



BUNDESVERWALTUNGSGERICHT

IM NAMEN DES VOLKES

BESCHLUSS

BVerwG 6 P 11.05
OVG 12 LB 8/04

Verkündet
am 22. März 2006
Thiele
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

In der Personalvertretungssache

hat der 6. Senat des Bundesverwaltungsgerichts
auf die Anhörung vom 22. März 2006
durch die Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Hahn, Büge, Dr. Graulich,
Vormeier und Dr. Bier

beschlossen:

Der Beschluss des Schleswig-Holsteinischen Oberverwaltungsgerichts - Fachsenat für Mitbestimmungssachen/
Land - vom 18. April 2005 wird aufgehoben.

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

G r ü n d e :

I

- 1 Der am ... geborene Beschäftigte ... B. war in der Zeit vom 15. Februar 1991 bis 31. März 1994 Leiter des Rechenzentrums bei der Kassenärztlichen Vereinigung Schleswig-Holstein. Aufgrund des Dienstvertrages vom 15. August 1991 war er auf unbestimmte Zeit angestellt. Zum 16. Juni 1997 wurde er zu den Bedingungen des Dienstvertrages vom 15. August 1991 erneut bei der Kassenärztlichen Vereinigung Schleswig-Holstein eingestellt, und zwar zusätzlich für die Abteilung Vertragswesen. Nach dem 3. Nachtrag zum Dienstvertrag vom 1. April 2002 bemisst sich seine Vergütung nach Vergütungsgruppe BAT I. Der 4. Nachtrag zum Dienstvertrag vom 29. September 2004 lautet wie folgt:

„Mit diesem Nachtrag zum Dienstvertrag wird Ihre Position als leitender Angestellter, die von Ihnen de facto seit 01. Juli 1997 in der täglichen Arbeit wahrgenommen wird, vertraglich nachvollzogen. Mit diesem Nachtrag wird den

Erfordernissen aus § 84 Absatz 1 des Mitbestimmungsgesetzes entsprochen, eine Änderung Ihrer bisher wahrgenommenen Verantwortung und Arbeitsbereiche ist damit nicht verbunden.

Die leitende Position drückt sich in Ihrem Aufgabenfeld insbesondere in folgenden Bereichen aus:

- Weisungsbefugnis gegenüber allen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern der Strukturabteilung
- Festlegung der Aufgabenverteilung und der inneren Strukturierung in dieser Abteilung
- Dienstanordnungsbefugnis, Urlaubsgenehmigungen u.ä.
- Abhaltung von Mitarbeitergesprächen, Abgabe von Personalbeurteilungen
- Durchführung von Einstellungsverfahren im Rahmen des Haushalts
- Fortentwicklung der Arbeitsplätze in der Abteilung
- eigenverantwortliche Organisation Ihrer Arbeitszeiten unabhängig von den Regelungen in der allgemeinen Dienstvereinbarung des Hauses
- eigenverantwortliche Disposition von Dienstreisen in Schleswig-Holstein
- eigenverantwortliche Beratung von Ärzten und Arztgruppen
- selbständige Verhandlungsführung mit Krankenkassen und anderen Partnern des Gesundheitswesens zur Vorbereitung von Vertragsabschlüssen
- Entwicklung neuer Versorgungskonzepte und Vorstellung im Vorstand
- institutionalisierter Gesprächspartner der Ärzteschaft im Namen der KVSH
- Vortragstätigkeit im Namen der KVSH

Diese Punkte sind keine abschließende Aufzählung. Schwerpunkte können von Ihnen eigenverantwortlich gesetzt werden, soweit die Rahmenvorgaben und Weisungen des Vorstandes und der Geschäftsführung beachtet sind.“

- 2 Zugleich formulierte der stellvertretende Hauptgeschäftsführer folgende Stellenbeschreibung:

„Diese Stellenbeschreibung mit Stand von September 2004 stellt die wesentlichen Aufgaben von Herrn B. dar. Herr B. leitet die Strukturabteilung seit Juli 1997 und ist direkt der Geschäftsführung unterstellt. Die Leitungsaufgabe umfasst

- die Festlegung der Aufgabenverteilung und innere Strukturierung
- Mitarbeitergespräche und Beurteilungen
- Durchführung von Einstellungsverfahren

Die Strukturabteilung ist eine vorwiegend strategisch ausgerichtete Abteilung innerhalb der Kassenärztlichen Vereinigung Schleswig-Holstein. Die Abteilung entwickelt vertragliche Regelungen mit den Krankenkassen für neue Versorgungsstrukturen wie z.B. Regionale Praxisnetze oder für die Förderung des Ambulanten Operierens. Hinzu kommen neue Vertragsformen an den Schnittstellen zwischen der ambulanten und der stationären Versorgung wie die Integrierte Versorgung oder Kooperationsvereinbarungen zwischen Ärzten, Arztgruppen und Krankenhäusern. Darüber hinaus wird die Strukturabteilung mit Sonderaufgaben betraut.

Aufgrund seiner langjährigen und umfassenden Erfahrung wird von Herrn B. die Identifizierung von Änderungen, Reformen und Innovationen der ambulanten und stationären Versorgungsstrukturen inklusive der Aufzeigung von konkreten Handlungsoptionen für die Kassenärztliche Vereinigung erwartet. Für diese Handlungsoptionen ist typisch, dass sie nicht auf bestehende Verwaltungsroutinen der Kassenärztlichen Vereinigung als Körperschaft des öffentlichen Rechts aufsetzen und auf Vereinbarungen mit Dritten hinauslaufen.

Herr B. stimmt die Vorschläge mit der Geschäftsführung bzw. dem Vorstand ab und gestaltet federführend weitere Umsetzungsschritte. In der Folge wird er bei Vertragsverhandlungen regelhaft mit einem Vertragsmandat ausgestattet, dessen Ausgestaltung in hohem Maße selbständig und eigeninitiativ erfolgt.

In seiner Funktion als Abteilungsleiter und aufgrund seiner Erfahrungen nimmt Herr B. eine exponierte Position sowohl in der Verwaltung als auch außerhalb bei Ärzten, Krankenhäusern, Krankenkassen und der Gesundheitspolitik ein. In diesem Zusammenhang tritt Herr B. als Vertreter der Kassenärztlichen Vereinigung auf Podiumsveranstaltungen, in Workshops und bei Pressekonferenzen auf. Seine Aussagen und Gedanken stellen daher Elemente der Außendarstellung der Kassenärztlichen Vereinigung dar. Sie gehen ein in Standortbestimmung und Weiterentwicklung der Struktur der vertragsärztlichen Versorgung.

Herr B. nimmt im Hause eine besondere Vertrauensstellung ein, so dass er in Entscheidungsvorbereitungen des Vorstandes und der Geschäftsführung häufig unmittelbar einbezogen wird. Herr B. ist in seiner Aufgabenwahrnehmung mit Ausnahme strategischer oder organisatorischer Grundsatzentscheidungen für das von ihm verantwortete Gebiet sowie in der Gestaltung seiner Arbeitszeit eigenverantwortlich tätig.“

- 3 Mit Schreiben vom 11. November 2003 erklärte der stellvertretende Hauptgeschäftsführer insgesamt 24 Beschäftigte - darunter Herrn B. als Leiter der Strukturabteilung - zu leitenden Mitarbeitern im Sinne von § 84 Abs. 1 MBG SH. Dem trat der Antragsteller mit Schreiben vom 25. November 2003 entgegen. Da sich in der Folgezeit eine Einigung nicht erzielen ließ, hat der Antragsteller das Verwaltungsgericht angerufen und dort beantragt

festzustellen, dass der bei der Kassenärztlichen Vereinigung Schleswig-Holstein beschäftigte Mitarbeiter ... B. kein leitender Mitarbeiter im Sinne von § 84 Abs. 1 MBG SH ist und

festzustellen, dass die Dienststellenleitung verpflichtet ist, das Mitbestimmungsverfahren hinsichtlich aller personellen, sozialen, organisatorischen und sonstigen innerdienstlichen Maßnahmen, die den genannten Mitarbeiter betreffen, nachträglich einzuleiten.

- 4 Das Verwaltungsgericht hat festgestellt, dass der Mitarbeiter ... B. kein leitender Angestellter im Sinne von § 84 Abs. 1 MBG SH ist. In den Gründen des erstinstanzlichen Beschlusses heißt es am Ende: „Damit unterliegen sämtliche Maßnahmen im Sinne des § 51 Abs. 1 Satz 1 MBG der Beteiligten, die den Angestellten ... B. betreffen, gemäß der gesetzlichen Regelung des § 51 Abs. 1 MBG der Mitbestimmung durch den Antragsteller, ohne dass es hierzu eines gerichtlichen Ausspruches bedarf.“
- 5 Auf die Beschwerde der Hauptgeschäftsführung hat das Oberverwaltungsgericht den erstinstanzlichen Beschluss geändert und den Antrag abgelehnt. Zur Begründung hat es ausgeführt: Herr B. sei leitender Angestellter im Sinne von § 84 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 MBG SH. Die Organe der Kassenärztlichen Vereinigung dürften eigenständig entscheiden, ob und in welchem Umfang sie Ver-

antwortung delegierten. Das Gesetz stelle lediglich darauf ab, ob der Mitarbeiter im Wesentlichen eigenverantwortlich Aufgaben wahrnehme, also faktisch.

- 6 Der Antragsteller trägt zur Begründung seiner Rechtsbeschwerde vor: Entgegen der Auffassung des Oberverwaltungsgerichts sei es grundsätzlich nicht ausreichend, wenn der Angestellte nur rein tatsächlich die in § 84 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 MBG SH genannten Befugnisse wahrnehme, ohne dafür nach dem Dienstvertrag berechtigt zu sein. Für die Auslegung der unbestimmten Rechtsbegriffe in § 84 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 MBG SH sei auf die gefestigte Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zur im Wesentlichen gleich lautenden Vorschrift des § 5 Abs. 3 BetrVG zurückzugreifen. Danach sei Voraussetzung für die Einstufung als leitender Angestellter die Wahrnehmung unternehmerischer Aufgaben in der Nähe des Leiters der Dienststelle. Das sei nur dann der Fall, wenn der Angestellte Aufgaben von einer gewissen Breite für die Dienststelle wahrnehme, die ihm im Rahmen eines erheblichen eigenen Entscheidungsspielraums Einwirkungsmöglichkeiten auf den Bestand und die Entwicklung der Dienststelle eröffnen, ihm also eine Schlüsselposition verschafften, in der er selbstständig Führungsentscheidungen treffe oder sie jedenfalls in solcher Weise maßgeblich beeinflusse, dass sie nicht unbeachtet gelassen werden könnten. Diese Voraussetzungen träfen auf den Mitarbeiter B. nicht zu. Er sei Leiter der Strukturabteilung mit sieben Mitarbeitern. Angesichts einer Gesamtmitarbeiterzahl der Kassenärztlichen Vereinigung Schleswig-Holstein von über 260 spreche bereits die geringe Anzahl der Abteilungsmitarbeiter gegen eine leitende Funktion. Nehme man hinzu, dass der Mitarbeiter B. in der Strukturabteilung neue Vertragsformen entwickle, Vertragsabschlüsse vorbereite und die in der Abteilung erarbeiteten Vorschläge mit Geschäftsführung bzw. Vorstand abstimme, so werde hieran erkennbar, dass er letztlich Führungsentscheidungen zwar vorbereite, diese aber nicht selbstständig treffe und auch nicht maßgeblich beeinflusse. Die Bedeutung der Verträge selbst sei sowohl rechtlich wie wirtschaftlich begrenzt. Auch wenn es für die Zahl der leitenden Angestellten innerhalb einer Dienststelle keine Höchstgrenze gebe, sondern im Einzelfall auf Größenordnung und Struktur sowie innere Aufgabenverteilung abzustellen sei, so sei doch ein Anteil leitender Angestellter von 10 % der Gesamtzahl der Beschäftigten der Dienststelle nicht mehr nachvollziehbar.

7 Der Antragsteller beantragt,

den Beschluss des Schleswig-Holsteinischen Oberverwaltungsgerichts vom 18. April 2005 aufzuheben und die Beschwerde des Beteiligten gegen den Beschluss des Verwaltungsgerichts Schleswig vom 11. November 2004 zurückzuweisen.

8 Der Beteiligte beantragt,

die Rechtsbeschwerde zurückzuweisen.

9 Er verteidigt den angefochtenen Beschluss.

10 Die Vertreterin des Bundesinteresses hält den erstinstanzlichen Beschluss für zutreffend.

II

11 Die zulässige Rechtsbeschwerde des Antragstellers ist begründet. Der Beschluss des Oberverwaltungsgerichts beruht auf der unrichtigen Anwendung einer Rechtsnorm (§ 88 Abs. 2 des Gesetzes über die Mitbestimmung der Personalräte <Mitbestimmungsgesetz Schleswig-Holstein - MBG SH -> vom 11. Dezember 1990, GVOBl Schl.-H. S. 577, zuletzt geändert durch Art. 3 des Gesetzes vom 15. Juni 2004, GVOBl Schl.-H. S. 165, i.V.m. § 93 Abs. 1 Satz 1 ArbGG). Er ist daher aufzuheben; die Sache ist zur neuen Anhörung und Entscheidung an das Oberverwaltungsgericht zurückzuverweisen (§ 96 Abs. 1 Satz 2 ArbGG i.V.m. § 562 Abs. 1, § 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

12 1. Im vorliegenden personalvertretungsrechtlichen Beschlussverfahren ist das Mitbestimmungsgesetz Schleswig-Holstein anzuwenden. Denn die Kassenärztliche Vereinigung Schleswig-Holstein ist eine der Aufsicht des Landes Schleswig-Holstein unterstehende Körperschaft des öffentlichen Rechts ohne Gebietshoheit (§ 1 Abs. 1 MBG SH i.V.m. § 77 Abs. 1 Satz 1, Abs. 5, § 78 Abs. 1 Fünftes Buch Sozialgesetzbuch - SGB V - vom 20. Dezember 1988, BGBl I

S. 2477, zuletzt geändert durch Art. 2 Nr. 3 des Gesetzes vom 22. Dezember 2005, BGBl I S. 3686).

- 13 2. Streitgegenstand in der Rechtsbeschwerdeinstanz ist ausschließlich noch das Begehren des Antragstellers auf Feststellung, dass der Beschäftigte B. nicht leitender Angestellter ist.
- 14 Zwar hat das Verwaltungsgericht über den zweiten, auf Nachholung des Mitbestimmungsverfahrens gerichteten Antrag des Antragstellers im Tenor seines Beschlusses nicht förmlich entschieden. Im letzten Satz der Gründe des erstinstanzlichen Beschlusses ist aber eine sinngemäße Ablehnung dieses Begehrens wegen fehlenden Rechtsschutzbedürfnisses zu erblicken. Da der Antragsteller dagegen kein Rechtsmittel ergriffen hat, ist der ablehnende Teil des erstinstanzlichen Beschlusses rechtskräftig geworden.
- 15 3. Beteiligter Dienststellenleiter ist hier der Vorstand der Kassenärztlichen Vereinigung Schleswig-Holstein.
- 16 Gemäß § 8 Abs. 5 Satz 1 MBG SH handelt für die Dienststelle ihr Leiter (Dienststellenleitung). Er kann sich durch die ihn ständig vertretenden oder in der Sache entscheidungsbefugten Beschäftigten vertreten lassen (§ 8 Abs. 5 Satz 2 MBG SH). Wer danach Dienststellenleiter ist, bestimmt sich nach dem einschlägigen Organisationsrecht (vgl. Beschluss vom 26. August 1987 - BVerwG 6 P 11.86 - Buchholz 250 § 7 BPersVG Nr. 2 S. 3 f.). Seit 1. Januar 2005 hat die Kassenärztliche Vereinigung einen hauptamtlichen Vorstand, der die Körperschaft verwaltet und sie gerichtlich und außergerichtlich vertritt, soweit Gesetz oder sonstiges Recht nichts Abweichendes bestimmen (§ 79 Abs. 1, Abs. 5 Satz 1 SGB V). In der Satzung oder im Einzelfall durch den Vorstand kann bestimmt werden, dass auch einzelne Mitglieder des Vorstandes die Körperschaft vertreten können (§ 79 Abs. 5 Satz 2 SGB V). Derartige Bestimmungen finden sich in § 23 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 der Satzung der Kassenärztlichen Vereinigung Schleswig-Holstein vom 28. April 2004. Dies ändert jedoch nichts daran, dass der Vorstand der Kassenärztlichen Vereinigung Schleswig-Holstein als Dienststellenleitung im Sinne von § 8 Abs. 5 Satz 1

MBG SH anzusehen ist. Zwar wird in der Gesetzesbegründung und in der Kommentierung die Auffassung vertreten, der Vorstand einer Körperschaft des öffentlichen Rechts ohne Gebietshoheit könne eines seiner Mitglieder zum Dienststellenleiter bestimmen (vgl. LTDrucks 12/996 S. 74; Fuhrmann/Neumann/Thorenz/Witt, Personalvertretungsrecht Schleswig-Holstein, 5. Aufl. 2000, § 8 Rn. 14). Ob dem zu folgen ist, kann auf sich beruhen. Denn eine derartige Bestimmung hat der Vorstand hier soweit ersichtlich nicht getroffen. Aus dem mit Schriftsatz vom 13. April 2005 überreichten Organigramm ergibt sich vielmehr, dass der Vorstand den Hauptgeschäftsführer zum Dienststellenleiter bestimmt hat. Dies steht jedoch mit Wortlaut und Systematik der Regelungen in § 8 Abs. 5 MBG SH nicht in Einklang. Danach kann die Eigenschaft des Dienststellenleiters nicht im Wege der Delegation auf einen Angestellten übertragen werden. Der Sache nach hat der Vorstand hier entschieden, sich vom Hauptgeschäftsführer in den Verhandlungen mit dem Personalrat ständig vertreten zu lassen. Dies ist nach § 8 Abs. 5 Satz 2 MBG SH unbedenklich, lässt aber die Dienststellenleitereigenschaft des Vorstandes unberührt.

- 17 Der Senat hat daher im Anhörungstermin das Passivrubrum im Einvernehmen mit den Beteiligten umgestellt.
- 18 4. Der Beschäftigte B. ist nicht gemäß § 83 Abs. 3 ArbGG am Verfahren zu beteiligen.
- 19 Im personalvertretungsrechtlichen Beschlussverfahren ist Beteiligter, wer durch die gerichtliche Entscheidung unmittelbar in seiner personalvertretungsrechtlichen Rechtsposition berührt wird. Dies ist bei einem einzelnen Beschäftigten nicht der Fall, wenn Personalrat und Dienststelle darüber streiten, ob in einer Personalangelegenheit dieses Beschäftigten ein Mitbestimmungsrecht besteht. Denn in einem solchen Verfahren sind die kollektiv-rechtlichen Rechtsbeziehungen zwischen Personalrat und Dienststellenleiter zu klären; die individuelle Rechtsposition einzelner Beschäftigter bleibt davon grundsätzlich unberührt (vgl. Beschluss vom 13. Februar 1976 - BVerwG 7 P 4.75 - BVerwGE 50, 186, 193 f.; Beschluss vom 3. Juni 1977 - BVerwG 7 P 2.76 - Buchholz 238.3 A § 75 BPersVG Nr. 2 S. 7; zum Betriebsverfassungsrecht: BAG, Beschluss vom

27. Mai 1982 - 6 ABR 105/79 - BAGE 39, 102, 103 f.; Beschluss vom 17. Mai 1983 - 1 ABR 5/80 - BAGE 42, 386, 389 f.; Beschluss vom 3. Dezember 1985 - 4 ABR 80/83 - BAGE 50, 241, 244; Matthes, in: Germelmann/Matthes/Prütting/Müller-Glöge, Arbeitsgerichtsgesetz, 5. Aufl. 2004, § 83 Rn. 47; Dörner, in GK-ArbGG § 83 Rn. 81).

- 20 Im vorliegenden Verfahren geht es zwar nicht um eine einzelne Personalangelegenheit. Wesentlicher Kern des Verfahrens ist jedoch auch hier die Mitbestimmungspflichtigkeit von Personalangelegenheiten. Denn darauf zielt die in § 84 Abs. 1 Satz 1 MBG SH normierte Rechtsfolge ab, und darum geht es dem Antragsteller mit der von ihm begehrten Feststellung. Der Sache nach wird im vorliegenden Fall um das Mitbestimmungsrecht des Personalrats in den Personalangelegenheiten eines Beschäftigten gestritten. Während es sonst üblicherweise um eine einzelne Personalangelegenheit geht, wirkt sich die streitige Feststellung hier auf alle Personalangelegenheiten des betroffenen Beschäftigten aus. Dessen ungeachtet betrifft auch der vorliegende Rechtsstreit allein die Rechtsbeziehung zwischen Personalrat und Dienststelle. Individuelle Rechtspositionen des Beschäftigten werden nicht unmittelbar berührt.
- 21 Freilich ist der Beschäftigte in seiner personalvertretungsrechtlichen Rechtsstellung unmittelbar berührt, wenn es um sein passives Wahlrecht geht (vgl. Beschluss vom 18. Oktober 1977 - BVerwG 7 P 23.75 - Buchholz 238.32 § 13 BlnPersVG Nr. 1 S. 3). Die hier streitige Feststellung hat jedoch keine präjudizielle Wirkung für die Wählbarkeit des Beschäftigten B. zur Personalvertretung der Kassenärztlichen Vereinigung Schleswig-Holstein. Letztere bestimmt sich nach § 12 Abs. 3 Satz 1 MBG SH, dessen Gesamtregelung nicht deckungsgleich ist mit derjenigen in § 84 Abs. 1 MBG SH. Zudem verfolgen beide Vorschriften unterschiedliche Ziele: Während die Regelung in § 12 Abs. 3 Satz 1 MBG SH der Vermeidung von Interessenkollisionen dient, steht im Rahmen von § 84 Abs. 1 MBG SH eher die Unabhängigkeit der Personalentscheidung der Dienststelle sowie die Unabhängigkeit des Beschäftigten im Vordergrund (vgl. zu § 77 Abs. 1 BPersVG: Beschluss vom 20. März 2002 - BVerwG 6 P 6.01 - Buchholz 250 § 77 BPersVG Nr. 16 S. 5 und 7).

- 22 Allerdings pflegt das Bundesarbeitsgericht die Beteiligungsbefugnis der Arbeitnehmer, für die vom Betriebsrat die Feststellung begehrt wird, dass sie nicht leitende Angestellte im Sinne von § 5 Abs. 3 BetrVG sind, zu bejahen (vgl. Beschluss vom 23. Januar 1986 - 6 ABR 51/81 - BAGE 51, 1, 4). Doch geht die in § 5 Abs. 3 Satz 1 BetrVG vorgesehene Rechtsfolge über diejenige hinaus, welche die Eigenschaft als leitender Angestellter nach § 84 Abs. 1 MBG SH auslöst. § 5 Abs. 3 Satz 1 BetrVG bestimmt nämlich, dass das Betriebsverfassungsgesetz auf leitende Angestellte grundsätzlich keine Anwendung findet. Dies bedeutet nicht nur, dass die Mitbestimmung in Angelegenheiten dieser Angestellten gänzlich ausgeschlossen ist, sondern auch, dass ihnen das aktive und passive Wahlrecht zum Betriebsrat verwehrt ist. Die gerichtliche Feststellung zu § 5 Abs. 3 BetrVG ist somit eine echte Statusentscheidung. In dieser Hinsicht unterscheidet sie sich grundlegend von der hier zu § 84 Abs. 1 MBG SH zu treffenden Entscheidung, die das Wahlrecht unberührt lässt.
- 23 Ob die im vorliegenden personalvertretungsrechtlichen Beschlussverfahren ergehende Entscheidung für einen Individualrechtsstreit insofern präjudizielle Wirkung entfaltet, als dort die ordnungsgemäße Beteiligung des Personalrats in Rede steht, haben im Streitfall die Arbeitsgerichte zu entscheiden (vgl. zur Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts einerseits: Urteil vom 15. Januar 1987 - 6 AZR 589/84 - AP Nr. 21 zu § 75 BPersVG Blatt 956R, 957; andererseits: Urteil vom 3. Juli 1996 - 2 AZR 813/95 - BAGE 83, 266, 274 ff.; Urteil vom 10. März 1998 - 1 AZR 658/97 - AP Nr. 5 zu § 84 ArbGG 1979 Bl. 17 f.).
- 24 5. Die Begründetheit des streitigen Feststellungsbegehrens beurteilt sich nach § 84 Abs. 1 Satz 1 MBG SH. Danach gelten die Vorschriften über die Mitbestimmung der Personalräte nicht für Personalangelegenheiten der leitenden Angestellten der Körperschaften des öffentlichen Rechts ohne Gebietshoheit, wenn sie nach Dienststellung und Dienstvertrag
1. zur selbstständigen Einstellung und Entlassung von Beschäftigten der Dienststelle berechtigt sind oder
 2. Generalvollmacht oder Prokura haben oder

3. im Wesentlichen eigenverantwortlich Aufgaben wahrnehmen, die ihnen regelmäßig wegen ihrer Bedeutung für den Bestand und die Entwicklung der Dienststelle im Hinblick auf besondere Erfahrungen und Kenntnisse übertragen werden.

- 25 a) Die tatbestandlichen Voraussetzungen dieser Vorschrift sind, wenn man von der Ersetzung der Begriffe „Arbeitnehmer“ und „Betrieb“ durch „Beschäftigte“ und „Dienststelle“ absieht, wortgleich mit § 5 Abs. 3 BetrVG vom 15. Januar 1972, BGBl I S. 13, in der bis zum 31. Dezember 1988 geltenden Fassung. Schon dieser Umstand spricht dafür, die zu § 5 Abs. 3 BetrVG ergangene Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts bei der Auslegung des § 84 Abs. 1 MBG SH sinngemäß heranzuziehen.
- 26 b) Dieser Ansatz wird durch die Entstehungsgeschichte der Vorschrift bestätigt. Die Sonderregelungen für Körperschaften des öffentlichen Rechts ohne Gebietshoheit hat der Gesetzgeber getroffen, „um den besonderen Bedürfnissen dieser Einrichtungen, die zum Teil im Wettbewerb mit privaten Unternehmen stehen, gerecht zu werden“ (LTDruks 12/996 S. 134). Der Gesetzgeber sieht demnach bei diesen Körperschaften eine Nähe zur Privatwirtschaft. Es war daher folgerichtig, den Kreis der leitenden Angestellten in Anlehnung an die Vorschrift zu beschreiben, die für die entsprechende Abgrenzung im Bereich der Privatunternehmen einschlägig ist. Auch diese bewusste Hinwendung zum Betriebsverfassungsrecht lässt es geboten erscheinen, sich bei der Auslegung des § 84 Abs. 1 MBG SH maßgeblich an der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zu § 5 Abs. 3 BetrVG zu orientieren.
- 27 c) Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts beansprucht auch Berücksichtigung, soweit sie zu der seit 1. Januar 1989 geltenden Neufassung der Vorschrift, jetzt in der Fassung der Bekanntmachung des Betriebsverfassungsgesetzes vom 25. September 2001, BGBl I S. 2518, ergangen ist. Denn bei der Auslegung der Neufassung knüpft das Bundesarbeitsgericht jedenfalls weitgehend an seine bisherige Rechtsprechung an (vgl. Beschluss vom 25. Oktober 1989 - 7 ABR 60/88 - BAGE 63, 200, 202 f.; Beschluss vom 22. Februar 1994

- 7 ABR 32/93 - juris Rn. 21; Fitting/Engels/Schmidt/Trebinger/Linsenmaier, Betriebsverfassungsgesetz, 23. Aufl. 2006, § 5 Rn. 352).

- 28 d) Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts war zunächst von einem Oberbegriff des leitenden Angestellten ausgegangen und hatte jeweils die Feststellung verlangt, dass zwischen dem Angestellten und der übrigen Arbeitnehmerschaft eine Interessenpolarität bestehen müsse (vgl. Beschluss vom 5. März 1974 - 1 ABR 19/73 - BAGE 26, 36, 51, 57 f.; Beschluss vom 19. November 1974 - 1 ABR 20/73 - BAGE 26, 345, 351, 354; Beschluss vom 17. Dezember 1974 - 1 ABR 131/73 - BAGE 26, 403, 413; Beschluss vom 9. Dezember 1975 - 1 ABR 80/73 - BAGE 27, 374, 379, 384). Daran hat das Gericht später - unter Bestätigung seiner Rechtsprechung im Übrigen - nicht festgehalten (vgl. Beschluss vom 29. Januar 1980 - 1 ABR 45/79 - BAGE 32, 381, 386 ff.). Die demgemäß modifizierte Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zu § 5 Abs. 3 Satz 2 Nr. 3 BetrVG lässt sich wie folgt zusammenfassen:
- 29 aa) Der Angestellte muss vornehmlich unternehmerische Aufgaben wahrnehmen, wobei räumlich oder fachlich begrenzte Teilaufgaben genügen. Das Merkmal ist erfüllt, wenn der Angestellte kraft seiner leitenden Funktion maßgeblichen Einfluss auf die wirtschaftliche, technische, kaufmännische, organisatorische, personelle oder wissenschaftliche Führung des Unternehmens ausübt. Dabei ist unbeachtlich, ob der Angestellte die maßgebenden Entscheidungen selbst trifft (Linienfunktion) oder in Ausfüllung einer „Stabsfunktion“ nur die Voraussetzungen schafft, an denen die Unternehmensleitung nicht vorbeigehen kann (vgl. BAG, Beschluss vom 29. Januar 1980 a.a.O. S. 384).
- 30 bb) Der Angestellte muss im Rahmen seiner unternehmerischen Teilaufgaben einen erheblichen eigenen Entscheidungsspielraum haben. Dieser wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass Richtlinien und Rechtsvorschriften zu beachten sind. Er ist auch im Team mit gleichberechtigten Mitarbeitern denkbar (vgl. BAG a.a.O.).
- 31 cc) Der Angestellte muss die unternehmerischen Teilaufgaben nach Dienststellung und Dienstvertrag wahrnehmen. Die tatsächliche Wahrnehmung der über-

tragenen Aufgaben und die rechtsverbindliche Übertragung im Arbeitsvertrag müssen sich decken. Die Befugnis zur Wahrnehmung unternehmerischer Aufgaben bedarf dabei keiner ausdrücklichen schriftlichen Vereinbarung im Arbeitsvertrag. Es genügt, wenn ein darauf gerichteter Wille der Vertragsparteien hinreichend deutlich zum Ausdruck kommt. Ein solcher Wille kann sich grundsätzlich auch aus der praktischen Durchführung eines Vertragsverhältnisses ergeben, weil die tatsächlich geübte Vertragspraxis Rückschlüsse auf das von den Arbeitsparteien vertraglich Vereinbarte erlaubt (BAG, Beschluss vom 5. März 1974 a.a.O. S. 54; Beschluss vom 19. November 1974 a.a.O. S. 354; Beschluss vom 16. April 2002 - 1 ABR 23/01 - BAGE 101, 53, 58; Fitting u.a., a.a.O. Rn. 329).

- 32 dd) Eine Gesamtwürdigung der Tätigkeit des Angestellten muss ergeben, dass die unternehmerischen Teilaufgaben den Schwerpunkt seiner Tätigkeit bilden und ihr das Gepräge geben. Erforderlich ist, dass jedenfalls ein beachtlicher Teil der Arbeitszeit von diesen Tätigkeiten beansprucht wird. Es muss eine mehr als gelegentliche Wahrnehmung unternehmerischer Aufgaben vorliegen. Feststellungen zum quantitativen Anteil dieser Aufgabenzuweisung sind allerdings verzichtbar (vgl. BAG, Beschluss vom 29. Januar 1980 a.a.O. S. 385; Beschluss vom 23. Januar 1986 a.a.O. S. 10; Beschluss vom 25. Oktober 1989 a.a.O. S. 205; Beschluss vom 11. Januar 1995 - 7 ABR 33/94 - BAGE 79, 80, 92).
- 33 ee) Bei der gebotenen funktionsbezogenen Abgrenzung der leitenden Angestellten lässt sich nicht an die Gesamtzahl der Arbeitnehmer oder einzelner Arbeitnehmergruppen anknüpfen. Der Gesetzgeber hat keine Quotenlösung gewählt. Wie viele Angestellte unternehmerische Aufgaben mit erheblichem Entscheidungsspielraum wahrnehmen, hängt davon ab, wie stark die Unternehmensleitung zentralisiert oder dezentralisiert ist (vgl. BAG, Beschluss vom 29. Januar 1980 a.a.O. S. 394).
- 34 ff) Ähnliches gilt für die Leitungsebene, der der einzelne Angestellte im Rahmen der unternehmerischen Hierarchie zuzuordnen ist. Je nach der Delegationsbereitschaft des Unternehmens können noch auf der vierten Leitungsebene Ent-

scheidungen zu treffen sein, die in manchen Konzernunternehmen nicht einmal Vorstandsmitgliedern vorbehalten sind (BAG, Beschluss vom 29. Januar 1980 a.a.O. S. 384). Andererseits gilt: Je tiefer die konkrete Entscheidungsstufe in der Unternehmenshierarchie, auf der der Angestellte unternehmens- oder betriebsleitende Aufgabenstellungen erfüllt, umso größer ist die Wahrscheinlichkeit, dass wesentliche unternehmerische Entscheidungsspielräume auf den höheren Entscheidungsstufen bereits verbraucht werden. Von welcher Delegationsstufe ab leitende Angestellte im Unternehmen nicht mehr angenommen werden können, lässt sich nur im jeweiligen Einzelfall bestimmen (vgl. BAG, Beschluss vom 23. Januar 1986 - 6 ABR 51/81 - a.a.O. S. 8; Beschluss vom 23. Januar 1986 - 6 ABR 22/82 - BAGE 51, 19, 24).

- 35 gg) Da die Eigenschaft als leitender Angestellter allein von dessen Funktion zu bestimmen ist, entzieht sie sich der Festlegung durch Einkommensgrenzen oder zahlenmäßig fixierte Sachverantwortung (vgl. BAG, Beschluss vom 29. Januar 1980 a.a.O. S. 394; Beschluss vom 23. Januar 1986 - 6 ABR 51/81 - a.a.O. S. 6 f.).
- 36 hh) Es kann nicht ohne weiteres vom Umfang der Personalverantwortung, insbesondere in Abhängigkeit von der Zahl der unterstellten Arbeitnehmer, auf Entscheidungsspielraum und eigenverantwortliche Identifikation mit unternehmerischen Zielsetzungen geschlossen werden. Eine schlichte Vorgesetztenstellung gegenüber einer größeren Zahl unterstellter Arbeitnehmer ist für eine Qualifikation als leitender Angestellter nach § 5 Abs. 3 Satz 2 Nr. 3 BetrVG nicht ausschlaggebend. Überwachungsfunktionen allein genügen nicht, die Eigenschaft als leitender Angestellter zu begründen. Die Einsatzlenkung von Arbeitnehmern zur Erfüllung oder Gewährleistung arbeitstechnischer Abläufe nach vorgegebenen Daten kann nur dann als unternehmerische Teilaufgabe eingeschätzt werden, wenn der andere Arbeitnehmer führende Angestellte als Vorgesetzter auch eigenverantwortlich, d.h. mit erheblichem Entscheidungsspielraum versehen, verbindliche Entscheidungen auf personellem und sozialem Gebiet trifft, die eine Beteiligung des Betriebsrats erforderlich machen (vgl. BAG, Beschluss vom 29. Januar 1980 a.a.O. S. 394; Beschluss vom 23. Januar 1986 - 6 ABR 51/81 - a.a.O. S. 8 f.).

- 37 ii) Die Übertragung unternehmerischer Aufgaben muss im Hinblick auf besondere Erfahrungen und Kenntnisse des Angestellten erfolgen. Ein akademisches Studium oder eine gleichwertige Ausbildung ist dazu allein weder erforderlich noch genügend. Die erforderlichen Kenntnisse können ebenso gut durch längere Tätigkeit oder Selbststudium erworben sein (vgl. BAG, Beschluss vom 9. Dezember 1975 a.a.O. S. 385; Beschluss vom 23. Januar 1986 - 6 ABR 51/81 - a.a.O. S. 7). Diese Voraussetzung bereitet in der Regel keine Schwierigkeiten. Sie wird bei dem Personenkreis, der den leitenden Angestellten zugeordnet werden könnte, praktisch immer vorhanden sein (vgl. Fitting u.a., a.a.O. Rn. 369).
- 38 e) § 5 Abs. 3 Nr. 3 BetrVG in seiner bis zum 31. Dezember 1988 geltenden Fassung war mit dem Grundgesetz vereinbar. Die Vorschrift verstieß insbesondere nicht gegen das rechtsstaatliche Bestimmtheitsgebot (vgl. BVerfG, Beschluss vom 24. November 1981 - 2 BvL 4/80 - BVerfGE 59, 104, 114 ff.; BAG, Beschluss vom 29. Januar 1980 a.a.O. S. 396 ff.). Dabei hat das Bundesverfassungsgericht hervorgehoben, dass der Gesetzgeber nicht beabsichtigt hat, einen erheblichen Teil der Angestellten von der Anwendung des Betriebsverfassungsgesetzes auszunehmen (a.a.O. S. 115). Verfassungsrechtliche Bedenken gegen § 84 Abs. 1 Satz 1 MBG SH bestehen daher ebenso wenig wie gegen die Neufassung der Regelung in § 5 Abs. 3 Satz 2 Nr. 3 BetrVG.
- 39 f) Im Gegensatz zu § 5 Abs. 3 Satz 2 Nr. 3 BetrVG stützen sich die Tatbestände nach § 5 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 und 2 BetrVG auf rein formale Abgrenzungsmerkmale, die auch bei untergeordneten Angestellten erfüllt sein können. Sinn und Zweck des Gesetzes verlangen eine einschränkende Interpretation, wonach formale Rechtsbefugnisse nur dann die Eigenschaft als leitender Angestellter begründen, wenn ihnen ein entsprechend bedeutendes Aufgabengebiet zugrunde liegt (vgl. BAG, Beschluss vom 29. Januar 1980 a.a.O. S. 388; Beschluss vom 16. April 2002 a.a.O. S. 57).
- 40 g) Die vorgenannten Grundsätze sind im Rahmen von § 84 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 MBG SH sinngemäß anzuwenden. An die Stelle der unternehmerischen Aufga-

ben treten hier die öffentlichen Aufgaben, welche den nicht kommunalen Körperschaften durch Gesetz zugewiesen sind. Der Beschäftigte muss durch die Wahrnehmung von Schlüsselaufgaben kraft seiner leitenden Funktion maßgeblichen Einfluss auf die wirtschaftliche, technische, kaufmännische, organisatorische, personelle oder wissenschaftliche Führung der Dienststelle ausüben, indem er entweder die maßgebenden Entscheidungen selbst trifft oder die Voraussetzungen schafft, an denen die Dienststellenleitung nicht vorbeigehen kann. Er muss im Rahmen dieser Leitungsaufgaben einen erheblichen eigenen Entscheidungsspielraum haben. Diese Leitungsaufgaben muss er nach Dienststellung und Dienstvertrag wahrnehmen. Die Gesamtwürdigung seiner Tätigkeit muss ergeben, dass die Leitungsaufgaben den Schwerpunkt seiner Tätigkeit bilden und ihr das Gepräge geben. Die formale Befugnis nach § 84 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 MBG SH kann die Eigenschaft als leitender Angestellter nur dann begründen, wenn ihr ein entsprechend bedeutendes Aufgabengebiet zugrunde liegt.

- 41 6. Es steht fest, dass der Beschäftigte B. nicht leitender Angestellter nach § 84 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 MBG SH ist. Diese Vorschrift verlangt nach ihrem eindeutigen Wortlaut, dass der Beschäftigte zur selbstständigen Einstellung und Entlassung von Beschäftigten der Dienststelle berechtigt ist. Einstellungs- und Entlassungsbefugnis müssen somit kumulativ vorliegen (vgl. zu § 5 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 BetrVG: BAG, Beschluss vom 17. November 1983 - 6 AZR 291/83 - juris Rn. 41; Beschluss vom 16. April 2002 a.a.O. S. 58; Fitting/Engels/Schmidt/Trebinger/Linsenmaier, BetrVG, 23. Aufl. 2006, § 5 Rn. 336). Weder der Dienstvertrag noch die Stellenbeschreibung liefern Anhaltspunkte dafür, dass der Beschäftigte B. in Bezug auf die Entlassung von Mitarbeitern in seiner Abteilung Entscheidungsbefugnisse hat.
- 42 7. Die Beantwortung der Frage, ob der Beschäftigte B. leitender Angestellter der Kassenärztlichen Vereinigung Schleswig-Holstein im Sinne von § 84 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 MBG SH ist, hängt von noch ausstehenden Tatsachenfeststellungen ab, wie die folgenden Ausführungen ergeben:

- 43 a) Ungeklärt ist die Organisationsstruktur der Kassenärztlichen Vereinigung Schleswig-Holstein.
- 44 Diese hat nach § 79 SGB V i.V.m. §§ 9 ff. ihrer Satzung vom 28. April 2004 zwei Organe, nämlich die aus ehrenamtlichen Mitgliedern bestehende Vertreterversammlung (in der Terminologie der Satzung: die Abgeordnetenversammlung) als Selbstverwaltungsorgan sowie den hauptamtlichen Vorstand. Sieht man von der Abgeordnetenversammlung als dem gemäß § 10 Abs. 1 Satz 1 der Satzung obersten Organ der Kassenärztlichen Vereinigung ab und konzentriert sich auf deren hauptamtliche Verwaltung, so bildet der Vorstand die oberste Leitungsebene, welche sich nach Maßgabe von § 13 Abs. 2 Satz 3 der Satzung in drei Geschäftsbereiche gliedert. Demgegenüber wird der Hauptgeschäftsführer in der Satzung nicht erwähnt. Rechtsgrundlage für seine Funktion ist offensichtlich § 14 Abs. 3 Satz 2 der Satzung, wonach der Vorstand zur Erledigung der laufenden Geschäfte eine Geschäftsstelle unterhalten kann.
- 45 Die weitere Organisation der Kassenärztlichen Vereinigung ist offenbar im Fluss und bedarf der Aufklärung hinsichtlich ihrer Struktur zum für die Beurteilung maßgeblichen Zeitpunkt der Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts.
- 46 Es existieren derzeit nicht weniger als drei Modelle, die jeweils voneinander abweichen: das mit Schriftsatz vom 4. November 2004 überreichte Organigramm, das mit Schriftsatz vom 13. April 2005 überreichte Organigramm sowie das der Verfügung des stellvertretenden Hauptgeschäftsführers vom 11. November 2003 zugrunde liegende Schema. Davon weicht wiederum die aus den Internetseiten ersichtliche Gliederung ab.
- 47 Der Beschäftigte B. ist nach der für ihn maßgeblichen Stellenbeschreibung direkt „der Geschäftsführung“ unterstellt. Wenn dies so zu verstehen ist, dass der Hauptgeschäftsführer sein Vorgesetzter ist, dann befindet sich der Beschäftigte B. auf der dritten Leitungsebene. Das mit Schreiben des Hauptgeschäftsführers vom 4. November 2004 überreichte Organigramm scheint dies zu bestätigen. Im Gegensatz dazu scheint die Strukturabteilung nach dem mit Schriftsatz des Beteiligten vom 13. April 2005 überreichten Organigramm direkt dem Vorstand

zu unterstehen, und zwar als Teil des Geschäftsbereichs „Außenbereich einschließlich Grundsatzfragen und politische Richtlinienkompetenz“ (§ 13 Abs. 2 Satz 3 Buchst. b der Satzung). In diesem Fall gehört der Beschäftigte B. als Leiter der Strukturabteilung bereits der zweiten Leitungsebene an. Die Klärung der Frage ist geboten. Je tiefer in der Hierarchie der Dienststelle sich die Tätigkeit des Beschäftigten vollzieht, umso weniger wahrscheinlich ist es, dass sie noch als Wahrnehmung von Leitungsaufgaben charakterisiert werden kann.

- 48 b) Der Tatbestand des § 84 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 MBG SH kann vor allem dann erfüllt sein, wenn der Beschäftigte echte Arbeitgeberfunktionen wahrnimmt. Dies ist der Fall, wenn der Beschäftigte eigenverantwortlich, d.h. mit erheblichem Entscheidungsspielraum versehen, verbindliche Entscheidungen auf personellem und sozialem Gebiet trifft, die eine Beteiligung des Personalrats erfordern. Diese zeigt die Bedeutung der Arbeitgebermaßnahme für die Beschäftigten und die Dienststelle und qualifiziert sie damit zu einer Leitungsfunktion mit Gewicht (vgl. zu § 5 Abs. 3 Nr. 3 BGtrVG: BAG, Beschluss vom 23. Januar 1986 - 6 ABR 51/81 - BAGE 51, 1, 9).
- 49 aa) Nach dem 4. Nachtrag zum Dienstvertrag ist der Beschäftigte B. in Bezug auf die ihm unterstellten Mitarbeiter der Strukturabteilung für Urlaubsgenehmigungen zuständig. Nach der Generalklausel des § 51 Abs. 1 Satz 1 MBG SH ist die Entscheidung über die zeitliche Lage des Urlaubs eines Beschäftigten eine Maßnahme, die der Mitbestimmung des Personalrats unterliegt. Dies ergibt sich im Gegenschluss schon aus § 54 Abs. 4 Satz 3 Nr. 6 MBG SH. Die Befugnis des Beschäftigten B., den Urlaub eines ihm unterstellten Mitarbeiters antragsgemäß zu genehmigen, wäre jedoch in ihrer Bedeutung stark abgeschwächt, wenn der Antragsteller für solche Fälle nach Maßgabe von § 51 Abs. 3 Satz 1 MBG SH generell seine Zustimmung erklärt hätte. Solches ist nach der Erklärung des Antragstellers im Anhörungstermin des Senats in Betracht zu ziehen. Eine echte Arbeitgeberfunktion stünde dem Beschäftigten B. freilich zu Gebote, wenn ihm auch die Kompetenz zugewiesen wäre, das Urlaubsgesuch verbindlich abzulehnen, ohne dass eine höhere Hierarchieebene innerhalb der Dienststelle angerufen werden könnte. Ob dies der Fall ist, ist im angefochtenen Be-

schluss nicht festgestellt. Der Wortlaut des Dienstvertrages lässt die Frage offen.

- 50 bb) Nach dem Dienstvertrag ist der Beschäftigte B. ferner für die „Abgabe von Personalbeurteilungen“ zuständig. Auch in dieser Hinsicht ist der Wortlaut des Dienstvertrages offen. Zum einen ist denkbar, dass der Beschäftigte B. jeweils einen Leistungsbericht erstellt, den der Hauptgeschäftsführer im Rahmen seiner Beurteilungskompetenz selbstständig verarbeitet und dabei die Gleichmäßigkeit des Beurteilungswesens in der Dienststelle sicherstellt. In diesem Fall fehlt es auf Seiten des Beschäftigten B. an dem erforderlichen Entscheidungsspielraum. Zum anderen ist es aber auch denkbar, dass der Beschäftigte B. selbst die unmittelbare Verantwortung für die Beurteilung trägt und dies jeweils durch seine Unterschrift dokumentiert.
- 51 Ob im letztgenannten Fall der Beschäftigte B. eine Leitungsfunktion wahrnimmt, hängt nicht davon ab, ob die Erteilung einer dienstlichen Beurteilung eine Maßnahme ist, die nach § 51 Abs. 1 Satz 1 MBG SH der Mitbestimmung des Personalrats unterliegt (verneinend: LTDruks 12/996 S. 107; Fuhrmann/ Neumann/Thorenz/Witt, Personalvertretungsrecht Schleswig-Holstein, § 51 Rn. 26). Die verbindliche Abgabe einer dienstlichen Beurteilung durch den dafür verantwortlichen Beschäftigten ist als Wahrnehmung einer gewichtigen Arbeitgeberfunktion unabhängig von der Mitbestimmungspflichtigkeit zu betrachten. Dies drängt sich wegen der erheblichen Bedeutung einer dienstlichen Beurteilung für den weiteren beruflichen Werdegang eines Beschäftigten auf. Damit kommt es in jedem Falle darauf an, welche Kompetenzen dem Beschäftigten B. im Beurteilungswesen im Einzelnen zustehen. Die fehlenden Tatsachenfeststellungen sind nachzuholen.
- 52 cc) Nach dem Dienstvertrag ist der Beschäftigte B. weiter für die Durchführung von Einstellungsverfahren zuständig.
- 53 Einstellungen sind nach § 51 Abs. 1 Satz 1 MBG SH mitbestimmungspflichtig. Eine diesbezügliche Befugnis mit Entscheidungsspielraum kann auch dann angenommen werden, wenn der Beschäftigte die Auswahlentscheidung trifft, der

formelle Abschluss des Arbeitsvertrages aber der Dienststellenleitung vorbehalten ist (vgl. Beschluss vom 22. Juni 2005 - BVerwG 6 P 2.05 - PersR 2005, 464, 467). Eine solche Fallgestaltung könnte hier vorliegen. In der Anhörung vor dem Verwaltungsgericht hatte der damalige Hauptgeschäftsführer - jetziges Vorstandsmitglied - erklärt: „Hinsichtlich von Einstellungen ist die Geschäftsführung bei der Besetzung wichtiger Stellen - ich meine BAT II a - federführend und zuständig unter Einbeziehung des Managementzentrums. Außerdem ist die Geschäftsführung für Entlassungs- und Auflösungsverhandlungen zuständig. Einstellungen in der Ebene unter BAT II a erfolgen entweder direkt über die Abteilungsleiter oder werden zumindest von diesen vorbereitet, so dass wir nur noch unterschreiben müssen. Die Geschäftsführung ist aber nicht an die Personalvorschläge der Abteilungsleiter gebunden.“ Das Oberverwaltungsgericht hat sich nicht dazu geäußert, ob es dieser Darstellung folgt. Die entsprechenden Feststellungen sind nachzuholen. Nach den Ausführungen im zuletzt zitierten Senatsbeschluss ist es für die Bejahung der erforderlichen Eigenständigkeit unschädlich, wenn die Geschäftsleitung in seltenen Ausnahmefällen vom Personalvorschlag des Abteilungsleiters abweicht.

- 54 dd) Die Wahrnehmung einer Arbeitgeberfunktion durch den Beschäftigten B. könnte nicht schon deswegen ihren Charakter als Leitungsaufgabe verlieren, weil sie sich lediglich auf die ihm unterstellten, weniger als 10 zählende Mitarbeiter seiner Abteilung bezieht. Im Rahmen von § 84 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 MBG SH ist eine Gesamtwürdigung vorzunehmen. Diese kann sich auf die Wahrnehmung verschiedener Leitungsfunktionen beziehen, die je für sich betrachtet nicht ausreichen, aber in ihrer Gesamtheit den genannten Tatbestand erfüllen. Sollte dem Beschäftigten B. daher in den genannten Personalangelegenheiten ein eigener erheblicher Entscheidungsspielraum zukommen, so wäre dies ein Teilelement, welches zusammen mit anderen den Schluss zulassen könnte, er sei leitender Angestellter.
- 55 ee) Andererseits erscheint es im Hinblick auf die geringe Anzahl der nachgeordneten Mitarbeiter ausgeschlossen, dass der Beschäftigte B. allein wegen seiner personellen Befugnisse leitender Angestellter nach § 84 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 MBG SH ist. Nach dem Willen des Gesetzgebers reicht es für die Eigen-

schaft als leitender Angestellter nach § 84 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 MBG SH aus, dass die dort genannten personellen Befugnisse sich auf einen Teil der Beschäftigten der Dienststelle erstrecken (vgl. LTDrucks 12/996 S. 134). Bei einem kleinen, abgeschlossenen Personenkreis ist jedoch erforderlich, dass die Tätigkeit der Mitarbeiter für die Aufgabenerfüllung durch die Dienststelle qualitativ wesentlich ist, weil es sich etwa um hochqualifizierte Tätigkeiten mit entsprechenden Entscheidungsspielräumen oder um die Wahrnehmung bedeutensamer Verantwortungsbereiche handelt (vgl. zu § 5 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 BetrVG: BAG, Beschluss vom 16. April 2002 a.a.O. S. 60). Ein vergleichbarer, hier nach § 84 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 MBG SH zu berücksichtigender Sachverhalt liegt nicht vor. Nach den Angaben des Hauptgeschäftsführers im erstinstanzlichen Anhörungstermin erstrecken sich die Personalbefugnisse der Abteilungsleiter nur auf Angestellte unterhalb der Vergütungsgruppe BAT II a. Solche Mitarbeiter erfüllen aber schon nach den tariflichen Vergütungsgruppenmerkmalen nicht diejenigen Qualifikationsanforderungen, die gegeben sein müssen, damit personelle Befugnisse in Bezug auf eine kleine Gruppe nachgeordneter Mitarbeiter bereits die Eigenschaft als leitender Angestellter nach sich ziehen. Eine solche Bewertung scheidet aber auch dann aus, wenn sich die personellen Befugnisse des Beschäftigten B. neuerdings - wie im heutigen Anhörungstermin angesprochen - auf einen einzelnen Angestellten der Vergütungsgruppe BAT II a („Referent“) erstrecken sollte.

- 56 c) Neben den soeben erörterten Arbeitgeberfunktionen kommen als mögliche Leitungsfunktionen die dem Beschäftigten B. als Leiter der Strukturabteilung obliegenden Sachaufgaben in Betracht. In dieser Hinsicht nennt der Dienstvertrag als Aufgabenfelder die selbstständige Verhandlungsführung mit den Krankenkassen zur Vorbereitung von Vertragsabschlüssen sowie die Entwicklung neuer Versorgungskonzepte und deren Vorstellung im Vorstand. Damit ist die zentrale Aufgabe der Kassenärztlichen Vereinigung angesprochen, nämlich die vertragsärztliche Versorgung durch schriftliche Verträge mit den Verbänden der Krankenkassen zur medizinischen Versorgung der Versicherten und zur Vergütung der ärztlichen Leistungen zu regeln (§ 72 Abs. 2 SGB V).

- 57 Dies geschieht grundlegend durch die Gesamtverträge (§ 82 Abs. 2, § 83 SGB V). Deren Inhalt wird maßgeblich durch die gesetzlichen Vorschriften, die zwischen der Kassenärztlichen Bundesvereinigung und den Spitzenverbänden der Krankenkassen zu vereinbarenden Bundesmantelverträge, den als deren Bestandteil zu vereinbarenden einheitlichen Bewertungsmaßstab sowie die Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses gesteuert (§ 82 Abs. 1, §§ 87, 92 SGB V). Für die Vergütung der vertragsärztlichen Leistungen gelten ab dem Jahre 2006 die Regelungen in §§ 85a bis 85d SGB V.
- 58 Auf die Gesamtverträge mit ihrem üblichen Inhalt bezieht sich die Tätigkeit der Strukturabteilung augenscheinlich nicht. Wie sich aus dem Vortrag des Beteiligten im Beschwerdeverfahren, der Stellenbeschreibung für den Beschäftigten B. sowie der Aufgabenbeschreibung für die Strukturabteilung auf den Internetseiten der Kassenärztlichen Vereinigung Schleswig-Holstein ergibt und der Anhörungstermin des Senats bestätigt hat, beschäftigt sich die Strukturabteilung schwerpunktmäßig mit der Vorbereitung und dem Abschluss von Sonderverträgen außerhalb und innerhalb des Gesamtvertrages.
- 59 aa) Zu nennen sind hier zunächst Modellvorhaben nach §§ 63, 64 SGB V. Deren Gegenstände sind zum einen die Weiterentwicklung der Verfahrens-, Organisations-, Finanzierungs- und Vergütungsformen der Leistungserbringung (§ 63 Abs. 1 SGB V), zum anderen Leistungen zur Verhütung und Früherkennung von Krankheiten sowie zur Krankenbehandlung, die keine Leistungen der Krankenversicherung sind (§ 63 Abs. 2 SGB V). Die Kompetenz der Kassenärztlichen Vereinigung zum Abschluss entsprechender Vereinbarungen mit den Krankenkassen ergibt sich aus § 63 Abs. 6 SGB V. Die Modellvorhaben sind im Regelfall auf längstens acht Jahre zu befristen (§ 63 Abs. 5 Satz 2 SGB V).
- 60 §§ 3, 26 sowie die Anlage 3 der Satzung der Kassenärztlichen Vereinigung Schleswig-Holstein vom 28. April 2004 bezeichnet vier Modellvorhaben und erklärt sie zum Bestandteil der Satzung. Für den Bereich Umweltmedizin galt die Modellvereinbarung mit der AOK Schleswig-Holstein vom 26. Januar 1995, welche zum 31. Dezember 2000 ausgelaufen ist. Für den Bereich Hautkrebs-Screening galt eine Vereinbarung mit mehreren Betriebskrankenkassen vom

15. November 2001, die am 30. Juni 2004 ausgelaufen ist. Eine Folgevereinbarung konnte jedoch mit der Innungskrankenkasse Schleswig-Holstein abgeschlossen werden, welche zum 1. Juli 2004 in Kraft getreten ist und zum 30. Juni 2012 endet. Für den Bereich Ambulantes Operieren galt eine mit mehreren Krankenkassen abgeschlossene Modellvereinbarung vom 23. Februar 2000, die spätestens zum 31. Dezember 2004 ausgelaufen ist. Der vierte Bereich (qualitätsgesicherte Mamma-Diagnostik) ist entgegen der satzungsmäßigen Bezeichnung nicht Gegenstand eines Modellvorhabens nach §§ 63, 64 SGB V, sondern einer Vereinbarung nach § 73c SGB V.

- 61 Angesichts des dargestellten Sachstands bedarf der Aufklärung, ob Modellvorhaben künftig für die Arbeit der Strukturabteilung noch von nennenswerter Bedeutung sind.
- 62 bb) Nach § 73 c SGB V sollen in den Gesamtverträgen Versorgungsaufträge vereinbart werden, deren Durchführung bestimmte qualitative oder organisatorische Anforderungen an die Vertragsärzte stellt. In den Verträgen sind die Vergütung und die Teilnahmeberechtigung der Vertragsärzte zu regeln. Einen derartigen Versorgungsauftrag über eine qualitätsgesicherte Mamma-Diagnostik hat die Kassenärztliche Vereinigung Schleswig-Holstein am 4. Juli 2005 mit einer Reihe von Krankenkassen vereinbart. Dieser Versorgungsvertrag ist an die Stelle früherer Modellvorhaben getreten.
- 63 cc) Nach § 73a SGB V können die Kassenärztlichen Vereinigungen mit den Krankenkassenverbänden in den Gesamtverträgen Versorgungs- und Vergütungsstrukturen vereinbaren, die einem vom Versicherten gewählten Verbund haus- und fachärztlich tätiger Vertragsärzte (vernetzte Praxen) Verantwortung für die Gewährleistung der Qualität und Wirtschaftlichkeit der vertragsärztlichen Versorgung übertragen. Für die Vergütung der vertragsärztlichen Leistungen können die Vertragspartner von den nach § 87 SGB V getroffenen Leistungsbewertungen abweichen. Die Teilnahme von Versicherten und Vertragsärzten ist freiwillig. Mit dem Instrument der Strukturverträge soll unwirtschaftlichen Mehrfachinanspruchnahmen und medizinisch fragwürdigen Doppeluntersuchungen begegnet werden (vgl. Hess, in: Kasseler Kommentar zum Sozialver-

sicherungsrecht, § 73a SGB V Rn. 3). Der Stellenbeschreibung für den Beschäftigten B. ist zu entnehmen, dass die Entwicklung regionaler Praxisnetze zu den Aufgabenfeldern der von ihm geleiteten Strukturabteilung zählt. Deren Anzahl und Bedeutung für die Kassenärztliche Vereinigung ist bisher ebenfalls nicht aufgeklärt.

- 64 dd) Die integrierte Versorgung nach §§ 140a ff. SGB V gehört seit dem 1. Januar 2004 nicht mehr zu den Aufgaben der Kassenärztlichen Vereinigungen. Nach § 140b Abs. 2 SGB V in der bis zum 31. Dezember 2003 geltenden Fassung waren die Kassenärztlichen Vereinigungen noch potentielle Vertragspartner der Krankenkassen. § 140b Abs. 1 SGB V in der seit 1. Januar 2004 geltenden Fassung des GKV-Modernisierungsgesetzes vom 14. November 2003, BGBl I S. 2190, hat diese Befugnis der Kassenärztlichen Vereinigungen beseitigt (vgl. dazu BTDrucks 15/1525 S. 130).
- 65 ee) Der Abschluss der genannten Sonderverträge stellt auf Seiten der Kassenärztlichen Vereinigung Schleswig-Holstein eine Führungsaufgabe dar. Die Sonderverträge stehen für Innovation und sind Gestaltungsspielräumen zugänglich, wie sie für die Gesamtverträge mit ihrem gewöhnlichen Inhalt nicht bestehen. Das Honorarvolumen, welches auf die Sonderverträge entfällt, beläuft sich nach Angaben des Beteiligten im Beschwerdeverfahren auf etwa 30 Mio. € und ist damit absolut gesehen beträchtlich. Dass dieser Betrag relativ zum gesamten Honorarvolumen bei der Kassenärztlichen Vereinigung Schleswig-Holstein von rund 800 Mio. € nur einen kleinen Anteil ausmacht, nimmt dem Abschluss der Sonderverträge nicht den Charakter als Wahrnehmung einer Führungsaufgabe.
- 66 An dieser Führungsaufgabe nimmt der Beschäftigte B. teil, wenn ihm in Bezug auf den Abschluss der Sonderverträge auf Seiten der Kassenärztlichen Vereinigung eine Stabsfunktion zukommt. Dazu muss er durch seine Tätigkeit Voraussetzungen schaffen, an denen die für den Vertragsschluss zuständigen Leitungsorgane - die Abgeordnetenversammlung und der Vorstand - nicht vorbeigehen können. Ob dies der Fall ist, lässt sich allein anhand des Textes von Dienstvereinbarung und Stellenbeschreibung nicht bestimmen. Einerseits ist dort die Rede von selbstständiger Verhandlungsführung mit Krankenkassen

und Entwicklung neuer Versorgungskonzepte; sogar von der Ausstattung mit einem Vertragsmandat wird gesprochen. Andererseits hat er seine Konzepte im Vorstand vorzustellen, ist er der Geschäftsführung unterstellt, hat er seine Vorschläge mit der Geschäftsführung und dem Vorstand abzustimmen und sind strategische sowie organisatorische Grundsatzentscheidungen den vorgesetzten Leitungsebenen vorbehalten. Daraus wird nicht klar, ob die Tätigkeit des Beschäftigten B. in Bezug auf Konzeption und Verhandlungsführung im Wesentlichen vorbereitender Natur ist, seine Vorarbeiten also typischerweise nennenswerten inhaltlichen Änderungen auf der Ebene des Vorstandes und der Geschäftsführung unterliegen oder ob er sowohl in der Konzeptions- als auch in der Verhandlungsphase die Linie der Kassenärztlichen Vereinigung durch seine Beiträge inhaltlich ganz wesentlich bestimmt. Nur im letztgenannten Fall übt der Beschäftigte B. eine Leitungsfunktion mit erheblichem eigenem Entscheidungsspielraum aus. Dies bedarf der Aufklärung.

- 67 d) Nach Maßgabe der vorstehenden Ausführungen wird das Oberverwaltungsgericht ergänzende Feststellungen dazu zu treffen haben, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang der Beschäftigte B. mit Entscheidungsspielraum die genannten Führungsaufgaben wahrnimmt. Im Rahmen der Gesamtwürdigung wird sodann zu prüfen sein, ob die Gesamttätigkeit des Beschäftigten durch von ihm wahrzunehmende Leitungsaufgaben geprägt wird.
- 68 Dem Oberverwaltungsgericht bleibt ein Beurteilungsspielraum. Die Anwendung der in § 84 Abs. 1 Satz 1 MBG SH enthaltenen unbestimmten Rechtsbegriffe durch die Tatsachengerichte ist im Rechtsbeschwerdeverfahren nur daraufhin überprüfbar, ob der Bewertungsmaßstab verkannt wurde, die Gesamtwürdigung der maßgeblichen Umstände vertretbar ist und keine Verstöße gegen Denkgesetze oder Erfahrungssätze vorliegen (vgl. BAG, Beschluss vom 29. Januar 1980 a.a.O. S. 385, 395 f.; Beschluss vom 23. Januar 1986 - 6 ABR 51/81 - a.a.O. S. 10; Beschluss vom 11. Januar 1995 a.a.O. S. 82 f.; Beschluss vom 16. April 2002 a.a.O. S. 57).

69 8. Der heutige Anhörungstermin veranlasst den Senat, den Beteiligten Folgendes zu bedenken zu geben: Dem Antragsteller geht es nach seiner Interessenlage ersichtlich nicht darum, zu verhindern, dass einzelne wenige, durch ihre Funktion besonders herausgehobene Mitarbeiter der Kassenärztlichen Vereinigung Schleswig-Holstein als leitende Angestellte im Sinne von § 84 Abs. 1 MBG SH eingestuft werden. Denn dadurch werden seine gesetzlichen Beteiligungsrechte nicht in Frage gestellt. Der Beteiligte mag anhand der Ausführungen im vorliegenden Senatsbeschluss erwägen, ob seine Einordnung von Beschäftigten als leitende Angestellte in dem ursprünglich vorgestellten Umfang noch realistisch erscheint. Da beide Beteiligte über die nötigen tatsächlichen Einblicke verfügen, liegt es nahe, dass sie nunmehr auf der Grundlage der Senatsentscheidung im Sinne einer engen und gleichberechtigten Zusammenarbeit (§ 1 Abs. 2 Satz 1 MBG SH) erneut den Versuch unternehmen, bei der personalvertretungsrechtlichen Einordnung der in Rede stehenden Beschäftigten zu einer einvernehmlichen Rechtsauffassung zu gelangen.

Dr. Hahn

Büge

Dr. Graulich

Vormeier

Dr. Bier

B e s c h l u s s

Der Gegenstandswert wird für das Rechtsbeschwerdeverfahren auf 4 000 € festgesetzt (§ 23 Abs. 3 Satz 2 Halbs. 2, § 33 Abs. 1, Abs. 8 Satz 1 Halbs. 1 RVG).

Büge