

Aktuelle Probleme bei der Verhandlung von Personalüberleitungsverträgen

– zugleich Besprechung von BAG v. 26. August 2009 – 4 AZR 290/08
Dr. Magnus Bergmann, Münster*

In Privatisierungssachverhalten und anderen Fällen, in denen der Dienstherr Aufgaben auf einen Dritten verlagert, verhandelt der Personalrat mit dem Dienstherrn regelmäßig über den Abschluss eines Personalüberleitungsvertrags. Darin soll geregelt werden, mit welchen Konditionen die Mitarbeiter auf einen anderen Dienstherrn bzw. Arbeitgeber übergehen. Letztlich geht es darum, mit Hilfe des Personalüberleitungsvertrags dasjenige abzusichern, was im Vorfeld der Verhandlungen mehr oder minder vollmundig angepriesen wird, nämlich, dass sich angeblich für die Beschäftigten nichts ändern wird.

Typischerweise werden in Personalüberleitungsverträgen die Tätigkeiten der betroffenen Mitarbeiter beschreiben und abgesichert, deren Verdienst und deren sozialer Besitzstand (Dauer der Betriebszugehörigkeit, Anwendbarkeit Kündigungsschutzgesetz etc.), oft genug in direkter oder zumindest analoger Anwendung der Regelungen des Betriebsübergangs nach § 613a BGB. Ferner werden Aussagen zum Schicksal von Dienstvereinbarungen getroffen. Schließlich wird überlegt, wie bestimmte Positionen zum Dritten „mitgenommen“ werden können, die bei dem bisherigen Dienstherrn nur deswegen gewährt wurden, weil dieser Mitglied in einem Verband ist, etwa Fragen nach Eingruppierungen, Tariferhöhungen oder der Altersversorgung. Oft findet man daher Formulierungen wie:

„Der ... (Erwerber) verpflichtet sich, Mitglied des ... kommunalen Arbeitgeberverbandes zu werden und die bestehenden Tarifstrukturen fortzuführen.“

Hintergedanke einer solchen Regelung ist, auch für den neuen Dienstherrn bzw. Arbeitgeber und die Beschäftigten eine Tarifgebundenheit nach § 3 Abs. 1 TVG herbeizuführen, im vorliegenden Fall über den Weg eines so genannten Verbandstarifvertrags. Die Tarifgebundenheit des neuen Dienstherrn bzw. Arbeitgebers nach § 3 Abs. 1 TVG hat zur Folge, dass er verpflichtet ist, den Inhalt des Tarifvertrags anzuwenden, jedenfalls gegenüber solchen Mitarbeitern, die ihrerseits Mitglied in derjenigen Gewerkschaft sind, die mit dem Arbeitgeberverband den entsprechenden Tarifvertrag geschlossen hat. Häufig genug differenziert der Arbeitgeber nicht zwischen „Gewerkschaftsmitglied“ und „Nicht-Gewerkschaftsmitglied“. Denn unabhängig davon, dass ihm regelmäßig nicht bekannt ist, ob ein Mitarbeiter Gewerkschaftsmitglied ist, wird er den nicht organisierten Mitgliedern die gleichen Leistungen wie den organisierten Mitgliedern freiwillig gewähren, um den nicht organisierten keinen Anreiz zu geben, in die Gewerkschaft einzutreten. Dabei spricht man von einer „Gleichstellung“ der nicht organisierten Mitarbeiter mit den organisierten, also den Gewerkschaftsmitgliedern. Die Aufnahme von Formulierungen wie der vorstehenden in Personalüberleitungsverträgen ist langjährige Praxis.

Verstoß gegen negative Koalitionsfreiheit durch Mitgliedszwang!

Das Bundesarbeitsgericht hat nun in einer relativ neuen Entscheidung vom 26. August 2009¹ feststellt, dass eine derartige Formulierung wegen Verstoßes gegen Art. 9 Abs. 3 Satz 1 GG unwirksam ist. Konsequenz dessen ist, dass die betroffenen Mitarbeiter gegenüber dem neuen Dienstherrn bzw. Arbeitgeber keine Rechte geltend machen können, wenn der dieser sich nicht an die Verpflichtungen aus dem Personalüberleitungsvertrag halten sollte, also nicht Mitglied in einem bestimmten Verband geworden oder geblieben ist und deswegen für bestimmte Leistungen keine Anspruchsgrundlage vorhanden ist.

Zur Begründung stellte das Bundesarbeitsgericht heraus, wie hoch das Schutzgut des Grundrechts der Koalitionsfreiheit aus Art. 9 Abs. 3 Satz 1 GG sei. Die Koalitionsfreiheit schließe das Recht des Dienstherrn bzw. Arbeitgebers ein, einer Koalition (z.B. einem Arbeitgeberverband) fern zu bleiben oder aus ihr auszutreten. Man spricht dabei von einer so genannten negativen Koalitionsfreiheit.² Diese Freiheit darf nicht eingeschränkt werden. Eine solche Einschränkung wird aber schon darin gesehen, wenn mit einem Dienstherrn bzw. Arbeitgeber eine Verpflichtung eingegangen wird, dass dieser von der negativen Koalitionsfreiheit dauerhaft keinen Gebrauch machen darf. Dem entsprechend sind solche Verpflichtungen nach dem Bundesarbeitsgericht nichtig. Dabei ist es gleichgültig, in welcher Form eine solche Verpflichtung eingegangen wird (Dienstvereinbarung, Personalüberleitungsvertrag, Tarifvertrag etc.).

Für künftige Verhandlungen zum Personalüberleitungsvertrag stellt sich also die Frage, wie die gewünschten Folgen aus der Verbandsmitgliedschaft des neuen Dienstherrn bzw. Arbeitgebers erreicht werden können, ohne dass der Erwerber verpflichtet wird, Mitglied in einem kommunalen Arbeitgeberverband zu werden oder zu bleiben.

Lösung: schuldrechtliche Zusicherung des Erwerbers?

Ruft man sich in Erinnerung, dass die Wirkung von Tarifverträgen nicht nur durch jeweilige Mitgliedschaft im Verband, sondern auch durch so genannte Bezugnahme Klauseln im Arbeitsvertrag erreicht werden kann, könnte darin möglicherweise die Lösung für das Problem zu sehen sein. Es stellt sich die Frage, ob der Erwerber in dem Personalüberleitungsvertrag die Verpflichtung übernehmen könnte, den in Betracht kommenden Tarifvertrag „dynamisch“ anzuwenden. Sprich: Jede Änderung im Tarifwerk würde vom Erwerber gegenüber den betroffenen Mitarbeitern weitergereicht. Dabei handelt es sich um eine Verpflichtung rein schuldrechtlicher Art. Selbstverständlich

* Dr. Magnus Bergmann, Rechtsanwalt/Fachanwalt für Arbeitsrecht, Kanzlei Budke Bergmann Artmann-Eichler, Münster, mail to info@anwalt-bergmann.com, www.anwalt-bergmann.com

¹ 4 AZR 290/08, in dieser Ausgabe der ZfPR auf S. 68.
² BAG v. 19. 9. 2006 – 1 ABR 2/06 = DB 2007, 120.

müsste diese Formulierung hinreichend präzise sein.

Untauglich wäre etwa die Formulierung: „Der Erwerber übernimmt die Beschäftigten im Rahmen der Gesetze und führt deren Arbeitsverträge unverändert fort.“

Tauglich erscheint demgegenüber folgende Formulierung: „Der Erwerber wendet den Tarifvertrag X gegenüber den übergeleiteten Beschäftigten auch zukünftig im jeweils gültigen Stand an. Dies gilt unabhängig von seiner persönlichen Mitgliedschaft in einem Arbeitgeberverband und unabhängig von der Mitgliedschaft des Arbeitnehmers in einer Gewerkschaft.“

Verstoß gegen negative Koalitionsfreiheit durch bloße Verpflichtung?

Dabei stellt sich aber die Frage, ob nicht auch diese rein schuldrechtliche Verpflichtung faktisch gegen die negative Koalitionsfreiheit verstößt. In diesem Zusammenhang gerät die Diskussion um die Tariftreueerklärung nach dem Berliner Vergabegesetz für die Vergabe öffentlicher Bauaufträge in Erinnerung. Dabei durften öffentliche Aufträge nur an Unternehmen vergeben werden, die sich verpflichtet haben, hinsichtlich der Entlohnung der Arbeitnehmer ein bestimmtes tarifliches Lohnniveau nicht zu unterschreiten (faktisch = Festlegung von Mindestlöhnen). Kein geringerer als der Bundesgerichtshof³ sah in der Berliner Tariftreueerklärung einen Verstoß gegen die negative Koalitionsfreiheit und legte die Frage dem Bundesverfassungsgericht vor. Das Bundesverfassungsgericht folgte dieser Einschätzung nicht. Es stellte im entschiedenen Fall darauf ab, dass die Entgeltabreden nicht kraft staatlicher Geltungsanordnung Inhalt der Arbeitsverträge der bei der Auftragsdurchführung eingesetzten Mitarbeiter wurden, sondern erst nach schuldrechtlicher Umsetzung

der Tariftreueverpflichtung durch den Arbeitgeber. Dies stelle keinen Grundrechtsverstoß dar.⁴

Wendet man dies auf die hier vorliegende Thematik an, so stellt die schuldrechtliche Verpflichtung des Erwerbers, bestimmte Tarifverträge dynamisch anzuwenden, keinen Verstoß gegen die negative Koalitionsfreiheit dar. Mit dieser Wertung hat man immerhin das Bundesverfassungsgericht auf seiner Seite und jüngst sogar auch das Bundesarbeitsgericht, welches sich der Meinung anschloss.⁵

Fazit

Bei zukünftigen Verhandlungen zu einem Personalüberleitungsvertrag läuft der Personalrat Gefahr, eine nichtige Verpflichtung zu handeln, wenn in dem Vertrag festgeschrieben wird, dass der Erwerber Mitglied im Arbeitgeberverband wird oder bleibt. Deshalb kommt in Betracht, bei Festschreibung einer solchen Verpflichtung zusätzlich eine so genannte Salvatorische Klausel am Ende des Personalüberleitungsvertrags einzubauen, wonach im Falle der Unwirksamkeit einzelner Regelungen nicht der gesamte Vertrag nichtig sein soll, sondern der nichtige Teil durch eine Regelung ersetzt wird, die dem Festgeschriebenen bzw. gewünschten Ergebnis am nächsten kommt. Im Zuge einer solchen „Rückfallklausel“ hätte dann der Erwerber die Pflicht, den bestimmten Tarifvertrag schuldrechtlich zur Anwendung gelangen zu lassen. Ein Verstoß gegen Grundrechte kann darin nicht gesehen werden.

Gleiches gilt für die Situation, in der von vornherein nur die schuldrechtliche Verpflichtung zur Anwendung eines bestimmten Tarifvertrags mit aufgenommen wird, ohne die Pflicht festzuschreiben, Mitglied im Arbeitgeberverband zu werden oder zu bleiben.

³ BGH Kartellsenat, Vorlagebeschluss v. 18. 1. 2000 – KVR 23/98, DB 2000, 465.

⁴ BVerfG, Beschl. v. 11. 7. 2006 – 1 BvL 4/00, NZA 2007, 42.
⁵ BAG, Urteil v. 23. 9. 2009 – 4 AZR 331/08, NZA 2010, 513.

Formerfordernisse bei der Verweigerung der Zustimmung durch den Personalrat

Dr. Michael Matthiessen, Greifswald*

I. Überblick

Nach § 69 Abs. 1, 2 BPersVG muss der Leiter der Dienststelle vor der Durchführung von mitbestimmungspflichtigen Maßnahmen hierfür die Zustimmung der Personalvertretung einholen. Dies gilt gem. § 75 Abs. 1 Nr. 1, 2, 3 BPersVG etwa bei beabsichtigten Einstellungen, Ein- und Umgruppierungen, Versetzungen und anderen personellen Einzelmaßnahmen sowie bei den in § 75 Abs. 2, 3 BPersVG aufgezählten sozialen und sonstigen Maßnahmen. Sofern die Maßnahme Beamte betrifft, ergeben sich weitgehend ähnliche Mitbestimmungsrechte aus der Parallelvorschrift des § 76 BPersVG. Daneben beste-

hen in den in §§ 78, 79, 80 BPersVG Mitwirkungsrechte der Personalvertretung, bei denen eine geplante Maßnahme zwar nicht der vorherigen Zustimmung des Personalrats bedarf, aber nach der entsprechenden Verfahrensvorschrift des § 72 Abs. 1, 2 BPersVG mit ihm zu erörtern ist, wobei der Personalrat Einwendungen erheben kann. Entsprechende Regelungen finden sich auch in den einzelnen Landespersonalvertretungsgesetzen.

In allen Fällen, in denen der Personalrat die Zustimmung zu derartigen Maßnahmen verweigern bzw. Einwendungen erheben will, stellt sich die Frage, in welcher Form dies zu erfolgen hat. Keinem gesetzlichen Formzwang unterliegt dabei nur das Erheben von Einwendungen in den Fällen der Mitwirkung. Insoweit verweist § 72 Abs. 2 Satz 3 BPersVG nur auf § 69 Abs. 2 Satz 6 BPersVG, nicht aber auf Satz 5 dieser Vorschrift, welcher für die Verweigerung der Zustimmung in Mitbestimmungsfällen ausdrücklich die Schriftform an-

* Dr. Michael Matthiessen ist als Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht in der Kanzlei Speckin, Dembski & Partner in Greifswald tätig.