

§ 6 Zählen in Trägerunternehmen eines Gemeinschaftsbetriebes.....	78
I. Vertragsunabhängige Verteilungsvorschläge.....	78
1. Zählen der gesamten Betriebsbelegschaft bei jedem Trägerunternehmen	78
2. Aufteilung der Betriebsbelegschaft.....	80
II. Verantwortlichkeit eines Trägerunternehmens für Arbeitnehmer des Gemeinschafts- betriebes.....	82
1. Vertragsarbeitnehmer.....	84
2. Verschiedene Formen tatsächlicher Arbeitsbeziehung.....	85
a) Ausschließliches Tätigwerden für zählendes Unternehmen	86
b) Gemischte Tätigkeit.....	88
III. Struktureller Größenbeitrag.....	90
1. Unternehmensbezug.....	90
2. Strukturelle Zählung in Abhängigkeit vom Arbeitnehmerbegriff.....	90
3. Eingliederung.....	91
4. Ausübung von Arbeitgeberfunktionen	92
a) Tätigwerden für einzelnes Trägerunternehmen	93
b) Gemischtstätige Arbeitnehmer.....	94
IV. Handhabung verantwortlickeitsbezogener kombiniert mit struktureller Zählung	96
1. Gemeinsame Abgrenzungen.....	96
2. Eigenständige Bedeutung struktureller Zählung	97
3. Abgrenzung gemischter von unternehmensbezogener Tätigkeit.....	98
4. Feststellungslast.....	99
V. Konzernbedingte Zweitzurechnung	100
1. Gesetzliche Wertung	100
2. Betriebsleitung koordinierende BGB-Gesellschaft als Gemeinschaftsunternehmen	102
a) Unternehmensqualität einer leitungskordinierenden BGB-Gesellschaft	104
b) Arbeitgeberstellung der BGB-Gesellschaft.....	106
VI. Mitbestimmungsvermeidende Gestaltungen.....	106
1. Gemeinschaftsbetrieb und Umgehung der Mitbestimmung.....	106
2. Personalführungsgesellschaft	108
§ 7 Wahlberechtigung nach MitbestG und BetrVG 1952.....	110
I. Kriterien der Wahlberechtigung	111
1. Betroffenheit durch unternehmerische Entscheidungen - Zusammenhänge mit der Arbeitnehmerzählung.....	111
2. Betriebszugehörigkeit als kumulatives Kriterium	114
II. Wählen im Gemeinschaftsbetrieb.....	116
1. Betroffene.....	116
2. Grundsatz der Wahlgleichheit	116

3. Personalführungsgesellschaft	118
4. Wahlmännerwahl (§§ 10 ff. MitbestG)	119
§ 8 Zusammenfassung	120
I. Ergebnisse	120
1. Grundlagen	120
2. Unternehmensmitbestimmung	120
a) Vorüberlegungen	120
b) Gemeinschaftsbetrieb	121
II. Zähl- und Wahlbeispiel	122
 Literaturverzeichnis	 124

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
aaO.	am angegebenen Ort
abl.	ablehnend
Abs.	Absatz
abw.	abweichend
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
a.E.	am Ende
AFG	Arbeitsförderungsgesetz
AG	Aktiengesellschaft; Die Aktiengesellschaft (Zeitschrift)
AiB	Arbeit im Betrieb (Zeitschrift)
AktG	Aktiengesetz
Anm.	Anmerkung
AP	Hueck/Nipperdey/Dietz, Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgerichts - Arbeitsrechtliche Praxis -
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
AR-Blattei	Arbeitsrecht-Blattei, Handbuch für die Praxis, begründet von Friedrich Sitzler, herausgegeben von Werner Oehmann und Thomas Dieterich
ArbRGeg	Das Arbeitsrecht der Gegenwart, Jahrbuch für das gesamte Arbeitsrecht und die Arbeitsgerichtsbarkeit, herausgegeben von Thomas Dieterich und Rudolf Kissel
ARGE	Arbeitsgemeinschaft
Art.	Artikel
AÜG	Gesetz zur Regelung der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung (Arbeitnehmerüberlassungsgesetz)
Aufl.	Auflage
AuR	Arbeit und Recht (Zeitschrift)
BAG	Bundesarbeitsgericht
BB	Der Betriebs-Berater (Zeitschrift)
Bd.	Band
BegrRegE	Begründung zum Regierungsentwurf
Beil.	Beilage
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BetrVG 1952	Betriebsverfassungsgesetz vom 11. Oktober 1952
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof

BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen, herausgegeben von den Mitgliedern des Gerichtshofes und der Bundesanwaltschaft
BT-Drucks.	Bundestags-Drucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, herausgegeben von den Mitgliedern des Bundesverfassungsgerichts
bzw.	beziehungsweise
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
ders.	derselbe
DGB	Deutscher Gewerkschaftsbund
d.h.	das heißt
dies.	dieselbe(n)
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht, herausgegeben von Bernd Klasmeyer und Bruno M. Kübler
EzA	Entscheidungssammlung zum Arbeitsrecht, herausgegeben und bearbeitet von Eugen Stahlhacke
f., ff.	folgende
FGG	Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift (auch für Festgabe)
G	Gesetz (in Abkürzungen)
ggf.	gegebenenfalls
GK	Gemeinschaftskommentar
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbHR	GmbH-Rundschau (Zeitschrift)
GS	Gedächtnisschrift
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
h.M.	herrschende Meinung
HzA	Handbuch zum Arbeitsrecht, herausgegeben von Eugen Stahlhacke
i.d.R.	in der Regel
i.E.	im Ergebnis
insbes.	insbesondere
i.S.	im Sinne
i.V.	in Verbindung
JArbSchG	Gesetz zum Schutze der arbeitenden Jugend (Jugendarbeitsschutzgesetz)
jew.	jeweils
JuS	Juristische Schulung (Zeitschrift)
Kap.	Kapitel
KGaA	Kommanditgesellschaft auf Aktien
krit.	kritisch
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
LAG	Landesarbeitsgericht

LAGE	Entscheidungen der Landesarbeitsgerichte, herausgegeben und bearbeitet von Eugen Stahlhacke
Lfg.	Lieferung
m.	mit
MitbestG	Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer (Mitbestimmungsgesetz)
MontanMitbestG	Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Aufsichtsräten und Vorständen der Unternehmen des Bergbaus und der Eisen und Stahl erzeugenden Industrie (Montan-Mitbestimmungsgesetz)
MünchKomm	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
MünchenerHdb AG	Münchener Handbuch zur Aktiengesellschaft
MuSchG	Gesetz zum Schutz der erwerbstätigen Mutter (Mutterschutzgesetz)
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht
RdA	Recht der Arbeit (Zeitschrift)
RegE	Regierungsentwurf
Rn.	Randnummer
Rspr.	Rechtsprechung
S.	Seite
SAE	Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen (Zeitschrift)
sog.	sogenannt
str.	streitig
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
u.a.	unter andere(m, n)
usw.	und so weiter
VAG	Versicherungsaufsichtsgesetz
vgl.	vergleiche
Vorb., Vorbem.	Vorbemerkungen
WPg	Die Wirtschaftsprüfung (Zeitschrift)
WWi-Mit.	Wirtschaftswissenschaftliche Mitteilungen, Zeitschrift des Wirtschaftswissenschaftlichen Instituts der Gewerkschaften (ab Jahrgang 1972 WSI-Mitteilungen)
z.B.	zum Beispiel
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis
z.T.	zum Teil
zust.	zustimmend

§ 1 Einleitung

Die Kooperation mehrerer Unternehmen kennt zahlreiche Spielarten. Die vorliegende Untersuchung beschäftigt sich mit der Erscheinungsform Gemeinschaftsbetrieb, speziell seinen Auswirkungen in der Unternehmensmitbestimmung.

Zur begrifflichen Erfassung des Gemeinschaftsbetriebes soviel vorweg: Ausgangspunkt ist die im Arbeitsrecht geläufige Unterscheidung von Betrieb und Unternehmen.¹ Das Unternehmen verfolgt eine übergreifende, in der Regel wirtschaftliche Zielsetzung und bedarf zur arbeitstechnischen Umsetzung einer betrieblichen Organisation. Selbst wenn man dem Betrieb wegen seiner Hilfsfunktion und mangels soziologischer Unterscheidbarkeit keine Eigenständigkeit gegenüber dem Unternehmen zuerkennt und als Bestandteil eines unternehmerischen Gesamtkomplexes begreift,² ist nach Funktions- und Entscheidungsebenen unterschiedlich abzugrenzen: Der Betrieb umschreibt unter dem Blickwinkel arbeitstechnischer Funktion Zusammengehöriges, während das Unternehmen als Träger wirtschaftlicher Entscheidungen vornehmlich von den gesellschaftsrechtlich vorgegebenen Organisationsformen geprägt ist. Die Nichtidentität der Organisationsbegriffe hat zur Folge, daß unter dem Dach eines einzelnen Unternehmens mehrere Betriebe gebildet werden können. Demgegenüber etwas seltener, aber seit langem anerkannt bei zunehmender Verbreitung, ist die Möglichkeit der Bildung gemeinschaftlicher Betriebe durch mehrere Unternehmen zur gemeinsamen Verfolgung arbeitstechnischer Zwecke. Hierfür hat sich der Begriff Gemeinschaftsbetrieb herausgebildet.³

Entsprechend der begrifflichen Abgrenzung des Betriebes vom Unternehmen sind auch der Gemeinschaftsbetrieb als arbeitstechnisch-organisatori-

¹ Statt vieler zusammenfassend *Zöllner/Loritz*, Arbeitsrecht § 44 II 2, 3 (S. 444 f.); - grundlegend *Jacobi*, Betrieb und Unternehmen als Rechtsbegriffe; instruktiv auch *Haase*, NZA 1988 Beil. 3, S. 11; *Peter*, DB 1990, S. 424; - kritische Auseinandersetzung aus neuerer Zeit *Joost*, Betrieb und Unternehmen als Grundbegriffe im Arbeitsrecht.

² Vgl. *Dietz/Richardi BetrVG* § 1 Rn. 53; *ders.* in *Staudinger BGB Vorbem. zu §§ 611 ff.* Rn. 564 ff.; *Raiser*, Das Unternehmen als Organisation S. 128.

³ *Zöllner* in *FS Semler* S. 995, 998 zieht demgegenüber den Begriff des gemeinsamen Betriebes vor; es findet sich auch die Bezeichnung als Gesamtbetrieb, vgl. *Richardi* in *Staudinger BGB Vorbem. zu §§ 611 ff.* Rn. 574.

sches Gebilde und das Gemeinschaftsunternehmen zu unterscheiden.⁴ Fragen des Gemeinschaftsunternehmens, so etwa die kartellrechtliche Problematik, bleiben hier deshalb ausgeklammert, soweit sie nicht zur Lösung der mitbestimmungsrechtlichen Probleme des Gemeinschaftsbetriebes beitragen.

Entwickelt hat sich der Begriff Gemeinschaftsbetrieb nicht als allgemeine Umschreibung eines Phänomens der wirtschaftlichen Praxis, sondern aus einem ganz konkreten rechtlichen Anwendungszusammenhang heraus. Bezeichnet wird das Ergebnis eines Subsumtionsvorganges mit der Feststellung, daß ein einheitlicher Betrieb vorliegt, obwohl er abweichend vom Normalfall eines einzelnen Trägerunternehmens keinem der mehreren Unternehmen allein zugerechnet werden kann. Damit verbunden wird das Bestehen einer einheitlichen Betriebsbelegschaft auch unter der Voraussetzung anerkannt, daß hier typischerweise die Arbeitnehmer verschiedener Arbeitgeber zusammengefaßt sind; arbeitsvertragliche Beziehungen bestehen meist alternativ zu einem der Trägerunternehmen. Ziel der Subsumtion mit dem Ergebnis Gemeinschaftsbetrieb ist die Anwendung an den Betriebsbegriff anknüpfender Rechtsfolgen vornehmlich im Bereich des Betriebsverfassungs- und Kündigungsschutzrechts.⁵ Obwohl die Belegschaft arbeitsvertraglich auf mehrere Unternehmen verteilt ist, kann hier etwa ein gemeinsamer Betriebsrat gewählt werden.⁶ Die im Gemeinschaftsbetrieb tätigen und nur jeweils einem der Unternehmer vertraglich verbundenen Arbeitnehmer sind bei der Bestimmung von Mindestarbeitnehmerzahlen im BetrVG (z.B. §§ 99 Abs. 1; 111) und KSchG (z.B. § 23 Abs. 1 Satz 2) zusammenzuzählen.⁷ Schließlich kann der gemeinsame Betrieb gegenüber mehreren Unternehmen als Bezugspunkt des allgemeinen Kündigungsschutzes nach § 1 KSchG herangezogen werden.⁸

Wenig rechtswissenschaftliche Beachtung fand der Gemeinschaftsbetrieb bislang im Bereich der Unternehmensmitbestimmung. Wie der Verfasser erfahren durfte, besteht in der Praxis dennoch erhebliche Unsicherheit, welche Arbeitnehmer des Gemeinschaftsbetriebes zur Arbeitnehmerzahl der einzelnen Unternehmen beitragen und zu welchen Aufsichtsräten sie wahlberechtigt

⁴ Zur Unterscheidung auch unten § 2 I 1 und § 6 V 2.

⁵ Aus der Rechtsprechung BAG vom 14.9.1988 AP Nr. 9 zu § 1 BetrVG 1972; vom 5.3.1987 AP Nr. 30 zu § 15 KSchG 1969; vom 29.1.1987 AP Nr. 6 zu § 1 BetrVG 1972; vom 7.8.1986 AP Nr. 5 zu § 1 BetrVG 1972; vom 13.6.1985 AP Nr. 10 zu § 1 KSchG 1969; vom 23.3.1984 AP Nr. 4 zu § 23 KSchG 1969; vom 25.11.1980 AP Nr. 2 zu § 1 BetrVG 1972; vom 17.1.1978 AP Nr. 1 zu § 1 BetrVG 1972; vom 5.12.1975 AP Nr. 1 zu § 47 BetrVG 1972; vom 21.10.1969 AP Nr. 10 zu § 3 BetrVG; vom 1.12.1961 AP Nr. 1 zu § 80 ArbGG 1953; vom 4.7.1957 AP Nr. 1 zu § 21 KSchG.

⁶ Vgl. etwa BAG vom 14.9.1988 aaO.

⁷ Zu § 23 Abs. 1 Satz 2 BAG vom 23.3.1984 aaO.

⁸ BAG vom 13.6.1985 aaO.

sind. Die praktische Brisanz sei hier nur mit dem Beispiel angedeutet, daß verschiedene Zählweisen zu einem Erreichen bzw. Unterschreiten von unternehmensbezogenen Mindestarbeitnehmerzahlen führen können, von denen die Zusammensetzung der Aufsichtsräte in den Trägergesellschaften abhängt.