

Bundesarbeitsgericht
Siebter Senat

Beschluss vom 26. Februar 2020
- 7 ABR 20/18 -
ECLI:DE:BAG:2020:260220.B.7ABR20.18.0

I. Arbeitsgericht Fulda

Beschluss vom 21. Dezember 2016
- 3 BV 7/16 -

II. Hessisches Landesarbeitsgericht

Beschluss vom 10. Oktober 2017
- 4 TaBV 20/17 -

Entscheidungsstichworte:

Gemeinschaftsbetrieb - Tendenzschutz - Wirtschaftsausschuss

BUNDESARBEITSGERICHT



7 ABR 20/18
4 TaBV 20/17
Hessisches
Landesarbeitsgericht

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
26. Februar 2020

BESCHLUSS

Schiege, Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In dem Beschlussverfahren mit den Beteiligten

1.

Antragstellerin,

2.

Beschwerdeführer und Rechtsbeschwerdeführer,

3.

Rechtsbeschwerdeführer,

4.

hat der Siebte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der Anhörung vom 26. Februar 2020 durch die Vorsitzende Richterin am Bundesarbeitsgericht Gräfl, den Richter am Bundesarbeitsgericht Klose und die Richterin am Bundesarbeitsgericht Dr. Rennpferdt sowie die ehrenamtliche Richterin Schuh und den ehrenamtlichen Richter Glock für Recht erkannt:

Die Rechtsbeschwerde des Wirtschaftsausschusses gegen den Beschluss des Hessischen Landesarbeitsgerichts vom 10. Oktober 2017 - 4 TaBV 20/17 - wird als unzulässig verworfen.

Auf die Rechtsbeschwerde des Betriebsrats wird der Beschluss des Hessischen Landesarbeitsgerichts vom 10. Oktober 2017 - 4 TaBV 20/17 - aufgehoben.

Auf die Beschwerde des Betriebsrats wird der Beschluss des Arbeitsgerichts Fulda vom 21. Dezember 2016 - 3 BV 7/16 - abgeändert. Der Hauptantrag (Antrag zu 1.) wird abgewiesen.

Im Übrigen wird die Sache zur neuen Anhörung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen!

Gründe

- A. Die Beteiligten streiten über die Bildung eines Wirtschaftsausschusses. 1
- Ausweislich der Präambel ihrer Verfassung vom 20. Mai 2015 ist die Antragstellerin, eine Stiftung, Trägerin des Krankenhauses E mit den dazugehörigen Nebenbetrieben und Einrichtungen wie „V“, Einrichtungen zur ambulanten Pflege sowie weiterer Einrichtungen. Nach § 2 der Verfassung verfolgt die Stiftung ausschließlich und unmittelbar gemeinnützige und mildtätige Zwecke im Sinne des Abschnitts „Steuerbegünstigte Zwecke“ der Abgabenordnung. Zweck der Antragstellerin ist die Förderung des Gesundheitswesens bzw. der auf diakonischen Auftrag ausgerichteten Krankenhilfe, der Altenhilfe und der Behinder- 2

tenhilfe sowie die selbstlose Unterstützung von hilfsbedürftigen Personen, die infolge ihres körperlichen, geistigen oder seelischen Zustands auf die Hilfe anderer angewiesen sind. Dieser Zweck wird insbesondere verwirklicht durch die Unterhaltung und den Betrieb von Krankenhäusern und anderen Einrichtungen des Gesundheitswesens, der Altenhilfe und der Behindertenhilfe. Gemäß § 3 der Verfassung ist die Antragstellerin selbstlos tätig; sie verfolgt nicht in erster Linie eigenwirtschaftliche Zwecke. Ihre Mittel dürfen nur für die verfassungsmäßigen Ziele verwendet werden.

Die Antragstellerin betreibt die genannten Einrichtungen zusammen mit der zu 4. beteiligten K E S GmbH (KES) in Form eines Gemeinschaftsbetriebs, in dem die vorhandenen Betriebsmittel und Arbeitnehmer auf der Grundlage einer am 9. Dezember 2014 geschlossenen Führungsvereinbarung gemeinsam eingesetzt werden. Die KES ist eine 100-prozentige Tochtergesellschaft der Antragstellerin. Sie erbringt Servicedienstleistungen und verfolgt keine karitativen Zwecke. Die Antragstellerin beschäftigt ca. 600 Arbeitnehmer, bei der KES sind ca. 220 Arbeitnehmer angestellt. Keines der beiden Unternehmen verfügt neben dem Gemeinschaftsbetrieb über einen weiteren Betrieb.

3

Im Jahr 2015 trat die Antragstellerin aus dem Diakonischen Werk der evangelischen Kirche in H aus. Daraufhin wurde für den Gemeinschaftsbetrieb der zu 2. beteiligte Betriebsrat gewählt. Dieser bildete im September 2015 den zu 3. beteiligten Wirtschaftsausschuss und teilte dies der Antragstellerin mit Schreiben vom 13. Oktober 2015 mit.

4

Mit ihrer am 7. September 2016 beim Arbeitsgericht eingegangenen Antragsschrift hat sich die Antragstellerin auf die Unzulässigkeit der Bildung des Wirtschaftsausschusses berufen. Die Antragstellerin hat die Auffassung vertreten, der Betriebsrat sei nicht berechtigt, einen Wirtschaftsausschuss zu bilden, da sie ein Tendenzunternehmen iSv. § 118 Abs. 1 Satz 1 BetrVG sei, das unmittelbar und überwiegend karitativen Zwecken diene. Die karitativ bestimmte Hilfe werde auch direkt gegenüber den leidenden Menschen erbracht, unabhängig davon, ob dies durch Eigen- oder Fremdpersonal geschehe. Sie verfolge auch keine Gewinnerzielungsabsicht. Erzielte Gewinne dürften ausweislich

5

der Verfassung nur für verfassungsmäßige Zwecke verwendet werden. Weder durch den Austritt aus dem Diakonischen Werk noch durch die Bildung des Gemeinschaftsbetriebs mit der KES habe sie auf den Tendenzschutz verzichtet. Da bei ihr die überwiegende Anzahl der Arbeitnehmer beschäftigt sei, könne in dem Gemeinschaftsbetrieb mit der KES insgesamt kein Wirtschaftsausschuss gebildet werden. Jedenfalls habe ein Wirtschaftsausschuss ihr gegenüber keine Kompetenzen.

Die Antragstellerin hat zuletzt beantragt,

6

1. festzustellen, dass § 106 Abs. 1 Satz 1 BetrVG, der die Bildung eines Wirtschaftsausschusses vorschreibt, nach § 118 Abs. 1 Satz 2 BetrVG auf die Beteiligte zu 1. nicht anwendbar und die Bildung des Wirtschaftsausschusses durch den Beteiligten zu 2. unwirksam ist,
hilfsweise
2. festzustellen, dass § 106 Abs. 1 Satz 1 BetrVG, der die Bildung eines Wirtschaftsausschusses vorschreibt, nach § 118 Abs. 1 Satz 2 BetrVG in Bezug auf die Beteiligte zu 1. nicht anwendbar und die Bildung des Wirtschaftsausschusses durch den Beteiligten zu 2. im Gemeinschaftsbetrieb der Beteiligten zu 1. und der K E S GmbH in Bezug auf die Beteiligte zu 1. unwirksam ist.

Der Betriebsrat hat beantragt, die Anträge abzuweisen. Er hat die Auffassung vertreten, es sei ein einheitlicher Wirtschaftsausschuss zu bilden, wenn mehrere Unternehmen einen einzigen Gemeinschaftsbetrieb führten und ein einheitlicher Betriebsrat für diesen bestehe. Die Antragstellerin könne sich nicht auf § 118 Abs. 1 BetrVG berufen. Sie genieße keinen Tendenzschutz. Einzelne Bereiche der Antragstellerin, wie etwa die Apotheke, dienten nicht unmittelbar karitativen Zwecken. Im Übrigen bediene sie sich der von ihr abhängigen KES und damit eines auf Gewinnerzielung und nicht karitativ ausgerichteten Unternehmens, um Arbeitnehmer zu schlechteren als den bei ihr geltenden Arbeitsbedingungen zu beschäftigen. Jedenfalls sei es mit dem Sinn und Zweck der §§ 106, 107 BetrVG nicht zu vereinbaren, im Falle einer karitativen Ausrichtung nur der Antragstellerin, nicht aber der KES, die Bildung eines Wirtschaftsaus-

7

schusses auszuschließen. Die Regelungen zur Bildung eines Wirtschaftsausschusses könnten nicht dadurch umgangen werden, dass sich ein Tendenzunternehmen mit einem Nichttendenzunternehmen verbinde. Dies sei auch mit der Richtlinie 2002/14/EG nicht zu vereinbaren. Hinzukomme im Streitfall, dass es sich bei der KES letztlich um eine reine Personalführungsgesellschaft im Konzern der Antragstellerin handele und sich die karitative Zielsetzung der Antragstellerin nicht mehr im Betrieb verwirkliche. Durch die Verbindung mit der KES habe die Antragstellerin ihren karitativen Charakter verloren.

Das Arbeitsgericht hat dem Hauptantrag stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat - nach erstmaliger Beteiligung des Wirtschaftsausschusses - die Beschwerde des Betriebsrats zurückgewiesen; es hat den Tenor der Entscheidung zur Klarstellung dahin neu gefasst, dass es die Unwirksamkeit der Bildung des Wirtschaftsausschusses durch den Betriebsrat festgestellt hat. Mit ihrer Rechtsbeschwerde verfolgen der Betriebsrat und der Wirtschaftsausschuss den Abweisungsantrag weiter. 8

B. Die Rechtsbeschwerde des Wirtschaftsausschusses ist unzulässig, diejenige des Betriebsrats ist begründet. 9

I. Die Rechtsbeschwerde des Wirtschaftsausschusses ist wegen fehlender Rechtsbeschwerdebefugnis unzulässig. 10

1. Die Rechtsmittelbefugnis im Beschlussverfahren folgt der Beteiligungsbefugnis. Deshalb ist nur rechtsbeschwerdebefugt, wer nach § 83 Abs. 3 ArbGG am Verfahren beteiligt ist (*BAG 20. Juni 2018 - 7 ABR 48/16 - Rn. 12; 17. April 2012 - 1 ABR 5/11 - Rn. 19 mwN, BAGE 141, 110*). Das ist eine Person oder Stelle, die durch die zu erwartende Entscheidung in ihrer betriebsverfassungsrechtlichen Rechtsstellung unmittelbar betroffen wird. Eine fehlerhafte Beteiligung kann eine Rechtsmittelbefugnis nicht begründen (*BAG 22. Mai 2012 - 1 ABR 7/11 - Rn. 14, BAGE 141, 367; 8. November 2011 - 1 ABR 42/10 - Rn. 11*). Fehlt die Rechtsbeschwerdebefugnis, ist das Rechtsmittel als unzulässig zu verwerfen (*vgl. BAG 19. Dezember 2018 - 7 ABR 79/16 - Rn. 17; 8. November 2011- 1 ABR 42/10 - Rn. 12*). 11

2. Danach ist der Wirtschaftsausschuss nicht rechtsbeschwerdebefugt. Das Landesarbeitsgericht hat ihn zu Unrecht am Verfahren beteiligt. Der Wirtschaftsausschuss übt lediglich Hilfsfunktionen für den Betriebsrat aus. Er hat keine eigenen Entscheidungsbefugnisse. Diese sind dem Betriebsrat vorbehalten. Auch Meinungsverschiedenheiten über die Auskunftspflichten des Unternehmens gegenüber dem Wirtschaftsausschuss sind nach § 109 Abs. 1 BetrVG nicht vom Wirtschaftsausschuss, sondern vom Betriebsrat mit dem Unternehmer auszutragen. Wegen dieser Hilfsfunktion des Wirtschaftsausschusses berührt die Entscheidung darüber, ob die gesetzlichen Voraussetzungen für die Bildung eines Wirtschaftsausschusses gegeben sind, nur die betriebsverfassungsrechtliche Rechtsstellung des Betriebsrats, nicht jedoch eine betriebsverfassungsrechtliche Rechtsposition des Wirtschaftsausschusses. Dieser ist deshalb an einem Verfahren, in dem die Betriebspartner über die Berechtigung des Betriebsrats zur Bestellung eines Wirtschaftsausschusses streiten, nicht beteiligt (*BAG 15. März 2006 - 7 ABR 24/05 - Rn. 23; 8. März 1983 - 1 ABR 44/81 - zu B I der Gründe, BAGE 42, 75*). 12
- II. Die Rechtsbeschwerde des Betriebsrats ist begründet. Die Vorinstanzen haben dem Hauptantrag zu Unrecht stattgegeben. Dieser ist zwar zulässig, aber unbegründet. Ob der damit zur Entscheidung anfallende Hilfsantrag begründet ist, kann der Senat auf der Grundlage der bisherigen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts nicht beurteilen. Die Sache ist daher insoweit zur neuen Anhörung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht zurückzuweisen. 13
1. Der Hauptantrag ist nach gebotener Auslegung zulässig, aber nicht begründet. 14
- a) Mit dem Hauptantrag begehrt die Antragstellerin die Feststellung, dass der Betriebsrat nicht befugt ist, einen Wirtschaftsausschuss zu bilden. Das ergibt die Auslegung des Antrags. 15
- aa) Das Rechtsbeschwerdegericht hat prozessuale Erklärungen selbständig auszulegen (*vgl. BAG 27. Oktober 1992 - 1 ABR 17/92 - zu II 2 b der Grün-* 16

de). Anträge sind auch im Beschlussverfahren möglichst so auszulegen, dass sie eine Sachentscheidung zulassen. Maßgebend sind die für Willenserklärungen des bürgerlichen Rechts entwickelten Grundsätze. Entsprechend § 133 BGB ist nicht am buchstäblichen Sinn des in der Prozessklärung gewählten Ausdrucks zu haften, vielmehr ist der in der Erklärung verkörperte Wille zu ermitteln. Im Zweifel sind Prozessklärungen dahin auszulegen, dass das gewollt ist, was aus Sicht der Prozesspartei nach den Maßstäben der Rechtsordnung vernünftig ist und der wohlverstandenen Interessenlage entspricht (*vgl. BAG 15. Mai 2012 - 3 AZR 469/11 - Rn. 26 mwN*). Dabei sind die schutzwürdigen Belange des Prozessgegners zu berücksichtigen (*BAG 4. November 2015 - 7 AZR 851/13 - Rn. 14 mwN*).

bb) Nach seinem Wortlaut ist der Antrag zwar auf die Feststellung gerichtet, dass § 106 Abs. 1 Satz 1 BetrVG, der die Bildung eines Wirtschaftsausschusses vorschreibt, nach § 118 Abs. 1 Satz 2 BetrVG auf die Beteiligte zu 1. nicht anwendbar und die Bildung des Wirtschaftsausschusses durch den Beteiligten zu 2. unwirksam ist. Aus dem weiteren Vorbringen der Antragstellerin ergibt sich jedoch, dass es sich bei dem ersten Teil des Antrags nur um ein rechtliches Begründungselement für das eigentliche - im zweiten Teil des Antrags enthaltene - Rechtsschutzziel handelt. Zudem hat sich die Antragstellerin bezüglich der Antragstellung auf die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 22. Juli 2014 (- 1 ABR 93/12 -) bezogen. Die dortige Arbeitgeberin hatte die Feststellung begehrt, dass ihr Betrieb ein Tendenzbetrieb sei. Diesen Antrag hat das Bundesarbeitsgericht für unzulässig gehalten, weil die Frage, ob der Betrieb der Arbeitgeberin unmittelbar oder überwiegend karitativen Bestimmungen iSd. § 118 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BetrVG dient, allenfalls eine (nicht feststellungsfähige) Vorfrage eines Rechtsverhältnisses iSd. § 256 Abs. 1 ZPO betrifft (*BAG 22. Juli 2014 - 1 ABR 93/12 - Rn. 14 mwN*). Es kann nicht angenommen werden, dass die Antragstellerin vor diesem Hintergrund einen unzulässigen Antrag stellen wollte. So hat sich die Antragstellerin im Rechtsbeschwerdeverfahren nicht dagegen gewandt, dass das Landesarbeitsgericht in seinen klarstellenden Tenor den ersten Teil des Antrags nicht aufgenommen hat. Gegenstand der beehrten Feststellung ist daher nur der zweite Teil des Antrags. Die-

17

ser kann nicht dahin verstanden werden, dass die Antragstellerin rein vergangenheitsbezogen die Unwirksamkeit der Bildung des Wirtschaftsausschusses durch den Betriebsrat festgestellt wissen will. Vielmehr ist der Antrag auf die Klärung der betriebsverfassungsrechtlichen Befugnis des Betriebsrats gerichtet, einen Wirtschaftsausschuss zu bilden oder nicht (*vgl. BAG 22. Juli 2014 - 1 ABR 93/12 - Rn. 16 mwN*). Dabei soll mit dem Hauptantrag geklärt werden, ob der Betriebsrat überhaupt berechtigt ist, einen Wirtschaftsausschuss zu bilden. Zwar hat die Antragstellerin geltend gemacht, sie begehre die im Hauptantrag formulierte Feststellung nur in Bezug auf sich. Diese Beschränkung hat aber im Antrag keinen ausreichenden Niederschlag gefunden. Der Antragsbegründung lässt sich entnehmen, dass die Antragstellerin die Errichtung eines Wirtschaftsausschusses insgesamt - auch hinsichtlich der KES - für unzulässig hält. Mit dem Hauptantrag soll daher die grundsätzliche Unzulässigkeit der Bildung eines Wirtschaftsausschusses durch den Betriebsrat des Gemeinschaftsbetriebs geklärt werden. Für dieses Verständnis spricht auch der Hilfsantrag.

b) Mit diesem Inhalt ist der Hauptantrag zulässig. Der Feststellungsantrag genügt den Anforderungen des § 256 Abs. 1 ZPO. 18

aa) Die begehrte Feststellung, dass der Betriebsrat nicht befugt ist, einen Wirtschaftsausschuss zu bilden, ist auf ein Rechtsverhältnis gerichtet. An der begehrten Feststellung hat die Antragstellerin auch ein rechtliches Interesse iSd. § 256 Abs. 1 ZPO, da der Betriebsrat sich des Rechts, einen Wirtschaftsausschuss zu bilden, berührt und er auch bereits einen Wirtschaftsausschuss bestellt hat (*vgl. BAG 19. November 2019 - 7 ABR 3/18 - Rn. 14*). Durch die Entscheidung über den Antrag wird auch für die Zukunft geklärt, ob von dem Betriebsrat - bei im Wesentlichen unveränderten tatsächlichen Umständen - ein Wirtschaftsausschuss bestellt werden darf oder nicht (*BAG 22. Juli 2014 - 1 ABR 93/12 - Rn. 16 mwN*). 19

bb) Die Antragstellerin ist als Trägerunternehmen des Gemeinschaftsbetriebs antragsbefugt, obwohl der Hauptantrag nicht darauf beschränkt ist, die Befugnis zur Bildung eines Wirtschaftsausschusses nur in Bezug auf das Unternehmen der Antragstellerin zu klären. Zwar erfolgt die Bildung des Wirt- 20

schaftsausschusses nach § 106 Abs. 1 Satz 1 BetrVG grundsätzlich unternehmensbezogen, nicht betriebsbezogen (*BAG 19. November 2019 - 7 ABR 3/18 - Rn. 17*). In bestimmten Sonderkonstellationen kann die Gruppe der Trägerunternehmen eines Gemeinschaftsbetriebs hinsichtlich der Voraussetzungen des § 106 BetrVG jedoch wie ein Unternehmen zu behandeln sein (*BAG 19. November 2019 - 7 ABR 3/18 - Rn. 31 ff.*). Die Antragstellerin ist befugt, klären zu lassen, ob eine solche Sonderkonstellation vorliegt.

c) Der Hauptantrag ist unbegründet. Der Betriebsrat ist jedenfalls in Bezug auf die KES berechtigt, einen Wirtschaftsausschuss zu bilden. 21

aa) Nach § 106 Abs. 1 BetrVG ist in allen Unternehmen mit in der Regel mehr als 100 ständig beschäftigten Arbeitnehmern ein Wirtschaftsausschuss zu bilden. Die Bildung des Wirtschaftsausschusses erfolgt grundsätzlich unternehmensbezogen, nicht betriebsbezogen (*BAG 19. November 2019 - 7 ABR 3/18 - Rn. 17*). 22

bb) Danach ist bei der KES ein Wirtschaftsausschuss zu bilden. Die KES beschäftigt in ihrem einzigen Betrieb ca. 220 Arbeitnehmer. Der Bildung eines Wirtschaftsausschusses steht weder entgegen, dass die KES eine Tochtergesellschaft der Antragstellerin ist noch dass sie den Betrieb gemeinsam mit der Antragstellerin führt. Auch auf einen etwaigen Tendenzschutz der Antragstellerin iSd. § 118 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BetrVG kommt es hierbei nicht an. 23

(1) Die KES selbst fällt nicht unter den Tendenzschutz nach § 118 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BetrVG. Das ist zwischen den Beteiligten nicht streitig. 24

(2) Die konzernrechtliche Verbundenheit der KES mit der Antragstellerin ist für die Beurteilung der Tendenzträgerereigenschaft der KES ohne Bedeutung. Gesellschaftsrechtliche Verflechtungen mit anderen Unternehmen bleiben bei der Beurteilung der Tendenzeigenschaft außer Betracht. Sind mehrere Unternehmen in einem Konzern oder in anderer Weise verbunden, kommt es ausschließlich auf das Unternehmen an, dessen Tendenzeigenschaft jeweils gesondert zu prüfen ist (*BAG 19. November 2019 - 7 ABR 3/18 - Rn. 26 mwN*). 25

Entgegen der Ansicht der Antragstellerin folgt aus der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 22. März 2016 (- 1 ABR 10/14 - BAGE 154, 322) nichts anderes. Dort wurde nicht entschieden, dass der Wirtschaftsausschuss im Falle eines Gemeinschaftsbetriebs ausschließlich bei dem herrschenden Unternehmen zu errichten sei. Die Entscheidung betrifft vielmehr die Frage, ob die Bildung eines Wirtschaftsausschusses in analoger Anwendung des § 106 BetrVG in Betracht kommt, wenn ein einheitlicher Betrieb mit in der Regel mehr als 100 ständig beschäftigten Arbeitnehmern mehreren rechtlich selbstständigen, konzernrechtlich verbundenen Unternehmen zuzuordnen ist, die jeweils für sich nicht die nach § 106 Abs. 1 Satz 1 BetrVG für die Bestellung eines Wirtschaftsausschusses erforderliche Anzahl von mehr als 100 Arbeitnehmern beschäftigen. Lediglich für diese Fallkonstellation hat das Bundesarbeitsgericht entschieden, dass nur bei dem herrschenden Unternehmen ein Wirtschaftsausschuss zu errichten ist, wenn dieses mit einem in seinem alleinigen Eigentum stehenden abhängigen Unternehmen (§ 17 Abs. 1 AktG) einen Gemeinschaftsbetrieb führt (BAG 22. März 2016 - 1 ABR 10/14 - Rn. 13, aaO). Eine solche Fallgestaltung ist vorliegend nicht gegeben. Die KES ist zwar ein von der Antragstellerin abhängiges Unternehmen. Sie beschäftigt jedoch selbst mehr als 100 Arbeitnehmer, so dass es auf die Frage einer analogen Anwendung des § 106 BetrVG nicht ankommt.

(3) Entgegen der Ansicht der Antragstellerin ist die KES im Hinblick auf das Bestehen von Tendenzschutz nicht mit der Antragstellerin zusammen als Gruppe der Trägerunternehmen des Gemeinschaftsbetriebs wie ein Unternehmen zu behandeln, so dass ein etwaiger Tendenzschutz der Antragstellerin der Bildung eines Wirtschaftsausschusses für die Gruppe der Trägerunternehmen und damit auch für die KES entgegenstehen könnte. Die für sog. Mischunternehmen entwickelten Grundsätze kommen für Gemeinschaftsbetriebe, die von tendenzgeschützten und tendenzfreien Unternehmen getragen werden, nur ausnahmsweise im Rahmen der analogen Anwendung des § 106 BetrVG zur Anwendung. 26

(a) Mischunternehmen, die teils tendenzgeschützten, teils nicht tendenzgeschützten Bestimmungen dienen, unterfallen nur dann dem Tendenzschutz, 27

wenn die tendenzgeschützte Bestimmung im Unternehmen überwiegt (*BAG 19. November 2019 - 7 ABR 3/18 - Rn. 33*). Ob ein Mischunternehmen überwiegend tendenzgeschützten Bestimmungen dient, richtet sich danach, in welchem Umfang und mit welcher Intensität das Unternehmen seine Tätigkeit diesen Bestimmungen im Vergleich zu seinen anderen, nicht tendenzgeschützten Zielen widmet. Es kommt darauf an, in welcher Größenordnung das Unternehmen seine personellen und sonstigen Mittel zur Verwirklichung seiner tendenzgeschützten und seiner nicht tendenzgeschützten Ziele regelmäßig einsetzt. Bei personalintensiven Betätigungen ist in erster Linie auf den Personaleinsatz abzustellen, dh. auf die Arbeitsmenge, die regelmäßig zur Erreichung der verschiedenen Unternehmensziele aufgewendet wird. Zur Ermittlung des auf die tendenzgeschützten Bestimmungen des Unternehmens entfallenden Personaleinsatzes ist nicht nur auf die Tendenzträger abzustellen, sondern auch auf die übrigen Mitarbeiter, soweit sie mit ihrer Arbeit der Verwirklichung der tendenzgeschützten Bestimmungen des Unternehmens dienen, zB indem sie die technischen Voraussetzungen für die Tendenzverwirklichung schaffen (*BAG 19. November 2019 - 7 ABR 3/18 - Rn. 33 mwN*).

(b) Diese Grundsätze finden bei einem gemeinsamen Betrieb mehrerer Unternehmen grundsätzlich nur in Bezug auf die Feststellung des Tendenzschutzes des jeweiligen Trägerunternehmens Anwendung, sofern es sich bei diesem Trägerunternehmen um ein Mischunternehmen handelt. Eine Ausnahme gilt nur in den Fällen, in denen die den Gemeinschaftsbetrieb führenden Unternehmen zusammen mehr als 100 Arbeitnehmer, jeweils für sich genommen aber weniger als 100 Arbeitnehmer beschäftigen. In diesen Fällen wird im Rahmen einer analogen Anwendung des § 106 BetrVG die Zahl der Arbeitnehmer aller an dem Gemeinschaftsbetrieb beteiligten Unternehmen zusammengezählt, als gäbe es einen einheitlichen Rechtsträger (*BAG 19. November 2019 - 7 ABR 3/18 - Rn. 32 mwN*). Da die Gruppe der Trägerunternehmen wie ein Unternehmen behandelt wird, ist in diesen Fällen ausnahmsweise der Tendenzschutz bei Gemeinschaftsbetrieben, die von tendenzgeschützten und tendenzfreien Unternehmen getragen werden, nach den für Mischunternehmen

28

entwickelten Grundsätzen zu beurteilen (*BAG 19. November 2019 - 7 ABR 3/18 - Rn. 31 mwN*).

(c) Für eine solche analoge Anwendung des § 106 BetrVG ist vorliegend jedoch kein Raum, da die Antragstellerin und die KES als Trägerunternehmen des Gemeinschaftsbetriebs jeweils für sich genommen mehr als 100 Arbeitnehmer beschäftigen. Soweit die Antragstellerin sich zur Unterstützung ihrer Ansicht, dass wegen einer überwiegend karitativen Bestimmung des Gemeinschaftsbetriebs insgesamt kein Wirtschaftsausschuss zu bilden sei, auf Stimmen aus dem Schrifttum bezieht, übersieht sie, dass diese zumindest teilweise nur die betriebsbezogene Mitbestimmung im Gemeinschaftsbetrieb betreffen und nicht die Mitbestimmung in wirtschaftlichen Angelegenheiten (*vgl. Weber GK-BetrVG 11. Aufl. § 118 Rn. 53, 55; siehe zu dieser Unterscheidung auch Forst in Richardi BetrVG 16. Aufl. § 118 Rn. 40*). Soweit im Schrifttum eine Zuständigkeit des Wirtschaftsausschusses nur für das Nicht-Tendenzunternehmen im Hinblick auf den Katalog des § 106 Abs. 3 BetrVG für praktisch nicht durchführbar gehalten wird (*Lunk NZA 2005, 841, 845*), führt dies nicht dazu, dass bereits die Bestellung eines Wirtschaftsausschlusses ausgeschlossen ist. Auch wenn eine umfassende Unterrichtung zu bestimmten wirtschaftlichen Angelegenheiten nur durch ein Trägerunternehmen im Einzelfall nicht möglich sein sollte, könnte dem durch eine entsprechende Beschränkung des Unterrichtsanspruchs des Wirtschaftsausschusses Rechnung getragen werden.

(d) Der Betriebsrat ist daher befugt, einen Wirtschaftsausschuss zu bilden, da zumindest bei der KES die Voraussetzungen des § 106 Abs. 1 BetrVG vorliegen. Welche Unterrichtsrechte dem Wirtschaftsausschuss zustehen, ist ebenso wenig Gegenstand des Antrags (*zur Primärzuständigkeit der Einigungsstelle nach § 109 BetrVG vgl. BAG 12. Februar 2019 - 1 ABR 37/17 - Rn. 14, BAGE 165, 330*) wie die personelle Besetzung des Wirtschaftsausschusses (*vgl. zur Unternehmensangehörigkeit iSd. § 107 Abs. 1 Satz 1 BetrVG bei Gemeinschaftsunternehmen Oetker GK-BetrVG 11. Aufl. § 107 Rn. 10; Richardi/Maschmann in Richardi BetrVG 16. Aufl. § 1 Rn. 84; Salamon*

NZA 2017, 891, 894; vgl. zu § 5 Abs. 2 Satz 1 DrittelbG BAG 13. März 2013 - 7 ABR 47/11 - Rn. 23 ff., BAGE 144, 330).

2. Der Senat kann auf der Grundlage der bisherigen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts nicht beurteilen, ob der zulässige Hilfsantrag begründet ist. Die Sache ist daher insoweit zur neuen Anhörung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht zurückzuverweisen. 31
- a) Der Hilfsantrag ist nach der gebotenen Auslegung zulässig. 32
- aa) Die Auslegung des Antrags ergibt, dass die Antragstellerin mit ihm die Feststellung begehrt, dass der Betriebsrat nicht befugt ist, einen Wirtschaftsausschuss zu bilden, dem sie zur Unterrichtung nach § 106 Abs. 2 BetrVG verpflichtet ist. Zwar ist der Hilfsantrag nach seinem Wortlaut darauf gerichtet festzustellen, dass § 106 Abs. 1 Satz 1 BetrVG, der die Bildung eines Wirtschaftsausschusses vorschreibt, nach § 118 Abs. 1 Satz 2 BetrVG in Bezug auf die Antragstellerin nicht anwendbar und die Bildung des Wirtschaftsausschusses durch den Beteiligten zu 2. im Gemeinschaftsbetrieb der Beteiligten zu 1. und der KES in Bezug auf die Beteiligte zu 1. unwirksam ist. Im Vergleich mit dem im Übrigen wortgleichen Hauptantrag ergibt sich jedoch, dass die Antragstellerin durch die Ergänzung „in Bezug auf die Beteiligte zu 1.“ die mit dem Hauptantrag verfolgte Feststellung dahingehend modifizieren will, dass sie einem vom Betriebsrat gebildeten Wirtschaftsausschuss jedenfalls nicht nach § 106 Abs. 2 BetrVG zur Unterrichtung verpflichtet ist. 33
- bb) Der so verstandene Hilfsantrag ist zulässig. Er ist auf einen feststellungsfähigen Teil des Rechtsverhältnisses zwischen der Antragstellerin und dem Betriebsrat gerichtet. Da der Betriebsrat geltend macht, die Antragstellerin könne sich nicht auf Tendenzschutz nach § 118 Abs. 1 BetrVG berufen, besteht auch ein Feststellungsinteresse iSd. § 256 Abs. 1 ZPO. 34
- b) Ob der Hilfsantrag begründet ist, kann der Senat nicht abschließend beurteilen. Dies hängt davon ab, ob die Antragstellerin ein Tendenzunterneh- 35

men iSd. § 118 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BetrVG ist. Zur Beurteilung dieser Frage bedarf es weiterer Feststellungen seitens des Landesarbeitsgerichts.

aa) Der Hilfsantrag ist nicht bereits deshalb unbegründet, weil der Ausschluss tendenzgeschützter Unternehmen aus dem Anwendungsbereich von §§ 106 ff. BetrVG mit den unionsrechtlichen Vorgaben der Richtlinie 2002/14/EG nicht vereinbar sein könnte. Selbst wenn dies der Fall sein sollte, könnte § 118 Abs. 1 Satz 2 BetrVG nicht unionsrechtskonform dahin ausgelegt werden, dass bei Tendenzunternehmen oder -betrieben ein Wirtschaftsausschuss gebildet werden kann (*vgl. ausf. BAG 19. November 2019 - 7 ABR 3/18 - Rn. 37 ff.*). § 118 Abs. 1 Satz 2 BetrVG muss auch nicht wegen einer etwaigen Unvereinbarkeit mit Unionsrecht unangewendet bleiben. Eine mögliche Unvereinbarkeit von § 118 Abs. 1 Satz 2 BetrVG mit der Richtlinie 2002/14/EG oder mit Art. 27 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRC) führte nicht zur Unbeachtlichkeit der Vorschrift (*vgl. BAG 19. November 2019 - 7 ABR 3/18 - Rn. 41 ff.*). 36

bb) Der Senat kann auf der Grundlage der bisherigen tatsächlichen Feststellungen nicht abschließend entscheiden, ob die Antragstellerin Tendenzschutz nach § 118 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BetrVG genießt. 37

(1) Ein Unternehmen dient karitativen Bestimmungen iSv. § 118 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BetrVG, wenn es den sozialen Dienst am körperlich oder seelisch leidenden Menschen zum Ziel hat und auf Heilung oder Milderung innerer oder äußerer Nöte des Einzelnen oder auf deren vorbeugende Abwehr gerichtet ist, sofern diese Betätigung ohne die Absicht der Gewinnerzielung erfolgt und das Unternehmen selbst nicht von Gesetzes wegen unmittelbar zu derartiger Hilfeleistung verpflichtet ist (*BAG 19. November 2019 - 7 ABR 3/18 - Rn. 19 mwN*). Das Unternehmen muss den karitativen Bestimmungen unmittelbar dienen. Dies ist nur dann der Fall, wenn die Hilfe von dem Unternehmen gegenüber körperlich, geistig oder seelisch leidenden Menschen direkt erbracht wird (*BAG 22. Mai 2012 - 1 ABR 7/11 - Rn. 22 mwN, BAGE 141, 367*). 38

(2) Das Landesarbeitsgericht hat es - aus seiner Sicht konsequent - ausdrücklich dahinstehen lassen, ob die Antragstellerin karitativen Bestimmungen in diesem Sinne dient. Der Betriebsrat hat dies in Abrede gestellt. Es bedarf daher näherer Feststellungen dazu, ob die Antragstellerin die Vorgaben ihrer Verfassung, die inhaltlich grundsätzlich geeignet erscheinen, den Anforderungen des § 118 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BetrVG gerecht werden zu können, tatsächlich umsetzt und ob und inwieweit sie eigenwirtschaftliche Zwecke verfolgt, nachdem in § 3 der Verfassung solche Zwecke lediglich „nicht in erster Linie“ verfolgt werden. Ggf. wird vom Landesarbeitsgericht auch zu prüfen sein, ob die Führungsvereinbarung als atypische Willenserklärung dahingehend auszulegen ist - wie der Betriebsrat meint -, dass die Antragstellerin mit dieser Vereinbarung auf einen etwaigen Tendenzschutz nach § 118 Abs. 1 BetrVG in Bezug auf die Bildung eines Wirtschaftsausschusses in ihrem Unternehmen verzichtet hat, wofür nach dem Wortlaut wenig spricht (*zur Dispositivität des Tendenzschutzes karitativer Unternehmen vgl. BAG 31. Januar 1995 - 1 ABR 35/94 - zu B II 4 b mwN; Weber GK-BetrVG 11. Aufl. § 118 Rn. 43*). Ebenso wenig ist bisher nachvollziehbar, wie die Antragstellerin durch den Austritt aus dem Diakonischen Werk der evangelischen Kirche in H auf einen etwaigen Tendenzschutz aufgrund karitativer Bestimmung verzichten sollte. Der Austritt hat zwar dazu geführt, dass die Antragstellerin grundsätzlich dem Geltungsbereich des Betriebsverfassungsgesetzes unterfällt, was bis dahin möglicherweise nach § 118 Abs. 2 BetrVG nicht der Fall gewesen sein könnte. Davon zu unterscheiden ist jedoch, ob sie Tendenzschutz iSv. § 118 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BetrVG genießt.

Gräfl

M. Rennpferdt

Klose

Glock

Schuh