

**4 Sa 997/11**  
2 Ca 16240/10  
(ArbG München)

Verkündet am: 29.03.2012

Hömberg  
Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle



## **Landesarbeitsgericht München**

Im Namen des Volkes

### **URTEIL**

In dem Rechtsstreit

M.

- Klägerin und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigter:

Rechtsanwalt H.

gegen

Firma A. GmbH,

- Beklagte und Berufungsklägerin -

Prozessbevollmächtigte:

B. Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

hat die 4. Kammer des Landesarbeitsgerichts München auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 15. März 2012 durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht Burger und die ehrenamtlichen Richter Manzinger und Ebel

für Recht erkannt:

**I. Die Berufung der Beklagten gegen das Endurteil des Arbeitsgerichts München vom 28. September 2011 - 2 Ca 16240/10 - wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.**

**II. Die Revision wird zugelassen.**

### **Tatbestand:**

Die Klägerin macht gegenüber der Beklagten als Betriebsübernehmerin 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 dauerhaft 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 - nach den vorgelegten Unterlagen: am 00.00.0000 geborene - Klägerin ist auf der Grundlage des schriftlichen Arbeitsvertrages vom 12.05.1987 (Anl. K 1, Bl. 7 d. A.), abgeschlossen mit der Stadt B. als Rechtsvorgängerin der Beklagten, im ehemals von dieser betriebenen Städtischen Krankenhaus B., dessen Rechtsträger nach Betriebsübergang nunmehr die Beklagte ist, als Krankenschwester - OP-Schwester - beschäftigt. In diesem Arbeitsvertrag ist (§ 2, Bl. Anlage K1, Bl. 7 d. A.) bestimmt, dass sich

*„das Arbeitsverhältnis ... nach den Vorschriften des Bundes-Angestelltentarifvertrages vom 23. Febr. 1961 (BAT) in der für den Bereich der kommunalen Arbeitgeber jeweils geltenden Fassung, den einschlägigen Sonderregelungen zum BAT und den zusätzlichen für den Bereich des Arbeitgebers verbindlichen Tarifverträgen in ihrer jeweils geltenden Fassung (richtet). Das gleiche gilt für die an ihre Stelle tretenden Tarifverträge in ihrer jeweiligen Fassung.“*

Die Beklagte übernahm von der Stadt B. mit Wirkung vom 01.01.2002 das Städtische Krankenhaus B.. In diesem Zusammenhang schlossen die Stadt B. und die Beklagte unter dem 12.11.2001 einen „Personalüberleitungsvertrag“ (PÜV 2001), der - soweit vorliegend entscheidungserheblich - 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. Krankenhauses B. 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 -

- (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.*

...“

Die Stadt B. unterrichtete die im übertragenen Städtischen Krankenhaus beschäftigten und vom Betriebsübergang auf die Beklagte betroffenen Arbeitnehmer mit Informationsschreiben vom 09.11.2001 (Anl. B 6, Bl. 143 - 146 d. A.) über die Gründe für den Betriebsübergang, dessen Rechtsfolgen und die erfolgte umfassende Absicherung der Arbeitnehmerrechte durch den mit der Beklagten geschlossenen PÜV 2001, der nach dem Inhalt dieses Informationsschreibens diesem im Wortlaut beigefügt war, sowie die Möglichkeit eines Widerspruchs gegen den Betriebsübergang und dessen etwaige Folgen.

Die Beklagte beantragte, wie im PÜV 2001 vorgesehen, zum 01.01.2002 als Zeitpunkt des Betriebsübergangs die Aufnahme in den Kommunalen Arbeitgeberverband Bayern e. V. (Schreiben des Kommunalen Arbeitgeberverbandes Bayern e. V. vom 19.02.2002 sowie Aufnahmebestätigung gleichen Datums, Anl. B 3 und B 4, Bl. 140 und 141 d. A.). Weiter erwarb die Beklagte die Mitgliedschaft bei der Zusatzversorgungskasse der bayerischen Gemeinden (deren Schreiben vom 11.03.2002, Anl. B 5, Bl. 142 d. A.). Jeweils mit Schreiben vom 28.06.2006 (Anl. B 1 und B 2, Bl. 138 und 139 d. A.) kündigte die Beklagte ihre Mitgliedschaft beim Kommunalen Arbeitgeberverband Bayern e. V. zum 31.12.2006 und beantragte gleichzeitig die Gastmitgliedschaft dort ab 01.01.2007. Mit Schreiben vom 16.06.2008 (Anl. K 3, Bl. 23 d. A.) kündigte die Beklagte gegenüber der Stadt B. den PÜV 2001. Mit weiterem Schreiben ebenfalls vom 16.06.2008 an den Betriebsrat (Anl. B 7, Bl. 147 d. A.), der den PÜV 2001 gleichfalls unterzeichnet hatte, kündigte die Beklagte vorsorglich auch diesem gegenüber den PÜV 2001. Im gerichtlichen Verfahren über die Wirksamkeit letzterer Kündigung gegenüber dem Betriebsrat wurden mit, rechtskräftigem, Beschluss des Landesarbeitsgerichts München vom 11.08.2010 (Az. 11 TaBV 3/10, hier: Anl. B 14, Bl. 198 f d. A.) die Anträge des Betriebsrats mangels dessen erforderlicher Antragsbefugnis als unzulässig zurückgewiesen.

Die Beklagte wendete auf die Arbeitsverträge der übernommenen Beschäftigten des Städtischen Krankenhauses B. bis zum Jahr 2009 das Tarifrecht des öffentlichen Dienstes, einschließlich der jeweiligen Tarifentgelterhöhungen, an, ab 01.01.2010 jedoch nicht mehr. Unter dem 03.02.2010 schloss die Beklagte mit dem Betriebsrat des Städti-

schen Krankenhauses B. eine, rückwirkend zum 01.01.2010 in Kraft gesetzte und auch durch die „A. Kliniken - Konzernbereich Arbeits- und Tarifrecht -“ unterzeichnete, „Regelungsabrede über die Arbeitsbedingungen für die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer der A. Stadtklinik B. GmbH [T. Modell]“ (Anl. B 10, Bl. 154 - 186 d. A., nebst Überleitungsregeln gleichen Datums hierzu: Anl. B 11, Bl. 187 - 193 d. A.), die umfassende Bestimmungen über den Abschluss des Arbeitsvertrages, die Probezeit, ärztliche Untersuchungen etc., die regelmäßige Arbeitszeit und Arbeitszeitdefinitionen, zum Urlaub, zur Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall usw., auch zum Zeugnis und zur Ausschlussfrist sowie Vergütungs- und Eingruppierungsbestimmungen enthält. Das Angebot der Beklagten mit Schreiben vom 17.02.2010 (Anl. B 12, Bl. 194 - 196 d. A.) zum Wechsel in das „T. Modell“ gemäß Regelungsabrede vom 03.02.2010 lehnte die Klägerin unstreitig ab.

Im vorliegenden Verfahren macht die Klägerin gegenüber der Beklagten zum einen im Wege der Leistungsklage die Nachzahlung der 1,2%igen Tarifierhöhung zum 01.01.2010 gemäß der Tarifeinigung im Bereich des TVöD/VKA vom 27.02.2010 bis 31.12.2010 in rechnerisch unstreitiger Höhe sowie zum anderen, insbesondere, die Feststellung der Verpflichtung der Beklagten geltend, auf das Arbeitsverhältnis der Parteien auch über den 31.12.2010 hinaus die Vorschriften des TVöD/VKA in deren jeweils geltender Fassung, damit dynamisch, anzuwenden. Sie stützt sich hierzu insbesondere auf den Inhalt des PÜV 2001, demgegenüber sich die Beklagte insbesondere auf die, zulässig und wirksam erfolgte, Kündigung des PÜV 2001 - bereits dessen Rechtsunwirksamkeit bzw. Nichtigkeit - und jedenfalls dessen erfolgte Ablösung durch das „T. Modell“ gemäß Regelungsabrede 2010 nach Maßgabe der Bestimmungen des PÜV 2001 selbst beruft, wobei die Beklagte mit, gestaffelten, Widerklageanträgen hilfsweise auch die Beendigung des PÜV 2001 ebenfalls zum 31.12.2010 bzw., letzgens, zum 31.12.2027 - jedenfalls zu einem durch das Gericht zu bestimmenden Zeitpunkt - geltend macht.

Wegen des unstreitigen Sachverhalts im Übrigen und des streitigen Vorbringens sowie der Anträge der Parteien im Ersten Rechtszug wird auf den ausführlichen Tatbestand des angefochtenen Endurteils des Arbeitsgerichts München vom 28.09.2011, das den Prozessbevollmächtigten der Beklagten am 10.10.2011 zugestellt wurde, Bezug genommen, mit dem dieses, unter Abweisung der Widerklage als unzulässig, der Leistungs- und der Feststellungsklage mit der Begründung stattgegeben hat, dass ein Anspruch auf dynamische Weitergeltung des den BAT ersetzenden TVöD/VKA zwar nicht bereits durch

die arbeitsvertragliche Inbezugnahme des BAT begründet worden sei - insoweit handle es sich um eine Gleichstellungsabrede, weshalb durch den Verbandsaustritt der Beklagten zum 31.12.2006 der zu diesem Zeitpunkt geltende TVöD nur noch statisch Anwendung gefunden habe -, jedoch dies von den Parteien konkludent vereinbart und damit Vertragsinhalt geworden sei. Ein solcher Anspruch ergebe sich zwar nicht unmittelbar aus dem PÜV 2001, da es sich insoweit um einen unzulässigen Vertrag zu Lasten Dritter handle. Durch den PÜV 2001 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 seitens der Beklagten sei eine solche dynamische Einbeziehung des Tarifvertrages konkludent zwischen den Parteien vereinbart worden. Nach den Regelungen des PÜV 2001 würde die dynamische Einbeziehung des TVöD erst enden, wenn mehr als 50 % der zum geplanten Beendigungszeitpunkt beschäftigten Angestellten und Arbeiter für diese Ablösung stimmten (...) - welche Voraussetzung gegenwärtig nicht erfüllt sei, da nach eigenem Vortrag der Beklagten eine hiernach erforderliche Abstimmung nicht durchgeführt worden sei. Die einschlägigen Bestimmungen des PÜV 2001 seien auch nicht als Gleichstellungsabrede auszulegen. Der PÜV 2001 sehe keine ordentliche Kündigungsmöglichkeit vor. § 624 BGB gelte nur für Dienstverhältnisse, deshalb scheidet auch eine analoge Anwendung dieser Bestimmung aus. Eine Kündigungsmöglichkeit des PÜV 2001 ergebe sich auch nicht aufgrund dessen Sittenwidrigkeit aus §§ 138, 242 BGB. Die von der Beklagten hierzu angezogene Rechtsprechung zur Kündigung langfristiger Verträge mit Pächtern brauereigebundener Gaststätten oder einer konzernabhängigen Tankstelle könne hier keine Anwendung finden. Die Beklagte könne sich ebenso wenig mit Erfolg auf eine Beeinträchtigung ihrer Koalitionsfreiheit infolge des Ausschlusses der Möglichkeit einer ordentlichen Kündigung berufen, da es um solches hier nicht gehe. Auf die Frage, ob der schuldrechtliche Anspruch der Klägerin gegen die Beklagte, mit ihr die dynamische Bezugnahme der im PÜV 2001 genannten Tarifwerke zu vereinbaren, verjährt sei, komme es nicht an, da die Parteien im Jahr 2007 eben konkludent die dynamische Einbeziehung der TVöD vereinbart hätten, ohne dass die Beklagte sich damals auf eine etwaige Verjährung des Anspruchs berufen hätte, was eine entsprechende Berufung ihrerseits ausschließe. Damit sei auch der zulässig gestellte Feststellungsantrag begründet, während die Widerklageanträge mangels Feststellungsinteresses unzulässig seien,

da die Wirksamkeit und ein etwaiger Beendigungstermin des PÜV 2001 für das Arbeitsverhältnis der Parteien keine Rolle spielten.

Hiergegen richtet sich die Berufung der Beklagten mit Schriftsatz ihrer Prozessbevollmächtigten vom 08.11.2011, am selben Tag zunächst per Telefax beim Landesarbeitsgericht eingegangen, zu deren Begründung sie nach auf ihren Antrag erfolgter Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis 11.01.2012 mit, am selben Tag beim Landesarbeitsgericht München eingegangenem, Schriftsatz von diesem Tag ausgeführt hat, dass sie durch eine Vielzahl von Bestimmungen des PÜV 2001 - Ausschluss einer ordentlichen Kündigung dieses Vertrages, dessen Geltung auch für nach dem Übernahmestichtag einzustellende Arbeitnehmer u. a. - in ihren wirtschaftlichen und unternehmerischen Gestaltungsmöglichkeiten dauerhaft und massiv eingeschränkt werde. Dagegen hätten bereits die Formulierungen im Unterrichtungsschreiben der Stadt B. im Rahmen des Betriebsübergangs nach § 613 a BGB verdeutlicht, dass es den Parteien des PÜV 2001 niemals um eine arbeitgeberverbandsaustrittsfeste tarifliche Dynamik in alle Ewigkeit gegangen sei, sondern allenfalls um eine Anwendung der VKA-Tarifverträge für den Zeitraum der zwingenden Tarifbindung auf verbandsmitgliedschaftlicher Basis der Beklagten im Kommunalen Arbeitgeberverband Bayern e. V. für den Zeitraum von fünf Jahren, bis 31.12.2006, wie erfolgt. Obwohl die Beklagte aufgrund der Kündigung ihrer Mitgliedschaft beim Kommunalen Arbeitgeberverband Bayern e. V. zum 31.12.2006 seit 01.01.2007 als nunmehriges dortiges Gastmitglied nicht mehr tarifgebunden sei, habe sie sich allein aufgrund der Rechtslage des zu diesem Zeitpunkt ungekündigt bestehenden PÜV 2001 verpflichtet gefühlt, die während der Laufzeit des PÜV 2001 erfolgten Tarifierhöhungen an alle ihre Mitarbeiter dynamisch 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 PÜV 2001 Tarifierhöhungen dynamisch an die Mitarbeiter weitergeben zu müssen, wie bis dahin erfolgt. Sie habe jedoch weder gegenüber der Klägerin noch gegenüber anderen Mitarbeitern zu irgendeinem Zeitpunkt ein, ggf. konkludentes, Angebot auf zukünftige dynamische Fortführung/Zahlung des TVöD/VKA abgegeben, sondern Tarifierhöhungen nur jeweils aufgrund einer bestehenden Anspruchsgrundlage der Arbeitnehmer oder in der falschen Annahme, dass diesen ein solcher Anspruch zustehe, weitergegeben. Durch den Abschluss der Regelungsabrede vom 03.02.2010 mit ihrem Be-

etriebsrat und dem Angebot eines Wechsels in dieses „T. Modell“ auch gegenüber der Klägerin hätte die Beklagte selbst bei Annahme der Wirksamkeit der Regelung in Teil 1 § 1 Abs. 11 PÜV 2001 die dortigen Voraussetzungen zu dessen Ablösung erfüllt und ihre Verpflichtungen hieraus damit wirksam beendet. Zum 20.04.2011, ebenso zum Stand 01.01.2012, seien von diesem „T. Modell“ mehr als 50 % der bei der Beklagten beschäftigten Mitarbeiter im nichtärztlichen Bereich erfasst worden, da diese sich entschieden hätten, den ihnen angebotenen Änderungsarbeitsvertrag bzw. einen neuen Arbeitsvertrag zu unterzeichnen - was der im Teil 1 § 1 Abs. 3 PÜV 2001 vorausgesetzten „Abstimmung“ zu dessen Ablösung gleichkomme. Hätten die Parteien des PÜV 2001 im Zeitpunkt dessen Abschlusses 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 nach Teil 1 § 1 Abs. 11 PÜV 2001 die dort für eine Tarifbeendigung niedergelegte erforderliche Mehrheit auf die jeweilige Personengruppe (Ärzte oder Nichtärzte), nicht jedoch auf die gesamte Mitarbeiterzahl der Beklagten bezogen worden. Ein Anspruch der Klägerin auf Weitergabe der streitgegenständlichen Tariflohnerhöhung 2010 folge auch weder aus ihrem Arbeitsvertrag mit der Stadt B. als Rechtsvorgängerin der Beklagten, da dieser - wie das Arbeitsgericht insoweit zutreffend erkannt habe - eine Gleichstellungsabrede darstelle und durch den Verbandsaustritt der Beklagten zum 31.12.2006 nur noch statische Anwendung finde. Auch habe der PÜV 2001 als unzulässiger Vertrag zu Lasten Dritter keinen Anspruch auf dynamische Tarifierstellung vermitteln können. Dieser sei im Übrigen wirksam gekündigt worden, da auch ohne explizite Erwähnung in diesem Vertrag eine ordentliche Kündigungsmöglichkeit des PÜV 2001 bestanden habe, der Ausschluss einer ordentlichen Kündigung auch sittenwidrig wäre, da eine Bindung an den PÜV 2001 in alle Ewigkeit für die Beklagte nicht tragbar wäre. Sie verweist hierzu, erneut, auf die einschlägige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs über die Wirksamkeit und Kündigungsmöglichkeit von Bierlieferverträgen und Verträgen mit Tankstellenhaltern. Des Weiteren würde nach ihrer Ansicht ein etwaiger Ausschluss der ordentlichen Kündigungsmöglichkeit des PÜV 2001 wegen unangemessener Benachteiligung als Verstoß gegen Treu und Glauben unwirksam sein. Da der PÜV 2001 der Besitzstandswahrung im Rahmen des erfolgten Betriebsübergangs nach § 613 a BGB gedient habe, müsse dessen damit mögliche ordentliche Kündigung in direkter oder entsprechender Anwendung des § 624 BGB bestimmt werden, weshalb sie den PÜV 2001 jedenfalls zum 31.12.2008

nachwirkungslos beenden habe können. Gegen eine konkludente Vereinbarung bzw. betriebliche Übung auf dynamische Tarifierung 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 sonst gegebenen Ewigkeitsbindung die Sittenwidrigkeit einer dynamischen Tarifbindung 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 16240/10) 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 B. 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 B. 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 B. 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 B. 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 B. 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 B. 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 B. 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 B. beendet worden ist/endet.*

Die Klägerin trägt zur Begründung ihres Antrags auf Zurückweisung der Berufung vor, dass das Arbeitsgericht zu Recht das Zustandekommen einer konkludenten Vereinbarung der Parteien über die dynamische Weitergeltung der einschlägigen tariflichen Regelungen des öffentlichen Dienstes angenommen habe. Nachdem die Beklagte zum 31.12.2006 aus dem Kommunalen Arbeitgeberverband Bayern e. V. ausgetreten gewe-

sen sei, habe es für sie keinen Grund gegeben, weiterhin die dynamischen Tarifentgelte zu bezahlen, weshalb das Arbeitsgericht hierin sehr wohl eine konkludente Regelung hierüber über den 31.12.2006 hinaus sehen habe können. Die Beklagte könne sich auch nicht mit Erfolg darauf berufen, dass sie erst durch die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 22.04.2009 rechtssicher von ihrer fehlenden Verpflichtung zur Weitergabe von Tarifierhöhungen an die Mitarbeiter ausgehen habe können, zumal sie eine solche Entscheidung nicht erwarten habe können. Sie habe damit im Jahr 2007 die tarifliche Anpassung bewusst Monat für Monat an die Mitarbeiter weitergegeben, was ein entsprechendes konkludentes Verhalten begründe, das in Verbindung mit der im PÜV 2001 getroffenen Regelung zur Vereinbarung der dynamischen Einbeziehung des Tarifvertrages geführt habe. Auch sei nicht davon auszugehen, dass eine zeitlich unbefristete Bindung an den PÜV 2001 sittenwidrig sei oder sich eine ordentliche Kündigung dieses Vertrages aus der Rechtsprechung zur Bindung von Tankstellenhaltern an eine Mineralölgesellschaft o. ä. ergeben könne. Den Ausführungen der Beklagten zur Kündigung des PÜV 2001 könne nicht gefolgt werden, da es keinen Rechtssatz gebe, dass eine Vereinbarung grundsätzlich ordentlich kündbar sein müsse. Die Möglichkeit einer ordentlichen Kündigung des PÜV 2001 könne auch nicht aus § 624 BGB abgeleitet werden. Hier sei eine Beendigung der Bindung an die entsprechende Bestimmung des PÜV 2001 durchaus möglich gewesen, durch diesen allerdings an bestimmte Voraussetzungen, u. a. Zustimmung von mehr als 50 % der Beschäftigten - Angestellten und Arbeiter - gebunden gewesen. Es sei auch keine wirksame Ablösung des PÜV 2001 durch den von ihr geltend gemachten Wechsel in das „T. Modell“ aufgrund Unterzeichnung eines entsprechenden Vertrages durch mehr als 50 % der beschäftigten Arbeitnehmer erfolgt, da es sich hierbei um eine Vielzahl von Mitarbeitern handle, die neu eingestellt oder mit anderen Motiven zum Beitritt zu diesem „T. Modell“ bestimmt worden seien, weshalb die vorgesehene Abstimmung hierdurch nicht ersetzt habe werden können. Tatsächlich habe die Beklagte versucht, eine vorzeitige Beendigung ihrer Bindung an die Bestimmungen des PÜV 2001 zu erreichen, indem sie mit Schreiben vom 07.12.2007 eine entsprechende Abstimmung eingeleitet habe, wo sich bei einer Beteiligung von 75,6 % der Mitarbeiter lediglich 7,2 % für die angestrebte Beendigung ausgesprochen hätten. Die Behauptungen der Beklagten, durch die von ihr eingegangene Bindung benachteiligt und nicht konkurrenzfähig gegenüber Mitbewerbern zu sein, seien unsubstanziert und streitig. Im Übrigen habe sie beim Angebot zum Wechsel in das von ihr propagierte „T. Modell“ gegenüber den Mitarbeitern erklärt, dass die Be-

schäftigten im Ergebnis hierdurch nicht schlechter als nach den bisherigen Modalitäten gestellt würden. Die Ansprüche der Klägerin seien weder verjährt noch verfallen, zumal es vorliegend nicht um die Geltung des TVöD kraft unmittelbarer Tarifbindung, sondern um die durch Auslegung zu ermittelnde Reichweite einer vertraglichen Inbezugnahmeregelung gehe, weshalb Verfallklauseln auf die Ansprüche der Klägerin keine Anwendung finden könnten und eine Verwirkung jedenfalls am Umstandsmoment scheitern würde. Deshalb habe die Klägerin Anspruch darauf, von der Beklagten verlangen zu können, auch weiterhin dynamisch an der Entwicklung des TVöD zu partizipieren, wie das Arbeitsgericht zutreffend erkannt habe.

Wegen des Vorbringens der Parteien im Zweiten Rechtszug im Übrigen wird auf den Inhalt der Schriftsätze vom 11.01.2012 und vom 27.02.2012 Bezug genommen.

## **Entscheidungsgründe:**

Die zulässige Berufung hat in der Sache keinen Erfolg.

### **I.**

Die gem. § 64 Abs. 2 ArbGG statthafte Berufung der Beklagten ist form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden und daher zulässig (§§ 66 Abs. 1 Satz 1, 64 Abs. 6 Satz 1 ArbGG, 519, 520 ZPO).

Auch die Hilfs-Widerklage der Beklagten ist, da sie der Klärung der streitigen Rechtsfragen dienen kann, sachdienlich (§ 533 Ziff. 1 ZPO) und damit zulässig.

## II.

Die Berufung der Beklagten ist unbegründet. Das Arbeitsgericht hat im Ergebnis und in der Begründung zutreffend entschieden, dass auf das Arbeitsverhältnis der Parteien aufgrund konkludenter Vereinbarung weiter die einschlägigen Tarifverträge des öffentlichen Dienstes - nunmehr der TVöD/VKA -, dynamisch, Anwendung finden und die Klägerin damit Anspruch auf Erhöhung ihres Arbeitsentgelts ab 01.01.2010 gemäß der in der Tarifeinigung der Tarifvertragsparteien des öffentlichen Dienstes vom 27.02.2010 festgelegten Höhe von 1,2 % und deshalb für den Zeitraum vom 01.01. bis 31.12.2010 in der, schlüssig, substantiiert und unbestritten dargelegten, Höhe des Klageantrags zu 1 hat, weshalb auch der Feststellungsantrag gem. Ziff. 2 der Anträge begründet – die Hilfs-Widerklage der Beklagten dagegen unbegründet - ist.

1. Der Feststellungsantrag gem. Ziff. 2 der Klageanträge ist zulässig (§ 256 Abs. 1 ZPO).

Hinsichtlich der damit begehrten Feststellung der Verpflichtung der Beklagten zur dynamischen Anwendung des TVöD/VKA auch über den 31.12.2010 hinaus besteht, unverändert, ein Feststellungsinteresse. Der aus dem Grundsatz der Prozesswirtschaftlichkeit folgende Vorrang der Leistungsklage steht dem nicht entgegen. Die Möglichkeit der Leistungsklage schließt das Feststellungsinteresse nicht schlechthin aus. Auch wenn die Beklagte, wie das Arbeitsgericht zutreffend ausgeführt hat, keine Arbeitgeberin aus dem Bereich des öffentlichen Dienstes ist, ist hier doch anzunehmen, dass sie sich auch unabhängig vom Vorliegen einer Leistungsklage an eine rechtskräftige Entscheidung im vorliegenden Rechtsstreit halten wird. Der Beklagten geht es, ausgehend von ihrem eigenen Vorbringen, im Ergebnis um die grundsätzliche Klärung der Frage, ob sie trotz - nach - Austritt aus dem Kommunalen Arbeitgeberverband Bayern e. V. und Kündigung des PÜV 2001 gegenüber der Stadt B. als ihrer Rechtsvorgängerin als Klinikträgerin und Arbeitgeberin im Vertragsverhältnis - auch - mit der Klägerin die jeweils aktuellen Bestimmungen des TVöD/VKA bzw. der jeweiligen einschlägigen Entgelttarifverträge des öffentlichen Dienstes weiter, dynamisch, anzuwenden hat, weshalb bereits das Urteil zur Feststellungsklage zur endgültigen Streitbeilegung führt (vgl. auch Zöller-Greger, ZPO, 29. Aufl. 2012, § 256 Rz. 8 m. w. N.).

Die Klägerin war auch nicht gezwungen, im Berufungsverfahren nunmehr zur Bezifferung ihrer Differenzvergütungsforderungen über den 31.12.2010 hinaus überzugehen und den in ihrem Feststellungsantrag genannten Zeitraum insoweit einzuschränken (vgl. BAG, U. v. 18.03.1997, 9 AZR 84/96, NZA 1997, S. 1168 f - I. 1. d. Gr. -).

**2.** Keiner ausführlichen Begründung bedarf es, dass durch die dynamische (selbst den, damals geltenden und unmittelbar verwiesenen, BAT künftig ersetzende Tarifverträge erfassende) Bezugnahmeklausel in § 2 des Arbeitsvertrages zwischen der Klägerin und der Stadt B. als Rechtsvorgängerin der Beklagten vom 12.05.1987 ein dauerhafter konstitutiver Rechtsanspruch der Klägerin auf Weitergabe der Tarifentgelterhöhungen ab 01.01.2010 gemäß der Anträge der Leistungs- und der Feststellungsklage nicht entstehen konnte:

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, die aus Gründen des Vertrauensschutzes weiterhin auch auf vor dem 01.01.2002 vereinbarte Bezugnahmeklauseln, wie im vorliegenden Fall, anzuwenden ist, sind bei zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses bestehender Tarifgebundenheit des Arbeitgebers (wie bei der Stadt B. ohne weiteres anzunehmen - s. a. zahlreiche Bestimmungen des PÜV 2001 der Stadt B. mit der Beklagten, etwa § 3 -) solche einzelvertraglichen Bezugnahmeklauseln auf die einschlägigen Tarifverträge in aller Regel als sog. Gleichstellungsabrede auszulegen - was im Falle des Verbandsaustritts des Arbeitgebers - nunmehr der Beklagten - (zunächst auch infolge des Betriebsübergangs, auf die Beklagte, außerhalb weitergehender flankierender Regelungen wie hier durch den PÜV 2001) dazu führt, dass die arbeitsvertraglich in Bezug genommenen Tarifverträge nur noch statisch in ihrer Fassung zum Zeitpunkt des Austritts anzuwenden sind. Jedenfalls der Austritt der Beklagten aus dem Kommunalen Arbeitgeberverband Bayern e. V. zum 31.12.2006 schließt damit eine dynamische Weitergeltung der tarifvertraglichen Bestimmung des öffentlichen Dienstes über diesen Zeitpunkt hinaus aus.

**3.** Leistungs- und Feststellungsklage sind jedoch deshalb begründet, weil davon auszugehen ist, dass auf der Grundlage des PÜV 2001 zwischen der Stadt B. und der Beklagten insoweit im Wege eines Vertrages zugunsten Dritter (§ 328 Abs. 1 BGB) eine konkludente Vereinbarung der Parteien über die unbedingte dynamische, unbefristete,

Anwendung der einschlägigen tariflichen Bestimmungen - TVöD/VKA - zustande gekommen ist.

**a)** Ein Anspruch auf die mit der Leistungs- und der Feststellungsklage begehrte Weitergabe der tariflichen Entgelterhöhung für den Bereich des TVöD/VKA ab 01.01.2010 und über den 31.12.2010 hinaus ergibt sich zwar nicht bereits aus dem PÜV 2001 als Vertrag zugunsten Dritter = der Klägerin (§ 328 Abs. 1 BGB) unmittelbar.

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, auf die bereits das Arbeitsgericht zutreffend Bezug genommen hat und der sich auch die Berufungskammer anschließt (vgl. etwa BAG, U. v. 23.02.2011, 4 AZR 439/09, AP Nr. 60 zu § 133 BGB - Rz. 27 -; BAG, B. v. 22.04.2009, 4 ABR 14/08, NZA 2009, S. 1286 f - Rzn. 33/34 -, jew. m. w. N.), kann für einen Arbeitnehmer durch einen Vertrag, an dem er - wie beim PÜV 2001 - nicht beteiligt ist, eine dynamische Anwendbarkeit eines Tarifvertrages oder eines Tarifwerks unmittelbar im Arbeitsvertrag ohne seine Zustimmung nicht begründet werden, was sowohl für den Fall der erstmaligen Vereinbarung einer Bezugnahme als auch bei der Sicherung einer bisher geltenden dynamischen Bezugnahme gilt. Tarifverträge begründen neben Rechten auch Pflichten - Belastungen - des Arbeitnehmers und können zu Lasten der Arbeitnehmer geändert werden, weshalb durch einen solchen Vertrag die Möglichkeit einer Verschlechterung der Arbeitsbedingungen eröffnet würde, die arbeitsvertraglich sonst nur im Wege einer Änderungsvereinbarung oder wirksamen Änderungskündigung erreicht werden könnte.

**b)** Jedoch enthält der PÜV 2001 selbst - mehrfach - die dezidierte Zusicherung der Beklagten, aufgrund der die übernommenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer einen schuldrechtlichen Anspruch zur Vereinbarung einer unbedingten zeitdynamischen, unbedingten, Inbezugnahme (individualrechtlichen Implementierung/Geltung) des Tarifrechts des öffentlichen Dienstes - BAT bzw. den diesen zum 01.10.2005 ablösenden TVöD - erwarben (§§ 133, 157 BGB), welche Vereinbarung nach den vorliegenden Umständen hier zwischen den Parteien konkludent, formfrei, zustande gekommen ist.

**aa)** Eine durch den PÜV 2001 schuldrechtlich begründete bloße Option, ein Wahlrecht des Arbeitnehmers zur Entscheidung zur Vereinbarung einer weiteren zeitdynamischen

Tarifanwendung begründet keine unmittelbare Verpflichtung oder Belastung des Arbeitnehmers i. S. d. § 328 Abs. 1 BGB und ist deshalb grundsätzlich wirksam. In diesem Fall geht es nicht um die, erstmalige, Unterwerfung des Arbeitnehmers unter die Bedingungen eines Tarifvertrages/Tarifwerks durch einen Vertrag, an dem der er nicht beteiligt ist, unmittelbar, sondern um die Sicherung der bisher bereits geltenden dynamischen Anwendbarkeit der Tarifverträge trotz des Betriebsübergangs (bzw. auch eines etwaigen späteren Verbandsaustritts der Beklagten und damit Aufgabe ihrer unmittelbaren Tarifbindung), der sonst zu einer nur statischen Anwendbarkeit dieser Tarifverträge führen könnte (vgl. BAG, U. v. 23.02.2011, 4 AZR 439/09, aaO - Rz. 28 aE -; BAG, U. v. 20.04.2005, 4 AZR 292/04, NZA 2006, S. 281 f - A. II. 2. d. Gr. -).

**bb)** Für eine durch den PÜV 2001 begründete Berechtigung der Arbeitnehmer - der Klägerin -, eine entsprechende Vereinbarung aus eigenem Recht und in eigenem Namen verlangen zu können, spricht hier bereits der Wortlaut des PÜV 2001 in eindeutiger Form:

Unter Ziff. 3 der Präambel des PÜV 2001 ist ausdrücklich bestimmt, dass, „soweit dieser Vertrag Ansprüche Dritter (insbesondere der Beschäftigten ...) regelt, ... sich die Vertragsparteien darüber einig (sind), dass der begünstigte Dritte hierdurch unwiderruflich selbst das Recht eingeräumt bekommt, von der jeweils ihm gegenüber verpflichteten Vertragspartei unmittelbar Erfüllung verlangen zu können“. Bereits dies normiert unzweideutig, dass den Arbeitnehmern - damit auch der Klägerin - durch den PÜV 2001 das („unwiderrufliche“) eigene Recht eingeräumt wurde, von der Beklagten als Partei des PÜV 2001 die Einhaltung dessen Bestimmungen, also der dort essentiell festgelegten zeitdynamischen Inbezugnahme der einschlägigen tarifvertraglichen Regelungen, damit deren schuldrechtliche – arbeitsvertragliche - Vereinbarung, verlangen zu können.

Damit, nahezu wortgleich, übereinstimmend ist in § 8 („Bestandteil der Arbeits- und Ausbildungsverträge“) des Teils 3 des PÜV 2001 geregelt, dass, „soweit in dieser Vereinbarung Ansprüche Dritter (insbesondere der Beschäftigten) geregelt sind, ... sich die Vertragsparteien darüber einig (sind), dass der begünstigte Dritte hierdurch unwiderruflich selbst das Recht eingeräumt bekommt, von der jeweils ihm gegenüber verpflichteten Vertragspartei unmittelbar Erfüllung verlangen zu können“. Dort ist sogar weitergehend bestimmt, dass dieser Personalüberleitungsvertrag, der den Arbeitnehmern - wie mit

dem Unterrichtungsschreiben der Beklagten vom 09.11.2001 nach dessen Inhalt auch geschehen! - auszuhändigen war, „Bestandteil eines jeden mit den betroffenen Mitarbeitern/Mitarbeiterinnen und den Vertragsparteien ... abgeschlossenen ... Einzelarbeitsvertrages“ wird.

Weiter hat die Beklagte in Teil 1 § 1 Abs. 3 PÜV 2001 gegenüber der Stadt B. ebenfalls - nahezu wörtlich übereinstimmend mit der dynamischen Bezugnahmeklausel im Arbeitsvertrag zwischen der Stadt B. und der Klägerin vom 12.05.1987 - zugesichert, dass sich die „Arbeits- bzw. Ausbildungsverhältnisse der Arbeitnehmer weiterhin aus dem BAT ... sowie den den BAT ergänzenden, ändernden oder ersetzenden Tarifverträgen in der für den Bereich der Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände (VKA) jeweils geltenden Fassung ... ergeben“ (solange nicht „ein anderes Tarifmodell“ gem. Teil 1 § 1 Abs. 4 und 11 vereinbart wurde, dazu s.u.). Auch dies bringt wiederum klar zum Ausdruck, dass durch diese „Zusicherung“ eine entsprechende subjektive Berechtigung der vom Betriebsübergang erfassten Arbeitnehmer begründet werden sollte, die diese aus eigenem Recht und in eigenem Namen geltend machen konnten (s. a. BAG, U. v. 23.02.2011, 4 AZR 439/09, aaO - Rz. 30 aE -: zu einer nahezu identischen Bestimmung in einem Personalüberleitungsvertrag derselben Beklagten, auch dort vertreten von denselben Prozessbevollmächtigten wie hier !).

Schließlich spricht auch die Verpflichtung der Beklagten zum Erwerb der Mitgliedschaft beim zuständigen Kommunalen Arbeitgeberverband Bayern e. V. in Teil 1 § 3 Abs. 1 PÜV 2001 dafür, dass durch die damit hergestellte unmittelbare Tarifbindung der Beklagten (§ 3 Abs. 1 TVG) eine, grundsätzlich dauerhafte, unbedingte dynamische Weitergeltung der tariflichen Bestimmungen des öffentlichen Dienstes sichergestellt werden sollte.

Damit enthält der PÜV 2001 zahlreiche und parallele - für sich betrachtet und erst recht in ihrer Gesamtheit unzweifelhafte - Bestimmungen, die den vom Betriebsübergang betroffenen Arbeitnehmern, darunter der Klägerin, das Recht einräumten, von der Beklagten die individualvertragliche Vereinbarung einer dynamischen – unbefristeten und unbedingten - Weitergeltung der einschlägigen Tarifbestimmungen des öffentlichen Dienstes (BAT, TVöD) verlangen zu können.

**cc)** Die sonach im PÜV 2001 enthaltene vertragliche Zusicherung der Beklagten gegenüber der Stadt B., dass die vom Betriebsübergang betroffenen Arbeitnehmer das („unwiderrufliche“) Recht erhalten würden, von der Beklagten eine Vereinbarung der bisher angewandten Tarifverträge des öffentlichen Dienstes optional verlangen zu können, betraf auch zum einen eine dynamische Einbeziehung der angesprochenen Tarifregelungen, zum anderen eine solche ohne zeitliche Begrenzung und zum Dritten eine von einer (fort-)bestehenden Mitgliedschaft der Beklagten im Kommunalen Arbeitgeberverband Bayern e. V. unabhängige solche Verpflichtung.

**(1)** Die Parteien des PÜV 2001 haben dort mehrfach die „klassische“ Diktion für die übliche dynamische vertragliche Tarifbezugnahme - entsprechend der ebenso gebräuchlichen Regelung in § 2 des Arbeitsvertrages der Klägerin mit der Stadt B. 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, aaO - Rz. 32, m. w. N. -).

**(2)** Die einen eigenen Rechtsanspruch der Arbeitnehmer auf individualvertragliche dynamische Umsetzung begründenden Bestimmungen des PÜV 2001 enthalten auch keine zeitliche Begrenzung für die hierdurch in Aussicht gestellte dynamische Tarifanwendung im Wege der Vereinbarung, etwa auf die Dauer von fünf Jahren o. ä. (vgl. BAG, U. v. 23.02.2011, 4 AZR 439/09, aaO - Rz. 34 aE -).

**(3)** Schließlich ist die durch den PÜV 2001 begründete unmittelbare Berechtigung zur individualrechtlichen Vereinbarung einer dauerhaften Geltung der (dynamischen) Tarifanwendung auch unbedingt erfolgt - nicht etwa bedingt durch die (fort-)bestehende Mitgliedschaft der Beklagten im Kommunalen Arbeitgeberverband Bayern e. V., abhängig von dieser. Zum Zeitpunkt des Abschlusses des PÜV 2001 am 12.11.2001 bestand eine solche Mitgliedschaft offensichtlich noch nicht, nachdem dort erst die - nach dessen Diktion: künftige - Pflicht der Beklagten zum Erwerb der Mitgliedschaft in diesem Arbeitgeberverband begründet wurde (Teil 1 § 3 Abs. 1 - nach dem Inhalt der von der Beklagten vorgelegten Aufnahmebestätigung in den Kommunalen Arbeitgeberverband Bayern e. V. vom 19.02.2002 - Anl. B 4, Bl. 141 d. A. - dürfte sie ihre Mitgliedschaft am 30.10.2001 bean-

tragt haben). Deshalb sollte dadurch ein von einer unmittelbaren Tarifbindung qua Verbandsmitgliedschaft der Beklagten (§ 3 Abs. 1 TVG) unabhängiger schuldrechtlicher Anspruch der betroffenen Arbeitnehmer zur Vereinbarung einer, unbedingten zeitdynamischen und zeitlich unbegrenzten, Inbezugnahme der bisher angewandten Tarifverträge des öffentlichen Dienstes mit der Beklagten begründet werden (vgl. BAG, B. v. 22.04.2009, 4 ABR 14/08, aaO - Rz. 71 -; BAG, U. v. 23.02.2011, 4 AZR 439/09, aaO).

Die Parteien des PÜV 2001 wollten mit diesem Vertrag ganz offensichtlich und unzweideutig (§§ 133, 157 BGB) sicherstellen, dass für die vom Betriebsübergang auf die Beklagte betroffenen Arbeitnehmer hierdurch eine über die gesetzlichen Rechtswirkungen des § 613 a BGB hinausreichende dauerhafte, dynamische und von einer Verbandsmitgliedschaft der Beklagten als Betriebsübernehmerin unabhängige, damit unbedingte Anwendung der jeweils einschlägigen Tarifverträge des öffentlichen Dienstes - VKA-Fassung - begründet würde - bis zur Ablösung des PÜV 2001 durch ein „anderes Tarifmodell“ gemäß der dortigen Regelungen in Teil 1 § 1 Abs. 4 und Abs. 11 PÜV 2001 (s.u.).

**c)** Zur Überzeugung der Berufungskammer (§ 286 Abs. 1 ZPO) kam hier auch eine entsprechende Vereinbarung der Parteien zur unbedingten zeitdynamischen, dauerhaften, Anwendung des Tarifrechts des öffentlichen Dienstes konkludent, durch schlüssiges Verhalten, zustande.

Die Stadt B. als frühere Arbeitgeberin der Klägerin und vorige Trägerin des Städtischen Krankenhauses B. hat mit Informationsschreiben vom 09.11.2001 (Anl. B 6, Bl. 143 - 146 d. A.) - entsprechend der zu diesem Zeitpunkt noch nicht (wenngleich durch die einschlägige Rechtsprechung präformierten) geltenden gesetzlichen Unterrichtsregelung jetzt in § 613 a Abs. 5 BGB - die Klägerin über die Gründe für die und die Umstände der Übertragung des Städtischen Krankenhauses auf die Beklagte detailliert unterrichtet und diesem Schreiben, nach seinem Wortlaut/Inhalt, auch den (vollständigen) PÜV 2001 beigefügt - wie dies eben auch bereits durch Teil 3 § 8 Abs. 2 Satz 2 PÜV 2001 so festgelegt war. In diesem Informationsschreiben vom 09.11.2001 hat die Stadt B. ausdrücklich darauf hingewiesen,

- 21 -

- dass die Beklagte ab 01.01.2002 gem. § 613 a BGB in die bestehenden Arbeitsverträge (...) eintrete und die gesetzliche einjährige „Veränderungssperre“ von einem Jahr hier auf drei bzw. fünf Jahre verlängert worden sei,
- dass durch die Beklagte „Tarifbindung“ bis 31.12.2006 zugesichert sei und deren Beendigung auch danach nur durch ein qualifiziertes Quorum von 50 % der zum geplanten Beendigungszeitpunkt beschäftigten Arbeitnehmer möglich sein würde,
- dass die Beklagte sich zum Erwerb der ordentlichen Mitgliedschaft im Kommunalen Arbeitgeberverband Bayern e. V. sowie in der Zusatzversorgungskasse verpflichtet habe, was die Verpflichtung zur Anwendung des (kommunalen) Tarifrrechts des öffentlichen Dienstes, einschließlich der Zahlung der „jeweils gültigen Tarifsätze“, beinhalte,
- dass alle erworbenen oder anerkannten Dienst- ... und Jubiläumszeiten damit anerkannt würden,

usw.

Abschließend, vor der Information über die nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts bestehende Möglichkeit eines Widerspruchs gegen den Betriebsübergang, ist dort ebenso ausdrücklich festgehalten, dass der PÜV 2001 „Ihnen“ - also der Klägerin im Individualfall - „somit mindestens die gleichen Rechte gewährleistet, wie wenn Sie weiterhin im öffentlichen Dienst beschäftigt wären“.

Der diesem Unterrichtungsschreiben der Beklagten vom 09.11.2001 beigefügte vollständige PÜV 2001 enthielt, wie ausgeführt, seinerseits unter Teil 3 § 8 Abs. 2 die Bestimmung, dass dieser selbst „Bestandteil eines jeden mit den betroffenen Mitarbeitern/Mitarbeiterinnen und den Vertragsparteien bereits abgeschlossenen“ (und künftig abzuschließenden) „Einzelarbeitsvertrages“ wird.

Damit hatte die Klägerin durch das, an sie persönlich gerichtete, Unterrichtungsschreiben der Stadt B. vom 09.11.2001 nicht nur umfassende Kenntnis von der durch den PÜV 2001 festgelegten Absicherung ihrer individualrechtlichen Rechtspositionen. Durch den dem Unterrichtungsschreiben vom 09.11.2001 im Volltext beigefügten PÜV 2001 kannte sie auch das ihr hierdurch, u. a. in Ziff. 3 dessen Präambel und durch Teil 3 § 8 Abs. 1, eingeräumte „unwiderrufliche“ eigene Recht, von der Beklagten als neuer Arbeitgeberin unmittelbar Erfüllung der dort für sie als Beschäftigter begründeten Rechte/Ansprüche verlangen zu können - also auch der hier (§ 1 Abs. 3) erfolgten Zusicherung der weiteren, dynamischen, unbedingten und unbefristeten, Anwendung der einschlägigen Tarifverträge des öffentlichen Dienstes (vgl. hierzu auch BAG, U. v. 23.02.2011, 4 AZR 439/09, aaO - Rz. 66 -).

Hiernach ist zur Überzeugung der Berufungskammer ohne jeden Zweifel davon auszugehen, dass auf der Grundlage des PÜV 2001 insoweit als Vertrages zugunsten Dritter (§ 328 Abs. 1 BGB) jedenfalls konkludent eine gesonderte Vereinbarung der Parteien über die dynamische, unbedingte und unbefristete, Weitergeltung des einschlägigen Tarifwerks des öffentlichen Dienstes auf das Arbeitsverhältnis der Parteien zustande gekommen ist:

Bereits die durch Teil 3 § 8 Abs. 2 PÜV 2001 vorgegebene Aushändigung dieses PÜV mit dem dortigen Angebot der Beklagten, zu dem diese sich gegenüber der Stadt B. als Partei des PÜV 2001 verpflichtet hatte, diesen PÜV zum „Bestandteil“ jeden vorhandenen „Einzelarbeitsvertrages“ zu machen, erhielt die Klägerin ein solches Angebot der Beklagten unmittelbar - das sie zweifellos konkludent, wohl bereits durch Unterlassen eines Widerspruchs gegen den Betriebsübergang, wie im Informationsschreiben vom 09.11.2001 mitgeteilt, angenommen hat. Des Weiteren hat die Beklagte in der Folge, ab dem Zeitpunkt des Betriebsübergangs zum 01.01.2002, den zu diesem Zeitpunkt geltenden BAT, nebst der jeweils gültigen Vergütungstarifverträge, unstreitig dynamisch angewandt. Dies geschah nicht nur während der fünfjährigen Mitgliedschaft der Beklagten im Kommunalen Arbeitgeberverband Bayern e. V. im Zeitraum vom 01.01.2002 bis 31.12.2006, sondern unstreitig auch noch danach, wie die Beklagte dies etwa in dem, von ihr vorgelegten, allgemeinen Informationsschreiben „Stadtklinik Intern“ Januar 2009 (Anl. B 9, Bl. 152/153 d. A.) veröffentlicht hat, als dort die „Umsetzung“ der linearen Tariferhö-

hungen „für den Bereich des TVöD“ bekanntgegeben wurde, unter Verweis darauf, dass die Beklagte zu deren Weitergabe insbesondere aus dem PÜV 2001 verpflichtet sei (!).

Dass die Beklagte nach ihren Ausführungen zu diesem Zeitpunkt noch innerlich der Rechtsansicht gewesen sei, auch nach Austritt aus dem Kommunalen Arbeitgeberverband Bayern e. V. zum 31.12.2006 aus dem PÜV 2001 verpflichtet zu sein, bis zur - von ihr als rechtlich möglich angesehenen - Kündigung des PÜV 2001 gegenüber der Stadt B. vom 16.06.2008 zum 30.09.2008 (Anl. B 7, Bl. 147 d. A.) weiter Tarifierhöhungen weitergeben zu müssen bzw. diese Verpflichtung auch darüber hinaus bestanden habe - bis sie aus dem Beschluss des Bundesarbeitsgerichts vom 22.04.2009 (4 ABR 14/08, aaO) erfahren habe (haben wolle), dass sie nicht (mehr) zur Weitergabe von Tarifierhöhungen verpflichtet sei, weil dort erstmalig entschieden worden sei, dass eine Regelung in einem Personalüberleitungsvertrag wie diejenige hier in Teil 1 § 1 Abs. 3 PÜV 2001 einen unzulässigen Vertrag zu Lasten Dritter darstelle -, ist als rein interne Motivation/innere Einstellung einerseits unerheblich, andererseits nachgerade abwegig:

Dass solche und ähnliche Regelungen zur dynamischen Weitergeltung von Tarifbestimmungen in Arbeitsverträgen in einem vergleichbaren Personalüberleitungsvertrag zwischen den beteiligten Arbeitgebern eines Betriebsübergangs (gerade im Zusammenhang mit der Privatisierung öffentlicher Einrichtungen wie Krankenhäuser entsprechend dem vorliegenden Fall) einen Vertrag zu Lasten Dritter darstellen können, entsprach bereits seit langem der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, die der Beklagten zweifellos bekannt war (vgl. etwa U. v. 20.04.2005, 4 AZR 292/04, NZA 2006, S. 281 f). In der von ihr angezogenen Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 22.04.2009 (4 ABR 14/08, aaO), die erstmals ihre „Erleuchtung“ bewirkt haben sollte, ist jedoch - wie vorstehend bereits mehrfach in Bezug genommen - erneut, ebenso bereits in dort zitierten vorausgegangenen Entscheidungen, umfangreich ausgeführt (!), dass in einem Personalüberleitungsvertrag den von diesem erfassten Arbeitnehmern jedoch die Berechtigung eingeräumt werden kann, eine gesonderte Vereinbarung über die dynamische weitere Anwendung der sich aus diesem ergebenden Tarifbestimmungen verlangen zu können. Eine ebensolche Auslegung musste sich hier angesichts des, zumal derart eindeutigen, Wortlauts der Bestimmungen des PÜV 2001 (v. a. der einschlägigen Regelung in Ziff. 3 der Präambel und in Teil 3 § 8 Abs. 1) geradezu aufdrängen. Die Beklagte kannte diese ständige Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zur Genüge - zumal

sie selbst mehrfach Partei in einschlägigen Verfahren/Entscheidungen, mit denselben Prozessbevollmächtigten wie hier, war.

Die Annahme einer erst mit Kenntnis von der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 22.04.2009 (4 ABR 14/08, aaO) „rechtssicher“ erlangten Kenntnis einer fehlenden Verpflichtung zur Weitergabe von Tariferhöhungen wegen dort angeblich erstmals festgestellter Unzulässigkeit eines Vertrages zu Lasten Dritter ist deshalb sowohl, als „innere Tatsache“, Motivation, der beklagten unerheblich als auch unnachvollziehbar.

Zumindest nach den gesamten Umständen, vor allem bereits dem Inhalt der Regelungen des vorliegenden PÜV 2001 über eine unmittelbare Einräumung entsprechender Rechte gegenüber den betroffenen Arbeitnehmern und der langjährigen Praxis der Tarifanwendung über den Zeitpunkt des Betriebsübergangs (01.01.2002) und auch über den Zeitpunkt des - bekannt gegebenen - Austritts der Beklagten aus dem Kommunalen Arbeitgeberverband Bayern e. V. zum 31.12.2006 hinaus, bis Ende 2009, ist hier zur Überzeugung der Berufungskammer unzweifelhaft eine konkludente entsprechende arbeitsvertragliche Vereinbarung zwischen den Parteien über die weitere dynamische, zeitlich unbegrenzte und unbedingte, Anwendung der einschlägigen Tarifverträge des öffentlichen Dienstes (BAT bzw. nunmehr, als diesen ersetzender Tarifvertrag, des TVöD/VKA) zustande gekommen. Bereits das Unterlassen eines Widerspruchs der Klägerin gegen den Betriebsübergang aufgrund des mit dem Unterrichtungsschreiben der Stadt B. als damaliger Arbeitgeberin vom 09.11.2001 übermittelten vollständigen PÜV 2001 - mit den dortigen eindeutigen Regelungen und individualrechtlichen Zusicherungen und Garantien - und auch die Weiterarbeit der Klägerin über den Zeitpunkt des Betriebsübergangs, danach den, ihr bekanntgegebenen, Zeitpunkt des Austritts der Beklagten aus dem Kommunalen Arbeitgeberverband Bayern e. V. zum 31.12.2006 und die damit verbundene Aufgabe deren Tarifbindung hinaus enthielten im Zusammenhang mit dem Inhalt des Unterrichtungsschreibens der Stadt B. vom 09.11.2001 sowie auch der durchgängigen Bezugnahme auf die jeweilige tarifliche Entgeltgruppe in den Gehaltsabrechnungen (etwa: Gehaltsabrechnungen 1/2010 - 12/2010 in Anl. K 10, Bl. 43 - 54 d. A.) ein konkludentes Angebot der Klägerin, durch schlüssiges Verhalten, auf unbedingte zeitdynamische arbeitsvertragliche Weitergeltung der einschlägigen Tarifverträge des öffentlichen Dienstes (zuletzt TVöD).

Eine, auch nur konkludente, Annahmeerklärung der Beklagten war nicht einmal erforderlich, da die Person der Klägerin als Berechtigter sowie die ihr zukommenden Rechte und Pflichten durch den Inhalt der Regelungen des PÜV 2001 feststanden, sodass für eine Gestaltungsmöglichkeit hinsichtlich einer solchen Vereinbarung kein Raum mehr blieb - weshalb eine spätere Erklärung der Klägerin als Berechtigter gegenüber der Beklagten hierzu auch bereits vorab angenommen war (vgl. BAG, U. v. 23.02.2011, 4 AZR 439/09, aaO - Rz. 63 -). Im Übrigen hätte die Beklagte eine etwa noch als erforderlich anzusehende Annahme eines solchen konkludenten Vertragsangebots der Klägerin ebenfalls konkludent durch ihre durchgängige homogene und über den Zeitpunkt ihres Austritts aus dem Kommunalen Arbeitgeberverband Bayern e. V. sogar mehrjährig fortgesetzte Tarifanwendungspraxis jedenfalls vor Ende 2009 zum Ausdruck gebracht gehabt.

**d)** Der PÜV 2001 ist nicht durch den Austritt der Beklagten aus dem Kommunalen Arbeitgeberverband Bayern e. V. zum 31.12.2006 gegenstandslos bzw., im Arbeitsverhältnis der Parteien, die konkludent vereinbarte dynamische Anwendung der Tarifverträge des öffentlichen Dienstes damit statisch geworden - wie die Beklagte offensichtlich durch die Verwendung des Begriffs der „Gleichstellungsabrede“ auch in diesem Zusammenhang annehmen will. Auf Personalüberleitungsverträge auf Unternehmensebene ist diese Rechtsprechung zur Auslegung einer dynamischen Bezugnahme auf die einschlägigen Tarifverträge in einem vom, tarifgebundenen, Arbeitgeber vorformulierten Arbeitsvertrag nicht übertragbar (vgl. BAG, U. v. 23.02.2011, 4 AZR 439/09, aaO - Rz. 51 -).

Auch sonst gibt es keine Anhaltspunkte dafür, dass sich die Vertragsparteien des PÜV 2001 darüber einig gewesen wären, dass die dort normierte Weitergeltung des Tarifrechts des öffentlichen Dienstes nur für die Zeit zwingender Tarifbindung der Beklagten aufgrund, dort vereinbarter, Mitgliedschaft im zuständigen Arbeitgeberverband gelten hätte sollen.

**e)** Der PÜV 2001 wurde durch die Kündigung der Beklagten gegenüber der Stadt B. vom 16.06.2008 zum 31.12.2008 (Anl. K 3, Bl. 23 d. A.) nicht ersatzlos beseitigt.

Dies wäre allerdings von vornherein nur entscheidungserheblich, wenn zum Zeitpunkt des Wirksamwerdens dieser Kündigung Ende 2008 (jedenfalls vor dem 01.01.2010

als Beginn des streitgegenständlichen Forderungszeitraums, wie hier nach vorstehenden Ausführungen nicht anzunehmen - auch das Arbeitsgericht ist mit nachvollziehbarer Begründung von einer durch Weitergabe der Tarifierhebung 2007, nach Austritt der Beklagten aus dem Kommunalen Arbeitgeberverband Bayern e. V., bereits im Jahr 2007 anzunehmenden konkludenten Vereinbarung der Parteien über die dynamische Weitergeltung des Tarifrechts des öffentlichen Dienstes ausgegangen) noch nicht von einem zu diesem Zeitpunkt bereits konkludent erfolgt gewesenen Zustandekommen einer einzelvertraglichen Vereinbarung der Parteien über die weitere dynamische Anwendung der Tarifverträge des öffentlichen Dienstes auszugehen wäre: Die Bestimmung eines solchen Zeitpunkts kann wegen grundsätzlicher Unzulässigkeit der Kündigung des PÜV 2001 jedoch insoweit sogar offen bleiben.

**aa)** Entgegen der Ansicht der Beklagten ist nicht anzunehmen, dass die Nicht-Normierung eines Rechts zur ordentlichen Kündigung im PÜV 2001 diese gerade nicht ausgeschlossen hätte. Ihre Behauptung, dass die Vertragsparteien des PÜV 2001 bei dessen Abschluss von einer – somit ungeschriebenen - ordentlichen Kündigungsmöglichkeit ausgegangen seien, ist gänzlich unsubstanziert und unnachvollziehbar, eben nicht Vertragsbestandteil - im Gegenteil sprechen die Regelungen des PÜV 2001 in ihrer Gesamtheit - mit der erkennbaren essentiellen Intention der langfristigen Sicherstellung der dynamischen Weitergeltung des einschlägigen Tarifrechts des öffentlichen Dienstes in den Arbeitsverträgen und der dortigen Bestimmungen zur Ersetzung der „bestehenden Tarifbindung“ allein durch ein „anderes Tarifmodell“ - gerade dagegen.

**bb)** Der Ausschluss einer ordentlichen Kündigung des PÜV 2001 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, ist nicht nachvollziehbar. Dies ist, wie bereits das Arbeitsgericht ausgeführt hat, weder in irgendeiner Form ansatzweise substantiiert - durch Zahlen hinsichtlich ihrer wirtschaftlichen Situation und deren Entwicklung untermauert - noch wäre dies greifbar: Auch gerichtsbekannt wenden die Krankenhäuser in öffentlicher Trägerschaft (bzw. als formal privatisierte Einrichtungen in Trägerschaft etwa einer (g)GmbH)

oder auch sonstige private Kliniken im Raum Südostbayern, die im bayerischen Krankenhausbedarfsplan enthalten sind und die öffentliche Gesundheitsvorsorge sicherstellen, zumindest ganz überwiegend, wenn nicht durchgängig, das Tarifrecht des öffentlichen Dienstes an.

Auch ist festzuhalten, dass die Beklagte sich bei Erwerb des Städtischen Krankenhauses B. im PÜV 2001 dieser gegenüber bewusst zu einer sehr weitgehenden, für die abgebende Stadt als vorige Krankenhausträgerin erkennbar politisch motivierten, Festschreibung u. a. der dynamischen Weitergeltung des Tarifrechts des öffentlichen Dienstes verpflichtet hat. Die Beklagte wusste als, im Konzernverbund, wirtschaftlich erfahrene und potente Akteurin, worauf sie sich einließ und was dies bedeutete, auch langfristig. Der Versuch - die „Reue“ -, sich hiervon nach einigen Jahren wieder lösen zu wollen, muss hiernach allerdings dem Einwand unzulässiger Rechtsausübung - widersprüchliches Verhalten, § 242 BGB - begegnen.

**cc)** Im PÜV 2001 wurde als, ersichtlich einzige, Möglichkeit der Lösung vom dort in Bezug genommenen und in die Arbeitsverträge der betroffenen Arbeitnehmer zu implementierenden 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 - sittenwidrig i. S. d. §§ 138, 242 BGB - sein sollte, wie die Beklagte geltend macht, vermag die Berufungskammer nicht zu erkennen. Wie ausgeführt, liegen keinerlei auch nur ansatzweise substanzierter Sachvortrag der Beklagten oder Anhaltspunkte im Sachverhalt sonst vor, dass eine „übermäßige“ Bindung an den PÜV 2001 deshalb sittenwidrig sei, weil solches ihre wirtschaftliche Bewegungsfreiheit in unvertretbarer Weise einenge, wie sie dies auch im Anschluss an das Urteil des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein vom 01.04.2009 (6 Sa 409/08, juris) ausführen will: Sie hat ein öffentliches, im öffentlichen Krankenhausbedarfsplan enthaltenes, Krankenhaus mit dem Zweck der Sicherstellung der regionalen Krankenversorgung übernommen, mit flankierenden Regelungen, die über die Bestandsschutzregelungen für die Beschäftigten gem. § 613 a BGB hinausgehen. Dies mag im Ergebnis und längerfristig ggf. Gewinnerzielungsintentionen der Beklagten oder ihrer Konzernobergesellschaft tangieren - dass dies jedoch, aktuell, bereits ihre wirtschaftliche „Bewegungsfreiheit“ massiv beeinträchtigen würde, und dies zumal sogar in „unvertretbarer Weise“, ist keinesfalls zu erkennen - die Beklagte hat

diesen Vertrag, die Verträge über den Erwerb des Städtischen Krankenhauses B., nicht etwa gezwungenermaßen mit einem Monopolanbieter schließen müssen, um überhaupt tätig werden zu können, sondern das Städtische Krankenhaus B. als eine dem öffentlichen Gesundheitssicherungsauftrag dienende städtische Einrichtung flankiert durch einen Personalüberleitungsvertrag in Kenntnis ggf. verbundener etwa wirtschaftlicher Handlungsrestriktionen übernommen.

Die Parteien des PÜV 2001 haben in dessen Gesamtzusammenhang allerdings eine dauerhafte - „ewige“ - Anwendung tarifvertraglicher Bestimmungen auf die Arbeitsverhältnisse der in der übertragenen Klinik beschäftigten Arbeitnehmer vereinbart - zunächst, für die Dauer von jedenfalls drei (fünf) Jahren, des Tarifrechts des öffentlichen Dienstes (Teil 1 § 1 Abs. 3 und Abs. 11 Unterabs. 1 und 2 PÜV 2001) und danach mit der Möglichkeit der Ablösung/Ersetzung durch einen anderen Tarifvertrag (ein „anderes Tarifmodell“). Bereits das Arbeitsgericht hat zutreffend darauf hingewiesen, dass dies auch nicht etwa die negative Koalitionsfreiheit der Beklagten (Art. 9 Abs. 3 GG) beeinträchtigt. Die Beklagte konnte nach der, insoweit auch von ihr nicht angegriffenen, Frist von fünf Jahren aus dem Kommunalen Arbeitgeberverband Bayern e. V. und damit einer normativen Tarifbindung (§ 3 Abs. 1 TVG) austreten, wie geschehen - anderes wäre auch nicht wirksam zu vereinbaren gewesen (Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG - BAG, B. v. 19.09.2006, 1 ABR 2/06, AP Nr. 22 zu § 3 TVG Verbandszugehörigkeit) -.

Dies ändert jedoch nichts an der grundsätzlichen Wirksamkeit der im PÜV 2001 von der Beklagten gegenüber der vorigen Arbeitgeberin und Klinikbetreiberin Stadt B. schuldrechtlich, ohne die Möglichkeit einer ordentlichen Kündigung, eingegangenen Verpflichtung einer Zusicherung gegenüber den betroffenen Arbeitnehmern zur Möglichkeit einer arbeitsvertraglichen Vereinbarung einer unbedingten und unbefristeten dynamischen Weiteranwendung der Tarifverträge des öffentlichen Dienstes. Keinesfalls ist solches etwa als „sittenwidrig“ i. S. d. §§ 138, 242 BGB und damit nichtig anzusehen.

**dd)** Die Möglichkeit einer ordentlichen Kündigung des PÜV 2001, mit welcher Kündigungsfrist auch immer, ergibt sich weiter nicht aus § 624 BGB, da - wie auch das Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein im oben bereits, wie von der Beklagten, angezogenen Urteil vom 01.04.2009 (aaO - Rz. 223 -) überzeugend ausgeführt hat, dem sich die Beru-

fungskammer anschließt - diese Vorschrift auf den PÜV 2001 weder unmittelbar noch entsprechend anwendbar ist. § 624 BGB gilt für Dienstverhältnisse, die kein Arbeitsverhältnis sind. Der PÜV 2001 stellt jedoch kein Dienstverhältnis, auch nicht im weiteren Sinn, dar, es überwiegen bei ihm nicht einmal die dienstvertraglichen Elemente, wie nach der einschlägigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs hierzu erforderlich (BGH, U. v. 25.05.1993, X ZR 79/92, NJW-RR 1993, 1460 f).

**ee)** Auch die Möglichkeit einer außerordentlichen Kündigung des PÜV 2001 oder die Annahme des Wegfalls der Geschäftsgrundlage hierfür scheiden, evident, aus. Die Beklagte hat weder nur ansatzweise das Vorliegen besonderer, allenfalls ausnahmsweise denkbarer, Sachverhalte als („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 PÜV 2001 geführt hätten (§ 313 BGB), konkret vorgetragen - wie sie hierzu selbst anmerkt - oder es wären solche sonst erkennbar. Die Beklagte deutet eben nur, völlig unsubstanziert, eine Änderung „wirtschaftlicher Rahmenbedingungen“ (?) und der „Wettbewerbssituation“ (?) an.

**ff)** Die von der Beklagten im PÜV 2001 gegenüber der Stadt B. eingegangenen Verpflichtungen zur weiteren Anwendung des Tarifrechts des öffentlichen Dienstes auf die Arbeitsverhältnisse der betroffenen Arbeitnehmer (mit welcher Transformationskonsequenz hierbei auch immer, s. o.) wurden auch nicht im Rahmen der hierzu, allein, normierten Regelungen in Teil 1 § 1 Abs. 3 und Abs. 4 i. V. m. Abs. 11 PÜV 2001 selbst ersetzt/abgelöst, wie die Beklagte unter Verweis auf den mittlerweile faktisch erfolgten Wechsel zahlreicher Arbeitnehmer ins „T. Modell“ gemäß der „Regelungsabrede ...“ vom 03.02.2010 (mit dem Inhalt eines typischen Manteltarifvertrages ...!) weiter geltend macht:

Nach den, rechtswirksamen, Regelungen des PÜV 2001 kann ein Ende - eine Ersetzung/Ablösung – der für die Beklagte hieraus resultierenden schuldrechtlichen Verpflichtungen im Arbeitsvertrag mit den Arbeitnehmern nur durch ein „anderes Tarifmodell“ erfolgen (Teil 1 § 1 Abs. 3 PÜV 2001), falls hierfür (ab 01.01.2007) weiter eine qualifizierte Mehrheit von „mehr als 50 % der zum geplanten Beendigungszeitpunkt beschäftigten Angestellten und Arbeiter für die Ablösung stimmen“ (und darüber hinaus „in Bezug auf die

Einführung eines neuen Tarifs ein den dann geltenden gesetzlichen Bestimmungen entsprechendes Verfahren zur Ablösung des Tarifs eingehalten wird“ - Teil 1 § 1 Abs. 11 PÜV 2001 -).

Die „Regelungsabrede ...“ vom 03.02.2010, nebst der „Überleitungsregeln“ gleichen Datums hierzu (Anl. B 11, Bl. 187 - 193 d. A.) - deren Rechtswirksamkeit (?) unterstellt ... -, stellt jedoch schon tatbestandlich keinen Tarifvertrag im Rechtssinn dar, der nach den zitierten Bestimmungen des PÜV 2001 allein eine Ersetzung/Ablösung der Vereinbarung der Geltung des Tarifrechts des öffentlichen Dienstes möglich machen könnte. Bei dieser „Regelungsabrede ...“ handelt es sich gerade nicht um einen, potenziell normativ wirkenden (§ 4 Abs. 1 TVG), Tarifvertrag, sondern um eine lediglich schuldrechtliche Vereinbarung zwischen der Beklagten und deren Betriebsrat - unterzeichnet auch vom „Konzernbereich Arbeits- und Tarifrecht der A. Kliniken“, also ggf. einen mehrgliedrigen Vertrag - i. S. Allgemeiner Geschäftsbedingungen (AGB), die damit allererst arbeitsvertraglich, bei bestehenden Arbeitsverhältnissen durch Änderungsvertrag, einbezogen werden muss/müssen (insoweit - wenngleich nicht in der Rechtsform als „Regelungsabrede“ - vergleichbar Arbeitsvertragsrichtlinien (AVR) im Bereich der kirchlichen Träger oder der Freien Wohlfahrtsverbände).

Des Weiteren liegt auch keine förmliche „Abstimmung“ der Arbeitnehmer der Beklagten hinsichtlich einer Ablösung der Anwendung des Tarifrechts des öffentlichen Dienstes, wie von Teil 1 § 1 Abs. 11 PÜV 2001 hierfür ausdrücklich gefordert ist, vor. Dies verlangt ein förmliches demokratisches Abstimmungsverfahren der Belegschaft des Krankenhauses insgesamt, wie fundiert und näher formalisiert auch immer. Nach dem undementiert gebliebenen Vorbringen der Klägerin in ihrer Berufungsbeantwortung hat die Beklagte am 07.12.2007 sogar eine solche formelle Abstimmung eingeleitet, wenngleich mit aus ihrer Sicht desaströsem Ergebnis (lediglich 7,2 % der sich an dieser Abstimmung beteiligten Arbeitnehmer hätten der angestrebten Beendigung zugestimmt ...).

Die Beklagte beruft sich hier lediglich auf die normative Kraft des Faktischen - dass mittlerweile zahlreiche Arbeitnehmer ins „T. Modell“ gemäß der „Regelungsabrede ...“ gewechselt seien, also einen entsprechenden Arbeitsvertrag mit Verweis hierauf bei Neueinstellung bzw. einen Änderungsvertrag bei bestehenden Arbeitsverhältnissen unter-

zeichnet hätten. Dass solches nichts mit irgendeinem demokratischen Abstimmungsvorgang, und der hiermit zwangsläufig verbundenen kollektiven Willensbildung, zu tun hat, sollte keiner näheren Begründung bedürfen ...

Schließlich läge nach dem Vorbringen der Beklagten auch nicht die Voraussetzung der Erfüllung des qualifizierten Mehrheitsquorums von mehr als 50 % der zum geplanten Ablösungszeitpunkt (welcher sollte dies demnach sein?) beschäftigten Arbeitnehmer – somit aller Angestellten und Arbeiter – bei einer solchen förmlichen Abstimmung vor. Die Beklagte führt lediglich aus, dass bis zum Jahr 2011 oder 2012 mehr als 50 % der Mitarbeiter des „nichtärztlichen“ Bereichs neue Verträge mit Verweis auf das „T. Modell“ gemäß „Regelungsabrede ...“ unterschrieben hätten - somit ersichtlich nicht über 50 % aller Beschäftigten, die zwangsläufig auch den ärztlichen Bereich beinhalten würden. Die Tatsache, dass der ärztliche Bereich - deren Gewerkschaft Marburger Bund - im Jahr 2005 aus der Tarifgemeinschaft mit der Gewerkschaft ver.di ausgesichert ist und seitdem eigene Tarifverträge für seine Mitglieder abschließt, kann jedoch noch nichts am hiernach erforderlichen Quorum von mehr als 50 % Zustimmung, aller Beschäftigter, für eine Ablösung des Tarifrechts des öffentlichen Dienstes ändern oder zur Auslegung führen, dass nunmehr diese qualifizierte Mehrheit allein auf die nichtärztlichen Beschäftigten zu restringieren oder ein solches Ergebnis jedenfalls über die Anpassung dieser Bestimmung des PÜV 2001 wegen schwerwiegender Veränderung der Geschäftsgrundlage gem. § 313 Abs. 1 und Abs. 2 BGB herzustellen wäre. Die Überlegungen der Beklagten hierzu sind ersichtlich sämtlich artifizuell und ebenso interessengeleitet wie unnachvollziehbar.

**f)** Damit ist von einer rechtswirksam zustande gekommenen konkludenten vertraglichen Vereinbarung der Parteien auf der Grundlage eines Vertrages zugunsten Dritter = der Klägerin nach dem PÜV 2001 aufgrund der dort normierten Berechtigung, eine solche Vereinbarung verlangen zu können, über die unbedingte dynamische, unbefristete weitere Anwendung des Tarifrechts des öffentlichen Dienstes (TVöD-VKA) selbst dann auszugehen, wenn es hierfür überhaupt noch auf die Geltung, den Fortbestand, des PÜV 2001 ankommen sollte.

**g)** Inhalt der damit weiterbestehenden arbeitsvertraglichen Bezugnahme auf die einschlägigen Tarifverträge des öffentlichen Dienstes war nach Ablösung des BAT durch den

TVöD/VKA zum 01.10.2005 eben dieser (§§ 133, 157 BGB - was auch beide Parteien für diesen Fall nicht in Zweifel ziehen). Dies ergibt sich zwingend bereits aus den zugrunde liegenden Formulierungen in Ziff. 3 der Präambel und Teil 1 § 1 Abs. 3 i. V. m. Abs. 11 sowie Teil 3 § 8 Abs. 1 und Abs. 2 PÜV 2001, die - wie die vergleichbare Bezugnahmeregelung im Arbeitsvertrag der Klägerin mit der Stadt B. - jeweils ausdrücklich auch auf die den BAT etwa künftig ersetzenden Tarifverträge (Fassung VKA) verweisen (vgl. auch die einschlägige aktuelle Rechtsprechung des BAG zur Auslegung/Reichweite einer solchen einzelvertraglichen Bezugnahmeklausel).

**h)** Deshalb hat die Klägerin aufgrund des somit einzelvertraglich anwendbaren Tarifabschlusses zum 01.01.2010 Anspruch auf die dortige Erhöhung der Tarifentgelte um 1,2 % in der von ihr schlüssig und substantiiert dargelegten und unstreitigen Höhe des Leistungsantrags zu 1. Ebenso ist damit auch der Feststellungsantrag hinsichtlich einer Verpflichtung der Beklagten zur dynamischen Anwendung des öffentlichen Dienstes über den 31.12.2010 hinaus begründet.

**4. a)** Die Nachzahlungsansprüche der Klägerin, die sie mit Leistungsklage für den Zeitraum vom 01.01. bis 31.12.2010 geltend macht, sind nicht verjährt (§§ 196, 199 Abs. 1 BGB) - dies bedarf keiner näheren Begründung.

**b)** Auch eine Verwirkung dieser Differenzvergütungsansprüche der Klägerin scheidet aus.

Unabhängig von der Frage der Erfüllung des Zeitmoments des Verwirkungstatbestands - Geltendmachung der Ansprüche ab Januar 2010 durch die Klägerin - fehlt es jedenfalls am Vorliegen des erforderlichen Umstandsmoments, eines Vertrauensschutzes der Beklagten, dass die Klägerin, der mit Schreiben der Beklagten vom 17.02.2010 (Anl. B 12, Bl. 194 - 196 d. A.) ein Wechsel ins sog. „T. Modell“ gemäß der „Regelungsabrede ...“ vom 03.02.2010 angeboten worden war und die einen solchen Änderungsvertrag unstreitig nicht unterzeichnet hatte, deshalb ihre Rechte hinsichtlich der Entgeltentwicklung im öffentlichen Dienst nicht (mehr) geltend machen, sondern sich mit einem (ggf. dauerhaften) Einfrieren ihrer Vergütung zufrieden geben werde. Bis Ende 2009 bestand aufgrund der tatsächlich, mit welcher inneren Motivation der Beklagten auch immer, erfolgten

Weitergabe der Tarifentgelterhöhungen des TVöD/VKA-Bereichs für die Klägerin keine Veranlassung zu einer Nachforderung. Einen besonderen Vertrauensschutz für Ansprüche ab dem Jahr 2010 macht die Beklagte nicht geltend, entsprechende vertrauensbegründende Umstände wären auch sonst nicht ersichtlich.

c) Auch die Ausschlussfrist des § 37 Abs. 1 TVöD steht den mit Leistungsklage geltend gemachten Nachzahlungsansprüchen der Klägerin für den Zeitraum vom 01.01. bis 31.12.2010 nicht entgegen.

Zwar ist die Erwägung der Klägerin in ihrer Berufungsbeantwortung hierzu (unter I. 5., S. 7, Bl. 308 f/313 d. A.), Verfallklauseln würden schon deshalb keine Anwendung finden können, weil es hier nicht um die Geltung des TVöD „kraft unmittelbarer Tarifbindung“ gehe, sondern um die durch Auslegung zu ermittelnde Reichweite einer vertraglichen Inbezugnahmeregelung, ersichtlich rechtsirrig, da hier von der konkludent erfolgten einzelvertraglichen - dauerhaften und dynamischen - Vereinbarung des jeweiligen Tarifwerks des öffentlichen Dienstes insgesamt, damit auch der Ausschlussfristenregelung im TVöD/VKA-Manteltarifvertrag, auszugehen ist (s. o.).

Jedoch ist die Berufung auf die Ausschlussfrist durch die Beklagte erstmals in der Berufung - nicht bereits im, 62-seitigen, erstinstanzlichen Klageerwiderungsschriftsatz vom 20.04.2011 - damit verspätet (§§ 296 Abs. 2, 282 Abs. 1 ZPO, 67 Abs. 3 ArbGG) erfolgt.

Im Übrigen müsste die Berufung auf die Einhaltung der tarifvertraglichen Ausschlussfrist hier auch dem Einwand von Treu und Glauben (§ 242 BGB) begegnen, weil die Beklagte die Erfüllung von auf die einschlägigen tariflichen Regelungen bezogenen Ausschlussfristen seit dem Jahr 2009 grundsätzlich und endgültig ablehnt - ungeachtet dessen, dass die Klägerin jedenfalls mit dem, der Beklagten am 07.01.2011 zugestellten, Klageschriftsatz vom 16.12.2010 mit ihrer Leistungsklage, über sogar einen höheren Betrag als zuletzt beziffert, die tarifliche Ausschlussfrist des § 37 Abs. 1 TVöD für Vergütungsansprüche ab Juli 2010, fällig am 31.07.2010 (§ 24 Abs. 1 Satz 2 TVöD) - bzw., angesichts der zunächst höher eingeklagten Forderung, für Vergütungsansprüche ab Mai/Juni 2010 - gerichtlich und damit gleichzeitig schriftlich geltend gemacht hätte.

5. Aus den oben ausgeführten Gründen ist die Widerklage der Beklagten unbegründet. Die Möglichkeit einer ordentlichen Kündigung des PÜV 2001, auf den sämtliche Anträge im Rahmen der hilfsweisen Widerklage der Beklagten abstellen, ist nach vorstehenden Ausführungen (oben 3. d) nicht gegeben. Nach den, rechtswirksamen, Regelungen des PÜV 2001 besteht allein die Möglichkeit einer Ersetzung/Ablösung dessen hier maßgeblicher Bestimmungen durch ein „anderes Tarifmodell“ im Rahmen einer förmlichen „Abstimmung“ aller Beschäftigten hierzu.

6. Damit musste die Berufung der Beklagten zurückgewiesen werden.

### III.

Die Beklagte hat damit die Kosten ihrer erfolglosen Berufung zu tragen (§ 97 Abs. 1 ZPO).

### IV.

Die Berufungskammer hat die Revision zum Bundesarbeitsgericht wegen grundsätzlicher Bedeutung der Angelegenheit zugelassen (§ 72 Abs. 2 ArbGG).

### **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>

Burger

Ebel

Manzinger