

§ 1 Einleitung und Grundlagen

A. Einleitung

Was ist der gemeinsame Betrieb? Sehr anschaulich spiegelt sich die Schwierigkeit diese Organisationsform rechtlich einzuordnen in der Bibliothek des Instituts wider, an dem die vorliegende Arbeit entstanden ist. Zwei Dissertationen mit ähnlicher inhaltlicher Ausrichtung und exakt dem gleichen Titel „Der gemeinsame Betrieb mehrerer Unternehmen“¹ standen dort nicht etwa direkt nebeneinander, sondern an völlig unterschiedlichen Orten. Die eine wurde in den Bereich „Grundbegriffe des Arbeitsrechts“ eingeordnet, die andere fand ihren Platz in der Rubrik „Betriebsverfassungsrecht“. Nun könnte sich auf den Standpunkt gestellt werden, dass eben beides richtig sei, der gemeinsame Betrieb einen betriebsverfassungsrechtlichen Grundbegriff des Arbeitsrechts darstellt. Es könnte aber auch daran gedacht werden, dass das bibliothekarische Zuordnungsproblem Ausdruck des realen Konflikts ist, ob der gemeinsame Betrieb allein von betriebsverfassungsrechtlicher oder auch von darüber hinausgehender, vor allem individualrechtlicher Bedeutung ist. Das Kategorisierungsdilemma fortführend könnte zudem gefragt werden, ob nicht in Wirklichkeit der Bereich „Besondere Arbeitsverhältnisse“ der passende Ort für eine Doktorarbeit mit dem genannten Titel wäre. Sinn und Zweck dieser Anekdote ist freilich nicht die Verunsicherung von Bibliotheksangestellten, sondern die Illustrierung eines tatsächlichen Problems: der gemeinsame Betrieb erscheint rechtlich nicht greifbar. Anspruch der folgenden Ausführungen ist es, zu der Lösung dieses Problems beizutragen.

I. Problemstellung

Unternehmen streben danach, Personalstrukturen möglichst kostenminimierend bzw. umgekehrt gewinnmaximierend zu gestalten. Dies ist in einem marktwirtschaftlichen System nichts Negatives, sondern etwas diesem Immanentes, ein Teil seiner DNA. Ein Gesetzgeber, der sich für dieses wirtschaftspolitische Modell entscheidet, kann daher gar nicht anders, als diesem Streben auf grundsätzlicher Ebene Legitimität zuzusprechen, will er sich nicht dem berechtigten Vorwurf widersprüchlichen Handelns aussetzen. Gleichzeitig ist die Notwendigkeit einer graduellen Begrenzung der unternehmerischen Gestaltungsmöglichkeiten aus sozialpolitischen Gründen heutzutage nahezu unbestritten. In diesem Spannungsfeld führt praktisch jede gesetzgeberische Aktivität zur Einhegung des Interesses an Personalkostenreduzierung sowohl zu Widerstand auf Unternehmenseite als auch zur Auslotung von Ausweich- und Umgehungsstrategien.

¹ *Bonanni*, Der gemeinsame Betrieb; *Herrmann*, Der gemeinsame Betrieb.

Besonders anschaulich beobachten lässt sich diese Dynamik im Bereich des drittbezogenen Personaleinsatzes, wo Auseinandersetzungen um Fragen wie „Scheinselbständigkeit“ oder „Scheinwerkverträge“ seit Jahrzehnten Fachliteratur wie Gerichtsakten füllen. Bereits die Existenz dieses Bereichs als arbeitsrechtliches Problemfeld entspringt wesentlich dem marktwirtschaftlichen Wettbewerbsdruck, welcher dazu führt, dass heute kaum noch ein Unternehmen ohne den Einsatz von Drittpersonal auskommt.² Outsourcing und Fremdvergaben sind seit vielen Jahren alltägliche Praxis sowohl in privaten als auch öffentlichen Unternehmen aller Art.³ Besteht die gesetzgeberische Intention diesem Gestaltungswillen der Unternehmen, der einhergeht mit einem wachsenden Gestaltungsdruck, Grenzen zu setzen, offenbaren sich im Wesentlichen zwei große Problemkomplexe. Zum einen ist dies die Frage danach, wer Arbeitgeber ist, sei es von Personen, die offensichtlich Arbeitnehmer sind, aber nicht deutlich wird, für wen sie arbeiten oder sei es von Personen, bei denen unklar ist, ob sie für sich oder für jemand anderen arbeiten. Zum anderen stellt sich die Frage, welche Arbeitnehmergruppen aufgrund der besonderen Prekarität ihrer Stellung eines besonderen arbeitsrechtlichen Schutzes bedürfen. In diesem zweiten Problemkomplex gewinnt in den letzten Jahren ein Phänomen an Bedeutung, das dort auf den ersten Blick nicht hinzugehören scheint: der gemeinsame Betrieb mehrerer Unternehmen.

Grundsätzlich ein betriebsverfassungsrechtliches und dementsprechend auch in § 1 II BetrVG normiertes Institut, wird es selbst von anerkannten Fachleuten dieses Rechtsgebietes bisweilen als „schillerndes Gebilde“, das sich als „völlig nebulös“ erweise, bezeichnet.⁴ Der Nebelschleier um diese Rechtsfigur scheint aber ihrem Bedeutungsgewinn nicht entgegenzustehen oder – betrachtet man den Grund dieses Bedeutungsgewinns – gar förderlich zu sein. Denn während es lange Zeit als sicher galt, dass langfristig schlechtere Arbeitsbedingungen für Fremdpersonal ohne Gesetzesverstoß nur mit Werk- oder Dienstverträgen möglich sind,⁵ wird inzwischen auch offensiv die Indienstnahme des nebulös-schillernden Gemeinschaftsbetriebes⁶ zu diesem Zwecke vertreten.⁷ Bereits nach

² *Lingemann/Chakrabarti*, in: Arnold/Günther (Hrsg.), *Arbeitsrecht* 4.0, S. 28.

³ *Waltermann*, BT-Ausschussdrucksache 17(11)853.

⁴ *Richardi*, FS Wiedemann, S. 509.

⁵ *Schüren*, NZA 2013, 176 (176); s. auch *Brors/Schüren*, Gutachten für das MAIS NRW, 2014, S. 6, nach denen die Trennung von Arbeitgeberstellung und Empfang der Arbeitsleistung außerhalb vom AÜG unerwünscht und untersagt sei.

⁶ Im Folgenden werden die Begriffe „gemeinsamer Betrieb“ und „Gemeinschaftsbetrieb“ synonym verwendet.

⁷ Nach *Lüthge*, BB 2017, 2816 (2816) dränge sich eine „Umstellung“ geradezu auf; *Panzer-Heemeier/Schwipper*, DB 2017, 1584 (1584) sehen im Gemeinschaftsbetrieb ein „alternatives Gestaltungsinstrument zur Personalkostenreduzierung“; für *Braner*, DB 2017, 2169 (2169) ist dies eine „interessante Option“; *Rieble*, in: ders./u.a. (Hrsg.), *Freie Industriedienstleistung*, S. 19f, der hervorhebt, dass der Gemeinschaftsbetrieb im Vergleich

einer wenig kritisierten BAG-Entscheidung zur Nichtgeltung des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes im gemeinsamen Betrieb aus dem Jahr 2006 als Möglichkeit des Outsourcings auf dem Betriebsgelände gepriesen,⁸ wird dem gemeinsamen Betrieb mittlerweile gar eine „Renaissance“ beschieden.⁹ Andere konstatieren schlicht, der Gemeinschaftsbetrieb habe sich zur Umgehung der Beschränkungen des AÜG hinsichtlich Einsatzdauer und Gleichbehandlung etabliert.¹⁰ Zwar wird auch vertreten, der gemeinsame Betrieb werde in Zukunft nur eine geringe Bedeutung haben, da die wenigsten Unternehmen in Kauf nehmen würden, dass über Mitbestimmungs- und Beteiligungsrechte von Dritten Einfluss auf Geschäftspolitik genommen wird.¹¹ Allerdings spricht sowohl die zunehmende Anzahl an Urteilen in Bezug auf die Nutzung gemeinsamer Betriebe als Alternative zur Arbeitnehmerüberlassung gegen diese Prognose,¹² als auch der Umstand, dass die Bedingungen für die Etablierung und das dauerhafte, effektive Arbeiten eines einheitlichen Betriebsrates im gemeinsamen Betrieb deutlich erschwert sind.¹³ Von Arbeitnehmervertretern wird diese Entwicklung bisher nur vereinzelt wahrgenommen,¹⁴ von der breiten Öffentlichkeit gar nicht.

Während in Bereichen wie Arbeitnehmerüberlassung oder Teilzeit- bzw. befristete Beschäftigung – nicht zuletzt aufgrund unionsrechtlichem Umsetzungsdruckes – zumindest theoretisch Regelungen, die einer Verringerung des Arbeitnehmerschutzstandards entgegenwirken, etabliert wurden, fehlt dies für den

zu Dienstverträgen den Vorteil hätte, einen gemeinsam steuernden Arbeitgeber im betriebsverfassungsrechtlichen Sinn zu errichten und gleichzeitig die Individualarbeitsvertragsbindungen zu erhalten; *Saager/Schmuck*, NJOZ 2020, 417 (420) sehen im Gemeinschaftsbetrieb auch in grenzüberschreitenden Sachverhalten eine rechtlich zulässige Konstruktion, um eine Arbeitnehmerüberlassung zu vermeiden.

⁸ *Diller*, FD-ArbR 2007, 221560.

⁹ *Lüthge*, BB 2017, 2816 (2816); *Schipp*, ArbRB 2019, 212 (212); auch *Walle*, FS Moll, S. 726 erwartet, dass Bedeutung und Verbreitung des gemeinsamen Betriebs zunehmen werden

¹⁰ *Kallos/Schneil*, in: Weber, Rechtswörterbuch, Leiharbeitsverhältnis.

¹¹ *Böhm*, in: ders./u.a. (Hrsg.), Zeitarbeit und Arbeiten 4.0, Kap. 3 Rn. 157; ähnliche Bedenken bezüglich des Überwiegens der Nachteile des gemeinsamen Betriebs aus Arbeitgebersicht hat auch *Pletke/u.a.*, Rechtshandbuch Flexible Arbeit, S. 83.

¹² Siehe z.B. BAG, Beschl. v. 16.04.2008 – 7 ABR 4/07 – AP BetrVG 1972 § 1 Gemeinsamer Betrieb Nr. 32; LAG Niedersachsen, Beschl. v. 20.01.2009 – 13 TaBV 3/08 – BeckRS 2009, 55590; LAG Mecklenburg-Vorpommern, Urt. v. 13.06.2017 – 5 Sa 209/16 – BeckRS 2017, 116271; LAG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 01.02.2018 – 4 Sa 136/17 – BeckRS 2018, 11843; LAG Bremen, Urt. v. 06.05.2020 – 3 Sa 47/19 – juris; LAG Hessen, Urt. v. 15.01.2021 – 3 Sa 1107/19 – BeckRS 2021, 26672.

¹³ S. hierzu auch *Volter*, Arbeitsrecht bei Umstrukturierungen, S. 113.

¹⁴ Siehe z.B. den Antrag der GS Schwäbisch Hall auf dem Ordentlichen Gewerkschaftstag der IG Metall 2019, wonach die Möglichkeit der Bildung eines Gemeinschaftsbetriebs zur Umgehung der Leiharbeiterlaubnis bekämpft werden müsse, s. *IG Metall*, Veröffentlichung der Entschlüsse, S. 261.

Fall des gemeinsamen Betriebes bisher nahezu vollständig. Einzige Ausnahme sind die 2021 nach sehr kurzem Gesetzgebungsprozess in Kraft getretenen Sonderregeln für Beschäftigte in der Fleischindustrie, zu deren Schutz § 6a I S. 2 GSA-Fleisch nunmehr festlegt, dass das Führen gemeinsamer Betriebe in diesem Wirtschaftsbereich nicht zulässig ist.¹⁵ Diese weitgehende gesetzgeberische Zurückhaltung stellt für sich genommen allerdings noch keinen Missstand dar, muss doch zunächst geklärt werden, ob die Beschäftigten eines Gemeinschaftsbetriebs in vergleichbarer Weise wie bspw. Leiharbeitnehmer schutzbedürftig sind. Dem zugrunde gelegt werden kann allerdings die Erkenntnis, dass es nicht Ausfluss von Willkür sein darf eine Personaleinsatzform mittels eines Gleichstellungsgebotes zu regulieren, eine andere im Wege der unternehmensübergreifenden Anwendung der Regelungen des BetrVG und des KSchG und eine dritte überhaupt nicht. Die jeweiligen Regulierungen müssen – auch unter Zugrundelegung der gesetzgeberischen Entscheidungsprärogative – allein aufgrund der Bindung des Gesetzgebers an Art. 3 Absatz 1 GG in einem kongruenten Zusammenhang zueinanderstehen.¹⁶ Es stellt sich also die Frage, worin sich geschützte Arbeitnehmergruppen von nicht oder anders geschützten unterscheiden und wo Gemeinsamkeiten zwischen ihnen bestehen. Um einen solchen Vergleich durchführen zu können, braucht es jedoch einen gemeinsamen Nenner,¹⁷ an dem es bisher im Verhältnis des betriebsverfassungsrechtlich geprägten Gemeinschaftsbetriebes zu den wesentlich individualarbeitsrechtlich geprägten Formen des drittbezogenen Personaleinsatzes mangelt.

Ein wesentlicher Konfliktherd in den Auseinandersetzungen um den Status von Beschäftigten gemeinsamer Betriebe ist die praktisch kaum begrenzte Möglichkeit ihrer ungleichen Behandlung entlang von Arbeitgebergrenzen. Das BAG stellte in mehreren Entscheidungen fest, dass der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz, welcher diese Möglichkeit allgemein begrenzt, zumindest im Regelfall nicht unternehmensübergreifend anwendbar ist. Selbst wenn Arbeitnehmer Jahrzehnte Hand in Hand in einem Betrieb arbeiten, können sie arbeitsvertraglich unterschiedlich behandelt werden, sofern sie an verschiedene Arbeitgeber gebunden sind. Dieses Ergebnis kann trotz etwaiger Beeinträchtigungen des Gerechtigkeitsempfindens durchaus gerechtfertigt sein, ungerechtfertigt erscheint indes das Ausbleiben einer kritischen Überprüfung der vom BAG angenommenen strikten Arbeitgeberbezogenheit des Gleichbehandlungsgebots. Hält dieses Dogma, zu dessen Begründung in der Literatur der Argu-

¹⁵ S. zum Hintergrund dieser Norm: *Polzin*, RdA 2021, 84ff.

¹⁶ In diese Richtung auch *Kämmerer/Thüsing*, Leiharbeit und Verfassungsrecht, S. 76ff in Bezug auf den Gleichbehandlungsschutz im Rahmen drittbezogener Personaleinsätze.

¹⁷ *Hempel*, Das Spannungsverhältnis, S. 176 schrieb in diese Richtung in Bezug auf die Abgrenzung von Leiharbeit und Werkverträgen, dass Rechtsfiguren, die unterschiedliche Zwecke verfolgen würden, inkommensurable Größen seien, die erst auf einen gemeinsamen Nenner gebracht werden müssten, ehe sie zueinander in Beziehung gesetzt werden könnten.

mentationsbogen nicht selten bis weit in die Antike zurück gespannt wird, wirklich einer zeitgenössischen Prüfung stand?

II. Gang der Untersuchung

Im ersten Teil der Arbeit soll die Frage im Mittelpunkt stehen, welchen historischen und praktischen Hintergrund der gemeinsame Betrieb hat. Die derzeit vom BAG aufgestellten Voraussetzungen dieser Rechtsfigur sollen vorgestellt und einer kritischen Analyse unterzogen werden.

Im zweiten Teil wird das Verhältnis des gemeinsamen Betriebes zu anderen Formen drittbezogenen Personaleinsatzes untersucht und der Versuch unternommen, einen gemeinsamen Vergleichsmaßstab für die verschiedenen Formen drittbezogenen Personaleinsatzes herauszuarbeiten. Schwerpunkt dieses Teil bildet die Analyse der Voraussetzungen von Arbeitnehmerüberlassung im Hinblick auf die Frage, ob eine rechtssichere Abgrenzung zum gemeinsamen Betrieb möglich ist.

Im dritten und letzten Teil vor der abschließenden Zusammenfassung der Erkenntnisse wird der gemeinsame Betrieb in gleichbehandlungsrechtlicher Hinsicht näher beleuchtet. Es erfolgt eine Untersuchung, ob und wenn ja, in welchem Umfang der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz in dieser Organisationseinheit Geltung beanspruchen kann. In diesem Rahmen werden auch die allgemeinen Voraussetzungen des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgebots kritisch begutachtet. Ebenfalls eruiert wird die Gebotenheit eines speziellen Diskriminierungsverbots zugunsten von Beschäftigten in Gemeinschaftsbetrieben.

III. Zielstellung

Ziel der vorliegenden Arbeit ist zum einen die Bestätigung oder Falsifizierung der These, dass der gemeinsame Betrieb einen wichtigen Baustein bei der normativen Erfassung drittbezogener Personaleinsätze darstellt. Im Zuge dessen soll das Vorhandensein von Regulierungslücken im Falle der gemeinsamen Ausübung von Arbeitgeberfunktionen durch mehrere Unternehmen untersucht werden. Zum anderen wird die These geprüft, dass der Schutzbedarf von Beschäftigten in gemeinsamen Betrieben die Anwendung des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes erfordert. Insgesamt soll sich demnach an die von *Michael Kittner* aufgeworfene Frage herangetastet werden, wie bei Aufteilung eines Produktionskomplexes auf mehrere selbständige Marktteilnehmer mit gleichwohl integrierten Wirkungen auf die Arbeitnehmer das Schutzzanliegen des Arbeitsrechts mit gleicher materieller Reichweite bewahrt werden kann.¹⁸

¹⁸ *Kittner*, AuR 1998, 98 (99).