Matthias Prinz
Rechtsanwalt www.prinz.law

Bundesarbeitsgericht 6. Senat	Urteil vom 9. Juni 2011 - 6 AZR 132/10 -
I. Arbeitsgericht Frankfurt am Main	Urteil vom 22. Januar 2009 - 1 Ca 7211/08 -
II. Hessisches Landesarbeitsgericht	Urteil vom 18. Dezember 2009 - 19/3 Sa 323/09 -

---

Für die Amtliche Sammlung: Ja

Entscheidungsstichwort:

Kündigung bei Personalgestellung

Gesetze:

BetrVG § 1 Abs. 2 Nr. 1, § 5 Abs. 1, § 19 Abs. 1, § 102 Abs. 1, § 130; SGB II § 44b idF vom 20. Juli 2006 *(§ 44b SGB II aF)*; AÜG § 14

Leitsatz:

Wird ein Arbeitnehmer eines öffentlichen Arbeitgebers von diesem einer in der Rechtsform einer GmbH gebildeten Arbeitsgemeinschaft zur Dienstleistung zugewiesen, ist grundsätzlich vor der Kündigung des Arbeitnehmers nicht der bei der Arbeitsgemeinschaft gebildete Betriebsrat gemäß § 102 Abs. 1 Satz 1 BetrVG anzuhören, sondern der beim Arbeitgeber errichtete Personalrat zu beteiligen.

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

BUNDESARBEITSGERICHT

6 AZR 132/10
19/3 Sa 323/09
Hessisches
Landesarbeitsgericht

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
9. Juni 2011

URTEIL

Gaßmann, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

Kläger, Berufungsbeklagter und Revisionsbeklagter,

hat der Sechste Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 9. Juni 2011 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Fischermeier, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Brühler, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Spelge sowie den ehrenamt-

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

lichen Richter Dr. Augat und die ehrenamtliche Richterin Jerchel für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Hessischen Landesarbeitsgerichts vom 18. Dezember 2009 - 19/3 Sa 323/09 - aufgehoben.
2. Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Arbeitsgerichts Frankfurt am Main vom 22. Januar 2009 - 1 Ca 7211/08 - abgeändert:

   Die Klage wird abgewiesen.
3. Der Kläger hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer ordentlichen Kündigung der Beklagten während der Probezeit. 1

Die beklagte Stadt schloss mit der Agentur für Arbeit F am 22. Dezember 2004 einen Vertrag über die Gründung und Ausgestaltung einer Arbeitsgemeinschaft *(ARGE)* gemäß § 44b des Zweiten Buches Sozialgesetzbuch *(SGB II)* in der Rechtsform einer GmbH und mit dem Namen „R GmbH“ *(R GmbH)*. Diese wurde am 31. März 2005 ins Handelsregister eingetragen. Als Gegenstand des Unternehmens ist ua. angegeben: „Wahrnehmung der Aufgaben der Grundsicherung für Arbeitssuchende, soweit diese den Gesellschaftern gemäß dem SGB II obliegen und die der Gesellschaft durch Gesetz zugewiesen sind oder ihr von den Gesellschaftern vertraglich übertragen werden, sofern die Übertragung der Aufgabe rechtlich zulässig ist.“ Im Anhang 3 des Vertrags zwischen der Beklagten und der Agentur für Arbeit F vom 22. Dezember 2004 über die angestrebte Zusammenarbeit im Rahmen einer Arbeitsgemeinschaft nach § 44b SGB II *(Kooperationsvertrag)* heißt es ua.: 2

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

„Folgende Grundsätze der personellen Zusammenarbeit sollen für die Arbeit der ARGE verbindlich sein:

1. Die Vertragspartner stellen das notwendige Personal zur Erfüllung der ihr übertragenen Aufgaben zur Verfügung.

   Die erstmalige Personalzuweisung der Mitarbeiter der Stadt F erfolgt - in direktem zeitlichen Zusammenhang mit der Tätigkeitsaufnahme durch die ARGE am 1. Januar 2005 - im Falle der Beamten auf der Grundlage des § 123 a Abs. 2 BRRG, im Falle der Angestellten auf der Grundlage des § 12 BAT. Die Zuweisung von Angestellten der Stadt F ist nur mit deren Zustimmung möglich. Dienstherr bzw. Arbeitgeber der entsandten Beamten und Angestellten bleibt der bisherige Dienstherr bzw. Arbeitgeber. Die ARGE ist nicht dienstherrenfähig. Die Rechtsstellung der Beamten und Angestellten bleibt unberührt. Lediglich die fachliche Weisungsbefugnis geht auf den Geschäftsführer der ARGE über (siehe unten Ziffer 3).

2. Die Agentur für Arbeit F stellt das Personal im Wege eines Dienstleistungsüberlassungsver-trages, der mit der Geschäftsführung der ARGE abgeschlossen wird.

3. Die Geschäftsführung der ARGE obliegt dem/der noch zu bestellenden Geschäftsführer/in (§ 44b Abs. 2 SGB II). Der/die Geschäftsführer/in der ARGE soll hinsichtlich der Mitarbeiter/innen nur die fachliche Weisungsbefugnis erhalten, d. h. ihm/ihr wird durch die Vertragspartner das Direktionsrecht hinsichtlich der Arbeitspflicht zur Ausführung der übertragenen Aufgaben bzw. das fachliche Weisungsrecht übertragen. Die Vertragspartner bleiben Dienstvorgesetzte ihrer jeweiligen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter. …

4. Art, Umfang und Qualifikation des von der ARGE benötigten Personals werden in einem Kapazitäts- und Qualifikationsplan festgelegt. Die Grundlage hierfür bilden die als Anlagen beigefügten Stellenprofile. Bei der Festlegung ist auf eine möglichst hohe Kontinuität bei der Aufgabenwahrnehmung zu achten. … Der Kapazitäts- und Qualifikationsplan ist Bestandteil des Finanzplanes (siehe Anhang 2 Ziffer 1) und wird diesem als Anlage beigefügt. Die Tarifierung der Mitarbeiter der Agentur für Arbeit F in der ARGE werden durch diese Regelung nicht

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

berührt."

Die RMJ GmbH verfügte mit Ausnahme des Geschäftsführers über kein eigenes Personal. Der Geschäftsführer konnte den zugewiesenen Arbeitnehmern fachliche Weisungen erteilen, hatte aber keine weitergehenden Kompetenzen im personellen und sozialen Bereich. 3

Die Beklagte und der Personalrat ihres Jugend- und Sozialamts regelten am 15. März 2005 in einer Rahmenvereinbarung ua. Folgendes: 4

„§ 6
Sicherung der Interessenvertretung

(1) Die bei der R GmbH eingesetzten städtischen Beschäftigten bleiben unverändert weiterhin Arbeitnehmer/innen und Beamte/innen des Jugend- und Sozialamtes. Sie haben somit gegenüber dem Arbeitgeber/Dienstherr Stadt F Anspruch auf Erfüllung ihrer arbeits- bzw. beamtenrechtlichen Ansprüche. Insbesondere gehören diese Bediensteten auch weiterhin zu den Beschäftigten im Sinne der §§ 3 ff. HPVG. Das HPVG wie auch die Bestimmungen des HGIG und des SGB IX (Schwerbehindertenrecht) und die dort geregelten Beteiligungs- und Informationsrechte gelten daher unvermindert fort. Der Personalrat des Jugend- und Sozialamtes bleibt weiterhin die für sie zuständige Interessenvertretung.

…"

Am 12. Februar 2008 schlossen die Beklagte und der Kläger einen Arbeitsvertrag für die Zeit vom 1. April 2008 bis zum 31. Dezember 2010. In § 4 des Vertrags ist geregelt, dass die Probezeit gemäß § 30 Abs. 4 TVöD sechs Monate beträgt. Die Beklagte wies den Kläger mit seinem Einverständnis der R GmbH zur Dienstleistung zu. Bei dieser fand am 13. August 2008 eine Betriebsratswahl statt, nachdem das Arbeitsgericht Frankfurt am Main den Antrag der R GmbH auf Abbruch der Wahl mit Beschluss vom 31. Juli 2008 *(- 14 BVGa 542/08 -)* zurückgewiesen hatte und die Beschwerde der R GmbH gegen diesen Beschluss am 7. August 2008 vor dem Hessischen Landesarbeitsgericht *(- 9 TaBVGa 188/08 -)* keinen Erfolg hatte. Die R GmbH, der zum Zeitpunkt der 5

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Matthias Prinz
Rechtsanwalt www.prinz.law

Betriebsratswahl ca. 400 Arbeitnehmer zugewiesen bzw. überlassen waren, focht die Wahl beim Arbeitsgericht an.

Die Beklagte kündigte mit einem dem Kläger am selben Tag zugegangenen Schreiben vom 22. September 2008 das Arbeitsverhältnis ordentlich zum 31. Oktober 2008. Vor der Kündigung hatte die Beklagte den Personalrat ihres Jugend- und Sozialamts beteiligt. Den am 13. August 2008 bei der R GmbH gewählten Betriebsrat hatte sie nicht angehört. Das Hessische Landesarbeitsgericht erklärte mit Beschluss vom 3. September 2009 *(- 9 TaBV 64/09 -)* die von der R GmbH gemäß § 19 Abs. 1 BetrVG angefochtene Betriebsratswahl für ungültig. Die Nichtigkeit der Wahl stellte es nicht fest. 6

Der Kläger hat gemeint, die Kündigung der Beklagten vom 22. September 2008 sei gemäß § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG unwirksam. Die Beklagte hätte vor der Kündigung den am 13. August 2008 gewählten Betriebsrat der R GmbH anhören müssen. Die erfolgreiche Anfechtung der Betriebsratswahl habe nach Abschluss des Anfechtungsverfahrens nur für die Zukunft gewirkt. 7

Der Kläger hat beantragt 8

> festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien durch die ordentliche Kündigung der Beklagten vom 22. September 2008 nicht aufgelöst worden ist.

Die Beklagte hat zu ihrem Klageabweisungsantrag die Auffassung vertreten, sie habe als Körperschaft des öffentlichen Rechts gemäß § 130 BetrVG vor der Kündigung nicht den bei der R GmbH gewählten Betriebsrat, sondern nur den bei ihrem Jugend- und Sozialamt errichteten Personalrat beteiligen müssen. Mit der Agentur für Arbeit F habe sie zur Wahrnehmung der Aufgaben der Grundsicherung für Arbeitssuchende keinen gemeinsamen Betrieb iSd. Betriebsverfassungsgesetzes unterhalten. 9

Die Vorinstanzen haben der Klage stattgegeben. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihr Ziel der Klageabweisung weiter. Der Kläger beantragt, die Revision der Beklagten zurückzuweisen. 10

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Entscheidungsgründe

Die Revision der Beklagten hat Erfolg. Die Klage ist unbegründet. Die Vorinstanzen haben ihr deshalb zu Unrecht stattgegeben. 11

I. Das Arbeitsverhältnis der Parteien ist durch die ordentliche Kündigung der Beklagten vom 22. September 2008 gemäß § 30 Abs. 4 Satz 2 TVöD nach Ablauf der Kündigungsfrist von zwei Wochen zum Monatsschluss und damit zum 31. Oktober 2008 aufgelöst worden. Das Kündigungsschreiben der Beklagten ist dem zum 1. April 2008 von der Beklagten eingestellten Kläger noch am 22. September 2008 zugegangen. Die Kündigung ist damit innerhalb der im Arbeitsvertrag vereinbarten sechsmonatigen Probezeit erklärt worden. Entgegen der Ansicht des Klägers und der Annahme des Landesarbeitsgerichts ist die Kündigung nicht gemäß § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG unwirksam. Die Beklagte musste vor der Kündigung nicht gemäß § 102 Abs. 1 Satz 1 BetrVG den bei der R GmbH am 13. August 2008 gewählten Betriebsrat anhören. 12

1. Allerdings hätte der am 13. August 2008 bei der R GmbH gewählte Betriebsrat gemäß § 102 Abs. 1 Satz 1 BetrVG vor der Kündigung angehört werden müssen, wenn die R GmbH Arbeitgeberin des Klägers gewesen wäre. Das Hessische Landesarbeitsgericht hat mit Beschluss vom 3. September 2009 die von der R GmbH angefochtene Betriebsratswahl vom 13. August 2008 zwar für ungültig erklärt. Es hat jedoch nicht die Nichtigkeit dieser Wahl festgestellt. Die erfolgreiche Anfechtung der Betriebsratswahl hatte damit keine rückwirkende Kraft, sondern wirkte nur für die Zukunft *(BAG 13. März 1991 - 7 ABR 5/90 - BAGE 67, 316, 318; 29. Mai 1991 - 7 ABR 67/90 - BAGE 68, 74; Fitting/Engels/Schmidt/Trebinger/Linsenmaier BetrVG 25. Aufl. § 19 Rn. 49; Thüsing in Richardi BetrVG 12. Aufl. § 19 Rn. 62; WPK/Wlotzke BetrVG 4. Aufl. § 19 Rn. 21)*. Die Ungültigkeit der Betriebsratswahl vom 13. August 2008 hätte der Durchführung des Anhörungsverfahrens deshalb nicht entgegengestanden. 13

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Die R GmbH war jedoch nicht Arbeitgeberin des Klägers. Dieser hat den Arbeitsvertrag vom 12. Februar 2008 mit der Beklagten geschlossen.

2. Entgegen der Ansicht des Klägers war der am 13. August 2008 bei der R GmbH gewählte Betriebsrat nicht deshalb gemäß § 102 Abs. 1 Satz 1 BetrVG vor der Kündigung zu hören, weil der Kläger zum Kündigungszeitpunkt in einem gemeinsamen Betrieb der Beklagten und der Agentur für Arbeit F beschäftigt war. Die Beklagte und die Agentur für Arbeit F haben zur Wahrnehmung der Aufgaben der Grundsicherung für Arbeitssuchende keinen gemeinsamen Betrieb iSd. Betriebsverfassungsgesetzes und des Kündigungsschutzgesetzes unterhalten. Sie haben vielmehr zu diesem Zweck die R GmbH als Gemeinschaftsunternehmen gegründet, der sie Personal zugewiesen bzw. überlassen haben. 14

a) Der Umstand, dass der am 13. August 2008 bei der R GmbH gewählte Betriebsrat erst mit der rechtsgestaltenden Feststellung der Ungültigkeit der Betriebsratswahl durch das Hessische Landesarbeitsgericht am 3. September 2009 *(- 9 TaBV 64/09 -)* sein Amt verloren hat, rechtfertigt zwar die Annahme, dass jedenfalls bis zu diesem Zeitpunkt auch vom Bestehen eines Betriebs iSd. Betriebsverfassungsgesetzes auszugehen ist, jedoch nicht den Schluss, dass der Betriebsrat für einen gemeinsamen Betrieb der Beklagten und der Agentur für Arbeit F gewählt worden ist. 15

b) Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts *(BAG 14. Dezember 1994 - 7 ABR 26/94 - BAGE 79, 47; 24. Januar 1996 - 7 ABR 10/95 - BAGE 82, 112),* der sich das Bundesverwaltungsgericht angeschlossen hat *(BVerwG 13. Juni 2001 - 6 P 8.00 - BVerwGE 114, 313)*, ist von einem gemeinsamen Betrieb mehrerer Unternehmen auszugehen, wenn die in einer Betriebsstätte vorhandenen materiellen und immateriellen Betriebsmittel für einen einheitlichen arbeitstechnischen Zweck zusammengefasst, geordnet und gezielt eingesetzt werden und der Einsatz der menschlichen Arbeitskraft von einem einheitlichen Leitungsapparat gesteuert wird. Dazu müssen sich die beteiligten Unternehmen zumindest stillschweigend zu einer gemeinsamen Führung rechtlich verbunden haben. Diese einheitliche Leitung muss sich auf 16

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

die wesentlichen Funktionen eines Arbeitgebers in sozialen und personellen Angelegenheiten erstrecken. Zu den wesentlichen, betriebsverfassungsrechtlich relevanten Entscheidungen eines Arbeitgebers gehören zB Einstellungen, Entlassungen, Versetzungen oder die Anordnung von Überstunden *(Franzen GK-BetrVG 9. Aufl. § 1 Rn. 49)*.

aa) An einem gemeinsamen Betrieb müssen nicht ausschließlich (juristische) Personen des Privatrechts, sondern können auch Anstalten und Körperschaften des öffentlichen Rechts beteiligt sein *(vgl. BVerwG 13. Juni 2001 - 6 P 8.00 - BVerwGE 114, 313)*. Maßgebend ist, dass sich die Betriebsführung auf der Grundlage einer privatrechtlichen Vereinbarung vollzieht *(vgl. BAG 24. Januar 1996 - 7 ABR 10/95 - BAGE 82, 112)*. 17

bb) Ob eine einheitliche Leitung hinsichtlich wesentlicher Arbeitgeberbefugnisse praktiziert wird, entscheidet die innerbetriebliche Entscheidungsfindung und deren innerbetriebliche Umsetzung in personellen und sozialen Angelegenheiten, durch die der jeweilige arbeitstechnische Zweck verfolgt wird *(BAG 24. Januar 1996 - 7 ABR 10/95 - BAGE 82, 112, 120)*. Die für die einheitliche Leitung in allen wesentlichen personellen und sozialen Angelegenheiten erforderliche, ausdrücklich oder konkludent getroffene Leitungsvereinbarung führt nicht zur Schaffung eines einheitlichen Rechtsträgers *(Richardi in Richardi BetrVG 12. Aufl. § 1 Rn. 62 und Rn. 66)*. Die Rechtsfigur des gemeinschaftlichen Betriebs mehrerer Unternehmen wäre ansonsten entbehrlich *(BAG 24. Januar 1996 - 7 ABR 10/95 - aaO; BVerwG 13. Juni 2001 - 6 P 8.00 - BVerwGE 114, 313)*. 18

cc) Diese zum Gemeinschaftsbetrieb entwickelten Grundsätze gelten auch nach dem Inkrafttreten des Betriebsverfassungsreformgesetzes 2001 weiter *(BAG 11. Februar 2004 - 7 ABR 27/03 - BAGE 109, 332; 25. Mai 2005 - 7 ABR 38/04 - EzA BetrVG 2001 § 1 Nr. 3)*. Der Gesetzgeber hat in § 1 Abs. 2 BetrVG in der seit dem 28. Juli 2001 geltenden Fassung des Gesetzes zur Reform des Betriebsverfassungsgesetzes vom 23. Juli 2001 den Begriff des gemeinsamen Betriebs mehrerer Unternehmen nicht eigenständig definiert. Er hat unter Zugrundelegung des von der Rechtsprechung entwickelten Begriffs geregelt, 19

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

dass unter den genannten Voraussetzungen ein gemeinsamer Betrieb mehrerer Unternehmen - widerlegbar - vermutet wird. Das ist gemäß § 1 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG der Fall, wenn zur Verfolgung arbeitstechnischer Zwecke die Betriebsmittel sowie die Arbeitnehmer von den Unternehmen gemeinsam eingesetzt werden.

c) An den Merkmalen eines Gemeinschaftsbetriebs gemessen hat zum Kündigungszeitpunkt kein gemeinsamer Betrieb der Beklagten und der Arbeitsagentur F als betriebsratsfähige Organisationseinheit bestanden. Vielmehr haben die Beklagte und die Agentur für Arbeit F zur Ausgestaltung und Organisation ihrer Arbeitsgemeinschaft gemäß § 44b SGB II als Gemeinschaftsunternehmen die R GmbH gegründet und dieser zur Wahrnehmung ihrer Aufgabe, die Grundsicherung für Arbeitssuchende zu gewährleisten, jeweils eigenes Personal zur Verfügung gestellt. Die Vermutungsregel des § 1 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG, wonach ein gemeinsamer Betrieb mehrerer Unternehmen dann vermutet wird, wenn zur Verfolgung arbeitstechnischer Zwecke die Betriebsmittel sowie die Arbeitnehmer von den Unternehmen gemeinsam eingesetzt werden, hilft dem Kläger deshalb nicht weiter. 20

aa) Im Kooperationsvertrag haben die Beklagte und die Agentur für Arbeit F ua. geregelt, dass Dienstherr bzw. Arbeitgeber der entsandten Beamten und Angestellten der bisherige Dienstherr bzw. Arbeitgeber bleibt, die Arbeitsgemeinschaft nicht dienstherrenfähig ist und nur die fachliche Weisungsbefugnis auf den Geschäftsführer der Arbeitsgemeinschaft übergeht. Anhaltspunkte dafür, dass entgegen den Vereinbarungen im Kooperationsvertrag ein einheitlicher Leitungsapparat geschaffen wurde, der den Einsatz der Arbeitnehmer, die der R GmbH zur Erfüllung ihrer Aufgaben von der Beklagten und der Agentur für Arbeit F zugewiesen bzw. überlassen worden sind, tatsächlich gesteuert hat und dass sich diese einheitliche Leitung auf die wesentlichen Funktionen eines Arbeitgebers in den personellen und sozialen Angelegenheiten erstreckt hat, liegen nicht vor. Das Landesarbeitsgericht hat nicht festgestellt, dass der Kern der Arbeitgeberfunktionen im personellen und sozialen Bereich nicht jeweils für ihre der R GmbH zugewiesenen bzw. überlassenen Arbeitnehmer von der 21

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Beklagten oder der Agentur für Arbeit F, sondern einheitlich vom Geschäftsführer der R GmbH wahrgenommen worden ist. Der Kläger hat dies auch nicht behauptet. Wo aber für die R GmbH nichts zu entscheiden war, gab es für den bei ihr gewählten Betriebsrat auch nichts mitzubestimmen *(vgl. BAG 23. Juni 2009 - 1 ABR 30/08 - Rn. 23, AP BetrVG 1972 Einstellung § 99 Nr. 59 = EzTöD 100 TVöD-AT § 2 Mitbestimmung Nr. 5)*.

bb) Aber auch dann, wenn die im Kooperationsvertrag vereinbarte getrennte Ausübung der wesentlichen Arbeitgeberbefugnisse nicht praktiziert worden wäre, sondern die R GmbH diese Befugnisse einheitlich ausgeübt hätte, hätten die Beklagte und die Agentur für Arbeit F keinen gemeinsamen Betrieb iSd. Betriebsverfassungs- und des Kündigungsschutzgesetzes unterhalten. Die wesentlichen Arbeitgeberfunktionen wären in diesem Fall von dem von der Beklagten und der Agentur für Arbeit F gegründeten Gemeinschaftsunternehmen „R GmbH“ wahrgenommen worden *(vgl. zur Abgrenzung des gemeinsamen Betriebs mehrerer Unternehmen von einem Gemeinschaftsunternehmen Bonanni Der gemeinsame Betrieb mehrerer Unternehmen 2003 S. 89 und Herrmann Der gemeinsame Betrieb mehrerer Unternehmen 1993 S. 75 ff.)*. Bei dem Betrieb eines Gemeinschaftsunternehmens handelt es sich jedenfalls dann betriebsverfassungsrechtlich nicht um einen gemeinsamen Betrieb mehrerer Unternehmen, sondern um den Betrieb eines eigenen Unternehmens, wenn das Gemeinschaftsunternehmen nach außen rechtsgeschäftlich handelt und damit am Rechtsverkehr teilnimmt. Dies gilt auch dann, wenn die Arbeitnehmer den Arbeitsvertrag nicht mit dem Gemeinschaftsunternehmen, sondern mit den Beteiligungsunternehmen abschließen, dem Gemeinschaftsunternehmen jedoch zur Beschäftigung zugewiesen bzw. überlassen sind *(Richardi in Richardi BetrVG 12. Aufl. § 1 Rn. 62)*. 22

cc) Der Hinweis des Klägers auf den Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts vom 13. Juni 2001 *(- 6 P 8.00 - BVerwGE 114, 313)* hilft ihm nicht weiter. Diese Entscheidung, mit der sich das Bundesverwaltungsgericht ausdrücklich der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zu den Merkmalen eines gemeinsamen Betriebs angeschlossen hat, betraf einen 23

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

anderen Sachverhalt. In jenem Fall haben die Mitarbeiter eines privaten Forschungsinstituts und des Instituts einer Körperschaft öffentlichen Rechts im Gegensatz zu den Arbeitnehmern und Beamten der Beklagten und der Agentur für Arbeit F in einem gemeinsamen Betrieb zusammengewirkt, wobei der Kern der Arbeitgeberfunktionen in personellen und sozialen Angelegenheiten von einer gemeinsamen Institutsleitung wahrgenommen worden ist.

3. Aus der in § 44b SGB II in der vom 1. August 2006 bis zum 31. Dezember 2010 gültigen Fassung vom 20. Juli 2006 *(§ 44b SGB II aF)* geregelten Organisation und Ausgestaltung der Arbeitsgemeinschaften zur Wahrnehmung der Aufgaben der Grundsicherung für Arbeitssuchende folgt nicht, dass der am 13. August 2008 bei der R GmbH gewählte Betriebsrat vor der Kündigung angehört werden musste. 24

a) Nach § 44b Abs. 1 Satz 1 SGB II aF haben die Träger der Leistungen nach dem SGB II zur einheitlichen Wahrnehmung ihrer Aufgaben durch privatrechtliche oder öffentlich-rechtliche Verträge Arbeitsgemeinschaften zu errichten. Die Geschäfte der Arbeitsgemeinschaft führt gemäß § 44b Abs. 2 Satz 1 SGB II aF ein Geschäftsführer, der die Arbeitsgemeinschaft nach § 44b Abs. 2 Satz 2 SGB II aF außergerichtlich und gerichtlich vertritt. Soweit die Arbeitsgemeinschaft privatrechtlich organisiert ist, gilt für ihre Arbeitnehmer das Betriebsverfassungsgesetz. Sind der Arbeitsgemeinschaft Arbeitnehmer eines Trägers der Leistungen nach dem SGB II zur Dienstleistung zugewiesen bzw. überlassen, ohne dass ihr bezüglich dieser Arbeitnehmer die wesentlichen Arbeitgeberbefugnisse im personellen und sozialen Bereich übertragen worden sind, kann aus der Geschäftsführungs- und Vertretungsregelung in § 44b Abs. 2 Satz 1 und Satz 2 SGB II aF nicht abgeleitet werden, dass dem Geschäftsführer gegenüber den zugewiesenen bzw. überlassenen Arbeitnehmern die wesentlichen Arbeitgeberbefugnisse in personellen und sozialen Angelegenheiten zustehen *(aA wohl Fitting/Engels/Schmidt/Trebinger/Linsenmaier BetrVG 25. Aufl. § 5 Rn. 271).* 25

b) Hat ein Arbeitnehmer den Arbeitsvertrag mit einem öffentlichen Arbeitgeber geschlossen und ist er einer privatrechtlich organisierten Arbeitsgemein- 26

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
ANDROID APP ON Google play
JLaw – für Android
Available on the App Store
JLaw – für iOS

schaft gemäß § 44b SGB II aF zur Dienstleistung zugewiesen worden, ohne dass dieser die Kernfunktionen eines Arbeitgebers im personellen und sozialen Bereich übertragen worden sind, unterscheidet sich die betriebsverfassungsrechtlich relevante Situation dieses Arbeitnehmers nicht wesentlich von der eines Leiharbeitnehmers.

aa) Ein Leiharbeitnehmer bleibt gemäß § 14 Abs. 1 AÜG auch während der Zeit seiner Arbeitsleistung bei einem Entleiher Angehöriger des entsendenden Betriebs des Verleihers. Allerdings regelt § 14 AÜG die betriebsverfassungsrechtlichen Besonderheiten unmittelbar nur für die erlaubte gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung im Sinne von § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG. Das Gesetz trägt mit dieser Regelung der für die Arbeitnehmerüberlassung typischen Aufspaltung der Arbeitgeberbefugnisse Rechnung. Zu einer solchen Aufspaltung kommt es aber auch bei anderen Formen des drittbezogenen Personaleinsatzes *(vgl. Hamann in Schüren-Hamann AÜG 4. Aufl. § 14 Rn. 437)*. 27

bb) Ebenso wenig wie bei einem Leiharbeitnehmer *(vgl. BAG 15. Dezember 1992 - 1 ABR 38/92 - BAGE 72, 107; Raab GK-BetrVG 9. Aufl. § 5 Rn. 66)* darf die Spaltung der Arbeitgeberstellung zu einem Verlust des durch das Betriebsverfassungsgesetz und die Personalvertretungsgesetze gewährleisteten Schutzes von Arbeitnehmern führen, die von einem öffentlichen Arbeitgeber einer privatrechtlich organisierten Arbeitsgemeinschaft zur Dienstleistung überlassen werden. Welche Beteiligungsrechte in einem solchen Fall jeweils dem Betriebsrat oder dem Personalrat zustehen, richtet sich nach dem Zweck des Beteiligungsrechts und danach, welche Belange des Arbeitnehmers und welche Interessen der beim öffentlichen Arbeitgeber oder der bei der Arbeitsgemeinschaft Beschäftigten berührt werden *(vgl. für Leiharbeitnehmer BAG 15. Dezember 1992 - 1 ABR 38/92 - aaO)*. Die Zuständigkeit des Personalrats oder des Betriebsrats für die Wahrnehmung von Mitbestimmungsrechten hängt bezüglich der von einem öffentlichen Arbeitgeber einer privatrechtlich organisierten Arbeitsgemeinschaft überlassenen Arbeitnehmer damit vom Gegenstand des Mitbestimmungsrechts und der darauf bezogenen Entscheidungs- 28

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

macht ab *(vgl. für Leiharbeitnehmer BAG 19. Juni 2001 - 1 ABR 43/00 - BAGE 98, 60).* Verbleiben bei dem öffentlichen Arbeitgeber, wie dies bei der Beklagten der Fall war, die den Bestand und den Inhalt des Arbeitsverhältnisses betreffenden materiellen Entscheidungsbefugnisse, hat dies zur Folge, dass er den bei ihm errichteten Personalrat bei der Ausübung solcher Befugnisse zu beteiligen hat. Dieser vertritt ihm gegenüber auch die Interessen der einer privatrechtlich organisierten Arbeitsgemeinschaft zugewiesenen Arbeitnehmer. Insoweit ist in § 6 der Rahmenvereinbarung vom 15. März 2005 zutreffend eine Zuständigkeit des beim Jugend- und Sozialamt der Beklagten errichteten Personalrats festgehalten. Darüber, dass der beim Jugend- und Sozialamt der Beklagten errichtete Personalrat vor der Kündigung ordnungsgemäß beteiligt worden ist, besteht kein Streit. Der Kläger macht auch nicht geltend, dass die Beklagte sowohl den Personalrat ihres Jugend- und Sozialamts als auch den am 13. August 2008 bei der R GmbH gewählten Betriebsrat vor der Kündigung hätte anhören müssen.

cc) Beziehen sich die Entscheidungsbefugnisse nicht auf den Bestand und den Inhalt des Arbeitsverhältnisses, kommen allerdings Beteiligungsrechte des bei einer privatrechtlich organisierten Arbeitsgemeinschaft gebildeten Betriebsrats auch bezüglich der zugewiesenen bzw. überlassenen Arbeitnehmer in Betracht. Soweit von der privatrechtlich organisierten Arbeitsgemeinschaft in personellen und sozialen Angelegenheiten tatsächlich materielle Arbeitgeberfunktionen wahrgenommen werden und damit bei dieser die für die Ausübung des Beteiligungsrechts wesentlichen Konfliktlagen auftreten, ist der dort gebildete Betriebsrat zuständig und vertritt insoweit die Interessen der zugewiesenen Arbeitnehmer *(vgl. Raab GK-BetrVG 9. Aufl. § 5 Rn. 66; Fitting/Engels/Schmidt/Trebinger/Linsenmaier BetrVG 25. Aufl. § 5 Rn. 311a).* 29

4. Weder die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 20. Dezember 2007 *(- 2 BvR 2433/04, 2 BvR 2434/04 - BVerfGE 119, 331)* noch die zum 4. August 2009 erfolgte Anfügung von Satz 3 in § 5 Abs. 1 BetrVG geben ein anderes Ergebnis vor. 30

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

a) Das Bundesverfassungsgericht hat zwar am 20. Dezember 2007 *(- 2 BvR 2433/04, 2 BvR 2434/04 - BVerfGE 119, 331)* und damit vor dem Kündigungszeitpunkt entschieden, dass Arbeitsgemeinschaften gemäß § 44b SGB II aF dem Grundsatz eigenverantwortlicher Aufgabenwahrnehmung widersprechen, der den zuständigen Verwaltungsträger verpflichtet, seine Aufgaben grundsätzlich durch eigene Verwaltungseinrichtungen, also mit eigenem Personal, eigenen Sachmitteln und eigener Organisation wahrzunehmen. Für die Frage, ob die Beklagte den bei der R GmbH am 13. August 2008 gewählten Betriebsrat vor der Kündigung vom 22. September 2008 anhören musste, ist diese Entscheidung jedoch schon deshalb ohne jede Bedeutung, weil das Bundesverfassungsgericht die weitere Anwendung des § 44b SGB II aF bis zu einer gesetzlichen Neuregelung *(vgl. zu dieser Neuregelung einerseits Schleicher PersV 2011, 124, andererseits Vogelgesang PersV 2011, 126)*, längstens bis zum 31. Dezember 2010, zugelassen hat. 31

b) Das Gesetz zur Errichtung eines Bundesaufsichtsamtes für Flugsicherung und zur Änderung und Anpassung weiterer Vorschriften vom 29. Juli 2009 *(BGBl. I S. 2424)* hat zum 4. August 2009 § 5 Abs. 1 BetrVG den Satz 3 angefügt, wonach als Arbeitnehmer ferner Beamte (Beamtinnen und Beamte), Soldaten (Soldatinnen und Soldaten) sowie Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes einschließlich der zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigten gelten, die in Betrieben privatrechtlich organisierter Unternehmen tätig sind. Diese erst nach dem Kündigungszeitpunkt in das Betriebsverfassungsgesetz eingefügte Regelung führt jedoch nicht dazu, dass die vor der Neuregelung erfolgte Kündigung der Beklagten vom 22. September 2008 mangels Anhörung des am 13. August 2008 bei der R GmbH gewählten Betriebsrats gemäß § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrvG unwirksam ist. Im Übrigen begründet die Fiktion in § 5 Abs. 1 Satz 3 BetrVG kein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats, wo der Betriebsinhaber weder materiell noch formell etwas zu entscheiden hat *(vgl. BAG 23. Juni 2009 - 1 ABR 30/08 - Rn. 23, AP BetrVG 1972 § 99 Einstellung Nr. 59 = EzTöD 100 TVöD-AT § 2 Mitbestimmung Nr. 5).* Die Entscheidung über die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses oder die Beendigung des Arbeitsverhält- 32

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Matthias Prinz
Rechtsanwalt www.prinz.law

nisses durch Kündigung vor Ablauf der Probezeit oblag nicht der R GmbH, sondern allein der Beklagten.

II. Der Kläger hat gemäß § 91 Abs. 1 Satz 1 ZPO die Kosten des Rechtsstreits zu tragen. 33

Fischermeier Brühler Spelge

Jerchel Augat

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile

JLaw – für Android

JLaw – für iOS