



Konzernpersonaldienstleister und Gemeinschaftsbetrieb

Von Professor Dr. Volker Rieble und Assessorin Cornelia Gistel, München

Die im Zuge der Rationalisierungsbemühungen immer häufiger eingerichteten Personaldienstleistungsgesellschaften im Konzern sollen nach der Rechtsprechung des BAG (zuletzt: 11. 2. 2004) zu einem einheitlichen Leitungsapparat der versorgten Konzernunternehmen führen und dadurch einen Gemeinschaftsbetrieb konstituieren können. Insbesondere für die nächste Betriebsratswahl 2006 muss sowohl die Konzernseite aber auch die Betriebsratsseite wissen, ob Konzernunternehmen solchermaßen vergemeinschaftet werden, weil dies die Zahl der Betriebsräte mindert, aber größere Einheiten hervorbringt. Gefahren für die eine und Chancen für die andere Seite bestehen vor allem dort, wo der Konzerndienstleister kleine Unternehmen mit nur einem Betrieb und ohne Betriebsrat versorgt: Der Gemeinschaftsbetrieb schlägt dann die kleine Einheit einem womöglich ungeliebten Betriebsrat zu. Der auf einer Anregung der Praxis fußende Beitrag unterwirft die Rechtsprechung einer kritischen Analyse.

I. Personal-Dienstleistung

Outsourcing von Personaldienstleistungen auf externe Anbieter ist eine gängige Erscheinung moderner Unternehmensführung. Der Markt hält ein breites Angebot an Personaldienstleistungen durch externe Dienstleister bereit¹. Externe Anbieter für Personaldienstleistungen sind aber nicht bloß solche spezialisierten Anbieter, die etwa Arbeitszeitberatung bieten und entsprechende Systeme entwickeln und auch mit den Betriebsrat verhandeln².

Angeboten wird auf dem Personaldienstleistungssektor, was nachgefragt wird. So kommt es, dass heutzutage die überwiegenden Angelegenheiten einer Personalabteilung auch durch *externe Personaldienstleistungsgesellschaften* angeboten werden. Darunter fallen Aufgaben

- von der Datenverwaltung,
- der Personalaktenführung,
- der betriebliche Altersversorgung und
- Lohnabrechnung bis hin zur
- Personalplanung und -betreuung³.

Die großen Dienstleistungsgesellschaften bieten auf diesem Sektor alles an, was die eigentliche Unternehmenstätigkeit durch eine effiziente Datenverarbeitung und -verwaltung entlastet. Das betrifft den gesamten administrativen Bereich von der Vertragsvorbereitung und Führung der Korrespondenz bei Einstellungen bis hin zur Organisation von Schulungen und Fortbildungen.

Angeboten werden Analysen des Unternehmens zum qualitativen und quantitativen Personalbedarf in allen Funktionsbereichen. Neben Erfassung und Vergleich der Bewerberdaten werden Personalbeschaffungsstrategien entworfen und sogar Auswahlverfahren durchgeführt. Qualifikationspotenziale werden ermittelt und gesteuert, Nachwuchs generiert, bildungs- und stellenbezogene Fortentwicklung geplant, Weiterbildung gefördert, Defizite abgebaut und Leistungsmodelle entwickelt. Die Erstellung von

Funktionsprofilen, Risikoanalysen und Besetzungsvorschlägen fallen in diesen Bereich. Personalanzeigen werden geschaltet und die Organisation von Initiativbewerbungen, die immer häufiger gezielt an Unternehmen gerichtet werden, wird erledigt.

Personaldienstleistungsgesellschaften bieten auch eigene Qualifizierungseinrichtungen an, mit deren Hilfe für die Unternehmen generelle und individuelle Qualifizierungspläne erarbeitet werden. Meist ist die Entwicklung der Veranstaltungsinhalte und der Ausbildungsbetrieb, wie Organisation der Teilnehmer, Datenverwaltung, Kostenabrechnung und Raumverwaltung umfasst. Sogar die Durchführung und Auswertung von Beurteilungen kann auf externe Anbieter übertragen werden⁴.

Angelegenheiten aus dem Katalog des § 87 BetrVG werden als Serviceleistungen angeboten. Insbesondere im Bereich des § 87 I Nrn. 2, 10 und 11 BetrVG werden durch Personaldienstleistungsunternehmen und Personalberater Arbeitszeitmodelle unter entsprechender Analyse der jeweiligen Unternehmensstrukturen entworfen. Auch Vergütungssysteme werden von den Serviceagenturen entwickelt, um einerseits möglichst kostensparend zu arbeiten aber andererseits den Arbeitnehmern Perspektiven zu bieten und ihnen den Eindruck zu vermitteln, an Wachstum und Erfolg des Unternehmens beteiligt zu sein. Hierfür erforderliche Analysen werden genauso durchgeführt wie entsprechende Konzepte für Vergütungs- und Prämiensysteme entwickelt werden.

Externer Personaldienstleister ist auch der *Rechtsanwalt*, der für den Arbeitgeber Sozialplanverhandlungen führt, oder ihn in Angelegenheiten des § 87 BetrVG vertritt. Nicht zu vergessen die betriebsverfassungsrechtliche und tarifliche Beratung durch *Arbeitgeberverbände* – gleich ob tariffähig oder OT-Verband (Dienstleistungsangebot etwa unter www.bayme.de). Die Verbandsmitgliedschaft stellt den – vielfach übersehenen – Hauptfall des Outsourcing von Personaldienstleistungen dar.

Oftmals wollen *Konzerne* die Personalverwaltung nicht extern vergeben⁵, vielmehr werden eigens hierfür geschaffene oder bereits bestehende Tochtergesellschaften zentral für alle Unternehmen des Konzerns mit Personaldienstleistungen beauftragt. Vielfach agieren aber auch die Personal- oder Arbeitsrechtsabteilungen in der Konzernspitze als Dienstleister, die immer dann eingeschaltet werden, wenn es entweder schwierig wird oder wenn betriebsverfassungsrechtliche Fragen unter Durchbrechung bisheriger Konzernpolitik gelöst werden sollen.

1) Vgl. die Übersicht bei *Schnittker/Rebmann*, Outsourcinganbieter klassischer Personaldienstleistungen im Überblick, Personal 2004, 54 ff.

2) Etwa *Dr. Hoff/Weidinger/Herrmann*, www.arbeitszeitberatung.de, zuletzt abgerufen am 31. 8. 2004.

3) *Bauer/Randhofer*, AuA 1998, 329 (329 f.); *Schnittker/Rebmann* (o. Fußn. 1), Personal 2004, 54 ff.

4) *Schnittker/Rebmann* (o. Fußn. 1), Personal 2004, 54 ff.; vgl. die Produktangebote einiger großer Personaldienstleister: www.alldata.de; www.cellent.de oder www.hansalog.de alle abgerufen am 20. 7. 2004.

5) *Bauer/Randhofer*, AuA 1998, 330.

Begründet diese konzerninterne Bündelung der Personalarbeit schon einen einheitlichen Leitungsapparat? Bei der Fremdvergabe an ein und denselben externen Anbieter durch verschiedene Unternehmen würde niemand ernstlich das Entstehen eines Gemeinschaftsbetriebs erwägen. Da das BAG aber bei seiner indizienorientierten Bestimmung des Gemeinschaftsbetriebs den Schwerpunkt weniger auf die gemeinschaftliche als auf die einheitliche Leitung legt, birgt eine zentrale Konzernpersonaldienstleistung die Gefahr, dass ein Gemeinschaftsbetrieb entsteht – obwohl tatsächlich keine Abstimmung des Arbeitgeberverhaltens oder gar Koordination gewollt ist. Was also macht einen Gemeinschaftsbetrieb aus?

II. Gemeinschaftsbetrieb in der Rechtsprechung des BAG

Der Begriff des gemeinsamen Betriebs mehrerer Unternehmen (Gemeinschaftsbetrieb) ist von der Rechtsprechung des BAG geprägt und seit der Reform 2001 in § 1 II BetrVG aufgenommen.

1. Grundsätze der Rechtsprechung

a) *Modifizierung des Betriebsbegriffs: einheitlicher Leitungsapparat.* Das BAG geht zur Bestimmung des Gemeinschaftsbetriebs vom allgemeinen Betriebsbegriff als organisatorischer Einheit aus, innerhalb der der Arbeitgeber allein oder mit seinen Arbeitnehmern mit Hilfe technischer und immaterieller Mittel bestimmte arbeitstechnische Zwecke fortgesetzt verfolgt⁶. Eine Modifizierung erfährt dieser Begriff insoweit, als der Gemeinschaftsbetrieb von mehreren Arbeitgebern geführt wird: „die in einer Betriebsstätte vorhandenen materiellen und immateriellen Betriebsmittel [müssen] für einen einheitlichen arbeitstechnischen Zweck zusammengefasst, geordnet und gezielt eingesetzt ... und der Einsatz der menschlichen Arbeitskraft von einem einheitlichen Leitungsapparat gesteuert [werden], wozu erforderlich ist, dass sich die beteiligten Unternehmen zumindest stillschweigend zur gemeinsamen Führung rechtlich verbunden haben“⁷.

b) *Vermutung der Führungsvereinbarung nach § 1 II BetrVG.* Probleme bereitet oftmals der Nachweis der Führungsvereinbarung. Hier hilft zum einen die neu ins Gesetz eingeführte Vermutungsregel des § 1 II BetrVG und zum anderen die ständige Rechtsprechung des BAG, die es ermöglicht, bei Vorliegen bestimmter Indizien auf den konkludenten Abschluss einer Führungsvereinbarung zu schließen.

Keine eigenständige Definition des gemeinsamen Betriebs sondern eine Vermutungsregel enthält § 1 II BetrVG, mit dem erstens die vorangegangene Rechtsprechung des BAG zum Gemeinschaftsbetrieb übernommen und zweitens die zuvor im Umwandlungsgesetz verankerte „Beibehaltungsvermutung“ verallgemeinert werden sollte⁸. Ein Gemeinschaftsbetrieb wird zum einen vermutet, wenn die Betriebsmittel sowie die Arbeitnehmer von den Unternehmen gemeinsam eingesetzt werden. Umstritten ist wegen der Formulierung „gemeinsam eingesetzt“, was Gegenstand der Vermutung ist. Die herrschende Meinung und nun wohl auch das BAG gehen davon aus, dass die Vermutung den Nachweis der Führungsvereinbarung erleichtern sollte⁹. Richtigerweise wird man statt „gemeinsam eingesetzt“ „gemeinsam genutzt“ lesen müssen, weil die Vermutung an das äußere Erscheinungsbild einer koordinierten Organisation bzw. eines einheitlichen Rahmens anknüpft¹⁰. Indizien seien die gemeinsame räumliche Unterbringung der Arbeitnehmer, die Einheitlichkeit des für die Erbringung der Arbeitsleistung maßgeblichen Rahmens wie Arbeitszeit und betriebliche Ordnung, der unternehmensübergreifende

Einsatz der Arbeitnehmer, gemeinsame Lohnbuchhaltung, Kantine oder Sekretariat sowie ein unternehmensübergreifender Austausch der Arbeitnehmer¹¹. Zum ändern wird ein Gemeinschaftsbetrieb nach § 1 II Nr. 2 BetrVG vermutet, wenn trotz einer Unternehmensspaltung die betriebliche Einheit gewahrt wird (spaltungskompensierender Gemeinschaftsbetrieb)¹², was hier aber keine Rolle spielt.

c) *Indizwirkung der tatsächlichen betrieblichen Umstände.* Auch außerhalb des Anwendungsbereichs von § 1 II BetrVG können die tatsächlichen betrieblichen Umstände nach ständiger Rechtsprechung des BAG den zumindest stillschweigenden Abschluss einer Führungsvereinbarung ergeben. Anhand einer wertenden Gesamtbetrachtung, in deren Rahmen bestimmten Tatsachen Indizwirkung zukommt, ist zu prüfen, ob der Kern der Arbeitgeberfunktionen im sozialen (§§ 87 ff BetrVG) und personellen Bereich (§§ 92 ff BetrVG) von derselben institutionellen Leitung wahrgenommen wird¹³. In diesem Zusammenhang hat das BAG etwa die organisatorische, personelle und technische Verknüpfung der Arbeitsabläufe, die gemeinsame räumliche Unterbringung, gemeinsame zentrale Betriebs-einrichtungen, die gemeinsame Wahrnehmung der Ausbildungsmaßnahmen, den unternehmensübergreifenden Einsatz der Arbeitnehmer, eine koordinierte Urlaubsplanung, ein durchgehendes Weisungsrecht, gemeinsame Einstellungen und Entlassungen sowie gegebenenfalls die Personenidentität der Geschäftsführer der beteiligten Tochtergesellschaften als Indizien für einen Gemeinschaftsbetrieb gewertet. Auch die Verfolgung eines einheitlichen Gesamtbetriebszwecks kann für einen Gemeinschaftsbetrieb sprechen¹⁴.

6) BAG (13. 6. 1985), NZA 1986, 600 = AP Nr. 10 zu § 1 KSchG 1969; BAG, Beschl. v. 9. 2. 2000 – 7 ABR 21/98, EzA-SD 2000, Nr. 4, 3 (Kurzwiedergabe) = DB 2000, 384; Moll, in: *Ascheid/Preis/Schmidt* (Hrsg.) *Kündigungsr.*, 2. Aufl. (2004), § 23 KSchG Rdnr. 16; Hanau/Wackerbart, in: *Lutter* (Hrsg.), *Holding-Hdb., Recht-Management-Steuern*, 3. Aufl. (1998), S. 392.

7) BAG (11. 2. 2004), NZA 2004, 618 = AP Nr. 22 zu § 1 BetrVG 1972 Gemeinsamer Betrieb; vgl. auch BAG (13. 4. 1967), NJW 1967, 1821 = AP Nr. 10 zu § 1 KSchG 1969 = EzA § 3 KSchG Nr. 1; BAG (18. 4. 1989), NZA 1989, 804 = AP Nr. 65 zu § 99 BetrVG 1972 = EzA § 99 BetrVG 1972 Nr. 73.

8) BAG (11. 2. 2004), NZA 2004, 618 = AP Nr. 22 zu § 1 BetrVG 1972 Gemeinsamer Betrieb; BAG (21. 2. 2001), NZA 2002, 56 Os. = NJOZ 2002, 154 = EzA § 1 BetrVG 1972 Nr. 11; BAG (7. 8. 1986), NZA 1987, 131 (133) = AP Nr. 5 zu § 1 BetrVG 1972 = EzA § 4 BetrVG 1972 Nr. 5; Richardi, *BetrVG*, 9. Aufl. (2004), § 1 Rdnr. 64 ff.; *Fitting/Kaiser/Heither/Engels/Schmidt*, (zit. im Folgenden: *Fitting, BetrVG*, 22. Aufl. [2004]), § 1 Rdnr. 78 ff.

9) BAG, NZA 2004, 618 = AP Nr. 22 zu § 1 BetrVG 1972 Gemeinsamer Betrieb; *ErfK/Preis*, 4. Aufl. (2004), § 1 BetrVG Rdnr. 13, 15; *Richardi* (o. Fußn. 8), § 1 Rdnr. 73 ff.; *Fitting* (o. Fußn. 8), § 1 Rdnr. 85 ff.; *Kraft*, in: *GK-BetrVG*, 7. Aufl. (2002), § 4 Rdnr. 29.

10) *Richardi* (o. Fußn. 8), § 1 Rdnr. 74; *Fitting* (o. Fußn. 8), § 1 Rdnr. 85; *Kraft* (o. Fußn. 9), § 4 Rdnr. 29.

11) BAG (24. 1. 1996), NZA 1996, 1110 = AP Nr. 8 zu § 1 BetrVG 1972 = EzA § 1 BetrVG 1972 Nr. 10; BAG, NZA 2004, 618 = AP Nr. 22 zu § 1 BetrVG 1972 Gemeinsamer Betrieb; *Richardi* (o. Fußn. 8), § 1 Rdnr. 74; *ErfK/Preis* (o. Fußn. 9), § 1 BetrVG Rdnr. 15.

12) *Kraft* (o. Fußn. 9), § 4 Rdnr. 33 ff.; *Richardi* (o. Fußn. 8), § 1 Rdnr. 76 ff.

13) BAG (14. 9. 1988), NZA 1989, 190 = AP Nr. 9 zu § 1 BetrVG 1972 = EzA § 1 BetrVG 1972 Nr. 7; BAG (18. 1. 1990), NZA 1990, 977 = AP Nr. 9 zu § 23 KSchG 1969 = EzA § 23 KSchG Nr. 9; BAG (29. 1. 1987), NZA 1987, 707 = AP Nr. 6 zu § 1 BetrVG 1972 = EzA § 1 BetrVG 1972 Nr. 5.

14) Allein die Verfolgung mehrerer arbeitstechnischer Zwecke schließt den Gemeinschaftsbetrieb noch nicht aus: BAG (11. 2. 2004), NZA 2004, 618 = AP Nr. 22 zu § 1 BetrVG 1972 Gemeinsamer Betrieb; BAG (23. 9. 1982), ZIP 1983, 724 = AP Nr. 3 zu § 4 BetrVG = EzA § 1 BetrVG 1972 Nr. 3 (zu III 1 2); *Daubler/Kittner/Klebe, BetrVG*, 9. Aufl. (2004) (im Folgenden: *DKK/Triimmer*), § 1 Rdnr. 78 b; *APS/Moll* (o. Fußn. 6), § 23 KSchG Rdnr. 15; BAG (14. 12. 1994), NZA 1995, 906 = AP Nr. 3 zu § 5 BetrVG 1972 Rotes Kreuz = EzA § 1 BetrVG 1972 Nr. 9 (B I 1 b, c); BAG (13. 6. 1985), NZA 1986, 600 = AP Nr. 10 zu § 1 KSchG 1969.

d) *Innerbetriebliche Entscheidungsfindung und Zentralisierung von Personaldienstleistungen.* Besondere Bedeutung hat die Verteilung der innerbetrieblichen Entscheidungsfindung und Umsetzung in personellen und sozialen Angelegenheiten. Entscheidend ist, ob dem Betriebsrat ein einheitlicher Ansprechpartner gegenüber steht¹⁵ oder ob erheblicher eigener Entscheidungsspielraum bei den Tochtergesellschaften bleibt¹⁶.

So hat das BAG einerseits festgestellt, dass dann, wenn eine einheitliche Stelle mit der Wahrnehmung sämtlicher wesentlicher personeller und sozialer Maßnahmen (Kündigungen, Aufhebungsverträge, Versetzungen und Betriebsratsanhörungen) betraut ist und sogar Betriebsvereinbarungen abschließen darf, diese nicht nur „unselbständiges Sprachrohr“ zwischen mehreren Geschäftsführern sei, sondern wohl einen einheitlichen Leitungsapparat begründen werde¹⁷. Der Entscheidung lag ein Fall zu Grunde, in dem sich ein Unternehmen durch Dienstvertrag dazu verpflichtet hatte für zwei andere Unternehmen deren Lohn- und Gehaltsbuchhaltung sowie die Personalabteilung zu erledigen. Der Leiter dieser zentralen Personalabteilung nahm sämtliche Personalmaßnahmen als zeichnungsberechtigter Vertreter (Prokurist) beider Unternehmen wahr. Davon umfasst war auch die Zusammenarbeit mit dem Betriebsrat.

In seinen Entscheidungen vom 9. 2. 2000¹⁸, vom 21. 2. 2001¹⁹ und 11. 2. 2004²⁰ hat das BAG dagegen festgestellt, dass sich innerhalb eines Konzerns „aus der Übernahme von Dienstleistungen, die auch als Serviceleistungen Dritter denkbar sind, (...) nicht zwangsläufig (ergibt), dass die Betriebsstätten durch einen einheitlichen Leitungsapparat gesteuert werden“²¹. Vielmehr bestehe eine einheitliche Leitung bei zentraler Erfüllung von Personaldienstleistungen nur dann, wenn die zentrale Stelle mit Aufgaben betraut sei, „die üblicherweise vom Arbeitgeber wahrgenommen und – im Gegensatz zur Lohnbuchhaltung – nicht als Serviceleistungen an Dritte vergeben werden“; anhand einer wertenden Gesamtschau aller Leistungen sei dann zu beurteilen, ob eine enge Verbundenheit der Unternehmen vorliege²². Entscheidend ist nach dem BAG, ob lediglich Dienstleistungen einer zentralen Stelle in Anspruch genommen werden, oder „ob damit auch maßgebliche Entscheidungsbefugnisse ... auf einen einheitlichen Leitungsapparat übertragen worden sind“²³. Bei Dienstleistungsverträgen zwischen Konzernunternehmen spreche für den einheitlichen Leitungsapparat, wenn die Geschäftsführer der Tochtergesellschaften gegenüber der zentralen Personalführung nur ihre Wünsche und Vorstellungen äußern könnten, während diese entschiede, *ob und wie* sie umgesetzt würden²⁴.

Nur am Rande ist hier zu erwähnen, dass der betriebsverfassungsrechtliche Gemeinschaftsbetrieb nicht identisch ist mit dem kündigungrechtlichen: Denn bei diesem muss sich der Leitungsapparat nicht auf mitbestimmungspflichtige Angelegenheiten, sondern auf Personaleinsatz, Sozialauswahl und Kündigungsentschluss erstrecken: Derjenige Unternehmer, der seinen Arbeitnehmer nicht kündigen darf, weil im Gemeinschaftsbetrieb ein anderes Unternehmen einen vergleichbaren sozial stärkeren Arbeitnehmer beschäftigt, muss auf Grund der Führungsvereinbarung von jenem Unternehmen verlangen können, dass dieses seinen Arbeitnehmer kraft der einheitlichen Sozialauswahl entlässt und statt dessen im Rahmen der gemeinschaftlichen Arbeitsorganisation den eigenen Arbeitnehmer auf diesem Arbeitsplatz beschäftigt²⁵.

III. Einheitliche oder gemeinschaftliche Leitung?

1. Inkonsistenz der Rechtsprechung des BAG

Die Rechtsprechung des BAG birgt bei Zentralisierung der Personalarbeit innerhalb eines Konzerns Gefahren. Den

Ausschlag zu Gunsten eines einheitlichen Leitungsapparats können etwa die zentrale Führung von Personalakten sowie die zentrale Erstellung von Arbeitsverträgen und sonstiger personenbezogener Schriftstücke geben²⁶. Gerade bei diesen Aufgaben wird typischerweise ein Interesse bestehen, sie an zentraler Stelle wahrzunehmen: durch die Verhinderung von Doppelarbeit und Verwaltungsvereinfachung können erhebliche Synergieeffekte erzielt werden. Die Auslagerung des gesamten Datenverwaltungsbereichs sowie die administrative Seite der Begründung, Durchführung und Abwicklung von Arbeitsverträgen ist ein wesentlicher Teil, um die Personalarbeit der Tochterunternehmen effektiver zu gestalten²⁷. Allein die Personalaktenverlagerung kann kaum eine Entäußerung der Personalführung bedeuten. Zwar geht § 83 BetrVG davon aus, dass Personalakten in der Regel vom Arbeitgeber geführt werden; er begründet aber keine dahingehende Pflicht²⁸. Vielmehr handelt es sich bei der Einschaltung Dritter in diese Aufgaben um ein datenschutzrechtliches Problem und darum, dass es dem Arbeitgeber möglich sein muss, dem Arbeitnehmer seine Rechte aus § 83 BetrVG auch gegenüber dem Dritten sicher zu stellen²⁹. Weiterhin widerlegt sich das BAG quasi selbst, wenn es zugleich darauf abstellt, ob die Aufgaben als Serviceleistungen Dritter in Anspruch genommen werden könnten: die Führung von Personalakten sowie die Erstellung von Arbeitsverträgen zählt dazu.

Sodann spielt die Verteilung der Entscheidungsstrukturen im Regelungsbereich des § 87 und der §§ 92 ff BetrVG eine erhebliche Rolle³⁰. Gemeint ist insbesondere, wie die

15) BAG (23. 3. 1984), NZA 1984, 88 = AP Nr. 4 zu § 23 KSchG = EzA § 23 KSchG Nr. 7; BAG, Beschl. v. 9. 2. 2000 – 7 ABR 21/98 (zu B I); BAG (18. 10. 2000), NZA 2001, 321 = AP Nr. 49 zu § 15 KSchG 1969 = EzA § 15 KSchG n. F. Nr. 51 (zu B I 3); DKK/Trümmer (o. Fußn. 14), § 1 Rdnr. 74 a; Kraft (o. Fußn. 9), § 4 Rdnr. 25; Kraft, in: Festschr. f. Hilger/Stumpf, 1983, S. 395, 406; APS/Möll (o. Fußn. 6), § 23 KSchG Rdnrn. 16 f.; Fromen, in: Festschr. f. Gaul, 1992, S. 151, 178.

16) BAG, Beschl. v. 9. 2. 2000 – 7 ABR 21/98, EzA-SD 2000, Nrn. 4, 3 = DB 2000, 384; BAG (14. 12. 1994), NZA 1995, 906 ff. = AP Nr. 3 zu § 5 BetrVG 1972 Rotes Kreuz = EzA § 1 BetrVG 1972 Nr. 9 (B I 1 b, c); DKK/Trümmer (o. Fußn. 14), § 1 Rdnrn. 74 a, 78 b; BAG (23. 3. 1984) NZA 1984, 88 f. = AP Nr. 4 zu § 23 KSchG = EzA § 23 KSchG Nr. 7; Kraft, in: GK-BetrVG (o. Fußn. 9), § 4 Rdnr. 20; APS/Möll (o. Fußn. 6), § 23 KSchG Rdnr. 16.

17) BAG (18. 10. 2000), NZA 2001, 321 = AP Nr. 49 zu § 15 KSchG 1969 = EzA § 15 KSchG nF Nr. 51 (B I 3).

18) BAG, Beschl. v. 9. 2. 2000 – 7 ABR 21/98, EzA-SD 2000, Nrn. 4, 3 = DB 2000, 384.

19) BAG (21. 2. 2001), NZA 2002, 56 Os. = NJOZ 2002, 154 = EzA § 1 BetrVG 1972 Nr. 11.

20) BAG (11. 2. 2004), NZA 2004, 618 = AP Nr. 22 zu § 1 BetrVG 1972 Gemeinsamer Betrieb.

21) BAG (11. 2. 2004), NZA 2004, 618 = AP Nr. 22 zu § 1 BetrVG 1972 Gemeinsamer Betrieb.

22) BAG, Beschl. v. 9. 2. 2000 – 7 ABR 21/98, EzA-SD 2000, Nrn. 4, 3 = DB 2000, 384.

23) BAG, Beschl. v. 9. 2. 2000 – 7 ABR 21/98, EzA-SD 2000, Nrn. 4, 3 = DB 2000, 384; BAG (21. 2. 2001), NZA 2002, 56 Os. = NJOZ 2002, 154 = EzA § 1 BetrVG 1972 Nr. 11.

24) BAG (21. 2. 2001), NZA 2002, 56 Os. = NJOZ 2002, 154 = EzA § 1 BetrVG 1972 Nr. 11.

25) Rieble, in: Festschr. f. Wiese, 1998, S. 453 (457 f.) m. w. Nachw.

26) BAG (11. 2. 2004), NZA 2004, 618 = AP Nr. 22 zu § 1 BetrVG 1972 Gemeinsamer Betrieb.

27) Bauer/Randhofer, AuA 1998, 329 (329 f.); Schnittker/Rebmann (o. Fußn. 1), Personal 2004, 54 ff.

28) Wiese, in: GK-BetrVG (o. Fußn. 9), § 83 Rdnr. 16; Richardi/Thüsing (o. Fußn. 8), § 83 Rdnrn. 12 ff, 14, 19 f.

29) Windbichler, ArbeitsR im Konzern, 1989, S. 376; Gola, Hdb. z. Arbeitnehmerdatenschutz, 3. Aufl. (2004), Rdnrn. 613 ff.; Däubler, Die gläserne Belegschaft?, 4. Aufl. (2002), Rdnrn. 167, 452; Wiese, in: GK-BetrVG (o. Fußn. 9), § 83 Rdnr. 16; Richardi/Thüsing (o. Fußn. 8), § 83 Rdnrn. 12 ff, 14, 19 f.

30) BAG (11. 2. 2004), NZA 2004, 618 = AP Nr. 22 zu § 1 BetrVG 1972 Gemeinsamer Betrieb; BAG (21. 2. 2001), NZA 2002, 56 Os. = NJOZ 2002, 154 = EzA § 1 BetrVG 1972 Nr. 11.

Entscheidungen bei Einstellungen, Versetzungen und Entlassungen sowie bei betrieblichen Arbeitszeitregelungen vorbereitet und durchgeführt werden³¹. Die tatsächliche Entscheidungsfindung muss bei den einzelnen Tochterunternehmen bleiben; lediglich der Entscheidungsvollzug (und wohl auch die Vorbereitung) dürfen zentralisiert werden³². Bei der Übertragung von Personaldienstleistungen auf eine zentrale Personalführungsgesellschaft wird jedoch versucht werden, so viele Aufgaben als möglich auf die zentrale Stelle zu verlagern, um die Geschäftsführer der Tochtergesellschaften zu entlasten. Insbesondere werden Geschäftsführer der Tochtergesellschaften ein Interesse haben, sich bei der Vorbereitung sowie den Verhandlungen mit dem Betriebsrat weitgehend unmittelbar von kompetenten Stellen vertreten zu lassen, die für das jeweilige Unternehmen das optimale Ergebnis erzielen. Externe Personaldienstleistungsgesellschaften und Personalberater haben auf diese Interessen reagiert. Sie stellen eine breite Palette an Serviceleistungen zur Verfügung, mit deren Hilfe die Personalstruktur der Unternehmen analysiert und optimiert wird sowie der Personalbedarf ermittelt und quantitativ wie qualitativ gedeckt werden kann. Weiterhin erarbeiten derartige Unternehmen auch Konzepte zu Betriebsorganisation und Qualifizierungsmaßnahmen und führen letztere auch selbst durch³³. Werden solche Aufgaben innerhalb eines Konzerns zentral durchgeführt, ergeben sich auf Grund der Rechtsprechung des BAG Komplikationen, da nicht eine zentrale Stelle der Ansprechpartner des Betriebsrats sein darf, soll der Gemeinschaftsbetrieb vermieden werden. Insbesondere im Bereich des § 87 BetrVG – der Urzelle betriebsverfassungsrechtlicher Mitbestimmung – wird eine umfassende Stellvertretung nach der Rechtsprechung des BAG nicht ohne weiteres möglich sein. Schon die zentrale Verhandlungsführung ist gefährlich: Dem Gesetzgeber geht es darum, dass eine Regelung der genannten Bereiche durch Betriebsvereinbarung erzielt wird. Bei Nichteinigung genügt schon der Antrag einer Seite, um die Sache vor die Einigungsstelle zu bringen. Die Funktionsfähigkeit der erzwingbaren Mitbestimmung im Bereich des § 87 BetrVG ist darauf ausgelegt, dass dem Betriebsrat von Anfang an ein entscheidungsbefugter und kompetenter Verhandlungspartner gegenübersteht³⁴. Eine Zentralisierung ist daher in diesem Bereich nur eingeschränkt möglich: als „Schützenhilfe“ nach Art eines die Verhandlungen begleitenden Rechtsanwaltes, der den dort eigenverantwortlich agierenden Geschäftsführer unterstützt. Darunter fallen zum Beispiel die Aufarbeitung des Sachverhalts, die Entwicklung von Konzepten im Bereich des § 87 I Nrn. 2, 4 oder 5 BetrVG sowie Rentabilitätsprüfungen im Bereich des § 87 I Nr. 11 BetrVG³⁵. Dennoch bleibt festzuhalten, dass Ziel einer zentralisierten Personalarbeit die Kostenersparnis und nicht automatisch die Koordinierung der Unternehmen untereinander ist; möglicherweise ist eine gegenseitige Rücksichtnahme oder Abstimmung sogar unerwünscht.

Die Frage die sich damit stellt ist: Kann die Art der gewählten Fremdvergabe wirklich über den Gemeinschaftsbetrieb entscheiden?

In der Tat: Der Umstand, dass ein Rechtsanwalt für zwei Unternehmen parallel Betriebsvereinbarungen über ähnliche Regelungsgegenstände aushandelt, schließt diese noch nicht zu einem Gemeinschaftsbetrieb zusammen. Auch dass ein Arbeitszeitberater in zwei ähnlichen Unternehmen ganz ähnliche Arbeitszeitsysteme entwickelt und in Verhandlungen mit dem Betriebsrat auch umsetzt, führt nicht zum Gemeinschaftsbetrieb. Wenn das BAG insofern darauf abstellt, ob die Fremdvergabe denkbar ist, so ist darauf zu erwidern, dass „denkbar“ jede Beauftragung eines Dritten mit Personalfunktionen ist. Denn solche Evolution des

Denkbaren ist gerade Aufgabe des Marktes für Personaldienstleistungen, der kein statisches Angebot bereit hält, sondern dynamisch auf die Bedarfe der Unternehmen eingeht.

Der vom BAG nicht bedachte Fall des Arbeitgeberverbandes rechnet ebenfalls hierher: Schwerlich wird man die Inanspruchnahme eines umfassenden Dienstleistungsangebotes durch einen Verband zum Anlaß nehmen können, die Verbandsmitglieder einem Gemeinschaftsbetrieb zu unterwerfen. Es gibt aber auch Konzerne, die einen eigenen Konzernarbeitgeberverband führen, etwa die Lufthansa oder die Metrogruppe. Wer der Rechtsprechung des BAG ausweichen möchte, mag dann einen solchen (T- oder OT)-Verband gründen und diesem die Personaldienstleistung übertragen. Betriebsverfassungsrechtliche Beratung gehört ohne weiteres zu den Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen des Art. 9 III GG. Die autonome Koalitionsentscheidung über die Organisationserweiterung auf gruppenangehörige Unternehmen kann schwerlich mit dem Nachteil des Gemeinschaftsbetriebs sanktioniert werden.

2. Dienstleistung im Konzern

Ebenso wie die Personalverwaltung durch externe Anbieter wahrgenommen wird, kann sie konzernintern durch so genannte Personalführungsgesellschaften erfüllt werden³⁶. Maßgeblich für die Abgrenzung des einheitlichen Leitungssystems von einer bloßen unternehmensübergreifenden Zusammenarbeit muss somit das Maß der mit der Zentralisierung verfolgten Koordination bzw. Harmonisierung der betrieblichen Organisation sein³⁷.

Soll durch die Verlagerung der Personalplanung eine einheitliche, also unternehmensübergreifende Koordination und Abstimmung in den Tochtergesellschaften erfolgen (harmonisierte Urlaubsplanung, einheitliche Arbeitszeiten, einheitliche Entlohnungsgrundsätze etc), spricht viel dafür, dass durch die Betrauung einer Tochtergesellschaft mit den Personalangelegenheiten aller Tochtergesellschaften ein Gemeinschaftsbetrieb entsteht. Soll die Zentrale lediglich Personaldienstleistungen jeweils für die einzelnen und getrennt organisierten Töchter übernehmen, ohne Abstimmung mit der Leitung der anderen Töchter, liegt eine zentrale Personalführungsgesellschaft vor, die jeweils als Berater oder Vertreter der Einzelgesellschaften in deren Interesse handelt; eine einheitliche Leitungsmacht entsteht dadurch nicht.

3. Entscheidend: gemeinschaftliche statt einheitliche Leitung

Das BAG macht es sich zu einfach, wenn es tatbestandlich eine einheitliche Leitung der betroffenen Arbeitgeber genügen lässt, ohne zu sagen, worin diese Einheitlichkeit genau besteht. Wie der Blick auf die durch einen externen Anbieter mehr oder minder „zufällig“ zu einem Parallel-

31) BAG (21. 2. 2001), NZA 2002, 56 Os. = NJOZ 2002, 154 = EzA § 1 BetrVG 1972 Nr. 11.

32) BAG (21. 2. 2001), NZA 2002, 56 Os. = NJOZ 2002, 154 = EzA § 1 BetrVG 1972 Nr. 11.

33) Bauer/Randhofer, AuA 1998, 329 (329 f.); Schnittker/Rebmann (o. FuBn. 1), Personal 2004, 54 ff.; sowie die Angebote einiger großer Personalberater www.vesterling.com, www.wesearch.de, www.neumann-inter.com abgerufen am 26. 8. 2004; www.alldata.de, www.cellent.de oder www.hansalog.de alle abgerufen am 20. 7. 2004.

34) Richardi (o. FuBn. 8), § 87 Rdnrn. 2, 6; Wiese, in: GK-BetrVG (o. FuBn. 9), § 87 Rdnrn. 1, 4; Fitting (o. FuBn. 8), § 87 Rdnrn. 1 ff.

35) Bauer/Randhofer, AuA 1998, 329 (329 f.).

36) Wanhöfer, Gemeinschaftsbetrieb und Unternehmensmitbestimmung, 1994, S. 20 (30); Windbichler (o. FuBn. 29), S. 104 (575); Hanau/Wackerbarth, Holding-Hdb. (o. FuBn. 6), S. 391 ff.

37) Rieble (o. FuBn. 25), S. 457; Wanhöfer (o. FuBn. 36), S. 20 (30); Birk, ZGR 1984, 23 (58 ff.); Windbichler (o. FuBn. 29), S. 104 (575); Hanau/Wackerbarth, Holding Hdb. (o. FuBn. 6), S. 391 ff.; Zöllner, in: Festschr. f. Semler, 1993, S. 995 (1011, 1013).

verhalten veranlaßten Unternehmen zeigt, kann eine solche „Stern-Verbindung“ eines Dienstleisters mit mehreren Kunden schon wegen ihrer Flüchtigkeit keinen Gemeinschaftsbetrieb auslösen. Außerdem – und das ist entscheidend – kann eine Mehrzahl von Geschäftsbesorgungsverträgen, die ein (konzerninterner oder konzernfremder) Personaldienstleister mit unterschiedlichen Unternehmen abschließt, doch ohne deren Mitwirkung keine Führungsvereinbarung auslösen – wenn nicht in dem Geschäftsbesorgungsverhältnis selbst eine entsprechende Vollmacht vorgesehen ist.

Die Führungsvereinbarung muss vielmehr notwendig auf eine *gemeinsame Willensbildung der beteiligten Arbeitgeber zielen*. Nur dann kann ein gemeinschaftlicher und deswegen einheitlicher Arbeitgeberwille gegenüber dem darum einheitlichen Betriebsrat überhaupt gebildet werden. Und genau hierin liegt der Grund, weshalb die BAG-Rechtsprechung stets die Führungsvereinbarung als Gesellschaft bürgerlichen Rechtes angesehen hat³⁸.

So gesehen reicht für einen Gemeinschaftsbetrieb *nicht die bloße Einheitlichkeit der Leitung im Sinne einer parallelen faktischen Gleichschaltung der Vertragsarbeitgeber* aus; erforderlich ist eine gemeinschaftliche Leitung, der sich jeder Vertragsarbeitgeber unterworfen haben muss: Ring-Vertrag zwischen allen Gesellschaftern statt Stern-Vertrag der einzelnen Vertragsarbeitgeber mit einem Personaldienstleister. Der Unterschied besteht darin, dass der Geschäftsbesorger ein fremdes Geschäft – die Betriebsleitung – übernimmt, also nicht im Eigeninteresse agiert. Beim Gemeinschaftsbetrieb dagegen agieren die Vertragsarbeitgeber in einem kollektiven Eigeninteresse. Das schließt es nicht aus, dass die Führungsvereinbarungs-GbR einen Personaldienstleister (oder einen Rechtsanwalt) zur Betreuung des Gemeinschaftsbetriebs aussucht. Doch konstitutiv für den Gemeinschaftsbetrieb ist dies gerade nicht.

Für eine konzerninterne Personalagentur kommt es mithin darauf an, ob diese im Dienst der jeweiligen Einzelunternehmen steht und deren jeweilige Individualinteressen parallel (und womöglich gleichförmig) wahrnimmt oder ob dahinter ein Gesamtinteresse aller beteiligten Arbeitgeber steht.

Der Gedanke wird bestätigt durch das spiegelbildliche Recht der Betriebsräte, *Angelegenheiten an den Gesamtbetriebsrat zu delegieren*, § 50 II BetrVG, ohne dass hierdurch eine unternehmenseinheitliche Angelegenheit im Sinne von § 50 I BetrVG begründet würde. Wenn aber Betriebsräte das Recht zur Aufgabendelegation haben, so darf auch eine Zuständigkeitsverlagerung auf Arbeitgeberseite nicht mit der Veränderung der Betriebsstruktur sanktioniert werden.

Allein durch die Bündelung der Aufgaben wird noch keine organisatorische Harmonisierung begründet, die den Schluss auf eine gemeinschaftliche Leitung des Betriebs zuließe. Zwar wird eine einheitliche Stelle mit Aufgaben aus dem personellen und sozialen Bereich betraut, die zur Umsetzung der Maßnahmen auch Vollmacht erhält; die Durchführung der personellen Aufgaben erfolgt aber im Eigeninteresse der jeweiligen Tochtergesellschaft, was keine *einheitliche Leitung* begründet³⁹.

IV. Fürsorglich: Verhinderung der Indizwirkung

Die Indizwirkung der oben aufgeführten Tatsachen kann in der Praxis durch entsprechende rechtsgeschäftliche Vereinbarungen entkräftet werden. Hierbei ist zu differenzieren zwischen einer entsprechenden Einschränkung der Dienstverträge zur zentralen Personaldienstleistungsgesellschaft und einer negativen Führungsvereinbarung. Beide Rechtsverhältnisse bestehen nebeneinander.

1. Beschränkung des Dienstleistungsauftrags

Bei einer Beschränkung der Dienstverträge – die für sich genommen noch keine negative Führungsvereinbarung begründen – geht es nicht um das Verhältnis der beteiligten und betreuten Konzernunternehmen untereinander, sondern um deren jeweiliges Verhältnis zum Konzernpersonalienstleister. In den Dienstleistungsverträgen sollte die Aufgabenverteilung der Personaldienstleister im Verhältnis zu den Tochtergesellschaften exakt – positiv wie negativ – beschrieben sein. Insbesondere, in mitbestimmungspflichtigen Angelegenheiten (§§ 87, 92 ff. BetrVG) sollte die Entscheidung über „Ob“ und „Wie“ der Durchführung in der Hand der Tochtergesellschaften bleiben während sich die Personal serviceeinheit auf bloße Vorbereitungen und Formulierungshilfen zu beschränken hat. Jedes Tochterunternehmen muss ja, vertreten durch seinen Geschäftsführer, weiter seine eigene Personalleitung wahrnehmen. Dieser muss daher allein und ohne Rücksprache die eigenen Belegschaftsteile einsetzen und verwalten und die beteiligungspflichtigen Angelegenheiten autonom mit dem Betriebsrat verhandeln.

2. Negative Führungsvereinbarung

Zusätzlich („doppelt genäht“) können die Unternehmen untereinander mit einer negativen Führungsvereinbarung festlegen, dass die Personalleitung eigenständig und ohne Rücksprache mit den anderen Tochtergesellschaften erfolgt. Letztere ist – vergleichbar dem konzernrechtlichen Entherrschungsvertrag – eine Vereinbarung zwischen gerade denjenigen Vertragsarbeitgebern, zwischen denen (womöglich) ein Gemeinschaftsbetrieb nach § 1 II BetrVG vermutet wird und die diese Vermutung widerlegen wollen: Mit einer negativen Festschreibung, dass zwischen ihnen keine gemeinschaftliche Willensbildung in betriebsverfassungsrechtlichen Angelegenheiten stattfindet. Hierin sollte festgeschrieben werden, dass jedes Unternehmen – genauer: der personalverantwortliche Geschäftsführer – seine eigenen Belegschaften einsetzt und verwaltet und die beteiligungspflichtigen Angelegenheiten autonom mit dem Betriebsrat verhandelt und kein zentraler Ansprechpartner für den Betriebsrat bei sämtlichen Angelegenheiten besteht, der im Gemeinschaftsinteresse sämtlicher Tochtergesellschaften handlungsbefugt ist. Insbesondere in Bereichen wie Personalplanung, Personalbeschaffung oder der Durchführung von Kündigungen sollte festgehalten werden, dass keinerlei Abstimmung untereinander erforderlich ist und die Unternehmen in ihren Entscheidungen völlig eigenständig agieren können⁴⁰.

V. Ergebnis

1. Die Rechtsprechung des BAG zum Gemeinschaftsbetrieb mehrerer Konzernunternehmen kraft einer einheitlichen konzernangehörigen Personaldienstleistungsgesellschaft ist falsch: Ein einheitlicher Leitungsapparat, der nur paralleles Verhalten erzeugt, aber keine gemeinschaftliche

38) BAG (5. 3. 1987), NZA 1988, 32 = AP Nr. 30 zu § 15 KSchG 1969 = EzA § 15 n. F. KSchG Nr. 38; BAG (7. 8. 1986), NZA 1987, 131 (133) = AP Nr. 5 zu § 1 BetrVG 1972 = EzA § 4 BetrVG 1972 Nr. 5; BAG (24. 1. 1996), NZA 1996, 1110 ff. = AP Nr. 8 zu § 1 BetrVG 1972 = EzA § 1 BetrVG 1972 Nr. 10; Windbichler (o. Fußn. 29), S. 289; Wanhöfer (o. Fußn. 36), S. 34; Kraft, in: Festschr. f. Hilger/Stumpff (o. Fußn. 15), S. 395 (401 f.); Richardi (o. Fußn. 8), § 1 Rdnr. 71.

39) Rieble (o. Fußn. 25), S. 457; Wanhöfer (o. Fußn. 36), S. 20 (30); Birk (o. Fußn. 37), ZGR 1984, 23 (58 ff.); Windbichler (o. Fußn. 29), S. 104 f. (575); Hanau/Wackerbarth, Holding-Hdb. (o. Fußn. 6), S. 391 ff.; Zöllner (o. Fußn. 37), S. 995 (1011, 1013).

40) BAG (11. 2. 2004), NZA 2004, 618 = AP Nr. 22 zu § 1 BetrVG 1972 Gemeinsamer Betrieb; BAG (18. 10. 2000), NZA 2001, 321 = AP Nr. 49 zu § 15 KSchG 1969 = EzA § 15 KSchG nF Nr. 51 (B I 3); DKK/Trümmer (o. Fußn. 14), § 1 Rdnr. 95; Kraft, in: GK-BetrVG (o. Fußn. 9), § 4 Rdnr. 25.

Willensbildung genügt hierfür nicht. Jedem Konzernunternehmen steht es jederzeit frei, seine betriebsverfassungsrechtlichen Angelegenheiten autonom zu regeln. Erforderlich für einen solchen Gemeinschaftsbetrieb ist eine Führungsvereinbarung zwischen den beteiligten Unternehmen – zur Konstituierung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Ohne besondere Vollmacht ist der Personaldienstleister hierzu nicht befugt. Sie überzeugt auch praktisch nicht, weil so ein willkürlicher Unterschied zwischen internen und externen Personaldienstleistern gemacht wird.

2. Wer den Gemeinschaftsbetrieb in Ansehung der BAG-Rechtsprechung vermeiden will, braucht nur die Letztentscheidung der Einzelunternehmen und ihrer Geschäftsführungsorgane sicherzustellen. Wenn die Personaldienstleistungsgesellschaft nur berät, der Vorstand oder Geschäftsführer aber das letzte Wort behält, fehlt es an der gemeinschaftlichen Leitung.

3. Fürsorglich lässt sich durch vertragliche Gestaltung die Vermutung des Gemeinschaftsbetriebs entkräften: Einmal können die separaten Dienstleistungsverträge den Konzernpersonaldienstleister auf die Rolle eines Beraters beschränken und insbesondere jede Abschlussvollmacht gegenüber dem Betriebsrat ausschließen. Zum anderen können die betroffenen Personaldienstleister untereinander eine negative Führungsvereinbarung treffen.

4. Schließlich kann der Konzern die Aufgabe der betriebsverfassungsrechtlichen Beratung einem (auch nicht tariffähigen) Konzernarbeitgeberverband übertragen – der hierfür eigens gegründet werden kann. Diese Koalitionsentscheidung darf nicht mit dem Gemeinschaftsbetrieb sanktioniert werden.