

LAG Niedersachsen
20.01.2009
13 TaBV 3/08

Gemeinsamer Betrieb von Personalservicegesellschaft und Entleihunternehmen

Werden betriebsangehörige Arbeitnehmer durch Leiharbeitnehmer einer unternehmens-eigenen Personalservicegesellschaft ersetzt, bleibt im Übrigen die Betriebsorganisation unverändert, kann ein gemeinsamer Betrieb von Entleiher und Personalservicegesellschaft bestehen.

BetrVG § 1 Abs. 2
AÜG § 14 Abs. 1

1 BV 11/07 - ArbG Emden

In dem Beschlussverfahren ...

hat die 13. Kammer des Landesarbeitsgerichts Niedersachsen aufgrund der Anhörung am 20. Januar 2009 durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht Dr. Rosenkötter, den ehrenamtlichen Richter Herr Fischer, die ehrenamtliche Richterin Frau Birkholz beschlossen:

Auf die Beschwerde des Betriebsrats wird der Beschluss des Arbeitsgerichts Emden vom 28.11.2007, 1 BV 11/07, abgeändert.

Es wird festgestellt, dass die Beteiligten zu 2 und 3 einen gemeinsamen Betrieb unterhalten.

Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

Gründe

I.

Der Betriebsrat begehrt die Feststellung, dass die beteiligten Arbeitgeber einen gemeinsamen Betrieb unterhalten.

Beteiligte Arbeitgeber sind die W. GmbH (im Folgenden: W. GmbH) und die P. mbH (im Folgenden: P.). Alleinige Gesellschafterin der W. GmbH, die ca. 140 Mitarbeiter beschäftigt, ist die Stadt B.. In der W. GmbH sind zusammengefasst Stadtwerkeaufgaben, Touristik und der Betrieb des Erlebnis- und Freizeitbades G.. Im G. sind ca. 40 Mitarbeiter, zum Teil befristet beschäftigt. Antragssteller ist der bei der W. GmbH gewählte Betriebsrat.

Mit Gesellschaftsvertrag vom 23.05.2004 (Bl. 13 ff. d.A.) wurde die P. gegründet, alleinige Gesellschafterin ist die W. GmbH. Der Alleingeschäftsführer der W. GmbH ist auch Geschäftsführer der P.. Zwischen W. GmbH und P. besteht ein Gewinnabführungsvertrag (Bl. 169 ff. d.A.). In § 3 Nr. 1 des Gesellschaftsvertrages vom 23.05.2007 war als Gegenstand des Unternehmens der P. festgelegt:

Gegenstand des Unternehmens ist die Erbringung von Personaldienstleistungen einschließlich der Arbeitnehmerüberlassung an die W. GmbH.

Nach Änderung des Gesellschaftsvertrages vom 04.07.2007 lautet § 3 Nr. 1:

Gegenstand des Unternehmens ist die Erbringung von Personaldienstleistungen einschließlich der Arbeitnehmerüberlassung an private und öffentliche Unternehmen und Einrichtungen.

Seit dem 19.06.2007 verfügte die P. über die Erlaubnis zur gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung. Die P. hat beginnend ab Sommer 2007 Leiharbeitnehmer eingestellt, darunter viele ursprünglich befristet bei der W. GmbH beschäftigten Mitarbeiter des G.. Im Anhörungstermin vom 20.01.2009 haben die Beteiligten angegeben, dass die P. 2008 während der Saison bis zu 55 Leiharbeitnehmer beschäftigt hat. Derzeit sei der Beschäftigungsstand saisonbedingt deutlich niedriger. Der Einsatz der Leiharbeitnehmer erfolgt im Schwerpunkt im G., Überlassung erfolgt aber auch in die Bereiche Touristik (z.B. Standanimation) und Stadtwerke. Eine Überlassung an Dritte ist bisher nicht erfolgt. Nach Darstellung des Geschäftsführers der Arbeitgeber finden z.Z. Gespräche mit auf der Insel ansässigen Kliniken statt zur Überlassung von Personal durch die P., z.B. Physiotherapeuten.

Die Buchhaltung der P. wird bearbeitet von der Buchhaltung der W. GmbH. Für Personalverwaltung und -entwicklung der W. GmbH & der P., vorher wahrgenommen durch die Stadt B., ist von der P. eine Personalsachbearbeiterin als Leiharbeitnehmerin eingestellt und an die W. GmbH ausgeliehen worden. Auch die Assistentin der Geschäftsführung ist von der P. eingestellt und an die W. GmbH überlassen. Entgeltabrechnung erfolgt durch die Stadt B..

Der Betrieb des G. ist defizitär. Die Einschaltung der P. soll die dort anfallenden Personalkosten senken.

Der Betriebsrat hat die Auffassung vertreten, W. GmbH und P. seien als gemeinsamer Betrieb zweier Unternehmen zu bewerten. Die Leiharbeitnehmer würden vor allem im G. eingesetzt, das von beiden Gesellschaften gemeinsam betrieben werde. Auf Grund der Verpflichtung der Arbeitgeber auf Unternehmensebene und insbesondere durch die Identität der Geschäftsführung sei von einer einheitlichen Leitung auf Grund zumindest konkludenter Führungsvereinbarung auszugehen. Die Ausgliederung des Personals durch Einschaltung der P. sei im Übrigen unbeachtlich und begründet den Einwand des Rechtsformmissbrauchs.

Der Betriebsrat hat beantragt,

festzustellen, dass die Beteiligte zu 2 und die Beteiligte zu 3 einen gemeinsamen Betrieb im Sinne des Betriebsverfassungsgesetzes darstellen.

Die Arbeitgeber haben beantragt,

den Antrag zurückzuweisen.

Sie haben die Auffassung vertreten, die P. sei an dem Betrieb der W. GmbH nicht beteiligt und beschränke sich allein auf die Überlassung von Personal. Damit liege kein Gemeinschaftsbetrieb vor. Die Verpflichtungen auf Unternehmensebene seien unbeachtlich.

Das Arbeitsgericht hat den Antrag des Betriebsrates zurückgewiesen. Auf die Gründe des angefochtenen Beschlusses wird Bezug genommen.

Mit Beschwerde wiederholt der Betriebsrat seine Auffassung, dass ein gemeinsamer Betrieb der beteiligten Arbeitgeber vorliege, und verweist insbesondere darauf, dass in der Person des Geschäftsführers ein einheitlicher Leitungsapparat bestehe. Ergänzend wird Bezug genommen auf die Beschwerdebegründung.

Der Betriebsrat beantragt,

den Beschluss des Arbeitsgerichts Emden vom 28.11.2007 aufzuheben und festzustellen, dass die Beteiligte zu 2 und die Beteiligte zu 3 einen gemeinsamen Betrieb im Sinne des BetrVG darstellen.

Die Arbeitgeber beantragen,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Sie tragen vor, bei der Überlassung von Arbeitskräften zur Arbeitsleistung werde das Weisungsrecht vom Entleiher ausgeübt, der Leiharbeitnehmer sei in den Betrieb des Entleihers eingegliedert. Damit sei die P. als Verleiher an der Leitung des Betriebes nicht beteiligt. Einheitliche Leitungsmacht im Rahmen eines gemeinsamen Betriebes und die vollständige Übertragung des Weisungsrechts auf den Entleiher im Rahmen der Arbeitnehmerüberlassung schlossen sich logisch aus. Ergänzend wird Bezug genommen auf die Beschwerdebegründung.

II.

Die zulässige Beschwerde des Betriebsrates ist begründet. Es war festzustellen, dass die beteiligten Arbeitgeber einen gemeinsamen Betrieb unterhalten.

1. Der Feststellungsantrag ist zulässig, insbesondere ist das erforderliche Feststellungsinteresse im Sinne des § 256 ZPO zu bejahen. Der Betriebsrat ist gewählt worden im Betrieb der W. GmbH und damit zuständig für die Wahrnehmung der betriebsverfassungsrechtlichen Rechte und Pflichten in diesem Betrieb. Leiharbeitnehmer, die zur Arbeitsleistung an einen Entleiher überlassen werden, sind und bleiben gemäß § 14 Abs. 1 AÜG Arbeitnehmer des entsendenden Betriebes des Verleihers. Sie unterliegen nicht dem Zuständigkeitsbereich des Betriebsrates des Entleihbetriebes, von den Ausnahmen des § 14 Abs. 2 Satz 3 AÜG abgesehen. Der Betriebsrat hat damit ein rechtliches Interesse daran, feststellen zu lassen, ob die Leiharbeitnehmer weiterhin in seinen Zuständigkeitsbereich fallen als Arbeitnehmer des gemeinsamen Betriebes oder ob sie nach § 14 Abs. 1 AÜG grundsätzlich dem Verleihbetrieb zuzuordnen sind.

2. Nach § 1 Abs. 1 BetrVG sind Betriebsräte in Betrieben mit in der Regel mindestens fünf ständigen wahlberechtigten Arbeitnehmern zu wählen. Nach Satz 2 gilt dies auch für gemeinsame Betriebe mehrerer Unternehmen. Für die Wahl von Betriebsräten und den Zuständigkeitsbereich eines Betriebsrates ist damit abzustellen auf den Betrieb als maßgebende organisatorische Einheit. Errichtung und Zuständigkeit des Betriebsrates werden nicht unternehmensbezogen bestimmt, vielmehr folgt aus § 1 Abs. 1 Satz 2 BetrVG gerade, dass eine rechtliche Trennung auf Unternehmensebene nicht zwingend zur Trennung auf betrieblicher Ebene mit der Folge der Bildung mehrerer Betriebsräte führt. Die gesetzliche Anerkennung des gemeinsamen Betriebes mehrerer Unternehmen belegt vielmehr, dass unabhängig von der Beteiligung eines oder mehrerer Unternehmen ein Betrieb als Anknüpfungspunkt für Wahl und Zuständigkeit eines Betriebsrates vorliegen kann.

Nach der Rechtsprechung des BAG (z.B. Beschluss vom 11.02.2004, 7 ABR 27/03, EzA § 1 BetrVG 2001, 2; Beschluss vom 25.05.2005, 7 ABR 38/04, § 1 BetrVG 2001, 3) ist ein Betrieb im Sinne des Betriebsverfassungsgesetzes die organisatorische Einheit, innerhalb derer ein Arbeitgeber allein oder mit seinen Arbeitnehmern mit Hilfe technischer und immaterieller Mittel bestimmte arbeitstechnische Zwecke fortgesetzt verfolgt. Dabei können mehrere Arbeitgeber einen gemeinsamen Betrieb führen. Ein gemeinsamer Betrieb liegt vor, wenn materielle und immaterielle Betriebsmittel für einen einheitlichen arbeitstechnischen Zweck zusammengefasst und eingesetzt werden und der Einsatz der menschlichen Arbeitskraft von einem einheitlichen Leitungsapparat gesteuert wird. In Abgrenzung zu einer unternehmerischen Zusammenarbeit liegt ein gemeinsamer Betrieb nur dann vor, wenn sich die beteiligten Unternehmen zumindest stillschweigend zu einer gemeinsamen Führung rechtlich verbunden haben und sich die einheitliche Leitung auf wesentliche Funktionen des Arbeitgebers in personellen und sozialen Angelegenheiten erstreckt. Diese Grundsätze sind auch anzuwenden nach Einführung der Vermutungstatbestände des § 1 Abs. 2 BetrVG im Rahmen der Reform des Betriebsverfassungsgesetzes 2001. Diese Vermutungstatbestände definieren den Begriff des gemeinsamen Betriebes nicht eigenständig, sondern legen nur die Voraussetzungen fest, unter denen eine Vermutung für das Bestehen eines Gemeinschaftsbetriebes eingreift. Auch wenn die Vermutungstatbestände nicht eingreifen, kann ein ge-

meinsamer Betrieb bestehen, wenn sich mehrere Unternehmen ausdrücklich oder konkludent zur Führung des Betriebes rechtlich verbunden haben.

Auch im Beschluss vom 13.08.2008, 7 ABR 21/07, hat das BAG ausgeführt, dass aus den Vermutungstatbeständen des § 1 Abs. 2 BetrVG keine abschließende gesetzliche Definition des Gemeinschaftsbetriebes folge. Entscheidend für das Vorliegen eines gemeinsamen Betriebes mehrerer Unternehmen sei vielmehr, dass eine Vereinbarung der beteiligten Unternehmen zur einheitlichen Leitung vorliege.

Nach Hamann (Schüren/Hamann, AÜG, 3. Aufl., § 14, Rdnr. 44 a) kann ein gemeinsamer Betrieb von Verleiher und Entleiher vorliegen, wenn z.B. der Personalbedarf über eine unternehmens-eigene oder konzern-eigene Personalführungsgesellschaft gedeckt wird. Wenn das in der Weise geschehe, dass der Personaleinsatz institutionalisiert durch einen einheitlichen Leitungsapparat gesteuert wird, liege betriebsverfassungsrechtlich ein einheitlicher Betrieb vor.

Ausgehend von der Rechtsprechung des BAG ist hier ein gemeinsamer Betrieb der W. GmbH und der P. zu bejahen.

3. Nach § 1 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG wird ein gemeinsamer Betrieb vermutet, wenn zur Verfolgung arbeitstechnischer Zwecke die Betriebsmittel sowie die Arbeitnehmer von den Unternehmen gemeinsam eingesetzt werden. Dieser Tatbestand erfasst nicht unmittelbar die Zusammenarbeit eines Unternehmens mit einem Verleihunternehmen. Die Betriebsmittel werden bei dieser Konstellation allein von dem Entleiher eingesetzt für seine arbeitstechnischen Zwecke. Auch ein gemeinsamer Einsatz der Arbeitnehmer erfolgt nicht. Der Verleiher stellt lediglich die Leiharbeitnehmer zur Verfügung, die im Entleihbetrieb nach Weisung des Entleihers eingesetzt werden. Das Weisungsrecht zur Arbeitsleistung und zur Verfolgung des vom Entleiher vorgegebenen arbeitstechnischen Zwecks wird allein vom Entleiher ausgeübt.

Nach § 1 Abs. 2 Nr. 2 BetrVG wird ein Gemeinschaftsbetrieb vermutet, wenn die Spaltung eines Unternehmens zur Folge hat, dass von einem Betrieb ein oder mehrerer Betriebsteile einem an der Spaltung beteiligten anderen Unternehmen zugeordnet werden, ohne dass sich dabei die Organisation des betroffenen Betriebes wesentlich ändert. Die Voraussetzungen dieses Tatbestandes liegen bereits deshalb nicht vor, weil die Gruppe der nunmehr beschäftigten Leiharbeitnehmer keinen Betriebsteil bilden im Sinne einer organisatorischen Teileinheit. Die Auslagerung eines Teils der Arbeitnehmer auf eine Personalservicegesellschaft als Vertragsarbeitgeber ist hier nicht erfasst.

Dem Tatbestand des § 1 Abs. 2 Nr. 2 BetrVG ist aber als Rechtsgedanke zu entnehmen, dass Veränderungen auf Unternehmensebene nur dann zu Veränderungen auf der Betriebsebene führen sollen, wenn sich die Organisation des betroffenen Betriebs wesentlich ändert. Ausgehend von dem Grundsatz, dass sich die Errichtung und Zuständigkeit von Betriebsräten nicht maßgeblich orientiert am Unternehmen, sondern maßgebend der Betrieb als Organisationseinheit ist, so ist der Rechtsgedanke auch anwendbar auf andere Fälle der Aufgliederung eines Betriebes auf mehrere Unternehmen.

4. Obwohl die Voraussetzungen der Vermutungstatbestände des § 1 Abs. 2 BetrVG nicht vorliegen, ist hier ein Gemeinschaftsbetrieb zu bejahen. Wie bereits ausgeführt, ist abzustellen auf den Betrieb als organisatorische Einheit. Zwar führt nicht jede Form unternehmerischer Zusammenarbeit zu einem Gemeinschaftsbetrieb, andererseits kann die Zusammenarbeit so eng sein, dass trotz Beteiligung zweier Unternehmen und zweier Vertragsarbeitgeber eine betriebliche Einheit vorliegt. Der gemeinsame Betrieb mehrerer Unternehmen ist von der Rechtsprechung entwickelt und von der Gesetzgebung übernommen worden, um zu verhindern, dass eine Betriebseinheit auch bei Beteiligung mehrerer Unternehmen betriebsverfassungsrechtlich als Einheit bestehen bleibt. Der Betrieb als Einheit bleibt damit bestehen, wenn trotz Beteiligung mehrerer Unternehmen eine einheitliche Leitung vorliegt.

5. Durch Gründung der Personalservicegesellschaft und Einsatz der Leiharbeitnehmer ist der Betrieb der W. GmbH nicht verändert worden. Unter Berücksichtigung des Rechtsgedankens des § 1 Abs. 2 Nr. 2 BetrVG ist festzustellen, dass sich eine wesentliche Änderung der Organisation des Betriebes nicht ergeben hat.

Beide Unternehmen, W. GmbH und P., stehen unter einer einheitlichen Leitung. Beide Unternehmen werden von demselben Geschäftsführer geleitet. Personenidentität in der Geschäftsführung führt zwar nicht zwingend zur Annahme eines Gemeinschaftsbetriebes, muss aber als wesentliches Indiz für einen einheitlichen Leitungsapparat angesehen werden (BAG vom 11.02.2004, 7 ABR 27/03, a.a.O.).

Für eine gemeinsame Leitung und das Bestehen eines einheitlichen Betriebes ergeben sich weitere Gesichtspunkte. Die P. verfügt über keine eigenständige Verwaltung und beschäftigt außer Leiharbeitnehmern und dem Geschäftsführer kein sonstiges Personal. Die Personalverwaltung und Personalentwicklung wird von einer Personalsachbearbeiterin wahrgenommen, die als Leiharbeiterin bei der P. angestellt und an die W. GmbH überlassen ist. Sie ist zuständig für Personalverwaltung und Personalentwicklung bei beiden Gesellschaften. Auch für die Assistentin der Geschäftsführung trifft zu, dass sie als Leiharbeiterin bei der P. eingestellt und an die W. GmbH verliehen worden ist. Sie übt Tätigkeiten für die W. GmbH und die P. aus.

Im Betrieb eines Verleihunternehmens werden intern typischerweise als Aufgaben ausgeführt Kundenakquisition und Kundenkontakte, Anwerbung der Leiharbeitnehmer und Personalverwaltung und Verleih der eingestellten Leiharbeitnehmer an Kundenbetriebe. Wenn der wesentliche Bereich der Personalverwaltung und Personalentwicklung nicht vom Verleihunternehmen betrieben wird, sondern wie hier in den Zuständigkeitsbereich des Entleihbetriebes fällt, stellt dies ein wesentliches Moment für die Annahme einer gemeinsamen Leitung und Führung des Personals beider Unternehmen dar.

Die Arbeitnehmer der P., ausschließlich Leiharbeitnehmer, werden seit Gründung bisher nur an die W. GmbH ausgeliehen. Dies entspricht im Übrigen dem ursprünglichen Geschäftszweck im Gesellschaftsvertrag vom 23.05.2007. Eine Ausweitung des Unternehmensgegenstandes auf Überlassung auch an Dritte ist erst im Juli 2007 durch Änderung des Gesellschaftsvertrages erfolgt. Nach Darstellung des Geschäftsführers der beteiligten Arbeitgeber gibt es derzeit Kontakte zu Dritten über die Überlassung von Arbeitnehmern. Insgesamt bewertet ist aber festzuhalten: Kerngeschäft der P. ist nach wie vor Gestellung von Personal für die W. GmbH. Durch Gründung der P. hat sich damit der Betrieb der W., für den der Betriebsrat zuständig ist, nicht verändert. Eine Änderung in der Betriebsorganisation ist nicht erfolgt. Der einzige Unterschied besteht darin, dass nunmehr beginnend ab Mitte 2007 ein Teil der Arbeitnehmer nicht mehr Arbeitnehmer der W. GmbH ist, sondern dass die P. als Vertragsarbeitgeber eines Leiharbeitsverhältnisses auftritt. Weil P. und W. GmbH einheitlich geführt werden, weil insbesondere Personalverwaltung und Personalentwicklung für P. im Betrieb der W. GmbH bearbeitet wird, die P. nicht über eine eigenständige Betriebsorganisation verfügt, ist das Vorliegen eines gemeinsamen Betriebes zu bejahen.

6. Hilfsweise und zum gleichen Ergebnis führend ist auf Folgendes hinzuweisen. Aus § 14 Abs. 1 AÜG folgt, dass Leiharbeitnehmer grundsätzlich betriebsverfassungsrechtlich dem Betrieb des Verleihers zuzuordnen sind. Nach Dörner, Festschrift für Wissmann, Seite 298, ist es erwägenswert, Leiharbeitnehmer als Arbeitnehmer des Entleihbetriebes zu bewerten. Dies könne in Betracht kommen, etwa bei Überlassung ohne zeitliche Begrenzung etwa an einen einzigen im Unternehmens- oder Konzernverbund bestehenden Entleiher. Der Verleiher beschränke sich in diesen Fällen auf reine Arbeitsvermittlung.

Die P. hat das von ihr eingestellte Personal ohne zeitliche Begrenzung der W. GmbH überlassen. Wie dargestellt, verfügt die P. nicht über eine eigene für ein Verleihunternehmen typische Betriebsorganisation. Es gibt keinen Betrieb der P., dem die Leiharbeitnehmer betriebsverfassungsrechtlich zugeordnet werden könnten. Die einzige bestehende Betriebsorganisation wird gebildet von der W. GmbH, Entleiherin und Muttergesellschaft der P.. Bei dieser Fallkonstellation ist es

nicht möglich, die Leiharbeitnehmer betriebsverfassungsrechtlich einem Verleihbetrieb zuzuordnen, einzige Zuordnungsmöglichkeit besteht für den Entleihbetrieb. Auch mit dieser Begründung ist damit das Vorliegen eines gemeinsamen Betriebes der beteiligten Arbeitgeber zu bejahen.

7. Die vorstehende Entscheidung betrifft eine unternehmenseigene Personalservicegesellschaft, die bisher nur an die Muttergesellschaft verleiht und über keine eigenständige Betriebsstruktur verfügt. Ob die vorstehenden Grundsätze übertragbar sind auf konzernerneigene Personalservicegesellschaften, die an mehrere Konzernunternehmen verleihen und über eigenständige Betriebsstrukturen verfügen, war nicht zu entscheiden.

Ebenso war nicht zu entscheiden, ob eine rechtmäßige Arbeitnehmerüberlassung vorliegt oder ob durch Einschaltung der PSG rechtsmissbräuchlich Stammpersonal durch Leiharbeitnehmer ersetzt worden ist (so z.B. LAG Schleswig-Holstein, 3 TaBV 12/08, juris).

Die Zulassung der Rechtsbeschwerde beruht auf §§ 92, 72 Abs. 2 Nr. 1 ArbGG.

Rechtsmittelbelehrung

...