsunternehmen zu gründen, um ihnen die Führung einzelner Betriebe mit weniger als 21 Arbeitnehmern zu übertragen. Diese unternehmerische Gestaltungsmöglichkeit steht freilich in einem Widerspruch zu dem Zweck des Schwellenwerts des § 111 BetrVG, kleinere und damit weniger finanzstarke Unternehmen von der Vorschrift zu befreien.⁵⁹² Denn bei größeren Konzernen die (bewusst) eine Aufspaltung von Rechtsträgern herbeiführen, kann dieses Argument kaum greifen. Dennoch kann bei der Ermittlung des Schwellenwerts kein **Berechnungsdurchgriff im Konzern** erfolgen, denn einem solchen Durchgriff steht der eindeutige Wortlaut der Norm entgegen.⁵⁹³ Eine analoge Anwendung im Falle von Kleinunternehmen größerer Konzerne würde eine planwidrige Regelungslücke bezüglich dieser Fallgestaltung voraussetzen. Eine solche Ignoranz kann dem Gesetzgeber aber nicht zugeschrieben werden. Es ist vielmehr davon auszugehen, dass der Gesetzgeber in Kenntnis dieser Problematik, gleichwohl auf die Unternehmensgröße abgestellt hat, ohne den Fall der Konzernanbindung regeln zu wollen.⁵⁹⁴ Will der Gesetzgeber eine solche Gestaltung vereiteln, müsste er darauf reagieren.

⁵⁹² RegBegr zum BetrVerf-Reformgesetz vom 02.04.2001, BT-Drucks. 14/5741, S. 51 zu § 111 BetrVG.

⁵⁹³ a. A. Däubler, in: Däubler u. a., BetrVG, § 111 Rn. 34.

⁵⁹⁴ Schweibert, in: Willemsen u. a., Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, C Rn. 7; Reichold, NZA 2001, 857 (864, 865).

3. Grenzen der Gestaltungsmöglichkeiten zur Veränderung („Manipulation“) der Schwellenwerte

Wie in den vorangegangenen Ausführungen festgestellt wurde, können infolge der Einführung eines Betriebsführungsvertrages, Veränderungen der Beschäftigtenzahlen, sowohl auf betrieblicher als auch auf unternehmerischer Ebene, **bewusst** herbeigeführt werden. Auf diese Weise kann auch das Über-/ oder Unterschreiten von Schwellenwerten erreicht werden und so auch der Einfluss des Betriebsrats und dessen Kosten begrenzt werden. In den nachfolgenden Ausführungen ist für die wichtigsten Schwellenwerte zu überprüfen, ob diesem unternehmerischen Gestaltungsspielraum Grenzen gesetzt werden müssen. Dabei ist in einem ersten Schritt zu untersuchen, welche Grenzen von Gesetzes wegen vorgegeben sind. Erst wenn diese Grenzen ausgemacht sind, ist zu fragen, ob es für besondere Missbrauchskonstellationen weiterer Begrenzungen bedarf.

a) Schwellenwert des § 1 BetrVG

Wird die Zahl der regelmäßig beschäftigten Arbeitnehmer innerhalb eines Betriebs – infolge Spaltung eines Betriebs – auf weniger als fünf Arbeitnehmer (§ 1 Abs. 1 S. 1 BetrVG) reduziert, führt dies zur Beendigung des Betriebsratsamtes.⁵⁹⁵ Schutz gewährt dabei § 4 Abs. 2 BetrVG. Gehört der Betrieb zu einem Unternehmen mit einem weiteren Betrieb, ist der nicht mehr betriebsratsfähige Betrieb betriebsverfassungsrechtlich dem „Hauptbetrieb“ zuzuordnen.⁵⁹⁶

b) Schwellenwert des § 9 BetrVG

Soweit ein Absinken der (wahlberechtigten) Arbeitnehmer unter einzelne Schwellenwerte des § 9 BetrVG – durch Spaltung – erfolgt, bedeutet dies nicht, dass dadurch auch immer gleich der Betriebsrat zu verkleinern ist. Es gilt hier der Grundsatz der Amtskontinuität.⁵⁹⁷ Schwankungen zwischen den Wahlterminen (i. d. R. § 13 Abs. 1 BetrVG) sind grds. unbeachtlich, es sei denn, dass die Ausnahmen des § 13 Abs. 2 Nr. 1 oder Nr. 2 BetrVG eintre-

⁵⁹⁵ BAG, Beschl. v. 07.04.2004 – 7 ABR 41/03, BAGE 110, 159 f.; *Franzen*, in: Wiese u. a., GK-BetrVG, Bd. I, § 1 Rn. 102; *Fitting*, BetrVG, § 1 Rn. 269; *Richardi*, in: Richardi, BetrVG, § 1 Rn. 130.

⁵⁹⁶ BAG, Beschl. v. 17.01.2007 – 7 ABR 63/05, BAGE 121, 7 f.; *Hohenstatt*, in: Willemsen u. a., Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, D Rn. 225; *Richardi*, in: Richardi, BetrVG, § 4 Rn. 46.

⁵⁹⁷ *ArbG Kaiserslautern*, Beschl. v. 18.02.2008 – 2 BV 2/08, Juris; *Hohenstatt*, in: Willemsen u. a., Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, D Rn. 225; *Fitting*, BetrVG, § 9 Rn. 39 m. w. N.

C. Auswirkungen auf das Arbeitsrecht

ten oder die Zahl der Arbeitnehmer unter die Mindestzahl von fünf ständigen wahlberechtigten Arbeitnehmern sinkt (§ 1 BetrVG).⁵⁹⁸

Eine sofortige Absenkung infolge einer Spaltung bleibt somit i. d. R. aus, zumal selbst in den Fällen des § 13 Abs. 2 Nr. 1 oder Nr. 2 BetrVG der Betriebsrat mit der ursprünglich festgelegten Zahl seiner Mitglieder im Amt bleibt, bis das Wahlergebnis des neu gewählten Betriebsrats mit der dem veränderten Belegschaftsstand entsprechenden Zahl seiner Mitglieder bekannt gegeben worden ist, § 21 S. 5 BetrVG.

c) Schwellenwerte der §§ 38, 99, 111 bis 113 und 106 BetrVG

Eine sofortige Anpassung an die veränderte Zahl der regelmäßig Beschäftigten ist allerdings bei den einzelnen Mitbestimmungsrechten nach den §§ 38 (Freistellung), 99 (personelle Einzelmaßnahmen), 111 bis 113 (Betriebsänderung) und 106 (Wirtschaftsausschuss) BetrVG zu verzeichnen. Soweit die Schwellenwerte dort unterschritten werden, steht dem Betriebsrat das Beteiligungsrecht nicht mehr zu, obwohl er selbst in seiner Größe unverändert bleibt. Dabei ist auf den Stand der normalen Zahl der wahlberechtigten Arbeitnehmer und nicht auf den zufälligen Stand am Tag der Maßnahme abzustellen.⁵⁹⁹

Besonders problematisch kann dabei allerdings der Zeitpunkt eines Herabsenkens der Beschäftigtenzahlen sein, wenn ein Schwellenwert zunächst erreicht war und zur Vorbereitung einer Maßnahme, welche einen Mitbestimmungstatbestand (bspw. bei § 99 und insb. bei §§ 111, 112, 112a BetrVG) auslösen würde, unter den jeweiligen Schwellenwert gedrückt wird.

Diese Fallkonstellation ist zum einen dann möglich, wenn durch die Einführung eines unechten Betriebsführungsvertrages, welcher – ohne Strukturänderungen – selbst i. d. R. den Tatbestand der §§ 99 und 111 ff. BetrVG nicht auslöst (dazu sogleich ausführlich unter C. V.), die Beschäftigtenzahlen im Eigentümerunternehmen gedrückt werden sollen, um dort Strukturänderungen herbeizuführen und zukünftige Beteiligungsrechte (insb. §§ 99, 111 ff. BetrVG) zu vermeiden. Zum anderen ist die Problematik auch dann denkbar, wenn die Einführung des echten oder unechten Betriebsführungsvertrages selbst Mitbestimmungsrechte der §§ 99, 111 ff. BetrVG auslösen würde⁶⁰⁰ und der Eigentümer vorher noch versucht, bspw. durch Aufhebungsverträge die Schwellenwerte zu unterschreiten. Im Nachfolgenden soll anhand dieser Problematik der maßgebliche Zeitpunkt der Berechnung

⁵⁹⁸ Reichold, in: Henssler u. a., Arbeitsrecht Kommentar, Rn. 8 zu § 9 BetrVG; Thüsing, in: Richardi, BetrVG, § 9 Rn. 25, 26; Fitting, BetrVG, § 9 Rn. 39.

⁵⁹⁹ Thüsing, in: Richardi, BetrVG, § 9 Rn. 24, § 99 Rn. 14; Fitting, BetrVG, § 99 Rn. 12, § 111 Rn. 29.

⁶⁰⁰ Dazu sogleich ausführlich unten C. V.

C. Auswirkungen auf das Arbeitsrecht

der Schwellenwerte aufgezeigt und darauf hingewiesen werden, wann ein rechtlich relevantes missbräuchliches Verhalten vorliegen kann.

aa) Mitbestimmung nach § 99 BetrVG

Bei der Mitbestimmung über personelle Maßnahmen (§ 99 BetrVG) ist bezüglich der Schwellenwerte auf den Zeitpunkt **der tatsächlichen Durchführung** der Maßnahme abzustellen. Aufgrund der kurzen Dauer – im Gegensatz zu dem Verfahren nach §§ 111 ff. BetrVG, welches sich über mehrere Monate ziehen kann – bis zur tatsächlichen Durchführung und aus Gründen der Rechtssicherheit ist dieser Zeitpunkt als maßgeblich anzusehen.⁶⁰¹

bb) Mitbestimmung nach §§ 111, 112 BetrVG

Im Gegensatz zu dem Schwellenwert in § 99 BetrVG ist bei dem Mitbestimmungstatbestand der §§ 111, 112 BetrVG nicht auf den Zeitpunkt der Umsetzung der Betriebsänderung abzustellen, sondern auf den Zeitpunkt, in dem der Unternehmer **hinreichende Planungssicherheit** erreicht hat, d. h. „in dem die *Beteiligungsrechte entstehen*“⁶⁰² und der Unternehmer das Mitbestimmungsverfahren einzuleiten hat.⁶⁰³ Der Zeitpunkt der hinreichenden Planungssicherheit bzw. des Abschlusses der Planung wird in der Praxis allerdings nur schwer feststellbar sein und i. d. R. auch nur intern in der Unternehmensleitung feststehen. Weiter dürfen Personalabgänge bei der Schwellenzahl – unabhängig von obigem Zeitpunkt – nicht berücksichtigt werden, wenn diese im Zusammenhang mit der geplanten Betriebsänderung stehen. Andernfalls hätte es der Arbeitgeber in der Hand, durch Aufhebungsverträge oder den Übergang von Arbeitsverhältnissen durch Einführung eines unechten Betriebsführungsvertrages, die Beschäftigtenzahlen zu senken und hierdurch die Interessenausgleichs- und Sozialplanpflicht für die künftige Betriebsänderung zu beseitigen.⁶⁰⁴

⁶⁰¹ *Fitting*, BetrVG, § 99 Rn. 12; *Thüsing*, in: Richardi, BetrVG, § 99 Rn. 14; *Hohenstatt*, in: Willemsen u. a., Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, D Rn. 231, 232 m. w. N.

⁶⁰² So *BAG*, Urt. v. 22.02.1983 – 1 AZR 262/81, Juris; *BAG*, Beschl. v. 10.12.1996 – 1 ABR 43/96, NZA 1997, 733 f.; *BAG*, Urt. v. 24.02.2005 – 2 AZR 207/04, NZA 2005, 766 f.

⁶⁰³ *Hohenstatt*, in: Willemsen u. a., Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, D Rn. 233; *Annuß*, in: Richardi, BetrVG, § 111 Rn. 24 m. w. N.

⁶⁰⁴ *Hohenstatt*, in: Willemsen u. a., Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, D Rn. 233; *Sieg/Maschmann*, Unternehmensumstrukturierung aus arbeitsrechtlicher Sicht, S. 220 Rn. 492.

C. Auswirkungen auf das Arbeitsrecht

Zum Schutz der Durchsetzbarkeit dieser Rechte muss die Verkleinerung der Belegschaft vor⁶⁰⁵ einer Betriebsänderung zu einer Indizwirkung dahingehend führen, dass entweder ein hinreichender Zusammenhang mit der Betriebsänderung vorlag bzw. dass schon zu diesem Zeitpunkt eine hinreichende Planungssicherheit bestand.⁶⁰⁶

cc) Besonderheiten bei § 112a BetrVG

Nach § 112a Abs. 2 S. 1 BetrVG entfällt die Sozialplanpflicht bei Betriebsänderungen von Unternehmen, die seit ihrer Gründung nicht länger als vier Jahre bestehen. Dies gilt selbst dann, wenn das neugegründete Unternehmen einen Betrieb übernimmt, der selbst länger als vier Jahre besteht, und in ihm eine beteiligungspflichtige Betriebsänderung erfolgt.⁶⁰⁷

Weil der unechte Betriebsführungsvertrag einen Betriebsübergang nach sich zieht, wäre es grds. denkbar, ein Unternehmen zur Betriebsführung neu zu gründen bzw. einen nicht länger als vier Jahre bestehenden Betriebsführer zu „benutzen“, um einen Betrieb zum Zwecke der Betriebsänderung zu übertragen und so das Sozialplanprivileg herbeizuführen. Hierbei könnte das abgebende Unternehmen durch sein Weisungsrecht (§ 665 BGB) sogar weiterhin starken Einfluss auf den Betrieb ausüben.

Dieser Gestaltungsmöglichkeit sind allerdings zwei Grenzen gesetzt. Zum einen liegt ein rechtsmissbräuchliches Verhalten dann vor, wenn der Betrieb nur zum Zwecke einer Stilllegung auf den Betriebsführer übertragen wurde.⁶⁰⁸ Zum anderen gilt die Befreiung nach § 112a Abs. 2 S. 2 BetrVG nicht für Neugründungen im Zusammenhang mit der rechtlichen Umstrukturierung von Unternehmen und Konzernen. Damit soll gerade vermieden werden, dass Unternehmen, die der Sozialplanpflicht unterliegen, ihre bestehenden Betriebe zur Umgehung der Verhandlungspflicht auf neue Gesellschaften übertragen.⁶⁰⁹ Wenn also bspw. ein Betriebsführungsunternehmen gegründet wird, um anschließend den von einem Mutter-, Schwester- oder Tochterunternehmen bereits geführten Betrieb zu übernehmen und damit schon bestehende unternehmerische Aktivitäten der eigenen Unterneh-

⁶⁰⁵ Welcher Zeitraum rückblickend in Betracht kommt richtet sich nach dem Einzelfall, insb. welche Personalreduzierungen die Entwicklung des Betriebs kennzeichnen, vgl. BAG, Beschl. v. 09.05.1995 – 1 ABR 51/94, NZA 1996, 166 f.; als Grenze werden wohl i. d. R. 6 Monate maßgeblich sein.

⁶⁰⁶ Vgl. BAG, Beschl. v. 09.05.1995 – 1 ABR 51/94, NZA 1996, 166 f.; BAG, Beschl. v. 10.12.1996 – 1 ABR 43/96, NZA 1997, 733 f.; *Annuß*, in: Richardi, BetrVG, § 111 Rn. 24 m. w. N.

⁶⁰⁷ BAG, Beschl. v. 13.06.1989 – 1 ABR 14/88, BAGE 62, 108 f.; BAG, Beschl. v. 27.06.2006 – 1 ABR 18/05, BAGE 118, 304 f.; *Liebers*, in: Moll, Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, § 55 Rn. 54; *Reichhold*, RdA 2007, 372 (373); *Annuß*, in: Richardi, BetrVG, § 112a Rn. 15.

⁶⁰⁸ BAG, Beschl. v. 27.06.2006 – 1 ABR 18/05, BAGE 118, 304 f.; *Reichhold*, RdA 2007, 372 (374); *Annuß*, in: Richardi, BetrVG, § 112a Rn. 15 m. w. N.

⁶⁰⁹ *Liebers*, in: Moll, Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, § 55 Rn. 54.

mensgruppe nur innerhalb neuer rechtlicher Strukturen fortgesetzt werden, greift die Befreiung nach § 112a Abs. 2 S. 2 BetrVG **nicht**.⁶¹⁰

dd) Schwellenwerte nach §§ 38, 106 BetrVG

Die Zahl der Freistellungen nach § 38 BetrVG ist während der Amtszeit des Betriebsrats grds. an die jeweilige Entwicklung des normalen Beschäftigtenstandes anzupassen,⁶¹¹ und auch das Amt des Wirtschaftsausschusses entfällt, sobald der Schwellenwert in § 106 Abs. 1 BetrVG nicht nur vorübergehend unterschritten ist.⁶¹²

d) Weiterer Schutz bei „arglistiger“ Herbeiführung der Unterschreitung von Schwellenwerten

Die Frage, ob ein weiterer Schutz dann notwendig wird, wenn der Arbeitgeber die Unterschreitung von Schwellenwerten „arglistig“ herbeiführt, um sich bspw. lästiger Betriebsräte zu entledigen, ist zu verneinen.⁶¹³ Letztlich ist es Sache des Unternehmers, wie er sein Unternehmen strukturiert. Dieser Spielraum muss ihm auch aufgrund seines durch Art. 2 GG, Art. 12 GG und Art. 14 GG geschützten Rechts auf unternehmerische Gestaltungsfreiheit verbleiben. Soweit dabei die in den vorangegangenen Ausführungen aufgezeigten Grenzen nicht überschritten werden, ist es – rechtlich – zulässig, wenn er infolge der Einführung von Betriebsführungsverträgen auch Gestaltungsspielräume ausnutzt, um Schwellenwerte „arglistig“ zu unterschreiten.

Geht die Gestaltungspraxis der Unternehmer in Zukunft zu weit und werden dadurch tatsächlich Rechte in der betrieblichen Mitbestimmung ausgehebelt, die der Gesetzgeber aber für erforderlich hält, ist nur er dazu aufgerufen durch neue Gesetzesänderungen darauf zu reagieren. So ist es bspw. auch im Rahmen des BetrVerf-Reformgesetz von 2001 und der Ersetzung des Begriffs “Betrieb” durch den Begriff “Unternehmen” in § 99 Abs. 1 Satz 1, § 111 Satz 1 BetrVG geschehen.⁶¹⁴

⁶¹⁰ BAG, Beschl. v. 27.06.2006 – 1 ABR 18/05, BAGE 118, 304 f.; *Hohenstatt/Willemsen*, in: Henssler u. a., Arbeitsrecht Kommentar, Rn. 8 zu § 112a BetrVG.

⁶¹¹ BAG, Beschl. v. 26.07.1989 – 7 ABR 64/88, BAGE 63, 1 f.; *Reichold*, in: Henssler u. a., Arbeitsrecht Kommentar, Rn. 5 zu § 38 BetrVG; *Maschmann*, NZA-Beil. 2009, 32 (35); *Hohenstatt*, in: Willemsen u. a., Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, D Rn. 227 m. w. N.

⁶¹² BAG, Beschl. v. 07.04.2004 – 7 ABR 41/03, BAGE 110, 159 f.; *Fitting*, BetrVG, § 106 Rn. 14; *Hohenstatt*, in: Willemsen u. a., Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, D Rn. 228.

⁶¹³ *Franzen*, in: Wiese u. a., GK-BetrVG, Bd. I, § 1 Rn. 102; *Fitting*, BetrVG, § 1 Rn. 269; **a. A.** noch *Fitting*, BetrVG, 21. Aufl., § 1 Rn. 269.

⁶¹⁴ Vgl. RegBegr zum BetrVerf-Reformgesetz vom 02.04.2001, BT-Drucks. 14/5741, S. 23 ff., 50.

V. BETEILIGUNGSRECHTE DES BETRIEBSRATS BEI EINFÜHRUNG EINES BETRIEBSFÜHRUNGSVERTRAGES

Für die Planung, Vorbereitung und Durchführung von Umstrukturierungen mittels der Einführung eines Betriebsführungsvertrages ist es von wesentlicher Bedeutung, welche Beteiligungsrechte, welcher Organe der Betriebsverfassung zu beachten sind. Insb. muss der hiermit verbundene Zeitaufwand in die unternehmerische Planung aufgenommen werden. Dabei kommen sowohl Mitwirkungs- als auch Mitbestimmungsrechte in Betracht.⁶¹⁵

Die Beteiligungsrechte des Betriebsrats können hinsichtlich sog. sozialer (§§ 87-91 BetrVG), personeller (§§ 92-104 BetrVG) und wirtschaftlicher Angelegenheiten (§§ 106-113 BetrVG) bestehen. Im Vordergrund stehen die Beteiligungsrechte des Betriebsrats in wirtschaftlichen Angelegenheiten, weil sie für die Kosten und den zeitlichen Ablauf von maßgeblicher Bedeutung sind und oftmals noch Auswirkungen auf die konkrete Planung und Umsetzung haben werden. Dagegen beeinflussen die Beteiligungsrechte in personellen und sozialen Angelegenheiten die Verwirklichung der geplanten Umstrukturierung grds. nicht mehr.⁶¹⁶

Im Nachfolgenden soll nun geprüft werden, welche Beteiligungsrechte typischerweise infolge der Einführung eines Betriebsführungsvertrages in Betracht kommen.

1. Beteiligungsrechte bei einer Betriebsänderung nach §§ 111 ff. BetrVG

Die allgemeinen Voraussetzungen ergeben sich bereits aus § 111 S. 1 BetrVG, wonach die §§ 111 ff. BetrVG dann zur Anwendung kommen, wenn in einem Unternehmen mit i. d. R. mehr als 20 wahlberechtigten Arbeitnehmern, Betriebsänderungen (§ 111 S. 3 BetrVG) geplant sind, die wesentliche Nachteile für die Belegschaft oder erhebliche Teile der Belegschaft zur Folge haben können. Die nachfolgenden Ausführungen beschränken sich dabei im Wesentlichen auf die Frage, ob eine Betriebsänderung i. S. d. § 111 S. 3 BetrVG vorliegt, denn im Übrigen ergeben sich keine Besonderheiten aufgrund des Betriebsführungsvertrages, so dass auf die allgemeine Kommentarliteratur verwiesen werden kann.⁶¹⁷

Soweit man die Katalogtatbestände des § 111 S. 3 Nr. 1 bis 5 BetrVG als nicht abschließend ansieht, hat dies jedenfalls keine praktische Bedeutung, weil Fallgestaltungen außer-

⁶¹⁵ *Schweibert*, in: Willemsen u. a., Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, C Rn. 1.

⁶¹⁶ *Schweibert*, in: Willemsen u. a., Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, C Rn. 2, 3, 27.

⁶¹⁷ Vgl. *Kania*, in: Müller-Glöge u. a., ErfK., Rn. 5-10 zu § 111 BetrVG; *Fitting*, BetrVG, § 111 Rn. 18-48 m. w. N.

C. Auswirkungen auf das Arbeitsrecht

halb dieser Aufzählungen kaum denkbar sind.⁶¹⁸ Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass es der Gesetzgeber auch nach der Novellierung des Betriebsverfassungsgesetzes, bei der Frage, ob eine Betriebsänderung i. S. d. § 111 S. 3 BetrVG vorliegt, anders als bei dem Schwellenwert des § 111 BetrVG, bei einer **betriebsbezogenen** Betrachtung belassen hat.⁶¹⁹

Im Rahmen der Einführung eines Betriebsführungsvertrages kommen insb. die Tatbestände des § 111 S. 3 Nr. 3 und Nr. 4 BetrVG in Betracht. Nach § 111 S. 3 Nr. 3 BetrVG stellt sowohl der Zusammenschluss, als auch die Spaltung von Betrieben eine Betriebsänderung dar. Dagegen stellt § 111 S. 3 Nr. 4 BetrVG auf grundlegende Änderungen der Betriebsorganisation, des Betriebszwecks oder der Betriebsanlagen ab.

a) Betriebsänderung bei Spaltung oder Zusammenschluss von Betrieben (§ 111 S. 3 Nr. 3 BetrVG)

Wann eine Spaltung oder ein Zusammenschluss (§ 111 S. 3 Nr. 3 BetrVG) von Betrieben bei einem (echten oder unechten) Betriebsführungsvertrag vorliegen kann, wurde bereits oben unter C. II. 1. ausführlich dargestellt. Immer dann werden i. d. R. auch die Beteiligungsrechte der §§ 111 ff. BetrVG ausgelöst, soweit die übrigen (allgemeinen) Voraussetzungen vorliegen. Im Grundsatz ist davon auszugehen, dass sich der Zusammenschluss für die Belegschaft **beider** Betriebe als interessenausgleichs- und sozialplanpflichtige Betriebsänderung darstellt.⁶²⁰ Unter § 111 S. 1 Nr. 3 BetrVG fallen auch solche Betriebsteile, die nach § 4 BetrVG als **selbständige** Betriebe gelten.⁶²¹

Ob es sich um die Betriebe eines oder mehrerer Unternehmen (gemeinsamer Betrieb zweier Unternehmen nach § 1 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 BetrVG) handelt, ist für § 111 S. 3 Nr. 3 BetrVG unbeachtlich.⁶²² Die (erstmalige) Zusammenlegung von Betrieben infolge der Begründung eines **gemeinsamen Betriebs** erfüllt somit den Katalogtatbestand des § 111 S. 3 Nr. 3 BetrVG.⁶²³ Aufgrund dieser Feststellung kann zur besseren Übersicht im Nachfolgenden bei der Prüfung des Vorliegens der weiteren Katalogtatbestände des § 111 S. 3

⁶¹⁸ *Fitting*, BetrVG, § 111 Rn. 44; *Schweibert*, in: Willemsen u. a., Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, C Rn. 20.

⁶¹⁹ RegBegr zum BetrVerf-Reformgesetz vom 02.04.2001, BT-Drucks. 14/5741, 51; vgl. hierzu und zu den sich daraus ergebenden Problemen: *Bauer*, NZA 2001, 375 (376); *Lingemann*, NZA 2002, 934 (935, 936).

⁶²⁰ *Schweibert*, in: Willemsen u. a., Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, C Rn. 53, 54, 57 ff.

⁶²¹ BAG, Beschl. v. 27.06.1995 – 1 ABR 62/94, NZA 1996, 164 f.; *Fitting*, BetrVG, § 111 Rn. 85; *Kania*, in: Müller-Glöge u. a., ErfK., Rn. 13 zu § 111 BetrVG.

⁶²² *Schweibert*, in: Willemsen u. a., Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, C Rn. 54; *Fitting*, BetrVG, § 111 Rn. 84; *Annuß*, in: Richardi, BetrVG, § 111 Rn. 101.

⁶²³ *Gaul*, NZA 2003, 695 (696); *Trümmer*, in: Däubler u. a., BetrVG, § 1 Rn. 162.

C. Auswirkungen auf das Arbeitsrecht

BetrVG auf die Darstellung der Fallgestaltung, dass der Betriebsführer eigene Arbeitnehmer in den Betrieb des Eigentümers mitbringt und ein gemeinsamer Betrieb entsteht (so der Regelfall), verzichtet werden. Denn die Frage, unter welchen Tatbestand des § 111 BetrVG die vorgesehene Maßnahme letztlich fällt, spielt i. d. R. keine Rolle.⁶²⁴

aa) Wesentlichkeitsschwelle des § 111 BetrVG

Nach einer in der Literatur vertretenen Ansicht, soll bei einer Spaltung ausnahmsweise dann § 111 BetrVG nicht erfüllt sein, wenn diese keine wesentlichen Nachteile für die Belegschaft oder erhebliche Teile der Belegschaft zur Folge hat (§ 111 S. 1 BetrVG).⁶²⁵ Das BAG lehnt diese Ansicht allerdings ab und nimmt eine Ausnahme nur bei „Bagatellausgründungen“ an. Nach Ansicht des BAG sollen somit auch Betriebsteile, die unterhalb der Wesentlichkeitsschwelle des § 111 S. 3 Nr. 1 und 2 BetrVG liegen, von der Bestimmung erfasst werden.⁶²⁶

Die Rechtsprechung des BAG führt letztlich aber zu einem unüberwindbaren Wertungswiderspruch zwischen dem Tatbestand der „Stilllegung“ in Nr. 1 und der Abspaltung in Nr. 3, wenn es sich um identische Betriebsteile handelt. Denn zum einen sind die mit einer Stilllegung verbundenen Nachteile für die Belegschaft typischerweise nicht geringer als bei einer Abspaltung und zum anderen missachtet das BAG den Bezugspunkt der Betriebsänderung, nämlich den betroffenen **Betrieb**(-steil). Bezüglich dieses Bezugspunkts besteht aber zwischen einer Stilllegung und einer Abspaltung kein Unterschied.⁶²⁷ Um letztlich aber dem unterschiedlichen Wortlaut des § 111 BetrVG in S. 3 Nr. 1 (Wortlaut: „wesentlich“) und Nr. 3 ausreichend Rechnung zu tragen, ist ein Ausgleich dadurch zu schaffen, dass bei § 111 S. 3 Nr. 3 BetrVG zumindest ein „erheblicher Teil der Belegschaft“ betroffen sein muss, was in Anlehnung an § 17 KSchG zu beurteilen ist.⁶²⁸

⁶²⁴ Schweibert, in: Willemsen u. a., Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, C Rn. 27.

⁶²⁵ Schweibert, in: Willemsen u. a., Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, C Rn. 61; Annuß, in: Richardi, BetrVG, § 111 Rn. 102; a. A. Fitting, BetrVG, § 111 Rn. 87; Sieg/Maschmann, Unternehmensumstrukturierung aus arbeitsrechtlicher Sicht, S. 221 Rn. 495; gute Übersicht über den Meinungsstand bei Maschmann, NZA-Beil. 2009, 32 (35).

⁶²⁶ BAG, Beschl. v. 10.12.1996 - 1 ABR 32/96, BAGE 85, 1 f.; BAG, Beschl. v. 18.03.2008 – 1 ABR 77/06, BAGE 126, 169 f.

⁶²⁷ Annuß, in: Richardi, BetrVG, § 111 Rn. 101; Schweibert, in: Willemsen u. a., Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, C Rn. 61.

⁶²⁸ Vgl. Schweibert, in: Willemsen u. a., Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, C Rn. 21, 62.

bb) Keine Betriebsänderung – alleine – wegen der Aufspaltung in eine Besitz- und eine Betriebsgesellschaft

Diskussionsbedarf kann sich auch bei der Aufspaltung in eine Besitz- und eine Betriebsgesellschaft ergeben, denn die „Vermögenslosigkeit“ der Betriebsgesellschaft kann dazu führen, dass den Arbeitnehmern die Haftungsmasse verloren geht und so wesentliche Nachteile drohen. In der Literatur wird zum Teil alleine aus diesem Grund angenommen, dass eine Betriebsänderung vorliegt, auch wenn die Aufspaltung lediglich zu einer **Unternehmens-**spaltung führt.⁶²⁹ Auch mittels des unechten Betriebsführungsvertrages ist eine „Aufspaltung“ in eine Besitzgesellschaft (Eigentümer) und eine Betriebsgesellschaft (Betriebsführer) möglich, so dass auch hier Ziel der Maßnahme der Entzug der Haftungsmasse sein kann.⁶³⁰

Das BAG lehnt diese Ansicht allerdings – ohne Veränderungen auf betrieblicher Ebene i. S. d. § 111 S. 3 BetrVG – zu Recht strikt ab.⁶³¹ § 111 BetrVG soll klar erkennbar vor betrieblichen und nicht vor rein gesellschaftsrechtlichen Änderungen bzw. einem bloßen Schuldnerwechsel schützen. Das Beteiligungsrecht des § 111 BetrVG ist die falsche Schutznorm. Der Gesetzgeber hat dem oben bezeichneten Problem, insb. durch § 613a Abs. 2 BGB und § 134 UmwG ausreichend Rechnung getragen.⁶³²

b) Betriebsänderung im Übrigen (insb. § 111 S. 3 Nr. 4 BetrVG)

Weiter kann es infolge der Einführung eines Betriebsführungsvertrages insb. zu einer Änderung der Betriebsorganisation oder einer Einschränkung bzw. Erweiterung des Betriebszwecks kommen (§ 111 S. 3 Nr. 4 BetrVG). Die Veränderung muss dann allerdings **grundlegend** sein.

⁶²⁹ So bspw. *Salje*, NZA 1988, 449 (451, 452); diese Tendenz auch bei *Birk*, ZGR 1984, 23 (39); vgl. zu dieser Problematik: *Schweibert*, in: Willemsen u. a., Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, C Rn. 65 m. w. N.

⁶³⁰ Hierzu bereits oben unter C. I. 2. b) aa); zu beachten sind aber die Einschränkungen unter C. I. 4. bis 6.; vgl. *Rieble*, NZA 2010, 1145 (1149, 1150).

⁶³¹ BAG, Beschl. v. 17.02.1981 – 1 ABR 101/78, DB 1981, 1190 f.; BAG, Beschl. v. 10.12.1996 – 1 ABR 32/96, BAGE 85, 1 f.

⁶³² *Schweibert*, in: Willemsen u. a., Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, C Rn. 65, 66, 78 ff., 92; *Fitting*, BetrVG, § 111 Rn. 50; *Bork*, BB 1989, 2181 (2184 ff.); *Jäger*, BB 1988, 1036 (1039); *Seitz*, in: Bauer u. a., FS für Buchner, S. 849 (851); *Bauer/Göpfert/Haußmann/Krieger*, Umstrukturierung, S. 6 Rn. 21; *Annuß*, in: Richardi, BetrVG, § 111 Rn. 124; allerdings kann nach teilweise vertretener Ansicht bei einem Betriebsübergang bei richtlinienkonformer Auslegung (Art. 4 Abs. 2 lit. c RL 2002/14/EG) zumindest die vorherige Unterrichtung und Anhörung des Wirtschaftsausschusses nach § 106 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 BetrVG oder soweit dieser nicht vorhanden ist, anderer Arbeitnehmervertreter notwendig sein: *Reichold*, NZA 2003, 289 (298); *Fitting*, BetrVG, § 111 Rn. 50a.

Der Begriff der **Betriebsorganisation** betrifft die Art und Weise, wie die Arbeitnehmer und die Betriebsanlagen koordiniert werden, so dass der gewünschte arbeitstechnische Erfolg erreicht werden kann.⁶³³ Nach der Rspr. des BAG liegt eine Änderung der Betriebsorganisation (§ 111 S. 3 Nr. 4 BetrVG) dann vor, „wenn der *Betriebsaufbau, insbesondere hinsichtlich Zuständigkeiten und Verantwortung, umgewandelt wird*“.⁶³⁴

Betriebszweck i. S. d. Nr. 4 ist der mit dem Betrieb verfolgte arbeitstechnische Zweck (bspw. Verwaltung, Vertrieb, Entwicklung, Produktion), nicht aber der wirtschaftliche Zweck. Er wird geändert, wenn der bisherige Betriebszweck um einen weiteren Betriebszweck ergänzt, durch einen anderen ersetzt oder einer von mehreren arbeitstechnischen Zwecken nicht mehr weiterverfolgt wird.⁶³⁵

aa) Echter Betriebsführungsvertrag

Bei dem **echten** Betriebsführungsvertrag wird i. d. R. eine weitere Leitungsebene (Managementebene)⁶³⁶ installiert (flachere Hierarchie). Der Betrieb wird nicht mehr von der ursprünglichen (Unternehmens-)Leitung geführt, sondern ein externer Betriebsführer übernimmt dies. Die Zuständigkeit und Verantwortung ändert sich so auch auf betrieblicher Ebene. Eine Änderung der **Betriebsorganisation** liegt vor. Dies wird selbst dann gelten müssen, wenn keine weitere Leitungsebene geschaffen wird, sondern eine interne Leitungsebene (leitender Angestellter) durch eine externe Leitungsebene (Betriebsführer) ersetzt wird. Selbst wenn sich auf einem Organigramm strukturell auf der betrieblichen Ebene kein Unterschied ergeben wird, so hat es doch – anders als der bloße Wechsel eines leitenden Angestellten – Auswirkungen auf den Betriebsaufbau und die Verantwortung. Es ist qualitativ ein Unterschied, ob die Leitung und damit die unmittelbare (faktische) Verantwortung für einen Betrieb von einem eigenen Mitarbeiter des Unternehmens oder einem externen Dienstleister ausgeht.

Allerdings kann es an dem Merkmal der „**grundlegenden** Änderung“ fehlen, wenn nur eine Leitung durch die andere ersetzt wird, ohne den Betrieb in irgendeiner Weise zu verändern. Das BAG führt hierzu aus, dass „*es entscheidend darauf ankommt, ob die Ände-*

⁶³³ Schweibert, in: Willemsen u. a., Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, C Rn. 68; *Annuß*, in: Richardi, BetrVG, § 111 Rn. 108; *Fitting*, BetrVG, § 111 Rn. 92; *Sieg/Maschmann*, Unternehmensumstrukturierung aus arbeitsrechtlicher Sicht, S. 221 Rn. 498.

⁶³⁴ BAG, Beschl. v. 18.03.2008 – 1 ABR 77/06, BAGE 126, 169 f.

⁶³⁵ BAG, Beschl. v. 17.12.1985 – 1 ABR 78/83, BAGE 50, 307 f.; BAG, Beschl. v. 16.06.1987 – 1 ABR 41/85, BAGE 55, 356 f.; *Schweibert*, in: Willemsen u. a., Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, C Rn. 70; *Fitting*, BetrVG, § 111 Rn. 93.

⁶³⁶ *Weißmüller*, BB 2000, 1949 (1951).

C. Auswirkungen auf das Arbeitsrecht

*„einschneidende Auswirkungen auf den Betriebsablauf, die Arbeitsweise oder die Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer hat“*⁶³⁷. Dies ist aber bei der bloßen Umsetzung des echten Betriebsführungsvertrages nicht unbedingt der Fall. Letztlich wird lediglich eine Leitung durch die andere – wenn auch Externe – ersetzt, ohne den Betrieb an sich in irgendeiner Weise zu verändern. Es passiert zunächst nichts anderes als bei einem Führungswechsel.⁶³⁸ Die bloße Installation einer weiteren/neuen Leitungsebene, ohne Veränderungen der vom BAG bezeichneten betrieblichen Strukturen, kann aber gerade keinen Fall des § 111 S. 3 Nr. 4 BetrVG auslösen. Im Ergebnis ist allerdings auf den Einzelfall abzustellen.

Die bloße Einführung des Betriebsführungsvertrages führt auch nicht zu einer Änderung des **Betriebszwecks**, wenn die mit dem zu führenden Betrieb verfolgten arbeitstechnischen Zwecke nicht verändert werden.⁶³⁹

Etwas anderes gilt in der Fallgestaltung, dass durch die Einführung des Betriebsführungsvertrages bspw. Leitungsstrukturen **zentralisiert oder dezentralisiert** werden oder die organisatorische Aufteilung in Sparten oder Geschäftsbereichen erfolgen soll. Dann wird nicht nur eine Änderung der Betriebsorganisation, sondern oftmals auch eine Änderung des Betriebszwecks vorliegen, so dass auch dann letztlich zu prüfen ist, ob das Merkmal der „**grundlegenden** Änderung“⁶⁴⁰ erfüllt ist.⁶⁴¹ Wird beispielsweise eine **zentrale** Organisationsstruktur (A-AG = Betrieb = Produktion + Vertrieb + Verwaltung) durch Ausgliederung des Vertriebs in eine **dezentrale** Organisationsstruktur verwandelt (A-AG = Betrieb 1 = Produktion + Verwaltung; Betrieb 2 = Vertrieb = neue Leitung durch den Betriebsführer), wird – neben der Betriebsspaltung i. S. d. Nr. 3 – eine solche grundlegende Änderung der Betriebsorganisation und des Betriebszwecks i. S. d. Nr. 4 anzunehmen sein.⁶⁴²

⁶³⁷ BAG, Beschl. v. 18.03.2008 – 1 ABR 77/06, BAGE 126, 169 f.

⁶³⁸ Vgl. *Schweibert*, in: Willemsen u. a., Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, C Rn. 112.

⁶³⁹ So im Ergebnis auch *Volhard*, in: Hopt, Vertrags- und Formularbuch zum Handels-, Gesellschafts- und Bankrecht, II. H. 13 Anm. 7, „*Der Abschluss des Betriebsführungsvertrages ist für sich genommen keine Betriebsänderung i. S. d. § 111 BetrVG*“.

⁶⁴⁰ Vgl. *Kania*, in: Müller-Glöge u. a., ErfK., Rn. 17 ff. zu § 111 BetrVG; *Fitting*, BetrVG, § 111 Rn. 95; *Annuß*, in: Richardi, BetrVG, § 111 Rn. 109, 118; *Hohenstatt/Willemsen*, in: Henssler u. a., Arbeitsrecht Kommentar, Rn. 46, 50 zu § 111 BetrVG; *Schweibert*, in: Willemsen u. a., Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, C Rn. 69; *Sieg/Maschmann*, Unternehmensumstrukturierung aus arbeitsrechtlicher Sicht, S. 221, 222 Rn. 498, 499.

⁶⁴¹ *Bauer/Göpfert/Haußmann/Krieger*, Umstrukturierung, S. 9 Rn. 33; *Schweibert*, in: Willemsen u. a., Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, C Rn. 68; *Fitting*, BetrVG, § 111 Rn. 92, 95.

⁶⁴² Bei Teilaufgabe des arbeitstechnischen Zwecks kann außerdem die Stilllegung eines wesentlichen Betriebsteils oder eine Betriebseinschränkung nach § 111 S. 3 Nr. 1 BetrVG vorliegen, vgl. hierzu *Annuß*, in: Richardi, BetrVG, § 111 Rn. 68 ff., 110.

bb) Unechter Betriebsführungsvertrag

Der **unechte** Betriebsführungsvertrag führt grds. zum betrieblichen Übergang des betroffenen Eigentümerbetriebs nach § 613a BGB.⁶⁴³ Übernimmt der Betriebsführer den Betrieb von der Leitungsstruktur her genauso wie er war, betrifft der Inhaberwechsel nur die Rechtsträgerebene. Dann wird lediglich die **Unternehmensorganisation**⁶⁴⁴ verändert. Es fehlt so bereits an dem Merkmal der Änderung der „Betriebsorganisation“. Ein Betriebsübergang erfüllt **als solcher** nicht den Tatbestand einer Betriebsänderung, mithin werden die Mitwirkungsrechte nach §§ 111, 112 BetrVG – wie auch bereits in den vorangegangenen Ausführungen unter a) ausgeführt wurde – nicht ausgelöst.⁶⁴⁵ Die Beteiligungsrechte nach §§ 111 ff. BetrVG sind allerdings dann zu beachten, wenn es **anlässlich** eines Betriebsübergangs zu einer Betriebsänderung kommt.⁶⁴⁶

aaa) Betriebsführer übernimmt die Leitung eines Betriebsteils

Im Rahmen des unechten Betriebsführungsvertrages ist insb. der Fall zu beachten, wenn der Betriebsführer lediglich die Leitung eines **Betriebsteils** übernimmt und es daher nur zu einem **Betriebsteilübergang** auf den Betriebsführer kommt.⁶⁴⁷ Dann können die Tatbestände des § 111 S. 3 BetrVG **bezogen auf den Gesamtbetrieb (Ursprungsbetrieb)** erfüllt sein, so dass **den Eigentümer** die Verpflichtung treffen kann, den Betriebsrat des Ursprungsbetriebs nach den §§ 111 ff. BetrVG zu beteiligen. Von der Betriebsänderung wären alle Arbeitnehmer des früher einheitlichen Betriebs betroffen, weshalb auch für **alle**

⁶⁴³ Siehe hierzu bereits ausführlich oben unter C. I. 2. b) aa).

⁶⁴⁴ Zu diesem Begriff: vgl. *Annuß*, in: Richardi, BetrVG, § 111 Rn. 108.

⁶⁴⁵ BAG, Beschl. v. 17.03.1987 – 1 ABR 47/85, NZA 1987, 523 f.; BAG, Beschl. v. 16.06.1987 – 1 ABR 41/85, BAGE 55, 356 f.; *Fenzl*, Betriebspacht-, Betriebsüberlassungs- und Betriebsführungsverträge in der Konzernpraxis, Rn. 478, 492; *Birk*, ZGR 1984, 23 (37, 38); *Rieble*, NZA 2010, 1145 (1148); *ders.*, NZA 2005, 1 (7); *Kleinebrink/Commandeur*, NZA 2007, 113 (113, 114); *Annuß*, in: Richardi, BetrVG, § 111 Rn. 67, 89, 124-127, 132; *Seitz*, in: Bauer u. a., FS für Buchner, S. 849, (851); *Bauer/Göpfert/Haußmann/Krieger*, Umstrukturierung, S. 6 Rn. 19; *Schweibert*, in: Willemsen u. a., Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, C Rn. 79; *Sieg/Maschmann*, Unternehmensumstrukturierung aus arbeitsrechtlicher Sicht, S. 221 Rn. 496; *Birk*, BB 1976, 1227 (1231).

⁶⁴⁶ BAG, Urt. v. 04.12.1979 – 1 AZR 843/76, DB 1980, 743 f.; BAG, Urt. v. 21.10.1980 – 1 AZR 145/79, DB 1981, 698 f.; *Birk*, ZGR 1984, 23 (38); *Schneider*, JbFfSt 1982/1983, 387 (411); *Kleinebrink/Commandeur*, NZA 2007, 113 (113, 114); *Annuß*, in: Richardi, BetrVG, § 111 Rn. 128; *Fitting*, BetrVG, § 111 Rn. 51; *Bauer/Göpfert/Haußmann/Krieger*, Umstrukturierung, S. 6 Rn. 20; *Hohenstatt/Willemsen*, in: Henssler u. a., Arbeitsrecht Kommentar, Rn. 54 zu § 111 BetrVG.

⁶⁴⁷ Vgl. BAG, Beschl. v. 16.06.1987 – 1 ABR 41/85, BAGE 55, 356 f.; BAG, Beschl. v. 10.12.1996 – 1 ABR 32/96, BAGE 85, 1 f.; *Rieble*, NZA 2010, 1145 (1148); *Kleinebrink/Commandeur*, NZA 2007, 113 (114 ff.); *Hohenstatt/Willemsen*, in: Henssler u. a., Arbeitsrecht Kommentar, Rn. 55 zu § 111 BetrVG; *Kania*, in: Müller-Glöße u. a., ErfK., Rn. 12 zu § 111 BetrVG; *Bauer/Göpfert/Haußmann/Krieger*, Umstrukturierung, S. 7 Rn. 23; *Schweibert*, in: Willemsen u. a., Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, C Rn. 90, 94 ff.

C. Auswirkungen auf das Arbeitsrecht

Arbeitnehmer des Ursprungsbetriebs zu prüfen wäre, ob die Maßnahme des Eigentümers zu wirtschaftlichen Nachteilen führt.⁶⁴⁸

Bei der Prüfung, ob eine Betriebsänderung tatsächlich vorliegt, ist ausschließlich auf die Auswirkungen auf der **betrieblichen** Ebene abzustellen. Es kommt nicht nur eine Spaltung des Betriebs nach § 111 S. 3 Nr. 3 BetrVG in Betracht,⁶⁴⁹ sondern auch eine Betriebseinschränkung i. S. d. § 111 S. 3 Nr. 1 BetrVG, soweit mit der Abspaltung eine Verringerung der Betriebsmittel einhergeht oder von der Ausgliederung eine erhebliche Zahl von Arbeitnehmern betroffen ist und diese Betriebseinschränkung für den Betrieb **wesentlich** ist.⁶⁵⁰ Weiter kann der Tatbestand einer grundlegenden Änderung der Organisation (z. B. durch die Dezentralisierung von Zuständigkeiten) oder des Zwecks (wenn ein bisher verfolgter wesentlicher arbeitstechnischer Zweck in dem Ursprungsbetrieb nicht mehr weiterverfolgt wird) nach § 111 S. 3 Nr. 4 BetrVG einschlägig sein.⁶⁵¹ Eine **grundlegende** Änderung des Betriebszwecks wird man insb. dann näher prüfen müssen, wenn bestimmte, bisher in dem alten Ursprungsbetrieb selbst erfüllte Funktionen (arbeitstechnischen Zwecke) zukünftig von dem Betriebsführer in dem abgespaltenen Betriebsteil selbständig und im eigenen Namen wahrgenommen werden und so wesentliche arbeitstechnische Zwecke, die im Ursprungsbetrieb noch gemeinsam verfolgt wurden, zukünftig nicht mehr einheitlich weiterverfolgt werden.⁶⁵²

bbb) Betriebsführer übernimmt die Leitung mehrerer Betriebe

Als Gegenstück zu der vorangegangenen Konstellation ist noch der Fall zu nennen, wenn **der Betriebsführer** mehrere Betriebe (selbständige Betriebsteile) mit unterschiedlichen Betriebszwecken übernimmt und unter eine einheitliche Leitung stellt. In der Folge werden

⁶⁴⁸ BAG, Beschl. v. 16.06.1987 – 1 ABR 41/85, BAGE 55, 356 f.; *Bauer/Göpfert/Haußmann/Krieger*, Umstrukturierung, S. 7 Rn. 23; vgl. *Schweibert*, in: Willemsen u. a., Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, C Rn. 94 ff.

⁶⁴⁹ Hierzu bereits oben unter C. V. 1. a); BAG, Beschl. v. 10.12.1996 – 1 ABR 32/96, BAGE 85, 1 f.; BAG, Beschl. v. 25.01.2000 – 1 ABR 1/99, NZA 2000, 1069 f.; vgl. *Schweibert*, in: Willemsen u. a., Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, C Rn. 96, 115; *Kleinebrink/Commandeur*, NZA 2007, 113 (115, 116).

⁶⁵⁰ Vgl. *Schweibert*, in: Willemsen u. a., Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, C Rn. 91, 95; *Sieg/Maschmann*, Unternehmensumstrukturierung aus arbeitsrechtlicher Sicht, S. 219 Rn. 489, 490; *Annuß*, in: Richardi, BetrVG, § 111 Rn. 69 ff.

⁶⁵¹ BAG, Beschl. v. 16.06.1987 – 1 ABR 41/85, BAGE 55, 356 f.; BAG, Beschl. v. 25.01.2000 – 1 ABR 1/99, NZA 2000, 1069 f.; *Annuß*, in: Richardi, BetrVG, § 111 Rn. 132-134; *Fitting*, BetrVG, § 111 Rn. 92, 93; *Schweibert*, in: Willemsen u. a., Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, C Rn. 60, 70, 97 ff.; *Kleinebrink/Commandeur*, NZA 2007, 113 (117).

⁶⁵² Vgl. BAG, Beschl. v. 16.06.1987 – 1 ABR 41/85, BAGE 55, 356 f.; *Fitting*, BetrVG, § 111 Rn. 93, 95; *Schweibert*, in: Willemsen u. a., Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, C Rn. 98; *Kleinebrink/Commandeur*, NZA 2007, 113 (117).

nicht nur der Tatbestand des Zusammenschlusses von Betrieben i.S.d § 111 S. 3 Nr. 3 BetrVG i. d. R. erfüllt sein, sondern oftmals auch die Tatbestände der grundlegenden Änderung der Organisation (Zentralisierung von Zuständigkeiten) oder des Zwecks nach § 111 S. 3 Nr. 4 BetrVG (Ergänzung durch weiteren Betriebszweck).⁶⁵³ Erfolgen diese Betriebsänderungen erst **nach dem Betriebsübergang** auf Seiten des Betriebsführers, sind allerdings nur die von dem Betriebsübergang erfassten Arbeitnehmer betroffen und auch nur der Betriebsführer als (neuer) Arbeitgeber verpflichtet, einen Interessenausgleich zu versuchen und einen Sozialplan aufzustellen.⁶⁵⁴

2. Mitbestimmungsrechte bei personellen Einzelmaßnahmen nach § 99 BetrVG

Der **Abschluss** eines Betriebsführungsvertrages löst zunächst keine Beteiligungsrechte nach § 99 BetrVG aus. Insb. liegt keine „Einstellung“ **des Betriebsführers** (als natürliche Person, ansonsten dessen Vertretung) beim Eigentümer in dem zu führenden Betrieb vor. Dies gilt trotz der Auffassung des BAG, dass eine Einstellung i. S. d. § 99 BetrVG auch bei einer betriebsfremden Person vorliegen kann, wenn sie als selbständiger Unternehmer tätig und nicht zum Arbeitnehmer wird.⁶⁵⁵ Denn der Betriebsführer bzw. dessen Vertreter ist nicht nur kein Arbeitnehmer des Eigentümers, sondern übt auch keine Tätigkeit aus, welche sich nicht nennenswert von der weisungsabhängigen Tätigkeit vergleichbarer Arbeitnehmer des zu führenden Betriebs unterscheidet. Es liegt somit keine arbeitnehmertypische teilweise Einbindung in die betriebliche Organisation eines Eigentümerbetriebs vor. Dem Eigentümer fehlt die Personalhoheit über den Betriebsführer.⁶⁵⁶ Der Betriebsführer übernimmt vielmehr selbständig und aufgrund des Betriebsführungsvertrages (Auftrag bzw. Geschäftsbesorgungsvertrag) die Leitung des Betriebs(-teils), vergleichbar mit einem Führungsorgan.

Wann Mitbestimmungsrechte nach § 99 BetrVG **im Rahmen** des Betriebsführungsvertrages in Betracht kommen, wird nachfolgend getrennt für den echten und den unechten Betriebsführungsvertrag aufzuzeigen sein.

⁶⁵³ Vgl. BAG, Beschl. v. 17.12.1985 – 1 ABR 78/83, BAGE 50, 307 f.; *Fitting*, BetrVG, § 111 Rn. 92, 93; *Bauer/Göpfert/Haußmann/Krieger*, Umstrukturierung, S. 8 Rn. 25 ff.; weiter könnten die Betriebszusammenschlüsse auch zu dem Zweck erfolgen, Synergieeffekte auszunutzen und daher zu einem erheblichen Personalabbau, mit der Folge einer Betriebseinschränkung i. S. d. § 111 S. 3 Nr. 1 BetrVG, führen.

⁶⁵⁴ Vgl. *Schweibert*, in: Willemsen u. a., Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, C Rn. 100 ff., 114; *Kleinebrink/Commandeur*, NZA 2007, 113 (118).

⁶⁵⁵ BAG, Beschl. v. 15.04.1986 – 1 ABR 44/84, BAGE 51, 337 f.

⁶⁵⁶ BAG, Beschl. v. 30.08.1994 – 1 ABR 3/94, NZA 1995, 649 (651); *Kania*, in: Müller-Glöße u. a., ErfK., Rn. 8 zu § 99 BetrVG; *Raab*, in: Wiese u. a., GK-BetrVG, Bd. II, § 99 Rn. 32.

a) Echter Betriebsführungsvertrag

Im Rahmen der Einführung eines echten Betriebsführungsvertrages sind zwei Situationen bei der Beurteilung des Mitbestimmungsrechts zu unterscheiden. Recht unproblematisch erweist sich dabei der Fall, dass der Betriebsführer keine eigenen Arbeitnehmer in den Betrieb des Eigentümers mitbringt. Demgegenüber ist der Fall genau zu untersuchen, wenn der Betriebsführer eigene Arbeitnehmer in den zu führenden Betrieb des Eigentümers (Einsatzbetrieb) mitbringt und diese Arbeitnehmer im eigenen Namen aus eigenem originärem Weisungsrecht einsetzt.

aa) Kein Einsatz von eigenen Arbeitnehmern des Betriebsführers im Eigentümerbetrieb

Hat der Betriebsführer keine eigenen Arbeitnehmer bzw. bringt er keine eigenen Arbeitnehmer in den zu führenden Betrieb des Eigentümers mit, ergeben sich keine Besonderheiten. Die Übernahme der Leitung eines Betriebs führt nicht zu einer Einstellung, Eingruppierung, Umgruppierung oder Versetzung in diesem Eigentümerbetrieb. Erst wenn **der Betriebsführer** während der Laufzeit des Betriebsführungsvertrages im Namen des Eigentümers personelle Einzelmaßnahmen vornimmt, bspw. den Abschluss eines Arbeitsvertrages als Vertreter des Eigentümers (Einstellung) oder die Zuweisung eines anderen Arbeitsbereichs für bereits vorhandene Arbeitnehmer des Eigentümers (Versetzung), ist das Mitbestimmungsrecht des § 99 BetrVG zu beachten. Der Betriebsführer hat sich in diesem Fall – soweit seine Betriebsführungsbefugnis reicht – als Vertreter des Eigentümers, mit dem Betriebsrat des abgebenden (bspw. bei Versetzung) bzw. des aufnehmenden Betriebs (bspw. bei Einstellung und (Erst-)Eingruppierung) als Ansprechpartner (Betriebspartner i. S. d. BetrVG) auseinanderzusetzen, soweit der betroffene Arbeitnehmer **Betriebszugehöriger**⁶⁵⁷ des jeweiligen Betriebs ist und daher von diesem Betriebsrat repräsentiert wird.⁶⁵⁸ Im Rahmen der Einstellung ist allerdings zu berücksichtigen, dass dieses Beteiligungsrecht bereits dann ausgelöst wird, wenn eine Person (also nicht nur Arbeitnehmer) in einen Betrieb **tatsächlich eingegliedert**⁶⁵⁹ wird. Dabei muss nicht einmal ein Arbeitsverhältnis zum

⁶⁵⁷ Zu diesem Begriff bereits ausführlich oben unter C. II. 3. a) bb) bbb) (b); nach der h. M. und hier vertretenen Ansicht ist betriebszugehörig grds. nur, wer in einem Arbeitsverhältnis zum Betriebsinhaber steht **und** in die Betriebsorganisation des Arbeitgebers eingegliedert ist.

⁶⁵⁸ BAG, Beschl. v. 20.09.1990 – 1 ABR 37/90, BAGE 66, 57 f.; *Fitting*, BetrVG, § 99 Rn. 19; *Thüsing*, in: Richardi, BetrVG, § 99 Rn. 15; *Kania*, in: Müller-Glöge u. a., ErfK., Rn. 15 zu § 99 BetrVG.

⁶⁵⁹ Zu diesem Begriff bereits ausführlich oben unter C. II. 3. a) bb) bbb) (b) (dd).

Betriebsinhaber bestehen.⁶⁶⁰ Die **Zuständigkeit** des Betriebsrats ergibt sich aus dem Schutzzweck der Norm (**Schutz des Einsatzbetriebs bzw. dessen Belegschaft**),⁶⁶¹ so dass es auch im Rahmen der Zuständigkeit nicht zwingend auf die Frage ankommt, ob die betroffene Person in einem Arbeitsverhältnis zum Betriebsinhaber des aufnehmenden Betriebs steht und daher zu der vom Betriebsrat repräsentierten Belegschaft gehört.⁶⁶²

bb) Der Betriebsführer bringt eigene Arbeitnehmer in den Betrieb des Eigentümers mit

Schwierigkeiten in der Beurteilung, wann und gegenüber welchem Betriebsrat Beteiligungsrechte nach § 99 BetrVG zu beachten sind, können sich dann ergeben, wenn der Betriebsführer in dem zu führenden Betrieb des Eigentümers (Einsatzbetrieb) **eigene mitgebrachte Arbeitnehmer einsetzt**.

Bei der Beurteilung muss allerdings streng zwischen dem Einsatz von Arbeitnehmern in einem – neu entstandenen – gemeinsamen Betrieb nach § 1 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 BetrVG – so der Regelfall –⁶⁶³ und dem Einsatz von Arbeitnehmern in dem Betrieb des Eigentümers, ohne die Begründung eines gemeinsamen Betriebs – so der Ausnahmefall – unterschieden werden.⁶⁶⁴ Gerade die zweite Fallkonstellation weist dabei schwierige Fragen auf.

aaa) Beteiligungsrechte nach § 99 BetrVG bei Vorliegen eines gemeinsamen Betriebs i. S. d. § 1 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 BetrVG – Regelfall –

Die Entstehung eines gemeinsamen Betriebs, was der Regelfall sein wird,⁶⁶⁵ löst als Zusammenschluss zweier Betriebe i.S.d § 111 S. 3 Nr. 3 BetrVG zwar das Beteiligungsrecht

⁶⁶⁰ BAG, Beschl. v. 12.11.2002 – 1 ABR 60/01, BAGE 103, 329 f.; BAG, Beschl. v. 13.12.2005 – 1 ABR 51/04, NZA 2006, 1369 f.; BAG, Beschl. v. 30.09.2008 – 1 ABR 81/07, DB 2009, 350 f.; BAG, Beschl. v. 23.06.2010 – 7 ABR 1/09, DB 2010, 2173 f.; Bachner, in: Däubler u. a., BetrVG, § 99 Rn. 13, 34, 39; Matthes, in: Richardi u. a., Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 2, § 263 Rn. 7; Raab, in: Wiese u. a., GK-BetrVG, Bd. II, § 99 Rn. 22; Thüsing, in: Richardi, BetrVG, § 99 Rn. 48 ff. m. w. N.; Fitting, BetrVG, § 99 Rn. 33 ff. m.w.N; vgl. Hamann, in: Schüren/Hamann, AÜG, § 14 Rn. 562 ff.; Henssler, NZA 1994, 294 (303).

⁶⁶¹ Es besteht ein doppelter Schutzzweck, nämlich der Schutz des einzelnen betroffenen Arbeitnehmers und der Schutz des Einsatzbetriebs bzw. dessen Belegschaft.

⁶⁶² BAG, Beschl. v. 15.04.1986 – 1 ABR 44/84, BAGE 51, 337 f.; BAG, Beschl. v. 19.06.2001 – 1 ABR 25/00, BAGE 98, 70 f.; Thüsing, in: Richardi, BetrVG, § 99 Rn. 16, 26; Fitting, BetrVG, § 99 Rn. 18, 35.

⁶⁶³ Zu den Voraussetzungen eines gemeinsamen Betriebs bereits oben unter C. I. 3. a) bb) aaa).

⁶⁶⁴ Zu letztgenannter Fallgruppe kann man auch die Konstellation zählen, dass der Betriebsführer Arbeitnehmern aus einem anderen Betrieb, in den neu entstandenen gemeinsamen Betrieb mitbringt. Für diesen Fall gelten die nachfolgenden Ausführungen unter bbb) entsprechend.

⁶⁶⁵ Siehe hierzu oben unter C. I. 3. a) bb) aaa).

C. Auswirkungen auf das Arbeitsrecht

nach § 111 BetrVG aus, nicht aber Beteiligungsrechte nach § 99 BetrVG. Es liegt schon nach dem Wortlaut keine personelle **Einzelmaßnahme** vor. Insb. stellt die Beschäftigung der Arbeitnehmer, die bereits vor dem Zusammenschluss in den betroffenen selbständigen Betrieben tätig waren, in dem „neuen“ gemeinsamen Betrieb keine Einstellung i. S. d. § 99 BetrVG dar. Denn Voraussetzung dafür wäre, die **Besetzung** eines Arbeitsplatzes mit einer **betriebsfremden** Person, soweit der Betriebsinhaber **selbst** die Personalhoheit übernimmt. Dies geschieht im Rahmen der Eingliederung von Arbeitnehmern entweder durch Abschluss eines Arbeitsvertrags mit dem Betriebsinhaber (bzw. dessen in seinem Namen handelnden Vertreter) oder Versetzung in einen anderen Betrieb.⁶⁶⁶ An einer solchen Einzelmaßnahme fehlt es aber bei der Begründung eines gemeinsamen Betriebs, denn dieser ist gesetzliche Folge und als Ausgleich für die Arbeitnehmerseite bei einer unternehmerischen Umstrukturierung von betriebsverfassungsrechtlichen Strukturen gedacht. Die Regelung in § 1 Abs. 2 BetrVG bestimmt dabei, unter welchen Voraussetzungen ein gemeinsamer Betrieb fingiert wird, so dass der gemeinsame Betrieb mehrerer Unternehmen grds. **wie ein Betrieb** eines Unternehmens behandelt wird.⁶⁶⁷ Für § 99 BetrVG ist somit kein Raum.

Anders wäre dies nur dann, wenn es **im Rahmen** der Einführung des Betriebsführungsvertrages (bzw. nach Einführung des Betriebsführungsvertrages) tatsächlich zu einer Einstellung, Eingruppierung, Umgruppierung oder Versetzung i. S. d. § 99 BetrVG kommen würde, bspw. wenn der Betriebsführer für den gemeinsamen Betrieb neue Arbeitnehmer einstellt oder es zu einer Ablösung von Tarifverträgen kommt, die eine neue Eingruppierung nach sich ziehen.⁶⁶⁸ Insoweit bestehen aber keine Besonderheiten zu den allgemeinen Grundsätzen, weshalb hierzu auf die einschlägige Kommentarliteratur verwiesen werden kann.⁶⁶⁹

Die Feststellung, dass es sich bei einer Ein- und Umgruppierung, um ein Beteiligungsrecht in der Leistungs-/Vertragsbeziehung handelt, also der **Vertragsarbeitgeber** angesprochen wird, weil die richtige Einstufung in das Vergütungssystem ausschließlich die vom Vertragsarbeitgeber geschuldete Entgeltleistung betrifft; sowie die Feststellung, dass es sich dagegen bei Versetzungen und Einstellungen, um Befugnisse des Betriebsrats in der Betriebsbeziehung handelt, weil insoweit die betriebliche Organisation im Vordergrund steht

⁶⁶⁶ Thüsing, in: Richardi, BetrVG, § 99 Rn. 29, 30.

⁶⁶⁷ Gaul, in: Henssler u. a., Arbeitsrecht Kommentar, Rn. 12, 25 zu § 1 BetrVG; Koch, in: Müller-Glöße u. a., ErfK., Rn. 13 zu § 1 BetrVG; Matthes, in: Richardi u. a., Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 2, § 263 Rn. 9 ff.

⁶⁶⁸ Vgl. Schweibert, in: Willemsen u. a., Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, C Rn. 329.

⁶⁶⁹ Vgl. Fitting, BetrVG, § 99 Rn. 29 ff.; Bachner, in: Däubler u. a., BetrVG, § 99 Rn. 36 ff.; Raab, in: Wiese u. a., GK-BetrVG, Bd. II, § 99 Rn. 21 ff.

C. Auswirkungen auf das Arbeitsrecht

(bspw. bei Einstellung die tatsächliche Eingliederung, nicht das Vertragsverhältnis),⁶⁷⁰ ist – trotz Begründung eines gemeinsamen Betriebs – für die Ausübung des Beteiligungsrechts grds. unbeachtlich.⁶⁷¹ Denn der Betriebsführer wird grds. sowohl die Gestaltung der arbeitsvertraglichen Beziehung (Leistungs-/Vertragsbeziehung), als auch die Organisation des betrieblichen Geschehens (Betriebsbeziehung) – sowohl für die in dem gemeinsamen Betrieb tätigen Arbeitnehmer des Eigentümers, als auch für seine eigenen dort eingesetzten Arbeitnehmer – übernehmen. Dabei wird er die unmittelbare Leitung des Betriebs und die Ausübung der Weisungsrechte in aller Regel **einheitlich** für alle Arbeitnehmer im gemeinsamen Betrieb ausüben. Er wird so grds. zum alleinigen **Ansprechpartner** (Betriebspartner i. S. d. BetrVG) des für den gemeinsamen Betrieb bestehenden Betriebsrats. Dass er dabei in Bezug auf die Arbeitnehmer des Eigentümers in der Rolle als Stellvertreter auftritt und bezüglich der eigenen mitgebrachten Arbeitnehmer kraft des durch den Arbeitsvertrag bestehenden Weisungsrechts, ist für die Frage nach dem richtigen Ansprechpartner des Betriebsrats nicht entscheidend.⁶⁷² Nur soweit der Betriebsrat tatsächlich Rechte vor Gericht durchsetzen will, sind der Betriebsführer und der Eigentümer gegebenenfalls zusammen passiv legitimiert.⁶⁷³

bbb) Beteiligungsrechte nach § 99 BetrVG soweit ein gemeinsamer Betrieb nach § 1 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 BetrVG nicht vorliegt

Soweit ein gemeinsamer Betrieb ausnahmsweise nicht vorliegt,⁶⁷⁴ könnte man zunächst an den Normalfall denken. **Der Einsatz von Arbeitnehmern des Betriebsführers** beim Eigentümer würde zu einem Ortswechsel in einen anderen Betrieb eines anderen Unternehmens führen, so dass es sich aus der Sicht des abgebenden Betriebs (beim Betriebsführer) grds. um eine Versetzung handelt; aus der des aufnehmenden Betriebs (beim Eigentümer) grds. um eine Einstellung.⁶⁷⁵ Umgekehrt könnten diese Beteiligungsrechte aber auch wieder **bei der Beendigung** des Einsatzes einschlägig sein, so dass man der Ansicht sein

⁶⁷⁰ Und im Übrigen auch der Schutzzweck in § 99 Abs. 2 Nr. 3, 6 BetrVG (Schutz vor Benachteiligung Betriebsangehöriger oder Gefährdung des Betriebsfriedens) zeigt, dass in erster Linie der Schutz der gesamten Belegschaft, also unabhängig davon, welchem Vertragsarbeitgeber einzelne Personen zuzuordnen sind, bezweckt worden ist.

⁶⁷¹ Zur Einordnung als Beteiligungsrechte in der Vertrags- bzw. Betriebsbeziehung: BAG, Beschl. v. 23.09.2003 – 1 ABR 35/02, BAGE 107, 338 f. zu Eingruppierung; BAG, Beschl. v. 29.09.2004 – 1 ABR 39/03, BAGE 112, 100 f. zu Versetzungen; *Wißmann*, NZA 2001, 409 (411).

⁶⁷² Siehe hierzu bereits oben unter C. I. 3. a) bb) aaa) (b).

⁶⁷³ Siehe hierzu bereits oben unter C. I. 3. a) bb) aaa) (c).

⁶⁷⁴ Siehe hierzu bereits oben unter C. I. 3. a) bb) bbb).

⁶⁷⁵ *Kania*, in: Müller-Glöße u. a., *ErfK.*, Rn. 15 zu § 99 BetrVG; *Fitting*, BetrVG, § 99 Rn. 19.

C. Auswirkungen auf das Arbeitsrecht

könnte, die Betriebsräte des abgebenden Betriebs (Versetzung beim Eigentümer) und des aufnehmenden Betriebs (Einstellung oder Versetzung beim Betriebsführer) wieder zu beteiligen.

Problematisch ist allerdings – insb. bei der Frage der Einstellung i. S. d. § 99 BetrVG –, dass die Arbeitnehmer des Betriebsführers kraft Arbeitsvertrag an den Betriebsführer als Arbeitgeber gebunden bleiben und das arbeitsvertragliche Weisungsrecht typischerweise bei dem Betriebsführer verbleibt und nur von diesem ausgeübt wird, nicht zuletzt um die Grenze zur Arbeitnehmerüberlassung nicht zu überschreiten. In der Folge fehlt es so nicht nur an dem Arbeitsverhältnis zum Eigentümer, sondern auch an der tatsächlichen Eingliederung in den Einsatzbetrieb und mithin an der Betriebszugehörigkeit zu diesem Betrieb.⁶⁷⁶

(a) Beteiligungsrecht des **Eigentümer**-Betriebsrats vor dem Einsatz der Arbeitnehmer des Betriebsführers im Betrieb des Eigentümers (Einsatzbetrieb) nach § 99 BetrVG „**Einstellung**“

(aa) Wie in den vorangegangenen Ausführungen unter 3. a) aa) bereits kurz dargestellt wurde, kann eine Einstellung i. S. d. § 99 BetrVG selbst dann vorliegen, wenn mit dem Betriebsinhaber (hier: Eigentümer – der aber grds. nicht zugleich Ansprechpartner des Betriebsrats ist) überhaupt kein Arbeitsvertrag abgeschlossen wird.⁶⁷⁷ Daher kann auch der Einsatz von Mitarbeitern einer Fremdfirma im Rahmen eines Dienst- oder Werkvertrages zwischen der Fremdfirma und dem Betriebsinhaber eine Einstellung i. S. d. § 99 BetrVG im Einsatzbetrieb darstellen.⁶⁷⁸ Das BAG verlangt zunächst nur, dass die betriebsfremde Person „*zusammen mit den schon beschäftigten Arbeitnehmern den arbeitstechnischen Zweck des Betriebes durch weisungsgebundene Tätigkeit*“ verwirklicht.⁶⁷⁹ Ob der Betriebsinhaber den Arbeitsplatz (Energie, Wasser, Lager etc.) zur Verfügung stellt, soll unerheblich sein.⁶⁸⁰

Man könnte deshalb davon ausgehen, dass der Einsatz der Arbeitnehmer des Betriebsführers in dem Einsatzbetrieb das Mitbestimmungsrecht des Eigentümerbetriebsrats (des Einsatzbetriebs) nach § 99 BetrVG auslöst. Die voraussichtliche Dauer der Beschäftigung in

⁶⁷⁶ Hierzu bereits ausführlich oben unter C. II. 3. a) bb) bbb) (b).

⁶⁷⁷ BAG, Beschl. v. 14.05.1974 – 1 ABR 40/73, BAGE 26, 149 f.; BAG, Beschl. v. 06.06.1978 – 1 ABR 66/75, DB 1978, 1841 f.; *Fitting*, BetrVG, § 99 Rn. 33 ff. m. w. N.

⁶⁷⁸ BAG, Beschl. v. 30.08.1994 – 1 ABR 3/94, NZA 1995, 649 (650).

⁶⁷⁹ BAG, Beschl. v. 28.04.1992 – 1 ABR 73/91, BAGE 70, 137 (147).

⁶⁸⁰ BAG, Beschl. v. 05.03.1991 – 1 ABR 39/90, BAGE 67, 290 f.

C. Auswirkungen auf das Arbeitsrecht

einem Betrieb ist dabei keine konstituierende Voraussetzung für den Begriff der Einstellung,⁶⁸¹ so dass dies auch bei nur kurzfristigen Einsätzen gilt.⁶⁸²

In der Rspr.⁶⁸³ und h. M. in der Literatur wurde allerdings klargestellt, dass letztendlich ausschlaggebendes Kriterium die Feststellung ist, ob der Betriebsinhaber (hier also der Eigentümer) **selbst** die für ein Arbeitsverhältnis typischen Entscheidungen über den Arbeitseinsatz nach Zeit und Ort treffen kann, er also die Personalhoheit über die betroffenen Personen besitzt und damit wenigstens einen Teil der Arbeitgeberstellung übernimmt.⁶⁸⁴

Aufgrund der Tatsache, dass der Betriebsführer Arbeitgeber seiner eigenen Arbeitnehmer bleibt und diesen gegenüber ausschließlich im eigenen Namen handelt, hat aber nur er das gesamte arbeitsrechtliche Weisungsrecht, auch bezüglich Zeit und Ort, inne. Eine Übertragung von Arbeitgeberbefugnissen auf den Eigentümer (bzw. einen seiner Vertreter) findet, anders als bei der Arbeitnehmerüberlassung, gerade nicht statt. Das dem Eigentümer gegenüber dem Betriebsführer zustehende Weisungsrecht (§ 665 BGB) besteht auf einer anderen Ebene und hat mit dem arbeitsrechtlichen Weisungsrecht (der Personalhoheit), auf welches es nach der Rechtsprechung und der h. L. erkennbar ankommt, nichts zu tun.⁶⁸⁵

Wenn man die von der Rspr. des BAG und der h. L. aufgestellten Grundsätze konsequent anwendet, müsste man daher zu dem Ergebnis kommen, dass dem Eigentümerbetriebsrat kein Mitbestimmungsrecht nach § 99 BetrVG zusteht.

(bb) Diese Schlussfolgerung wäre allerdings in der Fallgestaltung eines Betriebsführungsvertrages, bei dem die Arbeitnehmer des Betriebsführers – wenn auch i. d. R. nur kurzfristig – in die betriebliche Organisation des Eigentümers eingebunden sind, mit den Arbeitnehmern des Eigentümers zur Verwirklichung des arbeitstechnischen Zwecks des Einsatzbetriebs zusammenarbeiten und nur einer einheitlichen Leitung durch den Betriebsführer – wenn auch bzgl. der Arbeitnehmer des Eigentümers in fremdem Namen und bzgl. der Arbeitnehmer des Betriebsführers im eigenen Namen – unterstellt sind, zu kurz gedacht

⁶⁸¹ *Matthes*, in: Richardi u. a., Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 2, § 263 Rn. 8.

⁶⁸² Werden die Arbeitnehmer des Betriebsführers dauerhaft bei dem Eigentümer tätig, um dort gemeinsam mit den Arbeitnehmern des Eigentümers die betrieblichen Zwecke zu fördern, wird i. d. R. von einem gemeinsamen Betrieb auszugehen sein, vgl. hierzu bereits oben unter C. I. 3. a) bb).

⁶⁸³ Gute Übersicht über die Rechtsprechungsentwicklung bei *Hunold*, NZA 1998, 1025 (1025 ff.).

⁶⁸⁴ BAG, Beschl. v. 05.03.1991 – 1 ABR 39/90, BAGE 67, 290 f.; BAG, Beschl. v. 30.08.1994 – 1 ABR 3/94, NZA 1995, 649 (651); BAG, Beschl. v. 13.12.2005 – 1 ABR 51/04, NZA 2006, 1369 f.; BAG, Beschl. v. 23.06.2010 – 7 ABR 1/09, DB 2010, 2173 f.; nach BAG, Beschl. v. 01.08.1989 – 1 ABR 54/88, BAGE 62, 271 f. reicht es „wenn deren Organisation dem AG obliegt“; *Raab*, in: Wiese u. a., GK-BetrVG, Bd. II, § 99 Rn. 31; *Thüsing*, in: Richardi, BetrVG, § 99 Rn. 16, 28, 48, 54 ff.; *Hunold*, NZA 1998, 1025 (1029); *Bachner*, in: Däubler u. a., BetrVG, § 99 Rn. 39; *Wiese*, NZA 2003, 1113 (1114) m. w. N.; *Fitting*, BetrVG, § 99 Rn. 66 ff. m.w.N.; nach *Schlochauer*, in: Hess u. a., BetrVG, § 99 Rn. 29 soll es darauf ankommen, ob „tatsächlich Weisungen“ vom Betriebsinhaber erteilt werden.

⁶⁸⁵ BAG, Beschl. v. 05.03.1991 – 1 ABR 39/90, BAGE 67, 290 f.

C. Auswirkungen auf das Arbeitsrecht

und daher falsch. Dabei ist insb. der Schutzzweck der Norm zu berücksichtigen. Nach diesem sollen – insb. auch – die Interessen, der **im (Einsatz-)Betrieb** schon beschäftigten Arbeitnehmer gewahrt werden. Sie sollen vor möglichen Nachteilen in Form von Kündigungen oder Versetzungen geschützt werden, die Einhaltung von Vergabekriterien soll überwacht und der Betriebsfrieden gewährleistet werden.⁶⁸⁶

Richtig, und die vorangegangenen unter (aa) aufgestellten Grundsätze bestätigend, ist dabei, dass § 99 BetrVG nicht vor der Entscheidung schützen soll, dass Arbeiten, die bislang von Arbeitnehmern des Betriebs durchgeführt wurden oder die von Arbeitnehmern des Betriebs durchgeführt werden könnten, an Dritte vergeben werden.⁶⁸⁷ Der Betriebsführungsvertrag weist allerdings einige – nachfolgend noch ausführlich zu erläuternden – Besonderheiten zu dem Normalfall des Einsatzes von sog. „Fremdfirmenarbeitnehmern“ / „Unternehmerarbeiter“ auf. Auch das BAG wollte mit seiner oben unter (aa) dargestellten Rechtsprechung erkennbar nicht bereits jeden Fall der sog. „Fremdarbeitnehmer“ entscheiden und gleich behandeln, wie das Urteil vom 05.03.1991⁶⁸⁸ deutlich zeigt. Dort unterscheidet das BAG streng zwischen „den bislang entschiedenen Fallgestaltungen“ und zeigt durch die Worte „jedenfalls in den Normalfällen“, dass es sich vorbehalten will, andere Fallgestaltungen ggf. anders zu entscheiden. Dabei weist das BAG ausdrücklich auf drei Fallgestaltungen hin, an deren Beurteilung es auch in Zukunft ausdrücklich festhalten will. Der dort zuletzt aufgeführte Fall vom 18.04.1989⁶⁸⁹ ist mit der hier zu beurteilenden Konstellation vergleichbar. In diesem Fall wurde ein Arzt, der nicht Arbeitnehmer war, durch Abschluss eines „Dienstvertrags“ zur Leitung eines Dialysezentrums ermächtigt. Dieser stellte im eigenen Namen (eigene) Ärzte ein und setzte diese nach seinen Weisungen im Dialysezentrum ein. Der „Dienstvertrag“ wurde dabei vom BAG mangels inhaltlicher Kenntnisse rechtlich nicht gewürdigt (eingeordnet). Das BAG bejahte in dieser Fallkonstellation – richtigerweise – das Mitbestimmungsrecht nach § 99 BetrVG „Einstellung“.⁶⁹⁰

Anders als in den typischen Fällen der Fremdvergabe von Arbeiten an Dritte (sog. „Fremdarbeitnehmer“) wird es beim Betriebsführungsvertrag i. d. R. so sein, dass in einem

⁶⁸⁶ BAG, Beschl. v. 05.03.1991 – 1 ABR 39/90, BAGE 67, 290 f.; vgl. *ArbG Wiesbaden*, Beschl. v. 23.07.1997 – 7 BV 3/97, NZA-RR 1998, 165 f.; *Thüsing*, in: Richardi, BetrVG, § 99 Rn. 26; *Raab*, in: Wiese u. a., GK-BetrVG, Bd. II, § 99 Rn. 6.

⁶⁸⁷ BAG, Beschl. v. 05.03.1991 – 1 ABR 39/90, BAGE 67, 290 f.

⁶⁸⁸ BAG, Beschl. v. 05.03.1991 – 1 ABR 39/90, BAGE 67, 290 f.

⁶⁸⁹ BAG, Beschl. v. 18.04.1989 – 1 ABR 97/87, BAGE 61, 283 f.

⁶⁹⁰ So auch *Matthes*, in: Richardi u. a., Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 2, § 263 Rn. 9 wenn im Betrieb Personen beschäftigt werden, die zum Betriebsinhaber „in einem mittelbaren Arbeitsverhältnis stehen“; vgl. hierzu auch *Fitting*, BetrVG, § 99 Rn. 50, § 5 Rn. 229-231; *Thüsing*, in: Richardi, BetrVG, § 99 Rn. 53; *Bachner*, in: Däubler u. a., BetrVG, § 99 Rn. 41.

C. Auswirkungen auf das Arbeitsrecht

durch den Betriebsführungsvertrag abgegrenzten Bereich (Unternehmen, Betrieb etc.) nicht nur alle Arbeitnehmer des Eigentümers **und** des Betriebsführers – wenn auch (immer) nur kurzfristig, da ansonsten bereits ein gemeinsamer Betrieb vorliegen wird –⁶⁹¹ zusammen Hand in Hand arbeiten, **sondern auch nur einer einheitlichen Leitung unterstehen**. Der Betriebsführer besitzt die Weisungsbefugnisse gegenüber den Arbeitnehmer des Eigentümers aus fremdem Recht, im fremden Namen (des Eigentümers) und bezüglich seiner eigenen Arbeitnehmer als Arbeitgeber (im eigenen Namen).

Der Betriebsführer kann die Weisungsrechte in der betrieblichen Organisation des Eigentümerbetriebs überhaupt nur deswegen ausführen, weil ihm mit dem Betriebsführungsvertrag die Leitung und Verantwortung (**Arbeitgeberfunktion**) vom **Eigentümer übertragen worden ist**. Der Betriebsführer wird hier letztlich **wie ein eigenes Leitungsorgan** (Geschäftsführer, Vorstand, leitender Angestellter) **des Eigentümers tätig**, so dass ihm als Vertreter des Eigentümers die Personalhoheit über Zeit und Ort obliegt. In dieser Fallkonstellation darf für das Mitbestimmungsrecht des § 99 BetrVG nichts anderes gelten, als wenn der Betriebsführer selbst (leitender) Angestellter des Eigentümers wäre und hinsichtlich seiner Tätigkeit keinen oder nur eingeschränkten Weisungen des Eigentümers unterliegt.⁶⁹² Auch dann verrichten die dem leitenden Angestellten unterstellten Arbeitnehmer weisungsgebundene Tätigkeiten im Betrieb des Inhabers und diese Weisungsbefugnisse i. S. d. § 99 BetrVG werden dem Betriebsinhaber (hier dem Eigentümer) auch zugerechnet. Anders als bei den normalen Fällen des „Outsourcing“ durch Dienst- oder Werkvertrag wird kein eigenständiger Zweig (z. B. Produktion, Vertrieb, Kantine) vollständig übertragen, sondern **die Leitung** des Unternehmens, Betriebs oder Betriebsteils. Es wird also eine weitere (neue) Leitungsebene installiert. Wenn aber der Eigentümer nach der Installation einer weiteren Führungsebene durch Übertragung von Arbeitgeberbefugnissen an eigene Mitarbeiter das Beteiligungsrecht nach § 99 BetrVG weiter beachten muss, kann auch dann nichts anderes gelten, als wenn er diese Befugnisse an einen Dritten kraft Betriebsführungsvertrag überträgt und dieser wiederum eigene Arbeitnehmer einstellt und mitbringt. Wollte man hier anders entscheiden, wären durch die Übertragung von Arbeitgeberbefugnissen auf Dritte, Beteiligungsrechte des Betriebsrats ohne Weiteres auszuschließen,⁶⁹³ was die gewählte Vertragsgestaltung **als Umgehung des Mitbestimmungsrechts des Be-**

⁶⁹¹ Siehe hierzu bereits oben unter C. I. 3. a) bb) bbb).

⁶⁹² Kein oder nur ein eingeschränktes Weisungsrecht des Arbeitgebers kennt man insb. bei ärztlichen Leitern in Krankenhäuser bezüglich dem fachlich ärztlichen Bereich, BAG, Beschl. v. 18.04.1989 – 1 ABR 97/87, BAGE 61, 283 f.

⁶⁹³ BAG, Beschl. v. 18.04.1989 – 1 ABR 97/87, BAGE 61, 283 f.

C. Auswirkungen auf das Arbeitsrecht

etriebsrats erscheinen lässt.⁶⁹⁴ Ausreichend ist dabei bereits die **objektive** Funktionswidrigkeit des Rechtsgeschäfts, d. h. die Frage, ob die praktizierte rechtliche Gestaltung objektiv funktionswidrig war.⁶⁹⁵

Der Fall ist letztlich mit der Konstellation eines **mittelbaren Arbeitsverhältnisses** zum Betriebsinhaber vergleichbar, auch wenn der Betriebsführer selbst kein Arbeitnehmer des Eigentümers (Betriebsinhabers) ist. § 99 BetrVG wird in diesen Fällen richtigerweise gegenüber dem mittelbaren Arbeitgeber (Betriebsinhaber) bejaht.⁶⁹⁶ Diese Wertung muss auf den Betriebsführungsvertrag übertragen werden.

Da der Betriebsführer die Arbeitgeberbefugnisse übernimmt, wird dieser i. d. R. ermächtigt sein, den Eigentümer in Fragen des BetrVG zu vertreten. Damit wird der Betriebsrat das Beteiligungsrecht gegenüber dem Betriebsführer **als Ansprechpartner (Betriebspartner i. S. d. BetrVG)** wahrnehmen.⁶⁹⁷ Zuständig ist der **Betriebsrat des Eigentümers** in dem zu führenden Einsatzbetrieb. Zu beachten ist dabei allerdings, dass dieser Betriebsrat nur überprüfen darf, ob die Interessen der im Einsatzbetrieb schon beschäftigten und dort betriebszugehörigen Arbeitnehmer i. S. d. § 99 Abs. 2 BetrVG gewahrt werden. Eine wenn auch nur partielle Zuständigkeit zur Wahrung der Interessen der mitgebrachten Arbeitnehmer des Betriebsführers ist hier mangels tatsächlicher Eingliederung nicht möglich,⁶⁹⁸ weil dem Eigentümer keine (partiellen) Weisungsrechte zustehen.⁶⁹⁹ Verstößt der Einsatz gegen Interessen der Belegschaft des Eigentümerbetriebs i. S. d. § 99 Abs. 2 BetrVG, muss der Eigentümer, falls der Betriebsführer sich weigert die Beteiligungsrechte einzuhalten, durch sein Weisungsrecht (§ 665 BGB) auf den Betriebsführer als seinen Vertreter Einfluss nehmen. Reicht dies nicht aus oder wurde das Weisungsrecht kraft Betriebsführungsvertrag so weit eingeschränkt, dass ein ausreichender Einfluss nicht mehr möglich ist, wird der Eigentümer dem Betriebsführer die Vollmacht nach § 168 S. 2 BGB entziehen oder den Betriebsführungsvertrag widerrufen (§ 671 Abs. 1 BGB) bzw. kündigen (§ 627 BGB oder § 314 BGB) müssen. Soweit Arbeitgeberrechte durch die betriebliche Mitbestimmung eingeschränkt sind, insb. bestimmte Maßnahmen ohne Beteiligung des Betriebsrats nicht

⁶⁹⁴ Vgl. hierzu bereits oben unter C. I. 2. b) aa) aaa) (4) (a) (ff) (bbb) letzter Absatz.

⁶⁹⁵ BAG, Beschl. v. 31.01.1969 – 1 ABR 11/68, BB 1969, 534 f.; Wiese, NZA 2003, 1113 (1114).

⁶⁹⁶ Matthes, in: Richardi u. a., Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 2, § 263 Rn. 9; Fitting, BetrVG, § 99 Rn. 50, § 5 Rn. 229-231; Thüsing, in: Richardi, BetrVG, § 99 Rn. 53; Bachner, in: Däubler u. a., BetrVG, § 99 Rn. 41.

⁶⁹⁷ Siehe hierzu bereits oben unter C. I. 3. a) bb) bbb) (b).

⁶⁹⁸ Und auch nicht notwendig, weil hierzu der Betriebsführerbetriebsrat berufen ist, vgl. hierzu nachfolgend unter (b).

⁶⁹⁹ Hierzu bereits oben unter C. II. 3. a) bb) bbb) (b) (dd).

C. Auswirkungen auf das Arbeitsrecht

durchsetzbar sind, ist auch ein Beauftragter wie der Betriebsführer an der Durchsetzung der Maßnahme gehindert.⁷⁰⁰

(b) Beteiligungsrecht des **Betriebsführer**-Betriebsrats vor dem Einsatz der Arbeitnehmer des Betriebsführers im Betrieb des Eigentümers (Einsatzbetrieb) nach § 99 BetrVG „**Versetzung**“

Ein (mitgebrachter) Arbeitnehmer ist und bleibt **Betriebszugehöriger** des **Betriebsführerbetriebs**, in welchem er bereits vor der Mitnahme in den Eigentümerbetrieb tatsächlich eingegliedert ist. Der **dortige** Betriebsrat ist somit zuständig. Dies gilt in doppelter Hinsicht, denn zum einen ist dieser Betriebsrat zum Schutz des betroffenen **betriebszugehörigen** Arbeitnehmers und zum anderen zum Schutz der gesamten **Belegschaft des Betriebsführerbetriebs** (Ausgangsbetriebs) berufen. Beide (der betroffene Arbeitnehmer und die Belegschaft) sollen durch die Versetzung in § 99 BetrVG geschützt werden (doppelter Schutzzweck der Norm).⁷⁰¹

Ob eine Versetzung i. S. d. § 99 BetrVG tatsächlich vorliegt, ist anhand der Legaldefinition des § 95 Abs. 3 BetrVG zu beurteilen. Der Begriff des Arbeitsbereichs in § 95 Abs. 3 BetrVG umfasst dabei neben dem Ort der Arbeitsleistung auch die Art der Tätigkeit und den Platz in der betrieblichen Organisation. Der Begriff ist also räumlich und funktional zu verstehen.⁷⁰²

Sowohl durch die Zuweisung eines anderen Arbeitsortes (was für die Arbeitnehmer des Betriebsführers beim Einsatz im Eigentümerbetrieb i. d. R. gegeben sein wird, weil es auf eine Eingliederung in die andere Einheit hier nicht ankommt)⁷⁰³ als auch durch die Zuwei-

⁷⁰⁰ Hierzu bereits oben unter C. I. 3. a) aa) bbb); *BGH*, Urt. v. 05.10.1981 – II ZR 203/80, NJW 1982, 394 f.; *Altmeyden*, in: Goette/Habersack, MüKo-AktG, § 292 Rn. 152; *Emmerich*, in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, Rn. 56 zu § 292 AktG; *Windbichler*, Arbeitsrecht im Konzern, S. 352; *Zöllner*, ZfA 1983, 93 (97).

⁷⁰¹ *BAG*, Beschl. v. 20.09.1990 – 1 ABR 37/90, BAGE 66, 57 f.; *ArbG Essen*, Beschl. v. 12.07.2011 – 2 BV 86/10, Juris; *Fitting*, BetrVG, § 99 Rn. 18, 19, 35; *Thüsing*, in: Richardi, BetrVG, § 99 Rn. 15, 16, 93; *Kania*, in: Müller-Glöße u. a., ErfK., Rn. 15 zu § 99 BetrVG; *Schlochauer*, in: Hess u. a., BetrVG, § 99 Rn. 82; zur Zuständigkeit des Betriebsführerbetriebsrats für die Belegschaft des Betriebsführerbetriebs bereits oben unter C. II. 3. a) bb) bbb) (b).

⁷⁰² *BAG*, Beschl. v. 23.06.2009 – 1 ABR 23/08, BAGE 131, 145 f.; *Matthes*, in: Richardi u. a., Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 2, § 263 Rn. 6; *Fitting*, BetrVG, § 99 Rn. 123, 124; *Raab*, in: Wiese u. a., GK-BetrVG, Bd. II, § 99 Rn. 60.

⁷⁰³ *BAG*, Beschl. v. 18.02.1986 – 1 ABR 27/84, BAGE 51, 151 f.; *BAG*, Beschl. v. 08.08.1989 – 1 ABR 63/88, BAGE 62, 314 f.; *Matthes*, in: Richardi u. a., Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 2, § 263 Rn. 11, 12; *Thüsing*, in: Richardi, BetrVG, § 99 Rn. 103, 105; vgl. *Raab*, in: Wiese u. a., GK-BetrVG, Bd. II, § 99 Rn. 63 ff.

C. Auswirkungen auf das Arbeitsrecht

sung einer Tätigkeit in einem anderen Betrieb⁷⁰⁴ (Einsatz im Eigentümerbetrieb) wird § 99 BetrVG i. d. R. erfüllt sein, wenn die Rückkehr des Arbeitnehmers beabsichtigt ist⁷⁰⁵ – was bei einem Einsatz infolge des Betriebsführungsvertrages grds. der Fall ist.⁷⁰⁶ Dies gilt jedenfalls dann, wenn die Versetzung die voraussichtliche Dauer von einem Monat überschreitet oder mit einer erheblichen Änderung der Umstände verbunden ist, unter denen die Arbeit zu leisten ist (§ 95 Abs. 3 S. 1 BetrVG).⁷⁰⁷ Der Begriff der **Zuweisung** knüpft dabei an ein Verhalten des Arbeitgebers an, so dass eine Zuweisung nur dann vorliegt, wenn der Arbeitnehmer auf Initiative **seines Arbeitgebers** (hier des Betriebsführers i. d. R. kraft des bestehenden Direktionsrechts) in einem anderen Arbeitsbereich tätig wird.⁷⁰⁸

Eine Ausnahme von diesen Grundsätzen gilt nur dann, wenn es sich um einen Arbeitnehmer handelt, der nach § 95 Abs. 3 Satz 2 BetrVG entsprechend der Eigenart seines Arbeitsverhältnisses üblicherweise nicht ständig an einem bestimmten Arbeitsplatz beschäftigt wird (vergleichbar mit Bauarbeitern, reisenden Vertriebsleuten, Filialspringern, Trainees, Außendienstmitarbeitern oder Leiharbeitnehmern).⁷⁰⁹ Dabei muss der Wechsel des Arbeitsplatzes aber gerade üblich und ständig und nicht nur gelegentlich sein.⁷¹⁰

Im **Ergebnis** ist festzustellen, dass dem **Betriebsführer**betriebsrat vor dem Einsatz der Arbeitnehmer des Betriebsführers in dem Betrieb des Eigentümers (Einsatzbetrieb) ein Beteiligungsrecht nach § 99 BetrVG „Versetzung“ meist zustehen wird. Dass die Zuweisung eines anderen Arbeitsbereichs durch den Betriebsführer als Arbeitgeber zu einer Tätigkeit in einem anderen (Konzern-)Unternehmen führt, ist dabei unbeachtlich.⁷¹¹ Auch dass dem Eigentümerbetriebsrat des Einsatzbetriebs bereits ein Mitbestimmungsrecht aufgrund der „Einstellung“ zusteht (vgl. hierzu vorangegangene Ausführungen unter (a)), steht einem Mitbestimmungsrecht wegen dem Tatbestand der „Versetzung“ nicht entgegen.

⁷⁰⁴ BAG, Beschl. v. 18.02.1986 – 1 ABR 27/84, BAGE 51, 151 f.; BAG, Beschl. v. 19.02.1991 – 1 ABR 36/90, BAGE 67, 236 f.; *Matthes*, in: Richardi u. a., Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 2, § 263 Rn. 14 ff.

⁷⁰⁵ oder bei einem auf Dauer vorgesehenen Wechsel der Arbeitnehmer damit nicht einverstanden ist, was aber in der Praxis allenfalls bei Vorliegen eines gemeinsamen Betriebs möglich sein wird.

⁷⁰⁶ BAG, Beschl. v. 18.02.1986 – 1 ABR 27/84, BAGE 51, 151 f.; *Kania*, in: Müller-Glöge u. a., ErfK., Rn. 15 zu § 99 BetrVG; *Matthes*, in: Richardi u. a., Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 2, § 263 Rn. 14 ff.; *Fitting*, BetrVG, § 99 Rn. 152.

⁷⁰⁷ BAG, Beschl. v. 19.02.1991 – 1 ABR 36/90, BAGE 67, 236 f.; *Kania*, in: Müller-Glöge u. a., ErfK., Rn. 16 zu § 99 BetrVG; *Thüsing*, in: Richardi, BetrVG, § 99 Rn. 111 ff.

⁷⁰⁸ BAG, Beschl. v. 19.02.1991 – 1 ABR 36/90, BAGE 67, 236 f.; *Thüsing*, in: Richardi, BetrVG, § 99 Rn. 108 ff.; *Matthes*, in: Richardi u. a., Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 2, § 263 Rn. 2; *Fitting*, BetrVG, § 99 Rn. 152, *Schlochauer*, in: Hess u. a., BetrVG, § 99 Rn. 69.

⁷⁰⁹ BAG, Beschl. v. 18.02.1986 – 1 ABR 27/84, BAGE 51, 151 f.; BAG, Beschl. v. 08.08.1989 – 1 ABR 63/88, BAGE 62, 314 f.

⁷¹⁰ BAG, Beschl. v. 08.08.1989 – 1 ABR 63/88, BAGE 62, 314 f.; *Kania*, in: Müller-Glöge u. a., ErfK., Rn. 17 zu § 99 BetrVG.

⁷¹¹ BAG, Beschl. v. 19.02.1991 – 1 ABR 36/90, BAGE 67, 236 f.; *Thüsing*, in: Richardi, BetrVG, § 99 Rn. 109; *Bachner*, in: Däubler u. a., BetrVG, § 99 Rn. 100 ff.

C. Auswirkungen auf das Arbeitsrecht

gen. Der Betriebsrat des Einsatzbetriebs (Eigentümerbetriebsrat) nimmt nur Mitbestimmungsrechte für die Belegschaft des Einsatzbetriebs wahr, nicht aber für die mitgebrachten Arbeitnehmer des Betriebsführers und erst Recht nicht für dessen übrige Arbeitnehmer. Dies ergibt sich letztlich daraus, dass dem Eigentümer gegenüber den mitgebrachten Arbeitnehmern des Betriebsführers keine Weisungsrechte zustehen und somit auch diese nicht in den Einsatzbetrieb eingegliedert sind.⁷¹² Es besteht daher ein Bedürfnis für die Mitbestimmung des Betriebsrats des **Betriebsführerbetriebs** nach § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG, welcher dann die Rechte der Belegschaft des Ausgangsbetriebs (Betriebsführerbetriebs) und die Rechte des zu versetzenden Arbeitnehmers i. S. d. § 99 Abs. 2 BetrVG wahrnimmt.⁷¹³

(c) Beteiligungsrecht des **Eigentümer**-Betriebsrats des Einsatzbetriebs bei **Beendigung** der Tätigkeit der mitgebrachten Arbeitnehmer des Betriebsführers im Eigentümerbetrieb

Ob dabei eine Versetzung i. S. d. § 99 BetrVG vorliegt, ist anhand der Legaldefinition des § 95 Abs. 3 BetrVG zu beurteilen, weshalb hierzu im Grundsatz auf die vorangegangenen Ausführungen unter (b) verwiesen werden kann.

Der Versetzungsbegriff knüpft dabei an die **Zuweisung durch den Arbeitgeber** des betroffenen Arbeitnehmers (auf Initiative **seines** Arbeitgebers) an⁷¹⁴ und damit an den allein weisungs- bzw. versetzungsbefugten Arbeitgeber, **den Betriebsführer**. Würde man dem Betriebsrat des Eigentümers hier ein Beteiligungsrecht zugestehen, hätte dies zur Folge, dass dieser Betriebsrat erheblichen Einfluss auf eine Entscheidung (Zuweisung) eines für ihn fremden Arbeitgebers hätte und man so den betriebsverfassungsrechtlichen Repräsentationsbereich (äußerste Grenze ist das Unternehmen) verlassen würde. Alleine der Betriebsführer als Arbeitgeber hat hier die Entscheidungsmacht inne. Anders als bei dem Begriff der Einstellung, ist auch nicht mehr die Zusammenarbeit der Arbeitnehmer infolge der Personallhoheit eines einheitlichen Leitungsorgans (dem Betriebsführer) aufgrund der Organisationsentscheidung des Eigentümers Gegenstand des Beteiligungsrechts, sondern die Versetzung, also die tatsächliche **Zuweisung** des anderen Arbeitsbereichs **als Realakt**. Die Möglichkeit der Zuweisung ist keine unmittelbare Folge der durch den Betriebsführ-

⁷¹² Hierzu bereits ausführlich oben unter C. II. 3. a) bb) bbb) (b).

⁷¹³ Vgl. BAG, Beschl. v. 23.06.2010 – 7 ABR 1/09, DB 2010, 2173 f.

⁷¹⁴ BAG, Beschl. v. 19.02.1991 – 1 ABR 36/90, BAGE 67, 236 f.; *Fitting*, BetrVG, § 99 Rn. 152; *Thüsing*, in: Richardi, BetrVG, § 99 Rn. 109; *Matthes*, in: Richardi u. a., Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 2, § 263 Rn. 2; *Schlochauer*, in: Hess u. a., BetrVG, § 99 Rn. 69; *Bachner*, in: Däubler u. a., BetrVG, § 99 Rn. 96 ff.; vgl. *Raab*, in: Wiese u. a., GK-BetrVG, Bd. I, § 5 Rn. 68.

C. Auswirkungen auf das Arbeitsrecht

rungsvertrag erfolgten Organisationsentscheidung des Eigentümers, sondern unmittelbare Folge des dem Betriebsführer zustehenden originären arbeitsvertraglichen Weisungsrechts. Letztlich ist somit **alleine** der **Betriebsführer**betriebsrat des Ausgangsbetriebs im Rahmen seiner Zuständigkeit dazu aufgerufen, die oben benannten Grenzen der Versetzungsbefugnis aus § 99 Abs. 2 BetrVG zu kontrollieren und ggf. durchzusetzen.

Anders als im vorangegangenen Abschnitt unter (a) besteht im Rahmen der Versetzung auch kein zwingendes Bedürfnis (bspw. aus Gründen der Gesetzesumgehung oder vergleichbaren rechtlichen Konstruktionen) ohne gemeinsamen Betrieb die Zuständigkeit des Eigentümerbetriebsrats zu bejahen. Der nur vorübergehende Einsatz – grds. (immer) nur kurzfristige Einsatz, längstens denkbar aber jedenfalls für die Laufzeit des Betriebsführungsvertrages –, wird dem Eigentümerbetriebsrat des Einsatzbetriebs bereits im Rahmen des Beteiligungsrechts der Einstellung bekannt geworden sein. Um eine vom Gesetzgeber nicht gewollte Überreizung des § 99 BetrVG zu verhindern, kann als Voraussetzungen der Zuständigkeit des Einsatzbetriebsrats im Rahmen der Versetzung nicht mehr vollständig auf das Element der tatsächlichen Eingliederung verzichtet werden, so dass die Erfüllung des Tatbestandsmerkmals der Versetzung allenfalls dann möglich wäre, wenn der Eigentümer bzw. einer seiner Vertreter in seinem Namen, die Befugnis hätte eine Versetzung herbeizuführen.⁷¹⁵ Denn anders als bei der Einstellung, knüpft das Mitbestimmungsrecht nicht an einen rein tatsächlichen Vorgang, sondern an die **Zuweisung** an.⁷¹⁶

Meist wird es auf die hier dargestellte Problematik aber ohnehin nicht ankommen, denn die Versetzung eines Arbeitnehmers wird sich bei Beendigung des Einsatzes im Eigentümerbetrieb, i. d. R. als auf Dauer angelegte Versetzung darstellen (z. B. Rückkehr in den Ausgangsbetrieb oder Versetzung in einen anderen geführten Betrieb) und der Arbeitnehmer wird dem Verlangen seines Arbeitgebers dabei wohl i. d. R. einvernehmlich nachkommen, so dass das Mitbestimmungsrecht nach der Rspr. des BAG ohnehin entfallen würde.⁷¹⁷

(d) Beteiligungsrecht des **Betriebsführer**-Betriebsrats des urspr. abgebenden Betriebs bei **Beendigung** der Tätigkeit der mitgebrachten Arbeitnehmer des Betriebsführers im Eigentümerbetrieb

Ein Beteiligungsrecht aufgrund des Merkmals „**Einstellung**“ kommt hier nicht in Betracht, weil die Rückkehr in den Ausgangsbetrieb beim Betriebsführer **keine** Einstellung zur Fol-

⁷¹⁵ Vgl. *Hamann*, in: Schüren/Hamann, AÜG, § 14 Rn. 327, 418.

⁷¹⁶ *Matthes*, in: Richardi u. a., Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 2, § 263 Rn. 2.

⁷¹⁷ BAG, Beschl. v. 20.09.1990 – 1 ABR 37/90, BAGE 66, 57 f.

ge hat, da der Arbeitnehmer diesem Betrieb betriebsverfassungsrechtlich ununterbrochen angehörte. Er blieb während des gesamten Einsatzes in dem für ihn fremden Eigentümerbetrieb Betriebszugehöriger des Ausgangsbetriebs.⁷¹⁸

Allerdings könnte das Merkmal der „**Versetzung**“ als erfüllt angesehen werden. Auch hier ist entsprechend den vorangegangenen Ausführungen unter (b) festzustellen, dass die Tätigkeit in einem anderen Betrieb (vom Einsatzbetrieb zum Ausgangsbetrieb) grds. als Versetzung zu beurteilen ist, soweit der betroffene Arbeitnehmer nicht aufgrund der Eigenart des Arbeitsverhältnisses ohnehin üblicherweise nicht ständig an einem bestimmten Arbeitsplatz beschäftigt ist. Allerdings würde bei **Rückkehr** des Arbeitnehmers des Betriebsführers in den abgebenden Betrieb (Betriebsführerbetrieb) dort das Mitbestimmungsrecht dann ausscheiden, wenn dieses bereits Gegenstand des zu Beginn der Versetzung im abgebenden Betrieb durchgeführten Mitbestimmungsverfahrens war. Bei einer nur **vorübergehenden** Versetzung – was i. d. R. anzunehmen ist – wird der Vorgang als eine einheitliche Maßnahme behandelt, die auch nur (einmal) einheitlich der Zustimmung des Ausgangsbetriebs bedarf und sich **nicht** in ein Ausscheiden aus dem Betrieb und ein „(Wieder-) Eingliedern“ in den Betrieb trennen lässt.⁷¹⁹ Schon deshalb wird der Tatbestand der Versetzung bei Rückkehr in den Ausgangsbetrieb grds. ausscheiden.

b) Unechter Betriebsführungsvertrag

Der bloße Betriebsübergang nach § 613a BGB führt zwar zum Übergang der Arbeitsverhältnisse der von der Betriebsführung betroffenen Arbeitnehmer des Eigentümers auf den Betriebsführer, löst aber den Tatbestand des § 99 BetrVG, insb. der „Einstellung“ nicht aus.⁷²⁰ Dies gilt auch unabhängig davon, ob der Betriebsführer bereits eigene Arbeitnehmer in seinem Unternehmen beschäftigt.

Anders wäre dies nur dann, wenn es im Rahmen des Betriebsübergangs zu einer Eingruppierung, Umgruppierung oder Versetzung i. S. d. § 99 BetrVG kommen würde oder der Betriebsführer – unabhängig vom Betriebsübergang – neue Arbeitnehmer im eigenen Na-

⁷¹⁸ Siehe hierzu bereits oben unter C. II. 3. a) bb) bbb) (b); *Matthes*, in: Richardi u. a., Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 2, § 263 Rn. 18; vgl. *Fitting*, BetrVG, § 99 Rn. 61; *Bachner*, in: Däubler u. a., BetrVG, § 99 Rn. 59 bei Leiharbeiter.

⁷¹⁹ BAG, Beschl. v. 18.02.1986 – 1 ABR 27/84, BAGE 51, 151 f.; BAG, Beschl. v. 18.10.1988 – 1 ABR 26/87, BB 1989, 422 f.; BAG, Beschl. v. 20.09.1990 – 1 ABR 37/90, BAGE 66, 57 f.; *Fitting*, BetrVG, § 99 Rn. 37; *Thüsing*, in: Richardi, BetrVG, § 99 Rn. 16; *Matthes*, in: Richardi u. a., Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 2, § 263 Rn. 18.

⁷²⁰ BAG, Beschl. v. 07.11.1975 – 1 ABR 78/74, BAGE 27, 322 f.; *Kania*, in: Müller-Glöße u. a., ErfK., Rn. 6 zu § 99 BetrVG; *Matthes*, in: Richardi u. a., Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 2, § 263 Rn. 17; *Thüsing*, in: Richardi, BetrVG, § 99 Rn. 43; *Bachner*, in: Däubler u. a., BetrVG, § 99 Rn. 51.

men einstellt.⁷²¹ Insoweit bestehen aber keine Besonderheiten zu den allgemeinen Grundsätzen, weshalb es in diesem Rahmen keiner weiteren Ausführungen bedarf.

3. Beteiligungsrecht des Wirtschaftsausschusses

Neben den Beteiligungsrechten des Betriebsrats sind im Rahmen bzw. bei der Vorbereitung der Einführung des Betriebsführungsvertrages auch die Beteiligungsrechte anderer Organe, namentlich des Sprecherausschusses, des Europäischen Betriebsrats und insb. des Wirtschaftsausschusses zu berücksichtigen, soweit es zu einer Bildung solcher Organe kommt. Im Nachfolgenden soll aufgrund der Begrenzung auf Organe des BetrVG, nur der letztgenannte Fall behandelt werden.⁷²²

Der Wirtschaftsausschuss hat die Aufgabe als Hilfsorgan des Betriebsrats die Zusammenarbeit zwischen Unternehmer und Betriebsrat in wirtschaftlichen Angelegenheiten zu fördern, indem er als „Informationsmittler“ dem Betriebsrat Gelegenheit gibt, eigene Konzepte zu entwickeln, bevor diesem hinsichtlich der Umsetzung einer Maßnahme seine Mitbestimmungsrechte zustehen.⁷²³ Im Nachfolgenden wird nun zu prüfen sein, ob ein **beim Eigentümer** bestehender Wirtschaftsausschuss bei den Vorbereitungen zur Einführung eines Betriebsführungsvertrages zu beteiligen ist.⁷²⁴

Nach § 106 Abs. 2 BetrVG hat der Unternehmer den Wirtschaftsausschuss über **wirtschaftliche Angelegenheiten** zu unterrichten und die sich daraus ergebenden Auswirkungen auf die Personalplanung darzustellen. Der Begriff der wirtschaftlichen Angelegenheiten wird dabei in § 106 Abs. 3 BetrVG exemplarisch („insbesondere“) erläutert.⁷²⁵ Er ist sehr weit gefasst, so dass es in der Praxis meist nicht erforderlich ist, einen bestimmten Sachverhalt präzise einem der aufgeführten Katalogtatbestände zuzuordnen.⁷²⁶ Auch in diesem Rahmen soll nicht jede durch den Betriebsführungsvertrag mögliche Veränderung (bspw. Betriebsstillegung, -zusammenschluss, -spaltung, -verlegung etc.) ausführlich dar-

⁷²¹ Vgl. *Bauer/Göpfert/Haußmann/Krieger*, Umstrukturierung, S. 178 Rn. 1, 2; *Schweibert*, in: Willemsen u. a., Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, C Rn. 329.

⁷²² Zu den Beteiligungsrechten des Sprecherausschusses und des Europäischen Betriebsrats im Rahmen von Unternehmensumstrukturierungen: vgl. *Schweibert*, in: Willemsen u. a., Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, C Rn. 414 ff. und Rn. 422 ff.

⁷²³ *Bauer/Göpfert/Haußmann/Krieger*, Umstrukturierung, S. 178 Rn. 1-3; *Schweibert*, in: Willemsen u. a., Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, C Rn. 395.

⁷²⁴ Zum Zeitpunkt der Beteiligung: vgl. *Bauer/Göpfert/Haußmann/Krieger*, Umstrukturierung, S. 181, 182 Rn. 10-13; *Sieg/Maschmann*, Unternehmensumstrukturierung aus arbeitsrechtlicher Sicht, S. 210, 211 Rn. 467; *Annuß*, in: Richardi, BetrVG, § 106 Rn. 24 m. w. N.

⁷²⁵ *Bauer/Göpfert/Haußmann/Krieger*, Umstrukturierung, S. 179 Rn. 4; *Schweibert*, in: Willemsen u. a., Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, C Rn. 400; *Kania*, in: Müller-Glöße u. a., ErfK., Rn. 7 zu § 106 BetrVG.

⁷²⁶ *Schweibert*, in: Willemsen u. a., Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, C Rn. 410; *Annuß*, in: Richardi, BetrVG, § 106 Rn. 37.

C. Auswirkungen auf das Arbeitsrecht

gestellt und einem Tatbestand zugefügt werden, insb. weil sich einige Tatbestände mit der Definition einer Betriebsänderung aus § 111 S. 3 BetrVG weitgehend decken und hierauf bereits ausführlich oben unter C. V. 1. eingegangen wurde.⁷²⁷ Der Arbeitgeber muss jedenfalls immer dann, wenn er eine Betriebsänderung plant, den Wirtschaftsausschuss unterrichten.⁷²⁸

a) *Echter Betriebsführungsvertrag*

Wie bereits oben unter C. V. 1. b) aa) zu § 111 Abs. 1 S. 3 Nr. 4 BetrVG ausgeführt wurde, wird bei der Einführung eines echten Betriebsführungsvertrages eine Änderung der **Betriebsorganisation** (und ggf. auch des Betriebszwecks) vorliegen. Dies ergibt sich insb. daraus, dass der Betrieb nicht mehr von der ursprünglichen unternehmensinternen Leitung geführt wird, sondern ein **externer** Betriebsführer die Verantwortung über einen Betrieb bzw. Betriebsteil übernimmt, so dass sich dort die Zuständigkeit und Verantwortung auf betrieblicher Ebene verändert. Anders als bei § 111 Abs. 1 S. 3 Nr. 4 BetrVG wird bei § 106 Abs. 3 Nr. 9 BetrVG **jede** Änderung der Betriebsorganisation oder des Betriebszwecks erfasst. Daher kann § 106 BetrVG nicht an dem Merkmal der „**grundlegenden** Änderung“ scheitern. Der Wortlaut und der systematische Vergleich mit § 111 BetrVG lassen keine andere Auslegung dieses Tatbestandsmerkmals zu.⁷²⁹ Mithin ist § 106 Abs. 3 Nr. 9 BetrVG grds. erfüllt, weshalb es auf die nachfolgend in aller Kürze dargestellten Tatbestände allenfalls hilfsweise ankommt.

Je nach Ausgestaltung des Betriebsführungsvertrages können die Katalogtatbestände nach §§ 106 Abs. 3 Nr. 6-8 BetrVG erfüllt sein. Hierfür reicht allerdings die bloße Einführung des Betriebsführungsvertrages ohne strukturelle Änderungen nicht aus. Dabei ist zu berücksichtigen, dass – anders als in § 111 S. 2 Nr. 1, 3 BetrVG – es auf die Größe oder Bedeutung des in Rede stehenden Betriebsteils, auf die Anzahl der Arbeitnehmer in dem betroffenen Betrieb oder die Frage, ob den betroffenen Arbeitnehmern aufgrund der Maßnahme erhebliche Nachteile drohen, für die Beteiligungsrechte der § 106 Abs. 3 Nr. 6-8

⁷²⁷ Für den Betriebsführungsvertrag insb. bei § 106 Abs. 3 Nr. 6, Nr. 8, 9 BetrVG, welche sich mit § 111 S. 3 Nr. 1, 3 und 4 BetrVG überschneiden.

⁷²⁸ *Bauer/Göpfert/Haußmann/Krieger*, Umstrukturierung, S. 179 Rn. 5.

⁷²⁹ *Kania*, in: Müller-Glöge u. a., ErfK., Rn. 16 zu § 106 BetrVG; *Bauer/Göpfert/Haußmann/Krieger*, Umstrukturierung, S. 179 Rn. 5-7; *Fitting*, BetrVG, § 106 Rn. 79; *Willemsen/Lembke*, in: Henssler u. a., Arbeitsrecht Kommentar, Rn. 81 zu § 106 BetrVG; *Oetker*, in: Wiese u. a., GK-BetrVG, Bd. II, § 106 Rn. 79; *Besgen*, in: Rolfs u. a., BeckOK Arbeitsrecht, Rn. 29 zu § 106 BetrVG m. w. N.; **einschränkend** *Annuß*, in: Richardi, BetrVG, § 106 Rn. 55, die Maßnahme muss „zu einer wesentlichen Berührung von Arbeitnehmerinteressen“ führen können.

C. Auswirkungen auf das Arbeitsrecht

BetrVG nicht ankommt.⁷³⁰ Im Übrigen kann aber uneingeschränkt auf die oben unter C. V. 1. erfolgte Darstellung zu § 111 BetrVG verwiesen werden, weshalb es diesbezüglich keiner weiteren Ausführungen bedarf.

Letztlich wird auch die beschränkte Generalklausel des § 106 Abs. 3 Nr. 10 BetrVG einschlägig sein.⁷³¹ Diese greift unter der Voraussetzung, dass Interessen der Arbeitnehmer des Unternehmens wesentlich berührt werden können, d. h. sie müssen möglicherweise von bedeutungsvoller sozialer Auswirkung sein. Unter dieser Bedingung werden dabei alle Fragen erfasst, die das wirtschaftliche Leben des Unternehmens in entscheidenden Punkten betreffen, insb. Vorgänge, die sich auf die Personalplanung auswirken.⁷³²

Infolge des Betriebsführungsvertrages wird einem **externen** Betriebsführer und somit einem anderen (wenn auch vielleicht konzernrechtlich verflochtenen) Unternehmen die Leitung eines Betriebs, eines Betriebsteils, einer Sparte oder sogar dem ganzen Unternehmen übertragen. Es entscheidet also nicht mehr – unmittelbar – der eigene Arbeitgeber (Vertragsarbeitgeber und (formale) Betriebsinhaber), sondern es wird eine neue Leitungsebene installiert. Der Betriebsführer bestimmt dabei i. d. R. auch über alle Personalangelegenheiten. Es ist für die Arbeitnehmer des Unternehmens und insb. des Betriebs von wesentlicher Bedeutung, ob eine externe Leitungsperson oder ein eigener leitender Angestellter die Entscheidungsmacht innehat. Dies gilt in besonderer Weise unter Berücksichtigung des Umstandes, dass der Betriebsführer (soweit seine Befugnisse reichen) als neuer **Ansprechpartner** (Betriebspartner i. S. d. BetrVG) dem Betriebsrat gegenübersteht.⁷³³ Erst recht wird § 106 Abs. 3 Nr. 10 BetrVG erfüllt sein, wenn der Betriebsführer eigene Arbeitnehmer in den Betrieb des Eigentümers mitnehmen soll, weil sich dies auf die Personalplanung auswirken wird.⁷³⁴

Vor Einführung des Betriebsführungsvertrages besteht das Informationsrecht nach § 106 Abs. 2 BetrVG – denklogisch – gegenüber dem Eigentümer, weil es gerade darum geht,

⁷³⁰ *Bauer/Göpfert/Haußmann/Krieger*, Umstrukturierung, S. 179 Rn. 5-7; *Schweibert*, in: Willemsen u. a., Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, C Rn. 402; *Oetker*, in: Wiese u. a., GK-BetrVG, Bd. II, § 106 Rn. 72 ff.; *Kania*, in: Müller-Glöge u. a., ErfK., Rn. 13-15 zu § 106 BetrVG; *Fitting*, BetrVG, § 106 Rn. 67-69; **einschränkend** *Annuß*, in: Richardi, BetrVG, § 106 Rn. 38, 50 für Bagatellmaßnahmen.

⁷³¹ *Fenzl*, Betriebspacht-, Betriebsüberlassungs- und Betriebsführungsverträge in der Konzernpraxis, Rn. 490; *Schneider*, JbFfSt 1982/1983, 387 (411); vgl. *Oetker*, in: Wiese u. a., GK-BetrVG, Bd. II, § 106 Rn. 89 und *Annuß*, in: Richardi, BetrVG, § 106 Rn. 57 zum Abschluss von Beherrschungs- oder Ergebnisabführungsverträgen, sowie der anderen in § 292 Abs. 1 AktG genannten Unternehmensverträge, insb. bei Betriebspacht- oder Betriebsüberlassungsverträgen.

⁷³² BAG, Beschl. v. 22.01.1991 – 1 ABR 38/89, BAGE 67, 97 f.; *Annuß*, in: Richardi, BetrVG, § 106 Rn. 56; *Besgen*, in: Rolfs u. a., BeckOK Arbeitsrecht, Rn. 30 zu § 106 BetrVG; vgl. auch Beispiele bei *Willemsen/Lembke*, in: Henssler u. a., Arbeitsrecht Kommentar, Rn. 83 zu § 106 BetrVG; *Fitting*, BetrVG, § 106 Rn. 130 ff.

⁷³³ Siehe hierzu bereits oben unter C. I. 3. a) bb) aaa) (b) und bbb) (b).

⁷³⁴ Vgl. *Gaul*, RdA 1954, 247 (248).

C. Auswirkungen auf das Arbeitsrecht

erst zu entscheiden, ob der Betriebsführer überhaupt zur Leitung eines Betriebs(-teils) herangezogen wird. Nach der Einführung des Betriebsführungsvertrages nimmt der Betriebsrat das Informationsrecht gegenüber dem Betriebsführer – soweit seine Befugnisse reichen – als Ansprechpartner (Betriebspartner i. S. d. BetrVG) wahr.⁷³⁵

b) Unechter Betriebsführungsvertrag

Bei einem unechten Betriebsführungsvertrag hat der „alte“ Betriebsinhaber (Eigentümer) den Wirtschaftsausschuss im Eigentümerunternehmen, schon alleine aufgrund des Betriebsübergangs (§ 613a BGB) nach § 106 Abs. 2, Abs. 3 Nr. 10 BetrVG zu unterrichten,⁷³⁶ denn die Interessen der Arbeitnehmer werden erheblich berührt, wenn es – wie beim unechten Betriebsführungsvertrag grds. immer – zu einem Arbeitgeberwechsel kommt.⁷³⁷ Aus diesem Grund kann auf die Prüfung weiterer Katalogtatbestände des § 106 Abs. 3 BetrVG verzichtet werden. Insoweit reicht der Verweis auf die Ausführungen zu § 111 S. 3 Nr. 1, 3, 4 BetrVG, welche den Tatbeständen des § 106 Abs. 3 Nr. 6, 8 und 9 BetrVG im Wesentlichen entsprechen.⁷³⁸

⁷³⁵ Hierzu bereits ausführlich oben unter C. I. 3. a) bb) aaa) (b) und bbb) (b).

⁷³⁶ Anders als bei den Beteiligungsrechten nach §§ 111 ff. BetrVG reicht hier bereits eine Änderung der Unternehmensorganisation (Rechtsträgerebene). Zu § 111 BetrVG siehe bereits oben unter C. V. 1.

⁷³⁷ BAG, Beschl. v. 22.01.1991 – 1 ABR 38/89, BAGE 67, 97 f.; Fenzl, Betriebspacht-, Betriebsüberlassungs- und Betriebsführungsverträge in der Konzernpraxis, Rn. 491; Willemsen/Lembke, in: Henssler u. a., Arbeitsrecht Kommentar, Rn. 83 zu § 106 BetrVG; Annuß, in: Richardi, BetrVG, § 106 Rn. 56; Bauer/Göpfert/Haußmann/Krieger, Umstrukturierung, S. 180 Rn. 8; Oetker, in: Wiese u. a., GK-BetrVG, Bd. II, § 106 Rn. 91; Fitting, BetrVG, § 106 Rn. 130 ff.; Schweibert, in: Willemsen u. a., Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, C Rn. 404; vgl. Annuß, in: Richardi, BetrVG, § 106 Rn. 57 und Oetker, in: Wiese u. a., GK-BetrVG, Bd. II, § 106 Rn. 89 zum Abschluss von Beherrschungs- oder Ergebnisabführungsverträgen, sowie der anderen in § 292 Abs. 1 AktG genannten Unternehmensverträge, insb. bei Betriebspacht- oder Betriebsüberlassungsverträgen; vgl. hierzu auch Birk, BB 1976, 1227 (1231).

⁷³⁸ Zu den Tatbeständen der §§ 111 S. 3 Nr. 1, 3, 4 BetrVG bei einem unechten Betriebsführungsvertrag, vgl. oben unter C. V. 1.

VI. ZWISCHENERGEBNIS

Die Ausführungen oben unter C. II. bis V. zeigen, dass der Betriebsführungsvertrag eine flexible und individuelle Ausgestaltung von Betriebsstrukturen ermöglicht. Allerdings können die Auswirkungen auf die betriebliche Mitbestimmung sehr komplex sein, weshalb anhand der aufgeführten Maßstäbe immer im Einzelfall genau zu prüfen ist, welche betriebsverfassungsrechtlichen Folgen die Einführung eines Betriebsführungsvertrages mit sich bringt. Dabei sind die Konsequenzen für die Betriebsstrukturen, die Entstehung, Vermeidung, Zusammensetzung und Zuständigkeit von Betriebsräten, Gesamtbetriebsräten, eines Konzernbetriebsrats und eines Wirtschaftsausschusses zu beachten. Weiter darf auch nicht unberücksichtigt bleiben, ob und wann die Einführung des Betriebsführungsvertrages Beteiligungsrechte, insb. nach den §§ 99, 111 ff., 106 BetrVG auslöst. Bei der Prüfung ist eine Unterscheidung zwischen dem **echten** und dem **unechten** Betriebsführungsvertrag von **wesentlicher** Bedeutung.

1. Echter Betriebsführungsvertrag

a) Übernimmt ein Betriebsführer die Leitungsstrukturen der bestehenden organisatorischen Einheiten, **ohne Veränderung** von Führungskompetenzen in den wesentlichen personellen und sozialen Angelegenheiten, ergeben sich keine Auswirkungen auf die Betriebsstrukturen oder die Organe der Betriebsverfassung. In der Folge verändert sich auch die Zuordnung (Betriebszugehörigkeit) der Arbeitnehmer nicht, so dass auch Auswirkungen auf die Schwellenwerte ausgeschlossen sind. Aus dem bloßen Austausch eines bestehenden Leitungsorgans folgen noch keine Auswirkungen auf die betriebliche Mitbestimmung.

Eine Ausnahme von diesem Grundsatz erfolgt allerdings dann, wenn mehrere Betriebsführer jeweils mehr als einen Betrieb eines Unternehmens betreuen und dabei die Leitungsmacht und Arbeitsorganisation dieser Betriebe selbständig übernehmen, so dass für jedes dieser „Teilunternehmen“ beim Eigentümer ein Gesamtbetriebsrat zu bilden ist. Innerhalb eines Unternehmens kann es so mehrere Gesamtbetriebsräte geben. Selbiges Ergebnis gilt auch für den Fall, dass ein Betriebsführer mehr als einen Betrieb eigenständig übernimmt („Teilunternehmen“) und weitere Betriebe im Unternehmen existieren, die aber der Eigentümer selbständig weiterführt. Auch dann ist für die „Teilunternehmen“ jeweils ein eigener Gesamtbetriebsrat zu bilden.

Soweit beim Eigentümer und beim Betriebsführer zumindest jeweils ein Gesamtbetriebsrat (Betriebsrat i. S. d. § 54 Abs. 2 BetrVG) besteht und ein Konzernverhältnis i. S. d. § 18

C. Auswirkungen auf das Arbeitsrecht

Abs. 1 AktG zwischen beiden begründet wird, ist die erstmalige Erfüllung der Voraussetzung für die Errichtung eines Konzernbetriebsrats möglich.

Bei der Planung der Einführung des Betriebsführungsvertrages ist das Beteiligungsrecht eines ggf. bestehenden Wirtschaftsausschusses nach § 106 BetrVG, insb. wegen der Tatbestände des § 106 Abs. 3 Nr. 9, 10 BetrVG, zu beachten. Dagegen führt die bloße Übernahme der Leitung eines Betriebs nicht zu einer Einstellung, Eingruppierung, Umgruppierung oder Versetzung beim Eigentümer, so dass § 99 BetrVG erst dann zu beachten ist, wenn der Betriebsführer während der Laufzeit des Betriebsführungsvertrages im Namen des Eigentümers personelle Einzelmaßnahmen vornimmt. Bezüglich der Beteiligungsrechte nach §§ 111 ff. BetrVG wird es für § 111 S. 3 Nr. 4 BetrVG an dem Tatbestandsmerkmal der **grundlegenden** Änderung fehlen, wenn nur eine Leitung durch die andere ersetzt wird, so dass einschneidende Auswirkungen auf den Betriebsablauf, die Arbeitsweise oder die Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer nicht erfolgen. Andere Katalogtatbestände kommen dagegen i. d. R. nicht in Betracht.

b) Mittels Betriebsführungsvertrag können selbständige Betriebe **zusammengeschlossen** werden, wenn ein Betriebsführer alle wesentlichen Funktionen des Arbeitgebers in personellen und sozialen Angelegenheiten für mehr als einen selbständigen Betrieb (organisatorische Einheit) übernimmt. Bewahrt dabei ein Betrieb seine Identität, bleibt der dortige Betriebsrat im Amt. Verlieren dagegen alle zusammengefassten Betriebe ihre Identität, übernimmt der Betriebsrat des größten Betriebs das Übergangsmandat nach § 21a Abs. 2 BetrVG. Der (neue) Betriebsrat des zusammengeschlossenen Betriebs ist für alle Belange der dortigen Belegschaft zuständig. Durch den Zusammenschluss von Betrieben können betriebsbezogene Schwellenwerte (bspw. §§ 1, 9, 38 BetrVG) überschritten werden, weil die Belegschaft der vormals eigenständigen Betriebe nun zusammengerechnet werden muss. Dagegen sind Auswirkungen auf unternehmensbezogene Schwellenwerte (bspw. §§ 99, 111, 106 BetrVG) mangels Übergang der Arbeitsverhältnisse auf ein anderes Unternehmen nicht möglich. Wird die Dezentralisierung des Eigentümerunternehmens in mehr als einen Betrieb aufgehoben, entfällt der Gesamtbetriebsrat. Zudem kann sich durch Hinzukommen neuer bzw. durch den Verlust alter Betriebsräte die Zusammensetzung eines Gesamtbetriebsrats verändern. Für die Frage der Errichtung eines Konzernbetriebsrats ergeben sich grds. keine Besonderheiten, denn die Anzahl der Betriebe innerhalb der Konzernunternehmen ist dafür nicht entscheidend, weil bereits ein Betrieb mit (Gesamt-)Betriebsrat bei mehr als einem Konzernunternehmen ausreicht. Rein betriebliche

C. Auswirkungen auf das Arbeitsrecht

Veränderungen haben auch keine Auswirkungen auf das Bestehen eines Wirtschaftsausschusses, allerdings können sich dort Veränderungen in der Zusammensetzung ergeben. Entfällt nach dem Zusammenschluss aller Betriebe zu einem einzigen Betrieb der Gesamtbetriebsrat, muss der dortige Betriebsrat einen neuen Wirtschaftsausschuss bestellen.

Bei der Einführung des Betriebsführungsvertrages sind aufgrund der Strukturänderung die Beteiligungsrechte des Betriebsrats nach den §§ 111 ff. BetrVG zu beachten, da – durch den Zusammenschluss von Betrieben – zumindest § 111 S. 3 Nr. 3 BetrVG (und i. d. R. auch § 111 S. 3 Nr. 4) erfüllt ist. Auch muss ein ggf. bestehender Wirtschaftsausschuss frühzeitig nach § 106 BetrVG, insb. wegen der Tatbestände des § 106 Abs. 3 Nr. 8, 9 und 10 BetrVG beteiligt werden. § 99 BetrVG ist dagegen grds. nicht zu beachten.

c) Infolge der Einführung des Betriebsführungsvertrages kann auch eine unternehmensinterne **Betriebsspaltung** herbeigeführt werden, wenn ein Betriebsführer die wesentlichen Funktionen des Arbeitgebers in personellen und sozialen Angelegenheiten nicht einheitlich für einen selbständigen Betrieb übernimmt, sondern nur für einen abtrennbaren Teilbereich (bspw. nur für die Verwaltung eines Betriebs, in welchem bislang die Verwaltung und der Vertrieb durch einen Leitungsapparat zusammengefasst waren). Verliert ein Betrieb dabei seine Identität, besteht für diesen Betrieb ein Übergangsmandat nach § 21 a BetrVG, soweit er betriebsratsfähig bleibt und nicht in einen anderen identitätsbewahrenden Betrieb eingegliedert wird, denn dann würde der dortige Betriebsrat im Amt bleiben. Die Spaltung von Betrieben wird die Zahl der für die betriebsbezogenen Schwellenwerte (bspw. §§ 1, 9, 38 BetrVG) relevanten Arbeitnehmerzahl grds. verringern, denn die vormals zusammenzurechnende Belegschaft des einen selbständigen Betriebs, wird durch die Spaltung auf mehrere selbständig Betriebe getrennt, so dass Schwellenwerte auch unterschritten werden können. Auswirkungen auf unternehmensbezogene Schwellenwerte sind dagegen ausgeschlossen. Bestand bei dem Eigentümer neben dem gespaltenen Betrieb bislang kein weiterer Betrieb (mit Betriebsrat), kann erstmals ein Gesamtbetriebsrat entstehen. Zudem kann sich die Zusammensetzung des Gesamtbetriebsrats durch Hinzukommen neuer bzw. Entfallen alter Betriebsräte verändern. Die Spaltung von Betrieben hat dagegen grds. keine Auswirkungen auf die Voraussetzung eines Konzernbetriebsrats, weil die Anzahl der Betriebe (mit Betriebsräten) innerhalb eines Konzernunternehmens nicht maßgeblich ist. Führt die Spaltung dazu, dass ein Gesamtbetriebsrat erstmals entsteht, verliert der Wirtschaftsausschuss sein Amt und muss von dem Gesamtbetriebsrat neu bestellt werden. Im

C. Auswirkungen auf das Arbeitsrecht

Übrigen führen rein betriebliche Veränderungen aber grds. nicht zu Auswirkungen auf das Bestehen eines Wirtschaftsausschusses.

Auch hier sind die Beteiligungsrechte des Betriebsrats nach den §§ 111 ff. BetrVG – wegen der Spaltung von Betrieben – nach § 111 S. 3 Nr. 3 BetrVG (und oftmals auch nach § 111 S. 3 Nr. 1 und insb. Nr. 4), zu beachten. Etwas anderes gilt nach der Rechtsprechung des BAG nur bei „Bagatellausgründungen“. Zudem ist die Beteiligung des Wirtschaftsausschusses nach § 106 BetrVG, insb. wegen der Tatbestände nach § 106 Abs. 3 (ggf. Nr. 1) Nr. 8, 9, 10 BetrVG sicherzustellen. § 99 BetrVG scheidet dagegen ohne eigenständige personelle Einzelmaßnahmen aus.

d) Schwierigkeiten bei der Beurteilung der Auswirkungen auf die betriebliche Mitbestimmung ergeben sich vor allem immer dann, **wenn der Betriebsführer eigene Arbeitnehmer** in den zu führenden Betrieb **mitbringt** und sich – was dann der Regelfall sein wird – ergibt, dass der zu führende Betrieb des Eigentümers und der Betrieb des Betriebsführers aus welchem die mitgebrachten Arbeitnehmer stammen, aufgrund eines unternehmensübergreifenden Leitungsapparates einen **gemeinsamen Betrieb nach § 1 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 BetrVG** bilden. Der gemeinsame Betrieb wird dann grds. wie ein Betrieb eines Unternehmens behandelt. In der Folge ist, unabhängig davon, ob ein Arbeitsvertrag zum Eigentümer oder Betriebsführer besteht, lediglich **ein** gemeinsamer Betriebsrat zu bilden, der für alle (tatsächlich eingegliederten) Arbeitnehmer dieses Betriebs zuständig ist. Der gemeinsame Betrieb gehört sowohl zu dem Betriebsführer, als auch zu dem Eigentümer, weshalb ein Gesamtbetriebsrat bei demjenigen Unternehmen zu errichten ist, welches noch zumindest einen weiteren Betrieb mit Betriebsrat hat. Der Betriebsrat des gemeinsamen Betriebs entsendet seine Mitglieder sowohl in den Gesamtbetriebsrat des Eigentümers, als auch in den des Betriebsführers. Besteht zwischen dem Eigentümer und dem Betriebsführer ein Konzernverhältnis i. S. d. § 18 AktG und hat zumindest **einer** der beiden Unternehmen noch einen weiteren mit einem Betriebsrat versehenen Betrieb (und in der Folge auch einen Gesamtbetriebsrat), wird die Bildung eines Konzernbetriebsrats ermöglicht. Stellt der gemeinsame Betrieb den einzigen Betrieb beider Unternehmen dar und sind alleine dort i. d. R. mehr als 100 ständig beschäftigte Arbeitnehmer tätig, ist für den gemeinsamen Betrieb **ein** Wirtschaftsausschuss für beide Rechtsträger nach § 106 BetrVG zu errichten. Soweit es um betriebsbezogene Schwellenwerte, wie bspw. in den §§ 1, 9, 38 BetrVG geht, können diese überschritten werden, weil die Arbeitnehmer der Betriebe, die zu einem gemeinsamen Betrieb zusammengeführt wurden, nun zusammenzuzählen sind.

C. Auswirkungen auf das Arbeitsrecht

Die Auswirkungen auf unternehmensbezogene Schwellenwerte (bspw. §§ 99, 106, 111 BetrVG) sind dagegen in Rechtsprechung und Literatur stark umstritten. Nach Ansicht des Verfassers sprechen gute Gründe dafür, dass die Beteiligungsrechte im gemeinsamen Betrieb bereits dann ausgelöst werden können, wenn alle in diesem Betrieb eingesetzten Arbeitnehmer zusammen die Schwellenwerte überschreiten. Dies gilt also unabhängig davon, ob die am gemeinsamen Betrieb beteiligten Unternehmen an sich (also jeweils alleine mit ihren (Vertrags-)Arbeitnehmern) die Schwellenwerte überschreiten oder keines dieser Unternehmen. Die Arbeitnehmer des gemeinsamen Betriebs werden unabhängig davon, mit welchem Unternehmen im Einzelfall die Arbeitsverhältnisse bestehen, den am gemeinsamen Betrieb beteiligten Unternehmen im Rahmen der unternehmensbezogenen Schwellenwerte zugerechnet.

Im Rahmen der Einführung des Betriebsführungsvertrages und der Bildung eines gemeinsamen Betriebs ist insb. an die Beteiligungsrechte des Betriebsrats nach den §§ 111 ff. BetrVG wegen des Tatbestands des § 111 S. 1 Nr. 3 BetrVG zu denken, denn es kommt bei dem Zusammenschluss von Betrieben nicht darauf an, ob es sich um die Betriebe eines oder mehrerer Unternehmen handelt. Auch ist der Wirtschaftsausschuss jedenfalls wegen den Tatbeständen nach § 106 Abs. 3 Nr. 9, 10 BetrVG zu beteiligen. Hinzukommen wird regelmäßig der Tatbestand der Nr. 8. Dagegen ist § 99 BetrVG bei einem bloßen Zusammenschluss zweier Betriebe (gemeinsamer Betrieb) nicht zu beachten. Es fehlt an einer personellen Einzelmaßnahme.

e) Soweit der Betriebsführer eigene Arbeitnehmer in den zu führenden Eigentümerbetrieb mitbringt und sich im Ausnahmefall ergibt, dass **kein** gemeinsamer Betrieb nach § 1 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 BetrVG vorliegt, ergeben sich daraus zunächst keine Besonderheiten zu den vorangegangenen Ausführungen unter a) bis c). Es stehen sich zwei selbständige Rechtsträger gegenüber. Die Betriebsstrukturen sind für jedes Unternehmen nach der jeweiligen Leitungsstruktur gesondert festzustellen. Es ergeben sich alleine durch die Mitnahme der Arbeitnehmer des Betriebsführers keine Auswirkungen auf die Zuständigkeit oder Zusammensetzung der für jedes Unternehmen getrennt zu behandelnden Betriebsräte. Auch bleiben die mitgebrachten Arbeitnehmer Betriebszugehörige ihres Betriebsführerbetriebs. Eine – zwingend zu beachtende – Besonderheit ergibt sich allerdings bezüglich des Mitbestimmungsrechts nach § 99 BetrVG. Vor dem Einsatz der Arbeitnehmer des Betriebsführers im Eigentümerbetrieb, ist der **Eigentümerbetriebsrat** des Einsatzbetriebs nach § 99 BetrVG wegen des Merkmals der „Einstellung“ und gegebenenfalls auch der **Betriebsfüh-**

rerbetriebsrat des Ausgangsbetriebs wegen des Merkmals „Versetzung“ zu beteiligen. Letzteres ist aber im Einzelfall zu überprüfen, denn wenn der betroffene Arbeitnehmer entsprechend der Eigenart seines Arbeitsverhältnisses üblicherweise nicht ständig an einem bestimmten Arbeitsplatz beschäftigt wird, scheidet § 99 BetrVG nach § 95 Abs. 3 S. 2 BetrVG aus.

2. Unechter Betriebsführungsvertrag

a) Der **bloße Übergang eines Betriebs** berührt nicht seine Identität, wenn dieser auch nach der Übertragung in seiner organisatorischen Einheit fortbesteht. § 613a BGB soll – zumindest auch – die Kontinuität des bestehenden Betriebsrats gewährleisten. Aufgrund der neuen Zuordnung des von der Betriebsführung betroffenen Betriebs zum Betriebsführer ist allerdings zu überprüfen, wie viele mit Betriebsräten bestückten Betriebe beim Eigentümer verbleiben und wie viele beim Betriebsführer entstehen. In der Folge können Gesamtbetriebsräte entfallen, soweit ein Betriebsführer nur einen Betrieb (mit Betriebsrat) führt und bei dem Eigentümer nicht mehr als ein Betrieb (mit Betriebsrat) verbleibt. Besteht zwischen dem Eigentümer und dem Betriebsführer ein Konzernverhältnis i. S. d. § 18 AktG und übernimmt der Betriebsführer nicht alle bestehenden Betriebe, kann ein Konzernbetriebsrat erstmals entstehen. Übernimmt er dagegen die Führung des einzigen Betriebs oder aller Betriebe des Eigentümers (bzw. der Konzernunternehmen, soweit weitere bestehen), ist die Errichtung eines Konzernbetriebsrats ausgeschlossen, denn es fehlt aufgrund des Übergangs der Betriebe an der Voraussetzung, dass mindestens zwei (Gesamt-)Betriebsräte in mindestens zwei Konzernunternehmen bestehen müssen. Knüpfen Schwellenwerte an den Betrieb an (bspw. §§ 1, 9, 38 BetrVG), ergeben sich keine Auswirkungen, weil § 613a BGB – ohne Veränderung der Betriebsstrukturen – infolge des Rechtsträgerwechsels lediglich Auswirkungen auf unternehmerischer Ebene hat. Etwas anderes gilt für unternehmensbezogene Schwellenwerte (bspw. §§ 99, 111, 106 BetrVG). Durch den Übergang der Arbeitsverhältnisse der von der Betriebsführung betroffenen Arbeitnehmer des Eigentümers auf den Betriebsführer, kann beim Eigentümer ein Absinken der Zahl der Arbeitnehmer unter die Schwellenwerte herbeigeführt werden. Im Gegenzug wird die Hinzurechnung dieser Arbeitnehmer zum Betriebsführer, dort aber zu einem Ansteigen der Zahl der Arbeitnehmer und in der Folge ggf. zu einem Überschreiten von Schwellenwerten führen. Dient die Einführung des unechten Betriebsführungsvertrages allerdings lediglich der Unterschreitung des Schwellenwerts des § 111 BetrVG, um daran anschließend eine

C. Auswirkungen auf das Arbeitsrecht

geplante Betriebsänderung ohne Interessenausgleichs- und Sozialplanpflicht durchzuführen, müssen die Personalabgänge insoweit unberücksichtigt bleiben.

Die Beteiligungsrechte des Betriebsrats nach § 111 ff. BetrVG werden ohne Veränderungen der Betriebsorganisation nicht alleine aufgrund der Einführung eines unechten Betriebsführungsvertrages ausgelöst. Auch § 99 BetrVG kommt ohne eine eigenständige personelle Einzelmaßnahme nicht in Betracht. Allerdings ist bei Bestehen eines Wirtschaftsausschusses das Beteiligungsrecht des § 106 BetrVG zu beachten. Aufgrund des Betriebsübergangs ist jedenfalls der Tatbestand des § 106 Abs. 3 Nr. 10 BetrVG erfüllt.

b) Soweit es im Rahmen der Einführung des unechten Betriebsführungsvertrages um die Veränderungen der Betriebsstrukturen, also den Zusammenschluss oder die Spaltung von Betrieben geht, ergeben sich dieselben Grundsätze wie bei dem echten Betriebsführungsvertrag, denn es ist hierbei alleine auf die betriebliche Ebene abzustellen (vgl. vorangegangene Ausführungen unter 1. b) und c)). Übernimmt ein Betriebsführer die **einheitliche** Leitung von mehr als einem selbständigen Betrieb, gehen diese nach § 613a BGB auf ihn über und gelten bei dem Betriebsführer als **zusammengeschlossen**. Wenn der Betriebsführer dagegen lediglich die Leitung eines **Betriebsteils** (z. B. einen von mehreren Produktionszweigen) in den wesentlichen personellen und sozialen Angelegenheiten übernimmt, geht nur dieser Betriebsteil nach § 613a BGB auf ihn über, so dass der vormals einheitliche Betrieb **gespalten** wird.

In der Folge sind dann nicht nur die Auswirkungen auf der Unternehmens-, sondern eben auch auf der betrieblichen Ebene genau zu betrachten. Im Grundsatz kann für die Auswirkungen auf betrieblicher Ebene auf die Zusammenfassung oben unter 1. a) bis c) und für die Auswirkungen auf unternehmerischer Ebene auf die vorangegangenen Ausführungen unter 2. a) verwiesen werden, weshalb in diesem Rahmen auf eine erneute Auseinandersetzung verzichtet wird.

Vor Einführung des Betriebsführungsvertrages sind auch hier die Beteiligungsrechte nach §§ 111 ff. BetrVG (insb. § 111 S. 3 Nr. 3 und ggf. Nr. 1, Nr. 4 BetrVG) und § 106 BetrVG zu beachten. Bezüglich der Beteiligungsrechte nach den §§ 111 ff. BetrVG ist danach zu unterscheiden, ob die Betriebsänderung vor oder nach dem Betriebsübergang erfolgt. Vor dem Betriebsübergang ergibt sich eine Verpflichtung des Eigentümers, bezogen auf den gesamten Ursprungsbetrieb. Nach dem Betriebsübergang eine Verpflichtung des Betriebsführers, bezogen auf die vom Betriebsübergang erfassten Arbeitnehmer.

D. ERGEBNIS DER UNTERSUCHUNGEN

Als Ergebnis der Untersuchungen wird nachfolgend dargestellt, ob sich der Betriebsführungsvertrag zum „Outsourcing von Personalfunktionen“ eignet. Zudem werden die wesentlichen arbeitsrechtlichen und insb. betriebsverfassungsrechtlichen Schwierigkeiten bei der Einführung von Betriebsführungsverträgen erläutert. Dabei stehen die Unwägbarkeiten bei der – in der Literatur zum Teil angepriesenen – (Aus-)Nutzung solcher Modelle zur Einschränkung von Arbeitnehmerschutzrechten und zur (teilweisen) Flucht aus der betrieblichen Mitbestimmung im Vordergrund.

I. ARBEITSRECHTLICHE FOLGEN DES ECHTEN BETRIEBSFÜHRUNGSVERTRAGES UND SEINE RISIKEN IN DER UMSETZUNG

1. Der Betriebsführer bringt keine eigenen Arbeitnehmer mit

a) Die Einführung des echten Betriebsführungsvertrages ist aus arbeitsrechtlicher Sicht weitgehend unproblematisch, da die bestehenden Arbeitsverhältnisse zum Eigentümer unberührt bleiben. Eine doppelte Arbeitgeberstellung ist – entgegen einiger Stimmen in der Literatur – sowohl für die Arbeitgeberstellung in der Vertragsbeziehung, als auch für die Arbeitgeberstellung in der Betriebsbeziehung ausgeschlossen und auch aus Arbeitnehmerschutzgründen nicht notwendig. Der Eigentümer bleibt auch formaler Betriebsinhaber.

Davon zu unterscheiden ist die Tatsache, dass der Betriebsführer die Arbeitgeberfunktionen für den Eigentümer übernimmt und damit diejenige „Person“ ist, welche den Betrieb tatsächlich/faktisch eigenverantwortlich führt. Diese Übernahme der Leitungsfunktion wird sich regelmäßig sowohl in Bezug auf die Vertragsbeziehung, als auch im Rahmen der Betriebsbeziehung vollziehen. Damit ist der Betriebsführer grds. auch alleiniger Ansprechpartner des Betriebsrats im Eigentümerbetrieb und wird sich anstelle des Eigentümers in dessen Namen mit dem Betriebsrat auseinandersetzen müssen. Somit wird der Betriebsführer zum Betriebspartner i. S. d. BetrVG – nicht aber zum Arbeitgeber.⁷³⁹

b) Der von einigen namhaften Autoren für den Praxisfall der Ruhrkohle AG⁷⁴⁰ entwickelte Ansicht, dass dann, wenn mehrere Betriebsführer für ein Unternehmen mehr als einen selbständigen Betrieb mit insgesamt zwei oder mehr Betriebsräten übernehmen, für jedes dieser „Teilunternehmen“ – vergleichbar mit der Konstruktion bei Teilkonzernen nach § 54 BetrVG (Konzern im Konzern) – ein Gesamtbetriebsrat zu gründen sei, ist im Ergeb-

⁷³⁹ Vgl. hierzu im Einzelnen die vorangegangenen Ausführungen unter C. I. 2. a) aa) und C. I. 3. a) aa).

⁷⁴⁰ Zur Struktur der Ruhrkohle AG, vgl. die vorangegangenen Ausführungen unter C. III. 1. a).

nis zuzustimmen. Dogmatisch ist dabei der Ansicht *Zöllners* zu folgen. Er hat folgerichtig erkannt, dass der Gesamtbetriebsrat bzw. „Teilgesamtbetriebsrat“ nur beim Eigentümer für seine Betriebe gebildet werden kann, denn es stehen sich der Eigentümer als Arbeitgeber und formaler Betriebsinhaber mit seinen Betrieben und die einzelnen Betriebsführer – mit ggf. ihren eigenen Betrieben – als eigenständige Unternehmen gegenüber. Für die Errichtung eines Gesamtbetriebsrats müssen der Arbeitgeber (Unternehmer) und der formale Inhaber der zu dem Unternehmen gehörenden Betriebe identisch sein. Jeder der Betriebsführer wird allerdings für das von ihm zu leitende „Teilunternehmen“ alleiniger Ansprechpartner (Betriebspartner i. S. d. BetrVG) des jeweiligen „Teilgesamtbetriebsrats“ beim Eigentümer sein – jedenfalls soweit ihm auch tatsächlich hinsichtlich mitbestimmungspflichtiger (personeller, sozialer und wirtschaftlicher) Angelegenheiten eine betriebsübergreifende Entscheidungsbefugnis zusteht.⁷⁴¹

2. Der Betriebsführer bringt eigene Arbeitnehmer mit

a) Werden die Arbeitnehmer des Betriebsführers dauerhaft bei dem Eigentümer tätig, um dort gemeinsam mit den Arbeitnehmern des Eigentümers die betrieblichen Zwecke zu fördern oder werden Arbeitnehmer vom Betriebsführer in seinem Namen nur zum Zwecke der gemeinsamen Arbeitsleistung im Eigentümerbetrieb eingestellt, wird von einem gemeinsamen Betrieb nach § 1 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 BetrVG auszugehen sein. Dies wird der Regelfall sein⁷⁴²

Auch wenn der Betriebsführer als einheitlicher Leitungsapparat der beteiligten Unternehmen die Arbeitgeberfunktionen im Bereich der personellen und sozialen Angelegenheiten wahrnehmen wird, ist für den einheitlichen Betrieb gerade kennzeichnend, dass die Arbeitsverhältnisse zu den beteiligten Arbeitgebern fortbestehen, so dass der Eigentümer Arbeitgeber seiner eigenen im gemeinsamen Betrieb eingesetzten Mitarbeiter bleibt und auch der Betriebsführer seine Stellung als Arbeitgeber für die in den gemeinsamen Betrieb mitgebrachten Arbeitnehmer behält.⁷⁴³

Der für den gemeinsamen Betrieb durch die vormals getrennte Belegschaft gewählte Betriebsrat, wird sich zur Wahrnehmung seiner Beteiligungsrechte im Regelfall alleine an den Betriebsführer als Ansprechpartner (Betriebspartner i. S. d. BetrVG) halten müssen. Der Betriebsführer wird die unmittelbare Leitung des gemeinsamen Betriebs und die Ausübung

⁷⁴¹ Vgl. hierzu im Einzelnen die vorangegangenen Ausführungen unter C. III. 1. a) bb).

⁷⁴² Vgl. hierzu im Einzelnen die vorangegangenen Ausführungen unter C. I. 3. a) bb) aaa).

⁷⁴³ Vgl. hierzu im Einzelnen die vorangegangenen Ausführungen unter C. I. 3. a) bb) aaa) (a).

D. Ergebnis der Untersuchungen

der Weisungsrechte in aller Regel einheitlich für alle Arbeitnehmer im gemeinsamen Betrieb übernehmen. Dass er dabei in Bezug auf die Arbeitnehmer des Eigentümers in der Rolle als Stellvertreter auftritt (wie ein Leitungsorgan) und bezüglich der eigenen mitgebrachten Arbeitnehmer als Arbeitgeber, also kraft des infolge eines mit ihm geschlossenen Arbeitsvertrags bestehenden Weisungsrechts, ist für die Frage nach dem richtigen Ansprechpartner des Betriebsrats nicht entscheidend. Im Ergebnis wird keine besondere „betriebsverfassungsrechtliche Zuordnung“ der vormaligen getrennten Belegschaft erforderlich.⁷⁴⁴

Das Vorliegen des gemeinsamen Betriebs ist aus arbeitsrechtlicher Sicht allerdings insoweit problematisch, als in Rechtsprechung und Literatur nicht abschließend geklärt ist, ob die Arbeitnehmer des gemeinsamen Betriebs im Rahmen der unternehmensbezogenen Schwellenwerte (bspw. §§ 99, 106, 111 BetrVG) zu beiden Unternehmen hinzuzurechnen sind. Im Ergebnis könnten – so auch nach Ansicht des Verfassers – nicht nur betriebsbezogene Schwellenwerte (§§ 1, 9, 38 BetrVG) in dem gemeinsamen Betrieb, sondern auch die unternehmerischen Schwellenwerte in beiden Unternehmen überschritten werden.⁷⁴⁵

b) Soweit der Betriebsführer eigene Arbeitnehmer in den Einsatzbetrieb des Eigentümers mitbringt, die Arbeitnehmer des Eigentümers im Einsatzbetrieb **keinem** Arbeitgeberwechsel ausgesetzt sein sollen – was nur mittels des **echten** Betriebsführungsvertrages möglich ist – und auch kein gemeinsamer Betrieb nach § 1 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 BetrVG erwünscht ist, müssten die mitgebrachten Arbeitnehmer des Betriebsführers in personellen und sozialen Angelegenheiten auf andere Weise als die Stammarbeitnehmer des Eigentümers und möglichst auch nur zeitweise oder kurzfristig sowie durch eine andere Leitungsperson eingesetzt werden. Die Grenzen hierzu sind allerdings fließend. Dass diese zersplitterte Leitungsautonomie dann noch mit dem unternehmerischen Ziel einer (externen) Betriebsführung vereinbar ist, wird in der Praxis die Ausnahme sein und ist wohl allenfalls dann denkbar, wenn die Arbeitnehmer des Betriebsführers immer nur kurzfristig als Reserven für mehrere geführte Unternehmen zur Überbrückung von krankheitsbedingten Ausfällen bzw. Arbeitsspitzen herangezogen werden oder der Betriebsführer seine Arbeitnehmer eigenständig und unabhängig nur einmalig und kurzfristig zur Knowhow-Übertragung beim Eigentümer einsetzt. In der Folge würde die formale Arbeitgeberstellung unberührt bleiben, so dass der Eigentümer Arbeitgeber seiner eigenen von dem Betriebsführer kraft

⁷⁴⁴ Vgl. hierzu im Einzelnen die vorangegangenen Ausführungen unter C. I. 3. a) bb) aaa) (b).

⁷⁴⁵ Vgl. hierzu im Einzelnen die vorangegangenen Ausführungen unter C. IV. 1. a) bb) aaa) und 2. a) bb) aaa).

D. Ergebnis der Untersuchungen

Vollmacht eingesetzten Mitarbeiter bleibt und auch der Betriebsführer seine Stellung als Arbeitgeber für seine in den Einsatzbetrieb mitgebrachten Arbeitnehmer behält. Der für den vom Betriebsführer geführten Eigentümerbetrieb (Einsatzbetrieb) gewählte Betriebsrat, müsste sich allerdings zur Wahrnehmung seiner Beteiligungsrechte alleine an den Betriebsführer als Ansprechpartner (Betriebspartner i. S. d. BetrVG) halten, da der Betriebsführer auch hier i. d. R. die Arbeitgeberfunktion vollständig übernehmen wird.⁷⁴⁶

⁷⁴⁶ Vgl. hierzu im Einzelnen die vorangegangenen Ausführungen unter C. I. 3. a) bb) bbb).

II. ARBEITSRECHTLICHE FOLGEN DES UNECHTEN BETRIEBSFÜHRUNGSVERTRAGES UND SEINE RISIKEN IN DER UMSETZUNG

1. Der Betriebsführer bringt keine eigenen Arbeitnehmer mit

a) Der **unechte** Betriebsführungsvertrag führt für die von der Betriebsführung betroffenen Arbeitnehmer **des Eigentümers** zu einem Übergang ihrer Arbeitsverhältnisse nach § 613a BGB. Der Betriebsführer wird **alleiniger** Arbeitgeber – sowohl in der Vertragsbeziehung, als auch in der Betriebsbeziehung. Er ist auch alleiniger Ansprechpartner (Betriebspartner i. S. d. BetrVG) des Betriebsrats.⁷⁴⁷

b) In betriebs- und personalwirtschaftlicher Hinsicht kann die Abkoppelung der Arbeitgeberfunktion von der Unternehmensfunktion und die Trennung von Belegschaft und Betriebsmitteln erreicht werden, was gerade für Unternehmer von großem Interesse sein wird.⁷⁴⁸ Allerdings dürfen bei solchen – arbeitgeberseitigen – Anreizen die arbeitsrechtlichen Gefahren nicht verschwiegen werden. Diese bestehen vor allem dann, wenn solche Gestaltungsformen – wie in der Vergangenheit von einzelnen Autoren geschehen – nur zu dem Zwecke angepriesen werden, der Belegschaft den Zugriff auf das Betriebsvermögen zu verwehren, das Grundvermögen davor zu bewahren einer möglichen Sozialplanhaftung zu unterliegen oder zu erreichen, dass zukünftige Sozialpläne an dem armen Betriebsführer ausgerichtet werden. Weiter ergeben sich auch dann weitreichende arbeitsrechtliche Gefahren, wenn der Betriebsübergang nur zu dem Zwecke herbeigeführt werden soll, den Verkauf für einen Erwerber attraktiver zu machen, damit dieser die Betriebsmittel des Eigentümers auch ohne die zuvor kraft § 613a BGB auf den Betriebsführer übertragenen Arbeitnehmer erwerben kann.⁷⁴⁹

aa) Eine allgemeine Grenze bildet dabei der **Einwand des Gestaltungsmissbrauchs**, insb. über die Konstellation eines sog. Strohmanggeschäfts. Hält der Eigentümer in Wirklichkeit weiterhin alle Fäden in der Hand, wird er so behandelt, als sei ein Arbeitgeberwechsel nicht erfolgt. Dies wird allerdings nur im Ausnahmefall denkbar – und nachweisbar – sein, da der Eigentümer gegenüber dem Betriebsführer ein gesetzliches Weisungsrecht (§ 665 BGB) hat, über welches er – je nach der im Vertrag festgelegten Reichweite – auf die Ausübung der Leitungsbefugnisse des Betriebsführers Einfluss nehmen kann. In der Regel

⁷⁴⁷ Vgl. hierzu im Einzelnen die vorangegangenen Ausführungen unter C. I. 2. b) aa) und C. I. 3. b) aa).

⁷⁴⁸ Vgl. *Rieble*, NZA 2010, 1145 (1145, 1149).

⁷⁴⁹ Vgl. hierzu im Einzelnen die vorangegangenen Ausführungen unter C. I. 4. bis 6.

D. Ergebnis der Untersuchungen

wird der Eigentümer über dieses – rechtlich zulässige – Weisungsrecht genügend Einfluss auf die Entscheidungen des Betriebsführers nehmen können.⁷⁵⁰

bb) Weiter sind auch die umfassenden Informationspflichten (§ 613a Abs. 5 BGB) und das Widerspruchsrecht (§ 613a Abs. 6 BGB) zu beachten. Nach § 613a Abs. 5 Nr. 3 BGB müssen die Arbeitnehmer über alle rechtlichen, wirtschaftlichen und sozialen Folgen informiert werden, folglich auch über den Verlust der Haftungsmasse oder des Betriebsvermögens, ob Rechte des Betriebsrats wegen der Unterschreitung von Schwellenwerten eingeschränkt werden, sowie ggf. über die Tatsache, falls der Betriebsführer nicht in der Lage sein wird, die übergående Arbeitgeberverpflichtung zu erfüllen. Will der Eigentümer den Betriebsführungsvertrag also nur zum Zwecke der Beschneidung von Arbeitnehmerschutzrechten einführen, werden die Arbeitnehmer dies erfahren und mit einem Kollektivwiderspruch (§ 613a Abs. 6 BGB) verhindern. Sollte versucht werden, einen solchen Zweck zu verschweigen oder zu verschleiern, hat dies – bis zur Grenze der Verwirkung – zur Folge, dass die Widerspruchsfrist mangels ausreichender Information nicht zu laufen beginnt und das Risiko der plötzlichen massenhaften Wiederherstellung des ursprünglichen Arbeitsverhältnisses zum abgehenden Eigentümer – und damit die Zerstörung des Vorhabens – unkalkulierbar wird.⁷⁵¹

cc) Zur erfolgreichen Verwirklichung der Gestaltungsmodelle ist ohnehin zwingende Voraussetzung, dass die Arbeitnehmer und deren betriebs- und unternehmensverfassungsrechtlichen Vertreter bei der Einführung und Umsetzung nicht übergangen werden. Es muss versucht werden, diese durch gezielte Kommunikation mit ins Boot zu holen und die Pläne mit ihren Vorteilen offensiv zu erläutern. Denn die Arbeitnehmer, ihre Vertreter und die Gewerkschaften werden von Missbrauchs- oder Verschleierungsvorhaben meist frühzeitig Kenntnis erlangen – dies stellt bspw. auch die notwendige Beteiligung des Wirtschaftsausschusses nach § 106 BetrVG für alle möglichen Anwendungsfälle sicher – und sich gegen solche Vorhaben wehren. Letztlich besteht auch dann insb. die Gefahr, dass sich die betroffene Belegschaft gegen die Pläne stellt und dem Betriebsübergang nach § 613a Abs. 6 BGB massenhaft widerspricht.⁷⁵² Erschöpft sich das Modell nicht alleine in einem Betriebsübergang nach § 613a BGB, sondern folgen auch Veränderungen der Betriebsstrukturen (Zusammenschluss oder Spaltung von Betrieben), ergeben sich zudem

⁷⁵⁰ Vgl. hierzu im Einzelnen die vorangegangenen Ausführungen unter C. I. 4.

⁷⁵¹ Vgl. hierzu im Einzelnen die vorangegangenen Ausführungen unter C. I. 4. und C. I. 6.

⁷⁵² Vgl. hierzu im Einzelnen die vorangegangenen Ausführungen unter C. I. 6.

D. Ergebnis der Untersuchungen

noch weitreichendere Beteiligungsrechte nach den §§ 111 ff. BetrVG, welche dem Unternehmer die Umsetzung missbräuchlicher oder schlecht kommunizierter Modelle erschweren können.⁷⁵³

dd) In der von *Rieble* angepriesenen Konstellation, die Trennung von Belegschaft und Betriebsmitteln herbeizuführen, damit ein Erwerber Betriebsmittel und Belegschaft getrennt erwerben kann,⁷⁵⁴ besteht **nach dem Betriebsübergang** auf den Betriebsführer ein von ihm in seinem Beitrag nicht erwähnter Schutz für die betroffenen Arbeitnehmer.⁷⁵⁵

Ausgangspunkt der von *Rieble* aufgestellten Behauptung ist der Grundsatz, dass nach dem Betriebsübergang auf den Betriebsführer ein erneuter Betriebsübergang nach § 613a BGB wegen der Veräußerung der beim Eigentümer zurückgebliebenen Sachmittel nicht mehr möglich ist, da die Arbeitnehmer nicht mehr in einem Arbeitsverhältnis zum Veräußerer (dem Eigentümer) stehen, sondern zum – an der Veräußerung der Sachmittel unbeteiligten – Betriebsführer.

In der Folge könnte der Erwerber der Sachmittel einzelne ausgewählte Arbeitnehmer des Betriebsführers mangels § 613a BGB zu schlechteren Konditionen neu einstellen, so dass die Gefahr besteht, dass die Beständigkeit des Verhältnisses zwischen Arbeitnehmer und der übertragenen wirtschaftlichen Einheit zerstört würde, obwohl ein einzelner Arbeitnehmer – ursprünglich als Arbeitnehmer des Eigentümers, dann als Arbeitnehmer des Betriebsführers und letztlich infolge Neueinstellung als Arbeitnehmer des Erwerbers – immer auf ein und demselben Arbeitsplatz tätig gewesen wäre.

Unter Berücksichtigung der Interpretation der Betriebsübergangsrichtlinie durch den EuGH und der Stellungnahme des Generalanwalts in der Rechtssache *Albron Catering BV* ist davon auszugehen, dass – jedenfalls bei einem Konzernverhältnis zwischen Eigentümer und Betriebsführer – auch die bloße Übertragung der arbeitnehmerlosen Einheit des **Eigentümers (als Veräußerer i. S. d. Betriebsübergangs-RL)** auf den Erwerber (Dritten) ausreichen kann, um einen (erneuten) Betriebsübergang für die Arbeitnehmer der Betriebsführungsgesellschaft auf den Erwerber (Dritten) anzunehmen. Die „Anstellungsgesellschaft“ (hier der Betriebsführer) muss so den Übergang der Arbeitsverhältnisse auf den Erwerber dulden. Namentlich wäre dies bspw. bei einem sachmittelgeprägten Betrieb dann der Fall,

⁷⁵³ Vgl. hierzu im Einzelnen die vorangegangenen Ausführungen unter C. V. 1.

⁷⁵⁴ Vgl. *Rieble*, NZA 2010, 1145 (1145, 1149).

⁷⁵⁵ Vgl. hierzu im Einzelnen die vorangegangenen Ausführungen unter C. I. 5.

D. Ergebnis der Untersuchungen

wenn die übertragenen Betriebsmittel als organisatorische Gesamtheit durch den Erwerber übernommen und anschließend in „eigener Regie“ mit gleicher Tätigkeit weiter genutzt würden, der Erwerber sich folglich „ins gemachte Nest setzt“. Weiter wird die Annahme eines Betriebsübergangs besonders deutlich, wenn der Erwerber neben den Betriebsmitteln auch das in dieser Einheit bislang – vor und nach dem Betriebsübergang im Eigentümerbetrieb – eingesetzte Personal von dem Betriebsführer kraft Neueinstellung in nicht unwesentlicher Zahl übernimmt und auf denselben Positionen wie zuvor einsetzt.

Weiter darf nicht vergessen werden, dass auch die Übernahme der Arbeitnehmer des Betriebsführers zum neuen Erwerber einen Betriebsübergang auslösen kann, wenn er diese als wirtschaftliche Einheit wieder an ihren ursprünglichen Arbeitsplätzen einsetzt und so der – betriebsmittelarme – Betrieb des **Betriebsführers (als Veräußerer)** übergeht. Die Zweckänderung, weg vom Betriebsführungsunternehmen, ist dabei unbeachtlich.

Im Übrigen ist – unabhängig von den beiden vorangegangenen Absätzen – zu erwarten, dass die nationalen Gerichte auch über das Instrument der **rechtsmissbräuchlichen Umgehung** von Arbeitnehmerschutzvorschriften (hier insb. von § 613a BGB) die Konstellation verhindern werden, wenn die Errichtung einer Betriebsführungsgesellschaft die Trennung von Sachmittel und Personal zum Zwecke der anschließenden Übertragung der arbeitnehmerlosen Einheiten auf einen Dritten (zur Vermeidung von § 613a BGB) bezweckt; oder weiter, um sich der Arbeitnehmer – nach Veräußerung der Sachmittel – durch betriebsbedingte Kündigungen beim – dann beschäftigungslosen – Betriebsführungsunternehmen zu entledigen und zudem einen Interessenausgleich und Sozialplan an den finanziellen Verhältnissen des betriebsmittellosen Betriebsführers auszurichten.

c) Besondere Vorsicht ist auch dann geboten, wenn ein Betriebsführungsunternehmen mehrere **verschiedene Unternehmen** betreut (sog. Bewirtschaftungsfunktion). Zwar können so Gesamtbetriebsräte innerhalb der zu betreuenden Unternehmen (Eigentümerunternehmen) aufgrund des Betriebsübergangs entfallen (bspw. wenn alle Betriebe vom Betriebsführer übernommen werden), allerdings muss dafür – anders als wenn ein echter Betriebsführungsvertrag abgeschlossen worden wäre – **ein** Gesamtbetriebsrat bei dem (einzigem) Betriebsführer gegründet werden, falls dort mehrere selbständige Betriebe mit zwei oder mehr Betriebsräten bestehen. Dieser ist für **alle** (übergegangenen) Betriebe der zu betreuenden Unternehmen zuständig. So würden sich Vertreter von Betriebsräten aus ur-

D. Ergebnis der Untersuchungen

sprünglich (vor § 613a BGB) verschiedenen Unternehmen bei einem Betriebsführer zu einem Gesamtbetriebsrat vermischen, weil die (kraft dezentraler Leitungsstruktur identitätswahrenden) Betriebe nur noch dem Betriebsführer (als Unternehmen) zuzuordnen sind. Dieser Fall wird wohl meist nicht erwünscht sein und ist daher immer zu berücksichtigen, wenn Betriebsführungsgesellschaften eingeschaltet werden, die mehr als ein Unternehmen betreuen.⁷⁵⁶

2. Der Betriebsführer bringt eigene Arbeitnehmer mit

a) Hier bestehen für die Beurteilung der arbeitsrechtlichen Folgen für die bereits vorhandenen Arbeitnehmer des Betriebsführers keine besonderen Schwierigkeiten. Der Betriebsführer bleibt Arbeitgeber seiner eigenen Mitarbeiter. Dies gilt unabhängig davon, ob Arbeitnehmer des Eigentümers und des Betriebsführers „vermengt“ werden. Der Betriebsführer übt sein originäres Weisungsrecht für diese Mitarbeiter weiterhin im eigenen Namen aus.⁷⁵⁷

b) Mit dem unechten Betriebsführungsvertrag lassen sich die Schwierigkeiten eines gemeinsamen Betriebs vermeiden, da es nur noch ein „Gemeinschaftsunternehmen“ gibt, das an der Leitung des übergegangenen Betriebs beteiligt ist und auch alle von der Betriebsführung betroffenen Arbeitnehmer des Eigentümers nach dem Betriebsübergang solche des Betriebsführers sind. Dies gilt auch noch dann, wenn der Betriebsführer im Auftrag mehrerer (Konzern-)Unternehmen handelt, z. B. die Arbeitgeberverantwortung für mehrere Unternehmen (einheitlich) übernimmt. Ein gemeinsamer Betrieb mehrerer Unternehmen kommt nicht mehr in Betracht.

c) Im Übrigen bestehen keine Besonderheiten zu den vorangegangenen Ausführungen unter 1., so dass insoweit auf diese verwiesen werden kann.

⁷⁵⁶ Vgl. hierzu im Einzelnen die vorangegangenen Ausführungen unter C. III. 1. b) cc).

⁷⁵⁷ Vgl. hierzu im Einzelnen die vorangegangenen Ausführungen unter C. I. 2. b) bb) und C. I. 3. b) bb).

LITERATURVERZEICHNIS

- Altmeppen, Holger/Roth, Günter* (Hrsg.), Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG) Kommentar, 7. Aufl., München 2012 [zitiert: Bearbeiter, in: Altmeppen/Roth, GmbHG].
- Ascheid, Reiner/Preis, Ulrich/Schmidt, Ingrid* (Hrsg.), Kündigungsrecht: Großkommentar zum gesamten Recht der Beendigung von Arbeitsverhältnissen, 4. Aufl., München 2012 [zitiert: Bearbeiter, in: Ascheid u. a., Kündigungsrecht].
- Bachmann, Gregor*, Mitbestimmung bei Umstrukturierung betrieblicher Sozialeinrichtungen, NZA 2002, 1130-1138.
- Bamberger, Heinz Georg/Roth, Herberth* (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar BGB, München Stand: 01.02.2012 [zitiert: Bearbeiter, in: Bamberger/Roth, BeckOK BGB].
- Bauer, Jobst-Hubertus*, Neues Spiel bei der Betriebsänderung und der Beschäftigungssicherung?, NZA 2001, 375-379.
- Bauer, Jobst-Hubertus/Göpfert, Burkard/Haußmann, Katrin/Krieger, Steffen*, Umstrukturierung – Handbuch für die arbeitsrechtliche Praxis, 2. Aufl., Köln 2009.
- Bauer, Jobst-Hubertus/Heimann, Daniel*, Leiharbeit und Werkvertrag – Achse des Bösen?, NJW 2013, 3287.
- Bauer, Jobst-Hubertus/von Medem, Andreas*, § 613a BGB: Übergang von Leiharbeitsverhältnissen bei Übertragung des Entleiherbetriebs?, NZA 2011, 20-23.
- Birk, Rolf*, Arbeitsrechtliche Probleme der Betriebsaufspaltung, BB 1976, 1227-1232.
- Ders.*, Betriebsaufspaltung und Änderung der Konzernorganisation im Arbeitsrecht, ZGR 1984, 23-70.
- Bissels, Alexander*, BB-Kommentar zu: BAG, Beschl. v. 13.03.2013 – 7 ABR 68/11, Berücksichtigung von Leiharbeitnehmern bei Betriebsratsgröße, BB 2013, 2045-2047.
- Boldt, Gerhard*, Anm. zum BAG Urteil vom 29.11.1978 – 4 AZR 276/77, AP BGB § 611 Nr. 18 Bergbau.
- Bork, Reinhard*, Arbeitnehmerschutz bei der Betriebsaufspaltung, BB 1989, 2181-2187.
- Böhm, Wolfgang*, 60 Jahre Betriebsverfassungsgesetz – Rückblick und Ausblick anhand Zentralbegriffe *Betrieb* und *Arbeitnehmer*, RdA 2013, 193-211.
- Böttcher, Lars/Liekefett, Kai Haakon*, Mitbestimmung bei Gemeinschaftsunternehmen mit mehr als zwei Muttergesellschaften – Eine kautelarjuristische Betrachtung, NZG 2003, 701-708.
- Brandes, Stephan*, Europäische Aktiengesellschaft: Juristische Person als Organ?, NZG 2004, 642-649.
- Brors, Christiane*, „Fremdpersonaleinsatz“ - Wer ist gemäß § 7 S. 2 BetrVG wahlberechtigt?, NZA 2002, 123-126.

- Brors, Christiane/Schüren, Peter*, Konzerninterne Arbeitnehmerüberlassung zur Kostensenkung, BB 2004, 2745-2752.
- Damm, Reinhard*, Die aktienrechtliche Zulässigkeit von Betriebsführungsverträgen, BB 1976, 294-297.
- Däubler, Wolfgang*, Die veränderte Betriebsverfassung – Erste Anwendungsprobleme, AuR 2001, 285-291.
- Ders.*, Anm. zum BAG Beschluss vom 29.09.2004 – 1 ABR 39/03, AP BetrVG 1972 § 99 Nr. 40 Versetzung.
- Däubler, Wolfgang/Hjort, Jens Peter/Schubert, Michael/Wolmerath, Martin* (Hrsg.), Arbeitsrecht Kommentar, 3. Aufl., Baden-Baden 2013 [zitiert: Bearbeiter, in: Däubler u. a., Arbeitsrecht].
- Däubler, Wolfgang/Kittner, Michael/Klebe, Thomas/Wedde, Peter* (Hrsg.), Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung und EBR-Gesetz, 13. Aufl., Frankfurt a. M. 2012 [zitiert: Bearbeiter, in: Däubler u. a., BetrVG].
- Dauner-Lieb, Barbara/Langen, Werner*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 2/2: Schuldrecht §§ 611-853, 2. Aufl., Baden-Baden 2012 [zitiert: Bearbeiter, in: Dauner-Lieb/Langen, BGB-Kommentar, Buch 2/2].
- Döring, Patrick*, Sicherung kommunaler Gestaltungsmöglichkeiten in unterschiedlichen Privatisierungsformen – Beispiel Wasserversorgung, netWORKS-Papers, Heft 12, Berlin 2005, kostenloser Download unter: <http://networks-group.de/veroeffentlichungen/> (zuletzt besucht am 07.03.2012).
- Düwell, Franz Josef* (Hrsg.), Betriebsverfassungsgesetz Handkommentar, 3. Aufl., Baden-Baden 2010 [zitiert: Bearbeiter, in: Düwell, BetrVG].
- Düwell, Franz Josef/Dahl, Holger*, Mitbestimmung des Betriebsrats beim Einsatz von Leiharbeitnehmern, NZA-RR 2011, 1-8.
- Ellrott, Helmuth/Förschle, Gerhart/Grottel, Bernd/Kozikowski, Michael/Schmidt, Stefan/Winkeljohann, Norbert* (Hrsg.), Beck'scher Bilanz-Kommentar Handels- und Steuerbilanz §§ 238 bis 339, 342 bis 342 e HGB mit IFRS-Abweichungen, 8. Aufl., München 2012 [zitiert: Bearbeiter, in: Ellrott u. a., Beck-BilanzK.].
- Emmerich, Volker/Habersack, Mathias* (Hrsg.), Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 6. Aufl., München 2010.
- Fabricius, Fritz*, Rechtsprobleme gespaltener Arbeitsverhältnisse im Konzern, Neuwied/Darmstadt 1982.
- Ders.* (Hrsg.), Gemeinschaftskommentar zum Mitbestimmungsgesetz, Neuwied 1977 [zitiert: Bearbeiter, in: Fabricius, GK-MitbestG].
- Fenzl, Alexander*, Betriebspacht-, Betriebsüberlassungs- und Betriebsführungsverträge in der Konzernpraxis, Köln/Berlin/München 2007.
- Fischer, Martin/Zwetkow, Katrin*, Systematisierung der derzeitigen Privatisierungsmöglichkeiten auf dem deutschen Wassermarkt – Trennung von Netz und Betrieb als zusätzliche Option?, NVwZ 2003, 281-291.
- Fischer, Ulrich*, Die Eingliederung eines Betriebes oder Betriebsteils nach § 21a BetrVG als Sonderfall der Betriebszusammenfassung, RdA 2005, 39-44.

- Fitting, Karl/Kaiser, Heinrich/Heither, Friedrich/Engels, Gerd/Schmidt, Ingrid* (Hrsg.), Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung Handkommentar, 21. Aufl., München 2002 [zitiert: Fitting, BetrVG, 21. Aufl.].
- Fitting, Karl/Engels, Gerd/Schmidt, Ingrid/Trebinger, Yvonne/Linsenmaier, Wolfgang* (Hrsg.), Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung Handkommentar, 24. Aufl., München 2008 [zitiert: Fitting, BetrVG, 24. Aufl.].
- Dies.* (Hrsg.), Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung Handkommentar, 27. Aufl., München 2014 [zitiert: Fitting, BetrVG].
- Fleischer, Holger/Goette, Wulf* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung – GmbHG, Bd. 1: §§ 1-34, 1. Aufl., München 2010 [zitiert: Bearbeiter, in: Fleischer/Goette, MüKo-GmbHG, Bd. 1].
- Friese, Birgit*, Die Bildung von Spartenbetriebsräten nach § 3 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG, RdA 2003, 92-101.
- Gaul, Björn*, Beteiligungsrechte des Betriebsrats aus §§ 111, 112 BetrVG bei der Spaltung eines gemeinsamen Betriebs mehrerer Unternehmen, NZA 2003, 695-701.
- Gaul, Björn/Ludwig, Daniel*, Wird § 613a BGB jetzt uferlos? – Neues von EuGH und BAG zu Leiharbeitnehmern beim Betriebsübergang –, DB 2011, 298-303.
- Gaul, Dieter*, Die Betriebsüberlassung als betriebsverfassungsrechtliches Problem, RdA 1954, 247-251.
- Gessler, Ernst*, Der Betriebsführungsvertrag im Licht der aktienrechtlichen Zuständigkeitsordnung, in: Fischer, Robert/Gessler, Ernst/Schilling, Wolfgang/Serick, Rolf/Ulmer, Peter (Hrsg.), Festschrift für Wolfgang Hefermehl zum 70. Geburtstag am 18. September 1976, München 1976, S. 263-282.
- Goette, Wulf/Habersack, Mathias* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Bd. 5: §§ 278-328, 3. Aufl., München 2010 [zitiert: Bearbeiter, in: Goette/Habersack, MüKo-AktG, Bd. 5].
- Grobys, Marcel/Panzer, Andrea* (Hrsg.), StichwortKommentar Arbeitsrecht, 1. Aufl., Baden-Baden 2013 [zitiert: Bearbeiter, in: Grobys/Panzer, Stichwort Kommentar Arbeitsrecht].
- Henssler, Martin*, Aufspaltung, Ausgliederung und Fremdvergabe, NZA 1994, 294-305.
- Henssler, Martin/Kalb, Heinz-Jürgen/Willemsen, Heinz Josef* (Hrsg.), Arbeitsrecht Kommentar, 6. Aufl., Köln 2014 [zitiert: Bearbeiter, in: Henssler u. a., Arbeitsrecht Kommentar].
- Hess, Harald/Schlochauer, Ursula/Worzalla, Michael/Glock, Dirk/Nicolai, Andrea* (Hrsg.), Kommentar zum Betriebsverfassungsrecht, 8. Aufl., Köln 2011 [zitiert: Bearbeiter, in: Hess u. a., BetrVG].
- Hoffmann-Becking, Michael* (Hrsg.), Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 4: Aktiengesellschaft, 3. Aufl., München 2007 [zitiert: Bearbeiter, in: Hoffmann-Becking, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 4].
- Hölters, Wolfgang* (Hrsg.), Aktiengesetz Kommentar, 1. Aufl., München 2011 [zitiert: Bearbeiter, in Hölters, AktG].

Literaturverzeichnis

- Hopt, Klaus J.* (Hrsg.), Vertrags- und Formularbuch zum Handels-, Gesellschafts- und Bankrecht, 3. Aufl., München 2007.
- Hoyningen-Huene, Gerrick v.*, Das Betriebsverhältnis – Eine Skizze zum betriebsverfassungsrechtlichen Kooperationsverhältnis, NZA 1989, 121-125.
- Huber, Ulrich*, Betriebsführungsverträge zwischen selbständigen Unternehmen, ZHR 152 (1988), 1-37.
- Ders.*, Betriebsführungsverträge zwischen konzernverbundenen Unternehmen, ZHR 152 (1988), 123-164.
- Hümmerich, Klaus/Boecken, Winfried/Düwell, Franz Josef*, Nomos Kommentar Arbeitsrecht, 2. Aufl., Baden-Baden 2010 [zitiert: *Bearbeiter*, in: *Hümmerich u. a.*, *Arbeitsrecht Kommentar*].
- Hunold, Wolf*, Fortentwicklung des Einstellungsbegriffs in der Rechtsprechung des BAG, NZA 1998, 1025-1030.
- Jäger, Georg*, Die Betriebsaufspaltung durch Ausgliederung einzelner Betriebsteile als sozialplanpflichtige Betriebsänderung, BB 1988, 1036-1041.
- Jauernig, Othmar* (Hrsg.), BGB Kommentar mit Allgemeinem Gleichbehandlungsgesetz, 14. Aufl., München 2011 [zitiert: *Bearbeiter*, in: *Jauernig*, *BGB-Kommentar*].
- Joachim, Willi E.*, Hotelbetreiberverträge als Pacht- und Managementverträge – Aktuelle Regelungsbeispiele und Entwicklungstendenzen, NZM 2001, 162-167.
- Joost, Detlev*, Betrieb und Unternehmen als Grundbegriffe im Arbeitsrecht, München 1988.
- Joost, Detlev/Strohn, Lutz* (Hrsg.), Handelsgesetzbuch, Bd. 1: §§ 1-342e, 2. Aufl., München 2008 [zitiert: *Bearbeiter*, in: *Joost/Strohn*, *Handelsgesetzbuch*, Bd. 1].
- Kamlah, Klaus*, Die organisatorische Verselbständigung von Geschäftszweigen im Konzern zwischen Steuerrecht, Arbeitsrecht und Konzernrecht, BB 2003, 109-116.
- Kaufmann, Stephanie*, Die betriebsverfassungsrechtliche Zuordnung gewerbsmäßig überlassener Leiharbeiternehmer, Europäische Hochschulschriften, Frankfurt 2004.
- Keller, Thomas*, Konzernierung mit Betriebsführungsmodellen, DB 1994, 2097-2101.
- Kleinebrink, Wolfgang/Commandeur, Gert*, Der Übergang einer wirtschaftlichen **Teileinheit** als Betriebsänderung, NZA 2007, 113-120.
- Koller, Ingo*, Anm. zum BAG Urteil vom 20.07.1982 – 3 AZR 556/80, AP BGB § 611 Nr. 5 Mittelbares Arbeitsverhältnis.
- Kreutz, Peter*, Die Errichtung eines Konzernbetriebsrats durch den einzigen Gesamtbetriebsrat (oder Betriebsrat) im Konzern, NZA 2008, 259-263.
- Lembke, Mark*, Der Einsatz von Fremdpersonal im Rahmen von freier Mitarbeit, Werkverträgen und Leiharbeit, NZA 2013, 1312-1318.
- Lingemann, Stefan*, Betriebsänderungen nach neuem BetrVG, NZA 2002, 934-945.
- Löffler, Joachim*, Betriebsführungsverträge mit Personengesellschaften, NJW 1983, 2920-2923.

- Loos, Gerold*, Betriebsführungsverträge und damit verbundene Generalvollmacht bei Handelsgesellschaften, BB 1963, 615-620.
- Lorz, Rainer/Pfisterer, Benedikt/Gerber, Olaf* (Hrsg.), Beck'sches Formularbuch GmbH-Recht, 1. Aufl., München 2010 [zitiert: Bearbeiter, in: Lorz u. a., Beck'sches Formularbuch GmbH-Recht].
- Löwisch, Manfred*, Änderung der Betriebsverfassung durch das Betriebsverfassungs-Reformgesetz, Teil II: Die neuen Regelungen zur Mitwirkung und Mitbestimmung, BB 2001, 1790-1798.
- Löwisch, Manfred/Schmidt-Kessel, Martin*, Die gesetzliche Regelung von Übergangsmandat und Restmandat nach dem Betriebsverfassungsreformgesetz, BB 2001, 2162-2165.
- Maschmann, Frank*, Betriebsrat und Betriebsvereinbarung nach einer Umstrukturierung, NZA-Beil. 2009, 32-41.
- Maschmann, Frank*, Fremdpersonaleinsatz im Unternehmen und die Flucht in den Werkvertrag, NZA 2013, 1305-1312.
- Moll, Wilhelm* (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, 2. Aufl., München 2009 [zitiert: Bearbeiter, in: Moll, Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht].
- Müller-Bonanni, Thomas*, Betriebsübergang – ja oder nein? – Die aktuelle Rechtsprechung zum Tatbestand des § 613a BGB, NZA-Beil. 2009, 13-18.
- Müller-Glöge, Rudi/Preis, Ulrich/Schmidt, Ingrid* (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 12. Aufl., München 2012 [zitiert: Bearbeiter, in: Müller-Glöge u. a., ErfK.].
- Müllner, Wolfgang*, Aufgespaltene Arbeitgeberstellung und Betriebsverfassungsrecht, Berlin 1978.
- Najork, Eike*, Der Facility Management-Vertrag, NJW 2006, 2881-2884.
- Oesterreich, Jörg*, Die Betriebsüberlassung zwischen Vertragskonzern und faktischem Konzern: Zum sog. Umgehungsproblem bei den Unternehmensverträgen der §§ 291, 292 I Ziff. 3 AktG, Köln 1979.
- Palandt, Otto* (begründet von), Palandt BGB Kommentar, 71. Aufl., München 2012 [zitiert: Bearbeiter, in: Palandt, BGB-Kommentar].
- Pielow, Johann Christian* (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar Gewerberecht, München Stand: 01.02.2012 [zitiert: Bearbeiter, in: Pielow, BeckOK Gewerberecht].
- Pietzko, Joachim*, Der Tatbestand des § 613a BGB, Berlin 1988.
- Raupach, Arndt*, Schuldvertragliche Verpflichtungen anstelle beteiligungsgestützter Beherrschung, in: Westermann, Harm Peter/Mock, Klaus (Hrsg.), Festschrift für Gerold Bezenberger zum 70. Geburtstag am 13. März 2000, Berlin/New York 2000, S. 327-358.
- Reichold, Hermann*, Betriebsverfassung ohne „Betrieb“? Zur Strukturreform des Betriebsverfassungsgesetzes aus privatrechtsdogmatischer Sicht, NZA 1999, 561-570.
- Ders.*, Die reformierte Betriebsverfassung 2001 – Ein Überblick über die neuen Regelungen des Betriebsverfassungs-Reformgesetzes, NZA 2001, 857-865.

- Ders.*, Durchbruch zu einer europäischen Betriebsverfassung. Die Rahmen-Richtlinie 2002/14/EG zur Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer, NZA 2003, 289-299.
- Ders.*, Betrieb und/oder Unternehmen – Note mangelhaft für den Reform-Gesetzgeber!, NZA 2005, 622-623.
- Ders.*, Sozialplanpflicht bei Neugründung kraft Betriebsübergangs – Besprechung des Beschlusses BAG v. 27.06.2006 – 1 ABR 18/05, RdA 2007, 372-375.
- Ders.*, Arbeitsrecht, Lernbuch nach Anspruchsgrundlagen, 3. Aufl., München 2008.
- Ders.*, Anm. zum BAG Beschluss vom 13.03.2013 – 7 ABR 69/11, AP BetrVG 1972 § 9 Nr. 15.
- Richardi, Reinhard* (Hrsg.), Betriebsverfassungsgesetz Kommentar mit Wahlordnung, 7. Aufl., München 1998 [zitiert: Richardi, BetrVG, 7. Aufl.].
- Ders.* (Hrsg.), Betriebsverfassungsgesetz Kommentar mit Wahlordnung, 13. Aufl., München 2012 [zitiert: Bearbeiter, in: Richardi, BetrVG].
- Richardi, Reinhard/Wißmann, Hellmut/Wlotzke, Otfried/Oetker, Hartmut* (Hrsg.), Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 1: Individualarbeitsrecht, 3. Aufl., München 2009 [zitiert: Bearbeiter, in: Richardi u. a., Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 1].
- Dies.* (Hrsg.), Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 2: Kollektivarbeitsrecht/Sonderformen, 3. Aufl., München 2009 [zitiert: Bearbeiter, in: Richardi u. a., Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 2].
- Rieble, Volker*, Das Übergangsmandat nach § 21a BetrVG, NZA 2002, 233-241.
- Ders.*, Kollektivwiderspruch nach § 613a VI BGB, NZA 2005, 1-8.
- Ders.*, Betriebsführungsvertrag als Gestaltungsinstrument, NZA 2010, 1145-1150.
- Ders.*, Leiharbeiter zählen doch?, NZA 2012, 485-487.
- Rieble, Volker/Gistel, Cornelia*, Konzernpersonaldienstleister und Gemeinschaftsbetrieb, NZA 2005, 242-247.
- Rolfs, Christian/Giesen, Richard/Kreikebohm, Ralf/Udsching, Peter* (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar Arbeitsrecht, München Stand: 01.12.2011 [zitiert: Bearbeiter, in: Rolfs u. a., BeckOK Arbeitsrecht].
- Rost, Friedhelm*, Arbeitnehmer und arbeitnehmerähnliche Personen im Betriebsverfassungsrecht, NZA 1999, 113-121.
- Rump, Jutta/Schabel, Frank/Alich, David/Groh, Sybylle*, Arbeits- und Organisationsstrukturen in Bewegung, Eine empirische Studie des Instituts für Beschäftigung und Employability (IBE) im Auftrag von Hays, Mannheim/Ludwigshafen 2011, <http://www.hays.de/studien> (zuletzt besucht am 07.03.2012).
- Rüthers, Bernd*, Mitbestimmungsprobleme in Betriebsführungsaktiengesellschaften, BB 1977, 605-612.
- Säcker, Franz Jürgen*, Die Wahlordnungen zum Mitbestimmungsgesetz: Gesellschafts-, konzern- und arbeitsrechtliche Vorfragen und wahlorganisationsrechtliche Hauptprobleme des Wahlverfahrens, München 1978.

- Ders.*, Arbeitnehmerüberlassung im Konzern und Betriebsratsorganisation, in: Westermann, Harm Peter/Rosener, Wolfgang (Hrsg.), Festschrift für Karlheinz Quack zum 65. Geburtstag am 03. Januar 1991, Berlin New York 1991, S. 421-437.
- Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 1: Allgemeiner Teil, §§ 1-240, ProstG, AGG, 6. Aufl., München 2012 [zitiert: Bearbeiter, in: Säcker/Rixecker, MüKo-BGB, Bd. 1].
- Dies.* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 2: Schuldrecht Allgemeiner Teil, §§ 241-432, 5. Aufl., München 2007 [zitiert: Bearbeiter, in: Säcker/Rixecker, MüKo-BGB, Bd. 2].
- Dies.* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 3: Schuldrecht, Besonderer Teil, §§ 433-610, Finanzierungsleasing, HeizkostenV, BetriebskostenV, CISG, 6. Aufl., München 2012 [zitiert: Bearbeiter, in: Säcker/Rixecker, MüKo-BGB, Bd. 3].
- Dies.* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 4: Schuldrecht, Besonderer Teil II, §§ 611-704, EFZG, TzBfG, KSchG, 5. Aufl., München 2009 [zitiert: Bearbeiter, in: Säcker/Rixecker, MüKo-BGB, Bd. 4].
- Dies.* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 5: Schuldrecht, Besonderer Teil III, §§ 705-853, Partnerschaftsgesellschaftsgesetz, Produkthaftungsgesetz, 5. Aufl., München 2009 [zitiert: Bearbeiter, in: Säcker/Rixecker, MüKo-BGB, Bd. 5].
- Salje, Peter*, Betriebsaufspaltung und Arbeitnehmerschutz, NZA 1988, 449-455.
- Schaub, Günter*, Heim- und Telearbeit sowie bei Dritten beschäftigte Arbeitnehmer im Referenten- und Regierungsentwurf zum BetrVG, NZA 2001, 364-366.
- Schaub, Günter/Koch, Ulrich* (Hrsg.), Arbeitsrecht von A-Z, 18. Aufl., München 2009.
- Schiefer, Bernd*, Outsourcing, Auftragsvergabe, Betriebsübergang – nach geänderter Rechtsprechung, NZA 1998, 1095-1107.
- Schiefer, Bernd/Pogge, Beate*, Betriebsübergang und dessen Folgen – Tatbestand des § 613a BGB und Fortgeltung kollektiv-rechtlicher Regelungen, NJW 2003, 3734-3741.
- Schmädicke, Axel/Glaser, Regina/Altmüller, Finn*, Die Rechtsprechung zum gemeinsamen Betrieb mehrerer Unternehmen in den Jahren 2001 bis 2004, NZA-RR 2005, 393-400.
- Schmidt, Ingrid*, Gemeinschaftsbetriebe und Gesamtbetriebsrat, in: Hanau, Peter/Röllner, Jürgen/Macher, Ludwig/Schlegel, Rainer (Hrsg.), Personalrecht im Wandel, Arbeitsrecht Lohnsteuerrecht Sozialversicherungsrecht, Festschrift für Wolfdieter Küttner zum 70. Geburtstag, München 2006, S. 499-508.
- Schmidt, Karsten* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Bd. 1: Erstes Buch. Handelsstand §§ 1-104a, 3. Aufl., München 2010 [zitiert: Bearbeiter, in: Schmidt, MüKo-HGB, Bd. 1].
- Ders.* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Bd. 2: Zweites Buch. Handelsgesellschaften und stille Gesellschaft, Erster Abschnitt. Offene Handelsgesellschaft §§ 105-160, 3. Aufl., München 2011 [zitiert: Bearbeiter, in: Schmidt, MüKo-HGB, Bd. 2].
- Schmidt, Karsten/Lutter, Marcus* (Hrsg.), Aktiengesetz Kommentar, Bd. 2: §§ 150-410, 2. Aufl., Köln 2010 [zitiert: Bearbeiter, in: Schmidt/Lutter, AktG-K.].

Literaturverzeichnis

- Schneider, Uwe H.*, Teil I: Vertragsrechtliche, gesellschaftsrechtliche und arbeitsrechtliche Probleme von Betriebspachtverträgen, Betriebsüberlassungsverträgen und Betriebsführungsverträgen, JbFfSt 1982/1983, 387-412.
- Schulze, Reiner/Dörner, Heinrich/Ebert, Ina/Hoeren, Thomas/Kemper, Reiner/Saenger, Ingo/Schreiber, Klaus/Schulte-Nölke, Hans/Staudinger, Ansgar* (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar, 7. Aufl., Baden-Baden 2012 [zitiert: Bearbeiter, in: Schulze u. a., BGB-Kommentar].
- Schüren, Peter*, Kostensenkung durch konzerneigene Verleihunternehmen, BB 2007, 2346-2350.
- Ders.* (Hrsg.), Arbeitnehmerüberlassungsgesetz Kommentar, 4. Aufl., München 2010 [zitiert: Bearbeiter, in: Schüren/Hamann, AÜG].
- Schwab, Brent*, Der Gesamtbetriebsrat – Rechtsstatus und Kompetenz, NZA-RR 2007, 505-510.
- Seitz, Theodor*, Sozialplanhaftung und Umwandlungsrecht, in: Bauer, Jobst-Hubertus/Kort, Michael/Möllers, Thomas M. J./Sandmann, Bernd (Hrsg.), Festschrift für Herbert Buchner zum 70. Geburtstag, München 2009, S. 849-858.
- Sick, Joachim*, Der gemeinsame Betrieb mehrerer Unternehmen, BB 1992, 1129-1132.
- Sieg, Rainer/Maschmann, Frank*, Unternehmensumstrukturierung aus arbeitsrechtlicher Sicht, 2. Aufl., München 2010.
- Spindler, Gerald/Stilz, Eberhard*, Kommentar zum Aktiengesetz, Bd. 1: §§ 1-149, 2. Aufl., München 2010 [zitiert: Bearbeiter, in: Spindler/Stilz, Aktiengesetz, Bd.1].
- Stangl/Winter*, Betriebsführungsvertrag, in: Alvermann, Jörg u. a. (Autoren), Formularbuch Recht und Steuern, 7. Aufl., München 2011, Rechtsstand bei Beck-Online 01.07.2011.
- Staudinger, Julius v.*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 1: Allgemeiner Teil §§ 164-240 (Allgemeiner Teil 5), Berlin 2009 [zitiert: Bearbeiter, in: Staudinger, BGB-Kommentar, Buch 1].
- Ders.*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse §§ 611-613 (Dienstvertragsrecht 1), Berlin 2011 [zitiert: Bearbeiter, in: Staudinger, BGB-Kommentar, Buch 2-1].
- Ders.*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse §§ 613a-619a (Dienstvertragsrecht 2), Berlin 2011 [zitiert: Bearbeiter, in: Staudinger, BGB-Kommentar, Buch 2-2].
- Ulmer, Peter/Habersack, Mathias/Henssler, Martin* (Hrsg.), Mitbestimmungsrecht, 2. Aufl., München 2006 [zitiert: Bearbeiter, in: Ulmer u. a., MitbestR].
- Veelken, Winfried*, Der Betriebsführungsvertrag im deutschen und amerikanischen Aktien- und Konzernrecht, Baden-Baden 1975.
- Weißmüller, Wolfgang*, Der Betriebsführungsvertrag – eine Alternative zum Unternehmenskauf, BB 2000, 1949-1955.
- Wiedemann, Herbert*, Die Unternehmensgruppe im Privatrecht: Methodische und sachliche Probleme des deutschen Konzernrechts, Tübingen 1988.

- Wiese, Günther*, Beteiligungsrechte des Betriebsrats bei Drittbeziehungen des Arbeitgebers, NZA 2003, 1113-1121.
- Wiese, Günther/Kreutz, Peter/Oetker, Hartmut/Raab, Thomas/Weber, Christoph/Franzen, Martin* (Hrsg.), Gemeinschaftskommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, Bd. I: §§ 1-73b mit Wahlordnung, 9. Aufl., Neuwied 2010 [zitiert: Bearbeiter, in: Wiese u. a., GK-BetrVG, Bd. I].
- Dies.* (Hrsg.), Gemeinschaftskommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, Bd. II: §§ 74-132, 9. Aufl., Neuwied 2010 [zitiert: Bearbeiter, in: Wiese u. a., GK-BetrVG, Bd. II].
- Willemsen, Heinz-Josef*, Anm. zum BAG Urteil vom 20.11.1984 – 3 AZR 584/83, AP BGB § 613a Nr. 38 Ruhegehalt.
- Ders.*, Die neuere Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zu § 613a BGB, ZIP 1986, 477-487.
- Ders.*, Arbeitsrechtliche Fragen der Privatisierung und Umstrukturierung öffentlicher Rechtsträger, in: Oetker, Hartmut/Preis, Ulrich/Rieble, Volker (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesarbeitsgericht, München 2004, S. 287-309.
- Willemsen, Heinz Josef/Hohenstatt, Klaus-Stefan/Schmitke, Elmar/Schweibert, Ulrike/Seibt, Christoph H.* (Hrsg.), Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen – Arbeitsrechtliches Handbuch –, 4. Aufl., München 2011.
- Willemsen, Heinz Josef/Müntefering, Michael*, Outsourcing nach „Güney-Görres“ – Von der eigenwirtschaftlichen Nutzung zum Kern der Wertschöpfung, NZA 2006, 1185-1191.
- Windbichler, Christine*, Betriebsführungsverträge zur Bindung kleiner Unternehmen an große Ketten, ZIP 1987, 825-829.
- Dies.*, Arbeitsrecht im Konzern, München 1989.
- Winter, Michael/Theisen, Dominik*, Betriebsführungsverträge in der Konzernpraxis, AG 2011, 662-668.
- Wisniewski, Thomas/Weppner, Simon*, Der neue Umwandlungssteuererlass – Konsequenzen für die gesellschaftsrechtliche Beratung, GWR 2012, 53.
- Wißmann, Hellmut*, Die Suche nach dem Arbeitgeber in der Betriebsverfassung, NZA 2001, 409-414.
- Ders.*, Leitlinien aktueller Rechtsprechung zur Betriebsverfassung, NZA 2003, 1-6.
- Wollenschläger, Michael/von Harbou, Christopher*, Arbeitsrechtliche Fragen bei Privatisierungs- und Outsourcingmaßnahmen in öffentlichen Krankenhäusern, NZA 2005, 1081-1092.
- Zeuner, Albrecht*, Zur Bestimmung des für die Rechte nach § 102 BetrVG zuständigen Betriebsrates bei aufgespaltener Arbeitgeberstellung im Konzern, in: Dieterich, Thomas/Gamillscheg, Franz/Wiedemann, Herbert (Hrsg.), Festschrift für Marie Luise Hilger und Hermann Stumpf, München 1983, S. 771-783.
- Ziemons, Hildegard/Jaeger, Carsten* (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar GmbHG, München Stand: 01.11.2011 [zitiert: Bearbeiter, in: Ziemons/Jaeger, BeckOK GmbHG].

Literaturverzeichnis

Zöllner, Wolfgang, Betriebs- und unternehmensverfassungsrechtliche Fragen bei konzernrechtlichen Betriebsführungsverträgen, ZfA 1983, 93-106.

Zöllner, Wolfgang/Noack, Ulrich (Hrsg.), Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, Bd. 6: §§ 15-22 AktG, §§ 291-328 AktG und Meldepflicht nach §§ 21 ff. WpHG, SpruchG, 3. Aufl., Köln Berlin München 2004 [zitiert: Bearbeiter, in: Zöllner/Noack, Kölner-KommAktG, Bd. 6].