

Aktenzeichen: 7 ABR 4/07
Bundesarbeitsgericht 7. Senat

Beschluß vom 16. April 2008
- 7 ABR 4/07 -

I. Arbeitsgericht
Frankfurt am Main

Beschluß vom 5. Oktober 2005
- 20 BV 538/05 -

II. Hessisches
Landesarbeitsgericht

Beschluß vom 24. August 2006
- 9 TaBV 215/05 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Entscheidungsstichworte:

Gemeinschaftsbetrieb - Personalgestellung - wirtschaftliche Betätigung
der Gemeinden

Gesetze:

BetrVG § 1 Abs. 1 Satz 2; HGO § 122 Abs. 1 und 2, §§ 127a, 134

Leitsätze:

keine



BUNDESARBEITSGERICHT



7 ABR 4/07
9 TaBV 215/05
Hessisches
Landesarbeitsgericht

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
16. April 2008

BESCHLUSS

Schiege, Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In dem Beschlussverfahren

mit den Beteiligten

1.

Antragstellerin, Beschwerdeführerin und Rechtsbeschwerdeführerin,

2.

3.

hat der Siebte Senat des Bundesarbeitsgerichts auf Grund der Beratung vom
16. April 2008 durch den Vizepräsidenten des Bundesarbeitsgerichts Dörner,



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

die Richterin am Bundesarbeitsgericht Gräfl, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Koch sowie die ehrenamtlichen Richter Dr. Spie und Vorbau für Recht erkannt:

Auf die Rechtsbeschwerde der Städtischen Bühnen Frankfurt am Main GmbH wird der Beschluss des Hessischen Landesarbeitsgerichts vom 24. August 2006 - 9 TaBV 215/05 - aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Anhörung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen!

Gründe

A. Die Beteiligten streiten im Rahmen eines Wahlanfechtungsverfahrens darüber, ob die zu 1) und 3) beteiligten Arbeitgeberinnen einen gemeinsamen Betrieb iSv. § 1 Abs. 1 Satz 2 BetrVG führen. 1

Die antragstellende und zu 1) beteiligte Arbeitgeberin ist im Zuge der von der zu 3) beteiligten Stadt beabsichtigten Neustrukturierung ihres Regiebetriebs „Städtischen Bühnen“ (der genaue Zeitpunkt ist nicht bekannt) gegründet worden. Am 25. März 2004 entschied die Stadtverordnetenversammlung der zu 3) beteiligten Stadt, den Regiebetrieb „Städtischen Bühnen“ auf die Antragstellerin zu übertragen. 2

Die beteiligten Arbeitgeberinnen schlossen dazu am 1. April 2004 einen Übertragungs-, Nutzungs-, Personalüberleitungs- sowie einen Personalgestellungsvertrag ab. Nach der Präambel des Übertragungsvertrags führt die Antragstellerin den bisherigen Regiebetrieb „Städtische Bühnen“ fort. In dem Übertragungsvertrag wurden der Antragstellerin im Wege der Einzelübertragung die beweglichen Sachen sowie die bühnentechnischen Anlagen des bisherigen Regiebetriebs „Städtische Bühnen“ übertragen, während die bisher 3



für den Bühnenbetrieb genutzten Gebäude im Eigentum der zu 3) beteiligten Stadt blieben und der Antragstellerin unentgeltlich zur Nutzung überlassen wurden. In dem Personalüberleitungsvertrag wurde die Überleitung der Arbeitsverhältnisse auf die Antragstellerin geregelt. Der Personalgestellungsvertrag (im Folgenden: PGV) enthielt Vereinbarungen über den Einsatz der Arbeitnehmer der zu 3) beteiligten Stadt, die dem Übergang ihrer Arbeitsverhältnisse nach § 613a BGB auf die Antragstellerin voraussichtlich widersprechen werden. Der PGV lautet auszugsweise:

„§ 1

Geltungsbereich

1. ...
2. Die Stadt stellt die Arbeitsleistungen der vorgenannten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer ab 01.09.2004 der GmbH nach Maßgabe dieses Personalgestellungsvertrages zur Verfügung.

...

§ 2

Arbeitgeberfunktion

1. Die Vertragsparteien stimmen überein, dass durch die zur Verfügungstellung der Arbeitsleistung an die GmbH die zwischen der Stadt und den personalgestellten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern bestehenden jeweiligen arbeitsvertraglichen Beziehungen nicht berührt werden. Die Stadt bleibt Arbeitgeberin der personalgestellten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer und diese in deren betriebliche Organisation eingegliedert. Die Wahrnehmung partieller Arbeitgeberbefugnisse durch die GmbH im Rahmen der zur Verfügung gestellten Arbeitsleistungen bestimmen sich nach § 3.

...“

Unter dem 28. September 2004 traf die Oberbürgermeisterin der zu 3) beteiligten Stadt eine Organisationsverfügung, die auszugsweise wie folgt lautet:

- „1 Die Stadtverordnetenversammlung hat am 25.03.2004, § 7062, die Übertragung des Regiebetriebes Städtische Bühnen auf die Städtischen



Bühnen Frankfurt am Main GmbH (SBF) mit Wirkung vom 01.09.2004 beschlossen.

- 2 In Ausführung dieses Beschlusses der Stadtverordnetenversammlung ergeben sich folgende Konsequenzen:

2.1 Die bisherigen Organisationseinheiten

46 - Städtische Bühnen - Zentrale Theaterbetriebe

46B - Städtische Bühnen - Oper Frankfurt -

46C - Städtische Bühnen - Schauspiel Frankfurt -

werden mit Wirkung vom 01.09.2004 aufgelöst.

2.2 Gleichzeitig wird eine Organisationseinheit

46 - ‚Restamt‘ Städtische Bühnen

eingerrichtet, der die personalgestellten Mitarbeiter/-innen angehören.

Dieser Verwaltungseinheit obliegen in Ausführung der zum Betriebsübergang geschlossenen Verträge (Übertragungsvertrag, Nutzungsvertrag, Personalüberleitungsvertrag, Personalstellungsvertrag) schwerpunktmäßig folgende Aufgaben:

- Grundstücks- und Gebäudeverwaltung
- Personalverwaltung und -betreuung der gestellten Arbeitnehmer/-innen sowie der zur Dienstleistung bei der SBF beurlaubten Beamtinnen/Beamten.

2.3 Die Leitung des ‚Restamtes‘ wird vom Geschäftsführenden Intendanten der Städtischen Bühnen und Geschäftsführer der SBF in Personalunion wahrgenommen. Damit wird auch die Ausübung der Arbeitgeberfunktion vor Ort sichergestellt.

...“

Am 13. Dezember 2004 wurde im Betrieb der Antragstellerin ein Wahlvorstand für die Wahl eines Betriebsrats gewählt. Am 7. Januar 2005 erließ der Wahlvorstand ein Wahlausschreiben, in dem er neben den bei der Antragstellerin beschäftigten 292 Mitarbeitern die 662 von der zu 3) beteiligten Stadt gestellten Arbeitnehmer bei der Wählbarkeit, der Anzahl der zu wählenden Betriebsratsmitglieder sowie für die Berechnung der Minderheitenquote nach § 15 Abs. 2 BetrVG berücksichtigte. Ein dagegen von der Antragstellerin

5



gegenüber dem Wahlvorstand eingeleitetes einstweiliges Verfügungsverfahren blieb erfolglos.

Die Betriebsratswahl, bei der der zu 2) beteiligte Betriebsrat gewählt wurde, fand vom 21. bis zum 23. Februar 2005 statt. Am 24. Februar 2005 übersandte der Wahlvorstand dem Geschäftsführer der Antragstellerin eine Wahlniederschrift und gab das Ergebnis der Betriebsratswahl durch einen nicht vor dem 24. Februar 2005 veröffentlichten Aushang bekannt. Das genaue Datum der Bekanntgabe ist nicht festgestellt.

Die Antragstellerin hat die Betriebsratswahl mit einem beim Arbeitsgericht am 8. März 2005 eingegangenen Antrag angefochten und die Wahl wegen grober Verkennung des Betriebsbegriffs für nichtig, jedenfalls aber für ungültig gehalten. Der Wahlvorstand sei fehlerhaft davon ausgegangen, dass die beteiligten Arbeitgeberinnen einen Gemeinschaftsbetrieb bildeten, da es an einer gemeinsamen betrieblichen Organisation und einer konkludent oder ausdrücklich getroffenen Führungsvereinbarung fehle. Daneben stünden einer Vereinbarung über die gemeinsame Betriebsführung in Form einer BGB-Gesellschaft die Vorschriften der Hessischen Gemeindeordnung (HGO) entgegen, wonach eine Beteiligung einer Gemeinde an einer privatrechtlichen Gesellschaft nur dann zulässig sei, wenn die Haftung und die Einzahlungsverpflichtung auf einen ihrer Leistungsfähigkeit angemessenen Betrag begrenzt sei.

Die Antragstellerin hat zuletzt beantragt,

festzustellen, dass die Betriebsratswahl im Betrieb Städtische Bühnen Frankfurt am Main GmbH vom 21. bis 23. Februar 2005 nichtig ist,

hilfsweise,

die Betriebsratswahl im Betrieb Städtische Bühnen Frankfurt am Main GmbH vom 21. bis 23. Februar 2005 für ungültig zu erklären.

Der Beteiligte zu 2) hat beantragt, den Antrag zurückzuweisen, während die zu 3) beteiligte Stadt keinen Antrag gestellt hat.



Das Arbeitsgericht hat den ursprünglich nur auf die Feststellung der „Unwirksamkeit der Wahl“ gerichteten Feststellungsantrag abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die hiergegen gerichtete Beschwerde der Antragstellerin zurückgewiesen und die Rechtsbeschwerde hinsichtlich des Hilfsantrags zugelassen. Diesen verfolgt die Antragstellerin mit der Rechtsbeschwerde weiter, während der Betriebsrat die Zurückweisung der Rechtsbeschwerde beantragt. Die zu 3) beteiligte Stadt hat sich im Rechtsbeschwerdeverfahren nicht geäußert.

10

B. Die Rechtsbeschwerde ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Beschlusses und zur Zurückverweisung der Sache an das Landesarbeitsgericht, das die Zulässigkeit des Antrags zu prüfen und ergänzende Feststellungen über die unternehmerische Zusammenarbeit der beteiligten Arbeitgeberinnen zu treffen hat. Der Senat kann nämlich nicht darüber befinden, ob das Rechtsschutzinteresse für den Wahlanfechtungsantrag während des Beschwerdeverfahrens entfallen ist, weil die Amtszeit des zwischen dem 21. und 23. Februar 2005 gewählten Betriebsrats am 31. Mai 2006 abgelaufen ist und eine Neuwahl nicht erfolgt ist, oder ob dessen Amtszeit gegenwärtig noch andauert. Darüber hinaus kann der allein noch anhängige Wahlanfechtungsantrag der Antragstellerin nicht mit der vom Landesarbeitsgericht gegebenen Begründung abgewiesen werden. Das Beschwerdegericht hat zu Unrecht angenommen, dass die beteiligten Arbeitgeberinnen einen gemeinsamen Betrieb iSd. § 1 Abs. 1 Satz 2 BetrVG führen. Dies führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung. Der Senat kann auf der Grundlage der bisherigen Feststellungen des Beschwerdegerichts nicht beurteilen, ob die gestellten Arbeitnehmer bei der angefochtenen Betriebsratswahl das passive Wahlrecht hatten und bei der Anzahl der zu wählenden Betriebsratsmitglieder sowie bei der Berechnung der Quote für das Geschlecht in der Minderheit zu berücksichtigen waren. Hingegen hat das Landesarbeitsgericht zutreffend angenommen, dass die Vorschriften der HGO einer gemeinschaftlichen Betriebsführung der beteiligten Arbeitgeberinnen nicht entgegenstehen.

11



- I. Das Landesarbeitsgericht hat zu Unrecht nicht geprüft, ob das Rechtsschutzinteresse für den Wahlanfechtungsantrag während des Beschwerdeverfahrens entfallen ist. Es bedarf nämlich keiner gerichtlichen Entscheidung über die Gültigkeit der angefochtenen Betriebsratswahl, wenn die Amtszeit des zwischen dem 21. und 23. Februar 2005 gewählten Betriebsrats bereits am 31. Mai 2006 geendet hat. 12
1. Das Bestehen eines Rechtsschutzinteresses ist Zulässigkeitsvoraussetzung für eine Sachentscheidung des Gerichts und deshalb in jeder Lage des Verfahrens, auch noch in der Rechtsbeschwerdeinstanz, von Amts wegen zu prüfen. Das Rechtsschutzinteresse fehlt, wenn die begehrte gerichtliche Entscheidung für die Beteiligten keine rechtliche Wirkung mehr entfalten kann (*BAG 13. März 1991 - 7 ABR 5/90 - BAGE 67, 316 = AP BetrVG 1972 § 19 Nr. 20 = EzA BetrVG 1972 § 19 Nr. 29, zu B der Gründe*). Dies ist der Fall, wenn die Amtszeit des zwischen dem 21. und 23. Februar 2005 gewählten Betriebsrats während des Beschwerdeverfahrens am 31. Mai 2006 geendet hat, denn eine die Wahl für unwirksam erklärende gerichtliche Entscheidung könnte sich für die Beteiligten nicht mehr auswirken. 13
2. Der Senat kann auf Grund der fehlenden Feststellungen des Landesarbeitsgerichts über den Zeitpunkt der Bekanntgabe des Wahlergebnisses nicht beurteilen, wann die Amtszeit des zwischen dem 21. und 23. Februar 2005 gewählten Betriebsrats begonnen hat. 14
- a) Nach § 21 Satz 1 BetrVG beträgt die Amtszeit des Betriebsrats 4 Jahre. Die Amtszeit beginnt nach § 21 Satz 2 BetrVG iVm. § 18 Abs. 3 Satz 1 BetrVG mit der Bekanntgabe des Wahlergebnisses durch den Wahlvorstand. Für Betriebsräte, deren Wahl außerhalb des Zeitraums für die regulären Betriebsratswahlen stattgefunden hat, bestimmt § 13 Abs. 3 Satz 1 BetrVG, dass der Betriebsrat in dem auf die Wahl folgenden nächsten Zeitraum der regulären Betriebsratswahlen neu zu wählen ist. Dies gilt nach § 13 Abs. 3 Satz 2 BetrVG nur dann nicht, wenn die Amtszeit des Betriebsrats zu Beginn des für die regelmäßigen Betriebsratswahlen festgelegten Zeitraums noch nicht ein Jahr 15



betragen hat. In diesem Fall ist der Betriebsrat erst in dem übernächsten Zeitraum der regelmäßigen Betriebsratswahlen neu zu wählen.

b) Das Landesarbeitsgericht ist auf Grund einer unter dem 1. März 2005 datierenden E-Mail des Vorsitzenden des Wahlvorstands davon ausgegangen, dass die Namen der gewählten Betriebsratsmitglieder erst an diesem Tag vom Wahlvorstand bekannt gemacht worden sind. Einen Nachweis über den Zeitpunkt der Bekanntgabe des endgültigen Wahlergebnisses haben die Beteiligten aber nicht zu den Akten gereicht. Nach der erstinstanzlich von der Antragstellerin eingereichten „Information des Übergangsbetriebsrats“ vom 25. Februar 2005 hat der Wahlvorstand am 24. Februar 2005 das Ergebnis der Stimmenauszählung durch einen Aushang bekannt gegeben. Darüber hinaus hat der Wahlvorstand der Antragstellerin mit Schreiben vom 24. Februar 2005 die unterzeichnete Niederschrift vom 23. Februar 2005 übersandt und weiter mitgeteilt, dass er die gewählten Betriebsratsmitglieder zur einer Betriebsrats-sitzung am 2. März 2005 geladen hat. Danach standen die Namen der gewählten Betriebsratsmitglieder bereits am 24. Februar 2005 fest, weshalb nicht auszuschließen ist, dass auch die Bekanntgabe des endgültigen Wahlergebnisses vor dem 1. März 2005 erfolgt ist.

16

3. Sollte die erneute Anhörung ergeben, dass das Wahlergebnis vom Wahlvorstand vor dem 1. März 2005 bekannt gegeben worden ist, hätte die Amtszeit des Betriebsrats nach § 21 Satz 3 BetrVG mit dem Ablauf des 31. Mai 2006 geendet, da eine Neuwahl nicht stattgefunden hat. In diesem Fall ist das Verfahren vom Landesarbeitsgericht unter Aufhebung der noch nicht in Rechtskraft erwachsenen Beschlüsse der Vorinstanzen einzustellen.

17

II. Der angefochtene Beschluss unterliegt auch der Aufhebung, weil das Landesarbeitsgericht rechtsfehlerhaft angenommen hat, dass die beteiligten Arbeitgeberinnen den bisher von der zu 3) beteiligten Stadt geführten Regiebetrieb „Städtische Bühnen“ seit dem 31. August 2005 als gemeinsamen Betrieb iSd. § 1 Abs. 1 Satz 2 BetrVG führen.

18



1. Nach § 19 Abs. 1 BetrVG kann die Betriebsratswahl angefochten werden, wenn gegen wesentliche Vorschriften über das Wahlrecht, die Wählbarkeit oder das Wahlverfahren verstoßen worden ist und eine Berichtigung nicht erfolgt ist, es sei denn, dass durch den Verstoß das Wahlergebnis nicht verändert oder beeinflusst werden konnte. 19
2. Die für die Wahlanfechtung nach § 19 Abs. 2 BetrVG erforderlichen Voraussetzungen sind erfüllt. Die zu 1) beteiligte Arbeitgeberin ist nach § 19 Abs. 2 Satz 1 BetrVG anfechtungsberechtigt. Sie hat die am 21. bis 23. Februar 2005 durchgeführte Betriebsratswahl, deren Ergebnis nicht vor dem 24. Februar 2005 bekannt gemacht worden ist, am 8. März 2005 und damit innerhalb der Zwei-Wochen-Frist des § 19 Abs. 2 Satz 2 BetrVG angefochten. 20
3. Das Beschwerdegericht hat die von ihm festgestellten Tatsachen zu Unrecht dahingehend gewürdigt, dass die beteiligten Arbeitgeberinnen einen gemeinsamen Betrieb iSd. § 1 Abs. 1 Satz 2 BetrVG führen. Die von ihnen vereinbarte Form der unternehmerischen Zusammenarbeit ist nach den bisher vom Landesarbeitsgericht getroffenen Feststellungen nicht auf die gemeinschaftliche Erreichung eines einheitlichen arbeitstechnischen Zwecks gerichtet. Die zu 3) beteiligte Stadt stellt der Antragstellerin lediglich einen Teil der zur Fortführung des Bühnenbetriebs notwendigen Betriebsmittel zur Verfügung, ohne jedoch selbst an der Erreichung des von der Antragstellerin verfolgten Betriebszwecks mitzuwirken. Dies hat das Landesarbeitsgericht verkannt. 21
- a) Bei den Begriffen des Betriebs und des gemeinsamen Betriebs mehrerer Unternehmen handelt es sich um unbestimmte Rechtsbegriffe, deren Anwendung durch das Landesarbeitsgericht nur einer eingeschränkten rechtsbeschwerderechtlichen Überprüfung daraufhin unterliegt, ob das Landesarbeitsgericht den Rechtsbegriff verkannt, bei der Subsumtion des festgestellten Sachverhalts unter den unbestimmten Rechtsbegriff Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt oder wesentlichen Tatsachenstoff unberücksichtigt gelassen hat (*BAG 11. Februar 2004 - 7 ABR 27/03 - BAGE 109, 332 = AP BetrVG 1972 § 1 Gemeinsamer Betrieb Nr. 22 = EzA BetrVG 2001 § 1 Nr. 2, zu B II 2 a der Gründe*). 22



b) Diesem eingeschränkten Prüfungsmaßstab genügt die angefochtene Entscheidung nicht. Die zur Führung des Bühnenbetriebs erforderlichen Betriebsmittel werden nicht von beiden Arbeitgeberinnen, sondern nur von der Antragstellerin genutzt. 23

Nach den auch vom Landesarbeitsgericht bei seiner Würdigung herangezogenen vertraglichen Vereinbarungen wird der Bühnenbetrieb nur von der zu 1) beteiligten Arbeitgeberin geführt. Dies folgt aus der Präambel des Übertragungsvertrags vom 1. April 2004 und aus § 1 Abs. 2 Satz 1 des Personalüberleitungsvertrags vom gleichen Tag, wonach die zu 1) beteiligte Arbeitgeberin entsprechend einer in ihrem Gesellschaftsvertrag enthaltenen Verpflichtung den Theaterbetrieb fortführt. Eine Weisungs- und Entscheidungsbefugnis der zu 3) beteiligten Stadt bei der Ausgestaltung des Bühnenbetriebs sehen die Vereinbarungen nicht vor. Vielmehr hat sich die zu 3) beteiligte Stadt gegenüber der Antragstellerin nur zur Bereitstellung der für die Fortführung des Bühnenbetriebs erforderlichen Betriebsmittel verpflichtet. Hierzu zählt die Überlassung der zuvor vom Regiebetrieb „Städtische Bühnen“ genutzten Immobilien und die Personalgestellung der Arbeitnehmer, die dem Übergang ihrer Arbeitsverhältnisse auf die Antragstellerin widersprochen haben. Der Einsatz der Arbeitnehmer der zu 3) beteiligten Stadt bei der Antragstellerin beruht auf der im Personalgestellungsvertrag vom 1. April 2004 getroffenen Vereinbarung und vollzieht sich damit auf der Grundlage einer möglicherweise wegen fehlender Gewinnerzielungsabsicht nicht erlaubnispflichtigen Arbeitnehmerüberlassung der zu 3) beteiligten Stadt. 24

Nach den bisher vom Landesarbeitsgericht getroffenen Feststellungen besteht auch keine organisatorische Einheit zwischen den beteiligten Arbeitgeberinnen. Es fehlt an einem wechselseitigen arbeitgeberübergreifenden Personaleinsatz, der für den Betriebsablauf in einem Gemeinschaftsbetrieb kennzeichnend ist. Selbst der Betriebsrat hat bisher nicht vorgetragen, dass die zu 3) beteiligte Stadt außerhalb ihrer gesellschaftsrechtlichen Stellung auf den Bühnenbetrieb der Antragstellerin Einfluss nimmt oder deren Arbeitnehmer dem Weisungsrecht von Vertretern der zu 3) beteiligten Stadt unterliegen. Daher vermag auch die Personenidentität von Herrn F, der zugleich Geschäftsführer 25



der zu 1) beteiligten Arbeitgeberin und Leiter des Restamts der zu 3) beteiligten Stadt ist, im Streitfall keine Vermutung für einen unternehmerischen Zusammenschluss zur gemeinsamen Betriebsführung begründen. Herr F wirkt als Restamtsleiter nicht für die zu 3) beteiligte Stadt an der Führung des Bühnenbetriebs mit, sondern stellt nur die in § 3 Abs. 2 PGV der Antragstellerin übertragene Ausübung des Direktionsrechts gegenüber den von der zu 3) beteiligten Stadt gestellten Arbeitnehmern sicher.

4. Danach unterliegt der angefochtene Beschluss auch insoweit der Aufhebung und Zurückverweisung. Der Senat hat nicht abschließend über die Gültigkeit der vom 21. bis 23. Februar 2005 durchgeführten Betriebsratswahl entscheiden können, weil in den Vorinstanzen der maßgebliche rechtliche Gesichtspunkt nicht erörtert worden ist. Dem Betriebsrat war deshalb Gelegenheit zu ergänzendem Vortrag über eine gemeinsame Führung des Bühnenbetriebs durch die beteiligten Arbeitgeberinnen zu geben. 26

III. Das Landesarbeitsgericht hat allerdings zutreffend erkannt, dass die kommunalrechtlichen Vorschriften der HGO der Annahme eines Gemeinschaftsbetriebs im Streitfall nicht entgegenstehen. 27

1. Nach § 122 Abs. 1 Satz 1 HGO darf eine Gemeinde eine Gesellschaft, die auf den Betrieb eines wirtschaftlichen Unternehmens gerichtet ist, nur gründen oder sich daran beteiligen, wenn die Voraussetzungen des § 121 Abs. 1 HGO vorliegen (Nr. 1), die Haftung und die Einzahlungsverpflichtung der Gemeinde auf einen ihrer Leistungsfähigkeit angemessenen Betrag begrenzt ist (Nr. 2), die Gemeinde einen angemessenen Einfluss, insbesondere im Aufsichtsrat oder in einem entsprechenden Überwachungsorgan, erhält (Nr. 3) und gewährleistet ist, dass der Jahresabschluss und der Lagebericht, soweit nicht weitergehende gesetzliche Vorschriften gelten oder andere gesetzliche Vorschriften entgegenstehen, entsprechend den für große Kapitalgesellschaften geltenden Vorschriften der §§ 238 ff. HGB aufgestellt und geprüft werden (Nr. 4). Zwar gelten nach § 121 Abs. 2 Nr. 2 HGO ua. Tätigkeiten auf dem Gebiet der Kultur nicht als wirtschaftliche Betätigung. Nach § 122 Abs. 2 Satz 1 28



HGO gilt § 122 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 bis 4 HGO auch für die Gründung und Beteiligung der Gemeinde an einer solchen Gesellschaft.

2. Die Vorschriften der HGO über die Beschränkung der wirtschaftlichen Tätigkeit der Gemeinde führen nicht zur Unwirksamkeit einer etwaigen von den beteiligten Arbeitgeberinnen getroffenen Vereinbarung über die einheitliche Führung eines Gemeinschaftsbetriebs. 29

a) Nach der Rechtsprechung des Senats vollzieht sich die Zusammenarbeit der an einem Gemeinschaftsbetrieb beteiligten Arbeitgeber bei Fehlen von anderweitigen Anhaltspunkten regelmäßig in Form einer BGB-Gesellschaft (*BAG 24. Januar 1996 - 7 ABR 10/95 - BAGE 82, 112 = AP BetrVG 1972 § 1 Gemeinsamer Betrieb Nr. 8 = EzA BetrVG 1972 § 1 Nr. 10, zu B 5 der Gründe*). Jedoch hat das Landesarbeitsgericht zutreffend darauf hingewiesen, dass die für die Annahme eines Gemeinschaftsbetriebs erforderliche Absprache über die gemeinsame Führung eines einheitlichen Betriebs auch bei anderen Rechtsformen der Zusammenarbeit erfüllt sein kann (*BAG 29. Januar 1987 - 6 ABR 23/85 - AP BetrVG 1972 Nr. 6 = EzA BetrVG 1972 § 1 Nr. 5, zu B III 1 der Gründe*), die nicht von den kommunalrechtlichen Beschränkungen des § 122 Abs. 1 und 2 HGO erfasst werden. 30

b) Kommt das Landesarbeitsgericht auf Grund der erneuten Anhörung zu dem Ergebnis, dass sich die beteiligten Arbeitgeberinnen zur gemeinschaftlichen Erreichung eines einheitlichen arbeitstechnischen Zwecks in Form einer BGB-Gesellschaft zusammen geschlossen haben, führt dies entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde nicht bereits auf Grund der Bestimmungen der HGO zur Nichtigkeit der zwischen ihnen abgeschlossen gesellschaftsrechtlichen Vereinbarung. 31

Nach § 134 Abs. 1 HGO sind Rechtsgeschäfte, die ohne die nach der HGO erforderliche Genehmigung der Aufsichtsbehörde abgeschlossen werden, unwirksam. Die Vorschrift erfasst nur solche Rechtsgeschäfte, die nach der HGO einer Genehmigung der Aufsichtsbehörde bedürfen. Hierzu zählen die Gründung und die erstmalige Beteiligung an einer Gesellschaft nicht, da diese 32



Formen der wirtschaftlichen Betätigung einer Gemeinde nach § 127a Abs. 1 Nr. 2 HGO keinem Genehmigungserfordernis der Aufsichtsbehörde unterliegen, sondern dieser nur unverzüglich, spätestens sechs Wochen vor Beginn des Vollzugs schriftlich anzuzeigen sind. Unterbleibt die Anzeige oder hält die Gemeinde die Vorfrist für die Anzeige nicht ein, sind die von ihr vorgenommenen privatrechtlichen Rechtshandlungen gegenüber Dritten jedoch zunächst voll rechtswirksam (zu der mit § 127a HGO vergleichbaren Vorschrift in Art. 96 BayGO: Widtmann/Grasser Bayerische Gemeindeordnung Stand Oktober 2007, Art. 96 Rn. 6) und können erst nachträglich Gegenstand von repressiven Maßnahmen der Kommunalaufsicht nach §§ 138, 139 HGO sein.

Dörner

Gräfl

Koch

Spie

Reinhard-Ulrich Vorbau

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