

Einbindung öffentlich-rechtlicher Einrichtungen in einen privatrechtlichen Konzern?

Erstmals erschienen in: Der Betrieb – DB 1996, S. 1659-1662

Seit mehreren Jahren haben die Bemühungen der Länder und Gemeinden sich verstärkt, die Erfüllung öffentlicher Aufgaben effizienter zu gestalten. Damit sollen zum einen die Kosten gesenkt zum anderen die Flexibilität erhöht werden. Diese Motive haben auch bei den Bemühungen des Landes Berlin im Mittelpunkt gestanden, seine diversen Aktivitäten im Bereich des Kreditwesens zusammenzuführen. Das Land Berlin hat hierfür zunächst die beiden Sparkassen von Berlin (West) und Ostberlin in der Landesbank Berlin (LBB) zusammengeführt.¹ Mit Wirkung vom 1. Januar 1994 wurde die Bankgesellschaft Berlin AG durch einen „Vertrag über eine stille Gesellschaft und zur Begründung einer einheitlichen Leitung“ (StGV) mehrheitlich am Handelsgewerbe dieser Anstalt des öffentlichen Rechts beteiligt. Bei dieser Gesellschaft handelt es sich um eine Geschäftsbank, an der das Land Berlin mehrheitlich beteiligt ist. Erklärtes Ziel des Vertragsschlusses war es, die LBB in einen Konzern mit der Bankgesellschaft Berlin AG zusammenzuführen. Der notwendige Einfluß der öffentlichen Hand auf die LBB sollte dadurch sichergestellt werden, daß die Ausübung des Weisungsrechtes der Bankgesellschaft Berlin AG gemäß § 11 III StGV einem Ausschuß des Aufsichtsrates übertragen wurden, in dem die Vertreter des Landes Berlin die Mehrheit der Sitze erhalten sollte. Entscheidungen des Ausschusses sollten nur einstimmig ergehen.

Der Grund für diese ungewöhnliche Konstruktion ist darin zu suchen, daß weder die LBB in eine Gesellschaft des privaten Rechts hätte umgewandelt werden können, noch die Bankgesellschaft Berlin AG zu einer Anstalt des öffentlichen Rechts. Die Beschäftigten der LBB sind Beamte und Angestellte des öffentlichen Dienstes. Im Falle einer Umwandlung wären sie zu Angestellten des Bankgewerbes geworden. Für den damit verbundenen tatsächlichen oder vermeintlichen Verlust angestammter Rechtspositionen hätten so umfangreiche Ausgleichsmaßnahmen geleistet werden müssen, daß die Vorteile der Fusion wahrscheinlich wieder aufgezehrt worden wären. Gegen den Willen der Beschäftigten war die Umwandlung aber faktisch nicht möglich. Umgekehrt wäre es aber auch ausgeschlossen gewesen, eine gewöhnliche Geschäftsbank zu einer Anstalt des öffentlichen Rechts zu machen - ganz unabhängig davon, daß in diesem Fall die übrigen Anteilhaber der Bankgesellschaft Berlin AG hätten entschädigt werden müssen. Im übrigen erscheint es zumindest zweifelhaft, ob auf diesem Wege die beabsichtigten Effizienzvorteile erreichbar gewesen wären.

Am 22. Juni 1994 wurden Wahlen für die Vertreter der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat der Bankgesellschaft Berlin AG durchgeführt. An diesen Wahlen wurden auch die Beschäftigten der LBB beteiligt. Am 11. April 1994 hatte eine „Versammlung der leitenden Angestellten“ der LBB einen Vertreter für den Unternehmens- und für den Hauptwahlvorstand benannt. Der Hauptwahlvorstand lehnte die Beteiligung dieses Vertreters ab, da es bei der LBB keine „leitenden Angestellten“ gebe. Mehrere Beschäftigte der LBB und die dort vertretenen Gewerkschaften haben daraufhin beim ArbG Berlin die Wahlen angefochten. Das ArbG Berlin hat die Aufsichtsratswahlen für unwirksam erklärt. Die LBB sei durch den StGV konzernabhängiges Unternehmen geworden. Daher müßten ihre Beschäftigten als Arbeitnehmer der Bankgesellschaft Berlin AG gelten. Dies betreffe auch die (fiktive) Differenzierung in Arbeiter, Angestellte und leitende Angestellte gem. § 3 II und III MitbestG.

Die Bankgesellschaft Berlin AG, die LBB und ihre (z.T. privat-rechtlich organisierten) Tochtergesellschaften haben hiergegen Beschwerde eingelegt. Die Fiktion leitender Angestellter bei der LBB scheitere am Recht des öffentlichen Dienstes. Das LAG Berlin hat die Beschwerde der Bankgesellschaft Berlin AG zurückgewiesen.² Es hat in seiner Entscheidung (zu Recht) festgestellt, daß die Bankgesellschaft Berlin AG durch den StGV keinen beherrschenden Einfluß auf die LBB erlangt hat. Tatsächlich werden sowohl die Personalentscheidungen als auch wesentliche Teile der Sachentscheidungen innerhalb der LBB aufgrund der

¹ Die Sparkasse der Stadt Berlin West und die Sparkasse der Stadt Berlin, vgl. § 1 des Gesetzes über die Errichtung der Landesbank Berlin - Girozentrale vom 27.9.1990.

² Die Beschwerde der LBB und ihrer Tochterunternehmen wurde als unzulässig verworfen.

entsprechenden Vorbehalte im StGV vom Weisungsrecht der Bankgesellschaft Berlin AG nicht erfaßt.³ Die LBB ist somit trotz der mehrheitlichen Beteiligung der Bankgesellschaft Berlin AG nicht mit dieser in einen Konzern eingebunden worden.

Das LAG Berlin hat sich mit diesen Feststellungen über den konkreten Sachverhalt nicht begnügt. Seine Entscheidung hat es vielmehr auch darauf gestützt, daß es verfassungsrechtlich nicht zulässig sei, die LBB als Anstalt des öffentlichen Rechts in einen Konzern mit der Bankgesellschaft Berlin AG einzubinden. Insofern hat seine Entscheidung Bedeutung über den Einzelfall hinaus. In dem Maße, wie die öffentliche Hand dazu übergeht, die Verwaltung organisatorisch zu privatisieren, wird sich immer wieder die Notwendigkeit ergeben, die verbleibenden Anstalten des öffentlichen Rechts zu integrieren. Dies betrifft sicherlich vor allem die Sparkassen. Ähnliche Konstellationen können sich aber auch in anderen Bereichen ergeben.⁴

Nach Ansicht des LAG Berlin darf die „zur effektiven Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch organisatorische Ausgliederung verliehene Selbständigkeit“ nicht wieder aufgegeben werden, indem die betreffende Organisationseinheit „privatrechtlicher Leitungsmacht“ unterworfen wird. Das Gericht hält es somit generell für unzulässig, eine Anstalt des öffentlichen Rechts in einen privat-rechtlich organisierten Konzern einzubinden. Führt man die Argumentation des LAG Berlin konsequent zu Ende, dann wäre jede Konzernbildung von öffentlichen Unternehmen bedenklich. Denn schließlich wird auch mit der Einbindung einer „öffentlichen“ GmbH oder AG in einen Konzern diese Gesellschaft „privat-rechtlicher Leitungsmacht“ unterworfen. Im Ergebnis kann dem LAG Berlin zumindest für den konkret zu entscheidenden Fall auch insofern gefolgt werden.

Das Gericht geht allerdings zu Recht davon aus, daß die organisatorische Verselbständigung von Teilen der öffentlichen Verwaltung zulässig ist, wenn sie der Verwirklichung der Grundrechte dient. Das Demokratieprinzip des Art. 20 II 1 GG ergibt sich zwingend aus dem das gesamte Grundgesetz prägenden Grundsatz der Unantastbarkeit der Menschenwürde: Dieser Grundsatz beruht darauf, daß jedem Menschen grundsätzlich die Fähigkeit zugebilligt wird, selbst über seine Angelegenheiten entscheiden zu können.⁵ Wenn der Staat und seine Organe durch Art. 1 III GG verpflichtet sind, die Grundrechte zu verwirklichen, dann gehören die staatlichen Entscheidungen aber zumindest mittelbar ebenfalls zu den „Angelegenheiten der Bürger“.⁶ Der Grundsatz der Unantastbarkeit der Menschenwürde wird somit dadurch in den Bereich der staatlichen Tätigkeit transformiert, daß jeder einzelne Bürger ein Recht auf gleiche Teilhabe an den staatlichen Entscheidungen hat.⁷ Alle amtlichen Handlungen mit Entscheidungscharakter müssen sich somit zumindest mittelbar auf gleiche, allgemeine und freie⁸ Entscheidungen der Bürger zurückführen lassen. In der repräsentativ-parlamentarischen Demokratie wird der Teilhabeanspruch der Bürger dadurch verwirklicht, daß die gesamte staatliche Tätigkeit der Kontrolle durch das Parlament unterliegt. Alle Entscheidungen von Bedeutung bei der Ausübung von Staatsgewalt müssen auf einer ununterbrochenen demokratischen Legitimationskette beruhen.⁹

Wenn nun aber Teile der öffentlichen Verwaltung auf organisatorisch verselbständigte Einheiten übertragen werden, dann führt dies zwangsläufig zu einer Lockerung der parlamentarischen Kontrolle: Entweder läßt sich die Erfüllung der fraglichen Aufgaben nicht mehr im selben Umfang kontrollieren und/oder es wird ein zusätzliches Glied in die demokratische Legitimationskette eingefügt. Da das Demokratiegebot des Art. 20 II 1 GG kein Selbstzweck ist, kann im Einzelfall eine solche Lockerung der parlamentarischen Kontrolle

³ Das ArbG hat es hingegen für ausreichend erachtet, daß nur ein kleiner Teil der Entscheidungen dem Weisungsrecht unterliegt.

⁴ Zu denken ist etwa an eine Neuordnung des öffentlichen Rundfunks. Auch im Sozialbereich erfüllen heute öffentlich-rechtlich organisierten Einrichtungen, die in Zukunft auf privat-rechtlich organisierte Träger übergehen könnten.

⁵ Ansonsten wäre es unter Umständen nicht nur legitim, sondern sogar geboten, den Mensch zum Objekt der Fremdbestimmung durch Dritte zu machen. Herzog (in: Maunz/Dürig „Grundgesetz“, Stand April 1995, Art. 20 GG, Anm. I.17) weist zu Recht darauf hin, daß das Postulat der gleichen Fähigkeit zur Selbstbestimmung einer Forderung der politischen Ethik entspringt und nicht anthropologisches Tatsachen.

⁶ Denn die Verwirklichung der Grundrechte gehört unzweifelhaft zu den Angelegenheiten der Bürger.

⁷ vgl. dazu Herzog a.a.O. Art. 20 GG, Anm. II.6

⁸ Und daher notwendigerweise geheime

⁹ Hierzu zuletzt das *BVerfG* DVBl. 1995, 1291; vgl. auch *BVerfGE* 83, 60, dort insbesondere S. 73 ff. und *BVerfGE* 47, 253, 275; *BVerfGE* 52, 95, 130

zulässig oder gar geboten sein. Dies setzt nach den bisherigen Ausführungen voraus, daß auf diese Weise die betreffenden öffentlichen Aufgaben besser erfüllt werden können als dies durch die staatliche Verwaltung möglich wäre. Maßstab für die Qualität der Aufgabenerfüllung kann allein die Verwirklichung der Grundrechte der Bürger sein.

Grundsätzlich kann der Staat sich zur Erfüllung seiner Aufgaben unter dieser Voraussetzung auch der Rechtsformen des Privatrechtes bedienen. Dies betrifft nicht nur die Ausgestaltung der (Leistungs-) Beziehungen zu den Bürgern. Es ist vielmehr auch zulässig, die Erfüllung einzelner öffentlicher Aufgaben auf privat-rechtlich organisierte Einrichtungen zu übertragen. Die Notwendigkeit einer so weitgehenden organisatorischen Verselbständigung wird in der Regel mit den Kosten- und Effizienzvorteilen begründet, die sich durch die Ausgliederung bestimmter Aufgaben aus der allgemeinen Verwaltung erreichen lassen.¹⁰ Das Demokratieprinzip des Art. 20 II 1 GG wird aber dann verletzt, wenn öffentliche Aufgaben unwiderruflich auf Institutionen übertragen werden, die keiner hinreichenden Kontrolle durch das Parlament unterliegen.

Zu beachten ist, daß der Staat sich durch die Wahl einer Rechtsform dem - von seinen Organen geschaffenen - für diese geltenden Recht unterwirft.¹¹ Dies kann nun aber dazu führen, daß in dem Unternehmen verbindliche Entscheidungen von Gremien getroffen werden, denen auch Personen angehören, die ihrerseits nicht durch das gesamte Volk demokratisch legitimiert sind. Dies gilt insbesondere für die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft (vgl. § 96 AktG), die nur von den Beschäftigten des Unternehmens legitimiert werden.¹² Vergleichbare Probleme können auch in bezug auf die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in bezug auf innerdienstliche Maßnahmen auftreten, sofern diese für die Art und Weise der Erfüllung öffentlicher Aufgaben von maßgeblicher Bedeutung sind.¹³ Wenn durch die Mitbestimmungsrechte der Arbeitnehmer das Letztentscheidungsrecht der öffentlichen Hand über die Erfüllung öffentlicher Aufgaben gefährdet wird, dann dürfen nicht die Mitbestimmungsrechte eingeschränkt werden. Vielmehr ist es dem Staat unter diesen Umständen verwehrt, die fragliche Rechtsform zu wählen.¹⁴

Entgegen der Ansicht, die das LAG Berlin zu vertreten scheint, ist es nicht ausgeschlossen, öffentliche Aufgaben auf Institutionen zu übertragen, die „privat-rechtlicher Leitungsmacht“ unterworfen sind. Entscheidend ist vielmehr, ob trotz der privat-rechtlichen Organisation das notwendige Minimum an parlamentarischer Kontrolle und Verantwortlichkeit gewährleistet ist. Dies setzt nicht einmal voraus, daß das Parlament selbst oder ein durch das Parlament legitimates Organ des Staates gegenüber der betreffenden Gesellschaft weisungsbefugt ist. Im Einzelfall kann vielmehr sogar eine faktische Bindung ausreichen. Dies wird insbesondere dann von Bedeutung, wenn öffentliche Aufgaben einer Aktiengesellschaft übertragen werden sollen. Das Letztentscheidungsrecht obliegt hier dem Aufsichtsrat.¹⁵ Dessen Mitglieder sind aber bei ihrer Tätigkeit allein den Zielen der Gesellschaft verpflichtet und keinerlei Weisungen unterworfen (§§ 116, 93 AktG). Diese Unabhängigkeit kann durch die Satzung der AG nicht eingeschränkt oder gar aufgehoben werden.¹⁶

Um die notwendige faktische Bindung an die öffentliche Hand sicherzustellen, muß daher zunächst die Satzung der AG den beteiligten Gemeinden oder sonstigen Gebietskörperschaften das Recht einräumen, gem. § 101 II AktG Vertreter in den Aufsichtsrat zu entsenden. Diese Vertreter müssen sich gegen die übrigen Mitglieder des Aufsichtsrates durchsetzen können. Wegen der (rechtlichen) Unabhängigkeit der Aufsichtsratsmitglieder muß weiterhin die zumindest faktische Bindung der von der öffentlichen Hand

¹⁰ Ob tatsächlich eine so weitgehende Privatisierung geboten ist, wie sie heutzutage zum Teil angestrebt wird, ist allerdings fraglich.

¹¹ *Schwintowski* NJW 95, 1316, 1319; *Püttner* DVBl. 86, 748, 751

¹² Hierzu *Isensee* in: Benda/Maihofer/Vogel „Handbuch des Verfassungsrechts“, 2. Auflage 1994, § 32, Rn. 24

¹³ vgl. *BVerfG* DVBl. 1995, 1291; *HessStGH* DVBl. 1986, 936; *NRWVerfGH* DVBl. 86, 1196; *RbPjVerfGH* DVBl. 94, 1059

¹⁴ *Püttner* DVBl. 84, 165, 166; *ders.* „Die öffentlichen Unternehmen“, 2. Auflage 1985, S. 141; *Schauchsneider* „Staatsunternehmen und Privatrecht“, 1986, S. 270; Zweifelhaft ist insbesondere, wenn öffentliche Aufgaben einem Unternehmen übertragen werden sollen, in dem der Aufsichtsrat paritätisch besetzt wird.

¹⁵ Wie schon dargelegt wurde, muß hingenommen werden, daß diesem Aufsichtsrat auch Vertreter der Arbeitnehmer bzw. anderer, nicht-staatlicher, Anteilseigner angehören.

¹⁶ Dazu ausführlich *Schwintowski* NJW 1995, 1316, 1317 ff. m.w.N.; *Machura* „Die Kontrolle öffentlicher Unternehmen“, Wiesbaden 1993, S. 138 ff, 149 hält daher die Rechtsform der Aktiengesellschaft für ungeeignet für öffentliche Unternehmen.

entsandten Mitglieder sichergestellt werden. Dies ist dadurch möglich, daß nur solche Personen in den Aufsichtsrat entsandt werden, die aufgrund ihres (öffentlichen) Amtes der Erfüllung der jeweiligen öffentlichen Aufgaben verpflichtet sind.¹⁷ Auch dies reicht allein nicht aus. Zusätzlich muß die Gesellschaft selbst in ihrer Satzung der Erfüllung der fraglichen öffentlichen Aufgaben verpflichtet werden. Ansonsten müßten auch die von der öffentlichen Hand entsandten Mitglieder des Aufsichtsrates im Falle einer Kollision ihrer Pflichten als Aufsichtsräte mit denen aus ihrem Amt bei der Ausübung des Aufsichtsratsmandates den Interessen der AG den Vorrang einräumen.¹⁸

Unter den genannten Voraussetzungen ergeben sich auch keine grundsätzlichen Bedenken gegen die Eingliederung eines öffentlichen Unternehmens in einen Konzern. Es muß allerdings nicht nur einen Grund dafür geben, das betreffende Unternehmen in einen Konzern einzugliedern.¹⁹ Zusätzlich muß es geboten sein, die formelle Selbständigkeit des Unternehmens zu erhalten.²⁰ Vor allem aber darf die Konzernbildung nicht das notwendige Minimum parlamentarischer Kontrolle verhindern. Dies ist nur dann der Fall, wenn das beherrschende Unternehmen seinerseits im selben Maße wie das beherrschte dem öffentlichen Wohl verpflichtet ist. Nur so ist sichergestellt, daß die Weisungen das beherrschte Unternehmen nicht daran hindern, die ihm zugewiesenen öffentlichen Aufgaben auf die gebotene Art und Weise zu erfüllen.²¹

Zumindest dann, wenn es grundsätzlich zulässig wäre, die einer Anstalt des öffentlichen Rechts zugewiesenen Aufgaben einer privat-rechtlich organisierten Gesellschaft zu übertragen, spricht auch grundsätzlich nichts dagegen, diese Anstalt in einen privat-rechtlich organisierten Konzern einzugliedern. Dazu muß allerdings eine weitere Voraussetzung erfüllt sein: Es muß einen Grund geben, wieso die fraglichen Aufgaben nicht tatsächlich einer juristischen Person des Privatrechtes übertragen werden.²² Das LAG Berlin greift insoweit zu kurz, wenn es nur auf die privat-rechtliche Leitungsmacht abstellt und nicht auch und besonders auf die privat-wirtschaftliche Zielsetzung des beherrschenden Unternehmens.

Fraglich ist allerdings, ob die Eingliederung einer Anstalt des öffentlichen Rechts in einen privat-rechtlich organisierten Konzern durch weitere verfassungsrechtliche Bindungen beschränkt oder gar ausgeschlossen ist. Jedenfalls für Berlin ist die Regelung des Art. 77 I 1 der neuen Verfassung von Berlin (VvB)²³ zu beachten. Danach obliegen sämtliche Einstellungen, Versetzungen und Personalentscheidungen im öffentlichen Dienst auch in Zukunft²⁴ dem Senat. Dies betrifft auch die Anstalten des öffentlichen Rechts. Zwar schließt auch Art. 77 I 1 VvB es nicht grundsätzlich aus, öffentliche Aufgaben auf juristische Personen des Privatrechtes zu übertragen.²⁵ Selbst wenn man dem Senat aber die Befugnis zubilligt, seine Personalhoheit in Grenzen auf andere Institutionen zu übertragen, wäre es mit Art. 77 I 1 VvB aber unvereinbar, einem privat-rechtlich organisierten Unternehmen, das seinerseits nicht dem unbeschränkten Weisungsrecht des Senates unterliegt, das Recht einzuräumen, über die Personalangelegenheiten einer Anstalt des öffentlichen Rechts zu entscheiden.

Zu beachten ist vor allem, daß die Eingliederung einer Anstalt des öffentlichen Rechts in einen privat-rechtlich organisierten Konzern nicht mit der Übertragung bestimmter Aufgaben auf eine juristische Person des Privatrechtes vergleichbar ist. Solange die betreffenden öffentlichen Aufgaben nicht tatsächlich einer

¹⁷ vgl. *Püttner*, „Verwaltungslehre“, 2. Auflage 1989, S. 263; das können - je nach Ausgestaltung des (Kommunal-) Verfassungsrechts - der Bürgermeister, der Oberstadtdirektor, ein Landrat oder auch ein Minister sein.

¹⁸ *BGHZ* 36, 296, 306 f.; *BGHZ* 69, 334, 339

¹⁹ Denn schließlich geht damit die organisatorische Selbständigkeit de facto wieder verloren, die zur bestmöglichen Verwirklichung der Grundrechte geboten ist.

²⁰ Ansonsten wäre es geboten, anstelle eines Konzernes ein einheitliches Unternehmen zu schaffen. Hierzu ein Beispiel: Langfristig ist geplant, die Stadthalle einer Gemeinde komplett zu privatisieren. Im Vorgriff hierauf kann eine „Stadthallen-GmbH“ gegründet werden, die durch einen Beherrschungsvertrag in einen Konzern mit der „Stadtwerke-AG“ eingebunden wird.

²¹ Das LAG Berlin stellt an einer anderen Stelle in seiner Entscheidung allerdings zu Recht genau darauf ab, daß die Bankgesellschaft Berlin AG nicht im selben Maße wie die LBB der Erfüllung öffentlicher Aufgaben verpflichtet ist.

²² Diese Gesellschaft könnte ohne weiteres in einen Konzernverbund eingebunden werden.

²³ Vergleichbare Bestimmungen finden sich in den Verfassungen der anderen Länder, vgl. z.B. Art. 51 der Verfassung von Baden-Württemberg.

²⁴ vgl. Art. 61 I VvB; dazu die Kommentierung von *Neumann* in: *Pfennig/Neumann* (Hg.) „Verfassung von Berlin“, 2. Auflage 1987.

²⁵ Denn deren Beschäftigte zählen nicht zum öffentlichen Dienst im Sinne des Art. 77 I 1 VvB.

juristischen Person des Privatrechtes übertragen worden sind, bedürfen nach der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung sämtliche nicht nur unwesentlichen Entscheidungen einer hinreichenden demokratischen Legitimation.²⁶ Problematisch ist dies deshalb, weil an den Entscheidungen über die Weisungen gegenüber der eingegliederten Anstalt unter Umständen auch Personen teilnehmen, die nicht zumindest mittelbar durch das Volk legitimiert sind: Das betrifft insbesondere die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat bzw. dessen Ausschüssen.

Die Landesverfassungsgerichte²⁷ haben in der Vergangenheit aus Art. 20 II 1 GG abgeleitet, daß sämtliche Mitglieder eines Gremiums, das für eine Anstalt des öffentlichen Rechts verbindliche Entscheidungen trifft, ihrerseits als Person demokratisch legitimiert sein müssen.²⁸ Als Begründung wird unter anderem die Befürchtung genannt, daß die Vertreter der öffentlichen Hand in eine Konfliktrolle (gegenüber den Arbeitnehmervertretern) gedrängt werden, obwohl sie an und für sich das gesamte Volk repräsentieren sollen. Außerdem bestünde die Gefahr, daß die Mehrheitsverhältnisse in dem Gremium verzerrt würden. Dies sei insbesondere dann der Fall, wenn die Vertreter der öffentlichen Verwaltung nach Proporzgesichtspunkten bestimmt werden.²⁹ In diesem Fall wäre die Eingliederung einer Anstalt des öffentlichen Rechts in einen Konzern schon deswegen unzulässig, weil damit die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat des beherrschenden Unternehmens an den Entscheidungen über die Weisungen gegenüber der beherrschten Anstalt mitwirken.

Das Bundesverfassungsgericht hat sich hingegen in seinem jüngsten Urteil zum Mitbestimmungsgesetz des Landes Schleswig-Holstein zu Recht auf den Standpunkt gestellt, daß es ausreiche, wenn das Letztentscheidungsrecht der öffentlichen Hand sichergestellt ist. Es fordert hierzu grundsätzlich eine „doppelte Mehrheit“: Einerseits müsse die Mehrheit der Mitglieder eines gemischten Gremiums als Person uneingeschränkt demokratisch legitimiert sein. Zudem müßten die konkreten Entscheidungen von der Mehrheit der so legitimierten Mitglieder getragen werden.³⁰ Tatsächlich wird auf diese Weise sichergestellt, daß die Mehrheitsverhältnisse in dem fraglichen Gremium durch die Beteiligung von Arbeitnehmervertretern nicht verzerrt werden: Gegen die Mehrheit der Vertreter der öffentlichen Hand kann keine Entscheidung getroffen werden.

Das Bundesverfassungsgericht geht dabei implizit davon aus, daß die Vertreter der öffentlichen Hand ihrerseits entsprechend den Mehrheitsverhältnissen im Parlament bestimmt werden. Diese Annahme ist sicherlich nicht völlig aus der Luft gegriffen. Zumindest dann, wenn als Vertreter der öffentlichen Hand aber Angehörige der Exekutive benannt werden, reicht es für die Wahrung des Letztentscheidungsrechtes aus, daß diese Vertreter die Mehrheit in dem Gremium stellen. Denn dann ist zu erwarten,³¹ daß sie in Erfüllung der Beschlüsse des Parlamentes bzw. der von diesem legitimierten Organe einheitlich entscheiden werden.

Bei der Eingliederung einer Anstalt des öffentlichen Rechts in einen privat-rechtlichen Konzern müssen diese Mehrheitsverhältnisse in demjenigen Gremium gegeben sein, das letztverbindlich über die Weisungen des beherrschenden Unternehmens gegenüber der Anstalt zu entscheiden hat. Das ist der Aufsichtsrat oder einer seiner Ausschüsse. Schwierigkeiten ergeben sich nun dadurch, daß jedenfalls durch das Erfordernis der „doppelten Mehrheit“ das Stimmrecht derjenigen Mitglieder entwertet wird, die nicht durch das gesamte Volk demokratisch legitimiert sind. Selbst wenn die überwiegende Mehrheit der Mitglieder des Gremiums einen bestimmten Entscheidungsvorschlag befürwortet, kann die Entscheidung nicht gegen die Mehrheit der Stimmen der von der öffentlichen Hand entsandten Vertreter ergehen. Dies ist aber wiederum nicht damit vereinbar, daß die Mitglieder des Aufsichtsrates einer AG oder GmbH gleichberechtigt sind. Entsprechende

²⁶ *BVerfGE* 47, 253, 275; *BVerfGE* 52, 95, 130; *BVerfGE* 83, 60, 73; *BVerfG* DVBl. 1995, 1291; *HessStGH* DVBl. 86, 936; *NRWVerfGH* DVBl. 86, 1196; *RbPVerfGH* DVBl. 94, 1059

²⁷ So hat z.B. *NRWVerfGH* DVBl. 86, 1196, 1197 die Beteiligung der Arbeitnehmer an den Wahlen zum Verwaltungsrat öffentlicher Sparkassen ausgeschlossen; vor kurzem hat der *RbPVerfGH* DVBl. 94, 1059, 1061 das in § 75 IV *RhPflPersVG* vorgesehene Letztentscheidungsrecht einer teilweise mit Arbeitnehmervertretern besetzten Einigungsstelle über Personalangelegenheiten abgelehnt.

²⁸ vgl. auch *Herzog* in: Maunz/Dürig „Grundgesetz“, Stand April 1995, Art. 20 GG, Anm. II.52; *Püttner* DVBl. 84, 165, 167

²⁹ *RbPVerfGH* a.a.O.; *Püttner* DVBl. 84, 165, 167 f. unter Berufung auf *BVerfGE* 38, 258, 271; *ders.* „Die öffentlichen Unternehmen“, 2. Auflage 1985, S. 138 ff.

³⁰ *BVerfG* DVBl. 95, 1291, 1293; dazu auch *Böckenförde* *HdBStR* § 22, Rn. 19 und Fn. 25

³¹ Eine rechtliche Bindung der Aufsichtsratsmitglieder besteht, wie schon dargelegt wurde, nicht.

Klauseln in den Beherrschungsverträgen oder der Satzung der beherrschenden Gesellschaft sind daher unwirksam.³²

Insofern unproblematisch ist es hingegen, wenn die öffentliche Hand sich im Einzelfall damit begnügt, die einfache Mehrheit der Mitglieder des Gremiums zu entsenden. Daß die Stimmen der Arbeitnehmervertreter dann im Zweifel kein Gewicht haben, ist in den Regelungen des MitbestG angelegt und nicht auf die besonderen Erfordernisse zur Eingliederung einer Anstalt des öffentlichen Rechts in den Konzern zurückzuführen.

Als Ergebnis läßt sich somit festhalten: Es ist nicht grundsätzlich unzulässig, eine Anstalt des öffentlichen Rechts dem beherrschenden Einfluß eines privat-rechtlich organisierten Unternehmens zu unterwerfen. Dieser Einfluß kann sich allerdings unbeschränkt nur auf die Sachentscheidungen erstrecken. Damit die erforderliche parlamentarische Kontrolle sichergestellt ist, müssen folgende Bedingungen erfüllt sein: Das beherrschende Unternehmen muß durch seine Satzung seinerseits im selben Maße wie die fragliche Anstalt der Erfüllung öffentlicher Aufgaben verpflichtet sein. In dem Gremium des beherrschenden Unternehmens das über die Weisungen gegenüber der Anstalt entscheidet, müssen die von der öffentlichen Hand entsandten Vertreter die Mehrheit stellen. Diese Vertreter dürfen nicht nach dem Parteienproporz benannt werden, sondern müssen aufgrund eines öffentlichen Amtes als Personen verpflichtet sein, den Beschlüssen des Parlamentes und der durch dieses legitimierten Organe nachzukommen.

Wendet man die hier entwickelten Grundsätze nun auf den Konzern zwischen der LBB und der Bankgesellschaft Berlin AG an, dann ergibt sich folgendes: Grundsätzlich ist es nicht ausgeschlossen, die der LBB übertragenen öffentlichen Aufgaben einem privat-rechtlich organisierten Unternehmen zu übertragen. Gleichzeitig war es aber faktisch ausgeschlossen, die LBB in eine Aktiengesellschaft „umzuwandeln“. Entsprechende Bemühungen mußten am Widerstand der Beschäftigten der LBB scheitern, die einen Verlust angestammter Rechtspositionen befürchteten.³³ Um die Zustimmung der Beschäftigten zu erreichen, hätte das Land Berlin Ausgleichsmaßnahmen anbieten müssen. Diese hätten aber die Kosten- und Effizienzvorteile aufgefressen, die man sich von der Kooperation mit der Bankgesellschaft Berlin AG erhoffte.

Grundsätzlich sprach somit nichts dagegen, die LBB als Anstalt des öffentlichen Rechts dem beherrschenden Einfluß einer Aktiengesellschaft zu unterwerfen - vorbehaltlich des Art. 77 I 1 VvB. Die Bankgesellschaft Berlin AG erfüllt aber die Voraussetzungen für eine hinreichende parlamentarische Kontrolle nicht. Bei ihr handelt es sich um eine gewöhnliche Geschäftsbank, die in keiner Weise der Erfüllung öffentlicher Aufgaben verpflichtet ist. Bei der Erteilung von Weisungen haben die Mitglieder ihres Aufsichtsrates daher, wie das LAG Berlin zu Recht festgestellt hat, allein die Interessen der Bankgesellschaft Berlin AG zu beachten.³⁴ Ob es der LBB durch die konkreten Weisungen erschwert oder gar unmöglich gemacht wird, die ihr zugewiesenen öffentlichen Aufgaben zu erfüllen, müssen sie außer Acht lassen.³⁵

Selbst wenn die parlamentarische Kontrolle durch eine Verpflichtung der Bankgesellschaft Berlin AG auf das öffentliche Wohl sichergestellt wäre, stellt sich die Frage, ob die Entscheidungen der zuständigen Gremien über die Weisungen gegenüber der LBB hinreichend demokratisch legitimiert sind. Im StGV wurde festgeschrieben, daß die Vertreter des Landes Berlin im zuständigen Ausschuß des Aufsichtsrates die

³² Dabei spielt es keine Rolle, daß das Vetorecht an sich nicht mit der Möglichkeit vergleichbar ist, eine positive Entscheidung zu treffen.

³³ Die Beamten und Angestellten der LBB wären von Beschäftigten des öffentlichen Dienstes zu solchen des Bankgewerbes geworden. Bei ihren Forderungen konnten sie auf die Unterstützung durch die Gewerkschaften rechnen, die im Falle der Umwandlung ihren Einfluß verloren hätten: Weder die ötv noch der DBB organisieren Angestellte des Bankgewerbes! Allein die Position der DAG wäre nicht beeinträchtigt.

³⁴ Aus dieser Perspektive stellt sich die Frage, ob das Land Berlin sich überhaupt an der Bankgesellschaft Berlin AG beteiligen durfte (vgl. dazu *Püttner*, „Die öffentlichen Unternehmen“, 2. Auflage 1985, S. 131). Schließlich fehlen die Voraussetzungen für den unabdingbaren zumindest faktischen Einfluß der öffentlichen Hand auf die Entscheidungen des Unternehmens. Die Beteiligung ist daher allenfalls dann zulässig, wenn man dem Staat auch das Recht zugesteht, sich rein erwerbswirtschaftlich zu betätigen. Dies soll hier nicht näher untersucht werden. Die Bankgesellschaft Berlin AG ist aber in keinem Fall als öffentliches Unternehmen anzusehen.

³⁵ Zu beachten ist, daß es unter diesen Umständen auch unzulässig wäre, ein öffentliches Unternehmen in der Rechtsform einer juristischen Person des Privatrechts dem beherrschenden Einfluß der Bankgesellschaft Berlin AG zu unterwerfen.

Mehrheit stellen müssen und daß über die Weisungen einvernehmlich zu entscheiden ist (§ 14 Satz 2 StGV). Das LAG Berlin hat zu Recht darauf hingewiesen, daß diese Regelungen aufgrund der Satzungsautonomie des Aufsichtsrates zumindest bedenklich sind.³⁶

Das Erfordernis einer einvernehmlichen Entscheidung ist mit dem nach einer „doppelten Mehrheit“ nicht zu vergleichen: Die Stimmen der Arbeitnehmervertreter werden nicht entwertet. Vielmehr kommt ihnen durch diese Regelung ein Vetorecht zu. Denn gegen ihren Widerstand können keine Weisungen erteilt werden. Die entsprechende Regelung des StGV scheint somit sogar kontraproduktiv zu wirken, da die Vertreter der öffentlichen Hand eine verbindliche Entscheidung nicht allein treffen können. Eine nähere Betrachtung zeigt aber, daß die notwendige parlamentarische Kontrolle dennoch sichergestellt ist: Kann die Bankgesellschaft Berlin AG keine Weisungen erteilen, dann bleibt die LBB ungebunden. Damit lebt aber der Einfluß der öffentlichen Hand wieder auf, den diese gegenüber der LBB wie gegenüber jeder Anstalt des öffentlichen Rechts hat. Die Notwendigkeit einer einvernehmlichen Entscheidung über die Weisungen gegenüber der LBB ist somit im Hinblick auf die notwendige demokratische Kontrolle unproblematisch.³⁷

Das Experiment des Landes Berlin mit der Mischung von Rechtsformen ist nach alledem als gescheitert anzusehen. Die Entscheidung des LAG Berlin hat aber nicht dazu geführt, daß alle weiteren Versuche, zu einer praktikablen Lösung zu kommen, notwendigerweise zum Scheitern verurteilt sein müssen. Wenn sich Lösungen, die dem Gebot der Formenklarheit besser entsprechen, politisch nicht durchsetzen lassen, dann werden auch in Zukunft Wege gesucht werden müssen, die öffentlichen Unternehmen neu zu organisieren. Parlament und Regierung sind dabei allerdings einem permanenten Legitimationsdruck ausgesetzt. Sie haben einerseits die Aufgabe, daß nur solche Aufgaben von der öffentlichen Hand übernommen werden, die ihr durch die Verfassung zugewiesen wurden.³⁸ Andererseits müssen sich sicherstellen, daß sie stets den erforderlichen Einfluß auf die Art und Weise haben, wie diese Aufgaben erfüllt werden.

³⁶ Eine Verletzung der Satzungsautonomie scheint jedoch dann nicht vorzuliegen, wenn der Aufsichtsrat dem StGV mit der für eine entsprechende Satzungsänderung notwendigen Mehrheit zugestimmt hat.

³⁷ Obwohl zweifelhaft ist, ob die Parteien des StGV dieses Ergebnis gewollt haben.

³⁸ Es stellt sich z.B. durchaus die Frage, ob es einen Bedarf für die Sparkassen als Anstalten des öffentlichen Rechts gibt. Unabhängig von ihrer statusrechtlichen Zuordnung ist nicht erkennbar, daß diese Institutionen Aufgaben erfüllen würden, die nicht auch von Hypothekenbanken geleistet werden könnten.