

Aktenzeichen: 8 AZR 286/08
Bundesarbeitsgericht 8. Senat

Urteil vom 22. Oktober 2009
- 8 AZR 286/08 -

I. Arbeitsgericht
Hamburg

Urteil vom 5. Dezember 2007
- 28 Ca 209/07 -

II. Landesarbeitsgericht
Hamburg

Urteil vom 28. Februar 2008
- 8 Sa 2/08 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Entscheidungsstichworte:

Rückkehrrecht - Anstalt öffentlichen Rechts - Überführung in private
Trägerschaft

Gesetze:

Gesetz zur Errichtung der Anstalt öffentlichen Rechts "pflegen & wohnen"
(p & w) vom 11. Juni 1997 § 18; Zweites Gesetz zur Änderung des
Gesetzes zur Errichtung der Anstalt öffentlichen Rechts "pflegen &
wohnen" (p & w) vom 21. November 2006 Art. 1, 2; ZPO § 256

Leitsätze:

keine



BUNDESARBEITSGERICHT



8 AZR 286/08
8 Sa 2/08
Landesarbeitsgericht
Hamburg

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
22. Oktober 2009

URTEIL

Diederich, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Klägerin, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Achte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 22. Oktober 2009 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Hauck, den Richter am Bundesarbeitsgericht Böck, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Schmidt sowie den ehrenamtlichen Richter Dr. Hermann und die ehrenamtliche Richterin Koglin für Recht erkannt:



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamburg vom 28. Februar 2008 - 8 Sa 2/08 - wird zurückgewiesen.

Die Klägerin hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über das Bestehen eines Rückkehrrechts der Klägerin in die Dienste der Freien und Hansestadt Hamburg (*im Folgenden: Beklagte*). Die Klägerin war seit 1981 als examinierte Altenpflegerin bei der Beklagten beschäftigt.

Im Jahre 1997 ging ihr bislang beim Landesbetrieb Pflegen & Wohnen bestehendes Arbeitsverhältnis auf die von der Beklagten neu gegründete Anstalt öffentlichen Rechts „pflegen und wohnen“ (*nachfolgend: AöR*) über. Rechtsgrundlage dieses Übergangs war das am 1. August 1997 in Kraft getretene Gesetz zur Errichtung der Anstalt öffentlichen Rechts „pflegen & wohnen“ (*p & w*) vom 11. Juni 1997 (*nachfolgend: AnstaltserrichtungsG*). In § 18 dieses Gesetzes heißt es ua.:

„(1) ¹Mit Inkrafttreten dieses Gesetzes gehen die Arbeitsverhältnisse der bisher beim Landesbetrieb Pflegen & Wohnen ... tätigen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer der Freien und Hansestadt Hamburg ... auf pflegen & wohnen über.

...
(2) ...
„²Die Freie und Hansestadt Hamburg ist außerdem verpflichtet, im Falle einer Überführung des gesamten Unternehmens in eine andere Trägerschaft ohne Mehrheitsbeteiligung der Freien und Hansestadt Hamburg diese Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter auf deren Wunsch unter Wahrung der bei pflegen & wohnen erreichten Lohn- und Vergütungsgruppe und Beschäftigungszeit wieder in den



Diensten der Freien und Hansestadt Hamburg zu beschäftigen.

³Im Falle der Überführung einzelner Pflegezentren, Behinderteneinrichtungen, Wohnunterkünfte oder anderer Einrichtungen von pflegen & wohnen oder Teilen von ihnen in eine andere Trägerschaft ohne Mehrheitsbeteiligung von pflegen & wohnen ist pflegen & wohnen verpflichtet, den Beschäftigten, die bei Inkrafttreten dieses Gesetzes als Arbeitnehmerinnen, Arbeitnehmer, Beamtinnen oder Beamte beim Landesbetrieb Pflegen & Wohnen... beschäftigt gewesen sind, unter Wahrung der bei der Anstalt erreichten Lohn- oder Vergütungsgruppe sowie Beschäftigungszeit den Verbleib in der Anstalt zu ermöglichen.“

Im Jahre 2005 entschloss sich die AöR, den gesamten Geschäftsbereich „Pflege“ in eine neue Trägerschaft zu überführen. Mit Personalüberleitungsvertrag vom 1. September 2005 leitete sie das Personal auf die eigens dazu neu gegründete „pflegen und wohnen Betriebs GmbH in Gründung“ über. Die AöR hielt alle Gesellschaftsanteile an der GmbH. Mit Übertragungsvertrag vom 1. November 2005, geändert durch die Änderungsvereinbarung vom 20. Dezember 2005, übertrug die AöR den gesamten Pflegebereich mit allen zwölf Pflegezentren auf die „pflegen und wohnen Betriebs GmbH“. Seit diesem Zeitpunkt betrieb sie selbst keine Pflegeeinrichtungen mehr, behielt aber die Geschäftsanteile an der „pflegen und wohnen Betriebs GmbH“.

3

Unter dem 15. August 2006 schloss die AöR einen Kauf- und Abtretungsvertrag hinsichtlich sämtlicher Geschäftsanteile an der „pflegen und wohnen Betriebs GmbH“ mit der V Hamburg GmbH. Nachdem die Bürgerschaft der Beklagten dem Verkauf zugestimmt hatte, erfolgte am 7. Januar 2007 die Übertragung sämtlicher Geschäftsanteile auf die V Hamburg GmbH. Am 31. Dezember 2006 trat das Zweite Gesetz zur Änderung des Gesetzes zur Errichtung der Anstalt öffentlichen Rechts „pflegen & wohnen“ (p & w) vom 21. November 2006 in Kraft (*nachfolgend: Zweites Änderungsgesetz*). Durch Art. 1 dieses Gesetzes wurde die AöR in „f & w fördern und wohnen AöR“ umbenannt und in § 18 AnstaltserrichtungsG am Ende von Absatz 2 Satz 2 die

4



Klammerdefinition „(großes Rückkehrrecht)“ und am Ende von Absatz 2 Satz 3 die Klammerdefinition „(kleines Rückkehrrecht)“ hinzugefügt. Ein neu eingefügter § 18 Absatz 2a lautet wie folgt:

„Im Falle eines in Absatz 2 Satz 2 oder 3 genannten Trägerwechsels hat der Vorstand oder die sonstige Geschäftsführung des neuen Trägers alle über ein großes oder kleines Rückkehrrecht verfügenden Beschäftigten über den Trägerwechsel und ihr Rückkehrrecht schriftlich zu unterrichten. Die betroffenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer können innerhalb von sechs Monaten nach Eingang der Mitteilung dem Vorstand oder der Geschäftsführung schriftlich mitteilen, dass sie von ihrem Rückkehrrecht Gebrauch machen. Die Überführung der Arbeitsverhältnisse in den Dienst der Freien und Hansestadt Hamburg im Falle des großen Rückkehrrechtes oder in den Dienst der Anstalt im Falle des kleinen Rückkehrrechtes soll dann binnen eines weiteren Jahres erfolgen.“

Artikel 2 Zweites Änderungsgesetz lautet:

5

„Übergangsvorschrift

§ 18 Absatz 2 Satz 3 und Absatz 2a des Gesetzes über die Anstalt öffentlichen Rechts f & w fördern und wohnen AöR in der am 31. Dezember 2006 geltenden Fassung sind auf die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der in Trägerschaft der Anstalt bis zum 1. Januar 2007 betriebenen Pflegezentren entsprechend anzuwenden.“

Nachdem die Klägerin im September 2007 ein großes Rückkehrrecht geltend gemacht und verlangt hatte, wieder in den Diensten der Beklagten beschäftigt zu werden, lehnte die Beklagte dies mit Schreiben vom 12. September 2007 ab.

6

Die Klägerin meint, der Fall der Übertragung des gesamten Pflegebereichs sei im AnstaltserrichtungsG nicht geregelt. Es bestehe eine Regelungslücke, die durch eine Analogie zum in § 18 Abs. 2 Satz 2 AnstaltserrichtungsG geregelten großen Rückkehrrecht zu schließen sei.

7

Die Klägerin hat beantragt,

8

1. festzustellen, dass zwischen den Parteien ein Arbeitsverhältnis besteht,



hilfsweise die Beklagte zu verurteilen, mit der Klägerin spätestens zum 20. September 2008 ein Arbeitsverhältnis zu begründen unter Wahrung der bei f & w fördern und wohnen AöR erreichten Lohn- und Vergütungsgruppe und Beschäftigungszeit;

2. die Beklagte zu verurteilen, die Klägerin als Altenpflegerin zu ansonsten unveränderten Bedingungen zu beschäftigen.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt.

9

Sie ist der Ansicht, der Klägerin stehe lediglich ein kleines Rückkehrrecht zur AöR zu. Die Übertragung des gesamten Pflegebereichs erfülle das Merkmal „Überführung einzelner Pflegezentren“ iSv. § 18 Abs. 2 Satz 3 AnstaltserrichtungsG. Aus der umfassenden Aufzählung der Einrichtungen und dem Zusatz „oder Teilen von ihnen“ folge, dass die Norm auch die Übertragung von mehreren Einrichtungen und Einrichtungsgesamtheiten erfasse. Es bestehe keine Gesetzeslücke. Der Gesetzgeber habe mit dem Zweiten Änderungsgesetz durch die eingefügte Übergangsvorschrift geregelt, dass zugunsten der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der in Trägerschaft der Anstalt bis zum 1. Januar 2007 betriebenen Pflegezentren nur das kleine Rückkehrrecht bestehe.

10

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihr Klageziel weiter, während die Beklagte die Zurückweisung der Revision beantragt.

11

Entscheidungsgründe

Die zulässige Revision der Klägerin ist nicht begründet. Ihr stehen gegen die Beklagte keine Ansprüche zu.

12

A. Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, die Feststellungsklage und die Klage auf Beschäftigung könnten schon deshalb keinen Erfolg haben, weil

13



zwischen den Parteien auch dann, wenn der Klägerin ein Rückkehrrecht zur Beklagten zustünde, jedenfalls zum gegenwärtigen Zeitpunkt kein Arbeitsverhältnis bestehe. Ein Rückkehrrecht würde die Beklagte lediglich verpflichten, mit ihren ehemaligen Bediensteten ein neues Beschäftigungsverhältnis zu begründen. Die Feststellung von Rechtsverhältnissen, die erst noch begründet werden sollen, sei nach § 256 ZPO nicht möglich und führe zur Unbegründetheit des Feststellungsantrags.

Das Landesarbeitsgericht hat außerdem angenommen, dass auch der in der Berufungsinstanz gestellte Hilfsantrag nicht begründet sei. Dieser Antrag sei dahingehend auszulegen, dass die Beklagte verurteilt werden solle, ein Angebot der Klägerin auf Abschluss eines Arbeitsvertrags anzunehmen. Damit sei er hinreichend bestimmt und die Klageänderung zulässig. Jedoch stehe der Klägerin das große Rückkehrrecht zur Beklagten nicht zu. Ein derartiger Anspruch folge nicht unmittelbar aus § 18 Abs. 2 Satz 2 AnstaltserrichtungsG. Ob eine analoge Anwendung dieser Norm in Betracht komme, insbesondere weil eine planwidrige Regelungslücke vorliege, könne dahingestellt bleiben. Eine solche Lücke bestehe jedenfalls nach Inkrafttreten des Zweiten Änderungsgesetzes nicht mehr. Danach stehe der Klägerin nur das in § 18 Abs. 2 Satz 3 AnstaltserrichtungsG normierte kleine Rückkehrrecht zur AöR zu.

14

B. Die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts hält einer revisionsrechtlichen Überprüfung stand.

15

I. Die zulässige Feststellungsklage ist nicht begründet.

16

1. Die Klage ist zulässig.

17

Gemäß § 256 Abs. 1 ZPO kann Klage auf Feststellung des Bestehens eines Rechtsverhältnisses erhoben werden, wenn der Kläger ein rechtliches Interesse daran hat, dass das Rechtsverhältnis durch richterliche Entscheidung alsbald festgestellt werde.

18

Die Klägerin begehrt die Feststellung des Bestehens eines Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten. Der Bestand eines Arbeitsverhältnisses ist ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis iSd. § 256 Abs. 1 ZPO (st. Rspr., vgl.

19



Senat 27. November 2008 - 8 AZR 1021/06 - Rn. 19). Auch das nach § 256 Abs. 1 ZPO erforderliche Interesse an alsbaldiger Feststellung ist gegeben. Das Feststellungsinteresse ist Sachurteilsvoraussetzung und als solches in jeder Lage des Verfahrens, auch noch in der Revisionsinstanz, von Amts wegen zu prüfen (*BAG 5. November 2003 - 4 AZR 632/02 - BAGE 108, 224 = AP ZPO 1977 § 256 Nr. 83*). Maßgebender Zeitpunkt für das Bestehen des Feststellungsinteresses ist der Schluss der Revisionsverhandlung (*BAG 2. Dezember 1999 - 8 AZR 796/98 - mwN, AP BGB § 613a Nr. 188 = EzA BGB § 613a Nr. 188*). Aus der begehrten Feststellung, dass ein Arbeitsverhältnis bestehe, ergeben sich konkrete Folgen für die Gegenwart und die Zukunft. Die begehrte Feststellung ist auch geeignet, die zwischen den Parteien bestehende Streitfrage abschließend zu klären (*vgl. BAG 16. Oktober 2007 - 9 AZR 144/07 - Rn. 20, AP GewO § 106 Nr. 2*).

2. Die Feststellungsklage ist jedoch unbegründet. Die Klägerin hat keinen Anspruch auf die begehrte Feststellung des Bestehens eines Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten. Zum einen sind die Tatbestandsvoraussetzungen eines großen Rückkehrrechts nach § 18 Abs. 2 Satz 2 AnstaltserrichtungsG nicht erfüllt, zum anderen sieht diese Norm die begehrte Rechtsfolge nicht vor.

a) Ein großes Rückkehrrecht, also ein Rückkehrrecht zur Beklagten, könnte sich nur aus § 18 Abs. 2 Satz 2 AnstaltserrichtungsG ergeben. Danach ist die Beklagte verpflichtet, im Falle einer Überführung des gesamten Unternehmens in eine andere Trägerschaft ohne Mehrheitsbeteiligung der Beklagten, die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter auf deren Wunsch unter Wahrung der bei pflegen & wohnen erreichten Lohn- und Vergütungsgruppe und Beschäftigungszeit wieder in ihren Diensten zu beschäftigen.

Im Streitfall ist nicht das gesamte Unternehmen in eine andere Trägerschaft überführt worden.

aa) Das Arbeitsverhältnis der Klägerin war dem Geschäftsbereich „Pflege“ zuzuordnen. Sämtliche zwölf Pflegezentren hatte die AöR im Zuge der Privatisierung auf eine andere Gesellschaft, die „pflegen und wohnen Betriebs



GmbH“, übertragen. Die dem Bereich „Wohnen“ zuzuordnenden Geschäftsbereiche verblieben bei der AöR. Während im Bereich „Pflege“ etwa 3.500 Mitarbeiter beschäftigt sind, beschäftigte die AöR im Bereich „Wohnen“ etwa 600 Mitarbeiter. Angesichts des Verbleibs eines Geschäftsbereichs mit etwa 600 Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern liegt jedenfalls nach dem Wortlaut des Gesetzes eine Überführung des gesamten Unternehmens nicht vor. Das Wort „gesamt“ verlangt eine vollständige, ausnahmslose, ganze Überführung.

Entsprechend den Grundsätzen der Gesetzesauslegung gibt jedoch allein der Wortlaut der Vorschrift nicht immer hinreichende Hinweise auf den (*subjektiven oder objektivierten*) Willen des Gesetzgebers (*vgl. Röhl/Röhl Allgemeine Rechtslehre 3. Aufl. S. 613 - 616; Rüthers Rechtstheorie 4. Aufl. Rn. 731 - 743*). Über den reinen Wortlaut hinaus ist der wirkliche Wille und der beabsichtigte Zweck der Regelung mit zu berücksichtigen, sofern und soweit sie im Gesetz zum Ausdruck gekommen sind (*vgl. BAG 16. März 1994 - 10 AZR 606/93 - AP BetrVG 1972 § 112 Nr. 75 = EzA BetrVG 1972 § 112 Nr. 73*). Die Grenzen richterlicher Gesetzesauslegung werden bestimmt durch die allgemeinen Auslegungsregeln, nämlich die Auslegung nach Wortlaut, die Entstehungsgeschichte, den Gesamtzusammenhang und den Sinn und Zweck des Gesetzes. Die Auslegung darf zu dem Wortsinn und dem klar erkennbaren Willen des Gesetzgebers nicht in Widerspruch treten (*vgl. BAG 22. Januar 2009 - 8 AZR 906/07 - Rn. 66, EzA AGG § 15 Nr. 1*).

24

Die Entstehungsgeschichte des § 18 AnstaltserrichtungsG spricht für die Auslegung, dass mit „Überführung des gesamten Unternehmens“ nicht die vollständige Überführung gemeint ist. In der Einzelbegründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Errichtung der Anstalt öffentlichen Rechts „pflegen & wohnen“ (*p & w*) heißt es zu § 18 nämlich ua.: „Diese Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter können bei entsprechender Überführung einer Teileinheit, z.B. eines Pflegezentrums oder einer Fachabteilung, in pflegen & wohnen verbleiben und im Falle einer Überführung der ganzen Anstalt - d.h. bei Übernahme von mehr als 50 v.H. bis zu 100 v.H. des Kapitals durch einen oder mehrere andere Träger - wieder in den Dienst der Freien und Hansestadt Hamburg zurückkehren“ (*Bürgerschaft der Freien und Hansestadt Hamburg Drucks. 15/6978*

25



S. 19). Entsprechend formuliert der Bericht des Sozialausschusses über die Drucks. 15/6978 Gesetz zur Errichtung der Anstalt öffentlichen Rechts „pflegen & wohnen“ (*Senatsvorlage*): „... Ein Rückkehrrecht der Mitarbeiter werde es nur für den Fall geben, dass die Anstalt zu mehr als 50 Prozent privatisiert werde“ (*Bürgerschaft der Freien und Hansestadt Hamburg Drucks. 15/7516 S. 1*). Diese Ausführungen stehen dem in § 18 Abs. 2 Satz 2 AnstaltsserrichtungsG gewählten Wortlaut entgegen.

Wie dieser Widerspruch zwischen Gesetzesbegründung und Gesetzeswortlaut letztlich aufzulösen ist, bedarf jedoch keiner Entscheidung. Der Gesetzgeber hat nämlich eine Klärung durch das Zweite Änderungsgesetz herbeigeführt und seinen Willen in der Übergangsvorschrift in Art. 2 dieses Gesetzes klar zum Ausdruck gebracht. Danach ist § 18 Abs. 2 Satz 3 AnstaltsserrichtungsG auf die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der in Trägerschaft der Anstalt bis zum 1. Januar 2007 betriebenen Pflegezentren entsprechend anzuwenden. § 18 Abs. 2 Satz 3 AnstaltsserrichtungsG sieht das kleine Rückkehrrecht zur AöR und nicht ein großes Rückkehrrecht zur Beklagten vor.

bb) Die Übergangsvorschrift in Art. 2 Zweites Änderungsgesetz erfasst das Arbeitsverhältnis der Klägerin. Diese war bei Inkrafttreten des Zweiten Änderungsgesetzes am 31. Dezember 2006 Mitarbeiterin der in Trägerschaft der Anstalt bis zum 1. Januar 2007 betriebenen Pflegezentren.

Die Klägerin war als Altenpflegerin zunächst in einem von der Beklagten selbst betriebenen Pflegezentrum beschäftigt. Ihr Arbeitsverhältnis ging 1997 aufgrund des am 1. August 1997 in Kraft getretenen AnstaltsserrichtungsG auf die von der Beklagten gegründete AöR über. Danach trat die pflegen & wohnen Betriebs GmbH, deren Gesellschaftsanteile die AöR hielt, in die Arbeitsverträge mit den Arbeitnehmern der AöR ein, § 1 Personalüberleitungsvertrag vom 1. September 2005. Durch die Übertragung der Gesellschaftsanteile der AöR an der pflegen & wohnen Betriebs GmbH zum 7. Januar 2007 auf die V Hamburg GmbH endete die Trägerschaft der AöR. Damit war die Klägerin bei Inkrafttreten des Zweiten Änderungsgesetzes am 31. Dezember



2006 Mitarbeiterin eines der in Trägerschaft der AöR bis zum 1. Januar 2007 betriebenen Pflegezentren. Demzufolge ist § 18 Abs. 2 Satz 3 und Abs. 2a des AnstaltserrichtungsG in der am 31. Dezember 2006 geltenden Fassung auf die Klägerin anzuwenden, mit der Folge, dass der Klägerin allein das darin niedergelegte kleine Rückkehrrecht zusteht.

cc) Die Neuregelung in Art. 2 Zweites Änderungsgesetz verstößt nicht gegen das Rückwirkungsverbot. Die Beschränkung der Rückwirkung von Gesetzen und sonstigen Rechtsnormen beruht außerhalb des Art. 14 Abs. 1 GG auf dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG. Die Regeln über die Rückwirkung von Rechtsnormen unterscheiden zwischen echter und unechter Rückwirkung. Eine echte Rückwirkung liegt vor, wenn eine Rechtsnorm nachträglich ändernd in abgewickelte, der Vergangenheit angehörende Tatbestände eingreift. Sie ist verfassungsrechtlich grundsätzlich unzulässig (*BAG 15. November 2000 - 5 AZR 310/99 - Rn. 45 mwN, BAGE 96, 249 = AP BetrVG 1972 § 77 Nr. 84 = EzA BetrVG 1972 § 77 Ablösung Nr. 2*).

29

Art. 2 Zweites Änderungsgesetz kommt eine solche echte Rückwirkung nicht zu. Die Regelung greift nicht in abgeschlossene Tatbestände von geltend gemachten Rückkehrrechten nachträglich ändernd ein. Die Klägerin hatte bei Inkrafttreten des Zweiten Änderungsgesetzes noch kein Rückkehrrecht ausgeübt.

30

Unechte Rückwirkung liegt vor, wenn eine Rechtsnorm auf gegenwärtige, noch nicht abgeschlossene Sachverhalte und Rechtsbeziehungen einwirkt und damit zugleich die betroffene Rechtsposition nachträglich entwertet. Sie ist verfassungsrechtlich grundsätzlich zulässig (*BVerfG 15. Oktober 1996 - 1 BvL 44, 48/92 - BVerfGE 95, 64; vgl. BAG 15. November 2000 - 5 AZR 310/99 - zu B III 4 c der Gründe, BAGE 96, 249 = AP BetrVG 1972 § 77 Nr. 84 = EzA BetrVG 1972 § 77 Ablösung Nr. 2*). Grenzen der Zulässigkeit können sich aus dem Grundsatz des Vertrauensschutzes und dem Verhältnismäßigkeitsprinzip ergeben. Das ist dann der Fall, wenn die vom Normgeber angeordnete unechte Rückwirkung zur Erreichung des Normzwecks nicht geeignet oder nicht erforderlich ist oder wenn die Bestandsinteressen der Be-

31



troffenen die Veränderungsgründe der Neuregelung überwiegen (*BVerfG 15. Oktober 1996 - 1 BvL 44, 48/92 - aaO; BAG 15. November 2000 - 5 AZR 310/99 - aaO*). Ob Art. 2 Zweites Änderungsgesetz im Falle der Klägerin überhaupt eine unechte Rückwirkung entfaltet hat, kann dahinstehen, weil die Regelung in Art. 2 Zweites Änderungsgesetz auch dann wirksam wäre, wenn ihr eine unechte Rückwirkung zukäme.

Ein schutzwürdiges Vertrauen der Klägerin wurde durch sie nicht verletzt. Die Klägerin durfte nicht annehmen, die bestehende unklare Rechtslage im Hinblick auf ein großes oder kleines Rückkehrrecht bei Übertragung sämtlicher Pflegezentren, nicht aber aller Bereiche des Unternehmens, werde zu keiner Zeit vom Gesetzgeber neu geregelt bzw. klargestellt werden. Für ein solches Vertrauen gab es keinen sachlich begründeten Anlass.

32

Ebenso wenig lag ein Verstoß gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz vor. Die Festschreibung eines kleinen Rückkehrrechts hält sich im Rahmen dessen, was zur Erreichung der Klärung des Normzwecks geeignet und erforderlich ist. Dabei treten die Interessen der Klägerin hinter die Gründe für die Neuregelung zurück. Denn die Klägerin bleibt auch im Falle der Ausübung des kleinen Rückkehrrechts weiterhin im öffentlichen Dienst beschäftigt. Der Umstand, dass die AöR keine eigenen Pflegeeinrichtungen mehr betreibt, unterscheidet sich nicht von der Situation bei der Beklagten. Auch diese betreibt keine Pflegeeinrichtungen mehr. Soweit es der Klägerin auf eine Tätigkeit beim öffentlichen Arbeitgeber ankommt, ist dieses Interesse gewahrt. Sowohl bei einer Rückkehr zur Beklagten im Falle des großen Rückkehrrechts als auch bei einer Rückkehr zur AöR im Falle des kleinen Rückkehrrechts bleibt sie Arbeitnehmerin eines öffentlichen Arbeitgebers. Im Übrigen ist die gesetzliche Konzeption identisch. Danach ist das Arbeitsverhältnis der Klägerin in den Dienst der Beklagten im Falle des großen Rückkehrrechts oder in den Dienst der AöR im Falle des kleinen Rückkehrrechts binnen eines Jahres zu überführen. Die erreichten Lohn- und Vergütungsgruppen sowie die Beschäftigungszeiten bleiben jeweils gewahrt.

33



b) Darüber hinaus scheitert der geltend gemachte Feststellungsanspruch der Klägerin gegen die Beklagte ungeachtet der fehlenden Anspruchsvoraussetzungen des § 18 Abs. 2 Satz 2 AnstaltserrichtungsG auch daran, dass diese Vorschrift die von der Klägerin angestrebte Rechtsfolge nicht vorsieht. § 18 AnstaltserrichtungsG wurde durch das Zweite Änderungsgesetz um Abs. 2a ergänzt. Danach ist im Falle der Geltendmachung des großen Rückkehrrechts das Arbeitsverhältnis binnen eines Jahres nach Ausübung des großen Rückkehrrechts in den Dienst der Beklagten zu überführen. 34

Auch ein großes Rückkehrrecht führt nicht dazu, dass ein Arbeitsverhältnis mit der Beklagten bereits durch das geäußerte Rückkehrverlangen entsteht. Die in § 18 Abs. 2a AnstaltserrichtungsG gewählte Formulierung zeigt, dass die Geltendmachung des Rückkehrrechts allein das Recht begründet - bei Vorliegen der Anspruchsvoraussetzungen - zur Beklagten binnen Jahresfrist zurückzukehren. Gäbe es das von der Klägerin beanspruchte Gestaltungsrecht, wäre es unnötig, der Beklagten einen Zeitraum für die Realisierung der Rückkehr einzuräumen. 35

II. Der von der Klägerin gestellte Hilfsantrag ist ebenfalls nicht begründet. 36

Dieser Antrag ist dahin auszulegen, dass die Beklagte zur Annahme eines in der Klage enthaltenen Angebots der Klägerin auf Abschluss eines Arbeitsvertrags verurteilt werden soll (vgl. BAG 28. Juni 2000 - 7 AZR 904/98 - zu I A 1 a der Gründe, BAGE 95, 171 = AP KSchG 1969 § 1 Wiedereinstellung Nr. 6 = EzA KSchG § 1 Wiedereinstellungsanspruch Nr. 5). 37

Die Klägerin hat gegen die Beklagte keinen Anspruch auf Abschluss eines Arbeitsvertrags. Gemäß § 18 Abs. 2 Satz 2 AnstaltserrichtungsG steht ihr kein großes Rückkehrrecht zur Beklagten zu. Diese ist daher nicht zum Abschluss eines Arbeitsvertrags mit der Klägerin verpflichtet. 38

III. Die Klage auf Beschäftigung ist ebenfalls unbegründet, da der Klägerin ein Rückkehrrecht zur Beklagten nicht zusteht, § 18 Abs. 2 Satz 2 AnstaltserrichtungsG iVm. Art. 2 Zweites Änderungsgesetz. Demzufolge hat sie gegen die Beklagte auch keinen Anspruch auf Beschäftigung. 39



C. Die Klägerin hat die Kosten ihrer erfolglosen Revision zu tragen, § 97 Abs. 1 ZPO.

Hauck

Böck

Schmidt

Hermann

R. Koglin

