

23. JAN. 1998

(Nr. 8) **§ 1 BetrVG 1972**  
**Gemeinsamer Betrieb**

**Anmerkung:** Die Entscheidung behandelt zentrale Fragen der Rechtsfigur des Gemeinschaftsbetriebs. Im Ergebnis ist ihr zuzustimmen; die Begründung gibt zu einer Reihe von weiterführenden Fragen Anlaß.

**I. Wesentliche Aussagen zum Begriff des Gemeinschaftsbetriebs**

Unter B 3 a der Gründe wird die ständige Rechtsprechung des BAG zu den Voraussetzungen eines Gemeinschaftsbetriebs zusammengefaßt. Danach müssen drei Bedingungen erfüllt sein.

(1) Die in einer „Betriebsstätte“ vorhandenen materiellen und immateriellen Betriebsmittel müssen für einen einheitlichen arbeitstechnischen Zweck „zusammengefaßt, geordnet und gezielt eingesetzt werden“.

(2) Der Einsatz der menschlichen Arbeitskraft muß von einem einheitlichen Leitungsapparat aus gesteuert werden. Seine Zuständigkeit muß sich auf die „wesentlichen Funktionen eines Arbeitgebers in sozialen und personellen Angelegenheiten“ erstrecken.

(3) „Dazu“ müssen sich die beteiligten Unternehmen zumindest stillschweigend „rechtlich verbunden“ haben. Eine „lediglich unternehmerische Zusammenarbeit“ genüge nicht (unter B 3 b bb der Gründe). Die Leitungsvereinbarung müsse jedoch nicht zur Schaffung eines einheitlichen Rechtsträgers führen; andernfalls wäre die Rechtsfigur des gemeinschaftlichen Betriebes entbehrlich (unter B 4 der Gründe).

Die Punkte (2) und (3) bedürfen näherer Diskussion, die sich insbesondere auch auf die Frage erstrecken müßte, welche Wirkungen die eine oder die andere Handhabung in der Praxis hervorrufen könnte. Dabei soll mit dem zuletzt genannten Begriffserfordernis begonnen werden.

**II. Die Führungsvereinbarung**

Wie schon in früheren Entscheidungen hebt das BAG ausdrücklich hervor, daß die Existenz der Führungs- oder Leitungsvereinbarung auch konkludent aus den tatsächlichen Umständen des Einzelfalles hergeleitet werden könne.

Isoliert genommen, ist diese Aussage eine pure Selbstverständlichkeit: Soweit keine Formvorschriften eingreifen, kommt konkludenten Erklärungen keine geringere Wertigkeit als ausdrücklichen zu (Palandt-Heinrichs, BGB, 57. Aufl., 1998, Einf. vor § 116, Rz. 6; Däubler, Zivilrecht 1, 1997, Rz. 580). Bei näherer Betrachtung stellt sich allerdings heraus, daß das BAG damit wohl mehr sagen wollte. Beide beteiligten Arbeitgeber (die FhG wie die Universität Stuttgart) hatten im Prozeß übereinstimmend vorgetragen, keine Führungsvereinbarung geschlossen zu haben. Dem wurde je-

doch keinerlei Bedeutung in dem Sinne beigemessen, daß man die Vorstellungen der handelnden Personen rekonstruiert hätte. Vielmehr begnügte sich das BAG wie die Vorinstanz mit der Nennung zahlreicher Umstände, aus denen sich die Existenz einer einheitlichen Leitung ergab. Dem entspricht es, daß in einer früheren Entscheidung (BAG AP Nr. 6 zu § 1 BetrVG 1972 Bl. 3 R.) ausdrücklich gesagt wurde, eine weitere Sachaufklärung könne entfallen, wenn die Umstände einen Schluß auf eine konkludente Führungsvereinbarung zulassen würden. Ob zwei Unternehmen (wie es in etwas ungewöhnlicher Formulierung heißt) „rechtlich verbunden“ sind, ist somit eine Frage der tatsächlichen Vorgänge, nicht des empirisch vorfindbaren Willens.

Dieser Ausgangspunkt könnte die Konsequenz nahelegen, daß auch eine Beendigung des Gemeinschaftsbetriebs nicht durch *contrarius consensus*, sondern nur dadurch möglich ist, daß der Leitungsapparat aufgelöst wird. Allerdings steht dem eine andere Aussage entgegen, wonach der Konkurs eines beteiligten Unternehmens zum automatischen Erlöschen des Gemeinschaftsbetriebs führe, da die durch die Leitungsvereinbarung geschaffene Gesellschaft bürgerlichen Rechts durch den Konkurs nicht nur aufgelöst, sondern beendet sei (BAG AP Nr. 30 zu § 15 KSchG 1969 Bl. 7). Hier wird ersichtlich nicht auf die Faktizität, sondern auf rechtliche Veränderungen abgestellt.

Konzentriert man sich zunächst auf das Problem der Bildung eines Gemeinschaftsbetriebs, so bereitet die rechtsdogmatische Erklärung der BAG-Konzeption einige Schwierigkeiten. Geht man einmal davon aus, daß FhG und Universität Stuttgart keine reinen Schutzbehauptungen aufgestellt haben, sondern z.B. mangels ausreichender Beratung unversehens in den Gemeinschaftsbetrieb „hineingestolpert“ sind, so könnte man zunächst an einen Anwendungsfall des aus dem Römischen Recht überkommenen Grundsatzes „*protestatio facto contraria non valet*“ denken. Dem steht allerdings entgegen, daß das Zivilrecht heute keineswegs mehr generell von einem solchen Prinzip ausgeht; vielmehr kann die Bekundung, die mit einem bestimmten Verhalten an sich verbundenen Rechtswirkungen nicht zu wollen, auch so gewertet werden, daß überhaupt keine rechtsverbindliche Erklärung abgegeben wurde (dazu etwa *Larenz-Wolf*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 8. Aufl., 1997, § 24, Rz. 18; s. weiter Palandt-*Heinrichs*, Einf. vor § 145, Rz. 27; *Däubler*, Zivilrecht 1, Rz. 885). Einsichtiger scheint es deshalb, in der BAG-Rechtsprechung einen Anwendungsfall der (noch nicht voll ausgearbeiteten) Grundsätze über organisationsrechtliche Verträge zu sehen. Insoweit könnte eine Begründung wie folgt lauten:

Wer eine Organisation ins Leben ruft, verändert oder beseitigt, muß sich an seinem tatsächlichen Tun festhalten lassen. Von Extremfällen wie Geisteskrankheit u.ä. einmal abgesehen, kann er sich nicht darauf berufen, das ins Werk Gesetzte nicht wirklich

(Nr. 8) **§ 1 BetrVG 1972**  
**Gemeinsamer Betrieb**

gewollt zu haben. Das Arbeitsrecht kennt eine Reihe nicht unwichtiger Anwendungsfälle dieses Prinzips. Wer einen anderen mit weisungsabhängiger Tätigkeit beschäftigt, kann sich nachträglich nicht mehr darauf berufen, er habe in Wirklichkeit nur einen freien Mitarbeiter einstellen wollen (s. etwa BAG, DB 1997, 47). Auch die Nichtigkeit und die Anfechtbarkeit des Arbeitsvertrags interessieren nach herrschender Auffassung nur noch insoweit, als es um die Auflösung des einmal in Funktion gesetzten Arbeitsverhältnisses geht (Nachweise bei *Däubler*, Arbeitsrecht 2, 11. Aufl., 1998, Rz. 182f.). Eine Betriebsschließung, die die Beteiligungsrechte des Betriebsrats nach § 112 BetrVG auslöst, setzt neben einer entsprechenden Absicht des Unternehmers die tatsächliche Auflösung der bisherigen Organisation voraus (*Fitting-Kaiser-Heither-Engels*, BetrVG, 18. Aufl., 1996, § 111, Rz. 52). Schließlich spielt es für die Einschaltung des Betriebsrats nach § 99 BetrVG keine Rolle, daß die in den betrieblichen Arbeitsablauf eingegliederte Person nur einen unwirksamen Arbeitsvertrag abgeschlossen hatte (*Kittner*, in: *Däubler-Kittner-Klebe*, Hrsg., BetrVG, 6. Aufl., 1998, § 99, Rz. 41 m.w.N.). Weitere Beispiele wie die fehlende Rückwirkung einer Wahlanfechtung ließen sich finden.

Noch ausgeprägter ist das Zurücktreten des rechtsgeschäftlichen Willens hinter die Macht der Tatsachen im Gesellschaftsrecht. Ist eine GmbH oder eine AG einmal ins Handelsregister eingetragen, kann ihre Existenz nur noch aus ganz engen, in § 75 GmbHG bzw. in § 275 AktG aufgeführten Gründen in Frage gestellt werden. In allen anderen Fällen, zu denen auch ein fehlender oder fehlerhaft gebildeter Wille in bezug auf den Gesellschaftsvertrag gehören, gibt es für den einzelnen kein Entrinnen.

Im Ansatz vergleichbar, in den Rechtsfolgen weniger streng ist das Recht der Personengesellschaften. Eine in Funktion gesetzte OHG gilt für die Vergangenheit auch dann als bestehend, wenn bei der Gründung Gesetzesverstoß, Irrtum oder Täuschung im Spiel waren (Nachweise bei *Baumbach-Hopt*, HGB, Kommentar, 29. Aufl. 1995, § 105, Rz. 85ff. m.w.N.). Lediglich die Auflösung für die Zukunft ist mit Rücksicht auf die „Gründungsmängel“ nach allerdings nicht unbestrittener Auffassung erleichtert (*Baumbach-Hopt*, aaO, § 105, Rz. 88).

In den arbeitsrechtlichen wie in den gesellschaftsrechtlichen Beispielfällen ist der Rückgriff auf das allgemeine Instrumentarium nicht möglich, das bei unwirksamen oder nicht vorhandenen rechtsgeschäftlichen Einigungen greift. Dieses ist auf fehlerhafte Austauschverträge zugeschnitten: Erbrachte Leistungen müssen nach § 812 Abs. 1 Satz 1 1. Alt. BGB zurückgewährt werden, bei schuldhaftem Verhalten kommt Schadensersatz in Betracht. Beides entfällt im Regelfall bei Organisationen; die Mitwirkung des ein-

(Nr. 8) **§ 1 BetrVG 1972**  
**Gemeinsamer Betrieb**

hen ist; zu Zwecken der Betriebsführung werden bestimmte Vorkehrungen getroffen. Die Aufgabe des Leitungsapparats liegt darin, den Einsatz der menschlichen Arbeitskraft zu steuern (B 3a der Gründe), doch trifft dies wohl das Gemeinte nicht vollständig, da es natürlich auch um den Einsatz materieller und immaterieller Betriebsmittel geht.

Jenseits dieses Bereichs beginnen die Unsicherheiten, die zu klären im vorliegenden Zusammenhang allerdings keine zwingende Notwendigkeit bestand. Was ist mit der Formulierung „Apparat“ gemeint? Im konkreten Fall ging es um den Institutsdirektor sowie zwei Fachbereichsleiter, die in bestimmter Weise zusammenarbeiten. Auf eine Mehrzahl von Personen kann es jedoch kaum ankommen; auch eine einzelne Führungsfigur, die die notwendigen Kompetenzen besitzt, kann „Apparat“ im Rechtssinne sein.

Sehr viel mehr Probleme werfen Umfang und Art der Kompetenzen auf, die die „Betriebsleitung“ besitzen muß. Die vorliegende Entscheidung spricht unter B 3b bb der Gründe vom „Kern der Arbeitgeberfunktionen in sozialen und personellen Angelegenheiten“ und betont am Ende des folgenden Abschnitts ausdrücklich, ein einheitlicher Betrieb verlange gerade nicht, daß alle Arbeitgeberentscheidungen in einer Hand liegen und dort vollzogen würden.

Wie der „Kern“ der Arbeitgeberbefugnisse zu bestimmen ist, scheint wenig geklärt. Von vornherein ausgeklammert sind solche Sachverhalte, die sich nicht „vergemeinschaften“ lassen. Besitzt nur ein Trägerunternehmen eine betriebliche Altersversorgung oder ist nur dort ein zusätzlicher Kinderzuschlag üblich, so scheidet der Gemeinschaftsbetrieb nicht daran, daß der Leitungsapparat in diesem Bereich nichts zu sagen hat. Dasselbe gilt dann, wenn die arbeitsvertraglichen Beziehungen zum jeweiligen Vertragsarbeitgeber in Rede stehen; will dieser kündigen, so kann und muß er dies selbst tun. Allerdings kann es sinnvoll sein, daß er sich insoweit durch die Leitung des Gemeinschaftsbetriebs vertreten läßt, zumal diese den besten Überblick über eine andere Einsatzmöglichkeit hat und überdies über alle Informationen verfügt, die ggfs. für die soziale Auswahl bei betriebsbedingter Kündigung notwendig sind. Der Schwerpunkt der Kompetenzen wird in der Versetzung sowie in den sozialen Angelegenheiten nach § 87 BetrVG liegen. Wieviele Ziffern davon mindestens in die Zuständigkeit des Leitungsapparates fallen müssen, steht in den Sternen; vermutlich wird die Rechtsprechung jedoch keine solche quantitative, sondern eine qualitative Betrachtung vornehmen, die auf die Bedeutung einzelner Bereiche im konkreten Betrieb abstellt.

Ein wenig ratlos ist man zunächst bei der Frage, wann eigentlich eine „Ausübung“ von Arbeitgeberfunktionen vorliegt. Muß die

Leitung eigene Spielräume besitzen oder reicht es aus, wenn sie nur nach außen hin als selbständige Größe in Erscheinung tritt? Richtig dürfte die zweite Position sein, da auch im ganz normalen Unternehmen mit mehreren Betrieben niemand betriebsverfassungsrechtlich danach fragt, ob die Betriebsleitung bei jedem Urlaubstag und jeder Abordnung erst einmal bei der Zentrale Rückfragen muß. Für den Betriebsrat wie für die Beschäftigten sind diese Interna nicht kontrollierbar und überdies jederzeit zu verändern. Will man nicht totale Rechtsunsicherheit in Kauf nehmen, muß man allein darauf abstellen, ob die Leitung nach außen hin als selbständig handelnde Größe in Erscheinung tritt.

Wie werden die Angelegenheiten behandelt, die nicht in die Zuständigkeit des einheitlichen Leitungsapparats fallen? Der Betriebsrat muß sich m.E. hier mit den jeweiligen Trägerunternehmen auseinandersetzen. Da er die Belegschaft des Gemeinschaftsbetriebs in allen betriebsverfassungsrechtlichen Angelegenheiten vertritt, ist allein er, nicht aber eine Interessenvertretung bei einem der Trägerunternehmen kompetent. Der vorliegende Beschluß hat diese Problematik wohl gesehen, da unter B 5 der Gründe ausdrücklich dahingestellt bleibt, wie die Mitbestimmungsrechte von Betriebsrat und (dem bei der Universität Stuttgart bestehenden) Personalrat abzugrenzen seien. Die Tatsache, daß ein Betriebsrat mehrere „Ansprechpartner“ hat, ist mittlerweile nichts Ungewöhnliches mehr. § 321 Abs. 1 UmwG hat bei Spaltung des Unternehmens ausdrücklich ein Übergangsmandat anerkannt, was gleichfalls zur Folge hat, daß sich der Betriebsrat (vorübergehend) mit mehreren Arbeitgebern auseinandersetzen hat.

#### **IV. Gemeinschaftsbetrieb ohne einheitlichen Leitungsapparat?**

Im vorliegenden Zusammenhang drängt sich die weitere, gerne als ketzerisch empfundene Frage auf, ob denn der einheitliche Leitungsapparat überhaupt Voraussetzung für die Existenz eines Gemeinschaftsbetriebs ist. Sie läßt sich allerdings nur dann sinnvoll diskutieren, wenn man die Frage auf den einfachen Betrieb ausdehnt; ein Verzicht auf dieses Erfordernis wäre nur in beiden Fällen gleichermaßen (oder gar nicht) möglich.

Geht man einem durchaus guten Brauch entsprechend vom Wortlaut und Sinn des Gesetzes aus, so läßt sich unschwer feststellen, daß es betriebsratsfähige Einheiten ohne eigene Leitung gibt. Nach § 4 Satz 1 BetrVG gelten Betriebsteile mit mindestens 5 Beschäftigten als selbständige Betriebe, wenn sie entweder räumlich weit vom Hauptbetrieb entfernt oder durch Aufgabenbereich und Organisation eigenständig sind. Ein in einem „Betriebsteil“ errichteter Betriebsrat hat in dieser Einheit keinen eigenen Ansprechpartner, sondern muß sich an eine Stelle wenden, die gleichermaßen für die übrigen Betriebsteile zuständig ist. Auch in bezug auf Angelegenheiten, für die der einheitliche Leitungsapparat

(Nr. 8) **§ 1 BetrVG 1972**  
**Gemeinsamer Betrieb**

nicht zuständig ist, ergibt sich diese Situation; der „Ansprechpartner“ befindet sich außerhalb des „Wahlkreises“, in dem der Betriebsrat gewählt worden ist.

Man könnte versucht sein, beide Fälle als Ausnahmen abzutun. Dies würde allerdings voraussetzen, daß es gewichtige Gründe für die „Regel“ gäbe, wonach sich die Einheit „Betrieb“ durch die Leitung definiert, die – vereinfacht gesagt – Menschen und Gegenstände so einsetzt, daß dadurch ein bestimmter arbeitstechnischer Zweck erreicht wird. Solche Gründe sind nicht ersichtlich.

Nur vordergründige Plausibilität hat die Überlegung, das Abstellen auf den Leitungsapparat sichere dem Betriebsrat einen kompetenten Ansprechpartner. Sicherlich trägt es entscheidend zur effektiven Wahrnehmung von Beteiligungsrechten bei, wenn diese direkt dem Entscheidungszentrum gegenüber wahrgenommen werden können. Werden kompetenzlose „Figuren“ dazwischengeschaltet, besteht insbesondere bei Beratungs- und Mitwirkungsrechten die Gefahr des Leerlaufens; der Betriebsrat kann nicht sicher sein, daß seine Argumente überhaupt bis ins Zimmer des wirklichen Entscheidungsträgers vordringen. Wie *Joost* (aaO, S. 247f.) mit Recht ausgeführt hat, kann diese Überlegung jedoch nicht den herrschenden Betriebsbegriff rechtfertigen. Die Mitbestimmungsrechte bestehen vielmehr von vornherein ausschließlich gegenüber dem Arbeitgeber als dem Inhaber des Unternehmens. Im Rahmen der vertrauensvollen Zusammenarbeit nach § 2 Abs. 1 BetrVG ist dieser verpflichtet, entweder selbst mit dem Betriebsrat zu verhandeln oder (bei dezentraler Entscheidungsstruktur) diejenigen Personen mit den Verhandlungen zu beauftragen, die in der Sache selbst entscheidungsbefugt sind. Davon ganz abgesehen: Da es, wie oben ausgeführt, allein auf die nach außen, d. h. gegenüber dem Betriebsrat wahrgenommene Kompetenz ankommt, ist in der Praxis u. U. gar nichts erreicht, da in Wirklichkeit doch nur Personen mit gebundener Marschroute auftreten. Gegen solche Erscheinungen würde auch hier nur eine konsequente Anwendung des § 2 Abs. 1 BetrVG helfen; das „Opfer“ einer Anpassung der betriebsverfassungsrechtlichen Grundeinheit an die jeweiligen Entscheidungsstrukturen auf Arbeitgeberseite läßt sich damit nicht rechtfertigen.

Gegen ein Abstellen auf die Leitungsstruktur spricht der Gedanke der Unabhängigkeit der betrieblichen Interessenvertretung vom Arbeitgeber. Sie liegt als Leitprinzip zahlreichen Bestimmungen des BetrVG zugrunde (näher *Däubler*, in: *Däubler-Kittner-Klebe*, aaO, Einl., Rz. 68). Sie folgt weiter mittelbar aus dem Verbot „gelber“ Gewerkschaften in Art. 2 Abs. 2 des ILO-Übereinkommens Nr. 98 (BGBl. 1955 II, S. 1122, abgedruckt auch bei *Däubler-Kittner-Lörcher*, Internationale Arbeits- und Sozialordnung, 2. Aufl. 1994,

Nr. 211). Danach sind dem Arbeitgeber insbesondere alle Handlungen verboten, die darauf gerichtet sind, von ihm oder seiner „Seite“ abhängige Organisationen ins Leben zu rufen oder sie finanziell oder auf sonstige Weise zu unterstützen.

Zur Unabhängigkeit des Betriebsrats gehört u. a., daß ihm nicht durch einseitige Maßnahmen des Arbeitgebers gewissermaßen der Boden unter den Füßen weggezogen werden kann. Dies läßt sich allerdings nicht hundertprozentig durchhalten. Grenzen ergeben sich einmal daraus, daß der Arbeitgeber über die Betriebsmittel verfügt und deshalb grundsätzlich in der Lage ist, einen Betriebsteil an einen Dritten zu veräußern und das Vertretungsmandat des Betriebsrats insoweit nach einiger Zeit zum Erlöschen zu bringen. Kein wirksames Gegenmittel besteht auch dagegen, daß der Arbeitgeber ein Betriebsratsmitglied zum leitenden Angestellten macht und ihm so das Wahlrecht und damit auch die weitere Mitgliedschaft im Betriebsrat nimmt. Diese gewissermaßen aus der Natur der Sache folgenden Beschränkungen dürfen nun nicht ohne zwingenden Grund noch weiter getrieben, die Eingriffsmöglichkeiten des Arbeitgebers nicht noch verstärkt werden. Dies aber wäre der Fall, würde man den Betriebsbegriff gewissermaßen akzessorisch zur Entscheidungsstruktur im Unternehmen bestimmen: Der Arbeitgeber hätte es in der Hand, durch Zentralisierung oder Dezentralisierung von Entscheidungskompetenzen die Zahl und den Zuschnitt der „Mitbestimmungseinheiten“ zu bestimmen. Dies wäre jedenfalls dann der Fall, wenn man diesen Ansatz konsequent umsetzen und nicht – wie in der Praxis üblich – auf gewachsene Strukturen abstellen würde, deren Veränderung betriebsverfassungsrechtlich nicht oder nur mit großem Zögern nachvollzogen wird.

Gegen eine arbeitgeberorientierte Abgrenzung des „Betriebs“ spricht weiter die Funktion der Betriebsverfassung. Diese regelt das Verhältnis Belegschaft-Arbeitgeber und will die Beteiligungsrechte möglichst effektiv zur Geltung kommen lassen. Auf Arbeitgeberseite wird dies in der Weise bewerkstelligt, daß nach § 2 Abs. 1 BetrVG diejenigen Personen zu Verhandlungspartnern bestimmt werden, die auch in der Sache (mit-)entscheiden. Auf Arbeitnehmerseite muß der Betriebsrat in möglichst großer räumlicher und sachlicher Nähe zu den auftauchenden Problemen handeln können (vgl. *Trümmer*, in: *Däubler-Kittner-Klebe*, aaO, § 1, Rz. 48). Genau aus diesem Grund existiert er im Betrieb und nicht im Unternehmen: Weil sich seine Rechte sehr stark auf die Art und Weise der Erbringung der Arbeitsleistung konzentrieren, ist es sinnvoll, ihn in einer „Betriebsstätte“ zu etablieren, wo die materiellen und immateriellen Betriebsmittel für einen einheitlichen arbeitstechnischen Zweck eingesetzt werden. „Nähe“ zu den Beschäftigten und den bei der Arbeit auftauchenden Problemen verlangt aber weiter, daß man auf das Zusammensein, auf die reale Kooperation der Arbeitnehmer abstellt. Die räumliche Nähe (dafür nachhaltig und

(Nr. 8) **§ 1 BetrVG 1972**  
**Gemeinsamer Betrieb**

überzeugend *Joost*, aaO, S. 248 ff.) ist hierfür der wichtigste Gesichtspunkt, doch ist auch an andere Formen der Kommunikation zu denken. Obwohl bei Außendienstmitarbeitern die räumliche Nähe typischerweise fehlt, sind sie durch ihre Arbeit wie durch Vergütung und Sozialleistungen in vieler Weise an den Betrieb angekoppelt. Durch das Abstellen auf die kommunikative Nähe ist das Aufgreifen von Problemen durch den Betriebsrat erleichtert – sei es, daß er sie aus eigener Erfahrung oder Anschauung kennt, sei es, daß sie von Belegschaftsangehörigen in der Sprechstunde, auf Betriebsversammlungen oder in anderer Weise an ihn herangetragen werden.

Über eine solche Alternative wird nachzudenken sein.

Prof. Dr. Wolfgang *Däubler*, Bremen