

BUNDEARBEITSGERICHT



5 AZR 138/10
2 Sa 139/09
Landesarbeitsgericht
Hamburg

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
19. Oktober 2011

URTEIL

Metze, Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

Klägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 19. Oktober 2011 durch den Vizepräsidenten des Bundesarbeitsgerichts Dr. Müller-Glöge, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Dr. Laux, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Biebl sowie die ehrenamtlichen Richter Hinrichs und Dr. Dombrowsky für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamburg vom 12. Januar 2010 - 2 Sa 139/09 - teilweise aufgehoben.
2. Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Arbeitsgerichts Hamburg vom 18. März 2009 - 3 Ca 548/08 - teilweise abgeändert und zur Klarstellung insgesamt wie folgt neu gefasst:

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 167,98 Euro netto nebst Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 48,45 Euro seit dem 1. Juli 2008, aus weiteren 48,45 Euro seit dem 1. August 2008, aus weiteren 48,45 Euro seit dem 1. September 2008 und aus weiteren 22,61 Euro seit dem 1. Oktober 2008 zu zahlen.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

3. Die Klägerin hat die Kosten der Revision zu tragen. Von den erst- und zweitinstanzlichen Kosten haben die Klägerin 3/4 und die Beklagte 1/4 zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten in der Revisionsinstanz noch über die Höhe eines tariflichen Krankengeldzuschusses. 1

Die 1954 geborene Klägerin war seit dem 1. Oktober 1990 bei der Beklagten im Allgemeinen Krankenhaus H (teilzeit-)beschäftigt. Arbeitsvertraglich war die Geltung des Bundes-Angestellentarifvertrags (*BAT*) und der diesen ergänzenden, ändernden oder ersetzenden Tarifverträge in der für die Beklagte geltenden Fassung vereinbart. 2

Aufgrund § 17 Abs. 1 Satz 1 des Gesetzes zur Errichtung der Anstalt Landesbetrieb Krankenhäuser vom 11. April 1995 (*LBKHG, HmbGVBl. I S. 77*) gingen die Arbeitsverhältnisse der in den städtischen Krankenhäusern tätigen 3

Arbeitnehmer auf den Landesbetrieb Krankenhäuser Hamburg (*LBK Hamburg*), eine rechtsfähige Anstalt öffentlichen Rechts, über. Träger des LBK Hamburg war gemäß § 14 Abs. 1 Satz 1 LBKHG die Beklagte. § 17 Abs. 2 LBKHG lautete:

„Die Freie und Hansestadt Hamburg ist verpflichtet, für den Fall der Überführung der Anstalt in eine andere Trägerschaft dafür Sorge zu tragen, daß die Beschäftigten, die zum Stichtag des Übergangs auf den LBK Hamburg bei den Landesbetrieben beschäftigt waren, von dem neuen Träger unter Wahrung ihres Besitzstandes übernommen werden. Die Freie und Hansestadt Hamburg ist außerdem verpflichtet, im Falle einer Überführung der gesamten Anstalt in eine andere Trägerschaft ohne Mehrheitsbeteiligung der Freien und Hansestadt Hamburg diese Mitarbeiter auf deren Wunsch unter Wahrung der bei der Anstalt erreichten Lohn- und Vergütungsgruppe und Beschäftigungszeit wieder in den Diensten der Freien und Hansestadt Hamburg zu beschäftigen. Im Falle der Überführung einzelner Krankenhäuser oder anderer Einrichtungen des LBK Hamburg oder Teilen von ihnen in eine andere Trägerschaft ohne Mehrheitsbeteiligung des LBK Hamburg ist der LBK Hamburg verpflichtet, den Beschäftigten, die bei Inkrafttreten dieses Gesetzes als Arbeitnehmer oder Beamte beim LBK (...) beschäftigt gewesen sind, unter Wahrung der beim LBK Hamburg erreichten Lohn- und Vergütungsgruppe sowie Beschäftigungszeit den Verbleib in der Anstalt zu ermöglichen.“

Mit dem Gesetz zur Errichtung der Betriebsanstalt LBK Hamburg vom 17. Dezember 2004 (*LBKBetriebG, HmbGVBl. I S. 487*) wurde mit Wirkung zum 1. Januar 2005 die Betriebsanstalt „LBK Hamburg - Anstalt öffentlichen Rechts“ (*Betriebsanstalt LBK Hamburg*) errichtet. Zugleich wurde das LBKHG in „Gesetz zur Errichtung der Anstalt Landesbetrieb Krankenhäuser Hamburg Immobilien Anstalt öffentlichen Rechts“ und der bisherige LBK Hamburg in LBK-Immobilien umbenannt. Bei dem nur noch als Besitzanstalt fungierenden LBK-Immobilien verblieben vier Personalstellen. Der Betrieb der Krankenhäuser wurde auf die Betriebsanstalt LBK Hamburg übertragen, deren Träger der LBK-Immobilien war. Nach § 14 Abs. 1 Satz 1 LBKBetriebG gingen die Arbeitsverhältnisse der bisher beim („alten“) LBK Hamburg beschäftigten Arbeitnehmer

4

mit Wirkung zum 1. Januar 2005 auf die Betriebsanstalt LBK Hamburg (dem „neuen“ LBK Hamburg) über. Dabei war ein Widerspruchsrecht der betroffenen Arbeitnehmer entsprechend § 613a Abs. 6 BGB vorgesehen.

Mit der Verordnung zur Umwandlung der Betriebsanstalt LBK Hamburg in eine Kapitalgesellschaft vom 4. Januar 2005 (*HmbGVBl. I S. 4*) wurde die Betriebsanstalt LBK Hamburg in eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung umgewandelt, deren Mehrheitsgesellschafterin zunächst noch die Besitzzanstalt LBK-Immobilien war. Die Rechte und Pflichten der Beschäftigten aus den bestehenden Arbeitsverträgen blieben durch den Formwechsel unberührt. Der früheren Regelung zum Rückkehrrecht der Arbeitnehmer in § 17 Abs. 2 LBKHG entsprach nunmehr § 15 Abs. 2 LBK-Immobiliengesetz. Ergänzend bestimmte § 15 Abs. 3 LBK-Immobiliengesetz, dass das Rückkehrrecht auch dann besteht, wenn die neu errichtete Anstalt öffentlichen Rechts in eine Kapitalgesellschaft umgewandelt worden ist und der LBK-Immobilien seine Beteiligung an der Kapitalgesellschaft mehrheitlich veräußert.

5

Die Mehrheit der Anteile an der LBK Hamburg GmbH (74,9 %) gingen am 1. Januar 2007 von der Beklagten auf einen privaten Krankenträger über unter nachfolgender Umfirmierung in A GmbH. Zuvor war das LBK-Immobiliengesetz in „Gesetz über den Hamburgischen Versorgungsfonds - Anstalt öffentlichen Rechts - (HVFG)“ und der LBK-Immobilien in Hamburger Versorgungsfonds (*HVF*) umbenannt worden.

6

In § 17 HVFG wurde das Rückkehrrecht mit Wirkung vom 29. November 2006 wie folgt geregelt:

7

„Veräußert der HVF seine Beteiligung an der LBK Hamburg GmbH mehrheitlich, so ist die Freie und Hansestadt Hamburg verpflichtet, diejenigen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der LBK Hamburg GmbH, die bereits im Zeitpunkt der Errichtung der LBK Hamburg - Anstalt öffentlichen Rechts - dort beschäftigt waren, auf deren Wunsch unter Wahrung der beim LBK Hamburg erreichten Lohn- und Vergütungsgruppe und Beschäftigungszeit wieder in den Diensten der Freien und Hansestadt Hamburg zu beschäftigen. Maßgeblicher Veräußerungszeitpunkt ist der Zeitpunkt des dinglichen Übergangs der Anteilsmehrheit. In diesem Fall hat die Leitung der LBK

Hamburg GmbH alle betroffenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer von ihrem Recht nach Satz 1 schriftlich zu unterrichten. Die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer können innerhalb von sechs Monaten nach Eingang der Mitteilung der Geschäftsleitung schriftlich mitteilen, dass sie von ihrem Recht Gebrauch machen. Die Überführung der Arbeitsverhältnisse in den Dienst der Freien und Hansestadt Hamburg soll dann binnen eines weiteren Jahres erfolgen (...).“

Auf das Arbeitsverhältnis der Klägerin beim LBK Hamburg fand bis zum 31. Dezember 2006 der zwischen der Arbeitsrechtlichen Vereinigung Hamburg e.V. (AVH) und ver.di abgeschlossene Manteltarifvertrag für Angestellte (MTV Angestellte AVH), der inhaltlich im Wesentlichen dem BAT entsprach, Anwendung. Zum 1. Januar 2007 erfolgte die Überleitung in den - dem Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst der Länder (TV-L) nachgebildeten - Tarifvertrag für den Krankenhaus-Arbeitgeberverband Hamburg e.V. (TV-KAH) nach Maßgabe des Tarifvertrags zur Überleitung der Beschäftigten von Mitgliedern des Krankenhausarbeitgeberverbandes Hamburg (KAH) vom 14. Juni 2007 (TVÜ-KAH). Dieser entspricht im Wesentlichen dem Tarifvertrag zur Überleitung der Beschäftigten der Länder in den TV-L und zur Regelung des Übergangsrechts (TVÜ-Länder).

8

Nachdem die Klägerin ihre Rückkehr zur Beklagten verlangt hatte, schlossen die Parteien mit Wirkung zum 1. Juni 2008 einen neuen Arbeitsvertrag, in dem es heißt:

9

„§ 1

Die Arbeitnehmerin wird ab 01.06.08 auf unbestimmte Zeit als Teilzeitbeschäftigte/Teilzeitbeschäftigter mit 75 v.H. der durchschnittlichen regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit einer/eines Vollbeschäftigten eingestellt. (...)

§ 2

Das Arbeitsverhältnis bestimmt sich nach dem Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst der Länder (TV-L) und den diesen ergänzenden, ändernden oder ersetzenden Tarifverträgen in der für die Arbeitgeberin jeweils geltenden Fassung.

§ 3

Eine Probezeit entfällt. Die beim Landesbetrieb Krankenhäuser Hamburg - Anstalt öffentlichen Rechts - (LBK) und bei der A GmbH (A GmbH) erbrachten Beschäftigungszeiten werden gem. § 17 Satz 1 des Gesetzes über den Hamburgischen Versorgungsfonds (HVFG) als Beschäftigungszeiten im Sinne von § 34 Abs. 3 Satz 1 TV-L anerkannt.

...“

Die Klägerin war vom 29. März bis zum 14. September 2008 durchgehend arbeitsunfähig krank und erhielt vom 10. Mai bis zum 14. September 2008 Krankengeld von der Deutschen Angestellten-Krankenkasse (DAK). 10

Mit Schreiben vom 20. Oktober 2008 machte die Klägerin gegenüber der Beklagten erfolglos einen Krankengeldzuschuss nach § 22 TV-L geltend. 11

Die Vorschrift lautet: 12

„§ 22 Entgelt im Krankheitsfall

- (1) Werden Beschäftigte durch Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit an der Arbeitsleistung verhindert, ohne dass sie ein Verschulden trifft, erhalten sie bis zur Dauer von sechs Wochen das Entgelt nach § 21. (...)
- (2) Nach Ablauf des Zeitraums gemäß Absatz 1 erhalten die Beschäftigten für die Zeit, für die ihnen Krankengeld oder entsprechende gesetzliche Leistungen gezahlt werden, einen Krankengeldzuschuss in Höhe des Unterschiedsbetrags zwischen den tatsächlichen Barleistungen des Sozialleistungsträgers und dem Nettoentgelt. (...)
- (3) Der Krankengeldzuschuss wird bei einer Beschäftigungszeit (§ 34 Abs. 3)
 - a) von mehr als einem Jahr längstens bis zum Ende der 13. Woche und
 - b) von mehr als drei Jahren längstens bis zum Ende der 39. Wocheseit dem Beginn der Arbeitsunfähigkeit infolge derselben Krankheit gezahlt. (...)

In § 34 Abs. 3 TV-L heißt es: 13

„(3) Beschäftigungszeit ist die Zeit, die bei demselben Arbeitgeber im Arbeitsverhältnis zurückgelegt wurde, auch wenn sie unterbrochen ist. (...)“

Zur Höhe des Krankengeldzuschusses bestimmt § 13 TVÜ-Länder: 14

„§ 13 Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall

(1) Bei Beschäftigten, für die bis zum 31. Oktober 2006 § 71 BAT gegolten hat und die nicht in der privaten Krankenversicherung versichert sind, wird abweichend von § 22 Absatz 2 TV-L für die Dauer des über den 31. Oktober 2006 hinaus ununterbrochen fortbestehenden Arbeitsverhältnisses der Krankengeldzuschuss in Höhe des Unterschiedsbetrages zwischen dem festgesetzten Nettokrkrankengeld oder der entsprechenden gesetzlichen Nettoleistung und dem Nettoentgelt (§ 22 Absatz 2 Satz 2 und 3 TV-L) gezahlt. Nettokrkrankengeld ist das um die Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung reduzierte Krankengeld. (...)“

§ 71 BAT lautet auszugsweise: 15

„§ 71 Übergangsregelung für die Zahlung von Krankenbezügen

Für die Angestellten, die am 30. Juni 1994 in einem Arbeitsverhältnis gestanden haben, das am 1. Juli 1994 zu demselben Arbeitgeber fortbestanden hat, gilt anstelle des § 37 für die Dauer dieses Arbeitsverhältnisses Folgendes: (...)“

Mit ihrer am 3. Dezember 2008 zur Niederschrift der Geschäftsstelle 16 erhobenen Klage hat die Klägerin geltend gemacht, ihr stehe für die Zeit vom 1. Juni bis zum 14. September 2008 nach § 22 Abs. 2 und Abs. 3 TV-L ein Zuschuss zum Krankengeld zu, der sich aus der Differenz zwischen dem von ihr im streitbefangenen Zeitraum bezogenen Nettokrkrankengeld und ihrem monatlichen Nettoentgelt berechne. Die in § 3 des Arbeitsvertrags vereinbarte Anerkennung erbrachter Beschäftigungszeiten gelte auch für den Anspruch auf Krankengeldzuschuss. Zudem ergebe sich der Anspruch aus der Ausgestaltung

des Rückkehrrechts in § 17 Satz 1 HVFG. Ohne die Tarifsukzession im öffentlichen Dienst hätte auf die rückkehrende Klägerin § 71 BAT wieder Anwendung gefunden.

Die Klägerin hat beantragt,

17

die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin 686,30 Euro netto nebst Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz auf 196,92 Euro seit dem 1. Juli 2008, auf 198,42 Euro seit dem 1. August 2008, auf 198,42 Euro seit dem 1. September 2008 und auf 92,54 Euro seit dem 1. Oktober 2008 zu zahlen.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt und sich zuletzt nur noch gegen die Höhe des Krankengeldzuschusses gewandt. Nach § 22 Abs. 2 TV-L könne die Klägerin nur die Differenz zwischen dem Bruttokrankengeld und dem Nettoentgelt beanspruchen. § 13 TVÜ-Länder finde keine Anwendung. § 17 Satz 1 HVFG verlange nur die Sicherung des erreichten Grundentgelts.

18

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter, soweit der Klägerin ein über 167,98 Euro netto nebst Zinsen nach bestimmter zeitlicher Staffelung übersteigender Betrag zugesprochen worden ist.

19

Entscheidungsgründe

Die Revision der Beklagten ist begründet. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Beklagten gegen das der Klage stattgebende Urteil des Arbeitsgerichts zu Unrecht zurückgewiesen, soweit es die Berechnung des Zuschusses zum Krankengeld betrifft.

20

I. Nach § 22 Abs. 2 und Abs. 3 TV-L, der jedenfalls kraft arbeitsvertraglicher Vereinbarung auf das Arbeitsverhältnis der Parteien Anwendung findet, kann die Klägerin für den streitbefangenen Zeitraum dem Grunde nach einen

21

Zuschuss zum Krankengeld beanspruchen. Das stellt die Beklagte in der Revision nicht mehr in Abrede.

II. Für die von der Klägerin begehrte Höhe des Krankengeldzuschusses 22
fehlt es an einer Anspruchsgrundlage.

1. Der Zuschuss zum Krankengeld ist nach § 22 Abs. 2 TV-L in Höhe des 23
Unterschiedsbetrags zwischen den tatsächlichen Barleistungen des Sozialleistungsträgers und dem Nettoentgelt geschuldet. Mit der Formulierung „tatsächliche Barleistungen“ ist das nach § 47 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 SGB V zu leistende Krankengeld gemeint. Bei diesem handelt es sich nach der ständigen Rechtsprechung des Senats um das volle, nicht um die Arbeitnehmeranteile zur Renten-, Pflege- und Arbeitslosenversicherung geminderte Krankengeld, also das Bruttokrankengeld (*BAG 31. August 2005 - 5 AZR 6/05 - Rn. 21 mwN, EzA TVG § 4 Bauindustrie Nr. 122*). Dass die Tarifvertragsparteien als Rechnungsgröße nicht (*nur*) auf den dem Arbeitnehmer zufließenden Auszahlungsbetrag abstellen, bestätigt § 13 Abs. 1 TVÜ-Länder, der bestimmten Beschäftigten in ausdrücklicher Abweichung von § 22 Abs. 2 TV-L einen Krankengeldzuschuss in Höhe des Unterschiedsbetrags zwischen dem festgesetzten Nettokrankengeld und dem Nettoentgelt gewährt, wobei Nettokrankengeld als das um die Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung reduzierte Krankengeld definiert wird.

2. Auf § 13 Abs. 1 TVÜ-Länder kann die Klägerin ihren Anspruch nicht 24
stützen. Der TVÜ-Länder verlangt für seinen Geltungsbereich nach § 1 Abs. 1 ein zum Arbeitgeber über den 31. Oktober 2006 hinaus fortbestehendes Arbeitsverhältnis. Für Beschäftigte, deren Arbeitsverhältnis nach dem 31. Oktober 2006 begann, findet er nur Anwendung, soweit einzelne Vorschriften des TVÜ-Länder dies ausdrücklich bestimmen, § 1 Abs. 2 TVÜ-Länder. § 13 Abs. 1 TVÜ-Länder setzt aber wiederum ein über den 31. Oktober 2006 hinaus ununterbrochen fortbestehendes Arbeitsverhältnis voraus. Das ist vorliegend nicht der Fall. Die Klägerin stand am 31. Oktober 2006 nicht (*mehr*) in einem Arbeitsverhältnis zur Beklagten, sondern in einem solchen zur LBK Hamburg

GmbH. Ein Arbeitsverhältnis zur Beklagten wurde - was die Klägerin nicht in Abrede stellt - erst zum 1. Juni 2008 wieder - und neu - begründet.

3. Auch § 17 Satz 1 HVFG kommt als Anspruchsgrundlage für das Begehren der Klägerin nicht in Betracht. 25

a) Die Norm räumt unter den dort geregelten Voraussetzungen den betroffenen Arbeitnehmern einen Anspruch darauf ein, wieder bei der Beklagten beschäftigt zu werden. Dieses sog. Rückkehrrecht verwirklicht sich durch den Abschluss eines neuen Arbeitsvertrags zwischen der Beklagten und dem Rückkehrer. Zum Inhalt des neuen Arbeitsvertrags verpflichtet § 17 Satz 1 HVFG die Beklagte als Arbeitgeberin, die vom Rückkehrer beim LBK Hamburg erreichte Lohn- bzw. Vergütungsgruppe und Beschäftigungszeit zu wahren. Dieser Schutz umfasst bei einem Angestellten - neben der Anrechnung der Beschäftigungszeit - die am maßgeblichen Stichtag erreichte Vergütungsgruppe und die durch die Eingruppierung vermittelten Bestandteile der laufenden Vergütung (*BAG 19. Oktober 2011 - 5 AZR 419/10 -*). Dazu gehört eine bestimmte Höhe des nach Ablauf der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall (§ 22 Abs. 1 TV-L) vom Arbeitgeber zu leistenden Zuschusses zum Krankengeld nicht. 26

Eine über die Wahrung der erreichten Lohn- bzw. Vergütungsgruppe und Beschäftigungszeit hinausgehende umfassende Besitzstandswahrung sieht § 17 Satz 1 HVFG ebenso wenig wie die Vorgängerregelungen in § 15 Abs. 2 LBK-Immobilien-gesetz und § 17 Abs. 2 LBKHG vor. Lediglich für den Fall der Überführung der Anstalt in eine andere Trägerschaft verpflichtete § 17 Abs. 2 Satz 1 LBKHG die Beklagte, dafür Sorge zu tragen, dass die Beschäftigten vom neuen Träger „unter Wahrung ihres Besitzstandes“ übernommen werden. 27

b) Art. 12 Abs. 1 GG zwingt nicht zu einem Verständnis des § 17 Satz 1 HVFG im Sinne einer umfassenden Besitzstandswahrung. 28

Das Bundesverfassungsgericht hat erkannt, der Gesetzgeber müsse bei einer Privatisierung das Grundrecht der Arbeitnehmer auf freie Wahl des Arbeitsplatzes bei einem ohne ihren Willen erfolgenden Arbeitgeberwechsel 29

schützen. Dazu stünden ihm verschiedene Regelungsalternativen, wie etwa die Einräumung eines Widerspruchs- oder eines Rückkehrrechts zur Verfügung (*BVerfG 25. Januar 2011 - 1 BvR 1741/09 - Rn. 94 ff., 115, EzA GG Art. 12 Nr. 48*). Daraus folgt aber keine Verpflichtung des Gesetzgebers, die Rechtswirkungen eines Rückkehrrechts in allen Belangen denen eines Widerspruchsrechts entsprechend § 613a Abs. 6 BGB anzugleichen. Die Auffassung der Klägerin, rückkehrende Arbeitnehmer seien so zu stellen, als hätte ihr Arbeitsverhältnis durchgehend bei der Beklagten bestanden, würde das Rückkehrrecht des § 17 Satz 1 HVFG in ein ex nunc wirkendes Widerspruchsrecht umgestalten. Das überstiege die Grenzen zulässiger Norminterpretation (*vgl. BVerfG 14. Juni 2007 - 2 BvR 1447/05, 2 BvR 136/05 - zu B II 2 der Gründe, BVerfGE 118, 212; 6. Juli 2010 - 2 BvR 2661/06 - zu C I 1 c cc (2) der Gründe, BVerfGE 126, 286*).

III. Die Klägerin hat gemäß § 91 Abs. 1 ZPO die Kosten der Revision zu tragen. Von den erst- und zweitinstanzlichen Kosten haben nach § 92 Abs. 1 ZPO die Klägerin 3/4 und die Beklagte 1/4 zu tragen.

30

Müller-Glöge

Laux

Biebl

W. Hinrichs

Dombrowsky