

Per Telefax
eingegangen
am

10. Sep. 2018

Prof. Dr. Jobst-Hubertus Bauer
Of Counsel

Dr. Christian Arnold, LL.M. (Yale)
Partner

Lautenschlagerstraße 21
70173 Stuttgart

T +49 711 8997-143

F +49 711 855096

jobst-hubertus.bauer@gleisslutz.com

www.gleisslutz.com

Referenz

JB/AvM 70014-17

Datum

10. September 2018

Bundesarbeitsgericht	
Eing. 11. Sep. 2018	
Rechtsrat	Abschr.
Anlagen	lfd.

Vorab per Fax

Bundesarbeitsgericht
Hugo-Preuß-Platz 1
99084 Erfurt

Fax-Nr.: 0361 2636-2000

7 ABR 24/18

In dem Beschlussverfahren
mit den Beteiligten

1. Konzernbetriebsrat Kreis Lippe
2. Betriebsrat der Klinikum Lippe GmbH
3. Betriebsrat Klinik Service Lippe GmbH
4. Betriebsrat Ahr-Lippe-Dienstleistungsgesellschaft GmbH
5. Betriebsrat Kreissenioreneinrichtungen Lippe GmbH

und 16 weitere Beteiligte

fügen wir als Anlage eine beglaubigte Abschrift des mit Tatbestandsberichtigungsbeschluss vom 6. August 2018 korrigierten Beschlusses des Landesarbeitsgerichts Hamm bei. Wir beantragen für die Beteiligten zu 7) (Gesundheit Lippe GmbH):

1. Auf die Rechtsbeschwerde der Beteiligten zu 7) wird der Beschluss des Landesarbeitsgerichts Hamm vom 4. Mai 2018 – 13 TaBV 76/16 – in der Fassung vom 6. August 2018 aufgehoben.
2. Auf die Beschwerde der Beteiligten zu 7) wird der Beschluss des Arbeitsgerichts Detmold vom 11. Mai 2016 – 3 BV 28/14 – geändert.

Der Antrag der Beteiligten zu 1) bis 5) wird abgewiesen.

Begründung

Mit der Rechtsbeschwerde wird die Verletzung materiellen Rechts gerügt. Der zu 6) beteiligte Kreis Lippe ist gemäß § 1 Abs. 2 KrO NRW ein Gemeindeverband und eine öffentlich-rechtliche Gebietskörperschaft. Er ist Allein- oder Mehrheitsgesellschafter mehrerer privatrechtlich organisierter Gesellschaften, darunter der zu 7) beteiligten Gesundheit Lippe GmbH. Diese hat ihrerseits mehrere privatrechtlich organisierte Tochter- und Enkelgesellschaften. In den Betrieben der privatrechtlich organisierten Beteiligungsgesellschaften des Kreises Lippe sind Betriebsräte nach dem BetrVG gebildet. Beim Kreis besteht ein Personalrat gemäß LPVG NRW. Die Betriebsräte der Beteiligungsgesellschaften haben im Jahr 2015 die Errichtung des zu 1) beteiligten, antragstellenden Konzernbetriebsrats beim Kreis Lippe beschlossen. Die Wirksamkeit dieser Errichtung ist Gegenstand des vorliegenden Verfahrens.

Während des Beschwerdeverfahrens haben im Jahr 2017 die bei den Tochter- und Enkelgesellschaften der Gesundheit Lippe GmbH bestehenden Betriebsräte einen Konzernbetriebsrat bei der Gesundheit Lippe GmbH gebildet. Die Wirksamkeit der Errichtung dieses weiteren Konzernbetriebsrats ist nicht Gegenstand des Verfahrens; das Landesarbeitsgericht hat allerdings in einem *obiter dictum* (Seite 24 des Beschlusses) festgehalten, dass es die Errichtung des Konzernbetriebsrats bei der Gesundheit Lippe GmbH für unwirksam halte.

Die Errichtung des Konzernbetriebsrats beim Kreis Lippe hat das Landesarbeitsgericht hingegen ebenso wie das Arbeitsgericht für wirksam gehalten: § 130 BetrVG stehe der Errichtung eines Konzernbetriebsrats beim Kreis Lippe nicht entgegen. Gemäß § 54 BetrVG könne beim Kreis Lippe ein Konzernbetriebsrat errichtet werden, da der Kreis Lippe mangels Widerlegung der Konzernvermutung (§ 18 Abs. 1 Satz 3 AktG) als Konzern i.S.d. § 18 Abs. 1 AktG anzusehen sei. Damit hat das Gericht § 130 BetrVG sowie §§ 54 BetrVG, 18 Abs. 1 AktG unrichtig angewendet. Richtigerweise steht § 130 BetrVG der Errichtung eines Konzernbetriebsrates bei einer öffentlich-rechtlichen Gebietskörperschaft entgegen. Jedenfalls ist der Kreis Lippe kein Konzern i.S.d. §§ 54 BetrVG, 18 Abs. 1 AktG. Richtigerweise war der Antrag der Beteiligten zu 1) bis 5) auf Feststellung, dass die Errichtung eines Konzernbetriebsrats für die privatrechtlich organisierten Unternehmen des Kreises Lippe, an welcher dieser mehrheitlich beteiligt ist, zulässig ist, abzuweisen. Im Einzelnen:

I. Verletzung des § 130 BetrVG

Das Landesarbeitsgericht hat die Rechtsprechung des Senats zur Möglichkeit der Errichtung eines Konzernbetriebsrats für den privatrechtlich organisierten Teil eines Unterordnungskonzerns mit öffentlich-rechtlicher Konzernspitze (BAG vom 27. Oktober 2010 – 7 ABR 85/09, BAGE 136, 114 – „UKE-Entscheidung“) zugrunde gelegt und auf eine öffentlich-rechtliche kommunale Gebietskörperschaft übertragen. Nach Auffassung der Rechtsbeschwerde lässt § 130 BetrVG entgegen der UKE-Entscheidung die Bildung eines Konzern-

betriebsrats bei einer öffentlich-rechtlich organisierten Rechtseinheit nicht zu. Jedenfalls kann die UKE-Entscheidung nicht auf (kommunale) Gebietskörperschaften übertragen werden. Im Einzelnen:

1. Unergiebigkeit des reinen Wortlauts und der Historie

- 1.1 Nach § 130 BetrVG findet das Betriebsverfassungsgesetz keine Anwendung auf Verwaltungen und Betriebe des Bundes, der Länder, der Gemeinden und sonstiger Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts. Das LAG führt aus, das BetrVG sei nach § 130 BetrVG nicht generell auf Körperschaften des öffentlichen Rechts unanwendbar, sondern nur insoweit, wie es um deren Verwaltungen und Betriebe als öffentlich-rechtliche Organisationseinheiten gehe (Seite 18 des Beschlusses, unter a)). Welche Schlussfolgerung das LAG hieraus ziehen möchte, ist nicht ganz klar. Offenbar scheint das LAG darauf abzustellen, dass § 130 BetrVG zwar „Betriebe und Verwaltungen“ nennt, nicht aber das Wort „Konzern“. Das LAG meint ferner, für die Möglichkeit der Errichtung eines Konzernbetriebsrats für die privatrechtlich organisierten Tochtergesellschaften einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft spräche die Überlegung, dass der Unternehmensbegriff in den §§ 15 ff. AktG rechtsformneutral verwendet werde und damit auch eine öffentlich-rechtlich organisierte Einheit als herrschendes Konzernunternehmen zulasse (Seite 19 des Beschlusses, unter b)).
- 1.2 Aus dem vom LAG herangezogenen Wortlaut der Vorschriften (§ 130 BetrVG und § 54 Abs. 1 BetrVG mit seinem Verweis auf § 18 Abs. 1 AktG) lässt sich jedenfalls nicht der Schluss ziehen, dass der Gesetzgeber die Möglichkeit der Bildung eines Konzernbetriebsrats bei einer öffentlich-rechtlichen organisierten Rechtseinheit als „Konzernspitze“ ermöglichen wollte:
 - a) Der Wortlaut des § 130 BetrVG 1972 entspricht dem des § 88 Abs. 1 Satz BetrVG 1952. Das BetrVG 1952 enthielt noch keine Regelungen zum Konzernbetriebsrat. Diese wurden erst durch das BetrVG 1972 eingefügt. In den Gesetzesmaterialien zum BetrVG 1972 (BT-Drucks. VI/1786) findet sich kein Hinweis darauf, dass der Gesetzgeber vor Augen hatte, dass die neu eingefügten Regelungen zum Konzernbetriebsrat auch auf öffentlich-rechtlich organisierte Rechtsträger Anwendung finden sollten. Die Thematik wurde nicht problematisiert.
 - b) Auch aus dem Verweis auf § 18 Abs. 1 AktG in § 54 Abs. 1 BetrVG lässt sich kein Hinweis auf den Willen des Gesetzgebers ziehen. In der Gesetzesbegründung (BT-Drucks. VI/1786) heißt es, für den Begriff des Konzerns werde an § 18 Abs. 1 AktG angeknüpft, weil nur bei den dort genannten Konzernen ein Abhängigkeitsverhältnis eines oder mehrerer Konzernunternehmen von einem herrschenden Konzernunternehmen besteht. Auch hier spricht nichts dafür, dass dem Gesetzgeber eine Einbezie-

hung öffentlich-rechtlicher Rechtsträger vor Augen stand. Die Entscheidung des BGH in Sachen VEBA/Gelsenberg, in der der BGH für das Aktienrecht entschied, dass der Bund herrschendes Unternehmen i.S.d. §§ 15 ff. AktG sein könne, erging erst im Jahre 1977.

BGH vom 13. Oktober 1977 – II ZR 123/76, BGHZ 69, 334.

- 1.3 Der Wortlaut der maßgeblichen Vorschriften §§ 130, 54 Abs. 1 BetrVG spricht somit aus seiner Historie heraus nicht dafür, dass bei einem öffentlich-rechtlichen Rechtsträger ein Konzernbetriebsrat gebildet werden kann.

2. Systematik

Systematische Gründe sprechen entgegen der Auffassung des LAG nicht für, sondern gegen die „Konzernbetriebsratsfähigkeit“ einer juristischen Person des öffentlich-rechtlichen Rechts.

2.1 Übliches Verständnis des § 130 BetrVG: Maßgeblichkeit der Organisationsform

Das LAG ist – in Übereinstimmung mit der UKE-Entscheidung des Senats – der Auffassung, dass eine juristische Person des öffentlichen Rechts den Vorschriften des BetrVG unterliege, soweit sie in privatrechtlich organisierten Unternehmen als maßgebliche Gesellschafterin auftritt und unternehmensübergreifend einen beteiligungsrelevanten Einfluss auf die Arbeitsverhältnisse der dort tätigen Arbeitnehmer ausüben könne. Diese Auffassung widerspricht dem üblichen Verständnis des § 130 BetrVG:

Nach üblichem und zutreffenden Verständnis trifft § 130 BetrVG eine klare Abgrenzung nach der **Organisationsform** der Rechtseinheit, die Adressat der Mitbestimmung ist: Privatrechtlich organisierte Rechtseinheiten (auch wenn sie wirtschaftlich von der öffentlichen Hand getragen werden und öffentliche Zwecke verfolgen) unterliegen dem BetrVG; öffentlich-rechtlich organisierte Rechtseinheiten (auch wenn sie in privatrechtlicher Form handeln, etwa durch den Abschluss von Arbeitsverträgen) unterliegen nicht dem BetrVG. Es kommt also weder auf die Art und Zweckrichtung der Tätigkeit an noch auf die Handlungsform, sondern allein auf die formelle Rechtsform der Organisationseinheit.

Fitting, BetrVG, 29. Aufl. 2018, § 130 BetrVG Rdnr. 4; *Richardi* in: *Richardi/Dörner/Weber*, Personalvertretungsrecht, Einl. Rdnr. 58.

Der Kreis Lippe ist eine öffentlich-rechtlich organisierte Rechtseinheit. Dass er sich privatrechtlicher **Handlungsformen** bedient, indem er Gesellschafter mehrerer GmbHs ist, ändert hieran nichts.

Mit der Errichtung eines Konzernbetriebsrats beim Kreis als Konzernspitze würde der Kreis als solcher Adressat von Rechten und Pflichten nach dem BetrVG. Der Kreis selbst, und nicht etwa die Beteiligungsgesellschaften (allein oder in ihrer Gesamtheit), wäre an das BetrVG gebunden. Das BetrVG setzt einen **Konzernarbeitgeber** als betriebsverfassungsrechtliches Gegenüber des Konzernbetriebsrats voraus. Dies ist das herrschende Konzernunternehmen – hier also der Kreis Lippe (wenn man denn von einem Konzern ausgehen würde, siehe hierzu unter II.).

Zum Konzernarbeitgeber siehe nur BAG vom 12. November 1997 – 7 ABR 78/96, NZA 1998, 497; vom 22. Januar 2002 – 3 AZR 554/00, NZA 2000, 1224; vom 22. Juli 2008 – 1 ABR 40/07, NZA 2008, 1248 Rdnr. 24; *Fitting*, BetrVG, 29. Aufl. 2018, § 58 Rdnr. 6; GK-BetrVG/*Franzen*, 10. Aufl. 2014, § 58 Rdnr. 9 ff.

Der Lösungsansatz des Senats in der UKE-Entscheidung, eine Zuständigkeit des Konzernbetriebsrats nur für die privatrechtlich organisierten Beteiligungsgesellschaften anzuerkennen, ist mit dem üblichen und zutreffenden Verständnis des Wortlauts des § 130 BetrVG nicht zu vereinbaren. Die Norm knüpft an die öffentlich-rechtliche Organisationsform und nicht die Handlungsform an. Das BetrVG ist unstreitig auf Personen, die in einem privatrechtlichen Arbeitsverhältnis zu einer juristischen Person des öffentlichen Rechts stehen, nicht anwendbar. Dass die juristische Person des öffentlichen Rechts sich privatrechtlicher Vertragsgestaltungen bedient, ist also irrelevant. Irrelevant ist es daher auch, wenn eine juristische Person des öffentlichen Rechts Gesellschafter einer GmbH nach dem privatrechtlichen GmbHG ist. Auch als herrschender Gesellschafter mehrerer Gesellschaften bleibt sie eine juristische Person des öffentlichen Rechts und ist als solche nicht den Rechten und Pflichten des BetrVG unterworfen. Selbstverständlich unterliegen die privatrechtlichen Beteiligungsgesellschaften als solche dem BetrVG.

Die Auffassung des Senats in der UKE-Entscheidung und ihm folgend des LAG, § 130 BetrVG regelt den Fall des öffentlich-privatrechtlichen Mischkonzerns nicht, ist somit nach diesseits vertretener Auffassung nicht zutreffend: Genauso wenig wie die juristische Person des öffentlich-rechtlichen Rechts betriebsverfassungsrechtlicher Arbeitgeber auf der Ebene des einzelnen Betriebs (gegenüber einem örtlichen Betriebsrats) oder auf Ebene des Unternehmens (gegenüber einem Gesamtbetriebsrat) sein kann, kann sie betriebsverfassungsrechtlicher Arbeitgeber auf Konzernebene (gegenüber einem Konzernbetriebsrat) sein.

2.2 Keine entgegenstehenden systematischen Gründe

Entgegen der Auffassung des Senats in der UKE-Entscheidung und ihm folgend des LAG (Seite 19 des Beschlusses) sprechen systematische Gründe nicht für eine Auslegung des § 130 BetrVG, die eine öffentlich-rechtliche Körperschaft zum unmittelbaren Adressaten betriebsverfassungsrechtlicher Rechte und Pflichten macht.

Das LAG möchte aus dem in § 54 Abs. 1 BetrVG enthaltenen Verweis auf das allgemeine Konzernrecht, in dem der Unternehmensbegriff rechtsformneutral verstanden wird, den systematischen Schluss ziehen, dass auch bei einer öffentlich-rechtlichen Organisationseinheit ein Konzernbetriebsrat gebildet werden könne. Abgesehen davon, dass sich historisch nichts für einen derartigen Willen des Gesetzgebers ergibt, ist dies auch systematisch nicht richtig. Es mag sein, dass in der zivilgerichtlichen Rechtsprechung die §§ 15 ff. AktG rechtsformneutral verwendet werden und damit auch eine öffentlich-rechtliche Organisationseinheit als herrschendes Konzernunternehmen zulassen. Das sagt aber nichts über die Auslegung des § 130 BetrVG aus. Dieser befasst sich nicht mit dem Konzernbegriff, sondern mit dem **Anwendungsbereich des BetrVG**: Der Anwendungsbereich des BetrVG soll nicht eröffnet sein, wenn der Inhaber einer betriebsverfassungsrechtlichen Organisationseinheit ein öffentlich-rechtlich organisierter Rechtsträger ist. Im vorliegenden Fall ist der Inhaber der betriebsverfassungsrechtlichen Organisationseinheit „Konzern“ eine öffentlich-rechtliche Körperschaft. Aktienrechtlich mag der Kreis Adressat konzernrechtlicher Pflichten sein, genauso wie der Kreis Adressat sonstiger zivilrechtlicher (einschließlich arbeitsrechtlicher) Pflichten sein kann. Speziell für das Betriebsverfassungsrecht enthält § 130 BetrVG aber eine vorrangig zu berücksichtigende **Sonderregelung**, die den Anwendungsbereich des BetrVG von vornherein beschränkt.

3. Sinn und Zweck

Sinn und Zweck des § 130 BetrVG und des § 54 BetrVG verlangen entgegen der Auffassung des LAG und des Senats in der UKE-Entscheidung nicht die Möglichkeit der Bildung eines Konzernbetriebsrats für den Konzern einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft (hierzu unter 3.1). Im Gegenteil: Sinn und Zweck des § 130 BetrVG liegen in der Verwirklichung der verfassungsrechtlichen Vorgaben für die betriebliche Mitbestimmung im öffentlichen Dienst. Die Auslegung des § 130 BetrVG durch das LAG widerspricht diesem Sinn und Zweck. Eine verfassungskonforme, jedenfalls aber verfassungsorientierte teleologische Auslegung führt zu dem Ergebnis, dass gemäß § 130 BetrVG eine juristische Person des öffentlichen Rechts, insbesondere eine Gebietskörperschaft, als solche nicht Adressat betriebsverfassungsrechtlicher Pflichten nach dem BetrVG sein soll (hierzu unter 3.2).

3.1 Keine ausfüllungsbedürftige „Mitbestimmungslücke“

Nach Auffassung des LAG (Seite 19 des Beschlusses, unter c)) wird nur durch die von ihm für zulässig gehaltene Errichtung eines Konzernbetriebsrats bei einer juristischen Person des öffentlichen Rechts dem Ziel des § 130 BetrVG gebührend Rechnung getragen, für eine lückenlose Abgrenzung des Betriebsverfassungsrechts und des Personalvertretungsrechts zu sorgen. Das Ziel des § 54 BetrVG, betriebsverfassungsrechtlich dort eine Interessenvertretung zu schaffen, wo unternehmerische Leitungsmacht konkret entfaltet und ausgeübt wird,

könne nur erreicht werden, wenn die Möglichkeit eröffnet werde, dass auch eine öffentlich-rechtlich organisierte juristische Person die Funktion eines herrschenden Konzernunternehmens wahrnehmen kann. Dem ist nicht zu folgen:

- a) Keine „lückenlose Abgrenzung“ zwischen Betriebsverfassungs- und Personalvertretungsrecht

Die These des LAG, § 130 BetrVG habe eine lückenlose Abgrenzung zwischen Betriebsverfassungs- und Personalvertretungsrecht zum Ziel, trifft nicht zu. § 130 BetrVG enthält allein eine Aussage zum Geltungsbereich des BetrVG und definiert diesen danach, wer der Träger der betriebsverfassungsrechtlichen Organisationseinheit ist. § 130 BetrVG trifft keine Aussage zum Geltungsbereich des Personalvertretungsrechts. Eine „lückenlose“ Abgrenzung kann § 130 BetrVG somit nicht gewährleisten. Dementsprechend hat der Sechste Senat in einer Entscheidung zur Nichtanwendung des BetrVG auf den Brauereibetrieb einer Ordensgemeinschaft mit dem Status einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft des öffentlichen Rechts zu Recht festgehalten, dass das BetrVG **keinen Auffangcharakter** hat. Es kommt nicht etwa stets dann zur Anwendung kommt, wenn ein Personalvertretungsgesetz nicht zur Anwendung kommt.

BAG vom 30. Juli 1987 – 6 ABR 78/85, AP Nr. 3 zu § 130 BetrVG.

Dies gilt umso mehr, nachdem der Bund seit der Föderalismusreform 2006 keine Rahmengesetzgebungskompetenz mehr für das Personalvertretungsrecht der nicht verbeamteten Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes hat. Art. 75 GG a.F. wurde aufgehoben. Die Rahmenvorschriften in den §§ 94 ff. BPersVG gelten nur noch kraft der Übergangsvorschrift des Art. 125a GG als einfaches Bundesrecht, das durch Landesrecht ersetzt werden kann, fort. Die Länder können also von den Vorgaben der §§ 94 ff. BPersVG abweichen.

Kersten in: Richardi/Dörner/Weber, Personalvertretungsrecht, 4. Aufl. 2012, § 94 BPersVG Rdnr. 5.

- b) Keine Folgerung aus Sinn und Zweck des § 54 BetrVG

Nach der vom Senat in der UKE-Entscheidung vertretenen Auffassung, der das Landesarbeitsgericht auf Seite 19 des angefochtenen Beschlusses gefolgt ist, erfordern Sinn und Zweck des § 54 BetrVG die Möglichkeit, in Konzernen mit öffentlich-rechtlicher Konzernspitze Konzernbetriebsräte zu errichten. § 54 BetrVG verfolge den gesetzgeberischen Zweck, betriebsverfassungsrechtlich dort eine Interessenvertretung zu schaffen, wo unternehmerische Leitungsmacht konkret ausgeübt wird. Dieses Ziel könne nur erreicht werden, wenn auch die Möglichkeit eröffnet werde, dass auch eine öffentlich-rechtlich organisierte juristische Person die Funktion eines herrschenden Unternehmens wahrnehmen könne. Dem ist zu widersprechen: Es wird ein Vorrang des § 54 BetrVG postuliert, obwohl der Gesetzgeber eine **gegenteilige Grundentscheidung** in § 130 BetrVG getroffen hat.

- a) Was „ausreichend“ ist, entscheidet der Gesetzgeber. Bei öffentlich-rechtlichen Organisationseinheiten hat der Gesetzgeber auf Basis verfassungsrechtlicher Vorgaben entschieden, dass das Niveau der Mitbestimmung nicht durch das BetrVG, sondern ggf. durch die Personalvertretungsgesetze des Bundes und der Länder bestimmt werden soll. Die Abgrenzung richtet sich, wie oben dargestellt, nicht danach, ob die öffentlich-rechtliche Organisationseinheit privatrechtlich oder öffentlich-rechtlich handelt. Es liegt daher in der Konzeption des § 130 BetrVG begründet, dass sich das Niveau der Mitbestimmung vom BetrVG unterscheiden kann, wenn der maßgebliche Entscheidungsträger auf Arbeitgeberseite eine juristische Person des öffentlichen Rechts ist. Dass eine Körperschaft oder Anstalt des öffentlichen Rechts nicht den Regelungen der §§ 54 ff. BetrVG unterliegt, obwohl der zuständige Landesgesetzgeber im entsprechenden Personalvertretungsgesetz keine „Konzern-Beschäftigtenvertretung“ oder ähnliches vorgesehen hat, ist daher in der Konzeption des § 130 BetrVG begründet.
- b) Der Konzernbetriebsrat ist nach dem BetrVG ein fakultatives Gremium. Sein Fehlen führt nicht zu mitbestimmungsfreien Zonen. Vielmehr findet die Mitbestimmung auf Ebene der einzelnen Konzerngesellschaften statt.
- c) Nach diesseits vertretener Auffassung ist der Hinweis des Senats in der UKE-Entscheidung unrichtig, die Möglichkeit ein unternehmensübergreifendes einheitliches Vertretungsorgan zu errichten, liege auch im wohlverstandenen Eigeninteresse der im Konzern zusammengefassten Unternehmen:
- Zum einen würde durch den Konzernbetriebsrat gerade **kein einheitliches Vertretungsorgan** für die Arbeitnehmer des „Konzerns“ geschaffen. Denn die unmittelbar beim Kreis angestellten Arbeitnehmer würden durch den Konzernbetriebsrat unstreitig nicht repräsentiert. Wenn der Kreis also für die im „Konzern Kreis“ tätigen Arbeitnehmer beispielsweise eine einheitliche Verhaltensrichtlinie erlassen wollte, müsste er sich weiterhin mit mehreren Repräsentationsorganen auseinandersetzen. Das LAG meint zwar ohne nähere Begründung, dies sei hinzunehmen – ein Argument *für* die Anerkennung der Konzernbetriebsratsfähigkeit öffentlich-rechtlicher Rechtsträger ist dies aber jedenfalls nicht.
 - Zum anderen spielt das Eigeninteresse der Konzernunternehmen nach dem BetrVG keine Rolle, da die Arbeitgeberseite die Errichtung eines Konzernbetriebsrats nicht erzwingen kann. Es handelt sich um ein **fakultatives Gremium**, über dessen Errichtung allein die Arbeitnehmerseite entscheidet. Es liegt daher fern, mit dieser Erwägung eine Abweichung von § 130 BetrVG zu rechtfertigen.

3.2 Zweck von § 130 BetrVG: Wahrung der verfassungsrechtlich vorgegebenen Regelungszuständigkeit für die Organisation der juristischen Personen des öffentlichen Rechts

Die Auffassung des Senats in der UKE-Entscheidung, der das Landesarbeitsgericht gefolgt ist, widerspricht Sinn und Zweck des § 130 BetrVG. Das LAG deutet die verfassungsrechtliche Dimension des § 130 BetrVG zwar an, indem es auf Seite 18 des Beschlusses, unter a), auf die grundgesetzliche Kompetenznormen verweist. Das LAG hat aber zum einen die Reichweite der Kompetenznormen verkannt und zum anderen die verfassungsrechtliche Dimension insgesamt nicht ausreichend zur Kenntnis genommen und in die Auslegung des § 130 BetrVG einfließen lassen. Im Einzelnen:

a) Betriebsverfassung als Eingriff in Entscheidungsfindung und Organisation

Die Mitbestimmung der Arbeitnehmer nach dem BetrVG – sei es auf Ebene des Betriebs, des Unternehmens oder des Konzerns – greift in die interne Organisation und die Entscheidungsfindung des Arbeitgebers (beim Konzern: der Konzernobergesellschaft als Konzernarbeitgeber) ein. Wie intensiv dieser Eingriff sein darf, ist materiell bei Unternehmen der Privatwirtschaft eine Frage der Grundrechte, insbesondere des Art. 12 Abs. 1 GG. Formell besteht eine konkurrierende Gesetzgebungskompetenz des Bundes gemäß Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG.

b) Verfassungsrechtliche Anforderungen

Die verfassungsrechtliche Ausgangslage ist bei Arbeitgebern in öffentlich-rechtlicher Organisationsform eine vollkommen andere als bei Arbeitgebern in privatrechtlicher Organisationsform. Dies gilt in materieller und in kompetenzieller Hinsicht:

aa) Demokratieprinzip

Die Willensbildung in öffentlich-rechtlichen Organisationsformen erfolgt nach **demokratischen Prinzipien**. Dies gilt auf allen Ebenen (Bund, Länder, Gemeinden). Die Willensbildung liegt also grundsätzlich beim Volk und nicht bei Gruppen, die bestimmte – durchaus berechnete – Sonderinteressen verfolgen. Das schließt es nicht aus, bestimmte Gruppen in besonderer Weise an der Willensbildung zu beteiligen. Die Frage, wie dies erfolgen kann, ist jedoch bei demokratisch organisierten öffentlich-rechtlichen Organisationen vor einem gänzlich anderen Hintergrund zu entscheiden als bei privatrechtlichen Organisationen. Der materielle Maßstab für die Zulässigkeit von Eingriffen ist nicht Art. 12, 14 GG, sondern Art. 20 GG und bei Kommunen zusätzlich die verfassungsrechtliche Garantie der kommunalen Selbstverwaltung nach Art. 28 Abs. 2 GG.

Das Bundesverfassungsgericht hat dementsprechend für die Intensität der Mitbestimmung im öffentlichen Dienst **spezifische Maßstäbe** entwickelt, die der Einflussnahme mitbestimmungsrechtlicher Gremien Grenzen setzen.

BVerfG vom 24. Mai 1995 – 2 BvF 1/92, BVerfGE 93, 37.

Vereinfacht gesagt stellen sich diese wie folgt dar: Die Mitbestimmung im öffentlichen Dienst darf sich nur auf innerdienstliche Maßnahmen erstrecken und nur so weit gehen, wie die spezifischen in dem Beschäftigungsverhältnis angelegten Interessen der Angehörigen der Dienststelle sie rechtfertigen. Andererseits verlangt das Demokratieprinzip für die Ausübung von Staatsgewalt bei Entscheidungen von Bedeutung für die Erfüllung des Amtsauftrages, dass die **Letztentscheidung** eines dem Parlament verantwortlichen Entscheidungsträgers gesichert ist. Innerdienstliche Maßnahmen, insbesondere organisatorische und in Einzelfällen auch soziale Maßnahmen, die schwerpunktmäßig die Erledigung von Amtsaufgaben betreffen, unvermeidlich aber auch die Interessen von Beschäftigten berühren, sind stets von so großer Bedeutung für die Erfüllung des Amtsauftrages, dass die parlamentarische Verantwortung der Regierung für sie **keine substantielle Einschränkung** erfahren darf. Insgesamt gilt, dass eine Kontrolle wirtschaftlicher Macht durch die Beschäftigten ebenso wenig zulässig ist, wie eine Einflussnahme auf die unternehmerische Ausrichtung von (öffentlichen) Unternehmen. Die Effektivität der Aufgabenerfüllung darf durch Mitbestimmungsrechte nicht beeinträchtigt werden. Grundsätzlich zulässig sind demgegenüber innerdienstliche Maßnahmen, die sich auf die spezifischen, in dem Beschäftigungsverhältnis angelegten Interessen der Beschäftigten konzentrieren. Zu prüfen ist insoweit aber immer, inwieweit hierdurch Konsequenzen für außenwirksame Entscheidungen aufgeworfen werden.

Vgl. *Becker*, in: Mann/Püttner, Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Band 2, 3. Aufl. 2011, S. 370 und S. 376).

An diesem Maßstab hat das Bundesverfassungsgericht das Personalvertretungsrecht geprüft und in der zitierten Entscheidung vom 24. Mai 1995 Teile des damaligen schleswig-holsteinischen Landespersonalvertretungsgesetzes, die zu weitgehende Befugnisse einer demokratisch nicht legitimierten Einigungsstelle vorsahen, für verfassungswidrig erklärt.

bb) Gesetzgebungskompetenz

Soweit es um juristische Personen des öffentlichen Rechts geht, hat der Bund **keine konkurrierende Gesetzgebungszuständigkeit** nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG. Das Recht über die Personalvertretungen im öffentlichen Dienst gehört nicht zum Arbeitsrecht einschließlich der Betriebsverfassung. Vielmehr unterfällt es für Bundesbediens-

tete (Beamte, Arbeiter und Angestellte) dem Kompetenztitel nach Art. 73 Abs. 1 Nr. 8 GG. Für Bedienstete von Ländern und Gemeinden galt früher die Rahmenkompetenz nach Art. 75 Nr. 1 GG – heute greift die ausschließliche Gesetzgebungszuständigkeit der Länder ein.

BVerfG vom 3. Oktober 1957 – 2 BvL 7/56, BVerfGE 7, 120.

Soweit das LAG auf Seite 18 des Beschlusses auf die Abgrenzung zwischen Personalrecht und Betriebsverfassungsrecht auf Art. 73 Abs. 1 Nr. 8 GG und Art. 74 Abs. 1 Nr. 27 GG einerseits und Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG andererseits abstellt, ist dies nicht vollständig zutreffend: Art. 74 Abs. 1 Nr. 27 GG betrifft nur den Status der Beamten – nicht den der Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes. Das Personalvertretungsrecht für die Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes liegt ausschließlich bei den Ländern. Der vom LAG erweckte Eindruck, die Abgrenzung zwischen Betriebsverfassungs- und Personalvertretungsrecht sei immer Sache des Bundes, ist somit unrichtig.

c) § 130 BetrVG als Antwort auf die verfassungsrechtlichen Anforderungen

Der geschilderten verfassungsrechtlichen Ausgangslage trägt § 130 BetrVG mit seiner **Abgrenzung anhand der formellen Organisationsform** Rechnung: Das BetrVG ist auf den Interessenausgleich von privaten Arbeitgebern und Arbeitnehmern ausgerichtet. Regelungen, die die speziellen Erfordernisse bei öffentlich-rechtlichen Organisationen abbilden, fehlen im BetrVG. Solche Regelungen finden sich hingegen in den Personalvertretungsgesetzen des Bundes und der Länder. Die besonderen Erfordernisse, die sich aus den staatlichen bzw. kommunalen Funktionen und der besonderen Organisation der staatlichen bzw. kommunalen Organe ergeben, werden dort berücksichtigt. Dies zeigt sich beispielsweise am System der Stufenvertretungen (§§ 53 f. BPersVG, §§ 50 f. LPersVG NRW), das dem hierarchischen Aufbau der Verwaltung Rechnung trägt.

Dem Bundesgesetzgeber ist es nicht verwehrt, juristische Personen des Privatrechts, an denen juristische Personen des öffentlichen Rechts beteiligt sind, den Beschränkungen des BetrVG zu unterwerfen, selbst wenn ein Land oder eine Gemeinde die Mehrheit oder sogar sämtliche Anteile an der Gesellschaft hält. Der Eingriff beschränkt sich *rechtlich* auf die Organisation und Entscheidungsfindung dieser juristischen Person des Privatrechts. Lediglich *faktisch* wird mittelbar auch der Handlungsspielraum der juristischen Person des öffentlichen Rechts eingeschränkt.

Etwas gänzlich anderes, nämlich ein **rechtlicher Eingriff in die Organisation und Entscheidungsfindung**, ist es, wenn einer juristischen Person des öffentlichen Rechts als Konzernarbeitgeber Vorschriften darüber gemacht werden, welche Arbeitnehmervertretung sie wann und wie in die Entscheidungsfindung einzubeziehen hat und welche Informationsrechte diese Arbeitnehmervertretung hat. Das fängt bei Verfahrenspflichten des Arbeitgebers wie

der Teilnahme an Sitzungen (§§ 59 Abs. 2 Satz 3, 29 Abs. 4 BetrVG) an und hört bei Mitbestimmungsrechten über „konzernweite“ Verhaltensregeln nicht auf.

Die Organisation und Entscheidungsfindung der Länder sowie der Kommunen ist aber Ländersache (beschränkt durch die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung). Ebenso ist es daher Ländersache, darüber zu entscheiden, in welchem Maße Mitarbeitervertretungen in die Organisation und Entscheidungsfindung eingebunden werden sollen. Die Länder haben hierüber durch den Erlass verschiedener Personalvertretungsgesetze entschieden, die unterschiedlich ausgestaltet sind und auch landesspezifische Besonderheiten der Verwaltungsorganisation Rücksicht nehmen können.

Der Bundesgesetzgeber darf hier aus **kompetenzrechtlichen Gründen** nicht eingreifen. Er hat diese Kompetenzgrenze erkannt und mit § 130 BetrVG eine klare Abgrenzungsnorm geschaffen. In der UKE-Entscheidung und dem angefochtenen Beschluss wird diese Kompetenzgrenze verkannt und juristische Personen des öffentlichen Rechts der Länder als Konzernarbeitgeber den Regelungen des BetrVG unterworfen. Die Begründung, der Mitbestimmung werde ansonsten nicht „ausreichend“ Rechnung getragen, trägt nicht: Die Mitbestimmung findet auf Ebene der privatrechtlich organisierten Gesellschaften statt. Das ist kompetenzrechtlich unbedenklich und trägt auch den Arbeitnehmerinteressen ausreichend Rechnung, zumal eine Mitbestimmung auf Konzernebene selbst nach dem BetrVG nur fakultativ stattfindet.

Auch unabhängig von kompetenzrechtlichen Gründen entspricht es den verfassungsrechtlichen Erfordernissen am besten, das materielle Betriebsverfassungsrecht nur dann zur Anwendung zu bringen, wenn eine natürliche oder juristische **Person des Privatrechts** Adressat der betriebsverfassungsrechtlichen Rechte und Pflichten ist. Die Mitbestimmung im öffentlichen Dienst unterliegt insbesondere aufgrund des Demokratieprinzips vielfältigen Beschränkungen, die das Bundesverfassungsgericht in einer durchaus diffizilen Rechtsprechung ausdifferenziert hat. Arbeitnehmervertretungen sind personell **nicht demokratisch legitimiert**, denn sie werden von Arbeitnehmern, nicht dem Volk gewählt.

Siehe BVerfG vom 24. Mai 1995, a.a.O., Rdnr. 161, zur unzureichenden demokratischen Legitimation der im schleswig-holsteinischen LPersVG vorgesehenen Einigungsstelle: *„Die beiden von der Personalvertretung bestellten Beisitzer sind personell nicht demokratisch legitimiert.“*

Inwieweit nicht personell demokratisch legitimierte Gremien auf die Entscheidungen von Bund, Ländern und Kommunen Einfluss nehmen dürfen, ist also eine Frage, die strengen verfassungsrechtlichen Vorgaben unterliegt und die gänzlich anders gelagert ist als die Frage, inwieweit Arbeitnehmervertretungen auf Entscheidungen eines Privatrechtssubjekts Einfluss nehmen dürfen. Die Personalvertretungsgesetze des Bundes und der Länder sind (weitgehend) an diese spezifisch verfassungsrechtlichen Anforderungen angepasst (dass es zu

Grenzüberschreitungen kommen kann, die das Eingreifen der Verfassungsgerichtsbarkeit notwendig machen, zeigt die Entscheidung des BVerfG vom 24. Mai 1995). Das BetrVG ist auf diese spezifisch verfassungsrechtlichen Grenzen **nicht einmal ansatzweise zugeschnitten**. Es ist nicht dafür gedacht und nicht dafür gemacht, weder in organisatorischer noch in materieller Hinsicht, die demokratischen Entscheidungsbefugnisse innerhalb einer Körperschaft des öffentlichen Rechts (insbesondere einer Gebietskörperschaft) mit Mitbestimmungsrechten der Arbeitnehmervertretung in einen verfassungsgemäßen Ausgleich zu bringen. Hieraus zieht § 130 BetrVG die Konsequenz, dass das BetrVG keine Anwendung findet, wenn es **unmittelbar** in die Entscheidungsbefugnisse eines öffentlich-rechtlich organisierten Rechtsträgers eingreifen würde. Genau diese Situation, die das BetrVG vermeiden möchte, würde aber eintreten, wenn bei einem Kreis (oder einer Gemeinde, einem Land, dem Bund) eine Arbeitnehmervertretung nach den Regeln des BetrVG gebildet würde.

Für diesen Befund kommt es – dies sei zur Vermeidung von Missverständnissen klargestellt – nicht darauf an, ob im konkreten Fall die Befugnisse eines Konzernbetriebsrats mit dem Demokratieprinzip unvereinbar wären. § 130 BetrVG enthält eine **abstrakt-generelle Abgrenzungsregelung**. Es soll nicht vom Einzelfall – aber auch nicht von einer bestimmten Ausgestaltung des materiellen Betriebsverfassungsrecht – abhängen, ob das BetrVG auch gegenüber einem Rechtsträger des öffentlichen Rechts in zulässiger Weise in die Entscheidungsfindung eingreift, sondern diese Problematik will § 130 BetrVG von vornherein vermeiden.

Beispielhaft: Das Betriebsverfassungsgesetz kennt das Institut der **paritätisch besetzten Einigungsstelle**, die in den vom Gesetz bestimmten Fällen innerhalb der Grenzen des Ermessens eine finale Entscheidungskompetenz hat. Ein Letztentscheidungsrecht des Unternehmers ist nicht gegeben. Die Vereinbarkeit dieser Entscheidungsbeschränkung mit der Berufsfreiheit des Unternehmers mag von manchem bezweifelt werden, sie ist aber anerkannt. Eine gänzlich andere Frage ist es, ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen eine paritätisch besetzte Einigungsstelle der Entscheidung einer demokratisch legitimierten Volksvertretung vorgehen darf. Mit dieser Frage hat sich der Gesetzgeber des BetrVG überhaupt nicht befasst. Er muss es auch nicht, weil er mit § 130 BetrVG verhindert, dass es zu einem solchen Konflikt überhaupt kommen kann. Die Auslegung, die das LAG in Gefolge der UKE-Entscheidung favorisiert, führt hingegen dazu, dass – in Bezug auf konzernbezogene Entscheidungen – genau diese Konfliktsituation auftreten kann.

d) Parallele zu Konzernspitzen ausländischen Rechts

Nach der Rechtsprechung des Senats kann ein Konzernbetriebsrat nur gebildet werden, wenn das herrschende Unternehmen seinen Sitz im Inland hat oder über eine im Inland ansässige Teilkonzernspitze verfügt. Zur Begründung verweist der Senat zu Recht auf den auf Deutschland beschränkten territorialen Anwendungsbereich des BetrVG.

BAG vom 14. Februar 2007 – 7 ABR 26/06, BAGE 121, 212; vom 16. Mai 2007 – 7 ABR 63/06, NZA 2008, 320.

Dieser Rechtsgedanke lässt sich auf öffentlich-rechtliche Konzernspitzen übertragen. Genauso wenig wie der deutsche Gesetzgeber die Kompetenz hat, ausländische Unternehmen mit Sitz im Ausland als Konzernspitze dem deutschen BetrVG zu unterwerfen, hat der Bundesgesetzgeber die Kompetenz juristische Personen des öffentlichen Rechts, die dem Landesrecht unterliegen, bundesgesetzlichen Regelungen zur Organisation und Entscheidungsfindung zu unterwerfen. Anders wäre es, wenn das Grundgesetz ausdrücklich eine entsprechende Kompetenznorm enthielte – daran fehlt es aber gerade.

e) Konsequenzen bei Übertragung auf Gebietskörperschaften

Die UKE-Entscheidung des Senats erging zu einem Universitätsklinikum und damit einer relativ kleinen öffentlich-rechtlichen Organisationseinheit, die sowohl von ihrer Tätigkeit als auch ihrer Organisation her einem privatrechtlich organisierten Unternehmen nicht unähnlich ist. So liegt die Leitung bei einem Vorstand und es gibt ein Kuratorium, das in seiner Ausgestaltung einem Aufsichtsrat ähnlich ist (siehe §§ 6 ff. UKE-Gesetz). In Bezug auf eine solche Organisationseinheit und deren privatrechtliche Tochtergesellschaften mag es noch vorstellbar sein, ohne größere Verwerfungen die §§ 54 ff. BetrVG auf eine öffentlich-rechtliche Organisation anzuwenden. § 130 BetrVG trifft jedoch eine abstrakte Abgrenzungsentscheidung. Es sind daher die weiteren Konsequenzen bei einer Übertragung auf Gebietskörperschaften zu berücksichtigen.

Der Bund verfügt über eine Vielzahl von unmittelbaren Beteiligungen in privatrechtlicher Form, an denen er 100% oder die Mehrheit der Anteile hält, z.B. die Bundesdruckerei GmbH, die Deutsche Bahn AG, die DFS Deutsche Flugsicherung GmbH, das Deutsche Zentrum für Hochschul- und Wissenschaftsforschung GmbH, die Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit GmbH, die Juris GmbH usw. Die Beteiligungsgesellschaften gehören zu den Ressorts verschiedener Ministerien (siehe Anlage GL 1 zum Schriftsatz der Beschwerdeführerin vom 2. Mai 2017). Beim Bund als Konzernobergesellschaft wäre also ein Konzernbetriebsrat zu bilden. Die sich hieraus ergebenden Friktionen und Fragestellungen wären unüberschbar:

- Beim Bund gäbe es außerhalb der gesetzlich vorgesehenen Mitarbeitervertretungen nach dem BPersVG ein weiteres Gremium. Dieses Gremium soll nach dem Konzept des BetrVG auf die Willensbildung des Bundes Einfluss nehmen und Konzernbetriebsvereinbarungen mit dem Bund abschließen.
- Wer soll Ansprechpartner des Konzernbetriebsrats sein? Die Bundeskanzlerin? Die Bundesregierung insgesamt? Soll Bundesregierung/Bundeskanzlerin zu regelmäßigen Konsultationen mit dem Konzernbetriebsrat zusammen kommen?

- Nach dem BetrVG würde bei Meinungsverschiedenheiten ggf. die Einigungsstelle entscheiden. Wie wäre dieser Entscheidungsfindungsprozess in die Staatsorganisation des Bundes einzuordnen?

Entsprechende Friktionen würden sich auf Landesebene ergeben. Das Land Nordrhein-Westfalen verfügt ebenfalls über eine Vielzahl von Mehrheitsbeteiligungen in verschiedensten Ressorts (siehe Anlage GL 2 zum Schriftsatz der Beschwerdeführerin vom 2. Mai 2017).

Schließlich wäre in praktisch jeder kleineren oder größeren Kommune in Deutschland ein Konzernbetriebsrat zu errichten, da Stadtwerke, Krankenhäuser, Tourismuseinrichtungen u.ä. typischerweise in Form von Gesellschaften des Privatrechts gebildet werden. Der Konzernbetriebsrat wäre ein zusätzliches Gremium innerhalb der Kommunalverwaltung, ohne dass sich aus dem BetrVG, den Personalvertretungsgesetzen oder den Gemeinde- bzw. Kreisordnungen auch nur ansatzweise entnehmen ließe, wie sich ein solches Gremium in die Kommunalverfassung einordnen ließe.

Der Gesetzgeber des Betriebsverfassungsgesetzes hat mit guten Gründen entschieden, dass die Betriebsverfassung auf öffentlich-rechtlich organisierte Organisationseinheiten nicht anwendbar ist. Es würden sich Friktionen ergeben, die kaum lösbar und für deren Lösung der Bund nur für den Bereich der Bundesverwaltung, keinesfalls aber für die Landes- und Kommunalverwaltung zuständig wäre. § 130 BetrVG trifft eine klare Abgrenzungsentscheidung, die für alle drei Ebenen der Betriebsverfassung Geltung beansprucht:

- Völlig unstreitig ist, dass das BetrVG auf Betriebsebene (Eigenbetriebe, Regiebetriebe, Verwaltungen) nicht gilt.
- Ebenso unstreitig ist, dass das BetrVG auf Unternehmensebene (Bund/Land/Gemeinde/Kreis mit mehreren Eigenbetrieben, Regiebetrieben, Verwaltungen) nicht gilt.
- Genauso muss aber auch auf „Konzernebene“ (Bund/Land/Gemeinde/Kreis mit mehreren privatrechtlichen Beteiligungsgesellschaften) die Anwendung des BetrVG ausgeschlossen sein, und zwar insgesamt.

Um es nochmals zu betonen: Die Anwendung des BetrVG auf die jeweilige Beteiligungsgesellschaft ist damit nicht ausgeschlossen. Ausgeschlossen ist lediglich die Errichtung eines Konzernbetriebsrats bei einer öffentlich-rechtlichen Organisationseinheit, auf die das BetrVG nach § 130 BetrVG keine Anwendung findet.

4. Ergebnis

Die Errichtung eines Konzernbetriebsrats i.S.d. §§ 54 ff. BetrVG bei einem Kreis als juristischer Person des öffentlichen Rechts nach dem Landesrecht von Nordrhein-Westfalen widerspricht § 130 BetrVG, der seinerseits Ausfluss der grundgesetzlichen Kompetenzordnung und der verfassungsrechtlichen Anforderungen des Demokratieprinzips ist. Schon allein deshalb ist die Errichtung rechtswidrig und unwirksam. Die UKE-Entscheidung des Senats ist grundsätzlich zu überdenken und kann jedenfalls nicht auf Gebietskörperschaften übertragen werden, insbesondere nicht auf kommunale Gebietskörperschaften, deren Binnenorganisation und Entscheidungsfindung zudem durch Art. 28 Abs. 2 GG besonders geschützt ist.

II. Kein Konzern i.S.d. §§ 54 Abs. 1 BetrVG, 18 Abs. 1 AktG

Die Errichtung eines Konzernbetriebsrats kommt schon nach § 130 BetrVG nicht in Betracht. Schon wegen der unrichtigen Anwendung des § 130 BetrVG ist die Entscheidung des LAG zu ändern und der Antrag der Antragsteller abzuweisen. Abgesehen davon ist der Kreis Lippe kein Konzern i.S.d. §§ 54 Abs. 1 BetrVG, 18 Abs. 1 AktG.

1. Konzernbegriff

Nach heutiger Auffassung des BAG gilt im Rahmen der §§ 54 ff. BetrVG kein eigenständiger betriebsverfassungsrechtlicher Konzernbegriff. Maßgeblich seien die Regelungen des AktG. Der Senat ging daher in der UKE-Entscheidung vom 27. Oktober 2010 unter Hinweis auf Rechtsprechung des BGH davon aus, Körperschaften des öffentlichen Rechts seien bereits dann als Unternehmen im konzernrechtlichen Sinn anzusehen, wenn sie lediglich ein in privater Rechtsform organisiertes Unternehmen beherrschen. Dem ist das Landesarbeitsgericht in der angefochtenen Entscheidung (Seite 19) gefolgt („es gilt kein eigenständiger betriebsverfassungsrechtliches Begriffsverständnis“).

Noch im Jahr 1980 ging der Sechste Senat des BAG hingegen davon aus, dass der Verweisung in § 54 Abs. 1 BetrVG auf § 18 Abs. 1 AktG nicht zu entnehmen sei, dass damit zugleich alle Merkmale, die aus aktienrechtlicher Sicht für den Begriff Konzern genannt werden, auch für das Betriebsverfassungsrecht Geltung erlangen sollten. Der Sechste Senat prüfte ausführlich Entstehungsgeschichte und Sinn und Zweck des Gesetzes und kam zu dem zutreffenden Ergebnis, den Konzernbegriff im Einklang mit den Erfordernissen des BetrVG zu bestimmen.

BAG vom 21. Oktober 1980 – 6 ABR 41/78, BAGE 34, 320.

Eine „sklavische“ Übertragung des gesellschaftsrechtlichen Konzernbegriffs auf § 54 Abs. 1 BetrVG findet also – anders als es die UKE-Entscheidung nahelegt – nicht statt und ist auch

nicht angebracht. Vielmehr kann es aufgrund der unterschiedlichen Zielsetzungen von Gesellschaftsrecht und BetrVG zu Abweichungen zwischen gesellschaftsrechtlichem und betriebsverfassungsrechtlichem Konzernbegriff kommen.

Fitting, BetrVG, 29. Aufl. 2018, § 54 Rdnr. 8.

2. Kein „Unternehmen“ i.S.d. § 18 AktG

In der UKE-Entscheidung hat der Senat ohne nähere Prüfung die gesellschaftsrechtliche Rechtsprechung übernommen, wonach auch öffentlich-rechtliche Körperschaften/Anstalten ein „Unternehmen“ im Sinne der §§ 17 f. AktG sein können. Das Landesarbeitsgericht ist dem (stillschweigend) gefolgt.

Richtigerweise ist der gesellschaftsrechtliche Unternehmensbegriff, den der BGH vor dem Hintergrund der gesellschaftsrechtlichen Zielsetzung (Schutz von Minderheitsgesellschaften) entwickelt hat, nicht unesehen auf das Betriebsverfassungsrecht zu übertragen. Vielmehr sind die Normen und Grundsätze des Betriebsverfassungsrechts zu berücksichtigen. Vor dem Hintergrund des § 130 BetrVG liegt es mehr als nahe, juristische Personen des öffentlichen Rechts nicht als „Unternehmen“ i.S.d. §§ 54 BetrVG, 18 AktG zu qualifizieren.

Der Begriff des Unternehmens findet sich im BetrVG an einer Vielzahl von Stellen, z.B. §§ 1, 3, 5, 47, 99, 102, 106 BetrVG. Gemeint ist jeweils die wirtschaftliche Einheit, die ein oder mehrere Betriebe im Sinne einer arbeitstechnischen Einheit haben kann. Wenn nun § 130 BetrVG die Anwendbarkeit des BetrVG ausdrücklich ausschließt, liegt es fern, als „Unternehmen“ i.S.d. BetrVG auch juristische Personen des öffentlichen Rechts anzusehen. Dann leuchtet es aber auch nicht ein, im betriebsverfassungsrechtlichen Kontext eine juristische Person als Unternehmen im konzernrechtlichen Sinne anzusehen.

Der Kreis Lippe ist also kein „Unternehmen“ i.S.d. §§ 54 BetrVG, 18 AktG. Er kann also auch nicht Konzernobergesellschaft sein. Somit kann beim Kreis Lippe kein Konzernbetriebsrat errichtet werden.

3. Widerlegung der Konzernvermutung

Würde man der unrichtigen Auffassung des Landesarbeitsgerichts folgen und die Unternehmenseigenschaft des Kreises Lippe bejahen, wäre weiter zu prüfen, ob ein Konzern i.S.d. § 18 Abs. 1 AktG vorliegt. Jedenfalls dies ist entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts zu verneinen.

Nach § 18 Abs. 1 Satz 1 AktG bilden ein oder mehrere abhängige Unternehmen, die unter der einheitlichen Leitung des herrschenden Unternehmens zusammengefasst sind, einen Konzern. Bei einem Beherrschungsvertrag oder einer Eingliederung wird nach § 18 Abs. 1

Satz 2 AktG unwiderleglich vermutet, dass ein Konzern vorliegt; dies ist nicht der Fall. § 18 Abs. 1 Satz 3 enthält die widerlegliche Vermutung, dass abhängige Unternehmen zusammen mit dem herrschenden Unternehmen einen Konzern bilden.

Der Kreis Lippe wäre im Verhältnis zur Beteiligten zu 7) und deren Tochtergesellschaften sowie zu den meisten anderen beteiligten Arbeitgebern herrschendes Unternehmen, wenn man der Auffassung des Landesarbeitsgerichts folgt. Entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts kann die Konzernvermutung des § 18 Abs. 1 Satz 3 AktG im vorliegenden Fall jedoch widerlegt werden. Die Beteiligungsgesellschaften sind nicht unter der einheitlichen Leitung des Kreises zusammengefasst. Dies gilt jedenfalls im Verhältnis zur Beteiligten zu 7) sowie deren Tochtergesellschaften. Der Kreis Lippe übt auf die Beteiligte zu 7) und deren Tochtergesellschaften keinen Einfluss aus, der über die normalen Kontrollrechte eines Gesellschafters (auch eines Minderheitsgesellschafters) hinausgeht. Von einem „Durchregieren“ kann keine Rede sein. Vielmehr handelt die Geschäftsführung der Beteiligten zu 7) eigenständig und leitet das operative Geschäft frei von Einflussnahme. Genau dies ist seitens des Kreises gerade gewollt. Erst recht liegt keine einheitliche Leitung der Beteiligten zu 7) (und deren Tochtergesellschaften) und der übrigen Unternehmen vor, an denen der Kreis Lippe mehrheitlich beteiligt ist. Dies ergibt sich entgegen der Auffassung des LAG schon aus den gänzlich unterschiedlichen Unternehmensgegenständen (Gesundheit, Verkehr, Tourismus). Es mag sein, dass eine Branchenverschiedenheit der Möglichkeit zur Ausübung von Leitungsmacht nicht entgegensteht, wie das LAG auf Seite 24 des Beschlusses erläutert. Das bedeutet aber nicht, dass es zumindest ein Indiz gegen die Ausübung einheitlicher Leitungsmacht sein kann, wenn die angeblich unter einheitlicher Leitung stehenden Gesellschaften inhaltlich keinerlei Überschneidung in ihren Geschäftstätigkeiten aufweisen, was in der Zusammenschau mit anderen Indizien zur Widerlegung der Konzernvermutung führen kann.

Wenn man überhaupt Konzernstrukturen innerhalb der Beteiligungsgesellschaften des Kreises Lippe erkennen möchte, dann würden die Beteiligte zu 7) und deren Tochtergesellschaften einen „Gesundheitskonzern“ bilden. Dem entspricht es auch, dass bei der Beteiligten zu 7) ein Konzernbetriebsrat errichtet worden ist. Vom Kreis Lippe hingegen geht keine übergreifende Konzernleitungsmacht aus. Ein Konzernbetriebsrat auf Kreisebene wäre ein funktionsloses Gremium, da ihm mit dem Kreis eine Organisationseinheit gegenüber stünde, die überhaupt keine Konzernleitungsmacht als Konzernarbeitgeber wahrnimmt. Im Einzelnen:

3.1 Politisch gewünschte Eigenständigkeit der Geschäftsführung

Die Geschäftsführung zumindest der Beteiligten zu 7) agiert ohne maßgebliche Einflussnahme durch Organe des Kreises. Der Zeuge Schwarze – dessen persönliche Glaubwürdigkeit das LAG zu Recht genau so wenig anzweifelt wie die Glaubhaftigkeit seiner Aussage – hat in seiner Vernehmung am 21. Oktober 2015 bekundet, dass er sich ausbedungen habe, dass er eigenständig den Klinikbetrieb leitet und im „von kommunaler Seite nicht reingere-

det wird“. Der Zeuge hat ferner bekundet, dass dies auch der Praxis entsprochen habe. Diese eindeutige Aussage hat das LAG auf Seite 23 des Beschlusses zu Unrecht für unerheblich gehalten. Das LAG begründet dies damit, dass nach Ziffer 4.3 der Beteiligungsrichtlinie die Geschäftsführer u.a. an die Bestimmung des jeweiligen Gesellschaftsvertrags, aber auch an die Beschlüsse und Weisungen der Gesellschafterversammlung bzw. des Aufsichtsrats gebunden seien, also Gremien, die in personeller Hinsicht maßgeblich von Vertretern des Kreises Lippe besetzt seien. Das LAG verkennt damit, dass es für die Widerlegung der Konzernvermutung nicht darauf ankommt, ob *rechtlich* Einflussmöglichkeiten bestehen (solche bestehen zweifellos aufgrund der Beherrschung), sondern ob diese *faktisch* zu einer einheitlichen Leitung führen. Hierfür ist die Aussage des Zeugen Schwarze, die das LAG zu Recht nicht bezweifelt, von höchster Bedeutung. Genau diese Eigenständigkeit der Geschäftsführung ist auch politisch gewollt. Dies belegen die Regelungen in der Beteiligungsrichtlinie des Kreises Lippe, die ausdrücklich bestimmen, dass ein Eingriff in die unternehmerische Verantwortung durch den Kreis Lippe nicht erfolgen darf.

3.2 Keine personelle Verflechtung auf Geschäftsführungsebene

Zwischen dem Kreis Lippe und den Beteiligungsgesellschaften gab es unstreitig keine personellen Verflechtungen auf Geschäftsführungsebene. Auch dies spricht gegen eine einheitliche Leitung.

3.3 §§ 53, KrO, 108 ff. GO

Die kommunalrechtlichen Regelungen der §§ 108 ff. GO, die gemäß § 53 KrO auch für Kreise gelten, sprechen nicht für eine tatsächliche einheitliche Leitung. Sie verpflichten die kommunalen Gebietskörperschaften lediglich dazu, sich einen hinreichenden Einfluss vorzubehalten, um zu gewährleisten, dass die Vorschriften über die wirtschaftliche Betätigung der kommunalen Gebietskörperschaften eingehalten werden. Über eine tatsächliche einheitliche Leitung im konzernrechtlichen Sinne sagen sie nichts aus.

3.4 Keine Einflussnahme in personellen und sozialen Angelegenheiten - Funktionslosigkeit eines Konzernbetriebsrats auf Kreisebene

a) Funktionslosigkeit eines Konzernbetriebsrats auf Kreisebene

Der Kreis und seine Organe haben auf die Angelegenheiten, die die Arbeitnehmer der Beteiligungsgesellschaften in personellen und sozialen Angelegenheiten angehen, keinen Einfluss genommen. Dies gilt jedenfalls für die Beteiligte zu 7) und deren Tochtergesellschaften. Ein Konzernbetriebsrat auf Ebene des Kreises wäre also letztlich ein funktionsloses Gremium, da es überhaupt keine mitbestimmungspflichtigen Angelegenheiten gibt, bei denen der Kreis eine Entscheidung trifft.

b) Existenz eines Konzernbetriebsrats auf Ebene der Gesundheit Lippe

Wenn überhaupt kann ein Konzernbetriebsrat auf Ebene der Beteiligten zu 7) als Konzernobergesellschaft für den Gesundheitsbereich bestehen. § 130 BetrVG steht dem nicht entgegen, da die Beschwerdeführerin als GmbH eine privatrechtlich organisierte juristische Person ist. Sie ist an mehreren weiteren Gesellschaften mit beherrschendem Einfluss unmittelbar und mittelbar beteiligt. Für den Gesundheitsbereich ist die Beteiligte diejenige, die übergreifend die Angelegenheiten des Gesundheitsbereichs steuert. Folglich wurde bei der Beschwerdeführerin wurde ein Konzernbetriebsrat errichtet

Der Beschluss des Landesarbeitsgerichts Hamm ist somit aufzuheben. Der Beschluss des Arbeitsgerichts Detmold ist zu ändern. Der Antrag des Konzernbetriebsrats ist abzuweisen. Auf Ebene des Kreises Lippe konnte und kann kein Konzernbetriebsrat wirksam errichtet werden.

Prof. Dr. Jobst-Hubertus Bauer

**Für die Richtigkeit
der Abschrift**

Rechtsanwalt

