

# **Die Betriebszugehörigkeit im BetrVG**

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde  
einer Hohen Rechtswissenschaftlichen Fakultät  
der Universität zu Köln

vorgelegt von

Philipp Wedemeyer

aus Bonn

## Die Betriebszugehörigkeit im BetrVG

Referent: Professor Dr. Barbara Dauner-Lieb

Korreferent: Professor Dr. Martin Henssler

Tag der mündlichen Prüfung: 3. Juli 2007

## Literaturverzeichnis

- Albrecht, Rüdiger* Die Einrichtung von Tele- und Außenarbeitsplätzen, NZA 1996, S. 1240 ff.
- Auffarth, Fritz* Betriebsverfassung und Auslandsbeziehungen, in: Festschrift für Marie Luise Hilger und Hermann Stumpf, München 1983, S. 31 ff.
- Bächle, Hans-Ulrich* Der Weiterbeschäftigungsanspruch während des Kündigungsschutzprozesses, NJW 1979, S. 1693 ff.
- Bauer, Jobst-Hubertus/  
Lingemann, Stefan* Das neue Umwandlungsrecht und seine arbeitsrechtlichen Auswirkungen, NZA 1994, S. 1057 ff.
- Baumbach, Adolf/  
Albers, Jan/  
Hartmann, Peter* Zivilprozeßordnung  
64. Auflage, München 2006.
- Bauschke, Hans-Joachim* Die sogenannte Fremdfirmenproblematik, NZA 2000, 1201 ff.
- Becker, Friedrich* Die arbeitsrechtlichen Aspekte der Teilzeitbeschäftigung, Bern/Frankfurt a. M. 1971.
- Becker, Friedrich* Betriebsverfassungsrechtliche Aspekte beim drittbezogenen Personaleinsatz, AuR 1982, 369 ff.
- Becker, Friedrich* Abgrenzung der Arbeitnehmerüberlassung gegenüber Werk- und Dienstverträgen, DB 1988, 2561 ff.
- Becker, Friedrich/  
Wulfgramm, Jörg* Kommentar zum Arbeitnehmerüberlassungsgesetz,  
3. Auflage, Neuwied 1985.
- Becker, Friedrich/  
Kreikebaum, Hartmut* Gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung – Arbeitsrechtliche, betriebswirtschaftliche, gewerberechtliche, privatrechtliche, sozialversicherungs-

Die Betriebszugehörigkeit im BetrVG

- rechtliche, steuerrechtliche und vermittlungstechnische Aspekte,  
Wiesbaden 1982.
- Behrend, Britta* Neues vom Scheinwerkvertrag: Die vermutete Arbeitsvermittlung im AÜG,  
BB 2001, 2641 ff.
- Bengelsdorf, Peter* Die erzwungene Weiterbeschäftigung,  
DB 1989, 2020 ff.
- Berger-Delhey, Ulf* Zum aktiven Wahlrecht zum Betriebsrat des Verlages für teilzeitbeschäftigte Zeitungszusteller,  
AfP 1990, S. 344 ff.
- Berger-Delhey, Ulf* Kein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei der Festlegung der Arbeitszeit von Redakteuren,  
AfP 1991, S. 565 ff.
- Beuthien, Volker / Wehler, Thomas* Stellung und Schutz der freien Mitarbeiter im Arbeitsrecht,  
RdA 1978, 2 ff.
- Birk, Rolf* Auslandsbeziehungen und Betriebsverfassungsgesetz,  
in: Festschrift für Ludwig Schnorr von Carolsfeld zum 70. Geburtstag,  
Köln, Berlin, Bonn, München, 1973, S. 61 ff.
- Birk, Rolf* Betriebszugehörigkeit bei Auslandstätigkeit,  
in: Festschrift für Karl Molitor, München 1988, S. 19 ff.
- Birk, Rolf* Die betriebsverfassungsrechtliche Zuordnung der Arbeitnehmer zu Betriebsteilen,  
AuR 1978, 226 ff.
- Boemke, Burkhard* „Ausstrahlungen“ des Betriebsverfassungsgesetzes ins Ausland,  
NZA 1992, S. 112 ff.
- Boemke, Burkhard* Entstehen eines Arbeitsverhältnisses wegen Arbeitsvermittlung,  
Anm. zu BAG Urteil v. 28. 6. 2000, 7 AZR 100/99,  
BB 2000, 2524 ff.
- Boemke, Burkhard* Das Telearbeitsverhältnis,  
BB 2000, 147 ff.

Die Betriebszugehörigkeit im BetrVG

- Boemke, Burkhard/  
Ankersen, Per* Telearbeit und Betriebsverfassung,  
BB 2000, S. 2259 ff.
- Böhm, Wolfgang* „Zweite Belegschaften“: Mehr Flexibilität und ge-  
ringere Personalkosten durch onsite management,  
NZA 2005, S. 554 ff.
- Bösche, Burchard/  
Grimberg, Herbert* Rechtsfragen der Außendiensttätigkeit,  
in: Festschrift für Albert Gnade,  
Köln 1992, S. 377 ff.
- Brecht, Hans-Theo* Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz nebst  
Wahlordnung,  
Herne/Berlin 1972.
- Brors, Christiane* „Fremdpersonaleinsatz“ – Wer ist gemäß § 7 S. 2  
BetrVG wahlberechtigt?,  
NZA 2002, 123 ff.
- Brors, Christine* „Leiharbeitnehmer wählen ohne zu zählen“ - eine  
kurzlebige Entscheidung,  
NZA 2003, S. 1380 ff.
- Brose, Wiebke* Die betriebsverfassungsrechtliche Stellung von  
Leiharbeitnehmern nach den Änderungen des  
AÜG,  
NZA 2005, S. 797 ff.
- Buchner, Herbert* Betriebsverfassungs-Novelle auf dem Prüfstand,  
NZA 2001, S. 633 ff.
- Bulla, Werner* Das Wahlrecht von Leiharbeitnehmern bei Be-  
triebsratswahlen, S. 1795 ff.  
DB 1975, S. 1795 ff.
- Christiansen, Dörte* Betriebszugehörigkeit – Die Zuordnung von Ar-  
beitnehmern aus betriebsverfassungsrechtlicher  
Sicht,  
Diss., Kiel 1998.
- Collardin, Marcus* Aktuelle Rechtsfragen der Telearbeit,  
Berlin 1995.
- Däubler, Wolfgang* Der Gemeinschaftsbetrieb im Arbeitsrecht,  
in: Festschrift für Albrecht Zeuner, Tübingen 1994.
- Däubler, Wolfgang* Die veränderte Betriebsverfassung,  
AuR 2001, S. 285 ff.

- Däubler, Wolfgang* Das Wahlrecht der „überlassenen Arbeitnehmer“ nach dem neuen § 7 S. 2 BetrVG, AiB 2001, S. 685 ff.
- Däubler, Wolfgang* Wählen, aber nicht zählen – vermeidbare Rigiditäten im Betriebsverfassungsrecht AuR 2004, S. 81 ff.
- Däubler, Wolfgang/  
Kittner, Michael/  
Klebe, Thomas* Betriebsverfassungsgesetz, Kommentar für die Praxis, 9. Auflage, Frankfurt/Main 2006.
- Dauner-Lieb, Barbara* Der innerbetriebliche Fremdfirmeneinsatz auf Dienst- oder Werkvertragsbasis im Spannungsfeld zwischen AÜG und BetrVG, NZA 1992, S. 817 ff.
- Denck, Johannes* Das vorläufige Weiterbeschäftigungsangebot des Arbeitgebers im Kündigungsrechtsstreit, NJW 1983, S. 255 ff.
- Dewender, Sascha* Die Rechtsstellung der Leiharbeiter nach den §§ 7 Satz 2 und 9 BetrVG, RdA 2003, S. 274 ff.
- Dieterich, Thomas/  
Müller-Glöge, Rudi/  
Preis, Ulrich/  
Schaub, Günter* Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 7. Auflage, München, 2007.
- Dieterich, Thomas/  
Neef, Klaus/  
Schwab, Brent* Arbeitsrecht-Blattei Systematische Darstellung, Loseblatt, 2006.
- Dütz, Wilhelm* Vollstreckungsverhältnis als Arbeitsverhältnis, zugleich Besprechung des Urteils des BAG vom 10. 3. 1987, 8 AZR 146/84, AuR 1987, S: 317 ff.
- Düwell, Franz-Josef* Deregulierung der Arbeitnehmerüberlassung – Abbau beschäftigungshemmender Vorschriften, AuA 1997, S. 253 ff.
- Engels, Gerd /  
Trebing, Yvonne /  
Löhr-Steinhaus, Wilfried* Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Reform des Betriebsverfassungsgesetzes - Überblick über die wesentlichen Änderungen -, DB 2001, 532 ff.

- Erdlenbruch, Michael* Die betriebsverfassungsrechtliche Stellung gewerbsmäßig überlassener Arbeitnehmer. Frankfurt/Main 1992.
- Fabritius, Fritz/  
Kraft, Alfons/  
Thiele, Wolfgang* Gemeinschaftskommentar zum Betriebsverfassungsrecht, 2 Bände, 8. Auflage, München/ Neuwied, 2005.
- Falkenberg, Rolf-Dieter* Die Weiterbeschäftigungsentscheidung des Bundesarbeitsgerichts und ihre verfahrensrechtlichen Auswirkungen, DB 1987, S. 1534 ff.
- Feuerborn, Andreas/  
Hamann, Wolfgang* Liberalisierung der Arbeitnehmerüberlassung durch das Arbeitsförderungs-Reformgesetz, BB 1997, S. 2530 ff.
- Fischer, Ulrich* Der internationale Betrieb – Prüf- oder Stolperstein für das Territorialprinzip? RdA 2002, 160 ff.
- Fitting, Karl/  
Engels, Gerd/  
Schmidt, Ingrid/  
Trebinger, Yvonne* Betriebsverfassungsgesetz, 23. Auflage, München 2006.
- Fromen, Wolfgang* Der gemeinsame Betrieb mehrerer Unternehmen – Der Versuch einer kritischen Analyse, in : Festschrift für Dieter Gaul, Neuwied u.a. 1992, S. 151 ff.
- Galperin, Hans/  
Löwisch, Manfred* Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, 6. Auflage, Heidelberg, 1982.
- Gamillscheg, Franz* „Betrieb“ und „Bargaining unit“ - Versuch des Vergleichs zweier Grundbegriffe, ZfA 1975, S. 357 ff.
- Gamillscheg, Franz* Betrieb und Unternehmen – Zwei Grundbegriffe des Arbeitsrechts, AuR 1989, S. 33 ff.
- Gamillschleg, Franz* Ein Gesetz über das internationale Recht, ZfA 1983, S. 307 ff.
- Gaul, Björn* Betriebsverfassungsrechtliche Aspekte einer Entsendung von Arbeitnehmern ins Ausland, BB 1990, S. 697 ff.

- Gick, Dietmar* Gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung zwischen Verbot und Neugestaltung, Berlin 1984.
- Gramm, Hans* Zum Begriff des Betriebes, AuR 1964 S. 293 ff.
- Groeger, Axel* Arbeitsrechtliche Aspekte des neuen Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes, DB 1998, 470 ff.
- Grützner, Winfried* Keine Betriebsratsfähigkeit von Betriebsteilen mit kompetenzlosen Ansprechpartnern, BB 1983, S. 200 ff.
- Hager, Johannes* Arbeitnehmerüberlassung – Folgen der vermuteten Arbeitsvermittlung, SAE 2000, S. 317 ff.
- Hamann, Wolfgang* Betriebsverfassungsrechtliche Auswirkungen der Reform der Arbeitnehmerüberlassung, NZA 2003, S. 526 ff.
- Hamann, Wolfgang* Erkennungsmerkmale der illegalen Arbeitnehmerüberlassung in Form von Scheindienst- und Werkverträgen, Berlin 1995.
- Hamann, Wolfgang* Fiktion eines Arbeitsverhältnisses zum Entleiher bei vermuteter Arbeitsvermittlung nach dem Arbeitsförderungs-Reformgesetzes 1997, BB 1999, S. 1654 ff.
- Hamann, Wolfgang* Erkennungsmerkmale der illegalen Arbeitnehmerüberlassung in Form von Scheindienst- und Scheinwerkverträgen, Berlin 1995.
- Hanau, Peter* Die Reform der Betriebsverfassung, NJW 2001, S. 2513 ff.
- Hanau, Peter* Denkschrift zu dem Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Reform des Betriebsverfassungsgesetzes, RdA 2001, S. 65 ff.
- Hanau, Peter* Fragen der Mitbestimmung und Betriebsverfassung im Konzern,



ZGR 1984, 468 ff.

*Hanau, Peter*

Analogie und Restriktion im Betriebsverfassungsrecht,  
Arbeitsleben und Rechtspflege,  
in: Arbeitsleben und Rechtspflege,  
Festschrift für Gerhard Müller, 1981, S. 169 ff.

*Hantl-Unthan, Ursula*

Einzelvertragliche Rechtsfolgen der kollektivrechtswidrig durchgeführten Arbeitnehmer-Einstellung im Öffentlichen Dienst,  
Berlin 1993.

*Heinze, Meinhard*

Rechtsprobleme des sog. echten Leiharbeitsverhältnisses, ZfA 1976, S. 183 ff.

*Henssler, Martin*

Aufspaltung, Ausgliederung und Fremdvergabe,  
NZA 1994, 294 ff.

*Henssler, Martin*

Betriebsratswahlen bei Unternehmen mit bundesweiter Vertriebsstruktur  
Überlegungen zur betriebsverfassungsrechtlichen Abgrenzung von Betrieb und Betriebsteil, Festschrift für Wolfdieter Küttner,  
2006, S. 479

*Henssler, Martin/  
Willemsen, Heinz-Josef/  
Kalb, Heinz-Jürgen*

Arbeitsrecht Kommentar  
2. Auflage, Köln 2006.

*Hess, Harald/  
Schlochauer, Ursula/  
Worzalla, Michael/  
Glock, Dirk*

Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz,  
6. Auflage,  
München 2003.

*Hoyningen-Huene, v. Gerrick*

Grundfragen der Betriebsverfassung: Mitbestimmung – Betriebsrat – Betrieb – Betriebszugehörigkeit,  
in: Arbeitsgesetzgebung und Arbeitsrechtsprechung, Festschrift zum 70. Geburtstag von Eugen Stahlhacke, Neuwied/Kriftel/Berlin 1995, S. 173 ff.

*Hromadka, Wolfgang/  
Maschmann, Frank*

Arbeitsrecht,  
Bd. 2: Kollektivarbeitsrecht und Arbeitsstreitigkeiten,  
2. Auflage, Berlin 2001.

*Hueck, Alfred/ Nipperdey, Hans  
Carl*

Lehrbuch des Arbeitsrechts,  
Band 2, Kollektives Arbeitsrecht, 2. Halbband,

7. Auflage, Berlin/Frankfurt/Main 1970.

*Hunold, Wolf*

Fortentwicklung des Einstellungsbegriffs in der Rechtsprechung des BAG, NZA 1998, 1025 ff.

*Hurlebaus, Günther*

Fehlende Mitbestimmung bei § 87 BetrVG, Dissertation, Köln - Berlin - Bonn - München 1987.

*Jacobi, Erwin*

Betrieb und Unternehmen als Rechtsbegriffe, in: Festschrift für Victor Ehrenberg, Leipzig 1927, S. 1 ff.

*Joost, Detlev*

Betrieb und Unternehmen als Grundbegriffe im Arbeitsrecht, München 1988

*Kaiser, Dagmar*

Arbeitsrechtliche Probleme der Beschäftigungsgesellschaften in den neuen Bundesländern, NZA 1992, 193 ff.

*Kamphausen, Heinz*

Einheitlicher Betrieb bei mehreren Unternehmen – Verfahrensrechtliche Probleme, NZA 1988, Beilage Nr. 4, S. 10 ff.

*Kania, Thomas*

Überlassung von Maschinen mit Bedienungspersonal, NZA 1994, 871 ff.

*Klebe, Thomas/  
Schumann, Manfred*

Das Recht auf Beschäftigung im Kündigungsschutzprozeß, Köln 1981.

*Knigge, Arnold*

Die Abstellung von Arbeitnehmern an eine baugewerbliche Arbeitsgemeinschaft, DB 1982, Beilage Nr. 4, S. 1 ff.

*Kohte, Wolfhard*

Anmerkung zu LAG Baden-Württemberg v. 25. 2. 1991 BB 1992, S. 137 ff.

*Kohte, Wolfhard*

Zeitungszusteller und Betriebsratswahl, BB 1992, S. 137 ff.

*Konzen, Horst*

Unternehmensaufspaltungen und Organisationsänderungen im Betriebsverfassungsrecht, Heidelberg 1986.

*Konzen, Horst*

Arbeitsrechtliche Drittbeziehungen – Gedanken über Grundlagen und Wirkungen der gespaltenen

- Arbeitgeberstellung,  
ZfA 1982, S. 259 ff.
- Konzen, Horst* Unternehmensaufspaltung und Betriebseinheit,  
AuR 1985, S. 341 ff.
- Konzen, Horst* Der Regierungsentwurf des Betriebsverfassungs-  
reformgesetzes,  
RdA 2001, 74 ff.
- Kort, Michael* Reformbedarf bei der betriebsverfassungsrechtli-  
chen Mitbestimmung in Fällen von Strukturverände-  
rungen in Betrieb und Unternehmen,  
ZfA 2000, S. 329 ff.
- Kothe, Wolfhard* Der Gemeinschaftsbetrieb im Spiegel des Gesell-  
schafts- und Konzernrechts,  
RdA 1992, S. 302 ff.
- Kraft, Alfons* Fragen zur betriebsverfassungsrechtlichen Stellung  
von Leiharbeitnehmern,  
in: Festschrift für Klemens Pleyer, zum 65. Geburts-  
tag, Köln/Berlin/Bonn/München 1986, S. 383 ff.
- Kraft, Alfons* Mehrere Unternehmen als Träger eines Betriebes  
im Sinne des Betriebsverfassungsgesetzes,  
in : Festschrift für Marie Luise Hilger und Hermann  
Stumpf, München 1983, S. 395 ff.
- Kramer, Stefan* Gestaltung arbeitsvertraglicher Regelungen zur  
Telearbeit,  
DB 2000, 1329 ff.
- Kreutz, Peter* Die Problematik der Betriebszugehörigkeit bei der  
Betriebsratswahl, in: Gedächtnisschrift für Dietrich  
Schulz, Köln, Berlin u.a. 1987, S. 209 ff.
- Kreutz, Peter* Wahlberechtigung von Zeitungszustellern,  
Anm. zu BAG v. 29.1.1992, 7 ABR 27/91,  
SAE 1994, S. 75 ff.
- Küttner, Wolfdieter* Bildung und Auflösung von Gemeinschaftsbetrie-  
ben,  
in: Festschrift für Peter Hanau,  
Köln 1999, S. 565 ff.
- Leinemann, Wolfgang* Kasseler Handbuch zum Arbeitsrecht  
Band 1: Arbeitsverhältnis, Inhalt des Arbeitsver-  
hältnisses und Arbeitsverhältnisse mit erhöhtem

- Schutz,  
2. Auflage, Neuwied 2000.  
Band. 2: Besondere Arbeitsverhältnisse, berufliche Bildung, Beendigung des Arbeitsverhältnisses, Mitbestimmung in Unternehmen/Konzernen, Tarifvertrag und Arbeitskampf, Betriebsverfassung, arbeitsrechtliche Verfahren, neue Bundesländer, Europarecht,  
2. Auflage, Neuwied 2000.
- Lieb, Manfred* Zur dogmatischen Begründung und zu den Folgefragen des Weiterbeschäftigungsanspruchs, SAE 1986, S. 48 ff.
- Lieb, Manfred/  
Jacobs, Matthias* Arbeitsrecht,  
9. Auflage, Heidelberg 2006.
- Lindemann, Achim/  
Simon, Oliver* Wahlberechtigung und Ermittlung der Betriebsratsgröße,  
NZA 2002, 365 ff.
- Linnenkohl, Karl* Tele-Computing,  
Ein Modell für selbstbestimmte und flexible Arbeitszeit,  
BB 1996, S. 51 ff.
- Lipke, Gerd-Albert* Betriebsverfassungsrechtliche Probleme der Teilzeitarbeit,  
NZA 1990, S. 758 ff.
- Löwisch, Manfred* Änderungen der Betriebsverfassung durch das Betriebsverfassungs-Reformgesetz,  
BB 2001, S. 1734 ff..
- Löwisch, Manfred* Einheitlicher Betrieb und Mehrheit von Unternehmen,  
RdA 1976, S. 35 ff.
- Löwisch, Manfred* Einheitliche und eigenständige Arbeitsorganisation als Merkmal des Betriebsbegriffs im Sinne der Betriebsverfassung,  
in: Festschrift für Otto Rudolf Kissel, München 1994,  
S. 679 ff.
- Löwisch, Manfred* Arbeits- und sozialrechtliche Hemmnisse einer weiteren Flexibilisierung der Arbeitszeit,  
RdA 1984, S. 197 ff.

- Löwisch, Manfred/  
Kaiser, Dagmar* Betriebsverfassungsgesetz,  
5. Auflage, Heidelberg 2002.
- Lüke, Gerhard/  
Wachs, Peter/  
Prütting/Hans* Münchner Kommentar zur Zivilprozessordnung,  
Bd. 1: §§ 1 - 354 ZPO, 2. Auflage, München 2000,  
Bd. 2: §§ 355 – 802 ZPO, 2. Auflage, München  
2000,  
Bd. 3: §§ 803 – 1066 ZPO, EGZPO, GVG,  
EGGVG, Internationales Zivilprozessrecht, 2. Auf-  
lage, München 2001.
- Marschall, Dieter* Bekämpfung illegaler Beschäftigung,  
Schwarzarbeit, illegale Ausländerbeschäftigung  
und illegale Arbeitnehmerüberlassung,  
2. Auflage, München 1994.
- Martens, Klaus-Peter* Hafenbetrieb und Hafenarbeit nach dem Gesamt-  
hafenbetriebsgesetz,  
NZA 2000, 449 ff.
- Martens, Klaus-Peter* Die Arbeitnehmerüberlassung im Konzern,  
DB 1985, 2144 ff.
- Maschmann, Jürgen* Leiharbeiter und Betriebsratswahl nach dem  
BetrVG-Reformgesetz,  
DB 2001, 2426 ff.
- Mayer – Maley, Theo* Erwerbsabsicht und Arbeitnehmerbegriff,  
Berlin 1965.
- Meisel, Peter G.* Die Mitwirkung und Mitbestimmung des Betriebs-  
rats in personellen Angelegenheiten,  
5. Auflage, Heidelberg 1984.
- Menting, Erich* Probleme und Perspektiven der Arbeitnehmer-  
überlassung, Dissertation, Köln 1993.
- Moderegger, Christian* Berücksichtigung von Leihararbeitnehmern bei be-  
triebsverfassungsrechtlichen Schwellenwerten,  
AuR 2003, S. 82 ff.
- Mohr, Wolfgang/  
Pomberg, Thorsten* Die Änderungen der Rechtsprechung zu der ver-  
muteten Arbeitsvermittlung nach dem Arbeitneh-  
merüberlassungsgesetz,  
DB 2001, S. 590 ff.
- Molitor, Erich* Das Wahlrecht der nur kurz Beschäftigten zum Be-  
triebsrat,  
BB 1955, S. 33 ff.

- Müller, Gerhard* Die Notwendigkeit der tatsächlichen Beschäftigungsmöglichkeit eines Arbeitnehmers im Betrieb als Voraussetzung der Zugehörigkeit zum dortigen Betriebsrat und damit zusammenhängende Fragen,  
ZfA 1990, S. 607 ff.
- Müllner, Wolfgang* Privatisierung des Arbeitsplatzes, Chancen, Risiken und rechtliche Gestaltbarkeit der Telearbeit,  
Stuttgart 1985.
- Natzel, Ivo* Der teilzeitbeschäftigte Arbeitnehmer in der Freistellung,  
NZA 1998, S. 1262 ff.
- Neumann-Duesberg, Horst* Betriebsverfassungsrecht,  
Berlin 1960.
- Nickisch, Arthur* Zur rechtlichen Stellung der Rote-Kreuz-Schwester. Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Leiharbeitsverhältnis,  
in: Festschrift für Alfred Hueck zum 70 Geburtstag, S. 1 ff.  
München Berlin 1959.
- Nikisch, Arthur* Arbeitsrecht  
Band I, 3. Auflage, Tübingen 1961,  
Band III, 2 Auflage Tübingen 1966.
- Oehmann, Werner* Zum Begriff „weite Entfernung“ in § 3 Betriebsverfassungsgesetz,  
DB 1964 S. 587 ff.
- Oetker, Hartmut* Betriebsverfassungsrechtliche Aspekte des Ausbildungsverbundes,  
DB 1985, 1739 ff.
- Oetker, Hartmut* Betriebszugehörigkeit und gelockerte Betriebsbeziehung – Dargestellt am Beispiel der Zeitungszusteller –,  
AuR 1991, S. 359 ff.
- Peter, Jörg* Kernfragen der Telearbeit,  
DB 1998, S. 573 ff.
- Plander, Harro* Geringfügig Beschäftigte und Betriebsverfassung – Zeitungszusteller –,



- Richardi, Reinhard* Kritische Anmerkung zur Reform der Mitbestimmung des Betriebsrats in sozialen und personellen Angelegenheiten nach dem Regierungsentwurf, DB 1971, S. 621 ff.
- Richardi, Reinhard* Mitbestimmung und Auslandsbeschäftigung, IPrax 1983, 217 ff.
- Richardi, Reinhard/  
Wlotzke, Otfried* Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht Band 1 - 3, 2. Auflage, München 2000.
- Richardi, Reinhard/  
Annuß, Georg* Neues Betriebsverfassungsgesetz: Revolution oder strukturwahrende Reform?, DB 2001, S. 41 ff.
- Rieble, Volker/  
Gutzeit, Martin* Das Alterszeitgesetz (ATzG) 1996 und seine betriebsverfassungsrechtlichen Implikationen, BB 1998, S. 638 ff.
- Rosenberg, Leo/  
Schwab, Karl Heinz/  
Gottwald, Peter* Zivilprozessrecht, 16. Auflage, München 2004.
- Rost, Friedhelm* Arbeitnehmer und arbeitnehmerähnliche Personen im Betriebsverfassungsrecht, NZA 1999, 113 ff.
- Rüthers, Bernd/  
Bakker, Rainer* Arbeitnehmerentsendung und Betriebsinhaberwechsel im Konzern, ZfA 1990, S. 245 ff.
- Säcker, Franz Jürgen* Die Wahlordnungen zum Mitbestimmungsgesetz, München 1978.
- Säcker, Franz Jürgen* Arbeitnehmerüberlassung im Konzern und Betriebsratsorganisation, in: Festschrift für Karlheinz Quack, Berlin/New York 1991, S. 421 ff.
- Säcker, Franz Jürgen/  
Joost, Detlev* Betriebszugehörigkeit als Rechtsproblem im Betriebsverfassungs- und Mitbestimmungsrecht, Königstein 1980.
- Säcker, Franz Jürgen/  
Kühnast, Simone* Die vermutete Arbeitsvermittlung (§ 1 Abs. 2 AÜG) als gesetzgebungspolitische Fehlleistung, ZfA 2001, S. 117 ff.



Die Betriebszugehörigkeit im BetrVG

- Sandmann, Georg/  
Marschall Dieter* Arbeitnehmerüberlassungsgesetz,  
Loseblatt, Neuwied/Kriftel/Berlin,  
Stand 2006.
- Schäfer, Horst* Nochmals, Zum Weiterbeschäftigungsangebot des  
Arbeitgebers während des Kündigungsschutzpro-  
zesses,  
DB 1982, S. 902 ff.
- Schaffeld, Burkhard* Die Stellung der Zeitungszusteller aus rechtlicher  
Sicht,  
AfP 1981, S. 265 ff.
- Schaub, Günter* Heim- und Telearbeit sowie bei Dritten beschäftig-  
te Arbeitnehmer im Referenten- und Regierungs-  
entwurf zum BetrVG,  
NZA 2001, S. 364 ff.
- Schaub, Günter* Flexibilisierung des Personaleinsatzes,  
BB 1998, 2106 ff.
- Schaub, Günter* Der arbeitsrechtliche Betriebsübergang im Recht  
der Gesamtrechtsnachfolge,  
in: Entwicklung im Arbeitsrecht und Arbeitsschutz-  
recht, Festschrift für Otfried Wlotzke, S. 103 ff.
- Schaub, Günther* Flexibilisierung des Personaleinsatzes,  
BB 1998, 2106 ff.
- Schiefer, Bernd/  
Korte, Walter* Gesetzentwurf eines Gesetzes zur Reform des Be-  
triebsverfassungsgesetzes,  
NZA 2001, S. 351 ff.
- Schirmer, Uwe* Die betriebsverfassungsrechtliche Stellung des  
Leiharbeitnehmers im Entleiherbetrieb,  
in: Festschrift 50 Jahre Bundesarbeitsgericht, S.  
1063 ff.
- Schlüpers-Oehmen, Reinhold* Betriebsverfassung bei Auslandstätigkeit,  
Köln/Berlin/Bonn/München 1984.
- Schlüter, Wilfried* Bildung eines Wirtschaftsausschusses für inländi-  
sche Betriebe eines ausländischen Unternehmens,  
SAE 1976, S. 147 ff.
- Schneider, Wolfgang/Trümner,  
Ralf* Zum betriebsverfassungsrechtlichen Arbeitneh-  
merbegriff – zugleich Auseinandersetzung mit der  
Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 18.  
1. 1989, 7 ABR 21/88,

- in : Arbeit und Recht, Festschrift für Albert Gnade zum 65. Geburtstag, Köln 1992, S. 175 ff.
- Schubel, Hans-Dietrich* Beschäftigungsförderungsgesetz und Arbeitnehmerüberlassung, BB 1985, 1606 ff.
- Schulze, Marc-Oliver* Ein-Euro-Jobber – Arbeitnehmer im Sinne des BetrVG, NZA 2005, 1332 ff.
- Schüren, Peter* Betriebsratswahl – Leiharbeiter – Arbeitnehmer in der Freistellungsphase der Alterszeit, Anmerkung zu BAG vom 16. 4. 2003, 7 ABR 53/02, RdA 2004, S. 184 ff.
- Schuster, Fabian* Arbeitnehmer, Betrieb und Betriebszugehörigkeit im Betriebsverfassungsgesetz, Dissertation, Darmstadt 1997.
- Simon, Jürgen/  
Kuhne, Harald* Arbeitsrechtliche Aspekte der Telearbeit, BB 1987, S. 201 ff.
- Stege, Dieter/  
Weinspach, F. K./  
Schiefer, Bernd* Betriebsverfassungsgesetz, 9. Auflage, Köln 2002
- Thomas, Heinz/  
Putzo, Hans* Zivilprozessordnung, 27. Auflage, München 2005.
- Trieschmann, Günther* Die Gestellungsverträge der Schwesterorganisationen, RdA 1955, S. 52 ff.
- Ulber, Jürgen* Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, 3. Auflage, Frankfurt/Main 2006.
- Ullrich, Thilo* Auswirkungen des § 4 S. 2 BetrVG auf den Betriebsbegriff im Rahmen von § 111 BetrVG, NZA 2004, S. 1308 ff.
- Urban-Crell, Sandra/  
Schulz, Christian* Arbeitnehmerüberlassung und Arbeitsvermittlung, München 2003.
- Von Maydell, Bernd* Können Rote-Kreuz-Schwester Bedienstete im Sinne des Personalvertretungsgesetzes sein? AuR 1967, 202 ff.

Die Betriebszugehörigkeit im BetrVG

- Waas, Bernd* Das sogenannte „mittelbare Arbeitsverhältnis“, RdA 1993, S. 153 ff.
- Walker, Wolf-Dietrich* Die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung des Weiterbeschäftigungsverhältnisses, DB 1988, 1596 ff.
- Walle, Andreas* Betriebsverfassungsrechtliche Aspekte beim werkvertraglichen Einsatz von Fremdpersonal, NZA 1999, 518 ff.
- Wank, Rolf* Die Teilzeitbeschäftigung im Arbeitsrecht, RdA 1985 S. 1 ff.
- Wank, Rolf* Telearbeit und Arbeitsrecht, AuA 1998, S. 192 ff.
- Wank, Rolf* Telearbeit, NZA 1999, S. 225 ff.
- Wedde, Peter* Aktuelle Rechtsfragen der Telearbeit, NJW 1999, S. 527 ff.
- Wedde, Peter* Telearbeit, München 2002.
- Wendeling-Schröder* Mehrere Unternehmen / ein Betrieb, NZA 1984, 247 ff.
- Wendeling-Schröder, Ulrike* Divisionalisierung, Mitbestimmung und Tarifvertrag, Köln/Berlin/Bonn/München 1984.
- Wiese, Günther* Buchbesprechung zu Günther Hurlebaus, Fehlende Mitbestimmung bei § 87 BetrVG, Dissertation, Köln- Bonn- München 1987, ZfA 1989, 649 f.
- Wiese, Günther* Mehrere Unternehmen als gemeinsamer Betrieb im Sinne des Betriebsverfassungsrechts, in: Festschrift für Dieter Gaul, Neuwied u.a. 1992, S. 553 ff.
- Windbichler, Christine* Arbeitsrecht im Konzern, München 1989.
- Windeln, Norbert* Die Reform des BetrVG im organisatorischen Bereich, Dissertation, München 2003.
- Wißmann, Hellmut* Die Suche nach dem Arbeitgeber in der Betriebs-

Die Betriebszugehörigkeit im BetrVG

- verfassung, NZA 2001, 409 ff.
- Wlotzke, Otfried/  
Preis, Ulrich* Betriebsverfassungsgesetz, Kommentar,  
3. Auflage, München 2006.
- Wlotzke, Otfried* Zum Wahlrecht von Leiharbeitnehmern und ver-  
gleichbaren Arbeitnehmern zur Wahl des Betriebs-  
rats im Einsatzbetrieb, in: Festschrift 50 Jahre  
BAG, S. 1149 ff.
- Worpenberg, Stephan* Die konzerninterne Arbeitnehmerüberlassung,  
Frankfurt/Main 1993.
- Zeuner, Albrecht* Zur Bestimmung des für die Rechte nach § 102  
BetrVG zuständigen Betriebsrates bei aufgespal-  
teter Arbeitgeberstellung im Konzern,  
in: Festschrift für Marie Luise Hilger und Herrmann  
Stumpf, 1983, S. 771 ff.
- Zeuner, Albrecht* Überlegungen zum Begriff des Arbeitnehmers und  
zum Anwendungsbereich arbeitsrechtlicher Re-  
geln,  
RdA 1975, S. 84 ff.
- Ziemann, Werner* Betriebsbegriff – Betriebszugehörigkeit – drittbe-  
zogener Personaleinsatz  
Anmerkung zu BAG, v. 18. 1. 1989, 7 ABR 21/88,  
und zu BAG, v. 18. 1. 1989, 7 ABR 62/87.  
AuR 1990, S. 58 ff.
- Zöllner, Wolfgang* Gemeinsame Betriebsnutzung - Kritische Bemerk-  
ungen zur Rechtsfigur des gemeinsamen Betrie-  
bes, in: Festschrift Semler,  
Berlin New York 1993, S. 995 ff.

## Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung.....	1
B. Der Betriebsbegriff .....	6
I. Einführung .....	6
II. Der Betriebsbegriff Jacobis.....	7
III. Der Betriebsbegriff der Rechtsprechung und herrschenden Literatur .....	8
1. Fehlende Aussagekraft der arbeitstechnischen Zwecke .....	8
2. Einheitliche Leitung als alleinentscheidendes Merkmal.....	11
IV. Effektivität der Interessenvertretung als Maßstab der Begriffsfindung .....	12
1. Das Prinzip der Entscheidungsnahe .....	13
2. Das Prinzip der Arbeitnehmernähe des Vertretungsorgans (Ortsnähe) .....	13
3. Unvereinbarkeit der Wertungsprinzipien.....	14
4. Die betriebsverfassungsrechtliche Wirklichkeit.....	16
5. Vorrang der Entscheidungsnahe .....	17
V. Kombination von Betriebsbegriff und gesetzlichen Ausnahmeregelungen .....	19
1. Betriebsfiktion nach § 4 Abs. 1 S. 1 BetrVG.....	20
a) § 4 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BetrVG.....	20
aa) Relative Selbständigkeit.....	21
bb) Räumlich weite Entfernung .....	21
cc) Sinn und Zweck der Regelung.....	21
b) § 4 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BetrVG.....	22
aa) Eigenständiger Aufgabenbereich .....	22
bb) Eigenständige Organisation.....	23
2. Vereinbarungslösung nach § 3 BetrVG.....	24
VI. Ergebnis .....	24
C. Der gemeinsame Betrieb mehrerer Unternehmen.....	25
I. Einführung .....	25
II. Stand der Diskussion.....	27
1. Teilweise: Rechtliche Vereinbarung erforderlich.....	27
2. Dagegen: Tatsächliche Zusammenarbeit reicht aus .....	28

3. Stellungnahme.....	29
a) Führungsvereinbarung bei Unternehmensspaltungen.....	29
b) Einheit des Betriebsinhabers vom Gesetz nicht gefordert .....	30
c) GBR gewährleistet keine einheitliche Willensbildung.....	30
d) Rechtssicherheit wird durch Innengesellschaft nicht erhöht .....	32
e) Betriebsbegriff knüpft an organisatorische Strukturen an.....	33
III. Ergebnis .....	34
IV. Vermutung gemeinsamer Betrieb mehrerer Unternehmen.....	35
1. Zur allgemeinen Funktion einer gesetzlichen Vermutung .....	35
2. Die gesetzliche Vermutung nach § 1 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG .....	37
a) Vermutungsbasis.....	37
b) Vermutungsfolge.....	40
aa) Widerlegbarkeit bei Nichtbestehen einer Leitung .....	41
bb) Widerlegbarkeit bei Nichtbestehen einer Führungsabrede .....	41
cc) Widerlegbarkeit bei nur kurzfristiger Zusammenarbeit.....	42
3. Die gesetzliche Vermutung des § 1 Abs. 2 Nr. 2 BetrVG .....	44
4. Ergebnis .....	45
D. Die Betriebszugehörigkeit.....	46
I. Stand der Diskussion .....	46
1. Ältere Auffassung: Rechtliche Beziehung zum Betriebsinhaber genügt.....	46
2. Teilweise: Tatsächliche Beziehung zum Betrieb genügt.....	47
a) Auffassung von <i>Joost</i> .....	47
b) Auffassung von <i>Säcker</i> .....	48
c) Auffassung von <i>Trümner</i> .....	49
d) Auffassung von <i>Boemke</i> .....	49
e) Auffassung von <i>v. Hoyningen-Huene</i> .....	50
3. Kumulationstheorie: Rechtliche und tatsächliche Beziehung .....	51
a) Teilweise: Arbeitsverhältnis zum Betriebsinhaber erforderlich.....	51
b) Dagegen: Partielles Arbeitsverhältnis reicht aus .....	52
aa) Auffassung von <i>Kreutz</i> .....	53
bb) Auffassung von <i>Richardi</i> .....	54
cc) Ansicht von <i>Fitting/Engels/Schmidt/Trebinger/Linsenmaier</i> .....	54

dd) Auffassung von <i>Christiansen</i> .....	55
III. Eigener Ansatz.....	56
1. Zum Erfordernis einer rechtlichen Beziehung.....	56
a) Weisungsunterworfenheit verstanden als Rechtsverhältnis.....	57
b) Weisungsunterworfenheit verstanden als tatsächliche Beziehung.....	58
aa) „Betriebsverfassungsrechtlicher“ Arbeitnehmerbegriff.....	59
bb) „Allgemeiner“ Arbeitnehmerbegriff.....	60
cc) Stellungnahme.....	61
dd) Folgerungen für den Arbeitnehmerbegriff.....	68
c) Folgerungen für die Betriebszugehörigkeit.....	72
2. Zum Erfordernis einer tatsächlichen Beziehung.....	73
a) Die Art der tatsächlichen Beziehung.....	73
b) Ergebnis.....	76
E. Fehlen eines Arbeitsvertrages mit dem Betriebsinhaber.....	76
I. Erlaubte gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung.....	78
1. Betriebszugehörigkeit im Verleiherbetrieb.....	80
2. Betriebszugehörigkeit im Entleiherbetrieb.....	80
a) Einräumung von Betriebsverfassungsrechten in § 14 AÜG.....	81
b) Einräumung des aktiven Wahlrechts in § 7 S. 2 BetrVG.....	82
c) Ausschluss des passiven Wahlrechts.....	82
d) Gesetzlich nicht geregelt: Zählwert von Leiharbeitnehmern.....	83
aa) „Leiharbeitnehmer wählen, aber zählen nicht“.....	83
bb) Dagegen: „Leiharbeitnehmer zählen und wählen“.....	85
cc) Stellungnahme.....	86
3. Ergebnis.....	94
II. Unerlaubte gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung.....	95
III. Vermutete Arbeitsvermittlung nach § 1 Abs. 2 AÜG.....	99
1. Rechtslage vor Streichung des § 13 AÜG.....	99
2. Rechtslage nach Streichung von § 13 AÜG.....	100
3. Ergebnis.....	104
IV. Nichtgewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung.....	104
1. Betriebsverfassungsrechtliche Zuordnung.....	106

## Die Betriebszugehörigkeit im BetrVG

a) Betriebsverfassungsrechtliche Stellung im Entleiherbetrieb .....	107
aa) Kurzzeitiger Einsatz im Entleiherbetrieb.....	108
bb) Langfristiger Einsatz im Entleiherbetrieb .....	108
cc) Abgrenzung kurzzeitige und langfristige Einsätze.....	111
b) Betriebsverfassungsrechtliche Stellung im Verleiherbetrieb.....	112
2. Ergebnis .....	114
V. Konzerninterne Arbeitnehmerüberlassung .....	114
1. Betriebszugehörigkeit bei „vorübergehender“ Überlassung.....	115
a) Anwendbarkeit von § 14 AÜG.....	115
b) Vorübergehende Überlassung .....	116
c) Doppelte Zuordnung bei langfristiger Überlassung .....	117
2. Betriebszugehörigkeit bei nicht nur „vorübergehender“ Überlassung.....	118
VI. Überlassung von Maschinen mit Bedienungspersonal .....	119
1. Dogmatische Einordnung und Abgrenzung .....	120
a) Schwergewicht entscheidet über die Einordnung.....	122
b) Weisungszuständigkeit entscheidet über die Einordnung .....	124
c) Stellungnahme.....	124
3. Betriebszugehörigkeit.....	126
VII. Abordnung zu einer Arbeitsgemeinschaft.....	126
1. Begriff und Bedeutung der Arbeitsgemeinschaft.....	126
2. Abgrenzung der Abordnung von der Freistellung .....	127
3. Betriebsverfassungsrechtliche Zuordnung .....	128
4. Stellungnahme.....	129
VIII. Gestellungsverträge.....	130
1. Betriebe öffentlicher oder kirchlicher Träger .....	130
2. Mitglieder religiöser Organisationen.....	131
3. Mitglieder weltlicher Schwesternverbände .....	132
a) Arbeitnehmereigenschaft .....	132
b) Betriebszugehörigkeit.....	133
aa) im Betrieb der Schwesternschaft .....	133
bb) im Krankenhausbetrieb .....	133
cc) Ergebnis .....	136



4. Zur Anwendbarkeit des BetrVG auf sog. Gastschwestern.....	137
a) Betriebszugehörigkeit.....	137
aa) Im Betrieb der Schwesternschaft.....	137
bb) Im Krankenhausbetrieb.....	137
cc) Zum aktiven Wahlrecht im Krankenhausbetrieb.....	141
b) Ergebnis .....	143
IX. Gesamthafenverhältnisse .....	143
1. Einführung.....	143
2. Betriebsverfassungsrechtliche Zuordnung .....	144
a) Zuordnung im Bereich des Hamburger Hafens.....	145
b) Zuordnung nach allgemeinen Grundsätzen.....	145
aa) Meinungsstand .....	145
bb) Stellungnahme .....	146
cc) Ergebnis .....	148
3. Rechtsfolgen.....	148
a) Betriebszugehörigkeit im Gesamthafenbetrieb .....	148
aa) Individualrechte .....	148
bb) Betriebsverfassungsrechtlicher Zählwert.....	149
cc) Zuständigkeit des Betriebsrats .....	149
b) Betriebszugehörigkeit im Hafeneinzelbetrieb .....	150
aa) Betriebsverfassungsrechte im Hafeneinzelbetrieb.....	152
bb) Betriebsverfassungsrechtlicher Zählwert.....	153
cc) Zuständigkeit des Betriebsrats des Hafeneinzelbetriebs .....	153
X. Mittelbares Arbeitsverhältnis.....	153
1. Begriff.....	153
2. Betriebsverfassungsrechtliche Zuordnung .....	155
a) Zuordnung zum Betrieb des Unternehmers .....	156
b) Zur Frage einer doppelten Zuordnung.....	157
XI. Fremdfirmenarbeitnehmer.....	159
1. Einführung.....	159
2. Betriebsverfassungsrechtliche Zuordnung .....	160
a) Zur Frage der Betriebszugehörigkeit im Einsatzbetrieb.....	160

b) Betriebszugehörigkeit im Betrieb des Vertragsarbeitgebers .....	161
3. Ergebnis .....	162
F. Bestehen eines Arbeitsvertrages mit dem Betriebsinhaber .....	162
I. Vorübergehende Arbeitsbefreiung .....	163
1. Zuordnung bei kurzfristiger Unterbrechung der Beschäftigung .....	163
2. Zuordnung bei langfristiger Arbeitsbefreiung .....	164
a) Wehr- oder Zivildienstleistende .....	164
b) Arbeitnehmer in Elternzeit .....	167
II. Teilzeitbeschäftigte Arbeitnehmer .....	169
1. Geringfügig Beschäftigte .....	169
a) Geringfügig Beschäftigte gehören nicht zum Betrieb .....	170
b) Dagegen: Geringfügig Beschäftigte gehören zum Betrieb .....	171
c) Stellungnahme .....	171
2. Kurzzeitig beschäftigte Arbeitnehmer (Aushilfen) .....	174
3. Altersteilzeit .....	175
III. Gekündigte Arbeitnehmer .....	177
1. Betriebszugehörigkeit vor Ablauf der Kündigungsfrist .....	178
a) Weiterbeschäftigung bis zum Ende der Kündigungsfrist .....	178
b) Freistellung von der Arbeitspflicht .....	179
2. Betriebszugehörigkeit nach Ablauf der Kündigungsfrist .....	180
a) Weiterbeschäftigungsanspruch und Weiterbeschäftigung .....	181
aa) Tatsächliche Beziehung .....	181
bb) Rechtliche Beziehung .....	181
b) Weiterbeschäftigungsanspruch ohne Weiterbeschäftigung .....	186
aa) Teilweise: Versagung der Betriebszugehörigkeit .....	186
bb) Dagegen: Anerkennung der Betriebszugehörigkeit .....	186
cc) Stellungnahme .....	187
c) Weder Anspruch noch Weiterbeschäftigung .....	188
d) Passives Wahlrecht .....	191
e) Fristlose Kündigung .....	192
3. Ergebnis .....	193
IV. Außendienstmitarbeiter .....	193

1. Einführung .....	193
2. Betriebsverfassungsrechtliche Zuordnung .....	194
a) Gemeinsame Repräsentation aller Arbeitnehmer .....	197
b) Gesonderte Repräsentation des Außendienstes .....	199
aa) Selbständiger Betrieb i. S. v. § 1 BetrVG.....	199
bb) Selbständiger Betriebsteil nach § 4 Abs. 1 BetrVG.....	199
c) Repräsentation bei Tätigkeit für verschiedene Betriebe.....	200
d) Vereinbarung abweichender Regelungen.....	201
V. Auslandsarbeitnehmer.....	202
1. Räumlicher Geltungsbereich des BetrVG (Territorialprinzip) .....	202
2. Betriebsverfassungsrechtliche Zuordnung .....	203
a) Die Ausstrahlungstheorie der h. M. ....	204
aa) Dauer der Auslandsbeschäftigung .....	205
bb) Eingliederung in die Organisation des Auslandsbetriebes.....	206
cc) Sonderproblem: Einstellung für Auslandstätigkeit.....	207
b) Kritik.....	208
c) Ergebnis .....	212
VI. Telearbeiter.....	212
1. Einführung .....	212
2. Formen der Telearbeit .....	214
a) Häusliche Telearbeit .....	214
b) Alternierende Telearbeit.....	214
c) Mobile Telearbeit.....	215
d) Telearbeit in Satelliten- oder Nachbarschaftsbüros .....	215
3. Arbeitnehmerstatus von Telearbeitern .....	215
a) Häusliche und mobile Telearbeit .....	216
b) Telearbeit in Satelliten- und Nachbarschaftsbüros .....	218
c) Alternierende Telearbeit .....	218
d) Sonderfall: Heimarbeiter.....	219
e) Ergebnis .....	220
4. Telearbeitsplatz als betrieblicher Arbeitsplatz.....	220
5. Betriebsverfassungsrechtliche Zuordnung.....	221

## Die Betriebszugehörigkeit im BetrVG

a) Häusliche und mobile Telearbeit .....	221
b) Alternierende Telearbeit.....	222
c) Telearbeit in Satelliten- oder Nachbarschaftsbüros.....	222
aa) Satelliten- und Nachbarschaftsbüro als Betrieb nach § 1 BetrVG.....	222
bb) Selbständiger Betrieb nach § 4 Abs. 1 S. 1 BetrVG.....	223
G. Zusammenfassung.....	224

## A. Einleitung

Die vorliegende Arbeit beschäftigt sich mit der Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Arbeitnehmer zur Belegschaft eines bestimmten Betriebes gehört. Diese – mit dem Begriff der Betriebszugehörigkeit umschriebene – Fragestellung ist für die Anwendbarkeit vieler Vorschriften im BetrVG von Bedeutung:

Zum einen können Arbeitnehmer in einem Betrieb grundsätzlich nur dann die ihnen durch das BetrVG eingeräumten Individualrechte wahrnehmen, wenn sie auch Belegschaftsmitglieder desselben sind.

Zu diesen Individualrechten gehören z. B. das aktive und passive Wahlrecht<sup>1</sup>, das Recht zur Teilnahme an Betriebsversammlungen<sup>2</sup>, das Antragsrecht zur Einberufung derselben<sup>3</sup>, die Mitgliedschaft im Wahlvorstand<sup>4</sup>, das Recht zur Wahlanfechtung<sup>5</sup>, das Recht, Wahlvorschläge zu machen<sup>6</sup> sowie das Antragsrecht zur Einsetzung eines Wahlvorstandes.<sup>7</sup>

Zum anderen entscheidet die Betriebszugehörigkeit darüber, ob ein Betriebsrat Mitbestimmungsrechte für einen bestimmten Arbeitnehmer wahrnehmen kann oder nicht.

Die Betriebszugehörigkeit ist darüber hinaus von Relevanz für die Frage, ob eine zwischen Betriebsinhaber und Betriebsrat geschlossene Betriebsvereinbarung für einen in dem betreffenden Betrieb tätigen Arbeitnehmer Geltung hat.

---

<sup>1</sup> Vgl. 7 f. BetrVG.

<sup>2</sup> Vgl. § 42 BetrVG.

<sup>3</sup> Vgl. § 43 BetrVG

<sup>4</sup> Vgl. § 16 Abs. 1 BetrVG.

<sup>5</sup> Vgl. § 19 BetrVG.

<sup>6</sup> Vgl. § 14 Abs. 3, Abs. 4 BetrVG.

<sup>7</sup> Vgl. § 16 Abs. 2 BetrVG.

## Die Betriebszugehörigkeit im BetrVG

Zudem hat der betriebsverfassungsrechtliche Status eines Arbeitnehmers auch Auswirkungen auf die sog. Schwellenwerte in der Betriebsverfassung:

So entscheidet die Zahl betriebszugehöriger Arbeitnehmer darüber, ob in einem Betrieb überhaupt Betriebsräte gewählt werden (vgl. § 1 BetrVG). Ferner ist nach § 38 BetrVG die Zahl der betriebszugehörigen Arbeitnehmer maßgebend für die Frage, wie viele Betriebsratsmitglieder in einem Betrieb von ihrer beruflichen Tätigkeit freigestellt werden müssen. Des weiteren hängt von der Zahl betriebszugehöriger Arbeitnehmer auch die Größe eines Betriebsrats ab (§ 9 BetrVG).

Der ebenso herausragenden wie maßgeblichen Rolle, die der Betriebszugehörigkeit damit als Anwendungsvoraussetzung für zahlreiche Normen und Ansprüche in der Betriebsverfassung zukommt, hat das Gesetz indes keine Rechnung getragen: Eine gesetzliche Bestimmung der Betriebszugehörigkeit existiert nicht. Der Begriff wird im BetrVG weder definiert noch ausdrücklich erwähnt.

Aufgrund des breiten Spektrums von möglichen tatsächlichen und rechtlichen Fallgestaltungen bestehen über die Voraussetzungen der Betriebszugehörigkeit tiefgreifende Unsicherheiten.<sup>8</sup> Bis heute ist es nicht gelungen, eine dogmatisch befriedigende und allseits anerkannte Begriffsbestimmung zu finden.

Nur im Idealfall bereitet die Zuordnung eines Arbeitnehmers zu einem Betrieb *keine* Schwierigkeiten: Erbringt ein Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung innerhalb einer Betriebsstätte seines Arbeitgebers auf Grundlage eines mit diesem geschlossenen Arbeitsvertrages, steht die Betriebszugehörigkeit nicht in Frage.

---

<sup>8</sup> Vgl. GK-Kreutz § 7 Rn. 17.

Im übrigen ist die betriebsverfassungsrechtliche Zuordnung von Arbeitnehmern jedoch äußerst problematisch. Ein Grund hierfür besteht darin, dass die Zusammensetzung der Belegschaft nur noch in den wenigsten Fällen dem eben genannten Idealfall entspricht. Die Stammbeflegschaft, die in der Vergangenheit die Arbeit in den Betrieben noch weitgehend allein erledigt hat, ist heute durch die Beschäftigung von Arbeitnehmern, die keinen Arbeitsvertrag mit dem Betriebsinhaber haben, erheblich erodiert.

Zu dieser neuen „Randbelegschaft“ mit Arbeitsverträgen zu Dritten gehören z. B. Leiharbeiter<sup>9</sup>, also Arbeitnehmer, die dem Betriebsinhaber von anderen Arbeitgebern zur Arbeitsleistung in dessen Betrieb überlassen werden. Ferner zählen hierzu auch die sog. Fremdfirmenarbeiter, die im Unterschied zu den Leiharbeitern nicht dem Weisungsrecht des Betriebsinhabers unterliegen, sondern ihre Arbeitsleistung im Betrieb als Erfüllungsgehilfen eines – vom Betriebsinhaber beauftragten – Werkunternehmers erbringen.<sup>10</sup>

Fraglich ist, ob die Angehörigen dieser „Randbelegschaft“ dem Betrieb ihres Vertragsarbeitgebers oder dem Betrieb, in dem sie beschäftigt werden (Beschäftigungsbetrieb), zuzuordnen sind. Bei einer Zuordnung zum Betrieb des Vertragsarbeitgebers stellt sich das Problem, dass der betreffende Arbeitnehmer dort seine Arbeitsleistung nicht erbringt. Wird der betreffende Arbeitnehmer dagegen dem Beschäftigungsbetrieb zugeordnet, steht man vor der Schwierigkeit, dass der Betriebsinhaber dieses Betriebes nicht Vertragspartner des Arbeitnehmers ist.

Das BAG hat in einer jüngeren Entscheidung<sup>11</sup> zwar seine Auffassung bekräftigt, dass Leiharbeiter nicht zu den Arbeitnehmern des Be-

---

<sup>9</sup> Dazu ausführlich S. 75 ff.

<sup>10</sup> Dazu ausführlich S. 155 ff.

<sup>11</sup> Vgl. BAG v. 16. 4. 2003 NZA 2003, 1345.

beschäftigungsbetriebes gehören. Vor dem Hintergrund, dass die Beschäftigung von Leiharbeitnehmern in Drittbetrieb seit dem 1. 1. 2004 aber nicht mehr nur befristet, sondern auch dauerhaft möglich ist, wird zu klären sein, ob der Auffassung des BAG in diesem Punkt gefolgt werden kann.

Wie noch aufzuzeigen sein wird<sup>12</sup>, geht es beim Einsatz von Arbeitnehmern in Drittbetrieben vor allem um das Problem, ob die Betriebszugehörigkeit eine *rechtliche* Beziehung zum Betriebsinhaber voraussetzt.

Darüber hinaus stellt sich in vielen Fällen die Frage, ob zu den Voraussetzungen der Betriebszugehörigkeit auch eine *tatsächliche* Beziehung zu einem Betrieb gehört. Die Entwicklung moderner Informations- und Kommunikationstechniken hat vielfach die Anwesenheit in den eigentlichen Betriebsstandorten überflüssig gemacht. Mittlerweile werden die Beschäftigten häufig außerhalb der eigentlichen Betriebsstätten, z.B. in externen Servicestellen, Home-Offices, Nachbarschaftsbüros oder im Außendienst beschäftigt.

So erbringen z.B. Tele-, Außendienst- oder Auslandsarbeitnehmer ihre Arbeitsleistung weitgehend außerhalb einer örtlichen Betriebsstätte. Im Rahmen der Untersuchung ist zu klären, nach welchen Kriterien eine Zuordnung diese Arbeitnehmer zu erfolgen hat.

Es ist Zwecksetzung dieser Arbeit, zu untersuchen, welche rechtlichen und tatsächlichen Kriterien für die Zuordnung eines Arbeitnehmer zu einem Betrieb ausschlaggebend sind. Die Untersuchung beschränkt sich dabei auf das Betriebsverfassungsrecht. Die Begriffsbildung orientiert sich maßgeblich am Zweck des BetrVG. Das rein betriebsverfassungsrechtliche Verständnis lässt sich deshalb nicht ohne weiteres auf andere arbeitsrechtliche Bereiche, wie z.B. das Kündigungsschutzgesetz, übertragen oder ausdehnen.

---

<sup>12</sup> Siehe hierzu S. 44 ff.



Bevor im folgenden auf die eigentliche Problematik der Betriebszugehörigkeit selbst eingegangen werden kann, ist zunächst die Frage zu klären, unter welchen Voraussetzungen überhaupt eine Gruppe zusammenarbeitender Arbeitnehmer einen Betrieb bildet.

Es bedarf keiner weiteren Begründung, dass die Untersuchung der Betriebszugehörigkeit ohne Klärung des Teilwortes „Betrieb“ nicht vollständig wäre. Ein Arbeitnehmer kann bei Nichtvorliegen eines Betriebes schon vom Wortsinn her nicht betriebszugehörig sein.

Bevor also nicht feststeht, zu „was“ der betreffende Arbeitnehmer gehört, ist auch eine Begriffsbestimmung der Betriebszugehörigkeit selbst nicht möglich.

Da die Definition des Betriebs ein Teilstück des Begriffs der Betriebszugehörigkeit darstellt, kann sie bei der Begriffsbestimmung nicht ausgeblendet werden.

Je nach dem, ob der Betrieb als rein örtlicher Tätigkeitsbereich (Betriebsstätte, Werk) oder als organisatorische Einheit verstanden wird, sind für die Bestimmung der Betriebszugehörigkeit ganz unterschiedliche Kriterien vorgegeben.

Im Zusammenhang mit der Bestimmung der Betriebsdefinition sind auch der „Betriebsteil“ und der „gemeinsame Betrieb mehrerer Unternehmen“ einer näheren Betrachtung zu unterziehen, weil gerade bei diesen Phänomenen große Abgrenzungsschwierigkeiten bestehen.

Daran anschließend wird die Betriebszugehörigkeit selbst einer begrifflichen Klärung zugeführt, wobei zunächst die zu dieser Frage vertretenen Auffassungen ausführlich gewürdigt werden.

## B. Der Betriebsbegriff

### I. Einführung

Auch nach der Änderung durch das BetrVerf-Reformgesetz vom 23. 7. 2001<sup>13</sup> ist der Betrieb, der meist als „organisatorische Einheit zur Erreichung eines arbeitstechnischen Zweckes“ umschrieben wird, der Anknüpfungspunkt für die Regelungen des Betriebsverfassungsgesetzes. Gleichwohl das BAG schon 1954 die Auffassung vertrat, der Betriebsbegriff sei durch Wissenschaft und Praxis hinreichend geklärt<sup>14</sup>, kann von einer begrifflichen Klärung bis zum heutigen Tage keine Rede sein.<sup>15</sup>

Seit Jahrzehnten beschäftigt sich die Fachliteratur mit dem Problem, den Bereich, für den ein Betriebsrat gewählt werden soll, präzise und für die Praxis leicht handhabbar zu beschreiben.<sup>16</sup> Der von der Rechtsprechung angewandte klassische Betriebsbegriff wird zunehmend als nicht mehr zeitgemäß empfunden. Im Vorfeld der BetrVerf-Reform wurde daher die Forderung nach einer modernen, im Gesetz verankerten, Definition erhoben. Gleiches wurde insbesondere auch von den Gewerkschaften postuliert.<sup>17</sup>

Entgegen aller Vorankündigungen im Koalitionsvertrag<sup>18</sup> setzte der Reformgesetzgeber aber den Plan nicht um, eine Legaldefinition ins BetrVG aufzunehmen. Statt dessen wurde die starre Anknüpfung des

---

<sup>13</sup> BGBL. I S. 1852.

<sup>14</sup> Vgl. BAG v. 3. 12. 1954 AP Nr. 1 zu § 88 BetrVG 1952.

<sup>15</sup> Ausführlich zum Betriebsbegriff Preis RdA 2000, 257 ff; ders. in Wlotzke/Preis § 1 Rn. 13 ff.; Henssler, Festschrift für Küttner S. 479 ff.

<sup>16</sup> Vgl. schon LAG Frankfurt v. 10. 3. 1949 RdA 1950, 33 (34); auch Gamillscheg Anm. zu BAG v. 3. 12. 1985 und v. 7. 8. 1986 EzA § 4 BetrVG 1972 Nr. 4 und 5 S. 35; Zöllner Festschrift für Semler S. 995 (1004); Richardi Festschrift für Wiedemann S. 493.

<sup>17</sup> Vgl. DGB (Novellierungsvorschläge) § 1 II S. 10; DAG (Vorschlag) § 1 II S. 9; siehe auch Berg AiB 2001 S. 108; Hensche in AiB S. 120 (121); Trittin in AiB 2000, 544 (555).

<sup>18</sup> Vgl. Koalitionsvereinbarung zwischen Bündnis 90/Die Grünen v. 20.10.1998 AuR 1998, 477.

Gesetzes an den Betrieb als ausschließliche Organisationsbasis gelöst und auf eine Kombination von gesetzlicher Regelung und vertraglicher Verhandlungslösung gesetzt.<sup>19</sup> Die Neuregelung lässt eine vom Betrieb abweichende betriebsratsfähige Einheit zu, wenn dies in einem Tarifvertrag oder subsidiär auch in einer Betriebsvereinbarung geregelt wird.

Ob damit die bestehenden Probleme gelöst werden, ist zweifelhaft. Zumindest bleibt es vorerst bei dem unbefriedigenden Zustand, dass dieser für das BetrVG so wichtige Begriff gesetzlich nicht definiert, sondern - wie bisher - als bekannt vorausgesetzt wird.

## II. Der Betriebsbegriff Jacobis

Dem von der h. M. verwandten Betriebsbegriff liegt die Definition von *Erwin Jacobi*<sup>20</sup> zugrunde. Danach ist unter einem Betrieb die Vereinigung persönlicher, sächlicher und immaterieller Mittel zur fortgesetzten Verfolgung eines von einem oder von mehreren Rechtssubjekten gemeinsam gesetzten technischen Zwecks zu verstehen.<sup>21</sup> Die Definition *Jacobis*, die Gültigkeit für alle Rechtsgebiete beansprucht, bezweckt die Abgrenzung des Betriebs vom Unternehmen.

Ob sich die Definition von *Jacobi* auch für die Begriffsbestimmung im BetrVG eignet, ist zweifelhaft, da hier die Unterscheidung von Betrieb und Unternehmen nur eine untergeordnete Rolle spielt. Vorrangig dient der Betriebsbegriff im BetrVG der Festlegung des Bereiches, für den ein Betriebsrat gebildet werden soll. Daneben hat der Betriebsbegriff die Aufgabe, verschieden Betriebe untereinander abzugrenzen.

---

<sup>19</sup> Vgl. amtl. Begründung zum BetrVerf-ReformG BT-Drucks. 14/5741 S. 26, 27.

<sup>20</sup> Vgl. Festschrift für Ehrenberg S.1 (9); hierzu Preis RdA 2000, 257 (258); Richardi NZA 2001, 346 (348).

<sup>21</sup> Vgl. Jacobi, Betrieb und Unternehmen als Rechtsbegriffe, 1926 S.9.

### III. Der Betriebsbegriff der Rechtsprechung und herrschenden Literatur

Ungeachtet der in der Literatur<sup>22</sup> gegen die von *Jacobi* geprägte Begriffsdefinition erhobenen Bedenken, wird diese in leicht modifizierter Form von Rechtsprechung<sup>23</sup> und h. M.<sup>24</sup> auch heute noch vertreten. So definiert die Rechtsprechung den Betrieb als die organisatorische Einheit, innerhalb derer der Unternehmer allein oder zusammen mit seinen Mitarbeitern mit Hilfe sächlicher und immaterieller Mittel bestimmte arbeitstechnische Zwecke fortgesetzt verfolgt.<sup>25</sup> Aus dieser Sicht wird der Betrieb als eine vom arbeitstechnischen Zweck her bestimmte räumlich-organisatorische Einheit mit eigener Leitung verstanden, wobei sich die einheitliche Leitung auf die wesentlichen Funktionen des Arbeitgebers in personellen und sozialen Angelegenheiten erstrecken muss.<sup>26</sup>

#### 1. Fehlende Aussagekraft der arbeitstechnischen Zwecke

Einen Bestandteil der Definition der h. M. bildet das Kriterium der arbeitstechnischen Zwecksetzung, das primär für die Abgrenzung von Betrieb und Unternehmen relevant ist.

---

<sup>22</sup> Vgl. Joost S. 50 ff.

<sup>23</sup> St. Rspr., vgl. BAG v. 22. 6. 2005 NZA 2005, 1248; v. 27. 6. 1995 AP Nr. 7 zu § 4 BetrVG 1972; v. 14. 12. 1994 AP Nr. 3 zu § 5 BetrVG 1972 Rotes Kreuz; v. 29. 1. 1992 NZA 1992, 894; v. 29. 5. 1991 NZA 1992, 74; v. 14. 9. 1988 AP Nr. 9 zu § 1 BetrVG 1972.

<sup>24</sup> Vgl. Fitting § 1 Rn. 63; GK-Kraft § 4 Rn. 5; GL-Löwisch § 1 Rn. 4; HSWG-Hess § 1 Rn. 2; a.A. Joost S. 265, demzufolge das allein entscheidende Kriterium für das Vorliegen eines Betriebes die auf eine gewisse Dauer angelegte Beschäftigung in räumlicher Verbundenheit ist. Gegen die Auffassung von Joost spricht aber die Bestimmung des § 4 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BetrVG, aus der ersichtlich wird, dass die Einheit des Betriebes ohne Rücksicht auf den räumlichen Zusammenhang auch weit voneinander entfernte Betriebsteile umfassen kann, und die räumliche Zentrierung auf einen Ort keinesfalls eine zwingende Voraussetzung für den Betriebsbegriff ist.

<sup>25</sup> Vgl. BAG v. 27. 6. 1995 AP Nr.7 zu § 4 BetrVG 1972; v. 29. 1. 1992 NZA 1992, 894; v. 29. 5. 1991 NZA 1992, 74; v. 14. 9. 1988 AP Nr. 9 zu § 1 BetrVG 1972; v. 14. 12. 1994 AP Nr. 3 zu § 5 BetrVG 1972 Rotes Kreuz.

<sup>26</sup> Vgl. BAG v. 11. 2. 2004 NZA 2004, 618; v. 29. 5. 1991 AP Nr. 5 zu § 4 BetrVG 1972; v. 20. 6. 1995 AP Nr. 8 zu § 4 BetrVG 1972; Fitting § 1 Rn. 63; GK-Kraft § 1 Rn. 28; HSWG § 1 Rn. 2.

Die h. M. sieht in der Verfolgung eines einheitlichen arbeitstechnischen Zweckes ein Anzeichen für das Vorliegen eines einheitlichen Betriebes.<sup>27</sup> Hingegen soll die Verfolgung verschiedener arbeitstechnischer Zwecke für das Vorliegen mehrerer Betriebe sprechen. Dabei komme es auf die Art des verfolgten Zweckes (Produktion, Vertrieb, Verwaltung, Dienstleistung usw.) nicht an. Anfangs nahm das BAG noch an, dass in einem Betrieb nur ein arbeitstechnischer Zweck verfolgt werden könne.<sup>28</sup> Mittlerweile geht aber es davon aus, dass in einem Betrieb auch mehreren arbeitstechnischen Zwecken nachgegangen werden kann<sup>29</sup>.

Mit dieser Aussage verliert das ohnehin konturlose Merkmal gänzlich seine Abgrenzungsfunktion: Das Merkmal ist für eine begriffliche Abgrenzung mehrerer Betriebe untereinander schlicht untauglich, wenn es gleichgültig ist, ob in einem Betrieb nur ein einziger oder eben mehrere arbeitstechnische Zwecke verfolgt werden.<sup>30</sup> Die Verwirrung wird durch den Hinweis der Rechtsprechung, dass demselben Zweck durchaus in *mehreren Betrieben* nachgegangen werden kann, alles andere als verringert.

Dies sind aber nicht die einzigen Probleme, die sich im Zusammenhang mit den arbeitstechnischen Zwecken ergeben. Hinzu kommt die Schwierigkeit, den arbeitstechnischen Zweck exakt zu bestimmen. Je nachdem, ob der Begriff der arbeitstechnischen Zwecksetzung eng oder weit auslegt wird, lassen sich unterschiedliche Ergebnisse erzielen. Wenn z. B. ein Unternehmen in einer Arbeitsstätte den Wagen „Typ A“ herstellt und in einer anderen den Wagen „Typ B“, so sind nach einer engen Begriffsauslegung zwei eigenständige arbeitstechnische Zwecke gegeben, nämlich die „Automobilherstellung Fahrzeugtyp A“ und die „Automobilherstellung Fahrzeugtyp B“.

---

<sup>27</sup> Vgl. GK-Kraft § 1 Rn. 38.

<sup>28</sup> Vgl. BAG 3. 12. 1954 AP Nr.1 zu § 88 BetrVG; 13. 7. 1955 AP Nr.1 zu § 81 BetrVG.

<sup>29</sup> Vgl. BAG 14. 9. 1988 AP Nr. 9 zu § 1 BetrVG 1972; Richardi Rn. 24 ff.; Fitting § 1 Rn. 69; GK-Kraft § 1 Rn.38; HSWG Rn. 3.

<sup>30</sup> So zutreffend DKK-Trümmer § 1 Rn. 63; ihm folgend Christiansen S. 49.

Bei einer weiten Begriffsauslegung hingegen wird nur ein arbeitstechnischer Zweck verfolgt, nämlich die "Fahrzeugproduktion". Diese Schwierigkeit ließe sich möglicherweise beheben, wenn das BAG einen Maßstab für die Auslegung des Merkmals vorgeben würde. Eine solche Vorgabe ist bisher jedoch nicht erfolgt. In einem Fall behandelte das BAG z. B. die Spielarten „Monte Carlo“ und „Las Vegas“ als zwei eigenständige arbeitstechnische Zwecke, statt als gemeinsamen Zweck das „Glückspiel“ anzusehen<sup>31</sup>. In einem anderen Fall hingegen sah es in der Rinder- Kälber- und Schweineschlachtung *einen* einheitlichen arbeitstechnischen Zweck.<sup>32</sup> Die Offenheit des Merkmals gibt der Rechtsprechung zwar die Möglichkeit im konkreten Einzelfall Entscheidungen nach Billigkeitserwägungen zu treffen, die Ergebnisse werden dadurch aber beliebig.<sup>33</sup>

Methodisch ist es ausgeschlossen, den Betrieb überhaupt noch über das Merkmal des arbeitstechnischen Zwecks zu definieren. Selbst die Festlegung auf eine enge oder weite Auslegung ändert im Grunde wenig an der fehlenden Eignung zur Abgrenzung mehrerer Betriebe untereinander. Solange in einem Betrieb mehrere arbeitstechnische Zwecke verfolgt werden können, und es auf die Art des verfolgten Zwecks nicht ankommt, andererseits derselbe arbeitstechnische Zweck auch in mehreren Betrieben verfolgt werden kann, ist das Merkmal bedeutungslos.

Schließlich kann aus der Verfolgung nur eines arbeitstechnischen Zweckes weder auf das Vorliegen *eines* einheitlichen Betriebes geschlossen werden, noch kann umgekehrt die Aussage getroffen werden, dass in *einem* Betrieb nur *einem* arbeitstechnischen Zweck nachgegangen wird.

---

<sup>31</sup> Vgl. BAG v. 17. 12. 1985 NZA 1986, 804.

<sup>32</sup> Vgl. BAG v. 28. 4. 1993 EzA § 111 BetrVG 1972 Nr. 28.

<sup>33</sup> Kritisch auch DKK-Trümner § 1 Rn. 63; Konzen AuR 1985, 341 (347); Gamillscheg ZfA 1975, 357 (373 ff.); Christiansen S. 48.

Im Ergebnis kann daher festgehalten werden, dass der arbeitstechnische Zweck zur Bestimmung des Bereichs für den ein Betriebsrat gebildet werden soll, ungeeignet ist.

## 2. Einheitliche Leitung als alleinentscheidendes Merkmal

Vor diesem Hintergrund verwundert es nicht, dass die Rechtsprechung in den neueren Entscheidungen an dem arbeitstechnischen Zweck - und damit an der alten Begriffsdefinition - nur noch der Form nach festhält. Tatsächlich haben die Kriterien, die das BAG zur Feststellung des betrieblichen Bereichs in neuerer Zeit verwendet, mit *Jacobis* Formel nicht mehr viel zu tun. Das BAG entscheidet in jüngerer Zeit nur noch danach, ob eine organisatorische Einheit bzw. eine einheitliche Leitung vorhanden ist.<sup>34</sup> Die arbeitstechnischen Zwecke spielen in den Entscheidungen nur noch eine untergeordnete Rolle.<sup>35</sup>

Auch andere Gesichtspunkte werden nicht mehr gegen die einheitliche Leitung in Abwägung gebracht, so dass etwa die räumlich enge Verbindung von Belegschaften nach Auffassung der Rechtsprechung nicht geeignet ist, bei verschiedenen Leitungsapparaten einen einheitlichen Betrieb anzunehmen. Eine Entscheidung des BAG aus den 80er Jahren hatte sich z. B. damit zu befassen, ob die Hauptverwaltung und ein Produktionswerk einer Mineralölgesellschaft, die in unmittelbarer räumlicher Nähe nah beieinander lagen, zusammen einen Betrieb bilden. Obwohl beide Teilbereiche viele Gemeinsamkeiten hatten (Unterbringung teilweise in denselben Räumen, Benutzung derselben Kantine, gemeinsamer Werkschutz), verneinte die Rechtsprechung u. a. unter Hinweis auf die getrennten Leitungsorganisationen das Vorliegen eines einheitlichen Betriebes.<sup>36</sup>

---

<sup>34</sup> Vgl. nur BAG v. 14. 9. 1988 AP Nr. 9 zu § 1 BetrVG; v. 18. 1. 1990 AP Nr. 9 zu § 23 KSchG 1969.

<sup>35</sup> Vgl. hierzu BAG v. 11. 2. 2004 NZA 2004, 618; v. 29. 5. 1991 AP Nr. 5 zu § 4 BetrVG 1972; v. 20. 6. 1995 AP Nr. 8 zu § 4 BetrVG 1972.

<sup>36</sup> Vgl. BAG v. 23. 9. 1982 AP Nr. 3 zu § 4 BetrVG.

Letztlich hat die Unzulänglichkeit der übrigen Kriterien dazu geführt, dass die einheitliche Leitung das ausschlaggebende Kriterium für die Bestimmung des Betriebsbereichs geworden ist. Es wäre daher für die Rechtsprechung nur folgerichtig, sich von der ursprünglichen Definition ganz zu lösen und allein auf die einheitliche Leitung abzustellen.

#### **IV. Effektivität der Interessenvertretung als Maßstab der Begriffsfindung**

Das Festhalten an der althergebrachten Definition hängt mit der anzuzweifelnden These zusammen, der Betriebsbegriff habe für das Betriebsverfassungsrecht ebenso Gültigkeit, wie für das Individualarbeitsrecht.<sup>37</sup> Ein solcher für alle Rechtsgebiete gleichermaßen verwendbarer Begriffsinhalt lässt sich aber wegen der unterschiedlichen Gesetzeszwecke nicht ohne weiteres annehmen.<sup>38</sup> Für die Kündigung oder den Betriebsübergang gelten andere Maßstäbe als für die Betriebsverfassung.<sup>39</sup> Der Begriff muss deshalb nach dem Zusammenhang bestimmt werden, in dem von ihm Gebrauch gemacht wird.<sup>40</sup>

Der „nackte“ Wortlaut der Vorschrift des § 1 Abs. 1 S. 1 BetrVG gibt dabei kaum Aufschluss über den Begriffsinhalt. Der Begriff „Betrieb“ lässt sich auf das Verb „betreiben“ zurückführen. Betrieb ist dort, wo etwas betrieben wird, also wo ein Tätigkeitsbereich besteht.<sup>41</sup> Nach welchen Kriterien dieser Tätigkeitsbereich bestimmt werden soll, lässt sich jedoch nur durch eine teleologische Auslegung des Gesetzes erschließen.<sup>42</sup> Das BetrVG bezweckt die optimale Verwirklichung der Mitbestimmung. Maßstab der Begriffsbestimmung muss folglich die

---

<sup>37</sup> Vgl. BAG v. 18. 1. 1990 AP Nr. 9 zu § 23 KSchG.

<sup>38</sup> Vgl. dazu Preis RdA 2000, 257 ff.; Richardi Festschrift für Wiedemann S. 493 ff.; DKK-Trümmer § 1 Rn. 31;

<sup>39</sup> Vgl. Gamillscheg ArbuR 1989, 33.

<sup>40</sup> Vgl. Gamillscheg ArbuR 1989, 33.

<sup>41</sup> Vgl. Preis RdA 2000, 257(265).

<sup>42</sup> Vgl. Joost S. 232.



Effektivität der Interessenvertretung sein.<sup>43</sup> Die Effektivität der Interessenvertretung wird dabei durch drei Wertungsprinzipien bestimmt, namentlich das Prinzip der Entscheidungsnähe, das Prinzip der Arbeitnehmernähe und das Prinzip der Einheitlichkeit des Betriebsrats.<sup>44</sup> Die beiden erstgenannten Prinzipien sollen hier einer näheren Betrachtung unterzogen werden.<sup>45</sup>

## 1. Das Prinzip der Entscheidungsnähe

Das erste Wertungsprinzip der Entscheidungsnähe besagt, dass sich der Betriebsrat dort ansiedeln soll, wo die Entscheidungen des Arbeitgebers in mitbestimmungsrechtlich relevanten Fragen fallen.<sup>46</sup> Das Prinzip kommt darin zum Ausdruck, dass der Gesetzgeber entlang der Entscheidungs- und Leitungsstrukturen des Arbeitgebers Arbeitnehmervertretungen vorgesehen hat.<sup>47</sup> Denn das Gesetz knüpft für die Beteiligungsrechte an die organisatorischen Entscheidungsebenen Betrieb, Unternehmen und Konzern an.

## 2. Das Prinzip der Arbeitnehmernähe des Vertretungsorgans (Ortsnähe)

Das zweite Wertungsprinzip ist das Prinzip der Arbeitnehmernähe der betrieblichen Vertretungsorgane.<sup>48</sup> Die Betreuung der Arbeitnehmer lässt sich am besten durch einen engen Kontakt zwischen dem Betriebsrat und seiner Wählerschaft erreichen, denn die Belegschaft kann

---

<sup>43</sup> Vgl. DKK-Schneider Einl. Rn. 101.

<sup>44</sup> Vgl. zu den Wertungsprinzipien BAG v. 1. 2. 1963 AP Nr. 5 zu § 3 BetrVG und Rancke S. 253 ff. m.w.N.

<sup>45</sup> Das dritte Wertungsprinzip, d.h. das Prinzip der Einheitlichkeit des Betriebsrats besagt, dass sich die Interessen der Arbeitnehmer um so nachhaltiger vertreten lassen, je größer und einheitlicher der Betriebsrat dem Arbeitgeber gegenüber treten kann (So BAG v. 1. 2. 1963 AP Nr. 5 zu § 3 BetrVG; vgl. auch Rancke S. 254).

<sup>46</sup> vgl. dazu BAG v. 1.2. 1963 AP Nr. 5 zu § 3 BetrVG.

<sup>47</sup> So zutreffend Rancke S. 254.

<sup>48</sup> Vgl. BAG v. 1. 2. 1963 AP Nr. 5 zu § 3 BetrVG; v. 5. 6. 1964 AP Nr. 7 zu § 3 BetrVG; LAG Hamm v. 9. 12. 1977 DB 1978, 1282; Rancke S. 254 f.; Gamillscheg ZfA 1975, 357, 381;

durch einen regelmäßigen und nachhaltigen Kontakt Vertrauen zu den Arbeitskollegen aufbauen, die ihre gewählten Vertreter sind.<sup>49</sup>

Die Ansiedlung des Betriebsrats in Arbeitnehmernähe ermöglicht es der Belegschaft, sich beim Betriebsrat zu informieren und Probleme im persönlichen Gespräch zu kommunizieren. Der Betriebsrat kann seinerseits bei der Wählerschaft für Ideen werben und durch seine Anwesenheit vor Ort die erforderliche Vertrauensbasis schaffen. Ferner ist er durch die Nähe zu den Arbeitnehmern genau über die Arbeitsbedingungen informiert und verfügt so über die notwendigen Spezialkenntnisse, um aus eigener Sachkunde urteilen zu können.<sup>50</sup> Das Prinzip der Arbeitnehmernähe lässt sich aus der Entscheidung des Gesetzgebers ableiten, einen Betriebsrat bereits ab einer Anzahl von fünf Arbeitnehmern zu errichten und Betriebsteilen unter bestimmten Voraussetzungen einen eigenen Betriebsrat zuzubilligen<sup>51</sup>.

### **3. Unvereinbarkeit der Wertungsprinzipien**

Sind Arbeitstätte und Entscheidungszentrum an einem Ort angesiedelt, finden in der Regel sowohl organisationsbezogene (Entscheidungsnahe) als auch belegschaftsbezogene (Arbeitnehmernähe) Momente gleichermaßen Berücksichtigung. Der Grundsatz der effektiven Interessenvertretung ist in diesem Falle optimal verwirklicht.

Anders liegt es aber, wenn Arbeitstätte und Entscheidungszentrum sich nicht in unmittelbarer Nähe befinden. Arbeitnehmer- und Entscheidungsnahe lassen sich dann nicht miteinander vereinbaren. Die organisationsbezogene Betonung der Entscheidungsnahe und die belegschaftsbezogene Hervorhebung der Arbeitnehmernähe des betrieblichen Interessenvertretungsorgans stehen dann in einem Spannungs-

---

Säcker Wahlordnungen Rn. 199; DKK-Trümmer § 1 Rn. 43, 46 ff.; Joost S. 239 f.; Gramm AuR 1964, 293, 298 f.

<sup>49</sup> Vgl. BAG v. 1. 2. 1963 AP Nr. 5 zu § 3 BetrVG.

<sup>50</sup> Vgl. Oehmann DB 1964, 587 (588).

<sup>51</sup> Vgl. Rancke S. 254; Christiansen S. 56.

verhältnis.<sup>52</sup> Um arbeitnehmernah zu sein, müssen gegebenenfalls viele kleine Betriebsräte an den einzelnen Arbeitsstätten gebildet werden. Um entscheidungsnah zu sein, muss der Betriebsrat sich in der „Entscheidungszentrale“ und nicht an den verschiedenen Arbeitsstätten ansiedeln.<sup>53</sup> Die Beachtung des Prinzips der Entscheidungsnähe führt im Falle räumlicher Trennung dazu, die Interessenvertretung nicht dort anzusiedeln, wo eine einheitliche überschaubare Gemeinschaft von Arbeitnehmern existiert (Arbeitsstätte), sondern dort, wo die zentrale Entscheidungseinheit zur Führung aller Arbeitsstätten des Unternehmens errichtet ist.

Wie *Rancke* in seiner Untersuchung festgestellt hat, führt die Ansiedlung des Betriebsrats am Entscheidungszentrum oft zur Entstehung von Substrukturen.<sup>54</sup> Häufig fühlt sich die Belegschaft nicht mehr ausreichend durch den Betriebsrat vertreten. Einige Stimmen in der Literatur<sup>55</sup> wollen daher bei der Abgrenzung bzw. Festlegung betriebsratsfähiger Einheiten den belegschaftsbezogenen Momenten den Vorrang einräumen, weil dies dem Anliegen des Betriebsverfassungsrechts als Organisationsrecht für die arbeitnehmerseitige Handlungsorganisation besser entspreche.<sup>56</sup> Die Anwendung des Prinzips der Entscheidungsnähe könne zu einer Ablösung der betrieblichen Interessenvertretung von der Basis führen.<sup>57</sup>

Hingegen hält der überwiegende Teil der Literatur<sup>58</sup> das Prinzip der Entscheidungsnähe für das maßgebende Kriterium bei der Bestimmung des Betriebsbegriffs. Das Prinzip der Arbeitnehmernähe bringe die Gefahr einer faktischen Einflusslosigkeit der Interessenvertretung

---

<sup>52</sup> Vgl. *Rancke* S. 256 m.w.N.

<sup>53</sup> Vgl. *Säcker* S.102.

<sup>54</sup> Vgl. *Rancke* S. 267, 271.

<sup>55</sup> Vgl. *Joost* S. 232 ff.; 241 ff.; 265; *Gamillscheg* ZfA 1975, 357, 399; *DKK-Trümner* § 1 Rn. 48; *Kohte* BB 1992, 137 (141); *ders.* RdA 1992, 302 (310); *Oehmann* DB 1964, 587 (588); gegen die starke Dominanz der Leitungsstrukturen bei der Begriffsbildung auch *Däubler*, Anm. zu AP Nr. 8 zu § 1 BetrVG 1972.

<sup>56</sup> Vgl. *DKK-Trümner* § 1 Rn. 48; *Kohte* BB 1992, 137 (139).

<sup>57</sup> Vgl. *Rancke* S. 256.

<sup>58</sup> Vgl. *Grützner* BB 1983, 200; *Wendeling-Schröder* S.124; *Konzen* AuR 1985, 341 (348).

mit sich.<sup>59</sup> Eine fruchtbare Sachdiskussion und Zusammenarbeit könnte nur dort gedeihen, wo an der Entscheidungsfindung auch entscheidungsberechtigte Partner zusammenwirken.<sup>60</sup> Das BAG betont zwar die Gleichwertigkeit der organisationsbezogenen und der belegschaftsbezogenen Gesichtspunkte<sup>61</sup>, bestimmt aber seit langem den Betriebsbereich nach der vom Arbeitgeber geschaffenen Leitungsorganisation und stellt damit allein auf das Prinzip der Entscheidungsnähe ab<sup>62</sup>.

#### 4. Die betriebsverfassungsrechtliche Wirklichkeit

In der betriebsverfassungsrechtlichen Wirklichkeit hat sich das Prinzip der Entscheidungsnähe durchgesetzt, wie eine Untersuchung von *Rancke* ergab.<sup>63</sup> Es besteht in der Praxis die Tendenz, die Arbeitnehmervertretung am Entscheidungszentrum anzusiedeln und damit die Betriebsratsstrukturen an die Führungsstrukturen anzupassen. So zieht eine zentrale Leitung regelmäßig eine einheitliche, zentrale Interessenvertretung nach sich. Gerade bei größeren Unternehmen mit Filialstruktur ist zu beobachten, dass sich die Entscheidung, für welchen Bereich ein Betriebsrat errichtet werden soll, in der Regel an den Leitungsebenen der Unternehmensorganisation orientiert. Der Betriebsrat wird in Unternehmen mit Filialstruktur typischerweise für die Teileinheiten des Unternehmens errichtet, für den eine einheitliche Führung vorgesehen ist<sup>64</sup>.

In der Unternehmenspraxis ist für die Errichtung der Interessenvertretung entscheidend, ob die Bereiche Personal und Soziales de-

---

<sup>59</sup> Vgl. *Rancke* S. 256.

<sup>60</sup> Vgl. *Grützner* BB 1983, 200.

<sup>61</sup> Vgl. BAG v. 5. 6. 1964 AP Nr. 7 zu § 3 BetrVG; v. 24. 2. 1976 AP Nr. 2 zu § 4 BetrVG 1972.

<sup>62</sup> So z. B. in BAG v. 29. 1. 1992 NZA 1992, 894; v. 29. 5. 1991 NZA 1992, 74; v. 18. 1. 1989 EzA § 14 AÜG Nr. 1; v. 14. 9. 1988 EzA § 1 BetrVG 1972 Nr. 7.

<sup>63</sup> Vgl. *Rancke* S. 258 ff.

<sup>64</sup> Vgl. *Rancke* S. 268.

zentral oder zentral gesteuert werden<sup>65</sup>. Befragungen haben ergeben, dass die mit Kompetenzen im Mitbestimmungsbereich ausgestatteten Personalmanager die bevorzugten Verhandlungspartner des Betriebsrats sind. Insbesondere in größeren Unternehmen mit Filialstruktur sind Zweckmäßigkeitserwägungen organisatorischer Art maßgeblich. Es werden führungsadäquate, gegengewichtige Mitbestimmungszentren an den Stellen errichtet, wo die Unternehmensführung ausgeübt wird und effektiv beeinflusst werden kann.<sup>66</sup> So wird z.B. eine betriebliche Interessenvertretung in Unternehmen mit Filialstruktur typischerweise bei der Filiale errichtet, in der die Entscheidungen für die unternehmerische Teileinheit, die zuvor unter regionalen Kriterien festgelegt worden ist, getroffen werden.<sup>67</sup>

## 5. Vorrang der Entscheidungsnähe

Der Betriebsbegriff allein kann die gegenläufigen Prinzipien nicht vereinen. Die Frage, welches Prinzip letztlich das für den Betriebsbegriff maßgebende ist, muss nach Effektivitätsgesichtspunkten entschieden werden.

Von einem Teil der Lehre wird vertreten, der Betrieb oder die betriebsratsfähigen Einheiten dürfe nicht im Wesentlichen allein nach der vom AG (ohne Einwirkungsmöglichkeit der AN-Seite) geschaffenen Leitungsorganisation bezüglich der Wahrnehmung der Kernaufgaben im Bereich der sozialen und personellen Mitbestimmungsangelegenheiten bestimmt werden.<sup>68</sup> Richtig an der Sichtweise, die sich auf den Leitungsapparat des AG fixiere, sei lediglich, dass ein Betriebsrat zur Wahrnehmung der Mitbestimmungsrechte eines Repräsentanten/Vertreters des Arbeitgebers bedarf. Falsch sei jedoch die Annah-

---

<sup>65</sup> Vgl. Rancke S. 268.

<sup>66</sup> Vgl. Rancke S. 265.

<sup>67</sup> Vgl. Rancke S. 268.

me, dass deswegen ein Betriebsrat stets nur in der und für die Organisationseinheit zu bilden sei, in der diese Leitungsorganisation personell, physisch oder institutionell angesiedelt sei. Wollte man dies annehmen, könne eine arbeitgeberseitige Zentralisierung von Befugnissen in den Mitbestimmungsangelegenheiten auf der Ebene der Unternehmensleitung ohne weiteres dazu führen, dass in einem Betrieb nur noch ein Betriebsrat gebildet werden könnte.<sup>68</sup>

Die Auffassung, die sich gegen eine Dominanz des Prinzips der Entscheidungsnähe ausspricht, ist abzulehnen, da die besseren Argumente für das Prinzip der Entscheidungsnähe sprechen:

Zum einen soll die betriebsverfassungsrechtliche Mitbestimmung die einseitige Weisungsbefugnis des Arbeitgebers kontrollieren und die Entscheidungen des Arbeitgebers im betrieblichen Bereich einem sachlichen Begründungszwang unterwerfen. Um diese Schutzfunktion ausfüllen zu können, muss der Betriebsrat dort angesiedelt werden, wo der Arbeitgeber die Entscheidungen trifft.<sup>70</sup> Die Errichtung des Betriebsrats am Entscheidungszentrum begünstigt die Beeinflussung betriebsverfassungsrechtlicher Mitbestimmungssachverhalte und ermöglicht eine effektive Kontrolle der Entscheidungen des Arbeitgebers. Am „Zentrum der Macht“ angesiedelt, ist der Betriebsrat in der Lage, Probleme in informellen Gesprächen schnell und unbürokratisch zu beseitigen.

Zum anderen hat die Anknüpfung an die Führungsstrukturen den Vorteil, dass jeder Leitungsebene des Arbeitgebers in den Verhandlungen eine einheitliche Interessenvertretung der Arbeitnehmer gegenübersteht. Kompetenzstreitigkeiten und Rivalitäten mehrerer - sich in ihren Aufgabenbereichen überschneidender - Betriebsräte werden so ver-

---

<sup>68</sup> Gegen eine Dominanz der Leitungsstrukturen bei der Begriffsbildung des Betriebs: DDK-Trümner § 1 Rn. 46; vgl. auch Zöllner FS Semler S. 995 ff.

<sup>69</sup> Vgl. DKK-Trümner § 1 Rn. 46.

<sup>70</sup> Vgl. Säcker S. 102.

mieden. Der Betriebsrat kann durch einheitliches und geschlossenes Auftreten seine Interessen nachhaltiger durchsetzen. Im Hinblick auf eine effektive Interessenvertretung muss der Betriebsrat dort arbeiten, wo die wichtigen Entscheidungen im Betrieb getroffen werden.

Festzuhalten ist daher, dass der Bereich, für den Betriebsräte gewählt werden, mit der organisatorischen Einheit im Unternehmen übereinstimmen muss, für die der Arbeitgeber eine einheitliche Leitung vorgesehen hat.

Im Ergebnis ist der Betrieb deshalb als organisatorische Einheit zu definieren, die über einen eigenen Leitungsapparat verfügt. Dabei ist nicht die kaufmännische oder arbeitstechnische Leitungskompetenz für die Errichtung des Betriebsrats ausschlaggebend, sondern es ist auf den Leitungsapparat abzustellen, der über die Angelegenheiten zu entscheiden hat, die dem Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats unterliegen (Leitung in den beteiligungspflichtigen Angelegenheiten).

## **V. Kombination von Betriebsbegriff und gesetzlichen Ausnahmeregelungen**

Es ist nicht von der Hand zu weisen, dass ein Betriebsbegriff, der ausschließlich durch das Prinzip der Entscheidungsnähe geprägt ist, nicht für jede Fallgestaltung eine effektive und an den Bedürfnissen der Arbeitnehmer ausgerichtete Interessenvertretung gewährleisten kann. Auf die Schwächen einer am Prinzip der Entscheidungsnähe ausgerichteten Begriffsbestimmung wurde bereits hingewiesen.<sup>71</sup>

Die §§ 3 und 4 BetrVG sehen unter bestimmten Voraussetzungen eine Repräsentation unterhalb der Betriebsebene vor.<sup>72</sup> Die Nachteile, die sich aus einer am Prinzip der Entscheidungsnähe ausgerichteten Begriffsdefinition ergeben, werden hierdurch weitgehend ausgeglichen.

---

<sup>71</sup> Siehe S. 15 f.

<sup>72</sup> Zur Abgrenzung von Betrieb und Betriebsteil vgl. Henssler Festschrift Küttner S. 479.

## **1. Betriebsfiktion nach § 4 Abs. 1 S. 1 BetrVG**

So ermöglicht § 4 Abs. 1 S. 1 BetrVG die Errichtung einer belegschaftsnahen Interessenvertretung unterhalb der Betriebsebene.<sup>73</sup> Die Bestimmung erklärt Betriebsteile zu selbständigen Betrieben, wenn sie die nach § 1 Abs. 1 BetrVG erforderliche Arbeitnehmerzahl haben und entweder räumlich weit vom Hauptbetrieb entfernt oder durch Aufgabenbereich und Organisation eigenständig sind.<sup>74</sup> Sofern ein Betriebsteil die Voraussetzungen nach § 4 Abs. 1 BetrVG erfüllt, ist dort ein eigener Betriebsrat zu bilden, es sei denn die Belegschaft dieses Betriebsteils beschließt gem. § 4 Abs. 1 S. 2 BetrVG, an der Wahl des Betriebsrats im Hauptbetrieb teilzunehmen.<sup>75</sup>

### **a) § 4 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BetrVG**

Nach § 4 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BetrVG gelten Betriebsteile als selbständige Betriebe, wenn sie die Voraussetzungen des § 1 Abs. 1 S. 1 BetrVG erfüllen und räumlich weit vom Hauptbetrieb entfernt sind. Dabei ist mit dem Begriff des Hauptbetriebs der Betrieb gemeint, in dem die für die Belegschaft des Betriebsteils zuständige Leitung angesiedelt ist, die über die beteiligungspflichtigen Fragen zu entscheiden hat. In der Rechtsprechungspraxis ist der Hauptbetrieb meist der Betrieb des handelsrechtlichen Unternehmenssitzes.<sup>76</sup>

---

<sup>73</sup> Vgl. BAG v. 3.12.1985 AP Nr. 28 zu § 99 BetrVG 1972.

<sup>74</sup> Für beide Alternativen ist darüber hinaus eine relative Selbständigkeit vorauszusetzen (BAG 28. 6. 1995 BB 1996, 113), wobei es nach neuerer Rechtsprechung des BAG für die organisatorische Abgrenzbarkeit des Betriebsteils nach Satz 1 Nr. 1 bereits genügt, wenn eine schlichte Vorgesetztenfunktion im Betriebsteil besteht, durch die das Weisungsrecht des Arbeitgebers oder nur Teile des Weisungsrechts ausgeübt werden, „institutionelle Leitung“ (BAG 19. 2. 2002 AP Nr. 13 zu § 4 BetrVG 1972).

<sup>75</sup> Zu den Auswirkungen des § 4 Abs. 1 S. 2 BetrVG auf den Betriebsbegriff im Rahmen von § 111 BetrVG vgl. Ullrich in NZA 2004, 1308 ff.

<sup>76</sup> Vgl. DKK-Trümner § 4 Rn. 31.



### **aa) Relative Selbständigkeit**

Der Betriebsteil muss eine relative Selbständigkeit aufweisen<sup>77</sup>, wobei hierfür genügt, dass im Betriebsteil eine schlichte Vorgesetztenfunktion besteht, durch die das Weisungsrecht des Arbeitgebers oder nur Teile des Weisungsrechts ausgeübt werden.<sup>78</sup>

### **bb) Räumlich weite Entfernung**

Für das Merkmal der räumlich weiten Entfernung kommt es nach der Rechtsprechung nicht nur auf den Gesichtspunkt der *objektiven Entfernung* zwischen Betriebsteil und Hauptbetrieb an; wichtig sind auch die vorhandenen Verkehrsverbindungen und die Kommunikationsmöglichkeiten.<sup>79</sup> Maßgeblich für das Ergebnis ist, wie die wechselseitige Erreichbarkeit der beiden Betriebsstätten untereinander einzuschätzen ist.

### **cc) Sinn und Zweck der Regelung**

Der Zweck der Regelung des § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BetrVG besteht darin, den Arbeitnehmern weit entfernter Betriebsteile eine effektive Vertretung durch einen eigenen Betriebsrat zu ermöglichen, wenn die persönliche Kontaktaufnahme durch einen beim Hauptbetrieb ansässigen Betriebsrat nicht mehr realisierbar ist.<sup>80</sup>

Eine zusammengefasste Repräsentation weit voneinander entfernter Betriebsteile führt notwendig zu einem Verlust an Nähe zu den Arbeitnehmern. Eine ausreichende Vertrauensbasis zwischen Belegschaft und Betriebsrat kann sich aber nur aus räumlicher Nähe ergeben. Um die Interessen der Belegschaft sinnvoll wahrnehmen zu können, muss

---

<sup>77</sup> Vgl. BAG v. 28. 6. 1995 BB 1996, 113.

<sup>78</sup> Vgl. BAG v. 19. 2. 2002 AP Nr. 13 zu § 4 BetrVG 1972, dazu ausführlich DKK-Trümner § 4 Rn. 30.

<sup>79</sup> BAG v. 5. 6. 1964 AP Nr. 7 zu § 3 BetrVG; v. 29. 3. 1977 AuR 1978, 254 (256); v. 17. 2. 1983 BB 1983, 1790; LAG Hamm 9. 12. 1987 DB 1988, 864; ebenso Löwisch/Kaiser § 4 Rn. 4; GK-Kraft § 4 Rn. 54 f. m.w.N.

der Betriebsrat die Gegebenheiten am Ort der Arbeitsleistung genau kennen. Ein Betriebsrat, der in räumlicher Verbundenheit mit der Belegschaft arbeitet, wird die Schwierigkeiten und Probleme der Arbeitnehmer in den Verhandlungen mit dem Arbeitgeber besser beschreiben können und die Probleme mit der größeren Sachkunde lösen. Zudem sollte von der Belegschaft nicht verlangt werden, eine Vertretung zu wählen, die sie nicht kennt.<sup>81</sup> Daher ist in diesem Falle die ortsnahe Vertretung der Arbeitnehmer der einheitlichen Vertretung am Sitz der Entscheidung vorzuziehen.<sup>82</sup>

#### **b) § 4 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BetrVG**

Das Gesetz sieht in einem weiteren Fall eine Repräsentation unterhalb der Betriebsebene vor. Nach § 4 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BetrVG sind auch solche Betriebsteile betriebsratsfähig, die in Aufgabenbereich und Organisation eigenständig sind.

Nach allgemeiner Meinung müssen beide Voraussetzungen, d.h. die Eigenständigkeit in Bezug auf den Aufgabenbereich und die Organisation kumulativ vorliegen.<sup>83</sup> Darüber hinaus wird überwiegend vorausgesetzt, dass der Betriebsteil eine "relative" Eigenständigkeit aufweist.<sup>84</sup>

#### **aa) Eigenständiger Aufgabenbereich**

Ein eigenständiger Aufgabenbereich ist nach allgemeiner Auffassung dann zu bejahen, wenn in diesem organisatorisch abgegrenzten Teil des Betriebs ein besonders ausgeprägter arbeitstechnischer Zweck

---

<sup>80</sup> Vgl. BAG v. 19. 2. 2002 AP Nr. 13 zu § 4 BetrVG 1972.

<sup>81</sup> Vgl. Motive zum BetrVG 1952 BT-DS I/970 S.20; Gamillscheg AuR 1989 S.34.

<sup>82</sup> Vgl. Kohte BB 1992, 137 (140); LAG Baden-Württemberg v. 29. 10. 1971 DB 1971, 2267 (2268); Oehmann DB 1964, 587 (588).

<sup>83</sup> Vgl. ErfK-Eisemann § 4 Rn. 4; Richardi § 4 Rn. 25; GK-Kraft § 4 Rn. 58; GL § 4 Rn. 16.

<sup>84</sup> Vgl. BAG v. 21. 7. 2004 AP Nr. 15 zu § 4 BetrVG 1972 ; v. 29. 5. 1991 AP Nr. 5 zu § 4 BetrVG; v. 28. 6. 1995 BB 1996, 113; GK-Kraft § 4 Rn. 58; Richardi § 4 Rn. 27; Löwisch/Kaiser § 4 Rn. 3.

verfolgt wird. Hiervon ist auszugehen, wenn im Betriebsteil gegenüber dem Gesamtbetrieb fachlich andersartige Zwecke verfolgt werden.<sup>85</sup>

## **bb) Eigenständige Organisation**

Darüber hinaus muss der Betriebsteil nach der Rechtsprechung des BAG hinsichtlich seiner Organisation in der Weise eigenständig sein, dass in ihm der wesentliche Kern der – der betrieblichen Mitbestimmung unterliegenden – Arbeitgeberfunktionen auszuüben ist.<sup>86</sup> Die Leitung des Betriebsteils müsse keine allumfassenden Befugnisse haben. Es genüge insoweit, wenn von der Betriebsteilleitung die deutliche Mehrheit der Entscheidungen getroffen werde.<sup>87</sup>

In der Literatur ist zu Recht Kritik an der Auffassung des BAG geäußert worden. Auf der Grundlage der Anforderungen, die das BAG an die Eigenständigkeit der Organisation stellt, ist die Fallgruppe des § 4 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BetrVG im Grunde überflüssig geworden, da unter diesen Voraussetzungen gegenüber dem echten Betrieb i.S.v. § 1 BetrVG kein Unterschied mehr besteht.<sup>88</sup>

Von einem *Betriebsteil* kann an sich nur gesprochen werden, wenn die wesentlichen der Mitbestimmung unterliegenden Fragen nicht im Betriebsteil selbst, sondern an anderer Stelle entschieden werden. Verfügt der „*Betriebsteil*“ über eine eigene Leitung, die den Kern der mitbestimmungspflichtigen Angelegenheiten selbst regelt, handelt es sich in Wirklichkeit nicht um einen *Betriebsteil*, sondern um einen irrtümlich als Betriebsteil gezeichneten Betrieb. Zu folgen ist daher der in der Literatur<sup>89</sup> vertretenen Auffassung, die den Anwendungsbereich der Vorschrift

---

<sup>85</sup> Vgl. DKK-Trümner § 4 Rn. 40; Richardi § 4 Rn. 25; Fitting § 4 Rn. 24; Gamillscheg ZfA 1975, 357 (371); Birk AuR 1978, 226 (231); Löwisch Festschrift für Kissel S. 679 (682).

<sup>86</sup> Vgl. BAG v. 29. 1. 1992 AP Nr. 1 zu § 7 BetrVG 1972 mit krit. Anm. Kohte.

<sup>87</sup> Vgl. BAG v. 23. 9. 1982 und v. 17. 2. 1983 AP Nr. 3 und 4 zu § 4 BetrVG 1972.

<sup>88</sup> Vgl. DKK-Trümner § 4 Rn. 46; HSWG-Hess § 4 Rn. 17; Birk AuR 1978, 226 (232); Gamillscheg ZfA 1975, 357 (359).

<sup>89</sup> HSWG-Hess § 4 Rn. 17; Grützner BB 1983, 200 (202); GL § 4 Rn. 16; Christiansen S. 64.

auf den Fall beschränkt, dass tatsächlich ein selbständiger Betrieb vorliegt, der irrtümlich als Betriebsteil bezeichnet wurde.

## **2. Vereinbarungslösung nach § 3 BetrVG**

Neben § 4 Abs. 1 BetrVG sieht auch § 3 BetrVG Abweichungen von der starren Anbindung an den Betriebsbegriff vor.

Das BetrVerf-Reformgesetz hat mit der Neufassung von § 3 BetrVG weitreichende Möglichkeiten geschaffen, betriebsverfassungsrechtliche Organisations- und Repräsentationseinheiten zu bilden, die auf die jeweilige Situation im Betrieb, Unternehmen und Konzern zugeschnitten sind.

Die Beteiligten vor Ort werden durch die flexiblen Gestaltungsmöglichkeiten dieser Vorschrift in die Lage versetzt, unternehmenseinheitliche oder betriebsübergreifende Betriebsräte, Spartenbetriebsräte oder andere Arbeitnehmerstrukturen zu errichten.<sup>90</sup> Die Vereinbarungslösung ermöglicht es den Vertragsparteien, die individuellen Strukturen des Unternehmens zu berücksichtigen und eine angemessene Wahrnehmung der Mitbestimmungsrechte zu gewährleisten.<sup>91</sup>

## **VI. Ergebnis**

Zusammenfassend ist festzuhalten: Der Betriebsbegriff ist im BetrVG abweichend vom allgemeinen Betriebsbegriff zu bestimmen. Die Bestimmung betriebsratsfähiger Einheiten muss sich an der Frage orientieren, auf welche Weise sich die Mitbestimmung effektiv verwirklichen lässt. Die Untersuchung hat ergeben, dass die Vertretung der Arbeitnehmer durch den Betriebsrat besonders effizient ist, wenn der Betriebsrat dort angesiedelt wird, wo die Entscheidungen in den beteiligungspflichtigen Angelegenheiten getroffen werden. Aus diesem Grund

---

<sup>90</sup> Zum Betriebsbegriff bei Zuordnungstarifvertrag siehe BAG v. 10. 11. 2004 AP Nr. 4 zu § 3 BetrVG 1972.

<sup>91</sup> Vgl. amtl. Begründung zum BetrVerf-ReformG BT-Drucks. 14/5741 S. 36.

ist der Betrieb als eine organisatorische Einheit zu definieren, die über einen eigenen Leitungsapparat verfügt. Dabei ist nicht die kaufmännische oder arbeitstechnische Leitungskompetenz für die Errichtung des Betriebsrats ausschlaggebend, sondern es ist auf den Leitungsapparat abzustellen, der über die Angelegenheiten zu entscheiden hat, die dem Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats unterliegen (Leitung in den beteiligungspflichtigen Angelegenheiten).

## **C. Der gemeinsame Betrieb mehrerer Unternehmen**

### **I. Einführung**

Die Zusammenarbeit von zwei oder mehreren Unternehmen (= Arbeitgebern) kann zur Bildung eines gemeinsamen Betriebes führen.<sup>92</sup> In betriebsverfassungsrechtlicher Hinsicht hat die Bildung des gemeinsamen Betriebes die Wahl eines einheitlichen Betriebsrats zur Folge. Diesem obliegt die Wahrnehmung sämtlicher Mitbestimmungsrechte gegenüber den beteiligten Unternehmen.

Die Besonderheit des gemeinsamen Betriebes besteht darin, dass die im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer unterschiedlichen Arbeitgebern zugeordnet sind<sup>93</sup>, arbeitsvertraglich also zu verschiedenen Arbeitgebern gehören.<sup>94</sup> Im Baugewerbe z.B. sind gemeinsame Betriebe oft in Form von Arbeitsgemeinschaften zur Durchführung gemeinsamer Bauvorhaben anzutreffen.<sup>95</sup>

---

<sup>92</sup> Das Phänomen des gemeinsamen Betriebes hat in den letzten Jahren Rechtsprechung und Literatur eingehend beschäftigt. Vgl. dazu z.B. BAG AP Nr. 5, 6 und 9 zu § 1 BetrVG 1972; AP Nr. 30 zu § 15 KSchG 1969; Zöllner Festschrift für Semler S. 995 ff; Konzen Unternehmensaufspaltungen S. 94 ff; Joost S. 257 ff; Wiedemann Festschrift für Fleck S. 447 (459 ff); Windbichler S. 285 ff; Kohte RdA 1992 302 ff.; Zum gemeinsamen Betrieb nach der BetrVG-Novelle 2001: BAG v. 11. 2. 2004 AP Nr. 22 zu § 1 BetrVG 1972 Gemeinsamer Betrieb; v. 29. 9. 2004 NZA 2005, 420, v. 22. 6. 2005 NZA 2005, 1248; Reichhold NZA 2005, 622 ff.

<sup>93</sup> Vgl. ErfK-Eisemann BetrVG § 1 Rn. 13.

<sup>94</sup> Vgl. BAG v. 24. 1. 1996 NZA 1996, 1110.

<sup>95</sup> Vgl. BAG v. 11. 3. 1975 AP Nr. 1 zu § 24 BetrVG 1972; ErfKo-Eisemann § 1 Rn. 13; DKK-Trümner § 1 Rn. 77.

Ebenso können gemeinsame Betriebe als Ergebnis von Unternehmensspaltungen entstehen<sup>96</sup>: Bei einer solchen Unternehmensspaltung wird ein zuvor einheitliches Unternehmen in zwei oder mehrere rechtlich selbständige Rechtsträger aufgeteilt. Häufig sind steuerliche oder haftungsrechtliche Beweggründe Anlass für eine Spaltung.<sup>97</sup> Es werden beispielsweise risikoreiche Teile eines Unternehmens in Form von juristischen Personen organisiert, um auf diese Weise das Haftungsrisiko auf die juristische Person abzuwälzen.

Zudem kann eine Unternehmensspaltung den Vorteil bieten, die Anwendung von Gesetzen zu vermeiden, die an eine bestimmte Größe des Unternehmens anknüpfen.<sup>98</sup>

Die Bezeichnungen für das Phänomen des gemeinsamen Betriebes sind unterschiedlich: Oft wird auch von Gemeinschaftsbetrieb, Einheitsbetrieb oder einheitlichem Betrieb gesprochen.<sup>99</sup> Ungeachtet der unterschiedlichen Begrifflichkeiten ist die Rechtsfigur des gemeinsamen Betriebes als solche allgemein anerkannt.<sup>100</sup> Der Gesetzgeber hat mit der BetrVG-Novelle 2001 durch § 1 Abs. 1 S. 2 BetrVG klargestellt, dass unter den Voraussetzungen des § 1 Abs. 1 Satz 1 BetrVG in Gemeinschaftsbetrieben Betriebsräte gewählt werden können.<sup>101</sup> Die Voraussetzungen für das Vorliegen eines Gemeinschaftsbetriebes werden jedoch nicht genannt.

---

<sup>96</sup> Vgl. Fitting § 1 Rn. 79.

<sup>97</sup> Vgl. Wendeling-Schröder NZA 1984, 247.

<sup>98</sup> Wie z.B. das MitbestG 1976 oder die Publizitätsregelungen.

<sup>99</sup> Dazu Zöllner Festschrift für Semler S. 995.

<sup>100</sup> Vgl. Kort ZfA 2000, 329 (368) m.w.N.

<sup>101</sup> Zuvor wurde der gemeinsame Betrieb seit 1994 lediglich in § 322 Abs. 1 UmwG erwähnt.

## II. Stand der Diskussion

In Rechtsprechung<sup>102</sup> und Literatur<sup>103</sup> besteht weitgehend Einigkeit darüber, dass der gemeinsame Betrieb - genau wie der „gewöhnliche“ Betrieb nach § 1 Abs. 1 S. 1 BetrVG auch - das Vorhandensein einer einheitlichen Leitung voraussetzt, welche die wesentlichen Funktionen des Arbeitgebers in den sozialen und personellen Angelegenheiten ausübt. Ob darüber hinaus für die Annahme eines gemeinsamen Betriebes erforderlich ist, dass die Unternehmen eine rechtliche Vereinbarung über die gemeinsame Führung des Betriebs geschlossen haben, ist umstritten.

### 1. Teilweise: Rechtliche Vereinbarung erforderlich

Das BAG und ein großer Teil der Literatur setzen für die Annahme eines gemeinsamen Betriebes voraus, dass mindestens zwei Unternehmen die in einer Betriebsstätte vorhandenen materiellen und immateriellen Mittel für einen oder mehrere einheitliche arbeitstechnische Zwecke zusammenfassen, ordnen, gezielt einsetzen und der Einsatz der menschlichen Arbeitskraft von einem einheitlichen Leitungsapparat gesteuert wird. Weitere Voraussetzung für die Annahme eines gemeinsamen Betriebes ist das Vorliegen einer Führungsvereinbarung zwischen den beteiligten Unternehmen.<sup>104</sup>

---

<sup>102</sup> St. Rspr.: BAG v. 14. 2. 1994 AP BetrVG 1972 § 5 Rotes Kreuz Nr. 3; v. 18. 10. 2000 AP Nr. 49 zu § 15 KSchG 1969; v. 21. 2. 2001; 19. 11. 2003 AP Nr. 19 zu § 1 BetrVG 1972 gemeinsamer Betrieb.

<sup>103</sup> Vgl. Fitting § 1 Rn. 80; GK-Kraft § 4 Rn. 23; Richardi § 1 Rn. 69; ErfK-Eisemann § 1 Rn. 14; GK-Kraft § 4 Rn. 25; Wiedemann Festschrift für Fleck S. 447 (461); **aA**: Joost (S. 265) und eingeschränkt auch Gamillscheg (ZfA 1975 S. 399; AuR 1989 S. 33, 34), die nicht auf den einheitlichen Leitungsapparat abstellen, sondern die Betriebszugehörigkeit davon abhängig machen wollen, ob die Arbeitnehmer in räumlicher Verbundenheit zusammenarbeiten.

<sup>104</sup> Vgl. BAG v. 22. 6. 2005 NZA 2005, 1248 (1249); v. 11. 2. 2004 AP Nr. 22 zu § 1 BetrVG 1972; v. 25. 11. 1980 AP Nr. 2 zu § 1 BetrVG 1972; v. 7. 8. 1986 AP Nr. 5 zu § 1 BetrVG 1972 (ausführliche Auseinandersetzung mit der Gegenmeinung); v. 29. 4. 1999 AP BetrVG 1972 § 5 Rotes Kreuz Nr. 3; v. 11. 2. 2004; v. 21. 2. 2001 NZA 2002, 56; GK-Kraft § 4 Rn. 26; ders. Festschrift für Hilger/Stumpf S. 395 (406); ErfK-Eisemann § 1 Rn. 14; Richardi § 1 Rn. 71; Küttner Festschrift für Hanau S. 465 (467); Wißmann NZA 2001, 409 (410); Wiese Festschrift für Gaul S. 553 (568ff.); Reichold NZA 2001, 857 (858); abweichend Kort ZfA 2000, 329 (370), der statt einer konkludenten, eine eindeutige und aus-

Den Rahmen dieser Führungsvereinbarung bildet eine Gesellschaft Bürgerlichen Rechts oder eine andere Rechtsform der Zusammenarbeit.<sup>105</sup>

Die Anforderungen, die an den Nachweis der Führungsvereinbarung gestellt werden, sind gering: Die einheitliche Leitung muss nicht ausdrücklich geregelt sein. Stets genügt eine stillschweigende Absprache zwischen den Unternehmen.<sup>106</sup> Nach Auffassung des BAG muss sich nur aus den tatsächlichen Umständen ergeben, dass der Kern der Arbeitgeberfunktionen im sozialen und personellen Bereich von derselben institutionellen Leitung ausgeübt werde.<sup>107</sup> Dafür sei vor allem entscheidend, ob ein arbeitgeberübergreifender Personaleinsatz praktiziert werde.<sup>108</sup>

Für nicht ausreichend hält es das BAG hingegen, wenn die Unternehmen lediglich unternehmerisch zusammenarbeiten, z. B. in Form von Organ- oder Beherrschungsverträgen.<sup>109</sup>

## 2. Dagegen: Tatsächliche Zusammenarbeit reicht aus

Demgegenüber hält eine starke Strömung in der Literatur eine ausdrückliche oder stillschweigende rechtliche Vereinbarung über die gemeinsame Führung des Betriebs für verzichtbar.<sup>110</sup> Es reiche eine tat-

---

drücklich verfasste Führungsvereinbarung unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit für sachgerechter hält.

<sup>105</sup> Vgl. zum gemeinsamen Betrieb auf Grundlage einer GBR: BAG v. 5. 3. 1987 DB 1987, 2362 (2363).

<sup>106</sup> Vgl. BAG v. 14. 9. 1988 AP Nr. 9 zu § 1 BetrVG 1972; BAG v. 31. 5. 2000 AP Nr. 12 zu § 1 BetrVG 1972 Gemeinsamer Betrieb.

<sup>107</sup> Vgl. BAG v. 14. 2. 1994 AP Nr. 3 zu § 5 BetrVG 1972.

<sup>108</sup> Vgl. BAG v. 24. 1. 1996 BAGE 82, 112 (118).

<sup>109</sup> Vgl. BAG v. 18. 1. 1990 AP Nr. 9 zu § 3 23 KSchG 1969; v. 29. 4. 1999 AP Nr. 21 zu § 23 KSchG 1969.

<sup>110</sup> Vgl. Joost S. 260 ff; Gamillscheg ZfA 1975, 357 (360f.); Konzen Unternehmensaufspaltungen S. 116; ders. AuR 1985, 341 (350 ff.); Säcker Wahlordnungen Rn. 210; Fromen Festschrift für Gaul 1992 S. 151ff.; Wendeling-Schröder NZA 1984, 247 (248 f.); Kohte RdA 1992, 302 ff.; Zöllner Festschrift für Semler 1993 S. 995 (1011); Däubler Festschrift für Zeuner S. 19 (22 ff.).



sächliche Verbindung zwischen den Unternehmen aus, wie sie sich z. B. aus einer Personenidentität der Gesellschafter ergeben kann.<sup>111</sup>

### 3. Stellungnahme

Es stellt sich die Frage, ob die als BGB Gesellschaft<sup>112</sup> qualifizierte rechtliche Verbindung tatsächlich unabdingbare Voraussetzung für die Anerkennung eines gemeinsamen Betrieb ist.

Nach dem Wortlaut des § 1 BetrVG wird eine Führungsvereinbarung für den gemeinsamen Betrieb nicht vorausgesetzt. In der Praxis wird sicherlich oft eine Führungsvereinbarung zwischen den Unternehmen vorliegen.<sup>113</sup> Eine Führungsvereinbarung bietet sich an, um eine Verständigung der beteiligten Unternehmen über Organisationsstrukturen und Entscheidungsbefugnisse herbeizuführen.<sup>114</sup> Das bedeutet aber nicht, dass eine solche Vereinbarung für die Annahme eines Gemeinschaftsbetriebes zwingend erforderlich ist, wie im folgenden aufgezeigt wird:

#### a) Führungsvereinbarung bei Unternehmensspaltungen

Gegen das Erfordernis einer gesellschaftsrechtlichen Verbindung ist zu Recht eingewandt worden, dass Änderungen der gesellschaftsrechtlichen Struktur den Betrieb nicht berühren, solange die betrieblichen Leitungs- und Organisationsstrukturen unangetastet bleiben. Insbesondere bei Unternehmen, die aufgrund einer Unternehmensspaltung entstehen, wird eine rechtliche Führungsvereinbarung nicht immer vorliegen. Soweit die Spaltung eines Unternehmens aus rein haftungsrechtlichen oder steuerlichen Gründen erfolgt, werden die neu geschaffenen Unternehmen meist keine Veranlassung sehen, die bewährten organisatori-

---

<sup>111</sup> Vgl. Gamillscheg ZfA 1975, 357 (360 f.); Konzen Unternehmensaufspaltungen S. 116; ders. AuR 1985, 341 (350 ff.).

<sup>112</sup> So ausdrücklich BAG v. 5. 3. 1987 AP Nr. 30 zu § 15 KSchG 1969; v. 24. 1. 1996 AP Nr. 8 zu § 1 BetrVG 1972 Gemeinsamer Betrieb; Richardi § 1 Rn. 71; Windbichler S. 289.

<sup>113</sup> Vgl. Fromen Festschrift für Gaul S. 151 (168).

schen Strukturen zu ändern. An einer Vereinbarung über die gemeinsame Leitung wird es dann meist fehlen, da typischerweise die Betriebsleitung des alten Unternehmens unverändert besteht. Für diese Fälle dennoch eine Führungsvereinbarung zu verlangen, wäre reiner Formalismus.<sup>115</sup> Gleiches gilt, wenn zwei Unternehmen durch dieselbe Person geleitet werden<sup>116</sup>, oder wenn eine einheitliche Leitung durch gleichlautende Weisungen einer Konzernspitze erreicht wird.<sup>117</sup>

### **b) Einheit des Betriebsinhabers vom Gesetz nicht gefordert**

Das Vorliegen einer Führungsvereinbarung in Form der BGB Gesellschaft wäre dann notwendig, wenn das BetrVG voraussetzen würde, dass ein Betrieb nur *einen* und *nicht mehrere* Inhaber bzw. Rechtsträger haben kann.<sup>118</sup> Unter dieser Prämisse müssten die Unternehmen in der Tat eine eigenständige Gesellschaft gründen, um einen einheitlichen Betriebsinhaber ins Leben zu rufen. Die Einheit des Betriebsinhabers wird aber weder vom Gesetz verlangt, noch ist sie nach dem Normzweck des BetrVG erforderlich.<sup>119</sup>

### **c) GBR gewährleistet keine einheitliche Willensbildung**

Fraglich ist, ob es einer Führungsvereinbarung bedarf, damit die verschiedenen Arbeitgeber des gemeinsamen Betriebs zu einer einheitlichen Willensbildung fähig sind.<sup>120</sup>

Von *Löwisch* wird das bejaht. Seiner Auffassung nach ist eine Gesellschaft Bürgerlichen Rechts erforderlich, damit sich die Unternehmen

---

<sup>114</sup> Vgl. Wendeling-Schröder NZA 1984, 247 (249).

<sup>115</sup> Vgl. hierzu Konzen RdA 2001, 76 (80); ders. AuR 1985, 345; Kohte RdA 1992, 302 (305).

<sup>116</sup> Vgl. LAG Hamm v. 5. 6. 1985 BB 1985, 1792; LAG Berlin v. 22. 11. 1985 BB 1986, 593; Konzen Unternehmensaufspaltungen S. 114; Zöllner Festschrift für Semler S. 1011.

<sup>117</sup> Kohte RdA 1992, 309.

<sup>118</sup> Vgl. Fromen Festschrift für Gaul S. 151 (168)

<sup>119</sup> Dazu Christiansen S. 71; Fromen Festschrift für Gaul S. 151 (168).

auf die Festlegung einheitlicher Positionen gegenüber dem Betriebsrat einigen. Die Gesellschaft Bürgerlichen Rechts stelle das Verfahren für diese Willensbildung zu Verfügung. Durch die gesellschaftsrechtliche Verbindung sei gewährleistet, dass dem Betriebsrat ein einheitlicher Ansprechpartner gegenüberstehe.<sup>121</sup>

Dem hat *Wiedemann* entgegengehalten, dass die Konstruktion einer Gesellschaft Bürgerlichen Rechts den intendierten Zweck, dem Betriebsrat einen zu einheitlicher Willensbildung fähigen und verlässlichen Verhandlungspartner zur Verfügung zu stellen, nicht leisten könne.<sup>122</sup> Diese Argumentation überzeugt.

Für die Gesellschaft Bürgerlichen Rechts ist gesetzlich eine *gemeinschaftliche* Geschäftsführung *aller* Gesellschafter vorgesehen. Dem Betriebsrat steht daher kein einheitlicher Ansprechpartner gegenüber, sondern ein Kollegialorgan, das gemeinschaftlich für die personellen Angelegenheiten zuständig ist.<sup>123</sup> Sind sich die Betriebsinhaber untereinander nicht einig, kann auch die Gesellschaft Bürgerlichen Rechts einen einheitlichen Verhandlungspartner für den Betriebsrat nicht zur Verfügung stellen.

Im Vergleich zu der Situation des gemeinsamen Betriebes ohne Gesellschaft Bürgerlichen Rechts besteht also in diesem entscheidenden Punkt kein Unterschied.<sup>124</sup>

---

<sup>120</sup> Vgl. Löwisch RdA 1976, 35 (37).

<sup>121</sup> Vgl. Löwisch RdA 1976, S. 35 (37); ähnlich auch Kraft Festschrift für Hilger/Stumpf S. 405 (406); Windbichler S. 288, Reuter in Anm. zu BAG AP Nr. 9 zu § 1 BetrVG 1972.

<sup>122</sup> Vgl. Wiedemann Anm. zu AP Nr. 5 zu § 1 BetrVG.

<sup>123</sup> Vgl. Fromen Festschrift für Gaul S. 151 (169).

<sup>124</sup> Vgl. Fromen Festschrift für Gaul S. 151 (169).

**d) Rechtssicherheit wird durch Innengesellschaft nicht erhöht**

Hinzu kommt eine weitere Schwierigkeit: Eine Gesellschaft Bürgerlichen Rechts könnte dem Betriebsrat im Verhältnis zu den Unternehmen ein gewisses Maß an Verlässlichkeit bieten, wenn es sich um eine Außen-GBR handeln würde. Der BGH hat im Jahre 2001 entschieden, dass eine (Außen-) GbR Rechtsfähigkeit besitzt, soweit sie durch Teilnahme am Rechtsverkehr eigene Rechte und Pflichten begründet.<sup>125</sup> Die rechtsfähige Außengesellschaft ist dadurch gekennzeichnet, dass sie in eigenem Namen und mit eigener Handlungsorganisation (Geschäftsführung) sowie eigenem Vermögen am Rechtsverkehr teilnimmt. Wenn die Unternehmen eine solche Außengesellschaft mit Vertretungsregelungen und Organisation begründen, so würde damit Transparenz geschaffen.

Jedoch liegen bei der Zusammenarbeit von Unternehmen diejenigen Merkmale, die eine Außen-GBR ausmachen, in der Regel gerade nicht vor.<sup>126</sup> Weder Rechtsprechung noch Literatur verlangen den Übergang von Betriebsmitteln und Arbeitsverhältnissen auf die Gesellschaft. Dies bedeutet, dass es sich bei der Konstruktion um eine arbeitnehmer- und vermögenslose Gesellschaft handelt, die nach außen gerade nicht Erscheinung tritt.<sup>127</sup> Will der Betriebsrat in einem gerichtlichen Verfahren seine Mitbestimmungsrechte geltend machen, muss er sie gegen die Vertragsarbeitgeber richten. *Nur mit diesen* ist die Einigungsstelle zu bilden. *Ausschließlich die Vertragsarbeitgeber* sind Beteiligte des Beschlussverfahrens vor dem Arbeitsgericht. Mangels Außenwirkung kann es sich daher bei der Gesellschaft Bürgerlichen Rechts nur um eine Innengesellschaft handeln.<sup>128</sup> *Kohte* hat zutreffend zum Ausdruck gebracht, dass die Innengesellschaft auf einer lediglich schuldrechtli-

---

<sup>125</sup> Vgl. BGH v. 19. 1. 2001 NJW 2001, 1056.

<sup>126</sup> Vgl. DKK-Trümner § 1 Rn. 126.

<sup>127</sup> Vgl. Kohte RdA 1992, 302 (304).

<sup>128</sup> Vgl. DKK-Trümner § 1 Rn. 128.

chen, intern geltenden Abrede hinsichtlich der gemeinsamen Betriebsnutzung beruht und daher dem Betriebsrat keine verlässlichen Rechte gewährt.<sup>129</sup> Der Betriebsrat kann sich auf die Führungsabrede nicht berufen und hat keinen Anspruch auf Einhaltung der schuldrechtlichen Vereinbarungen.<sup>130</sup>

Hinzu kommt die Schwierigkeit, dass der Betriebsrat als Außenstehender überhaupt keine Kenntnis darüber hat, welche Vereinbarungen die Unternehmen getroffen haben. Woher soll er ohne ausdrückliche, schriftlich fixierte Abmachung wissen, welches Unternehmen für welchen Bereich zuständig ist?

*Fromen* hat als weiteres Argument gegen das Erfordernis einer Führungsvereinbarung ins Feld geführt, dass eine Gesellschaft Bürgerlichen Rechts ebenso schnell stillschweigend gegründet wie aufgehoben werden kann, ohne dass einem Außenstehenden dieser Umstand kundgetan werden muss. Selbst durch eine gerichtliche Feststellung wird die Gesellschaft Bürgerlichen Rechts nicht dauerhaft rechtsverbindlich festgestellt, da sie ohne weiteres am nächsten Tag durch stillschweigende Aufhebungserklärung wieder verschwunden sein kann.<sup>131</sup>

#### **e) Betriebsbegriff knüpft an organisatorische Strukturen an**

*Preis* begründet das Erfordernis der Führungsvereinbarung mit dem Argument, dass nur bei dem Bestehen eines Zurechnungstatbestands den verschiedenen Rechtsträgern wechselseitig das Beschäftigungsrisiko aufgebürdet werden könne. Die erhebliche Pflichtenerweiterung, die der Gemeinschaftsbetrieb für die beteiligten Unternehmen erzeuge, wie z.B. die Weiterbeschäftigungspflicht und Sozialauswahl, dürfe nur

---

<sup>129</sup> So auch Kohte RdA 1992, 302 (304).

<sup>130</sup> Vgl. Kohte RdA 1992, 302 (310) mit weiteren Ausführungen zum Vorliegen einer Innengesellschaft.

<sup>131</sup> Vgl. Fromen Festschrift für Gaul S. 151 (170).

aus einem rechtsgeschäftlichen Zurechnungstatbestand, nicht aber aus einem rein tatsächlichen Umstand hergeleitet werden.<sup>132</sup>

Diesem Argument ist entgegenzuhalten, dass der Betrieb als tatsächliche Erscheinung nicht durch rechtsgeschäftliche Abreden, sondern durch faktische Merkmale geprägt ist.<sup>133</sup> Das BetrVG knüpft nicht an den rechtsgeschäftlichen Willen des Unternehmers, sondern an die von ihm geschaffenen organisatorischen Strukturen an.<sup>134</sup> Einer rechtsgeschäftlichen Führungsvereinbarung bedarf es daher nicht zwingend.

Für die Funktionsfähigkeit der Mitbestimmung kommt es nicht auf die rechtsgeschäftliche Abrede, sondern auf eine faktisch bestehende einheitliche Betriebsleitung an. Der Gesprächspartner, den der Betriebsrat braucht, wird durch eine mit Entscheidungskompetenzen ausgestattete tatsächlich existierende Betriebsleitung zu Verfügung gestellt. Sofern eine solche Betriebsleitung existiert, ist auch eine unternehmensübergreifende Repräsentation der Arbeitnehmer sinnvoll.

### **III. Ergebnis**

Es kann somit festgehalten werden, dass es nach dem Normzweck des BetrVG für den Gemeinschaftsbetrieb lediglich auf das Bestehen einer einheitlichen Leitung in den beteiligungspflichtigen Angelegenheiten ankommt. Eine Führungsvereinbarung ist hingegen entbehrlich.

Die Kriterien, die den gemeinsamen Betrieb bestimmen, sind eben diejenigen, welche auch den Betrieb innerhalb eines einzelnen Unternehmens ausmachen. Für die Mitbestimmung im gemeinsamen Betrieb mehrerer Unternehmen kommt es darauf an, ob die betriebsverfassungsrelevanten Leitungsfunktionen einheitlich ausgeübt werden.

---

<sup>132</sup> Vgl. Preis § 147 S. 454.

<sup>133</sup> Vgl. Kohte RdA 1992, 302 (307).

Ein gemeinsamer Betrieb mehrerer Unternehmen ist daher anzuerkennen, wenn Arbeitnehmer verschiedener Arbeitgeber innerhalb einer gemeinsamen Organisation von einer einheitlichen Leitung in den beteiligungspflichtigen Angelegenheiten eingesetzt werden. Dies gilt unabhängig vom Bestehen einer Führungsvereinbarung.

#### **IV. Vermutung gemeinsamer Betrieb mehrerer Unternehmen**

Zu den Neuerungen des BetrVerf-ReformG 2001 gehört die Einführung des § 1 Abs. 2 BetrVG. Die Norm führt für den gemeinsamen Betrieb zwei Vermutungen an. Während nach § 1 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG ein gemeinsamer Betrieb unterstellt wird, wenn Betriebsmittel und Arbeitnehmer von den Unternehmen gemeinsam eingesetzt werden, entspricht der Vermutungstatbestand des § 1 Abs. 2 Nr. 2 BetrVG im Wesentlichen dem § 322 Abs. 1 UmwG und setzt für die Annahme eines gemeinsamen Betriebes eine vorangegangene Unternehmensspaltung voraus.<sup>135</sup>

##### **1. Zur allgemeinen Funktion einer gesetzlichen Vermutung**

Bevor auf die Regelung des § 1 Abs. 2 BetrVG näher eingegangen wird, soll zum besseren Verständnis der Vorschrift vorab skizziert werden, worin die Bedeutung einer gesetzlichen Vermutung liegt.

Zu unterscheiden ist zwischen der Vermutungsbasis<sup>136</sup> und der Vermutungsfolge. Aus einer oder mehreren Tatsachen (Vermutungsbasis), meist Indizien, schließt das Gesetz auf das Vorliegen eines gesetzli-

---

<sup>134</sup> Vgl. Konzen Unternehmensaufspaltungen S. 114; Kohte RdA 1992, 302 (308).

<sup>135</sup> Vgl. dazu Richardi/Annuß DB 2001, 41.

<sup>136</sup> Auch Vermutungstatbestand bzw. Vermutungsgrundlage genannt.

chen Tatbestandsmerkmals (Vermutungsfolge).<sup>137</sup> Die Vermutungsfolge bezeichnet das Tatbestandsmerkmal, das widerlegbar vermutet wird.

Die Vermutungsbasis hingegen betrifft die Tatsachen (Indizien), die darzulegen sind, um die Vermutungsfolge herbeizuführen.<sup>138</sup>

Im Beschlussverfahren muss die Partei, die sich auf die Vermutung beruft, lediglich die Tatsachen, die zur Vermutungsbasis gehören, schlüssig darlegen.<sup>139</sup> Will die Gegenpartei die Vermutung widerlegen, so erfordert dies den Nachweis des Nichtvorliegens der Indiztatsachen.<sup>140</sup> Stehen die Indiztatsachen als gegeben fest, so hat die Gegenpartei darüber hinaus noch eine andere Möglichkeit; sie kann die Widerlegung bewirken, indem sie andere Tatsachen darlegt, aus denen sich der Beweis für das Nichtvorliegen des vermuteten Tatbestandsmerkmals ergibt.<sup>141</sup>

Die Bedeutung gesetzlichen Vermutungen liegt darin, dass sie Beweislastnormen enthalten, welche die Beweisführung erleichtern und ihm so zu einer vereinfachten Rechtsdurchsetzung verhelfen.<sup>142</sup> Bei Streitigkeiten über das Vorliegen eines gemeinsamen Betriebes entscheiden die Arbeitsgerichte nach § 18 Abs. 2 i. V. m. §§ 2 a, 80 ff. BetrVG im Beschlussverfahren.

Eine Beweisführungslast im strengen zivilprozessualen Sinne gilt dort nicht.<sup>143</sup>

---

<sup>137</sup> Vgl. Thomas/Putzo § 292 Rn. 1, 2. (Zu unterscheiden sind ferner Tatsachen- und Rechtsvermutungen. Im Gegensatz zur Tatsachenvermutung geht es bei der Rechtsvermutung um einen Rechtszustand, der vermutet wird.)

<sup>138</sup> Vgl. Thomas/Putzo Rn. 1 ff.

<sup>139</sup> Vgl. Kamphausen NZA – Beilage 4/88, 10 (15); vgl. dazu auch MünchArbR § 392 Rn. 31.

<sup>140</sup> Vgl. Lücke/Wachs-Prütting Münchner Kommentar zur ZPO § 292 Rn. 22 f.

<sup>141</sup> Vgl. Rosenberg/Schwab/Gottwald Zivilprozessrecht § 114 I 4, 655 f.

<sup>142</sup> Vgl. Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann § 292 ZPO Rn. 8, 9.

<sup>143</sup> Vgl. Kamphausen NZA – Beilage 4/88, 10 (15).



## 2. Die gesetzliche Vermutung nach § 1 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG

Ausweislich der amtlichen Begründung wollte der Gesetzgeber mit der neuen Vermutungsregel des § 1 Abs. 2 BetrVG für mehr Handhabungssicherheit sorgen.<sup>144</sup>

Die Frage, ob dieses gesetzgeberische Ziel mit der Neuregelung erfolgreich umgesetzt wurde, wird teilweise in Zweifel gezogen.<sup>145</sup> Vereinzelt wurde sogar geäußert, die Vermutungsregel löse statt der intendierten Handhabungssicherheit ein betriebsverfassungsrechtliches Chaos aus.<sup>146</sup> Insbesondere die Fassung des § 1 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG wird in der Literatur kritisch beurteilt, worauf näher einzugehen ist.

### a) Vermutungsbasis

Die Formulierung des § 1 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG, wonach ein gemeinsamer Betrieb vermutet wird, wenn zur Verfolgung arbeitstechnischer Zwecke Betriebsmittel und Arbeitnehmer gemeinsam eingesetzt werden, wurde vereinzelt als völlige Abkehr von der bisherigen Rechtsprechung des BAG verstanden. Der Wortlaut wurde dahingehend aufgefasst, dass es auf das Merkmal der einheitlichen Leitung in sozialen und personellen Angelegenheiten überhaupt nicht mehr ankomme, sondern lediglich der tatsächliche gemeinsame Einsatz von Betriebsmitteln und Arbeitnehmern nunmehr für die Anerkennung eines gemeinsamen Betriebes ausreiche.<sup>147</sup>

Gegen die Richtigkeit dieser These spricht indes die amtliche Begründung des Regierungsentwurfs, wonach sich die Vermutung eindeutig

---

<sup>144</sup> Vgl. amtliche Begründung des Regierungsentwurfs zum BetrVerf-ReformG BT-Drucks. 14/5741 S. 33.

<sup>145</sup> Kritisch z.B. Reichold NZA 2005, 622 f.: „Note mangelhaft für den Reform-Gesetzgeber“.

<sup>146</sup> So Hanau RdA 2001, 65 (67).

<sup>147</sup> Vgl. Schiefer/Korte NZA 2001, 71 (72).

auf das Vorliegen einer einheitlichen Leitung bezieht.<sup>148</sup> Eine vollständige Abkehr von der BAG-Rechtsprechung war nicht beabsichtigt. Im Gegenteil, es sollte die bisherige Rechtsprechung zum Gemeinschaftsbetrieb nachgezeichnet werden.<sup>149</sup>

Angesichts der Schwierigkeiten bei der Deutung der Norm hat *Däubler* die Befürchtung geäußert, der Vermutungstatbestand könne unbeabsichtigt die relative Sicherheit wieder zunichte machen, die das Richterrecht geschaffen habe.<sup>150</sup> Aus diesem Grund hat er im Vorfeld des Gesetzesbeschlusses vorgeschlagen, den Vermutungstatbestand in eine Legaldefinition umzuwandeln.<sup>151</sup> Gleichwohl der Gesetzgeber dem nicht gefolgt ist, wird in der Literatur vereinzelt geäußert, dass es sich bei der Vorschrift des § 1 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG in Wahrheit letztlich doch um eine verdeckte Legaldefinition handele.<sup>152</sup>

Gegen diesen Gedanken spricht aber der unmissverständliche Gesetzeswortlaut („wird vermutet“). Für Umdeutungsversuche ist somit kein Raum.

Zu den Stimmen, die die Vermutungsregel des § 1 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG ebenfalls für missglückt halten, gehört *Richardi*.<sup>153</sup> Er vertritt die Auffassung, mit dem Nachweis des gemeinsamen Einsatzes von Betriebsmitteln und Arbeitnehmern sei zugleich die Existenz eines gemeinsamen Betriebs erwiesen. Bei Nachweis dieser –fälschlicherweise– als Indiztatsachen bezeichneten Tatumstände liege bereits der Vollbeweis hin-

---

<sup>148</sup> Vgl. amtl. Begründung zum BetrVerf-ReformG BT-Drucks. 14/5741 S. 33; ebenso die Verfasser des Referentenentwurfes Engels/Trebinger/Löhr-Steinhaus DB 2001, 532 (532); Hanau NJW 2001, 2513 (2513); Reichold NZA 2001, 857 (858); Windeln S. 30; bestätigt durch das BAG, vgl. etwa BAG NZA 2005, 1250.

<sup>149</sup> Vgl. Engels/Trebinger/Löhr-Steinhaus DB 2001, 532 (532); Hanau NJW 2001, 2513 (2513); Reichold NZA 2001, 857 (858).

<sup>150</sup> Vgl. Däubler AuR 2001, 1 (2).

<sup>151</sup> Vgl. Däubler AuR 2001, 1 (2).

<sup>152</sup> Vgl. DKK-Trümner § 1 Rn. 83.

<sup>153</sup> Vgl. Richardi NZA 2001, 346 (349).

sichtlich des gemeinsamen Betriebes vor, so dass es nichts mehr zu vermuten gäbe.<sup>154</sup>

In der Tat deutet die Formulierung „gemeinsam eingesetzt“ darauf hin, dass derjenige, der sich auf den Vermutungstatbestand stützt (also der Betriebsrat), den Nachweis eines vereinbarten Leitungsapparates erbringen muss. Hätte die Vermutungsbasis tatsächlich diesen Inhalt, ergäbe die Vermutung keinen Sinn, weil mit dem Nachweis des Leitungsapparates bereits der Beweis für einen gemeinsamen Betrieb erbracht wäre.<sup>155</sup>

Vor diesem Hintergrund wird im Schrifttum die Ansicht vertreten, dass die in der Vermutung genannte Voraussetzung „gemeinsam eingesetzt“ nicht mit einer Steuerung der Betriebsmittel und Arbeitnehmer durch einen gemeinsamen Leitungsapparat gleichzusetzen sei.<sup>156</sup>

Dieser Standpunkt verdient Zustimmung. Die Vermutungsfolge darf nicht mit der Vermutungsbasis verwechselt werden. Die Formulierung des Gesetzes „*Gemeinsam eingesetzt*“ ist keineswegs zwingend im Sinne von *gemeinsam leiten* oder *gemeinsam führen* zu verstehen. Ausweislich der Gesetzesbegründung soll den Wahlvorständen und Betriebsräten mit der Vermutungsregel bei Streitigkeiten über das Bestehen oder Nichtbestehen eines gemeinsamen Betriebes eine Nachweiserleichterung verschafft werden.<sup>157</sup> Würde man von den Betriebsräten den Nachweis der gemeinsamen Leitung verlangen, so wäre die gewollte Erleichterung nicht erreicht<sup>158</sup> und die Vermutung überflüssig.<sup>159</sup>

---

<sup>154</sup> Vgl. Richardi/Annuß DB 2001, 41.

<sup>155</sup> Allenfalls kann in diesem Falle noch das Vorliegen einer Führungsvereinbarung als Vermutungsfolge angenommen werden.

<sup>156</sup> Vgl. Engels/Trebinger/Löhr-Steinhaus DB 2001, 532.

<sup>157</sup> Vgl. amtl. Begründung zum BetrVerf-ReformG BT-Drucks. 14/5741 S. 33.

<sup>158</sup> Vgl. DKK-Trümner § 1 Rn. 88.

<sup>159</sup> Vgl. Fitting § 1 Rn. 86.

Um den Normzweck zu erfüllen, müssen die Anforderungen an die von den Betriebsräten zu erbringenden Nachweise geringer sein.

*Reichold* hat darauf hingewiesen, dass nach dem Willen des Gesetzgebers den beteiligten Unternehmen die Widerlegungslast aufgebürdet werden sollte, um eine missbräuchliche Umgehung effektiver Mitbestimmung zu erschweren.<sup>160</sup> Es darf daher von den Betriebsräten lediglich verlangt werden, dass sie äußerlich erkennbare Tatsachen, die auf einen gemeinsamen Betrieb schließen lassen, darlegen.

Die Auffassung von *Reichold* wird durch die Gesetzesbegründung gestützt, in der es heißt, dass sich die Vermutung auf die einheitliche Leitung bezieht.<sup>161</sup>

Im Ergebnis ist die insoweit missverständliche Formulierung „gemeinsam eingesetzt“ in § 1 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG daher normzweckorientiert als *gemeinsame Nutzung* der persönlichen und sachlichen Betriebsmittel auszulegen.<sup>162</sup> Als Tatsachen, die den gemeinsamen Einsatz von Betriebsmitteln und Arbeitnehmern zum Ausdruck bringen, kommen die gemeinsame räumliche Unterbringung der Arbeitnehmer, die personelle, organisatorische und technische Verknüpfung der Arbeitsabläufe sowie die gemeinsame Lohnbuchhaltung, ein gemeinsames Sekretariat oder eine gemeinsame Kantine in Betracht.<sup>163</sup>

## b) Vermutungsfolge

Ist der Nachweis der Tatsachen erbracht, welche die Vermutungswirkung auslösen, tritt die Vermutungsfolge ein: Es wird ein gemeinsamer Betrieb vermutet. Anerkannt ist, dass die Vermutungsfolge sich über den Wortlaut hinaus auch auf das Vorliegen eines gemeinsamen Lei-

---

<sup>160</sup> Vgl. Reichold NZA 2001, 857(858).

<sup>161</sup> Vgl. aml. Begründung zum BetrVerf-ReformG BT-Drucks. 14/5741 S. 33, bestätigt durch das BAG, vgl. nur BAG v. 11. 2. 2004 NZA 2004, 618; v. 22. 6. 2005, 1248 (1250).

<sup>162</sup> Vgl. Engels/Trebinger/Löhr-Steinhaus DB 2001, 532; ErfK-Eisemann § 1 Rn. 15; Richardi § 1 Rn. 73; DKK-Trümner § 1 Rn. 88.

<sup>163</sup> Vgl. ErfK-Eisemann § 1 Rn. 15; Fitting § 1 Rn. 90.

tungsapparats erstreckt.<sup>164</sup> Die eingetretene Vermutungsfolge macht also den Nachweis einer gemeinsamen Leitung entbehrlich.<sup>165</sup>

### **aa) Widerlegbarkeit bei Nichtbestehen einer Leitung**

Die gesetzliche Vermutung ist widerlegbar. Erbringt eine Partei den Negativbeweis, so ist die Vermutung widerlegt. Hierfür ist erforderlich, dass die entsprechend beweis erleichterte Partei darlegt und beweist, dass eine gemeinsame Leitung des Betriebes nicht besteht.<sup>166</sup> Erbringt eine Partei den Beweis, dass der scheinbar „gemeinsame Betrieb“ lediglich auf einer räumlichen Verbundenheit beruht, die Unternehmen aber getrennte Personalleitungen haben, ist die Vermutungswirkung widerlegt.

### **bb) Widerlegbarkeit bei Nichtbestehen einer Führungsabrede**

Für die Vertreter der Ansicht, die eine Führungsvereinbarung für unabdingbar halten, erstreckt sich die Vermutungswirkung auch auf das Vorliegen der Führungsvereinbarung und macht einen diesbezüglichen Nachweis entbehrlich.<sup>167</sup>

Fraglich ist, ob der Negativbeweis auch geführt werden kann, wenn sich eine Partei (also das bzw. die Unternehmen) auf das Fehlen einer Führungsvereinbarung beruft.

Folgt man richtigerweise der Ansicht, die eine Führungsvereinbarung für verzichtbar hält, ist eine diesbezügliche Einlassung unerheblich. Das Vorliegen oder Nichtvorliegen einer Führungsvereinbarung spielt dann keine Rolle.

---

<sup>164</sup> Vgl. BAG v. 11. 2. 2004 NZA 2004, 618; amtl. Begründung zum BetrVerf-ReformG BT-Drucks. 14/5741 S. 33; Engels/Trebinger/Löhr-Steinhaus DB 2001, 532; Fitting § 1 Rn. 88; Richardi/Annuß DB 2001, 41; ErfK-Eisemann § 1 Rn. 15; Konzen RdA 2001, 76 (81).

<sup>165</sup> Vgl. Fitting § 1 Rn. 88.

<sup>166</sup> Vgl. ErfK-Eisemann § 1 Rn. 15.

Folgt man der Auffassung derjenigen, die das Bestehen einer Führungsvereinbarung für erforderlich halten, kann demgegenüber der Vortrag von Tatsachen, die belegen, dass weder eine ausdrückliche noch konkludente Führungsvereinbarung geschlossen wurde, die Vermutung widerlegen.

Hierfür genügt das bloße Bestreiten einer solchen Vereinbarung oder die Behauptung, dass ein entsprechender Bindungswille fehle, aber nicht.<sup>168</sup> Soweit die Unternehmen lediglich erklären, keine Führungsvereinbarung getroffen zu haben, tatsächlich aber eine gemeinsame Leitung praktizieren, sind die Erklärungen unbeachtlich.<sup>169</sup> Gleiches gilt für die Vorlage einer Trennungvereinbarung.<sup>170</sup> Ist also das Vorliegen einer gemeinsamen Leitung tatsächlich bewiesen, lässt das BAG entgegenstehende Erklärungen, es liege keine Führungsvereinbarung vor, nicht gelten.<sup>171</sup>

### **cc) Widerlegbarkeit bei nur kurzfristiger Zusammenarbeit**

Die Bestimmung des § 1 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG lässt eine weitere Frage offen: Liegt ein gemeinsamer Betrieb auch schon dann vor, wenn Betriebsmittel und Arbeitnehmer von den Unternehmen nur kurzfristig gemeinsam eingesetzt werden? Wie lange muss der Einsatz von Betriebsmitteln und Arbeitnehmern dauern, um die gesetzliche Vermutung zu begründen?

Materiell-rechtlich folgt aus dem allgemeinen Betriebsbegriff, dass eine nur vorübergehende Zusammenarbeit keinesfalls einen Betrieb begründen kann. Für den *gemeinsamen* Betrieb gilt nichts anderes.<sup>172</sup> Die

---

<sup>167</sup> Vgl. Reichold NZA 2001, 857 (858).

<sup>168</sup> Vgl. DKK-Trümner § 1 Rn. 95; an anderer Stelle (Rn. 112) schreibt Trümner, eine Widerlegung sei durch Tatsachenvortrag möglich, aus dem sich ergebe, dass eine Führungsvereinbarung weder ausdrücklich noch konkludent geschlossen worden sei.

<sup>169</sup> Vgl. ErkE-Eisemann § 1 Rn. 15; Fitting § 1 Rn. 89.

<sup>170</sup> Vgl. DKK-Trümner § 1 Rn. 112; Küttner Festschrift für Hanau S. 465 (484).

<sup>171</sup> Vgl. BAG v. 29. 4. 1999 AP Nr. 21 zu § 23 KSchG 1969.

<sup>172</sup> Vgl. Fitting § 1 Rn. 83.

Bejahung eines gemeinsamen Leitungsapparates setzt eine auf Dauer angelegte Organisation voraus.<sup>173</sup>

Fraglich ist allerdings, wie sich eine nur vorübergehende von einer dauerhaften Zusammenarbeit abgrenzen lässt.

Im Schrifttum wird hierzu vertreten, die Problematik durch eine sinngemäße Anwendung des § 21 a BetrVG zu lösen.<sup>174</sup> Die Vorschrift des § 21 a BetrVG begrenzt das Übergangsmandat des Betriebsrats auf sechs Monate. Dem ist zuzustimmen. Die Sechs-Monatsfrist kann dem Rechtsanwender einen wichtigen Anhaltspunkt geben, wo die Grenze zwischen einer bloß vorübergehenden gegenüber einer dauerhaften Zusammenarbeit verläuft. Festzuhalten ist daher, dass bei einem gemeinsamen Einsatz von Betriebsmitteln und Arbeitnehmern, der den zeitlichen Rahmen von sechs Monaten unterschreitet, in der Regel nicht von einem gemeinsamen Betrieb auszugehen ist.

Im diesem Zusammenhang ergibt sich die Problematik, ob die zeitliche Komponente auf der Ebene der Vermutungsbasis oder der Vermutungsfolge zu berücksichtigen ist.

Die Frage lässt sich unter Beachtung des Normzwecks beantworten: Betriebsräte und Wahlvorstände sollen nicht die Dauerhaftigkeit der Zusammenarbeit nachweisen müssen. Dies würde die vom Gesetzgeber geschaffene Beweiserleichterung wieder zunichte machen. Die organisatorischen Entscheidungen über die Zusammenarbeit und deren zeitlichen Rahmen gehören in die Sphäre der Unternehmen.<sup>175</sup> Daher ist auch in Bezug auf den zeitlichen Rahmen eine Beweislastumkehr sinnvoll. Die Frage des zeitlichen Umfangs der Zusammenarbeit ist folglich auf der Ebene der Vermutungsfolge anzusiedeln. Nicht die Arbeitnehmer und Betriebsräte müssen nachweisen, dass die Zusammenarbeit auf Dauer stattfindet, sondern den Unternehmen obliegt der

---

<sup>173</sup> Vgl. Wiese Festschrift für Gaul S. 553 (569); Hanau RdA 2001, 65 (67); Windeln S. 32.

<sup>174</sup> Vgl. Hanau NJW 2001, 2513 (2513); Fitting § 1 Rn. 82; Windeln S. 33.

<sup>175</sup> Vgl. Windeln S. 33.

Gegenbeweis, dass die Kooperation nur vorübergehend ist.<sup>176</sup> Maßgeblich ist hierfür aus den zuvor genannten Gründen der Sechs-Monats-Zeitraum.

### 3. Die gesetzliche Vermutung des § 1 Abs. 2 Nr. 2 BetrVG

Unproblematischer ist die zweite Vermutungsregelung des § 1 Abs. 2 BetrVG. § 1 Abs. 2 Nr. 2 BetrVG betrifft die Frage, ob eine *Unternehmensspaltung* auch die Spaltung eines bislang einheitlichen *Betriebes* zur Folge hat. Der Begriff der Spaltung umfasst dabei die Fälle der Aufspaltung, Abspaltung und Ausgliederung sowohl in Form der Gesamtrechtsnachfolge als auch in Form der Einzelrechtsnachfolge.<sup>177</sup>

Bleibt nach einer Spaltung die Organisation des davon betroffenen Betriebes im Wesentlichen unverändert, spricht § 1 Abs. 2 Nr. 2 BetrVG die widerlegbare Vermutung aus, dass die an der Spaltung beteiligten Unternehmen den Betrieb als gemeinsamen weiterführen.

Die Vorschrift des § 1 Abs. 2 Nr. 2 BetrVG stellt eine bereinigte Fassung des früheren § 322 UmwG dar. Nach dessen Wortlaut sollte die Vermutung nur für den Fall gelten, dass sich die Organisation des Betriebes überhaupt nicht ändert. Ungeachtet dieses Wortlauts war aber anerkannt, dass die Vermutung eines gemeinsamen Betriebs allein bei *wesentlichen* Änderungen in der Organisation entfällt.<sup>178</sup>

Von Bedeutung für die Rechtsanwendung ist, welche Tatsachen darzulegen sind, um die Vermutungswirkung auszulösen. Die gesetzliche Vermutung in § 1 Abs. 2 Nr. 2 BetrVG hat insoweit zu einer erheblichen Verschiebung der Darlegungs- und Beweislast geführt.

Unter Berücksichtigung der Zielsetzung des Gesetzgebers sind auch im Rahmen des § 1 Abs. 2 Nr. 2 BetrVG die Anforderungen an die Tatsachen, welche die Vermutungsfolge auslösen, nicht hoch. Wer sich auf

---

<sup>176</sup> Vgl. Windeln S. 33.

<sup>177</sup> Vgl. amtl. Begründung zum BetrVerf-ReformG BT Drucks. 14/5741 S. 33.



das Bestehen eines gemeinsamen Betriebs beruft, kann sich auf den Vortrag beschränken, die Organisation sei unverändert geblieben.<sup>179</sup>

Darzulegen ist, dass die gemeinsame räumliche Unterbringung der Arbeitnehmer fortbesteht, dass die Betriebsmittel nach wie vor gemeinsam genutzt werden, und dass die personelle, technische und organisatorische Verknüpfung von Arbeitsabläufen nach wie vor vorhanden ist.<sup>180</sup>

Da die einheitliche Wahrnehmung von Arbeitgeberaufgaben sowie ggf. das Bestehen einer rechtlichen Vereinbarung zur Vermutungsfolge gehört, ist diesbezüglich kein Tatsachenvortrag erforderlich.<sup>181</sup>

Vielmehr muss die Gegenseite darlegen und ggf. unter Beweis stellen, dass infolge der Unternehmensspaltung ein einheitlicher Leitungsapparat nicht mehr gegeben ist.<sup>182</sup>

#### 4. Ergebnis

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die gesetzliche Vermutung des § 1 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG – anders als § 1 Abs. 2 Nr. 2 BetrVG – nur bedingt für Handhabungssicherheit bei der Rechtsanwendung gesorgt hat. Die Untersuchung hat gezeigt, dass die Vorschrift einige Fragen offen lässt, die durch eine normzweckorientierte Auslegung zu schließen sind.

Zielvorstellung des Gesetzgebers war es, den Betriebsräten und Wahlvorständen den Nachweis des Vorliegens eines gemeinsamen Betriebs zu erleichtern. Dieses Ziel wird nur dann erreicht, wenn Betriebsräte bzw. Wahlvorstände im Rahmen von § 1 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG lediglich die gemeinsame Nutzung der Betriebsmittel und Arbeitnehmer durch die beteiligten Unternehmen darzulegen haben. Die Vermutung

---

<sup>178</sup> Vgl. ErfK-Eisemann § 1 Rn. 15.

<sup>179</sup> Vgl. Fitting § 1 Rn. 93; Schaub Festschrift für Wlotzke S. 103.

<sup>180</sup> Vgl. DKK-Trümner § 1 Rn. 110.

<sup>181</sup> Vgl. DKK-Trümner § 1 Rn. 111.

kann durch den Nachweis widerlegt werden, dass eine einheitliche Leitung in den personellen und sozialen Angelegenheiten nicht besteht oder die Zusammenarbeit der Unternehmen die Dauer von sechs Monaten nicht überschreitet.

#### **D. Die Betriebszugehörigkeit**

Nach der bisherigen Untersuchung kann festgestellt werden, dass der Betrieb als eine organisatorische Einheit zu definieren ist, die über eine eigene Leitung in den beteiligungspflichtigen Angelegenheiten verfügt. Auf der Grundlage dieses Ergebnisses kann nun der Fragestellung nachgegangen werden, welche Merkmale für die *Zugehörigkeit* eines Arbeitnehmers zu einem Betrieb ausschlaggebend sind.

#### **I. Stand der Diskussion**

In Rechtsprechung und Literatur ist umstritten, ob die Betriebszugehörigkeit als eine rechtliche (arbeitsvertragliche) Beziehung zum Betriebsinhaber oder als eine rein tatsächliche Beziehung zum Betrieb zu verstehen ist. Hierzu lassen sich im wesentlichen drei Ansätze unterscheiden:

##### **1. Ältere Auffassung: Rechtliche Beziehung zum Betriebsinhaber genügt**

Nach einer in der älteren Literatur vertretenen Auffassung<sup>183</sup> soll eine rein rechtliche Beziehung zum Betriebsinhaber ausreichen. Danach ist allein auf das Bestehen eines durch Arbeitsvertrag begründeten Arbeitsverhältnisses zum Betriebsinhaber abzustellen. Diese Ansicht erweist sich allerdings als untauglich, wenn ein Arbeitgeber mehrere Be-

---

<sup>182</sup> Vgl. Bauer/Lingemann NZA 1994, 1057; Fitting § 1 Rn. 93.

triebe hat.<sup>184</sup> In diesem Fall ist eine Zuordnung allein über die Vertragskomponente nicht möglich, da die arbeitsvertragliche Verbindung nichts darüber besagt, zu welchem Betrieb ein Arbeitnehmer gehört.<sup>185</sup> Die Auffassung konnte sich aus diesem Grund nicht durchsetzen und

wird in der aktuellen Diskussion nicht mehr vertreten.

## 2. Teilweise: Tatsächliche Beziehung zum Betrieb genügt

Eine andere Ansicht fasst die Betriebszugehörigkeit als eine rein tatsächliche Beziehung zum Betrieb auf.<sup>186</sup> Zur Begründung wird angeführt, dass eine rechtliche Beziehung ein Rechtssubjekt voraussetze, das Träger von vertraglichen Rechten und Pflichten sei. Rechtssubjekt sei aber nur der Arbeitgeber als Einzelunternehmer, Personengesellschaft oder juristische Person; der Betrieb dagegen könne kein Zuordnungssubjekt von Rechten und Pflichten sein.<sup>187</sup>

### a) Auffassung von Joost

Zu den Vertretern der Ansicht, die eine tatsächliche Beziehung zum Betrieb für ausreichend erachten, gehört Joost<sup>188</sup>.

Joost beschreibt die Betriebszugehörigkeit als tatsächliche Beziehung eines Arbeitnehmers zu einem Betrieb, wobei er den Betrieb als räum-

---

<sup>183</sup> Vgl. Gk-Thiele 2. Bearbeitung § 7 Rn. 7; Hess/Schlochauer/Glaubitz 3. Auflage § 7 Rn. 3; wohl auch LAG Berlin 1. 2. 1988 LAGE § 9 BetrVG Nr. 2 S. 2; offengelassen in BAG v. 28. 11. 1977 AP Nr. 2 zu § 8 BetrVG 1972.

<sup>184</sup> So zutreffend GK-Kreutz § 7 Rn. 18.

<sup>185</sup> Vgl. Säcker Arbeitnehmerüberlassung S. 425.

<sup>186</sup> Vgl. AR-Blattei-Boemke SD 540 Rn. 13 ff.; Hanau ZGR 1984, 468 (487); MünchArbR - Joost § 304 Rn. 49; Säcker Festschrift für Quack S. 421 (425 ff.); Säcker/Joost S. 21, 39 ff.; DKK-Trümner § 5 Rn. 25 ff.; DKK-Schneider § 7 Rn. 5; Schneider/Trümner Festschrift für Gnade S. 175, 192 f.; Schüren-Hamann AÜG § 14 Rn. 22; Zeuner Festschrift für Hilger/Stumpf S. 771 (774); Ziemann AuR 1990, 58 (62); im Ergebnis auch Rüthers/Bakker ZfA 1990, 245 (306 ff.).

<sup>187</sup> Vgl. MünchArbR-Joost § 304 Rn. 47; dazu auch Säcker/Joost S. 21; Säcker Festschrift Quack S. 421 (424).

<sup>188</sup> Vgl. MünchArbR - Joost § 304 Rn. 49.

liche, nicht als organisatorische Einheit versteht. Er bejaht die Betriebszugehörigkeit bereits dann, wenn ein Betriebsinhaber das arbeitsvertragliche Weisungsrecht hinsichtlich der auf den Betrieb bezogenen Tätigkeit rein tatsächlich, also unabhängig von einer rechtlichen Befugnis, ausübt.<sup>189</sup>

Seiner Auffassung nach zeigt schon die Anerkennung des fehlerhaften Arbeitsverhältnisses, dass für die Betriebszugehörigkeit jedenfalls kein wirksames Rechtsverhältnis zu verlangen ist.<sup>190</sup>

Darüber hinaus spricht seiner Ansicht nach auch die Konstellation des mittelbaren Arbeitsverhältnisses<sup>191</sup> für eine rein tatsächliche Beziehung: Bei mittelbaren Arbeitsverhältnissen bestehe der Arbeitsvertrag nicht zum Inhaber des Betriebes, in dem der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung erbringe, sondern nur zu einer Mittelsperson, die ihrerseits Arbeitnehmer des Betriebsinhabers sei. Obwohl die Beziehung zum Betriebsinhaber hier eine rein tatsächliche sei, gehe in diesem Fall auch die h. M. von der Betriebszugehörigkeit des Arbeitnehmers aus.<sup>192</sup>

## **b) Auffassung von Säcker**

Auch für Säcker<sup>193</sup> kann die Betriebszugehörigkeit immer nur eine tatsächliche Beziehung sein. Für die Zuerkennung der Betriebszugehörigkeit genügt es nach seiner Auffassung, wenn der Arbeitnehmer organisatorisch in den Betrieb eingegliedert ist.<sup>194</sup> Von einer solchen Eingliederung geht Säcker aus, wenn ein Arbeitnehmer den Weisungen des Arbeitgebers untergeordnet ist und im tatsächlichen Einvernehmen mit ihm nach seinen Anordnungen arbeitet.<sup>195</sup> Dem entsprechend ist seiner Auffassung nach für die Eingliederung charakteristisch, dass dem Ar-

---

<sup>189</sup> Vgl. MünchArbR-Joost § 296 Rn. 49 mit Fußnote 42.

<sup>190</sup> Vgl. MünchArbR-Joost § 304 Rn. 48.

<sup>191</sup> Zum mittelbaren Arbeitsverhältnis ausführlich S. 149 ff.

<sup>192</sup> Vgl. MünchArbR-Joost § 304 Rn. 48.

<sup>193</sup> Vgl. Säcker Festschrift für Quack S. 421 (427); ähnlich Säcker/Joost S. 39 ff.

<sup>194</sup> Vgl. Säcker Festschrift für Quack S. 421 (425).

<sup>195</sup> Vgl. Säcker Festschrift für Quack S. 421 (426).

beitnehmer innerhalb des Arbeitsablaufes eine Funktion zugewiesen wird und er sich der betrieblichen Ordnung in der konkreten Produktionsstätte unterwirft.<sup>196</sup>

### c) Auffassung von *Trümner*

Zu der Richtung, die ein Arbeitsverhältnis zum Betriebsinhaber für entbehrlich hält, gehört auch *Trümner*.<sup>197</sup> Für ihn wird die Betriebszugehörigkeit durch den tatsächlichen Vorgang der Einstellung i. S. d. § 99 BetrVG begründet. Von einer Einstellung ist seiner Auffassung nach unabhängig vom Bestehen eines Arbeitsvertrages auszugehen, wenn ein Arbeitnehmer in den Betrieb eingegliedert ist, um zusammen mit den im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmern den arbeitstechnischen Zweck des Betriebes durch weisungsgebundene Tätigkeit zu verwirklichen.<sup>198</sup> Ähnlich wie *Joost* begründet *Trümner* die Entbehrlichkeit eines Arbeitsvertrages mit dem Argument, dass der Betrieb kein Rechtssubjekt sei, sondern lediglich eine organisatorische Einheit. Aus diesem Grund könne auch mit dem Betrieb keine Vertragsbeziehung unterhalten werden.<sup>199</sup>

Darüber hinaus führt er den Wortlaut des Wortlaut des § 7 S. 1 BetrVG an, in dem von den Arbeitnehmern *des Betriebes* und nicht des *Betriebsinhabers* die Rede sei.<sup>200</sup>

### d) Auffassung von *Boemke*

Auch *Boemke*<sup>201</sup> ist der Auffassung, dass sich die Betriebszugehörigkeit nicht nach dem Arbeitsvertrag bestimmt.

---

<sup>196</sup> Vgl. Arbeitnehmerüberlassung S. 426.

<sup>197</sup> Vgl. DKK-Trümner § 5 Rn. 26, 29.

<sup>198</sup> Vgl. DKK-Trümner § 5 Rn. 26.

<sup>199</sup> Vgl. DKK-Trümner § 5 Rn. 26; ähnlich Säcker/Joost S. 21; Säcker Festschrift für Quack S. 421 (424); Ziemann AuR 1990, 58, 62.

<sup>200</sup> Vgl. DKK-Trümner § 5 Rn. 25.

<sup>201</sup> Vgl. AR-Blattei-Boemke SD 540 Rn. 18.

Neben der Eingliederung in die betriebliche Organisation sei eine ein-  
klagbare arbeitsrechtliche Leistungsverpflichtung zum Arbeitgeber als  
Betriebsinhaber nicht zu fordern, weil zum Betrieb als organisatorische  
Einheit keine rechtliche Leistungsverpflichtung bestehen könne.<sup>202</sup>

Seiner Ansicht nach kommt es für die Zuordnung eines Arbeitnehmers  
zu einem bestimmten Betrieb einzig darauf an, woher der Arbeitnehmer  
tatsächlich die auf sein Tätigwerden bezogenen Weisungen erhält.<sup>203</sup>

Die Betriebszugehörigkeit wird seiner Auffassung nach deshalb durch  
die Weisungszuständigkeit bestimmt.<sup>204</sup> Entgegen der h. M. vertritt er  
den Standpunkt, dass bereits die weisungsabhängige Erbringung von  
Arbeitsleistungen auch ohne zugrundeliegende Leistungsverpflichtung  
zwischen den beteiligten Parteien arbeitsrechtliche Pflichten (z.B.  
Schutzpflichten) und damit ein Arbeitsverhältnis begründet. Ein so ver-  
standenes Arbeitsverhältnis reiche für die Anerkennung der Betriebs-  
zugehörigkeit aus.<sup>205</sup>

#### **e) Auffassung von v. Hoyningen-Huene**

Nach der Ansicht von v. Hoyningen-Huene ist der Betriebsrat für alle  
Personen zuständig, die der arbeitsrechtlichen Weisungszuständigkeit  
des Betriebsleiters unterstehen. Die Betriebszugehörigkeit eines Ar-  
beitnehmers bestimmt sich nach seiner Auffassung danach, von wel-  
chem Betrieb bzw. von welchen Betrieben aus die Weisungen für den  
Mitarbeiteinsatz erfolgen.<sup>206</sup>

---

<sup>202</sup> Vgl. AR-Blattei-Boemke SD 540 Rn. 18.

<sup>203</sup> Vgl. AR-Blattei-Boemke SD 540 Rn. 19.

<sup>204</sup> Vgl. AR-Blattei-Boemke SD 540 Rn. 20.

<sup>205</sup> Vgl. AR-Blattei-Boemke SD 540 Rn. 16.

<sup>206</sup> Vgl. v. Hoyningen-Huene S. 173 (183).

### 3. Kumulationstheorie: Rechtliche und tatsächliche Beziehung

Die h. M.<sup>207</sup> sieht die Betriebszugehörigkeit als rechtliches und zugleich tatsächliches Verhältnis an (Kumulations- oder Zwei-Komponenten-Theorie). Die Vertreter der h. M. haben gemeinsam, dass sie für die Betriebszugehörigkeit kumulativ eine (arbeits-)rechtliche Beziehung zum Betriebsinhaber und eine tatsächliche Beziehung zum Betrieb verlangen. Bezüglich der Frage, wie die zwei Komponenten im einzelnen ausgestaltet sein müssen, ist zwischen den verschiedenen Strömungen innerhalb der herrschenden Meinung zu unterscheiden:

#### a) Teilweise: Arbeitsverhältnis zum Betriebsinhaber erforderlich

Nach Auffassung des Bundesarbeitsgerichts<sup>208</sup> und einem Teil der Literatur<sup>209</sup> ist für die rechtliche Komponente der Betriebszugehörigkeit ein Arbeitsverhältnis zum Betriebsinhaber erforderlich. Der Arbeitnehmer muss danach Arbeitsvertragspartner des Betriebsinhabers sein. Das BAG begründet diese Auffassung mit der Vorschrift des § 14 AÜG, wonach Leiharbeitnehmer auch während ihrer Beschäftigung in einem

---

<sup>207</sup> Vgl. BAG v. 18. 1. 1989 EzA § 9 BetrVG 1972 Nr. 4; v. 29. 1. 192 EzA § 7 BetrVG 1972 Nr. 1; v. 25. 11. 1992 EzA § 9 BetrVG Nr. 5; v. 27. 1. 1993 EzA § 76 BetrVG 1952 Nr. 14 S. 15; v. 14. 7. 1997 EzA § 8 BetrVG 1972 Nr. 8 S. 3; v. 25. 2. 1998 EzA § 5 BetrVG 1972 Nr. 62 S. 2; v. 22. 3. 2000 EzA § 14 AÜG Nr. 4 S. 5; v. 28. 3. 2001 EzA § 7 BetrVG 1972 Nr. 2 S. 4; v. 10. 3. 2004 DB 2004, 1836 = EzA § 9 BetrVG 2001 Nr. 2; v. 10. 11. 2004 EzA § 8 BetrVG 2001 Nr. 1; LAG Düsseldorf 26. 9. 1990 LAGE § 9 BetrVG 1972 Nr. 3 S. 4 sowie 31. 10. 2002 AP Nr. 6 zu § 7 BetrVG 1972 B. 3; ArbG Berlin 23. 5. 1990 EzA § 8 BetrVG Nr. 7; LAG Schleswig-Holstein 27. 10. 1994 LAGE § 19 BetrVG 1972 Nr. 13 S. 2; Birk Festschrift für Molitor S. 19; Christiansen S. 31 ff., 79; ErfK-Eisemann § 7 Rn. 2; Hueck/Nipperdey II/2 S. 1131; Kraft Festschrift für Pleyer S. 383 (386); Kreutz Gedächtnisschrift D. Schultz S. 209 (212); Löwisch/Kaiser § 7 Rn. 12; G. Müller ZfA 1990, 607 (616); Oetker AuR 1991, 359; Richardi NZA 1987, 145 (146), Rieble/Gutzeit BB 1998, 638 (639); Rost NZA 1999, 113 (116); Stege/Weinspach/Schiefer § 7 Rn. 2; Windbichler S. 268; Brors NZA 2002, 123 (124 f.); Fitting § 7 Rn. 16; Richardi-Thüsing § 7 Rn. 5; Lindemann/Simon NZA 2002, 365 (366).

<sup>208</sup> Vgl. BAG v. 18. 1. 1989 EzA § 9 BetrVG 1972 Nr. 4; v. 29. 1. 192 EzA § 7 BetrVG 1972 Nr. 1; BAG v. 25. 11. 1992 EzA § 9 BetrVG Nr. 5; BAG v. 27. 1. 1993 EzA § 76 BetrVG 1952 Nr. 14 S. 15; v. 14. 7. 1997 EzA § 8 BetrVG 1972 Nr. 8 S. 3; v. 25. 2. 1998 EzA § 5 BetrVG 1972 Nr. 62 S. 2; v. 22. 3. 2000 EzA § 14 AÜG Nr. 4 S. 5; v. 28. 3. 2001 EzA § 7 BetrVG 1972 Nr. 2 S. 4; v. 10. 3. 2004 DB 2004, 1836 = EzA § 9 BetrVG 2001 Nr. 2; v. 10. 11. 2004 EzA § 8 BetrVG 2001 Nr. 1; BAG v. 16. 4. 2003 AuR 2004, 109 = AP Nr. 7 zu § 9 BetrVG 1972 = NZA 2003, 1345.

<sup>209</sup> Vgl. Birk Festschrift für Karl Molitor S. 19, 23 f.; Hueck/Nipperdey II/2 S. 1131 m. Fn. 6; Stege/Weinspach/Schiefer § 7 Rn. 2; H/S/W/G-Schlochauer § 7 Rn. 3; Dietz Anm. zu BAG AP Nr. 3 zu § 4 BetrVG; Löwisch/Kaiser § 7 Rn. 6; Hanau RdA 2001, 65 ff.; Maschmann DB

anderen Betrieb zu den Arbeitnehmern des Betriebes des Verleihers zählen, zu dem sie in einem Arbeitsverhältnis stehen. Diese Vorschrift mache deutlich, dass die Betriebszugehörigkeit immer ein Arbeitsverhältnis voraussetze.<sup>210</sup> Für die *tatsächliche* Komponente der Betriebszugehörigkeit ist nach dieser Strömung eine Eingliederung des Arbeitnehmers in die Betriebsorganisation des Arbeitgebers vorauszusetzen.<sup>211</sup>

### **b) Dagegen: Partielles Arbeitsverhältnis reicht aus**

Ein anderer Teil der Literatur<sup>212</sup> fordert für die *rechtliche* Komponente der Betriebszugehörigkeit zwar auch eine „arbeitsrechtliche Beziehung“ des Arbeitnehmers zum Betriebsinhaber. Im Gegensatz zur erstgenannten Meinung wird aber nicht zwingend verlangt, dass gerade zum Betriebsinhaber ein Arbeitsverhältnis besteht. Nach dieser Auffassung genügt es, wenn der Betriebsinhaber berechtigt ist, einen Teil der Befugnisse aus dem mit einem anderen Arbeitgeber geschlossenen Arbeitsvertrag wahrzunehmen (partielles Arbeitsverhältnis). Hinsichtlich der tatsächlichen Komponente können zwei Ansätze unterschieden werden. Ein Teil dieser Strömung sieht das entscheidende Kriterium für die Begründung der tatsächlichen Beziehung im Vorgang der Eingliederung bzw. Einstellung. Ein anderer knüpft bei der Bestimmung der tatsächlichen Beziehung an den Betriebsbegriff an.<sup>213</sup>

---

2001, 2446 ff.; Moderegger ArbR 2003, 82 ff.; Schirmer S. 1061 (1076 ff.); Brose NZA 2005, 797 (798); Lindemann/Simon NZA 2002, 365 (366).

<sup>210</sup> Vgl. BAG v. 18. 1. 1989 AP Nr. 1 zu § 9 BetrVG; v. 25. 11. 1992 AP Nr. 8 zu § 1 Gesamthafenbetrieb.

<sup>211</sup> Vgl. BAG v. 18. 1. 1989 AP Nr. 1 zu § 9 BetrVG 1972; v. 25. 11. 1992 AP Nr. 8 zu § 1 GesamthafenbetriebsG; v. 21. 7. 1993 NZA 1994, 713; v. 26. 1. 1994 AP Nr. 54 zu § 5 BetrVG 1972; Lindemann/Simon NZA 2002, 365 (366).

<sup>212</sup> Vgl. GK-Kreutz § 7 Rn. 19, 38; ders.: Gedächtnisschrift für Schulz S. 12; Fitting § 7 Rn. 17 f., 37 ff.; Richardi NZA 1987, 145 (146); MünchArbR § 30 Rn. 46; § 29 Rn. 12; Christiansen S. 43.

<sup>213</sup> Vgl. Kreutz Gedächtnisschrift für D. Schulz S. 12; ders.: in GK § 7 Rn. 19; Fitting § 7 Rn. 16.



### aa) Auffassung von *Kreutz*

Zu den Vertretern der in Rede stehenden Auffassung, die für die *rechtliche* Komponente ein partielles Arbeitsverhältnis verlangt, gehört *Kreutz*.<sup>214</sup> Er ist der Ansicht, die erforderliche arbeitsrechtliche Verbindung zum Betriebsinhaber komme im Normalfall zwar durch einen mit dem Betriebsinhaber geschlossenen Arbeitsvertrag zum Ausdruck. Bei Fehlen eines Arbeitsvertrages könne aber auch ein sich aus der Aufspaltung der Arbeitgeberstellung ergebendes sog. "partielles Arbeitsverhältnis" ausreichen, wie dies in der Regel in den Fällen der Arbeitnehmerüberlassung gegeben sei.<sup>215</sup> In diesen Fällen sei nach dem Umfang der dadurch entstandenen arbeitsrechtlichen Beziehung teleologisch zu bestimmen, ob diese zur Bejahung der Betriebszugehörigkeit ausreiche.<sup>216</sup>

Was die *tatsächliche* Komponente anbelangt, gehört *Kreutz* zu der Strömung, die bei der Bestimmung dieses Kriteriums am Betriebsbegriff ansetzt. Dabei greift *Kreutz* auf den von *Jacobi* geprägten Betriebsbegriff zurück, nach welchem der Betrieb als eine organisatorische Einheit zur Verfolgung arbeitstechnischer Zwecke definiert wird.<sup>217</sup>

Die gemeinsame Verfolgung eines arbeitstechnischen Zwecks erfordere nach *Kreutz*, dass der Arbeitnehmer eine Arbeitsleistung erbringt, die gerade der Zielsetzung dieses Betriebes zugeordnet werden könne. Die tatsächliche Beziehung des betreffenden Arbeitnehmers zu einem Betrieb setze daher voraus, dass seine Arbeitsleistung dem Betriebszweck zugeordnet werden könne.<sup>218</sup>

---

<sup>214</sup> Vgl. GK-Kreutz § 7 Rn. 19, 38.

<sup>215</sup> Vgl. GK-Kreutz § 7 Rn. 19, 38.

<sup>216</sup> Vgl. GK-Kreutz § 7 Rn. 38.

<sup>217</sup> So die h. M. ; vgl. nur BAG v. 23. 9. 1982 AP Nr. 3 zu § 4 BetrVG 1972 mit weiteren Nachw.; Konzen Unternehmensspaltung und Organisationsänderung im BetrVG (1986) S. 76.

<sup>218</sup> Vgl. Kreutz Gedächtnisschrift D. Schulz S. 212; ders.: GK-Kreutz § 7 Rn. 19.

### **bb) Auffassung von *Richardi***

Entsprechend den Ausführungen von *Kreutz* ist auch *Richardi*<sup>219</sup> der Auffassung, ein Arbeitsvertrag mit dem Betriebsinhaber sei keine notwendige Voraussetzung für die Zugehörigkeit eines Arbeitnehmers zu einem Betrieb.

Er sieht es als ausreichend an, „wenn der Beschäftigte in einer rechtlichen Beziehung zum Betriebsinhaber als Arbeitnehmer steht.“<sup>220</sup> Fehle es an einem Arbeitsverhältnis zum Betriebsinhaber, so sei eine ausreichende arbeitsrechtliche Beziehung gegeben, wenn die Arbeitgeberfunktionen aufgeteilt seien, wie bei Leiharbeitsverhältnissen, mittelbaren Arbeitsverhältnissen und bestimmten Formen der Gruppenarbeit.<sup>221</sup>

Hinsichtlich der *tatsächlichen* Komponente vertritt *Richardi* den Standpunkt, dass für dessen Begründung die Einstellung im Sinne von § 99 BetrVG maßgebend ist. Dabei legt *Richardi* aber nicht den von der Rechtsprechung gebildeten Einstellungsbegriff zugrunde, wonach als Einstellung die tatsächliche Beschäftigung in Weisungsgebundenheit gilt.<sup>222</sup> Vielmehr versteht *Richardi* die Einstellung als Zuweisung eines Arbeitsbereiches durch den Arbeitgeber.<sup>223</sup> Entgegen der Rechtsprechungsansicht sieht *Richardi* den Vorgang der Einstellung nicht in der Arbeitsaufnahme, sondern in der Zuweisung des Arbeitsplatzes durch den Arbeitgeber, unabhängig vom tatsächlichen Arbeitsantritt.

### **cc) Ansicht von *Fitting/Engels/Schmidt/Trebinger/Linsenmaier***

Auch *Fitting/Engels/Schmidt/Trebinger/Linsenmaier*<sup>224</sup> setzen für die rechtliche Komponente im Grundsatz das Bestehen eines mit dem Betriebsinhaber geschlossenen Arbeitsvertrages voraus. Der Gesetzge-

---

<sup>219</sup> Vgl. NZA 1987, 145 (146); MünchArbR § 30 Rn. 46; § 29 Rn. 12.

<sup>220</sup> Vgl. MünchArbR § 29 Rn. 12 ff.

<sup>221</sup> Vgl. MünchArbR § 29 Rn. 12 ff.

<sup>222</sup> Vgl. BAG v. 18. 4. 1989 AP Nr. 65 zu § 99 BetrVG 1972; v. 28. 4. 1992 AP Nr. 98 zu § 99 BetrVG 1972.

<sup>223</sup> Vgl. *Richardi* NZA 1987, 145 (146).

ber habe für bestimmten Fallkonstellationen des Drittpersoneneinsatzes in § 7 S. 2 BetrVG allerdings auf das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses zum Betriebsinhaber als Voraussetzung für die Wahlberechtigung verzichtet und damit die Betriebszugehörigkeit auch solcher Arbeitnehmern anerkannt, welche für eine nicht nur kurze Zeit zur Arbeitsleistung im Einsatzbetrieb überlassen werden.

Im Hinblick auf die tatsächliche Komponente folgen *Fitting/Engels/Schmidt/Trebinger/Linsenmaier* der Ansicht von *Kreutz*, indem sie bei der Ermittlung der tatsächlichen Beziehung darauf abstellen, ob der betreffende Arbeitnehmer vom Betriebsinhaber innerhalb der betrieblichen Organisation zur Erfüllung des Betriebszwecks eingesetzt wird.<sup>225</sup> Dies bejahen dann, wenn dem Arbeitnehmer innerhalb der betrieblichen Organisation ein Arbeitsplatz zugewiesen wird<sup>226</sup>. Auf diese Weise verknüpfen *Fitting/Engels/Schmidt/Trebinger/Linsenmaier* die Ansicht von *Kreutz* mit der Auffassung von *Richardi*.

#### **dd) Auffassung von *Christiansen***

Ähnlich wie die anderen Autoren lässt auch *Christiansen* für die *rechtliche* Komponente ein partielles Arbeitsverhältnis genügen, indem sie für die Betriebszugehörigkeit eine arbeitsrechtliche Beziehung zum Betriebsinhaber, nicht aber notwendigerweise einen Arbeitsvertrag mit demselben verlangt<sup>227</sup>. Nach Auffassung von *Christiansen* darf die Betriebszugehörigkeit nicht von dem Bestehen eines Arbeitsverhältnisses zum Betriebsinhaber abhängen, da anderenfalls ein umfassender betriebsverfassungsrechtlicher Schutz nicht gewährleistet sei.<sup>228</sup>

Bezüglich der tatsächlichen Komponente setzt auch sie am Betriebsbegriff an. *Christiansen* legt jedoch einen anderen Betriebsbegriff als

---

<sup>224</sup> Vgl. *Fitting* § 7 Rn. 17 f., 37.

<sup>225</sup> Vgl. *Fitting* § 7 Rn. 16.

<sup>226</sup> Vgl. *Fitting* § 7 Rn. 16.

<sup>227</sup> Vgl. *Christiansen* S. 43.

<sup>228</sup> Vgl. *Christiansen* S. 42 f.

den herkömmlichen zugrunde. Als maßgebliches Kriterium für die tatsächliche Beziehung sieht Christiansen die Entscheidungsunterworfenheit zu einer Leitungseinheit an, bei der die wesentlichen Entscheidungen in sozialen und personellen Angelegenheiten für den betreffenden Arbeitnehmer gefällt werden.<sup>229</sup>

### III. Eigener Ansatz

Im folgenden ist zu untersuchen, welche von den in Rede stehenden Kriterien für die Begründung der Betriebszugehörigkeit den Ausschlag geben. Zu diesem Zwecke sind die verschiedenen Ansätze in gebotener Kürze noch einmal in Erinnerung zu rufen:

- Ausschließliches Merkmal der Betriebszugehörigkeit ist eine rein rechtliche Beziehung zum Betriebsinhaber
- Ausschließliches Merkmal der Betriebszugehörigkeit ist eine rein tatsächliche Beziehung zum Betrieb
- Die Betriebszugehörigkeit setzt kumulativ eine rechtliche und eine tatsächliche Beziehung voraus

#### 1. Zum Erfordernis einer rechtlichen Beziehung

Die Auffassung, die für die Betriebszugehörigkeit eine rein rechtliche Beziehung in Form eines Arbeitsvertrages mit dem Betriebsinhaber verlangt, ist zu Recht aufgegeben worden. Die isolierte Betrachtung des Arbeitsverhältnisses kann eine eindeutige Zuordnung zu einem Betrieb lediglich für den ohnehin unproblematischen Fall leisten, dass ein Unternehmen nur einen einzelnen Betrieb hat. Weist ein Unternehmen indessen mehrere Betriebe auf, ist der arbeitsvertraglichen Verbindung zum Arbeitgeber allein nicht zu entnehmen, *welchem* der Betriebe der Arbeitnehmer angehört.

---

<sup>229</sup> Vgl. Christiansen S. 46 ff., 79.

Das Arbeitsverhältnis kann lediglich eine Aussage über die Unternehmenszugehörigkeit machen. Die Betriebszugehörigkeit muss aber gerade die Zuordnung zu einem ganz bestimmten Betrieb eines Unternehmens leisten können. Die arbeitsvertragliche Verbindung allein gibt hierüber keine Auskunft.<sup>230</sup>

Bereits an dieser Stelle kann deshalb festgehalten werden: Eine rechtliche Beziehung reicht als ausschließliches Kriterium für die Betriebszugehörigkeit nicht aus. Anhand der rechtlichen Verbindung lässt sich zwar ermitteln, zu welchem Unternehmen (Arbeitgeber) ein Arbeitnehmer gehört. Das Arbeitsverhältnis kann aber keine Auskunft darüber geben, welchem Betrieb ein Arbeitnehmer zuzuordnen ist.

#### **a) Weisungsunterworfenheit verstanden als Rechtsverhältnis**

Zweifelhaft ist jedoch, ob mit den Gegnern der Kumulationstheorie gänzlich auf das Bestehen einer *rechtlichen* Beziehung zum Betriebsinhaber verzichtet werden kann.

Das häufig genannte Argument, die Zugehörigkeit zu einer organisatorischen Einheit könne nur eine *tatsächliche* sein, vermag als Begründung für den umfassenden Verzicht auf rechtliche Beziehung nicht zu überzeugen. Schließlich verlangen auch die Vertreter der Kumulationstheorie nicht eine *rechtliche* Beziehung zur Organisationseinheit „Betrieb“, sondern lediglich eine rechtliche Beziehung zum *Inhaber* des Betriebes.

Auch in anderer Hinsicht kann die Behauptung, dass eine rein *tatsächliche* Beziehung des Beschäftigten zum Betrieb für die Betriebszugehörigkeit ausreiche, nicht überzeugen. Soweit einerseits eine rechtliche Beziehung zum Betriebsinhaber für entbehrlich gehalten wird, andererseits aber auf Eingliederung und Weisungsunterworfenheit abgestellt wird, ist hieran zu bemängeln, dass das Kriterium der Weisungsunterworfenheit keinesfalls nur rein tatsächlicher Natur ist: Von Weisungsun-

---

<sup>230</sup> So schon Säcker/Joost S. 14.

terworfenheit kann nur gesprochen werden, wenn auch eine (*arbeits-  
rechtliche*) Verpflichtung des Beschäftigten besteht, den Weisungen  
des Betriebsinhabers Folge zu leisten. Ohne eine solche Verpflichtung  
zur Befolgung von Weisungen besteht auch keine *Weisungsabhängig-  
keit*.

Den Gegnern der Kumulationstheorie ist deshalb der Vorwurf zu ma-  
chen, dass sie *rechtliche* Verhältnisse miteinbeziehen, gleichwohl die  
Beziehung aber als rein *tatsächliche* bezeichnen.<sup>231</sup> In der Sache unter-  
scheiden sie sich damit im Prinzip nicht von denjenigen Vertretern der  
Kumulationstheorie, die für die rechtliche Beziehung ein partielles Ar-  
beitsverhältnis in Form eines arbeitsrechtlichen Weisungsverhältnisses  
ausreichen lassen.<sup>232</sup> Aus der missverständlichen Bezeichnung des  
Weisungsverhältnisses als rein tatsächliche Beziehung resultieren denn  
auch die Schwierigkeiten, die einzelnen Autoren der einen oder ande-  
ren Strömung zuzuordnen. Wegen der aufgezeigten Inkonsequenz ist  
die Auffassung derjenigen Autoren, die nur der Bezeichnung nach auf  
tatsächliche Umstände abstellen, abzulehnen.

## **b) Weisungsunterworfenheit verstanden als tatsächliche Bezie- hung**

Offen ist, ob der Auffassung von Joost<sup>233</sup> gefolgt werden kann, der ein  
anderes Begriffsverständnis von der tatsächlichen Beziehung hat als  
die übrigen Autoren, die für die Betriebszugehörigkeit lediglich eine  
tatsächliche Beziehung verlangen.

Der Vorwurf, in Wahrheit auch auf eine rechtliche Beziehung abzustel-  
len, ist Joost nämlich nicht zu machen.

Indem er ausdrücklich auf die *faktische* Erteilung von Weisungen durch  
den Betriebsinhaber abstellt, ungeachtet einer rechtlichen Befugnis,

---

<sup>231</sup> So schon zutreffend GK-Kreutz § 7 Rn. 19.

<sup>232</sup> Ebenso Christiansen S. 25.

<sup>233</sup> Vgl. MünchArbR § 296 Rn. 49 mit Fn. 42.

berücksichtigt er für die Betriebszugehörigkeit ausschließlich tatsächliche Verhältnisse. Die oben angesprochene Inkonsequenz kann *Joost* also nicht vorgeworfen werden.

Die Auffassung von *Joost* ist allerdings in anderer Hinsicht zweifelhaft: Lässt man für die Betriebszugehörigkeit die rein faktische Weisungsunterworfenheit genügen, hat dies zur Folge, dass der Anwendungsbereich der Betriebsverfassung auch auf Beschäftigte erstreckt wird, welche nach dem herkömmlichen Begriffsverständnis nicht als Arbeitnehmer anzusehen sind. In einer tatsächlichen Beziehung zu einem Betrieb, verstanden als faktisches Weisungsverhältnis, können schließlich auch Selbständige, Beamte, Strafgefangene, Zivildienstleistende und andere Personen, die in einem Betrieb ihre Arbeit verrichten, stehen. In der Konsequenz dieser Auffassung liegt es also, dass alle Personen betriebsverfassungsrechtlichen Schutz genießen, die in einem Betrieb beschäftigt sind und rein faktisch den Weisungen des Betriebsinhabers unterfallen.

Ob sämtliche Personen, die in einem Betrieb ihre Arbeit verrichten, betriebsverfassungsrechtlich repräsentiert werden sollen, ist aber höchst fraglich.

Hieran knüpft sich die Frage, welcher Personenkreis überhaupt von einem Betriebsrat repräsentiert werden soll. Ein Begriffsverständnis, welches „Nicht-Arbeitnehmer“ in die Betriebsverfassung einbezieht, steht im Widerspruch zur herrschenden Arbeitnehmerdefinition. Danach sind als Arbeitnehmer nur solche Beschäftigten anzusehen, die in einem durch Arbeitsvertrag begründeten Arbeitsverhältnis stehen.

#### **aa) „Betriebsverfassungsrechtlicher“ Arbeitnehmerbegriff**

Diesem Einwand begegnen die Vertreter der Auffassung, die für die Betriebszugehörigkeit eine tatsächliche Beziehung als ausreichend erachten, mit der These, dem BetrVG liege in § 5 BetrVG ein spezieller betriebsverfassungsrechtlicher Arbeitnehmerbegriff zugrunde. Danach seien alle Personen in den Anwendungsbereich des BetrVG mit einzu-

beziehen, die tatsächlich in einem Betrieb beschäftigt werden bzw. in die betriebliche Organisation eingegliedert sind und den Weisungen des Betriebsinhabers unterliegen.<sup>234</sup>

Dabei berufen sich die Vertreter der Ansicht, die ausschließlich auf eine „tatsächliche“ Beziehung zum Betrieb abstellen, zum einen auf den Wortlaut des § 5 BetrVG, in dem von „Arbeitnehmern im Sinne dieses Gesetzes“ die Rede ist. Der Wortlaut dieser Bestimmung stelle klar, dass im BetrVG ein spezieller Arbeitnehmerbegriff gelte.<sup>235</sup>

Zum anderen stützen sich die Vertreter des betriebsverfassungsrechtlichen Arbeitnehmerbegriffs auf den Sinn und Zweck des BetrVG. Die Schutzfunktion der Betriebsverfassung werde – unabhängig vom Arbeitnehmerstatus nach Individualrecht – bereits mit der Eingliederung in den Betrieb ausgelöst. Denn bereits mit der Eingliederung des Arbeitnehmers werde die Interessenlage verursacht, auf die sich die typischen Mitbestimmungstatbestände beziehen.<sup>236</sup>

### **bb) „Allgemeiner“ Arbeitnehmerbegriff**

Demgegenüber gehen die Vertreter der Kumulationstheorie davon aus, dass es einen eigenständigen betriebsverfassungsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff nicht gibt. § 5 BetrVG liege vielmehr der „allgemeine“<sup>237</sup> für alle arbeitsrechtlichen Gesetze gleichermaßen Geltung beanspruchende Arbeitnehmerbegriff zugrunde, welcher sich nach den allgemeinen Grundsätzen des Arbeitsvertragsrechts bestimme. Danach ist Ar-

---

<sup>234</sup> Vgl. Säcker/Joost S. 39 f.; AR-Blattei-Boemke SD 540 Rn. 16 ff.; Heinze ZfA 1976, 183, 211 f.; DKK-Trümner § 5 Rn. 26 u. 29; Schneider/Trümner Festschrift für Gnade S. 175, 192; Ziemann AuR 1990, 58 (64).

<sup>235</sup> Vgl. DKK-Trümner § 5 Rn. 7.

<sup>236</sup> Vgl. Zeuner Festschrift für Hilger/Stumpf S. 771, 774.

<sup>237</sup> Selbstverständlich gibt es *den* Arbeitnehmerbegriff nicht. Vielmehr gehört der Arbeitnehmerbegriff zu den umstrittensten Fragen des Arbeitsrechts. Die Darstellung aller hierzu in Rechtsprechung und Literatur vertretenen Auffassungen würde aber den Rahmen dieser Arbeit sprengen. Die Untersuchung konzentriert und beschränkt sich deshalb auf die Frage, ob das Gesetz den von der Rechtsprechung und h. M. verwendeten „allgemeinen“ Arbeitnehmerbegriff oder einen speziellen betriebsverfassungsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff zugrundelegt. Allgemein zum Arbeitnehmerbegriff: vgl. die umfassende Darstellung bei Lieb S. 1 ff.



beitnehmer, wer aufgrund eines privatrechtlichen Vertrages im Dienste eines anderen (Arbeitgeber) zur Leistung fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist<sup>238</sup>.

Die persönliche Abhängigkeit wird von der h. M. aufgrund einer typologischen Betrachtung unter Einbeziehung aller Gesamtumstände konkretisiert und kommt danach im Regelfall durch die Eingliederung des Beschäftigten in eine fremdbestimmte Arbeitsorganisation und dessen Weisungsgebundenheit zum Ausdruck.<sup>239</sup>

Gegen die These der Mindermeinung, bereits die tatsächliche Beschäftigung in einem Betrieb löse ein Bedürfnis nach betriebsverfassungsrechtlichem Schutz aus, wendet die h. M. ein, dass sich die Mitbestimmung nur auf die *arbeitsrechtliche* Beschäftigung, nicht aber auf sämtliche Arten der Beschäftigung beziehe. Stelle man lediglich auf die tatsächliche Beschäftigung im Betrieb ab, komme dem BetrVG ein wirtschaftslenkender Charakter zu, der über seinen arbeitsrechtlichen Schutzzweck hinausgehe. Der Mindermeinung wird deshalb entgegengehalten, dass in der Ausdehnung des Mitbestimmungsrechts auf die nicht arbeitsrechtliche Beschäftigung ein unzulässiger Eingriff in die unternehmerische Entscheidungsfreiheit liege.<sup>240</sup>

### cc) Stellungnahme

Die zuletzt diskutierte Fragestellung, welcher Arbeitnehmerbegriff dem BetrVG zugrunde liegt, macht deutlich, wie eng die Problematik der Betriebszugehörigkeit mit dem Arbeitnehmerbegriff verknüpft ist. Beide Begriffe betreffen die Frage, welcher Personenkreis betriebsverfassungsrechtlich repräsentiert werden soll. Ist ein Beschäftigter nicht als Arbeitnehmer i.S.v. § 5 BetrVG anzusehen, kommt auch die Zuordnung

---

<sup>238</sup> St. Rspr., siehe BAG v. 13. 1. 1983 AP Nr. 42 zu § 611 BGB Abhängigkeit; v. 9. 5. 1984 AP Nr. 45 zu § 611 BGB Abhängigkeit; v. 16. 10. 1987 AP Nr. 69 zu § 613a BGB; v. 3. 5. 1989 BB 90, 779; v. 27. 3. 1991 AP Nr. 53; v. 13. 11. 1991 AP Nr. 60 zu § 611 BGB Abhängigkeit; v. 12. 9. 1996 AP Nr. 122 zu § 611 BGB Lehrer, Dozenten; GK-Kraft § 5 Rn. 12; Richardi § 5 Rn. 11; Fitting § 5 Rn. 15.

<sup>239</sup> Vgl. BAG v. 13. 11. 1991 AP Nr. 60 zu § 611 BGB Abhängigkeit.

zur Belegschaft eines Betriebes nicht in Betracht. Während der Arbeitnehmerbegriff maßgebend für die Frage ist, welche Beschäftigten überhaupt dem Schutz der Betriebsverfassung unterfallen, entscheidet der Begriff der Betriebszugehörigkeit darüber, ob ein Arbeitnehmer zur Belegschaft eines bestimmten Betriebes gehört. Die Zugehörigkeit zu einem bestimmten Betrieb setzt also stets die Arbeitnehmereigenschaft eines Beschäftigten voraus.

Hieraus folgt: Sollte das Gesetz den allgemeinen Arbeitnehmerbegriff zugrundelegen, so steht fest, dass „Nichtarbeitnehmer“ im allgemeinen Sinne nicht dem Schutzbereich des BetrVG unterfallen und folglich auch nicht betriebszugehörig sein können.

Geht das Gesetz demgegenüber von einem Arbeitnehmerbegriff aus, der an die tatsächliche Beschäftigung im Betrieb anknüpft, so würde dieser Umstand dafür sprechen, dass auch die Betriebszugehörigkeit ein Arbeitsverhältnis nicht zwingend erfordert.

Aus diesen Überlegungen heraus ergibt sich die Notwendigkeit im folgenden näher zu untersuchen, welchen Arbeitnehmerbegriff das BetrVG verwendet.

### **aaa) Wortlaut und Systematik des § 5 BetrVG**

Dem Wortlaut von § 5 Abs. 1 BetrVG lässt sich nicht entnehmen, welcher Arbeitnehmerbegriff das Gesetz verwendet. Die Befürworter einer ausschließlich tatsächlichen Betriebsbeziehung ziehen aus der Formulierung „Arbeitnehmer im Sinne dieses Gesetzes“ den Schluss, dass dem BetrVG ein eigener betriebsverfassungsrechtlicher Arbeitnehmerbegriff zugrunde liegt. Diese Schlußfolgerung ist indes nicht zwingend. Die Formulierung „im Sinne des Gesetzes“ kann sich ebenso auf die in § 5 Abs. 2 und Abs. 3 BetrVG gesetzlich angeordneten Ausschlüsse beziehen. So kann die Formulierung in § 5 Abs. 1 BetrVG in dem Sinne zu verstehen sein, dass das Gesetz vom allgemeinen Arbeitnehmerbe-

---

<sup>240</sup> Vgl. Wank NZA 1999, 225 (235).

griff ausgehend in den Absätzen 2 und 3 den Besonderheiten des BetrVG Rechnung trägt.<sup>241</sup>

Das Fehlen einer Legaldefinition deutet zudem darauf hin, dass der Arbeitnehmerbegriff als bekannt vorausgesetzt wird: Ein Umstand, der gegen einen speziellen betriebsverfassungsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff spricht, da nur der allgemeine Arbeitnehmerbegriff der h. M. als bekannt vorauszusetzen ist.

### **bbb) Amtliche Begründung**

Darüber hinaus spricht die Gesetzesbegründung des BetrVerf-ReformG für den allgemeinen Arbeitnehmerbegriff der h. M. Dort heißt es ausdrücklich, dass § 5 Abs. 1 BetrVG an den von Rechtsprechung und Literatur entwickelten allgemeinen Arbeitnehmerbegriff anknüpft.<sup>242</sup>

### **ccc) Gesetzeszweck**

Letztlich kann nur unter Berücksichtigung des Gesetzeszweck beurteilt werden, welche Beschäftigten betriebsverfassungsrechtlich repräsentiert werden sollen.

Um zu ermitteln, welchen Arbeitnehmerbegriff das Gesetz verwendet und ob für die Betriebszugehörigkeit auf eine rechtliche Beziehung zum Betriebsinhaber verzichtet werden kann, ist daher zu untersuchen, welche Zielsetzung das BetrVG verfolgt, woraus dann Rückschlüsse auf den zu repräsentierenden Personenkreis gezogen werden können.

### **(1) Zweck der Mitbestimmung**

Nach dem Bericht der Mitbestimmungskommission<sup>243</sup>, der bei den Vorarbeiten zum Betriebsverfassungsgesetz 1972 Berücksichtigung gefunden hat, soll die Betriebsverfassung die Achtung des Arbeitneh-

---

<sup>241</sup> Vgl. Fitting § 5 Rn. 14.

<sup>242</sup> Vgl. aml. Begründung zum BetrVerf-ReformG BT-Drucks. 14/5741 S. 30.

mers, seine Würde und seine Persönlichkeitsentfaltung im Arbeitsverhältnis sichern.

Nach den Feststellungen der Mitbestimmungskommission ist die Unterordnung des Arbeitnehmers unter fremde Leitungs- und Organisationsgewalt im Unternehmen mit seiner Selbstbestimmtheit, der ihm rechtlich zuerkannten Möglichkeit seine Zwecke selbst zu wählen und eigene Initiativen zu entfalten, nur solange vereinbar, als sie ihre Entsprechung in der Beteiligung an den Entscheidungen findet, die den Arbeitsprozess regeln und gestalten.<sup>244</sup>

Der Mitbestimmung kommt somit die Aufgabe zu, die sich für die Arbeitnehmer aus der Zugehörigkeit zu einem Arbeitsverband ergebende Fremdbestimmtheit abzumildern, indem die Arbeitnehmer an den Entscheidungen, die sie betreffen, beteiligt werden.<sup>245</sup> Mit anderen Worten: Die Mitbestimmung soll also die aus dem Alleinbestimmungsrecht des Arbeitgebers resultierende Fremdbestimmtheit des Arbeitnehmers begrenzen.<sup>246</sup> Das Instrument hierfür bilden dabei die Mitbestimmungstatbestände, die dem Betriebsrat als Repräsentant der Belegschaft die Möglichkeit geben, auf die Entscheidungen des Arbeitgebers Einfluss zu nehmen.

## **(2) Schutzrichtung der einzelnen Mitbestimmungstatbestände**

Die einzelnen Mitbestimmungsrechte verfolgen verschiedene Schutzrichtungen. Es lassen sich drei Gruppen von Mitbestimmungstatbeständen unterscheiden:

Die erste Gruppe hat die Kontrolle und Begrenzung des arbeitsrechtlichen Weisungsrechts zum Gegenstand. Die zweite Gruppe bezweckt

---

<sup>243</sup> Vgl. Bericht der Mitbestimmungskommission BT-Drucks. VI/ 334.

<sup>244</sup> Vgl. Bericht der Mitbestimmungskommission BT-Drucks. VI/334 S. 56.

<sup>245</sup> Vgl. Bericht der Mitbestimmungskommission BT-Drucks. VI S. 67.

<sup>246</sup> Vgl. Hurlebaus Fehlende Mitbestimmung bei § 87 BetrVG, 1987 S. 24, dazu Besprechung von Wiese ZfA 1989, 649 f.; Die wohl h.M. ist der Auffassung, dass wesentlicher Zweck des BetrVG der Schutz des Arbeitnehmers ist. Teilweise wird auch der Gedanke gleichberechtigter Teilhabe als Zweck des BetrVG genannt. Andere sehen den Zweck der

den Schutz des Arbeitsverhältnisses, hat also dessen Entstehung, Inhalt und Beendigung zum Gegenstand. Die dritte Gruppe von Mitbestimmungstatbeständen hat weder die Kontrolle des Weisungsrechts noch den Schutz des Arbeitsverhältnisses zum Gegenstand, sondern betrifft sonstige Entscheidungen und Maßnahmen des Betriebsinhabers, wie z.B. die Zuweisung und Kündigung von Werkmietwohnungen oder die Ausgestaltung von Sozialeinrichtungen (§ 87 Abs. 1 Nr. 8 und 9 BetrVG).

### **(a) Begrenzung und Kontrolle des Weisungsrechts**

Die erste Gruppe von Mitbestimmungsrechten bezweckt die Kontrolle und Begrenzung des arbeitsvertraglichen Weisungsrechts (Direktionsrecht). Der Arbeitgeber wird durch die Ausübung der „gebündelten individualrechtlichen Weisungsbefugnisse aus den Arbeitsverträgen“<sup>247</sup> in die Lage versetzt, einseitig und einheitlich den Inhalt der Arbeit, die Arbeitszeit und den Arbeitsort, falls nicht im Vertrag abschließend bestimmt, vorzugeben.

Ein Arbeitsablauf, an dem mehrere Personen beteiligt sind, erfordert eine Koordination der Arbeitskräfte, eine Zielbestimmung und eine Festlegung der Vorgehensweise. Der Arbeitgeber muss gegenüber seinen Arbeitnehmern Anordnungen treffen können, die zur Erreichung der vorgegebenen Ziele notwendig sind. Hierzu dient ihm das im Arbeitsvertrag begründete Weisungsrecht. Weil der Arbeitnehmer die Weisungen des Arbeitgebers nicht nur erdulden, sondern ihnen wegen der arbeitsvertraglichen Verpflichtung zur Weisungsbefolgung auch nachkommen muss, ist die Fremdbestimmtheit des Arbeitnehmers bei Ausübung des Weisungsrechts durch den Arbeitgeber besonders stark ausgeprägt. Dementsprechend bezweckt ein Großteil der Mitbestimmungstatbestände die Kontrolle und Begrenzung von Entscheidungen,

---

BetrVG in der Ordnungsfunktion. Ausführlich zu den verschiedenen Ansichten GK-Wiese § 1 Rn. 70.

<sup>247</sup> H/S/W/G § 87 Rn. 7; Vgl. auch Richardi DB 1971, 621.

die der Arbeitgeber mittels des ihm zustehenden Weisungsrechts umsetzt.

### **(aa) Mitbestimmungsrechte in den sozialen Angelegenheiten**

Als Beispiel seien die Beteiligungsrechte in den sozialen Angelegenheiten genannt. Hier knüpfen etwa die Tatbestände des § 87 Abs. 1 Nr. 1, 2, 5, und 7 BetrVG an das Weisungsrecht an: So setzt das Gesetz z.B. bei der Anordnung von Überstunden<sup>248</sup>, Kurzarbeit<sup>249</sup> und bei Gleitzeitregelungen<sup>250</sup> eine Beteiligung des Betriebsrats voraus. Ebenso ist der Betriebsrat bei Entscheidungen des Arbeitgebers zu beteiligen, welche die Verteilung der Arbeit auf die einzelnen Wochentage, sowie Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit betreffen, vgl. § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG.

### **(bb) Mitbestimmungsrechte in den personellen Angelegenheiten**

Auch im Bereich der personellen Angelegenheiten (§§ 92 ff. BetrVG) knüpft die Mitbestimmung des Betriebsrats teilweise an das Weisungsrecht an. Zu denken ist hier an den Fall, dass der Arbeitgeber mittels seines Weisungsrechts eine Versetzung anordnet (§ 99 BetrVG).

### **(b) Arbeitsschutz und Arbeitsvertragsschutz**

Nicht alle Mitbestimmungsrechte haben die Kontrolle und Begrenzung des Weisungsrechts zum Ziel. Zum Teil bezwecken die Mitbestimmungstatbestände auch eine Ergänzung des Arbeitsschutzrechts.<sup>251</sup> Darüber hinaus betreffen viele Mitbestimmungsrechte den Schutz des Arbeitsverhältnisses, befassen sich also mit dessen Entstehung, Inhalt oder Beendigung:

---

<sup>248</sup> Vgl. § 87 Abs. 1 Nr. 3.

<sup>249</sup> Vgl. § 87 Nr. 3.

<sup>250</sup> Vgl. § 87 Nr. 2.

<sup>251</sup> dazu näher Christiansen S. 35.

### **(aa) Mitbestimmungsrechte in personellen Angelegenheiten**

Gerade im Bereich der personellen Angelegenheiten bezweckt die ganz überwiegende Zahl der Mitbestimmungstatbestände den Schutz des Arbeitsverhältnisses. Zu nennen ist hier insbesondere § 99 BetrVG, wonach der Arbeitgeber den Betriebsrat vor jeder Einstellung, Eingruppierung, Umgruppierung und Versetzung zu unterrichten und dessen Zustimmung einzuholen hat.

Zu erwähnen ist weiterhin ein wichtiges Beteiligungsrecht im Bereich der personellen Angelegenheiten, welches auch das Arbeitsverhältnis als solches zum Gegenstand hat: § 102 BetrVG regelt das Anhörungsrecht des Betriebsrats vor einer Kündigung und betrifft damit die Beendigung des Arbeitsverhältnisses.

### **(bb) Mitbestimmungsrechte in den sozialen Angelegenheiten**

Auch im Bereich der sozialen Angelegenheiten bezwecken Mitbestimmungstatbestände den Schutz des Arbeitsverhältnisses. So sieht etwa § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG eine Beteiligung des Betriebsrats bei Fragen der betrieblichen Lohngestaltung- und § 87 Abs. 1 Nr. 11 BetrVG, eine Beteiligung bei der Festsetzung der Akkord- und Prämienätze und vergleichbaren leistungsbezogenen Entgelten vor. Die Mitbestimmung soll hier den Arbeitnehmer vor einer willkürlichen oder einseitig an den Interessen des Arbeitgeber orientierten Lohngestaltung schützen.<sup>252</sup>

### **(cc) Mitbestimmungsrechte in den wirtschaftlichen Angelegenheiten**

Neben den genannten Beteiligungsrechten in den personellen und sozialen Angelegenheiten bezwecken sämtliche Regelungen im Bereich

---

<sup>252</sup> Hromadka ArbeitsR II Rn. 473.

der wirtschaftlichen Angelegenheiten (Betriebsänderung, Interessen- ausgleich oder Sozialplan) den Schutz des Arbeitsverhältnisses.<sup>253</sup>

### **(c) Beteiligung bei sonstigen Entscheidungen und Maßnahmen des Betriebsinhabers**

Ein weiterer Teil der Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats bezieht sich auf Entscheidungen des Arbeitgebers, die weder das Arbeitsverhältnis betreffen noch in Gestalt des Weisungsrechts die Arbeitsleistung konkretisieren.

Zu denken ist hier etwa an den Mitbestimmungstatbestand des § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG, der Fragen der Ordnung des Betriebes und das Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb zum Gegenstand hat. So kann der Arbeitgeber z. B. Rauchverbote erlassen, Torkontrollen anordnen, Regelungen zum Abstellen von Fahrzeugen treffen und Kleiderordnungen schaffen.

Zu diesen Mitbestimmungstatbeständen, die weder an das arbeitsvertragliche Weisungsrecht noch das Arbeitsverhältnis anknüpfen, zählt auch § 87 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG, der die Entscheidungen des Arbeitgebers über Form, Ausgestaltung und Verwaltung von Sozialeinrichtungen betrifft. Schließlich ist noch § 87 Abs. 1 Nr. 9 BetrVG zu nennen, der die Zuweisung und Kündigung von Sozialwohnungen zum Gegenstand hat.

### **dd) Folgerungen für den Arbeitnehmerbegriff**

Es stellt sich die Frage, welche Rückschlüsse aus den Schutzzwecken der Mitbestimmungstatbestände im Hinblick auf den Arbeitnehmerbegriff gezogen werden können.

Unproblematisch ist dabei die Einordnung der Mitbestimmungstatbestände der ersten Gruppe. Diese beziehen sich auf Entscheidungen des Arbeitgebers, welche das Arbeitsverhältnis selbst betreffen, wie

---

<sup>253</sup> Vgl. Becker AuR 1982, 369 (376).



## Die Betriebszugehörigkeit im BetrVG

z.B. Fragen der Lohngestaltung (§ 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG, der Kündigung (§ 102 BetrVG) oder des Sozialplans (§ 112 BetrVG). Da sie an das Arbeitsverhältnis als solches anknüpfen, setzen sie das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses zwingend voraus. Da in einem Arbeitsverhältnis nur Arbeitnehmer im allgemeinen Sinne stehen, finden die Regelungen auf „Nichtarbeitnehmer“ keine Anwendung. Ein betriebsverfassungsrechtliches Repräsentationsbedürfnis ist insoweit zu verneinen.

Das Gleiche gilt für Mitbestimmungstatbestände der zweiten Gruppe, welche die Begrenzung und Kontrolle des Weisungsrecht zum Gegenstand haben. Als Beispiel ist hier das die Verkürzung und Verlängerung der Arbeitszeit betreffende Mitbestimmungsrecht des § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG zu nennen. Ein Schutzbedürfnis vor Weisungen des Betriebsinhabers ist nur dann zu bejahen, wenn auch eine arbeitsrechtliche Pflicht zur Befolgung von Weisungen besteht, was sich an einem Beispiel veranschaulichen lässt:

Ordnet der Arbeitgeber mittels seines Weisungsrechts aus dem Arbeitsvertrag gegenüber einem Arbeitnehmer die Ableistung von Überstunden an, so ist der Arbeitnehmer vertraglich verpflichtet, der Weisung Folge zu leisten. Als Gegengewicht zur Weisungsmacht des Arbeitgebers ist für diesen Fall die Zustimmung des Betriebsrats vorgesehen. Unterbleibt eine solche, ist die Weisung unwirksam.<sup>254</sup> Die Unwirksamkeit hat zur Folge, dass der Arbeitnehmer die Überstunden nicht zu leisten braucht. Anderenfalls, d.h. ohne den Schutz der betrieblichen Mitbestimmung, hätte der Arbeitnehmer der Anordnung des Arbeitgebers wegen seiner arbeitsvertraglichen Verpflichtung folgen müssen.

Anders verhält es sich demgegenüber, wenn der Betriebsinhaber nur rein tatsächlich Weisungen erteilt. Den Empfänger rein tatsächlicher Weisungen trifft keine arbeitsvertragliche Pflicht, der Weisung nachzu-

kommen. Er kann sich weigern, die Weisung auszuführen, ohne dass diese Weigerung für ihn rechtliche Konsequenzen hat.

Rein faktisch erteilte Weisungen entfalten keinerlei Rechtswirkungen. Sie sind von Beginn an unwirksam. Die Rechtsfolge, die das BetrVG an die fehlende Zustimmung knüpft, gehen bei faktisch erteilten Weisungen deshalb ins Leere. Die Beteiligung des Betriebsrats kann in diesem Fall die Rechtsstellung des Beschäftigten nicht verbessern.<sup>255</sup>

Die Mitbestimmungsrechte der zweiten Gruppe setzen dementsprechend eine rechtliche Verpflichtung zur Befolgung von Weisungen voraus. Eine solche Verpflichtung erfordert das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses. In einem Arbeitsverhältnis stehen aber nur Arbeitnehmer im allgemeinen Sinne. Eine Repräsentation von „Nichtarbeitnehmern“ scheidet damit auch im Hinblick auf Mitbestimmungstatbestände aus, die an das Weisungsrecht anknüpfen.

Die Mitbestimmungstatbestände der dritten Gruppe, zu denen z. B. § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG gehört, wonach Fragen der Ordnung des Betriebes und das Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb der Mitbestimmung des Betriebsrats bedürfen, setzen demgegenüber nicht zwingend die Qualifikation als Arbeitnehmer im allgemeinen Sinne voraus.

Ordnet der Betriebsinhaber beispielweise ein Rauchverbot oder die Durchführung von Torkontrollen an, so sind von dieser Maßnahme nicht nur Personen betroffen, die als Arbeitnehmer im allgemeinen Sinne zu qualifizieren sind, sondern sämtliche Personen, die sich in einer Betriebsstätte aufhalten.

Dennoch kann aus diesem Umstand nicht auf einen eigenständigen Arbeitnehmerbegriff geschlossen werden.

So ist zu berücksichtigen, dass diejenigen Maßnahmen, die ein Arbeitsverhältnis nicht zwingend voraussetzen, wie etwa die zuvor genannten Beispiele (Rauchverbot, Torkontrollen), solche sind, die der

---

<sup>254</sup> Diese Rechtsfolge ergibt sich zwar nicht aus dem Gesetz, ist aber zu Recht h. M.

<sup>255</sup> Ähnlich auch Christiansen S. 39.

Arbeitgeber als Eigentümer des Grundstücks und Inhaber des Hausrechts vornimmt. Auch Geschäftspartner, Postboten und sonstigen Besucher, die den Betrieb betreten, unterfallen zwangsläufig diesen Maßnahmen, die der Arbeitgeber als Inhaber des Hausrechts anordnet. Wollte man für die Betriebszugehörigkeit auf ein Arbeitsverhältnis verzichten, wäre in der Konsequenz auch diesen Personen ein Wahlrecht zum Betriebsrat zuzubilligen, nur weil sie im Betriebsgebäude des fremden Arbeitgebers zufällig ihrer Arbeit nachgehen und dadurch den dortigen Ordnungsregeln unterfallen. Die Anerkennung eines solchen Arbeitnehmerbegriffs, der keinen Unterschied macht, ob ein Arbeitsverhältnis besteht oder nicht, bedeutet eine nicht zu rechtfertigende Ausweitung der Schutzzone des BetrVG auf einen unbeschränkten und willkürlich anmutenden Personenkreis. Es wird der Gesetzgeber aber keinesfalls im Sinn gehabt haben, das BetrVG zu einem allgemeinen Schutzrecht für jedermann zu machen. Vor dem Hintergrund, dass die überwiegenden Zahl von Mitbestimmungstatbeständen an das arbeitsrechtliche Weisungsrecht oder das Arbeitsverhältnis selbst anknüpfen, kann geschlossen werden, dass sich die Schutzfunktion des Gesetzes auf die arbeitsrechtliche Beschäftigung beschränkt.<sup>256</sup> Hieraus folgt, dass betriebsverfassungsrechtlich nur solche Beschäftigten repräsentiert werden, welche auch in einem Arbeitsverhältnis stehen.

Es kann deshalb festgestellt werden, dass das BetrVG in § 5 BetrVG den „allgemeinen“ Arbeitnehmerbegriff verwendet. Dieser wird lediglich durch die gesetzlichen Regeln in § 5 BetrVG modifiziert und auf diese Weise den Besonderheiten des Gesetzes angepasst.<sup>257</sup>

---

<sup>256</sup> Ähnlich Rüthers/Bakker ZfA 1990, 245 (310), die das wesentliche Anliegen des BetrVG in der Begrenzung des Weisungsrechts sehen; vgl. auch Martens Festschrift für Hilger/Stumpf S. 437 (455 ff.)

<sup>257</sup> Nach allgemeiner Meinung es unerheblich, wenn der dem Arbeitsverhältnis zugrundeliegende Arbeitsvertrag zivilrechtlich fehlerhaft, d.h. nichtig oder anfechtbar ist. Ein Arbeitsverhältnis auf fehlerhafter Vertragsgrundlage steht der Betriebszugehörigkeit nicht entgegen (Richardi-Thüsing § 7 Rn. 8; Fitting § 5 Rn. 20; GK-Kreutz § 7 Rn. 8).

### c) Folgerungen für die Betriebszugehörigkeit

Bislang steht fest, welcher Personenkreis betriebsverfassungsrechtlich repräsentiert wird: Lediglich Arbeitnehmer im allgemeinen Sinne werden vom BetrVG erfasst.

Aus dem Umstand, dass der Arbeitnehmerbegriff in § 5 BetrVG auf ein Arbeitsverhältnis abstellt, kann geschlossen werden, dass auch die Zugehörigkeit zu einem Betrieb stets eine arbeitsrechtliche Beziehung zum Inhaber desselben voraussetzt. Dies kommt dadurch zum Ausdruck, dass die Mitbestimmungsrechte im wesentlichen entweder unmittelbar an das zum Betriebsinhaber bestehende Arbeitsverhältnis selbst (erste Gruppe) oder aber an das zwischen Betriebsinhaber und Arbeitnehmer bestehende arbeitsrechtliche Weisungsverhältnis (zweite Gruppe) anknüpfen.

Arbeitnehmer, die in einem Betrieb ihre Arbeitsleistung erbringen, ohne zu dessen Inhaber in einer arbeitsrechtlichen Beziehung zu stehen, sind von den Entscheidungen des Arbeitgebers, auf die sich diese Mitbestimmungstatbestände beziehen, nicht betroffen.

Eine betriebsverfassungsrechtliche Repräsentation ist in diesem Fall mangels Schutzbedürfnisses nicht sachgerecht.

Die Auffassung, die für die Betriebszugehörigkeit ausschließlich auf eine tatsächliche Beziehung zum Betrieb abstellt, ist deshalb abzulehnen. Die Betriebszugehörigkeit richtet sich nicht nach einer mehr oder weniger tatsächlichen Beziehung eines fremden, arbeitsrechtlich dem Betriebsinhaber in keiner Weise zugeordneten Arbeitnehmers.<sup>258</sup>

Die Zuerkennung der Betriebszugehörigkeit kommt vielmehr nur in Betracht, wenn neben der tatsächlichen Beziehung zum Betrieb auch eine arbeitsrechtliche Beziehung zum Betriebsinhaber besteht.

Zu folgen ist damit der Kumulationstheorie, die für die Betriebszugehörigkeit eines Arbeitnehmers neben der tatsächlichen Beziehung auch eine arbeitsrechtliche Beziehung verlangt.

---

<sup>258</sup> Birk Festschrift für Molitor S. 24.

Im Grundsatz ist für die arbeitsrechtliche Beziehung ein mit dem Betriebsinhaber bestehendes Arbeitsverhältnis vorauszusetzen.

Die – innerhalb der Kumulationstheorie umstrittene – Frage, ob in den Fällen der „aufgespaltenen Arbeitgeberstellung“ ausnahmsweise auch eine geringere arbeitsrechtliche Beziehung in Form des arbeitsrechtlichen Weisungsverhältnisses für die rechtliche Komponente der Betriebszugehörigkeit ausreicht, wird an anderer Stelle noch ausführlich zu erörtern sein.<sup>259</sup>

## **2. Zum Erfordernis einer tatsächlichen Beziehung**

Es wurde zu Anfang bereits festgestellt, dass für die Betriebszugehörigkeit auf eine tatsächliche Beziehung nicht gänzlich verzichtet werden kann. Das Arbeitsverhältnis ermöglicht lediglich die Zuordnung zu einem bestimmten Arbeitgeber (Unternehmen), nicht aber zu einem konkreten Betrieb. Als alleiniges Kriterium reicht das Arbeitsverhältnis damit nicht aus.

Kumulativ hinzutreten muss ein weiteres Merkmal, anhand dessen überhaupt erst die Zuordnung zu einem *bestimmten* Betrieb des Arbeitgebers vornehmen lässt.

### **a) Die Art der tatsächlichen Beziehung**

Die tatsächliche Beziehung wird meist mit dem Begriff der Eingliederung umschrieben.<sup>260</sup>

Problematisch am Eingliederungskriterium ist, dass es keine allgemein anerkannte Definition dieses Begriffs gibt. Daher ist unklar, was unter einer Eingliederung genau zu verstehen ist. Teilweise wird die Eingliederung mit dem Terminus „Einstellung“ gleichgesetzt. Der Begriff der

---

<sup>259</sup> Siehe hierzu S. 73 ff.

Einstellung selbst wird aber nicht einheitlich verwendet, wodurch eine begriffliche Klärung nicht eben leichter wird. Während zum Teil unter Einstellung das tatsächliche Erscheinen am Arbeitsplatz und die Aufnahme der zugewiesenen Arbeit verstanden wird<sup>261</sup>, lassen andere für die Einstellung die Zuweisung eines Arbeitsplatzes, unabhängig von der tatsächlichen Arbeitsaufnahme, genügen.<sup>262</sup>

Die Mängel des Einstellungsbegriffs zeigen sich insbesondere bei Außendienstarbeitnehmern. Da Außendienstmitarbeiter gerade kein Arbeitsplatz im Betrieb zugewiesen wird, ist durchaus unklar, welchem von mehreren Betrieben, z.B. dem Produktions- oder dem Verwaltungsbetrieb, sie zuzuordnen sind. Der Einstellungsbegriff wird der Zuordnungsfunktion also nicht gerecht.

Vielfach bleibt offen, ob die Eingliederung auch die Weisungsunterworfenheit umfasst. Teilweise wird eine Eingliederung unabhängig von einer Weisungsbindung festgestellt<sup>263</sup>, ein anderes Mal wird Eingliederung mit der Weisungsunterworfenheit verbunden.<sup>264</sup> Festzustellen ist, dass die Unbestimmtheit des Eingliederungsmerkmals eine Verwendung dieses Begriffs bei der Zuordnung von Arbeitnehmern erschwert. Im folgenden soll der vage Eingliederungsbegriff deshalb durch ein Kriterium ersetzt werden, welches eine eindeutige Zuordnung ermöglicht.

Zu Erreichung dieser Zielsetzung ist dabei der Strömung in der Literatur zu folgen, die bei der Bestimmung der tatsächlichen Beziehung beim Betriebsbegriff ansetzt. Der Ansatz, das Zuordnungsobjekt selbst bei der Zuordnung maßgeblich zu berücksichtigen, erscheint durchaus sachgerecht. Nur unter Berücksichtigung der Merkmale, die den Be-

---

<sup>260</sup> Vgl. nur BAG v. 18. 1. 1989 AP Nr. 1 zu § 9 BetrVG 1972; v. 25. 11. 1992 AP Nr. 8 zu § 1 GesamthafenbetriebsG; v. 21. 7. 1993 NZA 1994, 713; v. 26. 1. 1994 AP Nr. 54 zu § 5 BetrVG 1972.

<sup>261</sup> Vgl. BAG v. 18. 4. 1989 AP Nr. 65 zu § 99 BetrVG 1972; v. 28. 4. 1992 AP Nr. 98 zu § 99 BetrVG 1972.

<sup>262</sup> So Richardi NZA 1987, 145 (146).

<sup>263</sup> So BAG v. 14. 12. 1965 VersR 1966, 182 f.; LG Göttingen v. 14. 12. 1966 VersR 1967, 414 (415).

trieb selbst bestimmen, lässt sich auch ermitteln, welche Kriterien für die Zugehörigkeit zu demselben maßgebend sind.<sup>265</sup>

Nicht heranzuziehen ist dabei allerdings der für alle Rechtsgebiete gleichermaßen Gültigkeit beanspruchende allgemeine Betriebsbegriff.<sup>266</sup>

Wie bereits im Rahmen der vorhergehenden Untersuchung zum Betriebsbegriff festgestellt wurde, kommt es für das BetrVG in erster Linie auf die Einheit der Organisation an und nicht – wie nach dem herkömmlichen Betriebsbegriff – auf die Einheit der arbeitstechnischen Zweckbestimmung.

Maßgeblich für die Bejahung einer einheitlichen Organisation und damit eines Betriebs ist das Vorhandensein eines Leitungsapparates, der mit dem Betriebsrat die beteiligungspflichtigen Angelegenheiten regeln kann. Der so verstandene Betriebsbegriff gibt dann auch das maßgebende Kriterium für die tatsächliche Beziehung zu einem Betrieb vor. Ausschlaggebend ist danach nicht die Zuweisung eines Arbeitsplatzes<sup>267</sup>, also die Frage nach dem „wohin“. Es spielt vielmehr eine Rolle, „woher“ die Arbeitsplatzzuweisung kommt.<sup>268</sup> Es geht darum, wo die Entscheidungen in den beteiligungspflichtigen Angelegenheiten getroffen werden. Davon ausgehend ist daher für die Zuordnungsfrage maßgebend, in welchem Betrieb die Entscheidungen über den Einsatz des betreffenden Mitarbeiters erfolgen (Entscheidungszuständigkeit).<sup>269</sup>

Vom Bestehen einer tatsächlichen Beziehung zu einem Betrieb ist demnach auszugehen, wenn ein Arbeitnehmer der Entscheidungszu-

---

<sup>264</sup> LG Göttingen VersR 1968, 146 f.; BAG DB 1966, 113 f.; weitere Nachweise bei Mayer-Maly ZfA 1972, 12 ff.

<sup>265</sup> So auch Joost S. 306 ff.; DKK-Trümner § 5 Rn. 25; Christiansen S. 29, 46 ff.; GK-Kreutz § 7 Rn. 17 allerdings mit unterschiedlichen Ergebnissen.

<sup>266</sup> So aber GK-Kreutz § 7 Rn. 19.

<sup>267</sup> So aber Richardi NZA 1987, 145 (146).

<sup>268</sup> So auch v. Hoyningen-Huene S. 173 (182).

<sup>269</sup> So zutreffend auch BAG v. 4. 4. 1990 und v. 13. 3. 1991 EzA § 60 BetrVG 1972 Nr. 1 und 2 = AP Nr. 1 und 2 zu § 60 BetrVG; vgl. auch BAG v. 21. 7. 1993 AP Nr. 8 zu § 5 BetrVG 1972 Ausbildung; vgl. auch AR-Blattei-Boemke SD 540 Rn. 18; v. Hoyningen-Huene S. 173 (182), Christiansen S. 76 f.

ständigkeit der Betriebsleitung in den beteiligungspflichtigen Angelegenheiten unterfällt.

Bestimmt man die tatsächliche Beziehung nach der Entscheidungszuständigkeit, so lassen sich auch in den schwierigeren Abgrenzungsfällen eindeutige Ergebnisse erzielen.

## **b) Ergebnis**

Als Ergebnis der bisherigen Untersuchung lässt sich festhalten: Die Betriebszugehörigkeit wird weder durch eine rein tatsächliche noch durch eine rein rechtliche Beziehung definiert. Die Zugehörigkeit zur Belegschaft eines Betriebes erfordert vielmehr kumulativ eine arbeitsrechtliche Beziehung zum Betriebsinhaber und eine tatsächliche Verbindung zum Betrieb. Von einer tatsächlichen Beziehung zu einem Betrieb ist auszugehen, wenn ein Arbeitnehmer der Entscheidungszuständigkeit der Betriebsleitung in den beteiligungspflichtigen Angelegenheiten unterfällt. Für die rechtliche Komponente ist grundsätzlich ein Arbeitsverhältnis zu verlangen.

Ob bei einer „Aufspaltung“ der Arbeitgeberstellung auch eine geringere arbeitsrechtliche Beziehung in Form eines arbeitsrechtlichen Weisungsverhältnisses ausreichen kann, ist im folgenden zu klären.

## **E. Fehlen eines Arbeitsvertrages mit dem Betriebsinhaber**

Nach den Ergebnissen der bisherigen Untersuchung steht fest, dass lediglich solche Arbeitnehmer zur Belegschaft eines Betriebes gehören, die auch mit dem Betriebsinhaber in einer arbeitsrechtlichen Beziehung stehen.

Noch ungeklärt ist, wie diese arbeitsrechtliche Beziehung beschaffen sein muss.

Es stellt sich also die Frage, ob es für die rechtliche Komponente stets eines Arbeitsvertrages zum Betriebsinhaber bedarf, oder ob an die



arbeitsrechtliche Beziehung geringere Anforderungen zu stellen sind, namentlich ein arbeitsrechtliches Weisungsverhältnis ausreicht.

An Relevanz gewinnt diese Frage, wenn ein Arbeitnehmer nicht im Betrieb seines Arbeitsvertragspartners, sondern im Betrieb eines Dritten eingesetzt wird (sog. drittbezogener Personaleinsatz). In dem Fall liegt kein Arbeitsvertrag zwischen dem Arbeitnehmer und dem Inhaber des Beschäftigungsbetriebes vor. Die rechtliche Grundlage des Einsatzes bildet vielmehr ein Vertrag zwischen dem Vertragsarbeitgeber und dem Inhaber des Beschäftigungsbetriebes. Hierbei kann es sich um einen Arbeitnehmerüberlassungs-, einen Gestellungs-, Werk- oder Dienstvertrag handeln.<sup>270</sup>

Die Beantwortung der Frage, auf welcher vertraglichen Gestaltung der Einsatz des Personals erfolgt, kann für die Beurteilung der Betriebszugehörigkeit von maßgeblicher Bedeutung sein. Wie an anderer Stelle noch ausführlicher dargestellt wird, bestehen z.B. bei einem Einsatz auf Grundlage eines Werkvertrages keinerlei arbeitsrechtliche Beziehungen zwischen dem Inhaber des Beschäftigungsbetriebes und dem im Betrieb eingesetzten Arbeitnehmer, während bei einem Einsatz, der auf einem Arbeitnehmerüberlassungsvertrag basiert, zwischen dem Inhaber des Beschäftigungsbetriebes und dem Arbeitnehmer regelmäßig ein arbeitsrechtliches Weisungsverhältnis vorliegen wird.

Da die Beurteilung der Betriebszugehörigkeit maßgeblich davon abhängt, um welche Erscheinungsform des drittbezogenen Personaleinsatzes es sich handelt, sind die einzelnen Fallgruppen nacheinander zu untersuchen. Zu beginnen ist dabei mit der erlaubten gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung.

---

<sup>270</sup> Vgl. GK-Kreutz § 7 Rn. 37; zum Einsatz von Ein-Euro-Jobbern siehe den Beitrag von Schulze NZA 2005, 1332 f.

## I. Erlaubte gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung

Die erlaubte gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung, die auch als unechte Leiharbeit bezeichnet wird, ist dadurch gekennzeichnet, dass ein Unternehmer (Verleiher) seine Arbeitnehmer gewerbsmäßig einem anderen Unternehmer (Entleiher) zur Arbeitsleistung in dessen Betrieb zur Verfügung stellt.<sup>271</sup> Gewerbsmäßig handelt ein Verleiher, der die Überlassung von Arbeitnehmern an andere Unternehmen nicht nur gelegentlich, sondern auf gewisse Dauer anlegt und damit am Markt unmittelbare oder mittelbare wirtschaftliche Vorteile erzielt.<sup>272</sup>

Die Rechtsgrundlage für die Überlassung bildet der zwischen Verleiher und Entleiher geschlossene Arbeitnehmerüberlassungsvertrag. Die Besonderheit dieses Vertrages besteht darin, dass die Arbeitgeberfunktionen zwischen Verleiher und Entleiher aufgeteilt werden (sog. aufgespaltene Arbeitgeberstellung)<sup>273</sup>: Der Verleiher räumt dem Entleiher das Recht auf Entgegennahme der Arbeitsleistung sowie das arbeitsrechtliche Weisungsrecht ein, damit dieser die Arbeitnehmer (Leiharbeiter), die ihm zur Arbeitsleistung überlassen werden, nach seinen Vorstellungen und Zielen wie einen eigenen Arbeitnehmer in seinem Betrieb einsetzen kann.

Ob in der Einräumung dieser Rechte insoweit eine Abtretung oder eine bloße Ermächtigung zur Ausübung des Weisungsrechts zu sehen ist, muss im Rahmen dieser Untersuchung nicht weiter vertieft werden<sup>274</sup>, da dieser Umstand für die Betriebszugehörigkeit keine Rolle spielt.

---

<sup>271</sup> Vgl. BAG v. 18. 1. 1989 AP Nr. 2 zu § 14 AÜG.

<sup>272</sup> Vgl. BAG v. 18. 1. 1989 AP Nr. 2 zu § 14 AÜG; v. 21. 3. 1990 DB 1991, 282; Maschmann DB 2001, 2426.

<sup>273</sup> Ausführlich zu diesem Dreiecksverhältnis: Schüren/Hamann AÜG § 1 Rn. 64 ff.

<sup>274</sup> Zur Übertragung arbeitsrechtlicher Weisungsbefugnisse im Rahmen der Überlassung vgl. Boemke § 1 Rn. 29 ff.

Jedenfalls hat der Leiharbeitnehmer wegen § 613 S. 2 BGB seine Zustimmung zu erteilen, die oftmals bereits in dem zwischen Leiharbeitnehmer und Verleiher geschlossenen Arbeitsvertrag enthalten sein wird, ansonsten aber konkludent durch Aufnahme der Arbeit im Beschäftigungsbetrieb erfolgt.<sup>275</sup>

Die aus dem Überlassungsvertrag resultierende Aufspaltung der Arbeitgeberstellung führt dazu, dass die Arbeitgeberentscheidungen, auf die sich die Beteiligungsrechte des Betriebsrats beziehen, nicht mehr wie im zweipoligen Arbeitsverhältnis von einem einzelnen Arbeitgeber getroffen werden, sondern auf zwei Arbeitgeber aufgeteilt sind:

Der Verleiher entscheidet als Vertragsarbeitgeber nach wie vor über Fragen, die das arbeitsvertragliche Grundverhältnis betreffen, wie z.B. über Fragen der Lohngestaltung, der Kündigung oder des Sozialplans. Die Entscheidungen über Fragen der konkreten Arbeitsdurchführung, wie z. B. über Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit oder über die Verteilung der Arbeitszeit auf die einzelnen Wochentage sind hingegen dem Entleiher als Inhaber des Beschäftigungsbetriebs zugewiesen.<sup>276</sup>

Aus dem Auseinanderfallen von Vertrags- und Beschäftigungskomponente folgt, dass im Betrieb des Beschäftigungsarbeitgebers diejenigen Vorschriften nicht zur Anwendung gelangen, die ein mit dem Betriebsinhaber bestehendes Arbeitsverhältnis voraussetzen. Gleichzeitig kommen im Betrieb des Vertragsarbeitgebers diejenigen Normen nicht zum Zuge, die an das Weisungsrecht und die tatsächliche Beschäftigung im Betrieb anknüpfen.<sup>277</sup>

Da somit weder im Betrieb des Vertragsarbeitgebers noch im Entleiherbetrieb Vertrags- und Beschäftigungskomponente kumulativ vorliegen, ist fraglich, welchem Betrieb Leiharbeitnehmer zuzuordnen sind: Dem Betrieb des Verleihers, mit dem der Arbeitsvertrag besteht, dem

---

<sup>275</sup> Vgl. hierzu Boemke § 1 Rn. 29 ff.

<sup>276</sup> Ausführlich zu den Beteiligungsrechten des Betriebsrats: Hamann NZA 2003, 526 (530 ff.) und Schirmer Festschrift 50 Jahre BAG S. 1063 (1067).

<sup>277</sup> Vgl. Becker AuR 1982, 369 (370).

Betrieb des Entleihers, in welchem der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung erbringt oder kumulativ beiden Betrieben.

## 1. Betriebszugehörigkeit im Verleiherbetrieb

Die 1982 in Kraft getretenen Vorschrift des Art. 1 § 14 Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) stellt klar, dass die Betriebszugehörigkeit im *Verleiherbetrieb* durch den Einsatz im Betrieb des Entleihers nicht unterbrochen oder beendet wird. § 14 Abs. 1 AÜG bestimmt, dass Leiharbeiter auch während der Zeit ihrer Arbeitsüberlassung bei einem Entleiher Angehörige des entsendenden Betriebs bleiben.

Mit anderen Worten: Leiharbeiter gehören auch während ihrer Abwesenheit weiterhin zur Belegschaft des Verleiherbetriebes.<sup>278</sup> Ihnen stehen dort sämtliche betriebsverfassungsrechtliche Individualrechte, also insbesondere auch das aktive und passive Wahlrecht zu. Darüber hinaus sind sie zu berücksichtigen, soweit in Organisationsvorschriften oder bei Schwellenwerten auf die Zahl der betriebszugehörigen Arbeitnehmer abgestellt wird (z. B. § 1 BetrVG oder § 9 BetrVG).

## 2. Betriebszugehörigkeit im Entleiherbetrieb

Die Frage, ob Leiharbeiter überdies zur Belegschaft des Entleiherbetriebes gehören, wird sowohl bejaht<sup>279</sup>, als auch verneint<sup>280</sup>.

---

<sup>278</sup> Allgemeine Meinung, vgl. AR-Blattei-Boemke SD 540 Rn. 33 m.w.N.

<sup>279</sup> Für eine Betriebszugehörigkeit von Leiharbeitern im Entleiherbetrieb sprechen sich aus: Boemke AR-Blattei SD 540 Rn. 16 ff., Christiansen S. 116 ff.; Richardi NZA 1987, 145 (146) für die konzerninterne Arbeitnehmerüberlassung; Rost NZA 1999, 113 (117); Schüren-Hamann § 14 Rn. 29 ff.; Schüren RdA 2004, 184 (187); DKK-Schneider § 7 Rn. 5; DKK-Trümner § 5 Rn. 27; Engels/Trebinger/Löhr-Steinhaus DB 2001, 532 (536); ErfK-Eisemann § 7 BetrVG Rn.1; Fitting § 5 Rn. 237, § 7 Rn. 37; Kassler Handb.-Düwell 4.5. Rn. 464; Ulber AÜG § 14 Rn. 9, 49a; Wlotzke Festschrift 50 Jahre BAG S 1149 (1154 ff.); Brors NZA 2003, 1380; Ziemann AuR 1990, 58.

<sup>280</sup> Gegen eine Betriebszugehörigkeit im Entleiherbetrieb: BAG v.16. 4. 2003 AuR 2004, 109 = AP Nr. 7 zu § 9 BetrVG 1972 = NZA 2003, 1345; v. 22. 10. 2003 EzA § 38 BetrVG 2001 Nr. 1; Dewender RdA 2003, 274; Löwisch/Kaiser § 7 Rn. 6; ErfK-Wank § 14 AÜG Rn. 6; GK-Kreutz § 7 Rn. 40; Hanau RdA 2001, 65 ff.; Maschmann DB 2001, 2446 ff.; Moderegger ArbR 2003, 82 ff.; Schirmer Festschrift 50 Jahre BAG S. 1061 (1076 ff.); Brose NZA 2005, 797 (798); Lindemann/Simon NZA 2002, 365 (367).

Eine eindeutige Aussage hierüber lässt sich dem BetrVG selbst nicht entnehmen. Auch im AÜG ist die Zuordnungsfrage nur unzureichend geregelt. § 14 Abs. 1 AÜG stellt lediglich klar, dass Leiharbeitnehmer auch während der Beschäftigung im Betrieb des Entleihers noch Angehörige des Verleiherbetriebes bleiben. Soweit hieraus der Schluss auf eine ausschließliche Zuordnung zum Verleiherbetrieb gezogen wird<sup>281</sup>, kann dem nicht gefolgt werden. Die Bestimmung des § 14 Abs. 1 AÜG beschränkt sich darauf, die Zuordnungsfrage im Hinblick auf den Verleiherbetrieb zu regeln. Über die Betriebszugehörigkeit im Einsatzbetrieb ist der Vorschrift des § 14 AÜG dagegen keine Aussage zu entnehmen.<sup>282</sup>

#### **a) Einräumung von Betriebsverfassungsrechten in § 14 AÜG**

Auch wenn sich das AÜG hinsichtlich der Frage der Betriebszugehörigkeit in Schweigen hüllt, trägt es der faktischen Eingliederung von Leiharbeitnehmern im Betrieb des Entleihers immerhin dadurch Rechnung, dass es Leiharbeitnehmern dort bestimmte Individualrechte einräumt (vgl. § 14 Abs. 2 und 3 AÜG). Dazu gehört nach § 14 Abs. 2 S. 2 AÜG das Recht, die Sprechstunden der im Entleiherbetrieb bestehenden Arbeitnehmervertretungen aufzusuchen und an den Betriebs- und Jugendversammlungen teilzunehmen: Ferner gelten über § 14 Abs. 2 S. 3 auch im Entleiherbetrieb die in den §§ 81 ff. BetrVG geregelten Unterrichts-, Anhörungs-, Erörterungs- und Beschwerderechte.

Weiterhin sieht das AÜG in § 14 Abs. 3 AÜG einige Beteiligungsrechte vor, die der Betriebsrat des Entleiherbetriebes im Hinblick auf Leiharbeitnehmer wahrzunehmen hat.

Die Mitbestimmungsrechte des Entleiherbetriebsrates sind in § 14 Abs. 3 AÜG allerdings nicht abschließend geregelt.<sup>283</sup> Der Gesetzgeber wollte die Klärung der Frage, in welchen Fällen der Entleiherbetriebsrat

---

<sup>281</sup> Vgl. nur BAG v. 18. 1. 1989 NZA 1989, 724 ff.

<sup>282</sup> So auch Schüren § 14 AÜG Rn. 32 und Christiansen S. 117.

darüber hinaus mitzubestimmen hat, Rechtsprechung und Lehre überlassen.<sup>284</sup>

### **b) Einräumung des aktiven Wahlrechts in § 7 S. 2 BetrVG**

Seit Inkrafttreten des BetrVerf-ReformG 2001 wird Leiharbeitnehmern ein weiteres wichtiges Individualrecht im Entleiherbetrieb zugestanden: in § 7 S. 2 BetrVG wird bestimmt, dass Arbeitnehmer eines anderen Arbeitgebers, die zur Arbeitsleistung in einem Betrieb überlassen werden, wahlberechtigt sind, wenn sie länger als drei Monate im Betrieb eingesetzt werden. Leiharbeitnehmer dürfen im Entleiherbetrieb demzufolge wählen, wenn der vorgesehene Einsatz dort die Dauer von drei Monaten überschreitet. In einem solchen Fall besteht das aktive Wahlrecht vom ersten Tag des Einsatzes an.<sup>285</sup>

### **c) Ausschluss des passiven Wahlrechts**

Gesetzlich geregelt ist ferner die Frage des passiven Wahlrechts im Entleiherbetrieb. Leiharbeitnehmer dürfen aufgrund der Neufassung des § 7 S. 2 BetrVG im Entleiherbetrieb zwar wählen, sie können sich aber nicht zum Betriebsrat wählen lassen, da § 14 Abs. 2 S. 1 AÜG das passive Wahlrecht im Entleiherbetrieb ausdrücklich ausschließt. Damit bleibt Leiharbeitnehmern im Entleiherbetrieb auch nach der Novellierung des BetrVG das Recht verwehrt, selbst als Betriebsratsmitglied die Interessen der Belegschaft zu wahrzunehmen.<sup>286</sup>

---

<sup>283</sup> Vgl. BAG v. 16. 9. 2001 NZA 2001, 1263 (1265); Schüren § 14 Rn. 122, 123.

<sup>284</sup> Vgl. dazu BT-Drucks. 9/847 S. 8 f.; BAG v. 15. 12. 1992 NZA 1993, 513 = AP Nr. 7 zu § 14 AÜG; Boemke AÜG § 14 Rn. 2; Hamann NZA 2003, 526 (527); Ulber § 14 AÜG Rn. 62.

<sup>285</sup> Vgl. Gesetzesbegründung zum BetrVerf-ReformG BT-Drucks. 14/5741 S. 36; Brors NZA 2002, 123 (125); Däubler AiB 2001, 684 (686); Lindemann/Simon NZA 2002, 365 (367); **aA** Maschmann DB 2001, 2446 ff.

<sup>286</sup> Kritisch zum Ausschluss des passiven Wahlrechts: Hamann NZA 2003, 526 (529).

#### **d) Gesetzlich nicht geregelt: Zählwert von Leiharbeitnehmern**

Offen gelassen hat der Gesetzgeber die Frage, ob wahlberechtigte Leiharbeitnehmer im Rahmen von Vorschriften zu berücksichtigen sind, deren Rechtsfolgen von der Anzahl betriebszugehöriger Arbeitnehmer abhängen.

Hierzu gehören etwa die Bestimmungen über die Betriebsratsgröße (§ 9 BetrVG) sowie über Freistellungen (§ 38 BetrVG). Bei der Anhörung im Gesetzgebungsverfahren zum BetrVerf-ReformG 2001 ließ die Bundesregierung im zuständigen Bundestagsausschuss erklären, dass zukünftig alle wahlberechtigten Leiharbeitnehmer bei der Berechnung der Betriebsratsgröße und den Freistellungen mitzählen.<sup>287</sup>

Eine dementsprechende Vorschrift findet sich im reformierten BetrVG allerdings nicht. Der neu gefasste, jedoch nicht unmißverständlich formulierte Wortlaut des § 9 BetrVG stellt für die Ermittlung der Betriebsratsgröße bei kleineren Betrieben auf die Anzahl *wahlberechtigter Arbeitnehmer* und bei größeren Betrieben auf die Anzahl von *Arbeitnehmern* ab.

Leiharbeitnehmer sind zweifelsohne Arbeitnehmer und bei einer vorgesehenen Überlassungsdauer von über drei Monaten auch wahlberechtigte Arbeitnehmer. Der Wortlaut des § 9 BetrVG steht demzufolge einer Berücksichtigung von Leiharbeitnehmern bei der Berechnung der Betriebsratsgröße nicht entgegen.<sup>288</sup>

#### **aa) „Leiharbeitnehmer wählen, aber zählen nicht“**

Gleichwohl § 9 BetrVG seinem Wortlaut nach eine Berücksichtigung von Leiharbeitnehmern zulässt, hat das BAG in seiner Entscheidung vom 16. 4. 2003<sup>289</sup> eine Einbeziehung der Leiharbeitnehmer bei der

---

<sup>287</sup> Vgl. BT-Drucks. 14/6352 S. 54.

<sup>288</sup> So auch Schüren RdA 2004, 184 (185).

<sup>289</sup> Vgl. AuR 2004, 109 = AP Nr. 7 zu § 9 BetrVG 1972 = NZA 2003, 1345; in der darauf folgenden Entscheidung v. 22. 10. 2003 (AP Nr. 28 zu § 38 BetrVG 1972 = NZA 2004, 1184) hat das BAG seine Rechtsprechung auch im Hinblick auf Freistellungen nach § 38 BetrVG bestätigt und auf die nicht gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung sowie die Arbeit-

Berechnung der Betriebsratsgröße unter Berufung auf die fehlende Betriebszugehörigkeit abgelehnt.<sup>290</sup> Nach Auffassung des Gerichts ist für die Betriebszugehörigkeit neben der tatsächlichen Eingliederung in die Betriebsorganisation nach wie vor ein Arbeitsvertrag zum Betriebsinhaber vorauszusetzen. Leiharbeiter sind nach der Rechtsprechung mangels arbeitsvertraglicher Verbindung zum Betriebsinhaber im Entleiherbetrieb nicht betriebszugehörig und zählen infolgedessen auch nicht mit, soweit in betriebsverfassungsrechtlichen Vorschriften auf die Anzahl betriebszugehöriger Arbeitnehmer abgestellt wird.

Als Argument führt das BAG den Wortlaut und die Systematik des § 7 BetrVG an: § 7 BetrVG unterscheidet zwischen Arbeitnehmern des Betriebes (Satz 1) und Arbeitnehmern eines anderen Arbeitgebers, die zur Arbeitsleistung überlassen werden (Satz 2). Aus dieser Differenzierung ergebe sich, dass überlassene Arbeitnehmer gerade keine Arbeitnehmer des Betriebes, d. h. keine betriebsangehörigen Arbeitnehmer seien.

In seiner Entscheidung führt das Gericht weiterhin aus, die Einführung des aktiven Wahlrechts habe lediglich den Sinn gehabt, ein Legitimationsdefizit zu beseitigen, soweit der Betriebsrat im Entleiherbetrieb Mitbestimmungsrechte auch für Leiharbeiter wahrnehme. Abgesehen von der Einräumung des aktiven Wahlrechts sei die Stellung der Leiharbeiter deshalb unverändert geblieben.

Dass Leiharbeiter bei der Berechnung der Betriebsratsgröße nicht zu berücksichtigen sind, begründet das BAG mit dem Normzweck des § 9 BetrVG. Die Vorschrift habe zum Ziel, die Betriebsratsgröße dem durch die Zahl der Arbeitnehmer verursachten Arbeitsaufwand des Betriebsrats anzupassen. Der Arbeitsaufwand für Leiharbeiter sei weitaus geringer als für Arbeitnehmer des Betriebsin-

---

nehmerüberlassung im Konzern ausgeweitet (vgl. BAG v. 10. 3. 2004 AP BetrVG 1972 § 7 Nr. 8; siehe hierzu auch Anm. Braun ArbRB 2004, 268 f.

<sup>290</sup> Ebenso ablehnend zahlreiche Literaturstimmen, darunter Hanau RdA 2001, 65 ff.; Maschmann DB 2001, 2446 ff.; Moderegger ArbR 2003, 82 ff.; Konzen RdA 2001, 76 (83); Löwisch BB 2001, 1734 (1737); Lindemann / Simon NZA 2002, 365 (368); Brose NZA 2005, 797 (798).



habers, weil der Betriebsrat sie nur begrenzt repräsentieren müsse. Daher sei es gerechtfertigt, sie bei der Berechnung der Betriebsratsgröße außer Acht zu lassen.<sup>291</sup>

### **bb) Dagegen: „Leiharbeitnehmer zählen und wählen“**

Die Gegenansicht<sup>292</sup>, welche für die Betriebszugehörigkeit auf das Bestehen eines Arbeitsvertrages zwischen Arbeitnehmer und Betriebsinhaber verzichtet<sup>293</sup>, vertritt demgegenüber die Auffassung, dass wahlberechtigte Leiharbeitnehmer zur Belegschaft des Entleiherbetriebes gehören und ihnen deshalb auch im Rahmen der betriebsverfassungsrechtlichen Schwellenwerte ein Zählwert zukommt. Mit Einräumung des aktiven Wahlrechts habe der Gesetzgeber des BetrVerf-ReformG 2001 Leiharbeitnehmern die Betriebszugehörigkeit im Entleiherbetrieb verliehen. Dies ergebe sich zum einen bereits aus der Erwähnung der Arbeitnehmerüberlassung in § 7 S. 2 BetrVG, zum anderen aus der Gesetzesbegründung zum BetrVerf-ReformG, in der es heißt, dass § 7 S. 2 BetrVG die Betriebszugehörigkeit von Leiharbeitnehmern anerkenne.<sup>294</sup> Neben diesen Argumenten wird angeführt, dass sich die Stellung von Leiharbeitnehmern im Entleiherbetrieb durch die Änderungen des AÜG (eingeführt durch das „Erste Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt“), die zum 1. 1. 2004 in Kraft getreten sind, fundamental geändert habe. Da Leiharbeitnehmer durch die Reform

---

<sup>291</sup> Vgl. BAG v. 16. 4. 2003 AuR 2004, 109 (110).

<sup>292</sup> Vgl. Boemke AR-Blattei SD 540 Rn. 16 ff., Christiansen S. 116 ff.; Richardi NZA 1987, 145 (146) für die konzerninterne Arbeitnehmerüberlassung; Schüren-Hamann § 14 Rn. 22; Schüren RdA 2004, 184 (187); DKK-Schneider § 7 Rn. 5; DKK-Trümner § 5 Rn. 74; Engels/Trebinger/Löhr-Steinhaus DB 2001, 532 (536); ErfK-Eisemann § 7 BetrVG Rn. 1; Fitting § 5 Rn. 237, § 7 Rn. 37; Richardi-Thüsing § 7 Rn. 5; Kasseler Handb./Düwell 4.5. Rn. 464; Ulber AÜG § 14 Rn. 9, 49a; Wlotzke Festschrift 50 Jahre BAG S 1149 (1154 ff.); Brors NZA 2003, 1380; Ziemann AuR 1990, 58.ausführl. zum Meinungsstand Raab ZfA 2003, 389 (434 ff.).

<sup>293</sup> Im Rahmen dieser Literaturströmung ist wiederum zu trennen zwischen denjenigen Autoren, die für die Betriebszugehörigkeit allein auf das Vorhandensein einer tatsächlichen Beziehung zum Betrieb abstellen und denjenigen Anhängern der Kumulationstheorie, welche für die Betriebszugehörigkeit eine arbeitsrechtliche Beziehung in Form des arbeitsrechtlichen Weisungsverhältnisses ausreichen lassen.

<sup>294</sup> Vgl. Hamann NZA 2003, 526 (530); Däubler AUR 2001, 285 (286).

des AÜG nunmehr auf unbestimmte Zeit an den Entleiher überlassen werden können, sei es nicht länger gerechtfertigt, Leiharbeitnehmern, soweit sie langfristig überlassen werden, die Betriebszugehörigkeit vorzuenthalten.<sup>295</sup> In Zukunft werde sich die Aufgabe des Verleihers darauf beschränken, Leiharbeitnehmer einzustellen, um sie auf unbestimmte Zeit an ein und denselben Entleiher zu überlassen. Der Verleiher übe dann kaum noch Arbeitgeberbefugnisse aus.<sup>296</sup> Der fast vollständigen Verlagerung des Arbeitsverhältnisses in den Entleiherbetrieb müsse durch Anerkennung der Betriebszugehörigkeit Rechnung getragen werden. Hierzu gehöre auch, Leiharbeitnehmer künftig bei der Ermittlung der Betriebsratsgröße nach § 9 BetrVG und bei der Berechnung der Freistellungen nach § 38 BetrVG als betriebszugehörige Arbeitnehmer zu berücksichtigen.<sup>297</sup>

### cc) Stellungnahme

Letztgenannter Auffassung ist zu folgen. Wahlberechtigte Leiharbeitnehmer gehören zur Belegschaft des Entleiherbetriebes und müssen aufgrund dessen bei der Ermittlung der Belegschaftsstärke im Rahmen von betriebsverfassungsrechtlichen Schwellenwerten mitzählen.

Entgegen der Auffassung des BAG bedarf es keines Arbeitsvertrages mit dem Betriebsinhaber. Für die rechtliche Komponente der Betriebszugehörigkeit reicht eine geringere arbeitsrechtliche Verbindung in Form des arbeitsrechtlichen Weisungsverhältnisses, wie es zwischen Leiharbeitnehmer und Entleiher besteht, aus.

---

<sup>295</sup> So im Ergebnis übereinstimmend: Hamann NZA 2003, 526 (527); Däubler AuR 2004, 81 (82); Brors NZA 2003, 1380.

<sup>296</sup> Vgl. Hamann NZA 2003, 526 (528).

<sup>297</sup> Vgl. Brors NZA 2003, 1380 (1382); Hamann NZA 2003, 526 ff.; Schüren RdA 2004, 184 (186); Däubler AiB 2001, 685 (688) und AuR 2004, 81.

### aaa) Wortlaut und Systematik des § 7 BetrVG

Die Argumentation des BAG im Hinblick auf § 7 BetrVG überzeugt nicht, denn weder Wortlaut noch Systematik sprechen gegen eine Betriebszugehörigkeit von Leiharbeitnehmern im Entleiherbetrieb.

Soweit das BAG Wortlaut und Systematik des § 7 BetrVG entnimmt, dass Leiharbeitnehmer nicht betriebszugehörig sind, weil sie aufgrund des fehlenden Arbeitsvertrages mit dem Betriebsinhaber nicht unter die „Arbeitnehmer des Betriebes“ fallen, ist dem entgegenzutreten.

§ 7 BetrVG unterscheidet für das aktive Wahlrecht zwischen Arbeitnehmern des Betriebes (§ 7 S. 1 BetrVG) und Arbeitnehmern anderer Arbeitgeber, die dem Betriebsinhaber zur Arbeitsleistung überlassen werden (§ 7 S. 2 BetrVG). Letztere sind – wie bereits ausgeführt – wahlberechtigt, wenn sie dem Entleiher mehr als drei Monate zur Arbeitsleistung überlassen werden.

Das BAG verwendet die Formulierung „Arbeitnehmer des Betriebes“ (S. 1) als Synonym für betriebszugehörige Arbeitnehmer. Auf diese Weise kommt das Gericht zu der Schlußfolgerung, dass Leiharbeitnehmer, die unter § 7 S. 2 BetrVG fallen, keine „Arbeitnehmer des Betriebes“, also keine betriebszugehörigen Arbeitnehmer sind.

Diese Konsequenz ist indes nicht zwingend. Die Gleichsetzung der Formulierung „Arbeitnehmer des Betriebes“ mit „betriebszugehörigen Arbeitnehmern“ ist nur *eine* Möglichkeit der Auslegung des Wortlauts.

Soweit § 7 BetrVG zwischen den Arbeitnehmern des Betriebes i.S.v. S. 1 BetrVG und Arbeitnehmern anderer Arbeitgeber i.S.v. S. 2 unterscheidet, wird damit die Gruppe der Arbeitnehmer mit und die Gruppe der Arbeitnehmer ohne Arbeitsvertrag zum Betriebsinhaber voneinander getrennt:

Arbeitnehmer i.S.v. § 7 S. 1 sind die Arbeitnehmer des Betriebsinhabers, Arbeitnehmer i.S.v. S. 2 sind Arbeitnehmer anderer Arbeitgeber, die dem Entleiher zur Arbeitsleistung überlassen sind. Das kann unstrittig gestellt werden.

Die Differenzierung zwischen Arbeitnehmern, die arbeitsvertraglich mit dem Betriebsinhaber verbunden sind und solchen, die als überlassene Arbeitnehmer lediglich dem arbeitsrechtlichen Weisungsrecht des Betriebsinhabers unterliegen, erfolgt zu dem Zweck, letzterer Gruppe das Wahlrecht unter anderen, erschwerten Bedingungen zu gewähren. Nur letztere Gruppe muss mindestens drei Monate im Betrieb eingesetzt werden, um das Wahlrecht zu erhalten. Auch hierüber herrscht Einigkeit.

Legt man nun den Wortlaut des § 7 S. 1 BetrVG „Arbeitnehmer des Betriebes“ nicht als „Betriebszugehörige Arbeitnehmer“, sondern schlicht als „Arbeitnehmer des Betriebsinhabers“ aus, so ergibt sich aus § 7 BetrVG lediglich, dass die Wahlberechtigung an unterschiedliche Voraussetzungen knüpft. Eine darüber hinaus gehende Aussage ist § 7 BetrVG nicht zu entnehmen.

Der Umstand aber, dass das Wahlrecht an unterschiedliche Voraussetzungen geknüpft ist, sagt über die Betriebszugehörigkeit derjenigen Arbeitnehmer, die nicht in einem Arbeitsverhältnis zum Betriebsinhaber stehen, nichts aus. Da Wortlaut und Systematik insoweit keine Aussage zur Betriebszugehörigkeit zu entnehmen ist, steht § 7 BetrVG einer Zuordnung von Leiharbeitnehmern zum Entleiherbetrieb nicht entgegen.

### **bbb) Entstehungsgeschichte des § 7 BetrVG**

Für eine Einbeziehung von Leiharbeitnehmern in die Betriebsverfassung des Entleiherbetriebs lässt sich die Gesetzesbegründung zu § 7 BetrVG anführen, in der es heißt, dass das Gesetz in § 7 BetrVG in bestimmten Fällen die Betriebszugehörigkeit von Leiharbeitnehmern anerkennt.<sup>298</sup> Dem entspricht es, dass die Bundesregierung bei der Begründung der Gesetzesvorlage im zuständigen Bundestagsausschuss

---

<sup>298</sup> Amtliche Begründung zum BetrVerf-ReformG BT-Drucks. 14/5741 S. 36 und S. 28 vgl. auch Engels/Trebing/Löhr-Steinhaus DB 2001, 532 (536).

erklären ließ, dass wahlberechtigte Leiharbeitnehmer bei der Betriebsgröße für die Schwellenwerte mitzählen sollen.<sup>299</sup>

Der Entstehungsgeschichte des BetrVerf-ReformG lässt sich mithin die Aussage entnehmen, dass Leiharbeitnehmer unter den Voraussetzungen des § 7 S. 2 BetrVG die Betriebszugehörigkeit- und demzufolge auch im Rahmen der betriebsverfassungsrechtlichen Schwellenwerte ein Zählwert zukommen soll.

### **ccc) Schutzzweck der Mitbestimmung**

Neben der Entstehungsgeschichte sprechen ferner Schutzzweckerwägungen für die Betriebszugehörigkeit von Leiharbeitnehmern zum Entleiherbetrieb.

Wie bereits an anderer Stelle ausgeführt wurde, bezweckt ein großer Teil der Mitbestimmungstatbestände die Begrenzung und Kontrolle des arbeitsrechtlichen Weisungsrechts. Da Leiharbeitnehmer während der Zeit ihrer Überlassung den Weisungen des Entleihers ebenso ausgesetzt sind wie die Stammebelegschaft, bedürfen auch sie, was ihre Eingliederung in die Betriebsorganisation angeht, der Repräsentation durch einen Betriebsrat.

Eine umfassende Repräsentation der Leiharbeitnehmer lässt sich letztendlich nur erreichen, wenn Leiharbeitnehmer beiden Betrieben angehören. Die Anerkennung der Betriebszugehörigkeit im Entleiherbetrieb ist folglich aus Schutzzweckgesichtspunkten dringend geboten.<sup>300</sup> Dem entspricht es, dass der Betriebsrat des Entleiherbetriebes für die Wahrnehmung von Mitbestimmungsrechten zuständig ist, welche an die tatsächliche Beschäftigung im Betrieb und an das Weisungsrecht anknüpfen.<sup>301</sup>

---

<sup>299</sup> Vgl. BT-Drucks. 14/6352 S. 54.

<sup>300</sup> So auch Christiansen S. 118.

### **ddd) Gleichstellung langfristig überlassener Arbeitnehmer durch die Änderung des AÜG**

Ein weiterer bedeutsamer Aspekt, der für eine Einbeziehung von Leiharbeitnehmern spricht, ergibt sich aus der zum 1. 1. 2004 in Kraft getretenen Reform des AÜG.<sup>302</sup>

Vor der Änderung des AÜG war der Einsatz von Leiharbeitnehmern durch die Vorschrift des § 3 Abs. 1 Nr. 6 a. F. auf eine gewisse Überlassungshöchstdauer begrenzt. So war es unzulässig, den gleichen gewerbsmäßig überlassenen Arbeitnehmer länger als ein oder zwei Jahre in einen Entleiherbetrieb einzusetzen.<sup>303</sup> Das tradierte Bild der Leiharbeit war durch kurzzeitige Einsätze in verschiedenen Entleiherbetrieben geprägt. Typischerweise lag der Schwerpunkt der Arbeitsbeziehungen im Betrieb des Verleihers, in den die Leiharbeitnehmer nach ihren Einsätzen regelmäßig zurückkehrten. Wegen der begrenzten Überlassungsdauer konnten Leiharbeitnehmer klar von der Stammbesetzungschaft des Einsatzbetriebes abgegrenzt werden.

Seit der zum 1. 1. 2004 in Kraft getretenen Reform des AÜG ist die Überlassung von Leiharbeitnehmern unbegrenzt möglich.<sup>304</sup> Die Situation der Leiharbeit hat sich dadurch grundlegend geändert. Die neue Gesetzeslage schafft einen Anreiz für Unternehmen, Leiharbeitnehmer über einen längeren Zeitraum hinweg auf Arbeitsplätzen von Stammpersonal einzusetzen. Die Vorteile sind offenkundig: Der Einsatz von Leiharbeitnehmern ist flexibler handhabbar und wegen der niedrigeren Tarifabschlüsse<sup>305</sup> auch preiswerter als die Neueinstellung und Beschäftigung von Stammpersonal. Die Personalverwaltung wird kostengünstig durch den Verleiher erledigt, und in Krisenzeiten lässt sich der Personalbestand ohne aufwendige Sozialauswahl schnell und reibungslos

---

<sup>301</sup> Allgemeine Meinung, vgl. nur Hamann NZA 2003, 526 (530).

<sup>302</sup> Zu den Übergangsregelungen vgl. § 19 AÜG.

<sup>303</sup> Vgl. Schüren RdA 2004, 184 (184).

<sup>304</sup> Vgl. Wank NZA 2003, 14 ff.; Schüren RdA 2004, 184 (185); Böhm NZA 2005, 554.

reduzieren. Es ist deshalb zu erwarten, dass in Zukunft verstärkt von der Möglichkeit Gebrauch gemacht wird, in Arbeitsbereichen, die nur eine geringe Qualifikation erfordern, Stammpersonal dauerhaft durch Leiharbeiter zu ersetzen. Im Extremfall werden Leiharbeiter in Zukunft über mehrere Jahre in ein und demselben Betrieb beschäftigt. Im Unterschied zur kurzzeitigen Überlassung verlagert sich bei solchen langfristigen Einsätzen der Schwerpunkt der Arbeitsbeziehungen in den Entleiherbetrieb.<sup>306</sup> Der Verleiher tritt nur noch als Zahlstelle in Erscheinung, während die betriebsverfassungsrechtlich relevanten Maßnahmen fast ausschließlich vom Entleiher vorgenommen werden.<sup>307</sup> Die Identifikation des einzelnen Leiharbeiters mit dem Betrieb und seiner Belegschaft geht mit der Überlassungsdauer einher.

Vor diesem Hintergrund ist nicht nachvollziehbar, warum Leiharbeiter im Falle langfristig angelegter Überlassung zwar den Betriebsrat wählen, aber im übrigen nicht zur Belegschaft des Betriebes gehören sollen.<sup>308</sup> Der veränderten Gesetzeslage muss dadurch Rechnung getragen werden, dass Leiharbeitern, sofern sie langfristig überlassen werden, auch im Entleiherbetrieb die Betriebszugehörigkeit zugestanden wird.<sup>309</sup> Als zeitliche Zäsur bietet sich hier die vom Gesetzgeber für das aktive Wahlrecht vorgesehene Überlassungsdauer von drei Monaten an.

---

<sup>305</sup> Vgl. Schüren RdA 2004, 184 (185).

<sup>306</sup> Vgl. Rütters/Bakker ZfA 1990, 245 (310).

<sup>307</sup> Hamann NZA 2003, 526 (528).

<sup>308</sup> Hamann hat zutreffend darauf hingewiesen, dass bei der nun möglichen langfristigen Überlassung von Arbeitnehmern der Ausschluss des passiven Wahlrechts in § 14 AÜG unbillig erscheint. Er sieht in der gesetzlichen Regelung einen Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz (Hamann NZA 2003, 526 (529 f.)).

<sup>309</sup> Da das BAG seine Rechtsprechung inzwischen auch auf nichtgewerbsmäßige und konzerninterne Arbeitnehmerüberlassung ausgeweitet hat (vgl. BAG v. 10. 3. 2004 NZA 2003, 526), ist von einer Änderung der Rechtsprechung nicht auszugehen.

### **eee) Berücksichtigung im Rahmen betriebsverfassungsrechtlicher Schwellenwerte**

Damit ist auch die von der Betriebszugehörigkeit abhängige Folgefrage, ob Leiharbeitnehmer berücksichtigt werden, soweit in betriebsverfassungsrechtlichen Vorschriften auf die Anzahl betriebszugehöriger Arbeitnehmer abgestellt wird, positiv zu beantworten.

Die Frage des Zählwerts von Leiharbeitnehmern spielt insbesondere bei der Ermittlung der Betriebsratsgröße nach § 9 BetrVG eine Rolle und ist für Betriebsrat und Unternehmen von gleichermaßen praktischer Bedeutung. Auf der einen Seite hängt hiervon die Effektivität der Interessenvertretung ab: Je größer die Zahl der Betriebsräte ist, desto wirksamer kann der Betriebsrat die Interessen der Arbeitnehmer wahrnehmen. Auf der anderen Seite stellt die Betriebsratsgröße auch eine Kostenfrage dar: Je größer der Betriebsrat ist, desto größer ist auch die finanzielle Belastung für das Unternehmen.

§ 9 BetrVG knüpft die Anzahl der Betriebsräte an die Zahl der betriebszugehörigen Arbeitnehmer. Damit wird sichergestellt, dass die Zahl der Betriebsratsmitglieder in einem angemessenen Verhältnis zur Belegschaftsgröße steht. Zählen Leiharbeitnehmer bei der Berechnung nicht mit, entspricht die Betriebsratsgröße nicht der Arbeitnehmerzahl, die tatsächlich zu betreuen ist.

Die Konsequenz der fehlenden Einbeziehung von Leiharbeitnehmern soll an einem Beispiel veranschaulicht werden: Sind in einem Betrieb 21 Arbeitnehmer beschäftigt, von denen fünf Stammarbeitnehmer und 16 Leiharbeitnehmer sind, so besteht der Betriebsrat lediglich aus einer Person, soweit ausschließlich auf die Stammelegschaft abgestellt wird. Werden indes die Leiharbeitnehmer in die Berechnung miteinbezogen, ergibt sich eine Betriebsratsstärke von drei Personen, also das dreifache!

Soweit von der Gegenansicht vorgebracht wird, der Bedarf an Interessenvertretung sei bei Leiharbeitnehmern geringer als bei Angehörigen



der Stammebelegschaft, so dass eine Berücksichtigung bei der Ermittlung der Betriebsratsgröße nicht erforderlich sei, kann dem nicht zugestimmt werden. Bildet die Gruppe wahlberechtigter Leiharbeitnehmer lediglich einen kleinen Teil der im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer, mag deren Nichtberücksichtigung bei der Ermittlung der Betriebsratsgröße nicht weiter ins Gewicht fallen.

Anders ist es jedoch, wenn die Gruppe wahlberechtigter Leiharbeitnehmer einen erheblichen Teil der Belegschaft ausmacht. Es darf nicht übersehen werden, dass sich ein beträchtlicher Teil der vom Betriebsrat wahrzunehmenden Mitbestimmungsrechte auf das Weisungsrecht des Entleihers bezieht. Der damit im Zusammenhang stehende Arbeitsaufwand, den der Betriebsrat für Leiharbeitnehmer zu leisten hat, steht dem für die Stammebelegschaft zu leistenden Arbeitsaufwand in nichts nach. Im Gegenteil: Der Einsatz von Leiharbeitnehmern im Beschäftigungsbetrieb birgt erhebliches Konfliktpotential. Der Beginn der Arbeit in einer fremden Umgebung, der nicht auf eigener Entscheidung beruht, kann zu Reibungen führen, die mehr Probleme verursachen als der Arbeitsbeginn eines Stammarbeitnehmers.<sup>310</sup>

Soweit Leiharbeitnehmer in großen Umfang Arbeitsplätze besetzen, die ursprünglich der Stammebelegschaft zugewiesen waren, gibt es überdies einen zusätzlichen eigenen gruppenspezifischen Regelungs- und Mitbestimmungsbedarf.<sup>311</sup>

Hinzu kommt, dass Leiharbeitnehmer den Betriebsrat in vielfacher Weise in Anspruch nehmen können. Sie sind berechtigt, die Sprechstunde des Betriebsrats zu besuchen, an Betriebsversammlungen teilzunehmen und die Individualrechte nach § 81 ff. BetrVG einschließlich des Beschwerderechts wahrzunehmen.

---

<sup>310</sup> Vgl. dazu Däubler AuR 2004, 81 (82).

<sup>311</sup> Zutreffend Schüren RdA 2004, 184 (187).

Vor diesem Hintergrund vermag die Behauptung, die Belastung des Betriebsrats steige nicht an, wenn Leiharbeitnehmer in erheblichen Umfang neu eingestellt werden, nicht überzeugen. Die Versagung des Zählwerts von Leiharbeitnehmern kann dazu führen, dass der tatsächlich zu bewältigende Arbeitsaufwand durch den kleineren Betriebsrat auf Dauer nicht hinreichend erledigt werden kann.

Demgegenüber wird durch eine Berücksichtigung von Leiharbeitnehmern bei der Ermittlung der Betriebsratsgröße ein die Effektivität der Betriebsratsarbeit beeinträchtigendes Mißverhältnis zwischen Arbeitsaufwand und Betriebsratsgröße vermieden.

### **3. Ergebnis**

Nach der bisherigen Untersuchung kann folgendes festgehalten werden: Gewerbsmäßig überlassene Arbeitnehmer sind nicht nur im Betrieb ihres Vertragsarbeitgebers, dem Verleiher, betriebszugehörig; unter den Voraussetzungen des § 7 S. 2 gehören sie ebenso zur Belegschaft des Entleiherbetriebes. Sie sind dort aktiv wahlberechtigt und zählen mit, wenn es um die Ermittlung der Betriebsratsgröße geht. Eine Einschränkung gilt nur für das passive Wahlrecht. Wegen § 14 Abs. 2 AÜG sind Leiharbeitnehmer im Entleiherbetrieb nicht wählbar.

Die anfangs aufgeworfene Frage, ob es für die rechtliche Komponente der Betriebszugehörigkeit stets eines Arbeitsverhältnisses zum Betriebsinhaber bedarf, ist damit zu verneinen. Auf das Erfordernis des Arbeitsvertrages ist zu verzichten, wenn ein Arbeitnehmer von seinem Arbeitgeber langfristig einem anderen Arbeitgeber zur Arbeitsleistung in dessen Betrieb überlassen wird. In diesem Fall ist für die rechtliche Komponente der Betriebszugehörigkeit aus Schutzzweckerwägungen lediglich ein arbeitsrechtliches Weisungsverhältnis zu verlangen, da die Aufteilung der Arbeitgeberfunktionen eine Zuordnung des überlassenen Arbeitnehmers zum Betrieb des Entleihers gebietet.

Ob sich die hier aufgestellten Maßstäbe auch auf die unerlaubte gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung übertragen lassen, ist im folgenden Kapitel zu behandeln.

## **II. Unerlaubte gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung**

Die gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung bedarf der Erlaubnis durch die Bundesagentur für Arbeit (vgl. § Abs. 1 S. 1 AÜG).<sup>312</sup> Betreibt ein Verleiher die Überlassung von Arbeitnehmern ohne diese nach § 1 Abs. S. 1 AÜG erforderliche Erlaubnis, so ist sowohl der Vertrag zwischen ihm und dem Entleiher als auch der Arbeitsvertrag zwischen ihm und dem Arbeitnehmer nach § 9 Nr. 1 AÜG unwirksam. In diesen Fall fingiert § 10 Abs. 1 S. 1 AÜG ein vollgültiges Arbeitsverhältnis zum Entleiher.

Angesichts dieser speziellen gesetzgeberischen Entscheidung beurteilt sich die Betriebszugehörigkeit von Arbeitnehmern, die unerlaubt gewerbsmäßig zur Arbeitsleistung in einem anderen Betrieb überlassen werden nach anderen Maßstäben als die bereits untersuchte erlaubte gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung.

Der Unterschied zwischen beiden Fallgestaltungen besteht darin, dass der Entleiher nach Eintritt der Fiktion des § 10 AÜG kraft Gesetzes alleiniger Arbeitgeber ist und infolgedessen sämtliche Arbeitgeberfunktionen allein wahrzunehmen hat. Dementsprechend fehlt es hier an der für die Arbeitnehmerüberlassung charakteristischen Aufteilung der Arbeitgeberfunktionen zwischen Vertragsarbeitgeber (Verleiher) und Beschäftigungsarbeitgeber (Entleiher).

Betriebsverfassungsrechtlich hat die umfassende Ausübung sämtlicher Arbeitgeberbefugnisse durch den Entleiher zur Folge, dass der Leihar-

---

<sup>312</sup> Vgl. Richardi § 5 Rn. 97.

beitnehmer als Arbeitnehmer des Entleihers ausschließlich dessen Betrieb zuzuordnen ist.<sup>313</sup> Wegen der Unwirksamkeit des Vertragesverhältnisses zum Verleiher (§ 9 Nr. 1 AÜG) erlischt die Betriebszugehörigkeit im Verleiherbetrieb. § 14 AÜG findet mit seinen Vorschriften über die betriebsverfassungsrechtliche Stellung von Leiharbeitnehmern wegen der fehlenden Aufspaltung der Arbeitgeberstellung keine Anwendung.<sup>314</sup>

Besondere Schwierigkeiten bereitet die Beurteilung der Betriebszugehörigkeit aber, wenn die Parteien den nach § 9 Nr. 1 AÜG unwirksamen Leiharbeitsvertrag weiter praktizieren, d. h. das Leiharbeitsverhältnis fortsetzen, obwohl es nach § 9 Nr. 1 AÜG unwirksam ist.

Hier stellt sich die Frage, ob es aus Schutzerwägungen geboten ist, in diesem Fall die für die *erlaubte* gewerbliche Arbeitnehmerüberlassung geltende Vorschrift des § 14 AÜG doch anzuwenden.

Von *Becker*<sup>315</sup> wird diesbezüglich die Auffassung vertreten, § 14 AÜG müsse solange entsprechende Anwendung finden, bis sich einer der Beteiligten auf den Unwirksamkeitsgrund des § 9 Nr. 1 AÜG beruft. Erst zu diesem Zeitpunkt sei es sach- und interessengerecht, dass die Betriebszugehörigkeit im Verleiherbetrieb erlösche und die Zugehörigkeit im Entleiherbetrieb begründet werde. Schließlich nehme der Verleiher bis zur Berufung auf den Unwirksamkeitsgrund immer noch alle arbeitsvertragsbezogenen Befugnisse wahr, wie etwa die Zahlung der Vergütung oder die Gewährung von Urlaub. Dementsprechend würde der Verleiher sowohl vom Entleiherbetriebsrat als auch vom Entleiher selbst als Vertragsarbeitgeber des Leiharbeitnehmers behandelt. Die rein faktische Aufteilung der Arbeitgeberbefugnisse zwischen Verleiher

---

<sup>313</sup> Vgl. GK-Kreutz § 7 Rn. 42; Richardi § 5 Rn. 97; MünchArbR-Joost § 304 Rn. 58 f.; MünchArbR-Marschall § 176 Rn. 66; HSWG-Brors § 7 Rn. 23; DKK-Schneider § 7 Rn. 21; DKK-Trümner § 5 Rn. 79; vgl. auch BAG 10. 2. 1977 AP Nr. 9 zu § 103 BetrVG 1972.

<sup>314</sup> Vgl. GK-Kreutz § 7 Rn. 42; Richardi § 5 Rn. 97; DKK-Trümner § 5 Rn. 79.

<sup>315</sup> Vgl. Becker AuR 1982, 369 (376 f.); Becker/Wulfgramm § 14 AÜG Rn. 23 f.; vgl. auch Schüren AÜG § 10 Rn. 74, § 14 AÜG Rn. 477 ff., der von einer doppelten Betriebszugehörigkeit ausgeht.

und Entleiher entspreche der rechtlichen Aufteilung der Arbeitgeberbefugnisse, wie sie für die erlaubte gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung charakteristisch sei. Somit sei es konsequent wie im Falle der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung § 14 AÜG anzuwenden, was zur Folge habe, dass der Leiharbeiter vollständig dem Verleiherbetrieb und partiell dem Entleiherbetrieb zugeordnet sei. Die Auffassung, dass die Betriebszugehörigkeit im Verleiherbetrieb erst bei Berufung auf den Unwirksamkeitsgrund des § 9 Nr. 1 AÜG enden soll, erklärt *Becker* damit, dass sich der Leiharbeiter aufgrund der Unwirksamkeit des Leiharbeitsverhältnisses in einem faktischen Arbeitsverhältnis zum Verleiher befinde. Für faktische Arbeitsverhältnisse sei unabhängig vom Unwirksamkeits- oder Nichtigkeitsgrund allgemein anerkannt, dass sie für die Dauer der Vollziehung wie ein wirksames Arbeitsverhältnis behandelt -und erst nach Berufung auf die Nichtigkeit für die Zukunft beendet werden.<sup>316</sup>

Dieser Argumentation ist von der h. M.<sup>317</sup> zu Recht entgegengehalten worden, dass mit der analogen Anwendung von § 14 AÜG und dem Rückgriff auf das Institut des faktischen Arbeitsverhältnisses die speziellere Norm des § 10 AÜG übergangen wird.<sup>318</sup>

Der Einwand ist berechtigt. Die analoge Anwendung von § 14 AÜG setzt u.a. ebenso wie der Rückgriff auf das faktische Arbeitsverhältnis voraus, dass das Gesetz selbst keine Regelung zur Verfügung stellt. Diese Voraussetzung ist hier aber nicht erfüllt. § 10 AÜG ordnet im Falle der unerlaubten gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung explizit die Fiktion eines Arbeitsverhältnisses mit dem Entleiher an und bildet damit eine speziellere Regelung zum Ausgleich der negativen Folgen,

---

<sup>316</sup> Vgl. *Becker* AuR 1982, 369 (376 f.).

<sup>317</sup> Vgl. BAG 30. 1. 1991 AP Nr. 8 zu § 10 AÜG; BAG NJW 1982, 1952 (1953); DKK-Trümner § 5 Rn. 79; GK-Kreutz § 7 Rn. 41; ErfK-Wank § 10 AÜG Rn. 4; Christiansen S. 120 f.

<sup>318</sup> Vgl. GK-Kreutz § 7 Rn. 42; Christiansen S. 121.

die sich aus der Unwirksamkeit des Leiharbeitsvertrages ergeben.<sup>319</sup>

Die Vorschrift des § 10 AÜG darf nicht durch den Rückgriff auf allgemeine Grundsätze umgangen werden.

Etwas anders würde nur dann gelten, wenn die vorhandene gesetzliche Regelung den Schutz des Arbeitnehmers nicht abschließend gewährleisten würde. Das ist hier jedoch nicht Fall, denn

§ 10 AÜG fingiert als Ersatz des nach § 9 Nr. 1 AÜG weggefallenen Arbeitsvertrages ein Arbeitsverhältnis mit dem Entleiher. Aufgrund dessen haftet der Entleiher dem Leiharbeitnehmer nach § 10 AÜG für seine Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis und ist ausreichend geschützt. Ein darüber hinausgehender Schutz durch die Zuerkennung eines zusätzlichen Arbeitsverhältnisses auch zum Verleiher ist weder erforderlich, noch vom Gesetzgeber gewollt, wie sich den Gesetzesmaterialien entnehmen lässt. Nach dem Willen des Gesetzgebers sollte der Entleiher im Falle einer unerlaubten Überlassung der alleinige Arbeitgeber des Arbeitnehmers sein<sup>320</sup>, ein doppeltes Arbeitsverhältnis mit zwei Schuldnern, die gleichermaßen für Verbindlichkeiten haften, war dagegen nicht gewollt.<sup>321</sup> Eines Rückgriffs auf das faktische Arbeitsverhältnis bedarf es daher nicht.

In betriebsverfassungsrechtlicher Hinsicht hat der überlassene Arbeitnehmer die Möglichkeit seine Betriebsverfassungsrechte gegenüber dem Entleiher geltend zu machen, so dass eine entsprechende Anwendung von § 14 AÜG mangels Regelungslücke ausscheidet.<sup>322</sup> Festzuhalten bleibt demnach, dass Arbeitnehmer, die von einem Verleiher gewerbsmäßig ohne die erforderliche Erlaubnis an einen Entleiher überlassen werden, selbst in den Fällen, in denen die Parteien das ille-

---

<sup>319</sup> Vgl. Gick S. 157; Christiansen S. 121.

<sup>320</sup> Vgl. Begründung zum Regierungsentwurf BT-Drucks. VI/2303 S. 14.

<sup>321</sup> Vgl. BAG v. 31. 3. 1982 NJW 1982, 1952 (1953).

<sup>322</sup> Vgl. GK-Kreutz § 7 Rn. 42.

gale Leiharbeitsverhältnis weiter fortsetzen, ausschließlich dem Entleiherbetrieb zuzuordnen sind.<sup>323</sup>

### **III. Vermutete Arbeitsvermittlung nach § 1 Abs. 2 AÜG**

Es stellt sich die Frage, wie die Betriebszugehörigkeit eines Arbeitnehmers zu beurteilen ist, wenn ein Verleiher im Rahmen der erlaubten gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung nicht die in § 3 Abs. 1 Nr. 1 – 3 AÜG umschriebenen Arbeitgeberpflichten bzw. das Arbeitgeberisiko übernimmt.

Nach § 1 Abs. 2 AÜG gilt in diesem Fall die gesetzliche Vermutung, dass statt Arbeitnehmerüberlassung Arbeitsvermittlung betrieben wird. Unter dem Begriff der Arbeitsvermittlung wird eine Tätigkeit verstanden, die – im Unterschied zur Arbeitnehmerüberlassung – darauf gerichtet ist, Arbeitssuchende mit Arbeitgebern zur Begründung von Arbeitsverhältnissen zusammenzuführen. Sind die Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 AÜG erfüllt, liegt also ein Fall vermuteter Arbeitsvermittlung vor, muss geklärt werden, welche Rechtsfolgen an den Eintritt der Vermutung geknüpft sind. Der Wortlaut der Vorschrift gibt hierzu nur wenig Auskunft. § 1 Abs. 2 AÜG besagt lediglich, dass Arbeitsvermittlung vermutet wird; lässt im übrigen aber offen, welche Konsequenzen sich hieraus ergeben.

#### **1. Rechtslage vor Streichung des § 13 AÜG**

Bis zur Aufhebung des § 13 AÜG durch Art. 63 Nr. 9 des Arbeitsförderungs-Reformgesetzes (AFRG) vom 24.03.1997<sup>324</sup> entsprach es allgemeiner Meinung, dass bei Eintritt der Vermutung kraft Gesetzes ein

---

<sup>323</sup> Anders bestimmt sich die Betriebszugehörigkeit in den Fällen des § 1 a AÜG (sog. Kollegenhilfe), bei denen es einer Erlaubnis der Bundesagentur nicht bedarf.

<sup>324</sup> (BGBl. I S. 594.)

Arbeitsverhältnis zwischen dem unerlaubt vermittelten Arbeitnehmer und dem Entleiher zustande kommt.<sup>325</sup>

Weitere Folge der Vermutung war das Erlöschen der Vertragsbeziehung zwischen Verleiher und Leiharbeiter.<sup>326</sup> Diese, dem Wortlaut des § 1 Abs. 2 AÜG nicht unmittelbar zu entnehmende Rechtsfolgen wurden aus der kumulativen Anwendung der Vorschriften der §§ 1 Abs. 2, 13 AÜG a.F. hergeleitet.<sup>327</sup> Zwar war auch in der alten Fassung des § 13 AÜG keine Rede vom Zustandekommen eines Arbeitsverhältnisses. Die Vorschrift besagte lediglich, dass ein Ausschluss arbeitsrechtlicher Ansprüche des Leiharbeitnehmers gegen den Entleiher durch Vereinbarung nicht möglich sei. Die Vorschrift wurde aber dennoch wegen ihrer systematischen Stellung und unter Verweis auf die Gesetzesbegründung als gesetzliche Fiktion eines Arbeitsverhältnisses verstanden. Dabei war anerkannt, dass sich die Fiktion sowohl auf die gewerbsmäßige wie die nichtgewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung bezog.<sup>328</sup> Als Argument für die Annahme einer Fiktion wurde angeführt, dass das AÜG in sämtlichen Fällen der unerlaubten Arbeitsvermittlung die Inanspruchnahme des Entleihers als Arbeitgeber sicherstellen wollte.<sup>329</sup>

## 2. Rechtslage nach Streichung von § 13 AÜG

Im Anschluss an die ersatzlose Streichung von § 13 AÜG durch das AFRG stellt sich die Frage, ob im Rahmen des Vermutungstatbestands weiterhin am Entstehen eines Arbeitsverhältnisses zwischen Entleiher und Leiharbeiter festzuhalten ist.

---

<sup>325</sup> Vgl. BAG v. 23. 11. 1988 DB 1989, 1572; v. 10. 2. 1977 DB 1977, 1273; zustimmend Becker/Wulfgramm AÜG 3. Auflage 1985 § 13 Rn. 6; MünchArbR-Marschall Stand 1993 § 169 Rn. 53; Ulber AÜG Stans 1998 § 1 Rn. 221.

<sup>326</sup> Vgl. BAG v. 23. 11. 1988 DB 1989, 1572; v. 10. 2. 1977 DB 1977, 1273.

<sup>327</sup> Vgl. BAG v. 23. 11. 1988 DB 1989, 1572; v. 10. 2. 1977 DB 1977, 1273.

<sup>328</sup> Vgl. BAG v. 21. 3. 1990 BB 1991 S. 275 ff.

<sup>329</sup> Vgl. BAG v. 23.11.1988 DB 1989, 1572.



Dies wird von einem Teil der Literatur bejaht.<sup>330</sup> Meinungsverschiedenheiten bestehen innerhalb dieser Strömung jedoch darüber, ob die Fiktion eines Arbeitsverhältnisses unmittelbar auf § 1 Abs. AÜG<sup>331</sup> zu stützen ist oder auf einer analogen Anwendung von § 10 AÜG beruht.<sup>332</sup>

Das BAG hat im Anschluss an *Groeger*<sup>333</sup> und *Wank*<sup>334</sup> in der grundlegenden Entscheidung vom 28. 6. 2000<sup>335</sup> die Gesetzesänderung zum Anlass genommen, seine bisherige Rechtsprechung aufzugeben.

Nach Auffassung des Gerichts wird für die Zeit nach dem 1.04. 1997 wegen der ersatzlosen Streichung von § 13 (a.F.) bei Eingreifen der Vermutung nach § 1 Abs. 2 AÜG *kein* Arbeitsverhältnis mehr zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer begründet.

Ebensowenig komme es zu einem Erlöschen des zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer bestehenden Arbeitsverhältnisses.

Das BAG begründet die Änderung seiner Rechtsprechung damit, dass mit der ersatzlosen Streichung von § 13 AÜG die gesetzliche Grundlage für die Fiktion eines Arbeitsverhältnisses weggefallen sei. Es wird die Auffassung vertreten, dass sich die Fiktion eines Arbeitsverhältnisses weder allein auf § 1 Abs. 2 AÜG stützen lasse, noch mit einer entsprechenden Anwendung des § 10 Abs. 1 S. 1 AÜG begründet werden könne.<sup>336</sup>

---

<sup>330</sup> Vgl. Feuerborn Anm. zu BAG v. 28. 6. 2000 EzA § 1 AÜG Nr. 10; Hager SAE 2000, 320; Ulber AP Nr. 3 zu § 13 AÜG; ders. in Anm. zu BAG v. 28. 6. 2000 AuR 2001, 149 (150); Mohr/Pomberg DB 2001, 590 (592); Hamann BB 1999, 1654; Schaub BB 1998, 2111; Behrend BB 2001, 2643; Bauschke NZA 2000, 1207; Düwell AuA 1997, 255; Feuerborn/Hamann DB 1997, 534.

<sup>331</sup> So Kasseler Handbuch-Düwell 4.5. Rn. 297, 299, 314, Feuerborn Anm. zu BAG v. 28. 6. 2000 EzA § 1 AÜG Nr. 10; Hager SAE 2000, 320; Hamann BB 1999, 1654; Schaub BB 1998, 2111; Ulber in Anm. zu BAG v. 28. 6. 2000 AuR 2001, 149, Behrend BB 2001, 2643.

<sup>332</sup> So Bauschke NZA 2000, 1207; Düwell AuA 1997, 255; Feuerborn/Hamann DB 1997, 2534; siehe auch Hess. LAG v. 26. 5. 2000 DB 2000, 1968.

<sup>333</sup> Vgl. DB 1998, 470.

<sup>334</sup> Vgl. ErfK-Wank 1. Auflage § 13 AÜG Rn. 3.

<sup>335</sup> Vgl. BB 2000, 2522; zustimmend: Säcker/Kühnast ZfA 2001, 117 (131); ErfK-Wank § 13 AÜG Rn. 4; Urban BB 2000, 2522; Behrend BB 2001, 2641; Boemke § 1 AÜG Rn. 155.

<sup>336</sup> Vgl. BAG v. 28. 6. 2000 BB 2000, 2522 (2523); siehe auch BAG v. 19. 3. 2003 EZA § 1 AÜG Nr. 12.

Dem BAG ist zu folgen. Bereits auf Grundlage des nun weggefallenen § 13 AÜG war die Begründung eines Arbeitsverhältnisses problematisch, da sich die Vorschrift lediglich auf den Entgeltschutz bei unerlaubter Arbeitsvermittlung bezog. § 13 AÜG a.F. hatte ausweislich seines Wortlauts nicht die Fiktion eines Arbeitsverhältnisses zum Inhalt. Nach Streichung dieser Vorschrift fehlt es gänzlich an einem Anknüpfungspunkt für eine gesetzliche Fiktion.

Soweit Teile der Literatur für die gesetzliche Fiktion nunmehr auf § 1 Abs. 2 AÜG abstellen, kann dem nicht zugestimmt werden.

§ 1 Abs. 2 AÜG kommt als Begründungstatbestand für die Fiktion eines Arbeitsverhältnisses nicht in Betracht. Der Wortlaut der Vorschrift sieht als Rechtsfolge nicht die Entstehung eines Arbeitsverhältnisses vor, sondern stellt lediglich die Vermutung auf, dass ein Verleiher Arbeitsvermittlung betreibt. Für die Annahme einer gesetzlichen Fiktion eines Arbeitsverhältnisses ist das nicht ausreichend.

Da die Fiktion eines Arbeitsverhältnisses einen tiefgreifenden Eingriff in die durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützte Vertragsfreiheit darstellt, ist eine Fiktion nur dann gerechtfertigt, wenn eine gesetzliche Bestimmung vorhanden ist, in der ein hierauf gerichteter Wille des Gesetzgebers hinreichend zum Ausdruck kommt. § 1 Abs. 2 AÜG genügt diesen Anforderungen nicht.<sup>337</sup>

Darüber hinaus steht in Zweifel, ob § 1 Abs. 2 AÜG überhaupt noch eine Bedeutung zukommt, seit der Gesetzgeber im Jahre 2002 auch die Erlaubnispflicht für private Arbeitsvermittlung aufgehoben hat (vgl. § 291 a.F.).<sup>338</sup>

Da nach § 1 Abs. 2 AÜG nunmehr eine rechtlich zulässige Tätigkeit vermutet wird, die nicht länger unter einem Erlaubnisvorbehalt steht, ist

---

<sup>337</sup> So BAG v. 28. 6. 2000 BB 2000, 2522 (2523).

<sup>338</sup> Vgl. Art. 3 Nr. 3 Gesetz zur Vereinfachung der Wahl der Arbeitnehmervertreter in den Aufsichtsrat vom 23. 3. 2002 BGBl. I S. 1130.

nicht ersichtlich, warum diese rechtlich erlaubte Tätigkeit eine arbeitsrechtliche Sanktion in Form der Fiktion eines Arbeitsverhältnisses zum Entleiher nach sich ziehen soll. Mit Recht wird daher von Teilen der Literatur die Auffassung vertreten, dass § 1 Abs. 2 AÜG nunmehr keine eigenständige Bedeutung mehr habe, und es der Gesetzgeber bisher schlicht versäumt habe, die Vorschrift zu streichen.<sup>339</sup>

Der Ansatz, die Fiktion eines Arbeitsverhältnisses zwischen Arbeitnehmer und Entleiher unmittelbar auf § 1 Abs. 2 AÜG<sup>340</sup> zu stützen, ist daher abzulehnen.

Ebenso wenig kann die Auffassung überzeugen, wonach die Fiktion eines Arbeitsverhältnisses auf einer analogen Anwendung von § 10 AÜG beruhen soll.<sup>341</sup> Die Voraussetzungen für eine entsprechende Anwendung dieser Vorschrift sind nicht erfüllt.

Zum einen ist bereits das Vorliegen einer planwidrigen Regelungslücke äußerst zweifelhaft. Der Gesetzgeber des AFRG hat im Zusammenhang mit der Streichung von § 13 AÜG keine gesetzliche Grundlage für die Fiktion eines Arbeitsverhältnisses geschaffen, gleichwohl ihm die Problematik aufgrund des Beitrages von *Düwell*<sup>342</sup> bekannt war.

Vor diesem Hintergrund kann von einer planwidrigen Regelungslücke nicht ausgegangen werden.<sup>343</sup>

Zum anderen fehlt es an der Vergleichbarkeit der Interessenlage zwischen der unerlaubten Arbeitnehmerüberlassung, um die es in § 10 AÜG geht, und der vermuteten Arbeitsvermittlung nach § 1 Abs. 2 AÜG. Nach § 10 AÜG wird ein Arbeitsverhältnis zwischen Leiharbeiter

---

<sup>339</sup> So zutreffend GK-Kreutz § 7 Rn. 41; ebenso Urban-Crell/Schulz Arbeitnehmerüberlassung und Arbeitsvermittlung Rn. Nr. 843 ff., 846, 866; Boemke AÜG § 1 Rn. 139, 154 ff.; ders. in BB 2000, 2524 (2525).

<sup>340</sup> Vgl. Kasseler Handbuch-Düwell 4.5. Rn. 297, 299, 314, Sandmann/Marschall Art. 1 § 1 Rn. 67; Feuerborn Anm. zu BAG v. 28. 6. 2000 EzA § 1 AÜG Nr. 10; Hager SAE 2000, 320; Hamann BB 1999, 1654; Schaub BB 1998, 2111; Ulber Anm. zu BAG v. 28. 6. 2000 AuR 2001, 149, Behrend BB 2001, 2643.

<sup>341</sup> So Bauschke NZA 2000, 1207; Düwell AuA 1997, 255; Feuerborn/Hamann DB 1997, 534; siehe auch Hess. LAG v. 26. 5. 2000 DB 2000, 1968.

<sup>342</sup> BB 1997, 46.

<sup>343</sup> So zutreffend Groeger DB 1998, 470 (470).

und Entleiher gesetzlich fingiert, wenn der Verleiher über eine Erlaubnis zur Überlassung von Arbeitnehmern nicht verfügt und der Arbeitsvertrag zwischen Entleiher und Arbeitnehmer aus diesem Grund nach § 9 Nr. 1 AÜG unwirksam ist.

Durch die gesetzliche Fiktion eines Arbeitsverhältnisses zum Entleiher in § 10 AÜG wird verhindert, dass der Arbeitnehmer, dessen Vertrag zum Verleiher nach § 9 Nr. 1 AÜG unwirksam ist, ganz ohne Arbeitgeber dasteht.

Bei der vermuteten Arbeitsvermittlung ist die Sachlage eine andere. Da § 9 Nr. 1 AÜG hier keine Anwendung findet, bleibt das Arbeitsverhältnis zum Verleiher auch bei Eintritt der Vermutung weiter bestehen, es bedarf deshalb keines Schutzes durch die Begründung eines weiteren Arbeitsverhältnisses mit dem Entleiher.<sup>344</sup>

### **3. Ergebnis**

Im Ergebnis kann daher festgehalten werden, dass sich in den Fällen vermuteter Arbeitsvermittlung seit der Streichung von § 13 AÜG weder aus § 1 Abs. 2 AÜG noch aus einer analogen Anwendung von § 10 AÜG die Fiktion eines Arbeitsverhältnisses zum Entleiher ableiten lässt.

Aus der Erfüllung des Vermutungstatbestands ergeben sich deshalb im Hinblick auf die Betriebszugehörigkeit von Leiharbeitnehmern keine Besonderheiten. Die Stellung der Leiharbeitnehmer richtet sich nach den für die gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung aufgestellten Grundsätzen.

## **IV. Nichtgewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung**

Den Gegenstand der Untersuchung bildete bisher die Betriebszugehörigkeit gewerbsmäßig überlassener Arbeitnehmer. Davon zu unter-

scheiden ist die nichtgewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung (sog. echte Leiharbeit).

Im folgenden ist zu überprüfen, inwieweit sich die bisher zur gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung getroffenen Feststellungen auf die nunmehr zu behandelnde echte Leiharbeit übertragen lassen. Dabei ist der Blick zunächst auf die Unterschiede zwischen beiden Überlassungsarten zu richten.

Der Anwendungsbereich des AÜG bezieht sich nur auf gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung. Damit ist § 14 AÜG auf echte Leiharbeitsverhältnisse zumindest unmittelbar nicht anwendbar.

Im übrigen unterscheiden sich gewerbsmäßige und nichtgewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung schlicht durch das Merkmal der Gewerbsmäßigkeit: Gewerbsmäßig ist die Arbeitnehmerüberlassung, wenn der Verleiher den Arbeitnehmer gerade zu dem Zwecke unter Vertrag nimmt, ihn entgeltlich Dritten zu Verfügung zu stellen.

Demgegenüber kennzeichnet die echte Leiharbeit, dass die Arbeitnehmer im Regelfall ihre Arbeit im Betrieb des Verleihers erbringen und nur aufgrund einer Ausnahmesituation an den Entleiher zur Arbeitsleistung in dessen Betrieb überlassen werden, ohne dass der Verleiher mit der Überlassung eine Gewinnerzielungsabsicht verfolgt.<sup>345</sup>

Zu denken ist etwa an eine Überlassung wegen Arbeitsmangel im Verleiherbetrieb, wegen einer Mehrbelastung bzw. wegen eines Ausfalles von Stammpersonal im Entleiherbetrieb oder an die Überlassung zur Vermittlung besonderer Kenntnisse, wie z. B. bei der Einarbeitung in die Handhabung eines neuen EDV Systems.

Die häufigste Fallgestaltung nichtgewerbsmäßiger Arbeitnehmerüberlassung bildet in der Praxis die konzerninterne Arbeitnehmerüberlassung. Diese wird an anderer Stelle der Arbeit noch gesondert angesprochen.

---

<sup>344</sup> Vgl. Groeger DB 1998, 470 (471).

<sup>345</sup> Vgl. dazu AR-Blattei-Boemke SD 540 Rn. 28 und BAG v. 15. 4. 1999 DB 1999, 2315.

## 1. Betriebsverfassungsrechtliche Zuordnung

Die Frage nach der betriebsverfassungsrechtlichen Einordnung nicht-gewerbsmäßig überlassener Arbeitnehmer ist in Rechtsprechung und Literatur umstritten. Das Meinungsspektrum reicht von der ausschließlichen Betriebszugehörigkeit im Verleiherbetrieb bis zur ausschließlichen Zuordnung zum Entleiherbetrieb:

Das BAG und Teile der Literatur vertreten die Ansicht, § 14 AÜG sei auf die nichtgewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung entsprechend anwendbar, so dass Leiharbeiter aufgrund dessen ausschließlich dem Verleiherbetrieb zuzuordnen sind.<sup>346</sup>

Andere Stimmen differenzieren nach der Überlassungsdauer.<sup>347</sup> Bei einer nur kurzfristigen Überlassung wird eine alleinige Betriebszugehörigkeit im Verleiherbetrieb angenommen. Bei langfristiger Überlassung erkennen einige Autoren<sup>348</sup> innerhalb dieser Strömung eine doppelte Betriebszugehörigkeit sowohl zum Verleiher- als auch zum Entleiherbetrieb an, während andere<sup>349</sup> in diesem Falle eine ausschließliche Zuordnung zum Entleiherbetrieb vornehmen wollen.

Überdies wird von einigen Autoren - unabhängig von der Überlassungsdauer - eine doppelte Betriebszugehörigkeit zu beiden Betrieben angenommen.<sup>350</sup>

---

<sup>346</sup> Vgl. BAG v. 20. 3. 2000 EzA Nr. 4 zu § 14 AÜG; v. 18. 1. 1989 AP Nr. 2 zu § 14 AÜG, v. 28. 9. 1988 NZA 1989, 358; Becker AuR 1982, 369 (378); Becker/Kreikebaum S. 45; Becker/Wulfgramm Art. 1 § 14 Rn. 13 u. 20; Stege/Weinspach § 7 Rn. 7; Bulla DB 1975, 1795 (1796); Hantl-Unthan § 5 Rn. 9; MünchArbR-Marschall § 172 Rn. 48; Sandmann/Marschall Art. 1 § 14 Rn. 2; Schaub § 120 Rn. 95; Oetker DB 1985, 1739 (1740); Ulber AÜG § 14 Rn. 4; GK-Kreutz § 7 Rn. 46.

<sup>347</sup> Vgl. Rütters/Bakker ZfA 1990, 245, (309 f.); Richardi § 5 Rn. 100; Richardi-Thüsing § 7 Rn. 11; Windbichler S. 278 (280). H/S/W/G § 7 Rn. 24.

<sup>348</sup> Vgl. Rütters/Bakker ZfA 1990, 245 (309 ff.); HSWG § 7 Rn. 24.

<sup>349</sup> Vgl. Richardi § 5 Rn. 100; Richardi-Thüsing § 7 Rn. 11; Windbichler S. 278 (280).

<sup>350</sup> Vgl. DKK-Trümner § 5 Rn. 85; Fitting § 5 Rn. 218; Christiansen S. 124; GL § 5 Rn. 10 f.; Heinze ZfA 1976, 183 (211 f.).

Zwar können die rechtlichen Gestaltungen der echten Leiharbeit höchst unterschiedlich ausfallen. Regelmäßig wird jedoch die bloße Übertragung des arbeitsrechtlichen Weisungsrechts vereinbart.<sup>351</sup> Ist dies der Fall, unterscheidet sich die Situation betriebsverfassungsrechtlich nicht von der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung. Wie bei der gewerbsmäßigen Überlassung besteht auch bei der echten Leiharbeit nur zum Verleiher eine arbeitsvertragliche Beziehung. Im Betrieb des Entleihers erbringt der Leiharbeitnehmer seine Arbeitsleistung und unterliegt dem vom Entleiher ausgeübten arbeitsrechtlichen Weisungsrecht. Die für die gewerbsmäßige Überlassung typische Aufspaltung der Arbeitgeberstellung zwischen Verleiher und Entleiher findet sich deshalb auch hier. Ob ein Verleiher gewerbsmäßig oder nicht gewerbsmäßig handelt, ist für die betriebsverfassungsrechtliche Stellung des Leiharbeitnehmers somit unbeachtlich. In beiden Fällen unterliegt der Leiharbeitnehmer den Weisungen des Entleihers und muss deshalb auch in dessen Betrieb von einem Betriebsrat repräsentiert werden. Wegen der identischen Interessenlage ist es daher sachgerecht, die zur gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung entwickelten Grundsätze auf die nichtgewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung zu übertragen.<sup>352</sup>

#### **a) Betriebsverfassungsrechtliche Stellung im Entleiherbetrieb**

Im Hinblick auf den Entleiherbetrieb bedeutet das: Entgegen der Auffassung des BAG und der ihm folgenden Literaturstimmen sind echte Leiharbeitnehmer zu den Belegschaftsangehörigen dieses Betriebes zu zählen, sofern sie dort länger als drei Monate eingesetzt werden sollen.

---

<sup>351</sup> Vgl. Rütters/Bakker ZfA 1990, 245 (311).

<sup>352</sup> Vgl. hierzu die Ausführungen zur gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung ab S. ....

Soweit das BAG Leiharbeitnehmern die Betriebszugehörigkeit im Entleiherbetrieb versagen will<sup>353</sup>, kann dem lediglich im Hinblick auf kurzzeitige Überlassungen zugestimmt werden.

#### **aa) Kurzzeitiger Einsatz im Entleiherbetrieb**

Bei kurzzeitigen Einsätzen ist eine Repräsentation der Leiharbeitnehmer im Einsatzbetrieb nicht zweckmäßig und nicht erforderlich. Wegen der nur kurzen Verweildauer in den wechselnden Einsatzbetrieben hängt es vom Zufall ab, in welchem Betrieb der Arbeitnehmer gerade sein Wahlrecht ausübt.<sup>354</sup> Die überlassenen Arbeitnehmer werden, wenn sie nur einige Tage oder Wochen im Fremdbetrieb beschäftigt sind, kein Interesse daran haben, sich in diesem Betrieb besonders einzubringen. Aufgrund des absehbaren Zeitraums ihres Einsatzes verbleibt es regelmäßig bei einem eher oberflächlichem Kontakt zur übrigen Belegschaft und dem Betriebsrat. Dementsprechend ist die Identifikation mit dem jeweiligen Einsatzbetrieb gering. Der Schwerpunkt der betriebsverfassungsrechtlichen Beziehungen bleibt im Betrieb des Verleihers, in den die Leiharbeitnehmer in regelmäßigen Abständen zurückkehren.<sup>355</sup>

Für den Bereich kurzzeitiger Überlassungen kann daher der Rechtsprechungsauffassung gefolgt werden, nach der Leiharbeitnehmer im Entleiherbetrieb nicht zur Belegschaft gehören.

#### **bb) Langfristiger Einsatz im Entleiherbetrieb**

Die Auffassung des BAG, nichtgewerbsmäßige Leiharbeitnehmer darüber hinaus auch bei langfristiger Überlassung von der Betriebszugehörigkeit auszunehmen, ist hingegen weniger überzeugend.

---

<sup>353</sup> Vgl. BAG v. 18. 1. 1989 AP Nr. 2 zu § 14 AÜG.

<sup>354</sup> Vgl. Säcker/Joost S. 54; Windbichler S. 280.

<sup>355</sup> Vgl. Rütters/Bakker ZfA 1990, 245 (310).



Bei langfristiger Überlassung ist eine Zugehörigkeit echter Leiharbeiter zur Belegschaft des Entleiherbetriebes zu bejahen.<sup>356</sup>

Soweit das BAG<sup>357</sup> § 14 AÜG unabhängig von der Überlassungsdauer analog anwendet und dessen Abs. 1 AÜG die Aussage entnimmt, dass Leiharbeiter nicht zur Belegschaft des Entleiherbetriebes gehören sowie bei den betriebsverfassungsrechtlichen Schwellenwerten nicht mitzählen, muss dem ebenso wie der analoge Anwendung von § 14 Abs. 2 AÜG auf langfristige Überlassungen widersprochen werden.

Zum einen ist dem Wortlaut des § 14 Abs. 1 AÜG ein Ausschluss der Betriebszugehörigkeit von Leiharbeitern im Entleiherbetrieb keinesfalls zu entnehmen. Wie bereits im Rahmen der Untersuchung zur gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung festgestellt wurde, ist aus § 14 AÜG lediglich auf die Betriebszugehörigkeit im Verleiherbetrieb zu schließen. Eine weitergehende Aussage zur Frage der Betriebszugehörigkeit im Entleiherbetrieb enthält § 14 Abs. 1 AÜG nicht. Die Vorschrift steht deshalb einer Betriebszugehörigkeit im Entleiherbetrieb nicht entgegen.

Einwände bestehen zum anderen gegen einen Ausschluss des passiven Wahlrechts. Als die Vorschrift 1981 geschaffen wurde, war die gewerbsmäßige Überlassung von Leiharbeitern zeitlich noch auf eine Überlassungshöchstdauer begrenzt (vgl. Art. 1 § 3 Ab. 1 Nr. 6 AÜG a.F.). § 14 AÜG bezieht sich seinem Ursprung nach deshalb nur auf kurzfristige Überlassungen.<sup>358</sup> Eine analoge Anwendung auf langfristige Überlassungen ist deshalb nicht ohne weiteres möglich. Unter Berücksichtigung des Normzwecks des BetrVG lässt sich die Versagung des passiven Wahlrechts bei langfristiger Überlassung jedenfalls kaum rechtfertigen. Mit dem „Besucherstatus“, den kurzfristig überlassene Arbeitnehmer im Entleiherbetrieb einnehmen, ist die Situation

---

<sup>356</sup> Ebenso Rütters/Bakker ZfA 1990, 245 (310); Fitting § 5 Rn. 117; HSWG § 7 Rn. 24.

<sup>357</sup> Vgl. BAG v. 20. 8. 2004 DB 2004, 1836 m.w.N.

<sup>358</sup> Siehe hierzu BT-Drucks. 9/847 S. 9.

langfristig im Entleiherbetrieb beschäftigter Arbeitnehmer nicht vergleichbar. Je länger die Überlassung andauert, umso mehr bilden Leiharbeiter und Stammbesellschaft eine einheitliche Belegschaft. Wegen der langfristigen Eingliederung in den Betrieb lassen sie sich kaum noch von den Stammarbeitnehmern mit Arbeitsvertrag zum Betriebsinhaber unterscheiden. Sie arbeiten dort „Hand in Hand“ mit der Stammbesellschaft und unterliegen wie diese den Weisungen des Betriebsinhabers. Mit der Dauer der Beschäftigung wächst die Identifikation mit dem Einsatzbetrieb und dessen Belegschaft. Zudem resultiert aus der langfristigen Eingliederung in den Einsatzbetrieb ein Interesse der Leiharbeiter, Betriebsverfassungsrechte ebenso umfassend wie die Stammarbeiter wahrzunehmen. Hierzu gehört vor allem das Recht, einen Vertreter aus den eigenen Reihen in den Betriebsrat zu wählen sowie sich selbst als Kandidat für die Betriebsratswahl aufstellen zu lassen.

Diesem nachvollziehbaren Bedürfnis nach einer umfassenden Integration in den Betrieb des Entleihers steht kein überzeugender Versagungsgrund gegenüber. Weder ist ein berechtigtes Interesse des Entleihers begründbar, Leiharbeiter von der Teilhabe an der betrieblichen Mitbestimmung auszuschließen, noch stehen die Interessen der Stammbesellschaft einer Integration entgegen.<sup>359</sup> Es widerspricht deshalb Sinn und Zweck des BetrVG, einem dauerhaft in den Betrieb integrierten Arbeitnehmer nur deshalb die Zugehörigkeit zur Belegschaft – und damit verbunden die Wählbarkeit im Entleiherbetrieb – zu verwehren, weil er zu dem Betriebsinhaber des Betriebes, in dem er beschäftigt ist, nicht in einem Arbeitsverhältnis steht.<sup>360</sup> Die fehlende individualvertragliche Bindung tritt gegenüber der dauerhaften Eingliederung in den Hintergrund.<sup>361</sup> Aus diesem Grund ist eine analoge Anwendung von

---

<sup>359</sup> Vgl. Windbichler S. 281.

<sup>360</sup> Vgl. Windbichler S. 281.

<sup>361</sup> Vgl. Windbichler S. 281.

§ 14 Abs. 2 AÜG abzulehnen und das passive Wahlrecht langfristig überlassener Arbeitnehmer im Entleiherbetrieb zu bejahen.

### **cc) Abgrenzung kurzzeitige und langfristige Einsätze**

In der Vergangenheit wurde zur Abgrenzung von kurz- und langfristiger Überlassung teils an die Überlassungshöchstdauer in § 3 Abs. 1 Nr. 6 AÜG a. F., teils an die Zwölf-Monats-Grenze in § 1 Abs. 2 a.F. angeknüpft.<sup>362</sup> Diese Ansätze sind aufgrund der zum 1. 1. 2004 geänderten Rechtslage heute überholt. Die Orientierung an § Abs. 1 Nr. 6 AÜG a.F., also länger als zwölf Monate, ist mit Wegfall der zeitlichen Beschränkung der Arbeitnehmerüberlassung ebenso wenig möglich wie die Berufung auf die inzwischen nicht mehr existente Zwölf-Monats-Grenze des § 1 Abs. 2 AÜG a.F. Nach der hier vertretenen Auffassung ist die zeitliche Zäsur für die Unterscheidung von kurz- und langfristiger Überlassung wie im Falle gewerbsmäßiger Arbeitnehmerüberlassung entsprechend der Vorschrift des § 7 S. 2 BetrVG bei einer Überlassungsdauer von drei Monaten zu setzen.

Die für das aktive Wahlrecht geltende Drei-Monats-Grenze in § 7 S. 2 BetrVG kann auch im Hinblick auf echte Leiharbeitsverhältnisse für die Abgrenzung betriebszugehöriger Leiharbeitnehmer herangezogen werden. Der Anwendungsbereich der Vorschrift ist nicht auf gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung beschränkt. Nach der amtlichen Begründung des Regierungsentwurfs, soll die Wahlberechtigung zwar „insbesondere Leiharbeitnehmern i.S. des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes“ zugute kommen.<sup>363</sup> Dies schließt eine Einbeziehung echter Leiharbeitsverhältnisse in den Anwendungsbereich des § 7 S. 2 BetrVG aber nicht aus.

Der § 7 S. 2 BetrVG spricht allgemein von „zur Arbeitsleistung überlassenen Arbeitnehmern“. Zur Arbeitsleistung überlassen sind Arbeitneh-

---

<sup>362</sup> Vgl. GK-Kreutz § 7 Rn. 43 f (7. Auflage).

<sup>363</sup> Vgl. BT-Drucks. 14/5741 S. 36.

mer, wenn sie in den Einsatzbetrieb derart eingegliedert sind, dass sie dem Weisungsrecht des Betriebsinhabers unterfallen.<sup>364</sup> Da dieses Kriterium auf echte Leiharbeitnehmer zutrifft, entspricht es einhelliger Meinung, dass auch sie nach § 7 S. 2 BetrVG im Entleiherbetrieb aktiv wahlberechtigt sind.<sup>365</sup> Im Hinblick auf die Heranziehung dieser Vorschrift bestehen daher keine Bedenken.

### **b) Betriebsverfassungsrechtliche Stellung im Verleiherbetrieb**

Es bleibt noch die Frage nach der betriebsverfassungsrechtlichen Stellung echter Leiharbeitnehmer im Verleiherbetrieb anzusprechen. Da die Regelung des § 14 Abs. 1 AÜG, nach welcher Leiharbeitnehmer auch während ihrer Tätigkeit im Entleiherbetrieb noch zur Belegschaft des Verleiherbetriebes gehören, auf echte Leiharbeitsverhältnisse nicht unmittelbar anwendbar ist, fragt es sich, ob die Betriebszugehörigkeit auch im Falle echter Leiharbeit aufrechterhalten bleibt.

Dies wird von einer Meinung im Schrifttum mit der Begründung verneint, dass die Betriebszugehörigkeit im Verleiherbetrieb bei längerer Überlassung erlösche, weil dort keine Arbeitsleistung mehr erbracht werde.<sup>366</sup> Da die Arbeitsleistung ausschließlich dem im Entleiherbetrieb verfolgten Zweck diene, fehle es an den entscheidenden Voraussetzungen für eine Zugehörigkeit zur arbeitstechnischen Organisationseinheit des Betriebes des Vertragsarbeitgebers.<sup>367</sup>

Diese Argumentation überzeugt nicht. Es mag zutreffen, dass echte Leiharbeitnehmer während ihrer Beschäftigung im Entleiherbetrieb nicht den Zweck des Betriebes des Vertragsarbeitgebers verfolgen. Wie bereits bei der Untersuchung des Betriebsbegriffs ausgeführt

---

<sup>364</sup> Vgl. amtl. Begründung zum BetrVerf-ReformG BT- Drucks. 14/5741 S. 36.

<sup>365</sup> Allgemeine Meinung vgl. nur Brors NZA 2002, 123 (125); Däubler ArbuR 2001, 285 (286); ders. AiB 2001, 684 (685 f.); Deweder RdA 2003, 275; Fitting § 7 Rn. 41; Konzen RdA 2001, 76 (83); Lindemann/Simon NZA 2002, 365 (376); Schüren § 14 Rn. 417.

<sup>366</sup> Vgl. Richardi NZA 1987, 145 (147); ähnlich Richardi-Thüsing § 7 Rn. 11; Windbichler S. 278, 280 f.

wurde, kommt es darauf aber im betriebsverfassungsrechtlichen Zusammenhang gar nicht an. Die arbeitstechnische Zwecksetzung ist als Abgrenzungsmerkmal für den Betriebsbegriff nicht brauchbar. Um Wiederholungen zu vermeiden, ist diesbezüglich auf die zum Betriebsbegriff gemachten Ausführungen zu verweisen.<sup>368</sup>

Auf Grundlage des hier vertretenen Betriebsbegriffes ist für die betriebliche Zuordnung nicht die arbeitstechnische Zweckverfolgung entscheidend, sondern vielmehr ausschlaggebend, wo die für die Mitbestimmung des Betriebsrats relevanten Entscheidungen getroffen werden.<sup>369</sup>

Die Gegenansicht verkennt, dass der Verleiher auch noch während des Einsatzes im Entleiherbetrieb Entscheidungen hinsichtlich derjenigen Angelegenheiten trifft, die den Arbeitsvertrag betreffen (z.B. Entgelt, Urlaub, Kündigung). Als Vertragsarbeitgeber bestimmt der Verleiher zudem über Dauer und Ort des Einsatzes.<sup>370</sup> Er setzt die Rahmenbedingungen für den Einsatz und bleibt nach wie vor zuständig für alle Entscheidungen, die das arbeitsrechtliche Grundverhältnis betreffen.<sup>371</sup>

Solange der Vertragsarbeitgeber noch über die das Arbeitsverhältnis betreffenden Fragen entscheidet, reicht es nicht aus, wenn nur der Betriebsrat des Entleiherbetriebs die zur Arbeitsleistung überlassenen Arbeitnehmer repräsentiert. Der Entleiherbetriebsrat ist lediglich für Fragen der Arbeitsdurchführung zuständig.

In den Fragen des arbeitsrechtlichen Grundverhältnisses muss deshalb der Verleiherbetriebsrat die Belange der Leiharbeitnehmer gegenüber dem Verleiher vertreten, damit die Mitbestimmungs- und Mitwirkungsrechte des Betriebsrats in diesem Betrieb nicht ins Leere gehen.

---

<sup>367</sup> Vgl. Richardi-Thüsing § 7 Rn. 11; Zeuner in Festschrift für Hilger/Stumpf S. 775.

<sup>368</sup> Siehe S.

<sup>369</sup> Vgl. AR-Blattei-Boemke SD 540 Rn. 33.

<sup>370</sup> Vgl. AR-Blattei-Boemke SD 540 Rn. 37; Becker/Wulfgramm AÜG § 1 Rn. 60; Rütters/Bakker ZfA 1990, 245 (276).

<sup>371</sup> Vgl. Erdlenbruch S. 54; Gick S. 82; Konzen ZfA 1982, 259 (280 f.); Rütters/Bakker ZfA 1990, 245 (312 f.); Christiansen S. 115.

Vor diesem Hintergrund muss die Betriebszugehörigkeit im Verleiherbetrieb während der Beschäftigung im Betrieb des Entleihers fortbestehen.

## 2. Ergebnis

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die für die gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung aufgestellten Maßstäbe bis auf eine Ausnahme auch für die echte Leiharbeit zur Anwendung kommen.

Echte Leiharbeitnehmer sind im Entleiherbetrieb betriebszugehörig, soweit sie die Voraussetzungen des § 7 S. 2 BetrVG erfüllen, d.h. soweit sie in diesem Betrieb länger als drei Monate zur Arbeitsleistung eingesetzt werden.

Im Unterschied zu gewerbsmäßig überlassenen Arbeitnehmern sind sie im Entleiherbetrieb darüber hinaus auch wählbar, da die das passive Wahlrecht ausschließende Bestimmung des § 14 AÜG nach der hier vertretenen Auffassung auf echte Leiharbeitsverhältnisse nicht analog anzuwenden ist.

Zugleich bleiben echte Leiharbeitnehmer ebenso wie gewerbsmäßig überlassene Arbeitnehmer auch während ihres Einsatzes im Entleiherbetrieb Angehörige des entsendenden Betriebes (doppelte Betriebszugehörigkeit), solange der Verleiher noch Entscheidungen trifft, die das arbeitsrechtliche Grundverhältnis betreffen.

## V. Konzerninterne Arbeitnehmerüberlassung

Bei der konzerninternen Arbeitnehmerüberlassung, die teilweise auch als Konzernleihe bezeichnet wird<sup>372</sup>, hat der Arbeitnehmer im Wege der Abordnung die aus dem Stammarbeitsvertrag geschuldete Leistung bei einem anderen Unternehmen des Konzerns zu erbringen.<sup>373</sup>

---

<sup>372</sup> Vgl. Windbichler S. 277 f.

<sup>373</sup> Vgl. Fitting § 7 Rn. 43.

Wie bei anderen Erscheinungsformen der Arbeitnehmerüberlassung auch erhält der Entleiher vom Vertragsarbeitgeber die Befugnis zur Ausübung des Weisungsrechts.<sup>374</sup> Die Besonderheit gegenüber anderen Formen der Überlassung besteht allein darin, dass der Austausch und die Entsendung von Arbeitnehmern zwischen verschiedenen Unternehmen eines Konzerns stattfinden. Bei derartigen Abordnungen werden die Arbeitsverträge oft mit dem herrschenden Unternehmen geschlossen, die Beschäftigung wird sodann in einem abhängigen Unternehmen vollzogen.<sup>375</sup> Typische Fälle der Konzernleihe sind die Abordnung für bestimmte Projekte oder der Einsatz von Spezialkräften, die im Rahmen einer organisatorischen Dauerlösung als Springer eingesetzt werden.

## **1. Betriebszugehörigkeit bei „vorübergehender“ Überlassung**

### **a) Anwendbarkeit von § 14 AÜG**

Eine ausdrückliche gesetzliche Regelung zur Frage der Betriebszugehörigkeit von konzernintern überlassenen Arbeitnehmern findet sich nicht. Wie bei den übrigen Formen der Arbeitnehmerüberlassung stellt sich auch hier die Frage, ob § 14 AÜG Anwendung findet. Erst dann kann beantwortet werden, ob sich die bisher für die anderen Formen der Überlassung aufgestellten Grundsätze übertragen lassen.

Die Beantwortung der Frage nach der Anwendbarkeit von § 14 AÜG ist wegen der Vorschrift des § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG nicht unproblematisch. § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG besagt, dass das AÜG bis auf einige in der Vorschrift genannten Ausnahmen auf die Arbeitnehmerüberlassung zwischen Konzernunternehmen bei einer nur „vorübergehenden“ Überlassung keine Anwendung findet. Nach dem unmissverständlichen Wortlaut werden vorübergehende Arbeitnehmerüberlassungen also aus dem Geltungsbereich des AÜG ausgenommen.

---

<sup>374</sup> Vgl. Windbichler S. 78 ff.; Fitting § 7 Rn. 43.

<sup>375</sup> Vgl. DKK-Trümner § 5 Rn. 88.

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob überhaupt noch Raum für eine Anwendung des § 14 AÜG bleibt.

Vom BAG wird dies verneint.<sup>376</sup> Zwar sei § 14 AÜG grundsätzlich auf die gesetzlich nicht geregelten Erscheinungsformen der nicht gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung entsprechend anwendbar. Die vorübergehende konzerninterne Arbeitnehmerüberlassung sei aber vom Geltungsbereich des AÜG wegen § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG ausgeschlossen. Deshalb könne § 14 AÜG keine Anwendung finden.<sup>377</sup>

*Richardi* bejaht demgegenüber die Anwendbarkeit von § 14 AÜG mit dem Argument, dass die Konzernklausel ihrem Sinn und Zweck nach nur die vermittlungs- und gewerberechtlichen Vorschriften, nicht aber die betriebsverfassungsrechtliche Vorschrift des § 14 AÜG erfasse. Deshalb stehe § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG einer Anwendung von § 14 AÜG nicht entgegen.<sup>378</sup>

Der Ansicht von *Richardi* kann in Anbetracht des klaren Wortlauts von § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG nicht gefolgt werden. Soweit es sich um eine „vorübergehende“ Überlassung handelt, ist deshalb von der Unanwendbarkeit des § 14 AÜG auszugehen.<sup>379</sup>

## **b) Vorübergehende Überlassung**

Zweifelhaft ist, welcher Zeitraum als „vorübergehend“ im Sinne dieser Vorschrift zu gelten hat. Dies wird uneinheitlich beantwortet.<sup>380</sup> Teils wird darauf abgestellt, dass die Überlassung nicht „endgültig geplant“ sein

---

<sup>376</sup> Vgl. BAG v. 20. 8. 2004 DB 2004, 1836 (1837); ebenso: Sandmann/Marschall § 1 Rn. 71; Becker/Wulfgramm § 1 Rn. 103, 114; DKK-Trümner § 5 Rn. 88; Schüren § 1 Rn. 772 f.

<sup>377</sup> Vgl. BAG 20. 8. 2004 DB 2004, 1836 (1837).

<sup>378</sup> Vgl. *Richardi* NZA 1987, 145 (146).

<sup>379</sup> So auch Christiansen S. 129.

<sup>380</sup> Vgl. dazu die Darstellung bei Worpenberg S. 117 ff.



dürfe<sup>381</sup>, teils darauf, dass es sich nicht um eine ständige Überlassung handeln dürfe.<sup>382</sup> Der Streitfrage muss im Rahmen dieser Untersuchung nicht weiter nachgegangen werden, da jedenfalls Einigkeit darüber besteht, dass auch eine vorübergehende Überlassung von langer Dauer sein, ja sogar einen Zeitraum von mehreren Jahren umfassen kann.<sup>383</sup>

### c) Doppelte Zuordnung bei langfristiger Überlassung

Ist das Merkmal „vorübergehend“ in § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG erfüllt, findet das AÜG nach dem zuvor Gesagten keine Anwendung. Es fragt sich, ob hieraus auf eine doppelte Betriebszugehörigkeit sowohl im Verleiher- als auch im Entleiherbetrieb zu schließen ist.<sup>384</sup> Vom BAG wird dies verneint. Auch wenn die Anwendung von § 14 AÜG wegen § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG ausgeschlossen sei, bedeute dies nicht, dass konzernintern Überlassene Betriebsangehörige des Entleiherbetriebes seien. Ihnen fehle die für die Betriebszugehörigkeit erforderliche arbeitsvertragliche Verbindung zum Entleiher. Unter diesen Umständen führe auch eine langfristige Überlassung nicht dazu, dass die überlassenen Arbeitnehmer zu Betriebsangehörigen des Entleiherbetriebes werden.<sup>385</sup>

Damit bleibt das BAG auch im Falle der konzerninternen Arbeitnehmerüberlassung bei seiner Auffassung, dass für die Betriebszugehörigkeit neben der Eingliederung in die Betriebsorganisation ein Arbeitsvertrag zum Betriebsinhaber bestehen muss.

Nach der hier vertretenen Auffassung ist demgegenüber eine Betriebszugehörigkeit von echten Leiharbeitnehmern im Entleiherbetrieb aus Schutzzweckgesichtspunkten zu bejahen, wenn diese dort langfristig

---

<sup>381</sup> Vgl. Schüren § 1 Rn. 752; Martens DB 1985, 2144 (2149); Rüthers/Bakker ZfA 1990, 245 (298); Schubel BB 1985, 1606 (1607).

<sup>382</sup> Vgl. Sandmann-Marschall § 1 Rn. 81; Windbichler S. 78 f.

<sup>383</sup> Vgl. BAG v. 28. 4. 2004 DB 2004, 1836 (1837) m.w.N.; Schüren § 1 Rn. 755; Rüthers/Bakker ZfA 1990, 245 (298 f.).

<sup>384</sup> So Christiansen S. S. 129; DKK-Trümner § 5 Rn. 89. **aA:** für eine ausschließliche Zuordnung zum Entleiher GK-Kraft § 7 Rn. 45.

<sup>385</sup> Vgl. BAG v. 28. 4. 2004 DB 2004, 1836 (1837, 1838); für eine ausschließliche Zuordnung zum Verleiher auch Worpenberg S. 305 ff.

eingesetzt werden sollen. Werden Leiharbeitnehmer konzernintern über einen längeren Zeitraum hinweg überlassen, bedürfen sie wegen der Aufteilung der Arbeitgeberfunktionen auf zwei verschiedene Unternehmen auch im Entleiherbetrieb des Schutzes vor Weisungen. Zwar ist grundsätzlich für die rechtliche Komponente der Betriebszugehörigkeit ein Arbeitsverhältnis zu verlangen. In diesem Fall reicht eine geringere arbeitsrechtliche Beziehung in Form des arbeitsrechtlichen Weisungsverhältnisses für die Anerkennung der Betriebszugehörigkeit aber wegen der aufgespaltenen Arbeitgeberstellung aus. Insoweit ist die konzerninterne Arbeitnehmerüberlassung nicht anders zu behandeln als die nichtgewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung. Es sind keine konzernspezifischen Besonderheiten ersichtlich, die eine andere Beurteilung der Betriebszugehörigkeit erfordern. Konzernintern überlassene Arbeitnehmer sind deshalb nicht nur im Verleiherbetrieb, sondern auch im Entleiherbetrieb betriebszugehörig, sofern der Einsatz dort die Dauer von drei Monaten überschreitet. Unter dieser Prämisse sind sie dort u.a. wahlberechtigt und wegen der fehlenden Anwendbarkeit von § 14 Abs. 2 AÜG auch wählbar. Darüber hinaus zählen sie als betriebszugehörige Arbeitnehmer im Rahmen der betriebsverfassungsrechtlichen Schwellenwerte mit. Eine doppelte Zuordnung kommt nur dann nicht in Betracht, wenn die Dauer des geplanten Einsatzes unter der zeitlichen Grenze des § 7 S. 2 BetrVG liegt, also die Beschäftigung im Entleiherbetrieb nicht länger als drei Monate andauert. In diesem Fall bleibt es bei einer ausschließlichen Zugehörigkeit im Betrieb des Verleihers.

## **2. Betriebszugehörigkeit bei nicht nur „vorübergehender“ Überlassung**

Handelt es sich bei der konzerninternen Überlassung nicht nur um eine „vorübergehende“ im Sinne von § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG, so ist das AÜG und damit auch § 14 AÜG uneingeschränkt anwendbar.

In diesem Falle ist für die Frage der Betriebszugehörigkeit zu unterscheiden, ob die Überlassung im Konzern gewerbsmäßig oder nicht gewerbsmäßig erfolgt, da nach dem zuvor Gesagten nur bei der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung § 14 AÜG Anwendung findet. Die Abgrenzung ist dabei nicht immer einfach.<sup>386</sup> In aller Regel wird es sich bei der „Konzernleihe“ um echte Leiharbeitsverhältnisse handeln.<sup>387</sup> Ist die Überlassung als echte Leiharbeit einzustufen, kann hinsichtlich der betriebsverfassungsrechtlichen Behandlung uneingeschränkt auf die bereits erfolgte Untersuchung der nichtgewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung verwiesen werden.

Ist die Überlassung hingegen als gewerbsmäßig zu qualifizieren, so gelten die zur gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung aufgestellten Grundsätze. Im Unterschied zu den Fällen echter Leiharbeit ist der überlassene Arbeitnehmer wegen der Anwendbarkeit von § 14 Abs. 2 AÜG im Entleiherbetrieb nicht wählbar.

## **VI. Überlassung von Maschinen mit Bedienungspersonal**

Schwierigkeiten bereitet die betriebliche Zuordnung von Arbeitnehmern weiterhin in den Fällen der Überlassung von Maschinen mit Bedienungspersonal.

Die Überlassung technischer Geräte nebst Bedienungspersonal ist eine in der Unternehmenspraxis ebenso häufige wie beliebte Vertragsgestaltung. Hierbei vermietet oder verleast ein Unternehmen einem anderen Unternehmen technische Geräte, wie z.B. Baumaschinen, EDV-Anlagen, Schiffe, Flugzeuge oder Autos und stellt zugleich das für die Bedienung erforderliche Personal zur Verfügung. Oder es werden komplett eingerichtete Praxisräume unter gleichzeitiger Gestellung des

---

<sup>386</sup> Vgl. dazu Schüren § 1 Rn. 639.

<sup>387</sup> Vgl. DKK-Trümner § 5 Rn. 88.

Assistenzpersonals überlassen (sog. „Slot-Time-System“).<sup>388</sup> Möglich ist auch die Vertragsgestaltung als Kauf. Allerdings bietet die Gestaltung als Mietvertrag den Vorteil, dass die meist hohen Anschaffungskosten für das technische Gerät gespart werden können und auch nicht das Risiko einer Neuanschaffung getragen werden muss, wenn die Maschine aufgrund neuer technischer Entwicklung schon bald nach dem Kauf nicht mehr dem neusten Stand entspricht. Zudem können Unternehmen mit der Anmietung vorübergehende Kapazitätsengpässe überbrücken, ohne an eine langfristige Finanzierung gebunden zu sein.

In den Fällen, in denen die Maschinenüberlassung mit der Personalgestellung verbunden wird, ist das Bedienungspersonal oft über die gesamte Laufzeit des Vertragsverhältnisses hinweg in den Einsatzbetrieb integriert. In anderen Fällen erschöpft sich der Einsatz des Personals in der Installation und Inbetriebnahme der Maschine sowie in der erstmaligen Einweisung der Anwender. Bei der Installation von Computeranlagen kommt meist noch die Erstellung bedarfsgerechter Software hinzu.

Erhält der Mieter zusammen mit dem Mietobjekt das entsprechend spezialisierte Personal, genießt er den Vorteil, sich selbst nicht um die Einstellung dieses Personals bemühen zu müssen. Es wird das Personal mitgeliefert, das sich mit der Bedienung der oftmals sehr speziellen und komplizierten Geräte auskennt und welches daher auf dem Arbeitsmarkt auch nicht ohne weiteres zu finden ist.

## **1. Dogmatische Einordnung und Abgrenzung**

Fraglich ist, ob die Personalgestellung bei der Überlassung von Maschinen betriebsverfassungsrechtlich nach den für die Arbeitnehmer-

---

<sup>388</sup> Siehe dazu die Entscheidung des OLG Düsseldorf v. 30. 4. 2002 BB 2002, 2339; ausführlich zur rechtlichen Zulässigkeit der Überlassung von Maschinen mit Bedienungspersonal: Kania NZA 1994, 871 ff.

überlassung aufgestellten Grundsätzen zu behandeln ist. Voraussetzung hierfür ist zunächst, dass die Gestellung des Bedienungspersonals den Tatbestand der Arbeitnehmerüberlassung erfüllt.

Von der Arbeitnehmerüberlassung abzugrenzen ist in diesem Zusammenhang der drittbezogene Personaleinsatz auf Grundlage von Dienst- oder Werkverträgen.

Bei dieser Form des drittbezogenen Personaleinsatzes organisiert der Unternehmer die zur Erreichung des wirtschaftlichen Erfolges erforderlichen Handlungen selbst und bedient sich seiner Arbeitnehmer als Erfüllungsgehilfen.<sup>389</sup> Charakteristisch für den Personaleinsatz auf dienst- oder werkvertraglicher Grundlage ist, dass der Werkunternehmer als Vertragsarbeitgeber den Einsatz seiner Arbeitnehmer im Fremdbetrieb selbst steuert. Es werden in diesem Fall keine Arbeitgeberbefugnisse auf den Inhaber des Einsatzbetriebes übertragen.

Um Arbeitnehmerüberlassung handelt es sich, wenn nicht der Vertragsarbeitgeber, sondern der Inhaber des Einsatzbetriebs (Entleiher) das ihm vom Vertragsarbeitgeber (Verleiher) übertragene tätigkeitsbezogene Weisungsrecht gegenüber den Leiharbeitnehmern im Einsatzbetrieb ausübt.<sup>390</sup>

Ob die Abgrenzung auch bei der Überlassung von Maschinen mit Bedienungspersonal in der zuvor beschriebenen Weise vorgenommen werden kann, ist zweifelhaft. Hier besteht die Besonderheit, dass die beteiligten Parteien einen *gemischten* Vertrag schließen. Neben der Gestellung des Bedienungspersonals, bildet die Überlassung der Maschine einen weiteren Bestandteil dieses Vertrages.

Unklar ist damit, ob sich die Abgrenzung von denselben Kriterien leiten lassen kann, wie bei der Unterscheidung von Werkvertrag und Arbeit-

---

<sup>389</sup> Vgl. dazu BAG v. 17. 2. 1993 DB 1993, 2287; Becker DB 1988, 2561 ff.

<sup>390</sup> Vgl. BAG v. 17. 2. 1993 DB 1993, 2287: Arbeitnehmerüberlassung liegt vor, wenn der Arbeitgeber einem Dritten Arbeitskräfte überlässt, die der Dritte nach seinen eigenen betrieblichen Erfordernissen in seinem Betrieb nach seinen Weisungen einsetzt.

nehmerüberlassung, bei der es darum geht, welcher Arbeitgeber das tätigkeitsbezogene Weisungsrecht ausübt.

Die Meinungen hierüber differieren.

### **a) Schwergewicht entscheidet über die Einordnung**

Nach überwiegender Meinung<sup>391</sup> richtet sich die Einordnung der Überlassung von Bedienungspersonal nicht danach, wer gegenüber den Arbeitnehmern das Weisungsrecht ausübt, sondern danach, welcher der beiden Bestandteile des Vertrages überwiegt: Die Maschinenüberlassung oder die Personalgestellung. Liegt das Schwergewicht des Vertrages bei der Personalgestellung, so handelt es sich nach dieser Meinung um Arbeitnehmerüberlassung i.S.v. § 1 AÜG.

Steht hingegen die Maschinenmiete im Vordergrund der vertraglichen Vereinbarung, so liegt in der Gestellung des Bedienungspersonals keine erlaubnispflichtige Arbeitnehmerüberlassung.

Uneinigkeit besteht innerhalb dieser Auffassung darüber, unter welchen Voraussetzungen von einem Überwiegen des einen oder des anderen Vertragsbestandteils auszugehen ist:

Zum Teil<sup>392</sup> wird die Ansicht vertreten, ein gemischter Vertrag über die entgeltliche Gebrauchsüberlassung von technischen Geräten nebst Bedienungspersonal sei nicht als erlaubnispflichtige Arbeitnehmerüberlassung anzusehen, wenn die Gestellung des Bedienungspersonals gegenüber der Überlassung des Mietgegenstands nur als *Nebenleistung* zu betrachten sei. Hiervon könne insbesondere bei der Überlassung wertvoller Spezialmaschinen ausgegangen werden. Diese Litera-

---

<sup>391</sup> Vgl. BAG v. 17. 2. 1993 DB 1993, 2287; Becker/Wulfgramm Einl. Rn. 26 a.E.; Becker/Kreikebaum S. 50; Sandmann/Marschall Art. 1 § 1 Rn. 23; MünchArbR-Marschall § 174 Rn. 86; Kania NZA 1994, 871; Preis Innovative Arbeitsformen S. 926.

<sup>392</sup> Vgl. Becker/Wulfgramm AÜG Einl. Rn. 26; Becker/Kreikebaum S. 50; Sandmann/Marschall Art. 1 § 1 Rn. 23; MünchArbR-Marschall § 174 Rn. 86. Diese Auffassung wird verbreitet auch als „Absorptionstheorie“ bezeichnet. Das Absorptionsprinzip besagt, dass bei einem gemischten Vertrag das Recht des überwiegenden Bestandteils für den gesamten Vertrag maßgeblich sein soll.

turmeinung kann sich dabei auf die amtliche Begründung des Gesetzesentwurfs stützen, wonach der gesetzliche Tatbestand der erlaubnispflichtigen Arbeitnehmerüberlassung nicht eingreifen soll, wenn die Überlassung von Arbeitskräften als „Nebenleistung“ zu qualifizieren ist. Dies sei etwa der Fall, wenn Maschinen vermietet werden und der Vermieter das Bedienungspersonal zur Verfügung stelle.<sup>393</sup>

Als Indizien für das Verhältnis von Maschinenüberlassung und Personalgestellung werden von den Vertretern dieser Auffassung Umfang, Größe und Wert der Maschine herangezogen. Kein Maschinenüberlassungsvertrag liege vor, wenn die Überlassung der Maschine gemessen an der Zusammensetzung des Gesamtentgelts als wirtschaftlich unbedeutender Teil außer Betracht bleiben könne, wie etwa die Schreibmaschine beim Einsatz einer Sekretärin.<sup>394</sup> Von einigen Autoren wird für die Qualifizierung als Maschinenüberlassung verlangt, dass der wirtschaftliche Wert der Personalgestellung eindeutig unter dem Wert der überlassenen Maschine bleiben müsse.<sup>395</sup>

Demgegenüber hält das BAG das Wertverhältnis zwischen Arbeitsleistung und überlassenem Gerät nicht für ausschlaggebend. Gerade die Bedienung wertvoller Spezialmaschinen oder -geräte mit komplizierter Technologie erfordere auch ein dafür besonders hochqualifiziertes und damit auch entsprechend teures Bedienungspersonal.

Nach Auffassung des Gerichts ist entscheidend, ob die Gebrauchsüberlassung der Maschine oder die Überlassung von Arbeitnehmern den Inhalt des gemischten Vertrages prägt.<sup>396</sup> Stehe nach Sinn und Zweck des Vertrages die Gebrauchsüberlassung des Geräts im Vordergrund und habe die Zurverfügungstellung des Personals nur dienende Funktion, so werde der Vertrag nicht von den Vorschriften des AÜG erfasst.

---

<sup>393</sup> Vgl. amtl. Begründung zu § 1 AÜG BT-Drucks. VI/2303 S. 9 (10).

<sup>394</sup> Vgl. Schaub § 120 Rn. 19.

<sup>395</sup> Vgl. Marschall Bekämpfung illegaler Beschäftigung 2. Auflage S. 37; ähnlich Becker/Wulfgramm Einl. Rn. 26.

## **b) Weisungszuständigkeit entscheidet über die Einordnung**

Eine im Vordringen befindliche Strömung in der Literatur<sup>397</sup> lehnt demgegenüber die Unterscheidung nach dem Schwergewicht des Vertrages als system- und sachwidrig ab.

Arbeitnehmerüberlassung sei in allen Fällen zu bejahen, in denen der Mieter der Maschinen den Arbeitseinsatz des Bedienungspersonals maßgeblich lenke und steuere. Die zwingenden Vorschriften des AÜG ließen sich nicht beseitigen, selbst wenn nach dem Vertragszweck die Sachleistung den Personaleinsatz überwiege. Im Hinblick auf den mit dem AÜG verfolgten Sozialschutz könne es nicht darauf ankommen, in welchem Wertverhältnis die beiden Vertragsbestandteile, Maschinen- und Personalgestellung, zueinander stehen.

Hinzu komme, dass die Abgrenzungsmethode der h. M. zu erheblichen Rechtsunsicherheiten führe, weil sich nicht immer eindeutig feststellen lasse, welcher Vertragsbestandteil überwiege.<sup>398</sup>

## **c) Stellungnahme**

Gegen die h. M. spricht, dass die von ihr angeführte Gesetzesbegründung im Wortlaut der Gesetzesfassung selbst keinen Niederschlag gefunden hat.<sup>399</sup> Die letztgenannte Ansicht überzeugt demgegenüber mehr, weil sie die Schutzzwecke des AÜG in die Abgrenzung mit einbezieht: Das AÜG bezweckt den sozialen Schutz der Leiharbeiter bei einer Aufspaltung der Arbeitgeberstellung. Die Gefahr der Unzuverlässigkeit hinsichtlich der Einhaltung von Arbeitgeberpflichten ist größer, wenn diese Pflichten nicht in alleiniger Hand eines Arbeitgebers liegen,

---

<sup>396</sup> Vgl. BAG v. 17. 2. 1993 DB 1993, 2287; zustimmend Kania NZA 1994, 871 (872) und Preis Innovative Arbeitsformen S. 926.

<sup>397</sup> Vgl. Schüren (Hamann) AÜG § 1 Rn. 240 ff.; Ulber AÜG Einl. C Rn. 101; GK-Kreutz § 7 Rn. 54 f.; Gick S. 169 f.; Christiansen S. 130; Boemke AÜG § 1 Rn. 32; ErfK-Wank § 1 AÜG Rn. 38; Hamann Erkennungsmerkmale S. 262 ff.; Kasseler Handb-Düwell 4.5 Rn.159.

<sup>398</sup> Vgl. Gick S. 169; Schüren (Hamann) AÜG § 1 Rn. 240.

<sup>399</sup> Vgl. Gick S. 169.



sondern zwischen Vertragsarbeitgeber und dem Beschäftigungsarbeitgeber aufgeteilt werden. Dem Risiko der Nichteinhaltung von Arbeitgeberpflichten begegnet das Gesetz, indem es einerseits die gewerbsmäßig betriebene Arbeitnehmerüberlassung in § 1 AÜG einem Erlaubnisvorbehalt unterstellt und andererseits in § 10 AÜG die unerlaubte Arbeitnehmerüberlassung durch die Fiktion eines Arbeitsverhältnisses zwischen Beschäftigungsarbeitgeber und Leiharbeitnehmer sanktioniert.<sup>400</sup>

Das Risiko der Vernachlässigung von Arbeitgeberpflichten besteht aber nicht nur, wenn die Überlassung den alleinigen Vertragsgegenstand bildet, sondern ebenso, wenn diese mit der Überlassung von Maschinen kombiniert wird.

Im Regelfall wird der Vermieter (Vertragsarbeitgeber) auch das tätigkeitsbezogene Weisungsrecht aus dem Arbeitsvertrag auf den Beschäftigungsarbeitgeber (Mieter) übertragen, um ihm einen sinnvollen Gebrauch der vermieteten Maschine zu ermöglichen. Eine Aufteilung der Arbeitgeberbefugnisse liegt folglich auch dann vor, wenn die Arbeitnehmerüberlassung nicht den alleinigen Vertragsgegenstand bildet, sondern die Gestellung des Bedienungspersonals mit der Maschinenüberlassung gekoppelt ist.

Das Schutzbedürfnis ändert sich nicht, nur weil der Wert der Arbeitsleistung geringer ist als der Wert der überlassenen Maschinen.<sup>401</sup> Der h. M. kann daher nicht in der Auffassung gefolgt werden, den Schutz des AÜG vom Überwiegen des einen (Maschinenüberlassung) oder des anderen Vertragsbestandteils (Personalgestellung) abhängig zu machen. Für die Annahme von Arbeitnehmerüberlassung ist vielmehr maßgebend, wer das tätigkeitsbezogene Weisungsrecht ausübt.

---

<sup>400</sup> Vgl. Schüren (Hamann) § 1 Rn. 247.

<sup>401</sup> So zutreffend Schüren (Hamann) AÜG § 1 Rn. 247.

### **3. Betriebszugehörigkeit**

Wird das Weisungsrecht gegenüber dem Bedienungspersonal vom Mieter ausgeübt, ist der Tatbestand der Arbeitnehmerüberlassung erfüllt. Die betriebsverfassungsrechtliche Behandlung richtet sich dann nach den Grundsätzen, die für die Arbeitnehmerüberlassung aufgestellt wurden. Es ist dann für die betriebsverfassungsrechtliche Behandlung zu differenzieren, ob es sich um erlaubte gewerbsmäßige, nicht erlaubte gewerbsmäßige oder nichtgewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung handelt.

Organisiert hingegen der Vermieter die zur Erreichung des wirtschaftlichen Erfolges erforderlichen Handlungen selbst und bedient er sich des Bedienungspersonals als Erfüllungsgehilfen, so handelt es sich nicht um Arbeitnehmerüberlassung, weil der Mieter gegenüber dem Bedienungspersonal keine arbeitsrechtlichen Weisungen ausübt. Das Bedienungspersonal gehört in diesem Fall ausschließlich dem Betrieb des Vermieters an. Eine doppelte Betriebszugehörigkeit kommt nicht in Betracht.

## **VII. Abordnung zu einer Arbeitsgemeinschaft**

### **1. Begriff und Bedeutung der Arbeitsgemeinschaft**

Eine weitere Form des drittbezogenen Personaleinsatzes bildet die Abordnung von Arbeitskräften zu einer Arbeitsgemeinschaft („Arge“). Unter dem Begriff der Arbeitsgemeinschaft ist der Zusammenschluss verschiedener Unternehmen desselben Wirtschaftszweiges zum Zwecke der Herstellung eines gemeinsamen Werkes zu verstehen.<sup>402</sup> Arbeitsgemeinschaften werden vor allem im Bereich der Bauwirtschaft, aber auch in anderen Bereichen, etwa in der Erdöl- oder Erdgasförderungsbranche gebildet, um gemeinsam bestimmte Vorhaben (Großauf-

---

<sup>402</sup> Vgl. AR-Blattei-Schwab Baugewerbe VI SD 370.6 Rn. 1.

träge, Großobjekte) durchzuführen.<sup>403</sup> Dabei schließen sich die Unternehmen meist in der Rechtsform der BGB-Gesellschaft zusammen und verpflichten sich im Gesellschaftsvertrag Personal für die Abwicklung des Vorhabens zur Verfügung zu stellen.<sup>404</sup>

## 2. Abgrenzung der Abordnung von der Freistellung

Hinsichtlich der Bereitstellung von Personal ist die Abordnung zunächst von der Freistellung abzugrenzen.

Die Freistellung von Personal ist dadurch gekennzeichnet, dass neben dem bereits mit dem Stammunternehmen bestehenden Arbeitsverhältnis ein weiteres (Zwischen-) Arbeitsverhältnis zur Arge begründet wird. Mit dem Arbeitsantritt im Argebetrieb erhält der Arbeitnehmer die laufenden Bezüge nicht mehr von dem Stammunternehmen, sondern von der Arge. Gleichzeitig ruht das Arbeitsverhältnis zum Stammunternehmen bis zum Ende der Beschäftigung im Argebetrieb.<sup>405</sup>

Im Falle der Freistellung eines Arbeitnehmers sind die Voraussetzungen für eine betriebsverfassungsrechtliche Zuordnung zum Argebetrieb ohne weiteres erfüllt, da die betreffenden Arbeitnehmer in die Organisation des Betriebes eingegliedert- und durch Arbeitsvertrag mit dem Betriebsinhaber (der Arge) verbunden sind.<sup>406</sup> Eine Aufspaltung der Arbeitgeberstellung erfolgt insoweit nicht, da umfassende arbeitsvertragliche Beziehungen zur Arge bestehen.

Bei der Abordnung wird indessen kein eigenes Arbeitsverhältnis zur Arge begründet. Es bestehen aber auch hier arbeitsrechtliche Beziehungen zum Argebetrieb, da die Arge gegenüber den Arbeitskräften zur Ausübung des Weisungsrechts berechtigt ist. Dem Stammunter-

---

<sup>403</sup> Vgl. AR-Blattei-Schwab Baugewerbe VI SD 370.6 Rn. 1.

<sup>404</sup> dazu Knigge DB 1982 Beilage 4 S. 3 ff. m. w. N.

<sup>405</sup> Vgl. Fitting § 5 Rn. 229; Schüren § 14 Rn. 433.

<sup>406</sup> Vgl. BAG AP Nr. 1 zu § 24 BetrVG 1972; Fitting § 7 Rn. 48; GK-Kreutz § 7 Rn. Rn.22.

nehmen demgegenüber obliegt weiterhin die Zahlung des Entgelts und die Abführung der Sozialversicherungsbeiträge.<sup>407</sup>

### 3. Betriebsverfassungsrechtliche Zuordnung

Arbeitskräfte, die zu einer Arge abgeordnet werden, bleiben nach einhelliger Meinung auch während ihrer Arbeitsleistung im Argebetrieb Angehörige des Stammbetriebes.<sup>408</sup>

Zweifelhaft ist, ob die Arbeitskräfte während ihrer Beschäftigungszeit überdies dem Betrieb der Arge angehören.

Die Abordnung erfüllt tatbestandsmäßig die Merkmale der Arbeitnehmerüberlassung.<sup>409</sup> Deshalb liegt es nahe, die zur Arbeitnehmerüberlassung aufgestellten Maßstäbe auf die Abordnungsfälle zu übertragen und bei einer langfristigen Abordnung von einer doppelten Betriebszugehörigkeit sowohl zum Stammbetrieb als auch zum Betrieb der Arge auszugehen. Allerdings stellt § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG im Wege einer unwiderlegbaren Fiktion fest, dass die Abordnung von Personal keine Arbeitnehmerüberlassung ist. Das Gesetz nimmt die Abordnungsfälle aus dem Anwendungsbereich des AÜG heraus, um die Zusammenarbeit der Unternehmen nicht durch die Regelungen des AÜG zu blockieren.<sup>410</sup>

Umstritten ist, welche Schlussfolgerungen aus dem gesetzlichen Ausschluss im Hinblick auf die Zuordnungsfrage zu ziehen sind.

Vereinzelt wird vertreten, dass aus der Nichtanwendbarkeit des AÜG die ausschließliche Zuordnung zum Stammbetrieb folge.<sup>411</sup>

Demgegenüber wollen andere § 14 AÜG auf die Abordnung analog anwenden, um zumindest einen partiellen Schutz der Arbeitnehmer im Argebetrieb zu erreichen.<sup>412</sup>

---

<sup>407</sup> Vgl. Fitting § 5 Rn. 230.

<sup>408</sup> Vgl. nur GK-Kreutz § 7 Rn. 70; Fitting § 5 Rn. 230.

<sup>409</sup> Vgl. AR-Blattei-Schwab Baugewerbe VI SD 370.6 Rn. 16.

<sup>410</sup> Vgl. GK-Kreutz § 7 Rn. 70; Menting S. 71; Christiansen S. 132.

<sup>411</sup> Vgl. GK-Kreutz § 7 Rn. 70.

<sup>412</sup> Vgl. ErfK-Wank § 14 AÜG Rn. 16.

Überwiegend<sup>413</sup> wird die Betriebszugehörigkeit mit dem Argument bejaht, dass auch die Abordnung ein Fall „aufgespaltener Arbeitgeberstellung“ sei, welche eine doppelte Zuordnung notwendig mache.<sup>414</sup>

#### 4. Stellungnahme

Aufgrund der eindeutigen gesetzlichen Regelung in § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG kommt eine (analoge) Anwendung von § 14 AÜG nicht in Betracht.<sup>415</sup> Der zweitgenannten Meinung kann aus diesem Grund nicht gefolgt werden. Eine ausschließliche Zuordnung allein zum Betrieb des Vertragsarbeitgebers kommt indes ebensowenig in Betracht. Die Situation in den Abordnungsfällen entspricht den Gegebenheiten, die auch die echte Leiharbeit kennzeichnen: Es bestehen arbeitsrechtliche Beziehungen zu beiden Betrieben. Die Arbeitgeberfunktionen sind zwischen beiden Betriebsinhabern aufgeteilt. Der Inhaber des Arbeitgeberbetriebs kann über die Arbeitskraft des abgeordneten Arbeitnehmers verfügen und ist berechtigt, ihm Weisungen zu erteilen. Der Inhaber des Stammbetriebes ist demgegenüber weiterhin für alle mit der vertraglichen Beziehung zusammenhängenden Fragen zuständig. Die betriebsverfassungsrechtliche Schutzbedürftigkeit der abgeordneten Arbeitnehmer unterscheidet sich demzufolge nicht von derjenigen echter Leiharbeiter. Es gibt es daher keinen Grund, von den zur Arbeitnehmerüberlassung aufgestellten Grundsätzen abzuweichen. Vor diesem Hintergrund sind die abgeordneten Arbeitnehmer neben dem Stammbetrieb auch dem Betrieb der Arge zuzuordnen, wenn sie für einen Zeitraum von mehr als drei Monaten abgeordnet werden. Soweit die Dauer der Abordnung den Zeitraum von drei Monaten nicht überschreitet, bleibt es bei der ausschließlichen Betriebszugehörigkeit im Stammbetrieb.

---

<sup>413</sup> Vgl. Fitting § 5 Rn. 230; Schüren § 14 Rn. 435; Christiansen S. 132; Schuster S. 444; **aA:** LAG Düsseldorf DB 1996, 1832 -LS-.

<sup>414</sup> Vgl. Schüren § 14 Rn. 436; Christiansen S. 133.

<sup>415</sup> So auch Schüren § 14 Rn. 434; Ulber AÜG Einl. C Rn. 143.

Damit steht fest, dass auch der drittgenannten Auffassung nicht gefolgt werden kann, wonach ohne zeitliche Differenzierung generell von einer doppelten Betriebszugehörigkeit abgeordneter Arbeitnehmer auszugehen ist. Eine von Beginn an geltende Zugehörigkeit der abgeordneten Arbeitskräfte zum Arbeitgeberbetrieb ist betriebsverfassungsrechtlich weder geboten noch sinnvoll. Diesbezüglich gelten die gleichen Argumente, die auch bei der nichtgewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung gegen eine - von der Überlassungsdauer losgelöste - generelle Anerkennung der Betriebszugehörigkeit ins Feld geführt wurden. Zur Vermeidung von Wiederholungen ist auf die dortigen Ausführungen zu verweisen.<sup>416</sup>

## **VIII. Gestellungsverträge**

Einen weiteren Fall drittbezogenen Personaleinsatzes bildet die Arbeitsleistung im Betrieb eines Dritten auf Grundlage sog. Gestellungsverträge. Solche Verträge werden vorwiegend im Bereich der Krankenpflege abgeschlossen. Von einem Gestellungsvertrag wird gesprochen, wenn sich eine kirchliche Organisation oder ein überkonfessioneller Fach- oder Berufsverband gegenüber den Trägern von Krankenhäusern, Altersheimen oder ähnlichen Einrichtungen verpflichtet, diesen das (für die Krankenpflege) erforderliche Personal zur Verfügung zu stellen.<sup>417</sup>

### **1. Betriebe öffentlicher oder kirchlicher Träger**

Bevor auf die eigentliche Problematik, also die betriebsverfassungsrechtliche Stellung des gestellten (Pflege-) Personals eingegangen wird, ist zunächst darauf hinzuweisen, dass eine betriebsverfassungsrechtliche Erfassung in vielen Fällen schon deshalb nicht in Betracht

---

<sup>416</sup> Siehe S. 127.

<sup>417</sup> Vgl. GK-Kreutz § 7 Rn. 49; dazu ausführlich Müllner S. 42 ff.

kommt, weil das BetrVG auf bestimmte, in diesem Zusammenhang relevante *Betriebe* keine Anwendung findet.

Nach § 130 BetrVG ist das BetrVG auf öffentliche Einrichtungen, zu denen auch die von der öffentlichen Hand betriebenen Krankenhäuser gehören, nicht anwendbar. Ferner ist das BetrVG nach § 118 Abs. 2 BetrVG nicht anwendbar auf Pflegeeinrichtungen, die von Religionsgemeinschaften betrieben werden. Den Regelungen des BetrVG unterfällt daher nur ein kleiner Teil der Betriebe, in denen Gestellungsverhältnisse existieren, da viele Krankenhäuser von öffentlichen oder kirchlichen Trägern betrieben werden.

## 2. Mitglieder religiöser Organisationen

Weiterhin kann die Anwendbarkeit des BetrVG von vornherein daran scheitern, dass die betreffende Person, um dessen Zuordnung es geht, in persönlicher Hinsicht nicht dem Anwendungsbereich des BetrVG unterfällt. So nimmt § 5 Abs. 2 Nr. 3 BetrVG solche Personen aus dem Geltungsbereich des BetrVG heraus, deren Beschäftigung nicht in erster Linie ihrem Erwerb dient, sondern vorwiegend durch Beweggründe karitativer oder religiöser Art bestimmt ist.

Eine vorwiegend durch Beweggründe karitativer oder religiöser Art bestimmte Beschäftigung wird allgemein bei Mitgliedern religiöser Orden oder anderer religiöser Gemeinschaften (Mönchen, Ordensschwestern, Diakonissen) angenommen.<sup>418</sup> Da bei diesem Personenkreis davon auszugehen ist, dass die Versorgung durch die religiöse Gemeinschaft sichergestellt wird und die Tätigkeit nicht aus Erwerbsgründen erfolgt, unterfallen sie nicht dem Anwendungsbereich des BetrVG.

<sup>419</sup>

---

<sup>418</sup> Vgl. GK-Raab § 5 Rn. 79; GK-Kreutz § 7 Rn. 50; Fitting § 5 Rn. 292; DKK-Schneider § 7 Rn. 23; Müllner S. 41; Christiansen S. 138.

<sup>419</sup> Vgl. Fitting § 5 Rn. 292; GK-Raab § 5 Rn. 79; Richardi § 5 Rn. 148.

### 3. Mitglieder weltlicher Schwesternverbände

Von den Mitgliedern *religiöser* Organisationen sind die Mitglieder *weltlicher* Schwesternverbände, wie etwa der Caritas oder des Deutschen Roten Kreuzes, zu unterscheiden.

#### a) Arbeitnehmereigenschaft

Die Mitglieder weltlicher Schwesternverbände unterfallen nach h. M. zwar nicht der zuvor genannten Ausschlussnorm des § 5 Abs. 2 Nr. 3 BetrVG<sup>420</sup>, die Anwendbarkeit des BetrVG scheidet bei ihnen aber an der fehlenden Arbeitnehmereigenschaft.<sup>421</sup> Neben dem Mitgliedschaftsverhältnis kommt ein Arbeitsverhältnis in der Regel nicht in Betracht. In den Satzungen und Schwesternordnungen der DRK-Schwesternschaften werden die Rechte und Pflichten der Schwestern *umfassend* geregelt. Die Satzungen der Einzelschwesternschaften enthalten u. a. Regelungen zur Aufnahme der Arbeit, Vorschriften zur Probezeit und zur Beendigung der Mitgliedschaft. Daneben beinhaltet die Schwesternordnung viele arbeitsvertragsähnliche Bestimmungen, etwa zu Ruhegeld, Urlaub und Lohnfortzahlung im Krankheitsfall.<sup>422</sup> Die Funktion des Arbeitsrechts wird durch diese Bestimmungen ersetzt. Die Dienstleistung in der Krankenpflege stellt eine rein körperschaftliche Pflicht im Rahmen der Vereinsmitgliedschaft dar. Durch das Mitgliedschaftsverhältnis kommt es zu einer vollständigen Erfassung der Person, *auch hinsichtlich der Arbeitsleistung*,<sup>423</sup> so dass für die

---

<sup>420</sup> Vgl. Fitting § 5 Rn. 293; GL § 5 Rn. 20; von Maydell AuR 1967, 202 (205); Richardi § 5 Rn. 142, 178; Trieschmann RdA 1955, 52 (53); DKK-Trümner § 5 Rn. 145. **aA:** Hueck/Nipperdey I S. 55; vgl. Auch Mayer-Maly Erwerbsabsicht und Arbeitnehmerbegriff S. 16; Nickisch Festschrift für Hueck S. 1 (7f.).

<sup>421</sup> St. Rspr. BAG v. 3. 6. 1975 AP Nr. 1 zu § 5 BetrVG 1972 Rotes Kreuz; bestätigt durch: BAG v. 20. 2. 1986 AP Nr. 2 zu § 5 BetrVG 1972 Rotes Kreuz; v. 6. 7. 1995 AP Nr. 22 zu § 5 ArbGG 1979; v. 22. 4. 1997 NZA 1997, 1297; In der Literatur wird weitgehend ein Arbeitsverhältnis neben einem Mitgliedschaftsverhältnis für möglich gehalten: Fitting § 5 Rn. 293; Richardi § 5 Rn. 178; DKK-Trümner § 5 Rn. 146 ff.

<sup>422</sup> Vgl. Müllner S. 47, 48.



Person, *auch hinsichtlich der Arbeitsleistung*,<sup>423</sup> so dass für die Annahme eines (zusätzlichen) Arbeitsverhältnisses daher kein Raum ist.<sup>424</sup>

## **b) Betriebszugehörigkeit**

### **aa) im Betrieb der Schwesternschaft**

Steht das gestellte Personal in einem Mitgliedschaftsverhältnis zur Schwesternschaft, so scheidet eine betriebsverfassungsrechtliche Zuordnung zum Betrieb der Schwesternschaft (Mutterhaus) aus.

### **bb) im Krankenhausbetrieb**

Von dem Mutterhaus zu unterscheiden ist der Betrieb des Krankenhauses, in welchem die Schwestern auf Grundlage des Gestellungsvertrages eingesetzt werden (Krankenhausbetrieb). Die Zugehörigkeit der Schwestern zu diesem Betrieb wird von *Müllner* bejaht.<sup>425</sup>

Den Umstand, dass die Rechtsbeziehung umfassend durch die Mitgliedschaft geregelt ist und ein Arbeitsverhältnis nicht besteht, hält *Müllner* für unwesentlich.<sup>426</sup> Er ist der Meinung, die „umfassende mitgliederschaftliche Überwölbung“ der Rechtsbeziehung werde durch das Gestellungsverhältnis aufgebrochen: Nach den im Gestellungsvertrag getroffenen Vereinbarungen werde ein Teil der Rechtsbeziehungen auf den Krankenhausträger übertragen und aus der mitgliederschaftlichen Bindung entlassen.

Leiste eine DRK-Schwester im Betrieb des Krankenhausträgers Arbeit und sei sie dort dessen Weisungen unterworfen, so übe der Krankenhausträger einen Teil derjenigen Rechtspositionen aus, welche normalerweise der DRK-Schwisterschaft zustehe.

---

<sup>423</sup> Vgl. Müllner S. 47.

<sup>424</sup> Vgl. Müllner S. 47.

<sup>425</sup> Vgl. Müllner S. 49 f., 110; dem folgend: Richardi § 5 Rn. 87, 115 und DKK-Trümner § 5 Rn. 153.

Insoweit gleiche die Stellung des Krankenhausträgers völlig der eines Entleihers innerhalb eines Leiharbeitsverhältnisses. Demzufolge gebe es keinen Grund, die Stellung des Krankenhausträgers nicht als Arbeitgeberstellung zu qualifizieren und damit dem Arbeitsrecht zu unterwerfen.

Es sei zwar zuzugeben, dass hier - anders als beim Leiharbeitsverhältnis - keine Aufspaltung einer bereits bestehenden einheitlichen Arbeitgeberstellung gegeben sei. Gleichwohl entstehe eine partielle Arbeitgeberstellung des Krankenhausträgers, und zwar *originär* durch ein „Entlassen von Rechtsbeziehungen aus dem Mitgliedschaftsverhältnis“, die neben die nunmehr eingeschränkte mitgliedschaftliche Rechtsstellung des Mutterhauses trete.

Die durch den Gestellungsvertrag vermittelte Leitungsgewalt rechtfertige es, den gestellten Personenkreis betriebsverfassungsrechtlich der Belegschaft des Beschäftigungsbetriebs zuzuordnen.<sup>427</sup>

Die Auffassung von *Müllner* kann nicht überzeugen. Es bleibt unklar, wie die Geltung des BetrVG zu rechtfertigen ist, wenn eine arbeitsvertragliche Beziehung zur Schwesternschaft nicht besteht. Die Zuordnung zu einem Betrieb, sei es der Betrieb der Schwesternschaft, sei es der Betrieb eines Dritten, setzt den Arbeitnehmerstatus der betreffenden Schwester voraus.

Das BAG hat deren Arbeitnehmerstatus zu Recht verneint, und zwar unabhängig davon, ob die Schwester in einem von der Schwesternschaft selbst getragenen Krankenhaus oder aufgrund eines Gestellungsvertrages in dem Betrieb eines Dritten tätig ist.<sup>428</sup>

Der aufgestellte Vergleich mit der Situation der Leiharbeitnehmer verfängt nicht. Im Falle der Leiharbeit schließen Verleiher und Leiharbeit-

---

<sup>426</sup> Vgl. Müllner S. 50.

<sup>427</sup> Vgl. Müllner S. 50; ähnlich auch Richardi § 5 Rn. 87 und 110.

<sup>428</sup> Vgl. BAG v. 20. 2. 1986 AP Nr. 2 zu § 5 BetrVG 1972 Rotes Kreuz.

nehmer einen Arbeitsvertrag ab. Der Arbeitnehmerstatus des Leiharbeitnehmers steht dort nicht in Frage. In dem zwischen Verleiher und Entleiher bestehenden Überlassungsvertrag überträgt der Verleiher sein arbeitsrechtliches Weisungsrecht auf den Entleiher und vermittelt diesem hierdurch einen Teil seiner Arbeitgeberstellung.

Bei der Gestellung mitgliedschaftlich gebundener Schwestern ist die Konstellation jedoch eine andere: Hier existiert überhaupt kein Arbeitsvertrag. Zwischen der Schwesternschaft und den Schwestern gibt es nur das Mitgliedschaftsverhältnis, das alle Rechten und Pflichten der Schwestern umfassend regelt. Die Schwesternschaft kann folglich im Gestellungsvertrag keine Arbeitgeberbefugnisse auf den Krankenhausträger übertragen, weil kein Arbeitsverhältnis besteht, aus dem diese Befugnisse abzuleiten wären.

Es ist daher nicht ersichtlich, wie die Gegenansicht die Anwendung des BetrVG rechtfertigen will. Die Innehabung einer Arbeitgeberstellung setzt voraus, dass Rechte ausgeübt werden, die aus einem *Arbeitsvertrag* herrühren. Durch den Gestellungsvertrag ist der Gestellungsträger lediglich befugt, Rechte aus dem *Mitgliedschaftsverhältnis* geltend zu machen.<sup>429</sup>

Soweit die Gegenansicht von einer partiellen Arbeitgeberstellung des Krankenhausträgers ausgeht, kann dem nicht gefolgt werden. Das mitgliedschaftliche Weisungsrecht wandelt sich nicht durch Übertragung auf einen Dritten in ein arbeitsrechtliches Weisungsrecht um.<sup>430</sup> Zweck des BetrVG ist es, dem spezifischen Schutzbedürfnis, das sich aus der Ausübung des arbeitsrechtlichen Weisungsrechts ergibt, Rechnung zu tragen.<sup>431</sup>

---

<sup>429</sup> Vgl. GK-Raab § 5 Rn. 72.

<sup>430</sup> Vgl. Nikisch Festschrift für Hueck S. 1, 11; GK-Kraft § 5 Rn. 58; Christiansen S. 143.

<sup>431</sup> Vgl. GK-Raab § 5 Rn. 72.

Für die DRK-Schwesternschaften ist charakteristisch, dass sie regelmäßig in Form von eingetragenen Vereinen mit körperschaftlicher Verfassung organisiert sind. Innerhalb dieser körperschaftlichen Verfassung des Vereins haben die Mitglieder die Möglichkeit, in den dafür vorgesehenen Organen Einfluss zu nehmen und ihre Rechte durchzusetzen. Solche körperschaftlichen Strukturen, die eine Einflußnahme des Beschäftigten möglich machen, sind im Arbeitsverhältnis nicht angelegt. Das Arbeitsverhältnis ist vielmehr geprägt durch das Alleinbestimmungsrecht des Arbeitgebers, das in der Ausübung des Weisungsrechts zum Ausdruck kommt. Dem BetrVG kommt die Aufgabe zu, dieses Ungleichgewicht auszugleichen. Das BetrVG ermöglicht es den Arbeitnehmern, an den Entscheidungen, die sie betreffen, mitzuwirken und ersetzt damit die Struktur, die der Verein bzw. das Vereinsrecht von vorn herein zur Verfügung stellt. Das BetrVG bezweckt, den spezifischen Schutzbedürfnissen im Rahmen des *Arbeitsverhältnisses* zu entsprechen und ist aus diesem Grund auf das Mitgliedschaftsverhältnis nicht übertragbar.<sup>432</sup> Die Anwendung des BetrVG kommt daher auch dann nicht in Betracht, wenn die Mitglieder von Schwesternschaften aufgrund von Gestellungsverträgen im Betrieb eines Dritten tätig werden.

### **cc) Ergebnis**

Die Mitglieder von Schwesternschaften gehören betriebsverfassungsrechtlich weder zum Betrieb der Schwesternschaft noch zum Betrieb des Krankenhausträgers.

---

<sup>432</sup> Vgl. GK-Raab § 5 Rn. 72.

#### **4. Zur Anwendbarkeit des BetrVG auf sog. Gastschwestern**

Von den *Mitgliedern* der Schwesternverbände sind die sog. Gastschwestern zu unterscheiden. Diese stehen zur Schwesternschaft nicht in einem Mitgliedschaftsverhältnis, sondern werden auf Grundlage eines Arbeitsvertrages eingestellt.<sup>433</sup> Auf Gastschwestern greifen die Schwesternschaften dann zurück, wenn der Bedarf an Pflegepersonal nicht mehr mit eigenen Mitgliedern gedeckt werden kann.<sup>434</sup> Die Anwendbarkeit des BetrVG auf Gastschwestern kann wegen des zur Schwesternschaft bestehenden Arbeitsverhältnisses unproblematisch bejaht werden.

##### **a) Betriebszugehörigkeit**

###### **aa) Im Betrieb der Schwesternschaft**

Wegen des bestehenden Arbeitsverhältnisses steht die Betriebszugehörigkeit im Mutterhaus nicht in Zweifel.<sup>435</sup>

###### **bb) Im Krankenhausbetrieb**

Fraglich ist, ob darüber hinaus auch eine Zuordnung zu dem Krankenhausbetrieb in Betracht kommt, in dem die Gastschwestern eingesetzt werden. Hiervon ist auszugehen, sofern die Schwesterngestellung diejenigen Kriterien erfüllt, die für Arbeitnehmerüberlassung charakteristisch sind. In diesem Falle könnten die – für die echte Arbeitnehmerüberlassung<sup>436</sup> – entwickelten Grundsätze auf die Gestellungsverhältnisse übertragen werden. Dies hätte nach der hier vertretenen Ansicht zur Folge, dass die gestellten Schwestern zur Belegschaft des Kranken-

---

<sup>433</sup> Vgl. BAG v. 14. 12. 1994 NZA 1995, 906; BVerwG v. 22. 8. 1997 ZTR 1998, 233; Schüren-Hamann § 1 Rn. 46.

<sup>434</sup> Vgl. Müllner S. 109.

<sup>435</sup> Vgl. BAG v. 14. 12. 1994 NZA 1995, 906; Schüren AÜG § 1 Rn. 46.

<sup>436</sup> Echte Arbeitnehmerüberlassung deshalb, weil es am Merkmal der Gewerbsmäßigkeit fehlt.

hausbetriebs gehören, wenn sie dort länger als drei Monate eingesetzt werden.

Auf den ersten Blick liegt die Annahme nahe, dass es sich bei der Schwesternstellung um einen Fall echter Leiharbeit handelt: Die Schwesternschaft stellt dem Krankenhausträger die Schwestern zur Arbeitsleistung in dessen Betrieb zur Verfügung und zahlt weiter die Vergütung, während der Träger des Krankenhauses die Arbeitskraft der Schwestern für Pflegedienste nutzen kann.

Gleichwohl soll es sich nach Auffassung des BAG bei dem Gestellungsvertrag nicht um einen Arbeitnehmerüberlassungsvertrag handeln. In dem der maßgeblichen Entscheidung zugrundeliegenden Sachverhalt ging es um Gastschwestern, die bei einer DRK-Schwesternschaft angestellt und in dem Krankenhaus eines Dritten beschäftigt wurden. Das Weisungsrecht der leitenden Klinikärzte beschränkte sich auf medizinische Angelegenheiten. Im übrigen organisierten die von der DRK-Schwesternschaft gestellten Oberschwestern die Pflegeleistung in dem Krankenhaus eigenständig und wiesen die Gastschwestern hinsichtlich der Art und Weise der Erbringung der Arbeitsleistung an.<sup>437</sup>

Das Gericht erachtete auf Grundlage dieses - für die Personalstellung typischen - Sachverhalts die arbeitsrechtlichen Beziehungen zum Krankenhausträger nicht für ausreichend, um darin eine Arbeitnehmerüberlassung zu sehen. Das Vorliegen von Arbeitnehmerüberlassung wurde mit der Begründung verneint, dass die DRK-Schwesternschaft die Pflegeleistungen selbst organisiere und allein über den Rückruf einer Pflegekraft entscheide, während der Krankenhausträger nur in geringem Maße Weisungen ausübe.<sup>438</sup>

---

<sup>437</sup> Vgl. BAG v. 4. 7. 1979 AP Nr. 10 zu § 611 BGB Rotes Kreuz.

<sup>438</sup> Vgl. BAG v. 4. 7. 1979 AP Nr. 10 zu § 611 BGB Rotes Kreuz.

In der Literatur ist diese Entscheidung auf Widerspruch gestoßen.<sup>439</sup> So ist etwa *Hamann* der Auffassung, dass das Rückrufrecht sowie die selbständige Organisation der Pflegeleistung durch die Schwesternschaft nicht gegen Arbeitnehmerüberlassung sprechen würden. Auch bei der Arbeitnehmerüberlassung sei nicht unüblich, dass sich der Verleiher im Überlassungsvertrag die Auswechslung der entsendeten Arbeitnehmer vorbehalte.<sup>440</sup>

Der von Hamann geäußerten Kritik an der Rechtsprechungsauffassung ist *nicht* beizupflichten. Sie berücksichtigt nicht den Umstand, dass zwischen Arbeitnehmerüberlassung und Schwesternstellung ein entscheidender Unterschied besteht: Für die Leiharbeit ist charakteristisch, dass der Entleiher, in dessen Betrieb die Leiharbeiter ihrer Beschäftigung nachgehen, *sämtliche* tätigkeitsbezogenen Weisungen ausübt und dem Verleiher lediglich das Rahmenweisungsrecht verbleibt, d. h. die Befugnis, die Leiharbeiter zurückzurufen bzw. sie durch andere zu ersetzen.

Bei der Schwesternstellung ist dies anders: Hier verbleibt der überwiegende Teil des tätigkeitsbezogenen Weisungsrechts bei den von der DRK-Schwernerschaft gestellten Oberschwernern.

Die Ausübung von Weisungen durch die leitenden Klinikärzte beschränkt sich demgegenüber auf einen kleinen Ausschnitt der Arbeitgeberbefugnisse, namentlich auf die medizinischen Angelegenheiten. Der Schwerpunkt der arbeitsrechtlichen Beziehungen verbleibt damit bei der DRK-Schwernerschaft und verlagert sich – anders als bei der Arbeitnehmerüberlassung – nicht in den Einsatzbetrieb.

Die Situation bei der Schwesternstellung weist eher Parallelen zum Fremdfirmeneinsatz auf, bei dem nach fast einhelliger Meinung von einer ausschließlichen Zuordnung zum Betrieb des Vertragsarbeitgebers ausgegangen wird. Beim Fremdfirmeneinsatz werden die Arbeitnehmer der Fremdfirma als deren Erfüllungsgehilfen im Einsatzbetrieb

---

<sup>439</sup> Vgl. nur Schüren-Hamann § 1 Rn. 46; Kasseler Handbuch-Düwell 4.5. Rn. 416a.

<sup>440</sup> Vgl. Schüren-Hamann § 1 Rn. 46; so auch Kasseler Handbuch-Düwell 4.5 Rn. 416a.

tätig. Auch während des Einsatzes unterstehen sie den Weisungen ihres Vertragsarbeitgebers und eben nicht denen des Betriebsinhabers. Bei dem Einsatz von Gastschwestern verhält sich die Situation ähnlich. Sie unterliegen überwiegend den Weisungen der zur Schwesternschaft gehörenden Oberschwester.

Für die Frage der betriebsverfassungsrechtlichen Zuordnung hat dieser Umstand zur Folge, dass die arbeitsrechtlichen Beziehungen zum Inhaber des Krankenhausbetriebes nicht als ausreichend angesehen werden können, um die Betriebszugehörigkeit zu begründen.<sup>441</sup>

Gegen die hier vertretene Auffassung führt *Christiansen* an, dass die Betriebszugehörigkeit auch sonst nicht von dem Maß der Betroffenheit des Arbeitnehmers abhängig gemacht werde. So sei z.B. anerkannt, dass der Umfang der Arbeitspflicht unerheblich ist. Auch nur ganz geringfügige Tätigkeiten könnten die Betriebszugehörigkeit begründen. Vor diesem Hintergrund sei es nicht gerechtfertigt, die Schwestern von einer Repräsentation durch den Betriebsrat des Krankenhauses auszuschließen.<sup>442</sup>

Dieser Einwand vermag nicht zu überzeugen. Es darf nicht übersehen werden, dass die h. M. bei geringfügigen Beschäftigungsverhältnissen die Betriebszugehörigkeit deshalb anerkennt, weil die beschäftigten Personen in einem Arbeitsverhältnis zum Betriebsinhaber stehen. In ihrem Falle bedarf es daher keiner besonderen Rechtfertigung im Hinblick auf die Betriebszugehörigkeit.

Ist hingegen eine arbeitsvertragliche Bindung zum Betriebsinhaber nicht vorhanden, so müssen besondere Umstände vorliegen, die trotz Fehlens des Arbeitsvertrages eine Zuordnung rechtfertigen. Eine hohe Intensität der Betroffenheit des Arbeitnehmers verbunden mit einer

---

<sup>441</sup> So auch Kreuzt in GK § 7 Rn. 51.; für eine Zuordnung zum Einsatzbetrieb: Müller S. 109 f., der aber das aktive Wahlrecht verneint (siehe dazu unten) und Christiansen S. 148.



langfristigen Einsatzdauer bilden Gründe, die nach der hier vertretenen Auffassung ausnahmsweise eine Zuordnung rechtfertigen können, auch wenn eine arbeitsvertragliche Bindung zum Betriebsinhaber nicht gegeben ist. Die Ausübung von Weisungen in medizinischen Angelegenheiten durch die leitenden Krankenhausärzte genügt hierfür nicht.

### **cc) Zum aktiven Wahlrecht im Krankenhausbetrieb**

Wenn auch eine umfassende Zuordnung nach dem zuvor Gesagten abzulehnen ist, so bleibt dennoch zu klären, ob dem gestellten Personal nach § 7 S. 2 BetrVG im Krankenhaus wenigstens das Recht zusteht, dort an der Wahl des Betriebsrats teilzunehmen.

Weite Teile der Literatur sprechen sich für ein Wahlrecht im Einsatzbetrieb (Krankenhaus) unter den Voraussetzungen des § 7 S. 2 BetrVG aus.<sup>443</sup>

*Christiansen* begründet die Zuerkennung des Wahlrechts damit, dass sich für eine Differenzierung nach dem Maß der Betroffenheit keine Stütze im Gesetz finden lasse und eine unterschiedliche Behandlung von geringfügig beschäftigten Personen und gestellten Schwestern dem Prinzip formeller Wahlgleichheit widersprechen würde.<sup>444</sup>

Demgegenüber lehnt *Müllner* ein Wahlrecht im Krankenhausbetrieb ab. Er begründet seine Ansicht mit dem geringen Umfang der Arbeitgeberstellung des Krankenhausträgers, der eine Einräumung des Wahlrechts nicht rechtfertige. Exklusivverträge zwischen Mutterhaus und Krankenhausträger führten häufig dazu, dass die gesamte Schwesternschaft eines Krankenhauses ausschließlich durch ein Mutterhaus gestellt werde. Würde man nun diesen Schwestern das aktive Wahlrecht einräumen, so könnte die Schwesternschaft als größte Beschäftigungsgruppe die betrieblichen Arbeitnehmer majorisieren. Der Be-

---

<sup>442</sup> Vgl. Christiansen S. 140.

<sup>443</sup> Siehe nur Fitting § 7 Rn. 52; DKK-Trümner § 5 Rn. 155; Christiansen S. 140 ohne Differenzierung nach Einsatzdauer.

<sup>444</sup> Vgl. Christiansen S. 140.

etriebsrat würde deshalb für den überwiegenden Teil seiner Aufgaben nicht das wahre Kräfteverhältnis innerhalb der Belegschaft widerspiegeln. Für alle Aufgaben, die nur die Arbeitnehmer des Betriebsinhabers betreffen, wäre die Zusammensetzung des Betriebsrats nicht repräsentativ. Eine solche Situation wäre untragbar. Die in diesem Fall gewichtigeren Belegschaftsinteressen würden es verbieten, dem gestellten Personal das aktive Wahlrecht einzuräumen.<sup>445</sup>

Dem ist im Ergebnis zuzustimmen, weil auch das aktive Wahlrecht nach § 7 S. 2 BetrVG voraussetzt, dass der betreffende Arbeitnehmer zur Arbeitsleistung überlassen ist. Der Tatbestand der Überlassung im Sinne des AÜG setzt nach der Rechtsprechung des BAG voraus, dass der Betriebsinhaber das tätigkeitsbezogene Weisungsrecht *allein* ausübt.<sup>446</sup> Wie bereits zuvor ausgeführt, werden die tätigkeitsbezogenen Weisungen bei der Schwesterngestellung gerade nicht allein durch den Inhaber des Krankenhausbetriebes erteilt.

Im Gegenteil: Überwiegend erfolgen die tätigkeitsbezogenen Weisungen durch die Oberschwester der Schwesternschaft.

Das Erfordernis einer umfassenden Ausübung des tätigkeitsbezogenen Weisungsrechts, welches das BAG der Abgrenzung der Arbeitnehmerüberlassung nach dem AÜG gegenüber anderen Formen des drittbezogenen Personaleinsatzes zugrundelegt, ist ohne weiteres übertragbar auf das Tatbestandsmerkmal von § 7 S. 2 BetrVG („zur Arbeitsleistung überlassen“). Denn das aktive Wahlrecht ist nur dann anzuerkennen, wenn nach der Intensität der Eingliederung und der Dauer des Einsatzes eine Zuordnung zur Belegschaft des Einsatzbetriebes notwendig erscheint.

---

<sup>445</sup> Vgl. Müller S. 110 f.

<sup>446</sup> Vgl. z.B. BAG v. 30.1.1991 AP Nr. 8 zu § 10 AÜG; ausführlich dazu Schüren § 1 Rn. 160.

## b) Ergebnis

Die Betriebszugehörigkeit von Gastschwestern ist lediglich im Betrieb der Schwesternschaft zu bejahen. Im Krankenhausbetrieb kommt eine Betriebszugehörigkeit nicht in Betracht. Dem entspricht es, dass Gastschwestern im Krankenhausbetrieb kein aktives Wahlrecht nach § 7 S. 2 haben.

## IX. Gesamthafenverhältnisse

### 1. Einführung

Besonderheiten bei der Bestimmung der Betriebszugehörigkeit gelten in den Betrieben von See- und Binnenhäfen.<sup>447</sup> Dort unterliegt der tägliche Arbeitsanfall erheblichen Schwankungen. Gleichzeitig besteht der Zwang zur unverzüglichen Auftragserledigung. Diese Umstände wirken sich auf die Beschäftigungssituation aus. Viele Hafendarbeiter, die beim Laden und Löschen von Schiffen benötigt werden, werden als Stunden- und Tagelöhner in ständigem Wechsel in den verschiedenen Betrieben eingesetzt, gehören also nicht zur Stammebelegschaft der Hafeneinzelbetriebe. Um die Nachteile, die in sozialer Hinsicht aus dem ständigen Arbeitgeberwechsel erwachsen, zu vermeiden, ermöglicht das Gesetz über die Schaffung eines besonderen Arbeitgebers für den Bereich der Hafendarbeit v. 3. 8. 1950 (GesamthafenbetriebsG)<sup>448</sup> Arbeitgeberverbänden und Gewerkschaften die Bildung eines besonderen „überbetrieblichen“ Arbeitgebers: dem Gesamthafenbetrieb.<sup>449</sup> Der Gesamthafenbetrieb verleiht „seine“ Arbeitnehmer auf Zeit an die Hafeneinzelbetriebe.<sup>450</sup> Die Einrichtung des Gesamthafenbetriebes bietet den Hafendarbeitern selbst keine Beschäftigungsmöglichkeit, sondern bezweckt

---

<sup>447</sup> Allgemein zu den Begriffen Hafenbetrieb und Hafendarbeit nach dem Gesamthafenbetriebsgesetz Martens NZA 2000, 449.

<sup>448</sup> Vgl. BGBl. I S. 352.

<sup>449</sup> Solche Gesamthafenbetriebe gibt es etwa in Hamburg, Bremen, Bremerhaven und Kiel.

<sup>450</sup> Vgl. AR-Blattei SD 220.3 Rn. 20.

allein die Sicherstellung fortdauernder Arbeitsverhältnisse<sup>451</sup> und verschafft ihnen auf Dauer angelegten sozialen Schutz (Kündigungsschutz, bezahlter Urlaub, Lohnfortzahlung im Krankheitsfall)<sup>452</sup>, der ihnen anderenfalls nicht zustünde.

Rechtsgrundlage für die Bildung des Gesamthafens ist § 1 GesamthafenbetriebsG, wonach Arbeitgeberverbände bzw. einzelne Arbeitgeber und Gewerkschaften ermächtigt werden, durch schriftliche Vereinbarung einen besonderen Arbeitgeber für die wechselnden Hafendarbeiter zu bilden. Das Verhältnis zwischen Gesamthafendarbeitern und Gesamthafenbetrieb wird als sog. Gesamthafenverhältnis bezeichnet.<sup>453</sup>

Da der Gesamthafenbetrieb zur Aufgabe hat, die Arbeitskräfte einzustellen und sie nach Bedarf auf die Hafeneinzelbetriebe zu verteilen, ähnelt seine Funktion der des Verleihers bei der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung. Auch dort werden die Arbeitskräfte - in dem Fall die Leiharbeiter - an die Entleiherbetriebe verteilt. Und doch besteht ein ganz entscheidender Unterschied zur gewerbsmäßigen Überlassung: Die Tätigkeit des Gesamthafenbetriebes ist nicht auf Gewinnerzielung ausgerichtet, eine erwerbsmäßige Tätigkeit ist dem Gesamthafenbetrieb als eine reine Arbeitnehmerschutzeinrichtung gesetzlich sogar untersagt (§ 1 Abs. 1 S. 2 GesamthafenbetriebsG).<sup>454</sup>

## 2. Betriebsverfassungsrechtliche Zuordnung

Die Beurteilung der betriebsverfassungsrechtlichen Zuordnung der Gesamthafendarbeiter hängt maßgeblich von den Vereinbarungen, Verwaltungsordnungen und Satzungen des jeweiligen Hafens ab. Die Auslegung dieser Regelungen kann ergeben, dass neben dem Arbeitsverhältnis zum Gesamthafenbetrieb für die Dauer des Einsatzes ein weiteres Arbeitsverhältnis zum Hafeneinzelbetrieb besteht.

---

<sup>451</sup> Vgl. Richardi § 1 Rn. 94; Schüren § 1 AÜG Rn. 19.

<sup>452</sup> Vgl. GK-Kreutz § 7 Rn. 47.

<sup>453</sup> Vgl. GK-Kreutz § 7 RN. 47

<sup>454</sup> Vgl. AR-Blattei-Rösler SD 220.3 Rn. 20; Müllner S. 34; GK-Kreutz § 7 Rn. 47.

### **a) Zuordnung im Bereich des Hamburger Hafens**

Für den Bereich des Gesamthafens Hamburg bestimmen Satzung und Verwaltungsordnung, dass Gesamthafenarbeiter „während der Arbeit bei den Hafeneinzelbetrieben mit allen Rechten und Pflichten auch zu deren Belegschaft gehören“.<sup>455</sup> Das BAG<sup>456</sup> hat die Gesamtregelung von Gesetz, Vereinbarung, Satzung und Verwaltungsordnung in dem Sinne ausgelegt, dass zwischen Hafeneinzelbetrieb und jedem ihm zugeteilten Gesamthafenarbeiter mit Arbeitsantritt im Hafeneinzelbetrieb ein (zusätzliches) Arbeitsverhältnis begründet wird. Dies hat zur Folge, dass Gesamthafenarbeiter im Hafeneinzelbetrieb somit in vollem Umfang Betriebsverfassungsrechte zustehen, sie insbesondere nach § 7 S. 1 BetrVG und nicht nach § 7 S. 2 wahlberechtigt sind.<sup>457</sup>

### **b) Zuordnung nach allgemeinen Grundsätzen**

Soweit sich aus den Normen, die für den jeweiligen Gesamthafenbereich gelten, keine Besonderheiten ergeben, ist die Zuordnungsfrage nach allgemeinen Grundsätzen zu beantworten. In der Literatur wird eine Zuordnung ähnlich wie bei der nichtgewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung vorgenommen.

#### **aa) Meinungsstand**

##### **aaa) Betriebszugehörigkeit im Gesamthafenbetrieb**

Die Betriebszugehörigkeit zum Gesamthafenbetrieb wird im Schrifttum einhellig bejaht.<sup>458</sup>

---

<sup>455</sup> Vgl. dazu BAG v. 25. 11. 1992 NZA 1993, 955.

<sup>456</sup> Vgl. BAG v. 25. 11. 1992 AP Nr. 8 zu § 1 GesamthafenbetriebsG; **aA:** Müllner S. 116.

<sup>457</sup> Vgl. Fitting § 7 Rn. 97.

<sup>458</sup> Vgl. GK-Kreutz § 7 Rn. 47; DKK-Trümner § 1 Rn. 173; Richardi § 1 Rn. 95; Christiansen S. 133.

### **bbb) Betriebszugehörigkeit im Hafeneinzelbetrieb**

Ob darüber hinaus auch eine Zuordnung zum Hafeneinzelbetrieb zu erfolgen hat, ist umstritten. Von Teilen der Literatur wird eine solche doppelte Betriebszugehörigkeit mit der Begründung bejaht, dass die Hafenarbeiter im Beschäftigungsbetrieb dem Weisungsrecht des Betriebsinhabers ausgesetzt seien und deshalb ein Bedürfnis nach Repräsentation bestehe.<sup>459</sup> Es wird des weiteren argumentiert, dass eine Mindestbeschäftigungsdauer für die Betriebszugehörigkeit nicht vorausgesetzt werde und daher auch eine kurze Beschäftigungsdauer für eine Zuordnung ausreiche.<sup>460</sup> Ein anderer Teil der Literatur schließt demgegenüber eine Zuordnung zum Hafeneinzelbetrieb völlig aus.<sup>461</sup> Wieder andere machen die Betriebszugehörigkeit von der Beschäftigungsdauer im Hafeneinzelbetrieb abhängig. Grundsätzlich seien Gesamthafenarbeiter wegen der nur kurzzeitigen Beschäftigung ausschließlich dem Gesamthafenbetrieb zuzuordnen. Soweit ein Gesamthafenarbeiter jedoch mehr als drei Monate im Hafeneinzelbetrieb beschäftigt werde, gehöre er darüber hinaus auch zu dessen Belegschaft.

<sup>462</sup>

### **bb) Stellungnahme**

Welcher Ansicht zu folgen ist, hängt maßgeblich davon ab, ob die im Rahmen dieser Untersuchung für die echte Arbeitnehmerüberlassung gefundenen Ergebnisse auf das Gesamthafenverhältnis übertragbar sind. Es bleibt also zu untersuchen, inwieweit die Situation des Gesamthafenverhältnisses mit dem Leiharbeitsverhältnis übereinstimmt.

Für eine Gleichbehandlung der beiden Fälle spricht, dass sowohl das Gesamthafenverhältnis wie auch die Arbeitnehmerüberlassung durch

---

<sup>459</sup> Vgl. Christiansen S. 135; Müllner S. 117.

<sup>460</sup> Vgl. Christiansen S. 135.

<sup>461</sup> Vgl. GK-Kreutz § 7 Rn. 47; Richardi § 1 Rn. 96.

<sup>462</sup> Vgl. Fitting § 7 Rn. 47.

die Aufteilung der Arbeitgeberfunktionen gekennzeichnet ist.<sup>463</sup> Wie der Entleiher bei der Arbeitnehmerüberlassung übt auch der Inhaber des Hafeneinzelbetriebs das ihm übertragene Direktionsrecht aus, während das Rahmenweisungsrecht beim Vertragsarbeitgeber, dem Gesamthafenbetrieb, verbleibt. Der Gesamthafenbetrieb stellt die Gesamthafenarbeiter ein, verteilt sie nach Bedarf auf die Hafeneinzelbetriebe und regelt die arbeitsvertraglichen Fragen, wie z. B. die Urlaubsgewährung. Er nimmt alle Arbeitgeberfunktionen wahr, die nicht von den Hafeneinzelbetrieben auszuüben sind. Im Grunde handelt es sich beim Gesamthafenverhältnis um eine besondere Erscheinungsform der echten Leiharbeit, so dass sich die betriebsverfassungsrechtliche Behandlung nach den Grundsätzen zu richten hat, die für die echte Leiharbeit im Rahmen der Untersuchung entwickelt wurden.

Eine andere Beurteilung ergibt sich auch nicht aus dem Umstand, dass nach der Vereinbarung oder der Verwaltungsordnung häufig eine Organgesellschaft mit der Durchführung der laufenden Geschäfte beauftragt wird, die dann auch die Arbeitsverträge abschließt. In der Praxis handelt es sich bei der Organgesellschaft meist um eine GmbH oder einen eingetragenen Verein.<sup>464</sup> Die Übertragung der Aufgaben auf die Organgesellschaft wirft die Frage auf, ob es dadurch zu einer weiteren Aufspaltung im Hinblick auf die Vertragsarbeitgeberfunktionen kommt. Dies ist im Ergebnis jedoch zu verneinen. Zu einer weiteren Aufteilung der Arbeitgeberfunktionen kommt es nicht, weil der Gesamthafenbetrieb nach Übertragung der laufenden Geschäfte nur noch eine Aufsichtsfunktion hat, während die Organgesellschaft das alleinige Ausführungsinstrument des Gesamthafenbetriebs bildet und damit die Position des Vertragsarbeitgebers vollständig übernimmt. Aus der Übertragung der Aufgaben folgt also keine weitere Aufspaltung, sondern ledig-

---

<sup>463</sup> Vgl. BAG v. 19. 7. 1957 AP Nr. 1 zu § 1 GesamthafenbetriebsG ; GK-Kreutz § 7 Rn. 47; Richardi § 1 Rn. 96; Fitting § 7 Rn. 47; Müllner S. 34 f.; Christiansen S. 135.

<sup>464</sup> Vgl. Müllner S. 35.

lich eine Verlagerung der Arbeitgeberstellung vom Gesamthafenbetrieb auf die Gesellschaft.

### **cc) Ergebnis**

Festgestellt wurde bis hierhin, dass auch im Falle des Gesamthafenverhältnisses die Arbeitgeberstellung zwischen Hafeneinzelbetrieb und Gesamthafenbetrieb oder - je nach Fallgestaltung - zwischen Hafeneinzelbetrieb und der Gesamthafenorgangesellschaft aufgespalten ist. Das Gesamthafenverhältnis ist damit in seinen Rechtsfolgen so zu behandeln wie die Fälle der nichtgewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung. Besonderheiten gelten jedoch im Hinblick auf den Bereich des Gesamthafens Hamburg, bei dem sich die Betriebszugehörigkeit im Hafeneinzelbetrieb aus dem zwischen Einzelhafenbetrieb und Gesamthafenarbeiter bestehenden (zusätzlichen) Arbeitsverhältnis ergibt.

## **3. Rechtsfolgen**

### **a) Betriebszugehörigkeit im Gesamthafenbetrieb**

#### **aa) Individualrechte**

Die Hafenarbeiter bleiben nach § 14 Abs. 1 AÜG (analog) auch während ihres Einsatzes Angehörige des Gesamthafenbetriebes. Sie sind dort als dessen Arbeitnehmer nach § 7 S. 1 BetrVG wahlberechtigt und bei sechsmonatiger Betriebsangehörigkeit gem. § 8 BetrVG auch wählbar. Zudem können sie im Gesamthafenbetrieb alle übrigen Betriebsverfassungsrechte wahrnehmen.<sup>465</sup>

---

<sup>465</sup> Vgl. Müllner S. 114.



### **bb) Betriebsverfassungsrechtlicher Zählwert**

Als Belegschaftsangehörige sind Gesamthafenarbeiter im Gesamthafenbetrieb bei der Bemessung der Zahl der zu wählenden Betriebsratsmitglieder zu berücksichtigen, sofern sie die Voraussetzungen erfüllen, die § 9 BetrVG neben der Betriebszugehörigkeit noch verlangt. Sinngemäß gilt dies auch für alle andere Vorschriften, die auf die Zahl der betriebszugehörigen Arbeitnehmer abstellen.

### **cc) Zuständigkeit des Betriebsrats**

Der Betriebsrat des Gesamthafenbetriebes zuständig, soweit es um Funktionen geht, die der Gesamtbetrieb als Vertragsarbeitgeber ausübt.<sup>466</sup> Infolgedessen wird eine Beteiligung des Gesamthafenbetriebsrats bei den sozialen Angelegenheiten nach § 87 Abs. 1 für die Nummern Nr. 4, 5, 8, 9, 10 BetrVG in Betracht zu ziehen sein, während § 87 Abs. 1 Nr. 1 – 3 BetrVG aufgrund der fehlenden Beschäftigung im Gesamthafenbetrieb ausscheiden werden.<sup>467</sup>

Den Großteil der Betriebsratsarbeit im Gesamthafenbetrieb macht aber der Bereich der personellen Angelegenheiten aus. Zu nennen ist hier die Beteiligung bei Personalplanung, Personalfragebogen und Auswahlrichtlinien. Im Rahmen der personellen Einzelmaßnahmen ist zu beachten, dass der wechselnde Einsatz in den Hafeneinzelbetrieben nach der Rechtsprechung des BAGs keine mitbestimmungspflichtige Versetzung ist, weil Gesamthafenarbeiter nach der Eigenart ihres Arbeitsverhältnisses üblicherweise nicht ständig an einem bestimmten Arbeitsplatz beschäftigt werden, vgl. § 95 Abs. 3 S. 2 BetrVG.<sup>468</sup>

---

<sup>466</sup> Vgl. BAG 2. 11. 1993 NZA 1994, 627 (628); DKK-Trümner § 1 Rn. 173; Richardi § 1 Rn. 96; Christiansen S. 135.

<sup>467</sup> Vgl. Müllner S. 114.

<sup>468</sup> Vgl. BAG v. 2. 11. 1993 NZA 1994, 627 (630).

## **b) Betriebszugehörigkeit im Hafeneinzelbetrieb**

Ob ein Hafenarbeiter zur Belegschaft des Einzelbetriebs gehört, richtet sich in erster Linie nach dem Inhalt des Einstellungsvertrages und der einzelnen Satzungen sowie den Verwaltungsvorschriften des jeweiligen Hafens.

Sofern sich aus der Auslegung dieser Regelungen keine Besonderheiten ergeben, richtet sich die Zuordnung nach den für die echte Leiarbeit aufgestellten Grundsätzen. In der Regel bleibt es bei der ausschließlichen Zuordnung zum Betrieb des Vertragsarbeitgebers. Die abgespaltenen arbeitsrechtlichen Beziehungen zum jeweiligen Hafeneinzelbetrieb reichen wegen der nur kurzen Beschäftigungsdauer nicht aus, um die Betriebszugehörigkeit zu begründen.<sup>469</sup> Da die Beschäftigungssituation der Hafenarbeiter durch ständig wechselnden Einsatz geprägt ist, erreicht die Bindung zu Betrieb und Belegschaft nicht den Grad an Intensität, den es bedarf, um das fehlende Arbeitsverhältnis zum Betriebsinhaber auszugleichen.

Das Argument, dass die Hafenarbeiter dem Weisungsrecht des Betriebsinhabers unterliegen und daher auch im Einsatzbetrieb des Schutzes der Betriebsverfassung bedürfen<sup>470</sup>, verfährt nicht, da der dortige Betriebsrat nach einhelliger Meinung die Beteiligungsrechte unabhängig von der Zuerkennung der Betriebszugehörigkeit wahrnimmt.

Der Behauptung der Gegenansicht, dass eine Mindestbeschäftigungsdauer für die Betriebszugehörigkeit nicht vorgesehen sei und deshalb auch ein kurzfristiger Einsatz für die Betriebszugehörigkeit ausreiche<sup>471</sup>, kann nicht gefolgt werden. Schließlich bringt das Gesetz doch in § 7 S. 2 BetrVG deutlich zum Ausdruck, dass bei Fehlen einer arbeitsvertraglichen Verbindung zum Betriebsinhaber die Betriebszugehörigkeit von

---

<sup>469</sup> Vgl. Richardi § 7 Rn. 47.

<sup>470</sup> Vgl. Christiansen S. 135.

<sup>471</sup> Vgl. Christiansen S. 136.

einer gewissen Beschäftigungsdauer abhängig sein soll. Die Behauptung, Gesamthafenarbeiter seien weit stärker als die Leiharbeitnehmer der Arbeitgeberstellung des Betriebsinhaber ausgesetzt, geht in dieselbe Richtung und kann aus den genannten Gründen ebenso wenig überzeugen.

Oft wird als Argument für die Zuerkennung der Betriebszugehörigkeit ins Feld geführt, dass es den Gesamthafenarbeitnehmern wegen des wiederholten Einsatzes in einer beschränkten Anzahl von Betrieben möglich sei, Einblick in die betrieblichen Verhältnisse zu erwerben. Da sie auf die Weise auch in der Lage seien, die Wahlbewerber kennenzulernen, sollten ihnen auch in diesem Betrieb die Betriebszugehörigkeit, zumindest aber das aktive Wahlrecht eingeräumt werden.<sup>472</sup>

Dem ist entgegen zu halten, dass für das aktive Wahlrecht und damit auch für die Betriebszugehörigkeit grundsätzlich ein Arbeitsverhältnis vorausgesetzt wird. Von diesem Grundsatz macht das Gesetz in § 7 S. 2 BetrVG lediglich dann eine Ausnahme, wenn ein Arbeitnehmer eines anderen Arbeitgebers mehr als drei Monate ununterbrochen in einem Betrieb beschäftigt ist. Die Situation von Gesamthafenarbeitern, die gerade nicht durch eine dauerhafte, ununterbrochene Beschäftigung in *einem* Einzelhafenbetrieb gekennzeichnet ist, zeichnet sich hingegen durch ständig wechselnde und kurzzeitige Einsätze aus, so dass die Anwendung des § 7 S. 2 BetrVG nahezu ausgeschlossen ist.

Im Ergebnis ist der Meinung<sup>473</sup> zu folgen, die nach der Beschäftigungsdauer differenziert. Die Betriebszugehörigkeit im Einzelhafenbetrieb wird wegen der begrenzten Einsatzdauer im Regelfall zu verneinen sein. Die arbeitsrechtliche Beziehung reicht nicht aus, Gesamthafenarbeiter bei ihrem kurzfristigen Einsatz bereits zur Belegschaft zu zählen. Eine andere Bewertung muss aber im Falle dauerhafter Beschäftigung

---

<sup>472</sup> Vgl. Müllner S. 117.

<sup>473</sup> Vgl. Fitting § 7 Rn. 47.

erfolgen. Für den Fall, dass ein Einsatz länger als drei Monate andauert, freilich ein Sachverhalt, der in der Praxis selten sein wird, ist die Betriebszugehörigkeit zu bejahen. Um Wiederholungen zu vermeiden, wird zur Begründung auf die Ausführungen zur Arbeitnehmerüberlassung verwiesen.<sup>474</sup>

### **aa) Betriebsverfassungsrechte im Hafeneinzelbetrieb**

Gesamthafenarbeitnehmer sind nach dem vorher Gesagten bei einer Beschäftigungsdauer von bis zu drei Monaten im Hafeneinzelbetrieb weder wahlberechtigt noch wählbar.<sup>475</sup>

Sofern der Einsatz den Zeitraum von drei Monaten überschreitet, sind die Gesamthafenarbeiter aufgrund der ihnen in diesem Falle zukommenden Betriebszugehörigkeit nach § 7 S. 2 BetrVG aktiv wahlberechtigt.<sup>476</sup> In dem theoretischen, aber möglichen Fall einer mehr als dreimonatigen Beschäftigung im Hafeneinzelbetrieb stehen Gesamthafenarbeitnehmern nach der hier vertretenen Ansicht unter Berücksichtigung der Voraussetzungen der jeweiligen Vorschriften die übrigen Individualrechte in vollem Umfang zu. Das passive Wahlrecht nach § 8 BetrVG ist an eine sechsmonatige Betriebszugehörigkeit gekoppelt. Für Arbeitnehmer des Betriebsinhabers setzt § 8 BetrVG zwar keine ununterbrochene Tätigkeit voraus, jedoch ein ununterbrochenes Arbeitsverhältnis.<sup>477</sup> Die immer neue, nur kurzfristige Übertragung eines Teils der Arbeitgeberbefugnisse an die Inhaber der Hafeneinzelbetriebe ist kein vollwertiger Ersatz für ein ununterbrochenes Arbeitsverhältnis. Eine Addition der Einsatzzeiten des Gesamthafenarbeitnehmers bei einem Hafeneinzelbetrieb kommt also nicht in Betracht.<sup>478</sup> Der Fall, dass ein Gesamthafenarbeiter sechs Monate ununterbrochen im Hafeneinzelbe-

---

<sup>474</sup> Siehe S. 75 ff.

<sup>475</sup> Vgl. Fitting § 7 Rn. 47.

<sup>476</sup> Vgl. Fitting § 7 Rn. 47.

<sup>477</sup> Vgl. ErfKo § 8 Rn. 5.

<sup>478</sup> Vgl. Müllner S. 118.

trieb beschäftigt ist, wird in der Praxis wohl eher Ausnahmecharakter haben.

### **bb) Betriebsverfassungsrechtlicher Zählwert**

Grundsätzlich sind Gesamthafenarbeiter bei den betriebsverfassungsrechtlichen Schwellenwerten nicht zu berücksichtigen. Etwas anderes gilt nur dann, wenn sie drei Monate im Hafeneinzelbetrieb beschäftigt werden und die übrigen Voraussetzungen der jeweiligen Vorschrift erfüllen.

### **cc) Zuständigkeit des Betriebsrats des Hafeneinzelbetriebs**

Die Zuständigkeit des Betriebsrats richtet sich nach den Arbeitgeberfunktionen, die von dem Inhaber des Einzelhafenbetriebs wahrgenommen werden.<sup>479</sup>

## **X. Mittelbares Arbeitsverhältnis**

### **1. Begriff**

Einen weiteren Fall des drittbezogenen Personaleinsatzes bildet das sog. mittelbare Arbeitsverhältnis. Ein solches liegt vor, wenn ein Arbeitnehmer (mittelbarer Arbeitnehmer, Gehilfe) von einem Mittelsmann (Zwischenmeister) beschäftigt wird, der seinerseits Arbeitnehmer eines Dritten (Hauptarbeitgeber, Unternehmer, mittelbarer Arbeitgeber) ist.<sup>480</sup>

Als Arbeitnehmerüberlassung ist das mittelbare Arbeitsverhältnis nicht zu qualifizieren, da der Mittelsmann in einem Arbeitsverhältnis zu einem Dritten, dem Unternehmer steht. Er ist selbst Arbeitnehmer. Verleiher

---

<sup>479</sup> Vgl. BAG v. 2. 11. 1993 NZA 1994, 627 (628).

<sup>480</sup> Vgl. BAG v. 20. 7. 1982 AP Nr. 5 zu § 611 BGB Mittelbares Arbeitsverhältnis; v. 21. 2. 1990 AP Nr. 57 zu § 611 BGB Abhängigkeit = BB 1990, 1064; Schüren-Hamann § 1 Rn. 268; AR-Blattei-Röhler SD 220.3 Rn. 1; Waas RdA 1993, 153 ff.; MünchArbR-Marschall § 172 Rn. 12.

im Sinne des AÜG ist jedoch immer nur ein selbständiger Unternehmer.<sup>481</sup>

Das mittelbare Arbeitsverhältnis war in der Zeit vor dem zweiten Weltkrieg in allen Gewerbe- und Industriezweigen verbreitet, insbesondere aber in der Land- und Forstwirtschaft anzutreffen.<sup>482</sup>

In Melkbetrieben etwa überließ der Unternehmer die Versorgung des Großviehs einem von ihm angestellten Melkmeister, der in eigenem Namen Hilfskräfte einstellte und kündigte sowie selbstständig die Arbeitsbedingungen festlegte. Der Lohn des Melkmeisters bestand in einem Deputat (Land, Naturalien und Wohnung) sowie einem Geldlohn. Hiervon bezahlte und verköstigte er zugleich die von ihm angestellten Gehilfen.<sup>483</sup>

Eine ähnliche Struktur war auch in Ziegeleibetrieben vorzufinden. Arbeitskräfte wurden von einem Ziegelmeister eingestellt und entlassen. Der Ziegelmeister seinerseits war Arbeitnehmer des Unternehmers, dem die Betriebsstätte gehörte und der die sächlichen und organisatorischen Hilfsmittel für die Produktion der Ziegel zur Verfügung stellte. Gegenüber dem Unternehmer verpflichtete sich der Ziegelmeister zur Herstellung einer bestimmten Anzahl von Ziegeln. Der Lohn für die Herstellung war ein Stücklohn, dessen anteilige Zahlung durch den Unternehmer häufig direkt an die Arbeiter ging.<sup>484</sup>

Mittlerweile ist das mittelbare Arbeitsverhältnis weder in der Land- und Forstwirtschaft, noch im industriellen Gewerbe anzutreffen.<sup>485</sup> Praktische Bedeutung hat die Problematik heute noch bei der Einstellung von Hilfspersonal durch einen Krankenhausarzt in leitender Stellung<sup>486</sup> und

---

<sup>481</sup> Vgl. AR-Blattei-Röhlsler SD 220.3 Rn. 18; Richardi § 5 Rn. 101; Schüren-Hamann § 1 Rn. 270; Müllner S. 27.

<sup>482</sup> Vgl. Müllner S. 27 f.; Richardi § 5 Rn. 100.

<sup>483</sup> Vgl. Müllner S. 27 f.

<sup>484</sup> Vgl. AR-Blattei-Röhlsler SD 220.3 Rn. 9.

<sup>485</sup> Vgl. Müllner S. 27 f.; Richardi § 5 Rn. 101.

<sup>486</sup> Vgl. BAG v. 18. 4. 1989 AP Nr. 65 zu § 99 BetrVG 1972 (Dialysezentrum).

bei Musikkapellen, bei denen ein angestellter Kapellmeister in eigenem Namen Arbeitsverträge mit den Musikern schließt.<sup>487</sup>

## 2. Betriebsverfassungsrechtliche Zuordnung

Um eine Aussage über die betriebsverfassungsrechtliche Zuordnung mittelbarer Arbeitsverhältnisse treffen zu können, müssen zunächst die Rechtsbeziehungen der beteiligten Personen betrachtet werden:

Arbeitsvertraglich verbunden sind jeweils nur mittelbarer Arbeitgeber und Zwischenmeister sowie Zwischenmeister und mittelbarer Arbeitnehmer.

Die Besonderheit des mittelbaren Arbeitsverhältnis liegt darin, dass der Zwischenmeister zugleich Arbeitnehmer des Unternehmers und Arbeitgeber des mittelbaren Arbeitnehmers ist.<sup>488</sup> Notwendige Voraussetzung für die Bejahung eines mittelbaren Arbeitsverhältnis ist aber, dass der mittelbare Arbeitnehmer in einem Weisungsverhältnis zum Unternehmer steht.<sup>489</sup>

Sofern der mittelbare Arbeitnehmer im Betrieb des Unternehmers arbeitet, kann stets davon ausgegangen werden, dass der Zwischenmeister sein Weisungsrecht wenigstens teilweise auf den Unternehmer übertragen hat. Eine derartige Regelung wird immer als von den Vertragspartnern stillschweigend gewollt unterstellt werden können.<sup>490</sup>

Die Übertragung des Weisungsrechts bringt den Vorteil mit sich, dass der Unternehmer den in seinem Betrieb tätigen mittelbaren Arbeitnehmer direkt anweisen kann. Hierdurch wird eine effektivere Nutzung der Arbeitskraft gewährleistet. Es wäre mühsam, wenn der Arbeitgeber erst den Umweg über den Mittelsmann wählen müsste, um seine Weisungen durchzusetzen.

---

<sup>487</sup> Vgl. BAG v. 9. 4. 1957 und v. 8. 8. 1957 AP Nr. 2 und 3 zu § 611 BGB Mittelbares Arbeitsverhältnis ; v. 26. 11. 1975 AP Nr. 19 zu § 611 Abhängigkeit.

<sup>488</sup> Vgl. AR-Blattei-Röhler SD 220.3 Rn. 44.

<sup>489</sup> Vgl. Richardi § 5 Rn. 102 und BAG v. 12.12. 2001 AP Nr. 111 zu § 611 BGB Abhängigkeit.

### a) Zuordnung zum Betrieb des Unternehmers

Die Frage, ob aus der Übertragung des arbeitsrechtlichen Weisungsrechts und der damit verbundenen Aufspaltung der Arbeitgeberstellung die Betriebszugehörigkeit im Betrieb des Unternehmers folgt, wird einhellig bejaht und zwar unabhängig davon, wie lange die Beschäftigung dort andauert.<sup>491</sup>

Bemerkenswert in diesem Zusammenhang ist, dass auch das BAG<sup>492</sup> eine Zuordnung zum Betrieb des Unternehmers anerkennt, obwohl ein Arbeitsvertrag zwischen Unternehmer und mittelbarem Arbeitgeber nicht besteht. Hierdurch setzt sich das Gericht in Widerspruch zu seiner eigenen Rechtsprechung, wonach für die rechtliche Komponente der Betriebszugehörigkeit stets ein Arbeitsvertrag mit dem Betriebsinhaber erforderlich sein soll.

Die Konstellation des mittelbaren Arbeitsverhältnisses ist daher ein weiterer Beleg dafür, dass an der vom BAG vertretenen Prämisse, für die Betriebszugehörigkeit einen Arbeitsvertrag zum Betriebsinhaber zu verlangen, nicht festgehalten werden kann. Die bis hierhin untersuchten Fälle drittbezogenen Personaleinsatzes zeigen, dass ein Bedürfnis nach betriebsverfassungsrechtlicher Repräsentation durch einen Betriebsrat auch dann vorliegen kann, wenn ein Arbeitsvertrag mit dem Betriebsinhaber nicht besteht.

So verhält es hier. Die Anerkennung der Betriebszugehörigkeit resultiert aus der Erkenntnis, dass sich der Unternehmer der betriebsverfassungsrechtlichen Mitbestimmung nicht dadurch entziehen darf, dass er die Arbeitgeberpflichten und -risiken auf den Zwischenmeister verlagert. Durch die Anerkennung der Betriebszugehörigkeit wird verhindert, dass betriebsverfassungsrechtliche Schutznormen nur deshalb leerlau-

---

<sup>490</sup> Vgl. AR-Blattei-Röhlsler SD 220.3 Rn. 47; Müllner S. 32; MünchArbR-Marschall § 165 Rn. 19.

<sup>491</sup> Vgl. GK-Kreutz § 7 Rn. 57; Fitting § 5 Rn. 210; Richardi § 5 Rn. 101.

<sup>492</sup> Vgl. BAG v. 18. 4. 1989 AP Nr. 65 zu § 99 BetrVG.



fen, weil der betreffende Arbeitnehmer nicht in einem Arbeitsverhältnis zum Betriebsinhaber steht.

Der allgemeinen Ansicht, dass mittelbare Arbeitnehmer dem Betrieb des Unternehmers angehören, ist deshalb zuzustimmen.

## **b) Zur Frage einer doppelten Zuordnung**

Ausgehend von den bis hierhin getroffenen Feststellungen ist zweifelhaft, ob neben der Zugehörigkeit im Betrieb des Unternehmers darüber hinaus noch eine betriebsverfassungsrechtliche Zuordnung zum Zwischenmeister in Betracht kommt.

Für eine doppelte Zuordnung könnte sprechen, dass sich der mittelbare Arbeitnehmer zwei „Arbeitgebern“ gegenübergestellt sieht. Neben dem Unternehmer übt auch der Zwischenmeister in seiner Eigenschaft als Vertragsarbeitgeber weiterhin einen Teil der Arbeitgeberfunktionen aus.

Dieser Umstand veranlasst einen Teil der Literatur eine doppelte Betriebszugehörigkeit zu befürworten<sup>493</sup>, während die überwiegende Meinung demgegenüber von einer ausschließlichen Zuordnung zum Betrieb des Unternehmers ausgeht.<sup>494</sup>

Ausdrücklich Stellung zu der Frage der doppelten Betriebszugehörigkeit beziehen innerhalb der h. M. – soweit ersichtlich – nur *Kreutz*<sup>495</sup> und *Konzen*<sup>496</sup>. Dabei setzt die Argumentation gegen eine doppelte Betriebszugehörigkeit am Betriebsbegriff an: Der Zwischenmeister selbst habe keinen eigenen Betrieb, da er keine eigenständige arbeitstechnische Zielsetzung verfolge. Zwischenmeister und mittelbarer Arbeitnehmer würden vielmehr nur den Betriebszweck des Hauptarbeitgebers

---

<sup>493</sup> Vgl. Müllner S. 124 und Christiansen S. 145.

<sup>494</sup> Vgl. GK-Kreutz § 7 Rn. 57; Fitting § 5 Rn. 210; Richardi § 5 Rn. 101.

<sup>495</sup> Vgl. GK-Kreutz § 7 Rn. 57

<sup>496</sup> Konzen ZfA 1982, 259 (268).

verfolgen. Eine doppelte Zuordnung scheidet deshalb in Ermangelung zweier Betriebe aus.<sup>497</sup>

*Christiansen*<sup>498</sup> hingegen bejaht eine doppelte Betriebszugehörigkeit mittelbarer Arbeitnehmer. Sie bestimmt den Betriebsbereich danach, wo die mitbestimmungsrelevanten Entscheidungen über die Arbeitnehmer fallen. Da der Zwischenmeister eine eigene Leitungseinheit darstelle, die mitbestimmungsrelevante Entscheidungen treffe, bilde der Zwischenmeister selbst einen Betrieb.

Dem kann nicht gefolgt werden. Zwar bestimmt sich auch nach der hier vertretenen Ansicht der Bereich, für den ein Betriebsrat zu bilden ist, nach den Entscheidungsstrukturen des Arbeitgebers. Die Einschätzung, dass der Zwischenmeister eine Leitungseinheit darstellt, die als Betrieb zu qualifizieren ist, geht vom hier vertretenen Standpunkt aus aber fehl.<sup>499</sup> Gegen eine solche Qualifikation als Betrieb ist einzuwenden, dass der Zwischenmeister selbst nicht die Eigenständigkeit aufweist, die eine Leitungseinheit benötigt, um als Betrieb qualifiziert zu werden.

Der Zwischenmeister ist kein selbstständiger Unternehmer. Er ist Arbeitnehmer des Unternehmers und als solcher Teil von dessen betrieblicher Organisation, in die er ebenso eingegliedert ist, wie der mittelbare Arbeitnehmer.

Das äußere Bild dieses Arbeitseinsatzes ist vergleichbar mit der Arbeit nach Weisung in einer Betriebshierarchie, in der der Vertragsarbeitgeber die Funktionen eines betrieblichen Vorgesetzten einnimmt.<sup>500</sup> Da der Zwischenmeister den mittelbaren Arbeitnehmer genau nach den Weisungen des Unternehmers bei der Arbeitsleistung einsetzt, ist er selbst schlicht Sprachrohr und Befehlsempfänger des Unternehmers.

---

<sup>497</sup> Vgl. GK-Kreutz § 7 Rn. 57; Konzen ZfA 1982, 259 (268).

<sup>498</sup> Vgl. hierzu Christiansen S. 145.

<sup>499</sup> Vgl. Christiansen S. 145.

<sup>500</sup> So zutreffend Schüren-Hamann § 1 Rn. 271.

Kraft seiner Weisungsbefugnis vermag sich der Unternehmer ihm gegenüber stets durchzusetzen. Von einer eigenständigen Leitung, wie sie für einen Betrieb zu fordern ist, kann keine Rede sein, weil der Zwischenmeister nicht über die für eine eigenständige Betriebsleitung vorauszusetzende Entscheidungsfreiheit verfügt. Die Anerkennung eines Betriebes scheitert daran, dass der Mittelsmann selbst Teil der Organisation des Unternehmers ist.

Aus diesem Grund ist im Ergebnis der h. M. zu folgen und von einer ausschließlichen Zugehörigkeit zum Betrieb des Unternehmers auszugehen.

## **XI. Fremdfirmenarbeitnehmer**

### **1. Einführung**

In der Praxis ist zunehmend zu beobachten, dass viele Unternehmen innerbetrieblich anfallende Aufgaben nicht mehr von der eigenen Belegschaft, sondern von Fremdfirmen ausführen lassen.

Für Unternehmen stellt die Vergabe betrieblich veranlasster Aufgaben an Fremdfirmen (sog. Outsourcing) eine attraktive Möglichkeit der Kosteneinsparung dar. Neben dem Vorteil, durch die Fremdvergabe Aufgaben und Arbeitgeberrisiken abwälzen zu können, ist mit der Verlagerung nach außen oft auch eine Verschlankung von Produktion und Personal verbunden. Dies wiederum sind entscheidende Kriterien für den „shareholder value“ eines Unternehmens. Vor diesem Hintergrund konzentrieren sich etliche Unternehmen auf ihre Kerntätigkeiten und gliedern Randbereiche aus. Hilfstätigkeiten, wie etwa die Bewachung des Betriebsgeländes, die Reinigung des Betriebsgebäudes<sup>501</sup>, die Beschäftigung betriebsfremder Kraftfahrer, die Bewirtschaftung der betriebseigenen Kantine, werden auf Fremdfirmen übertragen. Nicht selten sind Arbeitnehmer dabei über Monate oder sogar Jahre hinweg im Betrieb des fremden Arbeitgebers beschäftigt.

Neben den unternehmerischen Hilfstätigkeiten werden häufig auch Funktionen übernommen, die eng mit dem Produktionsprozess verzahnt sind (Fertigung notwendiger Vorprodukte<sup>502</sup>, Wartungs- und Reparaturarbeiten an Produktions-<sup>503</sup> und EDV-Anlagen<sup>504</sup>).

## 2. Betriebsverfassungsrechtliche Zuordnung

Die auf Grundlage des Fremdpersonaleinsatzes beschäftigten Arbeitnehmer tragen die Bezeichnung „Fremdfirmenarbeitnehmer“.<sup>505</sup> Unter diesem Begriff werden Arbeitnehmer gefasst, die für ihren Arbeitgeber nach dessen Weisungen im Rahmen eines Dienst- oder Werkvertrags Arbeiten im Betrieb des Auftraggebers ausführen.<sup>506</sup> Ähnlich wie Leiharbeitnehmer stehen Fremdfirmenarbeitnehmer nicht in einem Arbeitsverhältnis mit dem Inhaber des Betriebes, in dem sie beschäftigt sind, arbeiten oft aber „Hand in Hand“ mit der Stammelegschaft des Betriebsinhabers zusammen.

Diese Parallele wirft die Frage auf, ob die zur Leiharbeit aufgestellten Grundsätze auch auf Fremdfirmenarbeitnehmer übertragbar sind. Dies hätte zur Folge, dass bei einem langfristigen Einsatz von einer doppelten Zuordnung sowohl zum Betrieb des Vertragsarbeitgebers als auch zum Einsatzbetrieb auszugehen wäre.

### a) Zur Frage der Betriebszugehörigkeit im Einsatzbetrieb

Nach einhelliger Meinung wird durch die Arbeitsleistung des Fremdfirmenarbeitnehmers eine Betriebszugehörigkeit im Einsatzbetrieb *nicht* begründet.<sup>507</sup> Dem ist zuzustimmen. Fremdfirmenarbeitnehmer stehen

---

<sup>501</sup> Vgl. BAG v. 6. 12. 1988 NZA 1989, 399.

<sup>502</sup> Vgl. BAG v. 7. 8. 1990 NZA 1991, 113.

<sup>503</sup> Vgl. BAG v. 30. 1. 1991 NZA 1992, 19.

<sup>504</sup> Vgl. BAG v. 13. 5. 1992 NZA 1993, 357.

<sup>505</sup> Oft wird auch die Bezeichnung „Unternehmerarbeiter“ verwendet.

<sup>506</sup> Vgl. Hunold NZA 1998, 1025 (1026).

<sup>507</sup> Vgl. BAG v. 18. 1. 1989 EzA § 9 BetrVG 1972 Nr. 4; vgl. auch BAG 30. 1. 1991 EzA § 10 Nr. 3 AÜG; 16. 4. 2003 EzA § 9 BetrVG 2001 Nr. 1; Becker/Wulfgramm Art. § 14 Rn. 26, 38;

weder in einem Arbeitsverhältnis zum Inhaber des Einsatzbetriebs, noch unterliegen sie seinem arbeitsrechtlichen Weisungsrecht.<sup>508</sup> Darin unterscheiden sie sich von den Leiharbeitnehmern, die während ihres Einsatzes den Weisungen des Betriebsinhabers unterworfen sind.

Anders als bei der Leiharbeit wird beim Fremdpersonaleinsatz das arbeitsrechtliche Weisungsrecht nicht auf den Inhaber des Beschäftigungsbetriebs übertragen. Fremdfirmenarbeitnehmer stehen daher in keinerlei arbeitsrechtlicher Beziehung zum Inhaber des Einsatzbetriebes. Das Weisungsrecht verbleibt während des Einsatzes vollständig in der Hand des Vertragsarbeitgebers, also des Dienst- oder Werkunternehmers. Dieser organisiert und steuert die Tätigkeit seiner Arbeitnehmer im Einsatzbetrieb allein. Zu einer Aufspaltung der Arbeitgeberbefugnisse kommt es dementsprechend nicht. Der Betriebsinhaber des Einsatzbetriebes übt keinerlei Arbeitgeberbefugnisse aus. Daher besteht weder ein Bedürfnis, Fremdfirmenarbeitnehmern im Einsatzbetrieb Betriebsverfassungsrechte einzuräumen, noch müssen sie durch den dortigen Betriebsrat repräsentiert werden.<sup>509</sup>

## **b) Betriebszugehörigkeit im Betrieb des Vertragsarbeitgebers**

Unbestritten ist die Betriebszugehörigkeit von Fremdfirmenarbeitnehmern im Betrieb ihres Vertragsarbeitgebers. Ihnen stehen dort alle betriebsverfassungsrechtlichen Individualrechte zu (etwa das Recht zur Teilnahme an Betriebsversammlungen, das Beschwerderecht gem. § 84 Abs. 1 BetrVG, oder die Wahlberechtigung gem. §§ 7, 8 BetrVG).

---

Becker AuR 1982, 369 (379); AR-Blattei-Boemke SD 540 Rn. 51; GK-Kreutz § 7 Rn. 58; Christiansen S. 108; MünchArbR-Joost § 304 Rn. 64; HSWG-Schlochauer § 7 Rn. 2; Stege/Weinspach/Schiefer § 7 Rn. 8.

<sup>508</sup> Zur Abgrenzung ausführlich Schüren-Hamann § 1 Rn. 114 ff.; vgl. zum Fremdfirmeneinsatz auf Dienst- oder Werkvertragsbasis im Spannungsfeld zwischen AÜG und BetrVG: Dauner-Lieb NZA 1992, 817 ff. und Anm. zu BAG Ur. v. 30. 1. 1991 Arbeitnehmerüberlassung – Dienst- oder Werkvertrag SAE 1992, 217 ff.; zum Thema Aufspaltung, Ausgliederung und Fremdvergabe: siehe Henssler NZA 1994, 294 ff.

<sup>509</sup> Das werkvertraglichen Anweisungsrecht nach § 645 BGB steht dem personenbezogenen Direktionsrecht seiner Art nach nicht gleich. Der Besteller hat hier eine lediglich projektbezogene Einwirkungsmöglichkeit. Zur Abgrenzung vgl. die ausführliche Darstellung bei Schüren AÜG Art. 1 § 1 Rn. 201 ff.

Darüber hinaus werden sie umfassend bei den betriebsverfassungsrechtlichen Schwellenwerten berücksichtigt. Ferner ist der Betriebsrat für die Wahrnehmung sämtlicher Beteiligungsrechte in sozialen, personellen und wirtschaftlichen Angelegenheiten zuständig.<sup>510</sup>

### **3. Ergebnis**

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass sich die Beurteilung der Betriebszugehörigkeit von Fremdfirmenarbeitnehmern nicht nach den für die Arbeitnehmerüberlassung aufgestellten Grundsätzen richtet. Im Verhältnis zum Inhaber des Einsatzbetriebes bestehen keinerlei arbeitsrechtliche Beziehungen. Für eine Einbeziehung in die Betriebsverfassung des Beschäftigungsbetriebes besteht mangels Schutzbedürfnis kein Anlass. Fremdfirmenarbeitnehmer sind deshalb ausschließlich dem Betrieb des Vertragsarbeitgebers zuzuordnen.

### **F. Bestehen eines Arbeitsvertrages mit dem Betriebsinhaber**

In dem Kapitel „Betriebszugehörigkeit bei Fehlen eines Arbeitsvertrages mit dem Betriebsinhaber“ wurde die betriebsverfassungsrechtliche Stellung von Arbeitnehmern untersucht, die in einem Betrieb ihre Arbeitsleistung erbringen, ohne zu dessen Inhaber in einem Arbeitsverhältnis zu stehen.

Bei den nun folgenden Fallgruppen, die unter dem Titel „Zuordnungsprobleme trotz bestehenden Arbeitsvertrages“ zusammen gefasst werden, steht die arbeitsrechtliche Beziehung zum Betriebsinhaber nicht in Zweifel. In sämtlichen der zu besprechenden Fällen ist ein Arbeitsverhältnis mit dem Betriebsinhaber vorhanden. Aber auch in diesen Konstellationen, in denen die arbeitsrechtliche Beziehung zum Betriebsinhaber nicht in Frage steht, können sich in vielerlei Hinsicht Schwierigkeiten bei der Bestimmung der Betriebszugehörigkeit ergeben. Dies

---

<sup>510</sup> Vgl. Schüren § 14 Rn. 549; Becker/Wulfgramm Art. 1 § 14 Rn. 26; Ulber AÜG Einl. C Rn. 116; Walle NZA 1999, 518 (520).

gilt etwa bei gekündigten Arbeitnehmern, bei Arbeitnehmern in Elternzeit, bei Altenteilzeit in der Freistellungsphase des Blockmodells oder bei im Ausland tätigen Arbeitnehmern. Im folgenden sind die einzelnen Fallgruppen daher einer näheren Betrachtung zu unterziehen.

## **I. Vorübergehende Arbeitsbefreiung**

Im folgenden ist zu untersuchen, ob die Betriebszugehörigkeit bestehen bleibt, wenn ein Arbeitnehmer vorübergehend von seiner Arbeitspflicht befreit ist.

Eine vorübergehende Arbeitsbefreiung kann sich aus gesetzlichen Ruhetatsbeständen oder vertraglichen Vereinbarungen ergeben oder durch einseitige Erklärung einer der Vertragsparteien ausgelöst werden.

### **1. Zuordnung bei kurzfristiger Unterbrechung der Beschäftigung**

Kraft Gesetz tritt eine Suspendierung der Arbeitspflicht etwa während des sechswöchigen Beschäftigungsverbots der werdenden Mütter vor der Entbindung (Mutterschutzfrist nach § 3 Abs. 2 MuSchG) und während des achtwöchigen Beschäftigungsverbots nach der Entbindung (§ 6 Abs. 1 MuSchG) ein. Gesetzliche Anordnungen dieser Art bestehen im übrigen auch bei der Teilnahme an Wehrübungen (§ 1 Eignungsübungsgesetz), während des Erholungsurlaubs und bei Arbeitsunfähigkeit infolge von Krankheit.

Als Beispiel für eine vertragliche Arbeitsbefreiung ist die Vereinbarung von Sonderurlaub oder die Vereinbarung von Kurzarbeit zu nennen.

Häufigster Fall einer durch einseitige Erklärung ausgelöster Suspendierung von der Arbeitspflicht ist die Freistellung nach erfolgter Kündigung.

Nach allgemeiner Meinung hat eine kurzfristige Unterbrechung der Beschäftigung nicht die Beendigung der Betriebszugehörigkeit zur Fol-

ge.<sup>511</sup> Der betreffende Arbeitnehmer bleibt also auch während seiner Abwesenheit vom Betrieb Belegschaftsmitglied und damit wahlberechtigt.

## 2. Zuordnung bei langfristiger Arbeitsbefreiung

Zweifelhaft ist, ob dies auch gilt, ob also die rechtliche und tatsächliche Zugehörigkeit zum Betrieb auch dann erhalten bleibt, wenn die Arbeitsbefreiung von längerer Dauer ist. Das ist etwa der Fall, wenn ein Arbeitnehmer seinen Wehr- oder Ersatzdienstes (§§ 1, 10 ArbPISchG; § 78 ZDG) absolviert oder wenn ein Arbeitnehmer über einen längeren Zeitraum hinweg seine Elternzeit in Anspruch nimmt (§ 15 BErzGG). In diesem Zusammenhang hat sich der Ausdruck des „ruhenden Arbeitsverhältnisses“ eingebürgert. Von einem solchen wird gesprochen, wenn die wechselseitigen Hauptpflichten aus dem Arbeitsvertrag – nämlich die Arbeitspflicht des Arbeitnehmers und die Pflicht des Arbeitgebers zur Zahlung der vereinbarten Vergütung – suspendiert sind, die Nebenpflichten aber aufrecht erhalten bleiben.<sup>512</sup>

### a) Wehr- oder Zivildienstleistende

Im Hinblick auf Wehr- und Zivildienstleistenden wird im Schrifttum fast einhellig vertreten, dass die Betriebszugehörigkeit in dem Betrieb, in dem der Arbeitnehmer vor seiner Einberufung beschäftigt war, unberührt bleibt.<sup>513</sup> Zur Begründung wird angeführt, dass die vorhandenen Bindungen der Arbeitnehmer trotz der Lösung vom tatsächlichen Ge-

---

<sup>511</sup> Vgl. DKK-Schneider § 7 Rn. 12; GK-Kreutz § 7 Rn. 22; AR-Blattei-Boemke SD 540 Rn. 66; Kaiser NZA 1992, 193 (198); Schneider/Trümmer Festschrift für Gnade S. 175 (194).

<sup>512</sup> Vgl. BAG 22. 6.1988 EzA § 16 BErzGG Nr. 1; Kreutz § 7, Rnr. 22.

<sup>513</sup> Vgl. BAG v. 29. 3. 1974 AP Nr. 2 zu § 19 BetrVG; v. 31. 5. 1989 EzA Nr. 9 zu § 44 BetrVG 1972; v. 16. 4. 2003 EzA Nr. 1 zu § 9 BetrVG 2001 S. 8; ErfK-Eisemann § 7 BetrVG Rn. 3; Fitting § 7 Rn. 30; MünchArbR-Joost § 304 Rn. 68; Lindemann/Simon NZA 2002, 370; Löwisch/Kaiser § 7 Rn. 18; Richardi-Thüsing § 7 Rn. 44; HSWG § 7 Rn. 27; DKK-Schneider § 7 Rn. 12; Stege/Weinspach/Schiefer § 7 Rn. 9.



schehen des Betriebes noch so stark seien, dass die Arbeitnehmereigenschaft nicht verloren gehe.<sup>514</sup>

Demgegenüber wird vereinzelt vertreten, dass der Wehr- oder Zivildienstleistende während des Wehr- oder Zivildienstes nicht mehr zu den Arbeitnehmern des Betriebes gehöre, weil er über einen längerandauernden Zeitraum dem Betriebsgeschehen entzogen sei.<sup>515</sup>

Der Mindermeinung ist zuzugeben, dass während des Wehr- und Zivildienstes die beiderseitigen Hauptpflichten aus dem Arbeitsverhältnis für einen nicht unerheblichen Zeitraum suspendiert sind, der Arbeitnehmer also insbesondere im Betrieb keine Arbeitsleistung erbringt. Dementsprechend unterliegt er auch nicht den Weisungen der Betriebsleitung. Von einer bloßen Lockerung der tatsächlichen Beziehung kann in diesem Fall nicht mehr gesprochen werden. Lediglich dem *rechtlichen* Bande nach bleibt die Betriebszugehörigkeit bestehen. Die tatsächliche Beziehung des Arbeitnehmers zum Betrieb ist während der Zeit der Arbeitsbefreiung aber unterbrochen.

Die sich daraus ergebene Frage, ob die tatsächliche Beziehung stets ununterbrochen vorliegen muss, ist im Ergebnis zu verneinen. Für die Zugehörigkeit eines Arbeitnehmers zu einem Betrieb ist eine ununterbrochen bestehende tatsächliche Beziehung nicht zu verlangen.

Die Funktion der tatsächlichen Beziehung besteht darin, einen Arbeitnehmer einem bestimmten Betrieb zuzuordnen. Die tatsächliche Beziehung hat reine Zuordnungsfunktion. Für die Zuordnung ist nach dem hier vertretenen Begriffsverständnis maßgebend, in welchem Betrieb die Entscheidungen in den beteiligungspflichtigen Angelegenheiten getroffen werden. Ist die Zuordnung nach diesem Kriterium erst einmal erfolgt, hat das Merkmal „tatsächliche Beziehung“ seine Zuordnungsfunktion erfüllt. Es ist deshalb für die Anerkennung der Betriebszugehörigkeit nicht vorauszusetzen, dass die tatsächliche Beziehung ununterbrochen besteht. Die Betriebsleitung muss nicht ununterbrochen Ent-

---

<sup>514</sup> Stege/Weinspach/Schiefer § 7 Rn. 9.

<sup>515</sup> Vgl. GK-Kreutz § 7 Rn. 22.

scheidungen in den beteiligungspflichtigen Angelegenheiten treffen oder Weisungen erteilen, damit die Betriebszugehörigkeit aufrechterhalten bleibt. Maßgebend ist allein der Fortbestand der Entscheidungszuständigkeit. Vom Fortbestand der Entscheidungszuständigkeit kann stets ausgegangen werden, wenn die rechtliche Beziehung zwischen Arbeitnehmer und Betriebsinhaber weiterhin besteht und nach wie vor ein Repräsentationsbedürfnis gegeben ist. So liegt der Fall hier.

Zwar ist im Hinblick auf Fragen der Arbeitsdurchführung ein Repräsentationsbedürfnis zu verneinen: Mangels tatsächlicher Arbeitsleistung im Betrieb ist ein Schutz vor Weisungen, die die Art und Weise der Erbringung der Arbeitsleistung betreffen, nicht erforderlich.

Ein Repräsentationsbedürfnis besteht jedoch im Hinblick auf Fragen des arbeitsrechtlichen Grundverhältnisses. Denn auch während der Betriebsabwesenheit des Arbeitnehmers kann der Arbeitgeber Entscheidungen treffen, die den Inhalt oder Bestand des Arbeitsverhältnisses betreffen und somit mitbestimmungsrechtlich von Relevanz sind. Kündigt beispielsweise der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer während des Wehr- oder Ersatzdienstes, so ist der Betriebsrat an dieser Entscheidung zu beteiligen. Aus Schutzzweckgesichtspunkten ist eine Repräsentation deshalb auch während der Ruhezeit geboten.<sup>516</sup>

Neben dem Repräsentationsgedanken spricht noch ein weiterer Aspekt für die Fortdauer der Betriebszugehörigkeit: Die Amtszeit des Betriebsrats beträgt vier Jahre und erstreckt sich zu einem großen Teil auch auf den Zeitraum, in welchem der Wehr- oder Zivildienstleistende wieder als Arbeitnehmer im Betrieb beschäftigt sein wird. Aus diesem Grund besteht ein berechtigtes Interesse des Arbeitnehmers, auf die Zusammensetzung des Betriebsrats, der ihn in Zukunft vertreten wird, Einfluss zu nehmen.<sup>517</sup> Entsprechendes gilt für das passive Wahlrecht. Dem Arbeitnehmer die Wählbarkeit zum Betriebsrat zu verwehren, wäre nicht sachgerecht, da er seine Aufgaben den überwiegenden Teil

---

<sup>516</sup> Ähnlich Christiansen S. 92.

der Zeit, für die er gewählt ist, auch wahrnehmen kann. In dem Zeitraum, in dem er an der Ausübung seines Amtes verhindert ist, wird er durch ein nachrückendes Ersatzmitglied vertreten.

Im Ergebnis ist deshalb der h. M. zu folgen, wonach auch während der Ableistung des Wehr- oder Zivildienstes die Betriebszugehörigkeit erhalten bleibt.

## **b) Arbeitnehmer in Elternzeit**

Für Arbeitnehmer in Elternzeit (früher: Erziehungsurlaub) gilt nichts anderes als für Wehr- und Zivildienstleistende. Sie sind auch während der Zeit, in der die gegenseitigen Hauptpflichten aus dem Arbeitsverhältnis ruhen, betriebszugehörig.<sup>518</sup> Dies gilt auch dann, wenn sie den maximalen Freistellungszeitraum bis zum dritten Lebensjahr des Kindes in Anspruch nehmen. Die hiervon abweichende Meinung von *Kreutz*<sup>519</sup>, wonach in analoger Anwendung von § 13 Abs. 1 S. 2 BPersVG die Betriebszugehörigkeit erlischt, wenn die Elternzeit über sechs Monate andauert, vermag nicht zu überzeugen. Zwar findet sich eine dem § 13 Abs. 1 S. 2 BPersVG vergleichbare Regelung im BetrVG nicht. Doch dürfte sich die entsprechende Anwendung dieser Vorschrift in Ermangelung einer planwidrigen Regelungslücke verbieten.<sup>520</sup> Gegen einen Ausschluss der Betriebszugehörigkeit sprechen die schon zuvor bei den Wehr- und Zivildienstleistenden angestellten Überlegungen: Zum einen hat der Arbeitnehmer in Elternzeit ein schutzwürdiges Interesse, auf die Zusammensetzung des Betriebsrats Einfluss zu nehmen. Zum anderen besteht auch während des ruhenden Arbeitsverhältnisses ein Bedürfnis nach betriebsverfassungsrechtlicher Repräsentation. Die

---

<sup>517</sup> BAG v. 29. 3. 1974 AP Nr. 2 zu § 19 BetrVG 1972; HSWG § 7 Rn. 27; Richardi § 7 Rn. 40; Fitting § 7 Rn. 30; Christiansen S. 95; Lindemann/Simon NZA 2002, 365 (370).

<sup>518</sup> AR-Blattei-Boemke SD 540 Rn. 67; Christiansen S. 90 ff.; Richardi-Thüsing § 7 Rn. 48; DKK-Schneider § 7 Rn. 12; Kaiser NZA 1992, 193 (198); im Ergebnis wohl auch BAG v. 31. 5. 1989 EzA Nr. 9 zu § 44 BetrVG 1972; v. 16. 4. 2003 EzA Nr. 1 zu § 9 BetrVG 2001 S. 8; LAG Hamm BB 1989, 355.

<sup>519</sup> Vgl. GK-Kreutz § 7 Rn. 22.

<sup>520</sup> So auch Richardi-Thüsing § 7 Rn. 43; Lindemann/Simon NZA 2002, 365 (369).

## Die Betriebszugehörigkeit im BetrVG

Anwendung des BetrVG ist demzufolge auch dann gerechtfertigt, wenn das Arbeitsverhältnis aufgrund der in Anspruch genommenen Elternzeit ruht.

Die Betriebszugehörigkeit entfällt auch nicht, wenn für den Arbeitnehmer in Elternzeit eine Ersatzkraft eingestellt wird.<sup>521</sup> Der freigestellte Arbeitnehmer bleibt weiterhin betriebszugehörig.

Eine Einschränkung ist allerdings im Hinblick auf betriebsverfassungsrechtliche Schwellenwerte zu machen. Hier ist ein Arbeitnehmer in Elternzeit nur dann zu berücksichtigen, wenn er zu den „in der Regel“ Beschäftigten gehört und für ihn keine Ersatzkraft eingestellt wurde, vgl. § 21 Abs. 7 BVerzGG.<sup>522</sup> Dies hat seinen Grund darin, dass die Ersatzkraft während der Abwesenheit den Arbeitsplatz des sich in Elternzeit befindlichen Arbeitnehmers ersetzt. Ein neuer, zusätzlicher Arbeitsplatz, der eine Berücksichtigung *beider* Arbeitnehmer im Rahmen der betriebsverfassungsrechtlichen rechtfertigen würde, entsteht hingegen nicht.<sup>523</sup>

Eine Besonderheit gilt im Zusammenhang mit der Einstellung von Ersatzkräften, wenn der in Elternzeit befindlichen Arbeitnehmer während der Elternzeit durch *zwei Teilzeitkräfte* ersetzt wird. Dieser Fall ist gesetzlich nicht geregelt. Nach zutreffender Ansicht<sup>524</sup> zählen bei der Bestimmung der Betriebsratsgröße dann nicht die beiden Ersatzkräfte, sondern lediglich der sich in Elternzeit befindliche Arbeitnehmer mit.<sup>525</sup>

---

<sup>521</sup> Vgl. GK-Kreutz § 7 Rn. 22; ErfK-Dörner § 21 BerzGG Rn. 21; Lindemann/Simon NZA 2002, 365 (369).

<sup>522</sup> Vgl. GK-Kreutz § 7 Rn. 22.

<sup>523</sup> Vgl. Lindemann/Simon NZA 2002, 365 (369).

<sup>524</sup> Vgl. Lindemann/Simon NZA 2002, 365 (369 f.).

<sup>525</sup> Ausführlich dazu Lindemann/Simon NZA 2002, 365 (369 f.).

## II. Teilzeitbeschäftigte Arbeitnehmer

Nach dem tradierten Verständnis ist ein Arbeitsverhältnis durch die auf Dauer angelegte Vollzeitbeschäftigung geprägt. Die Praxis des heutigen Arbeitslebens weicht von diesem Regelbild oftmals ab.

Bei einer Vielzahl von Arbeitsverhältnissen liegt die Arbeitszeit erheblich unter dem für Vollzeitarbeitsverhältnisse üblichen Volumen. Je geringer das wöchentliche Arbeitszeitvolumen ist, desto geringer sind auch die Anwesenheitszeiten in einer örtlichen Betriebsstätte. Hieran knüpft die Frage an, ob die Betriebszugehörigkeit in Abhängigkeit vom Umfang der Arbeitsleistung steht.

Dem Gesetz lassen sich zum Verhältnis von Beschäftigungsumfang und Betriebszugehörigkeit keine Einschränkungen entnehmen. Weder setzt § 5 BetrVG für die Arbeitnehmereigenschaft einen bestimmten Beschäftigungsumfang voraus, noch unterscheidet der Wortlaut des § 7 BetrVG für das aktive Wahlrecht danach, ob es sich um eine Vollzeit- oder Teilzeitbeschäftigung handelt. Infolgedessen ist die Betriebszugehörigkeit von Teilzeitarbeitnehmern grundsätzlich allgemein anerkannt.<sup>526</sup> Ein teilzeitbeschäftigter Arbeitnehmer ist wahlberechtigt, selbst wenn er am Wahltag nicht im Betrieb arbeitet.<sup>527</sup>

### 1. Geringfügig Beschäftigte

Fraglich ist allerdings, ob dies auch dann gilt, wenn es sich um eine Teilzeitbeschäftigung von sehr geringfügigem Umfang handelt. Eine solche erbringen oftmals Fensterputzer, Putzfrauen, Zeitungszusteller, Sortierer und Packer. Vor dem Hintergrund, dass in diesen Fällen Ar-

---

<sup>526</sup> Vgl. BAG v. 29. 1. 1992 AP Nr. 1 zu § 7 BetrVG 1972; v. 27. 9. 1974 AP Nr. 1 zu § 6 BetrVG 1972; LAG Düsseldorf v. 26. 9. 1990 LAGE § 9 BetrVG 1972 Nr. 3 S. 6, 8; Lipke NZA 1990, 758 (759); Oetker AuR 1991, 359 (364 f.); Zeuner RdA 1975, 84 (88); Becker S. 161 ff.; GK-Kreutz § 7 Rn. 25; ders. Festschrift für Schultz S. 209 (215); Richardi-Thüsing § 7 Rn. 32; DKK-Schneider § 7 Rn. 11; Fitting § 7 Rn. 24; Christiansen S. 100; Lindemann/Simon NZA 2002, 365 (370).

<sup>527</sup> Vgl. GK-Kreutz § 7 Rn. 25; Richardi-Thüsing § 7 Rn. 31; Fitting § 7 Rn. 26; Lipke NZA 1990, 758 (759).

beitszeitvolumen sowie Arbeitsentgelt gering sind, könnte zu erwägen sein, diesem Personenkreis die Betriebszugehörigkeit zu versagen.

### **a) Geringfügig Beschäftigte gehören nicht zum Betrieb**

Eine Teil der Literatur verneint die Betriebszugehörigkeit von geringfügig Beschäftigten.

Hierzu gehört eine ältere Auffassung, nach der eine Beschäftigung nicht derart geringfügig sein darf, dass sie sowohl für den Arbeitnehmer als auch für den Betrieb bedeutungslos ist.<sup>528</sup>

Daran anknüpfend wird von einer anderen Auffassung Beschäftigten, die ein gewisses wöchentliches Arbeitsvolumen nicht erreichen, der Arbeitnehmerstatus abgesprochen.<sup>529</sup>

Wieder andere stellen auf die Geringfügigkeitsgrenze in § 8 SGB IV ab.<sup>530</sup> Eine Betriebszugehörigkeit und damit auch das aktive Wahlrecht käme nicht in Betracht, wenn die Beschäftigung nach § 8 SGB IV sozialversicherungsfrei sei. Zur Begründung wird zum einen angeführt, dass die uneingeschränkte Einbeziehung dieses Personenkreises in die Betriebsverfassung einen Verstoß gegen Art. 3 GG darstelle.<sup>531</sup> Zum anderen wird angeführt, dass geringfügig Beschäftigte nicht des Schutzes des BetrVG bedürften.<sup>532</sup>

Nach Auffassung von *Wank*<sup>533</sup> ist danach zu differenzieren, in welchem Verhältnis die Zahl der geringfügig Beschäftigten zu den Vollzeitbe-

---

<sup>528</sup> Vgl. Brecht § 7 BetrVG Rn. 6; Neumann-Duesberg Betriebsverfassungsrecht S. 243; Nikisch Arbeitsrecht Bd. III S. 77 Rn. 5.

<sup>529</sup> Beuthien/Wehler RdA 1978, 2 (6 ff.).

<sup>530</sup> So Hanau Festschrift für G. Müller S. 169 (170 ff.); Molitor BB 1955, 33 (34); Berger-Delhey AfP 1990, 340 (344 f.); ders. AfP 1991, 566 (569 f.); GL § 7 Rn. 9; anders aber Löwisch in RdA 1984, 197 (206).

<sup>531</sup> Hanau Festschrift für G. Müller S. 169 (170 ff.).

<sup>532</sup> So GL § 7 Rn. 9; Hanau Festschrift für G. Müller S. 169 (174).

<sup>533</sup> Wank RdA 1985, 1 (12).

schäftigten stehen. Ist die Zahl der geringfügig Beschäftigten in der Mehrheit, lehnt *Wank* eine Wahlberechtigung ab, weil sonst die Vollzeitbeschäftigten unter Verstoß gegen den Grundsatz der Wahlgleichheit (Art. 3 GG) majorisiert würden.

### **b) Dagegen: Geringfügig Beschäftigte gehören zum Betrieb**

Demgegenüber lehnt die h. M. diese ausschließlich über das Arbeitszeitvolumen bzw. das Arbeitsentgelt vermittelte Restriktionen im Ergebnis ab und geht ohne Einschränkungen von der Betriebszugehörigkeit geringfügig beschäftigter Arbeitnehmer aus.<sup>534</sup> Zur Begründung wird von Teilen der h. M. angeführt, der Betriebszweck werde auch durch eine geringfügige Arbeitsleistung verfolgt und nachhaltig gefördert und es dementsprechend keinen Grund gebe, diesen Beschäftigten die Betriebszugehörigkeit zu verwehren.<sup>535</sup>

### **c) Stellungnahme**

Gegen eine uneingeschränkte Anerkennung der Betriebszugehörigkeit spricht die von den Vertretern der Mindermeinung angeführte Gefahr einer Majorisierung der Vollzeitbeschäftigten.<sup>536</sup> Soweit die in einem Betrieb tätigen geringfügig beschäftigten Arbeitnehmer gegenüber den Vollzeitbeschäftigten die Mehrheit bilden, kann dies erhebliche Auswirkungen auf die Zahl der Freistellungen, die Größe des Betriebsrats und auf die Zusammensetzung des Betriebsrats haben. Dies lässt sich am Beispiel des im Jahr 1992 vom BAG entschiedenen „Zeitungszusteller-

---

<sup>534</sup> Vgl. BAG v. 29. 1. 1992 AP Nr. 1 zu § 7 BetrVG 1972; v. 27. 9. 1994 AP Nr. 1 zu § 6 BetrVG 1972; LAG Düsseldorf v. 26. 9. 1990 LAGE § 9 BetrVG 1972 Nr. 3 S. 6, 8; Fitting § 7 Rn. 24; MünchArbR-Joost § 304 Rn. 35; GK-Kreutz § 7 Rn. 25; ders. in Gedächtnisschrift für D. Schultz S. 209 (215); Lipke NZA 1990, 758 (759); Oetker AuR 1991, 359 (364f.); Richardi-Thüsing § 7 Rn. 32; HSWG-Schlochauer § 7 Rn. 17 f.; DKK-Schneider § 7 Rn. 11; Stege/Weinspach /Schiefer § 7 Rn. 3; Zeuner RdA 1975, 84 (88); Löwisch RdA 1984, 197 (206); Lindemann/Simon NZA 2002, 365 (370).

<sup>535</sup> Vgl. Oetker AuR 1991, 359 (363); GK-Kreutz § 7 Rn. 25.

<sup>536</sup> Vgl. Berger-Delhey AfP 1990, 344 (345); Schaffeld AfP 1981, 265 f.; Zeuner RdA 1975, 84 (88); GL § 5 Rn. 7; Hanau Festschrift für G. Müller S. 169 (174).

falls<sup>537</sup> veranschaulichen. Im Streitfall ging es um die Wahlberechtigung von 1700 Zeitungszustellern, die in einem Betrieb neben 620 Vollzeitbeschäftigten tätig waren. Billigt man den Zeitungszustellern das Wahlrecht zu, so erhalten deren Stimmen ein überproportionales Gewicht. Gegebenenfalls wird ihnen durch Einräumung des Wahlrechts sogar die volle Beherrschung des Betriebsrats in die Hand gegeben. Es überrascht nicht, dass gegenüber einer derartigen Einflussmöglichkeit gerade im Hinblick auf den Grundsatz der Wahlgleichheit (Art. 3 GG) Vorbehalte bestehen.<sup>538</sup> Angesichts der Gefahr, die eine Überrepräsentation mit sich bringt, erscheint es deshalb auf den ersten Blick naheliegend, geringfügig teilzeitbeschäftigten Arbeitnehmern die Betriebszugehörigkeit zu versagen.

Schwierigkeiten bereitet dann allerdings die Beurteilung der Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Teilzeitarbeitsverhältnis überhaupt als geringfügig anzusehen ist. Die dazu in der Literatur diskutierten Vorschläge überzeugen aus unterschiedlichen Gründen nicht. Soweit für die Qualifizierung der Beschäftigung als geringfügige Tätigkeit darauf abgestellt wird, welche Bedeutung die Arbeitsleistung für den Arbeitnehmer als auch für den Betrieb hat, ist dieses Merkmal als viel zu unbestimmt abzulehnen. Dies hätte zur Folge, dass regelmäßig Einzelfallentscheidungen getroffen werden müssten. Gerade im Bereich der Wahlvorschriften bedarf es jedoch eindeutiger Maßstäbe dazu, wer wahlberechtigt ist und wer nicht. Es konterkariert eine praktikable Handhabung der Wahlrechtsvorschriften, wenn die Beurteilung der Betriebszugehörigkeit einer Einzelfallbetrachtung überlassen bleibt. Das BAG hat deshalb in dem zuvor angesprochenen Zeitungszustellerfall auf das Prinzip der formellen Wahlgerechtigkeit (ein Arbeitnehmer, ei-

---

<sup>537</sup> Vgl. BAG v. 29. 1. 1992 AP Nr. 1 zu § 7 BetrVG 1972; siehe dazu auch BAG v. 29. 3. 1974; v. 25. 6. 1974 AP Nr. 2 und 3 zu § 19 BetrVG 1972; ausführlich zu der Problematik teilzeitbeschäftigter Zeitungszusteller: Oetker AuR 1991, 359 (366 ff.); vgl. auch Kohte BB 1992, 137 (140 ff.); ein Wahlrecht für Zeitungszusteller verneint dagegen Schaffeld AfP 1981, 265).

<sup>538</sup> Vgl. Wank RdA 1985, 1 (11).



ne Stimme) abgestellt und den Zustellern dementsprechend das Wahlrecht zugebilligt.<sup>539</sup> Der Entscheidung ist zuzustimmen. Materielle Wahlgerechtigkeit nach dem Grad der Betroffenheit lässt sich nicht verwirklichen.

Soweit für die Beurteilung der Teilzeitbeschäftigung auf die Geringfügigkeitsgrenze in § 8 SGB IV abgestellt wird, kann diesem Kriterium zwar nicht mangelnde Bestimmtheit vorgeworfen werden. Denn mit einer solchen Vorgabe sind eindeutige und klare Ergebnisse zu erzielen. Dem Vorschlag kann jedoch aus anderen Erwägungen nicht gefolgt werden:

Zum einen erscheint die pauschale Anwendung einer Vorschrift aus dem Sozialgesetzbuch mangels vergleichbarer Wertungsgrundlagen willkürlich.<sup>540</sup> Mit der Anknüpfung an die in § 8 SGB IV festgelegten Entgeltgrenzen wird auf ein Kriterium zurückgegriffen, dass mit der Zwecksetzung der betriebsverfassungsrechtlichen Beteiligungsrechte in keinerlei Zusammenhang steht.

Zum anderen begegnen derartige Geringfügigkeitsgrenzen aufgrund des in § 4 Abs. 1 TzBfG niedergelegten Diskriminierungsverbotes von Teilzeitbeschäftigten, wonach ein teilzeitbeschäftigter Arbeitnehmer wegen seiner Teilzeitarbeit nicht schlechter behandelt werden als ein vergleichbarer vollzeitbeschäftigter Arbeitnehmer, Bedenken.<sup>541</sup>

Ein Ausschluss des Wahlrechts wäre darüber hinaus mit dem Sinn und Zweck der Mitbestimmungsrechte nicht zu vereinbaren. Die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats haben zum Ziel, die Fremdbestimmung der Arbeitnehmer zu begrenzen. Die Fremdbestimmung, die vor allem im Weisungsrecht des Arbeitgebers zum Ausdruck kommt,

---

<sup>539</sup> Vgl. BAG v. 29. 1. 1992 AP Nr. 1 zu § 7 BetrVG 1972.

<sup>540</sup> Zutreffend Oetker AuR 1991, 359 (365).

<sup>541</sup> So auch AR-Blattei-Boemke SD 540 Rn. 84.

macht aber vor geringfügig beschäftigten Arbeitnehmern nicht Halt.<sup>542</sup> Weil auch sie den Weisungen ausgesetzt sind, müssen sie durch den Betriebsrat vertreten werden. Dies setzt voraus, dass geringfügig Beschäftigte den Betriebsrat durch Teilnahme an der Betriebsratswahl zur Vertretung ihrer Belange legitimieren. Ein Ausschluss des aktiven Wahlrechts kommt daher nicht in Betracht.

Vor diesem Hintergrund kann die mit der Anerkennung der Betriebszugehörigkeit zusammenhängende Gefahr der Majorisierung vernachlässigt werden. Dies gilt um so mehr, wenn geringfügig Beschäftigte im Betrieb die Minderheit bilden, was in der Praxis dem Regelfall entspricht.

## **2. Kurzzeitig beschäftigte Arbeitnehmer (Aushilfen)**

Von den teilzeitbeschäftigten Arbeitnehmern zu unterscheiden sind die sog. kurzzeitig beschäftigten Arbeitnehmer.<sup>543</sup> Anders als Teilzeitbeschäftigte, die ihre Arbeitsleistung im Betrieb in der Regel dauerhaft, wenn auch in einem geringeren Arbeitsumfang als Vollzeitbeschäftigte erbringen, werden kurzzeitig beschäftigte Arbeitnehmer nur für einen vorübergehenden Zeitraum eingestellt, etwa als Saisonkräfte, als Urlaubs- oder als Krankheitsvertretung. Nach einhelliger Meinung sind kurzzeitig beschäftigte Arbeitnehmer wahlberechtigt, sofern sie am Tag der Wahl in einem Arbeitsverhältnis zum Betriebsinhaber stehen.<sup>544</sup> Dies gilt unabhängig davon, ob sie einmalig, hin und wieder oder ständig zur Arbeitsleistung herangezogen werden.<sup>545</sup> Außerhalb der vereinbarten Einsatzzeit bleibt kurzzeitbeschäftigten Arbeitnehmern allerdings

---

<sup>542</sup> Ähnlich Plander AiB 1991, 388 (389); Christiansen S. 102.

<sup>543</sup> Im Schrifttum teilweise auch als „Aushilfen“ bezeichnet.

<sup>544</sup> Ebenso BAG v. 29. 1. 1992 AP Nr. 1 zu § 7 BetrVG 1972 mit Anm. Kreuz SAE 1994, 75;; LAG Düsseldorf v. 26. 9. 1990 LAGE § 9 BetrVG 1972 Nr. 3 S. 7; HSWG § 7 Rn. 17; Fitting § 7 Rn. 28; Löwisch/Kaiser § 7 Rn. 15; Richardi-Thüsing § 7 Rn. 31; GK-Kreutz § 7 Rn. 27; DKK-Schneider § 7 Rn. 11; Lindemann/Simon NZA 2002, 365 (370); Christiansen S. 105.

die Betriebszugehörigkeit und damit auch das Wahlrecht verwehrt, weil es in dieser Phase an einer arbeitsrechtlichen Beziehung zum Betriebsinhaber fehlt.<sup>546</sup> Etwas anders gilt nur, wenn es sich bei mehreren aufeinanderfolgenden Einsätzen in Wirklichkeit um ein einheitliches Arbeitsverhältnis mit kapazitätsorientierter Arbeitszeit handelt. In einem solchen Fall, also wenn ein Arbeitnehmer auf Abruf im Betrieb zu erscheinen hat, ist die Betriebszugehörigkeit auch in den Zeiten zwischen den Einsätzen zu bejahen, weil das Arbeitsverhältnis zwischen den Einsätzen fortbesteht.<sup>547</sup>

Nicht überzeugen kann die vereinzelt geäußerte Auffassung<sup>548</sup>, nach welcher bei besonders kurzen Einsätzen das Wahlrecht zu versagen ist. Diese Auffassung übersieht, dass die Wahlberechtigung eine bestimmte Beschäftigungsdauer nicht voraussetzt. Anders als § 8 BetrVG, der die Wählbarkeit von einer sechsmonatigen Betriebszugehörigkeit abhängig macht, sieht § 7 S. 1 BetrVG keine Mindestbeschäftigungszeit vor. Vor dem Hintergrund, dass auch ein nur kurzzeitig beschäftigter Arbeitnehmer den Weisungen seines Arbeitgebers ausgesetzt und damit schutzbedürftig ist, gibt es keinen Anlass, das Wahlrecht in dem hier in Rede stehenden Fall einzuschränken.

### 3. Altersteilzeit

Mit der Umstellung des Arbeitsverhältnisses auf Altersteilzeitarbeit soll älteren Arbeitnehmern ein gleitender Übergang vom Erwerbsleben in den Ruhestand ermöglicht werden.

---

<sup>545</sup> Vgl. GK-Kreutz § 7 Rn. 27; Lindemann/Simon NZA 2002, 365 (370); Christiansen S. 105; a.A. LAG Hamm 11. 5. 1979 EzA Nr. 2 zu § 6 BetrVG 1972 für den Fall ständiger Heranziehung.

<sup>546</sup> Zutreffend GK-Kreutz § 7 Rn. 27.

<sup>547</sup> Dazu näher AR-Blattei-Boemke SD 540 Rn. 89; GK-Kreutz § 7 Rn. 27.

<sup>548</sup> So GL § 7 Rn. 8.

Hinsichtlich der Verteilung der Arbeitszeit lassen sich zwei Formen der Altersteilzeit unterscheiden: Das klassische Modell und das Blockmodell.

Beim klassischen Modell vereinbaren die Arbeitsvertragsparteien die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses mit halbierter wöchentlicher Arbeitszeit. Der Arbeitnehmer arbeitet also den gesamten Zeitraum der vereinbarten Altersteilzeit zur Hälfte seiner bisherigen Arbeitszeit.

Demgegenüber wird die Altersteilzeit beim Blockmodell ( § 2 Abs. 2 Nr. 1 ATG) in zwei Phasen durchgeführt: In der ersten Hälfte des vereinbarten Zeitraums (Beschäftigungsphase) arbeitet der Arbeitnehmer wie bisher in vollem Umfang, in der zweiten Hälfte (Freistellungsphase) aber überhaupt nicht mehr.

Sofern die Arbeitsvertragsparteien für die Altersteilzeit das klassische Modell vereinbaren, hat die Umstellung des Arbeitsverhältnisses keinen Einfluss auf die Betriebszugehörigkeit. Wie bei anderen Formen der Teilzeitarbeit auch, bleibt der in Altersteilzeit befindliche Arbeitnehmer in vollem Umfang betriebszugehörig. Er kann sämtliche Betriebsverfassungsrechte wahrnehmen und wird bei den betriebsverfassungsrechtlichen Schwellenwerten berücksichtigt. Die Beschäftigung in Altersteilzeit nach dieser Variante hat zur Folge, dass bei der Ermittlung der Betriebsratsgröße ( § 9 BetrVG) nunmehr zwei Arbeitnehmer mitzuzählen sind, da neben dem in Altersteilzeit befindlichen Arbeitnehmer auch der Wiederbesetzer zu berücksichtigen ist, der die andere Hälfte des Arbeitsplatzes besetzt.<sup>549</sup>

Anders verhält es sich, wenn die Arbeitsvertragsparteien das Blockmodell vereinbaren. Zwar bestehen keine Zweifel, dass der in Altersteilzeit befindliche Arbeitnehmer in der ersten Hälfte des vereinbarten Zeitraums (Beschäftigungsphase) betriebszugehörig ist. In der Beschäftigungsphase liegen sowohl rechtliche wie auch tatsächliche

Komponente der Betriebszugehörigkeit vor.<sup>550</sup> Der Arbeitnehmer ist in dieser Phase der vereinbarten Altersteilzeit in vollem Umfang zur Wahrnehmung von Betriebsverfassungsrechten befugt.

Anders liegt der Sachverhalt in der zweiten Hälfte der vereinbarten Altersteilzeit. Mit Beginn der Freistellungsphase scheidet der Arbeitnehmer aus dem Betrieb aus und tritt in den Ruhestand ein. Nach seinem Ausscheiden erbringt der Arbeitnehmer keine Arbeitsleistung mehr im Betrieb. Eine Rückkehr des Arbeitnehmers nach Ablauf der Freistellungsphase ist gerade nicht vorgesehen.

Dies unterscheidet den in Altersteilzeit befindlichen Arbeitnehmer von Arbeitnehmern, deren Arbeitsverhältnisse ruhen und die nach der Ruhezeit in den Betrieb zurückkehren können. Das Ausscheiden des Arbeitnehmers ist endgültig. Vor diesem Hintergrund besteht weder ein berechtigtes Interesse des Arbeitnehmers an einer Repräsentation durch den Betriebsrat noch an der Ausübung von Betriebsverfassungsrechten.

Deshalb endet die Betriebszugehörigkeit des Arbeitnehmers bereits mit Ablauf der Beschäftigungsphase, obwohl noch bis zum Ablauf der Freistellungsphase ein Arbeitsverhältnis besteht.<sup>551</sup>

### III. Gekündigte Arbeitnehmer

Problematisch ist die Beurteilung der Betriebszugehörigkeit von Arbeitnehmern, deren Arbeitsverhältnisse gekündigt worden sind. Hierbei

---

<sup>549</sup> So auch Lindemann/Simon NZA 2002, 365 (370).

<sup>550</sup> Vgl. Lindemann/Simon NZA 2002, 365 (370).

<sup>551</sup> So jetzt BAG v. 16. 4. 2003 AuR 2004, 109 (110); vgl. auch ErfK-Eisemann § 7 Rn. 2; Fitting § 7 Rn. 32; GK-Kreutz § 7 Rn. 25; Richardi-Thüsing § 7 Rn. 50; Lindemann/Simon NZA 2002, 365 (370); ausführlich Rieble/Gutzeit BB 1998, 638 (641) HSWG § 7 Rn. 18a; Stege/Weinspach/Schiefer § 7 Rn. 3a; Löwisch/Kaiser § 7 Rn. 13; a.A. Däubler AiB 2001, 684; Natzel NZA 1998, 1262 (1265); DKK-Schneider § 7 Rn. 11a. Von einem Ende der Betriebszugehörigkeit ist allerdings dann nicht auszugehen, wenn der Arbeitnehmer in der Freistellungsphase in geringfügigem Umfang weiterbeschäftigt wird (Ebenso Däubler AuR 2004, 81 (82) und GK-Kreutz § 7 Rn. 25).

sind zwei Phasen zu unterscheiden: Der Zeitraum vor Ablauf und der Zeitraum nach Ablauf der Kündigungsfrist.

## **1. Betriebszugehörigkeit vor Ablauf der Kündigungsfrist**

### **a) Weiterbeschäftigung bis zum Ende der Kündigungsfrist**

Vor Ablauf der Kündigungsfrist wird allgemein vom Fortbestehen der Betriebszugehörigkeit eines gekündigten Arbeitnehmers ausgegangen.<sup>552</sup> Das bedeutet: Ein gekündigter Arbeitnehmer kann bis zum Ablauf der Frist alle Betriebsverfassungsrechte wahrnehmen und wird auch im Rahmen der betriebsverfassungsrechtlichen Schwellenwerten mitgezählt, sofern die übrigen Voraussetzungen der jeweiligen Norm vorliegen.

Zwar mag es verwundern, dass ein Arbeitnehmer an der Wahl des Betriebsrats teilnehmen kann, gleichwohl er während dessen Amtszeit nicht mehr im Betrieb beschäftigt ist. § 7 S. 1 BetrVG setzt jedoch für das Wahlrecht keine Mindestbeschäftigungsdauer nach der Wahl voraus. Für einen Ausschluss des Wahlrechts gibt es also im Gesetz keine Anhaltspunkte.

Im übrigen ist der Fortbestand der Betriebszugehörigkeit aber auch sachlich gerechtfertigt, da das Repräsentationsbedürfnis des betreffenden Arbeitnehmers bis zum Ablauf der Kündigungsfrist bestehen bleibt. Durch die *Kündigungserklärung* selbst wird das Repräsentationsbedürfnis nicht berührt. Trotz erfolgter Kündigung bleibt der betreffende Arbeitnehmer den Weisungen des Arbeitgebers ausgesetzt und damit betriebsverfassungsrechtlich schutzbedürftig. Erst wenn der gekündigte Arbeitnehmer aus dem Betrieb ausscheidet, endet auch sein Bedürfnis nach betriebsverfassungsrechtlicher Repräsentation.

---

<sup>552</sup> Vgl. Fitting § 7 Rn. 33; GK-Kreutz § 7 Rn. 22, 28; HSWG-Schlochauer § 7 Rn. 28; Richardi-Thüsing § 7 Rn. 23, 37; AR-Blattei-Boemke SD 540 Rn. 60; MünchArbR-Joost § 304 Rn. 70; Stege/Weinspach/Schiefer § 7 Rn. 10; DKK-Schneider § 7 Rn. 13.

## b) Freistellung von der Arbeitspflicht

Es stellt sich die Frage, ob diese Grundsätze auch dann gelten, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer unter Fortzahlung der Bezüge bis zum Kündigungstermin von seiner Arbeitsverpflichtung freistellt.

Problematisch ist in diesem Zusammenhang, dass der Arbeitnehmer wegen der Freistellung keine Arbeitsleistung mehr im Betrieb erbringt und auch nicht mehr den tätigkeitsbezogenen Weisungen des Betriebsinhabers unterliegt.

Gleichwohl ist vom Fortbestehen der Betriebszugehörigkeit bis zum Ablauf der Kündigungsfrist auszugehen.<sup>553</sup>

Wie bereits in anderem Zusammenhang ausgeführt wurde<sup>554</sup>, muss die tatsächliche Beziehung zum Betrieb nicht ununterbrochen vorliegen.

Die Funktion der tatsächlichen Beziehung besteht darin, einen Arbeitnehmer einem bestimmten Betrieb zuzuordnen.

Die tatsächliche Beziehung hat damit reine Zuordnungsfunktion.

Für die Zuordnung ist nach dem hier vertretenen Begriffsverständnis maßgebend, in welchem Betrieb die Entscheidungen in den beteiligungspflichtigen Angelegenheiten getroffen werden. Ist die Zuordnung nach diesem Kriterium erst einmal erfolgt, hat das Merkmal „tatsächliche Beziehung“ seine Zuordnungsfunktion erfüllt. Darüber hinaus kommt ihr keine Bedeutung zu. Es ist deshalb nicht notwendig, dass die tatsächliche Beziehung ununterbrochen besteht. Die Betriebsleitung muss nicht laufend Entscheidungen in den beteiligungspflichtigen Angelegenheiten treffen oder Weisungen erteilen, damit die Betriebszugehörigkeit aufrechterhalten bleibt. Maßgebend ist allein der Fortbestand der *Entscheidungszuständigkeit*. Vom Fortbestand der Entscheidungszuständigkeit kann stets ausgegangen werden, wenn die rechtliche Beziehung zwischen Arbeitnehmer und Betriebsinhaber wei-

---

<sup>553</sup> Vgl. Fitting § 7 Rn. 33; GK-Kreutz § 7 Rn. 22, 28; HSWG-Schlochauer § 7 Rn. 28; Richardi/Thüsing § 7 Rn. 23, 37; MünchArbR-Joost § 304 Rn. 70; Stege/Weinspach/Schiefer § 7 Rn. 10; HSWG-Schlochauer § 7 Rn. 28; **a.A.** aber Boemke AR-Blattei-Boemke SD 540 Rn. 61 und Lindemann/Simon NZA 2002, 365 (368).

terhin besteht *und* nach wie vor ein Repräsentationsbedürfnis des Arbeitnehmer bejaht werden kann.

Ein solches Repräsentationsbedürfnis ist in der Freistellungsphase gegeben, und zwar in denjenigen beteiligungspflichtigen Angelegenheiten, die das arbeitsrechtliche Grundverhältnis betreffen. In der Zeit zwischen dem Ausspruch der Kündigung und dem Ablauf der Kündigungsfrist hat der Betriebsrat für den Arbeitnehmer diejenigen Beteiligungsrechte wahrzunehmen, die ihm in Bezug auf die Kündigung zustehen. Zu nennen ist in diesem Zusammenhang etwa das Widerspruchsrecht des Betriebsrats nach § 102 Abs. 3 BetrVG. Vor diesem Hintergrund bleibt die Betriebszugehörigkeit trotz fehlender Beschäftigung bis zum Ablauf der Kündigungsfrist weiter bestehen.

## **2. Betriebszugehörigkeit nach Ablauf der Kündigungsfrist**

Mit dem Ablauf der Kündigungsfrist erlischt grundsätzlich auch die Betriebszugehörigkeit des gekündigten Arbeitnehmers. Denn zu diesem Zeitpunkt endet das Arbeitsverhältnis und der Arbeitnehmer scheidet aus dem Betrieb aus.<sup>555</sup>

Fraglich ist, ob etwas anders gilt, also die Betriebszugehörigkeit fortbesteht, wenn der gekündigte Arbeitnehmer die vom Arbeitgeber ausgesprochene Kündigung mit einer Kündigungsschutzklage angreift oder allgemein Klage auf Feststellung des Fortbestehens des Arbeitsverhältnisses erhebt.

In diesem Zusammenhang lassen sich drei Konstellationen unterscheiden:

---

<sup>554</sup> Vgl. hierzu die Ausführungen zur vorübergehenden Arbeitsbefreiung.

<sup>555</sup> Allgemeine Meinung, vgl. BAG 14. 5. 1997 AP Nr. 6 zu § 8 BetrVG 1972; v. 10. 11. 2004 AP Nr. 11 zu § 8 BetrVG 1972; ErfK-Eisemann § 7 BetrVG Rn. 1; Fitting § 7 Rn. 33; Richardi-Thüsing § 7 Rn. 40; LAG Berlin v. 2. 5. 1994 LAGE § 19 BetrVG Nr. 12 S. 4; GK-Kreutz § 7 Rn. 29; AR-Blattei-Boemke SD 540 Rn. 35; MünchArbR-Joost § 304 Rn. 71, 74; Christiansen S. 89; GL § 7 Rn. 18; HSWG-Schlochauer § 7 Rn. 29.



- Der gekündigte Arbeitnehmer hat einen Anspruch auf Weiterbeschäftigung und wird auch tatsächlich weiterbeschäftigt.
- Der gekündigte Arbeitnehmer hat einen Anspruch auf Weiterbeschäftigung, wird aber tatsächlich *nicht* weiterbeschäftigt.
- Der gekündigte Arbeitnehmer hat *keinen* Weiterbeschäftigungsanspruch und wird auch *nicht* weiterbeschäftigt.

### **a) Weiterbeschäftigungsanspruch und Weiterbeschäftigung**

Zu untersuchen ist zunächst die Frage, ob die Betriebszugehörigkeit bestehen bleibt, wenn der gekündigte Arbeitnehmer einen Anspruch auf Weiterbeschäftigung hat und während eines Kündigungsrechtsstreits auch tatsächlich weiterbeschäftigt wird.

#### **aa) Tatsächliche Beziehung**

In diesen Fällen bestehen jedenfalls keine Zweifel an der *tatsächlichen* Beziehung. Soweit der gekündigte Arbeitnehmer während des Kündigungsrechtsstreits tatsächlich weiterbeschäftigt wird, unterfällt er nach wie vor den Weisungen des Betriebsinhabers. Vom Bestehen einer tatsächlichen Beziehung kann in diesem Fall somit ohne weiteres ausgegangen werden.

#### **bb) Rechtliche Beziehung**

Schwieriger zu beurteilen ist allerdings, ob das Weiterbeschäftigungsverhältnis eine für die Betriebszugehörigkeit ausreichende *rechtliche* Beziehung vermittelt. Es kommen verschiedene rechtliche Grundlagen für eine Weiterbeschäftigung in Betracht.

#### **aaa) Vertragliche Vereinbarung**

Grundlage für eine Weiterbeschäftigung kann zum einen ein Vertrag sein, wenn die Parteien die Weiterbeschäftigung bis zum rechtskräfti-

gen Abschluss des Kündigungsrechtsstreits vereinbaren. Eine solche Vereinbarung kann sich unter Umständen für den Arbeitgeber wegen des Annahmeverzugsrisikos empfehlen.

### **bbb) Weiterbeschäftigungsanspruch gem. § 102 Abs. 5**

Ein Anspruch auf Weiterbeschäftigung kann sich des weiteren aus dem betriebsverfassungsrechtlichen Weiterbeschäftigungsanspruch nach § 102 Abs. 5 BetrVG ergeben. Die Rechtsfolgen des betriebsverfassungsrechtlichen Weiterbeschäftigungsanspruchs treten ein, wenn der Betriebsrat einer ordentlichen Kündigung frist- und ordnungsgemäß widersprochen hat, und der Arbeitnehmer Klage auf Feststellung erhoben hat, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht aufgelöst ist. In diesem Fall muss der Arbeitgeber den gekündigten Arbeitnehmer auf dessen Verlangen bis zum rechtskräftigen Abschluss des Rechtsstreits zu unveränderten Arbeitsbedingungen weiterbeschäftigen.

### **ccc) Allgemeiner Weiterbeschäftigungsanspruch**

Ferner kann ein Anspruch auf Weiterbeschäftigung aus dem richterlich entwickelten allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruch resultieren. Die Pflicht zur Weiterbeschäftigung aus diesem Anspruch trifft den Arbeitgeber dann, wenn die ausgesprochene Kündigung offensichtlich unwirksam ist oder der Klage in erster Instanz stattgegeben wurde, und überwiegende schutzwerte Interessen des Arbeitgebers einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers nicht entgegenstehen.<sup>556</sup>

---

<sup>556</sup> Vgl. BAG GS v. 27. 2. 1985 BB 1985, 1978.

### **ddd) Einordnung des Weiterbeschäftigungsverhältnisses**

Offen geblieben ist bislang noch, ob ein solches Weiterbeschäftigungsverhältnis eine ausreichende Grundlage für die Betriebszugehörigkeit bildet.

Davon kann nur dann ausgegangen werden, wenn es sich hierbei um ein Arbeitsverhältnis oder zumindest um ein – dem Arbeitsverhältnis vergleichbares – Rechtsverhältnis handelt. Demzufolge bedarf das Weiterbeschäftigungsverhältnis einer rechtlichen Einordnung:

Keine Schwierigkeiten ergeben sich hinsichtlich der Einordnung, wenn die Weiterbeschäftigung einverständlich auf vertraglicher Grundlage erfolgt. In diesem Fall ist in der Weiterbeschäftigungsvereinbarung eine mit dem Arbeitsvertrag vergleichbare vertragliche Grundlage zu sehen, soweit aus der Vereinbarung erkennbar ist, dass die Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsvertrag bis zum Abschluss des Kündigungsprozesses weiter gelten sollen.

Beruhet das Weiterbeschäftigungsverhältnis dagegen auf einem Weiterbeschäftigungsanspruch ist die dogmatische Einordnung des Weiterbeschäftigungsverhältnisses schwierig.<sup>557</sup>

Soweit die Weiterbeschäftigung aus dem betriebsverfassungsrechtlichen Anspruch nach § 102 Abs. 5 BetrVG folgt, wird das Weiterbeschäftigungsverhältnis vielfach als gesetzliches Schuldverhältnis angesehen.<sup>558</sup> Andere betrachten das Weiterbeschäftigungsverhältnis in diesem Falle als gesetzliche Verlängerung des ursprünglichen Arbeitsvertrages.<sup>559</sup> Wieder andere begreifen das Weiterbeschäftigungsverhältnis

---

<sup>557</sup> Dazu Walker DB 1988, 1596 f.

<sup>558</sup> Vgl. HSWG-Schlochauer § 102 Rn. 161; Stege/Weinspach/Schiefer § 102 Rn. 177.

<sup>559</sup> Vgl. Richardi § 102 Rn. 204.

als faktisches Arbeitsverhältnis<sup>560</sup> oder sogar nur als „tatsächliches Weiterbeschäftigen“<sup>561</sup>.

Soweit das Weiterbeschäftigungsverhältnis auf dem allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruch beruht, sieht ein Teil der Literatur darin ein – durch den Ausgang des Kündigungsschutzprozesses auflösend bedingtes – neues Arbeitsverhältnis.<sup>562</sup> Andere qualifizieren das Weiterbeschäftigungsverhältnis als faktisches Arbeitsverhältnis<sup>563</sup> oder lediglich als rein tatsächliches Verhalten ohne Rechtsgrund, das nach Bereicherungsrecht abzuwickeln ist.<sup>564</sup>

Ordnet man das Weiterbeschäftigungsverhältnis als „rein tatsächliches Weiterbeschäftigen“ oder als „rein tatsächliches Verhalten ohne Rechtsgrund“ ein, so reicht die so verstandene Beziehung für die Betriebszugehörigkeit nicht aus.<sup>565</sup> Einem rein *tatsächlichen* Verhalten kann eine *rechtliche* Beziehung nicht entnommen werden.

Gegen eine solche Qualifizierung als rein tatsächliche Beschäftigung spricht, dass beide Parteien wegen der Unsicherheit über den Ausgang des Kündigungsschutzprozesses alle Rechte und Pflichten des bisherigen Arbeitsverhältnisses weiter beachten müssen.

Das Weiterbeschäftigungsverhältnis wird dadurch von den Parteien in seinen Rechtsfolgen wie ein Arbeitsverhältnis behandelt. Dieser Umstand führt dazu, dass alle Regeln weiter bestehen, die auch für das Arbeitsverhältnis charakteristisch sind. Hierzu gehört, dass der weiterbeschäftigte Arbeitnehmer den Weisungen des Arbeitgebers unterliegt.

---

<sup>560</sup> Vgl. Meisel Rn. 558.

<sup>561</sup> Vgl. Brecht § 102 Rn. 10.

<sup>562</sup> Vgl. BAG v. 4. 9. 1986 AP Nr. 22 zu § 611 BGB – Beschäftigungspflicht; Braun NJW 1984, 596; Denk NJW 1983, 255; Klebe/Schumann S. 355.

<sup>563</sup> BAG v. 15. 1. 1986 AP Nr. 66 zu § 1 LohnFG; Bächle NJW 1979, 1693, 1694; Dütz AuR 1987, 317 (321); Falkenberg DB 1987, 1534 (1538); Schäfer DB 1982, 902 (904).

<sup>564</sup> BAG v. 10. 3. 1987 NJW 1987, 2251; v. 1. 3. 1990 EzA Nr. 41 zu § 611 BGB – Beschäftigungspflicht; v. 17. 1. 1991 SAE 1992, 358 ff.; Lieb SAE 1986, 48 (50).

<sup>565</sup> Anders aber MünchArbR-Joost § 304 Rn. 72.

Die Erteilung von Weisungen durch den Arbeitgeber setzt aber wiederum eine bestehende *Weisungsbefugnis* voraus. Die Befugnis zur Erteilung von Weisungen kann sich jedoch aus einem rein tatsächlichen Verhalten nicht ergeben.

Die Weisungsbefugnis kann immer nur rechtlich vermittelt sein. Die Einordnung des Weiterbeschäftigungsverhältnisses als rein tatsächliches Verhalten erscheint aus diesem Grund nicht sachgerecht.

Zu folgen ist deshalb denjenigen Literaturstimmen, die das Weiterbeschäftigungsverhältnis als rechtliche Beziehung begreifen. Dabei spielt es für die hier in Rede stehende Problematik keine Rolle, ob das Weiterbeschäftigungsverhältnis als gesetzliches Schuldverhältnis oder echtes Arbeitsverhältnis verstanden wird: Die so verstandene Beziehung bildet – im Gegensatz zu einer rein tatsächlichen Beziehung – eine ausreichende rechtliche Basis für die Betriebszugehörigkeit.<sup>566</sup>

Das Gleiche gilt für das faktische Arbeitsverhältnis, da dieses mit *h-vollzugsetzung*, also mit tatsächlicher Arbeitsaufnahme, als vollwirksames Arbeitsverhältnis mit allen Rechten und Pflichten angesehen wird. Das Weiterbeschäftigungsverhältnis reicht somit für die Anerkennung der erforderlichen Rechtsbeziehung aus.

Im Ergebnis kann damit festgehalten werden, dass die Betriebszugehörigkeit fortbesteht, wenn der gekündigte Arbeitnehmer Kündigungsschutzklage erhoben hat, ihm ein Weiterbeschäftigungsanspruch zusteht und er auch tatsächlich im Betrieb weiterbeschäftigt wird.<sup>567</sup>

---

<sup>566</sup> Allgemeine Meinung, vgl. GK-Kreutz § 7 Rn. 30; Bengelsdorf DB 1989, 2020 (2023 f.); Richardi-Thüsing § 7 Rn. 10; Fitting § 7 Rn. 15; DKK-Schneider § 7 Rn. 13; HSGW-Schlochauer 7 Rn. 30; Stege/Weinspach/Schiefer § 7 Rn. 10.

<sup>567</sup> Allgemeine Meinung, vgl. BAG v. 14. 5. 1997 AP Nr. 6 zu § 8 BetrVG 1972; v. 10. 11. 2004 AP Nr. 11 zu § 8 BetrVG 1972; LAG Berlin v. 2. 5. 1994 LAGE § 19 BetrVG Nr. 12 S. 4; Bengelsdorf DB 1989, 2020 (2023 f.); AR-Blattei-Boemke SD 540 Rn. 33; Christiansen S. 85 f.; ErfK-Eisemann § 7 Rn. 1; Fitting § 7 Rn. 33; MünchArbR-Joost § 304 Rn. 72; Richardi-Thüsing § 7 Rn. 40; HSWG-Schlochauer § 7 Rn. 30; DKK-Schneider § 7 Rn. 13.

Das gilt auch dann, wenn die Kündigungsschutzklage später abgewiesen wird. Die rechtliche Komponente der Betriebszugehörigkeit ergibt sich dann aus dem Weiterbeschäftigungsverhältnis selbst.<sup>568</sup>

### **b) Weiterbeschäftigungsanspruch ohne Weiterbeschäftigung**

Im folgenden ist die Fallgestaltung einer näheren Betrachtung zu unterziehen, dass ein Arbeitnehmer zwar ein Recht auf Weiterbeschäftigung zusteht, er aber dieses Recht – aus welchem Grund auch immer - nicht realisiert.

Ein Grund hierfür kann z. B. darin liegen, dass der Arbeitnehmer an einer Weiterbeschäftigung schlicht kein Interesse mehr hat.

#### **aa) Teilweise: Versagung der Betriebszugehörigkeit**

Nach einer in der Literatur<sup>569</sup> vertretenen Ansicht ist die Betriebszugehörigkeit zu verneinen, weil es ohne tatsächliche Weiterbeschäftigung an der erforderlichen tatsächlichen Beziehung fehle. Wenn der Arbeitnehmer erst einmal aus dem Betrieb ausgeschieden und das Arbeitsverhältnis außer Vollzug gesetzt sei, könne ein Anspruch auf Weiterbeschäftigung allein die erforderliche tatsächliche Beziehung nicht herstellen.<sup>570</sup>

#### **bb) Dagegen: Anerkennung der Betriebszugehörigkeit**

Demgegenüber bejaht eine verbreitete Ansicht<sup>571</sup> in der Literatur das Fortbestehen der Betriebszugehörigkeit mit dem Argument, die tatsächliche Beziehung zum Betrieb müsse nicht ununterbrochen vorlie-

---

<sup>568</sup> Vgl. HSWG-Schlochauer § 7 Rn. 30.

<sup>569</sup> Vgl. GK-Kreutz § 7 Rn. 29, 31; Lindemann/Simon NZA 2002, 365 (368); AR-Blattei-Boemke SD 540 Rn. 65; MünchArbR-Joost § 304 Rn. 73.

<sup>570</sup> GK-Kreutz § 7 Rn. 31.

<sup>571</sup> Vgl. GL § 7 Rn. 19; Stege/Weinspach/Schiefer § 7 Rn. 10; Löwisch § 7 Rn. 10; Christensen S. 86 ff.; bei außerordentlicher Kündigung auch Fitting § 7 Rn. 35; für den betriebsverfassungsrechtlichen Weiterbeschäftigungsanspruch nach § 102 Abs. 5 BetrVG, nicht aber für den allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruch Richardi-Thüsing § 7 Rn. 39.

gen. Es genüge das Vorhandensein eines Weiterbeschäftigungsanspruchs, weil das Repräsentationsbedürfnis im Betrieb nicht davon abhängt, ob der Arbeitnehmer auch tatsächlich beschäftigt werde.<sup>572</sup>

Wie bereits in anderem Zusammenhang ausgeführt wurde<sup>573</sup>, muss die tatsächliche Beziehung zum Betrieb nicht ununterbrochen vorliegen.

Die Funktion der tatsächlichen Beziehung besteht darin, einen Arbeitnehmer einem bestimmten Betrieb zuzuordnen.

Die tatsächliche Beziehung hat damit reine Zuordnungsfunktion.

Für die Zuordnung ist nach dem hier vertretenen Begriffsverständnis maßgebend, in welchem Betrieb die Entscheidungen in den beteiligungspflichtigen Angelegenheiten getroffen werden. Ist die Zuordnung nach diesem Kriterium erst einmal erfolgt, hat das Merkmal „tatsächliche Beziehung“ seine Zuordnungsfunktion erfüllt. Darüber hinaus kommt ihr keine Bedeutung zu. Es ist deshalb nicht notwendig, dass die tatsächliche Beziehung ununterbrochen besteht. Die Betriebsleitung muss nicht laufend Entscheidungen in den beteiligungspflichtigen Angelegenheiten treffen oder Weisungen erteilen, damit die Betriebszugehörigkeit aufrechterhalten bleibt. Maßgebend ist allein der Fortbestand der *Entscheidungszuständigkeit*. Vom Fortbestand der Entscheidungszuständigkeit kann stets ausgegangen werden, wenn die rechtliche Beziehung zwischen Arbeitnehmer und Betriebsinhaber weiterhin besteht *und* nach wie vor ein Repräsentationsbedürfnis des Arbeitnehmers bejaht werden kann.

### **cc) Stellungnahme**

Der erstgenannten Ansicht, wonach die Betriebszugehörigkeit in dem Zeitpunkt erlischt, in welchem der Arbeitnehmer aus dem Betrieb tatsächlich ausscheidet, ist zu folgen. Ein bloßer Anspruch auf Weiterbe-

---

<sup>572</sup> Vgl. Christiansen S. 87.

<sup>573</sup> Vgl. hierzu die Ausführungen zur vorübergehenden Arbeitsbefreiung S. 159 ff.

schäftigung kann die Betriebszugehörigkeit allein nicht erhalten.<sup>574</sup> Neben der rechtlichen Beziehung zum Betriebsinhaber bedarf es grundsätzlich auch einer tatsächlichen Beziehung zum Betrieb. Daran fehlt es, wenn eine Weiterbeschäftigung des gekündigten Arbeitnehmers nicht erfolgt.

Zwar muss die tatsächliche Beziehung zum Betrieb nach der hier vertretenen Auffassung nicht ununterbrochen vorliegen, da ihr lediglich eine Zuordnungsfunktion zukommt; ist die Zuordnung zu einem bestimmten Betrieb erst einmal erfolgt, kann sie auch unterbrochen werden. Bedingung für den Fortbestand der Betriebszugehörigkeit ist allerdings neben einer rechtlichen Beziehung zum Betriebsinhaber das Bestehen eines Repräsentationsbedürfnisses. Ein solches ist vorliegend jedoch zu verneinen, da der Arbeitnehmer nach Ablauf der Kündigungsfrist und ohne tatsächliche Weiterbeschäftigung weder in Fragen der Arbeitsdurchführung noch in Fragen des arbeitsrechtlichen Grundverhältnisses betriebsverfassungsrechtlich schutzbedürftig ist.

Die Betriebszugehörigkeit ist deshalb zu verneinen, wenn der gekündigte Arbeitnehmer seinen Weiterbeschäftigungsanspruch nicht realisiert.<sup>575</sup> Er hat es jedoch selbst in der Hand, seine Betriebszugehörigkeit wieder herzustellen, indem er den bestehenden Weiterbeschäftigungsanspruch (gerichtlich) erzwingt.

### **c) Weder Anspruch noch Weiterbeschäftigung**

Es bleibt zu prüfen, ob die Betriebszugehörigkeit eines gekündigten Arbeitnehmers fort dauert, wenn weder ein Weiterbeschäftigungsanspruch besteht, noch der Arbeitnehmer tatsächlich weiterbeschäftigt wird.

Zweifelhaft ist in dieser Konstellation, ob überhaupt die notwendige rechtliche Beziehung zum Betriebsinhaber bejaht werden kann. Da für

---

<sup>574</sup> So auch GK-Kreutz § 7 Rn. 31.

<sup>575</sup> LAG Berlin v. 2. 5. 1994 BB 1994, 1857; Stege/Weinspach/Schiefer § 7 Rn. 10.



die rechtliche Beziehung ein Weiterbeschäftigungsanspruch nicht herangezogen werden kann, fragt sich, ob ein möglicherweise noch bestehendes Arbeitsverhältnis als Rechtsbeziehung ausreicht. Schließlich kann sich je nach Ausgang des Kündigungsschutzprozesses rückwirkend die Unwirksamkeit der Kündigung herausstellen. In diesem Falle besteht das Arbeitsverhältnis fort. Eine ausreichende rechtliche Beziehung wäre zu bejahen. Andererseits kann mit Ende des Kündigungsschutzprozesses ebenso die Wirksamkeit der Kündigung feststehen. In diesem Falle wäre das Arbeitsverhältnis mit Ablauf der Kündigungsfrist beendet. Die arbeitsrechtliche Beziehung wäre dann zu verneinen.

Bei dieser Konstellation ist für die Bejahung der rechtlichen Beziehung also maßgeblich, ob man die Möglichkeit eines für den Arbeitnehmer erfolgreichen Ausgangs des Kündigungsschutzprozesses als Rechtsbeziehung ausreichen lässt. In Rechtsprechung und Schrifttum wird dies fast einhellig verneint.<sup>576</sup> *Schlochauer* ist der Auffassung, die Unsicherheit über den Ausgang des Kündigungsschutzprozesses habe zur Folge, dass die einmal ausgesprochene Kündigung bis zur rechtskräftigen Entscheidung „schwebend“ wirksam sei. Hieraus folge, dass der gekündigte Arbeitnehmer bis zum Ausgang des Kündigungsrechtsstreits nicht zur Belegschaft des Betriebes gehöre.<sup>577</sup>

In diese Richtung argumentiert auch das BAG, welches den Standpunkt vertritt, dass nur derjenige Arbeitnehmer den Betriebsrat wählen dürfe, dessen Wahlrecht auch sicher feststehe.<sup>578</sup>

Demgegenüber sind *Joost*<sup>579</sup> und *Schneider*<sup>580</sup> der Auffassung, es gebe keinen Grund, bei gleichzeitig erhobener Klage zu Lasten des Arbeitnehmers von der Wirksamkeit der Kündigung auszugehen.

---

<sup>576</sup> Vgl. BAG v. 10. 11. 2004 AP Nr. 11 zu § 8 BetrVG 1972; Galperin /Löwisch § 7 Rn. 18; HSGW-Schlochauer § 7 Rn. 28; Richardi-Thüsing § 7 Rn. 24; Stege/Weinspach/Schiefer § 7 Rn. 10; Löwisch/Kaiser § 7 Rn. 9; GK-Kreutz § 7 Rn. 29; Christiansen S. 89; a.A. DKK-Schneider § 7 Rn. 13.

<sup>577</sup> Vgl. HSWG-Schlochauer § 7 Rn. 29.

Dem von *Joost* und *Schneider* angeführten Argument, die Ungewißheit über den Ausgang des Kündigungsrechtsstreits dürfe nicht zu Lasten des Arbeitnehmers gehen, ist jedoch entgegenzuhalten, dass die Frage der Betriebszugehörigkeit nicht nur für den einzelnen Arbeitnehmer, sondern für alle im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer von erheblicher Bedeutung ist: Wird einem gekündigten Arbeitnehmer trotz Ungewissheit über den Ausgang des Prozesses das Wahlrecht zugestanden, hat dessen unberechtigte Teilnahme an der Betriebsratswahl ein fehlerhaftes Wahlergebnis zur Folge. Die Konsequenzen einer unberechtigten Berücksichtigung des gekündigten Arbeitnehmers muss dem Nachteil, der sich für den einzelnen Arbeitnehmer aus der Nichtberücksichtigung bei den Wahlen ergibt, gegenübergestellt werden. Die Gefahr eines unrichtigen Wahlergebnisses wiegt dabei weit schwerer als die Gefahr, einen einzelnen Arbeitnehmer möglicherweise zu Unrecht von der Wahl auszuschließen.<sup>581</sup> Darüber hinaus ist an die Folgen im Falle einer unberechtigten Berücksichtigung des gekündigten Arbeitnehmers bei der Bestimmung der Betriebsratsgröße zu denken. Mit der Rechtssicherheit ist es nicht vereinbar, wenn die Zahl der Betriebsratsmitglieder sich rückwirkend durch den Ausgang des jeweiligen Kündigungsstreits ändern könnte.<sup>582</sup> Gleiches gilt für die Betriebsratsfähigkeit eines Betriebes. Diese hängt ebenso wie die Größe des Betriebsrats von der Anzahl betriebszugehöriger Arbeitnehmer ab. Die Anwendbarkeit des BetrVG kann nicht von dem Ausgang jedes einzelnen Kündigungsrechtsstreits abhängig gemacht werden. Im Zeitpunkt der Betriebsratswahl muss sicher feststehen, ob der Arbeitnehmer ein Wahlrecht nach § 7 BetrVG hat oder nicht.<sup>583</sup> Die Beteiligung nicht-wahlberechtigter

---

<sup>578</sup> Vgl. BAG v. 10. 11. 2004 AP Nr. 11 zu § 8 BetrVG 1972.

<sup>579</sup> Vgl. MünchArbR-Joost § 304 Rn. 71.

<sup>580</sup> Vgl. DKK-Schneider § 7 Rn. 13.

<sup>581</sup> Vgl. Christiansen S. 89.

<sup>582</sup> So auch Walker DB 1988, 1596 (1602).

<sup>583</sup> So auch BAG v. 10. 11. 2004 AP Nr. 11 zu § 8 BetrVG 1972.

Arbeitnehmer kann nicht mehr korrigiert werden. Im Ergebnis ist deshalb die für die Anerkennung der Betriebszugehörigkeit rechtliche Beziehung zu verneinen.

Neben der rechtlichen Beziehung fehlt es auch mangels Weiterbeschäftigung überdies an der voraussetzenden *tatsächlichen* Beziehung zum Betrieb.<sup>584</sup>

Im Ergebnis ist damit festzuhalten, dass ein gekündigter Arbeitnehmer, der Kündigungsschutzklage erhoben hat, aber weder einen Anspruch auf Weiterbeschäftigung hat, noch tatsächlich weiterbeschäftigt wird, mangels tatsächlicher und rechtlicher Beziehung nicht betriebszugehörig ist.

#### **d) Passives Wahlrecht**

Zwar gilt der Grundsatz, dass ein Arbeitnehmer, der nicht betriebszugehörig ist, auch nicht wahlberechtigt ist. Für die hier untersuchten Fälle, in denen ein gekündigter Arbeitnehmer Kündigungsschutzklage erhoben hat, ist von diesem Grundsatz allerdings eine Ausnahme zuzulassen. Auch nach Ablauf der Kündigungsfrist ist dem gekündigten Arbeitnehmer bis zum Abschluss des Kündigungsrechtsstreits das passive Wahlrecht zuzubilligen.<sup>585</sup>

Anderenfalls wäre der Arbeitgeber in der Lage, durch den Ausspruch ungerechtfertigter Kündigungen auf die Zusammensetzung des Betriebsrats Einfluss zu nehmen.<sup>586</sup> Der Arbeitgeber hätte es in der Hand, die Wahl eines bestimmten Arbeitnehmers zu verhindern, indem er ihm die Weiterbeschäftigung verweigert. Ein solches Ergebnis widerspräche aber dem Sinn der Wahlvorschriften, die eine vom Willen des Ar-

---

<sup>584</sup> So auch GK-Kreutz § 7 Rn. 29; MünchArbR-Joost § 304 Rn. 71; AR-Blattei-Boemke SD 540 Rn. 64.

<sup>585</sup> Vgl. BAG v. 14. 5. 1997 AP Nr. 6 zu § 8 BetrVG 1972; v. 10. 11. 2004 AP Nr. 11 zu § 8 BetrVG 1972; Richardi-Thüsing § 8 Rn. 14; Fitting § 8 Rn. 18 f.; Löwisch/Kaiser § 8 Rn. 8;

beitgebers unabhängige Betriebsratswahl gewährleisten sollen.<sup>587</sup> Aus diesem Grund ist es nicht gerechtfertigt, die Wählbarkeit von der tatsächlichen Weiterbeschäftigung abhängig zu machen.

Die abweichende Behandlung des passiven Wahlrechts ist möglich, weil die Wählbarkeit im Zeitpunkt der Betriebsratswahlen – anders als etwa das aktive Wahlrecht – nicht sicher feststehen muss.<sup>588</sup> Ob die Wählbarkeit gegeben ist, kann bis zum Ausgang des Kündigungsrechtsstreits offen bleiben.<sup>589</sup> Solange das Gerichtsverfahren noch nicht abgeschlossen ist, ist der Arbeitnehmer an der Ausübung des Amtes gehindert. In dieser Zeit wird er nach § 25 Abs. 1 S. 2 BetrVG durch ein Ersatzmitglied vorläufig vertreten. Hat die Kündigungsschutzklage nach der Wahl Erfolg, entfällt der Hinderungsgrund. Der gewählte Arbeitnehmer kann sein Betriebsratsmandat ausüben.

Stellt sich dagegen die Kündigung als wirksam heraus, rückt das Ersatzmitglied gem. § 25 Abs. 1 S. 1 BetrVG entgültig nach.<sup>590</sup>

### **e) Fristlose Kündigung**

In den Fällen, in denen ein Arbeitnehmer fristlos gekündigt wird und sich gerichtlich gegen die Kündigung wehrt, gelten die zuvor zur ordentlichen Kündigung entwickelten Grundsätze entsprechend. Zwar endet im Falle der fristlosen Kündigung die Betriebszugehörigkeit grundsätzlich mit Zugang der Kündigungserklärung.<sup>591</sup> Wird der gekündigte Arbeitnehmer aber weiterbeschäftigt, so ist er weiterhin betriebszugehörig, wenn er gerichtlich gegen die fristlose Kündigung vorgeht, ihm ein Weiterbeschäftigungsanspruch zusteht und er aufgrund dessen auch tatsächlich weiterbeschäftigt wird.

---

<sup>586</sup> So auch BAG v. 14. 5. 1997 AP Nr. 6 zu § 8 BetrVG 1972.

<sup>587</sup> So auch BAG v. 14. 5. 1997 AP Nr. 6 zu § 8 BetrVG 1972.

<sup>588</sup> So auch v. 10. 11. 2004 AP Nr. 11 zu § 8 BetrVG 1972.

<sup>589</sup> Vgl. BAG v. 14. 5. 1997 AP Nr. 6 zu § 8 BetrVG 1972.

<sup>590</sup> Vgl. BAG v. 10. 11. 2004 AP Nr. 11 zu § 8 BetrVG 1972.

<sup>591</sup> Vgl. (zum aktiven Wahlrecht) BAG v. 14. 5. 1997 AP Nr. 6 zu § 8 BetrVG 1972; MünchArbR-Joost § 304 Rn. 74.

### 3. Ergebnis

Es können folgende Ergebnisse festgehalten werden: Auch *nach Ablauf der Kündigungsfrist* bleibt die Betriebszugehörigkeit erhalten, wenn ein Arbeitnehmer Kündigungsschutzklage erhoben hat, ihm ein Anspruch auf Weiterbeschäftigung zusteht und er auch tatsächlich weiterbeschäftigt wird.

*Vor Ablauf der Kündigungsfrist* bleibt der gekündigte Arbeitnehmer betriebszugehörig. Dies gilt auch dann, wenn der gekündigte Arbeitnehmer von der Arbeitspflicht freigestellt wird.

## IV. Außendienstmitarbeiter

### 1. Einführung

Die betriebliche Zuordnung von sog. Außendienstmitarbeitern begegnet ebenfalls Schwierigkeiten. Bei Außendienstmitarbeitern handelt es sich um Arbeitnehmer, die ihre Arbeitsleistung typischerweise außerhalb einer räumlich abgegrenzten Betriebsstätte erbringen<sup>592</sup>, wie etwa Sanitäts- und Heizungsmonteur, Bauarbeiter, Service- und Wartungspersonal, Pharmaberater, Frachtführer, Auslieferungsfahrer und Zeitungsausbringer.<sup>593</sup>

Während der Arbeitnehmerstatus der im Außendienst Beschäftigten meist außer Zweifel steht<sup>594</sup>, ist die Frage nach der Betriebszugehörigkeit dieser Arbeitnehmer nicht ohne Schwierigkeiten zu beantworten.

---

<sup>592</sup> Vgl. GK-Kreutz § 7 Rn. 32.

<sup>593</sup> Vgl. Fitting § 5 Rn. 168; DKK-Trümner § 5 Rn. 42 mit weiteren Beispielen; siehe auch BAG v. 29. 1. 1992 DB 1992, 1429 zur Wahlberechtigung von Zeitungszustellern..

<sup>594</sup> Für die Bestimmung des Arbeitnehmerstatus von Außendienstmitarbeiter gelten die allgemeinen Abgrenzungskriterien, siehe hierzu Boemke BB 2000, 147 (148f.). Hieran hat auch das BetrVerf-ReformG nichts geändert. Die Neufassung von § 5 Abs. 1 BetrVG stellt jetzt nur klar, dass es dem Arbeitnehmerstatus nicht entgegensteht, wenn die Arbeitsleistung außerhalb des Betriebs erfolgt. Ebenso Buchner NZA 2001, 633 (636); Hanau NJW 2001, 2513 (2515); Löwisch BB 2001, 1734 (1737); Schaub NZA 2001, 364 f.

Dies hängt damit zusammen, dass die Außendienstmitarbeiter ihre Arbeitsleistung *außerhalb* einer räumlich abgrenzbaren Betriebsstätte erbringen<sup>595</sup> und sich deshalb nicht ohne weiteres einem bestimmten Betrieb zuordnen lassen. So treten z.B. Auslieferungsfahrer mit einer Betriebsstätte nur selten in Kontakt; lediglich dann, wenn sie die auszuliefernde Ware dort abholen. Ähnliches gilt für Zeitungsausträger. Auch diese kommen mit einer Betriebsstätte kaum in Berührung. Das gilt insbesondere, wenn sie – wie dies häufig der Fall ist – die Zeitungen nicht am Sitz des Verlages, sondern am einem Ort im Zustellbezirk abholen. Auch Monteure, deren Tätigkeit dadurch gekennzeichnet ist, dass sie bei den Kunden vor Ort erbracht wird, stehen in eher geringer Beziehung zur der Betriebsstätte.

## 2. Betriebsverfassungsrechtliche Zuordnung

Lange Zeit wurde für die Betriebszugehörigkeit von Außendienstmitarbeitern angeführt, dass zum Betrieb auch die sog. Betriebsausstrahlungen gehören (Ausstrahlungstheorie).<sup>596</sup> Die Ausstrahlungstheorie wird von der h. M. mittlerweile nur noch bei der Endsendung von Arbeitnehmern ins Ausland angewandt.<sup>597</sup> Bei der Ermittlung der Betriebszugehörigkeit von Außendienstmitarbeitern im Inland hat sie sich mangels Konturenschärfe des Kriteriums „Ausstrahlung“ nicht bewährt.<sup>598</sup> Sie erschöpft sich darin, den Personenkreis zu nennen, der von den Betriebsausstrahlungen erfasst sein soll,<sup>599</sup> bleibt aber die Antwort auf

---

<sup>595</sup> Vgl. DKK-Trümner § 5 Rn. 42.

<sup>596</sup> Vgl. GL § 7 Rn. 14.

<sup>597</sup> Siehe hierzu S.

<sup>598</sup> Vgl. Kreuzt § 7 Rn. 32; ders. Gedächtnisschrift für D. Schultz S. 209 (218); abl. auch Säcker/Joost S. 26 ff.; Joost S. 307 ff.; MünchArbR § 304 Rn. 53, 55 f.; Oetker AuR 1991, 359 (365f.); DKK-Trümner § 5 Rn. 42; krit. auch Richardi Festschrift für Floretta S. 595 (603 ff.); Richardi-Thüsing § 7 Rn. 15.

<sup>599</sup> Christiansen S. 149.

die entscheidende Frage schuldig, welchem von mehreren Betrieben ein Arbeitnehmer zuzuordnen ist.<sup>600</sup>

Heute wird die Betriebszugehörigkeit von Außendienstmitarbeiter überwiegend unter Heranziehung des Zuordnungsobjekts selbst, d.h. des Betriebes, bestimmt. Hierbei wird überwiegend auf den von *Jacobi* geprägten Betriebsbegriff zurückgegriffen, nach welchem der Betrieb als eine organisatorische Einheit zur Verfolgung arbeitstechnischer Zwecke zu definieren ist.<sup>601</sup> Auf der Grundlage dieses Begriffsverständnisses ist die Betriebszugehörigkeit eines Außendienstmitarbeiters in einem bestimmten Betrieb zu bejahen, wenn der betreffende Arbeitnehmer mit dem Betrieb organisatorisch verbunden ist und Teil- oder Hilfsfunktionen des in dem Betrieb verfolgten arbeitstechnischen Zwecks wahrnimmt.<sup>602</sup>

Dem Ansatz, die Betriebszugehörigkeit unter Heranziehung des Betriebsbegriffs zu ermitteln, ist beizupflichten. Die Zuordnung eines Arbeitnehmers zu einem bestimmten Betrieb kann erst vorgenommen werden, wenn überhaupt klar ist, nach welchen Kriterien der Betrieb selbst zu bestimmen ist. Die Betriebszugehörigkeit lässt sich daher nicht losgelöst vom Betriebsbegriff ermitteln.<sup>603</sup>

Dem Ansatz kann allerdings nicht gefolgt werden, soweit bei der betrieblichen Zuordnung der herkömmliche Betriebsbegriff zugrunde gelegt werden soll.

Die Zuordnungsproblematik ist anhand des herkömmlichen Betriebsbegriff nicht überzeugend zu lösen.

---

<sup>600</sup> So auch Richardi-Thüsing § 7 Rn. 15.

<sup>601</sup> So die h. M. ; vgl. nur BAG v. 23. 9. 1982 AP Nr. 3 zu § 4 BetrVG 1972 mit weiteren Nachw.; Konzen Unternehmensspaltung und Organisationsänderung im BetrVG (1986) S. 76.

<sup>602</sup> Vgl. nur Oetker AuR 1991, 359 (366, 367).

<sup>603</sup> Vgl. Gk-Kreutz § 7 Rn. 32; Joost S. 311 ff.; Oetker AuR 1991 S. 366; der Sache nach jetzt auch BAG 29. 1. 1992 EzA § 7 BetrVG Nr. 1.

Es wurde zuvor<sup>604</sup> bereits festgestellt, dass der zu den Merkmalen des herkömmlichen Betriebsbegriffs gehörende arbeitstechnische Zweck aus betriebsverfassungsrechtlicher Sicht als Abgrenzungsmerkmal untauglich ist. Die fehlende Eignung des Merkmals zeigt sich daran, dass sich je nach Definition des arbeitstechnischen Zweckes beliebige Ergebnisse erzielen lassen. Werden von einem Unternehmen etwa bestimmte Produkte hergestellt (Produktion) und hat der Außendienstmitarbeiter die Aufgabe, diese Produkte bei Kunden abzusetzen (Vertrieb), so bleibt unklar, ob Produktion und Vertrieb einen einheitlichen arbeitstechnischen Zweck verfolgen und somit zusammen einen einheitlichen Betrieb bilden, oder ob Produktion und Vertrieb jeweils als unterschiedliche Zwecksetzungen anzusehen sind, mit der Folge, dass zwei verschiedene Betriebe vorliegen. Die herkömmliche Definition vermag überdies nicht zu überzeugen, weil sie für alle Rechtsgebiete gleichermaßen Geltung beansprucht, zugleich aber die speziellen Gesetzeszwecke des BetrVG vernachlässigt.

Für die Bestimmung des Betriebsbereichs ist vielmehr entscheidend, wie der Betriebsrat die Interessen der Arbeitnehmer effektiv vertreten kann. Wie bereits aufgezeigt wurde, können die Interessen der Arbeitnehmer am effektivsten vertreten werden, wenn die Bereiche für die Betriebsräte gewählt werden, den vorgegebenen Entscheidungsstrukturen im Unternehmen entsprechen. Der Betriebsrat ist dort anzusiedeln, wo die mitbestimmungsrelevanten Entscheidungen getroffen werden. Von diesem Grundsatz ausgehend ist der Betrieb als organisatorische Einheit zu definieren, die über einen eigenen Leitungsapparat in den beteiligungspflichtigen Angelegenheiten verfügt. Diese Definition orientiert sich an speziell betriebsverfassungsrechtlichen Gesichtspunkten und ist daher besser geeignet, den Bereich zu umschreiben, für den ein Betriebsrat zu bilden ist, als ein allgemeiner für alle Rechtsgebiete gleichermaßen geltender Betriebsbegriff.

---

<sup>604</sup> Siehe S. 8 f.



Infolgedessen bestimmt sich auch die Zuordnung von Außendienstarbeitnehmern danach, wo und von wem die Entscheidungen in den beteiligungspflichtigen Angelegenheiten getroffen werden.<sup>605</sup> Diese Zuordnungsmaxime, die sich für die Ermittlung der Betriebszugehörigkeit an den Entscheidungsstrukturen im Unternehmen orientiert, ermöglicht im Gegensatz zum Kriterium der arbeitstechnischen Zwecke eindeutige Ergebnisse.

Bei Zugrundelegung dieses Begriffsverständnisses hängt die Zuordnung maßgeblich von den Entscheidungsstrukturen im Unternehmen ab. Hieraus sind für die Zuordnung folgende Schlußfolgerungen zu ziehen:

#### **a) Gemeinsame Repräsentation aller Arbeitnehmer**

Soweit der Einsatz des Außendienstarbeitnehmers von der Betriebsleitung der zentralen Hauptverwaltung oder des Hauptwerkes gesteuert wird, bereitet die Zuordnung keine Probleme. Die Außendienstarbeitnehmer sind dann unabhängig von ihrem Einsatzort diesem zentralen Betrieb zuzuordnen, der über die mitbestimmungsrelevanten Angelegenheiten entscheidet.

Die konsequente Ausrichtung der Zuordnung am Leitungsapparat kann zur Folge haben, dass ein in Süddeutschland tätiger Außendienstarbeitnehmer dem Hauptbetrieb in Norddeutschland zuzuordnen ist, obwohl ein anderer Betrieb des Unternehmens mit Sitz in Süddeutschland räumlich viel näher gelegen ist.

Es soll nicht in Abrede gestellt werden, dass die alleinige Orientierung an den Entscheidungsstrukturen das potentielle Bedürfnis der Arbeitnehmer an einer Repräsentation in ihrer Nähe nicht ausreichend be-

---

<sup>605</sup> Vgl. Christiansen S. 150.

rücksichtigt. In der Literatur ist in diesem Zusammenhang deshalb darauf hingewiesen worden, dass eine gemeinsame Repräsentation von Außen- und Innendienstarbeitnehmern im Hauptbetrieb nicht unproblematisch ist. Die Außendienstmitarbeiter sind im Betriebsrat oft nur unterrepräsentiert oder gar nicht vertreten, weil sie aufgrund des fehlenden Kontakts mit der übrigen Belegschaft im Betrieb kaum bekannt sind. In vielen Fällen bilden sie zudem im Vergleich zu den innerhalb der Betriebsstätte tätigen Arbeitnehmern eine Minderheit und werden von keiner Gruppe innerhalb des Betriebes getragen. Das Fehlen einer separaten Repräsentation birgt daher die Gefahr, dass die spezifischen Interessen der Außendienstmitarbeiter nicht in ausreichender Weise wahrgenommen werden, weil der Betriebsrat mit der spezifischen Situation der Außendienstmitarbeiter nicht vertraut ist. Dies kann zur Folge haben, dass die für den Hauptbetrieb abgeschlossenen Betriebsvereinbarungen oft nicht auf die Situation der Außendienstmitarbeiter passt.<sup>606</sup>

Gegen diese Argumentation ist eingewandt worden, dass diese Nachteile nun einmal durch das Wesen des Außendienstes bedingt seien und es daher nur darum gehen könne, eine ihrer Natur nach schwierige Repräsentation bestmöglich herbeizuführen.<sup>607</sup>

Dem ist zuzustimmen. Die Untersuchung zum Betriebsbegriff hat gezeigt, dass mit einer Repräsentation, die am Entscheidungszentrum angesiedelt ist, die Mitbestimmung letztlich am besten verwirklicht werden kann. Die Errichtung des Betriebsrats am Entscheidungszentrum begünstigt die Beeinflussung betriebsverfassungsrechtlicher Mitbestimmungssachverhalte und ermöglicht eine effektive Kontrolle der Entscheidungen des Arbeitgebers. Die Anknüpfung an die Führungsstrukturen des Unternehmens hat den Vorteil, dass jeder Leitungsebene des Arbeitgebers in den Verhandlungen eine einheitliche Interessenvertre-

---

<sup>606</sup> Vgl. Säcker/Joost S. 18 mit Beispielen; kritisch auch Börsche/Grimberg Festschrift für Gnade S. 283.

<sup>607</sup> Vgl. Christiansen S. 152.

tung der Arbeitnehmer gegenübersteht. Der Betriebsrat muss deshalb dort angesiedelt sein, wo die Entscheidungen getroffen werden.

## **b) Gesonderte Repräsentation des Außendienstes**

### **aa) Selbständiger Betrieb i. S. v. § 1 BetrVG**

Die Einrichtung einer eigenen Repräsentation nur für den Außendienst kommt in Betracht, wenn der Arbeitgeber den Außendienst mit einer separaten Organisation (ggf. mit regionalen Vertriebsniederlassungen) ausgestattet hat. Verfügt diese Organisation über eine eigene Leitung in den beteiligungspflichtigen Angelegenheiten, bildet der Außendienst selbst einen selbständigen Betrieb i. S. v. § 1 BetrVG mit der Folge, dass die Arbeitnehmer einen eigenen Betriebsrat wählen können.

### **bb) Selbständiger Betriebsteil nach § 4 Abs. 1 BetrVG**

In vielen Fällen wird der Außendienst nicht über eine eigene Leitung in den beteiligungspflichtigen Angelegenheiten verfügen. In einer solchen Situation kann die Außendienstorganisation jedoch ggf. als eigenständiger *Betriebsteil* zu qualifizieren sein, der nach § 4 Abs. 1 BetrVG als selbständiger Betrieb gilt.<sup>608</sup>

Als Beispiel sei der Fall genannt, dass ein Unternehmen, dessen Hauptbetrieb sich in Norddeutschland befindet, über verschiedene regionale Vertriebsniederlassungen im gesamten Bundesgebiet verfügt, die eine relativ selbständige Organisation aufweisen.

Soweit eine Vertriebsniederlassung die in § 4 Abs. 1 BetrVG genannten Voraussetzungen erfüllt, gilt sie als selbständiger Betrieb, für den ein eigener Betriebsrat zu bilden ist. Die Arbeitnehmer des Außen-

---

<sup>608</sup> Zu den Voraussetzungen von § 4 Abs. 1 BetrVG siehe S. 18 ff.

dienstes gehören dann zu diesem Betrieb und nicht zum Hauptbetrieb.<sup>609</sup>

### **c) Repräsentation bei Tätigkeit für verschiedene Betriebe**

Auf Schwierigkeiten stößt die Abgrenzung in den Fällen, in denen Außendienstmitarbeiter für verschiedene Betriebe des Unternehmens arbeiten und von mehreren Betrieben Weisungen erhalten.<sup>610</sup> Hier stellt sich in besonderem Maße die Frage, welchem der Betriebe sie zuzuordnen sind.

In der Literatur wird vereinzelt vertreten, der Außendienstmitarbeiter sei in diesen Fällen demjenigen Betrieb zuzurechnen, für den er die Arbeitsleistung schwerpunktmäßig erbringt.<sup>611</sup>

Nach dem hier vertretenen Standpunkt spricht gegen diese Ansicht, die auf den Schwerpunkt der Arbeitsleistung abstellt, dass es weniger darauf ankommt, in welchem Betrieb der Schwerpunkt der Tätigkeit liegt, es vielmehr eine maßgebende Rolle spielt, in welchem Betrieb die mitbestimmungsrelevanten Entscheidungen getroffen werden. Insofern verwundert es nicht, dass die Mehrzahl der Stimmen, die sich zu dieser Problematik überhaupt äußern, davon ausgehen, dass ein Außendienstmitarbeiter in einem solchen Fall mehreren Betrieben zuzuordnen ist, namentlich sämtlichen Betrieben, von denen er Weisungen erhält.<sup>612</sup> Gegen eine solche Lösung spricht indes, dass es bei Betriebsräten und Arbeitgeber zu Unsicherheiten darüber kommen kann, welcher Betriebsrat für welche Angelegenheit die Verhandlungskompetenz besitzt. Unter dem Blickwinkel der Vermeidung von Kompetenzstreitigkeiten ist daher die Mitbestimmung durch eine betriebsverfassungs-

---

<sup>609</sup> Die Arbeitnehmer haben aber nach § 4 Abs. 1 S. 2 BetrVG die Möglichkeit eine Zuordnung zum Hauptbetrieb zu beschließen.

<sup>610</sup> Zu dieser Problematik DKK-Trümner § 5 Rn. 49.

<sup>611</sup> Vgl. Blanke/Berg/ u.a. Betriebsratswahl – Handlungsanleitung für die betriebliche Praxis 3. Auflage 1997 Rn. 5, 108.

<sup>612</sup> Vgl. GK-Kreutz § 7 Rn. 32; DKK-Trümner § 5 Rn. 49; Christiansen S. 152; so auch Blanke/Berg Betriebsratswahl – Handlungsanleitung für die betriebliche Praxis 3. Auflage

rechtliche Vertretung in demjenigen Betrieb effektiver zu verwirklichen, in dem die Entscheidungen über die Zuständigkeit der Grundkompetenzen hinsichtlich aller unmittelbar mit dem Arbeitsvertrag zusammenhängenden Fragen verbleiben.

#### **d) Vereinbarung abweichender Regelungen**

Um die Probleme, die in der letztgenannten Konstellation im Hinblick auf die betriebliche Zuordnung von Außendienstarbeitnehmern zweifelsohne bestehen können, von vorne herein zu vermeiden, bietet es sich an, in einem Tarifvertrag abstrakt festzulegen, welcher Betriebsrat in einem solchen Fall für die Außendienstarbeiter zuständig sein soll.<sup>613</sup>

Als Rechtsgrundlage für die Schaffung einer Interessenvertretung speziell für Außendienstarbeiter kommt insbesondere § 3 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG in Betracht, wonach durch Tarifvertrag besondere Arbeitnehmervertretungsstrukturen bestimmt werden können, soweit dies aufgrund der Betriebs-, Unternehmens- sowie Konzernorganisation oder aufgrund anderer Formen der Zusammenarbeit von Unternehmen einer wirksamen und zweckmäßigen Interessenvertretung der Arbeitnehmer dient.

Ferner können nach § 3 Abs. 1 Nr. 5 BetrVG durch Tarifvertrag und subsidiär auch durch Betriebsvereinbarung<sup>614</sup> zusätzliche betriebsverfassungsrechtliche Vertretungen für Außendienstarbeiter<sup>615</sup>, welche die Zusammenarbeit zwischen Betriebsrat und Arbeitnehmern erleichtern, geschaffen werden.<sup>616</sup>

---

1997 Rn. 5, 108 für Zweifelsfälle, in denen sich der tatsächliche Arbeitsschwerpunkt nicht feststellen lässt.

<sup>613</sup> Vgl. dazu DKK-Trümner § 5 Rn. 56.

<sup>614</sup> Vgl. § 3 Abs. 2 BetrVG.

<sup>615</sup> Vgl. DKK-Trümner § 5 Rn. 56; Fitting § 3 Rn. 4.

<sup>616</sup> Die aber den Betriebsrat nicht ersetzen, vgl. DKK-Trümner § 5 Rn. 56.

## V. Auslandsarbeitnehmer

Setzt ein Unternehmen mit Betrieb im Inland Arbeitnehmer im Ausland ein, so ist zweifelhaft, ob diese Arbeitnehmer dem Anwendungsbereich des deutschen Betriebsverfassungsgesetzes unterfallen. Es stellt sich mit anderen Worten die Frage, ob das deutsche Betriebsverfassungsrecht auch für Arbeitnehmer gilt, die ihre Arbeitsleistung im Ausland erbringen.<sup>617</sup>

### 1. Räumlicher Geltungsbereich des BetrVG (Territorialprinzip)

Allgemein anerkannt ist, dass sich der räumliche Geltungsbereich des BetrVG auf die Bundesrepublik Deutschland beschränkt.<sup>618</sup> Das BetrVG ist auf alle Betriebe anwendbar, die ihren Sitz der Bundesrepublik Deutschland haben (sog. „Territorialprinzip“).<sup>619</sup>

Befindet sich der Sitz eines Betriebs in Deutschland, unterliegt der Betrieb zwingend dem deutschen Betriebsverfassungsrecht, und zwar unabhängig von der Staatsangehörigkeit des Betriebsinhabers oder des Arbeitnehmers. Deshalb ist das BetrVG auch dann anwendbar, wenn ein ausländisches Unternehmen einen Betrieb im Inland führt.<sup>620</sup>

Für die Geltung des BetrVG ist nicht von Relevanz, welche Rechtsordnung für die Arbeitsverhältnisse der im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer gilt.<sup>621</sup> Das BetrVG bleibt auch dann anwendbar, wenn der Arbeitgeber eines im Inland gelegenen Betriebes mit allen seinen Arbeitnehmern die Anwendung eines bestimmten ausländischen Vertrags-

---

<sup>617</sup> Vgl. Speziell zur Anwendbarkeit von Rechtsnormen bei der Kündigung von ins Ausland entsandter Arbeitnehmer vgl. Reiter NZA 2004, 1246 (1249).

<sup>618</sup> Vgl. BAG v. 25. 4. 1978 AP Nr. 16 zu IPR – Arbeitsrecht; v. 7. 12. 1989 AP Nr. 27 zu IPR – Arbeitsrecht m. w. N.; Fitting § 1 Rn. 12; Gaul BB 1990, 697 (698); Für eine Anknüpfung an das Arbeitsvertragsstatut allerdings Gamillscheg Internationales ArbeitsR (1959) S. 370; Fischer RdA 2002, 165.

<sup>619</sup> Vgl. BAG v. 27. 5. 1982 AP Nr. 3 zu § 42 BetrVG 1972; v. 7. 12. 1989 AP Nr. 27 zu IPR – Arbeitsrecht; Fitting § 1 Rn. 13. Zu den gesetzlichen Sonderregelungen vgl. die §§ 114 – 118, 130 BetrVG.

<sup>620</sup> Vgl. BAG v. 9. 11. 1977 AP Nr. 13 zu IPR - Arbeitsrecht ; Fitting § 1 Rn. 14; (h. M.).

<sup>621</sup> Vgl. Boemke NZA 1992, 112 m.w.N.

## Die Betriebszugehörigkeit im BetrVG

rechts vereinbart.<sup>622</sup> Infolgedessen können Arbeitnehmer hinsichtlich des anzuwendenden Arbeitsvertragsrechts einer ausländischen Rechtsordnung unterliegen, zugleich aber dem deutschen BetrVG unterfallen.<sup>623</sup>

Umgekehrt erfasst das BetrVG nicht die im Ausland gelegene Betriebe deutscher Unternehmen. Das gilt auch, wenn es sich um Betriebe deutscher Unternehmen handelt.<sup>624</sup> Selbst wenn in den Arbeitsverträgen die Geltung deutschen Rechts vereinbart wird, bleibt das BetrVG unanwendbar.<sup>625</sup>

Aus dem Territorialprinzip folgt, dass im Ausland gelegene selbständige Betriebsteile des im Inland gelegenen Betriebs dem deutschen BetrVG entzogen sind.<sup>626</sup>

Als Grund für diese Anknüpfung an den Sitz des Betriebs gilt allgemein der Umstand, dass das BetrVG Rechtsbeziehungen regelt, die nicht im Einzelarbeitsvertrag, sondern im kollektiven Miteinander von Arbeitgeber und Betriebsrat wurzeln.<sup>627</sup>

Es kann damit festgehalten werden, dass sich der räumliche Geltungsbereich des BetrVG ausschließlich auf Betriebe mit Sitz im Inland bezieht. Im Ausland gelegene Betriebe werden nicht erfasst.

## 2. Betriebsverfassungsrechtliche Zuordnung

Ob hieraus zu schließen ist, dass Arbeitnehmer, die ihre Arbeitsleistung im Ausland erbringen, dem Geltungsbereich des BetrVG nicht unterfallen, ist wiederum eine andere Frage. Insoweit ist zu beachten,

---

<sup>622</sup> Vgl. BAG v. 9. 11. 1977 AP Nr. 13 zu IPR - Arbeitsrecht; GK - Kraft § 1 Rn. 13; Fitting § 1 Rn. 15.

<sup>623</sup> Vgl. Auffarth Festschrift für Hilger/Stumpf S. 33.

<sup>624</sup> Vgl. BAG v. 10. 9. 1985 AP Nr. 3 zu § 117 BetrVG 1972; Fitting § 1 Rn. 16.

<sup>625</sup> Vgl. BAG v. 25. 4. 1978 AP Nr. 16 zu IPR - Arbeitsrecht; Richardi Einl. Rn. 63; GK-Kraft § 1 Rn. 20; DKK-Trümner § 1 Rn. 25; Fitting § 1 Rn. 16.

<sup>626</sup> Vgl. GK-Kreutz § 7 Rn. 33, der auch zu der Frage Stellung nimmt, ob unselbständige Betriebsteile dem deutschen BetrVG unterfallen.

<sup>627</sup> Siehe Reiter NZA 2004, 1246 (1249).

dass der räumliche Geltungsbereich nicht mit dem persönlichen Anwendungsbereich des Gesetzes identisch ist: In den persönlichen Anwendungsbereich des Gesetzes fallen sämtliche Arbeitnehmer, die betriebszugehörig sind, und zwar unabhängig davon, wo sich der Ort ihrer Beschäftigung befindet.<sup>628</sup> Ein im Inland gelegener Betrieb kann damit grundsätzlich auch Arbeitnehmer erfassen, die ihre Arbeitsleistung im Ausland erbringen. Im folgenden ist daher zu klären, unter welchen Voraussetzungen ein im Inland gelegener Betrieb im Ausland beschäftigte Arbeitnehmer erfasst.

#### **a) Die Ausstrahlungstheorie der h. M.**

Die h. M.<sup>629</sup> behandelt die Betriebszugehörigkeit von im Ausland tätigen Arbeitnehmern seit jeher als eine Frage der „Ausstrahlung“.<sup>630</sup> Danach soll ein Arbeitnehmer, der im Ausland tätig ist, dann zur Belegschaft des inländischen Betriebes gehören, wenn sich seine Tätigkeit als „Ausstrahlung“ dieses Betriebes darstellt.<sup>631</sup> Das Vorliegen einer Ausstrahlung sei von der Intensität der Bindung zwischen Auslandsarbeiter und Inlandsbetrieb abhängig.<sup>632</sup> Ob die Bindung zwischen Arbeitnehmer und Inlandsbetrieb im Einzelfall für eine Zuordnung ausreiche, sei anhand einer Gesamtwürdigung aller Umstände festzustellen.<sup>633</sup> Im Rahmen dieser Gesamtwürdigung seien insbesondere der Dauer des Auslandseinsatzes sowie der Eingliederung in den Auslandsbe-

---

<sup>628</sup> Vgl. GK-Kreutz § 7 Rn. 35; Boemke NZA 1992, 112 (113); Junker Int. ArbR S. 383 ff; MünchArbR - v. Hoyningen - Huene § 298 Rn. 35.

<sup>629</sup> Vgl. BAG v. 21. 10. 1980 AP Nr. 17 zu IPR - Arbeitsrecht; 27. 5. 1982 AP Nr. 3 zu § 42 BetrVG 1972; Auffarth Festschrift für Hilger/Stumpf S. 31, 35; Beitzke Anm. zu BAG AP Nr. 17 zu IPR - Arbeitsrecht; Corts AuR 1981, 254; Fitting § 1 Rn. 7, 16; GL vor § 1 Rn. 10 f.; HSWG vor § 1 Rn. 4 ; Hueck/Nipperdey II/2 S. 1112; Schlüter SAE 1976, 147; Gaul BB 1990, 697, 699.

<sup>630</sup> Ausführlich zur Ausstrahlung im Betriebsverfassungsgesetz: Boemke NZA 1992, 112 ff.

<sup>631</sup> Vgl. BAG v. 22. 3. 2000 AP Nr. 8 zu § 14 AÜG; v. 25. 4. 1978 AP Nr. 16 IPR - Arbeitsrecht ; v. 21. 10. 1980 AP Nr. 17 IPR - Arbeitsrecht; v. 7. 12. 1989 AP Nr. 27; Boemke NZA 1992, 112 (113 ff.); Gaul BB 1990, 697 ff.

<sup>632</sup> Vgl. BAG v. 7. 12. 1989 AP Nr. 27 zu IPR - Arbeitsrecht.

<sup>633</sup> Vgl. BAG v. 25. 4. 1978 AP Nr. 16 zu IPR - Arbeitsrecht; v. 7. 12. 1989 AP Nr. 27 zu IPR - Arbeitsrecht.; zustimmend DKK-Trümner § 5 Rn. 53; GK-Kreutz § 7 Rn. 34 m. w. N.



trieb besonderes Gewicht beizumessen<sup>634</sup>, aber auch das Bestehen eines Rückrufrechts sowie der sonstige Inhalt der Weisungsbefugnisse des inländischen Arbeitgebers sei von Relevanz.<sup>635</sup>

Die Dauer des Auslandseinsatzes und die Eingliederung in die Organisation des Auslandsbetriebes fungieren dabei als die beiden wichtigsten Kriterien. Aufgrund dessen sind diese Zuordnungsmerkmale einer näheren Betrachtung zu unterziehen.

### **aa) Dauer der Auslandsbeschäftigung**

Insbesondere die Dauer der Auslandsbeschäftigung ist nach Auffassung der h. M. für die Beurteilung der Ausstrahlung des inländischen Betriebs von wesentlicher Bedeutung. Wird der Arbeitnehmer im Ausland nur vorübergehend und außerhalb einer festen betrieblichen Organisation beschäftigt, etwa als Montagearbeiter, Vertreter oder Fahrer, bleibt die betriebsverfassungsrechtliche Stellung im Inlandsbetrieb nach h.M. unberührt.<sup>636</sup> Ist die Auslandstätigkeit dagegen auf Dauer angelegt, wird die Zugehörigkeit zum Inlandsbetrieb von den Vertretern der h. M. regelmäßig mit der Begründung verneint, es fehle an der für eine Zuordnung notwendigen tatsächlichen Beziehung.<sup>637</sup>

Uneinigkeit besteht innerhalb der h. M. bezüglich der Frage, welcher Zeitraum noch als vorübergehend zu qualifizieren ist. Diesbezüglich

---

<sup>634</sup> Dabei ist zu beachten, dass nach Ansicht des BAG weder die ständige Tätigkeit im Ausland die Anwendbarkeit des BetrVG generell ausschließt - so aber Auffarth, Festschrift Hilger/Stumpf S. 31, 37; Corts Anm. zu BAG 21.10. 1980 AuR 1981, 254 (255) - noch die fehlende Einordnung in die Organisation des Auslandsbetriebes zwingend zur Anwendung des BetrVG führt (vgl. BAG v. 7. 12. 1989 AP Nr. 27 zu IPR - Arbeitsrecht; **a.A.** aber Richardi IPrax 1983, 217 (219).

<sup>635</sup> Vgl. BAG v. 7. 12. 1989 AP Nr. 27 zu IPR - Arbeitsrecht.

<sup>636</sup> Vgl. BAG v. 27. 5. 1982 AP Nr. 3 zu IPR - Arbeitsrecht; v. 7. 12. 1989 AP Nr. 27 zu IPR - Arbeitsrecht; v. 21. 10. 1980 AP Nr. 17 zu IPR - Arbeitsrecht; v. 30. 4. 1987 AP Nr. 15 zu § 12 SchwbG; so auch Auffarth Festschrift für Hilger/Stumpf S. 35; Richardi vor § 1 Rn. 44; Gaul BB 1990, 697 (699); MünchArbR - v. Hoyningen - Huene § 298 Rn. 36; **a.A.** HSWG vor § 1 Rn. 6.

<sup>637</sup> Vgl. BAG v. 25. 4. 1978 AP Nr. 16 zu IPR - Arbeitsrecht; v. 30. 4. 1987 AP Nr. 15 zu § 12 SchwbG; so auch Auffarth Festschrift für Hilger/Stumpf S. 36; Birk RdA 1984, 129 (136); ders. Festschrift Molitor S. 19, 37; GK-Kraft § 1 Rn. 25; Richardi Einl. Rn. 1.

werden von einem Teil des Schrifttums feste zeitliche Grenzen von ein<sup>638</sup>, zwei<sup>639</sup> oder drei<sup>640</sup> Jahren genannt, während der überwiegende Teil der Literatur und das BAG eine absolute zeitliche Grenze mit der Begründung ablehnen, dass ansonsten dem Einzelfall nicht hinreichend Rechnung getragen werden könne.<sup>641</sup> In einem Fall wurde die Betriebszugehörigkeit vom BAG selbst bei einer länger als vier Jahre andauernden ausschließlichen Auslandstätigkeit noch bejaht.<sup>642</sup>

### **bb) Eingliederung in die Organisation des Auslandsbetriebes**

Neben der Dauer des Auslandseinsatzes wird dem Umstand Relevanz beigemessen, ob der Arbeitnehmer im Ausland in eine feste betriebliche Struktur eingegliedert ist oder er außerhalb einer solchen in ständig wechselnden Arbeitsstätten tätig ist.<sup>643</sup>

Ist ein Arbeitnehmer dauerhaft in einen im Ausland gelegenen Betrieb eingegliedert, beseitigt dies regelmäßig die Zugehörigkeit im Inlandsbetrieb.<sup>644</sup> Als Begründung wird angeführt, dass der Arbeitnehmer im Falle einer nicht nur vorübergehenden Abwesenheit mit seiner Tätigkeit nicht mehr die arbeitstechnischen Zwecke des inländischen Betriebes fördern.<sup>645</sup>

Etwas anderes soll gelten, wenn der Auslandseinsatz lediglich auf einen kurzen Zeitraum beschränkt<sup>646</sup>, oder von vorn herein befristet ist oder wenn sich der Arbeitgeber das Recht vorbehalten hat, den Arbeit-

---

<sup>638</sup> So Birk Festschrift für Schnorr von Carolsfeld 1972 S. 61 (79).

<sup>639</sup> Vgl. Richardi Vorbem. 44 vor § 1.

<sup>640</sup> Vgl. Gamillscheg ZfA 1983, 307 (333).

<sup>641</sup> Vgl. BAG v. 7. 12. 1989 AP Nr. 27 zu IPR - Arbeitsrecht ; v. 25. 4. 1978 AP Nr. 16 zu IPR - Arbeitsrecht; Auffarth Festschrift Hilger/Stumpf S. 31 (36 f.); Boemke NZA 1992, 112, (114); Corts Anm. zu BAG v. 21.10.1980 AuR 1981, 254 (256); Simitis Anm. zu BAG 25. 04. 1978 AP Nr. 16 zu IPR - Arbeitsrecht; MünchArbR - v. Hoyningen-Huene § 298 Rn. 37.

<sup>642</sup> Vgl. BAG v. 7. 12. 1989 AP Nr. 27 zu IPR - Arbeitsrecht .

<sup>643</sup> Vgl. BAG v. 7. 12. 1989 AP Nr. 27 zu IPR - Arbeitsrecht; Fitting § 1 Rn. 17; GL vor § 1 Rn. 10.

<sup>644</sup> Vgl. GK-Kreutz § 7 Rn. 35; Fitting § 1 Rn. 23; Richardi Einl. Rn. 73; vgl. auch BAG v. 25. 4. 1978 AP Nr. 16 zu IPR - Arbeitsrecht.

<sup>645</sup> Vgl. Boemke NZA 1992, 112 (114).

nehmer jederzeit zurückzurufen. In diesen Fällen soll die Zugehörigkeit zum inländischen Betrieb regelmäßig bestehen bleiben, da der Arbeitnehmer mit seiner Tätigkeit in diesen Fällen weiter dem arbeitstechnischen Zweck des inländischen Betriebs diene und aus diesem Grund nach wie vor einen Teil dieses Betriebes bilde.<sup>647</sup>

### **cc) Sonderproblem: Einstellung für Auslandstätigkeit**

Eine Problematik, über die auch innerhalb der h. M. keine Einigkeit besteht, stellt die Zuordnung zum Inlandsbetrieb dar, wenn ein Arbeitnehmer, der dem inländischen Betrieb zuvor nie angehört hat, nur für einen einmaligen Auslandseinsatz befristet eingestellt wird.

Das BAG<sup>648</sup> und ein Teil der Literatur<sup>649</sup> schließen die Betriebszugehörigkeit im Inlandsbetrieb mit der Begründung aus, dass keine betriebsverfassungsrechtliche Bindung an den inländischen Betrieb, sondern nur eine arbeitsvertragliche an den Arbeitgeber gegeben sei.

Von einer anderen Ansicht<sup>650</sup> wird demgegenüber vertreten, dass es für die Anwendung des deutschen Betriebsverfassungsrechts keine Rolle spiele, ob der Arbeitnehmer in der Betriebsstätte im Inland schon einmal beschäftigt worden ist. Für die Betriebszugehörigkeit im Inlandsbetrieb sei vielmehr allein ausschlaggebend, ob der Arbeitnehmer mit seiner Arbeitsleistung einen dem inländischen Betrieb dienenden Zweck verfolgt.<sup>651</sup> Soweit diese Voraussetzung gegeben sei, gehöre

---

<sup>646</sup> Vgl. BAG v. 25. 4. 1978 AP Nr. 16 zu IPR - Arbeitsrecht ; v. 21. 10. 1980 AP Nr. 17 zu IPR - Arbeitsrecht ; Fitting § 1 Rn. 18; Boemke NZA 1992, 112 (114).

<sup>647</sup> Vgl. MünchArbR - v. Hoyningen - Huene § 298 Rn. 42.

<sup>648</sup> Vgl. BAG v. 21.10.1980 AP Nr. 17 zu IPR - Arbeitsrecht.

<sup>649</sup> Vgl. Corts 255; ErfK-Eisemann § 1 BetrVG Rn. 4; Fitting § 1 Rn. 26; Hickl NZA 1987 Beil. 1 S. 10 (15); Jaeger S. 124; Auffarth Festschrift für Hilger/Stumpf S. 36; Stege/Weinspach/Schiefer § 1 Rn. 4.

<sup>650</sup> Vgl. GK-Kreutz Rn. 36; Boemke NZA 1992, 112 (115).

<sup>651</sup> Vgl. Boemke NZA 1992, 112 (115).

der Arbeitnehmer zur Belegschaft des Inlandsbetriebes, weil er mit seiner Arbeitsleistung den Zweck dieses Betriebes fördere.<sup>652</sup>

## b) Kritik

Die Ausstrahlungstheorie überzeugt nicht.

Bereits die Vorgehensweise, die Zuordnung eines Arbeitnehmers davon abhängig zu machen, ob dessen Tätigkeit sich als „Ausstrahlung“ des inländischen Betriebs darstellt, muss bemängelt werden. Die Behandlung der Problematik als eine Frage der „Ausstrahlung“ täuscht darüber hinweg, dass es auch in diesem Zusammenhang um nicht anderes geht, als um das Problem der betriebsverfassungsrechtlichen Zuordnung von Arbeitnehmern.<sup>653</sup> Da die Bezeichnung als „Ausstrahlung“ somit lediglich den Begriff der Betriebszugehörigkeit ersetzt, ist die Fragestellung die Gleiche: Unter welchen Voraussetzungen ist ein Arbeitnehmer einem Betrieb zuzuordnen?

Die Verwendung der unterschiedlichen Begrifflichkeiten wäre nicht weiter schädlich, wenn der Ausstrahlungsbegriff die gleichen Abgrenzungskriterien umfassen würde, die auch im übrigen für die Betriebszugehörigkeit ausschlaggebend sind. Dies ist indes nicht der Fall.

Die Kriterien und Indizien, die von den Vertretern der Ausstrahlungslehre für die Abgrenzung von Auslandsarbeitnehmern verwendet werden, stimmen mit den Kriterien der allgemeinen Begriffsdefinition nicht überein.

So ist nach der Ausstrahlungstheorie für die Betriebszugehörigkeit im Inlandsbetrieb von immenser Bedeutung, wie lange ein Arbeitnehmer seine Tätigkeit im Ausland verrichtet. Für die allgemeine Begriffsdefinition der Betriebszugehörigkeit ist hingegen unerheblich, über welchen

---

<sup>652</sup> Vgl. Boemke NZA 1992, 112 (115).

<sup>653</sup> Vgl. Christiansen S. 166.

Zeitraum hinweg ein Arbeitnehmer außerhalb der Betriebsstätte arbeitet.<sup>654</sup>

Als Beispiel ist in diesem Zusammenhang die Gruppe der Außendienstmitarbeiter zu nennen. Es ist allgemein anerkannt, dass diese zu den betriebszugehörigen Arbeitnehmern gehören, selbst wenn sie dauerhaft außerhalb einer örtlichen Betriebsstätte arbeiten.

Die Verwendung unterschiedlicher Zuordnungskriterien, je nach dem, ob die Arbeitsleistung im Inland oder im Ausland erbracht wird, ließe sich dann rechtfertigen, wenn es für eine Differenzierung einen sachlichen Grund gäbe. Einer dogmatischen Begründung für die unterschiedlichen Bewertungsmaßstäbe ist die h. M. jedoch bisher schuldig geblieben.

Auslandsmitarbeiter unterscheiden sich von anderen Arbeitnehmern nur dadurch, dass sie außerhalb der Grenzen der Bundesrepublik tätig werden.

Dieser Unterschied erfordert jedoch keine abweichende Begriffsbestimmung. Die Betriebszugehörigkeit beurteilt sich deshalb nach den gleichen Kriterien, wie die Außendiensttätigkeit im Inland.<sup>655</sup>

Infolgedessen bilden – nach der hier vertretenen Auffassung – weder die Dauer der Auslandstätigkeit noch die Eingliederung in die Organisation eines Betriebes im Ausland geeignete Kriterien, um die Betriebszugehörigkeit zu bestimmen.

Was die Dauer der Auslandsbeschäftigung angeht, so ist die von der Ausstrahlungstheorie vertretenen Auffassung, ein Arbeitnehmer, der nicht nur vorübergehend im Ausland tätig sei, gehöre mangels tatsächlicher Beziehung nicht mehr zum Inlandsbetrieb, aus zweierlei Gründen abzulehnen.

Zum einen zeigt sich die Untauglichkeit dieses Abgrenzungsmerkmals bereits darin, dass innerhalb der h. M. keine Einigkeit darüber herge-

---

<sup>654</sup> Vgl. Christiansen S. 166.

stellt werden kann, wann eine Auslandstätigkeit noch als vorübergehend zu qualifizieren ist und wann nicht.<sup>656</sup> Denjenigen Stimmen innerhalb der Ausstrahlungstheorie, die vom Ansatz her eine absolute zeitliche Grenze von ein<sup>657</sup>, zwei<sup>658</sup> oder drei<sup>659</sup> Jahren wählen, ist vorzuhalten, dass sich für diese zeitliche Begrenzung keine ausreichende Stütze im Gesetz finden lässt.

Jene Stimmen innerhalb der Ausstrahlungstheorie, die eine absolute zeitliche Grenze ablehnen und eine Einzelfallabwägung vornehmen, müssen sich den Vorwurf gefallen lassen, dass die fehlende zeitliche Begrenzung zu Unsicherheiten bei der Rechtsanwendung führt.

Zum anderen spricht gegen eine Abgrenzung nach der Dauer des Auslandsaufenthalts ein weiterer Aspekt: Im Falle einer dauerhaft angelegten Auslandstätigkeit ist das Bedürfnis nach betriebsverfassungsrechtlicher Repräsentation ebenso stark wie bei einer nur vorübergehenden Auslandstätigkeit. Solange die Betriebsleitung des inländischen Betriebes die Entscheidungszuständigkeit über den im Ausland tätigen Arbeitnehmer innehat, spielt die Dauer des Auslandsaufenthalts keine Rolle.<sup>660</sup> In beiden Fällen werden im Inland mitbestimmungsrelevante Entscheidungen getroffen, die dem Beteiligungsrecht des dort ansässigen Betriebsrats unterfallen. Daher ist selbst bei einer sich über Jahre erstreckenden Auslandstätigkeit ein Schutzbedürfnis zu bejahen, sofern die Leitung des Inlandsbetriebs nach wie vor die Entscheidungen in den beteiligungspflichtigen Angelegenheiten trifft.

Aus diesem Grund kann auch die Meinung der Vertreter der Ausstrahlungslehre, die Eingliederung des Arbeitnehmers in eine feste betrieb-

---

<sup>655</sup> In diesem Ansatz ebenso: Birk Festschrift für Molitor S. 19 (21f., 25); Gaul BB 1990, 697 (699); Reiff SAE 1990, 251 (252); Schlüpers-Ohmen S. 111 ff.; Lorenz SAE 1997, 223 ff.

<sup>656</sup> Vgl. Christiansen S. 166.

<sup>657</sup> So Birk Festschrift für Schnorr von Carolsfeld 1972 S. 61 (79).

<sup>658</sup> Vgl. Richardi Vorbem. 44 vor § 1.

<sup>659</sup> Vgl. Gamillscheg ZfA 1983, 307, 333.

<sup>660</sup> Vgl. Christiansen S. 166.

liche Organisation im Ausland führe in der Regel zum Erlöschen der Betriebszugehörigkeit im inländischen Betrieb, nicht geteilt werden.

Dieser Argumentation muss vorgeworfen werden, dass sie im Widerspruch zu der rechtlichen Bewertung steht, die bei der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung vorgenommen wird: Auch dort erbringt ein Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung in einem fremden Betrieb. Dennoch bleibt er Angehöriger des verleihenden Betriebes. Es ist nicht nachvollziehbar, warum beim Auslandseinsatz andere Maßstäbe gelten sollen, nur weil der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung nicht im Inland erbringt. Solange der Betriebsinhaber des Inlandsbetriebes noch betriebsverfassungsrechtlich relevante Entscheidungen zu treffen hat, etwa für Fragen der Entgeltzahlung oder der Urlaubsgewährung zuständig ist, gehört der Arbeitnehmer ungeachtet einer bestehenden Eingliederung im Auslandsbetrieb nach wie vor zur Belegschaft des Inlandsbetriebes. Nur auf diese Weise wird der betreffende Arbeitnehmer betriebsverfassungsrechtlich in umfassender Weise repräsentiert. Die Eingliederung in eine andere betriebliche Organisation im Ausland führt nach der hier vertretenen Auffassung nur dann zum Erlöschen der Betriebszugehörigkeit im Inlandsbetrieb, wenn auf den Betriebsinhaber des Auslandsbetriebes *sämtliche* Arbeitgeberbefugnisse übertragen werden.<sup>661</sup>

Deshalb überzeugt auch die von Teilen der Ausstrahlungslehre vertretene Auffassung nicht, dass der Arbeitnehmer vor seiner Tätigkeit im inländischen Betrieb tätig gewesen sein muss, damit mit er dem Inlandsbetrieb zugeordnet werden könne.

Da es – nach der hier vertretenen Auffassung – für die tatsächliche Komponente der Betriebszugehörigkeit allein darauf ankommt, ob die Leitung eines Betriebes in den beteiligungspflichtigen Angelegenheiten entscheidungszuständig ist, hat es für die Frage der Betriebszugehö-

---

<sup>661</sup> Vgl. Christiansen S. 167.

rigkeit keine Relevanz, ob ein Arbeitnehmer vor seinem Auslandseinsatz im Inlandsbetrieb gearbeitet hat oder nicht.

### **c) Ergebnis**

Im Ergebnis ist die Ausstrahlungslehre somit abzulehnen. Dies gilt zum einen bereits aufgrund der von den allgemeinen Regeln abweichenden Definition der Betriebszugehörigkeit, für die es keinen sachlichen Grund gibt. Zum anderen werden zur Bestimmung der Betriebszugehörigkeit Indizien verwendet, die vom hier vertretenen Standpunkt aus für die betriebsverfassungsrechtliche Zuordnung untauglich sind.

Die Betriebszugehörigkeit ist, auch wenn es sich um einen Auslandseinsatz handelt, nach den genannten allgemeinen Grundsätzen zu bestimmen. Die Zuordnung richtet sich deshalb – wie auch im übrigen – nach der Entscheidungszuständigkeit in den beteiligungspflichtigen Angelegenheiten. Die Orientierung an den Entscheidungsstrukturen ermöglicht im Gegensatz zur Ausstrahlungslehre eindeutige Ergebnisse und trägt zudem den Schutzzwecke des BetrVG Rechnung.

## **VI. Telearbeiter**

### **1. Einführung**

Nicht unproblematisch stellt sich die betriebsverfassungsrechtliche Zuordnung sog. Telearbeiter dar. Unter Telearbeit wird allgemein eine Tätigkeit verstanden, die regelmäßig, aber nicht notwendig ausschließlich außerhalb der zentralen Betriebsstätte erbracht wird, wobei bei der Ausführung dieser Tätigkeit Informations- und Kommunikationstechniken verwandt werden.<sup>662</sup>

Telearbeiter sind also Beschäftigte, die unter Nutzung moderner EDV-gestützter Informations- und Kommunikationstechnik überwiegend au-

---

<sup>662</sup> Vgl. AR-Blattei-Wank SD Telearbeit Rn. 1; Fitting § 5 Rn. 171; Wank NZA 1999, 225 (230); zur Telearbeit auch: Boemke BB 2000, 147; Kramer DB 2000, 1329; Linnenkohl BB 1996, 51; Schaub BB 1998, 2106, 2107; Preis Telearbeit S. 75.



ßerhalb der eigentlichen Betriebsstätte arbeiten, z. B. in der eigenen Wohnung, in einem Satelliten- oder Nachbarschaftsbüro. Der Anteil der Telearbeiter an der Gesamtzahl der Beschäftigten ist in den letzten Jahren kontinuierlich gestiegen. Untersuchungen zufolge wird Telearbeit zur Zeit in etwa 10 % der deutschen Unternehmen vergeben (vor allem im Kredit- und Versicherungswesen), während der Schnitt 1994 noch bei 4.8 % lag.<sup>663</sup>

Für Unternehmen ist die Einführung von Telearbeit häufig mit Vorteilen verbunden. Durch die Verlagerung der Arbeitsleistung in den privaten Bereich können erhebliche Betriebskosten eingespart werden. Zu denken ist etwa an die mit der Verlagerung verbundene Verringerung der Büroflächen. Aber nicht nur die Unternehmen profitieren von dieser Beschäftigungsform, auch für Arbeitnehmer kann Telearbeit von Nutzen sein. Als positive Aspekte der Telearbeit werden z.B. die bessere Vereinbarkeit von Beruf und Familie, die reduzierte Verkehrsbelastung sowie die Arbeitszeitflexibilisierung genannt.<sup>664</sup> Gleichzeitig kann die Einrichtung von Telearbeitsplätzen mit gravierenden Nachteilen verbunden sein. Zu nennen ist etwa – einhergehend mit der fehlenden Anwesenheit in der Betriebsstätte – die soziale Isolation und Vereinzelung der Telearbeitnehmer. Als weitere negative Aspekte werden das Überschreiten der Arbeitszeit, psychischer Druck und extreme Überwachungsmöglichkeit durch den Arbeitgeber angeführt.<sup>665</sup> Zudem wird die Loslösung der Arbeitsplätze von der Betriebsstätte oft als negativ im Hinblick auf die Betriebsratsarbeit empfunden, da der persönliche Kontakt zwischen Betriebsrat und Beschäftigten hierunter leiden kann.

---

<sup>663</sup> Vgl. BMA Forschungsbericht 269a: Entwicklung der Telearbeit – Arbeitsrechtliche Rahmenbedingungen – Abschlußbericht – 1997 S. 30.

<sup>664</sup> Vgl. BMA Forschungsbericht 269a: Entwicklung der Telearbeit – Arbeitsrechtliche Rahmenbedingungen - Abschlußbericht - 1997 S. 19.

<sup>665</sup> Vgl. BMA Forschungsbericht 269a 2. Zwischenbericht S. 47.

## 2. Formen der Telearbeit

Es lassen sich vier verschiedene Formen der Telearbeit unterscheiden.

<sup>666</sup>

### a) Häusliche Telearbeit

Bei der häuslichen Telearbeit erbringt ein Telearbeiter seine Arbeitsleistung ausschließlich in der eigenen Wohnung oder an einem anderen von ihm selbst eingerichteten Arbeitsplatz. In der Betriebsstätte des Auftraggebers selbst steht ihm kein Arbeitsplatz zur Verfügung.<sup>667</sup> Die häusliche Telearbeit ist in der Praxis nur selten anzutreffen. Die Gründe hierfür liegen vor allem an der mit der häuslichen Arbeit verbundenen sozialen Isolation, die dadurch entsteht, dass der Arbeitnehmer sein betriebliches Umfeld und die damit verbundenen zwischenmenschlichen Kontakt zu den Kollegen verliert oder gar nicht erst aufbauen kann.<sup>668</sup>

### b) Alternierende Telearbeit

Eine weitere Gestaltungsform ist die alternierende Telearbeit. Hierbei wird die Arbeitsleistung an zwei Arbeitsorten erbracht. Einen Teil seiner Arbeit erledigt der Telearbeiter an einem Arbeitsplatz in der Betriebsstätte. Den verbleibenden Teil der Arbeitsleistung erbringt er in seiner Wohnung oder an einem anderen Ort.<sup>669</sup> Die alternierende Telearbeit hat in Deutschland am meisten Verbreitung gefunden.<sup>670</sup>

---

<sup>666</sup> Vgl. dazu BMA Forschungsbericht 269a S. 9 f.; Linnenkohl BB 1996, 51.

<sup>667</sup> Vgl. GK-Raab § 5 Rn. 44; Fitting § 5 Rn. 176; Preis Telearbeit S. 75 (81); Wank NZA 1999, 225 (230).

<sup>668</sup> Vgl. AR-Blattei-Wank SD Telearbeit Rn. 4.

<sup>669</sup> Vgl. Fitting § 5 Rn. 177; Wank NZA 1999, 225 (230); Wedde Telearbeit Rn. 8.

<sup>670</sup> Vgl. Wank AR-Blattei SD Telearbeit Rn. 7.

### c) Mobile Telearbeit

Eine dritte Erscheinungsform ist die mobile Telearbeit, bei welcher der Beschäftigte seine Arbeitsleistung an ständig wechselnden Orten, insbesondere in Betrieben von Kunden oder Lieferanten, erbringt.<sup>671</sup> Mobile Telearbeit tritt häufig als Tätigkeit im Außendienst, etwa bei Reportern, Servicearbeitern und Versicherungsvertretern auf.<sup>672</sup> Von der reinen Außendiensttätigkeit unterscheidet sie sich oft nur durch die Nutzung der Informations- und Kommunikationstechnik.<sup>673</sup>

### d) Telearbeit in Satelliten- oder Nachbarschaftsbüros

Schließlich ist noch eine letzte Erscheinungsform der Telearbeit zu nennen, die sich in der Praxis bisher kaum durchgesetzt hat: Die Beschäftigung von Telearbeitern in einem sogenannten Satelliten- oder Nachbarschaftsbüro. *Satellitenbüros* sind aus einem Unternehmen ausgegliederte Einheiten, die sich an einem kostengünstigen oder für den Arbeitnehmer räumlich günstig gelegenen Ort befinden.<sup>674</sup> Auch die Lage von *Nachbarschaftsbüros* orientiert sich vorrangig am Wohnort der Mitarbeiter.<sup>675</sup> Vom Satellitenbüro unterscheidet sich das Nachbarschaftsbüro dadurch, dass es von verschiedenen Unternehmen getragen wird.<sup>676</sup>

## 3. Arbeitnehmerstatus von Telearbeitern

Entgegen der Bezeichnung der Beschäftigten als *Telearbeiter* kann Telearbeit nicht nur im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses, sondern

---

<sup>671</sup> Vgl. Richardi § 5 Rn. 60; Fitting § 5 Rn. 178; GK-Raab § 5 Rn. 44; Collardin Telearbeit S. 21; Wank NZA 1999, 225 (230).

<sup>672</sup> Vgl. GK-Raab § 5 Rn. 44; Collardin Telearbeit S. 21; Wank NZA 1999, 225 (230).

<sup>673</sup> Vgl. Wedde NJW 1999, 527 (527).

<sup>674</sup> Vgl. Wank NZA 1999, 225 (230); Preis Telearbeit S. 75 (81 f.)

<sup>675</sup> Vgl. Collardin Aktuelle Fragen der Telearbeit S. 19; Preis Telearbeit S. 75, 81; Wank NZA 1999, 230.

<sup>676</sup> Vgl. DKK-Trümner § 5 Rn. 37.

auch in Heimarbeit oder einer selbständigen Tätigkeit erfolgen.<sup>677</sup> Den Vorschriften des BetrVG unterliegen aber nur solche Beschäftigte, die als Arbeitnehmer im Sinne von § 5 BetrVG einzuordnen sind.

Die Frage, ob ein Telearbeiter als Arbeitnehmer oder als Selbständiger zu beurteilen ist, richtet sich – wie sonst auch – nach dem allgemeinen Arbeitnehmerbegriff, wonach es für den Arbeitnehmerstatus eines Beschäftigten auf die persönliche Abhängigkeit eines Beschäftigten ankommt.<sup>678</sup> Maßgeblich ist, ob der mit Telearbeit Beschäftigte in die Arbeitsorganisation des Betriebs eingegliedert ist und weisungsgebundene Tätigkeiten verrichtet.<sup>679</sup>

### **a) Häusliche und mobile Telearbeit**

Problematisch ist die Feststellung der Arbeitnehmereigenschaft, wenn der Telearbeiter seine Tätigkeit ausschließlich außerhalb der Betriebsstätte in seiner häuslichen Umgebung ausübt.

Benutzt ein Telearbeiter ausschließlich oder zumindest vorrangig Arbeitsmittel, die vom Auftraggeber zur Verfügung gestellt wurden, und ist er auf die Zusammenarbeit mit den in der Betriebsstätte tätigen Mitarbeiter angewiesen, so spricht dies für eine Eingliederung in die betriebliche Organisation und damit für eine persönliche Abhängigkeit.<sup>680</sup>

Maßgebliche Bedeutung wird auch der kommunikationstechnischen Anbindung an die Betriebszentrale beigemessen. Sofern der ausgelagerte Arbeitsplatz des Beschäftigten in ständiger Online-Verbindung zum zentralen Rechner des Betriebes steht, ist der Tatbestand der Eingliederung fast immer erfüllt, denn in diesem Falle kann der Auftraggeber ständig auf den Arbeitsplatz des Beschäftigten zugreifen, ihm un-

---

<sup>677</sup> Vgl. Fitting § 5 Rn. 180; Schaub NZA 2001, 364; Wank NZA 1999, 225, 230 ff.; s. auch Wedde Telearbeit Rn. 383 ff.

<sup>678</sup> Vgl. Fitting § 5 Rn. 182; Wedde Telearbeit Rn. 94 ff.; Boemke BB 2000, 147, 148 f.; GK-Raab § 5 Rn. 45. Die Neufassung von § 5 BetrVG hat daran nicht geändert: Buchner NZA 2001, 633 (636); Hanau NJW 2001, 2513 (2515); Löwisch BB 2001, 1734 (1737); Schaub NZA 2001, 364 f.

<sup>679</sup> Vgl. GK-Raab § 5 Rn. 45.

<sup>680</sup> Vgl. AR-Blattei-Wank SD 1565 Telearbeit Rn. 15a.

mittelbar Arbeitsaufträge zur sofortigen Erledigung erteilen und zudem die Arbeit des Beschäftigten überwachen.<sup>681</sup>

Das Vorhandensein einer Online-Verbindung wird jedoch nicht als zwingende Voraussetzung für die Arbeitnehmereigenschaft angesehen. Auch bei einer Tätigkeit im Offline-Betrieb kann der mit Telearbeit Beschäftigte in die Organisation des Auftraggebers eingegliedert und weisungsabhängig sein. Von einer zeitlichen Weisungsgebundenheit kann etwa ausgegangen werden, wenn der Auftraggeber den Telearbeitern die Arbeitszeit vorgeben kann.<sup>682</sup> Die zeitliche Weisungsgebundenheit kommt insbesondere dadurch zum Ausdruck, dass der Auftraggeber dem Telearbeiter kurze Erledigungsfristen vorgibt oder feste Zeiten für das Überspielen der Arbeitsergebnisse an den zentralen Betriebsrechner festlegt. Auch die Verpflichtung, Urlaub unter Berücksichtigung des betrieblichen Urlaubsplans anzumelden, wie die Pflicht zur regelmäßigen Anfertigung von Tätigkeitsprotokollen bzw. zur Übermittlung von Zwischenergebnissen innerhalb eines bestimmten Zeitraumes spricht für eine zeitliche Weisungsgebundenheit.<sup>683</sup>

Ferner bildet die Benutzung von vorstrukturierter Software ein Indiz für die technische Weisungsgebundenheit des Telearbeiters.<sup>684</sup>

Für die mobile Telearbeit gelten die gleichen Grundsätze. Auch hier ist die Arbeitnehmereigenschaft zu bejahen, wenn der Telearbeiter kommunikationstechnisch in die betriebliche Organisation eingebunden ist.<sup>685</sup>

---

<sup>681</sup> Vgl. Fitting § 5 Rn. 183; DKK-Trümner Rn. 37; GK-Raab Rn. 45; MünchArbR-Heenen § 239 Rn. 10; Boemke BB 2000, 147 (149); Boemke / Ankersen BB 2000, 2254; Wank NZA 1999, 225 (231); Simon / Kuhne BB 1987, 201 (203); Wedde Telearbeit Rn. 146 ff.

<sup>682</sup> Vgl. GK-Raab § 5 Rn. 45.

<sup>683</sup> Vgl. Fitting § 5 Rn. 184; GK-Raab § 5 Rn. 45; Peter DB 1998, 573 (574); Preis Arbeitsrechtliche Probleme der Telearbeit S. 75 (84); Wank NZA 1999, 225 (231); Wedde NJW 1999, 527 (529).

<sup>684</sup> Vgl. BMA Forschungsbericht (Wedde) S. 17 f; ders. Telearbeit Rn. 126 ff., darauf abstellend, ob ein System- Leistungs- bzw. Verhaltenskontrollen gem. § 87 Abs. 1 Nr. 6 ermöglicht.

<sup>685</sup> Vgl. GK-Raab § 5 Rn. 45.

## **b) Telearbeit in Satelliten- und Nachbarschaftsbüros**

Weniger problematisch ist die Qualifizierung von Telearbeitern als Arbeitnehmer, wenn die Telearbeit in einem Satellitenbüro, also einer örtlich ausgelagerten Abteilung eines einzelnen Unternehmens erledigt wird. In diesem Falle sind Telearbeiter in den vom Auftraggeber gestellten Büroräumen tätig und nutzen die dort zur Verfügung gestellten Arbeitsmittel, insbesondere Hard- und Software sowie Kommunikationsmedien. Sie sind an einem vom Arbeitgeber vorgegebenen Arbeitsort beschäftigt und an die dort üblichen Öffnungszeiten des Büros gebunden, so dass in örtlicher und zeitlicher Hinsicht eine Eingliederung in die betriebliche Organisation des Auftraggebers meist unproblematisch bejaht werden kann.<sup>686</sup>

Bei Telearbeit in einem Nachbarschaftsbüro besteht die Besonderheit, dass Beschäftigte verschiedener Auftraggeber in denselben Räumen zusammenarbeiten, da das Büro von mehreren Unternehmen betrieben wird. Zwar lassen sich in diesem Falle die Büroräume nicht der alleinigen Organisationsgewalt des Auftragsgebers zurechnen. Dennoch kann regelmäßig eine Eingliederung daraus hergeleitet werden, dass die Telearbeiter die Hard- und Software sowie die Kommunikationsmittel des Auftraggebers nutzen und ebenso wie die Telearbeiter in einem Satellitenbüro zeitlich und örtlich weisungsabhängig sind.<sup>687</sup>

## **c) Alternierende Telearbeit**

Bei der alternierenden Telearbeit, also bei der Variante, bei welcher die Arbeit zum Teil in der Betriebsstätte und zum Teil an einem anderen Ort ausgeübt wird, kann der Arbeitnehmerstatus der mit Telearbeit Beschäftigten gewöhnlich unproblematisch bejaht werden, weil diese zumindest hinsichtlich desjenigen Teils der Arbeit, die in der Betriebs-

---

<sup>686</sup> Vgl. Gk-Raab § 5 Rn. 45; Preis Telearbeit S. 75 (84); Wank NZA 1999, 225 (232).

<sup>687</sup> Vgl. Wank NZA 1999, 225 (232).

stätte ausgeführt wird, in die betriebliche Organisation eingebunden sind.<sup>688</sup> Selbst wenn die persönliche Abhängigkeit eines Telearbeiters lediglich in Verbindung mit der Tätigkeit in der Betriebsstätte festzustellen ist, so ist das Rechtsverhältnis nicht in zwei Beschäftigungsverhältnisse teilbar, sondern jedenfalls dann als einheitliches Arbeitsverhältnis zu werten, wenn die unselbständige Arbeit in der Betriebsstätte den Schwerpunkt der Tätigkeit bildet.<sup>689</sup>

#### **d) Sonderfall: Heimarbeiter**

Eine Sonderstellung im BetrVG nehmen die sog. Heimarbeiter ein.<sup>690</sup> Heimarbeiter sind nach § 2 HAG Personen, die in selbstgewählter Arbeitsstätte (eigene Wohnung oder selbstgewählte Betriebsstätte) allein oder mit Familienangehörigen im Auftrag von Gewerbetreibenden oder Zwischenmeistern erwerbsmäßig arbeiten, jedoch die Verwertung der Arbeitsergebnisse dem unmittelbar oder mittelbar auftraggebenden Gewerbetreibenden überlassen.

Sie sind von ihrem Auftraggeber nicht persönlich abhängig, weil sie den Ort und Ablauf ihrer Tätigkeit unabhängig von Weisungen des Auftraggebers selbst festlegen und gestalten können.<sup>691</sup> Nach dem allgemeinen Arbeitnehmerbegriff sind sie daher nicht als Arbeitnehmer zu qualifizieren.

Aufgrund der Bestimmung des § 5 Abs. 1 S. 2 BetrVG, wonach Heimarbeiter betriebsverfassungsrechtlich als Arbeitnehmer des Betriebes gelten, für den sie in der Hauptsache arbeiten, ist das BetrVG auf Heimarbeiter dennoch anwendbar.

---

<sup>688</sup> Vgl. GK-Raab § 5 Rn. 45; Konzen RdA 2001, 76 (83); Preis Telearbeit S. 75 (84); Wank NZA 225 (231 f.).

<sup>689</sup> Vgl. Wank NZA 1999, 225 (234); GK-Raab § 5 Rn. 45.

<sup>690</sup> Zur Heimarbeit: Wank NZA 1999, 233 ff.; Wedde Telearbeit Rn. 190 ff.; ders. NJW 1999, 527 (528 ff.).

<sup>691</sup> Vgl. Wedde NJW 1999, 527 (528).

## e) Ergebnis

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das BetrVG in der Regel auf Telearbeiter Anwendung findet, weil es sich bei diesen meist um Arbeitnehmer in Sinne des allgemeinen Arbeitnehmerbegriffs oder um Heimarbeiter handelt. Nur selten wird Telearbeit als sonstige selbständige Tätigkeit ausgeübt.

### 4. Telearbeitsplatz als betrieblicher Arbeitsplatz

Die Formulierung in § 5 Abs. 1 S. 1 BetrVG wirft die Frage auf, ob die Arbeitsplätze von Telearbeitern überhaupt als betriebliche Arbeitsplätze anzusehen sind.<sup>692</sup> Nach dem Wortlaut dieser Bestimmung werden Außendienstmitarbeiter und Telearbeiter den *im* Betrieb beschäftigten Arbeitnehmern gegenübergestellt.

Wörtlich heißt es in § 5 Abs. 1 S. 1 BetrVG, dass Arbeiter und Angestellte einschließlich der zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigten Arbeitnehmer im Sinne des Gesetzes sind, unabhängig davon, ob sie „im Betrieb, im Außendienst oder mit Telearbeit beschäftigt,“ sind. Die dadurch entstehenden Zweifel an der Qualifizierung der Telearbeitsplätze als betriebliche Arbeitsplätze werden noch verstärkt, wenn man sich vergegenwärtigt, dass die Telearbeit begrifflich als eine Tätigkeit *außerhalb* der Betriebsstätte definiert wird.

Nach der amtlichen Begründung zum BetrVerf-ReformG soll die Einfügung in § 5 Abs. 1 BetrVG jedoch lediglich klarstellen, dass es der Arbeitnehmereigenschaft nicht entgegensteht, wenn die geschuldete Arbeit nicht im räumlichen Bereich des Betriebs, sondern außerhalb von diesem in Form des klassischen Außendienst oder der modernen Telearbeit erfolgt.<sup>693</sup>

---

<sup>692</sup> Dazu Boemke / Ankersen BB 2000, 2254 (2254); Wank NZA 1999, 225 (235).

<sup>693</sup> Vgl. Reg. Begr. BT-Drucks. 14/5741 S. 35; Von Däubler AuR 2001, 1 (4) und Richardi / Annuß DB 2001, 41 (43) wurde zu Recht geäußert, dass die Einfügung durch das BetrVerf-ReformG mehr Verwirrung als Klarstellung schafft.



Mit der Einfügung in § 5 Abs. 1 BetrVG durch das BetrVerf-ReformG ist daher nicht beabsichtigt, den Betrieb nur noch nach räumlichen Kategorien zu bestimmen. Da der Gesetzgeber von einer Neudefinition des Betriebsbegriffs abgesehen hat,<sup>694</sup> ist der Betrieb nach wie vor funktional und nicht räumlich zu verstehen.<sup>695</sup> Die räumliche Verbindung von Beschäftigten und Betriebsstätte bildet zwar die Regel, sie ist aber für die betriebliche Zuordnung keine Bedingung. Dies ergibt sich aus der Bestimmung des § 4 Abs. 1 BetrVG, wonach zum Betrieb gehörende Betriebsteile auch weit vom (Haupt-) Betrieb entfernt sein können.

Nach dem hier vertretenen Begriffsverständnis ist der Betrieb als eine organisatorische Einheit mit eigener Leitung zu definieren. Da es nach dem so verstandenen Betriebsbegriff auf eine räumliche Einheit nicht ankommt, bilden auch die Arbeitsplätze von Telearbeitern betriebliche Arbeitsplätze. Der Telearbeitnehmer bildet einen Teil der betrieblichen Organisation, wenn er der Entscheidungszuständigkeit der Betriebsleitung in den beteiligungspflichtigen Angelegenheiten unterfällt. Unter dieser Voraussetzung ist der ausgelagerte Arbeitsplatz ohne weiteres als betrieblicher Arbeitsplatz zu qualifizieren.

## **5. Betriebsverfassungsrechtliche Zuordnung**

Die Beantwortung der Frage, *welchem* Betrieb Telearbeiter zuzuordnen sind, hängt von der Art der Telearbeit ab.

### **a) Häusliche und mobile Telearbeit**

Erfolgt die Telearbeit ausschließlich von zu Hause aus oder handelt es sich um mobile Telearbeit, muss erwogen werden, ob der häusliche Arbeitsplatz möglicherweise selbst einen Betrieb bildet. Dies ist jedoch

---

<sup>694</sup> Vgl. amtl. Begründung zum Betrverf-ReformG BT-Drucks. 14/5741 S. 26.

<sup>695</sup> Vgl. amtl. Begründung zum BetrVerf-ReformG BT-Drucks. 14/5741 S. 30; BAG v. 29. 1. 1992 AP Nr. 1 zu § 7 BetrVG 1972; Fitting § 5 Rn. 187; GK-Raab § 5 Rn. 43.

zu verneinen, weil die nach § 1 BetrVG erforderliche Belegschaftsstärke nicht erreicht wird, und es stets an einer eigenen – den Betrieb konstituierenden – Leitungsmacht fehlt.

Der einzelne Telearbeitsplatz bildet deshalb lediglich einen unselbständigen Betriebsteil desjenigen Betriebes, von dessen Leitung der Telearbeiter seine Weisungen erhält.

### **b) Alternierende Telearbeit**

Bei der alternierenden Telearbeit ist die Zuordnung einfacher, weil der Telearbeiter einen Teil seiner Arbeitszeit zusammen mit anderen Arbeitnehmern in einer gemeinsamen Arbeitsstätte verbringt. Sofern die Arbeitsstätte selbst über einen eigenen Leitungsapparat verfügt, der die mitbestimmungsrelevanten Fragen auch im Hinblick auf den Telearbeiter entscheidet, ist er diesem Betrieb zuzuordnen.<sup>696</sup>

### **c) Telearbeit in Satelliten- oder Nachbarschaftsbüros**

Arbeitet ein Telearbeiter in einem Satelliten- oder Nachbarschaftsbüro, kommt – ähnlich wie bei Betrieben mit mehreren Filialen oder Niederlassungen – eine Zuordnung zum Satelliten- oder Nachbarschaftsbüro selbst oder zum Hauptbetrieb in Betracht.

#### **aa) Satelliten- und Nachbarschaftsbüro als Betrieb nach § 1 BetrVG**

Von einem Betrieb nach § 1 BetrVG ist auszugehen, wenn das Satellitenbüro über einen eigenen Leitungsapparat verfügt, der sämtliche mitbestimmungsrelevanten Fragen allein, d.h. ohne Beteiligung der Betriebsleitung eines anderen Betriebes entscheidet. Bei einem – von mehreren Unternehmen getragenen – Nachbarschaftsbüro, handelt es

---

<sup>696</sup> Vgl. AR-Blattei-Wank SD Telearbeit Rn. 30a.

sich um einen gemeinsamen Betrieb, wenn das Büro über eine einheitliche Leitung verfügt.<sup>697</sup>

In der Praxis werden Satelliten- und Nachbarschaftsbüros nur in Ausnahmefällen eine eigene Leitung haben.<sup>698</sup> Schließlich ist von den Unternehmen gerade die kostengünstige „Fernsteuerung“ des Satelliten- oder Nachbarschaftsbüro mittels telekommunikativer Verbindung gewünscht. Die Einrichtung einer kostspieligen eigenen Betriebsleitung würde dem mit der Installation des Satellitenbüros beabsichtigten Kostensenkungseffekt zuwider laufen.

Sollte dennoch der seltene Fall auftreten, in welchem das Satelliten- oder Nachbarschaftsbüro über eine umfassende eigene Leitung in mitbestimmungsrelevanten Angelegenheiten verfügt, so bildet diese Einheit einen selbständigen Betrieb, dem die Telearbeiter zuzuordnen sind.

#### **bb) Selbständiger Betrieb nach § 4 Abs. 1 S. 1 BetrVG**

Verfügt das Satelliten- oder Nachbarschaftsbüro nicht über eine eigene Leitung, die umfassend über die beteiligungspflichtigen Angelegenheiten entscheidet, so handelt es sich bei dem Büro lediglich um ein *Betriebsteil*. Das Satelliten- oder Nachbarschaftsbüro kann aber, selbst wenn es nur einen Betriebsteil darstellt, unter den Voraussetzungen des § 4 Abs. 1 BetrVG als selbständiger Betrieb zu behandeln sein.

Sind die Voraussetzungen gegeben, so bildet das Satelliten- oder Nachbarschaftsbüro nach § 4 Abs. 1 S. 1 BetrVG einen eigenständigen Betrieb, dem die Telearbeiter zuzuordnen sind.<sup>699</sup>

Liegen die Voraussetzungen nach § 4 Abs. 1 BetrVG *nicht* vor, so kommt vornherein nur eine Zuordnung zum Hauptbetrieb in Betracht. Die Telearbeiter werden dann von dessen Betriebsrat vertreten.<sup>700</sup>

---

<sup>697</sup> Vgl. GK-Raab § 5 Rn. 47.

<sup>698</sup> GK-Raab § 5 Rn. 47; ähnlich Wedde Telearbeit Rn. 770 ff.

<sup>699</sup> Zu beachten ist allerdings die Regelung des § 4 Abs. 1 S. 2 BetrVG, wonach die Arbeitnehmer die Zuordnung zum Hauptbetrieb beschließen können.

## G. Zusammenfassung

Die Zugehörigkeit eines Arbeitnehmers zu einem Betrieb setzt sich aus einem rechtlichen und einem tatsächlichen Verhältnis zusammen. Für die Betriebszugehörigkeit ist kumulativ eine arbeitsrechtliche Beziehung zum Betriebsinhaber und eine tatsächliche Beziehung zum Betrieb vorauszusetzen.

Werden Personen nicht aufgrund eines Arbeitsverhältnisses, sondern aufgrund eines anderen Rechtsverhältnisses in einem Betrieb beschäftigt, kommt eine Zuordnung zu diesem Betrieb in Ermangelung des Arbeitsverhältnisses nicht in Betracht. Die rechtliche Komponente der Betriebszugehörigkeit bedingt stets eine *arbeitsrechtliche* Beziehung zum Betriebsinhaber.

Für eine solche arbeitsrechtliche Beziehung ist grundsätzlich ein Arbeitsvertrag zwischen dem jeweiligen Arbeitnehmer und dem Betriebsinhaber zu verlangen.

Auf das Erfordernis eines Arbeitsvertrages ist ausnahmsweise dann zu verzichten, wenn die Arbeitgeberstellung zwischen dem Vertragsarbeitgeber und einem Beschäftigungsarbeitgeber aufgespalten ist. Eine solche Aufspaltung liegt vor, wenn der Vertragsarbeitgeber einen Teil seiner Arbeitgeberbefugnisse auf den Beschäftigungsarbeitgeber übertragen hat.

In diesem Fall genügt für die rechtliche Komponente der Betriebszugehörigkeit eine arbeitsrechtliche Beziehung in Form des arbeitsrechtlichen Weisungsverhältnisses. Hinzu kommen muss jedoch, dass ein Arbeitnehmer dem Beschäftigungsarbeitgeber über einen längeren Zeitraum zur Arbeitsleistung überlassen wird. Als praktikable und sachdienliche Zäsur für die Abgrenzung dient die Drei-Monats-Frist in § 7 S. 2 BetrVG.

---

<sup>700</sup> Vgl. GK-Raab § 5 Rn. 47.

## Die Betriebszugehörigkeit im BetrVG

Wird also ein Arbeitnehmer von seinem Arbeitgeber einem anderen Arbeitgeber zur Arbeitsleistung überlassen, gehört er dessen Betrieb an, wenn er dort länger als drei Monate eingesetzt wird. Für die Fälle langfristiger Überlassung ist von einer doppelten Betriebszugehörigkeit sowohl im Betrieb des Vertragsarbeitgebers als auch im Betrieb des Beschäftigungsarbeitgebers auszugehen.

Eine nur kurzfristige Überlassung reicht hingegen für die Anerkennung der Betriebszugehörigkeit im Beschäftigungsbetrieb nicht aus. Wird ein Arbeitnehmer für einen Zeitraum bis zu drei Monaten zur Arbeitsleistung überlassen, kommt eine Betriebszugehörigkeit im Beschäftigungsbetrieb nicht in Betracht. Es bleibt dann bei der ausschließlichen Zuordnung zum Betrieb des Arbeitsvertragspartners.

Diese Maßgabe ist nicht auf die gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung beschränkt. Sie gilt für sämtliche Fälle, in denen Arbeitnehmer von ihrem Arbeitgeber Dritten zur Arbeitsleistung überlassen werden.

Die arbeitsrechtliche Beziehung reicht allein zur Begründung der Betriebszugehörigkeit nicht aus. Anhand der rechtlichen Verbindung lässt sich zwar ermitteln, zu welchem *Unternehmen* (Arbeitgeber) ein Arbeitnehmer gehört. Das Arbeitsverhältnis kann aber keine Auskunft darüber geben, welchem Betrieb ein Arbeitnehmer zuzuordnen ist.

Kumulativ hinzutreten muss deshalb die tatsächliche Beziehung, anhand derer sich überhaupt erst die Zuordnung zu einem bestimmten *Betrieb* des Arbeitgebers vornehmen lässt.

Bei der Ermittlung der Kriterien, die für die tatsächliche Beziehung maßgeblich sind, darf der Betriebsbegriff als Teilstück der *Betriebszugehörigkeit* nicht vernachlässigt werden. Nur unter Berücksichtigung der Merkmale, die den Betrieb selbst bestimmen, lässt sich auch ermitteln, welche Kriterien für die Zugehörigkeit zu demselben ausschlaggebend sind.

## Die Betriebszugehörigkeit im BetrVG

Der Bereich, für den Betriebsräte gewählt werden, muss mit der organisatorischen Einheit übereinstimmen, für die der Arbeitgeber eine einheitliche Leitung vorgesehen hat.

Der Betrieb i. S. d. BetrVG ist daher als organisatorische Einheit zu definieren, die über einen eigenen Leitungsapparat verfügt. Dabei ist nicht die kaufmännische oder arbeitstechnische Leitungskompetenz für die Errichtung des Betriebs maßgebend, sondern es ist auf den Leitungsapparat abzustellen, der über die Angelegenheiten zu entscheiden hat, die der Beteiligung des Betriebsrats unterliegen. (Leitung in den beteiligungspflichtigen Angelegenheiten).

Der so verstandene Betriebsbegriff gibt das bestimmende Kriterium für die tatsächliche Beziehung zu einem Betrieb vor. Ausschlaggebend ist danach nicht die Zuweisung eines Arbeitsplatzes oder das vage Eingliederungskriterium. Vielmehr geht es darum, woher der Arbeitnehmer die auf den Arbeitseinsatz bezogenen Weisungen erhält.

Davon ausgehend ist für die Zuordnungsfrage wesentlich, in welchem Betrieb die Entscheidungen über den Einsatz erfolgen (Entscheidungszuständigkeit).

Vom Bestehen einer tatsächlichen Beziehung zu einem Betrieb ist auszugehen, wenn ein Arbeitnehmer der Entscheidungszuständigkeit der Betriebsleitung in den beteiligungspflichtigen Angelegenheiten unterfällt. Bestimmt man die tatsächliche Beziehung nach der Entscheidungszuständigkeit, so lassen sich auch in den komplexen Einzelfällen eindeutige Ergebnisse erzielen.