Festschrift für
PETER KREUTZ

zum 70. Geburtstag

Herausgegeben
von
Günther Hönn
Hartmut Oetker
Thomas Raab

Luchterhand 2010

Der Schein-Gemeinschaftsbetrieb

Volker Rieble

A. Bestandskraft der Wahl zum Gemeinschaftsbetriebsrat

Dass durch Betriebsratswahlen Betriebe konstituiert werden, ist inzwischen Allgemeingut. Zwar lässt »eine lange Jahre unter Verkennung des Betriebsbegriffes praktizierte Betriebsverfassung (...) für die Zukunft keinen **Vertrauensschutztatbestand**« entstehen.[1] »Das Rechtsinstitut der betrieblichen Übung kann nicht die betriebsverfassungsrechtlichen Beziehungen zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat gestalten.«[2] Die Betriebsverfassungsorganisation ist zwingend ausgestaltet und kann nur im Rahmen von § 3 BetrVG und mit der Urabstimmung des § 4 Abs. 1 Satz 2 BetrVG modifiziert werden.

Gleichwohl führt die Verkennung des Betriebsbegriffes grundsätzlich nur zur Anfechtbarkeit der Wahl.[3] Während des Anfechtungsverfahrens bleibt der fehlerhaft gewählte Betriebsrat vorerst im Amt.[4] Verstreicht die Anfechtungsfrist, ist er für die ganze Amtszeit gewählt.[5] Effektiven Rechtsschutz vor solch fehlerhaften Wahlen bietet mithin überhaupt nur das Verfügungsverfahren.[6] Die Wahl als Organisationsakt der Belegschaft bewirkt also, was die Vereinbarung nicht kann.

Diese Bestandskraft gilt auch für die Verkennung der Voraussetzungen des Gemeinschaftsbetriebes: Unterstellt der Wahlvorstand die nach h. M. erforderliche Führungsvereinbarung und führt er die Wahl im scheinbaren Gemeinschaftsbetrieb durch, so ist der Betriebsrat zu-

1 BAG 17. 1. 1978 – 1 ABR 71/76 – EzA BetrVG 1972 § 1 Nr. 1 = DB 1978, 1133.

2 BAG 19. 2. 2002 – 1 ABR 26/01 – EzA BetrVG 1972 § 4 Nr. 8 = AP BetrVG 1972 § 4 Nr. 13 = NZA 2002, 1300.

3 BAG 21. 7. 2004 – 7 ABR 57/03 – EzA BetrVG 2001 § 4 Nr. 1 = AP BetrVG 1972 § 4 Nr. 15; BAG 19. 11. 2003 – 7 ABR 25/03 – EzA BetrVG 2001 § 19 Nr. 1 = AP BetrVG 1972 § 19 Nr. 55; BAG 19. 11. 2003 – 7 ABR 24/03 – EzA BetrVG 2001 § 19 Nr. 2 = AP BetrVG 1972 § 19 Nr. 54 = NZA 2004, 395; BAG 31. 3. 2000 – 7 ABR 78/98 – AP BetrVG 1972 § 1 Gemeinsamer Betrieb Nr. 12 = EzA BetrVG 1972 § 19 Nr. 39 = NZA 2000, 1350; Leitentscheidung: BAG 13. 9. 1984 – 6 ABR 43/83 – EzA BetrVG 1972 § 19 Nr. 20 = AP BetrVG 1972 § 1 Nr. 3 = NZA 1985, 293.

4 Ständige Rechtsprechung, etwa BAG 13. 11. 1991 – 7 ABR 8/91 – EzA BetrVG 1972 § 26 Nr. 5 = AP BetrVG 1972 § 26 Nr. 9 = NZA 1992, 944; BAG 9. 4. 1991 – 1 AZR 488/90 – AP BetrVG 1972 § 18 Nr. 8 = EzA BetrVG 1972 § 18 Nr. 7; BAG 21. 6. 1957 – 1 ABR 1/56 – AP ArbGG 1953 § 81 Nr. 2; GK-BetrVG/*Kreutz*, 8. Aufl. 2005, § 19 Rn. 111, 116.

5 BAG 27. 6. 1995 – 1 ABR 62/94 – AP BetrVG 1972 § 4 Nr. 7 unter B.I der Gründe; BAG 19. 11. 2003 – 7 AZR 11/03 – EzA BetrVG 2001 § 22 Nr. 1 = AP BetrVG 1972 § 1 Gemeinsamer Betrieb Nr. 19 = NZA 2004, 435 unter I.1 der Gründe; GK-BetrVG/*Kreutz* (Fn. 4) § 19 Rn. 75; HSWGNR/*Nicolai*, 7. Aufl. 2008, § 19 Rn. 27.

6 Eingehend *Rieble/Triskatis* NZA 2006, 233; weiter *Bram* FA 2006, 66; *Kaus* AiB 2007, 298; GK-BetrVG/*Kreutz* (Fn. 4) § 19 Rn. 111 f.; *Veit/Wiechert* DB 2006, 390; LAG Nürnberg 30. 3. 2006 – 6 TaBV 19/06; Hessisches LAG 23. 5. 2006 – 9 TaBVGa 81/06; LAG Hamburg 26. 4. 2006 – 6 TaBV 6/06 – NZA-RR 2006, 413; LAG Hamm 3. 3. 2006 – 13 TaBV 18/06.

nächst im Amt[7] – obschon die beteiligten Arbeitgeber keine Führungsvereinbarung abgeschlossen haben und also nicht zu einem einheitlichen betriebsverfassungsrechtlichen Arbeitgeber verbunden sind. Der Betriebsrat agiert also als einheitliche Arbeitnehmerinteressenvertretung für die nach wie vor getrennten Betriebe der betriebsverfassungsrechtlich getrennten Arbeitgeber.[8] Das ist keine schlechthin unerträgliche Folge – so dass »doch« über Nichtigkeit nachzudenken wäre; ein Betriebsrat für mehrere Betriebe verschiedener Arbeitgeber kann auch im Übergangsmandat des § 21 a Abs. 1 Satz 1 BetrVG entstehen.[9]

B. Beschränkte Reichweite der Wahl-Bestandskraft

I. Keine Konstituierung des betriebsverfassungsrechtlichen Gemeinschafts-Arbeitgebers

Die Bestandskraft der Betriebsratswahl beschränkt sich auf den Betriebsrat als solchen. Nur er ist »unanfechtbar« in seinem Amt. Das allein entspricht der Funktion der Wahlanfechtung: Sie will verhindern, dass der Streit um die Ordnungsgemäßheit der Wahl zur Betriebsratslosigkeit führt und damit die Belegschaft ihres Mitbestimmungsschutzes beraubt wird. Insofern ist § 19 BetrVG mit § 103 BetrVG verwandt.

Weder konstituiert die Betriebsratswahl als solche einen Gemeinschaftsbetrieb, noch werden die beteiligten Vertragsarbeitgeber über die Unanfechtbarkeit der Wahl zu einer betriebsverfassungsrechtlichen Gemeinschaft geschmiedet. Der Wahlakt selbst schafft nicht einmal einen Vermutungstatbestand für den Gemeinschaftsbetrieb über § 1 Abs. 2 BetrVG hinaus.

Der legitimatorische Wahlakt durch die Arbeitnehmer deckt ausschließlich die Konstituierung des Gemeinschaftsbetriebsrats und kann die betroffenen Arbeitgeber niemals in eine institutionell einheitliche Leitung zwingen. Weil die Führungsvereinbarung der beteiligten Arbeitgeber eine (Innen-)Gesellschaft bürgerlichen Rechts bedeutet,[10] wäre damit zugleich auch gegen die negative Vereinigungsfreiheit verstoßen.

Zudem ist eine betriebsverfassungsrechtliche Verhaltensabstimmung der betroffenen Arbeitgeber unmöglich, wenn diese Führungsvereinbarung fehlt. Theoretisch ließe sich zwar denken, die Binneneinigung der Arbeitgeber des scheinbaren Gemeinschaftsbetriebes durch eine einheitliche Einigungsstelle zu erreichen; indes soll die Einigungsstelle Regelungsstreitigkeiten zwischen Arbeitgeber und Betriebsratsseite beilegen; für die Binnenkonflikte zwischen Arbeitgebern ist sie ungeeignet.

7 BAG 19. 11. 2003 – 7 AZR 11/03 – EzA BetrVG 2001 § 22 Nr. 1 = AP BetrVG 1972 § 1 Gemeinsamer Betrieb Nr. 19 = NZA 2004, 435 unter I. 1 der Gründe; BAG 31. 3. 2000 – 7 ABR 78/98 – AP BetrVG 1972 § 1 Gemeinsamer Betrieb Nr. 12= EzA BetrVG 1972 § 19 Nr. 39 = NZA 2000, 1350; GK-BetrVG/*Kreutz* (Fn. 4) § 19 Rn. 138; DKK/*Schneider*, 11. Aufl. 2008, § 19 Rn. 10.

8 GK-BetrVG/*Kreutz* (Fn. 4) § 18 Rn. 62 unter (2); HSWGNR/*Nicolai* (Fn. 5) § 18 Rn. 47; ähnlich DKK/*Schneider* (Fn. 7) § 18 Rn. 22.

9 Dazu *Rieble* NZA 2002, 233, 234; *Feudner* DB 2003, 882 ff.; GK-BetrVG/*Kreutz* (Fn. 4) § 21 a Rn. 17 ff.; *Thüsing* DB 2002, 738 f.; HSWGNR/*Worzalla* (Fn. 5) § 21 a Rn. 13; *Fitting*, 24. Aufl. 2008, § 21 a Rn. 8 ff.; nunmehr auch Richardi/*Thüsing*, 11. Aufl. 2008, § 21 a Rn. 6.

10 BAG 24. 1. 1996 – 7 ABR 10/95 – EzA BetrVG 1972 § 1 Nr. 10 = AP BetrVG 1972 § 1 Gemeinsamer Betrieb Nr. 8 mit Anm. *Däubler* = NZA 1996, 1110; *Rieble/Gistel* NZA 2005, 242, 246 f; Richardi/*Richardi* (Fn. 9) § 1 Rn. 71; eingehend mit Nachweisen DKK/*Trümner* (Fn. 7) § 1 Rn. 126 ff.

Das heißt: Die betroffenen Arbeitgeber sind betriebsverfassungsrechtlich selbständig. Ihnen steht nur ein einheitlicher Betriebsrat gegenüber.[11]

II. Keine Konstituierung des Betriebes

Freilich hat das BAG in einer Entscheidung vom 27. 6. 1995 für die Betriebsänderung des § 111 BetrVG gemeint, dass die Unanfechtbarkeit der Betriebsratswahl den »Betrieb« auch in Ansehung der Mitbestimmungsrechte des § 111 BetrVG fingieren könne.[12] Im konkreten Fall ging es um einen behaupteten Betriebsteil (Wachdepot bei der Bundeswehr), der einen eigenen Betriebsrat gewählt hat. Dessen Stilllegung sah das BAG als Betriebsstilllegung i. S. v. § 111 Satz 3 Nr. 1 BetrVG an, weil aus der bestandskräftigen Betriebsratswahl zugleich folge, dass die Einheit Betrieb sei – und nicht nur womöglich unwesentlicher Betriebsteil: »Auch für die Ausübung der Beteiligungsrechte muß die Annahme gelten, daß die Einheit, für die der Betriebsrat gewählt worden ist, einen Betrieb im betriebsverfassungsrechtlichen Sinne darstellt. Würde der Betriebsrat wegen der Verkennung des Betriebsbegriffs in der Ausübung seines Amtes beschränkt, so widerspräche dies der in § 19 BetrVG enthaltenen Wertung, nach der ein Rechtsverstoß, der die Wahlanfechtung begründet, unbeachtlich wird, wenn eine Anfechtung unterbleibt. Es wäre mit den Erfordernissen der Rechtssicherheit, denen § 19 BetrVG dient (. . .), nicht zu vereinbaren. Bei der Ausübung einzelner Beteiligungsrechte soll nicht immer wieder darüber gestritten werden, ob der Betriebsrat überhaupt für einen Betrieb im Sinne des Betriebsverfassungsgesetzes gewählt worden ist.«[13]

Das ist kaum nachvollziehbar. Der Erste Senat setzte sich schon nicht mit der eigenen Entscheidung vom 9. 4. 1991[14] auseinander, die eine Ausstrahlungswirkung der Unanfechtbarkeit der Betriebsratswahl auf Beteiligungsrechte verneint. Sie steht auch im Widerspruch zur jüngsten Entscheidung zum Betriebsabgrenzungsverfahren nach § 18 Abs. 2 BetrVG.[15] Dort nämlich hat das BAG für das Statusfeststellungsverfahren[16] klar und richtig gesagt: »Die Entscheidung des Arbeitsgerichts kann außerhalb und ohne Zusammenhang mit einer Betriebsratswahl herbeigeführt werden. Gegenstand und Ziel des Verfahrens nach § 18 Abs. 2 BetrVG besteht nicht nur darin, Streitigkeiten über die Zuständigkeit eines gewählten oder noch zu wählenden Betriebsrats oder Meinungsverschiedenheiten über den Umfang von Mitwirkungs- und Mitbestimmungsrechten des Betriebsrats, die zum Teil von der Anzahl der in dem Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer abhängen, zu entscheiden. Das Verfahren nach § 18 Abs. 2 BetrVG dient auch dazu, die Voraussetzungen für eine (künftige) ordnungsgemäße Betriebsratswahl zu schaffen. Die gerichtliche Entscheidung in einem Verfahren nach § 18 Abs. 2 BetrVG klärt daher eine für die gesamte Betriebsverfassung grundsätzliche Vorfrage, indem sie verbindlich festlegt, welche Organisationseinheit als der Betrieb anzusehen ist, in dem ein Betriebsrat gewählt wird und in dem er seine Beteiligungsrechte wahrnehmen kann.« Diese Entscheidung des Siebten Senats wäre ihrerseits falsch, wenn

11 Davon geht implizit aus BAG 9. 4. 1991 – 1 AZR 488/90 – Fn 4. Auch BAG 19. 11. 2003 – 7 AZR 11/03 – EzA BetrVG 2001 § 22 Nr. 1 = AP BetrVG 1972 § 1 Gemeinsamer Betrieb Nr. 19 = NZA 2004, 435 bejaht den betriebsverfassungsrechtlichen Arbeitgeberwechsel gegenüber dem fortbestehenden Gemeinschaftsbetriebsrat.

12 BAG 27. 6. 1995 – 1 ABR 62/94 – AP BetrVG 1972 § 4 Nr. 7.

13 BAG 27. 6. 1995 – 1 ABR 62/94 – AP BetrVG 1972 § 4 Nr. 7 unter II der Gründe.

14 BAG 9. 4. 1991 – 1 AZR 488/90 – AP BetrVG 1972 § 18 Nr. 8 = EzA BetrVG 1972 § 18 Nr. 7.

15 BAG 17. 8. 2005 – 7 ABR 62/04 – n. v.

16 GK-BetrVG/*Kreutz* (Fn. 4) § 18 Rn. 60; HSWGNR/*Nicolai* (Fn. 5) § 18 Rn. 41.

die Bestandskraft der Wahl auch die Betriebsgrenzen und die Betriebsidentität erfasste. Stünde die Betriebsgrenze für die laufende Amtsperiode bestandskräftig fest, so fragte das Betriebsabgrenzungsverfahren des § 18 Abs. 2 BetrVG nur entweder nach der hypothetischen gegenwärtige Betriebsgrenze oder aber nach der potenziellen künftigen (und auch nur für den Fall, dass es nicht wiederum zu einer fehlerhaften Betriebsratswahl käme). Arbeitsgerichte sind nicht dazu da, solche Rechtsgutachten ohne Rechtsschutzbedürfnis zu erstatten. Man kann also umgekehrt sagen: Dass das BetrVG ein Statusbetriebsfeststellungsverfahren in § 18 Abs. 2 vorsieht, heißt gerade, dass der Betrieb als solcher nicht von der Bestandskraft der Wahl erfasst wird.

Man muss § 19 BetrVG nur wörtlich nehmen: Die Anfechtungslast betrifft nur die konstituierende Betriebsratswahl; mithin erfasst die Bestandskraft der Wahl auch nur die Betriebsratserrichtung als solche – und keine Vorfragen – weder die Betriebsgrenzen, noch die Verfasstheit der Arbeitgeberseite oder gar Beteiligungsrechte. Diese Fragen richten sich allein nach den maßgeblichen Verhältnissen zum Zeitpunkt der Ausübung der Mitbestimmungsrechte. § 19 BetrVG will nur sicherstellen, dass die Belegschaft überhaupt einen Betriebsrat hat (Sicherheit im »Ob«); weswegen die Vorschrift auch einen Mitbestimmungsbesitzstand nach Maßgabe der Verhältnisse zum Zeitpunkt der Wahl garantieren soll, ist schlechthin unerfindlich (keine Rechtssicherheit im »Wie«).

Überdies würde die seinerzeit mitbestimmungsfreundliche Entscheidung in vielen Fällen, in denen ein Betriebsrat für einen »zu großen« Betrieb (und auch: für einen scheinbaren Gemeinschaftsbetrieb) gewählt worden ist, letztlich zu einer Schmälerung der Mitbestimmungsrechte führen: Derjenige Betrieb, der kraft Wahlbestandskraft als Teil einer größeren Einheit angesehen werden kann, könnte als unwesentlicher Betriebsteil womöglich mitbestimmungsfrei stillgelegt werden.

III. Folgen für Beteiligungsrechte und Betriebsvereinbarungen

Das heißt weiter: Der gewählte Betriebsrat im Schein-Gemeinschaftsbetrieb agiert betriebsverfassungsrechtlich getrennt gegenüber den betroffenen Arbeitgebern.

Das ist gar keine Besonderheit. Inzwischen hat das BAG für den »echten« Gemeinschaftsbetrieb schon richtig erkannt, dass die Beteiligungsrechte des Betriebsrats sich gegen den aus allen Vertragsarbeitgebern bestehenden betriebsverfassungsrechtlichen Arbeitgeber nur richten, wenn der Gegenstand der Beteiligung unter die gemeinsame Leitungsmacht fällt.[17] Gerade Vergütungsfragen sind mit Blick auf § 87 Abs. 1 Nr. 10 und § 99 BetrVG typischerweise Sache nur des jeweiligen Vertragsarbeitgebers – weswegen der Gemeinschaftsbetriebsrat dann auch nur im Verhältnis zu diesem aktiv wird und nur für die betroffene Teilbelegschaft.[18] Hat ein Vertragsarbeitgeber mehrere Betriebe, so kann für solche Vergütungsfragen (nur) der in seinem Unternehmen gebildete Gesamtbetriebsrat zuständig sein – der

17 BAG 15. 5. 2007 – 1 ABR 32/06 – NZA 2007, 1240 = EzA BetrVG 2001 § 1 Nr. 5 = AP BetrVG 1972 § 1 Gemeinsamer Betrieb Nr. 30.

18 BAG 12. 12. 2006 – 1 ABR 38/05 – EzA BetrVG 2001 § 87 Betriebliche Lohngestaltung Nr. 13 = AP BetrVG 1972 § 1 Gemeinsamer Betrieb Nr. 27.

Gemeinschaftsbetriebsrat ist dann unzuständig,[19] eine »gemeinschaftliche« Mitbestimmung findet nicht statt.

Das Ausmaß, in welchem die Führungsvereinbarung mitbestimmungspflichtige Angelegenheiten der gemeinsamen Leitungsmacht unterwirft, kann sich ändern. Auch hier ist der Gemeinschaftsbetriebsrat von der jeweiligen Leitungsmacht abhängig. Im Schein-Gemeinschaftsbetrieb gibt es gar keine gemeinsame Leitungsmacht, weswegen sich alle Mitbestimmungs- und Mitwirkungsrechte notwendig gegen die jeweiligen Vertragsarbeitgeber richten.

Sind die Arbeitgeber des scheinbaren Gemeinschaftsbetriebes rechtlich getrennt, so hat das einschneidende **Folgen für Betriebsvereinbarungen:** Einen gemeinschaftlichen betriebsverfassungsrechtlichen Arbeitgeber gibt es nicht. Mit diesem können also keine Betriebsvereinbarungen für den Gemeinschaftsbetrieb insgesamt geschlossen werden; es fehlt die institutionelle Vertragspartei auf Arbeitgeberseite. Betriebsvereinbarungen kann der bestandskräftig gewählte Gemeinschaftsbetriebsrat nur mit den jeweiligen Vertragsarbeitgebern schließen; deren normative Wirkung beschränkt sich dann notwendig auf den Betrieb des Vertragspartners. Einigungsstellensprüche sind objektiv wirkungslos, weil die Einigungsstelle insofern nicht zuständig sein kann.

Für freiwillige »Gleichwohl«-Betriebsvereinbarungen wird man exakt prüfen müssen, für wen der Verhandlungsführer auf Arbeitgeberseite gehandelt hat. Vertretungsmacht für die gar nicht existierende Arbeitgeber-Gesellschaft hat er nicht. In aller Regel wird der Verhandlungsführer nur aus einem Unternehmen stammen und hat dann auch nur für dieses Unternehmen gehandelt. Haben dagegen beide Vertragsarbeitgeber die Betriebsvereinbarung unterschrieben oder den Verhandlungsführer gesondert bevollmächtigt, so können zwei getrennte Betriebsvereinbarungen in einer Vertragsurkunde zusammentreffen; solch »mehrgliedrige Betriebsvereinbarungen« sind seit Anerkennung des Gemeinschaftsbetriebs (§ 1 Abs. 1 Satz 2 BetrVG) möglich und nötig.[20]

Diese Trennung der Vertragsarbeitgeber heißt weiter: Beteiligungsrechte bemessen sich nach den Beschäftigtenzahlen der getrennt zu sehenden Betriebe (etwa §§ 95 Abs. 2, 111 Satz 2 BetrVG).[21] Das hat das BAG in der Entscheidung vom 9. 4. 1991 (Fn. 4) ausdrücklich gesagt: Dort ging es um einen Betriebsrat im vermeintlichen Gemeinschaftsbetrieb, dessen Wahl angefochten war. Da schon zuvor ein Betriebsabgrenzungsverfahren nach § 18 Abs. 2 BetrVG den Gemeinschaftsbetrieb verneint hatte, standen dem Betriebsrat gegenüber dem einen Arbeitgeber die Mitwirkungsrechte der §§ 111 f. betriebsgrößenbedingt nicht zu: »Dem steht nicht entgegen, daß zur Zeit der Betriebsstillegung der am 30. 3. 1987 in anfechtbarer Weise gewählte gemeinsame Betriebsrat noch im Amt war, da das Wahlanfechtungsverfahren erst am 6. 6. 1988 rechtskräftig abgeschlossen worden ist. Zutreffend geht die Revision davon aus, daß die Wahl eines Betriebsrats in Verkennung des Betriebsbegriffes nicht nichtig, sondern nur anfechtbar ist. (. . .) Entgegen der Ansicht der Revision stehen dem anfechtbar gewählten Betriebsrat jedoch nicht mehr Beteiligungsrechte zu, als dem wirksam

19 Dazu bereits *Rieble*, FS für Wiese, 1998, S. 453, 456 f., 464 f.; GK-BetrVG/*Kreutz* (Fn. 4) § 50 Rn. 77; *Salamon* RdA 2008, 24, 31.

20 Dazu und zu (freilich nur schuldrechtlich wirkenden) »dreiseitigen Betriebsvereinbarungen« im Vorfeld geplanter Betriebsübergänge GK-BetrVG/*Kreutz* (Fn. 4) § 77 Rn. 41 ff.

21 HSWGNR/*Nicolai* (Fn. 5) § 18 Rn. 47.

gewählten Betriebsrat. Ist wie bei § 111 BetrVG das Beteiligungsrecht des Betriebsrats davon abhängig, daß im Betrieb eine bestimmte Zahl von Arbeitnehmern beschäftigt wird, so kommt es für die Wahrnehmung dieses Beteiligungsrechtes allein darauf an, ob im maßgebenden Zeitpunkt diese Zahl von Arbeitnehmern erreicht wird. Darauf, von welcher Arbeitnehmerzahl bei der Wahl des Betriebsrats ausgegangen wird, kommt es nicht an.«

Das bestätigt auch die Entscheidung des Zweiten Senats zur Betriebsratsanhörung nach § 102 BetrVG durch den fehlerhaft gewählten Betriebsrat mit Blick auf die betriebsbezogene Sozialauswahl: Richtig betont das BAG, dass der für eine zu kleine Einheit gewählte Betriebsrat nur diejenige Belegschaft repräsentieren kann, die ihn gewählt hat, dass aber die Sozialauswahl selbst ausschließlich nach dem materiell-rechtlichen Betrieb im kündigungsschutzrechtlichen Sinne vorzunehmen ist – also ggf. in der größeren Einheit![22]

C. »Lossagung« vom fingierten Gemeinschaftsbetrieb

I. Nachträgliche Auflösung des Gemeinschaftsbetriebs

Ein intakter Gemeinschaftsbetrieb kann von den beteiligten Arbeitgebern jederzeit nachträglich aufgelöst werden – durch Kündigung (§ 723 Abs. 3 BGB!) oder Aufhebung der Führungsvereinbarung. Mit dem »Ende« der für den Gemeinschaftsbetrieb konstitutiven Führungsvereinbarung endet notwendig auch der Gemeinschaftsbetrieb.[23] Anders kann man nur entscheiden, wenn man – anders als das BAG und die h. M. – die Führungsvereinbarung selbst nicht als konstitutives Merkmal des Gemeinschaftsbetriebes ansieht.[24]

Freilich muss die Aufhebung der gemeinsamen Leitungsmacht auch vollzogen werden: Solange die beteiligten Arbeitgeber den Betrieb weiterhin, auch nach Beendigung der Führungsvereinbarung faktisch weiter einvernehmlich leiten (etwa in Abwicklung der Führungsvereinbarung), solange bleibt der für den Gemeinschaftsbetrieb erforderliche einheitliche Leitungsapparat auch intakt. Es kommt also auf den Vollzug der Auflösung des gemeinsamen Leitungsapparats an.[25] Im Übrigen ist in solchen Fällen auch an die einvernehmliche Fortsetzung der aufgehobenen Führungsvereinbarung zu denken.

Die Auflösung des Gemeinschaftsbetriebes lässt die im Gemeinschaftsbetrieb zusammengefassten Betriebe wieder aufleben. Sie sind nun eigenständige Betriebe, die einen eigenen Betriebsrat benötigen – und gegebenenfalls Neuwahlen ansetzen müssen. Der Sache nach handelt es sich um eine Betriebsspaltung, die zum Übergangsmandat des § 21 a BetrVG führen und ihrerseits Mitbestimmungsrechte nach §§ 111 f. BetrVG auslösen kann. Die Bestandskraft der Betriebsratswahl im existierenden Gemeinschaftsbetrieb kann eine spätere Organisationsänderung von vornherein nicht hindern.

22 BAG 3. 6. 2004 – 2 AZR 577/03 – NZA 2005, 175- = EzA KSchG § 1 Soziale Auswahl Nr. 55 = AP BetrVG 1972 § 102 Nr. 141; so auch schon BAG 21. 6. 1995 – 2 AZR 693/94 – EzA KSchG § 23 Nr. 14 = AP BetrVG 1972 § 1 Nr. 16.

23 Richardi/*Richardi* (Fn. 9) § 1 Rn. 90; so wohl auch *Fitting* (Fn. 9) § 1 Rn. 95.

24 So vor allem *Annuß* NZA Sonderheft 2001, S. 12, 22; letztlich auch DKK/*Trümner* (Fn. 7) § 1 Rn. 159.

25 Klar: Richardi/*Richardi* (Fn. 9) § 1 Rn. 90, 75; GK-BetrVG/*Kraft/Franzen* (Fn. 4) § 1 Rn. 60.

Eine »Ausnahme« ist mit dem BAG für den Fall zu machen, dass einer der beteiligten Arbeitgeber seinen Teilbetrieb des Gemeinschaftsbetriebs (in der Insolvenz) stilllegt. Hier kann in der Tat der Gemeinschaftsbetriebsrat im Amt bleiben, weil die Aufgabe des Teilbetriebs den Gemeinschaftsbetrieb im Übrigen »identisch« fortbestehen lässt – nur mit einem anderen betriebsverfassungsrechtlichen Arbeitgeber als Ansprechpartner.[26]

Dementsprechend kommt es für die »Korrektur« von bestandskräftig gewählten Betriebsräten grundsätzlich darauf an, ob die Veränderung vor oder nach der (bestandkräftigen) Betriebsratswahl stattgefunden hat: Sämtliche unbemerkten oder ignorierten Betriebsverfassungsvorgaben **vor** der Wahl sind durch den nicht nichtigen Wahlakt insofern »geheilt«, als sie nur im Wahlanfechtungsverfahren geltend gemacht werden können.[27] Das belegt die Entscheidung des BAG zur Verselbstständigung eines Betriebsteiles nach § 4 BetrVG: Ein Orchesterteil kann als relativ selbstständiger Betriebsteil dann einen eigenen Betriebsrat (neben dem des Gesamtorchesters) wählen, wenn die relative Selbstständigkeit durch eigene Betriebsratswahl **vor** der Wahl der Betriebsrats für das Gesamtorchester manifest geworden ist. Dann kann die Verkennung des Betriebsbegriffes bei der nachfolgenden Wahl den bereits wirksam gewählten Betriebsrat des Orchesterteiles nicht mehr beseitigen.[28]

II. Teleologisch-funktionale Begrenzung der Bestandskraft der Betriebsratswahl im scheinbaren Gemeinschaftsbetrieb

1. Wertungswiderspruch

Diese Unterscheidung führt zu einem erheblichen **Wertungswiderspruch:**

- Hätte zum Zeitpunkt der Betriebsratswahl der vermeintliche Gemeinschaftsbetrieb bestanden, so wären die beteiligten Arbeitgeber frei darin, diesen nachträglich aufzulösen.
- Der nur scheinbare gemeinsame Betrieb kann nicht aufgelöst werden; der Einwand, er habe nicht bestanden, ist durch die Bestandskraft der Wahl ausgeschlossen.

Diese Folge – die Fiktion wirkt systemwidrig stärker, als der fingierte Tatbestand, wäre er Realität – wird augenscheinlicher noch, wenn der **Gemeinschaftsbetrieb nach § 1 Abs. 2 BetrVG vermutet** wird:

- Die (zeitlich rückbezogene) Widerlegung der Vermutung ist nur im Wahlanfechtungsverfahren möglich – damit führt die Vermutung jedenfalls zur vorläufigen Anerkennung des Gemeinschaftsbetriebsrates.
- Nehmen die beteiligten Arbeitgeber dagegen die Vermutung hin und lösen sie den vermuteten Gemeinschaftsbetrieb durch Aufhebung oder Kündigung der Führungsvereinbarung auf, wäre als neues Ereignis keinesfalls von der Wahlwirkung erfasst.

---

26 BAG 19. 11. 2003 – 7 AZR 11/03 – EzA BetrVG 2001 § 22 Nr. 1 = AP BetrVG 1972 § 1 Gemeinsamer Betrieb Nr. 19 = NZA 2004, 435 – freilich mit der fragwürdigen Annahme, ein Betrieb könne seine Identität behalten, wenn 260 Arbeitsplätze entfallen und nur 26 übrig bleiben; dazu *Annuß/Hohenstatt* NZA 2004, 420, 421; *Fitting* (Fn. 9) § 1 Rn. 95.

27 GK-BetrVG/*Kreutz* (Fn. 4) § 18 Rn. 62 unter (2); HSWGNR/*Nicolai* (Fn. 5) § 18 Rn. 46 f.; DKK/*Schneider* (Fn. 7) § 19 Rn. 10.

28 BAG 21. 7. 2004 – 7 ABR 57/03 – EzA BetrVG 2001 § 4 Nr. 1 = AP BetrVG 1972 § 4 Nr. 15; dazu *Rieble/Klebeck*, FS für Richardi, 2007, S. 693, 699.

In der Konsequenz führte dies zu **verkehrten Argumentationsmustern:** Der um seinen Bestand besorgte Gemeinschaftsbetriebsrat müsste vortragen, dass der Gemeinschaftsbetrieb, dem er seine Existenz verdankt, nie bestanden habe, weswegen die Arbeitgeber daran gehindert seien, ihn aufzulösen. Umgekehrt müssten die beteiligten Arbeitgeber behaupten, der Gemeinschaftsbetrieb habe bestanden – damit er aufgelöst werden kann.

Diese formallogische Wirkung der bestandskräftigen Wahl widerspricht dem Telos: **Eine Fiktion kann nie stärker wirken, als die (fingierte) Realität**. Der fingierte Gemeinschaftsbetrieb kann nicht (für die laufende Amtszeit) unauflösbar sein, wenn der bestehende Gemeinschaftsbetrieb von den beteiligten Arbeitgebern während der laufenden Amtsperiode jederzeit aufgelöst werden kann.

Dieser allgemeine Rechtsgrundsatz ist anerkannt etwa für durch Schweigen fingierte Willenserklärungen, die ebenso anfechtbar sind, als wäre die Willenserklärung abgegeben worden.[29] Das heißt: Den am fingierten Gemeinschaftsbetrieb beteiligten Arbeitgebern muss es freistehen, die Fiktion nachträglich zu beenden. Das kann an sich nicht durch Auflösung des Gemeinschaftsbetriebes geschehen – weil dieser gerade nicht besteht.

2. Aber: Begrenzte Wirkung des Schein-Gemeinschaftsbetriebs

Hiergegen lässt sich immerhin einwenden, dass der scheinbare Gemeinschaftsbetrieb die beteiligten Arbeitgeber nicht zu einem betriebsverfassungsrechtlichen Arbeitgeber verbinden kann, dass vielmehr der einheitliche Betriebsrat den jeweiligen Vertragsarbeitgebern getrennt gegenübersteht (eben III.). Das heißt: Eine – auflösbare – Verbindung zwischen den Arbeitgebern besteht nicht; die Fiktion betrifft zunächst ausschließlich die Repräsentation der Belegschaft im einheitlichen Betriebsrat.

Indes schafft auch der Gemeinschaftsbetriebsrat ein starkes Band zwischen beiden Arbeitgebern: Das Gremium wird typischerweise von Arbeitnehmern beider Vertragsarbeitgeber besetzt und versucht – solange das Fehlen eines Gemeinschaftsbetriebes nicht feststeht – beide Arbeitgeber als Einheit anzusprechen und Betriebsvereinbarungen über den vermeintlichen Einheitsbetrieb zu vereinbaren und zu erzwingen.

Der entscheidende Gesichtspunkt liegt mithin eine Ebene tiefer: Ob ein Gemeinschaftsbetrieb besteht oder nicht, wird vielfach ungewiss sein. Den Beteiligten ist mit einem langwierigen Feststellungsverfahren nach § 18 Abs. 2 BetrVG nicht geholfen. Typischerweise werden die Arbeitgeber den auch bloß möglichen Gemeinschaftsbetrieb beenden – um sicher zu gehen. Wollte man nun danach unterscheiden, ob der Gemeinschaftsbetrieb bestanden hat oder nicht, würde dies den Fortbestand des einheitlichen Betriebsrats mit erheblicher Unsicherheit belasten:

– Hat der Gemeinschaftsbetrieb bestanden, so führt seine Auflösung zu Neuwahlen in wenigstens einem der nun beim jeweiligen Vertragsarbeitgeber verselbstständigten Betriebsteile; der Gemeinschaftsbetriebsrat ist insofern nur noch kraft Übergangsmandates legitimiert. Nach sechs Monaten droht Betriebsratslosigkeit in wenigstens einem Betrieb.

29 Staudinger/*Knothe*, Neubearbeitung 2004, Vorbem. zu §§ 116–144 Rn. 66; Baumbach/Hopt/*Hopt*, 33. Aufl. 2008, § 362 Rn. 6; *Canaris*, Handelsrecht, 24. Aufl. 2006, § 23 Rn. 6, 38; *Flume*, BGB AT II, 4. Aufl. 1992, S. 119.

– Hat der Gemeinschaftsbetrieb zum Zeitpunkt der Betriebsratswahl nicht bestanden, so bliebe er wegen der Bestandskraft im Amt.

Deshalb ist auch zur Vermeidung dieser Rechtsunsicherheit über das Amtsende geboten, die nachträgliche Auflösung des fingierten Gemeinschaftsbetriebes zuzulassen.

3. Lossagung zur rechtssicheren Beendigung

Insofern mag man an die Parallele der »fehlerhaften Gesellschaft« denken, die das Gesellschaftsrecht als vollwirksam behandelt und die durch Kündigung (oder Auflösungsklage, § 133 HGB) beendet werden kann.[30] Auf den Gemeinschaftsbetrieb will *Trümner* ohnehin die Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft anwenden.[31] Er meint freilich, erst die rechtskräftige Feststellung nach § 18 Abs. 2 BetrVG beende den fehlerhaften Gemeinschaftsbetrieb. Das ist falsch, weil der Feststellungsentscheidung damit Gestaltungswirkung beigemessen wird. Zur gestaltenden Beendigung des Gemeinschaftsbetriebes sind die verbundenen Arbeitgeber berufen, nicht das Arbeitsgericht. Dafür bedürfte es einer Norm, die die Auflösungsgestaltungsklage des § 133 HGB hierher überträgt. Sie fehlt. Es wäre auch verfehlt, aus dem Betriebsverfassungsrecht eine gesellschaftsrechtliche Sonderbindung der am Gemeinschaftsbetrieb beteiligten Arbeitgeber abzuleiten: Die Arbeitnehmerrepräsentation im Gemeinschaftsbetriebsrat folgt der institutionellen Verbindung der Arbeitgeber – nicht umgekehrt.[32]

Auch handelt es sich beim fingierten Gemeinschaftsbetrieb nicht um eine fehlerhafte Gesellschaft, weil es an einer natürlichen Willenseinigung über die Führungsvereinbarung als GbR fehlt und die gemeinsame institutionelle Leitung im Sinne eines Vollzugs nicht stattgefunden hat. Auch ist es zweifelhaft, ob die fehlerhafte Gesellschaft als Rechtsfigur auf bloße Innengesellschaften überhaupt anwendbar ist.[33]

Immerhin ist daran zu denken, dass zwischen der fehlenden und der vollwirksamen Führungsvereinbarung auch die rechtlich fehlerhafte steht, von der sich die beteiligten Arbeitgeber als Gesellschafter der »fehlerhaften GbR« ebenfalls lösen können müssen.

Insofern liegt es näher, in Parallele zum fehlerhaften Arbeitsverhältnis, die nachträgliche Berufung auf die Unwirksamkeit in Form der »Lossagung« zuzulassen. Mit ihr können sich die beteiligten Arbeitgeber von der für die Konstitution des Gemeinschaftsbetriebsrats unterstellten Fiktion der Führungsvereinbarung lösen – durch Berufung auf deren Fehlen oder deren Unwirksamkeit. Das löst eine Feststellungswirkung ex nunc aus.[34]

---

30 Dazu nur BGH 19. 12. 1974 – II ZR 27/73 – BGHZ 63, 338; *Schäfer*, Die Lehre vom fehlerhaften Verband, 2002, S. 71 ff.; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/ *Wertenbruch*, 2. Aufl. 2008, § 105 Rn. 191 f.

31 DKK/ *Trümner* (Fn. 7) § 1 Rn. 120.

32 Zum betriebsverfassungsrechtlichen Teilhabe-Prinzip, die Betriebsverfassungsorganisation der vom Arbeitgeber organisatorisch frei definierten Leitungsmacht folgen zu lassen, *Löwisch*, FS für Kissel, 1994, S. 679; *Richardi*, FS für Wiedemann, 2002, S. 493, 500; *Rieble/Klebeck*, FS für Richardi, 2007, S. 693 ff.

33 *Schäfer* (Fn. 30), S. 143 ff; MüKoBGB/ *Ulmer*, 5. Aufl. 2009, § 705 Rn. 358 f.

34 Zur Lehre vom fehlerhaften Arbeitsverhältnis und der Geltendmachung des Fehlers BAG 7. 12. 1961 – 2 AZR 12/61 AP BGB § 611 Faktisches Arbeitsverhältnis Nr. 1; Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching/ *Joussen*, Arbeitsrecht, 2008, § 611 BGB Rn. 126 ff.; ErfK/ *Preis*, 8. Aufl. 2008, § 611 BGB Rn. 145 ff.

III. Rechtsfolgen der Lossagung

1. Auf das Betriebsratsamt beschränkte Wirkung

Die Lossagung wirkt in Ansehung des Amtes des Gemeinschaftsbetriebsrats grundsätzlich wie eine Auflösung des Gemeinschaftsbetriebs. Die für den einheitlichen Betriebsrat erforderliche und kraft Wahlakt unterstellte institutionelle Leitung entfällt in Ansehung des Betriebsratsamts.

Nichts zu tun hat dies mit den wirklichen Betriebsstrukturen. Wie unter B. dargetan, beschränkt sich die Wirkung der Wahl auf den Betriebsrat als Repräsentationsorgan – weder wird der Gemeinschaftsbetrieb als solcher noch ein einheitlicher betriebsverfassungsrechtlicher Arbeitgeber konstituiert. Sowenig der Schein-Gemeinschaftsbetriebsrat die tatsächlichen Betriebsstrukturen ändert, sowenig bewirkt dies die Lossagung als contrarius actus.

Von Bedeutung ist das vor allem für den Tatbestand der Betriebsänderung. Während die Auflösung eines wirksamen Gemeinschaftsbetriebes als Betriebsspaltung Betriebsänderung i. S. d. §§ 111 f. BetrVG sein kann,[35] ist die Lossagung vom gar nicht bestehenden Gemeinschaftsbetrieb gerade keine Änderung der Betriebsstrukturen – weil es den gemeinsamen Betrieb unter einheitlicher Leitung nicht gibt.

Allerdings könnte man dies mit der singulären Entscheidung des BAG vom 27 .6. 1995 (Fn. 5) anders sehen. Das BAG meinte dort, dass die Bestandskraft der Wahl auch den Betrieb i. S. v. § 111 BetrVG konstituiere (oben B. II.). Das hieße: Die Lossagung vom Gemeinschaftsbetrieb wäre eine Betriebsspaltung i. S. v. § 111 Satz 3 Nr. 3 BetrVG. Das BAG schließt bekanntermaßen aus dem Wortlaut von § 111 Satz 3 Nr. 3 BetrVG, dass es bei der Betriebsspaltung im Wertungswiderspruch zu Nrn. 1 und 2 nicht auf die Wesentlichkeit des Betriebsteils ankomme.[36]

Dass die Fiktionswirkung der Betriebsratswahl nicht so weit gehen kann, zeigt sich gerade daran, dass für ein Betriebsänderungsverfahren auch der gemeinschaftliche Arbeitgeber als Ansprechpartner fehlt, der über einen Interessenausgleich verhandeln könnte. Überhaupt erweist sich die Mitbestimmung bei Aufteilung eines vermeintlichen Gemeinschaftsbetriebes als zweckwidrig: Worauf soll ein Interessenausgleich gerichtet sein? Auf Errichtung eines Gemeinschaftsbetriebes, der gar nicht besteht? Und wie verträgt sich die Fiktionsreichweite nach der BAG-Entscheidung vom 27. 6. 1995 damit, dass die Bestandskraft der Wahl stets nur für die laufende Amtsperiode gilt, weswegen die beteiligten Arbeitgeber in jedem Fall und ohne den Versuch eines Interessenausgleichs bei der nächsten Betriebsratswahl Betriebskonformität herstellen dürfen?

35 *Rieble* NZA 2002, 233, 238; Richardi/*Thüsing* (Fn. 9) § 111 Rn. 101; GK-BetrVG/*Oetker* (Fn. 4) § 111 Rn. 46, 51.

36 BAG 10. 12. 1996 – 1 ABR 32/96 – EzA BetrVG 1972 § 111 Nr. 35 = AP BetrVG 1972 § 112 Nr. 110 = NZA 1997, 898; BAG 11. 11. 1997 – 1 ABR 6/97 – EzA BetrVG 1972 § 111 Nr. 36 = AP BetrVG 1972 § 111 Nr. 42 = NZA 1998, 723; GK-BetrVG/*Oetker* (Fn. 4) § 111 Rn. 106 mit weiteren Nachweisen auch zur richtigen Gegenmeinung.

2. Neuwahlen und Übergangsmandat?

Das Übergangsmandat des § 21 a BetrVG setzt voraus, dass es zu Neuwahlen kommt. Bleibt der Betriebsrat im Amt, nimmt er insoweit kein Übergangsmandat in Anspruch. Das Regelmandat hat Vorrang vor dem Übergangsmandat.[37]

Ist einer der beteiligten Betriebe groß und der andere verhältnismäßig klein, so kann die Lossagung vom Gemeinschaftsbetrieb bedeuten, dass der große Betrieb als identischer Nachfolger des Gemeinschaftsbetriebes zu werten ist. Diese (virtuelle) Betriebsidentität belässt den Gemeinschaftsbetriebsrat als Betriebsrat der größeren Einheit im Amt. Neuwahlen sind insoweit nicht erforderlich. Nur für den kleineren Betrieb sind also außerplanmäßige Neuwahlen anzusetzen und nur für ihn greift dann auch das Übergangsmandat des § 21 a Abs. 1 Satz 1 BetrVG.[38]

D. Ergebnisse

I. Die Wahl des Betriebsrats im vermeintlichen Gemeinschaftsbetrieb ohne Führungsvereinbarung schafft eine begrenzte Bestandskraft: Sie erfasst nur die Existenz des fehlerhaft gewählten Betriebsrats. Sie konstituiert keinen Gemeinschaftsbetrieb und keinen einheitlichen betriebsverfassungsrechtlichen Arbeitgeber mit Führungsvereinbarung und Leitungsapparat. Betriebsverfassungsrechtlich stehen dem gewählten Betriebsrat im Schein-Gemeinschaftsbetrieb getrennte Vertragsarbeitgeber gegenüber. Mitbestimmungsverfahren sind getrennt durchzuführen; Betriebsvereinbarungen können mit dem nicht existenten Gemeinschaftsarbeitgeber nicht abgeschlossen werden.

II. Der nur für das Betriebsratsamt fingierte Gemeinschaftsbetrieb kann von den beteiligten Vertragsarbeitgebern durch »Lossagung« beendet werden. Diese Durchbrechung der bestandskräftigen Betriebsratswahl ist geboten, weil die Fiktion nicht stärker wirken kann als die fingierte Realität. Bestünde ein Gemeinschaftsbetrieb, wären die zusammengefassten Arbeitgeber frei darin, jederzeit die Führungsvereinbarung und damit den Leitungsapparat zu beenden und dem Betriebsrat im Gemeinschaftsbetrieb die Grundlage seines unternehmensübergreifenden Mandates zu entziehen.

III. Die Rückkehr zum gesetzmäßigen Zustand ist keine Betriebsspaltung i. S. v. § 111 Satz 3 Nr. 3 BetrVG.

---

37 *Rieble* NZA 2002, 233, 234; Richardi/*Thüsing* (Fn. 9) § 21 a Rn. 4 ff., 6; für den Sonderfall der Teilstillegung eines Teiles des Gemeinschaftsbetriebes durch Liquidation des Vertragsarbeitgebers BAG 19. 11. 2003 – 7 AZR 11/03 – EzA BetrVG 2001 § 22 Nr. 1 = AP BetrVG 1972 § 1 Gemeinsamer Betrieb Nr. 19 = NZA 2004, 435.

38 *Rieble* NZA 2002, 233, 234; *Fitting* (Fn. 9) § 1 Rn. 95.