Dr. Christian von Tiling*

Das Verhältnis von Personalgestellung und Betriebsübergang in der Praxis

Übersicht

1. Einleitung
2. Die Entscheidung des BAG vom 20. März 2014
2.1 Zum Sachverhalt
2.2 Zur rechtlichen Würdigung
3. Zum Verhältnis von Betriebsübergang und Personalgestellung
3.1 Voraussetzungen und Rechtsfolgen des Betriebsübergangs
3.2 Voraussetzungen und Rechtsfolgen der Personalgestellung
3.3 Fazit
4. Vermeidung einer „fehlgeschlagenen" Personalgestellung
4.1 Prüfung der Wahrscheinlichkeit eines Betriebsübergangs
4.1.1 Verlagerung betriebsmittelgeprägter Aufgaben
4.1.2 Verlagerung betriebsmittelarmer Aufgaben
4.2 Zwischenergebnis
4.2.1 Fallgruppe 1
4.2.2 Fallgruppe 2
4.2.3 Fallgruppe 3
4.3 Die weitere Planung
4.3.1 Fallgruppe 1
4.3.2 Fallgruppe 2
4.3.3 Fallgruppe 3

1. Einleitung

Die in den Tarifverträgen des öffentlichen Dienstes verankerte Personalgestellung ermöglicht den öffentlichen Arbeitgebern, einseitig den dauerhaften Einsatz von Arbeitnehmern bei Dritten anzuordnen, auch und insbesondere bei Unternehmen der Privatwirtschaft.[1] Die Personalgestellung ist vielfach als besondere, tarifvertraglich geregelte Form der Arbeitnehmerüberlassung bezeichnet worden. Dies hat die Frage aufgeworfen, ob und mit welchen Konsequenzen die Personalgestellung dem Anwendungsbereich des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG) unterfällt. Diese Frage ist an anderer Stelle beantwortet worden.[2] Im Folgenden geht es um das Verhältnis von Personalgestellung und Betriebsübergang. Ein aktuelles Urteil des BAG zeigt anschaulich, dass die Kenntnis beider Instrumente sowie die sorgfältige rechtliche Prüfung im Vorfeld einer jeden Aufgabenverlagerung unverzichtbar sind.

2. Die Entscheidung des BAG vom 20. März 2014

Im Urteil vom 20. März 2014 hatte das BAG anlässlich einer „fehlgeschlagenen" Personalgestellung die Gelegenheit, einige generelle Ausführungen zum Verhältnis von Personalgestellung und Betriebsübergang zu machen.

2.1 Zum Sachverhalt

Dem vom BAG am 20. März 2014 (8 AZR 1/13, ZTR 2014, 472) entschiedenen Fall lag ein auf den ersten Blick einfacher Sachverhalt zugrunde: Eine Gemeinde war Trägerin mehrerer Kindertagesstätten. Zum 1. Januar 2011 übernahm ein privatrechtlich organisierter Verein den Betrieb einer der KITAs. Es wurden ein Betreibervertrag und ein Personalgestellungsvertrag abgeschlossen. In den Verträgen war klargestellt, dass das am 31. Dezember 2010 beschäftigte Personal in der Anstellung der Gemeinde verbleibt und dem neuen KITA-Betreiber im Wege der Personalgestellung überlassen wird. Wie allgemein üblich, wurde vertraglich festgelegt, dass die arbeitsrechtliche Dienstaufsicht bei der Gemeinde verbleibt, während das fachliche Weisungsrecht auf den Verein als neuen Betreiber übergehen sollte. Auch die Kosten der Personalgestellung waren im Einzelnen geregelt. Die KITA wurde durch den neuen Betreiber in denselben Räumen, mit demselben Mobiliar, Spielzeug und Außengerät und mit denselben Kindern unverändert fortgeführt.

Vermutlich hätte diese Personalgestellung dauerhaft reibungslos funktioniert, wenn nicht die KITA-Leiterin am 1. August 2011 verhaltensbedingt gekündigt worden wäre. Die Kündigung wurde durch die Gemeinde als (vermeintliche) Vertragsarbeitgeberin ausgesprochen. Die gekündigte Erzieherin erhob Kündigungsschutzklage (folgerichtig gegen die Gemeinde), um den Eintritt der Fiktion des § 4 KSchG zu verhindern. Zweieinhalb Jahre später wies das BAG die Kündigungsschutzklage als unbegründet zurück. Aufgrund eines Betriebsteilübergangs zum 1. Januar 2011 habe im Kündigungszeitpunkt schon kein Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien des Kündigungsrechtsstreits mehr bestanden. Die Kündigung sei ins Leere gegangen. Die Klage der KITA-Leiterin sei zwangsläufig als unbegründet – bei voller Kostentragung – abzuweisen.

2.2 Zur rechtlichen Würdigung

Das Urteil ist für alle Beteiligten ärgerlich, aber (jedenfalls de lege lata) in der Sache richtig und konsequent. Ärgerlich ist es für die Gemeinde, die nicht nur einen überflüssigen mehrjährigen Kündigungsschutzprozess geführt hat, sondern auch noch damit rechnen muss, dass die Leiterin nun ihr Widerspruchsrecht aus § 613a Abs. 6 BGB auszuüben versucht. Ärgerlich ist es auch für den Verein, der die KITA in dem Glauben übernommen hatte, nicht in die Arbeitgeberstellung hinsichtlich des KITA-Personals einzurücken. Die gekündigte Leiterin weiß zwar nun, dass die Gemeinde ihr nicht kündigen durfte und ihr Arbeitsverhältnis ungekündigt fortbesteht. Sie ist aber als unterlegene Partei mit den Prozesskosten belastet und wird möglicherweise einen weiteren Rechtsstreit um Annahmeverzugsansprüche gegen den Verein führen müssen. Wenn zu alledem noch Tarifbindungen zu berücksichtigen sind und die Leiterin und die Erzieher ihr Widerspruchsrecht nach § 613a Abs. 6 BGB ausüben[3], wird es noch komplizierter.

* Der Autor ist Fachanwalt für Arbeitsrecht bei Ruge Krömer in Hamburg.

1 Vgl. ausführlich hierzu *Preis/Greiner*, ZTR 2006, 290 ff.; *Ruge/Krömer/Pawlak/Rabe v. Pappenheim*, Lexikon ArbR im öffentlichen Dienst 2014, 7. Aufl. 2014, „Personalgestellung"; *Breier/Dassau*, TVöD Komm., Erl. 9 zu § 4 TVöD, Rz. 41ff.; zuletzt BAG 23.3.2011, 10 AZR 374/09, ZTR 2011, 443; BAG 14.7.2010, 10 AZR 182/09, ZTR 2010, 650 ff.

2 *Fieberg*, NZA 2014, 187; *Ruge/v. Tiling*, ZTR 2012, 263.

3 Die Voraussetzungen einer Verwirkung des Widerspruchsrechts dürften bei der KITA-Leiterin nicht erfüllt sein; vgl. zu typischen Fallgruppen der Verwirkung BAG 17.10.2013, 8 AZR 974/12, NZA 2014, 774 = ZTR 2014, 244 (L).

Zu der Entscheidung gab es keine Alternative. Die Voraussetzungen eines Betriebsübergangs sind offensichtlich erfüllt, wenn eine komplette KITA mit Leitung, Personal, Mobiliar und Kindern den Betreiber wechselt und unverändert weitergeführt wird. Die Vorschrift des § 613a BGB ist zwingendes Recht – auch für die wirtschaftliche Betätigung innerhalb der Bundes- und Landesverwaltung, für kommunale Eigenbetriebe, für Diakonie und Caritas.[4] Weder durch Tarifvertrag noch durch sonstige privatrechtliche Vereinbarung können die Rechtsfolgen des Betriebsübergangs außer Kraft gesetzt werden. So hebt § 4 Abs. 3 Satz 2 TVöD hervor, dass die Vorschrift des § 613a BGB „unberührt" bleibt. Folglich misst das BAG den abweichenden Vereinbarungen in den Personalgestellungs- und Betreiberverträgen keinerlei Bedeutung zu. Das BAG lässt auch keinen Zweifel daran, dass in einer solchen Situation keinerlei Vertrauensschutz für niemanden anzuerkennen ist.

3. Zum Verhältnis von Betriebsübergang und Personalgestellung

Das Urteil des BAG vom 20. März 2014 offenbart die Nähe und enge Verknüpfung von Personalgestellung und Betriebsübergang, so dass es geboten erscheint, das Verhältnis beider Instrumente näher zu bestimmen.

3.1 Voraussetzungen und Rechtsfolgen des Betriebsübergangs

Der Betriebsübergang im Sinne des § 613a BGB setzt den Übergang eines Betriebs oder eines Betriebsteils durch Rechtsgeschäft auf einen anderen Inhaber voraus. Nach der aktuellen Rechtsprechung muss hierfür ein neuer Rechtsträger eine bestehende wirtschaftliche Einheit unter Wahrung ihrer Identität fortführen.[5] Im öffentlichen Dienst kommt § 613a BGB bei der Übertragung wirtschaftlicher Tätigkeiten, nicht jedoch bei der Übertragung der Ausübung hoheitlicher Befugnisse zur Anwendung.[6]

Nach der Rechtsprechung des BAG muss beim Veräußerer eine abtrennbare organisatorisch verselbstständigte Einheit vorhanden sein, in der innerhalb des betrieblichen Gesamtzwecks ein Teilzweck verfolgt wird.[7] Erforderlich ist eine „einsatzbereite Gesamtheit", die als solche dazu ausreicht, „die für die wirtschaftliche Tätigkeit des Unternehmens charakteristischen Leistungen ohne Inanspruchnahme anderer wichtiger Betriebsmittel oder anderer Unternehmensteile erbringen zu können".[8] Der EuGH fordert ebenfalls, dass die Einheit vor der Übernahme über eine „ausreichende funktionelle Autonomie" verfügen muss, wobei sich der Begriff der Autonomie auf die Befugnisse bezieht, die der Leitung der betreffenden Gruppe von Arbeitnehmern eingeräumt sind, um die Arbeit dieser Gruppe „relativ frei und unabhängig zu organisieren und insbesondere Weisungen zu erteilen und (...) Aufgaben zu verteilen, ohne dass andere Organisationsstrukturen des Arbeitgebers dabei zwischengeschaltet sind".[9] So hat das BAG bspw. innerhalb eines großen Bewachungsunternehmens einen übergangsfähigen Betriebsteil in der Bewachung eines bestimmten Objekts gesehen, sofern vor Ort Arbeitnehmer und Betriebsmittel eingesetzt sind, ein Personalaustausch mit anderen Objekten nicht stattfindet und für dieses Objekt ein bestimmter Objektleiter zuständig ist.[10] In einem anderen Fall wurde die Arbeitsvermittlung durch eine als Anstalt des öffentlichen Rechts organisierte Beschäftigungsförderungsgesellschaft als übergangsfähige Einheit qualifiziert, weil die Arbeitsvermittlung abgrenzbar in drei der insgesamt sieben Abteilungen betrieben wurde, diese gemeinsame Aufgabe und Tätigkeit durch ein Vorstandsmitglied geleitet wurde und ein eigener hierarchisch gegliederter Unterbau (drei Abteilungsleiter, Arbeitsvermittler, Bürosachbearbeiter) vorhanden war.[11] Auch eine Rettungswache und eben eine KITA sind als übergangsfähige wirtschaftliche Einheiten charakterisiert worden.

Die Frage des identitätswahrenden Übergangs einer wirtschaftlichen Einheit ist nicht aufgrund begrifflicher Subsumtion, sondern auf der Basis verschiedener Kriterien im Wege der typologischen Gesamtbetrachtung zu beantworten. Nach Auffassung von EuGH und BAG sind sämtliche den betreffenden Vorgang kennzeichnenden Tatsachen zu berücksichtigen und anhand eines 7-Punkte-Katalogs zu bewerten:[12]

- Art des betreffenden Betriebs.
- Übergang der materiellen Aktiva wie bewegliche Güter und Gebäude.
- Wert der immateriellen Aktiva.
- Übernahme der Hauptbelegschaft.
- Übernahme von Kundschaft und Lieferantenbeziehungen.
- Ähnlichkeit der Tätigkeit vor und nach der Übernahme.
- Dauer der Unterbrechung der Geschäftstätigkeit.

Die Identität der Einheit kann sich aber auch aus anderen Merkmalen ergeben, wie „Personal, Führungskräften, Arbeitsorganisation oder Betriebsmethoden".[13]

Rechtsfolge des Betriebsübergangs ist der Übergang der in dem Betrieb oder Betriebsteil angesiedelten Arbeitsverhältnisse auf den Betriebserwerber. Sämtliche Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis bestehen fort. Lediglich die Person des Arbeitgebers wird ausgewechselt, ohne dass es auf einen etwa entgegenstehenden Willen des bisherigen Arbeitgebers, des neuen Arbeitgebers oder des Arbeitnehmers ankommt. Dem Interesse des Arbeitnehmers am Erhalt seines bisherigen Vertragspartners wird allerdings durch das Widerspruchsrecht gemäß § 613a Abs. 6 BGB Rechnung getragen.

Der Zwangseintritt des Betriebserwerbers in alle im Betrieb oder Betriebsteil angesiedelten Arbeitsverhältnisse bedarf der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung. Diese wird darin gesehen, dass der Betriebsnachfolger die von seinem Vorgänger geschaffene Organisation für eigene geschäftliche Zwecke weiternutzt.[14] Daraus wird im Umkehrschluss gefolgert, dass bei einem Sachverhalt ohne Betriebsübergang, also bspw. bei einer bloßen Auftragsnachfolge, bei der der neue Auftragnehmer keine intakte und eingespielte Betriebsorganisation als Wertschöpfungsquelle übernimmt, keine Sachlage vorliegt, die den Zwangseintritt in die Arbeitsverhältnisse rechtfertigen kann.[15]

4 Vgl. nur BAG 20.3.2002, 4 AZR 101/01, ZTR 2003, 296; BAG 10.5.2012, 8 AZR 434/11, ZTR 2012, 585.

5 BAG 20.3.2014, 8 AZR 1/13, NZA 2014, 1095; EuGH 6.3.2014, Rs. C-458/12, NZA 2014, 436.

6 BAG 10.5.2012, 8 AZR 434/11, ZTR 2012, 585.

7 BAG 20.3.2014, 8 AZR 1/13, NZA 2014, 1095; EuGH 6.3.2014, Rs. C-458/12, NZA 2014, 436.

8 BAG 22.8.2013, 8 AZR 521/12, DB 2014, 848.

9 EuGH 6.3.2014, Rs. C-458/12, NZA 2014, 436.

10 BAG 23.5.2013, 8 AZR 234/12, DB 2013, 2336.

11 BAG 22.5.2014, 8 AZR 1069/12, juris.

12 BAG 23.5.2013, 8 AZR 234/12, DB 2013, 2336.

13 BAG 23.5.2013, 8 AZR 234/12, DB 2013, 2336.

14 BAG 10.5.2012, 8 AZR 434/11, ZTR 2012, 585; HWK-*Willemsen*, § 613a BGB Rz. 9; *Krause*, ZfA 2001, 67.

15 BAG 10.5.2012, 8 AZR 434/11, ZTR 2012, 585. Vor diesem Hintergrund erscheint es sehr fragwürdig, dass im Falle der Auftragsneuvergabe im öffentlichen Personennahverkehr die Vorschrift des Art. 4 Abs. 5 VO (EG) 1370/2007 die Vergabestelle ermächtigt, die Rechtsfolgen des Betriebsübergangs auch dort anzuordnen, wo in Wirklichkeit kein Betriebsübergang vorliegt. Diesen Weg gehen auch einige Tariftreuegesetze der Länder, bspw. § 5 Tariftreue- und Vergabegesetz NRW (TVgG NRW).

3.2 Voraussetzungen und Rechtsfolgen der Personalgestellung

Die Personalgestellung hat recht einfach zu überblickende Voraussetzungen und Rechtsfolgen.

Zunächst muss eine „Aufgabe" von einem TVöD/TV-L-Anwender auf einen Dritten übertragen werden. Der Begriff der Aufgabe ist weit zu verstehen. Es kommen alle mit dem Verwaltungs- oder Unternehmensauftrag zusammenhängenden Pflichten und Funktionen in Betracht, die der Erfüllung dieses Auftrags unmittelbar oder mittelbar dienen.[16] Die *Aufgabe* bildet die Schnittstelle zum Recht des Betriebsübergangs. Wenn nur eine Aufgabe isoliert verlagert wird, liegen die Voraussetzungen einer Personalgestellung, regelmäßig aber nicht die Voraussetzungen eines Betriebsübergangs vor. Wenn die Aufgabe in eine abtrennbare organisatorische Einheit mit eigener Zwecksetzung eingebettet ist und diese Einheit übertragen wird, sind die Voraussetzungen der Personalgestellung zwar wiederum erfüllt. Die „stärkeren" Rechtsfolgen des Betriebsübergangs, dessen Tatbestand dann zugleich erfüllt ist, überlagern aber die Rechtsfolgen der Personalgestellung. *Wirtschaftliche Einheit* im Sinne des § 613a BGB und *Aufgabe* im Sinne des Tarifrechts können, müssen aber nicht deckungsgleich sein. Oder genauer: Eine Aufgabe kann die Qualität einer wirtschaftlichen Einheit haben, muss aber nicht.

Der Einsatz bei einem Dritten muss auf Dauer angelegt sein. Dies setzt wohl voraus, dass auch die Übertragung der Aufgabe auf Dauer angelegt sein muss. Wie die tarifvertragliche Formulierung verdeutlicht, ist die Prognose bei Beginn der Gestellung maßgeblich. Wenn sich die Verhältnisse später ändern und die Aufgaben zurück verlagert oder weiter verlagert werden, lässt dies die Rechtmäßigkeit der Gestellung nicht rückwirkend entfallen. Ebenso wenig bedeutet das Merkmal der Dauerhaftigkeit, dass der gestellte Arbeitnehmer bis zum Erreichen der tariflichen Altersgrenze bei dem Dritten eingesetzt werden muss. Erforderlich ist lediglich, dass bei Beginn der Personalgestellung beabsichtigt war, den Arbeitnehmer bis zum Ende seines Arbeitsverhältnisses oder zumindest unbefristet bei dem Dritten einzusetzen. Nicht erforderlich ist hingegen, dass der Arbeitnehmer im Ergebnis tatsächlich dauerhaft („für immer") bei dem Dritten beschäftigt wird.[17] Die Rückholung gestellter Arbeitnehmer in die ursprüngliche Dienststelle ist daher grundsätzlich zulässig, auch wenn die Aufgabe, deretwegen die Gestellung erfolgt war, bei dem Dritten verbleibt.[18] Dritter kann jeder öffentlich-rechtlich organisierte oder private Arbeitgeber sein.

Auf Verlangen des öffentlichen Arbeitgebers muss der Arbeitnehmer seiner Aufgabe folgen und diese bei dem Dritten fortführen. Auf das Einverständnis des Arbeitnehmers kommt es nicht an.[19]

Ein Widerspruchsrecht wie im Betriebsübergangsrecht existiert nicht. Eines solchen Widerspruchsrechts bedarf es auch nicht, da die Folgen der Personalgestellung weniger gravierend sind als die des Betriebsübergangs. Letzterer führt zu einem Vertragspartnerwechsel auf Arbeitgeberseite. Bei der Personalgestellung behält der gestellte Arbeitnehmer seinen bisherigen öffentlichen Arbeitgeber. § 4 Abs. 3 TVöD/TV-L gestaltet das Arbeitsverhältnis somit nicht in dem Sinne um, dass der Arbeitgeber ausgewechselt wird, sondern bewirkt eine Direktionsrechtserweiterung im ansonsten fortbestehenden Arbeitsverhältnis. Abweichend von § 613 Satz 2 BGB, nach dem es dem Arbeitgeber im Zweifel nicht gestattet ist, die Arbeitsleistung einem Dritten zur Verfügung zu stellen, kann der öffentliche Arbeitgeber gemäß § 4 Abs. 3 TVöD/TV-L das Tätigwerden *für* einen Dritten (innerhalb oder außerhalb des öffentlichen Dienstes) und/oder *bei* einem Dritten, also in dessen räumlich entfernter Betriebsstätte anordnen.[20] Die Tarifvertragsparteien drängen dem Arbeitnehmer keinen anderen Arbeitgeber auf. Dies unterscheidet die Personalgestellung von den Fällen, in denen der Gesetzgeber einen Betriebsübergang ohne Widerspruchsrecht angeordnet hat. Das BVerfG hat im Zusammenhang mit der Privatisierung des Universitätsklinikums Gießen und Marburg entschieden, dass auch im öffentlichen Dienst das Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 GG berührt ist, wenn der Gesetzgeber bestehende Arbeitsverhältnisse in der Weise normativ umgestaltet, dass er die Person des Arbeitgebers auswechselt. Verletzt ist das Grundrecht regelmäßig dann, wenn diese Umgestaltung ohne Widerspruchsmöglichkeit oder Einräumung eines Rückkehrrechts erfolgt.[21] Besonders schwer wiegt nach Auffassung des BVerfG, dass den Arbeitnehmern unmittelbar durch Landesgesetz ihr „öffentlich-rechtlich geprägtes Arbeitsverhältnis" entzogen wird. Die tarifliche Personalgestellung vermeidet diesen Konflikt. Der bisherige Arbeitgeber bleibt mit allen – überwiegend positiven – Attributen (Solvenz, Zuverlässigkeit, Arbeitsplatzsicherheit, tarifvertragliche Absicherung) erhalten; der Arbeitnehmer muss es lediglich hinnehmen, dass das Weisungsrecht nunmehr durch einen Dritten ausgeübt wird und er ggf. an einem anderen Ort mit anderen Kollegen tätig werden muss.

3.3 Fazit

In demselben Sachverhalt (insbesondere Outsourcing, Privatisierung) können zugleich die tatbestandlichen Voraussetzungen eines Betriebsübergang und einer Personalgestellung erfüllt sein. Die Rechtsfolgen können jedoch niemals deckungsgleich sein, weil in dem einen Fall das Arbeitsverhältnis zu dem bisherigen Arbeitgeber bestehen bleibt, während es in dem anderen Fall auf einen neuen Arbeitgeber übergeht.

Die Rechtsfolgen des § 613a BGB sind zwingend und können weder durch Tarifvertrag noch durch sonstige privatrechtliche Vereinbarung abbedungen werden. Was die beteiligten Arbeitgeber und Arbeitnehmer sich vorgestellt und gewollt haben, spielt keine Rolle. Der übereinstimmende Wunsch, eine Personalgestellung zu realisieren, und die diesbezüglichen vertraglichen Fixierungen sind unbeachtlich, wenn tatsächlich die Voraussetzungen eines Betriebsübergangs vorliegen. Daher hat das BAG in der Entscheidung vom 20. März 2014 den Personalgestellungs- und Betreiberverträgen insoweit keinerlei Bedeutung beigemessen. Dieses Rangverhältnis zwischen Betriebsübergang und Personalgestellung ist richtigerweise auch in § 4 Abs. 3 Satz 2 TVöD deklaratorisch[22] beschrieben. Dort heißt es, dass die Vorschrift des § 613a BGB „unberührt" bleibt.

Bei Missachtung dieses Rangverhältnisses zwischen Betriebsübergang und Personalgestellung tritt *scheinbar* eine Rechtsfolge ein, die in Wahrheit nicht eintreten kann. Wenn also irrtümlich eine Personalgestellung angenommen wird, obwohl tatsächlich die Gestellung durch einen Betriebs(teil)-übergang überlagert wird, scheint das Arbeitsverhältnis zu dem bisherigen öffentlichen Arbeitgeber fortzubestehen. Richtigerweise besteht es jedoch nicht fort, sondern ist – vorbehaltlich der Ausübung des Widerspruchsrechts – auf einen anderen Arbeitgeber übergegangen.

16 Vgl. nur *Breier/Dassau*, TVöD, § 4 Rz. 86 f.

17 *Preis/Greiner*, ZTR 2006, 290, 292; *Sponer/Steinherr*, TV-L, § 4 Rz. 134; *Breier/Dassau*, TVöD, § 4 Rz. 88.

18 *Von Tiling*, ÖAT 2012, 139.

19 *Breier/Dassau*, TVöD, § 4 Rz. 89; *Groeger/Laber*, ArbR im öff. Dienst, 2. Aufl. 2014, Teil 3 D Rz. 49.

20 Vgl. nur *Preis/Greiner*, ZTR 2006, 290, 293.

21 BVerfG 25.1.2011, 1 BvR 1741/09, ZTR 2011, 233. Das BAG hat diesen Gesichtspunkt in seinem Vorlagebeschluss zu § 6c SGB II vom 26.9.2013 – 8 AZR 775/12 – (ZTR 2014, 163) inzwischen aufgegriffen. S. dazu *Fieberg* NZA 2014, 187 (188).

22 *Preis/Greiner*, ZTR 2006, 290, 294.

4. Vermeidung einer „fehlgeschlagenen" Personalgestellung

Was hätten in dem unter 1. geschilderten Fall des BAG die Gemeinde und der Verein tun können und sollen, um die komplizierte Rückabwicklung einer fehlgeschlagenen Personalgestellung zu vermeiden? Diese Frage kann sicherlich nicht mit einem „Patentrezept" und auch nicht pauschal, sondern nur für den jeweiligen Einzelfall beantwortet werden. Die folgenden Ausführungen mögen daher als Richtschnur für die erforderlichen rechtlichen Prüfungen und die in jedem Einzelfall abzuwägenden Maßnahmen dienen.

4.1 Prüfung der Wahrscheinlichkeit eines Betriebsübergangs

Zunächst ist *vor* einer jeden geplanten Aufgaben- und Personalverlagerung auf einen anderen öffentlich-rechtlichen oder einen privatrechtlichen Träger zu prüfen, ob ein Betriebs- oder Betriebsteilübergang im Sinne von § 613a BGB vorliegen könnte. Diese Prüfungsreihenfolge ist aufgrund des unter Ziffer 3.3 erläuterten Rangverhältnisses rechtssystematisch vorgegeben. Die Frage nach dem Vorliegen eines Betriebs-(teil)übergangs ist nicht immer so leicht zu beantworten wie in dem vom BAG entschiedenen Fall des KITA-Betreiberwechsels, zumal nicht mehr erforderlich ist, dass die übergegangene wirtschaftliche Einheit ihre Selbstständigkeit beim Erwerber bewahrt.[23] Überhaupt ist die Rechtsprechung von BAG und EuGH zu § 613a BGB und der zugrundeliegenden Richtlinie bekanntlich im Fluss und durch unzählige Einzelfallentscheidungen geprägt.

Eine weitere Erschwerung tritt dadurch ein, dass die Frage des Betriebsübergangs nicht losgelöst von der Frage der Personalgestellung geprüft werden kann, da Sachverhalte denkbar sind, die zunächst keinen Betriebsübergang darstellen, sondern erst und gerade durch die Personalgestellung die Qualität eines Betriebsübergangs erhalten. Diese überraschende Verknüpfung bedarf näherer Erläuterung.

Es ist bereits angesprochen worden, dass die Übernahme des Personals nicht nur *Rechtsfolge*, sondern auch *tatbestandliche Voraussetzung* eines Betriebsübergangs sein kann. Ein Betriebsübergang kann (allein) dadurch ausgelöst werden, dass ein Arbeitgeber, der an sich nur eine Aufgabe (bspw. Arbeitsvermittlung) oder einen Auftrag (bspw. Objektbewachung) übernommen hat, den bislang mit dieser Aufgabe befassten Arbeitnehmern Weiterbeschäftigungsangebote unterbreitet und Arbeitsverträge mit diesen abschließt. Wäre nur die Aufgabe oder der Auftrag übernommen worden, läge kein Betriebsübergang vor. Erst die rechtsgeschäftliche Übernahme von Teilen der Belegschaft führt in diesen Fällen dazu, dass die Schwelle zum Betriebsübergang überschritten wird. Somit kann die freiwillige und eigeninitiative Unterbreitung von Arbeitsvertragsangeboten an Teile der bisherigen Belegschaft zu einer Weiterbeschäftigungspflicht gemäß § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB auch zugunsten der Arbeitnehmer führen, die bewusst kein Weiterbeschäftigungsangebot erhalten haben.[24]

Das BAG hat obiter dictum entschieden, dass es für eine „Übernahme" der Belegschaft genügt, wenn die bisherigen Arbeitnehmer als freie Mitarbeiter weiterbeschäftigt werden.[25] Ob es auch genügt, wenn die bisherigen Arbeitnehmer – unter Aufrechterhaltung ihrer Arbeitsverhältnisse – im Wege der Personalgestellung *übernommen* werden, ist – soweit ersichtlich – nicht Gegenstand gerichtlicher Entscheidungen gewesen. In der Literatur wird es für denkbar gehalten, dass ein Betriebsübergang auch in der Weise ausgelöst werden kann, dass die Gesamtheit oder ein Teil der bisherigen Belegschaft im Wege der Personalgestellung bei einem anderen Arbeitgeber weiterbeschäftigt wird.[26] Ob diese Auffassung durch die Arbeitsgerichtsbarkeit bestätigt wird, bleibt abzuwarten. Vorsorglich sollten die in eine Aufgabenverlagerung involvierten Arbeitgeber damit rechnen, dass auch die Weiterbeschäftigung im Wege der Personalgestellung einen Betriebsübergang auslösen kann.

Für die weitere Betrachtung ist zu differenzieren, ob sich die Aufgabenverlagerung in einer betriebsmittelgeprägten oder betriebsmittelarmen Branche ereignet. Denn in betriebsmittelarmen Branchen kommt der Weiterbeschäftigung des bisherigen Personals ungleich größeres Gewicht zu.

4.1.1 Verlagerung betriebsmittelgeprägter Aufgaben

In Branchen, in denen der Betriebszweck wesentlich vom Vorhandensein physischer Betriebsanlagen abhängig ist, hat die Nichtübernahme relevanter sächlicher Betriebsmittel negative Indizfunktion. Von demselben Betrieb kann nicht mehr die Rede sein, wenn der Nachfolger den Betriebszweck mit eigenen oder neu angeschafften Produktionsanlagen verfolgt. Wenn wesentliche sächliche Betriebsmittel übertragen werden, liegt im Zweifel ein Betriebsübergang vor; werden keine wesentlichen sächlichen Betriebsmittel übertragen, liegt regelmäßig kein Betriebsübergang vor.[27] Selbst die Übernahme der Hauptbelegschaft hat dann nur untergeordnete Bedeutung und führt im Zweifel nicht zur Annahme eines Betriebsübergangs.[28]

Diese für Produktionsbetriebe entwickelten Grundsätze sind bspw. auf den Güter- und Personentransport zu übertragen. Die Entscheidung des EuGH vom 25. Januar 2001 wird insoweit als „Leitentscheidung" bezeichnet.[29] In jenem Fall war ein Betriebsübergang abgelehnt worden, weil nach der Neuvergabe des Betriebs einer Buslinie der neue Auftragnehmer keinen der insgesamt 26 Busse des bisherigen Auftragnehmers übernommen hatte. Die Busse seien das unerlässliche Substrat der Einheit. Selbst die Weiterbeschäftigung eines großen Teils des Personals und die Übernahme des Kundenstamms konnten über den fehlenden Übergang der sächlichen Betriebsmittel nicht hinweghelfen.[30] Der EuGH führte in der Entscheidung wörtlich aus: „In einem Bereich wie dem des öffentlichen Linienbusverkehrs, in dem die materiellen Betriebsmittel von erheblicher Bedeutung für die Ausübung der Tätigkeit sind, schließt jedoch die Tatsache, dass diese für den Betrieb der Einheit unerlässlichen Mittel nicht in nennenswertem Umfang vom alten auf den neuen Auftragnehmer übergehen, aus, dass diese Einheit ihre Identität bewahrt."[31]

Für die Aufgabenverlagerung in betriebsmittelgeprägten Branchen ist damit folgendes Zwischenergebnis festzuhalten: Werden im Geltungsbereich von TVöD/TV-L Aufgaben dauerhaft verlagert auf einen anderen öffentlich-rechtlichen oder privatrechtlich organisierten Träger und werden relevante sächliche Betriebsmittel ebenfalls übertragen, spricht vieles für einen Betriebs(teil)übergang. Natürlich muss in jedem Einzelfall der 7-Punkte-Katalog abgearbeitet werden; aber die Übernahme der sächlichen Betriebsmittel ist ein

23 EuGH 12.2.2009, Rs. C-466/07, NZA 2009, 251.

24 HWK-*Willemsen*, § 613a BGB Rz. 137.

25 BAG 18.2.1999, 8 AZR 485/97, NZA 1999, 648.

26 Ebenso *Preis/Greiner*, ZTR 2006, 290, 294.

27 Vgl. dazu HWK-*Willemsen*, § 613a BGB Rz. 111 f.; vgl. auch BAG 22.8.2013, 8 AZR 521/12, DB 2014, 868: Hafen- und Stauereibetrieb. Diese Indizwürdigung ist stark vereinfacht und pauschalierend ausgedrückt, da es hier nur darum geht, den Unterschied zwischen betriebsmittelarmer und betriebsmittelgeprägter Tätigkeit zu skizzieren.

28 BAG 28.4.2011, 8 AZR 709/09, juris; BAG 22.8.2013, 8 AZR 521/12, DB 2014, 868: Weiterbeschäftigung des Personals hat „nur eingeschränkte indizielle Bedeutung".

29 HWK-*Willemsen*, § 613a BGB Rz. 114.

30 EuGH 25.1.2001, Rs. C-172/99, NZA 2001, 249; ebenso LAG Hessen 19.2.2013, 13 Sa 1029/12, juris; vgl. auch BAG 10.5.2012, 8 AZR 434/11, NZA 2012, 1161: Im Rettungsdienst komme der Übernahme der Rettungsfahrzeuge entscheidende Bedeutung zu; die Übernahme des qualifizierten Rettungspersonals sei dagegen nicht ausschlaggebend.

31 EuGH 25.1.2001, Rs. C-172/99, NZA 2001, 249.

starkes positives Indiz für die Anwendbarkeit des § 613a BGB. Für eine Personalgestellung ist dann kein Raum mehr, da die Arbeitsverhältnisse der betroffenen Arbeitnehmer kraft Gesetzes auf den neuen Träger übergehen.

Wenn es an einer Übertragung der wesentlichen sächlichen Betriebsmittel fehlt, liegt regelmäßig kein Betriebsübergang vor. Eine Personalgestellung bleibt möglich. Die Übernahme von Personal im Wege der Personalgestellung wird dann nur untergeordnete Bedeutung haben und regelmäßig *nicht* geeignet sein, doch noch einen Betriebsübergang auszulösen.

4.1.2 Verlagerung betriebsmittelarmer Aufgaben

In Branchen, in denen es im Wesentlichen auf die menschliche Arbeitskraft ankommt, kann eine Gesamtheit von Arbeitnehmern, die durch eine gemeinsame Tätigkeit dauerhaft verbunden sind, eine wirtschaftliche Einheit darstellen, die ihre Identität über ihren Übergang hinaus bewahrt, wenn der Übernehmer nicht nur die betreffende Tätigkeit weiterführt, sondern auch einen *„nach Zahl und Sachkunde wesentlichen Teil des Personals"* übernimmt. In diesem Fall erwirbt der Übernehmer eine organisierte Gesamtheit von Faktoren, die ihm die Fortsetzung der Tätigkeiten des übertragenen Unternehmens auf Dauer erlaubt.[32] Auf diese Weise kann auch und insbesondere die Auftragsneuvergabe einen Betriebsübergang auslösen.[33] Der bloße Verlust eines Auftrags an einen Mitbewerber stellt zwar für sich genommen keinen Übergang im Sinne der Betriebsübergangsrichtlinie dar.[34] Wenn aber neben dem Auftrag noch eine wirtschaftliche Einheit vom bisherigen Auftragnehmer übernommen wird, die – bei betriebsmittelarmen Betrieben – auch nur aus der Belegschaft oder Teilen davon bestehen kann, ist der Anwendungsbereich des § 613a BGB eröffnet.[35]

Von einer betriebsmittelarmen Tätigkeit ist auszugehen, wenn das „eingearbeitete und eingespielte Team" die Betriebsorganisation und die eigentliche Wertschöpfungsquelle verkörpert, während sächliche Betriebsmittel nicht erforderlich oder bedeutungslos bzw. beliebig austauschbar sind.[36] Das BAG hat dies anerkannt für Reinigungs-, Bewachungs-, Arbeitsvermittlungs- und Unterrichtstätigkeiten und auch für Catering-Unternehmen, Call-Center, Privatschulen, reine Hol- und Bringdienste.[37] Das BAG hat einen Rettungsdienst nicht als betriebsmittelarm eingestuft, weil identitätsprägend primär die eingesetzten Rettungswagen sind.[38]

Um durch die bloße Personalübernahme einen Betriebsübergang auszulösen, muss ein gewisser Prozentsatz übernommener Arbeitnehmer in Relation zur Gesamtbelegschaft des Betriebsteils erreicht sein: Bei einfachen Tätigkeiten ohne besondere Qualifikationsanforderungen an das Personal genügt die Übernahme von ca. 60% des Personals[39] nicht, um auf einen Fortbestand der vom Vorgänger geschaffenen Arbeitsorganisation schließen zu können. Je qualifizierter die Tätigkeit ist, desto geringer liegt der Schwellenwert für die Personalübernahme. Es kann schon die Übernahme von 50% und weniger die Annahme eines Betriebsübergangs begründen.[40] Schließlich dürfen keine „wesentliche Änderungen in der Organisation, der Struktur oder im Konzept der betrieblichen Tätigkeit" eintreten.[41] Etwaige Schulungs- und Fortbildungsmaßnahmen für die übernommenen Arbeitnehmer sind allerdings noch kein Indiz für ein neuartiges Konzept.[42]

Für die Aufgabenverlagerung in betriebsmittelarmen Branchen ist damit folgendes Zwischenergebnis festzuhalten: Werden im Geltungsbereich von TVöD/TV-L Aufgaben (bspw. Arbeitsvermittlung) dauerhaft auf einen anderen öffentlich-rechtlichen oder privatrechtlich organisierten Träger verlagert, ist die Weiterbeschäftigung des bisherigen Personals ausschlaggebend für das Vorliegen eines Betriebsübergangs. Ohne Übernahme des Personals läge kein Betriebsübergang vor; der Weg für eine Personalgestellung wäre eigentlich frei. Jedoch kann gerade die Gestellung der Gesamtheit oder eines Teils des bisher eingesetzten Personals einen Betriebsübergang herbeiführen. Dieses Risiko ist sehr ernst zu nehmen, auch wenn es offenbar noch keine höchstrichterliche Rechtsprechung gibt, die die Auslösung eines Betriebsübergangs durch Personalgestellung bejaht hat.

4.2 Zwischenergebnis

Aus der Prüfung, ob die Aufgabenverlagerung zugleich einen Betriebsübergang darstellt oder einen solchen auslöst, ergeben sich drei Fallgruppen:

4.2.1 Fallgruppe 1

In *betriebsmittelgeprägten* Branchen werden bei dauerhafter (rechtsgeschäftlicher) Aufgabenverlagerung und Übergabe der wesentlichen sächlichen Betriebsmittel häufig die Voraussetzungen des § 613a BGB erfüllt sein. Die Frage der Personalgestellung stellt sich dann nicht mehr, weil die Arbeitsverhältnisse kraft Gesetzes auf den neuen Inhaber übergehen. Wenn in dieser Situation gleichwohl Personalgestellungsverträge abgeschlossen werden und die Arbeitnehmer nur im Hinblick auf eine Personalgestellung informiert werden, drohen die Komplikationen, die in der Entscheidung des BAG vom 20. März 2014 anschaulich zu Tage getreten sind: Ein Nichtarbeitgeber hat gekündigt; eine Klage ist gegen den falschen Beklagten erhoben worden. Die vermeintliche Personalgestellung muss finanziell rückabgewickelt werden. Ob und wann und wie viele Arbeitnehmer nach Aufdeckung des Betriebsübergangs ihr Widerspruchsrecht nach § 613a BGB ausüben (können), ist unkalkulierbar.

4.2.2 Fallgruppe 2

Wenn es in *betriebsmittelgeprägten* Branchen zu einer dauerhaften Aufgabenverlagerung kommt, ohne dass die wesentlichen sächlichen Betriebsmittel übertragen werden, liegt regelmäßig kein Betriebsübergang vor. Das bislang eingesetzte Personal kann dann ganz oder teilweise dem Dritten im Wege der Personalgestellung überlassen werden. Das Risiko, dass gerade durch die Personalgestellung doch ein Betriebsübergang ausgelöst wird, ist aus den genannten Gründen eher gering. Gleichwohl sollten die beteiligten Arbeitgeber das Risiko, dass später doch ein Betriebsübergang gerichtlich festgestellt wird, im Hinterkopf behalten und ggf. Vorkehrungen hierfür im Personalgestellungsvertrag treffen, insbesondere Modalitäten der Rückabwicklung, Risikoverteilung usw. regeln.

32 Vgl. EuGH 24.1.2002, Rs. C-51/00, NZA 2002, 265.

33 EuGH 20.1.2011, Rs. C-463/09, NZA 2011, 148; HWK-*Willemsen*, § 613a BGB Rz. 14; Staudinger-*Annuß*, BGB, § 613a Rz. 70.

34 BAG 10.5.2012, 8 AZR 434/11, ZTR 2012, 585.

35 BAG 23.5.2013, 8 AZR 234/12, DB 2013, 2336.

36 BAG 22.5.2014, 8 AZR 1069/12 für Arbeitsvermittlung.

37 Vgl. dazu mit allen Nachweisen HWK-*Willemsen*, § 613a BGB Rz. 125.

38 BAG 10.5.2012, 8 AZR 434/11, ZTR 2012, 585.

39 BAG 24.5.2005, 8 AZR 333/04, NZA 2006, 31; bzw. 75% des Personals, BAG 10.12.1998, 8 AZR 676/97, DB 1999, 539.

40 In der Fachliteratur wird zu Recht davor gewarnt, sich zu sehr auf diese Prozentsätze zu verlassen; die BAG- und EuGH-Rechtsprechung war und ist nicht einheitlich; die Gerichte können in jedem Einzelfall neue prozentuale oder absolute „Schwellenwerte" für maßgeblich erklären.

41 BAG 23.5.2013, 8 AZR 234/12, DB 2013, 2336.

42 BAG 25.6.2009, 8 AZR 258/08, NZA 2009, 1412.

4.2.3 Fallgruppe 3

Für *betriebsmittelarme* Branchen gilt, dass die dauerhafte (rechtsgeschäftliche) Aufgabenverlagerung nebst Weiterbeschäftigung des wesentlichen Teils des bisherigen Personals mit hoher Wahrscheinlichkeit einen Betriebsübergang darstellt. Liegt also zunächst nur eine Aufgabenverlagerung vor, kann gerade durch die Gestellung des bisherigen Personals ein Betriebsübergang ausgelöst werden.[43]

Dies bedeutet, dass bei der Gestellung sämtlicher in der wirtschaftlichen Einheit eingesetzten Arbeitnehmer diese – entgegen der Planungen und der Verträge – nicht unter Beibehaltung ihrer bisherigen Arbeitsverhältnisse tätig werden, sondern ihre Arbeitsverhältnisse kraft Gesetzes auf den Dritten übergehen. Wird nur ein Teil der bislang eingesetzten Arbeitnehmer dem Dritten gestellt und die Rechtsfolgen des § 613a BGB hierdurch ausgelöst, so könnten sich auch die von der Gestellung ausgenommenen Arbeitnehmer auf den Übergang ihrer Arbeitsverhältnisse berufen (wenn sie es denn überhaupt wollen). Es würde übrigens nicht nur die Rechtsfolge des § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB (Arbeitgeberwechsel), sondern auch die des § 613a Abs. 6 BGB (Widerspruchsrecht) eintreten. Falls die gestellten Arbeitnehmer von ihrem Widerspruchsrecht Gebrauch machen, tritt der Arbeitgeberwechsel nicht ein. Die Personalgestellung, die den Betriebsübergang ausgelöst hatte, lebt wieder auf.

4.3 Die weitere Planung

Für die weiteren Maßnahmen ist wiederum nach den drei Fallgruppen zu differenzieren.

4.3.1 Fallgruppe 1

Vorbehaltlich der Umstände und Interessenlage des Einzelfalls spricht viel dafür, dass alle Beteiligten von einem Betriebsübergang einschließlich Arbeitgeberwechsel ausgehen, dies von Beginn an offen kommunizieren und insbesondere die Arbeitnehmer ordnungsgemäß nach § 613a Abs. 5 BGB unterrichten. Böse Überraschungen im Nachhinein dürften damit in der Praxis weitgehend vermieden werden.

Die Unterrichtung nach § 613a Abs. 5 BGB wird nicht selten die Ausübung des Widerspruchsrechts nach sich ziehen. Folge ist, dass das jeweilige Arbeitsverhältnis beim Betriebsveräußerer verbleibt. Dies bedeutet allerdings nur, dass der *rechtliche* Übergang des einzelnen Arbeitsverhältnisses gescheitert ist. Das mit der Aufgabenverlagerung angestrebte Gesamtziel kann noch erreicht werden. In dieser Situation kommt die Personalgestellung (doch noch) ins Spiel. Es spricht nämlich nichts dagegen, den widersprechenden Arbeitnehmer im Wege der Personalgestellung bei dem neuen Betriebsinhaber einzusetzen.[44] Da im Vorfeld der Personalgestellung kein Widerspruchsrecht vorgesehen ist, kann diese auch gegen den Willen des Arbeitnehmers, der die Weiterbeschäftigung auf einem anderen vom Aufgabenübergang nicht betroffenen Arbeitsplatz vorgezogen hätte, durchgesetzt werden Der faktische Einsatz beim neuen Betriebsinhaber kann also im Anwendungsbereich von TVöD/TV-L über den Umweg der Personalgestellung realisiert werden. Dieses Ergebnis steht nicht in Widerspruch zum Recht auf einen frei gewählten Arbeitgeber, trägt diesem vielmehr im Vergleich zum Übergang des Arbeitsverhältnisses auf den Betriebserwerber gerade Rechnung.

Naturgemäß ist nicht auszuschließen, dass ein Arbeitnehmer zunächst den Betriebsübergang hinnimmt, also nicht widerspricht und erst wesentlich später geltend macht, die tatsächlichen Voraussetzungen des Betriebsübergangs hätten nicht vorgelegen. Dies dürfte in der Praxis allerdings selten vorkommen.

4.3.2 Fallgruppe 2

Für die Fallgruppe 2 kann – vorbehaltlich der Umstände des Einzelfalls – relativ gefahrlos eine Personalgestellung umgesetzt werden. Das Risiko eines Betriebsübergangs kann vorsorglich in den Personalgestellungsvertrag aufgenommen werden. Je geringer das Betriebsübergangsrisiko eingeschätzt wird, desto mehr spricht dafür, von einer Unterrichtung nach § 613a Abs. 5 BGB abzusehen.

Alternativ und je nach Interessenlage im Einzelfall kann auch in der Fallgruppe 2 vorsorglich mit dem Vorliegen eines Betriebsübergangs geplant werden. Folge wäre eine Unterrichtung der Arbeitnehmer nach § 613a Abs. 5 BGB. Im Zweifel werden die Arbeitnehmer dem Übergang ihrer Arbeitsverhältnisse widersprechen, da sie auch zukünftig bei einem solventen öffentlichen Arbeitgeber beschäftigt bleiben zu wollen. Nach Ausübung des Widerspruchsrechts könnten die Arbeitnehmer dann im Wege der Personalgestellung bei dem Dritten eingesetzt werden.

4.3.3 Fallgruppe 3

Wegen der Wechselwirkungen zwischen Personalgestellung, Betriebsübergang und Widerspruch fällt bei der Fallgruppe 3 eine generelle Handlungsempfehlung besonders schwer. Sollen die beteiligten Arbeitgeber vorrangig mit einer Personalgestellung planen, obwohl diese unweigerlich den Betriebsübergang auslöst und die Gestellung überlagert? Oder soll direkt mit einem Betriebsübergang geplant werden, obwohl dessen Voraussetzungen erst dadurch eintreten, dass zunächst eine Gestellung stattfindet? Die Antwort muss wohl lauten, dass eine Vereinbarung getroffen wird, die sowohl die Personalgestellung als auch den Umgang mit dem zu erwartenden Betriebsübergang bzw. mit den zu erwartenden Widersprüchen regelt. Eine solche Vereinbarung mag kompliziert erscheinen, hilft aber den beteiligten Arbeitgebern, die Folgen der Aufgabenverlagerung abzuschätzen und möglichen Streit zu vermeiden.

43 Vgl. *Preis/Greiner*, ZTR 2006, 290, 294. Wie die Rechtsprechung entscheiden wird, bleibt abzuwarten.

44 *Preis/Greiner*, ZTR 2006, 290, 294; *Breier/Dassau*, TVöD, § 4 Rz. 93; *Groeger/Laber*, ArbR im öffentlichen Dienst, Teil 3 D Rz. 49. Ob den widersprechenden Arbeitnehmern alternativ auch betriebsbedingt gekündigt werden kann, ist umstritten. Teilweise wird vertreten, dass die Personalgestellung als milderes Mittel angeboten werden muss, vgl. dazu BAG 27.6.2002, ZTR 2003, 140; BAG 6.10.2005, 2 AZR 362/04, ZTR 2006, 437; LAG Hamm 18.11.2010, 8 Sa 483/10, ZTR 2011, 300; *Ruge/v. Tiling*, ZTR 2012, 263; GKÖD IV/*Fieberg* E § 4 Rz. 66a, 67.