

L e i t s a t z

zum Beschluss des Ersten Senats vom 14. April 2010

- 1 BvL 8/08 -

Zur Gleichbehandlung von Arbeitnehmergruppen bei der Privatisierung der Kliniken der Freien und Hansestadt Hamburg.



Im Namen des Volkes

**In dem Verfahren
zur verfassungsrechtlichen Prüfung,**

ob § 17 des Gesetzes über den Hamburgischen Versorgungsfonds - Anstalt öffentlichen Rechts - (HVFG) vom 21. November 2006 (HmbGVBI I S. 557) mit dem Grundgesetz vereinbar ist,

- Aussetzungs- und Vorlagebeschluss des Landesarbeitsgerichts Hamburg vom 13. August 2008 (5 Sa 12/08) -

hat das Bundesverfassungsgericht - Erster Senat - unter Mitwirkung der Richterin und Richter

Vizepräsident Kirchhof,
Hohmann-Dennhardt,
Bryde,
Gaier,
Eichberger,
Schluckebier,
Masing,
Paulus

am 14. April 2010 beschlossen:

1. § 17 Satz 1 des Gesetzes über den Hamburgischen Versorgungsfonds - Anstalt öffentlichen Rechts - (HVFG) vom 21. November 2006 (Hamburgisches Gesetz- und Verordnungsblatt I Seite 557) ist mit Artikel 3 Absatz 1 und 2 des Grundgesetzes unvereinbar.
2. Der Gesetzgeber ist verpflichtet, spätestens bis zum 31. Dezember 2010 eine Neuregelung zu treffen.

Gründe:

A.

Das konkrete Normenkontrollverfahren betrifft die Frage, inwieweit der Landesgesetzgeber zwischen verschiedenen Arbeitnehmergruppen differenzieren darf, wenn er bestimmten Arbeitnehmern, die im Bereich des öffentlichen Dienstes beschäftigt

waren, für den Fall der Privatisierung ihres Arbeitgebers einen Anspruch auf Rückkehr in ein Arbeitsverhältnis im öffentlichen Dienst gewährt und anderen Arbeitnehmern nicht.

I.

1. Die Klägerin des Ausgangsverfahrens (im Folgenden: Klägerin) ist seit dem 22. Juni 1987 als Reinigungskraft im Allgemeinen Krankenhaus Altona tätig. Der damals bestehende städtische Landesbetrieb Krankenhäuser (LBK) war rechtlich nicht selbstständig. Das Arbeitsverhältnis bestand daher unmittelbar mit der Freien und Hansestadt Hamburg. 2

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 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 Stadt. § 17 Abs. 2 LBKHG lautete: 3

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. 4

3. Ab dem 1. Januar 2000 beauftragte der LBK Hamburg die C ... GmbH mit der Durchführung der Reinigungsarbeiten in den Krankenhäusern. Die Arbeitsverhältnisse der im Reinigungsbereich tätigen Arbeitnehmer gingen aufgrund eines Betriebs- teilübergangs gemäß § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB auf die C ... GmbH über. Auch die Klägerin wurde fortan von diesem Unternehmen, einer hundertprozentigen Tochter des LBK Hamburg, beschäftigt. 5

4. Mit dem Gesetz zur Errichtung der Betriebsanstalt LBK Hamburg (LBKBetriebG), das als Art. 1 des Gesetzes zur Neuregelung der Rechtsverhältnisse des Landesbetriebs Krankenhäuser Hamburg - Anstalt öffentlichen Rechts - vom 17. Dezember 6

2004 (HmbGVBI I S. 487) in Kraft getreten ist, wurde mit Wirkung zum 1. Januar 2005 die Betriebsanstalt „LBK Hamburg - Anstalt öffentlichen Rechts“ (Betriebsanstalt LBK Hamburg) errichtet. Zugleich wurde das LBKHG durch Art. 3 Ziffer 1 des Gesetzes zur Neuregelung der Rechtsverhältnisse des Landesbetriebs Krankenhäuser Hamburg - Anstalt öffentlichen Rechts - vom 17. Dezember 2004 in „Gesetz zur Errichtung der Anstalt Landesbetrieb Krankenhäuser Hamburg Immobilien Anstalt öffentlichen Rechts (LBK-Immobilien Gesetz)“ umbenannt, und dementsprechend wurde der bisherige LBK Hamburg gemäß Art. 3 Ziffer 2 des Neuregelungsgesetzes in LBK-Immobilien umbenannt. Bei der nunmehr neben der neu errichteten Betriebsanstalt LBK Hamburg bestehenden, nur noch als Besitzzanstalt fungierenden LBK-Immobilien verblieben nur vier Personalstellen. Der Betrieb der Krankenhäuser wurde auf die Betriebsanstalt LBK Hamburg übertragen, deren Träger der LBK-Immobilien war (§ 1 Abs. 1 Satz 4 LBKBetriebG).

Nach § 14 Abs. 1 Satz 1 LBKBetriebG gingen die Arbeitsverhältnisse der bisher beim („alten“) LBK Hamburg beschäftigten Arbeitnehmer mit Wirkung zum 1. Januar 2005 auf die Betriebsanstalt LBK Hamburg (den „neuen“ LBK Hamburg) über. In § 14 Abs. 1 Satz 2 LBKBetriebG war geregelt, dass § 613a Absätze 1, 2 und 4 bis 6 BGB entsprechend gelten sollten. Die betroffenen Arbeitnehmer wurden darauf hingewiesen, dass sie dem Übergang ihrer Arbeitsverhältnisse auf die Betriebsanstalt LBK Hamburg widersprechen könnten.

Mit der Verordnung zur Umwandlung der Betriebsanstalt LBK Hamburg in eine Kapitalgesellschaft vom 4. Januar 2005 (HmbGVBI I S. 4) wurde die Betriebsanstalt LBK Hamburg, bisher Anstalt öffentlichen Rechts mit dem LBK-Immobilien als ihrem Träger, sodann in eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung umgewandelt, deren Mehrheitsgesellschafterin die Besitzzanstalt LBK-Immobilien war. Nach § 2 Abs. 1 dieser Verordnung blieben die Rechte und Pflichten der Beschäftigten aus den bestehenden Arbeitsverträgen durch den Formwechsel unberührt.

Damit wurde der Großteil der bereits 1995 von der Stadt auf den LBK Hamburg übergeleiteten und dort ununterbrochen beschäftigten Arbeitnehmer zum Jahreswechsel 2004/2005 mit der Betriebsanstalt LBK Hamburg ausgegliedert, um das Arbeitsverhältnis anschließend nach der Umwandlung der Betriebsanstalt mit der neu gegründeten LBK Hamburg GmbH fortzusetzen. Mehrheitsgesellschafter der LBK Hamburg GmbH blieb vorerst die öffentliche Hand in Gestalt der Besitzzanstalt LBK-Immobilien, deren Träger die Stadt war. Ziel der Umstrukturierung war aber, die Betriebsgesellschaft nach dem Formwechsel „durch Aufnahme des strategischen Partners“ teilweise zu privatisieren (Bürgerschafts-Drucks 18/849, S. 11).

Der früheren Regelung zum Rückkehrrecht der Arbeitnehmer in § 17 Abs. 2 LBKHG entsprach nunmehr § 15 Abs. 2 LBK-Immobilien Gesetz (vgl. Art. 3 Ziffer 15 des Gesetzes zur Neuregelung der Rechtsverhältnisse des Landesbetriebs Krankenhäuser Hamburg - Anstalt öffentlichen Rechts - vom 17. Dezember 2004 <HmbGVBI I S. 493>). Ergänzend wurde in Abs. 3 des § 15 LBK-Immobilien Gesetzes geregelt, 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 %) ging am 1. Januar 2007 von der Stadt auf die A ... GmbH (im Folgenden: A ... GmbH) über. Zuvor war das LBK-Immobilien Gesetz durch Art. 1 Ziffer 1 des Gesetzes zur Änderung des LBK-Immobilien Gesetzes vom 21. November 2006 (HmbGVBl I S. 557) in „Gesetz über den Hamburgischen Versorgungsfonds - Anstalt öffentlichen Rechts - (HVFG)“ umbenannt worden. Dementsprechend wurde der LBK-Immobilien in Hamburgischer Versorgungsfonds (HVF) umbenannt (§ 1 Abs. 1 Satz 1 HVFG in der Fassung des Art. 1 Ziffer 2 des Gesetzes zur Änderung des LBK-Immobilien Gesetzes vom 21. November 2006).

In § 17 HVFG wurde das Rückkehrrecht nunmehr wie folgt geregelt:

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. ...

In der Gesetzesbegründung heißt es dazu (Bürgerschafts-Drucks 18/4930, S. 14):

Die Regelung über das Rückkehrrecht von bestimmten Beschäftigten der LBK Hamburg GmbH in den Dienst der Freien und Hansestadt Hamburg findet sich an dieser Stelle, weil der HVF die Anteile an der LBK Hamburg GmbH für die Stadt hält. Nur die Übertragung einer Mehrheit von Anteilen an der LBK Hamburg GmbH kann das Rückkehrrecht auslösen. Der Übergang der Anteilsmehrheit an der LBK Hamburg GmbH ist für den 1. Januar 2007 vorgesehen. Zur Verdeutlichung ist klargestellt, dass entsprechend der Regelung im LBKHG vom 11. April 1995 (HmbGVBl. S. 77), zuletzt geändert durch das Dritte Gesetz zur Änderung des LBK Hamburg Gesetzes vom 17. Dezember 2004 (HmbGVBl. S. 487) dieses Rückkehrrecht nur für die Beschäftigten der LBK Hamburg GmbH gilt, die bereits bei der Errichtung des Landesbetriebs Krankenhäuser Hamburg - Anstalt öffentlichen Rechts - dort beschäftigt waren und deren Beschäftigungsverhältnis bei der LBK Hamburg GmbH seitdem noch immer besteht.

Mit der Übertragung der Anteilsmehrheit auf die A ... GmbH waren die Voraussetzungen eines Rückkehrrechts nach § 17 HVFG für die in dieser Vorschrift bezeichnete Gruppe von Arbeitnehmern der LBK Hamburg GmbH zum 1. Januar 2007 erfüllt. Das von der Klägerin unter Hinweis auf ihre Zugehörigkeit zu dieser Gruppe ausgeübte Rückkehrrecht lehnte die Stadt mit der Begründung ab, die Klägerin sei nicht Arbeitnehmerin der LBK Hamburg GmbH, sondern der rechtlich selbständigen C ... GmbH.

II.

1. Die Klägerin erhob daraufhin vor dem Arbeitsgericht Klage gegen die Stadt und beantragte „festzustellen, dass ihr ein Rückkehrrecht zur Stadt nach § 17 S. 1 bis 5 HVFG zusteht“.

Sie vertrat die Auffassung, dass die Vorschrift nach ihrem Sinn und Zweck auch auf die Arbeitnehmer Anwendung finden könne, deren Arbeitsverhältnisse im Jahr 2000 auf die C ... GmbH übergegangen seien. Ein auf die Arbeitnehmer der LBK Hamburg GmbH beschränktes Verständnis der Norm verstoße zudem gegen Art. 3 Abs. 1 und Art. 12 Abs. 1 GG sowie gegen das aus dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG folgende Gebot des Vertrauensschutzes. Dass ihr im Jahr 2000 ein Widerspruch gegen den sie betreffenden Betriebsübergang möglich gewesen wäre, könne die Versagung eines Rückkehrrechts nach dem Wortlaut des § 17 HVFG nicht rechtfertigen. Auch die früher beim LBK Hamburg beschäftigten Arbeitnehmer, denen anders als ihr ein Rückkehrrecht zugestanden sei, hätten dem Übergang ihrer Arbeitsverhältnisse auf die LBK Hamburg GmbH am 1. Januar 2005 nach § 613a Abs. 6 BGB widersprechen können.

Die Stadt machte zur Rechtfertigung der unterschiedlichen Behandlung der Arbeitnehmergruppen geltend, die Tatsache, dass sie von Anfang an nur denjenigen Arbeitnehmern ein Rückkehrrecht habe einräumen wollen, die dem LBK Hamburg seit 1995 eng verbunden verblieben seien, stelle einen legitimen Differenzierungsgrund dar. Der Landesgesetzgeber habe im Jahr 1995 mit der Einräumung des Rückkehrrechts gemäß § 17 Abs. 2 Satz 2 LBKHG einen Ausgleich dafür geschaffen, dass den damals auf den LBK Hamburg übergeleiteten Beschäftigten kein Widerspruchsrecht gegen die Übertragung ihrer Arbeitsverhältnisse zugestanden habe. § 613a BGB habe aufgrund der gesetzlich angeordneten Organisationsänderung innerhalb des öffentlichen Dienstes nicht zur Anwendung kommen können, und der Gesetzgeber habe auch im LBKHG kein entsprechendes Widerspruchsrecht normiert. Um die Beschäftigten des neu geschaffenen LBK Hamburg dennoch umfassend vor dem von ihnen nicht beeinflussbaren Verlust ihres Arbeitsplatzes im öffentlichen Dienst abzusichern, sei ihnen im Falle einer späteren Überführung der gesamten Anstalt in eine private Trägerschaft das Rückkehrrecht zur Stadt eingeräumt worden. Auch bei der Aufspaltung und Umwandlung des LBK Hamburg nach dem LBKBetriebG in den Jahren 2004/2005 habe es sich um eine gesetzlich angeordnete Überleitung der Arbeitsverhältnisse gehandelt, bei der die Schutzvorschrift des § 613a BGB nicht unmittel-

bar habe Anwendung finden können. Dementsprechend sei den von der Übertragung betroffenen Arbeitnehmern weiterhin das potentielle Rückkehrrecht zur Stadt eingeräumt worden. Die Regelung der entsprechenden Anwendbarkeit des § 613a BGB in § 14 Abs. 1 Satz 2 LBKBetriebG sei nur deshalb getroffen worden, weil der Gesetzgeber nicht habe ausschließen können, dass die Gerichte den Arbeitnehmern im Falle eines Rechtsstreits auch ohne unmittelbare Geltung des § 613a BGB ein Widerspruchsrecht zugebilligt hätten. Solchen Rechtsstreitigkeiten habe vorgebeugt werden sollen. Faktisch wäre das Widerspruchsrecht aber ins Leere gelaufen, da die widersprechenden Arbeitnehmer zwar beim LBK-Immobilien verblieben wären, aber wegen dort fehlender Beschäftigungsmöglichkeiten mit einer betriebsbedingten Kündigung hätten rechnen müssen. Das Fortbestehen des gesetzlichen Rückkehrrechts sei damit im Ergebnis weiterhin die einzige Möglichkeit geblieben, im Falle der Privatisierung des gesamten Krankenhausbetriebs in den öffentlichen Dienst zurückzukehren. Anders habe sich die Situation bei den Beschäftigten dargestellt, deren Arbeitsverhältnisse im Jahre 2000 aufgrund einer unternehmerischen Entscheidung des LBK Hamburg durch einen rechtsgeschäftlichen Teilbetriebsübergang auf die C ... GmbH übergegangen seien. Sie hätten den Übergang ihres Arbeitsverhältnisses auf eine privatrechtliche Gesellschaft durch Ausübung des Widerspruchsrechts nach § 613a Abs. 6 BGB verhindern können. Die Gefahr einer betriebsbedingten Kündigung sei zwar nicht gänzlich auszuschließen gewesen. In Anbetracht des beim LBK Hamburg verbliebenen Personalkörpers und Aufgabenkreises sowie des zu beachtenden Grundsatzes der Sozialauswahl wäre eine solche Kündigung aber kaum durchsetzbar gewesen. Insofern hätten die von dieser Teilausgliederung betroffenen Arbeitnehmer keines besonderen, über das Widerspruchsrecht nach § 613a Abs. 6 BGB hinausgehenden Schutzes durch ein Rückkehrrecht zur Stadt bedurft. Diese Arbeitnehmer, die sich - indem sie nicht widersprochen hätten - entschieden hätten, ihre Tätigkeit ab 2000 bei der C ... GmbH auszuüben, hätten davon ausgehen müssen, dass mit der Ausgliederung auf ein eigenständiges Unternehmen auch Veränderungen in ihren Arbeitsverhältnissen einhergingen. Die Klägerin habe die für sie nachteilige Folge, kein Rückkehrrecht mehr geltend machen zu können, selbst verursacht, indem sie dem Übergang ihres Arbeitsverhältnisses auf die C ... GmbH nicht widersprochen habe. Außerdem stelle die Gebäudereinigung keine genuin medizinische oder wie im Falle des technischen und des Verwaltungspersonals annexförmig dem Gesundheitswesen angegliederte Dienstleistung dar.

Die Klägerin schloss sich der Auffassung der Stadt an, dass die Widerspruchsmöglichkeit der Beschäftigten des LBK Hamburg zum Jahreswechsel 2004/2005 nach den tatsächlichen Verhältnissen bedeutungslos gewesen sei, weil bei Ausübung des Widerspruchsrechts die Gefahr einer betriebsbedingten Kündigung wegen fehlender verbleibender Arbeitsplätze beim LBK Hamburg bestanden hätte. Nicht anders sei aber die Situation der Beschäftigten im Reinigungsbereich im Jahr 2000 gewesen. Auch für sie hätte bei Erklärung eines Widerspruchs gegen den Betriebsübergang auf die C ... GmbH die Gefahr einer betriebsbedingten Kündigung bestanden. Ihre Arbeitsplätze seien beim LBK Hamburg mit der Ausgliederung weggefallen, und andere

20

vergleichbare Arbeitsplätze seien beim LBK Hamburg schon mangels entsprechender sonstiger Qualifikation der Reinigungskräfte nicht vorhanden gewesen.

2. Das Arbeitsgericht wies die Klage ab. Die Klägerin legte Berufung ein. Mit Beschluss vom 13. August 2008 setzte das Landesarbeitsgericht den Rechtsstreit aus und legte dem Bundesverfassungsgericht die Frage vor, ob § 17 HVFG mit dem Grundgesetz vereinbar ist. 21

a) Die dem Bundesverfassungsgericht vorgelegte Frage sei entscheidungserheblich. Sei § 17 HVFG anzuwenden, müsse die Klage abgewiesen werden, weil eine Anspruchsgrundlage für das geltend gemachte Rückkehrrecht fehle. § 17 HVFG setze voraus, dass die Klägerin am 1. Januar 2007 als dem Zeitpunkt, in dem die Stadt die Anteilsmehrheit an der LBK Hamburg GmbH an die A ... GmbH übertragen habe, Arbeitnehmerin der LBK Hamburg GmbH gewesen sei. Die Klägerin stehe jedoch aufgrund eines Betriebsteilübergangs gemäß § 613a BGB seit dem 1. Januar 2000 in einem Arbeitsverhältnis mit der C ... GmbH. Für eine analoge Anwendung von § 17 HVFG sei kein Raum. Es fehle bereits an einer planwidrigen Regelungslücke. Der Wille des Gesetzgebers, dem die Ausgliederung des Reinigungsbereichs bekannt gewesen sei, gehe vielmehr ausweislich des klaren Wortlauts des Gesetzes dahin, das Rückkehrrecht auf diejenigen zu beschränken, die Beschäftigte der LBK Hamburg GmbH gewesen seien. Deshalb sei es den Fachgerichten auch nicht möglich, durch eine verfassungskonforme Auslegung den Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG im Falle der Klägerin zu vermeiden. Da die Chance bestehe, dass der Gesetzgeber nach einer Feststellung der Verfassungswidrigkeit der Regelung über das Rückkehrrecht § 17 HVFG dahingehend ändere, dass er auch der Klägerin ein Rückkehrrecht einräume, komme es für die Entscheidung im Ausgangsverfahren auf die Verfassungsmäßigkeit der zur Überprüfung gestellten Vorschrift an. 22

b) Nach Überzeugung des Landesarbeitsgerichts verstößt § 17 HVFG gegen den Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG. 23

Die Vergleichsgruppen bestünden aus den seit 2000 bei der C ... GmbH beschäftigten Reinigungskräften einerseits und aus den damals beim LBK Hamburg verbliebenen Arbeitnehmern andererseits. Für letztere habe der Gesetzgeber auch bei den gesetzlichen Fortschreibungen ein im Wesentlichen unverändertes Rückkehrrecht zur Stadt vorgesehen, für erstere aber nicht, was im Hinblick auf Haftung, Arbeitsplatzsicherheit und Anwendbarkeit tariflicher Regelungen, beispielsweise des Ausschlusses einer ordentlichen Kündigung nach längerer Betriebszugehörigkeit, einen nicht unbeträchtlichen Nachteil darstelle. 24

Es handele sich um eine unterschiedliche Regelung für Personengruppen. Daher sei eine strenge Prüfung notwendig. Soweit der Gesetzgeber in § 17 HVFG der einen Gruppe ein Rückkehrrecht zur Stadt zubillige, der Gruppe, zu der die Klägerin gehöre, aber nicht, fehle es an einem sachlichen Differenzierungsgrund. Bereits im Jahr 1995 sei es die gesetzgeberische Absicht gewesen, die Beschäftigten des neu geschaffenen LBK Hamburg umfassend vor dem nicht beeinflussbaren Verlust ihrer Ar- 25

beitsstelle im öffentlichen Dienst abzusichern. Deshalb sei für den Fall einer späteren Überführung der gesamten Anstalt in eine private Trägerschaft das Rückkehrrecht zur Stadt gesetzlich eingeräumt worden. Die Rechtsstellung der Beschäftigten habe so gewahrt werden sollen, und finanzielle Nachteile hätten so verhindert werden sollen. Von dieser gesetzgeberischen Wohltat seien damals auch die Reinigungskräfte erfasst worden. Ihr später aufgrund unternehmerischer Entscheidung erfolgter Wechsel in eine hundertprozentige Tochtergesellschaft stelle keinen sachlichen Grund dar, ihnen im Gegensatz zu ihren vergleichbaren Kollegen bei Erlass des § 17 HVFG das Rückkehrrecht vorzuenthalten. Für eine solche Differenzierung lasse sich kein vernünftiger, aus der Natur der Sache folgender oder sonst einleuchtender Grund finden.

Der Gesetzgeber knüpfe für das Entstehen des Rückkehrrechts nicht an den formalen Wechsel der Person des jeweiligen Arbeitgebers oder seiner Rechtsform an, sondern stelle darauf ab, ob aufgrund der Übertragung von Mehrheitsanteilen von einer das Rückkehrrecht auslösenden Privatisierung des LBK Hamburg auszugehen sei. Es bestehe auch kein Unterschied in der Wahlmöglichkeit der Beschäftigten beider Gruppen beim Wechsel des Arbeitgebers. Allen Beschäftigten sei 1995 ein Rückkehrrecht zur Kompensation des gesetzlich angeordneten, von den Beschäftigten nicht beeinflussbaren Arbeitgeberwechsels eingeräumt worden. Sodann sei zum 1. Januar 2000 ein weiterer, diesmal rechtsgeschäftlicher Wechsel für die Beschäftigten im Reinigungsbereich mit einem von der Rechtsprechung anerkannten Widerspruchsrecht gemäß § 613a BGB erfolgt. Da keine vergleichbaren Arbeitsplätze beim LBK Hamburg verblieben seien, wäre im Falle des Widerspruchs eine betriebsbedingte Kündigung zu erwarten gewesen. Keinesfalls wäre es arbeitsrechtlich angeraten gewesen, dem Betriebsübergang zu widersprechen. Genauso theoretisch sei das den Beschäftigten der Vergleichsgruppe eingeräumte Widerspruchsrecht durch den gemäß § 14 Abs. 1 LBKBetriebG vom 17. Dezember 2004 erfolgten Verweis auf § 613a Abs. 6 BGB gewesen, da bei der Besitzanstalt LBK-Immobilien nur vier Arbeitsplätze verblieben seien.

Die Differenzierung könne auch nicht mit den unterschiedlichen Aufgaben der Betroffenen begründet werden. Ohne Reinigungsarbeiten lasse sich ein Krankenhaus genauso wenig betreiben wie ohne medizinische, pflegerische, technische oder verwaltende Tätigkeiten. Würde der unterschiedliche Aufgabenbereich, der Grad der Vorbildung oder die Nähe der Aufgabe zum medizinischen Kerngeschäft als Kriterium herangezogen, würde sich angesichts des weitaus größeren Frauenanteils in der Gruppe der bei der C ... GmbH Beschäftigten zudem das Problem einer mittelbaren Diskriminierung stellen.

Ein zulässiger Differenzierungsgrund könne zwar auch in der Befugnis des Gesetzgebers zur Typisierung und Generalisierung von Sachverhalten liegen. Die damit verbundenen Belastungen seien hinzunehmen, wenn sie nur unter Schwierigkeiten vermeidbar wären, lediglich eine verhältnismäßig kleine Zahl von Personen beträfen und der Verstoß gegen den Gleichheitssatz nicht sehr intensiv sei. Auch danach erweise

26

27

28

sich die Regelung aber nicht als verfassungsgemäß. Die Belastung der Reinigungskräfte ließe sich durch ihre Einbeziehung in das Rückkehrrecht einfach vermeiden. Es sei auch keine im Verhältnis zur begünstigten Gruppe nur kleine Zahl von Personen betroffen, und der Verstoß gegen den Gleichheitssatz sei nicht belanglos.

III.

Zur Vorlage haben der Präses der Justizbehörde für den Senat der Freien und Hansestadt Hamburg, die Präsidentin des Bundesarbeitsgerichts, der Deutsche Gewerkschaftsbund, die Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft ver.di, die dbb Tarifunion und die Klägerin des Ausgangsverfahrens Stellung genommen. 29

1. Im Anschluss an den Vortrag der Stadt im Ausgangsverfahren hat der Senat der Freien und Hansestadt Hamburg im Hinblick auf die Ausführungen der Klägerin, ein Widerspruch gegen den Betriebsübergang sei angesichts des Risikos einer dann folgenden betriebsbedingten Kündigung eine rein theoretische Möglichkeit gewesen, auf § 9 der „Rahmendienstvereinbarung Beschäftigungssicherung im LBK Hamburg“ vom 23. Juni 1997 und auf Anschlussvereinbarungen vom 4. Januar 1999 und 22. Dezember 2000 hingewiesen. In diesen Dienstvereinbarungen des Vorstands und des Gesamtpersonalrats des LBK Hamburg ist geregelt, dass der LBK Hamburg im Zusammenhang mit Maßnahmen, die dem Geltungsbereich dieser Dienstvereinbarungen unterfielen, zeitlich befristet auf betriebsbedingte Änderungs- und Beendigungskündigungen verzichtet. Zur Frage einer mittelbaren Frauendiskriminierung hat der Senat der Freien und Hansestadt Hamburg mitgeteilt, dass im Januar 2007 der Anteil der weiblichen Beschäftigten im LBK Hamburg bei 69,5 % und bei der C ... GmbH bei 93,5 % lag. 30

2. Die Präsidentin des Bundesarbeitsgerichts hat eine Stellungnahme des Vorsitzenden des Achten Senats übersandt, wonach dort mehrere Revisionsverfahren zu Fragen des Rückkehrrechts in den Landesdienst nach dem HVFG anhängig seien. 31

3. Nach Ansicht des Deutschen Gewerkschaftsbunds wäre § 17 HVFG verfassungswidrig, wenn man die Vorschrift so wie das Landesarbeitsgericht interpretierte. Dann läge eine willkürliche, gegen Art. 3 Abs. 1 GG verstoßende Ungleichbehandlung zwischen den auf die C ... GmbH übergegangenen Arbeitnehmern des Reinigungsbereichs und den bei dem LBK Hamburg verbliebenen Arbeitnehmern vor. Die gerichtliche Auslegung des § 17 Satz 1 HVFG, nach der für ein Rückkehrrecht ein Arbeitsverhältnis mit der LBK Hamburg GmbH bestehen müsse, sei jedoch zu eng. Richtig sei vielmehr eine Auslegung, die von der gesellschaftsrechtlichen Lage abstrahiere und auf den letztlich hinter den gesellschaftsrechtlichen Konstruktionen stehenden Eigentümer abstelle. Daher genüge es bei verfassungskonformer Auslegung der Norm, dass der Mitarbeiter seine Tätigkeit an einem Objekt der LBK Hamburg ausübe, auch wenn das Arbeitsverhältnis mit der C ... GmbH bestehe. 32

4. Nach Auffassung der Vereinten Dienstleistungsgewerkschaft ver.di und der dbb Tarifunion ist § 17 HVFG, soweit er das Rückkehrrecht auf Mitarbeiter der LBK Ham- 33

burg GmbH beschränkt, wegen Verstoßes gegen den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG verfassungswidrig. Für die Vergleichsgruppen, die Beschäftigten bei der C ... GmbH und bei der LBK Hamburg GmbH, führe die Regelung zu unterschiedlichen, für die Klägerin nachteiligen Ergebnissen. Diese unterschiedliche Behandlung vergleichbarer Personengruppen sei mangels eines sachlichen Differenzierungsgrundes verfassungswidrig. Die Angestellten der C ... GmbH seien ebenso wie das sonstige Krankenhauspersonal in den internen Arbeitsablauf integriert. Der Entzug des Rückkehrrechts betreffe auch keine vergleichsweise kleine Personengruppe, die bei einer typisierenden Regelung nicht hätte berücksichtigt werden müssen. Jedenfalls sei es auch unter dem Gesichtspunkt der Typisierung verfassungsrechtlich nicht erlaubt, die fiskalischen Interessen der Stadt durch die willkürliche Herausnahme von sozial besonders schutzbedürftigen Arbeitnehmern aus einem Rückkehrangebot zu wahren. Die Klägerin hätte den Eintritt der ihr mit der Gesetzesänderung vom 21. November 2006 entstehenden Nachteile auch nicht durch Ausübung des Widerspruchsrechts verhindern können. Da beim LBK Hamburg keine Arbeitsplätze im Reinigungsbereich verblieben seien, hätte mit einer betriebsbedingten Kündigung gerechnet werden müssen. Die Stadt, der LBK Hamburg und die C ... GmbH hätten den arbeitsrechtlichen Schutz der Klägerin systematisch ausgehebelt.

5. Die Klägerin hat sich unter Bezugnahme auf ihren Vortrag im Ausgangsverfahren ebenfalls der Auffassung des Landesarbeitsgerichts angeschlossen, § 17 HVFG sei verfassungswidrig. 34

B.

Die Vorlage ist zulässig. Das Landesarbeitsgericht hat seine Überzeugung von der Verfassungswidrigkeit des § 17 Satz 1 HVFG und von der Entscheidungserheblichkeit der verfassungsrechtlichen Beurteilung der Norm ausreichend begründet (§ 80 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG). 35

C.

§ 17 Satz 1 HVFG ist mit Art. 3 Abs. 1 und 2 GG unvereinbar. 36

I.

Die Regelung des § 17 Satz 1 HVFG verstößt gegen den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG, weil sie die schon im April 1995 und seitdem ununterbrochen in den ehemals städtischen Krankenhäusern tätigen, seit 2000 bei der C ... GmbH angestellten Arbeitnehmer in nicht zu rechtfertigender Weise gegenüber vergleichbaren Arbeitnehmern benachteiligt. 37

1. Der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG gebietet, alle Menschen vor dem Gesetz gleich zu behandeln. Verboten ist auch ein gleichheitswidriger Begünstigungsausschluss, bei dem eine Begünstigung einem Personenkreis gewährt, einem anderen Personenkreis aber vorenthalten wird (vgl. BVerfGE 110, 412 <431>; 112, 164 <174>; 116, 164 <180>; BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 7. Juli 2009 - 38

1 BvR 1164/07 -, VersR 2009, S. 1607 <1609>).

2. § 17 Satz 1 HVFG führt zu einer Ungleichbehandlung innerhalb der Gruppe der Arbeitnehmer, deren Arbeitsverhältnisse 1995 von der Stadt auf den LBK Hamburg übergeleitet wurden. Den Reinigungskräften, denen damals mit den anderen an den Kliniken der Stadt bei der Gründung des LBK Hamburg beschäftigten Arbeitnehmern durch § 17 Abs. 2 LBKHG für den Fall der Privatisierung ein Rückkehrrecht in den öffentlichen Dienst gewährt wurde, wird nunmehr durch die Neuregelung des § 17 Satz 1 HVFG ein solches Rückkehrrecht verwehrt. Dieses Recht soll nach dieser Vorschrift nur den Arbeitnehmern zustehen, die zuletzt bei der LBK Hamburg GmbH beschäftigt waren, nicht aber denjenigen, deren Arbeitsverhältnisse schon im Jahr 2000 vom LBK Hamburg auf die C ... GmbH übergegangen waren, weil diese Arbeitnehmer am 1. Januar 2007 nicht „Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der LBK Hamburg GmbH“ waren. 39

a) Die Ungleichbehandlung der Arbeitnehmergruppen wird bei einer Gegenüberstellung der sie betreffenden rechtlichen Rahmenbedingungen seit 1995 deutlich. 40

aa) Die in den städtischen Krankenhäusern beschäftigten Arbeitnehmer mit Ausnahme des Reinigungspersonals standen bis 2004 in einem Arbeitsverhältnis mit dem LBK Hamburg. Zum 1. Januar 2005 gingen diese Arbeitsverhältnisse kraft Gesetzes auf die neu errichtete Betriebsanstalt LBK Hamburg über. Der Gesetzgeber ordnete in § 14 Abs. 1 Satz 2 LBKBetriebG an, dass § 613a Abs. 6 BGB entsprechend gelten solle, die Arbeitnehmer dem Arbeitgeberwechsel also widersprechen könnten. Der Widerspruch hätte zur Folge gehabt, dass das Arbeitsverhältnis mit dem früheren LBK Hamburg fortbestanden hätte, der nunmehr Landesbetrieb Krankenhäuser Hamburg Immobilien hieß und nur noch als Besitzzustand fungierte. Die nicht widersprechenden Mitarbeiter wurden sodann Arbeitnehmer der durch Umwandlung der Betriebsanstalt LBK Hamburg entstandenen LBK Hamburg GmbH. 41

Ein Rückkehrrecht nach § 15 Abs. 2 LBK-Immobilien Gesetz, der den ab 1995 geltenden § 17 Abs. 2 LBKHG ersetzte, lösten diese Vorgänge nicht aus. Dies wurde in § 15 Abs. 3 Satz 1 LBK-Immobilien Gesetz ausdrücklich klargestellt. Träger der Betriebsanstalt LBK Hamburg war der LBK-Immobilien, also der umbenannte frühere LBK Hamburg, dessen Träger wiederum die Stadt war. Die Umwandlung der Betriebsanstalt in die LBK Hamburg GmbH hatte zur Folge, dass der LBK-Immobilien die Gesellschafterstellung in der GmbH einnahm. Es kam zu keinem Verlust der Mehrheitsbeteiligung der Stadt beziehungsweise des früheren LBK Hamburg, so dass die Option einer Rückkehr in den weiter bestehenden Bereich des öffentlichen Dienstes nicht notwendig war. In § 15 Abs. 3 Satz 2 LBK-Immobilien Gesetz wurde aber § 15 Abs. 2 Satz 2 LBK-Immobilien Gesetz als Nachfolgeregelung des § 17 Abs. 2 Satz 2 LBKHG, also das Rückkehrrecht zur Stadt, für anwendbar erklärt, sobald der LBK-Immobilien seine Mehrheitsbeteiligung an der LBK Hamburg GmbH aufgeben sollte. 42

Dieser Fall trat am 1. Januar 2007 ein. Zu diesem Zeitpunkt hielt allerdings nicht 43

mehr der LBK-Immobilien die Anteile an der LBK-Hamburg GmbH für die Stadt, sondern die mit dem Gesetz zur Änderung des LBK-Immobilien Gesetzes vom 21. November 2006 neu errichtete, Hamburgischer Versorgungsfonds genannte Anstalt öffentlichen Rechts. Das Rückkehrrecht der „Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der LBK Hamburg GmbH, die bereits im Zeitpunkt der Errichtung der LBK Hamburg - Anstalt öffentlichen Rechts - dort beschäftigt waren“, in ein Arbeitsverhältnis unmittelbar mit der Stadt ergab sich nunmehr aus § 17 Satz 1 HVFG, da der HVF seine Beteiligung an der LBK Hamburg GmbH mehrheitlich veräußert hatte. Durch die Regelung begünstigt wurden also die Arbeitnehmer, deren Arbeitgeber vor der Errichtung des früheren LBK Hamburg die Stadt selbst war und deren Arbeitsverhältnisse im April 1995 kraft Gesetzes auf den LBK Hamburg übergegangen waren und zuletzt im Zeitpunkt der Privatisierung am 1. Januar 2007 mit der LBK Hamburg GmbH bestanden.

Für diese Arbeitnehmer sahen die Gesetze demnach seit April 1995 in allen zwischenzeitlich geltenden Fassungen ein Rückkehrrecht in den öffentlichen Dienst im Falle einer materiellen Privatisierung vor. Die gesetzlichen Voraussetzungen des Rückkehrrechts waren für sie erstmals am 1. Januar 2007 erfüllt. Außerdem hätte ihnen zum Jahreswechsel 2004/2005 ein Widerspruchsrecht zugestanden. 44

bb) Im Vergleich dazu entwickelte sich die Rechtslage für die im Bereich der Krankenhausreinigung beschäftigten Arbeitnehmer wie folgt: 45

Am 1. Januar 2000 gingen ihre Arbeitsverhältnisse gemäß § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB vom LBK Hamburg auf die C ... GmbH über. Die Voraussetzungen eines Rückkehrrechts nach § 17 Abs. 2 LBKHG waren nicht erfüllt. Weder wurde der gesamte LBK Hamburg in eine andere Trägerschaft überführt (§ 17 Abs. 2 Satz 2 LBKHG), noch handelte es sich um die Überführung einer einzelnen Einrichtung der Anstalt in eine andere Trägerschaft ohne Mehrheitsbeteiligung des LBK Hamburg (§ 17 Abs. 2 Satz 3 LBKHG). Der LBK Hamburg hielt vielmehr 100 % der Anteile der C ... GmbH. Die Arbeitnehmer hätten dem Arbeitgeberwechsel allerdings widersprechen können. Zwar wurde das Widerspruchsrecht der von einem Betriebsübergang betroffenen Arbeitnehmer erst durch das Gesetz zur Änderung des Seemannsgesetzes und anderer Gesetze vom 23. März 2002 (BGBl I S. 1163) in § 613a Abs. 6 BGB kodifiziert. Es war aber schon zuvor in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts anerkannt (vgl. BAG, Urteil vom 8. Mai 2001 - 9 AZR 95/00 -, AP BGB § 613a Nr. 219, unter I 1 b cc der Gründe, m.w.N.). Bei einem Widerspruch hätte das Arbeitsverhältnis zum LBK Hamburg fortbestanden. 46

Zum 1. Januar 2005 ergab sich für das bei der C ... GmbH beschäftigte Reinigungspersonal keine Änderung ihrer arbeitsrechtlichen Position. Infolge der Umwandlung des LBK Hamburg in die LBK Hamburg GmbH rückte lediglich diese GmbH in die Gesellschafterstellung bei der C ... GmbH ein. Es lag daher kein Betriebsübergang vor, der ein Widerspruchsrecht nach § 613a Abs. 6 BGB hätte auslösen können. Ein Rückkehrrecht zum LBK Hamburg konnte aus § 15 Abs. 2 LBK-Immobilien Gesetz, der § 17 Abs. 2 LBKHG ersetzte, schon deshalb nicht folgen, weil die Stadt weiterhin 47

ihre Mehrheitsbeteiligung an der Besitzanstalt LBK-Immobilien, der Gesellschafterin der LBK Hamburg GmbH, hielt.

Auch zum 1. Januar 2007 änderte sich nichts daran, dass Arbeitgeber der Reinigungskräfte die C ... GmbH blieb. Eine Anwendung des § 613a Abs. 6 BGB schied daher aus. Allenfalls kam ein gesetzliches Rückkehrrecht der Arbeitnehmer zur Stadt in Betracht. Rechtsgrundlage dafür war nunmehr § 17 Satz 1 HVFG. Die sachliche Voraussetzung der Norm war erfüllt: Mehrheitsgesellschafterin der C ... GmbH war zwar weiterhin die LBK Hamburg GmbH, aber deren Mehrheitsgesellschafterin war ab diesem Zeitpunkt die nicht von der Stadt beherrschte A ... GmbH. In persönlicher Hinsicht kommt die im Zeitpunkt der Privatisierung geltende gesetzliche Grundlage für das Rückkehrrecht jedoch nur den Mitarbeitern zugute, die am 1. Januar 2007 bei der LBK Hamburg GmbH beschäftigt waren. Der persönliche Geltungsbereich der Norm erstreckt sich nicht auf die Reinigungskräfte als Arbeitnehmer einer Tochtergesellschaft der LBK Hamburg GmbH.

48

Diese Arbeitnehmer hätten also dem Übergang ihrer Arbeitsverhältnisse auf die C ... GmbH zum 1. Januar 2000 widersprechen können. Ein Rückkehrrecht nach einem der seit 1995 für den Krankenhausbereich geltenden Landesgesetze konnten sie hingegen zu keinem Zeitpunkt geltend machen.

49

b) Eine abweichende Auslegung des § 17 Satz 1 HVFG dahingehend, dass auch den auf die C ... GmbH übergeleiteten Arbeitnehmern ein Rückkehrrecht zusteht, kommt nicht in Betracht. Das Bemühen um eine verfassungskonforme Auslegung mit dem Ziel, einen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG zu vermeiden, stößt dort an seine Grenzen, wo einem bereits nach dem Wortlaut, aber jedenfalls nach dem gesetzgeberischen Willen eindeutigen Gesetz eine davon abweichende Bedeutung verliehen beziehungsweise das gesetzgeberische Ziel in einem wesentlichen Punkt verfehlt oder verfälscht würde. Eine solche Auslegung, mit der an die Stelle der Gesetzesvorschrift inhaltlich eine andere gesetzt oder mit der ein Regelungsinhalt erstmals geschaffen wird, ist grundsätzlich nicht zulässig (vgl. BVerfGE 59, 330 <334>; 78, 20 <24>; zum gegenläufigen Willen des Landesgesetzgebers vgl. auch BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 1. Dezember 2009 - 1 BvR 2857/07, 1 BvR 2858/07 -, DVBl 2010, S. 108 <114>, Rn. 185). Ob schon der Wortlaut des § 17 Satz 1 HVFG unüberbrückbar einer Auslegung entgegensteht, nach der auch die bei einer Tochtergesellschaft der LBK Hamburg GmbH angestellten Reinigungskräfte eine Übernahme in ein Arbeitsverhältnis mit der Stadt verlangen könnten, muss nicht abschließend beurteilt werden. Eine Einbeziehung dieser Arbeitnehmer in den Anwendungsbereich der Norm scheidet jedenfalls nach dem eindeutig in der Gesetzesbegründung zum Ausdruck kommenden und in der Praxis durch die Ablehnung der Rückkehr der Klägerin seitens der Stadt bestätigten Willen des Landesgesetzgebers aus, der das Rückkehrrecht in Kenntnis der Ausgliederung des Reinigungsbereichs im Jahr 2000 ausdrücklich auf die zuletzt bei der LBK Hamburg GmbH beschäftigten Mitarbeiter beschränken wollte.

50

3. Diese Ungleichbehandlung ist nicht gerechtfertigt. 51
- a) Eine Ungleichbehandlung von Personengruppen verletzt Art. 3 Abs. 1 GG, wenn keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen könnten (vgl. BVerfGE 55, 72 <88>; 84, 197 <199>; 100, 195 <205>; 109, 96 <123>; 110, 274 <291>). Sie trifft hier mit den Reinigungskräften eine nach ihrer sozialen Zusammensetzung und ihrer ökonomischen Stellung eher schwache Gruppe, die tendenziell weniger in der Lage ist, sich gegen eine Schlechterstellung zu wehren. Zur Begründung dieser Ungleichbehandlung reicht es nicht aus, dass der Normgeber ein seiner Art nach geeignetes Unterscheidungsmerkmal berücksichtigt hat. Vielmehr muss auch für das Maß der Differenzierung ein innerer Zusammenhang zwischen den vorgefundenen Verschiedenheiten und der differenzierenden Regelung bestehen, der sich als sachlich vertretbarer Unterscheidungsgesichtspunkt von hinreichendem Gewicht anführen lässt (vgl. BVerfGE 93, 386 <401>; BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 7. Juli 2009 - 1 BvR 1164/07 -, VersR 2009, S. 1607 <1609>). Dem Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers sind dabei umso engere Grenzen gesetzt, je stärker sich die Ungleichbehandlung auf die Ausübung grundrechtlich geschützter Freiheiten, hier der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG), nachteilig auswirken kann (vgl. BVerfGE 121, 317 <370>). 52
- b) Die Benachteiligung der Reinigungskräfte gegenüber den sonstigen Arbeitnehmern ist nicht gerechtfertigt. Ein sachlicher Differenzierungsgrund ist nicht erkennbar. 53
- aa) Ein tragfähiger Grund für die Ungleichbehandlung liegt nicht darin, dass die Reinigungskräfte schon vor der das Rückkehrrecht nach § 17 Satz 1 HVFG auslösenden Privatisierung in einem privatrechtlich organisierten Unternehmen beschäftigt waren. Für die Arbeitnehmer, die die gesetzlichen Voraussetzungen des Rückkehrrechts zur Stadt erfüllen, gilt nämlich nichts anderes. Ihr Arbeitgeber war seit Anfang 2005 die LBK Hamburg GmbH. Beide Arbeitnehmergruppen waren damit zuletzt bei einer Kapitalgesellschaft beschäftigt, auf die die Stadt aber bis zum 31. Dezember 2006 kraft ihrer Beteiligung beherrschenden Einfluss hatte. Außerdem sollten die Arbeitnehmer durch das ursprünglich in § 17 Abs. 2 LBKHG und zuletzt in § 17 Satz 1 HVFG geregelte Rückkehrrecht nicht vor einem formalen Arbeitgeberwechsel oder einer Umstrukturierung, die den beherrschenden Einfluss der Stadt nicht berührt, geschützt werden. Vielmehr hat das Rückkehrrecht erst dann eingegriffen, als die Zugehörigkeit zum öffentlichen Dienst auch materiell dadurch verloren gegangen ist, dass die Stadt ihre Anteilsmehrheit aufgegeben hat. 54
- bb) Die Argumentation der Stadt, die Reinigungskräfte hätten ihre Zugehörigkeit zum öffentlichen Dienst bei ihrer Ausgliederung am 1. Januar 2000 durch Erklärung eines Widerspruchs gegen den Arbeitgeberwechsel aufrecht erhalten können, zeigt keinen rechtserheblichen Unterschied zu den übrigen Arbeitnehmern auf. 55
- (1) Den Reinigungskräften kann nicht unterstellt werden, sich im Jahr 2000 bewusst gegen einen Verbleib im öffentlichen Dienst entschieden zu haben. Vielmehr haben sie den Betriebsteilübergang vom LBK Hamburg auf die damals noch von der Stadt 56

beherrschte C ... GmbH lediglich widerspruchslos hingenommen. Damit haben sie den Umstrukturierungsmaßnahmen der Stadt im Krankenhausbereich Folge geleistet und insofern sogar ihre Solidarität mit der städtischen Personalplanung unter Beweis gestellt. Daher kann dieses Verhalten nicht als Abkehr von der Stadt interpretiert werden und darf den Reinigungskräften nunmehr nicht zum Nachteil gereichen.

(2) Die auf einen unterstellten Abkehrwillen der Reinigungskräfte im Jahr 2000 gestützte Differenzierung ist aber auch aus einem weiteren Grund nicht tragfähig. 57

Die Stadt hatte den anderen, bis dahin beim LBK Hamburg beschäftigten Arbeitnehmern im Zuge der zum Jahreswechsel 2004/2005 durchgeführten Umwandlungen mit der Folge eines kraft Gesetzes eingetretenen Arbeitgeberwechsels ein Widerspruchsrecht entsprechend § 613a Abs. 6 BGB eingeräumt. Die Rechtslage war daher für beide Arbeitnehmergruppen in dem Zeitpunkt, in dem der LBK Hamburg aus der Arbeitgeberstellung zu ihnen ausschied, identisch. Beide Arbeitnehmergruppen hätten den Fortbestand ihres Arbeitsverhältnisses mit dem LBK Hamburg durch Erklärung eines Widerspruchs herbeiführen können: Die Reinigungskräfte, als ihre Arbeitsverhältnisse am 1. Januar 2000 gemäß § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB auf die C ... GmbH übergangen, und die anderen Arbeitnehmer zum Jahreswechsel 2004/2005, als durch § 14 LBKBetriebG die neue, dann in eine GmbH umgewandelte Betriebsanstalt LBK Hamburg ihr Arbeitgeber wurde. Folglich ist es sachlich nicht gerechtfertigt, dass der Gesetzgeber im Hinblick auf das frühere Widerspruchsrecht der Reinigungskräfte nur den übrigen, nicht im Reinigungsbereich eingesetzten Arbeitnehmern für den Fall der späteren Privatisierung ein weiteres Instrumentarium zur Fortsetzung ihrer Beschäftigung im öffentlichen Dienst an die Hand geben wollte. 58

Ein rechtlich beachtlicher Unterschied kann auch nicht darin gesehen werden, dass die Reinigungskräfte im Januar 2000 einen erheblichen Anlass zum Widerspruch gegen den Arbeitgeberwechsel gehabt hätten, die anderen Arbeitnehmer zum Jahreswechsel 2004/2005 hingegen nicht. In beiden Fällen war ihr Arbeitgeber zuvor eine Anstalt öffentlichen Rechts und nach der Umstrukturierung eine privatrechtlich organisierte Kapitalgesellschaft, deren Anteile - zumindest mittelbar - mehrheitlich von der Stadt gehalten wurden. Beide Arbeitnehmergruppen konnten sich zum jeweiligen Zeitpunkt außerdem für den Fall einer späteren Veräußerung der Mehrheitsbeteiligung der Stadt auf ein gesetzliches Rückkehrrecht in den öffentlichen Dienst berufen. Den Reinigungskräften kann daher nicht entgegengehalten werden, sie hätten im Januar 2000 eine bessere Gelegenheit zum Widerspruch gegen den Arbeitgeberwechsel verstreichen lassen als die übrigen Arbeitnehmer zum Jahreswechsel 2004/2005. 59

Ein unterschiedlich starker Abkehrwille von der Stadt kommt im Unterlassen des Widerspruchs auch dann nicht zum Ausdruck, wenn man die jeweilige Motivation der Arbeitnehmer für ihr Verhalten zum jeweils maßgeblichen Zeitpunkt in den Blick nimmt. Der Hinweis der Stadt darauf, dass ein Widerspruch der zum Jahreswechsel 2004/2005 beim LBK Hamburg beschäftigten Arbeitnehmer vernünftigerweise nicht in Betracht gekommen sei, weil bei dieser Anstalt beziehungsweise bei der Besitzan- 60

stalt LBK-Immobilien im Zuge der durchgeführten Umstrukturierungen keine geeigneten Arbeitsplätze verblieben seien, greift nicht durch. Es ist nicht erkennbar, dass das Reinigungspersonal beim Betriebsteilübergang im Jahr 2000 den Widerspruch gegen den Arbeitgeberwechsel demgegenüber eher als vernünftige Option hätte ansehen können. Der LBK Hamburg hatte die Reinigungsarbeiten ausgegliedert und daher keinen Bedarf mehr für eine Beschäftigung eigener Reinigungskräfte. Für die Arbeitnehmer beider Gruppen hat sich somit in dem Zeitpunkt, in dem ihre Arbeitsverhältnisse vom LBK Hamburg auf einen neuen Arbeitgeber übergangen, keine Perspektive einer sicheren Weiterbeschäftigung beim LBK Hamburg geboten, wenn sie ihr Recht zum Widerspruch gegen den Arbeitgeberwechsel wahrgenommen hätten. An dieser Einschätzung ändert sich auch nichts, wenn angenommen wird, dass eine betriebsbedingte Kündigung der Reinigungskräfte durch den LBK Hamburg aufgrund einer im Januar 2000 geltenden Dienstvereinbarung bis Ende 2001 ausgeschlossen gewesen wäre. Damit wäre zwar vorübergehend der rechtliche Fortbestand des Arbeitsverhältnisses im Falle des Widerspruchs gesichert gewesen. Eine tatsächliche, auf Dauer angelegte Beschäftigungsmöglichkeit bestand nach dem Betriebsteilübergang aber nur noch bei der C ... GmbH, und genau diese Art des Einsatzes der Reinigungskräfte in den Krankenhäusern entsprach der damaligen Organisationsentscheidung der Stadt. Es kann daher keine Rede davon sein, dass die Reinigungskräfte eine Ausweichoption gehabt hätten, mit der sie sich keinem nennenswerten rechtlichen oder wirtschaftlichen Risiko ausgesetzt hätten (vgl. BVerfGE 120, 1 <53>).

Im Übrigen kommen hier derartige spekulative Überlegungen zur Motivationslage der Arbeitnehmer ohnehin nicht als Differenzierungsgrund in Betracht. Normativ betrachtet hat die Stadt für die von der Überleitung ihrer Arbeitsverhältnisse zum Jahreswechsel 2004/2005 betroffenen Arbeitnehmer durch Gesetz ein Widerspruchsrecht entsprechend § 613a Abs. 6 BGB vorgesehen und ihnen damit die Gelegenheit gegeben, sich für oder gegen einen Verbleib beim LBK Hamburg zu entscheiden. Vergleichbar war die Gesetzeslage für die am 1. Januar 2000 von einem Arbeitgeberwechsel betroffenen Reinigungskräfte. Die Argumentation der Stadt ist nicht schlüssig, wenn sie einerseits den Arbeitnehmern gesetzliche Widerspruchs- und Rückkehrrechte einräumt, andererseits jedoch meint, diese Rechte liefen in einem Falle leer, hätten aber im anderen Falle wahrgenommen werden müssen, um den Willen zum Verbleib im öffentlichen Dienst unter Beweis zu stellen. Der zunächst mit § 17 Abs. 2 LBKHG und zuletzt mit § 17 Satz 1 HVFG angestrebte gesetzliche „Schutz vor einer Privatisierung“ muss daher losgelöst von der Frage betrachtet werden, ob und aus welchen Gründen sich die Arbeitnehmer gegebenenfalls dagegen entschieden hätten, diesen Schutz in Anspruch zu nehmen. Die Stadt muss sich an der von ihr gesetzten Rechtslage festhalten lassen.

cc) Die Benachteiligung der Reinigungskräfte kann entgegen dem Vorbringen der Stadt im Ausgangsverfahren auch nicht überzeugend darauf gestützt werden, dass die Gebäudereinigung keine dem Gesundheitswesen zuzuordnende Dienstleistung sei. Die Stadt hatte zunächst den gesamten Betrieb des Krankenhauses - einschließ-

61

62

lich der Gebäudereinigung - in eigener Regie geführt und hat sämtliche Bereiche der früher städtischen Krankenhäuser privatisiert. Dabei wurde keine Notwendigkeit gesehen, einzelne Bereiche in öffentlicher Hand zu belassen. Dann kann es aber nicht überzeugen, dass im Zuge der umfassenden Privatisierung nur bestimmte Arbeitnehmergruppen eine Weiterbeschäftigung im öffentlichen Dienst verlangen dürfen. Ohnehin kann mit dieser Begründung nicht gerechtfertigt werden, dass beispielsweise die in der Verwaltung der Krankenhäuser oder in der Haustechnik eingesetzten Arbeitnehmer ein Rückkehrrecht erhalten, die Reinigungskräfte aber nicht. Plausibel ist eine Abgrenzung, nach der nur dem eng mit dem Gesundheitswesen verknüpften Personal ein Widerspruchsrecht eingeräumt werden soll, außerdem deshalb nicht, weil nach der Privatisierung der Krankenhäuser gerade für diese Arbeitnehmer Einsatzmöglichkeiten bei der Stadt schwieriger zu finden sein dürften als für weniger spezialisierte Mitarbeiter.

dd) Die Ungleichbehandlung kann auch nicht damit gerechtfertigt werden, dass dem Gesetzgeber die grundsätzliche Befugnis zu einer Typisierung und Generalisierung zugebilligt wird (vgl. BVerfGE 99, 280 <290>; 111, 115 <137>). Die Absicht des Gesetzgebers, bestimmten Arbeitnehmern die Rückkehr in den öffentlichen Dienst zu ermöglichen und anderen nicht, beruht nicht auf einer gesetzgeberischen Beurteilung von typischen, einer pauschalierenden Regelung zugänglichen Sachverhalten. Hintergrund, Regelungsgegenstand und Zweck des § 17 Satz 1 HVFG sind vielmehr konkret greifbar. Darüber hinausgehende pauschalierende Erwägungen oder Typisierungen, mit denen die gesetzliche Differenzierung gerechtfertigt werden könnte, sind nicht erkennbar. Insbesondere ist die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu gesetzlichen Stichtagsregelungen nicht einschlägig. Das Tatbestandsmerkmal des § 17 Satz 1 HVFG, das die bei der C ... GmbH beschäftigten Reinigungskräfte vom Rückkehrrecht ausnimmt, ist keine Stichtagsregelung, denn die Reinigungskräfte werden ausgeschlossen, weil sie nicht „Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der LBK Hamburg GmbH“ sind. Diese Voraussetzung musste zwar gerade im Zeitpunkt der Privatisierung erfüllt sein, damit das Rückkehrrecht ausgeübt werden konnte. Die Verknüpfung mehrerer sachlicher und persönlicher Voraussetzungen mit einem Zeitmerkmal macht die Norm aber nicht zu einer Stichtagsregelung.

63

II.

Darüber hinaus ist § 17 Satz 1 HVFG mit Art. 3 Abs. 2 GG unvereinbar.

64

1. Art. 3 Abs. 2 GG bietet Schutz auch vor faktischen Benachteiligungen. Die Verfassungsnorm zielt auf die Angleichung der Lebensverhältnisse von Frauen und Männern (vgl. BVerfGE 87, 1 <42>; 109, 64 <89>; 113, 1 <15>). Durch die Anfügung von Satz 2 in Art. 3 Abs. 2 GG ist ausdrücklich klargestellt worden, dass sich das Gleichberechtigungsgebot auf die gesellschaftliche Wirklichkeit erstreckt (vgl. BVerfGE 92, 91 <109>; 109, 64 <89>; 113, 1 <15>). In diesem Bereich wird die Durchsetzung der Gleichberechtigung auch durch Regelungen gehindert, die zwar geschlechtsneutral formuliert sind, im Ergebnis aber aufgrund natürlicher Unterschie-

65

de oder der gesellschaftlichen Bedingungen überwiegend Frauen betreffen (vgl. BVerfGE 97, 35 <43>; 104, 373 <393>; 113, 1 <15>). Demnach ist es nicht entscheidend, dass eine Ungleichbehandlung unmittelbar und ausdrücklich an das Geschlecht anknüpft. Über eine solche unmittelbare Ungleichbehandlung hinaus erlangen für Art. 3 Abs. 2 GG die unterschiedlichen Auswirkungen einer Regelung für Frauen und Männer ebenfalls Bedeutung. Eine solche Berücksichtigung der mittelbaren Diskriminierung im Rahmen des Gleichberechtigungsgebots entspricht der Rechtsentwicklung im Europarecht (vgl. Art. 2 der Richtlinie 76/207/EWG in der Fassung der Richtlinie 2002/73/EG vom 23. September 2002 zur Änderung der Richtlinie 76/207/EWG des Rates zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen, ABI Nr. L 269 vom 5. Oktober 2002, S. 15 <17>; Art. 2 Buchstabe b der Richtlinie 2004/113/EG vom 13. Dezember 2004 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, ABI Nr. L 373 vom 21. Dezember 2004, S. 37 <40>; EuGH, Urteil vom 13. Juli 1989 - C-171/88 -, Slg. 1989, S. 2743; Urteil vom 23. Oktober 2003 - C-4/02 und C-5/02 -, Slg. 2003, S. I-12575).

2. Der Landesgesetzgeber hat ganz überwiegend Arbeitnehmerinnen benachteiligt, indem er das Rückkehrrecht auf die zuletzt bei der LBK Hamburg GmbH angestellten Arbeitnehmer beschränkt und die bei der C ... GmbH beschäftigten Reinigungskräfte ausgeschlossen hat. Die geschlechtsspezifische Wirkung der Regelung folgt aus der in der sozialen Wirklichkeit vorfindbaren Zusammensetzung dieser Berufsgruppe. Bei der Sonderregelung für Reinigungskräfte im vorliegenden Fall steht faktisch fest, dass sie mit einem Anteil von 93,5 % hauptsächlich Frauen trifft. Dieser Anteil liegt damit wesentlich über dem im Klinikbereich hier ohnehin hohen Frauenanteil (69,5 %). Das löst damit genau die Gefahr einer mittelbaren Diskriminierung aus, der Art. 3 Abs. 2 GG begegnen will.

66

Unter diesen Bedingungen könnte eine solche Ungleichbehandlung nur dann gerechtfertigt werden, wenn sie auf hinreichenden sachlichen Gründen beruht, die nichts mit der geschlechtsbezogenen Benachteiligung zu tun haben (vgl. BVerfGE 113, 1 <20 f.>; vgl. auch EuGH, Urteil vom 13. Mai 1986 - Rs. 170/84 -, Slg. 1986, S. 1607; Urteil vom 27. Mai 2004 - C-285/02 -, Slg. 2004, S. I-5861; BAG, Urteil vom 25. Juli 1996 - 6 AZR 138/94 -, AP BAT § 35 Nr. 6). Da hier jedoch schon keine vor Art. 3 Abs. 1 GG tragfähigen Rechtfertigungsgründe ersichtlich sind, scheidet eine Rechtfertigung der mittelbaren geschlechtsspezifischen Diskriminierung nach Art. 3 Abs. 2 GG erst recht aus.

67

III.

Da eine verfassungskonforme Auslegung des § 17 Satz 1 HVFG nicht möglich ist, kann die Verletzung des Art. 3 Abs. 1 und 2 GG nur dadurch beseitigt werden, dass das Rückkehrrecht, bezogen auf den hier maßgeblichen Zeitpunkt der zum Jahres-

68

wechsel 2006/2007 durchgeführten Privatisierung, neu geregelt wird. Bis zu einer Neuregelung, die der Gesetzgeber bis zum 31. Dezember 2010 zu treffen hat, muss der Rechtsstreit vor dem Landesarbeitsgericht weiter ausgesetzt werden.

Kirchhof	Hohmann- Dennhardt	Bryde
Gaier	Eichberger	Schluckebier
Masing		Paulus

**Bundesverfassungsgericht, Beschluss des Ersten Senats vom 14. April 2010 -
1 BvL 8/08**

Zitiervorschlag BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 14. April 2010 - 1 BvL 8/08 -
Rn. (1 - 68), http://www.bverfg.de/e/ls20100414_1bvl000808.html

ECLI ECLI:DE:BVerfG:2010:ls20100414.1bvl000808