

Betriebsrat: 18 und 4 ist auch mehr als 20

Führen 2 Unternehmen gemeinsam einen Betrieb (hier: ein Zahntechnikerlabor), wobei die Gesamtzahl der Beschäftigten 22 ist, so muss der Betriebsrat bei einer Versetzung auch dann mitbestimmen, wenn die Unternehmen je für sich weniger als 20 Beschäftigte haben (hier: 18 und 4). Wegen der gleichen Interessenlage und zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen muss die Arbeitnehmervertretung gehört werden.

Quelle: Wolfgang Büser

Mitbestimmung des Betriebsrats bei Versetzungen in einem Gemeinschaftsbetrieb; Folgen einer Beschäftigung von mehr als zwanzig wahlberechtigten Arbeitnehmern in einem Gemeinschaftsbetrieb; Beteiligte in Angelegenheiten des Betriebsverfassungsgesetzes; Arbeitgeber in einem Gemeinschaftsbetrieb mehrerer Unternehmen; Notwendigkeit der Auslegung des Antrages des Betriebsrats ; Erweiterung des Verfahrensgegenstands und Erstreckung auf bislang unbeteiligte Dritte ; Beteiligung des Betriebsrats bei personellen Maßnahmen; Zuweisung in einen anderen Arbeitsbereich als Versetzung

Gericht: BAG

Datum: 29.09.2004

Aktenzeichen: 1 ABR 39/03

Entscheidungsform: Beschluss

Referenz: JurionRS 2004, 29147

ECLI: [keine Angabe]

Verfahrensgang:

vorgehend:

ArbG Köln - 18.06.2002 - AZ: 17 BV 248/01

LAG Köln - 04.06.2003 - AZ: 3 TaBV 76/02

Rechtsgrundlagen:

§ 99 Abs. 1 BetrVG

§ 83 Abs. 3 ArbGG

§ 101 S. 1 BetrVG

§ 99 Abs. 2 BetrVG

Fundstellen:

BAGE 112, 100 - 112

ArbRB 2006, 325 (Kurzinformation)

ArbRB 2004, 325 (Kurzinformation)

ArbRB 2005, 137-138 (Volltext mit amtl. LS)

AuA 2004, 46 (Kurzinformation)

AuR 2005, 199 (Kurzinformation)

AuR 2004, 425
AUR 2004, 425 (Kurzinformation)
AUR 2005, 199 (Kurzinformation)
BAGReport 2005, 152-154
DB 2005, XI Heft 10 (amtl. Leitsatz)
DB 2005, 951-953 (Volltext mit amtl. LS)
DStR 2005, XVIII Heft 21-22 (Kurzinformation)
DStR 2004, 2108 (Kurzinformation)
EWiR 2005, 373 (Volltext mit red. LS)
EzA-SD 21/2004, 4 (Pressemitteilung)
EzA-SD 6/2005, 7-8
FA 2005, 227
FA 2005, 246-247 (Volltext mit amtl. LS)
FA 2004, 374-375 (Volltext mit amtl. LS)
FA 2005, 122 (amtl. Leitsatz)
FAr 2004, 374-375
FAr 2005, 122
NJW 2005, X Heft 14 (Kurzinformation)
NWB 2004, 3631 (Kurzinformation)
NWB 2005, 3892 (Kurzinformation)
NZA 2004, X Heft 20 (Kurzinformation)
NZA 2005, 622-623 (Urteilsbesprechung von Prof. Dr. Hermann Reichold)
NZA 2005, 420-424 (Volltext mit amtl. LS)
NZA-RR 2005, V Heft 4 (amtl. Leitsatz)
RdA 2005, 377 (Urteilsbesprechung von Prof. Dr. Andreas Feuerborn)
schnellbrief 2004, 4 (Pressemitteilung)
schnellbrief 2005, 5
ZBVR online 2005, 8 (amtl. Leitsatz)
ZIP 2004, VIII Heft 44 (Kurzinformation)

Amtlicher Leitsatz:

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.

In dem Beschlussverfahren
hat der Erste Senat des Bundesarbeitsgerichts
auf Grund der mündlichen Anhörung vom 29. September 2004
durch
den Präsidenten des Bundesarbeitsgerichts Prof. Dr. Wißmann,
die Richter am Bundesarbeitsgericht Kreft und Linsenmaier,
den ehrenamtlichen Richter Dr. Giese und
die ehrenamtliche Richterin Büßenschütt
beschlossen:

Tenor:

1. Auf die Rechtsbeschwerde des Betriebsrats wird der Beschluss des Landesarbeitsgerichts Köln vom 4. Juni 2003 - 3 TaBV 76/02 - aufgehoben.
2. Die Beschwerde der Beteiligten zu 2. gegen den Beschluss des Arbeitsgerichts Köln vom 18. Juni 2002 - 17 BV 248/01 - wird zurückgewiesen.
3. Zur Klarstellung wird der Beschluss des Arbeitsgerichts wie folgt gefasst:

Den Beteiligten zu 2. und 3. wird aufgegeben, die Versetzung des Mitarbeiters Dieter Aigner durch die diesem im September 2001 erteilte Weisung, künftig ausschließlich als Auslieferungsfahrer tätig zu sein, aufzuheben.

Gründe

1 A.

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

- 2 Die Arbeitgeberin - die Beteiligte zu 2 - betreibt in der Rechtsform einer GmbH ein zahntechnisches Labor. Sie wurde mit Gesellschaftsvertrag vom 8. Dezember 1998 errichtet. Sie beschäftigt achtzehn Arbeitnehmer.
- 3 Nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts führt die Arbeitgeberin einen Betrieb gemeinsam mit der D GmbH - der Beteiligten zu 3. Diese wurde mit Gesellschaftsvertrag vom 11. November 1976 errichtet. Sie änderte ihre Firma am 1. März 1982 in "Z GmbH" und diese sodann gemäß Gesellschafterbeschluss vom 8. Dezember 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.
- 4 Antragsteller ist der von sämtlichen Beschäftigten beider Unternehmen gewählte dreiköpfige Betriebsrat.
- 5 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 bedurft habe.

6 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.

7 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 Fassung 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.

8 Das Arbeitsgericht hat dem Antrag des Betriebsrats stattgegeben. Auf die Beschwerde der Arbeitgeberin hat das Landesarbeitsgericht den Antrag abgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Rechtsbeschwerde bittet der Betriebsrat um die Wiederherstellung der erstinstanzlichen Entscheidung.

9 **B.**

Die Rechtsbeschwerde ist begründet. Das Landesarbeitsgericht 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.

10 **I.**

Am Verfahren ist auch die D GmbH (DI GmbH) beteiligt.

11 **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. Dezember 2002 - 1 ABR 27/01 - BAGE 104, 187, 190 [BAG 10.12.2002 - 1 ABR 27/01] , zu B I der Gründe mwN; 23. Oktober 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. Dezember 2002 - 1 ABR 27/01 - aaO mwN; 25. September 1996 - 1 ABR 25/96 - AP ArbGG 1979 § 97 Nr. 4 = EzA ArbGG 1979 § 97 Nr. 2).

12 **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.

13 **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.

14 b)

Im Streitfall führen die Z GmbH (Z GmbH) und die D GmbH einen gemeinsamen Betrieb. Das hat das Landesarbeitsgericht 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.

15 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.

16 3.

Die Vorinstanzen haben die Dental GmbH nicht angehört. Dies konnte in der Rechtsbeschwerdeinstanz nachgeholt werden (vgl. dazu BAG 10. Dezember 2002 - 1 ABR 27/01 - BAGE 104, 187 [BAG 10.12.2002 - 1 ABR 27/01] ; 23. Oktober 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. Dezember 2002 - 1 ABR 27/01 - aaO; 15. Januar 2002 - 1 ABR 10/01 - BAGE 100, 157, 159 [BAG 15.01.2002 - 1 ABR 10/01] , zu BI der Gründe; Matthes in Germelmann/Matthes/Prütting/Müller-Glöße ArbGG § 83 Rn. 31). Eine solche Rüge ist von keinem Beteiligten erhoben worden.

17 II.

Der Antrag des Betriebsrats bedarf der Auslegung.

18 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.

19 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 worden. Zudem kennt das Beschlussverfahren einen Antragsgegner im förmlichen Sinne nicht (BAG 20. April 1999 - 1 ABR

13/98 - BAGE 91, 235, 242, zu 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. März 1996 - 7 ABR 41/95 - BAGE 82, 291, 297 [BAG 20.03.1996 - 7 ABR 41/95] , zu 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).

20 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 in der Regel 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.

21 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 Antragerweiterung in den Vorinstanzen nicht thematisiert worden ist. Das hat der Betriebsrat in der mündlichen Anhörung vor dem Senat ausdrücklich klargestellt.

22 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.

23 III.

Der auf beide Arbeitgeberinnen erstreckte Antrag des Betriebsrats ist begründet. Dies folgt aus § 101 Satz 1 BetrVG . Danach kann der Betriebsrat beim Arbeitsgericht 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.

24 1.

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

25 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. April 1997 - 1 ABR 84/96 - AP BetrVG 1972 § 99 Versetzung Nr. 14 = EzA BetrVG 1972 § 99 Versetzung Nr. 2, zu B I 2 der Gründe; Kraft GK-BetrVG § 99 Rn. 65 mwN).

- 26** 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.
- 27** 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 insgesamt mehr als zwanzig wahlberechtigte Arbeitnehmer beschäftigt sind.
- 28** a)
- Eine entsprechende Auslegung lässt der Wortlaut des Gesetzes nicht zu. Das hat das Landesarbeitsgericht zutreffend erkannt.
- 29** aa)
- Mit der Formulierung: "In Unternehmen mit in der Regel 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.
- 30** 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.
- 31** 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 Wortsinn. Über ihn kann sich die Auslegung des Gesetzes nicht hinwegsetzen (BVerfG 24. Mai 1995 - 2 BvF 1/92 - BVerfGE 93, 37, 81, zu D I der Gründe; 9. Februar 1982 - 1 BvR 799/78 -

32 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.

33 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. Februar 1973 - 1 BvR 112/65 - BVerfGE 34, 269, 287, zu C IV 1 der Gründe; 19. Juni 1973 - 1 BvL 39/69 und 14/72 - BVerfGE 35, 263, 278 f., zu 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.

34 Analoge Gesetzesanwendung setzt voraus, dass der gesetzessprachlich nicht erfasste, dh. gesetzlich unregelter 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.

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

36

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 einsetzten. 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 Bundesverfassungsgerichts zur Kleinbetriebsklausel im Kündigungsschutzgesetz (BVerfG 27. Januar 1988 - 1 BvL 15/87 - BVerfGE 97, 169 [BVerfG 27.01.1998 - 1 BvL 15/87]). 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).

- 37** 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.
- 38** 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 einem 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.
- 39** 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 Ergebnis 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.

40 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.

41 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.

42 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.

43 Zwar hat das Schrifttum noch während des Gesetzgebungsverfahrens auf diese vom Wortlaut des Gesetzesentwurfs gebotene Konsequenz aufmerksam gemacht (vgl. Richardi/Annuß DB 2001, 41, 45; Annuß 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 Bundesarbeitsgerichts 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. August 1990 - 7 ABR 91/88 - BAGE 65, 304, 309 ff., zu B II 2 b, c der Gründe).

- 44** Selbst wenn der Gesetzgeber - wie das Landesarbeitsgericht 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.
- 45** 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.

Von Rechts wegen

Verkündet am 29. September 2004

Hinweise des Senats: Beschlussverfahren
parallel zu - 1 AZR 473/03 - Urteil vom 29. September 2004

Hinweis: Das Dokument wurde redaktionell aufgearbeitet und unterliegt in dieser Form einem besonderen urheberrechtlichen Schutz. Eine Nutzung über die Vertragsbedingungen der Nutzungsvereinbarung hinaus - insbesondere eine gewerbliche Weiterverarbeitung außerhalb der Grenzen der Vertragsbedingungen - ist nicht gestattet.