

**2 Sa 1013/11**  
2 Ca 16317/10  
(ArbG München)

Verkündet am: 26.04.2012

Souli  
Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle



## **Landesarbeitsgericht München**

Im Namen des Volkes

### **URTEIL**

In dem Rechtsstreit

C.  
C-Straße, A-Stadt

- Klägerin, Berufungsbeklagte und Anschlussberufungsklägerin -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte Dr. D.  
D-Straße, D-Stadt

gegen

Firma A.

A-Straße, A-Stadt

- Beklagte, Berufungsklägerin und Anschlussberufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte:

B.  
B-Straße, B-Stadt

hat die 2. Kammer des Landesarbeitsgerichts München auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 26. April 2012 durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht Waitz und die ehrenamtlichen Richter Braun und Zinda

für Recht erkannt:

- 1. Auf die Berufung der Beklagten und unter Zurückweisung ihrer Berufung im Übrigen wird das Endurteil des Arbeitsgerichts München vom 28.09.2011 – 2 Ca 16317/10 – dahingehend abgeändert, dass die Ziffern 1 bis 6 entfallen.**
- 2. Auf die Anschlussberufung der Klägerin wird das oben genannte Endurteil wie folgt abgeändert und ergänzt:**

**Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin einen Betrag i.H.v. € 35,92 brutto nebst gesetzlicher Zinsen hieraus seit dem 31.12.2010 zu bezahlen.**

**Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin einen Betrag i.H.v. € 35,16 brutto nebst gesetzlicher Zinsen hieraus seit dem 31.01.2011 zu bezahlen.**

**Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin einen Betrag i.H.v. € 36,10 brutto nebst gesetzlicher Zinsen hieraus seit dem 28.02.2011 zu bezahlen.**

**Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin einen Betrag i.H.v. € 35,64 brutto nebst gesetzlicher Zinsen hieraus seit dem 31.03.2011 zu bezahlen.**

**Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin einen Betrag i.H.v. € 35,87 brutto nebst gesetzlicher Zinsen hieraus seit dem 30.04.2011 zu bezahlen.**

**Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin einen Betrag i.H.v. € 37,62 brutto nebst gesetzlicher Zinsen hieraus seit dem 31.05.2011 zu bezahlen.**

**Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin einen Betrag i.H.v. € 35,45 brutto nebst gesetzlicher Zinsen hieraus seit dem 30.06.2011 zu bezahlen.**

**Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin einen Betrag i.H.v. € 35,61 brutto nebst gesetzlicher Zinsen hieraus seit dem 31.07.2011 zu bezahlen.**

**Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin einen Betrag i.H.v. € 35,61 brutto nebst gesetzlicher Zinsen hieraus seit dem 31.08.2011 zu bezahlen.**

**Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin einen Betrag i.H.v. € 36,47 brutto nebst gesetzlicher Zinsen hieraus seit dem 30.09.2011 zu bezahlen.**

**Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin einen Betrag i.H.v. € 36,47 brutto nebst gesetzlicher Zinsen hieraus seit dem 31.10.2011 zu bezahlen.**

**Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin einen Betrag i.H.v. € 35,98 brutto nebst gesetzlicher Zinsen hieraus seit dem 30.11.2011 zu bezahlen.**

**Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin einen Betrag i.H.v. € 37,65 brutto nebst gesetzlicher Zinsen hieraus seit dem 31.12.2011 zu bezahlen.**

**Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin einen Betrag i.H.v. € 36,60 brutto nebst gesetzlicher Zinsen hieraus seit dem 31.01.2012 zu bezahlen.**

**Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin einen Betrag i.H.v. € 36,17 brutto nebst gesetzlicher Zinsen hieraus seit dem 29.02.2012 zu bezahlen.**

- 3. Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt die Beklagte.**
- 4. Die Revision für die Beklagte wird zugelassen.**

## **Tatbestand:**

Die Klägerin macht gegenüber der Beklagten als Übernehmerin eines Städtischen Krankenhauses geltend, dass auf das Arbeitsverhältnis der Parteien weiterhin das Tarifrecht des öffentlichen Dienstes (TVöD/VKA) dynamisch anzuwenden sei und ihr deshalb die entsprechenden Tarifentgelterhöhungen ab Januar 2010 zustünden. Im Wege der Hilfs-Widerklage mit gestaffelten Anträgen begehrt die Beklagte dagegen die Feststellung der Beendigung eines im Zusammenhang mit der Betriebsübernahme mit der vorigen Arbeitgeberin abgeschlossenen Personalüberleitungsvertrages.

Die Klägerin ist auf der Grundlage eines Arbeitsvertrages vom 27.07.2000 (Anl. K 1, Bl. 8 d. A.), abgeschlossen mit der Stadt A-Stadt als Rechtsvorgängerin der Beklagten, im ehemals von dieser betriebenen Städtischen Krankenhaus A-Stadt als Krankenschwester beschäftigt. In § 2 dieses Arbeitsvertrages ist bestimmt:

*“Das Arbeitsverhältnis bestimmt sich nach dem Bundes-Angestellentarifvertrag (BAT) vom 23. Februar 1961 und den diesen ergänzenden, ändernden oder ersetzenden Tarifverträgen in der für den Bereich der Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände (VKA) jeweils geltenden Fassung, insb. SR 2y BAT. Außerdem finden die im Bereich des Arbeitgebers jeweils geltenden sonstigen einschlägigen Tarifverträge Anwendung. Ungeachtet der in Nr. 7 SSR 2 y BAT enthaltenen Regelungen kann das Arbeitsverhältnis nach § 21 Abs. 4 BErzGG gekündigt werden.“*

Mit Wirkung zum 01.01.2002 übernahm die Beklagte von der Stadt A-Stadt das Städtische Krankenhaus, das die Stadt A-Stadt zuvor als Kommunalen Eigenbetrieb geführt hatte. In diesem Zusammenhang schlossen die Stadt A-Stadt und die Beklagte am 12.11.2001 einen Personalüberleitungsvertrag (Anlage K 3, Bl. 13 ff d.A.), der u.a. bestimmt:

### **„Präambel**

#### **Allgemeine Bestimmungen/Gegenstand der Vereinbarung**

2. ...

*Dieser Vertrag regelt in Ergänzung und Konkretisierung des § 613 a BGB die arbeitsrechtlichen Fragen des Übergangs der Beschäftigten des Städt. Kranken-*

haus A-Stadt unter Einschluss der Berufsfachschule im Rahmen der Maßnahmen nach Satz 1.

3. Soweit dieser Vertrag Ansprüche Dritter (insbesondere der Beschäftigten, des Personalrats, des künftigen Betriebsrats) regelt, sind sich die Vertragsparteien darüber einig, dass der begünstigte Dritte hierdurch unwiderruflich selbst das Recht eingeräumt bekommt, von der jeweils ihm gegenüber verpflichteten Vertragspartei unmittelbar Erfüllung verlangen zu können.

...

**Teil 1**  
**Angestellte, Arbeiter und Auszubildende**

**§ 1**  
**Übergang der Arbeitsverhältnisse**

...

- (3) A sichert zu, dass sich die Arbeits- bzw. Ausbildungsverhältnisse der Arbeitnehmer weiterhin aus dem Bundes-Angestelltentarifvertrag (BAG) vom 23. Februar 1961 - einschließlich der einschlägigen Sonderregelungen - sowie den, den BAT ergänzenden, ändernden oder ersetzenden Tarifverträgen in der für den Bereich der Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände (VKA) jeweils geltenden Fassung und dem Bundesmanteltarifvertrag für Arbeiter gemeindlicher Verwaltungen und Betriebe (BMT-G II) und den diesen ergänzenden, ändernden oder ersetzenden Tarifverträgen in ihrer jeweils geltenden Fassung ergeben, sowie den Tarifvertrag zur Regelung der Rechtsverhältnisse der Schülerinnen/Schüler, die nach Maßgabe des Krankenpflegegesetzes ausgebildet werden, anzuwenden.
- (4) Die Verpflichtungen enden erst, wenn ein anderes Tarifmodell entsprechend den Voraussetzungen gemäß § 1 Abs. 11 dieses Personalüberleitungsvertrages vereinbart wird.
- (5) Die tarifliche Bindung aus den Absätzen 1, 2 und 3 gilt auch für die nach dem Übernahmestichtag einzustellenden Arbeitnehmer.

...

- (11) Die bestehende Tarifbindung aus § 1 Abs. 3 kann frühestens ab dem 01.01.2007 und dann erst nach einer Beendigung der Mitgliedschaft im kommunalen Arbeitgeberverband Bayern (KAV) beendet werden, wenn mehr als 50 % der zum geplanten Beendigungszeitpunkt beschäftigten Angestellten und Arbeiter für die Ablösung stimmen und in Bezug auf die Einführung eines neuen Tarifs ein den dann geltenden gesetzlichen Bestimmungen entsprechendes Verfahren zur Ablösung des Tarifs eingehalten wird.

Eine Ablösung kann bereits ab dem 1.1.2005 erfolgen, wenn unter sonst gleichen Voraussetzungen des § 1 Abs. 11, 1. Unterabsatz 1, mindestens 66 % der zum geplanten Beendigungszeitpunkt beschäftigten Angestellten und Arbeiter für die Ablösung stimmen.

...

**§ 3**  
**Mitgliedschaft im KAV und**  
**Zusatzversorgung bei der ZVK der Bayerischen Gemeinden**

- (1) *A wird ordentliches Mitglied beim Kommunalen Arbeitgeberverband Bayern. A wird für die in Anlage 1 namentlich aufgeführten Mitarbeiter sowie die künftig neu einzustellenden Mitarbeiter das Tarifrecht des öffentlichen Dienstes, nach Maßgabe der Satzung des KAV für die Dauer der Mitgliedschaft, anwenden. § 1 Abs. 11 bleibt unberührt.*

...

**Teil 2**  
**Beamte**

...

**Teil 3**  
**Ergänzende Bestimmungen**

...

**§ 8**  
**Bestandteil der Arbeits- und Ausbildungsverträge**

- (1) *Soweit in dieser Vereinbarung Ansprüche Dritter (insbesondere der Beschäftigten) geregelt sind, sind sich die Vertragsparteien darüber einig, dass der begünstigte Dritte hierdurch unwiderruflich selbst das Recht eingeräumt bekommt, von der jeweils ihm gegenüber verpflichteten Vertragspartei unmittelbar Erfüllung verlangen zu können.*
- (2) *Dieser Personalüberleitungsvertrag wird Bestandteil eines jeden mit den betroffenen Mitarbeitern/Mitarbeiterinnen und den Vertragsparteien bereits abgeschlossenen und fernerhin abzuschließenden Einzelarbeitsvertrages. Der Personalüberleitungsvertrag ist vom Personalrat, A und der Kommune zu unterschreiben und den Arbeitnehmern auszuhändigen.*

...“

Der Personalüberleitungsvertrag war auch vom damaligen Personalratsvorsitzenden unterschrieben.

Die Stadt A-Stadt unterrichtete die im übertragenen Städtischen Krankenhaus beschäftigten und vom Betriebsübergang auf die Beklagte betroffenen Arbeitnehmer mit Informationsschreiben vom 09.11.2001 (Anl. K 2, Bl. 9 ff d. A.) über die Gründe für den Betriebsübergang, dessen Rechtsfolgen, die erfolgte Absicherung der Arbeitnehmerrechte durch den Personalüberleitungsvertrag sowie die Möglichkeit eines Widerspruchs gegen den Betriebsübergang.

Nach dem Informationsschreiben war diesem der Personalüberleitungsvertrag beigelegt.

Die Beklagte trat mit Wirkung zum 2002 dem Kommunalen Arbeitgeberverband Bayern bei und wandte seit diesem Zeitpunkt auf die bei ihr beschäftigten Arbeitnehmer den Bundes-Angestelltentarifvertrag in der für den Bereich der VKA geltenden Fassung (BAT-VKA) bzw. seit 1.10.2005 den TVöD-VKA an.

Mit zwei Schreiben vom 28.06.2006 (Anl. B 1 und B 2, Bl. 125 und 126 d. A.) kündigte die Beklagte ihre Mitgliedschaft beim Kommunalen Arbeitgeberverband Bayern e. V. zum 31.12.2006 und beantragte die Gastmitgliedschaft zum 01.01.2007. Mit Schreiben vom 16.06.2008 (Anl. B 6, Bl. 130 f d. A.) kündigte die Beklagte gegenüber der Stadt A-Stadt den Personalüberleitungsvertrag. Mit weiterem Schreiben ebenfalls vom 16.06.2008 an den Betriebsrat (Anl. B 7, Bl. 132 f d. A.) kündigte die Beklagte vorsorglich auch diesem gegenüber den Personalüberleitungsvertrag.

In einem gerichtlichen Verfahren über die Wirksamkeit der Kündigung gegenüber dem Betriebsrat wurden die Anträge des Betriebsrats wegen fehlender Antragsbefugnis als unzulässig zurückgewiesen (Beschluss des Landesarbeitsgerichts München vom 11.08.2010, 11 TaBV 3/10; Anl. B 15, Bl. 185 f d. A.).

Bis einschließlich 2009 gab die Beklagte die für den öffentlichen Dienst vereinbarten Tariflohnerhöhungen an die Arbeitnehmer, die bereits beim Betriebsübergang beschäftigt waren, weiter. Ab 2010 leistete sie diese Tariflohnerhöhungen nicht mehr.

Am 03.02.2010 schloss die Beklagte mit dem Betriebsrat des Städtischen Krankenhauses A-Stadt eine „Regelungsabrede über die Arbeitsbedingungen für die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer der A. [E]“ (Anl. B 10, Bl. 139 ff d. A.), nebst Überleitungsregeln hierzu (Anl. B 11, Bl. 172 ff d. A.), die u.a. Vergütungs- und Eingruppierungsbestimmungen enthält. Die Klägerin lehnte das Angebot der Beklagten vom 17.02.2010 (Anl. B 12, Bl. 179 ff d. A.) zum Wechsel in das „E“ ab.

Die Klägerin ist der Auffassung, die Tarifverträge des öffentlichen Dienstes, insbesondere der TVöD-VKA, seien weiterhin in der jeweils geltenden Fassung auf ihr Arbeitsverhältnis anzuwenden. Die im Personalüberleitungsvertrag geregelte dynamische Bezugnahme auf diese Tarifverträge sei Inhalt des Arbeitsvertrages geworden. Die Kündigung des Personalüberleitungsvertrages gegenüber der Stadt A-Stadt sei unwirksam. Sie hat schon in erster Instanz die Nachzahlung der 1,2 %-igen Tariferhöhung zum 1.1.2010 für Januar bis November 2010 begehrt. Außerdem hat sie die Feststellungen beantragt, dass die Tarifverträge des öffentlichen Dienstes in der für den Bereich der VKA jeweils geltenden Fassung auf das Arbeitsverhältnis Anwendung finden und die Kündigungen des Personalüberleitungsvertrages unwirksam sind. Schließlich hat sie Hilfsanträge gestellt, nach denen die Beklagte verurteilt werden soll, der Klägerin Angebote auf Änderung des Arbeitsvertrages anzubieten.

Dagegen ist die Beklagte der Auffassung, auf das Arbeitsverhältnis der Klägerin seien ab 2007 die Tarifverträge des öffentlichen Dienstes nicht mehr anwendbar. Weder aus dem Arbeitsvertrag der Klägerin noch aus dem Personalüberleitungsvertrag ergebe sich eine Verpflichtung zur Anwendung dieser Tarifverträge. Der Personalüberleitungsvertrag sei wirksam gekündigt worden. Etwaige Ansprüche der Klägerin auf eine arbeitsvertragliche Einbeziehung der Regelungen im Personalüberleitungsvertrag zur Anwendbarkeit des Tarifvertrages seien verjährt. Mit gestaffelten Klageanträgen hat die Beklagte Feststellungen begehrt, dass der Personalüberleitungsvertrag durch die Kündigung der Beklagten vom 16.6.2008 gegenüber der Stadt A-Stadt am 31.12.2010 bzw. zu späteren Zeitpunkten endete.

Mit Endurteil vom 28.9.2011 hat das Arbeitsgericht wie folgt erkannt.

1. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin einen Betrag i.H.v. € 34,91 (i.W.: Vierunddreißig 91/100 EURO ) brutto nebst gesetzlicher Zinsen hieraus seit dem 31.01.2010 zu bezahlen.
2. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin einen Betrag i.H.v. € 36,77 (i.W.: Sechsdreißig 77/100 EURO ) brutto nebst gesetzlicher Zinsen hieraus seit dem 28.02.2010 zu bezahlen.
3. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin einen Betrag i.H.v. € 35,40 (i.W.: Fünfunddreißig 40/100 EURO) brutto nebst gesetzlicher Zinsen hieraus seit dem 31.03.2010 zu bezahlen.



4. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin einen Betrag i.H.v. € 35,01 (i.W.: Fünfunddreißig 01/100 EURO) brutto nebst gesetzlicher Zinsen hieraus seit dem 30.04.2010 zu bezahlen.
5. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin einen Betrag i.H.v. € 36,40 brutto (i.W.: Sechsdreißig 40/100 EURO) nebst gesetzlicher Zinsen hieraus seit dem 31.05.2010 zu bezahlen.
6. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin einen Betrag i.H.v. € 36,19 brutto (i.W.: Sechsdreißig 19/100 EURO) nebst gesetzlicher Zinsen hieraus seit dem 30.06.2010 zu bezahlen.
7. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin einen Betrag i.H.v. € 36,54 (i.W.: Sechsdreißig 54/100 EURO) brutto nebst gesetzlicher Zinsen hieraus seit dem 31.07.2010 zu bezahlen.
8. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin einen Betrag i.H.v. € 35,49 brutto (i.W.: Fünfunddreißig 49/100 EURO) nebst gesetzlicher Zinsen hieraus seit dem 31.08.2010 zu bezahlen.
9. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin einen Betrag i.H.v. € 35,07 brutto (i.W.: Fünfunddreißig 07/100 EURO) nebst gesetzlicher Zinsen hieraus seit dem 30.09.2010 zu bezahlen.
10. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin einen Betrag i.H.v. € 35,28 brutto (i.W.: Fünfunddreißig 28/100 EURO) nebst gesetzlicher Zinsen hieraus seit dem 31.10.2010 zu bezahlen.
11. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin einen Betrag i.H.v. € 36,44 brutto (i.W.: Sechsdreißig 44/100 EURO) nebst gesetzlicher Zinsen hieraus seit dem 30.11.2010 zu bezahlen.
12. Es wird festgestellt, dass die Tarifverträge des öffentlichen Dienstes (derzeit der TVöD) einschließlich der einschlägigen Sonderregelungen sowie den den TVöD ergänzenden, ändernden oder ersetzenden Tarifverträgen in der für den Bereich der Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände (VKA) jeweils geltenden Fassung auf das Arbeitsverhältnis Anwendung finden.
13. Im Übrigen werden die Klage und die Widerklage als unzulässig abgewiesen.
14. Von den Kosten des Rechtsstreits haben die Klägerin 1/8 und die Beklagte 7/8 zu tragen.

Das Arbeitsgericht hat seine Entscheidung damit begründet, ein Anspruch auf dynamische Weitergeltung des den BAT ersetzenden TVöD/VKA sei zwar nicht bereits durch die arbeitsvertragliche Inbezugnahme des BAT begründet worden, denn insoweit handle es sich um eine Gleichstellungsabrede. Die dynamische Anwendbarkeit des TVöD sei jedoch

von den Parteien konkludent vereinbart und damit Vertragsinhalt geworden. Dies ergebe sich zwar nicht unmittelbar aus dem Personalüberleitungsvertrag, da es sich dann um einen unzulässigen Vertrag zu Lasten Dritter handle. Durch den Personalüberleitungsvertrag sei jedoch eine Berechtigung der Arbeitnehmer begründet worden, von der Beklagten künftig die Anwendung der jeweiligen Tarifregelungen des öffentlichen Dienstes in der Fassung VKA verlangen zu können, was sich aus dessen Auslegung ergebe. Durch die von der Klägerin vorbehaltlos angenommene Weitergabe der Tariflohnerhöhung im Jahr 2007 sei die dynamische Einbeziehung des Tarifvertrages konkludent zwischen den Parteien vereinbart worden. Nach den Regelungen des Personalüberleitungsvertrages würde die dynamische Einbeziehung des TVöD erst enden, wenn mehr als 50 % der zum geplanten Beendigungszeitpunkt beschäftigten Angestellten und Arbeiter für diese Ablösung stimmten. Diese Voraussetzung sei nicht erfüllt, da nach dem eigenen Vortrag der Beklagten eine Abstimmung nicht durchgeführt worden sei. Die einschlägigen Bestimmungen des Personalüberleitungsvertrages seien auch nicht als Gleichstellungsabrede auszulegen. Auf die Wirksamkeit der Kündigung des Personalüberleitungsvertrages gegenüber der Stadt A-Stadt komme es nicht an, da die dynamische Verweisung auf den TVöD Vertragsinhalt geworden sei. Darüber hinaus könne der Personalüberleitungsvertrag nicht wirksam gekündigt werden, denn er sehe keine ordentliche Kündigungsmöglichkeit vor. § 624 BGB gelte nur für Dienstverhältnisse, eine analoge Anwendung sei nicht möglich. Eine Kündigungsmöglichkeit ergebe sich auch nicht aus §§ 138, 242 BGB. Die Beklagte könne sich nicht auf eine Beeinträchtigung ihrer Koalitionsfreiheit infolge des Ausschlusses der Möglichkeit einer ordentlichen Kündigung berufen, da die Koalitionsfreiheit durch freiwillige vertragliche Vereinbarungen nicht unzulässig eingeschränkt werde. Auf die Frage, ob der schuldrechtliche Anspruch der Klägerin gegen die Beklagte, mit ihr die dynamische Bezugnahme der im Personalüberleitungsvertrag 2001 genannten Tarifwerke zu vereinbaren, verjährt sei, komme es nicht an, da die Parteien im Jahr 2007 die dynamische Einbeziehung der TVöD vereinbart hätten, ohne dass die Beklagte sich damals auf eine etwaige Verjährung des Anspruchs berufen hätte. Damit sei auch der zulässig gestellte Feststellungsantrag begründet, während die Widerklageanträge mangels Feststellungsinteresses unzulässig seien, da die Wirksamkeit und ein etwaiger Beendigungsstermin des Personalüberleitungsvertrages für das Arbeitsverhältnis der Parteien keine Rolle spielten.

Wegen weiterer Einzelheiten des erstinstanzlichen Sachvortrags der Parteien, der gestellten Anträge sowie der Begründung des Arbeitsgerichts wird auf das angefochtene Urteil Bezug genommen. Gegen dieses den Beklagtenvertretern am 19.10.2011 zugestellte Endurteil richtet sich die Berufung der Beklagten vom 15.11.2011, die am 17.1.2012 begründet worden ist, nachdem die Berufungsbegründungsfrist bis zum 18.1.2012 verlängert worden war.

Nach Ansicht der Beklagten hat das Arbeitsgericht zu Unrecht einen Anspruch der Klägerin auf dynamische Tarifierhebung bejaht. Den Parteien des Personalüberleitungsvertrages sei es niemals um eine arbeitgeberverbandsaustrittsfeste tarifliche Dynamik in alle Ewigkeit gegangen, sondern allenfalls um eine Anwendung der VKA-Tarifverträge für den Zeitraum der Tarifbindung aufgrund der Mitgliedschaft der Beklagten im Kommunalen Arbeitgeberverband Bayern. Trotz Beendigung ihrer Tarifbindung zum 31.12.2006 habe sie sich die Beklagte aufgrund des zu diesem Zeitpunkt ungekündigt bestehenden Personalüberleitungsvertrages verpflichtet gefühlt, die während der Laufzeit des Personalüberleitungsvertrages erfolgten Tarifierhöhungen an alle ihre Mitarbeiter weiterzugeben. Erst aufgrund der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 22.04.2009 (4 ABR 14/08) habe sie erstmals rechtssicher davon ausgehen können, dass sie nicht verpflichtet sei, allein auf der Grundlage der Regelung in Teil 1 § 1 Abs. 3 Personalüberleitungsvertrag Tarifierhöhungen dynamisch an die Mitarbeiter weitergeben zu müssen. Sie habe jedoch weder gegenüber der Klägerin noch gegenüber anderen Mitarbeitern zu irgendeinem Zeitpunkt ein ggf. konkludentes Angebot auf zukünftige dynamische Fortführung des TVöD/VKA abgegeben, sondern Tarifierhöhungen nur aufgrund eines bestehenden Anspruchs der Arbeitnehmer oder in der falschen Annahme, dass diesen ein solcher Anspruch zustehe, weitergegeben. Eine Verpflichtung zur dynamischen Anwendung der Tarifverträge ergebe sich weiter nicht aus dem Personalüberleitungsvertrag, denn dieser sei wirksam gekündigt worden. Schon im Vertrag sei eine Kündigungsmöglichkeit angelegt. Jedenfalls sei durch den Abschluss der Regelungsabrede vom 03.02.2010 die Tarifbindung wirksam beendet worden. Zum 20.04.2011, ebenso zum Stand 01.01.2012, seien von diesem „E“ mehr als 50 % der bei der Beklagten beschäftigten Mitarbeiter im nicht-ärztlichen Bereich erfasst gewesen, da diese den ihnen angebotenen Änderungsvertrag bzw. einen neuen Arbeitsvertrag unterzeichnet hätten, was einer Abstimmung gleichkomme. Hätten die Parteien des Personalüberleitungsvertrages bei dessen Abschluss

gewusst, dass die damals bestehende Tarifgemeinschaft von ver.di und Marburger Bund bezüglich der Ärzte auseinanderbrechen und es in Zukunft zu unterschiedlichen Tarifverträgen für das ärztliche und das nichtärztliche Personal kommen werde, wäre die nach Teil 1 § 1 Abs. 11 Personalüberleitungsvertrag für eine Tarifbeendigung erforderliche Mehrheit auf die jeweilige Personengruppe (Ärzte oder Nichtärzte), nicht jedoch auf die gesamte Mitarbeiterzahl der Beklagten bezogen worden.

Gegen eine konkludente Vereinbarung bzw. betriebliche Übung auf dynamische Tarifanwendung spreche, dass nach ständiger Rechtsprechung des BAG ein nichttarifgebundener Arbeitgeber sich grundsätzlich nicht den Tarifvertragsvereinbarungen der Verbände unterwerfen wolle und ein, auch vermeintlicher, Normvollzug das Zustandekommen eines konkludenten Vertrages ausschließe. Jedenfalls wären etwaige Ansprüche der Klägerin auf dynamische Tarifweitergabe verjährt, verwirkt und aufgrund der tariflichen Ausschlussfrist verfallen. Dagegen sei die Widerklage zulässig und begründet, da deren Sachdienlichkeit gegeben sei, ebenso ein Feststellungsinteresse bestehe und aufgrund der Sittenwidrigkeit eines Ausschlusses der Kündigung die sonst gegebenen Ewigkeitsbindung der Beklagten zumindest zu irgendeinem in der Zukunft liegenden Zeitpunkt beendet werden müsse.

Die Beklagte beantragt:

1. *Das Urteil des Arbeitsgerichts München vom 28.09.2011 (Az.: 2 Ca 16317/10) wird abgeändert.*
2. *Die Klage wird abgewiesen.*

Hilfsweise für den Fall des Unterliegens mit dem Antrag zu 2:

3. *Es wird festgestellt, dass der am 12.11.2001 geschlossene Personalüberleitungsvertrag samt den beiden Nachträgen vom 23.11.2001 durch die Kündigung der Beklagten vom 16.06.2008 gegenüber der Stadt A-Stadt am 31.12.2010 endet.*

4. *Es wird festgestellt, dass der am 12.11.2001 geschlossene Personalüberleitungsvertrag samt den beiden Nachträgen vom 23.11.2001 durch die Kündigung der Beklagten vom 16.06.2008 gegenüber der Stadt A-Stadt am 31.12.2012 endet.*
5. *Es wird festgestellt, dass der am 12.11.2001 geschlossene Personalüberleitungsvertrag samt den beiden Nachträgen vom 23.11.2001 durch die Kündigung der Beklagten vom 16.06.2008 gegenüber der Stadt A-Stadt am 31.12.2014 endet.*
6. *Es wird festgestellt, dass der am 12.11.2001 geschlossene Personalüberleitungsvertrag samt den beiden Nachträgen vom 23.11.2001 durch die Kündigung der Beklagten vom 16.06.2008 gegenüber der Stadt A-Stadt am 31.12.2018 endet.*
7. *Es wird festgestellt, dass der am 12.11.2001 geschlossene Personalüberleitungsvertrag samt den beiden Nachträgen vom 23.11.2001 durch die Kündigung der Beklagten vom 16.06.2008 gegenüber der Stadt A-Stadt am 31.12.2021 endet.*
8. *Es wird festgestellt, dass der am 12.11.2001 geschlossene Personalüberleitungsvertrag samt den beiden Nachträgen vom 23.11.2001 durch die Kündigung der Beklagten vom 16.06.2008 gegenüber der Stadt A-Stadt am 31.12.2024 endet.*
9. *Es wird festgestellt, dass der am 12.11.2001 geschlossene Personalüberleitungsvertrag samt den beiden Nachträgen vom 23.11.2001 durch die Kündigung der Beklagten vom 16.06.2008 gegenüber der Stadt A-Stadt am 31.12.2027 endet.*
10. *Es wird festgestellt, dass der am 12.11.2001 geschlossene Personalüberleitungsvertrag samt den beiden Nachträgen vom 23.11.2001 durch*

*die Kündigung der Beklagten vom 16.06.2008 gegenüber der Stadt A-Stadt beendet worden ist/endet.*

Der Klägerin beantragt,

*die Berufung zurückweisen.*

Sie ist der Auffassung, das Arbeitsgericht habe zu Recht das Zustandekommen einer konkludenten Vereinbarung der Parteien über die dynamische Weitergeltung der einschlägigen tariflichen Regelungen des öffentlichen Dienstes angenommen. Die Beklagte habe bereits der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 20.4.2005 (4 AZR 292/04) entnehmen können, dass der Personalüberleitungsvertrag keinen automatischen Anspruch der Arbeitnehmer begründe. Der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 22.4.2009 (4 ABR 14/08) habe sie die Unwirksamkeit des Personalüberleitungsvertrages nicht entnehmen können, denn nach dieser Entscheidung könne in einem Personalüberleitungsvertrag wirksam zu Gunsten der erfassten Arbeitnehmer ein Anspruch begründet werden, die dynamische Geltung von Tarifverträgen mit der Arbeitgeberin zu vereinbaren. Es sei nicht ersichtlich, warum eine konkludente Vertragsänderung ausgeschlossen sein soll, nur weil sich die Beklagte zur Weitergabe der Tariflohnerhöhung verpflichtet gefühlt hat. Für die Klägerin sei das Verhalten der Beklagten jedenfalls auf den Personalüberleitungsvertrag zurückzuführen gewesen. Die Klägerin habe die Tariflohnerhöhung nur so verstehen können, dass sich die Beklagte an dem Personalüberleitungsvertrag halten und den Arbeitsvertrag dahingehend ändern will, dass die Dynamik bis zu einer anders lautenden Abstimmung bestehen bleiben soll. Ihr Anspruch sei nicht nach § 1 Abs. 11 des Personalüberleitungsvertrages gegenstandslos geworden. Es werde bestritten, dass mehr als 50 % der relevanten Mitarbeiter nach dem sog. „Tölzer Modell“ behandelt werden. Jedenfalls sei keine nach dem Personalüberleitungsvertrag erforderliche Abstimmung erfolgt. Die tatsächliche Handhabung ersetze keine Abstimmung. Die Beklagte habe ursprünglich selbst eine formale Abstimmung für erforderlich gehalten. Erst nachdem sie diese Abstimmung mit 75,6 % verloren habe, habe sie sich einer anderen Auslegung des Personalüberleitungsvertrages besonnen. Wenn der Personalüberleitungsvertrag eine Möglichkeit regle, die Anwendbarkeit des TVÖD zu beenden, sei kein Grund ersichtlich, der

Beklagten eine weitere, im Vertrag nicht geregelte Kündigungsmöglichkeit einzuräumen. Für die Widerklage fehle es an einem Rechtsschutzbedürfnis.

Mit der Berufungserwiderung hat die Klägerin Anschlussberufung eingelegt und die Klage um Zahlungsansprüche für die Monate Dezember 2010 bis Februar 2012 erweitert. Sie trägt vor, die begehrten Beträge würden sich aus der Differenz zwischen der ihr gezahlten Vergütung und der sich aus den Tariferhöhungen im öffentlichen Dienst ergebenden Vergütung berechnen.

Die Klägerin stellt folgende Anträge:

1. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin einen Betrag i.H.v. € 34,91 (i.W.: Vierunddreißig 91/100 EURO )brutto nebst gesetzlicher Zinsen hieraus seit dem 31.01.2010 zu bezahlen.
2. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin einen Betrag i.H.v. € 36,77 (i.W.: Sechsdreißig 77/100 EURO ) brutto nebst gesetzlicher Zinsen hieraus seit dem 28.02.2010 zu bezahlen.
3. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin einen Betrag i.H.v. € 35,40 (i.W.: Fünfunddreißig 40/100 EURO) brutto nebst gesetzlicher Zinsen hieraus seit dem 31.03.2010 zu bezahlen.
4. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin einen Betrag i.H.v. € 35,01 (i.W.: Fünfunddreißig 01/100 EURO) brutto nebst gesetzlicher Zinsen hieraus seit dem 30.04.2010 zu bezahlen.
5. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin einen Betrag i.H.v. € 36,40 brutto (i.W.: Sechsdreißig 40/100 EURO) nebst gesetzlicher Zinsen hieraus seit dem 31.05.2010 zu bezahlen.
6. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin einen Betrag i.H.v. € 36,19 brutto (i.W.: Sechsdreißig 19/100 EURO) nebst gesetzlicher Zinsen hieraus seit dem 30.06.2010 zu bezahlen.
7. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin einen Betrag i.H.v. € 36,54 (i.W.: Sechsdreißig 54/100 EURO) brutto nebst gesetzlicher Zinsen hieraus seit dem 31.07.2010 zu bezahlen.
8. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin einen Betrag i.H.v. € 35,49 brutto (i.W.: Fünfunddreißig 49/100 EURO) nebst gesetzlicher Zinsen hieraus seit dem 31.08.2010 zu bezahlen.

9. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin einen Betrag i.H.v. € 35,07 brutto (i.W.: Fünfunddreißig 07/100 EURO) nebst gesetzlicher Zinsen hieraus seit dem 30.09.2010 zu bezahlen.
10. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin einen Betrag i.H.v. € 35,28 brutto (i.W.: Fünfunddreißig 28/100 EURO) nebst gesetzlicher Zinsen hieraus seit dem 31.10.2010 zu bezahlen.
11. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin einen Betrag i.H.v. € 36,44 brutto (i.W.: Sechsenddreißig 44/100 EURO) nebst gesetzlicher Zinsen hieraus seit dem 30.11.2010 zu bezahlen.
12. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin einen Betrag i.H.v. € 35,92 (i.W.: fünfunddreißig 92/100 EURO )brutto nebst gesetzlicher Zinsen hieraus seit dem 31.12.2010 zu bezahlen.
13. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin einen Betrag i.H.v. € 35,16 (i.W.: Fünfunddreißig 16/100 EURO ) brutto nebst gesetzlicher Zinsen hieraus seit dem 31.01.2011 zu bezahlen.
14. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin einen Betrag i.H.v. € 36,10 (i.W.: Sechsenddreißig 10/100 EURO) brutto nebst gesetzlicher Zinsen hieraus seit dem 28.02.2011 zu bezahlen.
15. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin einen Betrag i.H.v. € 35,64 (i.W.: Fünfunddreißig 64/100 EURO) brutto nebst gesetzlicher Zinsen hieraus seit dem 31.03.2011 zu bezahlen.
16. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin einen Betrag i.H.v. € 35,87 brutto (i.W.: Fünfunddreißig 87/100 EURO) nebst gesetzlicher Zinsen hieraus seit dem 30.04.2011 zu bezahlen.
17. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin einen Betrag i.H.v. € 37,62 brutto (i.W.: Siebenunddreißig 62/100 EURO) nebst gesetzlicher Zinsen hieraus seit dem 31.05.2011 zu bezahlen.
18. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin einen Betrag i.H.v. € 35,45 (i.W.: Fünfunddreißig 45/100 EURO) brutto nebst gesetzlicher Zinsen hieraus seit dem 30.06.2011 zu bezahlen.
19. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin einen Betrag i.H.v. € 35,61 brutto (i.W.: Fünfunddreißig 61/100 EURO) nebst gesetzlicher Zinsen hieraus seit dem 31.07.2011 zu bezahlen.
20. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin einen Betrag i.H.v. € 35,61 brutto (i.W.: Fünfunddreißig 61/100 EURO) nebst gesetzlicher Zinsen hieraus seit dem 31.08.2011 zu bezahlen.



21. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin einen Betrag i.H.v. € 36,47 brutto (i.W.: Sechsenddreißig 47/100 EURO) nebst gesetzlicher Zinsen hieraus seit dem 30.09.2011 zu bezahlen.
22. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin einen Betrag i.H.v. € 36,47 brutto (i.W.: Sechsenddreißig 47/100 EURO) nebst gesetzlicher Zinsen hieraus seit dem 31.10.2011 zu bezahlen.
23. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin einen Betrag i.H.v. € 35,98 (i.W.: Fünfunddreißig 98/100 EURO )brutto nebst gesetzlicher Zinsen hieraus seit dem 31.01.2010 zu bezahlen.
24. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin einen Betrag i.H.v. € 37,64 (i.W.: Siebenunddreißig 64/100 EURO ) brutto nebst gesetzlicher Zinsen hieraus seit dem 31.12.2011 zu bezahlen.
25. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin einen Betrag i.H.v. € 36,60 (i.W.: Sechsenddreißig 60/100 EURO) brutto nebst gesetzlicher Zinsen hieraus seit dem 31.01.2012 zu bezahlen.
26. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin einen Betrag i.H.v. € 36,17 (i.W.: Sechsenddreißig 17/100 EURO) brutto nebst gesetzlicher Zinsen hieraus seit dem 29.02.2012 zu bezahlen.

Die Beklagte beantragt,

die Anschlussberufung zurückzuweisen.

Sie bestreitet nicht, dass sich die mit der Klageerweiterung geltend gemachten Differenzbeträge aus den Tarifierhöhungen im öffentlichen Dienst ergeben.

Wegen weiterer Einzelheiten des Sachvortrags der Parteien im Berufungsverfahren wird auf die Schriftsätze der Beklagten vom 17.1., 3.2. und 17.4.2012 sowie der Klägerin vom 23.3.2012 Bezug genommen, außerdem auf die Sitzungsniederschrift vom 26.4.2012.

## **Entscheidungsgründe:**

Die Berufung der Beklagten ist zulässig, aber nur begründet, soweit es um die von der Klägerin geltend gemachten Vergütungsdifferenzen für die Monate Januar bis Juni 2010 geht (Ziffern 1 – 6 des angefochtenen Urteils). Insoweit sind die Ansprüche nach § 37 Abs. 1 TVöD verfallen. Die Anschlussberufung der Klägerin ist zulässig und begründet. Im Einzelnen gilt folgendes.

### I.

#### Berufung der Beklagten

1. Die Berufung der Beklagten ist zulässig. Sie ist statthaft und wurde form- und fristgerecht eingelegt und begründet (§§ 64 Abs. 2 b, 66 Abs. 1, 64 Abs. 6 ArbGG, 519, 520 ZPO).

2. Die Berufung ist unbegründet, soweit es um die vom Arbeitsgericht zugesprochenen Vergütungsdifferenzen für die Monate Juli bis November 2010 geht (Ziff. 7 bis 11 des angefochtenen Urteils) und soweit das Arbeitsgericht die Anwendbarkeit der Tarifverträge des öffentlichen Dienstes festgestellt hat (Ziff. 12 des angefochtenen Urteils). Das Arbeitsgericht hat zu Recht angenommen, dass die dynamische Anwendung der Tarifverträge des öffentlichen Dienstes Inhalt des Vertrages der Parteien geworden ist. Damit war die Beklagte verpflichtet, die für die Zeit ab 1.1.2010 für den öffentlichen Dienst vereinbarten Tarifierhöhungen an die Klägerin weiter zu geben.

a) Die Zahlungsansprüche für die Monate Juli bis November 2010 sind begründet.

Die Differenzbeträge, die die Klägerin mit ihren Klageanträgen 2 bis 11 geltend macht, ergeben sich unstreitig aus den Entgelttarifverträgen für den öffentlichen Dienst im Bereich der kommunalen Arbeitgeber (VKA).

Die Anwendung dieser Tarifverträge beruht auf Teil 1 § 1 Abs. 3 des Personalüberleitungsvertrages in Verbindung mit der Erklärung der Klägerin, dass sie die Erfüllung der dort geregelten Verpflichtung verlangt, die jedenfalls in der Klage vom 28.12.2010 liegt. Dadurch ist die dynamische Anwendung der Tarifverträge des öffentlichen Dienstes Inhalt des Arbeitsvertrages der Parteien geworden.

1. In Teil 1 § 1 Abs. 3 des Personalüberleitungsvertrages sichert die Beklagte zu, dass sich die Arbeitsverhältnisse weiterhin aus dem BAT sowie den diesen ergänzenden, ändernden oder ersetzenden Tarifverträgen in der für den Bereich der Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände (VKA) jeweils geltenden Fassung ergeben. Soweit der Personalüberleitungsvertrag Ansprüche Dritter, insbesondere der Beschäftigten regelt, wird den begünstigten Dritten das Recht eingeräumt, von der jeweils ihnen gegenüber verpflichteten Vertragspartei unmittelbar Erfüllung zu verlangen (Ziff. 3 der Präambel und Teil 3 § 8 Abs. 1). Insoweit handelt es sich bei dem Personalüberleitungsvertrag um einen wirksamen Vertrag zu Gunsten Dritter i.S.v. § 328 Abs. 1 BGB. Die Unwirksamkeit der Zusicherung in Teil 1 § 1 Abs. 3 ergibt sich nicht daraus, dass Tarifverträge in der Regel auch Pflichten des Arbeitnehmers begründen, die nicht ohne Weiteres im Sinne einer Gesamtbetrachtung von begünstigenden und benachteiligenden Regelungen außer Acht gelassen werden können, und Tarifverträge auch zu Lasten der Arbeitnehmer geändert werden können. Zwar kann die Möglichkeit einer solchen Verschlechterung dazu führen, dass die Verpflichtung zur dynamischen Tarifierung in einem Personalüberleitungsvertrag zu einem unzulässigen Vertrag zu Lasten Dritter wird (BAG vom 22.4.2009 – 4 ABR 14/08 – NZA 2009, 1286, Rn 34). Es ist allerdings möglich, einem Dritten in dem Vertrag, der zu seinen Gunsten geschlossen wird, eine Verpflichtung der Gestalt aufzuerlegen, dass er das Recht nur erwirbt, wenn eine Verpflichtung übernimmt. Wenn also den Mitarbeitern im Personalüberleitungsvertrag ein Wahlrecht eingeräumt wird, kann es sich um einen berechtigenden Vertrag zu Gunsten Dritter i.S.v. § 328 Abs. 1 BGB handeln (BAG vom 22.4.2009 – aaO – Rn 35; Hessisches Landesarbeitsgericht vom 2.9.2011 – 3 Sa 1606/10 – Juris, Rn 77).

Hier ergibt eine Auslegung des Personalüberleitungsvertrages nach §§ 133, 157 BGB, dass den auf die Beklagte übergegangenen Mitarbeitern die dynamische Weitergeltung des BAT einschließlich der ihn ergänzenden, ändernden oder ersetzenden Tarifverträge nicht aufgezwungen wird. Ziff. 3 der Präambel und § 8 des dritten Teils räumen den Arbeitnehmern das Recht ein, von der Beklagten als Partei des Personalüberleitungsvertrages die Einhaltung der Bestimmungen dieses Vertrages zu verlangen. Damit wird hinreichend deutlich, dass die Mitarbeiter auch davon absehen können, die Erfüllung der Verpflichtungen zu verlangen. Auch das Wort „Zusicherung“ in Teil 1 § 1 Abs. 3 bringt zum Ausdruck, dass die Mitarbeiter das Zugesicherte in Anspruch nehmen, aber auch davon Abstand nehmen können.

2. Die Zusicherung der Beklagten im Personalüberleitungsvertrag bezieht sich auf eine dynamische Einbeziehung der angesprochenen Tarifregelungen, ohne zeitliche Begrenzung und unabhängig von einer (fort-)bestehenden Mitgliedschaft der Beklagten im Kommunalen Arbeitgeberverband Bayern.

Die Parteien des Personalüberleitungsvertrages haben mehrfach die „klassische“ Diktion für die übliche dynamische vertragliche Tarifbezugnahme - entsprechend der ebenso gebräuchlichen Regelung in § 2 des Arbeitsvertrages der Klägerin mit der Stadt A-Stadt vom 12.05.1987 - gebraucht, dass auf die genannten Tarifverträge „in ihrer jeweils geltenden Fassung“ Bezug genommen ist. Diese Wortwahl enthält damit die Gewährleistung der dynamischen Einbeziehung der verwiesenen Tarifregelungen (vgl. BAG, U. v. 23.02.2011 - 4 AZR 439/09 - Rz. 32, m. w. N.).

Die Bestimmungen des Personalüberleitungsvertrages enthalten keine zeitliche Begrenzung für die dynamische Tarifierstellung, sondern nur die Möglichkeit der Ablösung nach Teil 1 § 1 Abs. 11.

Schließlich ist die Dynamik nicht etwa bedingt durch die (fort-)bestehende Mitgliedschaft der Beklagten im Kommunalen Arbeitgeberverband Bayern. Zum Zeitpunkt des Abschlusses des Personalüberleitungsvertrages am 12.11.2001 bestand eine solche Mitgliedschaft noch nicht. Wenn in Teil 1 § 3 Abs. 1 geregelt ist, dass die Beklagte ordentliches Mitglied

im Kommunalen Arbeitgeberverband Bayern wird, so bedeutet dies nicht, dass die dynamische Anwendung der Tarifverträge nur durch die Mitgliedschaft der Beklagten im Arbeitgeberverband umgesetzt werden sollte. Würde man das annehmen, wäre Teil 1 § 1 Abs. 3 überflüssig. Außerdem ist die dort geregelte Zusicherung von einer Tarifbindung zu unterscheiden. Schließlich geht Teil 1 § 1 Abs. 11 davon aus, dass die Zusicherung in § 1 Abs. 3 mit einer Beendigung der Mitgliedschaft im Kommunalen Arbeitgeberverband nicht endet, sondern hierzu weitere Voraussetzungen erforderlich sind, insbesondere eine Abstimmung über die Ablösung (s.a. BAG vom 23.02.2011 – 4 AZR 439/09, aaO Rn 35).

Die Parteien des Personalüberleitungsvertrages wollten mit diesem Vertrag sicherstellen, dass für die vom Betriebsübergang auf die Beklagte betroffenen Arbeitnehmer eine über die gesetzlichen Rechtswirkungen des § 613 a BGB hinausreichende dauerhafte, dynamische und von einer Verbandsmitgliedschaft der Beklagten als Betriebsübernehmerin unabhängige Anwendung der jeweils einschlägigen Tarifverträge des öffentlichen Dienstes begründet wird, bis zur Ablösung des Personalüberleitungsvertrages durch ein „anderes Tarifmodell“ gemäß der Regelungen in Teil 1 § 1 Abs. 4 und Abs. 11 Personalüberleitungsvertrag (s.u.).

3. Die Zusicherung in Teil 1 § 1 Abs. 3 des Personalüberleitungsvertrages ist nicht deshalb entfallen, dass die Beklagte den Personalüberleitungsvertrag am 16.6.2008 zum 31.12.2008 gegenüber der Stadt A-Stadt kündigte. Die Berufungskammer teilt die überzeugend begründete Auffassung des Arbeitsgerichts, dass die Kündigung jedenfalls gegenüber der Klägerin unwirksam ist (ebenso LAG München vom 29.3.2012 – 4 Sa 997/11 - S. 25 ff).

Entgegen der Ansicht der Beklagten spricht die Nicht-Normierung eines Rechts zur ordentlichen Kündigung im Personalüberleitungsvertrag gegen ein Kündigungsrecht. Die Regelungen des Personalüberleitungsvertrages bringen den Willen der Vertragsparteien zum Ausdruck, die dynamische Weitergeltung des Tarifrechts des öffentlichen Dienstes in den Arbeitsverträgen sicherzustellen und eine Ersetzung der „bestehenden Tarifbindung“ allein durch ein „anderes Tarifmodell“ zu ermöglichen (Teil 1 § 1 Abs. 11).

Der Ausschluss einer ordentlichen Kündigung des Personalüberleitungsvertrags ist auch nicht gemäß §§ 138, 242 BGB sittenwidrig, wie die Beklagte weiter geltend machen will.

Dass dadurch, wie sie behauptet, in unvertretbarer Weise ihre „wirtschaftliche Bewegungsfreiheit und Selbstständigkeit eingeschränkt“ und ein „massiver Wettbewerbsnachteil“ gegeben wären, hat die Beklagte, wie bereits das Arbeitsgericht ausgeführt hat, nicht substantiiert begründet.

Außerdem weist das Arbeitsgericht zu Recht darauf hin, dass die Beklagte sich bei Erwerb des Städtischen Krankenhauses A-Stadt im Personalüberleitungsvertrag dieser gegenüber bewusst zu einer sehr weitgehenden, für die Stadt als vorige Krankenhausträgerin erkennbar politisch motivierten Festschreibung u. a. der dynamischen Weitergeltung des Tarifrechts des öffentlichen Dienstes verpflichtet hat. Die Beklagte wusste, worauf sie sich einließ und was dies bedeutete, auch langfristig. Der Versuch, sich hiervon nach einigen Jahren wieder lösen zu wollen, kann eher als unzulässige Rechtsausübung angesehen werden wie angenommen werden kann, eine langfristige Bindung verstoße gegen § 242 BGB. Gegen eine Kündigungsmöglichkeit spricht schließlich, dass der Personalüberleitungsvertrag ein Verfahren zur Ablösung der dynamischen Bindung an die Tarifverträge des öffentlichen Dienstes regelt.

Im Personalüberleitungsvertrag wurde als einzige Möglichkeit der Lösung vom dort in Bezug genommenen Tarifrecht des öffentlichen Dienstes dessen Ersetzung durch ein „anderes Tarifmodell“ vereinbart (Teil 1 § 1 Abs. 3 i. V. m. Abs. 11). Dass und weshalb dies rechtlich nicht zulässig sein soll, wie die Beklagte geltend macht, vermag die Berufungskammer nicht zu erkennen.

Weiter hat das Arbeitsgericht zutreffend darauf hingewiesen, dass dies auch nicht etwa die negative Koalitionsfreiheit der Beklagten (Art. 9 Abs. 3 GG) beeinträchtigt. Zwar ist der dauerhafte Ausschluss der Möglichkeit, aus einem Arbeitgeberverband auszutreten, nicht mit der durch Art. 9 Abs. 3 geschützten negativen Koalitionsfreiheit vereinbar (BAG vom 19.09.2006 – 1 ABR 2/06 – NZA 2007, 277). Darum geht es hier jedoch nicht. Der tatsächlich erfolgte Austritt der Beklagten aus dem Kommunalen Arbeitgeberverband Bayern e.V. zeigt, dass die im Personalüberleitungsvertrag von der Beklagten gegenüber der vo-

rigen Arbeitgeberin schuldrechtlich eingegangene Verpflichtung zur dynamischen Weiteranwendung der Tarifverträge des öffentlichen Dienstes nicht mit einem Ausschluss der Möglichkeit, aus einem Arbeitgeberverband auszutreten, gleichzusetzen ist. Die von der Beklagten aus freien Stücken eingegangene Verpflichtung ist vielmehr wirksam, zumal – wie ausgeführt – Teil 1 § 1 Abs. 3 i.V.m. Abs. 11 des Personalüberleitungsvertrages eine Möglichkeit regelt, die Dynamik abzulösen.

Die Möglichkeit einer ordentlichen Kündigung des Personalüberleitungsvertrages, mit welcher Kündigungsfrist auch immer, ergibt sich weiter nicht aus § 624 BGB, da - wie auch das Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein im Urteil vom 01.04.2009 (6 Sa 409/08) überzeugend ausgeführt hat - diese Vorschrift auf den Personalüberleitungsvertrag weder unmittelbar noch entsprechend anwendbar ist. § 624 BGB gilt für Dienstverhältnisse, die kein Arbeitsverhältnis sind. Der Personalüberleitungsvertrag stellt jedoch kein Dienstverhältnis dar, es überwiegen bei ihm nicht einmal die dienstvertraglichen Elemente. Damit fehlen die Voraussetzungen für eine Analogie (s.a. BGH vom 25.05.1993 –X ZR 79/92 – NJW RR 1993, 1460 f).

4. Auch die Möglichkeit einer außerordentlichen Kündigung des Personalüberleitungsvertrages oder die Annahme des Wegfalls der Geschäftsgrundlage scheiden aus. Die Beklagte hat weder das Vorliegen besonderer, allenfalls ausnahmsweise denkbarer Sachverhalte konkret vorgetragen, aus denen sich ein wichtiger Grund für eine außerordentliche Kündigung (vergleichbar § 626 BGB) noch das Vorhandensein von bei Vertragsschluss unvorhersehbaren Ereignissen, die zum Wegfall der beiderseitigen Geschäftsgrundlage für den Personalüberleitungsvertrag geführt hätten (§ 313 BGB). Die Beklagte deutet nur die Änderung „wirtschaftlicher Rahmenbedingungen“ und der „Wettbewerbssituation“ an, was für eine außerordentliche Kündigung oder einen Wegfall der Geschäftsgrundlage nicht ausreicht.

5. Die Verpflichtung zur weiteren Anwendung des Tarifrechts des öffentlichen Dienstes wurde auch nicht im Rahmen der Regelungen in Teil 1 § 1 Abs. 4 und 11 Personalüberleitungsvertrag abgelöst, wie die Beklagte unter Verweis auf den mittlerweile faktisch erfolgten Wechsel zahlreicher Arbeitnehmer ins „E“ gemäß der Regelungsabrede vom 03.02.2010 weiter geltend macht.

Dabei kann dahinstehen, ob eine Ablösung noch nach Teil 1 § 1 Abs. 11 erfolgen kann, wenn die dynamische Tarifierstellung bereits Gegenstand des Vertrages der Klägerin geworden ist. Jedenfalls sind die Voraussetzungen des § 1 Abs. 11 nicht erfüllt. Die dort geregelte Ablösung setzt insbesondere voraus, dass mehr als 50 % der zum geplanten Beendigungszeitpunkt beschäftigten Angestellten und Arbeitnehmer für die Ablösung stimmen und in Bezug auf die Einführung eines Tarifs ein den dann geltenden gesetzlichen Bestimmungen entsprechendes Verfahren zur Ablösung des Tarifs eingehalten wird. Hier gab es jedenfalls keine Mehrheit bei einer Abstimmung der Arbeitnehmer zur Ablösung. Die Klägerin weist zu Recht darauf hin, dass eine Abstimmung ein formales Verfahren erfordert. Die Stimmberechtigten müssen sich also bewusst sein, dass sie ihre Stimme abgeben und welche Auswirkungen ihre Stimmenabgabe hat. Wenn Arbeitnehmer Änderungsverträge abgeschlossen haben und in das sog. „E“ gemäß der Regelungsabrede vom 2.3.2010 gewechselt sind, so kann dies eine Abstimmung nicht ersetzen. Es fehlt an einem förmlichen, demokratischen Abstimmungsvorgang und einer damit verbundenen kollektiven Willensbildung.

Damit kann dahinstehen, ob die weiteren Voraussetzungen des § 1 Abs. 11 erfüllt sind, insbesondere, ob die Mehrheit von mehr als 50 % auch dann erreicht ist, wenn sie sich nur auf die nichtärztlichen Beschäftigten bezieht und ob die Regelungsabrede vom 3.2.2010 ein „neuer Tarif“ i.S.d. Bestimmung ist, oder hierunter ein Tarifvertrag zu verstehen ist (s. hierzu Urteil 4 Sa 997/11, Seite 30 f).

6. Für die Frage, ob die Zusicherung gem. Teil 1 § 1 Abs. 3 des Personalüberleitungsvertrages Inhalt des Vertrages zwischen den Parteien geworden ist, kommt es nicht darauf an, ob diese durch die Zahlung und Annahme der Tariflohnerhöhungen in den Jahren 2007 und 2008 konkludent die dynamische Einbeziehung des TVöD vereinbart haben. Das Angebot der Beklagten zu einer Vertragsänderung ergibt sich vielmehr unmittelbar aus § 1 Abs. 3 des Personalüberleitungsvertrages. Die Beklagte war Vertragspartnerin des Personalüberleitungsvertrages und konnte damit wirksam ein solches Angebot abgeben. Bezüglich der Willenserklärung der Beklagten können sich keine Bedenken ergeben, ob es sich um einen unzulässigen Vertrag zu Lasten Dritter handelt, denn die Beklagte war bei Abschluss des Personalüberleitungsvertrages keine Dritte (s.a. Hessisches Landesar-



beitsgericht aaO Rn 84). Die Klägerin hat das sich aus dem Personalüberleitungsvertrag ergebende Angebot angenommen. Dabei kann zu Gunsten der Beklagten angenommen werden, dass die Entgegennahme der Tariflohnerhöhungen in den Jahren 2007, 2008 und 2009 nicht als konkludente Annahme eines Angebots auf Vertragsänderung angesehen werden kann. Eine solche Willenserklärung hat die Klägerin allerdings jedenfalls mit der Klage im vorliegenden Verfahren abgegeben. Durch ihre Klageanträge hat sie deutlich zum Ausdruck gebracht, dass sie die dynamische Tarifierung nach § 1 Abs. 3 Vertragsinhalt sein soll.

7. Der Anspruch, die Zusicherung gem. § 1 Abs. 3 zum Vertragsinhalt zu machen, war Ende 2010/Anfang 2011 nicht verwirkt, verfristet oder verjährt.

Eine Verwirkung (§ 242 BGB) setzt voraus, dass der Arbeitnehmer sein Recht über längere Zeit hinweg nicht ausgeübt hat (Zeitmoment) und beim Arbeitgeber dadurch die Überzeugung hervorgerufen hat, er werde sein Recht nicht mehr durchsetzen (Umstandsmoment). Der Berechtigte muss unter Umständen untätig geblieben sein, die den Eindruck erwecken konnten, dass er sein Recht nicht mehr geltend machen wolle, so dass der Verpflichtete sich darauf einstellen durfte, nicht mehr in Anspruch genommen zu werden. Durch die Verwirkung wird die illoyal verspätete Geltendmachung von Rechten ausgeschlossen (z.B. BAG vom 14.2.2007 – 10 AZR 35/06 – NZA 2007, 690).

Vorliegend fehlt es jedenfalls an dem erforderlichen Umstandsmoment. Die Beklagte trägt keine Umstände vor, aus denen sich ihr schutzwürdiges Vertrauen der Beklagten ergeben würde, dass die Klägerin die dynamische Weitergeltung der Tarifverträge des öffentlichen Dienstes nicht mehr geltend macht. Bis Ende 2009 leistete die Beklagte die Vergütung nach den tariflichen Regelungen des öffentlichen Dienstes (VKA). Wenn sie selbst vorträgt, zunächst eine Verpflichtung aus dem Personalüberleitungsvertrag angenommen zu haben, so kann sie nicht darauf vertraut haben, die Klägerin werde ein sich aus diesem Vertrag ergebendes Recht nicht mehr geltend machen. Erst im Jahre 2010 hatte die Klägerin Veranlassung, ihr sich aus dem Personalüberleitungsvertrag ergebendes Wahlrecht auszuüben. Wenn sie dies erst Ende 2010/Anfang 2011 getan hat, so stellt dies noch kein illoyales Verhalten dar.

Bei seiner Ausübung war das der Klägerin zustehende Wahlrecht auch weder nach § 60 BAT a.F. bzw. § 37 Abs. 1 TVöD verfallen oder verjährt. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts unterliegen übergeordnete Stammrechte, aus denen sich Einzelansprüche ergeben und für die kein Fälligkeitszeitpunkt besteht, nicht der Verjährung (z.B. Urteil vom 15.9.2004 – 4 AZR 416/03 – Juris und vom 10.4.1973 – 4 AZR 180/72 – Juris) und auch nicht dem Verfall aufgrund tariflicher Ausschlussfristen. Bei der Befugnis, sich für die dynamische Anwendung der Tarifverträge des öffentlichen Dienstes zu entscheiden, handelt es sich um ein solches Stammrecht. Ein Fälligkeitszeitpunkt ergibt sich weder aus dem Personalüberleitungsvertrag noch aus den Umständen, denn – wie ausgeführt – bestand jedenfalls bis Ende 2009 keinerlei Veranlassung, eine solche Befugnis geltend zu machen. Der Charakter eines Stammrechts ergibt sich auch daraus, dass aus der Geltung der Tarifverträge des öffentlichen Dienstes zahlreiche Einzelansprüche entstehen.

b) Die Berufung ist auch unbegründet, soweit sie sich gegen die Feststellung der dynamischen Anwendung der Tarifverträge des öffentlichen Dienstes wendet (Nr. 12 des angefochtenen Urteils).

Der Feststellungsantrag ist zulässig, insbesondere liegt das nach § 256 Abs. 1 ZPO erforderliche Feststellungsinteresse vor. Die Möglichkeit einer Leistungsklage steht dem nicht entgegen. Zum einen ist anzunehmen, dass die Beklagte sich an eine rechtskräftige Entscheidung halten wird und damit schon ein Feststellungsurteil zur endgültigen Streitbeilegung führt (s.a. Zöller/Greger, ZPO, § 256 Rn 8; BAG vom 21.4.2010 – 4 AZR 755/08 – AP Nr. 101 zu § 256 ZPO 1977).

Nach einer Klärung der Grundsatzfrage, ob die Beklagte die jeweils aktuellen Bestimmungen der Tarifverträge des öffentlichen Dienstes anzuwenden hat, wird wohl kein Streit mehr über einzelne Ansprüche aus diesen Tarifverträgen entstehen.

Im Übrigen handelt es sich um einen nach § 256 Abs. 2 ZPO zulässigen Zwischenfeststellungsantrag. Die Entscheidung über die Zahlungsanträge der Klägerin hängt vom Bestehen des Rechtsverhältnisses ab, dessen Bestehen Gegenstand des Feststellungsantrags ist.

Aus den obigen Ausführungen unter a ergibt sich, dass der Feststellungsantrag auch begründet ist.

c) Die Berufung ist begründet, soweit es um die Vergütungsdifferenzen für die Monate Januar bis Juni 2010 geht (Nrn. 1 bis 6 des angefochtenen Urteils). Diese Ansprüche sind verfallen, weil davon auszugehen ist, dass sie nicht innerhalb der sechsmonatigen Ausschlussfrist des § 37 Abs. 1 TVöD geltend gemacht wurden. Die Ausschlussfrist begann mit der Fälligkeit der jeweiligen Ansprüche, hinsichtlich der Ansprüche für Juni 2010, also mit dem 30.6.2010. Es kann nicht davon ausgegangen werden, dass eine Geltendmachung vor Zustellung der Klage am 12.1.2011 erfolgte. Der Sachvortrag der Klägerin im Verhandlungstermin vom 26.4.2012, sie habe ihre Ansprüche bereits im Jahre 2012 schriftlich geltend gemacht, konnte nach § 67 Abs. 4 ArbGG nicht mehr zugelassen werden. Wenn man zu Gunsten der Klägerin unterstellt, dass das Vorbringen nach den § 64 Abs. 2 und 3 ArbGG noch zulässig ist, so hätte der Sachvortrag der Klägerin in der Berufungserwiderung erfolgen müssen. Die Zulassung des neuen Sachvortrags hätte zu einer Verzögerung der Erledigung des Rechtsstreits geführt, denn das Gericht hätte der Beklagten eine Gelegenheit zur Stellungnahme zu dem neuen Sachvortrag einräumen müssen. Der verspätete Sachvortrag beruht auch auf einem Verschulden der Klägerin, denn es ist nicht ersichtlich, warum sie nicht schon früher zur schriftlichen Geltendmachung hätte vortragen können.

d) Die Berufung ist unbegründet, soweit die Beklagte ihre Widerklageanträge weiter verfolgt.

Die Unzulässigkeit des Feststellungsantrags (§ 256 Abs. 1 ZPO) ergibt sich schon daraus, dass die begehrte Feststellung, dass der Personalüberleitungsvertrag durch die Kündigung der Beklagten vom 16.6.2008 gegenüber den Stadt A-Stadt zu bestimmten Terminen endete, kein Rechtsverhältnis zwischen den Parteien betrifft. Rechtsverhältnis ist die Beziehung einer Person zu einer anderen Person oder Sache, die ein subjektives Recht enthält oder aus der solche Rechte entspringen können. Das streitige Rechtsverhältnis muss grundsätzlich zwischen den Parteien bestehen (Zöller/Greger, ZPO, Rn 3 und 3 b zu § 256). Die Beklagte möchte mit ihren Widerklageanträgen die Wirkungen ihrer gegen-

über der Stadt A-Stadt ausgesprochenen Kündigung festgestellt haben. Ihr Begehren bezieht sich damit auf das Bestehen eines Rechtsverhältnisses zwischen der Stadt A-Stadt und ihr. Das zwischen den Parteien des vorliegenden Rechtsstreits streitige Rechtsverhältnis, ob die Tarifverträge des öffentlichen Dienstes weiter dynamisch anzuwenden sind, ist bereits Inhalt des Feststellungsantrags der Klägerin und hat einen anderen Inhalt als das Feststellungsbegehren der Beklagten.

## II.

Die Anschlussberufung der Klägerin ist zulässig und begründet.

1. Der Statthaftigkeit der Anschlussberufung (§ 524 ZPO) steht nicht entgegen, dass die Klägerin durch das Urteil des Arbeitsgerichts nicht beschwert ist. Die Anschlussberufung setzt keine Beschwer voraus. Sie ist nämlich nicht selbst ein Rechtsmittel, sondern ein angriffsweise wirkender Antrag innerhalb der fremden Berufung (Zöller/Gummer/Heßler, ZPO, Rn 31 und 4 zu § 524 m.w.N.). Die Anschlussberufung wurde innerhalb der bis 26.3.2012 laufenden Berufungserwiderungsfrist eingelegt (§ 524 Abs. 2 Satz 2 ZPO).

2. Auch die mit der Anschlussberufung verbundene Klageerweiterung ist zulässig (§ 533 ZPO). Sie ist sachdienlich, denn sie ist geeignet, einen weiteren Rechtsstreit zu vermeiden. Sie kann auf Tatsachen gestützt werden, die das Berufungsgericht seiner Verhandlung und Entscheidung über die Berufung ohnehin nach § 529 ZPO zugrunde zu legen hat, nämlich auf die dynamische Anwendung der Tarifverträge des öffentlichen Dienstes.

3. Die Anschlussberufung ist begründet, denn die mit ihr begehrten Beträge sind unstrittig die Differenz zwischen der tatsächlich gezahlten Vergütung und der Vergütung, die der Klägerin nach den Entgelttarifverträgen für den öffentlichen Dienst zusteht.

- 29 -

**III.**

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 97 Abs. 1, 92 Abs. 2 Nr. 1 ZPO. Die Zuvielforderung der Klägerin für die Monate Januar bis Juni 2010 ist verhältnismäßig geringfügig und hat keine höheren Kosten veranlasst.

**IV.**

Die Zulassung der Revision für die Beklagte beruht auf § 72 Abs. 2 Nr. 1 ArbGG. Die zu klärende Rechtsfrage bezüglich der dynamischen Anwendung der Tarifverträge des öffentlichen Dienstes ist nach dem insoweit übereinstimmenden Sachvortrag der Parteien in zahlreichen weiteren Fällen streitig und damit von grundsätzlicher Bedeutung.

### **Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen dieses Urteil kann die Beklagte Revision einlegen.

Für die Klägerin ist gegen dieses Urteil kein Rechtsmittel gegeben.

Die Revision muss innerhalb einer Frist von einem Monat eingelegt und innerhalb einer Frist von zwei Monaten begründet werden.

Beide Fristen beginnen mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Urteils, spätestens aber mit Ablauf von fünf Monaten nach der Verkündung des Urteils.

Die Revision muss beim

Bundesarbeitsgericht  
Hugo-Preuß-Platz 1  
99084 Erfurt

Postanschrift:  
Bundesarbeitsgericht  
99113 Erfurt

Telefax-Nummer:  
0361 2636-2000

eingelegt und begründet werden.

Die Revisionschrift und die Revisionsbegründung müssen von einem Rechtsanwalt unterzeichnet sein.

Es genügt auch die Unterzeichnung durch einen Bevollmächtigten der Gewerkschaften und von Vereinigungen von Arbeitgebern sowie von Zusammenschlüssen solcher Verbände

- für ihre Mitglieder
- oder für andere Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder

oder

von juristischen Personen, deren Anteile sämtlich in wirtschaftlichem Eigentum einer der im vorgenannten Absatz bezeichneten Organisationen stehen,

- wenn die juristische Person ausschließlich die Rechtsberatung und Prozessvertretung dieser Organisation und ihrer Mitglieder oder andere Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder entsprechend deren Satzung durchführt
- und wenn die Organisation für die Tätigkeit der Bevollmächtigten haftet.

In jedem Fall muss der Bevollmächtigte die Befähigung zum Richteramt haben.

Zur Möglichkeit der Revisionseinlegung mittels elektronischen Dokuments wird auf die Verordnung über den elektronischen Rechtsverkehr beim Bundesarbeitsgericht vom 09.03.2006 (BGBl. I, 519 ff.) hingewiesen. Einzelheiten hierzu unter

<http://www.bundesarbeitsgericht.de>

Waitz

Braun

Zinda