

gänge erfasst, ist damit zu rechnen, dass der deutsche Gesetzgeber aus Praktikabilitätsgründen keine größeren Unterscheidungen zwischen rein nationalen und grenzüberschreitenden Vorgängen treffen wird.

Die Richtlinie sieht vor, dass ihr Inhalt für alle zukünftigen Beschäftigungszeiten nach Umsetzung der Richtlinie in nationales Recht gilt. Damit erfasst die Richtlinie auch bereits bestehende Versorgungssysteme. Ausgenommen sind lediglich Versorgungssysteme, die am 20.5.2014 bereits für den Neuzugang geschlossen waren.

Die Umsetzung der EU-Mobilitätsrichtlinie bringt eine Verkürzung der Unverfallbarkeitsfristen von fünf auf drei Jahre mit sich und setzt das Unverfallbarkeitsalter von der Vollendung des 25. auf die Vollendung des 21. Lebensjahres herab. Ferner sind zukünftig die Anrechte unverfallbar ausgeschiedener Arbeitnehmer zu dynamisieren und die einseitige Möglichkeit des Arbeitgebers entfällt, sich von sogenannten Kleinanwartschaften und Kleinstrenten zu entledigen.

Fraglich ist inwieweit der deutsche Gesetzgeber die Regelung der Richtlinie auch für Invaliden- und Hinterbliebenenleistung umsetzt, sofern sie nicht unmittelbar vom ihrem Anwendungsbereich erfasst sind.

Zweifelhaft ist, ob die EU-Mobilitätsrichtlinie der Verbreitung der betrieblichen Altersversorgung dient, da z. B. die früher eintretende Unverfallbarkeit die mit der betrieblichen Altersversorgung verbundenen Kosten treibt. Das Gleiche gilt auch für die Dynamisierung der An-

rechte. Zudem erhöht sich der Verwaltungsaufwand, wenn Kleinanwartschaften und Kleinstrenten zukünftig nicht mehr einfach einseitig abgefunden werden können. Die Verkürzung der Unverfallbarkeitsfristen führt schließlich auch dazu, dass die arbeitgeberfinanzierte betriebliche Altersversorgung an Bedeutung für die Mitarbeiterbindung verliert.

**Dr. Paulgerd Kolvenbach**, Aktuar DAV/Sachverständiger IVS, ist Sprecher der Geschäftsführung der Longial GmbH, Düsseldorf. Er ist dort für die Bereiche Beratung, Vertrieb, Administration, Prozesse und IT verantwortlich.



**Bernd Wilhelm**, LL.M., ist Rechtsanwalt und Leiter des Fachbereichs Recht, Steuern, Versorgungsträgermanagement der Longial GmbH, Düsseldorf. Er berät zu Rechts- und Steuerfragen der betrieblichen Altersversorgung.



## BAG: Betriebsteilübergang – zwingendes Recht und punktuelle Streitgegenstandstheorie

**BAG**, Urteil vom 20.3.2014 – 8 AZR 1/13

Volltext des Urteils: [BB-ONLINE BBL2014-2430-1](#)

unter [www.betriebs-berater.de](#)

### NICHT AMTLICHE LEITSÄTZE

1. Bei § 613a BGB handelt es sich um zwingendes Recht, der Betriebs-(teil)übergang erfolgt von Rechts wegen.

2. Ein im Zeitpunkt des Übergangs zwischen dem Veräußerer und einem im übertragenen Betrieb(steil) beschäftigten Arbeitnehmer bestehendes Arbeitsverhältnis ist als zu diesem Zeitpunkt vom Veräußerer auf den Erwerber übergegangen anzusehen. Der Übergang erfolgt unabhängig davon, welche ggf. anderslautenden Absprachen zwischen Veräußerer und Erwerber – beispielsweise in einem Betreiber- und/oder in einem Personalgestellungsvertrag – erfolgt sind.

3. Ein Erfolg im Kündigungsschutzprozess setzt nach der punktuellen Streitgegenstandstheorie voraus, dass zum Zeitpunkt der Kündigung (noch) ein Arbeitsverhältnis besteht. Dies gilt auch im Falle des Betriebsübergangs. Die Kündigung eines Betriebsveräußerers nach der Betriebsübertragung geht mangels eines mit ihm bestehenden Arbeitsverhältnisses ins Leere. Eine gleichwohl erhobene Klage auf Feststellung der Unwirksamkeit der Kündigung ist unbegründet.

BGB § 613a Abs. 1 Satz 1; Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst § 4 Abs. 3

### SACHVERHALT

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung.

Seit dem 1.9.1987 war die Klägerin bei der beklagten Gemeinde beschäftigt, die Trägerin der Kindertagesstätten H, B und G war. Ab dem 15.2.2002 war die Klägerin als Leiterin der Kindertagesstätte H tätig. Laut Arbeitsvertrag vom 17.7.1989 richtete sich das Arbeitsverhältnis nach den Bestimmungen des Bundes-Angestelltentarifvertrags (BAT) in der jeweils geltenden Fassung und den an seine Stelle tretenden Tarifverträgen.

Das Arbeitsverhältnis der Parteien sowie damit verbunden die Situation in der Kindertagesstätte H waren seit einiger Zeit mit Konflikten belastet. Vor diesem Hintergrund sprach die beklagte Gemeinde mit Schreiben vom 14.8.2009 eine außerordentliche Änderungskündigung aus und bot die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses als Erzieherin in der Kindertagesstätte G unter Beibehaltung der bisherigen Vergütung an. Die gegen diese Änderungskündigung gerichtete Klage der Klägerin war vor dem Arbeitsgericht und Landesarbeitsgericht erfolgreich. Die Nichtzulassungsbeschwerde der beklagten Gemeinde blieb ohne Erfolg.

Mit Wirkung zum 1.1.2011 übernahm der A e.V. (im Folgenden: A) den Betrieb der genannten Kindertagesstätten. Der Trägerwechsel wurde in zwei Verträgen vom 16.11.2010 geregelt, einem Betreibervertrag und einem Personalgestellungsvertrag. Im Betreibervertrag heißt es u. a.:

„§ 1 (2) Für die Dauer des Betreibervertrags überlässt die Gemeinde die Grundstücke und Gebäude der o.g. Kitas dem A zur kostenlosen Nutzung. ...

§ 2 (1) Der A verpflichtet sich, für die Laufzeit dieses Betreibervertrages, in den vorgenannten Kindertagesstätten ein den gesetzlichen Bestimmungen entsprechendes pädagogisches Betreuungsangebot vorzuhalten und die Kindertagesstätten einschließlich der Außenbereiche mit Spielgeräten ordnungsgemäß zu betreiben. Er verpflichtet sich, die Einrichtungen

auf der Grundlage der jeweiligen Betriebserlaubnis und den geltenden einschlägigen Gesetzen und Rechtsvorschriften zu betreiben. Es gilt der jeweils von der Gemeinde festgestellte Bedarfsplan nach § 30 HKJGB. Der A beantragt für jede Einrichtung eine auf ihn lautende Betriebserlaubnis.

(2) Die Erstausrüstung der Kindertagesstätten mit Spiel- und Lehrmitteln sowie der kindgerechten Möblierung ist durch die Gemeinde erfolgt. ...

§ 3 (1) Mit Datum der Nutzungsüberlassung gehen alle das Grundstück und das Gebäude betreffende privatrechtlichen und öffentlichen Lasten, Abgaben und Pflichten, die die Grundstückseigentümerin als solche treffen und die sie zu tragen und zu erfüllen hat, auf den A über. ...

§ 5 (3) ... Im Falle, dass die Gemeinde die Kindertagesstätten wieder selbst betreibt, verpflichtet sie sich, das zu diesem Zeitpunkt in den Einrichtungen beschäftigte Personal zu übernehmen oder im Falle der Beauftragung eines anderen Betreibers, diesen zur Übernahme des Personals zu verpflichten. ...

§ 6 (1) In die dem A zum Betrieb übertragenen Kindertagesstätten werden Kinder ohne Unterschied der Herkunft, der Rasse oder der Religion aufgenommen. ...

Es werden Kinder aus der Gemeinde S aufgenommen und betreut. ...

(4) Das zum Stichtag 31.12.2010 in den Kindertagesstätten beschäftigte Personal (Auflistung zum Stichtag als Anlage 4 zum Vertrag) verbleibt weiterhin als Mitarbeiter/innen in der Anstellung bei der Gemeinde und wird lediglich dauerhaft an die A-Einrichtungen zur Arbeitsleistung gestellt. Der A übernimmt das fachliche Weisungsrecht; die arbeitsrechtliche Dienstaufsicht verbleibt für dieses Personal bei der Gemeinde. Mitarbeiter/innen, die freiwillig in ein Arbeitsverhältnis zum A wechseln möchten, erhalten das Einverständnis und die Unterstützung beider Vertragsparteien.

(5) Der A ist für die Einstellung, Eingruppierung und Bezahlung des weiteren Personals zuständig. Er hat für diese Mitarbeiter die Dienstaufsicht und das fachliche Weisungsrecht. ...“

Nach der Präambel des Personalgestellungsvertrags vom 16.11.2010 blieben die zum Übernahmezeitpunkt beschäftigten Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter bei der beklagten Gemeinde beschäftigt, wurden jedoch mit der Übernahme der „Aufgabe Betrieb der Kindertagesstätten durch den A im Rahmen einer Personalgestellung gemäß § 4 Abs. 3 TVöD“ beschäftigt. In § 1 des Personalgestellungsvertrags hieß es:

„1. Mit der Übernahme vorbezeichneter Aufgaben stellt die Gemeinde dem A das zum Zeitpunkt des Übergangs in der Anlage aufgeführte Personal zur Verfügung (Anlage).

2. Die Arbeitsverhältnisse der bei der Gemeinde Beschäftigten gehen dabei nicht auf den A über, sondern die Mitarbeiter/-innen bleiben Beschäftigte der Gemeinde.“

Die mit der Personalgestellung verbundenen Veränderungen in den Beschäftigungsverhältnissen wurden – wie u.a. auch die Kosten der Personalgestellung – in den weiteren Bestimmungen des Personalgestellungsvertrags im Einzelnen geregelt. Die Klägerin wurde in den Anlagen zum Betreiber- und zum Personalgestellungsvertrag als Erzieherin der Kindertagesstätte G genannt. Mit Wirkung zum 1.1.2011 schlossen drei der vier Erzieherinnen der Kindertagesstätte H einen Arbeitsvertrag mit dem A.

Die beklagte Gemeinde teilte der Klägerin, die im Zeitraum vom Ausspruch der Änderungskündigung im August 2009 bis Ende Juli 2011 krankheitsbedingt nicht gearbeitet hatte, mit Schreiben vom 7.2.2011 den Abschluss des Personalgestellungsvertrags mit.

Zum 1.8.2011 wurde die Arbeitsfähigkeit der Klägerin bescheinigt, die ihrerseits der beklagten Gemeinde ihre Tätigkeit entsprechend anbot. Mit

Schreiben vom 1.8.2011, der Klägerin am selben Tag zugegangen, sprach die Beklagte eine außerordentliche Kündigung mit sofortiger Wirkung, hilfsweise mit sozialer Auslaufzeit, aus. Zuvor hatten Erzieherinnen der Kindertagesstätte H sowohl mündlich als auch schriftlich gegenüber dem Bürgermeister der beklagten Gemeinde eine weitere Zusammenarbeit mit der Klägerin abgelehnt und für den Fall der Rückkehr der Klägerin als Leiterin angekündigt, eine Versetzung anzustreben bzw. das Arbeitsverhältnis zu lösen. Der Personalrat hat der beabsichtigten Kündigung nicht zugestimmt.

Die Klägerin ist der Auffassung, die ihr gegenüber ausgesprochene Kündigung sei unwirksam. Als Druckkündigung sei sie nicht gerechtfertigt, die Frist des § 626 Abs. 2 BGB sei nicht eingehalten und der Personalrat nicht vollständig unterrichtet worden. Die beklagte Gemeinde sei über den 1.1.2011 hinaus ihre Arbeitgeberin und die Beschäftigungsmöglichkeit sei auch nicht entfallen. Falls die Weiterführung der Kindertagesstätte durch den A als Betriebsübergang anzusehen sei, sei nicht die beklagte Gemeinde, sondern nur der A kündigungsberechtigt.

Das Arbeitsgericht hat der Kündigungsschutzklage der Klägerin stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat auf die Berufung der beklagten Gemeinde das Urteil des Arbeitsgerichts abgeändert und die Klage abgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihren Kündigungsschutzantrag weiter.

#### AUS DEN GRÜNDEN

Die zulässige Revision der Klägerin ist unbegründet. ...

13

B. Dies hält der revisionsrechtlichen Überprüfung stand. Die Feststellungsklage ist unbegründet. Das Arbeitsverhältnis der Klägerin ist bereits vor der von der beklagten Gemeinde ausgesprochenen Kündigung vom 1.8.2011 im Wege eines Betriebsteilübergangs (§ 613a Abs. 1 S. 1 BGB) auf den A übergegangen. Die Kündigung ging mangels bestehenden Arbeitsverhältnisses ins Leere.

15

#### Übergang eines Betriebsteils wegen Wahrung der Identität der bestehenden wirtschaftlichen Einheit der Kindertagesstätte infolge des Betreiber- und des Personalgestellungsvertrags

I. Zutreffend ist das Landesarbeitsgericht von den Grundsätzen der ständigen Rechtsprechung zum Betriebsteilübergang ausgegangen und hat sie entsprechend auf den Streitfall angewendet. ...

16

#### Kündigung geht mangels Bestands eines Arbeitsverhältnisses zwischen der beklagten Gemeinde und der Klägerin ins Leere

II. Da in Folge des Betriebsübergangs am 1.1.2011 bei Zugang der Kündigung vom 1.8.2011 zwischen der beklagten Gemeinde und der Klägerin kein Arbeitsverhältnis mehr bestand und diese Kündigung deshalb ins Leere ging, kommt es auf die Frage ihrer Wirksamkeit als solche nicht mehr an.

26

Ein Erfolg im Kündigungsschutzprozess setzt nach der punktuellen Streitgegenstandstheorie voraus, dass zum Zeitpunkt der Kündigung (noch) ein Arbeitsverhältnis besteht. Dies gilt auch im Falle des Betriebsübergangs. Die Kündigung eines Betriebsveräußerers nach der Betriebsübertragung geht mangels eines mit ihm bestehenden Arbeitsverhältnisses ins Leere. Eine gleichwohl erhobene Klage auf Feststellung der Unwirksamkeit der Kündigung ist unbegründet (u.a. BAG 26.7.2007 – 8 AZR 769/06 – Rn. 21; 15.12.2005 – 8 AZR 202/05 – Rn. 37 m.w.N.). ...

27

## BB-Kommentar

### „Gestalten und Gestellen beim Betriebsübergang – aber richtig“

#### PROBLEM

§ 613a BGB ist eine klassische Schutznorm für Arbeitnehmer – kann aber auch zu unerwünschten Folgen führen. Was etwa tun, wenn Veräußerer, Erwerber und Arbeitnehmer(-vertretungen) im Fall eines Betriebsübergangs den Übergang der Arbeitsverhältnisse nach § 613a BGB gar nicht wollen?

Dies ist häufig der Fall, wenn Arbeitnehmer bei einem wirtschaftlich starken, finanziell attraktiven Arbeitgeber beschäftigt sind und nicht auf einen anderen Arbeitgeber übergehen wollen. Klassischer Fall sind Ausgliederungen aus dem öffentlichen Dienst oder aus Unternehmen, in denen öffentliches Tarifrecht gilt. Um solche politisch zu ermöglichen, aber auch z. B. um negative Folgen für die Beteiligung an den Altersversorgungswerken zu vermeiden, sind die Veräußerer zumeist bereit, die Arbeitsverhältnisse fortzuführen. Der tatsächliche Einsatz der Arbeitnehmer beim Erwerber findet dann mittels Personalgestellung statt. Zu diesem Zweck ist in § 4 Abs. 3 TVöD/TV-L ein Weisungsrecht der Arbeitgeber vorgesehen, wonach die Beschäftigten bei einer Verlagerung von Aufgaben zu einem Dritten bei weiter bestehendem Arbeitsverhältnis die Arbeitsleistung dauerhaft bei dem Dritten zu erbringen haben.

Es bestehen hier zwei Probleme: (1.) Wie können die Parteien einen Betriebsübergang so gestalten, dass die Gestellung ermöglicht wird, obwohl doch § 613a BGB den Übergang der Arbeitsverhältnisse auf den Erwerber anordnet? (2.) Handelt es sich bei der Gestellung um eine unzulässige Arbeitnehmerüberlassung?

Zur der 1. Frage hat das BAG nun eine wichtige Entscheidung getroffen, die allerdings auch Auswirkungen auf die 2. Frage hat.

#### ZUSAMMENFASSUNG

Die beklagte Gemeinde war bis zum 31.12.2010 Trägerin mehrerer Kindertagesstätten, von denen eine von der Klägerin geleitet wurde. Das Arbeitsverhältnis richtete sich nach dem TVöD. 2009 sprach die Gemeinde eine Änderungskündigung aus. Ihre hiergegen gerichtete Klage gewann die Klägerin rechtskräftig im Juli 2011.

Zum 1.1.2011 übernahm ein Verein die Kindertagesstätten. Hierzu wurde zwischen Gemeinde und Verein ein Betreibervertrag sowie zwischen Gemeinde, Verein und Personalrat der Gemeinde ein Personalgestellungsvertrag vereinbart. Mit dem Betreibervertrag wurden dem Verein sämtliche Betriebsmittel der Kindertagesstätten übertragen. Beide Verträge regelten zudem, dass die Beschäftigten nicht auf den Verein übergehen, sondern Beschäftigte der Gemeinde bleiben und mittels Gestellung nach § 4 Abs. 3 TVöD dauerhaft bei dem Verein eingesetzt werden. Gleichzeitig wurde den Beschäftigten der Abschluss von Arbeitsverträgen unmittelbar mit dem Verein angeboten. Von diesem Angebot machten drei von vier Erzieherinnen der Kindertagesstätte der Klägerin Gebrauch. Anschließend wehrten sich die Erzieherinnen gegen eine Rückkehr der Klägerin, woraufhin dieser im August 2011 die streitgegenständliche Beendigungskündigung ausgesprochen wurde.

Das Arbeitsgericht gab der Klage statt. Anders das LAG, das einen Betriebsübergang prüfte und bejahte. Dem Betriebsübergang stand nach Auffassung des LAG nicht entgegen, dass ein Arbeitgeberwechsel nicht stattfinden sollte. Die entsprechenden Vereinbarungen seien wegen Verstoßes gegen § 613a BGB unwirksam. Damit habe zum Zeitpunkt der Kündigung kein Arbeitsverhältnis zwischen der Gemeinde und der Klägerin mehr vorgelegen,

so dass die Kündigung ins Leere gegangen und die Kündigungsschutzklage unbegründet sei (vgl. z. B. BAG, 20.3.2003 – 8 AZR 312/02, BB 2003, 1793).

Das BAG bestätigte die Entscheidung des LAG. Es ging ebenfalls von einem Betriebsübergang aus. Bei § 613a BGB handele es sich um zwingendes Recht, der Übergang erfolge von Rechts wegen und ungeachtet anderslautender Abmachungen. Es sei ohne Bedeutung, in welchem (vermeintlichen) Rechtsverhältnis der Erwerber die bisherigen Arbeitnehmer (weiter-)beschäftige. § 4 Abs. 3 TVöD finde in der Folge trotz der Regelungen in Betreiber- und Personalgestellungsvertrag keine Anwendung.

#### PRAXISFOLGEN

Möchten Veräußerer und Erwerber, ggf. gemeinsam mit den Arbeitnehmern und/oder deren Vertretungen, den Übergang von Beschäftigten nach § 613a BGB vermeiden, ist ihnen die bloße entsprechende Festlegung in einem zwei- oder mehrseitigen Vertrag versperrt. Es bleiben aber andere Möglichkeiten:

Soweit lediglich Betriebsteile nach § 613a BGB auf einen Erwerber übergehen, kann der Veräußerer im Vorfeld kraft seines Direktionsrechts und unter Beachtung der kollektiven Mitbestimmungsrechte bei Versetzungen die Arbeitnehmer Betrieben oder Betriebsteilen zuordnen, die nicht übergehen. Möglich sind auch entsprechende Zuordnungsvereinbarungen von Veräußerer, Erwerber und Arbeitnehmer in dreiseitigen Verträgen (Zange, BB 2013, 1856, zu BAG, 21.2.2013 – 8 AZR 877/11, BB 2013, 1853).

Gängige Praxis ist der Widerspruch der Arbeitnehmer gegen den Betriebsübergang. Veräußerer, Erwerber und zumeist auch die Arbeitnehmervertretungen regeln im Vorfeld die Bedingungen der Personalgestellung. Die Arbeitnehmer werden gemäß § 613a Abs. 5 BGB über den Betriebsübergang informiert, die Arbeitnehmervertretungen organisieren dann den Widerspruch der Arbeitnehmer. Anschließend erfolgt die Personalgestellung. Eine Vorgehensweise, die auch das BAG erwähnt. Es erklärt unter Rn. 24 der Entscheidungsgründe, dass nicht zu entscheiden gewesen sei, ob § 4 Abs. 3 TVöD in Verbindung mit Betreiber- und Personalgestellungsvertrag von Bedeutung sein könne, wenn die Arbeitnehmer von ihrem Widerspruchsrecht Gebrauch machten.

Ungelöst ist hingegen weiterhin das Problem der Gestellung als Arbeitnehmerüberlassung. Das LAG Baden-Württemberg hat mit Beschluss vom 17.4.2013 – 4 TaBV 7/12 – entschieden, dass ein (öffentlicher) Arbeitgeber, der gem. § 4 Abs. 3 TVöD seine Arbeitnehmer an einen Dritten zur dauerhaften Leistungserbringung gestellt, eine unzulässige Arbeitnehmerüberlassung betreibt (so auch *Kuner*, in: BeckOK TV-L, Stand: 1.3.2014, § 4 Rn. 18e; *Hinrichs/Wenzel/Knoll*, ZTR 2014, 68, 70; kritisch z. B. der Bundesrat, Beschluss vom 29.11.2013, Drucks. 745/13).

Wenn sich mit der Entscheidung des BAG ein Betriebsübergang nicht mittels einer Vereinbarung vermeiden lässt, die Zuordnung zu einem nicht übergehenden Betrieb(-steil) ausscheidet und auch die Gestellung wegen Verstoßes gegen das AÜG ist, erschwert dies Ausgliederungen aus dem öffentlichen Tarifrecht massiv. Es bleibt zu hoffen, dass der Gesetzgeber oder das BAG Lösungen zu Gunsten der Personalgestellung schaffen.

**Dr. Roland Gastell**, Fachanwalt für Arbeitsrecht und Partner bei BMH BRÄUTIGAM & PARTNER Rechtsanwälte in Berlin, berät Unternehmen in allen Bereichen des Arbeitsrechts.

