

Die AÖR als Herausforderung für Personalräte in 2009

Dr. jur. Magnus Bergmann, Greven*

I. Einleitung

Auch auf den Fluren der öffentlichen Hand geht es mitunter zu wie bei Haustürgeschäften: Es klingelt und vor der Tür des Bürgermeisters steht jemand, der einem interessante Angebote unterbreitet. Nur geht es bei der öffentlichen Hand nicht um Staubsaugerbeutel, sondern um so klanghafte Vorteile wie „Wollen Sie nicht auch den Haushalt entlasten?“, „... die Verwaltung schlank machen“, ... „effizienter arbeiten“, „... die Altersversorgung attraktiver machen...?“ Hand aufs Herz: Wer als Bürgermeister würde dem Klingelnden einen guten Tag wünschen und die Tür vor der Nase zuschlagen. Nein, er wird in die gute Stube gebeten und soll einmal näher darlegen, wie diese Vorteile erreicht werden können. Schnell kommt die Sprache auf die Übernahme von Tätigkeiten, die die öffentliche Hand in der Vergangenheit selber erledigt hat. Die Übernahme könnte dann geschehen durch eine so genannte Anstalt öffentlichen Rechts, kurz: „AÖR“, oder einen privaten Dritten, an dem die öffentliche Hand ggf. im Gesellschafterkreis vertreten ist. Mit Hilfe einer solchen Verlagerung soll der städtische Haushalt „verschlankt“ und Arbeiten effizienter erbracht werden können. Das in der Praxis immer häufiger auftauchende Phänomen der AÖR soll im Weiteren insbesondere unter Berücksichtigung der so genannte nGestellungsvariante des § 4 Abs. 3 TVöD näher beleuchtet werden. Hauptaugenmerk sind dabei die arbeits- und dienstrechtlichen Besonderheiten aus Sicht des Personalrats. Ziel ist es, den Personalrat in die Lage zu versetzen, die Thematik einzuordnen und in einer denkbaren Verhandlungsposition bei Gründung einer AÖR gegenüber dem Dienstherrn bestehen zu können.

II. Hintergründe und Umfeld zur AÖR

Zunächst stellt sich die Frage: Was ist das eigentlich, eine AÖR? Eine fast hundertjährige juristisch-historische Definition nach Otto Mayer¹ lautet: „Eine öffentlich-rechtliche Anstalt ist ein Bestand von Mitteln, sächlichen wie persönlichen, welche in der Hand eines Trägers öffentlicher Verwaltung einem besonderen öffentlichen Zweck dauernd zu dienen bestimmt sind.“ Noch heute ist diese Definition aktuell. Denn der Gesetzgeber verfolgt mit der Errichtung der AÖR das Prinzip der Dezentralisierung, d.h. die Verlagerung staatlicher Aufgaben auf selbstständige Verwaltungsträger. Je nach landesrechtlicher Ausgestaltung kann die AÖR auch eine eigene Rechtsfähigkeit besitzen. Das Maß der jeweiligen Eigenverantwortlichkeit und Selbstständigkeit hängt entscheidend davon ab, ob und in welchem Maße im Errichtungsgesetz eine Fachaufsicht vorgesehen ist. Ministerielle Einflussnahme kann über Zuwendungs-, Lenkungs- oder Beherrschungsverträge erreicht bzw. garantiert werden. Dabei gilt der so genannte Gesetzesvorbehalt, d.h. errichtet wie auch verändert oder aufgelöst wird die AÖR durch ein Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes.

In den letzten Jahren haben verschiedene Landesgesetzgeber den Kommunen ermöglicht, durch Satzung bzw. Gesetz eigene Anstalten zu gründen.² Betroffen sind oftmals Bereiche wie z.B.

- Abwasserbeseitigung,
- Abfallentsorgung,
- Recycling, Wertstoff-/Baubetriebshof,
- Stadtreinigung,
- Straßenreinigung, Winterdienst.

Hintergrund dieser Entwicklung war die Absicht, den Kommunen eine Alternative zur Gründung von privatrechtlichen Organisationsformen wie z.B. der GmbH zu eröffnen. Hierdurch sollte die Kontrolle durch die ehrenamtlichen Gremien der öffentlichen Hand erhalten werden.

*Dr. jur. Magnus Bergmann, RA/FAArB, Kanzlei Doebel, Dr. Bergmann & Verfürth, Saerbeckerstraße 2a, 48268 Greven, mail to: info@anwalt-bergmann.com

¹ Deutsches Verwaltungsrecht, 1924.

² In Niedersachsen wurde mit Gesetz vom 27.1.2003 (GVBl S. 26ff) die kommunale Anstalt als neue Rechtsform eingefügt. Berlin vollzog die Umwandlung der Hafen- und Lagerbetriebe, der Stadtreinigungsbetriebe, der Verkehrsbetriebe und der Wasserbetriebe per Berliner Eigenbetriebsreformgesetz vom 9.7.1993 (GVBl 1993, 319 ff.); Hamburg erließ für jeden Betrieb ein eigenes Errichtungsgesetz (Gesetz über die Stadtreinigung Hamburg vom 9.3.1994 [GVBl S. 79], Gesetz für die Stadtentwässerung vom 20.12.1994 [GVBl S. 79 ff], Gesetz zur Errichtung der Anstalt Landesbetrieb Krankenhäuser vom 11.4.1995 [GVBl S. 77]); Bayern erließ das Gesetz zur Änderung des Kommunalwirtschaftsrechts vom 26.7.1995 (GVBl S. 376 ff), das Gesetz zur Änderung des kommunalen Wirtschaftsrechts und anderer kommunaler Vorschriften vom 24.7.1998 (GVBl S. 424 ff.) sowie das Gesetz zur Änderung des Kommunalrechts vom 27.2.2004 (GVBl S. 272 ff); Rheinland-Pfalz erließ ein Viertes Gesetz zur Änderung kommunalrechtlicher Vorschriften in Rheinland-Pfalz vom 2.4.1998 (GVBl S. 108 ff); Sachsen-Anhalt erließ das Gesetz über kommunales Unternehmensrecht in Sachsen-Anhalt vom 3.4.2001 (GVBl S. 136 ff.).

AöR regeln – wie Körperschaften des öffentlichen Rechts – ihre eigenen Angelegenheiten selbst durch den Erlass von so genannten Satzungen. Allerdings kann der Erlass der Satzung auch dem Aufsichtsrat (Verwaltungsrat), dem Vorstand oder der Aufsichtsbehörde vorbehalten sein.

Die AöR selber kann sich auf die gesellschaftsrechtliche Spielwiese begeben. Sie kann sich insbesondere auf verschiedene Arten an weiteren Unternehmen innerhalb oder außerhalb des städtischen Konzernkreises beteiligen, etwa durch Gründung privater Tochterfirmen oder Kauf von Geschäftsanteilen.

Die AöR erscheint mittlerweile im öffentlichen Leben häufiger als gemeinhin vermutet. So zählen zu den rechtsfähigen AöR beispielsweise

- die Sparkassen,
- die Sonderkreditinstitute des Bundes,
- die Landesrundfunkanstalten der ARD,
- das Zweite Deutsche Fernsehen,
- die Versorgungsanstalt des Bundes und der Länder,
- das Unabhängige Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein,
- die Anstalt für Kommunale Datenverarbeitung in Bayern (AKDB),
- der IuK-Dienstleister Dataport als Vier-Länderanstalt.
- Auch Universitäten, Studentenwerke und öffentliche Krankenhäuser können in der Rechtsform der AöR organisiert sein.

Ein bekanntes Beispiel für eine nicht rechtsfähige AöR ist das Technische Hilfswerk (THW).

Zusammengefasst werden folgende Vorteile propagiert:

- Günstigere Besteuerung
- Individuelle Anpassung an die Bedürfnisse der Gemeinde
- Unabhängigkeit vom Gesellschaftsrecht (Gesellschaftsrecht zielt auf Gläubigerschutz ⇔ AöR ist am öffentlichen Zweck ausgerichtet)
- Bessere Zuordnung von Erfolg und Misserfolg
- Qualität der Vorstandsarbeit lässt sich direkt in der Bilanz sehen
- Mitarbeiter können sich besser mit „ihrem Unternehmen“ identifizieren, dadurch höhere Leistungsbereitschaft
- Heben von Synergien bei Aufgabenbündelung
- Hohe Flexibilität durch lediglich zwei Organe (Vorstand und Verwaltungsrat), dadurch schnelle und effiziente Aufgabenerfüllung
- Bei Auftragsvergabe von der Kommune an die AöR keine Ausschreibungspflicht, da sog. vergabefreies Inhouse-Geschäft
- Kommunale Zusammenarbeit möglich (z.B. Zweckvereinbarung oder Zweckverband)

III. Arbeits- und dienstrechtliche Besonderheiten bei Aufgabenübertragung in eine AöR

I. Betriebsübergang

1.1 Allgemeines

Wird eine AöR gegründet und werden in diese zuvor unmittelbar selbst von der öffentlichen Hand betreute Aufgabenbereiche überführt, so gehen die Arbeitnehmer, die diesen Aufgabenbereichen zuvor zugeordnet waren, ebenfalls von Gesetzes wegen auf die AöR über, wenn die Voraussetzungen eines so genannten Betriebsübergangs nach § 613a BGB erfüllt sind. Die Frage, ob die Überführung eines Aufgabenbereichs in eine AöR ein Betriebsübergang ist, kann ein hochkomplexes Problem darstellen, wobei der Teufel wie so häufig im Detail steckt. Die bundesdeutsche Rechtsprechung bis Ende 2008 hat wesentlichen Einfluss durch den Europäischen Gerichtshof erhalten. Dieser hat im Wege von Vorlagebeschlüssen deutscher Arbeitsgerichte vielfach zum Ausdruck gebracht, wie er die Vorgaben aus der sog. Betriebsübergangsrichtlinie verstanden wissen will.³ Berücksichtigt man, dass die deutschen Gerichte nationales Recht europarechtskonform auszulegen haben, wird deutlich, wie groß der Einfluss der EU auf das deutsche Recht ist.

³ Vgl. jüngst EuGH, Urt. v. 12.2.2009 – C- 466/07.

1.2 Definition

In der gebotenen Kürze dargestellt liegt ein Betriebsübergang vor, wenn ein Erwerber auf Basis einer vertraglichen Beziehung eine betriebsorganisatorische Einheit von einem Veräußerer übernimmt und diese in identitätswahrender⁴ Art und Weise fortführt.

Man kann daher sagen: Verrichten die Beschäftigten in der AöR letztlich die gleichen Tätigkeiten wie zuvor als Beschäftigte im öffentlichen Dienst, so spricht vieles für einen Betriebsübergang. Problematischer wird die Feststellung, wenn eben nicht die gleichen Tätigkeiten verrichtet werden - oder zwar die gleichen Tätigkeiten, aber auf andere Art und Weise -, oder wenn nicht sämtliche Beschäftigten auf die AöR übergehen. Dann kann es sich um eine so genannte Funktionsnachfolge handeln, die vom Betriebsübergang abzugrenzen ist. Bei der Funktionsnachfolge würden die Beschäftigten die AöR nicht von Gesetzes wegen als neue Arbeitgeberin erhalten.

1.3 Information und Widerspruch

Liegen hingegen die Voraussetzungen eines Betriebsübergangs vor, bekommen die Beschäftigten von Gesetzes wegen die AöR als „neue“ Arbeitgeberin. Freilich geschieht dies nur dann, wenn die Beschäftigten nach ordnungsgemäßer Information über die Pflichtinhalte (vgl. § 613a BGB) nicht innerhalb eines Monats dem Betriebsübergang widersprechen. Auf den Widerspruch wird noch an späterer Stelle eingegangen.

2. Folgen des Betriebsübergangs für den Arbeitnehmer

Bildlich gesprochen „im Rucksack“ werden die Arbeitsbedingungen in die AöR „mitgenommen“, insbesondere die bisherige Dienstzeit. Die AöR tritt in alle Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsvertrag ein und muss diese „1:1“ fortführen. Entsprechend besteht aus rechtlicher Hinsicht auch keine Veranlassung, bei der AöR neue Arbeitsverträge zu unterschreiben.

Allerdings ist damit kein automatischer Übergang der Mitgliedschaft des Dienstherrn bei den öffentlichen Arbeitgeberverbänden (z.B. Tarifgemeinschaft deutscher Länder – TdL) verbunden, da dies der negativen Koalitionsfreiheit des Grundgesetzes (Art. 9 Abs. 3 GG) widerspräche. Das bedeutet, dass die AöR als „neue“ Arbeitgeberin nicht automatisch tarifgebunden ist. Es ist vielmehr eine Frage des „Kann sein, muss aber nicht sein.“

Hieraus ergeben sich unterschiedliche Rechtsfolgen, je nachdem, ob auf das Arbeitsverhältnis der auf die AöR übergehenden Arbeitnehmer zuvor bei der öffentlichen Hand Tarife Anwendung fanden oder nicht. Tarifbindung kann sich im Wesentlichen auf zwei Arten ergeben:

Verbandsorganisation: Dienstherr ist im Arbeitgeberverband, Beschäftigter ist in der Gewerkschaft, die mit dem Arbeitgeberverband, in dem der Arbeitgeber organisiert ist, einen Tarifvertrag geschlossen hat.

Bezugnahme: Im Anstellungsvertrag wird Bezug auf Tarifverträge genommen. Je nachdem, wie die Bezugnahme ausgestaltet ist, spricht man von dynamischer oder statischer Bezugnahme. Regelmäßig kann der Beschäftigte verlangen, dass er nach demjenigen Tarif bezahlt und beschäftigt wird, auf den zu den Bedingungen im Arbeitsvertrag verwiesen wird.

Das bedeutet: Bei der Errichtung einer AöR kommt es darauf an, ob die AöR selber die Mitgliedschaft in demjenigen Arbeitgeberverband eingeht, der zur Bindung an den gleichen Tarif wie beim vorhergehenden Dienstherrn führt. Wie bereits gesagt: Das ist keinesfalls selbstverständlich und Tatfrage.

Tritt die AöR den gleichen Arbeitgeberverbänden wie der vorherige Dienstherr bei, ändert sich für den nach § 613a BGB auf die AöR übergehenden Beschäftigten tariflich bei der AöR auch zukünftig nichts.

⁴ Nach EuGH (FN 3) ist das Merkmal der Identitätswahrung allerdings jüngst „aufgeweicht“ worden: Mittlerweile reicht es aus, wenn eine „funktionelle Verknüpfung zwischen den übertragenen Produktionsfaktoren beibehalten wird“. Damit wird zukünftig ein Betriebsübergang noch eher bzw. schneller anzunehmen sein, also auch dann, wenn der Erwerber den übernommenen Betrieb anders organisiert.

Tritt die AÖR keinem Arbeitgeberverband bei, wird das Tarifniveau grundsätzlich mit dem Stand des Zeitpunkts des Betriebsübergangs (Stichtag) „eingefroren“ und auf die Ebene des Arbeitsvertrags transformiert. Spätere Änderungen auf Tarifebene (z.B. Gehaltserhöhungen, Arbeitszeitveränderungen) können dann vom Arbeitnehmer nicht mehr automatisch beansprucht, sondern müssen mit dem Arbeitgeber verhandelt werden. Die Erfahrung zeigt, dass der Arbeitgeber zu Zugeständnissen nur dann bereit ist, wenn er auch Zugeständnisse vom Arbeitnehmer erhält (z.B. längere oder flexiblere Arbeitszeit o.ä.). Änderungen des Arbeitsvertrags sind zeitlich nach dem Betriebsübergang nur möglich über die Änderungskündigung (also gegen den Willen des Arbeitnehmers) oder Änderungsvereinbarung (also mit dem Willen des Arbeitnehmers). Spätere Änderungen auf Tarifebene können nur dann vom Arbeitnehmer automatisch beansprucht werden, wenn die vom Betriebsübergang betroffenen Arbeitnehmer in ihren Arbeitsverträgen eine Bezugnahme Klausel haben, die ihnen auch bei der AÖR den jeweils gültigen Stand derjenigen Tarifverträge sichert, an die auch der vormalige Dienstherr gebunden ist.

Hinsichtlich der Beamten ist herauszustellen, dass deren Übernahme als Beamte in die AÖR kein Problem ist, soweit die AÖR „dienstherrnfähig“ ist. Die „Dienstherrnfähigkeit“ der AÖR muss allerdings im Gesetz verankert sein, ist also keine Selbstverständlichkeit. Andererseits ist von einer „Ausstattung“ mit Dienstherrnfähigkeit immer dann auszugehen, wenn auf die Anstalt hoheitliche Rechte übergehen.

3. „Risiken und Nebenwirkungen“

„Zu den Risiken und Nebenwirkungen ... fragen Sie Ihren Arzt oder Apotheker“ – heißt es in der Werbung. Gemünzt auf die vorliegende Thematik sollte sich kein Arbeitnehmer und kein Personalrat damit begnügen, den Schilderungen des jeweiligen Dienstherrn zu der Frage, was die AÖR-Gründung für die betroffenen Arbeitnehmer bedeutet, kritiklos zu folgen. Dabei soll keineswegs unterstellt werden, dass der Dienstherr in verwerflicher Weise Übles im Schilde führt, wenn er zur Beschwichtigung Betroffener ausführt, dass sich durch die geplante Überführung in die AÖR „nichts ändern“ werde, sondern für alle „alles beim Alten“ bleibe. Gleichwohl lautet die klare Empfehlung: Betroffene sollten sich durch fachkundige Stellen (Gewerkschaft, Fachanwalt für Arbeitsrecht) über die „Risiken und Nebenwirkungen“ für die Betroffenen bei der AÖR-Gründung aufklären lassen. Dabei hat jeder Fall und Sachverhalt seine individuellen Besonderheiten. Gemeinsamkeiten gibt es jedoch auch. In der gebotenen Allgemeinheit ist auf folgende Allgemeinplätze hinzuweisen:

Ist sichergestellt, dass der Überführung auf die AÖR ein Betriebsübergang nach § 613a BGB zu Grunde liegt? Diese Frage ist wichtig und keinesfalls unproblematisch. Schon das für einen Betriebsübergang erforderliche Rechtsgeschäft mag zweifelhaft sein, wenn die Errichtung der AÖR nebst Aufgabenübertragung auf diese per Gesetz geregelt ist.⁵ Außerhalb gesetzlicher Regelungen ist das Rechtsgeschäft in dem Übertragungsakt zu sehen, mit dem die Aufgaben der AÖR zugewiesen werden, also in der Regel die entsprechende Satzung der Gemeinde. Das Bundesarbeitsgericht hat insoweit bereits 1981 entschieden, dass mit dem Begriff des Rechtsgeschäfts lediglich zum Ausdruck gebracht werden solle, dass alle Fälle eines Betriebsübergangs außerhalb der Gesamtrechtsnachfolge erfasst seien. Entscheidend für § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB ist das Einverständnis des Betriebserwerbers (also AÖR) mit der Übernahme der Organisationsgewalt. Das Einrücken in den Betrieb muss abgeleitet sein und darf sich nicht als Gesamtrechtsnachfolge bzw. durch Gesetz ergeben. Dort, wo die Aufgabenübertragung auf die AÖR jedenfalls nicht durch Gesetz und auch nicht im Wege der Gesamtrechtsnachfolge (z.B. Erbschaft oder Vorgänge nach dem Umwandlungsgesetz) erfolgt, stellt sie ein Rechtsgeschäft im Sinne der skizzierten Rechtsprechung dar.

Der „Betrieb“ iSd § 613a BGB wurde im Allgemeinen als Einheit von Betriebsmitteln charakterisiert, mit deren Hilfe ein Unternehmer zusammen mit seinen Mitarbeitern eine bestimmte, arbeitstechnische Zielsetzung verfolgt. Es kann daher keinem Zweifel unterliegen, dass z.B. das Grünflächenamt oder ein Bauhof einen (Teil-) Betrieb iSd § 613a BGB darstellen kann. Problematischer ist hingegen, unter welchen Voraussetzungen dieser Betrieb auf die AÖR übergeht im Sinne von § 613a BGB. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass der EuGH im Zusammenhang mit einem Betriebsübergang von einer übergehenden „wirtschaftlichen Einheit“ spricht. Je nachdem kann eine solche wirtschaftliche Einheit „im Substrat“ aus Arbeitnehmern oder Betriebsmitteln bestehen. Ob eine solche auf den Erwerber (AÖR) übergeht, hängt davon ab, ob dem Substrat eine personengeprägte Tätigkeit oder eine betriebsmittelgeprägte Tätigkeit zu Grunde liegt. Das muss im Einzelfall hinterfragt und geprüft werden; eine schematische Prüfung verbietet sich.

⁵ Vgl. dazu die Angaben in FN 2.

Beispiel: Bei den Arbeiten im Grünflächenamt stellt sich die Frage, wann vom Übergang einer wirtschaftlichen Einheit ausgegangen werden kann. Handelt es sich bei den Arbeiten und Tätigkeiten um eine personengeprägte Tätigkeit? Das ist dann der Fall, wenn das bestimmungsgemäße Arbeitsergebnis innerhalb der organisatorischen Einheit „Grünflächenamt“ (Pflege der öffentlichen Grünanlagen) schwerpunktmäßig durch den Einsatz menschlicher Arbeitskraft entsteht und den genutzten Betriebsmitteln (Rasenmäher, Trecker etc.) nur eine untergeordnete Rolle zukommt. Bejaht man die personengeprägte Tätigkeit, läge kein Betriebsübergang vor, wenn nicht der wesentliche Teil der Arbeitnehmer des Grünflächenamtes von der AÖR übernommen wird. Die AÖR bzw. die Körperschaft hätte es also in der Hand, das Vorliegen eines Betriebsübergangs zu gestalten, indem nicht alle Grünflächenmitarbeiter von der AÖR übernommen werden, sondern nur ein geringer Teil (z.B. bis maximal 20 %). Die restlichen Arbeitnehmer würden von der AÖR ggf. auf dem Arbeitsmarkt gesucht und dort „billiger eingekauft“. Die bei der Körperschaft verbleibenden Arbeitnehmer könnten dann Gefahr laufen, einer betriebsbedingten Kündigung „zum Opfer“ zu fallen. Schließlich hat die Körperschaft ja kein Betätigungsfeld „Grünflächen“ mehr.

Vielleicht würde man aber gestehen müssen, dass die Anzahl der Grünflächen in der Gemeinde in so kurzer Zeit nur deswegen so akkurat aufbereitet werden kann, weil die genutzten Betriebsmittel des Grünflächenamtes den erforderlichen Beschleunigungs- und Vereinfachungseffekt bei der „Arbeit am Grün“ gewährleisten, so dass die Entfaltung der menschlichen Arbeitskraft an diesen Betriebsmitteln in den Hintergrund tritt. Wäre dies so, spräche dies für eine betriebsmittelgeprägte Tätigkeit. Dann läge ein Betriebsübergang nur vor, wenn die AÖR auch die wesentlichen Betriebsmittel übernimmt, also die Mehrzahl der Rasenmäher, der Trecker etc. Dies hätte zur Folge, dass alle dem Grünflächenamt zugeordneten Arbeitnehmer von Gesetzes wegen (§ 613a BGB) auf die AÖR übergehen. Der aufmerksame Leser wird es bemerken: Auch bei der betriebsmittelgeprägten Tätigkeit ist der Betriebsübergang gestaltbar, mit anderen Worten: Wenn der Betriebsübergang vermieden werden soll, rät der Berater dem Dienstherrn, keine Betriebsmittel zu erwerben, sondern die AÖR mit eigenen oder eigens angeschafften Betriebsmitteln arbeiten zu lassen.

Hieran zeigt sich, dass die Gründung einer AÖR nebst Überführung von zuvor in öffentlicher Hand erledigter Tätigkeitsbereiche ein Betriebsübergang nach § 613a BGB sein kann, es aber nicht zwingend sein muss.

Der Knackpunkt: Nur wenn ein Betriebsübergang zu Grunde liegt, erfolgt die Absicherung der wesentlichen Rechte der Arbeitnehmer von Gesetzes wegen (§ 613a BGB). Liegt hingegen kein Betriebsübergang zu Grunde, verbleiben zahlreiche Einzelprobleme, wie z.B.:

- Keine Pflicht der AÖR zur Übernahme des erworbenen sozialen Besitzstandes der Arbeitnehmer,
- Wenn der Arbeitnehmer die schlechteren Konditionen der AÖR nicht akzeptieren möchte, läuft er Gefahr, bei seiner alten Dienststelle betriebsbedingt gekündigt zu werden, etc.
- Wenn die AÖR von den Aufgaben „lebt“, die sie z.B. von der Stadt übertragen bekommt: Wer sagt, dass die Stadt die Aufgaben der AÖR dauerhaft überträgt bzw. übertragen lässt? Vielleicht gibt es einen außenstehenden Dritten, der die Arbeiten zukünftig preiswerter erbringen kann? Warum sollte die Stadt die Arbeiten dann nicht dem Dritten übertragen? Vielleicht will die Stadt die Arbeiten aber auch zumindest in Teilen wieder selber erledigen. Was passiert dann mit den auf die AÖR übergegangenen Arbeitnehmern? Kann die AÖR diesen kündigen? Die gleiche Frage stellt sich, wenn die AÖR die Arbeiten selber an Dritte vergibt. Auf lange Sicht stellt sich dabei auch die Frage nach dem Insolvenzrisiko der AÖR und damit einem Risiko, mit dem die städtischen Arbeitnehmer in der Vergangenheit zeitlebens nicht konfrontiert waren.
- Was passiert, wenn aus der AÖR heraus weitere Betriebsübergänge geschehen? Stellt die AÖR für die betroffenen Arbeitnehmer nur eine Zwischenstation dar? Finden sich die Arbeitnehmer dann irgendwann in einer „Irgendwie“-GmbH wieder, die die Arbeitnehmer vor die Wahl stellt: entweder Kündigung oder Gehaltsminderung?

4. Die Rolle des Personalrats

Die obigen „Risiken und Nebenwirkungen“ werfen die Frage auf, welche Rolle der Personalrat im Zusammenhang mit der Errichtung der AÖR einnehmen kann. Sind seine Beteiligungsrechte so stark, dass er gegenüber dem Dienstherrn derart viel für die betroffenen Kollegen herausverhandeln kann, dass jeder Betroffene ruhigen Gewissens in die AÖR gehen kann?

Spätestens mit Lektüre dieses Beitrags ist jedes Personalratsmitglied – augenzwinkernd gemeint – „bösgläubig“, weiß also, welche Risiken drohen. In Kenntnis dieser Risiken sollte im Verhandlungsweg

gegenüber dem Arbeitgeber darauf gedrängt werden, die oben dargestellten „Risiken und Nebenwirkungen“ zu Gunsten der Betroffenen abzufangen.

Der rechtliche Ansatzpunkt für diese Zielvorstellung findet sich auf Bundesebene in den §§ 75 Abs. 3 Nr. 13, 78 Abs. 1 Nr. 2 BPersVG. Dabei ist darauf hinzuweisen, dass die Gründung einer AÖR nebst Überführung von Dienststellenteilen in diese AÖR regelmäßig eine Rationalisierungsmaßnahme im Sinne von § 75 Abs. 3 Nr. 13 BPersVG darstellt, in deren Folge der Personalrat einen Sozialplan verlangen kann. Den Verhandlungen dazu sollten unbedingt folgende Überlegungen vorangehen:

Was will der Personalrat erreichen?

Was sind die Ängste und Sorgen der Belegschaftsmitglieder?

Selbstverständlich wird jeder Personalrat und jede Belegschaft individuelle Bedürfnisse haben. Es gibt aber Ansatzpunkte, die jeder Personalrat und jede Belegschaft will:

Für die Betroffenen soll sich kein Beschäftigungsrisiko ergeben; diese sollen nicht arbeitslos werden (können?).

Im Wege des abgestuften Forderungskatalogs bei Verhandlungen zwischen Dienstherr und Personalrat könnte sich zur Erreichung dieses Ziels folgende Reihenfolge ergeben.

4.1 Gemeinschaftsdienststelle

Rein arbeitsrechtlich wäre es möglich, zwischen der (abgebenden) Körperschaft und der (aufnehmenden) AÖR eine gemeinsame Dienststelle (Gemeinschaftsdienststelle) zu vereinbaren. Dies ist in § 6 BPersVG geregelt. Dazu wäre erforderlich, dass zwischen der Körperschaft und der AÖR eine Art Führungsvereinbarung getroffen würde, also eine Absprache, nach der die wesentlichen Fragen die Belegschaft betreffend (Personelles, Soziales, Wirtschaftliches) zwischen der Leitung der Körperschaft und der Leitung der AÖR abgestimmt aufeinander einheitlich wahrgenommen würden. Die Variante des Gemeinschaftsbetriebs hätte den Vorteil, dass arbeitsrechtlich um die Körperschaft und die AÖR eine gemeinsame „arbeitsrechtliche Klammer“ gezogen würde - mit entsprechenden arbeitsrechtlichen Auswirkungen:

Im Fall von betriebsbedingten Kündigungen muss bekanntlich eine Sozialauswahl durchgeführt werden. Bei dieser dürfen keine „Äpfel mit Birnen“ verglichen werden, sondern nur Personen, die nach dem Inhalt des Arbeitsvertrags vergleichbare Tätigkeiten zu erbringen haben (Grundsatz der horizontalen Vergleichbarkeit; Kontrollfrage dabei immer: Ist ein „Ringtausch“ möglich?). Ferner ist die Sozialauswahl betriebsbezogen. Der „Betrieb“ in der Variante der Gemeinschaftsdienststelle sind dann die Körperschaft und die AÖR. Ohne Vereinbarung zur Gemeinschaftsdienststelle wäre die Körperschaft ein Betrieb und die AÖR ein Betrieb. Kurzum: Der „Topf“ der zu vergleichenden Arbeitnehmer ist bei der Gemeinschaftsdienststelle größer.

Bei betriebsbedingten Kündigungen muss geprüft werden, ob im Unternehmen eine freie Beschäftigungsmöglichkeit besteht. In der Variante der Gemeinschaftsdienststelle würde diese Prüfung AÖR-übergreifend unter Einbeziehung der Körperschaft geschehen.

Gegen die Idee der Gemeinschaftsdienststelle wird seitens des Dienstherrn in der Verhandlungssituation häufig eingewandt, dass die AÖR eine eigene Leitung bekommen soll, die frei und autonom agieren können soll. Man wolle einen klaren Schnitt, damit die Körperschaft entlastet und frei vom politischen Einfluss ist. Die Konstruktion der Gemeinschaftsdienststelle würde dieser Idee angeblich zuwiderlaufen.

4.2 Personalgestellung

Eine weitere Möglichkeit bietet die so genannte Personalgestellung, deren Grundlage in § 4 Abs. 3 TVöD geregelt ist. Die Personalgestellung geht in ihrer Rechtsfolge von allen in § 4 TVöD geregelten Formen des flexiblen Personaleinsatzes am weitesten. Sie ermöglicht den dauerhaften Personaleinsatz bei der AÖR. Dies verdeutlicht die Protokollerklärung zu § 4 Abs. 3, in der die Personalgestellung als die „auf Dauer angelegte Beschäftigung bei einem Dritten“ definiert ist. Hinzuzuweisen ist darauf, dass in der Gestellungsvariante der Arbeitnehmer bei der AÖR nur mit Aufgaben betraut werden darf, die er zuvor bei seinem Arbeitgeber ausgeübt hat. Da die AÖR die übertragene Aufgabe dauerhaft wahrnehmen soll,

bestehen auch keine Bedenken hinsichtlich des Merkmals „auf Dauer angelegt“. Das Tatbestandsmerkmal „auf Verlangen des Arbeitgebers“ verdeutlicht, dass es sich um ein einseitiges Anordnungsrecht des Arbeitgebers handelt. Wichtig: Anders als § 4 Abs. 1 und 2 TVöD kennt § 4 Abs. 3 TVöD keine Beteiligung des betroffenen Arbeitnehmers.

Mit Abstand betrachtet ist die Personalgestellung nichts anderes als Arbeitnehmerüberlassung. Die Körperschaft stellt der AöR die Arbeitnehmer und überträgt auch das arbeitgeberseitige Weisungsrecht auf sie. Die formale Arbeitgeberstellung verbleibt hingegen bei der Körperschaft. Umstritten ist, ob eine nach dem AÜG erforderliche Erlaubnis beantragt werden muss. Diskutiert wird dies vor dem Hintergrund des Merkmals „gewerblich“. Berücksichtigt man hingegen, dass die Rechtsprechung dieses Merkmal extensiv auslegt und nicht zwingend ein auf die Gewinnerzielung ausgerichtetes Streben erforderlich ist, dürfte von dem Erfordernis der Erlaubnis auszugehen sein.

Der Vorteil der Gestellungsvariante liegt in der Tatsache, dass das arbeitsrechtliche Band zwischen dem körperschaftlichen Arbeitnehmer und der Körperschaft nicht zerschnitten wird.

In der Verhandlungssituation werden gegenüber der Gestellungsvariante häufig die gleichen Argumente vom Dienstherrn gebracht wie gegenüber der Gemeinschaftsdienststelle: Klare Trennung der Verantwortlichkeiten und jeweilige Autonomie. Vor allem aber auch das Argument mit der nicht gewünschten „Zwei-Klassen-Gesellschaft“. Denn die AöR wird auf Dauer auch selber Personal einstellen. Dann würde die AöR zwei Gruppen von Arbeitnehmern haben – einerseits die gestellten Arbeitnehmer und andererseits die eigenen. Eine derartige Zwei-Klassen-Gesellschaft sei nicht gewollt.

Beispielhafte Oberpunkte in einem Personalgestellungsvertrag:

- Ausführungen zu Gegenstand, Zweck und Geltungsbereich des Vertrages,
- abschließende Auflistung der betroffenen Arbeitnehmer in einer Anlage zu dem Vertrag aufnehmen,
- sicherstellende Festschreibung, dass die Körperschaft die Vergütung zahlt, Lohnsteuer abführt und Sozialversicherungsbeiträge einbehält und abführt,
- Festlegungen zu Ausübung und Umfang des Weisungsrechts,
- Regelungen zur Beibehaltung von Aufgabenbereich und Arbeitsort der betroffenen Arbeitnehmer,
- Vorgehensweise bei Ausfall von gestellten Arbeitnehmern,
- Fortgeltung von Tarifverträgen, Dienstvereinbarungen, Regelungsabreden, Gesamtzusagen und sonstigen Arbeitsbedingungen,
- Verfahrensweise bei Fort- und Weiterbildungsmaßnahmen,
- ggf. Recht der AöR, von der Körperschaft die Abberufung von Arbeitnehmern nur dann zu verlangen, wenn ein wichtiger Grund i. S. d. § 626 BGB vorliegt, der zur außerordentlichen Kündigung berechtigt,
- Regelung über die weiterbestehende Zuständigkeit des Personalrats der Körperschaft für die gestellten Arbeitnehmer mit Zugangs- und Kontrollrechten,
- Regelung zur Haftung der Körperschaft für von gestellten Arbeitnehmern verursachte Schäden.

4.3 Personalüberleitungsvereinbarung

Das letzte Glied im Wege des abgestuften Vorgehens ist in der Variante der Personalüberleitungsvereinbarung zu sehen. Mittels dieser sollten die auf die AöR übergehenden Arbeitnehmer hinsichtlich ihrer Rechte möglichst gut abgesichert werden. Was darunter zu verstehen ist, ergibt sich aus einer spiegelbildlichen Betrachtung der o.g. „Risiken und Nebenwirkungen“. Im Einzelnen sollten folgende Aspekte geregelt werden:

- Ausführungen zu den rechtlichen Grundlagen der Übertragung (Gesellschaftsvertrag, Übernahmevertrag, rechtstechnische Ausgestaltung) sowie Gegenstand, Zweck und Geltungsbereich des Vertrages,
- Sicherstellung, dass § 613a BGB zur Anwendung kommt (mindestens analog), also Eintritt der AöR in die zum Stichtag bestehenden Arbeitsverhältnisse; evtl. Liste der betroffenen Arbeitnehmer als Anlage, Regelungen zur Unterrichtung der Arbeitnehmer nach § 613 a Abs. 5 Nr. 1 – 4 BGB nebst Hinweis auf ein Widerspruchsrecht der Arbeitnehmer und Regelungen zu Zeitpunkt und Form des Widerspruchs,

- Eintritt der AöR in die zum Stichtag bestehenden (Berufs-)Ausbildungsverhältnisse, Einsatz von Praktikanten, Zivildienstleistenden etc.; evtl. Liste der betroffenen Personen als Anlage,
- Anrechnung der beim übertragenden Rechtsträger zurückgelegten Beschäftigungszeiten,
- Einräumung eines Rückkehrrechts zur Körperschaft, z.B. im Sinne einer Erprobung durch den Arbeitnehmer, und/oder Rückübernahmeverpflichtung der Körperschaft bei bestimmten Ereignissen (Insolvenz⁶, Stilllegung, krankheitsbedingter Kündigung, Strukturveränderungen in der AöR, etc.),
- Festschreibung zur Beibehaltung des Aufgabenbereichs, des Tätigkeitsorts sowie der Arbeitszeitgestaltung,
- Anwendung von Tarifverträgen, Dienstvereinbarungen, Regelungsabreden, Gesamtzusagen,
- Verpflichtung der AöR zum Eintritt in den kommunalen Arbeitgeberverband,
- Festschreibung der bisher gewährten freiwilligen Sozialleistungen,
- Verpflichtung der AöR zur Beteiligung an der Versorgungsanstalt des Bundes und der Länder (VBL) oder einer anderen Zusatzversorgungskasse des öffentlichen Dienstes (ZVK),
- Übergangsmandat des Personalrats, Einleitung von Betriebsratswahlen,
- ggf. Ergänzung/Erweiterung der Mitbestimmung (z. B. Sozialplanpflicht – Verzicht auf Anwendung des § 112 a BetrVG; Tendenzschutz – Verzicht auf die Anwendung des § 118 BetrVG),
- ggf. Ausschluss betriebsbedingter Kündigungen für einen befristeten Zeitraum,
- (gesamtschuldnerische) Haftung des übertragenden und des übernehmenden Rechtsträgers,
- Verfahrensweise bei Fort- und Weiterbildungsmaßnahmen,
- Berücksichtigung der übergelassenen Arbeitnehmer bei Stellenausschreibungen der Körperschaft wie interne Bewerber.

4.4 Taktik-Tipp für die Verhandlungen

4.4.1 Kollektivwiderspruch?

In der Verhandlungssituation stellt sich die Frage, welche taktischen Möglichkeiten der Personalrat hat, um seine Positionen in der Vereinbarung durchzusetzen. Immer dann, wenn es um einen Betriebsübergang geht, also in der Variante der Personalüberleitung, stellt sich die Frage nach einem so genannten Kollektivwiderspruch. Darunter versteht man einen Widerspruch sämtlicher betroffener Arbeitnehmer gegen den Übergang auf die AöR. Rechtsfolge des Widerspruchs wäre, dass die Arbeitnehmer bei der Kommune verbleiben.

Die Androhung des Kollektivwiderspruchs bewirkt ein Verhandlungspfund, da der Dienstherr regelmäßig darauf angewiesen ist, „seine“ Arbeitnehmer auf die AöR übergehen zu lassen, damit auch diejenigen die Aufgaben in der AöR zukünftig erledigen, die diese Aufgaben in der Vergangenheit erledigt haben. Neue Arbeitnehmer müssten eingearbeitet werden und bringen nicht notwendigerweise die passende Sozialisation mit, so dass die Aufgabenübertragung nicht nahtlos zu verlaufen droht. Das ist nicht im Interesse der Kommune und auch nicht im Interesse der AöR.

Verschiedentlich ist gegen den Kollektivwiderspruch eingewandt worden, er sei rechtsmissbräuchlich und daher unerheblich. Dies wird in dieser Pauschalität aber nicht haltbar sein. Zwar hat das BAG in der Entscheidung vom 30. September 2004⁷ vertreten, dass ein kollektiver Widerspruch nach § 242 BGB rechtsmissbräuchlich und damit unwirksam sein kann, wenn er institutionell missbraucht wird und zur Erreichung unzulässiger Ziele dient. Von einer Missbräuchlichkeit wird aber nur dann ausgegangen, wenn kein schutzwürdiges Eigeninteresse zu Grunde liegt, der Widerspruch lediglich als Vorwand für die Erreichung vertragsfremder und unlauterer Zwecke dient, um so dem anderen einen Schaden zuzufügen. Übt eine Vielzahl von Arbeitnehmern das Widerspruchsrecht aus, kann sich demgemäß aus der Zweckrichtung der Widerspruchsausübung die Rechtsmissbräuchlichkeit nur daraus ergeben, wenn der Widerspruch nicht im Schwerpunkt auf die Verhinderung des Arbeitgeberwechsels abzielt, sondern beispielsweise von der Motivation getragen ist, den Betriebsübergang als solchen zu verhindern oder aber Vergünstigungen zu erzielen, auf die die Arbeitnehmer keinen Rechtsanspruch haben.

⁶ Insbesondere in Niedersachsen ergibt sich insoweit ein unklares Bild, weil dort auf die Anstaltslast und Gewährsträgerhaftung verzichtet wurde, vgl. § 113d NGO. Diese Sonderrolle erklärt sich durch einen Blick auf die europarechtlichen Vorgaben zur Beihilfe und die in 2005 damit einhergehende Abschaffung der Gewährsträgerhaftung und Anstaltslast bei Sparkassen als bisher einzige rechtsfähige Anstalt auf kommunaler Ebene. Unklar ist das Bild deswegen, weil diskutiert wird, ob die AöR in Niedersachsen insolvenzfähig ist. Das wäre für die auf die AöR übergehenden Mitarbeiter ein klarer Nachteil.

⁷ AP Nr. 275 zu § 613a BGB.

Merke: Diese Gesichtspunkte werden die betroffenen Arbeitnehmer und der Personalrat im Zuge der „passenden“ Kommunikation während der Verhandlungen zu beachten haben.

Dabei ist auch wichtig: Die Rechtsmissbräuchlichkeit der Widersprüche muss vom Dienstherrn bewiesen werden. Dieser Nachweis wird in der Praxis häufig schwierig zu erbringen sein.

Dem Einwand der Rechtsmissbräuchlichkeit eines Widerspruchs steht auch das brandneue Urteil des BAG vom 19. Februar 2009 (8 AZR 176/08) entgegen. Im dort entschiedenen Fall hatte ein Sparkassenmitarbeiter (Immobilienfachberater) einem Betriebsübergang auf eine ausgegliederte Tochter-GmbH (Vertriebs-GmbH) widersprochen. Er erklärte sich aber bereit, als Beschäftigter der Sparkasse bei der Tochter-GmbH im Wege der Personalgestaltung zu arbeiten. Fortan arbeitete er weiter wie bisher, nur eben für die Tochter-GmbH, wegen seines Widerspruchs aber als Arbeitnehmer der Sparkasse. Er hat also die Personalgestaltung faktisch „kalt“ durchgesetzt. Das BAG hielt die Ausübung des Widerspruchsrechts nicht für rechtsmissbräuchlich und sein Festhalten am Arbeitsverhältnis mit der Sparkasse nicht für treuwidrig. Auch mit der Arbeit für die Tochter-GmbH habe er sich nicht widersprüchlich verhalten.

4.4.2 Kündigung nach Widerspruch?

Nach dem Argument der Rechtsmissbräuchlichkeit begegnet dem Personalrat regelmäßig die Drohung des Arbeitgebers mit der betriebsbedingten Kündigung für den Fall, dass dem Betriebsübergang widersprochen würde. Dabei argumentiert der Arbeitgeber, dass in der Körperschaft durch die Aufgabenverlagerung auf die AÖR faktisch keine Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten für die widersprechenden Arbeitnehmer mehr bestünden. Dabei stellt sich die Frage: Ist die Kündigungsandrohung des Arbeitgebers, wenn Widerspruch erhoben wird, ein echtes Risiko oder nur „Verhandlungspoker“?

Dabei ist zunächst § 4 Abs. 2 Satz 2 TVöD zu beachten, wonach „gesetzliche Kündigungsrechte“ unberührt bleiben. Bei diesen gesetzlichen Kündigungsrechten gilt das so genannte Ultima-ratio-Prinzip. Hiernach muss der Arbeitgeber vor Ausspruch einer Kündigung mildere Maßnahmen prüfen. Konkret muss er prüfen, ob eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit in dem Betrieb oder einem anderen Betrieb innerhalb des Unternehmens besteht (§ 1 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 b KSchG). Das Problem daran ist, dass mit dem Begriff des „Unternehmens“ die Kommune als eigenständige Rechtspersönlichkeit gemeint ist. Die AÖR ist ein eigenes bzw. anderes Unternehmen.

Allein deswegen aber eine Kündigung nach erfolgtem Widerspruch automatisch für möglich zu halten, erschiene zu kurz gegriffen. Denn das Bundesarbeitsgericht nimmt in ständiger Rechtsprechung an⁸, dass bei besonderen Sachverhaltsgestaltungen Ausnahmefälle denkbar sind, in denen eine konzernweite Weiterbeschäftigungspflicht geboten ist. Voraussetzung hierfür ist, dass

- sich ein anderes Konzernunternehmen ausdrücklich zur Übernahme des Arbeitnehmers bereit erklärt hat oder
- sich seine Übernahmeverpflichtung unmittelbar aus dem Arbeitsvertrag oder anderen vertraglichen Absprachen ergibt oder
- der Arbeitnehmer nach dem Arbeitsvertrag von vornherein für den gesamten Unternehmens- oder Konzernbereich eingestellt wurde.

Bei solchen Situationen wird der Arbeitgeber als verpflichtet angesehen, zunächst eine Unterbringung des Arbeitnehmers in einem anderen Konzernbetrieb zu versuchen, bevor er dem Arbeitnehmer aus betriebsbedingten Gründen kündigt. Bei derartigen Fallgestaltungen hat der Arbeitnehmer einen vertraglichen Anspruch gegen seinen Arbeitgeber auf Verschaffung eines Arbeitsvertrages⁹.

Überträgt man diese Grundsätze auf die vorliegende Thematik, so geht es nichtmals darum, einen Anspruch auf Übernahme in die AÖR geltend zu machen. Letztlich geht es um weniger. Der Arbeitnehmer verlangt lediglich, dass der Arbeitgeber vor Ausspruch der Kündigung von dem Gestellungsrecht nach § 4 Abs. 3 TVöD Gebrauch macht. Insofern liegt es nahe, die Rechte, die der Arbeitgeber bei der Personalgestaltung nach § 4 Abs. 3 TVöD „in guten Zeiten“ hat, „in schlechten Zeiten“ unter Anwendung des Ultima-ratio-Grundsatzes umzumünzen in eine Pflicht, den

⁸ Vgl. bloß BAG v. 23.3.2006 – 2 AZR 162/05.

⁹ BAG v. 23.3.2006 – 2 AZR 162/05.

widersprechenden Arbeitnehmer in die AÖR zu stellen. Dies wird mindestens in solchen Fallgestaltungen anzunehmen sein, wo sich die Vertragssituation bzw. die geübte Praxis wie vorstehend beschrieben dargestellt hat.

Dies offenbart, dass es aus den vorerwähnten Gründen mit der arbeitgeberseitigen Drohung einer betriebsbedingten Kündigung nicht so weit her sein muss.

IV. Fazit

Die obigen Ausführungen haben gezeigt, dass die Errichtung einer AÖR nebst Überführung von Aufgaben und Arbeitnehmern „in“ die AÖR mit Risiken und Nebenwirkungen für die Arbeitnehmer und den Personalrat verbunden sein kann. Mit Hilfe des oben dargestellten Forderungskatalogs dürfte es hingegen im Verhandlungsweg gelingen, diese Risiken und Nebenwirkungen weitestgehend schmerzfrei zu halten.