

Bundesarbeitsgericht  
Siebter Senat

Beschluss vom 19. November 2019  
- 7 ABR 3/18 -  
ECLI:DE:BAG:2019:191119.B.7ABR3.18.0

I. Arbeitsgericht Aachen

Beschluss vom 29. November 2016  
- 4 BV 38/16 -

II. Landesarbeitsgericht Köln

Beschluss vom 10. November 2017  
- 4 TaBV 14/17 -

---

Entscheidungsstichworte:

Wirtschaftsausschuss - Gemeinschaftsbetrieb - Tendenzunternehmen

Leitsatz:

Führen ein Tendenzunternehmen sowie ein tendenzfreies Unternehmen einen Gemeinschaftsbetrieb und verfügt nur das Tendenzunternehmen in der Regel über mehr als 100 ständig beschäftigte Arbeitnehmer, kommt die Errichtung eines Wirtschaftsausschusses in analoger Anwendung von § 106 BetrVG nach § 118 Abs. 1 Satz 2 BetrVG nicht in Betracht, wenn die an dem Gemeinschaftsbetrieb beteiligten Unternehmen in dem Betrieb überwiegend tendenzgeschützte Zwecke verfolgen.

# BUNDESARBEITSGERICHT



7 ABR 3/18  
4 TaBV 14/17  
Landesarbeitsgericht  
Köln

**Im Namen des Volkes!**

Verkündet am  
19. November 2019

## **BESCHLUSS**

Schiege, Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

In dem Beschlussverfahren mit den Beteiligten

1.

Antragstellerin,

2.

Antragstellerin,

3.

Beschwerdeführer und Rechtsbeschwerdeführer,

hat der Siebte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der Anhörung vom 19. November 2019 durch die Vorsitzende Richterin am Bundesarbeitsgericht Gräfl, den Richter am Bundesarbeitsgericht Klose und die Richterin am Bundesarbeitsgericht Dr. Rennpferdt sowie den ehrenamtlichen Richter Schiller und die ehrenamtliche Richterin Wicht für Recht erkannt:

Die Rechtsbeschwerde des Betriebsrats gegen den Beschluss des Landesarbeitsgerichts Köln vom 10. November 2017 - 4 TaBV 14/17 - wird zurückgewiesen.

## **Von Rechts wegen!**

### **Gründe**

- A. Die Beteiligten streiten über die Bildung eines Wirtschaftsausschusses. 1
- Die zu 1. und 2. beteiligten Arbeitgeberinnen führen einen gemeinsamen Betrieb, in dem die Beteiligte zu 1. eine stationäre und die Beteiligte zu 2. eine ambulante Einrichtung der medizinischen Rehabilitation betreibt. Weitere Betriebe unterhalten die Beteiligten zu 1. und 2. nicht. 2
- In dem gemeinsamen Betrieb der Arbeitgeberinnen sind insgesamt 234 Arbeitnehmer beschäftigt. 214 Arbeitnehmer stehen in einem Arbeitsverhältnis zur Beteiligte zu 1., 20 Arbeitnehmer stehen in einem Arbeitsverhältnis zur Beteiligte zu 2. Der Beteiligte zu 3. ist der in dem gemeinsamen Betrieb der Arbeitgeberinnen gebildete Betriebsrat. Seit dem Jahr 1987 besteht in dem Gemeinschaftsbetrieb ein Wirtschaftsausschuss. 3
- Im Dezember 2013 änderte sich aufgrund eines entsprechenden Gesellschafterbeschlusses der Unternehmensgegenstand der Beteiligte zu 1. Seither verfolgt die Beteiligte zu 1. nach ihrem Gesellschaftsvertrag „ausschließlich und unmittelbar gemeinnützige und mildtätige Zwecke im Sinne des Abschnitts ‚Steuerbegünstigte Zwecke‘ der Abgabenordnung (AO)“. Zweck der 4

Gesellschaft ist „die Förderung der Krankenpflege sowie des Wohlfahrtswesens“. Ferner heißt es im Handelsregisterauszug zum Unternehmensgegenstand der Beteiligten zu 1. auszugsweise:

„Die Gesellschaft ist selbstlos tätig; sie verfolgt nicht in erster Linie eigenwirtschaftliche Zwecke. Mittel der Gesellschaft dürfen nur für die satzungsmäßigen Zwecke verwendet werden. Die Gesellschafter dürfen keine Gewinnanteile und auch keine sonstigen Zuwendungen aus Mitteln der Gesellschaft erhalten. Dies gilt nicht für die Zuwendung von Gewinnanteiligen (Dividenden) an steuerbegünstigte Gesellschafter, sofern es sich bei den Gesellschaftern um steuerbegünstigte Körperschaften nach der Abgabenordnung bzw. um juristische Personen des öffentlichen Rechts handelt und die Mittel unmittelbar und ausschließlich für kirchliche, gemeinnützige und mildtätige Zwecke verwendet werden.“

Seit Mai 2014 ist die Beteiligte zu 1. steuerrechtlich als gemeinnützig anerkannt. Mit Wirkung zum 1. Oktober 2015 übernahm die i AG 68,8 % der Anteile an der Beteiligten zu 1. und 100 % der Anteile an der Beteiligten zu 2. 5

Mit ihrer am 22. Juli 2016 bei dem Arbeitsgericht eingegangenen Antragschrift haben die Arbeitgeberinnen geltend gemacht, dass ein Wirtschaftsausschuss in ihrem Gemeinschaftsbetrieb nicht zu errichten sei. Die Beteiligte zu 1. genieße Tendenzschutz nach § 118 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BetrVG, da sie rein karitativen Zwecken diene. Da in dem Gemeinschaftsbetrieb überwiegend karitative Zwecke verfolgt würden, finde § 106 BetrVG keine Anwendung. 6

Die Arbeitgeberinnen haben beantragt festzustellen, dass die Bildung eines Wirtschaftsausschusses in den Unternehmen der Beteiligten zu 1. und 2. nichtig ist. 7

Der Betriebsrat hat Antragsabweisung und zweitinstanzlich zusätzlich hilfsweise für den Fall des Unterliegens mit dem Abweisungsantrag im Wege von Wideranträgen beantragt 8

1. festzustellen, dass der Betriebsrat berechtigt ist, für das Unternehmen der Beteiligten zu 2. einen Wirtschaftsausschuss zu bestellen, soweit und solange die Beteiligten zu 1. und 2. einen gemeinsamen Betrieb führen, in diesem mehr als 100 Arbeitnehmer beschäftigen und die Beteiligte zu 2. ein tendenzfreies Unternehmen ist;
2. hilfsweise die Beteiligten zu 1. und 2. zu verpflichten,
  - a. den Betriebsrat über die wirtschaftlichen Angelegenheiten im Sinne des § 106 Abs. 3 Nr. 1 - 10 BetrVG nach Maßgabe von § 106 Abs. 2 Satz 1 BetrVG zu unterrichten und
  - b. ihm die sich daraus ergebenden Auswirkungen auf die Personalplanung darzustellen sowie
  - c. mit dem Betriebsrat die wirtschaftlichen Angelegenheiten zu beraten;
3. hilfsweise die Beteiligten zu 1. und 2. zu verpflichten, den Betriebsrat über die jüngste Entwicklung und die wahrscheinliche Weiterentwicklung der Tätigkeit und der wirtschaftlichen Situation der Beteiligten zu 1. und 2. sowie zur Beschäftigungssituation, zur Beschäftigungsstruktur und wahrscheinlichen Beschäftigungsentwicklung der Beteiligten zu 1. und 2. zu unterrichten und anzuhören;
4. hilfsweise nur die Beteiligte zu 2. zu verpflichten,
  - a. den Betriebsrat über die wirtschaftlichen Angelegenheiten im Sinne des § 106 Abs. 3 Nr. 1 - 10 BetrVG nach Maßgabe von § 106 Abs. 2 Satz 1 BetrVG zu unterrichten und
  - b. ihm die sich daraus ergebenden Auswirkungen auf die Personalplanung darzustellen sowie
  - c. mit dem Betriebsrat die wirtschaftlichen Angelegenheiten zu beraten;
5. hilfsweise nur die Beteiligte zu 2. zu verpflichten, den Betriebsrat über die jüngste Entwicklung und die wahrscheinliche Weiterentwicklung der Tätigkeit und der wirtschaftlichen Situation der Beteiligten zu 2. sowie zur Beschäftigungssituation, zur Beschäftigungsstruktur und wahrscheinlichen Beschäftigungsentwicklung der Beteiligten zu 2. zu unterrichten und anzuhören.

Der Betriebsrat hat die Auffassung vertreten, die Beteiligte zu 1. sei nach den tatsächlichen Gegebenheiten kein Tendenzunternehmen, da sie eine profitorientierte Unternehmensstruktur aufweise. Auf den Gesellschaftsvertrag und auf die steuerliche Privilegierung der Beteiligten zu 1. komme es bei dieser Sachlage nicht an. Jedenfalls erstrecke sich ein etwaiger Tendenzschutz der Beteiligten zu 1. nicht auf die Beteiligte zu 2. Da ein tendenzneutrales Unternehmen keinen Tendenzbetrieb führen könne, sei ein Tendenzschutz für den von ihr mitgeführten Gemeinschaftsbetrieb ausgeschlossen. Zumindest sei ein Wirtschaftsausschuss bezogen auf die Beteiligte zu 2. zu errichten. Andernfalls müsse der Betriebsrat in unionsrechtskonformer Auslegung von § 106 BetrVG oder in direkter Anwendung von Art. 4 Abs. 2 Buchst. a und Buchst. b der Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rats vom 11. März 2002 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer in der Europäischen Gemeinschaft (2002/14/EG) in wirtschaftlichen Angelegenheiten beider Arbeitgeberinnen, jedenfalls aber in denjenigen der Beteiligten zu 2. beteiligt werden. Die Richtlinie sei nicht wirksam in deutsches Recht umgesetzt worden. Die Tendenzschutzklausel in Art. 3 Abs. 2 der Richtlinie gestatte nicht den Ausschluss von anlasslos zu erteilenden wirtschaftlichen Informationen.

Die Arbeitgeberinnen haben beantragt, die Wideranträge abzuweisen. 10

Das Arbeitsgericht hat dem Antrag der Arbeitgeberinnen stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat die Beschwerde des Betriebsrats zurückgewiesen. Mit seiner Rechtsbeschwerde verfolgt der Betriebsrat den Abweisungsantrag sowie die Hilfswideranträge weiter. 11

B. Die Rechtsbeschwerde des Betriebsrats ist unbegründet. Das Landesarbeitsgericht hat zu Recht dem Antrag der Arbeitgeberinnen stattgegeben und die Hilfswideranträge des Betriebsrats abgewiesen. 12

I. Der Antrag der Arbeitgeberinnen auf Feststellung, dass die Bildung eines Wirtschaftsausschusses in den Unternehmen der Beteiligten zu 1. und 2. nichtig ist, ist zulässig und begründet. 13

1. Der Antrag ist in der gebotenen Auslegung zulässig. Er ist 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; 15. März 2006 - 7 ABR 24/05 - Rn. 18 mwN; 5. Oktober 2000 - 1 ABR 14/00 - zu B I der Gründe mwN*). Hierbei handelt es sich um ein Rechtsverhältnis iSv. § 256 Abs. 1 ZPO. Für die begehrte Feststellung besteht das nach § 256 Abs. 1 ZPO erforderliche Feststellungsinteresse. Mit dem Antrag kann auch für die Zukunft geklärt werden, ob im Gemeinschaftsbetrieb der Arbeitgeberinnen - bei im Wesentlichen unverändert bleibenden Umständen - ein Wirtschaftsausschuss zu errichten ist oder nicht (*vgl. BAG 22. Juli 2014 - 1 ABR 93/12 - Rn. 16; 15. März 2006 - 7 ABR 24/05 - Rn. 20*). 14
  
2. Der Antrag ist auch begründet. Die Voraussetzungen für die Errichtung eines Wirtschaftsausschusses liegen nicht vor. 15
  - a) Ein Wirtschaftsausschuss ist nicht in unmittelbarer Anwendung von § 106 BetrVG zu errichten. 16
    - aa) Nach § 106 Abs. 1 Satz 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 unternehmensbezogen, nicht betriebsbezogen. Die Vorschriften der §§ 106 bis 110 BetrVG sind nach § 118 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 1 BetrVG nicht auf tendenzgeschützte Unternehmen iSv. § 118 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BetrVG anzuwenden. Dazu gehören Unternehmen, die unmittelbar und überwiegend karitativen Bestimmungen dienen. Für den Tendenzschutz kommt es nur auf die Bestimmung oder den Zweck des Unternehmens an (*BAG 22. Juli 2014 - 1 ABR 93/12 - Rn. 18; 22. Mai 2012 - 1 ABR 7/11 - Rn. 18, BAGE 141, 367; 15. März 2006 - 7 ABR 24/05 - Rn. 26*). 17
    - bb) Ein tendenzneutrales Unternehmen kann keinen Tendenzbetrieb unterhalten, weil der Betrieb als arbeitstechnische Teilorganisation des Unternehmens keinen anderen Zweck verfolgen kann als das Unternehmen selbst. Andererseits kann die tendenzgeschützte Zielsetzung eines Unternehmens mit 18

mehreren Betrieben sich in einem oder einigen Betrieben niederschlagen, in anderen nicht. Umgekehrt „dient“ ein Unternehmen mit nur einem Betrieb nicht tendenzgeschützten Bestimmungen, wenn dieser einzige Betrieb keine solche Bestimmung aufweist (*BAG 22. Juli 2014 - 1 ABR 93/12 - Rn. 19*).

cc) 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 22. Juli 2014 - 1 ABR 93/12 - Rn. 20; 15. März 2006 - 7 ABR 24/05 - Rn. 30*). Das Unternehmen muss den karitativen Bestimmungen unmittelbar dienen. Das 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*).

dd) Hiernach ist weder bei der Beteiligten zu 1. noch bei der Beteiligten zu 2. ein Wirtschaftsausschuss zu bilden. 20

(1) Das Unternehmen der Beteiligten zu 1. unterfällt dem Tendenzschutz nach § 118 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, Satz 2 BetrVG. Das Landesarbeitsgericht hat zu Recht angenommen, dass das Unternehmen unmittelbar und überwiegend karitativen Bestimmungen dient. Die dieser Annahme zugrunde liegende tatrichterliche Würdigung des Landesarbeitsgerichts lässt rechtsbeschwerderechtlich erhebliche Rechtsfehler nicht erkennen. 21

(a) Das Unternehmen der Beteiligten zu 1. ist überwiegend und unmittelbar auf den sozialen Dienst am körperlich oder seelisch leidenden Menschen und auf die Heilung, Milderung oder die vorbeugende Abwehr der inneren oder äußeren Nöte Hilfsbedürftiger ausgerichtet. 22

Das folgt - wie das Landesarbeitsgericht zutreffend ausgeführt hat - aus dem im Gesellschaftsvertrag benannten und im Handelsregister wiedergegebene 23

nen Gesellschaftszweck. Die danach angestrebte „Förderung der Krankenpflege sowie des Wohlfahrtswesens“ ist eine Hilfeleistung am leidenden Menschen, die bei der Beteiligten zu 1. in der von ihr betriebenen stationären Rehabilitationseinrichtung gewährt wird. Es sind keine Umstände dafür vorgetragen oder ersichtlich, dass die Beteiligte zu 1. entgegen der Vorgaben im Gesellschaftsvertrag nicht „ausschließlich und unmittelbar gemeinnützige und mildtätige Zwecke“ verfolgt.

Die Beteiligte zu 1. verfolgt die karitativen Zwecke auch unmittelbar. Sie erbringt selbst die Hilfe am körperlich, geistig oder seelisch leidenden Menschen. 24

(b) Das Landesarbeitsgericht hat zutreffend eine Gewinnerzielungsabsicht der Arbeitgeberin verneint. Hierfür ist es nicht erforderlich, dass die Hilfeleistung für leidende Menschen unentgeltlich oder allenfalls zu einem nicht kostendeckenden Entgelt geschieht. Es genügt vielmehr, dass der Träger des Unternehmens seinerseits mit seiner Hilfeleistung keine eigennützigen Zwecke im Sinne einer Gewinnerzielungsabsicht verfolgt. Das ist auch dann der Fall, wenn er bis zur Höhe der Kostendeckung Einnahmen aus der Betätigung erzielt (*vgl. BAG 22. Mai 2012 - 1 ABR 7/11 - Rn. 20, BAGE 141, 367*). An einer Gewinnerzielungsabsicht fehlt es auch dann, wenn ein etwaiger Gewinn nur für satzungsmäßige Zwecke verwendet werden darf und daher lediglich den Charakter einer Rücklage hat (*BAG 22. November 1995 - 7 ABR 12/95 - zu B II 1 b der Gründe, BAGE 81, 311*). So verhält es sich hier. Nach den nicht angegriffenen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts hat die Beteiligte zu 1. keine Gewinne erzielt. Die Einnahmen aus ihrer Betätigung dienen damit nur der Kostendeckung. Selbst wenn die Beteiligte zu 1. Gewinne erzielte, dürften diese nach ihrem Gesellschaftszweck nur für die satzungsmäßigen Zwecke verwendet werden. 25

Auf eine etwaige Gewinnerzielungsabsicht der i AG als Gesellschafterin der Beteiligten zu 1. kommt es nicht an. Die Tendenzeigenschaft ist anhand des Unternehmens zu bestimmen; gesellschaftsrechtliche Verflechtungen mit anderen Unternehmen bleiben außer Betracht. Sind mehrere Unternehmen in einem 26

Konzern oder in anderer Weise verbunden, kommt es ausschließlich auf das Unternehmen an, dessen Tendenzeigenschaft jeweils gesondert zu prüfen ist (vgl. BAG 22. Juli 2014 - 1 ABR 93/12 - Rn. 30; 30. Juni 1981 - 1 ABR 30/79 - zu B III der Gründe, BAGE 35, 352).

(c) Die Beteiligte zu 1. hat sich die Betätigung auf dem Gebiet der Förderung der Krankenpflege sowie des Wohlfahrtswesens auch freiwillig zum Ziel gesetzt. Eine gesetzliche Verpflichtung der Beteiligten zu 1. zur Erbringung dieser Leistungen besteht nicht. 27

(2) Bei der Beteiligten zu 2. ist ein Wirtschaftsausschuss nicht zu errichten, da sie nur 20 Arbeitnehmer beschäftigt und damit den in § 106 Abs. 1 Satz 1 BetrVG bestimmten Schwellenwert von 100 Arbeitnehmern nicht erreicht. 28

b) Ein Wirtschaftsausschuss ist auch nicht in analoger Anwendung von § 106 BetrVG für den Gemeinschaftsbetrieb der Beteiligten zu 1. und 2. oder die Beteiligten zu 1. und 2. als Gruppe der den Gemeinschaftsbetrieb führenden Trägerunternehmen zu errichten, da die Beteiligten zu 1. und 2. in dem Gemeinschaftsbetrieb überwiegend karitative Zwecke iSv. § 118 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BetrVG verfolgen. 29

aa) Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ist ein Wirtschaftsausschuss in analoger Anwendung von § 106 BetrVG zu bilden, wenn ein einheitlicher Betrieb mit in der Regel mehr als 100 ständig beschäftigten Arbeitnehmern mehreren rechtlich selbständigen Unternehmen zuzuordnen ist, bei denen jeweils für sich die Anforderungen an die Zahl der beschäftigten Arbeitnehmer nach § 106 Abs. 1 Satz 1 BetrVG nicht erfüllt sind (vgl. BAG 22. März 2016 - 1 ABR 10/14 - Rn. 12, BAGE 154, 322; 1. August 1990 - 7 ABR 91/88 - zu B II 2 der Gründe, BAGE 65, 304). Das gilt jedoch nicht, wenn die an dem Gemeinschaftsbetrieb beteiligten Unternehmen in dem Betrieb überwiegend tendenzgeschützte Zwecke verfolgen. In diesem Fall scheidet die Errichtung eines Wirtschaftsausschusses in analoger Anwendung von § 106 BetrVG nach § 118 Abs. 1 Satz 2 BetrVG aus (vgl. Fitting 29. Aufl. § 1 Rn. 79; ErfK/Kania 19. Aufl. BetrVG § 118 Rn. 5; HaKo-BetrVG/Lakies 5. Aufl. § 118 30

Rn. 12; Lunk NZA 2005, 841, 845; Oetker GK-BetrVG 11. Aufl. § 106 Rn. 20, 39; Weber GK-BetrVG 11. Aufl. § 118 Rn. 53; DKKW/Wedde 16. Aufl. § 118 Rn. 17).

bb) Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, dass es für die Frage des Tendenzschutzes im Gemeinschaftsbetrieb auf den Betrieb ankomme. Dem steht jedoch entgegen, dass der Wirtschaftsausschuss nicht für einen Betrieb, sondern für ein Unternehmen zu bilden ist. Bei einem Gemeinschaftsbetrieb ist dies die Gruppe der Trägerunternehmen (vgl. etwa Fitting 29. Aufl. § 106 Rn. 18; Oetker GK-BetrVG 11. Aufl. § 106 Rn. 39). Dabei ist die Gruppe der Trägerunternehmen wie ein Unternehmen zu behandeln. Dementsprechend ist der Tendenzschutz bei Gemeinschaftsbetrieben, die von tendenzgeschützten und tendenzfreien Unternehmen getragen werden, nach den für sog. Mischunternehmen entwickelten Grundsätzen zu beurteilen (vgl. Fitting 29. Aufl. § 1 Rn. 79; Weber GK-BetrVG 11. Aufl. § 118 Rn. 53). 31

(1) Bei der analogen Anwendung des § 106 BetrVG auf Fälle, in denen die den Gemeinschaftsbetrieb führenden Unternehmen zusammen mehr als 100 Arbeitnehmer, jeweils für sich genommen aber weniger als 100 Arbeitnehmer beschäftigen, wird die Zahl der Arbeitnehmer aller an dem Gemeinschaftsbetrieb beteiligten Unternehmen zusammengezählt, als gäbe es einen einheitlichen Rechtsträger (vgl. BAG 22. März 2016 - 1 ABR 10/14 - Rn. 12, BAGE 154, 322; 1. August 1990 - 7 ABR 91/88 - zu B II 2 der Gründe, BAGE 65, 304). Das beruht auf der Erwägung, dass dem Betriebsrat eines die in § 106 Abs. 1 BetrVG vorausgesetzte Beschäftigungszahl erreichenden Betriebs die Unterstützung durch einen Wirtschaftsausschuss nicht allein deshalb versagt werden soll, weil die unternehmerseitige Organisation der Rechtsträgerschaft des Betriebs gesellschaftsrechtlich in einer Weise ausgestaltet ist, dass mehrere rechtlich selbständige Rechtsträger jeweils nur eine geringe Zahl von Arbeitnehmern beschäftigen (BAG 1. August 1990 - 7 ABR 91/88 - zu B II 2 c der Gründe, aaO). Es ist daher folgerichtig, auch für die Beurteilung des Tendenzschutzes nach § 118 Abs. 1 Satz 2 BetrVG im Gemeinschaftsbetrieb das Bestehen eines einheitlichen Rechtsträgers zu unterstellen und die für sog. Mischunternehmen, 32

die sowohl tendenzgeschützte als auch tendenzfreie Zwecke verfolgen, entwickelten Grundsätze heranzuziehen. Nur so kann dem Tendenzschutz im Gemeinschaftsbetrieb hinreichend Rechnung getragen werden.

(2) Mischunternehmen unterfallen nur dann dem Tendenzschutz, wenn die tendenzgeschützte Bestimmung überwiegt. Denn nach § 118 Abs. 1 Satz 1 BetrVG kommt der Tendenzschutz nur solchen Unternehmen und Betrieben zugute, die den in der Vorschrift genannten Bestimmungen überwiegend dienen. Dabei ist es - anders als bei der Vorgängerregelung in § 81 BetrVG 1952, die das Merkmal „überwiegend“ nicht enthielt - nicht von Bedeutung, ob die tendenzgeschützte Bestimmung dem Unternehmen in einem qualitativen Sinne das Gesamtgepräge gibt. Maßgebend sind vielmehr allein quantitative Gesichtspunkte (*BAG 15. März 2006 - 7 ABR 24/05 - Rn. 31*). Ob ein Mischunternehmen überwiegend tendenzgeschützten Bestimmungen dient, richtet sich deshalb 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 15. März 2006 - 7 ABR 24/05 - Rn. 31; 21. Juni 1989 - 7 ABR 58/87 - zu B II 2 c der Gründe, BAGE 62, 156*).

33

cc) Danach scheidet die Errichtung eines Wirtschaftsausschusses in den Unternehmen der Beteiligten zu 1. und 2. in analoger Anwendung von § 106 BetrVG nach § 118 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, Satz 2 BetrVG aus. Die Beteiligte zu 1.

34

verfolgt ausschließlich karitative Zwecke. Schon aufgrund ihrer im Verhältnis zur Beteiligten zu 2. deutlich höheren Arbeitnehmerzahl ist von einem quantitativen Überwiegen der tendenzgeschützten Bestimmung in dem Gemeinschaftsbetrieb der Beteiligten zu 1. und 2. auszugehen, ohne dass es weiterer Feststellungen hierzu bedarf.

Der Betriebsrat beruft sich ohne Erfolg darauf, dass die Beteiligte zu 2. als tendenzfreies Unternehmen keinen Tendenzbetrieb unterhalten könne. Im Rahmen der analogen Anwendung von § 106 BetrVG kommt es nicht auf das einzelne Unternehmen, sondern auf die Gruppe der Trägerunternehmen an. 35

c) Diesem Ergebnis stehen unionsrechtliche Erwägungen nicht entgegen. 36

aa) Es bedarf keiner Entscheidung, ob der in § 118 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, Satz 2 BetrVG vorgesehene vollständige Ausschluss der Anwendung von §§ 106 bis 110 BetrVG auf tendenzgeschützte Unternehmen und Betriebe mit der Richtlinie 2002/14/EG vereinbar ist (*bejahend: Bonin AuR 2004, 321, 322; Forst in Richardi BetrVG 16. Aufl. § 118 Rn. 2; Reichold NZA 2003, 289, 293; Spreer Die Richtlinie 2002/14/EG zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer in der Europäischen Gemeinschaft S. 158 ff.; Weber GK-BetrVG 11. Aufl. § 118 Rn. 142 mwN; Wiese GK-BetrVG 11. Aufl. Einleitung Rn. 35; ablehnend: vgl. DKKW/Wedde BetrVG 16. Aufl. § 118 Rn. 65; HaKo-BetrVG/Kohte/Schulze-Doll 5. Aufl. RL 2002/14/EG Rn. 31*). § 118 Abs. 1 BetrVG kann nicht unionsrechtskonform dahin ausgelegt werden, dass bei Tendenzunternehmen oder -betrieben ein Wirtschaftsausschuss gebildet werden kann. 37

(1) Ein nationales Gericht hat die Auslegung des nationalen Rechts so weit wie möglich am Wortlaut und Zweck einer einschlägigen Richtlinie auszurichten, um das in ihr festgelegte Ergebnis zu erreichen und so Art. 288 Abs. 3 AEUV nachzukommen (*EuGH 8. Mai 2019 - C-486/18 - [Praxair MRC] Rn. 36; 4. Oktober 2018 - C-384/17 - [Link Logistik N&N] Rn. 57 mwN; BAG 23. Mai 2018 - 5 AZR 263/17 - Rn. 33, BAGE 162, 387; 21. Februar 2017 - 1 ABR 62/12 - Rn. 29, BAGE 158, 121*). Der Grundsatz der unionsrechtskonformen 38

Auslegung verlangt, dass die nationalen Gerichte unter Berücksichtigung des gesamten innerstaatlichen Rechts und unter Anwendung der dort anerkannten Auslegungsmethoden alles tun, was in ihrer Zuständigkeit liegt, um die volle Wirksamkeit der fraglichen Richtlinie zu gewährleisten und zu einem Ergebnis zu gelangen, das mit dem von der Richtlinie verfolgten Ziel im Einklang steht (*EuGH 8. Mai 2019- C-486/18 - [Praxair MRC] Rn. 37; 4. Oktober 2018 - C-384/17 - [Link Logistik N&N] Rn. 58 mwN; BAG 23. Mai 2018 - 5 AZR 263/17 - Rn. 33, aaO; 21. Februar 2017 - 1 ABR 62/12 - Rn. 29, aaO*). Dies kann es auch erfordern, das nationale Recht fortzubilden. Allerdings unterliegt der Grundsatz der unionsrechtskonformen Auslegung und Rechtsfortbildung des nationalen Rechts Schranken. Die Pflicht zur Verwirklichung eines Richtlinienziels im Auslegungsweg findet ihre Grenzen an dem nach innerstaatlicher Rechtstradition methodisch Erlaubten. Sie darf nicht als Grundlage für eine Auslegung des nationalen Rechts *contra legem* dienen (*EuGH 11. September 2019 - C-143/18 - [Romano] Rn. 38; 8. Mai 2019 - C-486/18 - [Praxair MRC] Rn. 38 mwN; 24. Januar 2012 - C-282/10 - [Dominguez] Rn. 25; BAG 21. Februar 2017 - 1 ABR 62/12 - Rn. 29, aaO*). Der Gehalt einer nach Wortlaut, Systematik und Sinn eindeutigen Regelung kann nicht im Wege der richtlinienkonformen Auslegung in sein Gegenteil verkehrt werden (*BAG 23. Mai 2018 - 5 AZR 263/17 - Rn. 33, aaO; 18. Februar 2003 - 1 ABR 2/02 - zu B IV 3 b dd (1) der Gründe, BAGE 105, 32*). Richterliche Rechtsfortbildung darf nicht dazu führen, dass die Gerichte ihre eigene materielle Gerechtigkeitsvorstellung an die Stelle derjenigen des Gesetzgebers setzen. Die Gerichte dürfen sich nicht dem vom Gesetzgeber festgelegten Sinn und Zweck des Gesetzes entziehen, sondern müssen die gesetzgeberische Grundentscheidung respektieren. Eine Interpretation, die sich über den klar erkennbaren Willen des Gesetzgebers hinwegsetzt, greift unzulässig in die Kompetenzen des demokratisch legitimierten Gesetzgebers ein (*vgl. BVerfG 6. Juni 2018 - 1 BvL 7/14 ua.- Rn. 73 mwN, BVerfGE 149, 126*). Die Beurteilung, ob die nationale Bestimmung unionsrechtskonform ausgelegt werden kann, obliegt den nationalen Gerichten (*EuGH 8. Mai 2019 - C-486/18 - [Praxair MRC] Rn. 39*).

(2) Danach scheidet eine Auslegung oder Rechtsfortbildung von § 118 Abs. 1 BetrVG dahingehend, dass § 106 BetrVG auch auf Tendenzunternehmen und -betriebe anzuwenden ist, aus. Sie liefe dem klar erkennbaren Willen des Gesetzgebers zuwider. Schon aus dem Wortlaut von § 118 Abs. 1 Satz 2 BetrVG ergibt sich, dass der Gesetzgeber die Anwendbarkeit der §§ 106 bis 110 BetrVG auf Tendenzunternehmen und -betriebe im Sinne eines absoluten Tendenzschutzes ausschließen wollte (*im Gegensatz zum sog. relativen Tendenzschutz in § 118 Abs. 1 Satz 1 letzter Halbs. BetrVG; vgl. zur Abgrenzung Forst in Richardi BetrVG 16. Aufl. § 118 Rn. 103*). Die Regelung in § 118 Abs. 1 Satz 2 BetrVG ist nach ihrem Wortlaut, Zusammenhang, Zweck und der Gesetzesgeschichte weder planwidrig lückenhaft noch unvollständig. Der Gesetzgeber hat auch nach Inkrafttreten der Richtlinie 2002/14/EG an seiner Entscheidung, Tendenzunternehmen und -betriebe von der Anwendung der §§ 106 bis 110 BetrVG auszuschließen, festgehalten. Er hat auf Anfrage der Europäischen Kommission mitgeteilt, dass er hinsichtlich der Richtlinie 2002/14/EG keinen Umsetzungsbedarf sehe (*vgl. Mitteilung der Kommission an den Rat, das europäische Parlament, den europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen vom 17. März 2008 über die Überprüfung der Anwendung der Richtlinie 2002/14/EG in der EU, KOM(2008) 146 endg., zu 2.1.; EuArbRK/Weber 3. Aufl. RL 2002/14/EG Art. 1 Rn. 6*). Ein etwaiger Verstoß des § 118 Abs. 1 Satz 2 BetrVG gegen die Richtlinie 2002/14/EG kann daher nicht im Wege der Auslegung oder Rechtsfortbildung, sondern nur durch den Gesetzgeber beseitigt werden.

bb) § 118 Abs. 1 Satz 2 BetrVG muss nicht wegen einer etwaigen Unvereinbarkeit mit Unionsrecht unangewendet bleiben. 40

(1) Eine etwaige Unvereinbarkeit von § 118 Abs. 1 Satz 2 BetrVG mit der Richtlinie 2002/14/EG führte nicht zur Unbeachtlichkeit der Vorschrift. 41

(a) Einer unionsrechtlichen Richtlinie kommt keine unmittelbare Wirkung zu. Sie wendet sich nach Art. 288 AEUV an die Mitgliedstaaten und verpflichtet diese, die betreffenden Vorgaben in nationales Recht umzusetzen. Sie kann nicht selbst Verpflichtungen für einen Einzelnen begründen, so dass ihm ge- 42

genüber eine Berufung auf die Richtlinie als solche nicht möglich ist. Eine Richtlinie kann nicht in einem Rechtsstreit zwischen Privaten angeführt werden, um die Anwendung einer gegen die Richtlinie verstoßenden mitgliedstaatlichen Regelung auszuschließen (*st. Rspr. vgl. EuGH 22. Januar 2019 - C-193/17 - [Cresco Investigation] Rn. 72 f.*). Eine Ausnahme gilt nur im Verhältnis zum Staat. Ein Mitgliedstaat, der eine Richtlinie nicht oder nicht ordnungsgemäß innerhalb der vorgesehenen Frist umgesetzt hat, kann sich seinen Bürgern gegenüber nicht auf diese Säumigkeit berufen. In diesem Fall wirkt eine Richtlinie unmittelbar, wenn die betreffende Vorschrift eine inhaltlich hinreichend bestimmte und unbedingte Regelung enthält (*EuGH 6. November 2018 - C-684/16 - [Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften] Rn. 63; 24. Januar 2012 - C-282/10 - [Dominguez] Rn. 38 mwN*). Als „Staat“ sind dabei nicht nur Gebietskörperschaften anzusehen, sondern alle Organisationen und Einrichtungen, die dem Staat oder dessen Aufsicht unterstehen oder die von einem Mitgliedstaat mit der Erfüllung einer im Allgemeininteresse liegenden Aufgabe betraut wurden und hierzu mit besonderen Rechten ausgestattet sind, die über die für die Beziehungen zwischen Privatpersonen geltenden Vorschriften hinausgehen (*EuGH 6. November 2018 - C-684/16 - [Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften] Rn. 64; 7. August 2018 - C-122/17 - [Smith] Rn. 45 mwN*).

(b) Danach stünde eine etwaige Unvereinbarkeit von § 118 Abs. 1 Satz 2 BetrVG mit der Richtlinie 2002/14/EG seiner Anwendung vorliegend nicht entgegen. Die Arbeitgeberinnen sind keine staatlichen Stellen oder sonstige Einrichtungen des öffentlichen Sektors. 43

(2) § 118 Abs. 1 Satz 2 BetrVG ist auch nicht aufgrund einer Unvereinbarkeit mit Art. 27 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRC) unbeachtlich. 44

(a) Die Gerichte der Mitgliedstaaten sind verpflichtet, eine dem Primärrecht der Union widersprechende nationale gesetzliche Vorschrift unangewendet zu lassen, wenn das Unionsrecht dem Einzelnen ein Recht verleiht, das er in einem Rechtsstreit, der einen vom Unionsrecht erfassten Bereich betrifft, als sol- 45

ches geltend machen kann und eine unionsrechtskonforme Auslegung des nationalen Rechts nicht möglich ist (*BAG 30. Januar 2019 - 10 AZR 299/18 (A) - Rn. 103, BAGE 165, 233*). Der dadurch begründete Anwendungsvorrang des Unionsrechts ist verfassungsrechtlich durch Art. 23 Abs. 1 GG legitimiert und Teil des vom Grundgesetz gewollten Integrationsauftrags (*BVerfG 30. Juni 2009 - 2 BvE 2/08 ua. - Rn. 331 ff., BVerfGE 123, 267; 18. November 2008 - 1 BvL 4/08 -*).

(b) Nach Art. 27 GRC muss für die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer oder ihre Vertreter auf den geeigneten Ebenen eine rechtzeitige Unterrichtung und Anhörung in den Fällen und unter den Voraussetzungen gewährleistet sein, die nach dem Unionsrecht und den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten vorgesehen sind. Art. 27 GRC verpflichtet die Union und die Mitgliedstaaten, entfaltet aber weder für sich genommen oder in Verbindung mit den Bestimmungen der Richtlinie 2002/14/EG unmittelbare Drittwirkung zwischen Privaten, also im Verhältnis zwischen Arbeitnehmern bzw. Arbeitnehmervertretungen und Arbeitgebern. Demnach kann Art. 27 GRC als solcher in einem Rechtsstreit nicht geltend gemacht werden, um zu der Schlussfolgerung zu gelangen, dass eine etwaige mit der Richtlinie 2002/14/EG nicht konforme nationale Bestimmung unangewendet zu lassen ist (*EuGH 15. Januar 2014 - C-176/12 - [Association de médiation sociale] Rn. 48, 51; vgl. auch EuGH 13. Dezember 2016 - T-713/14 - [IPSO/EZB] Rn. 86*).

46

cc) Ein Vorabentscheidungsersuchen nach Art. 267 Abs. 3 AEUV ist nicht veranlasst. Die Frage, ob die in § 118 Abs. 1 BetrVG geregelte teilweise Bereichsausnahme für Tendenzunternehmen und -betriebe hinsichtlich der Beteiligungsrechte in wirtschaftlichen Angelegenheiten mit den Vorgaben der Richtlinie 2002/14/EG vereinbar ist, ist nicht entscheidungserheblich. Die Beurteilung, ob die nationale Bestimmung unionsrechtskonform ausgelegt werden kann, ist den nationalen Gerichten vorbehalten (*EuGH 8. Mai 2019 - C-486/18 - [Praxair MRC] Rn. 39*). Die Frage, ob Art. 27 GRC unmittelbare Wirkung zwischen Privaten zukommt, ist durch die Entscheidung des Gerichtshofs in der Sache

47

„Association de médiation sociale“ (*EuGH 15. Januar 2014 - C-176/12 -*) geklärt.

II. Der Hilfswiderantrag des Betriebsrats festzustellen, dass der Betriebsrat berechtigt ist, für das Unternehmen der Beteiligten zu 2. einen Wirtschaftsausschuss zu bestellen, soweit und solange die Beteiligten zu 1. und 2. einen gemeinsamen Betrieb führen, in diesem mehr als 100 Arbeitnehmer beschäftigen und die Beteiligte zu 2. ein tendenzfreies Unternehmen ist, ist unbegründet. 48

1. Der Betriebsrat ist nicht berechtigt, für das Unternehmen der Beteiligten zu 2. einen Wirtschaftsausschuss zu bilden, da die Beteiligte zu 2. den in § 106 Abs. 1 Satz 1 BetrVG bestimmten Schwellenwert von 100 Arbeitnehmern nicht erreicht. Die Vorschrift des § 106 Abs. 1 Satz 1 BetrVG ist abschließend und kann nicht entsprechend auf kleinere Unternehmen angewandt werden (*BAG 7. April 2004 - 7 ABR 41/03 - zu B II 1 b Gründe, BAGE 110, 159*). 49

2. Eine richtlinienkonforme Auslegung oder Rechtsfortbildung von § 106 BetrVG dahin, dass ein Wirtschaftsausschuss auch bei einem Unternehmen mit weniger als 100 Arbeitnehmern gebildet werden kann, scheidet aus, da dies der erkennbaren Entscheidung des Gesetzgebers zuwiderliefe. Im Übrigen fällt das Unternehmen der Beteiligten zu 2. nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2002/14/EG, da diese nach ihrem Art. 3 Abs. 1 Buchst. a nur für Unternehmen mit mindestens 50 Arbeitnehmern gilt. 50

III. Die weiteren Hilfswideranträge des Betriebsrats haben ebenfalls keinen Erfolg. 51

1. Diese Hilfswideranträge sind trotz ihrer Formulierung nicht als Leistungs-, sondern als Feststellungsanträge zu verstehen. Als Leistungsanträge wären sie nicht hinreichend bestimmt iSv. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO, da es an jeglicher Präzisierung fehlt, in welcher Form und Frist, mit welchem Inhalt und in welchem Umfang die Unterrichtung des Betriebsrats erfolgen soll. Der beantragte Tenor ließe offen, welches rechtmäßige Verhalten der Arbeitgeberin genau abverlangt würde (*vgl. BAG 14. März 2012 - 7 AZR 67/10 - Rn. 9 f.*). Die 52

Beteiligten streiten vorliegend allein darüber, ob die Beteiligten zu 1. und 2. oder jedenfalls die Beteiligte zu 2. den Betriebsrat nach § 106 Abs. 2 BetrVG oder zumindest nach Art. 4 Abs. 2 Buchst. a und Buchst. b der Richtlinie 2002/14/EG zu beteiligen haben. Die vom Betriebsrat angestrebte Klärung dieser Frage kann durch eine Feststellung der streitigen Verpflichtung erreicht werden. Danach entspricht es der wohlverstandenen Interessenlage des Betriebsrats, die weiteren Hilfswideranträge als Feststellungsanträge auszulegen. Dieses Antragsverständnis hat der Betriebsrat bei der Anhörung vor dem Senat bestätigt.

2. Die Anträge sind unbegründet. 53
- a) Der Betriebsrat kann von den Beteiligten zu 1. und 2. nicht verlangen, nach § 106 Abs. 2 BetrVG beteiligt zu werden. Dies ergibt sich schon daraus, dass diese Vorschrift nach § 118 Abs. 1 Satz 2 BetrVG auf tendenzgeschützte Unternehmen und Betriebe keine Anwendung findet und eine richtlinienkonforme Auslegung von § 118 BetrVG - wie bereits ausgeführt - nicht in Betracht kommt. 54
- b) Die Beteiligten zu 1. und 2. sind auch nicht verpflichtet, den Betriebsrat nach Art. 4 Abs. 2 Buchst. a und Buchst. b der Richtlinie 2002/14/EG zu beteiligen. Der Betriebsrat kann sich gegenüber den Beteiligten zu 1. und 2. nicht auf die Richtlinie berufen, da die Richtlinie keine Verpflichtungen für diese privaten Arbeitgeberinnen begründet. 55
- c) Dem Betriebsrat steht auch kein Anspruch gegen die Beteiligte zu 2. auf Beteiligung nach § 106 Abs. 2 BetrVG zu. Inhaber des Anspruchs aus § 106 Abs. 2 BetrVG ist der Wirtschaftsausschuss. Der Anspruch steht dem Betriebsrat auch dann nicht zu, wenn in dem Unternehmen nach § 106 Abs. 1 Satz 1 BetrVG ein Wirtschaftsausschuss nicht zu bilden ist (*grundlegend BAG 5. Februar 1991 - 1 ABR 24/90 - zu B III Gründe, BAGE 67, 155; vgl. auch BAG 7. April 2004 - 7 ABR 41/03 - zu B II 1 b Gründe, BAGE 110, 159*). 56

d) Der Betriebsrat kann auch nicht eine Anhörung und Unterrichtung nach Art. 4 Abs. 2 Buchst. a und Buchst. b der Richtlinie 2002/14/EG durch die Beteiligte zu 2. beanspruchen, da die Richtlinie - wie ausgeführt - keine unmittelbaren Verpflichtungen zwischen privaten Personen und Stellen begründet. 57

Gräfl

Klose

M. Rennpferdt

Wicht

Schiller