(Nr. 40) BetrVG 1972 § 99 Versetzung, § 95 Abs. 3, § 101 BAG*
Satz 1; GG Art. 20 Abs. 3; ArbGG 1979 § 83
Abs. 3; ZPO § 559 Abs. 2

Führen mehrere Unternehmen mit jeweils weniger als zwanzig wahlberechtigten Arbeitnehmern gemeinsam einen Betrieb, in dem insgesamt mehr als zwanzig wahlberechtigte Arbeitnehmer beschäftigt sind, so ist die Vorschrift des § 99 BetrVG auf Versetzungen in diesem Betrieb analog anwendbar.

Bundesarbeitsgericht, 1. Senat

Beschluss vom 29. 9. 2004 – 1 ABR 39/03

2. Instanz: Landesarbeitsgericht Köln

A. Die Beteiligten streiten über die Aufhebung einer Versetzung und in diesem Zusammenhang über das Bestehen eines Mitbestimmungsrechts nach § 99 Abs. 1 BetrVG.

Die Arbeitgeberin – die Beteiligte zu 2 – betreibt in der Rechtsform einer GmbH ein zahntechnisches Labor. Sie wurde mit Gesellschaftsvertrag vom 8. 12. 1998 errichtet. Sie beschäftigt achtzehn Arbeitnehmer.

Nach den Feststellungen des LAG führt die Arbeitgeberin einen Betrieb gemeinsam mit der D. GmbH – der Beteiligte zu 3. Diese wurde mit Gesellschaftsvertrag vom 11. 11. 1976 errichtet. Sie änderte ihre Firma am 1. 3. 1982 in „Z. GmbH“ und diese sodann gemäß Gesellschafterbeschluss vom 8. 12. 1998 – dem Tag der Errichtung der Arbeitgeberin – wieder in die ursprüngliche Firma. Die D. GmbH betreibt laut Handelsregisterauszug ebenfalls ein zahntechnisches Labor. Sie beschäftigt seit ihrer letzten Umfirmierung noch vier Arbeitnehmer.

Antragsteller ist der von sämtlichen Beschäftigten beider Unternehmen gewählte dreiköpfige Betriebsrat.

Vorsitzender des Betriebsrats war in der Wahlperiode von 1998 bis 2002 der Mitarbeiter D. A. Er ist seit August 1977 im Betrieb beschäftigt. Nach dem unwidersprochenen Vorbringen der Arbeitgeberin ist er ihr Arbeitnehmer. Im September 2001 wurde Herr A. von Arbeitgeberseite angewiesen, in Zukunft ausschließlich als Auslieferungsfahrer tätig zu werden; während der beiden Jahre zuvor war er ganz überwiegend in der sog. Gipsabteilung eingesetzt. Der Betriebsrat wurde an dieser Maßnahme nicht beteiligt. Er hat die Auffassung vertreten, in der Anweisung an seinen Vorsitzenden habe eine Versetzung iSv. § 95 Abs. 3, § 99 Abs. 1 BetrVG gelegen, die seiner Zustimmung bedürftig habe.

Der Betriebsrat hat beantragt, die Arbeitgeberin zu verpflichten, die gegenüber dem Mitarbeiter D. A. erteilte Weisung, künftig nur noch als Auslieferungsfahrer tätig zu sein, aufzuheben.

Die Arbeitgeberin hat beantragt, den Antrag abzuweisen. Sie hat die Ansicht vertreten, ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 99 Abs. 1 BetrVG bestehe nicht. Nach der im Juli 2001 geänderten Fas-

* Für die Amtl. Samml. bestimmt.

sung des Gesetzes sei dafür nunmehr erforderlich, dass das den Betrieb führende Unternehmen mehr als zwanzig Arbeitnehmer beschäftige; das sei nicht der Fall. Darauf, ob in einem gemeinsam mit einem anderen Unternehmen geführten Betrieb insgesamt mehr als zwanzig Arbeitnehmer tätig seien, komme es nicht an. Entscheidend sei die Unternehmens-, nicht die Betriebsgröße.

Das ArbG hat dem Antrag des Betriebsrats stattgegeben. Auf die Beschwerde der Arbeitgeberin hat das LAG den Antrag abgewiesen. Die vom LAG zugelassene Rechtsbeschwerde des Betriebsrats hat Erfolg.

Aus den Gründen: B. Die Rechtsbeschwerde ist begründet. Das LAG hat den Antrag des Betriebsrats zu Unrecht abgewiesen. Dieser kann die Aufhebung der getroffenen Maßnahme verlangen. Ihm stand bei der Versetzung ein Mitbestimmungsrecht nach § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG zu. Das folgt aus der gebotenen analogen Anwendung der Vorschrift.

I. Am Verfahren ist auch die D. GmbH (Dl. GmbH) beteiligt.

1. Nach § 83 Abs. 3 ArbGG haben in einem Beschlussverfahren neben dem Antragsteller diejenigen Stellen ein Recht auf Anhörung, die nach dem BetrVG im einzelnen Fall beteiligt sind. Beteiligte in Angelegenheiten des BetrVG ist jede Stelle, die durch die begehrte Entscheidung in ihrer betriebsverfassungsrechtlichen Stellung unmittelbar betroffen ist (BAG 10. 12. 2002 – 1 ABR 27/01 – BAG 104, 187, 190 = AP BetrVG 1972 § 95 Nr. 42 [B I der Gründe] mwN; 23. 10. 2002 – 7 ABR 55/01 – AP BetrVG 1972 § 50 Nr. 26 = EzA BetrVG 2001 § 50 Nr. 1). Dies hat das Gericht von Amts wegen auch noch in der Rechtsbeschwerdeinstanz zu ermitteln (BAG 10. 12. 2002 – 1 ABR 27/01 – AP BetrVG 1972 § 95 Nr. 42 mwN; 25. 9. 1996 – 1 ABR 25/96 – AP ArbGG 1979 § 97 Nr. 4 = EzA ArbGG 1979 § 97 Nr. 2).

2. Die vom Betriebsrat begehrte Entscheidung betrifft die betriebsverfassungsrechtliche Stellung der D. GmbH. Würde dem Antrag des Betriebsrats stattgegeben, wäre eine Maßnahme „des Arbeitgebers“ aufzuheben. Arbeitgeberin ist auch die D. GmbH.

a) Arbeitgeber iSd. § 99 Abs. 1, § 101 Satz 1 BetrVG ist, wer die betreffende Maßnahme plant oder schon durchgeführt hat. Im Gemeinschaftsbetrieb mehrerer Unternehmen ist das – jedenfalls bei einer Versetzung – nicht allein der jeweilige Vertragsarbeitgeber, sondern sind dies alle Unternehmen, die sich zur einheitlichen Leitung des Betriebs verbunden haben. Durch das mitbestimmungsrechtlich relevante Handeln der von ihnen gemeinsam ausgeübten einheitlichen Leitung sind sie alle in ihrer betriebsverfassungsrechtlichen Stellung betroffen.

b) Im Streitfall führen die Z. GmbH (Z. GmbH) und die D. GmbH einen gemeinsamen Betrieb. Das hat das LAG im Tatbestand und in den Entscheidungsgründen seines Beschlusses angenommen. Allerdings ist nicht ersichtlich, auf welchen konkreten Tatsachenbehauptungen diese Feststellung beruht. Es handelt sich

damit nur um die Zusammenfassung des nicht ausdrücklich gewürdigten Tatsachenvorbringens unter einen einheitlichen Begriff, die keine Bindungswirkung nach § 559 Abs. 2 ZPO erzeugt.

Gleichwohl ist vom Vorliegen eines gemeinsamen Betriebs auszugehen. Bis Ende 1998 gab es nur eine Betriebsinhaberin, die den einen Betrieb führte. Dann wurde zwar die Arbeitgeberin als Mitinhaberin gegründet, dies blieb aber offensichtlich ohne Einfluss auf die bestehende Betriebsorganisation. Unter diesen Umständen wäre es Sache der Arbeitgeberin gewesen darzulegen, weshalb daraus nicht auf das unveränderte Fortbestehen der vorhandenen einheitlichen Organisation und deren gemeinsame Leitung geschlossen werden dürfte. Dazu hat die Arbeitgeberin nichts vorgetragen; es liegen auch keine Anhaltspunkte für eine mögliche Änderung der Betriebsorganisation vor.

3. Die Vorinstanzen haben die D. GmbH nicht angehört. Dies konnte in der Rechtsbeschwerdeinstanz nachgeholt werden (vgl. dazu BAG 10. 12. 2002 – 1 ABR 27/01 – BAG 104, 187 = AP BetrVG 1972 § 95 Nr. 42; 23. 10. 2002 – 7 ABR 55/01 – AP BetrVG 1972 § 50 Nr. 26 = EzA BetrVG 2001 § 50 Nr. 1). Ein Unterlassen der Anhörung in den Vorinstanzen und der darin liegende Verfahrensfehler haben für die Überprüfung des angefochtenen Beschlusses durch die Rechtsbeschwerdeinstanz zumindest so lange keine Bedeutung, wie nicht eine darauf gestützte Verfahrensrüge ordnungsgemäß erhoben wird (BAG 10. 12. 2002 – 1 ABR 27/01 – AP BetrVG 1972 § 95 Nr. 42; 15. 1. 2002 – 1 ABR 10/01 – BAG 100, 157, 159 = AP BetrVG 1972 § 50 Nr. 23 [B I der Gründe]; *Matthes* in GERMELMANN/MATTHES/PRÜTTING/MÜLLER-GLÖGE ArbGG § 83 Rn. 31). Eine solche Rüge ist von keinem Beteiligten erhoben worden.

II. Der Antrag des Betriebsrats bedarf der Auslegung.

1. Formal richtet sich der Antrag gegen „die Antragsgegnerin“. Als solche hat der Betriebsrat allein die Z. GmbH benannt. Lediglich von dieser begehrt er die Aufhebung der betreffenden Maßnahme. Materiellrechtlich ist dagegen die Z. GmbH allein nicht in der Lage, die von der einheitlichen Betriebsleitung erteilte Tätigkeitsanweisung gegenüber dem betreffenden Mitarbeiter zurückzunehmen. Dazu bedarf es des Einverständnisses auch der D. GmbH. Um sein Ziel zu erreichen, muss der Betriebsrat auch dieses Unternehmen in Anspruch nehmen. Unter diesen Umständen ist der Antrag des Betriebsrats dahin zu verstehen, dass beide Unternehmen zur Aufhebung der Maßnahme verpflichtet werden sollen.

2. Dadurch wird nicht unter Verstoß gegen die Dispositionsmaxime der Verfahrensgegenstand erweitert und auf bislang unbeteiligte Dritte erstreckt. Die D. GmbH ist vielmehr ohnehin Beteiligte des Verfahrens. Sie ist in den Vorinstanzen nur nicht angehört wor-

den. Zudem kennt das Beschlussverfahren einen Antragsgegner im förmlichen Sinne nicht (BAG 20. 4. 1999 – 1 ABR 13/98 – BAG 91, 235, 242 = AP ArbGG 1979 § 81 Nr. 43 [B II der Gründe]). Eine Entscheidung im Beschlussverfahren erwächst nicht nur gegenüber dem als Antragsgegner bezeichneten Beteiligten, sondern gegenüber allen Beteiligten in (subjektive) Rechtskraft (BAG 20. 3. 1996 – 7 ABR 41/95 – BAG 82, 291, 297 = AP BetrVG 1972 § 19 Nr. 32 [B II 3 der Gründe]; *Matthes* in GERMELMANN/MATTHES/PRÜTTING/MÜLLER-GLÖGE ArbGG § 84 Rn. 25 mwN). Es kommt deshalb auch nicht darauf an, ob der Antragsteller überhaupt einen bestimmten Beteiligten als Antragsgegner bezeichnet (*Matthes* aaO § 81 Rn. 11).

3. Allerdings begehrt der Betriebsrat hier nicht nur eine Feststellung, sondern die Verpflichtung zur Vornahme einer Handlung. In diesem Fall gehört es zur Bestimmtheit des Antrags, dass er angibt, welche Person oder Stelle entsprechend verpflichtet werden soll. Der Antragswortlaut schließt es idR aus, die angegebene Person oder Stelle im Wege der Auslegung durch eine andere zu ersetzen. Vielmehr wird sich der Wechsel der Person des in Anspruch genommenen Beteiligten regelmäßig als Antragsänderung darstellen.

a) Im Streitfall ist gleichwohl die Auslegung möglich, der Betriebsrat habe in Wirklichkeit auch die D. GmbH verpflichtet wissen wollen. Bei Einleitung des Beschlussverfahrens im Dezember 2001 war dem Betriebsrat nach seinem unwidersprochenen Vorbringen deren Existenz und der Umstand, dass der Betrieb nicht mehr nur von einem, sondern von zwei Unternehmen geführt wird, nicht bekannt. Mit seinem Antrag konnte er deshalb berechtigterweise meinen, die (einzige) Arbeitgeberin erfasst zu haben. Jedenfalls war es erkennbar sein Ziel, „den Arbeitgeber“ im betriebsverfassungsrechtlichen Sinne zu verpflichten. Wenn dieser in Wirklichkeit aus zwei juristischen Personen bestand, dann sollte sich der Antrag auf beide erstrecken. Zwar hat der Betriebsrat die D. GmbH auch dann nicht ausdrücklich in seinen Antrag aufgenommen, als ihm deren Existenz nachgewiesen worden war. Dies beruht aber nicht darauf, dass er dieses Unternehmen nicht auch verpflichtet wissen wollte, sondern darauf, dass die Notwendigkeit einer Antragsweiterung in den Vorinstanzen nicht thematisiert worden ist. Das hat der Betriebsrat in der mündlichen Anhörung vor dem Senat ausdrücklich klargestellt.

b) Dass der Betriebsrat die Arbeitgeberin im betriebsverfassungsrechtlichen Sinn und damit erforderlichenfalls zwei Unternehmen verpflichtet wissen will, konnten die beiden übrigen Beteiligten ohne Weiteres erkennen. Das gilt auch für die vom Senat beteiligte D. GmbH. Auch diese musste, seitdem sie mit dem Verfahrensgegenstand vertraut gemacht worden ist, den gesamten Umständen entnehmen, dass in Wirklichkeit auch sie selbst in Anspruch genommen werden soll.

III. Der auf beide Arbeitgeberinnen erstreckte Antrag des Betriebsrats ist begründet. Dies folgt aus § 101 Satz 1 BetrVG. Danach kann der Betriebsrat beim ArbG beantragen, dem Arbeitgeber aufzugeben, eine personelle Maßnahme iSd. § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG aufzuheben, wenn der Arbeitgeber diese Maßnahme ohne seine – des Betriebsrats – Zustimmung durchgeführt hat.

1. Die Herr A. erteilte Weisung, künftig ausschließlich die Tätigkeit eines Auslieferungsfahrers auszuüben, stellt eine Versetzung iSd. § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG dar. Dies hat das LAG zutreffend entschieden.

Für das Betriebsverfassungsgesetz ist der Begriff der Versetzung definiert in § 95 Abs. 3. Versetzung ist danach – ua. – die Zuweisung eines anderen Arbeitsbereichs, die voraussichtlich die Dauer von einem Monat überschreitet. Der „Arbeitsbereich“ hat nicht nur eine räumlich-ortsbezogene, sondern auch eine tätigkeitsbezogene Dimension. Wird dem Arbeitnehmer eine „andere“ Tätigkeit zugewiesen, ändert sich auch sein bisheriger Arbeitsbereich. Das ist der Fall, wenn der bisherige Gegenstand der Arbeitsleistung und Inhalt der Arbeitsaufgabe ein „anderer“ wird und sich deshalb das Gesamtbild der Tätigkeit des Arbeitnehmers ändert. Es kommt darauf an, ob sich die Tätigkeiten vor und nach der Zuweisung so voneinander unterscheiden, dass die neue Tätigkeit vom Standpunkt eines mit den betrieblichen Verhältnissen vertrauten Beobachters nicht mehr als die bisherige Tätigkeit angesehen werden kann (BAG 27. 4. 1997 – 1 ABR 84/96 – AP BetrVG 1972 § 99 Versetzung Nr. 14 = EzA BetrVG 1972 § 99 Versetzung Nr. 2 [B I 2 der Gründe]; *Kraft* GK-BetrVG § 99 Rn. 65 mwN).

Das ist hier anzunehmen. Die Tätigkeit als Auslieferungsfahrer ist in nahezu jeder Hinsicht eine andere als die in der sog. Gipsabteilung, in der Abdrücke zur Herstellung von Kiefermodellen erstellt werden. Dies gilt auch dann, wenn berücksichtigt wird, dass Herr A. in der Vergangenheit gelegentlich zu Auslieferungsfahrten herangezogen worden sein ist. Diese Fahrten prägten nicht das Gesamtbild seiner Tätigkeit.

2. Für die Versetzung war die Zustimmung des Betriebsrats nach § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG erforderlich. Allerdings bedarf es ihrer nach dem Wortlaut des Gesetzes nur in Unternehmen mit in der Regel mehr als zwanzig wahlberechtigten Arbeitnehmern. Beide beteiligten Arbeitgeberinnen beschäftigten je für sich weniger als diese Anzahl von Mitarbeitern, nämlich – seit mindestens einem Jahr vor der fraglichen Maßnahme – achtzehn und vier Arbeitnehmer. Über seinen Wortlaut hinaus ist § 99 BetrVG aber jedenfalls bei Versetzungen im Wege der Analogie auch auf solche Unternehmen anzuwenden, wenn sie gemeinsam mit einem oder mehreren anderen Unternehmen einen Betrieb führen, in dem insge-

samt mehr als zwanzig wahlberechtigte Arbeitnehmer beschäftigt sind.

a) Eine entsprechende Auslegung lässt der Wortlaut des Gesetzes nicht zu. Das hat das LAG zutreffend erkannt.

aa) Mit der Formulierung: „In Unternehmen mit idR. mehr als zwanzig wahlberechtigten Arbeitnehmern“ bringt das Gesetz zum Ausdruck, dass es auf die Anzahl der vom betreffenden Unternehmen als Vertragsarbeitgeber beschäftigten Arbeitnehmer ankommt. Ein Unternehmen „mit“ mehr als zwanzig Arbeitnehmern ist nur ein solches, das schon für sich selbst mehr als diese Anzahl von Arbeitnehmern beschäftigt und nicht erst auf Grund des betrieblichen Zusammenwirkens mit einem anderen Unternehmen. In der Verwendung des Plurals kommt entgegen der Auffassung des Betriebsrats anderes nicht zum Ausdruck.

Angesichts des fachsprachlich feststehenden Wortgebrauchs und der erklärtermaßen bewussten Änderung des bisherigen Gesetzeswortlauts von „Betrieb“ in „Unternehmen“ durch das Betriebsverfassungs-Reformgesetz 2001 (vgl. die Begründung zum Regierungsentwurf in BT-Drucks. 14/5741 S. 50) ist es deshalb zumindest seit dessen In-Kraft-Treten ausgeschlossen, in § 99 BetrVG den Begriff „Unternehmen“ dahin auszulegen, dass mit ihm auch „Betrieb“ gemeint sei.

Zwar mag die Vorstellung des Gesetzgebers dahin gegangen sein, dass im Fall einer Betriebsgröße von mehr als zwanzig Arbeitnehmern das Unternehmen (mindestens) ebenso viele Arbeitnehmer beschäftige. In Fällen wie dem vorliegenden trifft das aber nicht zu. Der mögliche Irrtum des Gesetzgebers erweitert dennoch nicht die Grenzen der Auslegung. Die Grenzen zieht der eindeutige Wort-sinn. Über ihn kann sich die Auslegung des Gesetzes nicht hinwegsetzen (BVerfG 24. 5. 1995 – 2 BvF 1/92 – BVerfG 93, 37, 81 [D I der Gründe]; 9. 2. 1982 – 1 BvR 799/78 – BVerfG 59, 330, 334 [B I 2 der Gründe]; 18. 2. 2003 – 1 ABR 2/02 – BAG 105, 32 = AP BGB § 611 Arbeitsbereitschaft Nr. 12; Koch/Rüßmann Juristische Begründungslehre S. 182; Larenz/Canaris Methodenlehre der Rechtswissenschaft S. 163f.).

bb) Mit dem Wortlaut und Wortsinn lässt es sich allerdings noch vereinbaren, § 99 BetrVG dann anzuwenden, wenn ein Unternehmen mit weniger als einundzwanzig Arbeitnehmern gemeinsam mit einem Unternehmen mit mehr als zwanzig Arbeitnehmern einen Betrieb führt. § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG ist nämlich – weil Betriebsräte nicht in Unternehmen, sondern in Betrieben eines Unternehmens gewählt sind – korrekterweise zu lesen wie: „In Betrieben von Unternehmen mit in der Regel mehr als zwanzig ... Arbeitnehmern hat der Arbeitgeber ...“. Ein Gemeinschaftsbetrieb, an dem ein Unternehmen mit mehr als zwanzig Arbeitnehmern beteiligt ist, ist auch dann noch ein Betrieb dieses Unternehmens, wenn an ihm zugleich ein kleineres Unternehmen beteiligt ist.

b) Auch wenn der Wortsinn die Grenze der Auslegung markiert, ist er für die Rechtsanwendung durch die Gerichte keine unübersteigbare Grenze. Der Richter hat nicht zwingend am Wortsinn des Gesetzes halt zu machen (BVerfG 14. 2. 1973 – 1 BvR 112/65 – BVerfG 34, 269, 287 [C IV 1 der Gründe]; 19. 6. 1973 – 1 BvL 39/69 und 14/72 – BVerfG 35, 263, 278f. [C III 2 der Gründe]). Sowohl seitens der Methodenlehre als auch von Verfassungen wegen kann es für ihn wegen der Bindung an Gesetz „und Recht“ nach Art. 20 Abs. 3 GG geboten sein, das vom Gesetz Gewollte gegen das im Gesetz Gesagte zur Geltung zu bringen. Zur wortsinnübersteigenden Gesetzesanwendung durch Analogie oder wortsinnunterschreitenden Nichtanwendung des Gesetzes durch teleologische Reduktion bedarf es freilich einer besonderen Legitimation. Anders als die vom Gesetzestext sprachlich gedeckte Auslegung haben Analogie und teleologische Reduktion an der demokratisch legitimierten Geltungskraft des Gesetzes nicht gleichsam automatisch teil. Sie bewegen sich außerhalb des vom Gesetzgeber sprachlich gezogenen Anwendungsfeldes des Gesetzes und bedürfen deshalb einer besonderen Begründung.

Analoge Gesetzesanwendung setzt voraus, dass der gesetzessprachlich nicht erfasste, dh. gesetzlich ungeregelte Fall nach Maßgabe des Gleichheitssatzes und zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen nach der gleichen Rechtsfolge verlangt, wie die gesetzessprachlich erfassten Fälle. Teleologische Reduktion setzt umgekehrt voraus, dass der gesetzessprachlich erfasste, dh. der gesetzlich in bestimmter Weise geregelte Fall nach Maßgabe des Gleichheitssatzes nach einer anderen Entscheidung verlangt als die übrigen geregelten Fälle, um Wertungswidersprüche zu vermeiden.

c) Hier ist die analoge Anwendung des § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG geboten. Sie hat von Sinn und Zweck des Gesetzes auszugehen. Mit der Beschränkung des Mitbestimmungsrechts bei personellen Einzelmaßnahmen auf Einheiten mit mehr als zwanzig Arbeitnehmern sollte der besonderen Interessenlage der Arbeitgeber in kleineren Einheiten Rechnung getragen werden. Weil dort in der Regel noch von einer engen persönlichen Zusammenarbeit zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmern auszugehen ist, soll der Arbeitgeber über Fragen der Einstellung und Versetzung unbeeinflusst durch den Betriebsrat entscheiden können (BT-Drucks. 14/5741 S. 50). Das BetrVG 1972 hatte dazu auf die Organisationseinheit des Betriebs abgestellt. Es ging davon aus, dass über die „Nähe“ von Arbeitgeber und Arbeitnehmern die Größe derjenigen Organisationseinheit entscheidet, in der technische Mittel und menschliche Arbeitskraft real zusammengefasst sind und die persönliche Zusammenarbeit von Arbeitgeber und Arbeitnehmern räumlich „erlebt“ wird. Diese Einheit ist der Betrieb. Auf der Grundlage der bis zum

27. 7. 2001 geltenden Gesetzesfassung waren deshalb Gemeinschaftsbetriebe zweier Unternehmen, in denen insgesamt mehr als zwanzig Arbeitnehmer beschäftigt wurden, zwanglos von § 99 BetrVG erfasst.

Mit der Ersetzung des Begriffs „Betrieb“ durch „Unternehmen“ durch das Betriebsverfassungs-Reformgesetz 2001 sollte ausweislich der Gesetzesbegründung darauf Bedacht genommen werden, dass immer mehr Unternehmen dazu übergegangen waren, sich zu dezentralisieren und kleine leistungsstarke Organisationseinheiten zu schaffen, um auf diese Weise besser und schneller auf sich verändernde Marktbedingungen im globalen Wettbewerb reagieren zu können. In der Gesetzesbegründung heißt es, die neu entstandene Unternehmensstruktur zeichne sich dadurch aus, dass Unternehmen zwar über eine größere Anzahl von Arbeitnehmern verfügten, diese aber in einer Vielzahl von kleineren Organisationseinheiten einsetzen. Dann fehle es trotz der geringen Arbeitnehmeranzahl in den jeweiligen Einheiten in aller Regel an einer räumlich bedingten engen persönlichen Zusammenarbeit zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, die weiterhin den Ausschluss der betrieblichen Mitbestimmung bei personellen Einzelmaßnahmen rechtfertige. Demnach sei heute die Anknüpfung der Arbeitnehmergrenzzahl an das Unternehmen sachgerecht. Dies entspreche den Erwägungen des BVerfG zur Kleinbetriebsklausel im Kündigungsschutzgesetz (BVerfG 27. 1. 1988 – 1 BvL 15/87 – BVerfG 97, 169). Danach könne die Anwendung dieser Klausel in Unternehmen mit mehreren Betrieben nur dann als verfassungskonform angesehen werden, wenn die Arbeitnehmeranzahl auf das Unternehmen bezogen werde (vgl. BT-Drucks. 14/5741 S. 50).

Bei dieser ratio legis führt die Nichtanwendung des § 99 BetrVG auf Fälle wie den vorliegenden zu Wertungswidersprüchen. Die wortsinngemäße Anwendung von § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG hat zur Folge, dass der Betriebsrat im einzigen Betrieb eines Unternehmens, das (dort) mehr als zwanzig wahlberechtigte Arbeitnehmer beschäftigt, bei personellen Einzelmaßnahmen mitzubestimmen hat, während er nicht zu beteiligen ist, wenn zwar in dem Betrieb, für den er gewählt ist, mehr als zwanzig Arbeitnehmer beschäftigt werden, diese aber in Vertragsbeziehungen zu mehreren Unternehmen mit jeweils weniger als zwanzig Arbeitnehmern stehen. Diese Unterscheidung ist – für Versetzungen – bei einer am Gleichheitssatz orientierten Betrachtung angesichts des Gesetzeszwecks sachlich nicht gerechtfertigt.

Maßgebliche Gründe für die Herausnahme von Einheiten mit weniger als 21 Arbeitnehmern aus der Mitbestimmung nach § 99 BetrVG sind die räumlich bedingte enge persönliche Zusammenarbeit zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmern und die darauf beruhende Unzumutbarkeit von Belastungen durch organisatorische Strukturen, die notwendige Folge gesetzlich vorgegebener Beteiligungsrechte sind. An beidem fehlt es nicht nur dann, wenn in ei-

nem einzelnen Betrieb mehr als zwanzig Arbeitnehmer beschäftigt sind, sondern auch dann, wenn der Arbeitgeber in mehreren Betrieben insgesamt mehr als zwanzig Arbeitnehmer beschäftigt. Vor diesem Hintergrund hat das BetrVG 2001 sachangemessen nicht mehr auf die Größe des Betriebs, sondern des Unternehmens abgestellt.

An einer räumlich bedingten engen persönlichen Zusammenarbeit zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmern fehlt es jedoch in gleichem Maße auch dann, wenn zwar das einzelne Unternehmen nicht mehr als zwanzig Arbeitnehmer beschäftigt, diese aber in einer organisatorischen Einheit tätig sind, in der sie zusammen mit den Arbeitnehmern eines anderen Unternehmens eine Belegschaft von insgesamt mehr als zwanzig Mitarbeitern bilden. Im Gemeinschaftsbetrieb bedient sich das eine Unternehmen zur Erreichung der gemeinsamen arbeitstechnischen Ziele auch der Arbeitnehmer des anderen Unternehmens. Deshalb werden hier die persönliche Nähe zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmern sowie Umfang und Organisationsstruktur der zu leitenden Einheit auch durch die Betriebsgröße und nicht nur durch die Unternehmensgröße bestimmt. Die am Gemeinschaftsbetrieb beteiligten Unternehmen nehmen die Leitung des Betriebs wenn nicht in allen, so doch in den meisten mitbestimmungsrechtlich relevanten Fragen gemeinsam wahr und haben die betriebliche Bürokratie damit von sich aus komplexer gemacht. Über die Nähe zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmern und den erforderlichen Leitungsaufwand entscheidet die Anzahl der Arbeitnehmer, die insgesamt im gemeinsam geführten Betrieb beschäftigt werden. Eine Differenzierung danach, ob ein Betrieb mit mehr als zwanzig Arbeitnehmern (sachen-) rechtlich einem einzigen Unternehmen oder mehreren Unternehmen mit jeweils weniger als zwanzig Mitarbeitern zuzuordnen ist, ist für die persönliche Nähe von Arbeitgeber und Arbeitnehmern und den nötigen Leitungsaufwand ohne Bedeutung. Eine solche Unterscheidung ist deshalb mit Blick auf das gesetzesleitende Kriterium sachlich nicht gerechtfertigt. Vielmehr verlangen beide Fälle – die Beschäftigung von mehr als zwanzig Arbeitnehmern in einem Betrieb eines einzigen Unternehmens und die Beschäftigung von mehr als zwanzig Arbeitnehmern in einem Gemeinschaftsbetrieb mehrerer kleinerer Unternehmen – vor dem Gleichheitssatz nach der gleichen Rechtsfolge. Dies gilt insbesondere, wenn berücksichtigt wird, dass – wie dargelegt – § 99 BetrVG in einem Gemeinschaftsbetrieb, an dem ein Unternehmen mit weniger und eines mit mehr als zwanzig wahlberechtigten Arbeitnehmern beteiligt ist, unmittelbar gilt. Die Vorschrift ist daher im Wege der Analogie auch auf Versetzungen in einem von mehreren Kleinunternehmen gemeinschaftlich geführten Betrieb mit insgesamt mehr als zwanzig wahlberechtigten Arbeitnehmern anzuwenden (lediglich im Ergeb-

nis wohl ebenso *Hanau* ZIP 2001, 1981, 1985; *Däubler* AuR 2001, 285, 291; *Fitting* § 99 Rn. 10; *HaKo-BetrVG/Kreuder* § 99 Rn. 2). Ob dies auch für die übrigen personellen Einzelmaßnahmen iSd. § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG, insbesondere für Ein- und Umgruppierungen gilt, braucht nicht entschieden zu werden.

d) Der analogen Anwendung von § 99 BetrVG steht nicht entgegen, dass das Betriebsverfassungs-Reformgesetz 2001 in § 1 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 BetrVG die Figur des Gemeinschaftsbetriebs erstmals ins Gesetz aufgenommen hat, ohne dass diese Möglichkeit der Betriebsführung zugleich bei der Neuformulierung des § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG berücksichtigt worden wäre. Der Gesetzgeber hat auch andere der vielfältigen materiellrechtlichen Probleme des Gemeinschaftsbetriebs, zB die Frage, gegenüber welchem der am Gemeinschaftsbetrieb beteiligten Arbeitgeber die verschiedenen im Gesetz vorgeschriebenen Mitbestimmungsrechte jeweils auszuüben sind, an keiner Stelle geregelt. Das spricht dafür, dass er diese Aufgabe, die möglicherweise nach Beteiligungsrechten und Fallkonstellationen differenzierte Lösungen erfordert, der Rechtsprechung überlassen wollte.

An der analogen Anwendung der Vorschrift auf Versetzungen in Gemeinschaftsbetrieben mehrerer Unternehmen mit jeweils weniger als zwanzig Arbeitnehmern wären die Gerichte nur gehindert, wenn in der Nichtberücksichtigung dieser Gemeinschaftsbetriebe im Rahmen des § 99 BetrVG der Wille des Gesetzgebers zum Ausdruck käme, die Träger solcher Betriebe keinesfalls der Mitbestimmung bei personellen Einzelmaßnahmen zu unterwerfen. Sowohl gegen den Wortsinn als auch gegen den Willen des Gesetzgebers kommt eine Rechtsanwendung – auch analoge Rechtsanwendung – durch die Gerichte nicht in Frage. Diese können dann allenfalls die Verfassungswidrigkeit des Gesetzes wegen Verstoßes gegen Art. 3 Abs. 1 GG feststellen. Sie nähmen andernfalls nicht mehr nur eine Anwendung, sondern eine Korrektur des Gesetzes vor.

Ein solcher Wille des Gesetzgebers, auf Grund dessen die Nichterwähnung des Gemeinschaftsbetriebs in § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG als „beredtes Schweigen“ zu verstehen wäre, ist nicht feststellbar. Das Betriebsverfassungs-Reformgesetz 2001 generell und die Ersetzung von „Betrieb“ durch „Unternehmen“ in § 99 Abs. 1 Satz 1, § 111 Satz 1 BetrVG im Besonderen sollten im Gegenteil der Stärkung und Ausweitung der Mitbestimmung des Betriebsrats dienen und „weiße Flecken auf der Landkarte der betrieblichen Mitbestimmung“ beseitigen (vgl. *BT-Drucks.* 14/5741 S. 23 ff., 50). Auch wenn dem Gesetzgeber des Jahres 2001 – womöglich anders als noch demjenigen des Jahres 1972 – die Figur des Gemeinschaftsbetriebs bekannt war und einer ausdrücklichen Aufnahme ins Gesetz bedürftig erschien, lässt sich aus dem Fehlen einer Erwähnung in § 99 BetrVG deshalb nicht schließen, durch den Begriffswechsel habe gerade auch das Herausfallen solcher Betriebe aus dem Anwendungsbereich des Gesetzes bewirkt werden sollen.

Zwar hat das Schrifttum noch während des Gesetzgebungsverfahrens auf diese vom Wortlaut des Gesetzesentwurfs gebotene Konsequenz aufmerksam gemacht (vgl. *Richardi/Annuf* DB 2001, 41, 45; *Annuf* NZA 2001, 367, 369 Fußn. 19). Die Beibehaltung der Entwurfsfassung besagt aber nicht notwendig, das Ergebnis sei gerade gewollt. Sie kann ebenso gut darauf beruhen, dass dem Gesetzgeber die Rechtsprechung des BAG zum Begriff „Unternehmen“ in § 106 BetrVG bekannt war und er annahm, es werde künftig auch zu § 99 Abs. 1 BetrVG in gleicher Weise entschieden. Nach dieser Rechtsprechung ist ein Wirtschaftsausschuss in einem Gemeinschaftsbetrieb mit mehr als 100 Arbeitnehmern auch dann zu bilden, wenn die beteiligten Unternehmen jeweils weniger als diese Anzahl von Mitarbeitern beschäftigen (*BAG* 1. 8. 1990 – 7 ABR 91/88 – *BAG* 65, 304, 309 ff. = *AP BetrVG* 1972 § 106 Nr. 8 [B II 2b, c der Gründe]).

Selbst wenn der Gesetzgeber – wie das LAG angenommen hat – das Herausfallen von Gemeinschaftsbetrieben kleinerer Unternehmen aus dem Anwendungsbereich des § 99 BetrVG zumindest bewusst in Kauf genommen haben sollte, bedeutet dies nicht, er hätte es in einer Weise beabsichtigt, dass dieser Wille einer analogen Anwendung des § 99 BetrVG auf solche Fälle entgegen stünde. Vielmehr ist eine Analogie bei Vorliegen eines Verstoßes gegen den Gleichheitssatz nur dann ausgeschlossen, wenn die unterschiedlichen Rechtsfolgen für die einander ähnlichen Sachverhalte vom Gesetzgeber gerade definitiv gewollt waren.

Die ohne die erforderliche Zustimmung des Betriebsrats erfolgte Versetzung des Herrn A. aus der Gipsabteilung in den Fahrdienst ist gemäß § 101 Satz 1 BetrVG aufzuheben. Auf die Frage, ob der Betriebsrat – um Zustimmung gebeten – seine Zustimmung tatsächlich verweigert und welche Gründe nach § 99 Abs. 2 BetrVG er dafür geltend gemacht hätte, kommt es nicht an.

Anmerkung: Der Entscheidung kann im Ergebnis voll zugestimmt werden. Die sehr eingehende und um methodische Fundierung bemühte Begründung gibt jedoch Anlass zu einigen kritischen Nachfragen.

1. Beteiligte am Beschlussverfahren

a) Der zu entscheidende Fall wies die prozessuale Besonderheit auf, dass das eine der beiden Trägerunternehmen in den Vorinstanzen nicht am Verfahren beteiligt worden war. Dies sei jedoch nicht gerügt worden und deshalb für die Überprüfung des angefochtenen Beschlusses ohne Bedeutung. Die unterbliebene Anhörung lasse sich noch in der Rechtsbeschwerdeinstanz nachholen [13 der Gründe].

b) Das Ergebnis ist in der Sache sicherlich vernünftig und entspricht dem Grundsatz der Prozessökonomie. Gleichwohl macht sich bei näherer Betrachtung Unbehagen breit.

Eine rechtskräftige Entscheidung wirkt im Beschlussverfahren für und gegen alle Beteiligten (*Matthes*, in: Germelmann/Matthes/Müller-Glöge/Prütting, ArbGG, 5. Aufl. 2004, § 84 Rn. 85 mwN). Wird etwa die Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats für eine bestimmte Angelegenheit bejaht, so ist damit zugleich festgestellt, dass den örtlichen Betriebsräten insoweit kein Mitbestimmungsrecht zusteht (BAG 104, 187, 190). Erfolgt die Zuziehung zB eines örtlichen Betriebsrats erst in der Rechtsbeschwerdeinstanz, so kann er ersichtlich keine neuen Tatsachen mehr ins Verfahren einbringen. Die darin liegende Benachteiligung wird noch gravierender, wenn die Zuziehung auch in der letzten Instanz unterbleibt, weil das Rechtsbeschwerdegericht weniger sorgfältig arbeitet als der erkennende Senat.

Dies wirft Fragen auf. Wo bleibt in einem solchen Fall der Anspruch auf rechtliches Gehör nach Art. 103 Abs. 1 GG? Die Möglichkeit, den Verfahrensmangel zu „rügen“, ist in keiner Weise hilfreich, wenn der örtliche Betriebsrat von der Existenz des Verfahrens überhaupt keine Kenntnis hatte. Dies ist durchaus denkbar, wenn er aufgrund einer Betriebsvereinbarung nach § 47 Abs. 5 BetrVG im Gesamtbetriebsrat nicht vertreten ist, weil dessen Mitglieder in „Entsendungskreisen“ bestimmt wurden. Die unausgesprochene Voraussetzung, wer am Verfahrensausgang interessiert sei, könne sich auch beteiligen, trifft hier nicht zu.

Dagegen kann man auch nicht einwenden, im Beschlussverfahren trete auch sonst – unbestrittenermaßen – der Fall auf, dass am Verfahren nicht Beteiligte gebunden würden. Zu denken wäre etwa an jene Fälle, in denen mit Wirkung für den einzelnen Arbeitnehmer über den Inhalt einer Betriebsvereinbarung oder eines Sozialplans entschieden wird (Nachweise bei *ErfK-Eisemann*, 5. Aufl. 2005, § 84 ArbGG Rn. 3): Dort geht es jedoch von vorneherein nur um Rechte, die zwischen kollektiven Akteuren ausgehandelt werden; die „Akzessorietät“ ist gewissermaßen der Position des einzelnen Arbeitnehmers immanent. Ob es sich um eine „autonome“ Einigung oder eine gerichtlich interpretierte handelt, spielt dabei keine Rolle. Dasselbe Ergebnis lässt sich auch noch für den Fall annehmen, dass das Vorliegen einer Betriebsänderung im Beschlussverfahren verneint wurde und deshalb der einzelne Arbeitnehmer keinen Nachteilsausgleich nach § 113 BetrVG verlangen kann (BAG AP BetrVG 1972 § 113 Nr. 15). Nur: Im vorliegenden Verfahren wie auch im Beispiel eines Zuständigkeitsstreits zwischen örtlichem Betriebsrat und Gesamtbetriebsrat geht es jeweils um eigene, originäre Rechte und Pflichten. Eine Verletzung von Art. 103 Abs. 1 GG lässt sich daher schwerlich bestreiten.

Auch materielle Grundrechte können betroffen sein. Wäre es wirklich mit Art. 14 Abs. 1 GG vereinbar, würde ein Trägerunter-

nehmen erst im Rahmen des Vollstreckungsverfahrens Kenntnis davon bekommen, dass es gesamtschuldnerisch für Schulungskosten des Betriebsrats nach § 40 BetrVG haftet? Weiter kann man sich fragen, inwieweit der Verlust von Mitbestimmungsrechten zB des örtlichen Betriebsrats mit Art. 12 Abs. 1 GG vereinbar wäre (zur grundrechtlichen Fundierung der Beteiligungsrechte des Betriebsrats s. *Kempen AuR* 1986, 129ff.; *Däubler*, Arbeitsrecht 1, 15. Aufl. 1998, Rn. 906).

Die vom BAG in Bezug genommene Rechtsprechung liefert keine argumentatorische Begründung, sondern lediglich Verweise auf weiter zurückliegende Entscheidungen. Auch dort findet sich nur der Hinweis auf die Möglichkeit einer Rüge (BAG 31, 58, 63 = AP BetrVG 1972 § 47 Nr. 3; BAG AP BetrVG 1952 § 76 Nr. 16), wobei es im zweiten – dem erkennbar ältesten – Fall um die an sich etwas anders liegende Frage ging, die Beschwerdeinstanz habe nicht festgestellt, dass die bei einer Wahl zum Konzernaufsichtsrat übergangenen Unternehmen auch keine Wahlmänner hätten entsenden können (BAG AP BetrVG 1952 § 76 Nr. 16).

Art. 103 Abs. 1 GG ist somit nur gewahrt, wenn alle von einer Entscheidung im Beschlussverfahren betroffenen Stellen zumindest in der zweiten Tatsacheninstanz beteiligt werden.

c) Im konkreten Fall stellt sich allerdings die Frage, ob die Trägerunternehmen überhaupt am Verfahren zu beteiligen waren. Wie das BAG unter I 2a der Gründe mit Recht feststellt, ist betriebsverfassungsrechtlicher Arbeitgeber iSd. §§ 99ff. BetrVG nicht der einzelne Vertragsarbeitgeber; vielmehr seien dies „alle Unternehmen, die sich zur einheitlichen Leitung des Betriebs verbunden haben.“ Wenn dem so ist, wäre es nur konsequent, in Anlehnung an eine neuestens auch in der Literatur vertretene Auffassung (*Matthes*, in: Germelmann ua., aaO, § 83 Rn. 41a) den „Leitungsapparat“ selbst als Beteiligten anzusehen. Dieser ist Verhandlungspartner und „Gegenspieler“ des Betriebsrats (zumindest) in der Mehrheit aller betriebsverfassungsrechtlich relevanten Angelegenheiten. Warum sollte man daraus nicht auch prozessuale Konsequenzen ziehen? Ist es denn sinnvoll, dass über Beginn und Ende der Arbeitszeit oder über Fragen der Überwachung durch technische Einrichtungen mit der „Werksleitung“ verhandelt wird, dass aber in einem Beschlussverfahren zB über die Bestellung eines Einigungsstellenvorsitzenden nach § 98 ArbGG dann plötzlich die Trägerunternehmen wieder als Herren des Verfahrens auftauchen? Die fehlende Rechtsfähigkeit der „einheitlichen Leitung“ steht einer Beteiligung im Beschlussverfahren nicht im Wege; wie das BAG unter I 1 der Gründe in Übereinstimmung mit der allgemein geteilten Auffassung ausführt, ist jede „Stelle“ im Verfahren beteiligt, die durch die begehrte

Entscheidung in ihrer betriebsverfassungsrechtlichen Position unmittelbar betroffen ist.

Mit einem solchen Schritt hätte sich das BAG nicht nur die unter b) skizzierten Einwände gegen die Behandlung des im Verfahren „Vergessenen“ erspart. Im Verhältnis zum gemeinsamen Leitungsapparat haben die Trägerunternehmen eine „akzessorische“ Rechtsstellung und müssen deshalb auch die von diesem abgeschlossenen Betriebsvereinbarungen gegen sich gelten lassen. Dies wirft auch deshalb keine Probleme auf, weil die Gemeinsamkeit der Leitung ja eine mittelbare Beteiligung am Verfahren sicherstellt; dies beseitigt auch Bedenken aus Art. 14 Abs. 1 GG. Hätte man diesen Weg gewählt, wäre es auch nicht notwendig gewesen, den nur an ein Trägerunternehmen adressierten Antrag im Wege einer recht „mutigen“ Auslegung unter II der Gründe so auszudeuten, dass er sich in Wahrheit gegen beide Trägerunternehmen wende. Da ersichtlich das in Anspruch genommene Unternehmen zugleich den gemeinsamen Betrieb leitete, hätte es genügt, auf das wirklich Gewollte abzustellen, ohne deshalb aus eins zwei machen zu müssen.

Der Rückgriff auf die Trägerunternehmen wird vollends unplausibel, wenn man den Fall ins Auge fasst, dass die einheitliche Leitung auch nach außen hin als solche in Erscheinung tritt und beispielsweise neue Arbeitnehmer einstellt. In diesem Fall wäre sie als Gesellschaft bürgerlichen Rechts zu qualifizieren, die nach der Rechtsprechung des BGH (grundlegend BGH JZ 2001, 665 ff.) mittlerweile als rechtsfähig anerkannt ist. Wie der Siebte Senat für den Fall einer einheitlichen Leitung eines Gemeinschaftsunternehmens anerkannt hat (BAG 13. 10. 2004 7 ABR 56/03 – AP BetrVG 1972 § 54 Nr. 9 = NZA 2005, 647, 650, [IV 1e der Gründe]), kann bei einer solchen Größe ein Betriebsrat gebildet werden, sofern sie eigene Arbeitnehmer beschäftigt. Ob dies auch dann der Fall ist, wenn ausschließlich Personen bei ihr tätig sind, die in arbeitsvertraglichen Beziehungen zu den Trägerunternehmen stehen, ist eine schwierige, hier nicht zu entscheidende Frage. Festzuhalten bleibt lediglich, dass die einheitliche Leitung jedenfalls dann, wenn sie zu einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts verselbstständigt ist, in das Beschlussverfahren einbezogen werden müsste. Warum man bisher bei einem rechtlich nicht verselbständigten Leitungsapparat anders verfährt, ist nicht ersichtlich.

2. Voraussetzungen für das Vorliegen eines gemeinsamen Betriebs

Der angefochtene Beschluss des Beschwerdegerichts enthielt ersichtlich nur die Feststellung, dass es sich vorliegend um einen gemeinsamen Betrieb handle. Eine nähere Begründung, insbesondere eine Benennung einzelner, dafür bedeutsamer Tatsachen erfolgte nicht. Dies stellte das Rechtsbeschwerdegericht vor die Frage, entweder zurückzuverweisen oder aber aus den sonstigen Feststellungen der angefochtenen Entscheidung eine ausreichende Begrün-

dung herzuleiten. Der erkennende Senat entschied sich zu Recht für den zweiten Weg und verwies darauf, nach der Gründung der (Haupt-) Arbeitgeberin „als Mitinhaberin“ habe sich nichts an der bestehenden Betriebsorganisation verändert. In einer solchen Situation wäre es Sache der Arbeitgeberin gewesen, Tatsachen vorzutragen, die für eine andere Beurteilung sprechen könnten. Damit ist der Sache nach ein neuer, neben § 1 Abs. 2 BetrVG stehender Vermutungstatbestand geschaffen: Nicht nur bei der dort erwähnten Spaltung, sondern auch bei Hinzutreten eines Unternehmens ist von einem gemeinsamen Betrieb auszugehen, wenn sich die bestehende Organisation dadurch nicht (wesentlich) ändert. Schon bisher hatte das BAG betont, dass § 1 Abs. 2 BetrVG keine abschließende Bedeutung habe (BAG 11. 2. 2004 – 7 ABR 27/03 – AP BetrVG 1972 § 1 Gemeinsamer Betrieb Nr. 22 = NZA 2004, 618).

Ungeklärt bleibt allerdings, wann von einem „Hinzutreten“ und einer „Mitinhaberschaft“ die Rede sein kann. Liegt eine „Führungsvereinbarung“ vor, bedarf es keiner Vermutungsregel mehr, da dann das Vorhandensein eines gemeinsamen Betriebs schwerlich in Frage gestellt werden kann. Der Sache nach kann es nur um ein Weniger, also etwa ein Indiz in die Richtung gehen, dass durch Mitarbeit eigener Beschäftigter des „Hinzutretenden“ in der fraglichen organisatorischen Einheit ein „Mittragen“ zum Ausdruck gebracht wird.

3. „Betrieb“ bedeutet niemals „Unternehmen“

a) Der materiellrechtliche Schwerpunkt der Entscheidung lag auf der Frage, ob § 99 BetrVG trotz des Abstellens auf die Unternehmensgröße auf einen gemeinsamen Betrieb anwendbar ist, der zwar für sich allein den Grenzwert 20 überschreitet, dessen Trägerunternehmen jedoch jeweils eine geringere Zahl von Arbeitnehmern beschäftigen. Der Begriff „Unternehmen“ habe einen „eindeutigen Wortsinn“, über den man sich im Wege der Auslegung nicht hinwegsetzen dürfe. Angesichts des „fachsprachlich feststehenden Wortgebrauchs“ und der bewussten Änderung des § 99 im Jahre 2001 sei es deshalb ausgeschlossen, den Begriff „Unternehmen“ dahin auszulegen, dass mit ihm auch „Betrieb“ gemeint sei. Es komme – wie unter III 2b der Gründe ausgeführt – nur eine entsprechende Anwendung in Betracht.

b) Das Abstellen auf einen „eindeutigen Wortsinn“ erweckt gleichwohl Skepsis. Belegt nicht schon die Rechtsfigur der falsae demonstratio, dass das wirklich Gewollte auch dann Berücksichtigung verlangt, wenn es im „Wortsinn“ keinen Ausdruck gefunden hat? Wird „Haakjöringsköd“, dh. Haifischfleisch bestellt, sind sich die Vertragsparteien jedoch einig, dass das Fleisch von Walen geliefert werden soll, so gilt seit RGZ 99, 148 das Letztere. Mit der

Figur der „eindeutigen Erklärung“ hatte im Übrigen schon das römische Recht seine Schwierigkeiten. So konnte man in Bezug auf die Testamentsauslegung in D. 32, 25, 1 lesen: „Cum in verbis nulla ambiguitas est non debet admitti voluntatis quaestio“ (sinngemäß: Wo die Worte keinen Zweifel lassen, darf die Frage nach dem Willen nicht gestellt werden), doch meinte derselbe Rechtsgelehrte (Paulus) an anderer Stelle (D. 50, 17, 12): „In testamentis plenius voluntates testantium interpretamur“, was der Sache nach bedeutet, dass man bei Testamenten in sehr umfassender Weise den Erblasserwillen ausdeute (dazu *Kaser/Knütel*, Römisches Privatrecht, 17. Aufl. 2003, § 8 Rn. 17).

Doch genug der Rückschau. Die Vorgehensweise des BAG führt dazu, dass Sinn und Zweck der Regelung zunächst ausgeblendet bleiben und erst im Rahmen der Analogie bzw. in anderen Fällen im Rahmen der teleologischen Reduktion zu ihrem Recht kommen. Ein solches Vorgehen verengt in unangemessener Weise die Mittel, mit deren Hilfe der Norminhalt erschlossen werden kann. Dies birgt die Gefahr eines Wortlaut-Positivismus in sich, der viele Folgefragen aufwirft. Was geschieht, wenn der Gesetzgeber einem Inhaltsirrtum unterlegen ist, also etwas anderes als das zum Ausdruck Gebrachte bestimmen wollte? Hier wird man wohl dem Text den Vorrang geben (so auch *Reichold* NZA 2005, 623 in Auseinandersetzung mit der hier besprochenen Entscheidung), doch wie verhält es sich, wenn der Wortlaut mehrere Deutungen zulässt? Die moderne Gesetzgebung bleibt davon noch weniger verschont als in jener „guten alten Zeit“, in der die Verhältnisse noch überschaubarer und deshalb klare Regelungen leichter möglich waren. Auch der um zwei Uhr morgens unterschriebene Tarifvertrag wird keineswegs immer eine glasklare Sprache sprechen. Selbst Nonsens-Formulierungen lassen sich nicht ausschließen; es gibt nicht nur das klassische Beispiel des „verrückt gewordenen Grenzsteins“ nach § 919 Abs. 1 BGB. Vermutlich würde das BAG in solchen Fällen auf Sinn und Zweck der Regelung und ihrem systematischen Zusammenhang zurückgreifen, um sich so den Norminhalt zu erschließen. Nur will nicht einleuchten, dass dies anders sein soll, wenn sich aus der benutzten Terminologie und aus dem vom historischen Gesetzgeber geäußerten Willen bereits ein bestimmtes („eindeutiges“) Ergebnis ableiten lässt. Auch bei der Bestimmung des „Wortsinns“ sind vielmehr Zweck und Systematik des Gesetzes zu berücksichtigen (*Wank*, Die Auslegung von Gesetzen, 3. Aufl. 2005, S. 75).

4. Die analoge Anwendung des § 99 BetrVG

a) Unter III 2b der Gründe führt das BAG aus, wegen der Bindung an Gesetz „und Recht“ nach Art. 20 Abs. 3 GG könne es geboten sein, das vom Gesetz Gewollte gegen das im Gesetz Gesagte zur Geltung zu bringen. Eine derartige „wortsinnübersteigende“ Gesetzesanwendung bedürfe freilich einer besonderen Begründung,

da sie außerhalb des sprachlich gezogenen Anwendungsfeldes des Gesetzes und damit seiner demokratisch legitimierten Geltungskraft liege. Eine analoge Anwendung setze voraus, dass der nicht erfasste Fall „nach Maßgabe des Gleichheitssatzes und zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen“ gleich wie der gesetzlich geregelte behandelt werden müsse. Unter III 2c der Gründe wird dieser Schritt dann mit überzeugenden Argumenten getan.

b) Auch hier drängen sich einige Fragen zum methodischen Vorgehen auf. Die analoge Anwendung einer Norm setzt nach herkömmlichem Verständnis das Vorliegen einer planwidrigen Lücke voraus (*Koch/Rießmann*, Juristische Begründungslehre, 1982, S. 257ff.; *Wank*, aaO, S. 119ff.). Davon ist jedoch ersichtlich hier nicht die Rede; an späterer Stelle [unter III 2d der Gründe] wird sogar erwogen, der Gesetzgeber könne das Herausfallen von Gemeinschaftsbetrieben kleinerer Unternehmen bewusst in Kauf genommen haben. Der Sache nach geht es daher eher um eine teleologische Extension. Ob diese nur dann geboten ist, wenn andernfalls der Gleichheitssatz verletzt wäre, oder ob es ausreicht, dass andernfalls Wertungswidersprüche entstehen würden, wird nicht abschließend deutlich. Da im Folgenden untersucht wird, ob der Gesetzgeber nicht doch schematisch auf die Unternehmensgröße habe abstellen wollen, spricht einiges dafür, die Voraussetzungen als alternative zu begreifen: Die Prüfung, ob der Gesetzgeber nicht vielleicht doch eine gegen Art. 3 Abs. 1 GG verstoßende Regelung gewollt haben könnte, wäre ersichtlich überflüssig gewesen.

b) Abschließend prüft das BAG unter III 2d der Gründe, ob in § 99 BetrVG nF der Wille des Gesetzgebers zum Ausdruck gekommen sei, Konstellationen wie die vorliegende unter keinen Umständen der Mitbestimmung zu unterwerfen. Ein „beredtes Schweigen“ sei nicht feststellbar; dass auf Hinweise des Schrifttums nicht reagiert worden sei, könne auch darauf beruhen, dass sich der Gesetzgeber an der Rechtsprechung des BAG zur Bildung eines Wirtschaftsausschusses im Gemeinschaftsbetrieb orientiert habe. Selbst wenn der Gesetzgeber das Herausfallen von Gemeinschaftsbetrieben kleinerer Unternehmen „zumindest bewusst in Kauf genommen haben sollte“, stehe dies einer Analogie nicht entgegen; vielmehr sei sie nur dann ausgeschlossen, „wenn die unterschiedlichen Rechtsfolgen für die einander ähnlichen Sachverhalte vom Gesetzgeber gerade definitiv gewollt waren.“

Dies alles sind für den juristischen Diskurs valide Argumente, die auch dann zum Tragen kämen, wenn man nicht den Umweg über die analoge Anwendung gehen würde. Das Abstellen auf den empirischen Willen des Gesetzgebers hat gleichwohl ein wenig fiktiven Charakter. Methodenlehre und bürokratisch-parlamentarische Willensbildung erscheinen einem bisweilen wie zwei völlig ge-

trennte Welten, die erstere eher virtuell und in einem geschützten Bereich, die zweite voller Irrationalitäten, Subjektivismen und Zufälle. Dies lässt sich an der Reform der Betriebsverfassung im Jahre 2001 ganz gut verdeutlichen.

Das Arbeitsministerium (konkret: drei sachkundige Menschen) hatte in Erwartung zahlreicher Widerstände insbesondere seitens der Arbeitgeberverbände einen sehr vorsichtigen Referentenentwurf erarbeitet (dazu *Däubler* AuR 2001, 1 ff.). Eine Mobilisierung von Betriebsräten und Belegschaften, die sich durchaus eine weitergehende Verbesserung ihrer Rechte erhofft hatten, fand mit Rücksicht auf das eher lobbyistische Politikverständnis der DGB-Führung nicht statt. Auch die Hilfe der Wissenschaft war anders als zB bei der Schuldrechtsmodernisierung nicht in Anspruch genommen worden, was die „Fehleranfälligkeit“ des Textes erhöhte und überflüssige Angriffsflächen schuf. Es kam dann zu jener denkwürdigen Begegnung zwischen Arbeitsminister Riester und Wirtschaftsminister Müller, die mit Abstrichen am Referentenentwurf endete; das dabei Vereinbarte sollte einer informellen Absprache entsprechend im weiteren Gesetzgebungsverfahren nicht mehr verändert werden. Dabei ist es dann faktisch auch geblieben (zum Verfahren *Däubler*, WSI-Mitt. 2001, 63 ff.).

Zurück zu unseren Interpretationsproblemen. Hätte das Arbeitsministerium in § 99 und in dem gleichliegenden § 111 BetrVG geschrieben „In Unternehmen und gemeinsamen Betrieben iSd. § 1 Abs. 1 Satz 2 mit idR mehr als 20 wahlberechtigten Arbeitnehmern ...“, hätte sich daran in den folgenden Verhandlungen vermutlich nicht das Geringste geändert. Die Frage wäre als „technisches Detail“ betrachtet worden, über das sich niemand erregt hätte. Nun hatte man aber diese Formulierung nicht gewählt, weil man angesichts vieler anderer Fragen das Problem übersah oder für nicht regelungsbedürftig hielt. Nach dem Riester/Müller-Kompromiss wäre jede Textergänzung, die als Erweiterung eines Mitbestimmungsrechts hätte aufgefasst werden können, mit Argwohn betrachtet worden. Weil man nicht erneut Widerstände im eigenen Lager provozieren wollte, verzichtete man sowohl im Ministerium als auch im Ausschuss auf alle Initiativen dieser Art. Auch kann es in der Praxis schwierig sein, einem vielbeschäftigten Parlamentarier, der keine juristische Vorbildung hat, in einer Pause zwischen zwei Sitzungen mal eben zu vermitteln, dass die Erwähnung des Gemeinschaftsbetriebs dringend geboten wäre.

Würde die Methodenlehre versuchen, derartige Vorgänge „einzufangen“, müsste sie wohl schnell an ihrem eigenen Anspruch verzweifeln. Soll es wirklich relevant sein, dass eine bestimmte Konstellation von einem Ministerialbeamten in durchaus entschuldbarer Weise nicht bedacht wurde? Wie ist mit einem sachunkundigen Berichterstatter umzugehen, der lediglich den von einem Mitarbeiter entworfenen Text vorträgt? Müssten Reden fachlich versierter Abgeordneter in Zukunft bei der Ermittlung des Gesetzesinhalts

einen anderen Stellenwert bekommen als die vergleichbaren Ausführungen eines Grundschullehrers oder eines Gewerkschaftssekretärs? Wie ist mit Rechtsirrtümern umzugehen, die in der amtlichen Begründung stehen und die bei einem Vertrag oder bei einem Gesellschaftersbeschluss zur Unwirksamkeit wegen Irrtums über die Geschäftsgrundlage führen würden?

Wenn man den empirischen Willen des Gesetzgebers erforschen will, kann man diesen Fragen nicht ausweichen. Man müsste dabei auch informelle Zwänge, wie sie durch den Riester/Müller-Kompromiss geschaffen wurden, mitberücksichtigen, obwohl sie – etwas platt gesagt – keine „gerichtsverwertbaren“ Tatsachen sind.

Was tun? Eine Lösung könnte darin liegen, nicht auf den empirischen Willen des Gesetzgebers, sondern auf das hinter einem Gesetz stehende „Wertverständnis“ abzustellen (*Däubler*, Grundrecht auf Mitbestimmung, 3. Aufl. 1976, S. 144 ff.). Statt in die Details des Gesetzgebungsverfahrens einzusteigen, sollte man auf die globalen Zielsetzungen zurückzugreifen, die mit einem Vorhaben verfolgt werden. Was sollte durch das Gesetz bewirkt werden? Um welche „Richtung“ ging es bei den Änderungen? Ungenauigkeiten und Auslassungen kann man so einfacher und mit mehr Chancen auf Akzeptanz ausräumen. Vielleicht lassen sich die beiden Welten der wissenschaftlichen Interpreten und der politischen Akteure auf diese Weise ein wenig besser koordinieren. Der hier besprochenen Entscheidung kommt das Verdienst zu, die Sensibilität für diese Fragen erhöht zu haben.

Prof. Dr. Wolfgang Däubler, Bremen