

## Inhaltsverzeichnis

<b>§ 1</b>	<b>Einleitung und Grundlagen</b>	<b>13</b>
A.	Einleitung	13
	I. Problemstellung	13
	II. Gang der Untersuchung	17
	III. Zielstellung	17
B.	Grundlagen des gemeinsamen Betriebes	18
	I. Historische Entwicklung	18
	1. Ursprung und erste Entscheidungen	18
	2. Etablierungs im Betriebsverfassungsrecht	19
	3. Jüngere Entwicklung	21
	4. Zusammenfassung	23
	II. Interessenlage	23
	1. Motive der Unternehmen	23
	a) Gesetzlich bedingt	23
	b) Steuer- und haftungsrechtliche Motive	24
	c) Personalkostensenkung	24
	d) Sonstige Gründe	26
	2. Interessen der Arbeitnehmerseite	26
	III. Wirtschaftliche Bedeutung	28
	IV. Zweck dieser Rechtsfigur	29
	V. Rechtliche Grundlage	31
	1. Anfänge	31
	2. Normierung im BetrVG	31
	3. Selbständige Regelungen	32
	VI. Voraussetzungen des gemeinsamen Betriebes	33
	1. Methodischer Ansatz	33
	2. Vorüberlegungen zum Betriebsbegriff	34
	3. Der betriebsverfassungsrechtliche Betrieb als Ausgangspunkt	36
	4. Die spezifischen Voraussetzungen des Gemeinschaftsbetriebes	38
	a) Mehrzahl von Unternehmen	38

### Inhaltsverzeichnis

b)	Einbringen von Betriebsmitteln und Arbeitnehmern	38
c)	Einheitlicher arbeitstechnischer Zweck	40
d)	Dauer der Zusammenarbeit	43
e)	Einheitliche Leitung	44
aa)	„Einheitlichkeit“ des Leitungsapparates	44
i.	Horizontale Ebene	45
ii.	Vertikale Ebene	48
bb)	„Gemeinsamkeit“ des Leitungsapparates	51
cc)	Nachweisbarkeitsprobleme	52
dd)	Zwischenergebnis	54
f)	Gemeinsamer Einsatz von Betriebsmitteln	54
g)	Rechtliche Vereinbarung	56
h)	Zusammenfassung	60
VII.	Gesetzliche Vermutung gem. § 1 II BetrVG	62
1.	Vermutungsregel in § 1 II Nr. 1 BetrVG	62
2.	Vermutungsregel in § 1 II Nr. 2 BetrVG	65
3.	Gesamtbewertung	67
VIII.	Zusammenfassung und Fortgang der Untersuchung	67
<b>§ 2</b>	<b>Verortung des gemeinsamen Betriebes im Kontext drittbezogenen Personaleinsatzes</b>	<b>69</b>
A.	Verschiedene Formen drittbezogenen Personaleinsatzes	69
B.	Notwendigkeit einer Verortung	70
I.	Unternehmenskooperation und Arbeitnehmerschutz	70
II.	Verortungsebenen	73
C.	Begriffliche Einordnung	74
I.	Personaleinsatz	74
II.	„Fremd“ oder „Drittbezogen“	75
1.	Fremdpersonaleinsatz	75
2.	Drittbezogener Personaleinsatz	76
III.	Atypische Beschäftigung	77
D.	Tatbestandliche Abgrenzung zu anderen Formen drittbezogenen Personaleinsatzes	79
I.	Eingrenzung	79
II.	Arbeitnehmerüberlassung	82

### *Inhaltsverzeichnis*

1.	Wirtschaftliche Relevanz	82
2.	AÜG-Reform 2017	82
3.	Zweck des AÜG	84
	a) Arbeitsmarktpolitische Ziele	84
	b) Arbeitnehmerschutz	85
	aa) Fehlende Kapitaldeckung	87
	bb) Unzureichende tarifvertragliche Absicherung	88
	cc) Geringer Bestandsschutz des Arbeitsverhältnisses	92
	dd) Kein Anspruch auf Sozialleistungen des Entleiherbetriebs	95
	ee) Verhinderung einer Verkürzung betriebsverfassungsrechtlicher Rechte	96
	ff) Schutz von Persönlichkeitsrechten	97
	gg) Sonstige Gründe	98
	c) Schutz der Tarifautonomie	99
	d) Entgeltgerechtigkeit	101
	e) Kompensation von Belastungen	101
	f) Ergebnis	102
4.	Voraussetzungen	103
	a) Arbeitnehmereigenschaft als Vorfrage	103
	b) Weisungsrecht	103
	aa) Arbeitsbezogenes Weisungsrecht	103
	bb) Umfang des Übergangs vom Weisungsrecht	104
	cc) Teleologische Betrachtung	107
	c) Eingliederung	109
	aa) Verwendung in verschiedenen Normzusammenhängen	109
	i. Eingliederung im Sinne des § 99 I S. 1 BetrVG	110
	ii. Eingliederung im Kontext des Arbeitnehmerbegriffes	110
	iii. Eingliederung im Sozialrecht	111
	bb) Keine eigenständige Bedeutung	112

### *Inhaltsverzeichnis*

i.	Widerspiegelung der Weisungsgebundenheit	112
ii.	Übernahme der Personalhoheit	113
iii.	Organisatorisches Weisungsrecht	116
cc)	Über das Weisungsrecht hinausgehende Bedeutung	117
i.	Weites Verständnis von Personalhoheit	118
ii.	Berücksichtigung von „äußeren Umständen“	119
iii.	Orientierung am Betriebs- oder Unternehmenszweck	124
dd)	Stellungnahme	127
i.	Übergang des arbeitsbezogenen Weisungsrechts	127
ii.	Orientierung an äußeren Erscheinungen	128
iii.	Personelle und organisatorische Abhängigkeit	130
iv.	Entscheidungshoheit in mitbestimmungspflichtigen Angelegenheiten	130
d)	Zwischenergebnis	139
5.	Verhältnis zum gemeinsamen Betrieb	140
a)	Problematik	140
b)	Weisungsrecht im gemeinsamen Betrieb	141
aa)	Rechtliche Grundlage des Weisungsrechts	141
i.	Ermächtigung zur Ausübung von Weisungsbefugnissen	142
ii.	Anwendbarkeit von § 613 S. 2 BGB	144
iii.	Zusammenfassung	144
iv.	Schlussfolgerung	145
bb)	Umfang des Weisungsrechts	145
c)	Eingliederung beim gemeinsamen Betrieb	147

### *Inhaltsverzeichnis*

d)	Gemeinsamer einheitlicher Leitungsapparat bei der Arbeitnehmerüberlassung	148
aa)	Einheitlicher Leitungsapparat	148
i.	Personelle Angelegenheiten	149
ii.	Soziale Angelegenheiten	152
bb)	Gemeinsamer Leitungsapparat	153
cc)	Betriebskonstituierende Merkmale	155
dd)	Schlussfolgerung	157
e)	Zwischenergebnis	158
f)	Exkurs: Abgrenzung zur Arbeitsvermittlung	158
aa)	Arbeitsvermittlung gem. § 35 I S. 2 SGB III	159
bb)	Die Vermutung in § 1 II AÜG	161
cc)	Übergang von Arbeitnehmerüberlassung zu Arbeitsvermittlung	164
dd)	Abgrenzung zum gemeinsamen Betrieb	165
i.	Anwendbarkeit von § 1 II AÜG	167
ii.	Anwendbarkeit von § 35 SGB III	167
iii.	Tatsächliches Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses	168
iv.	Vorliegen gemischt ausgeübter Entscheidungshoheit	169
ee)	Zwischenergebnis	170
g)	Weitere Abgrenzungskriterien	170
aa)	Dauer des Einsatzes	170
bb)	Einbringen von Betriebsmitteln	171
cc)	Zusammenfassung	172
h)	Stellungnahme	172
aa)	Entscheidungshoheit in mitbestimmungsrechtlich relevanten personellen und sozialen Angelegenheiten als verbindendes Element	174

*Inhaltsverzeichnis*

bb)	Hindernisse einer Vereinheitlichung der Voraussetzungsstruktur	175
cc)	Konkrete Fallkonstellationen	178
i.	1. Problem: gemeinsame Ausübung „kleiner“ betriebsverfassungsrechtlicher Arbeitgeberstellung und arbeitsbezogenen Weisungsrechts	178
ii.	2. Problem: gemeinsame Ausübung „kleiner“ betriebsverfassungsrechtlicher Arbeitgeberstellung	179
iii.	3. Problem: gemeinsame Ausübung des arbeitsbezogenen Weisungsrechts und Übergang der „kleinen“ betriebsverfassungsrechtlichen Arbeitgeberstellung	179
iv.	4. Problem: Alleinige Ausübung der „großen“ betriebsverfassungsrechtlichen Arbeitgeberstellung	180
v.	Exkurs: Alleinige Ausübung „kleiner“ betriebsverfassungsrechtlicher Arbeitgeberstellung und arbeitsbezogenen Weisungsrechts	181
dd)	Lösungsmöglichkeiten und offene Regulierungslücken	184
i.	Einheitliche Betrachtung der Arbeitgeberfunktionen im AÜG	185
ii.	Partielle gemeinsame Ausübung von Arbeitgeberfunktionen	185
iii.	Durch Gemeinschaftsbetrieb verdeckte Arbeitsvermittlung	187
6.	Zusammenfassung	188
III.	Weitere Formen drittbezogenen Personaleinsatzes	189

### *Inhaltsverzeichnis*

1.	Werk- und Dienstvertragskonstellationen	189
2.	Sonstige Formen	192
IV.	Fazit	193
E.	Fortgang der Untersuchung	194
<b>§ 3</b>	<b>Gemeinsamer Betrieb und Gleichbehandlung</b>	<b>195</b>
A.	Status Quo	195
I.	Keine Anwendung des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes	195
II.	Kein besonderes Gleichbehandlungsgebot	196
III.	Keine regelmäßige Anwendbarkeit von Diskriminierungsverboten	197
IV.	Kein Grundsatz „Gleicher Lohn für gleiche Arbeit“	197
B.	Allgemeiner arbeitsrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz	199
I.	Leitlinien der BAG-Rechtsprechung	199
1.	Eigene Regelsetzung	199
2.	Verwurzelung im Gerechtigkeitsideal	200
3.	Beschränkung von Gestaltungsmacht	200
4.	Generalisierendes Prinzip	201
5.	Vernünftige, einleuchtende Erwägungen für Differenzierung	201
II.	Problemstellung	202
III.	Theoretische Grundlage	203
1.	Interessenlage	204
a)	Interesse der Arbeitgeberseite	204
b)	Interesse der Arbeitnehmerseite	205
c)	Zusammenfassung und Schlussfolgerung	207
2.	Überpositives Gerechtigkeitsideal	207
a)	Abstrakte Ebene	212
aa)	Formell	213
bb)	Inhaltlich	215
cc)	Zwischenergebnis	219
b)	Wertungsebene	219
aa)	Formell	221
bb)	Inhaltlich	223
i.	Sachgerechtigkeit	223
ii.	Weitere Wertungsmaßstäbe	226
c)	Schlussfolgerungen	229

### *Inhaltsverzeichnis*

3.	Heutige Arbeits- und Verfassungsordnung – positives Recht	229
a)	Marktwirtschaftliche Wirtschaftsordnung und freiheitsrechtlich geprägte Verfassung	230
b)	Schutzwürdige Interessen	233
aa)	Interesse an autonomer Gestaltung der Arbeitsbeziehungen	234
bb)	Interesse an Gleichbehandlung	235
cc)	Interesse an der Achtung der eigenen Persönlichkeit und Würde	238
dd)	Interesse an Anerkennung der eigenen Leistung	242
i.	Verknüpfung zum Eigentum	242
ii.	Verknüpfung zur Persönlichkeit	245
ee)	Interesse an Teilhabe	247
ff)	Interesse an Marktintegration	247
gg)	Zwischenergebnis	249
4.	Schlussfolgerungen für den Grund des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes	249
a)	Notwendigkeit eines zusätzlichen Konfliktlösungsmechanismus	249
b)	Marktmechanismus	249
aa)	Marktwirtschaft und Gerechtigkeit	249
bb)	Ungenügender Schutz der Arbeitnehmerinteressen durch Marktmechanismus	252
c)	Tarifautonomie	254
aa)	Funktionsweise und Grenzen	254
bb)	Ausgleich fehlender Organisationskraft	255
d)	Gesetzliche Regelung	257
e)	Zusammenfassung	257
5.	Zwischenergebnis und Fortgang der Untersuchung	258

### *Inhaltsverzeichnis*

IV.	Rechtliche Verortung des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes	259
1.	Art. 3 Abs. 1 GG	260
2.	Staatliche Schutzpflicht	261
3.	Arbeitsvertrag	263
4.	Gewohnheitsrecht	264
5.	Stellungnahme	265
V.	Schlussfolgerungen für die Konkretisierung des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes	266
1.	Formell	266
a)	Orientierung am Behandelnden	266
b)	Orientierung an den Betroffenen	268
c)	Exkurs: Vergleich mit dem Staat-Bürger-Verhältnis	271
d)	Stellungnahme	273
2.	Inhaltlich	279
a)	Rechtfertigungsfreie Zweckbestimmung	279
b)	Rechtfertigungsgebundene Zweckbestimmung	282
aa)	Honorierung von Leistung und Betriebstreue	283
bb)	Bindung an das Unternehmen	283
cc)	Förderung von Konkurrenz	285
dd)	Ausgleich von Vergütungsunterschieden	286
ee)	Soziale Zwecksetzungen	287
c)	„Vernünftiger“ Grund	287
d)	Stellungnahme	290
3.	Zwischenergebnis	291
VI.	Praktische Anwendbarkeit im gemeinsamen Betrieb	292
1.	Richtiger Adressat des Anspruchs	292
a)	Anspruch gegen alle beteiligten Arbeitgeber	292
b)	Anspruch gegen den Vertragsarbeitgeber	293
2.	Entstehung einer „Gleichbehandlungskette“	294
a)	Problemstellung	294
b)	Parallele zur Arbeitnehmerüberlassung	294
c)	Lösungsmöglichkeiten	296

### *Inhaltsverzeichnis*

aa)	Leistungszweck rechtfertigt Unterscheidung	296
bb)	Leistungszweck rechtfertigt Unterscheidung nicht	297
3.	Möglichkeit unterschiedlicher Vergütungsstrukturen	299
a)	Parallele zum Betriebsübergang	299
b)	Parallele zur Arbeitnehmerüberlassung	301
c)	Zusammenfassung	302
VII.	Ergebnis und Fortgang der Untersuchung	302
C.	Besondere Gleichbehandlungsgebote	304
I.	Verschiedene Formen	304
1.	Personen- und verhaltensbezogene Diskriminierungsverbote	304
2.	Diskriminierungsverbot in § 4 TzBfG	305
3.	Diskriminierungsverbot von Leiharbeitnehmern	308
4.	Exkurs: Gleichbehandlung oder Gleichstellung	309
II.	Gründe für gesetzliche Diskriminierungsverbote	311
1.	Teilzeit- und befristet Beschäftigte	312
2.	Leiharbeitnehmer	315
III.	Anwendbarkeit auf den gemeinsamen Betrieb	317
D.	Fazit	320
<b>§ 4</b>	<b>Zusammenfassung der Erkenntnisse</b>	<b>323</b>
	Literaturverzeichnis	329