

Aktenzeichen: 1 AZR 473/03
Bundesarbeitsgericht 1. Senat

Urteil vom 29. September 2004
- 1 AZR 473/03 -

I. Arbeitsgericht
Köln

Urteil vom 18. Juni 2002
- 17 Ca 127/02 -

II. Landesarbeitsgericht
Köln

Urteil vom 4. Juni 2003
- 3 (7) Sa 1120/02 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Entscheidungsstichwort:

Mitbestimmung bei Versetzungen im Gemeinschaftsbetrieb

Gesetze:

BetrVG § 99 Abs. 1 Satz 1, § 95 Abs. 3, § 103 Abs. 3; GG Art. 20 Abs. 3;
ZPO § 256 Abs. 1, § 559 Abs. 2; BGB § 315

Leitsätze:

keine

Hinweise des Senats:

Individualrechtsstreit parallel zu - 1 ABR 39/03 - Beschluss vom 29.
September 2004



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

BUNDESARBEITSGERICHT



1 AZR 473/03
3 (7) Sa 1120/02
Landesarbeitsgericht
Köln

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
29. September 2004

URTEIL

Klapp, Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungsbeklagter und Revisionskläger,

pp.

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsbeklagte,

hat der Erste Senat des Bundesarbeitsgerichts auf Grund der mündlichen Verhandlung 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 für Recht erkannt:



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

1. Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Köln vom 4. Juni 2003 - 3 (7) Sa 1120/02 - aufgehoben.
2. Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Köln vom 18. Juni 2002 - 17 Ca 127/02 - wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass die Verurteilung der Beklagten zur vorläufigen Weiterbeschäftigung des Klägers gegenstandslos geworden ist.
3. Die Beklagte hat die Kosten der Berufung und der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit der Zuweisung eines anderen Tätigkeitsbereichs.

Die Beklagte betreibt ein zahntechnisches Labor. Der jetzt 44-jährige Kläger ist dort seit 1977 beschäftigt. Im Betrieb sind 22 Arbeitnehmer tätig.

Der Kläger wurde als ungelernte Kraft eingestellt und während der ersten Jahre mit verschiedenen, schnell erlernbaren zahntechnischen Arbeiten beschäftigt. Ab dem Jahr 1988 wurde er in erheblichem Umfang, in den Jahren 1990 und 1991 ausschließlich als Auslieferungsfahrer eingesetzt. Zwischen 1993 und 1997 war er an der Herstellung von Modellguss-Prothesen beteiligt. Im Jahr 1998 nahm er in verstärktem Umfang erneut Auslieferungsfahrten vor. Seit 1999 war der Kläger in der sog. Gipsabteilung des Betriebs tätig. Seit dieser Zeit fielen Auslieferungsfahrten nur noch gelegentlich an. In der Wahlperiode von 1998 bis 2002 war der Kläger Vorsitzender des für den Betrieb gewählten dreiköpfigen Betriebsrats.

Spätestens im Oktober 2001 erhielt der Kläger die Anweisung, künftig nur noch als Auslieferungsfahrer zu arbeiten. Der Kläger hat die Auffassung vertreten, diese Anweisung sei vom Direktionsrecht der Arbeitgeberin nicht gedeckt. Dazu habe es einer Änderungskündigung bedurft. Im Übrigen sei die Anweisung aus kollektivrechtlichen Gründen unwirksam, weil ihr der Betriebsrat - unstreitig - nicht zugestimmt habe. Einer solchen Zustimmung habe es bedurft. Die 1998 gegründete Beklagte habe zwar nur achtzehn Mitarbeiter, sie führe den Betrieb aber gemeinsam mit der schon 1977



gegründeten D GmbH (D GmbH), die weitere vier Arbeitnehmer beschäftige. Der Betriebsrat habe deshalb gemäß § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG bei personellen Einzelmaßnahmen mitzubestimmen. Maßgeblich sei, dass im Betrieb insgesamt mehr als zwanzig Arbeitnehmer tätig seien.

Der Kläger hat beantragt

1. festzustellen, dass die Versetzung der Beklagten aus Mitte Oktober 2001 ihm gegenüber von der Gipsabteilung in den Kurierdienst unwirksam ist;
2. im Falle des Obsiegens mit dem Antrag zu 1. die Beklagte zu verurteilen, ihn ab sofort als Zahntechniker zu unveränderten Arbeitsbedingungen weiterzubeschäftigen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat die Ansicht vertreten, die Tätigkeitszuweisung an den Kläger sei von ihrem Direktionsrecht gedeckt. Eine dies ausschließende Konkretisierung der vom Kläger geschuldeten Leistungen auf Zahntechnikertätigkeiten habe nicht stattgefunden. Die Beklagte hat behauptet, der Grund für ihre Anweisung liege zum einen darin, dass der Kläger sich bei seiner Arbeit in der Gipsabteilung oftmals nicht nach den Verarbeitungsvorschriften der Gipshersteller gerichtet und deshalb fehlerhafte Modelle hergestellt habe. Zum anderen sei die Gipsabteilung wegen Auftragsrückgangs überbesetzt gewesen. Ein langjährig beschäftigter, gelernter Zahntechniker habe einen Arbeitsplatzwechsel abgelehnt und ein von ihr ausgebildeter weiterer Zahntechniker müsse unter Wirtschaftlichkeitsgesichtspunkten als solcher und nicht als Fahrer beschäftigt werden.

Die Versetzung des Klägers sei auch kollektiv-rechtlich wirksam. Sie führe keinen gemeinsamen Betrieb mit der D GmbH. Dieses Unternehmen verfolge mit seinen vier Mitarbeitern, von denen zwei mit Bürotätigkeiten, zwei mit Reinigungsarbeiten beschäftigt seien, einen anderen Betriebszweck als sie mit ihrem zahntechnischen Labor. Selbst wenn man vom Vorliegen eines Gemeinschaftsbetriebs ausgehe, habe es einer Zustimmung des Betriebsrats nach § 99 BetrVG nicht bedurft. Die Vorschrift stelle in ihrer jetzigen Fassung auf die Unternehmensgröße und nicht die Betriebsgröße ab.

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat sie abgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision bittet der Kläger um die Wiederherstellung der erstinstanzlichen Entscheidung.



Entscheidungsgründe

Die Revision ist begründet. Das Landesarbeitsgericht hat den Antrag zu 1. zu Unrecht abgewiesen. Dabei kann dahinstehen, ob die Tätigkeitszuweisung an den Kläger gegen § 315 Abs. 1 BGB oder § 37 Abs. 5 BetrVG verstieß. In jedem Fall bedurfte sie der Zustimmung des Betriebsrats. Weil diese nicht vorliegt, ist die Maßnahme auch individualrechtlich unwirksam. Der Antrag zu 2. ist gegenstandslos geworden.

I. Der Antrag zu 1. ist zulässig. Er ist auf das Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses im Sinne des § 256 Abs. 1 ZPO gerichtet. Zwar begründet die vom Kläger angegriffene Anweisung als solche kein eigenständiges Rechtsverhältnis. Die Parteien streiten aber über den Inhalt ihres Arbeitsverhältnisses. Die Beklagte hält den Kläger für verpflichtet, ausschließlich Fahrtätigkeiten auszuüben. Damit ist nicht das Bestehen des Arbeitsverhältnisses streitig, wohl aber das Bestehen einer - von der Beklagten auf ihr Direktionsrecht gestützten - Verpflichtung des Klägers. Auch der Streit um einzelne rechtliche Pflichten aus einer bestehenden Rechtsbeziehung ist ein Streit über das Bestehen eines Rechtsverhältnisses iSd. § 256 Abs. 1 ZPO (*BAG 16. September 1998 - 5 AZR 183/97 - AP BAT-O § 24 Nr. 2 = EzA BGB § 315 Nr. 49, zu II der Gründe mwN; Reichold in Thomas/Putzo ZPO § 256 Rn. 7; vgl. auch Hartmann in Baumbach/Lauterbach/Hartmann/Albers ZPO § 256 Rn. 54*).

Das erforderliche Feststellungsinteresse ist gegeben. Der Kläger ist nicht gehalten, die sich aus der möglichen Unwirksamkeit der Weisung ergebenden Rechtsfolgen und Ansprüche im Wege der Leistungsklage zu verfolgen. Die Feststellungsklage ist geeignet, den Streit der Parteien insgesamt beizulegen.

II. Der Feststellungsantrag ist begründet.

1. Dem steht nicht entgegen, dass der Kläger die Klage nur gegen die Beklagte und nicht auch gegen die D GmbH gerichtet hat.

a) Allerdings führen diese und die Beklagte einen gemeinsamen Betrieb. Das hat das Landesarbeitsgericht „nach dem zweitinstanzlich unstreitig gewordenen Sachverhalt“ angenommen. Davon ist weiter auszugehen. Zwar ist keine Bindungswirkung nach § 559 Abs. 2 ZPO eingetreten. Es ist nicht ersichtlich, auf welchen konkreten Tatsachenbehauptungen die Feststellung des Landesarbeitsgerichts beruht. Es handelt



sich bei ihr damit nur um die Zusammenfassung des nicht ausdrücklich gewürdigten Tatsachenvorbringens unter einen einheitlichen Begriff.

Gleichwohl ist die Annahme berechtigt, es liege ein gemeinsamer Betrieb vor. Bis Ende 1998 gab es mit der D GmbH nur eine Betriebsinhaberin, die den einen Betrieb führte. Dann wurde zwar die Beklagte als Mitinhaberin gegründet, dies blieb aber offensichtlich ohne Einfluss auf die bestehende Betriebsorganisation. Damit wäre es Sache der Beklagten gewesen darzulegen, weshalb daraus nicht auf das unveränderte Fortbestehen der vorhandenen einheitlichen Organisation und deren gemeinsame Leitung geschlossen werden dürfte. Dazu hat die Beklagte nichts vorgetragen; es sind auch keine Anhaltspunkte für eine mögliche Änderung der Betriebsorganisation gegeben.

b) Partei des Arbeitsvertrags mit dem Kläger ist trotz des Bestehens eines Gemeinschaftsbetriebs allein die Beklagte; nur mit dieser steht der Kläger in rechtlichen Beziehungen. Weisungen der gemeinsamen Betriebsleitung muss der Kläger deshalb nur insoweit gegen sich gelten lassen, wie diese durch Rechtsbefugnisse der Beklagten ihm gegenüber gedeckt sind. Umgekehrt genügt die Feststellung der Unwirksamkeit einer solchen Weisung mit Wirkung gegenüber der Beklagten, um ihre Wirkungslosigkeit auch in Bezug auf die an der Führung des Betriebs beteiligte D GmbH herbeizuführen. Was die Beklagte als Vertragsarbeitgeberin gegenüber dem Kläger nicht bewirken kann, kann auch ein anderes an der Leitung des Betriebs beteiligtes Unternehmen rechtlich nicht durchsetzen. Dieses hat allein über die Rechtsbeziehung des Klägers zur Beklagten Einfluss auf dessen Rechte und Pflichten als Arbeitnehmer und Belegschaftsmitglied.

2. Die Unwirksamkeit der dem Kläger erteilten Anweisung folgt nicht schon aus § 103 Abs. 3 BetrVG. Zwar war der Kläger im fraglichen Zeitpunkt Vorsitzender des im Betrieb gewählten Betriebsrats. Die Versetzung eines Betriebsratsmitglieds bedarf aber nur dann der Zustimmung des Betriebsrats, wenn sie zum Verlust des Amtes führen würde, etwa weil das Betriebsratsmitglied in einen anderen Betrieb versetzt werden soll. Das ist hier nicht der Fall.

3. Die Unwirksamkeit der Maßnahme folgt auch nicht daraus, dass diese vom Direktionsrecht der Beklagten nicht gedeckt gewesen wäre, sondern einer Änderungskündigung bedurft hätte. Das hat das Landesarbeitsgericht zutreffend entschieden.



a) Im Rahmen des Direktionsrechts kann der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer alle Tätigkeiten zuweisen, zu deren Erbringung dieser sich arbeitsvertraglich verpflichtet hat. Dazu, welche genauen Arbeitsaufgaben der Kläger nach den ursprünglichen Vereinbarungen der Parteien schuldet, fehlt es an Parteivorbringen und Feststellungen des Landesarbeitsgerichts. Unstreitig hat der Kläger als ungelernte Kraft aber tatsächlich unterschiedliche Tätigkeiten ausgeübt, darunter im wechselnden Umfang immer wieder, über zwei Jahre hinweg sogar ausschließlich, Fahrtätigkeiten. Auch nach der Zuweisung von Tätigkeiten in der Gipsabteilung im Jahre 1999 war er zumindest gelegentlich weiterhin als Fahrer eingesetzt.

b) Damit beschränken sich die vertraglich geschuldeten Leistungen des Klägers nicht auf reine Zahntechnikerarbeiten. Zu ihnen gehören vielmehr weiterhin auch bloße Fahrtätigkeiten. Zwar können sich nur allgemein beschriebene und unterschiedliche Arbeitspflichten im Lauf der Zeit auf bestimmte, künftig als einzige geschuldete Tätigkeiten konkretisieren, wenn über längere Zeit nur noch diese verrichtet worden sind. Dann ist die Änderung der Arbeitsaufgaben der einseitigen Weisung durch den Arbeitgeber entzogen. Zu einer solchen Konkretisierung genügt aber nicht schon der bloße Zeitablauf. Es müssen weitere Umstände hinzutreten, aus denen sich ergibt, dass der Arbeitnehmer künftig nicht mehr in anderer Weise eingesetzt werden soll (*BAG 7. Dezember 2000 - 6 AZR 444/99 - AP BGB § 611 Direktionsrecht Nr. 61 = EzA BGB § 611 Direktionsrecht Nr. 23, zu III 2 der Gründe; 24. April 1996 - 5 AZR 1032/94 - PersR 1997, 179, zu II 2 e aa der Gründe mwN*).

Im Streitfall fehlt es sowohl an einer vom Kläger hinreichend lang ausgeübten gleichartigen Tätigkeit als auch an besonderen Umständen, die den Schluss zuließen, er habe dauerhaft überwiegend mit Zahntechnikerarbeiten beschäftigt werden sollen.

4. Die vom Direktionsrecht der Beklagten gedeckte Maßnahme der Beklagten verstößt nach der Entscheidung des Landesarbeitsgerichts nicht gegen § 315 BGB. Die Revision hat dies nicht ausdrücklich angegriffen. Der Senat sieht mangels Entscheidungserheblichkeit von einer eigenen Würdigung ab. Ferner kann dahinstehen, ob die Zuweisung bloßer Fahrtätigkeiten § 37 Abs. 5 BetrVG verletzt. Die Unwirksamkeit der Anweisung ergibt sich jedenfalls aus der Nichtbeachtung eines Mitbestimmungsrechts des Betriebsrats nach § 99 BetrVG.



a) Die Maßnahme der Beklagten stellt eine Versetzung nach § 95 Abs. 3, § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG dar. Sie bedurfte der Zustimmung des Betriebsrats, obwohl die Beklagte selbst weniger als zwanzig Arbeitnehmer beschäftigt.

aa) Für das Betriebsverfassungsrecht ist der Begriff der Versetzung definiert in § 95 Abs. 3 BetrVG. 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*).

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 ist. Diese Fahrten prägten nicht das Gesamtbild seiner Tätigkeit.

bb) 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.



(1) Eine entsprechende Auslegung lässt der Wortlaut des Gesetzes nicht zu. Das hat das Landesarbeitsgericht zutreffend erkannt.

(a) 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 Klägers 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 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 - BVerfGE 59, 330, 334, zu B I 2 der Gründe; 18. Februar 2003 - 1 ABR 2/02 - BAGE 105, 32; Koch/Rüßmann Juristische Begründungslehre S. 182; Larenz/Canaris Methodenlehre der Rechtswissenschaft S. 163 f.*).

(b) 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.

(2) 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 Verfassungs 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 unregelte 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.

(3) 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.

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*). 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 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.

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.

(4) 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/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*).

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.

b) Die ohne die erforderliche Zustimmung des Betriebsrats erfolgte Versetzung des Klägers ist individualrechtlich unwirksam. Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei einer Versetzung dient neben dem Schutz der Belegschaft dem Schutz des



von der Maßnahme betroffenen Arbeitnehmers. Dies zeigt § 99 Abs. 2 Nr. 4 BetrVG. Die fehlende Zustimmung des Betriebsrats hat deshalb nach der vom Bundesarbeitsgericht in ständiger Rechtsprechung vertretenen Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung zur Folge, dass die Versetzung auch im Verhältnis der Arbeitsvertragsparteien unwirksam ist; der Arbeitnehmer hat das Recht, die Arbeit zu den geänderten Bedingungen zu verweigern (*BAG 5. April 2001 - 2 AZR 580/99 - BAGE 97, 276, 287, zu II 2 c cc (2) der Gründe; 26. Januar 1988 - 1 AZR 531/86 - BAGE 57, 242, 256, zu II 4 b der Gründe; Fitting § 99 Rn. 232 mwN*).

III. Der Antrag zu 2. muss vom Senat nicht mehr beschieden werden. Er ist gegenstandslos geworden.

Die Vorinstanzen haben den Antrag erkennbar dahin verstanden, dass der Kläger mit ihm lediglich einen Anspruch auf vorläufige Weiterbeschäftigung bis zur Rechtskraft einer Entscheidung über den Feststellungsantrag geltend machen wollte. In dem der Klage in vollem Umfang stattgebenden Urteil des Arbeitsgerichts finden sich zur Begründetheit des Weiterbeschäftigungsantrags keinerlei Ausführungen. Dies zeigt, dass das Arbeitsgericht ihn für „selbstverständlich“ begründet hielt. Das ist nur verständlich, wenn es ihn als Antrag auf vorläufige Weiterbeschäftigung angesehen hat. Für eine andere Sichtweise des Landesarbeitsgerichts gibt es keinen Anhaltspunkt.

Die Auslegung der Vorinstanzen ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Sie entspricht erkennbar dem Willen des Klägers. Das wird daraus ersichtlich, dass der Kläger zur Begründung seines Weiterbeschäftigungsverlangens lediglich vorgebracht hat, wegen der Unwirksamkeit der Versetzung sei er „sofort zu unveränderten Arbeitsbedingungen weiterzubeschäftigen“. Der Kläger wollte folglich nur erreichen, dass er im Falle des Obsiegens mit dem Feststellungsantrag schon vor Rechtskraft der betreffenden Entscheidung so weiterbeschäftigt wird wie bisher.

Damit liegt dem Antrag zu 2. kein Streit der Parteien darüber zugrunde, ob der Kläger auch nach Rechtskraft einer dem Feststellungsantrag stattgebenden Entscheidung als Zahntechniker weiterzubeschäftigen ist. Mit einem solchen Inhalt wäre der Antrag im Übrigen unzulässig. Er wäre dann auf eine künftige Leistung iSd. § 259 ZPO gerichtet, ohne dass nach den gegebenen Umständen die Besorgnis gerechtfertigt wäre, dass die Beklagte als Schuldnerin sich der rechtzeitigen Leistung entziehen werde.



Ein Antrag, mit dem lediglich die vorläufige Weiterbeschäftigung noch während des laufenden, um die Wirksamkeit einer Versetzung geführten Verfahrens begehrt wird, wird mit Rechtskraft der Entscheidung über die Versetzung gegenstandslos.

Wißmann

Linsenmaier

Kreft

Giese

Büßenschütt

