



Einheitlicher Betrieb Tourismus & CCS

Steuerliche und rechtliche Rahmenbedingungen

Schwäbisch Gmünd, 19. Mai 2021

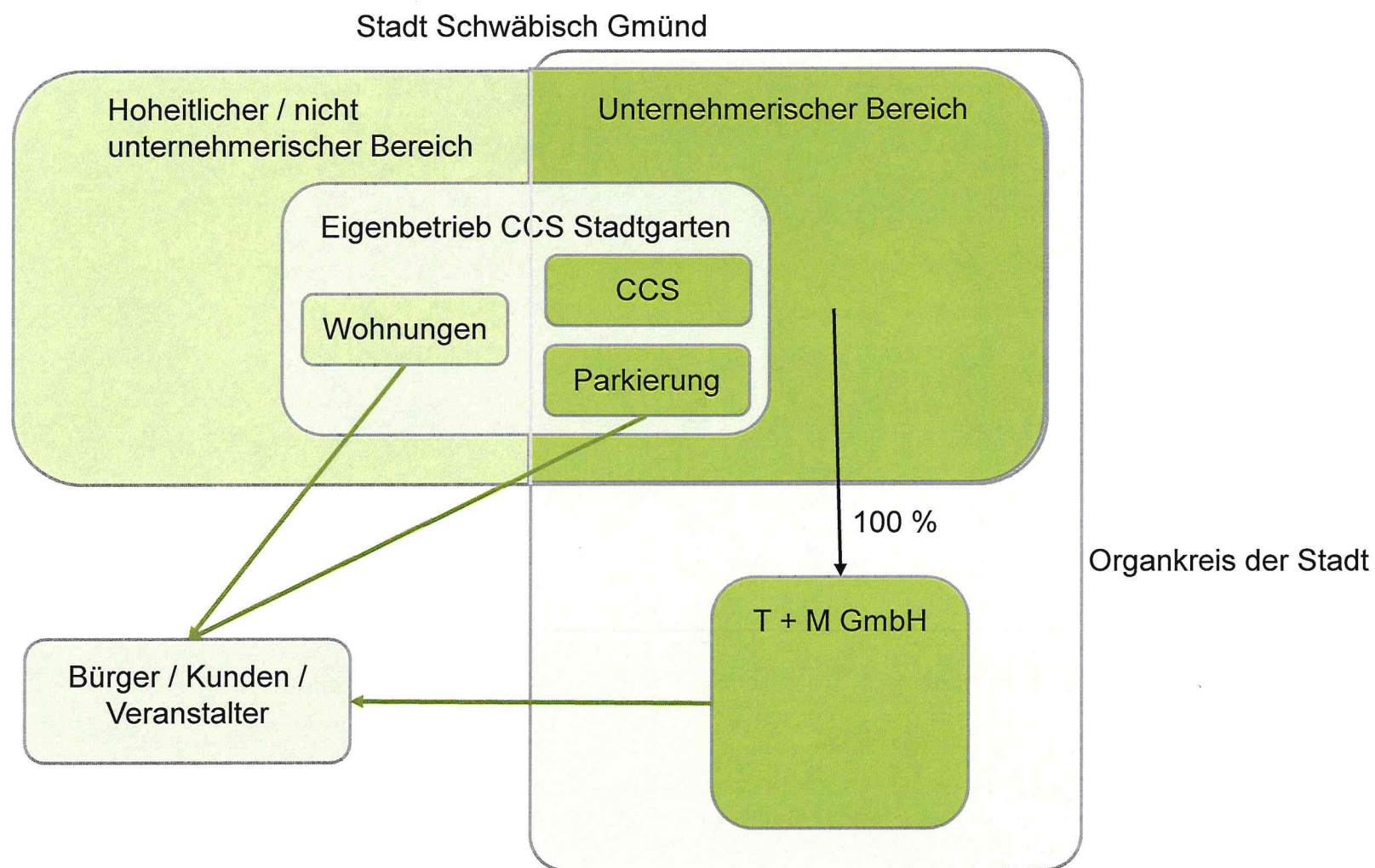
Inhalt

Ausgangslage	3
Zielsetzung	7
Prüfung des Modells	9

Ausgangslage

Ausgangslage

Übersicht



Ausgangslage

Eigenbetrieb Stadtgarten

► Zweck des Eigenbetriebs

- Betrieb der Einrichtung „Stadtgarten“ mit Stadthalle
- Organisation und Durchführung von Veranstaltungen kultureller, gesellschaftlicher und sonstiger Art

► Wirtschaftliche und steuerliche Kennzahlen

- Jahresverlust von 2,25 Mio. EUR (2019)
 - Ausgleich des Verlusts in Höhe v. 1,7 Mio. EUR durch Haushaltsmittel
- Bilanzsumme: 15,0 Mio. EUR
- Fremdkapital: 10,2 Mio. EUR, davon 2,7 Mio. EUR Verbindlichkeiten ggü. der Stadt
- Buchwert der Sachanlagen: 14,1 Mio. EUR
 - Davon Gebäude und Grds.: 12,8 Mio. EUR
- Aufteilung der Veranstaltungen:
 - 49 % Kongresse, Tagungen, Seminare, Ausstellungen, Messen
 - 16 % Kulturveranstaltungen
 - 35 % Gesellschaften und sonstige Veranstaltungen
- Steuerliches Einlagekonto: 26,8 Mio. EUR
- Steuerlicher Verlustvortrag: 69 Mio. EUR

Ausgangslage

Tourismus + Marketing GmbH

- ▶ Zweck der Gesellschaft
 - Ganzheitliches Marketing der Stadt sowie die touristische Vermarktung
 - Organisation und Durchführung von Veranstaltungen
- ▶ Wirtschaftliche und steuerliche Kennzahlen
 - Jahresverlust von 255 TEUR (2019)
 - In der Vergangenheit Zuschüsse der Stadt (in 2018 490 TEUR)
 - Bilanzsumme: 1,45 Mio. EUR
 - Buchwert der Sachanlagen: 164 TEUR
- ▶ Umsatzsteuerliche Organschaft
 - Organisatorische Eingliederung erfolgt über leitenden Angestellten der Stadt als alleiniger Geschäftsführer der T + M
 - T + M ist im Organkreis der eingegliedert
 - Etwaige Zuschüsse der Stadt sind unabhängig von der Frage des Leistungsaustauschs als nicht steuerbarer Innenumsatz zu werten

Zielsetzung

Zielsetzung

Zusammenfassung der Tätigkeiten der T + M und des EB Stadtgarten

- ▶ Die Stadt beabsichtigt, die Tätigkeiten zusammenfassen.
 - Präferiert wird von der Stadtverwaltung ein Modell, bei dem folgende Kriterien eingehalten werden
 - Organisatorische Zusammenfassung des Betriebs auf Ebene der T + M GmbH
 - Infrastruktur verbleibt im Eigenbetrieb und wird an die T + M GmbH verpachtet
 - Personal geht auf T + M GmbH über und steht in der Verfügungsgewalt der Geschäftsführung der T + M GmbH

Prüfauftrag

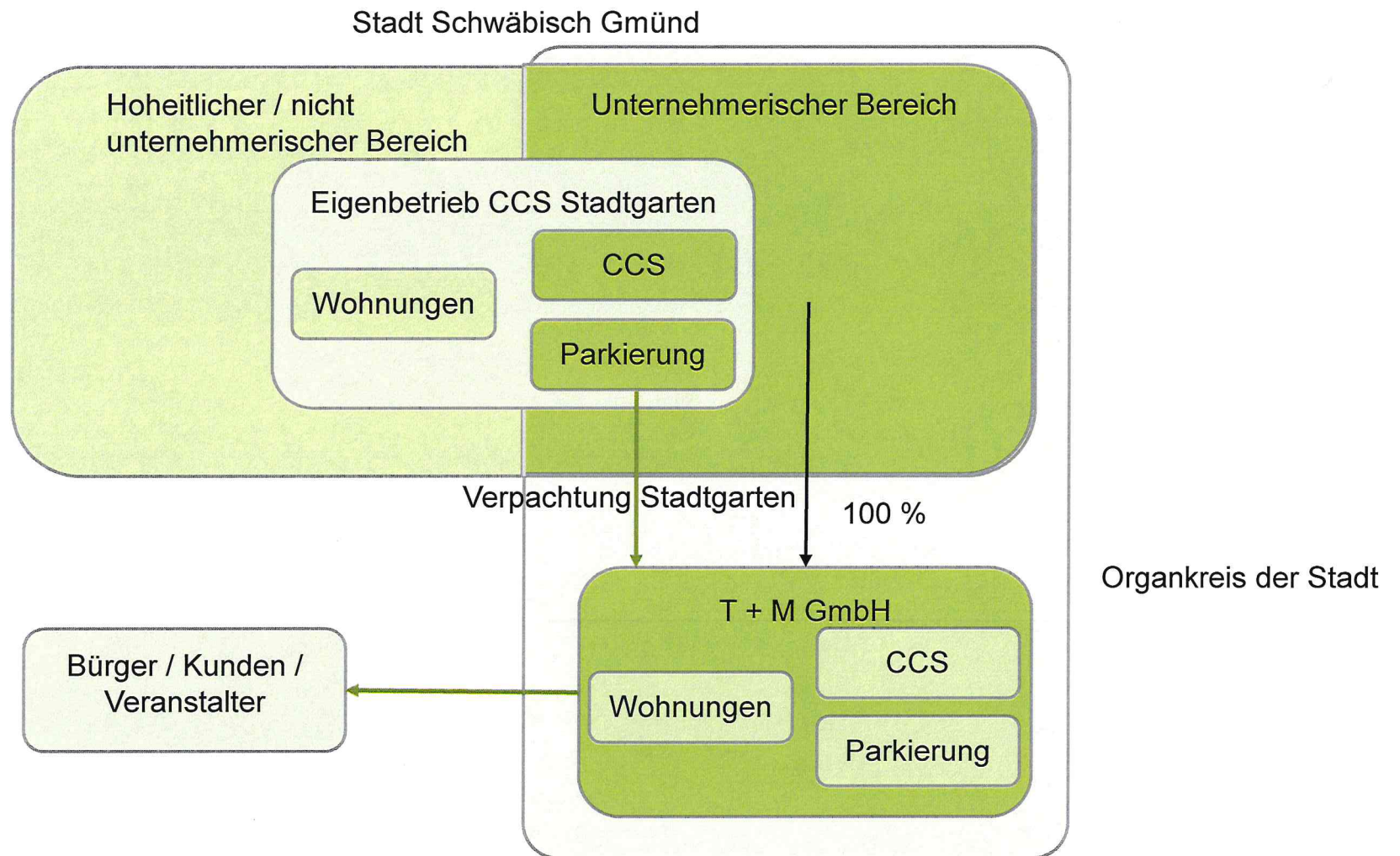
- ▶ Prüfung der steuerlichen und rechtlichen, vor allen Dingen arbeitsrechtlichen Fallstricke

Prüfung des Modells

Steuerliche und rechtliche Prüfung

Prüfung des Modells *(Modell 2)*

Zielmodell



Prüfung des Modells - Steuerliche Aspekte

Ertragsteuer – Ebene Eigenbetrieb

- ▶ Vorliegen eines BgA
 - Eigenbetrieb beendet seine Tätigkeit als Betreiber des CCS und verpachtet das CCS an T + M
 - Entgeltliche Verpachtung eines Betriebs begründet Verpachtungs-BgA nach § 4 Abs. 4 KStG (BgA jPöR)
 - Verpachtung aller wesentlichen Betriebsgrundlagen eines BgA
 - Bestehender BgA geht in Verpachtungs-BgA über
 - Keine Betriebsaufgabe, sondern Fortführung des bestehenden BgA (kein Untergang der Verlustvträge bzw. des steuerlichen Einlagekontos)
- ▶ Ergebnis des Verpachtungs-BgA
 - Werden alle Kosten des CCS (Abschreibungen/Zinsen) als Pacht weiterberechnet, ergibt sich ausgeglichenes Ergebnis
 - Werden die Kosten nur anteilig in Rechnung gestellt, so ergibt sich auf Ebene des BgA ein Dauerverlustgeschäft
 - Verpachtungstätigkeiten begründen nach Auffassung des BFH kein begünstigtes Dauerverlustgeschäft
 - Handelsrechtlichen Verluste des Verpachtungs-BgA führen zu der Annahme einer vGA
 - Kapitalertragsteuer fällt nicht an, wenn der BgA bescheinigt, dass hinsichtlich der vGA das steuerliche Einlagekonto verwendet wird (Ausschüttung umfasst nur zuvor getätigte Einlagen)
(268 Mio. €)

Notwendigkeit der Bescheinigung der Verwendung des steuerlichen Einlagekontos

Prüfung des Modells - Steuerliche Aspekte

Ertragsteuer – Ebene Eigenbetrieb

► Problematik Einnahmenerzielungsabsicht

- Voraussetzung der Annahme eines BgA ist, dass dieser über die Absicht zur Einnahmenerzielung verfügt
- Einnahmenerzielungsabsicht bei Zuschüssen
 - Ansicht der Finanzverwaltung
 - Saldierung von Pacht und Zuschuss bei rechtlich und tatsächlicher Verknüpfung (R 4.3 KStR)
 - Übersteigt der Zuschuss die Pacht, so ist eine Einnahmenerzielung und damit ein BgA zu verneinen
 - Ansicht Rechtsprechung (BFH v. 10.12.2019, I R 58/17, Veröffentlichung Januar 2021)
 - Entgeltlichkeit in diesem Sinne liegt nicht vor, wenn bei wirtschaftlicher Betrachtung nicht der Pächter, sondern der Verpächter die wirtschaftliche Last des vereinbarten Pachtzinses zu tragen hat.
 - Derzeitiger Status Quo
 - Urteil ist noch nicht in Bundessteuerblättern veröffentlicht und damit noch nicht bindend
 - BMF und kommunale Spitzenverbänden diskutieren über die konkrete Anwendung
 - Diskussionspunkte sind die konkreten Anwendungsfälle, Hilfen bei Betriebsaufgaben und ein Übergangszeitraum

Prüfung des Modells - Steuerliche Aspekte

Ertragsteuer – Ebene Eigenbetrieb

- ▶ Problematik Einnahmenerzielungsabsicht im konkreten Modell
 - T + M erwirtschaftet einen operativen Verlust
 - Verlust wird derzeit im Rahmen einer Geschäftsbesorgung im Rahmen eines Leistungsaustauschs ausgeglichen
 - Geschäftsbesorgung wird aufgrund der Organschaft als nicht steuerbarer Innenumsatz gewertet
 - Zukünftige operative Verlust wird durch Übernahme der Geschäftstätigkeit des CCS größer
 - Denkbar, dass ein Teil des Verlusts über eine Einlage der Stadt ausgeglichen wird
- ▶ Frage, ob Verlustausgleich als Zuschuss gewertet wird, der rechtlich und tatsächlich mit der Pacht verknüpft ist
 - Verlustausgleich wird als Entgelt für eine Leistung (Geschäftsbesorgung)
 - Eine Saldierung scheidet aus, allerdings sieht die Finanzverwaltung in der Pacht eine Leistungsbeistellung
 - (wohl) befürwortend BFH v. 15.12.2016, ablehnend FG BW v. 21.12.2016 und BFH v. 18.07.2017
 - Verlustausgleich wird als Gesellschafterbeitrag gewertet, der einem Zuschuss nicht gleichgesetzt wird
 - Eine Saldierung scheidet aus
 - Argumentation der OFD Karlsruhe in einem ähnlich gelagerten Fall
 - Verlustausgleich wird einem Zuschuss gleichgestellt
 - Saldierung ist vorzunehmen, womit eine Einnahmenerzielungsabsicht und die Annahme eines BgA ausscheidet

Prüfung des Modells - Steuerliche Aspekte

Ertragsteuer – Ebene Eigenbetrieb

- ▶ Folgen der Verneinung einer Einnahmenerzielungsabsicht
 - Verpachtung begründet kein BgA
 - Bestehender BgA wird mit Beginn der Verpachtung aufgegeben
 - Aufdeckung der stillen Reserven (insbesondere Gebäude und Grundstück)
 - Übertragung (Ausschüttung) aller Wirtschaftsgüter des BgA an den Hoheitsbereich zum Verkehrswert
- ▶ Folgen im Einzelnen
 - Mehrgewinn durch stille Reserven ist mit operativem Verlust unbegrenzt und mit bestehenden Verlustvortrag (bis zu 1 Mio. EUR unbegrenzt) zu verrechnen
 - Ertragsteuerbelastung ist erst ab einem Mehrgewinn durch stille Reserven iHv ca. 3,25 Mio. EUR zu erwarten
 - Mögliche Kapitalertragsteuer bei Ausschüttung
 - Kapitalertragsteuer entsteht, wenn der Verkehrswert aller Wirtschaftsgüter den Wert des steuerlichen Einlagekontos übersteigt
 - Differenz zwischen Einlagekonto und Bilanzwert beträgt derzeit ca. 11,8 Mio. EUR
 - Kapitalertragsteuerbelastung ergäbe sich bei stillen Reserven von mehr als 11,8 Mio. EUR

Voraussichtlich wird die Betriebsaufgabe zu keiner steuerlichen Mehrbelastung führen

Prüfung des Modells – Steuerliche Aspekte

Ertragsteuer – Ebene T + M

- ▶ Betrieb des CCS Stadtgartens
- ▶ Betrieb des Stadtgarten und Organisation der Veranstaltungen stellen dauerdefizitäre Tätigkeiten dar
 - Dauerverlust ist abhängig von der Höhe der Pacht für Stadtgarten
 - Kostendeckende Pacht verlagert die operativen Verluste des Stadtgartens auf T + M (Erhöhung des Zuschusses)
 - Geringe Pacht verlagert den Aufwand in Form der Abschreibungen auf Eigenbetrieb
 - Nur Eigenveranstaltungen der T + M aus kulturpolitischen Gründen ist als begünstigte Dauerverlustgeschäft zu sehen
 - Vermietung von Hallen und Sälen für kulturpolitische Veranstaltungen ist dagegen nicht begünstigt (BFH v. 9.11.16)
- ▶ Folge des nicht begünstigten Dauerverlustgeschäfts
 - Verlust aus diesen Tätigkeiten wird als verdeckte Gewinnausschüttung wieder hinzugerechnet
 - Keine steuerliche Belastung, da maximal ein ausgeglichenes Ergebnis im diesem Bereich erreicht wird
 - Risiko, wenn T + M in anderen Bereichen positive Ergebnisse erwirtschaftet
 - Keine Verrechnung bzw. kein Querverbund mit der Sparte Kulturveranstaltung
 - Ausschüttung in Höhe des Verlusts an Stadt
 - Ausschüttung erfolgt aus steuerlichen Einlagekonto und unterliegt als Einlagenrückgewähr nicht der KapESt

Notwendigkeit der Bescheinigung der Verwendung des steuerlichen Einlagekontos

Prüfung des Modells – Steuerliche Aspekte

Umsatzsteuer – laufende Besteuerung

- ▶ Ebene T + M
 - Übernahme der Leistungen des BgA CCS Stadtgarten durch T + M
 - Keine unterschiedliche Behandlung zu BgA CCS Stadtgarten
 - Zusätzlich werden alle vermögensverwaltenden Leistungen des Eigenbetriebs CCS Stadtgarten, die nicht Teil des BgA waren, ebenfalls steuerbar (ggbf. steuerpflichtig).

Prüfung des Modells – Steuerliche Aspekte

Umsatzsteuer – laufende Besteuerung

- ▶ Ebene Eigenbetrieb/Stadt
 - Alte Rechtslage (BgA als Voraussetzung für Unternehmereigenschaft)
 - Verpachtungs-BgA wird bejaht
 - Pacht stellt nicht steuerbaren Innenumsatz
 - Verpachtungs-BgA wird mangels Einnahmenerzielungsabsicht verneint
 - Stadtgarten wäre nicht Teil eines ertragsteuerlichen Betriebsvermögens
 - Umsatzsteuerliche Zuordnung ist aber von der Verwendungsabsicht abhängig
 - Verwendungsabsicht des Stadtgartens umfasst unternehmerische/steuerpflichtige Nutzung durch T + M
 - Unternehmerische Nutzung im Organkreis ist ausreichend
 - Unentgeltliche Überlassung innerhalb des Organkreises sind nicht schädlich
 - Stadtgarten bleibt daher im unternehmerischen Bereich der Stadt
 - Keine Berichtigung von Vorsteuerabzug, Fortgeltung des bisherigen Vorsteuerabzugs
 - Neue Rechtslage
 - Vorliegen eines BgA ist nicht erforderlich
 - Verwendungsabsicht ist für unternehmerische Zuordnung entscheidend (Folgen, s.o.)

Die Organschaft bewirkt, dass die Ausgangsleistungen im Zusammenhang mit dem Betrieb des CCS weiterhin durch die Stadt erfolgen. Daher ergeben sich keine Änderungen zum Status Quo, sofern die Organschaft fortbesteht.

Prüfung des Modells – Steuerliche Aspekte

Die ertragsteuerlichen Folgen können bei Kenntnis dieser Folgen verhindert werden.

Umsatzsteuerlich ist von wesentlicher Bedeutung, dass die umsatzsteuerliche Organschaft fortbesteht.

Zur Rechtssicherheit wird dringend empfohlen, die von uns getätigten Aussagen durch eine verbindliche Auskunft im Vorfeld von der Finanzverwaltung bestätigen zu lassen.

Prüfung des Modells – Rechtliche Aspekte

Gesellschaftsrecht/Kommunalrecht

- ▶ Modellumsetzung erfolgt im Wesentlichen durch Abschluss eines Pachtvertrags
 - Kein Umwandlungsvorgang
- ▶ Notwendigkeit der Änderung des Gesellschaftsvertrags und der Eigenbetriebssatzung
 - Änderung des Gesellschaftszwecks und des Betriebszwecks
- ▶ Kein Umwandlungsvorgang
 - Keine Gesamtrechtsnachfolge für etwaige Verträge des Eigenbetriebs
 - Eigenbetrieb bleibt als Eigentümer des Stadtgartens weiterhin bestehen
- ▶ Kommunalrechtliche Vorgaben der Privatisierung des Betriebs des CCS
 - Vorgaben sind bereits im bestehenden Gesellschaftsvertrag der T + M berücksichtigt

Prüfung des Modells - Rechtliche Aspekte

Beihilferecht

- ▶ Keine Änderung der beihilferechtlichen Ausgangslage durch Zusammenfassung
 - Verlustausgleichszahlungen von Haushalt an Eigenbetrieb beihilferechtlich relevant
 - Eigenbetrieb stellt beihilferechtliches Unternehmen dar
 - Kein Hinweis in Jahresabschlussprüfungsbericht (IDW PS 700)
- ▶ Prüfung, ob Verlustausgleich als staatliche Beihilfe nach Art. 107 Abs. 1 AEUV gilt
 - Selektive Begünstigung
 - Verlustausgleichszahlungen werden nur T + M gewährt
 - Staatliche Mittel und drohende Wettbewerbsverfälschung
 - Unstrittig gegeben
 - Beeinträchtigung des innergemeinschaftlichen Handelns
 - Kommission lehnt dies bei lokalen Vorhaben (Abdeckung des lokalen Bedarfs/keine Auswirkung auf grenzüberschreitenden Investitionen)
 - CC in Ingolstadt ist als lokales Vorhaben einzustufen
 - CC in Hamburg nur, soweit CCS kulturelle Veranstaltungen durchführt
 - Alternativ Prüfung des Vorliegens einer DAWI
 - Beihilfen auf Grundlage eines Betrauungsakts einer DAWI gilt als zulässig
 - Wirtschaftsförderung stellt nach Ansicht der Kommission keine DAWI dar (strittig)

Prüfung des Modells – Rechtliche Aspekte

Vergaberecht

- ▶ T + M ist öffentlicher Auftraggeber nach § 99 Nr. 2 GWB
(Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen)
 - Europaweite Ausschreibungspflicht bei Aufträgen oberhalb der Schwellenwerte
 - Dienstleistungen, Lieferungen und Bauleistungen
- ▶ Leistungen der Stadt an T + M und/oder der T + M an die Stadt unterliegen grds. dem Vergaberecht
 - Ausnahme Inhouse-Vergabe nach § 108 Abs. 1 GWB (Ausnahmen)
 - Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle (100 % Anteile und Weisungsrechte der Stadt)
 - Keine private Beteiligung
 - 80% der Umsätze aus von der Stadt betrauten Bereichen
 - Umsätze gegenüber Dritten, wenn diese aufgrund einer Betrauung bzw. Konzession erbracht werden
 - Umsätze aufgrund einer Beauftragung der Stadt
- ▶ Nationales Vergaberecht
 - § 31 GemHVO gilt nicht unmittelbar für GmbH (Vergabe von Aufträgen)
 - § 106b GemO
 - Kommune muss Einfluss geltend machen, um Vergabegrundsätze der Kommune auch für Eigengesellschaften anzuwenden
 - Ausnahme nur für Gesellschaften, die keine Auftraggebereigenschaft nach § 99 Nr. 2 GWB erfüllen sowie Unternehmen, die am entwickelten Wettbewerb teilnehmen und keine Zuschüsse erhalten

Prüfung des Modells – Arbeitsrechtliche Aspekte

Voraussetzungen des Betriebsübergangs im Sinne des § 613a BGB

(Kette & Pflichten bei Betriebsübergang)

► Übergang eines Betriebs oder Betriebsteils

- Betrieb = wirtschaftliche Einheit, bestehend aus sächlichen und immateriellen Betriebsmitteln
 - es kommt auf die Gesamtbewertung an
 - sächliche (z.B. Gebäude, Einrichtung u. Mobiliar) und immaterielle (z.B. Kundenbeziehungen, Know-How) Betriebsmittel
 - hier: Verpachtung des Eigenbetriebs „Stadtgarten“ mit allen Immobilien (Wohnungen, Stadthalle), Einrichtungen, bestehenden Kundenbeziehungen
 - „Stadtgarten“ als Eigenbetrieb ist wirtschaftliche Einheit und damit Betrieb iSd. § 613a BGB

► Übergang auf einen anderen Inhaber

- Betriebsinhaberwechsel = Wechsel der Rechtspersönlichkeit des Betriebsinhabers
 - erfasst ist auch Übergang zwischen Gesellschaften desselben Konzerns
 - daher auch Übergang von Eigenbetrieb der Stadt auf GmbH, deren alleinige Gesellschafterin die Stadt ist
 - T + M GmbH als Pächter wird neuer Betriebsinhaber, wenn sie den Betrieb „Stadtgarten“ im eigenen Namen führt
 - tatsächliche Fortführung des Betriebs durch neuen Inhaber erforderlich

► Rechtsgeschäftlicher Übergang

- Rechtsgeschäft = vertragliche oder sonstige rechtsgeschäftliche Beziehung (z.B. Kauf, Miete, Pacht)

Prüfung des Modells – Arbeitsrechtliche Aspekte

Rechtsfolgen des Betriebsübergangs im Sinne des § 613a BGB

► Übergang der Arbeitsverhältnisse

- **Arbeitgeberwechsel**

- Arbeitsverhältnis zum Eigenbetrieb (Stadt) erlischt im Zeitpunkt des Übergangs
- T + M GmbH tritt in alle Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis im Zeitpunkt des Übergangs ein
- T + M GmbH wird Schuldner aller Verbindlichkeiten aus dem Arbeitsverhältnis, auch, soweit sie vor dem Übergang entstanden sind (z.B. Löhne, sonstige Leistungen wie Gratifikationen, Dienstwagen etc., erdiente Versorgungsanswartschaften, Versorgungslasten, Ansprüche aufgrund betrieblicher Übung)
- Dauer der Betriebszugehörigkeit beim Eigenbetrieb (Stadt) bleibt dem Arbeitnehmer bei der T + M GmbH erhalten
- grundsätzlich gelten Regelungen von Tarifverträgen und Dienstvereinbarungen, die für die Mitarbeiter des Eigenbetriebs gelten, bei der T + M GmbH arbeitsvertraglich weiter, auch, wenn sie selbst nicht tarifgebunden ist oder keine Dienst- bzw. Betriebsvereinbarungen hat (zu den Besonderheiten bei der Fortgeltung von Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen s. separate Folie)

- **Erfasste Arbeitsverhältnisse**

- alle Arbeitnehmer der Stadt, die dem Eigenbetrieb „Stadtgarten“ zuzuordnen sind
- auch Auszubildende, in Elternzeit, Pflegezeit, einem Sabbatical oder in Freistellungsphase der Altersteilzeit befindliche Arbeitnehmer sowie Arbeitnehmer, die der Stadt zugeordnet sind, aber für den Eigenbetrieb überwiegend tätig sind
- **nicht: Beamtenverhältnisse**, selbständige Dienstverhältnisse

Prüfung des Modells – Arbeitsrechtliche Aspekte

Rechtsfolgen des Betriebsübergangs im Sinne des § 613a BGB

Rechte & Pflichten bei Betriebsübergang

► Übergang der Arbeitsverhältnisse

- **Zuordnung der Arbeitnehmer**

- wichtig ist, dass bereits vor dem Übergang des Betriebs „Stadtgarten“ klar zugeordnet wird, welche (städtischen) Arbeitnehmer für den Eigenbetrieb arbeiten, da (nur) diese auf die T + M GmbH übergehen (maßgeblich für den Übergang ist die Zuordnung im Zeitpunkt des Übergangs)
- geprüft werden sollte, ob Mitarbeiter für den Eigenbetrieb tätig sind, die bei der Stadt bleiben und nicht mit auf die T + M GmbH übergehen sollen; sie sollten gegebenenfalls innerhalb der Stadtverwaltung versetzt werden; gleiches gilt auch für Mitarbeiter, die nicht für den Eigenbetrieb tätig sind, aber auf die T + M GmbH übergehen sollen
- da für **Beamte** die Regelungen des Betriebsübergangs nicht gelten, bleiben sie bei ihrem aktuellen Dienstherrn; daher sollte im Vorfeld geklärt werden, ob und welche Beamte davon betroffen sind, um insoweit Klarheit zu haben.

- **Unabdingbarkeit**

- § 613a BGB enthält zwingendes Recht
- es können weder durch eine Vereinbarung zwischen dem Eigenbetrieb „Stadtgarten“ und der T + M GmbH noch durch eine Abrede zwischen dem Eigenbetrieb „Stadtgarten“ und ihren Mitarbeitern die Folgen des § 613 a BGB ausgeschlossen werden

Prüfung des Modells – Arbeitsrechtliche Aspekte

Rechtsfolgen des Betriebsübergangs im Sinne des § 613a BGB

► Unterrichtung und Widerspruchsrecht der Arbeitnehmer

- **Unterrichtung der Arbeitnehmer**

- notwendiger Inhalt der Unterrichtung: § 613a Abs. 5 Nr. 1 – 4 BGB
- Informationsschreiben an alle vom Übergang betroffenen Arbeitnehmer vor dem Übergang über Zeitpunkt/geplanten Zeitpunkt des Übergangs, Grund für den Übergang, rechtliche, wirtschaftliche und soziale Folgen des Übergangs, geplante Maßnahmen mit Blick auf die Arbeitnehmer
- **Achtung:** Infoschreiben muss sehr sorgfältig abgefasst werden, da sonst die Widerspruchsfrist (s.u.) nicht wirksam läuft und die Arbeitnehmer auch noch später (ggf. auch noch nach Jahren) dem Übergang ihres Arbeitsverhältnisses widersprechen können

- **Widerspruchsrecht der Arbeitnehmer**

- Rechtsgrundlage: § 613a Abs. 6 BGB
- der Widerspruch muss grundsätzlich schriftlich erfolgen
- grundsätzlich gilt eine Widerspruchsfrist von 1 Monat ab **Zugang** des Unterrichtungsschreibens (nicht ab Zeitpunkt des Betriebsübergangs), so dass bereits vor dem Übergang die Widerspruchsfrist ausgelöst werden kann
- **Achtung:** nur eine **formgerechte Information** setzt den Lauf der Widerspruchsfrist in Gang (s.o.)

Prüfung des Modells – Arbeitsrechtliche Aspekte

Rechtsfolgen des Betriebsübergangs im Sinne des § 613a BGB

► Unterrichtung und Widerspruchsrecht der Arbeitnehmer

• *Rechtsfolgen des Widerspruchs*

- das Arbeitsverhältnis bleibt zum bisherigen Arbeitgeber (= Stadt) bestehen
- Problem: der (bisherige) Arbeitsplatz des widersprechenden Arbeitnehmers ist nicht mehr bei der Stadt (Eigenbetrieb), sondern nach dem Betriebsübergang bei der T + M GmbH
- Grundsätzlich hat der bisherige Arbeitgeber (Stadt) den widersprechenden Arbeitnehmer bei sich weiter zu beschäftigen
- Ist bei dem bisherigen Arbeitgeber kein anderer Arbeitsplatz frei, liegen grundsätzlich die Voraussetzungen für eine betriebsbedingte Kündigung vor. Fraglich ist dann, ob diese zwangsläufig (nur) den widersprechenden Arbeitnehmer treffen kann oder ob eine **Sozialauswahl** unter Einbeziehung anderer Mitarbeiter stattfinden muss.
- Eine Sozialauswahl scheidet aus, wenn der gesamte Betrieb übertragen wurde. Das gilt auch dann, wenn der ehemalige Betriebsinhaber (Stadt) noch über andere Betriebe verfügt, da die Sozialauswahl betriebsbezogen ist.
- Entscheidend ist mithin, ob der gesamte Eigenbetrieb „Stadtgarten“ übertragen wird oder nur Teile (dies ist genau zu prüfen); wird er komplett übertragen, wäre im Falle eines Widerspruchs keine Sozialauswahl zu treffen, bei teilweiser Übertragung wäre eine Sozialauswahl zwischen dem bzw. den widersprechenden Arbeitnehmern untereinander und weiteren Arbeitnehmern des Eigenbetriebs „Stadtgarten“ zu treffen
- Hier bedarf es einer sorgfältigen Abgrenzung

Prüfung des Modells – Arbeitsrechtliche Aspekte

Rechtsfolgen des Betriebsübergangs im Sinne des § 613a BGB

► Unterrichtung und Widerspruchsrecht der Arbeitnehmer

- **Exkurs: Personalgestaltung/Konzernleihe nach Widerspruch**

- Falls keine Kündigung des widersprechenden Arbeitnehmers ausgesprochen werden soll oder kann, besteht grundsätzlich die Möglichkeit der Personalgestaltung oder der sog. Konzernleihe
- In diesen Fällen bleibt der Arbeitnehmer bei seinem bisherigen Arbeitgeber (Stadt), wird aber an die T + M GmbH zur Erbringung der Arbeitsleistung dort überlassen (die Lohnzahlung einschließlich Steuern und Sozialversicherungsabgaben erfolgt in diesen Fällen weiterhin durch die Stadt, die T + M GmbH zahlt der Stadt zum Ausgleich einen Betrag, der in der Regel über dem Lohn liegt und eine Servicepauschale für die Überlassung mit umfasst)
- Grundsätzlich gelten für eine Arbeitnehmerüberlassung die Regelungen des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG), wonach grundsätzlich der Überlassende (Stadt) eine Erlaubnis der zuständigen Agentur für Arbeit bedarf und die Dauer der Überlassung eines Arbeitnehmers 18 Monate nicht übersteigen darf
- Die Regelungen des AÜG sind nicht anwendbar bei einer Arbeitnehmerüberlassung zwischen Konzernunternehmen (§ 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG, sog. Konzernleihe) und bei Arbeitnehmerüberlassung zwischen Arbeitgebern, wenn Aufgaben eines Arbeitnehmers von dem bisherigen zu dem anderen Arbeitnehmer verlagert werden (§ 1 Abs. 3 Nr. 2b AÜG, sog. Personalgestaltung).

Prüfung des Modells – Arbeitsrechtliche Aspekte

Rechtsfolgen des Betriebsübergangs im Sinne des § 613a BGB

► Unterrichtung und Widerspruchsrecht der Arbeitnehmer

- Exkurs: Personalgestellung/Konzernleihe

a) Konzernleihe:

- Konzern zwischen Stadt und T + M GmbH als 100%ige Tochter der Stadt
- Arbeitnehmer sind nicht zum Zweck der Überlassung bei der Stadt eingestellt
- Voraussetzungen sind grundsätzlich erfüllt, daher wäre Konzernleihe zwischen Stadt und T + M GmbH bei Widerspruch von Arbeitnehmern möglich
- **aber Problem:** Privilegierung der Konzernleihe ist wohl europarechtswidrig, daher keine Lösung auf Dauer

b) Personalgestellung:

- Anlehnung an Personalgestellung nach § 4 Abs. 3 TVöD
- greift insbesondere bei Privatisierungen
- greift nur für Personalgestellung durch öffentlich-rechtlichen Arbeitgeber und nicht für Unternehmen, die den TVöD durch Bezugnahme anwenden
- **hier:** *Aufgabenverlagerung vom Eigenbetrieb „Stadtgarten“ auf T + M GmbH
 - * für die Stadt als Arbeitgeber dürfte der TVöD direkt gelten (für die T + M GmbH wohl nicht)
- Voraussetzungen sind grundsätzlich erfüllt, aber auch diese Privilegierung ist wohl europarechtswidrig

Prüfung des Modells – Arbeitsrechtliche Aspekte

Rechtsfolgen des Betriebsübergangs im Sinne des § 613a BGB

► Fortgeltung von Betriebs- bzw. Dienstvereinbarung und Tarifverträgen

- **Rechtsgrundlage: § 613a Abs. 1 Satz 2 - Rechtsfolgen für Betriebs- bzw. Dienstvereinbarungen**

- Dienstvereinbarungen werden im Gesetz nicht ausdrücklich genannt, aber wegen der vergleichbaren Interessenlage gelten die Regelungen analog
- Gelten für die Mitarbeiter des Eigenbetriebs „Stadtgarten“ im Zeitpunkt des Übergangs auf die T + M GmbH Dienstvereinbarungen, werden deren Regelungen mit Übergang auf die T + M GmbH grundsätzlich Inhalt des zwischen dem übergegangenen Mitarbeiter und der GmbH bestehenden Arbeitsvertrages und binden damit auch die T + M GmbH
- Die fortgeltenden Regelungen dürfen grundsätzlich nicht vor Ablauf eines Jahres nach dem Betriebsübergang durch individualvertragliche Vereinbarung zum Nachteil des Arbeitnehmers abgelöst werden, eine Ablösung zum Vorteil des Arbeitnehmers ist dagegen zulässig
- **Beachte:** die Fortgeltung greift nicht, wenn die Rechte und Pflichten von Dienstvereinbarungen bei der T + M GmbH durch Betriebsvereinbarungen geregelt sind; in dem Fall gelten diese Betriebsvereinbarungen
- **Beachte:** je nach Sachlage kann es dazu kommen, dass für die übergegangenen Mitarbeiter und die bisherigen Mitarbeiter bei der T + M GmbH unterschiedliche Regelungen aufgrund von Dienst- und Betriebsvereinbarungen gelten
- **Wichtig:** Klärung vorab, ob und welche Dienstvereinbarungen bei der Stadt für den Eigenbetrieb und welche Betriebsvereinbarungen bei der T + M GmbH gelten

Prüfung des Modells – Arbeitsrechtliche Aspekte

Rechtsfolgen des Betriebsübergangs im Sinne des § 613a BGB

► Fortgeltung von Tarifvertrag und Betriebs- bzw. Dienstvereinbarung

- **Rechtsgrundlage: § 613a Abs. 1 Satz 2 - Rechtsfolgen für Tarifverträge**

- Gelten für die Mitarbeiter des Eigenbetriebs „Stadtgarten“ im Zeitpunkt des Übergangs auf die T + M GmbH Tarifverträge (z.B. TVöD), werden dessen Regelungen mit Übergang auf die T + M GmbH grundsätzlich Inhalt des zwischen dem übergegangenen Mitarbeiter und der GmbH bestehenden Arbeitsvertrages und binden damit auch die T + M GmbH
- Die fortgeltenden Regelungen dürfen grundsätzlich nicht vor Ablauf eines Jahres nach dem Betriebsübergang durch individualvertragliche Vereinbarung zum Nachteil des Arbeitnehmers abgelöst werden, eine Ablösung zum Vorteil des Arbeitnehmers ist dagegen grundsätzlich zulässig
- **Beachte:** die Fortgeltung greift nicht, wenn die Rechte und Pflichten des Tarifvertrages (TVöD) bei der T + M GmbH durch Rechtsnormen eines anderen Tarifvertrages geregelt sind; in dem Fall gilt dieser andere TV
- **Beachte:** je nach Sachlage kann es dazu kommen, dass für die übergegangenen Mitarbeiter und die bisherigen Mitarbeiter bei der T + M GmbH unterschiedliche tarifvertragliche Regelungen gelten
- **Wichtig:** Klärung vorab, ob und welche Tarifverträge bei der Stadt für den Eigenbetrieb und bei der T + M GmbH gelten

Prüfung des Modells – Arbeitsrechtliche Aspekte

Rechtsfolgen des Betriebsübergangs im Sinne des § 613a BGB

► Übergangsmandat des Personalrates?

- *Sonderproblem bei Privatisierung (= Betriebsübergang auf Träger in privater Rechtsform)*

Rechtsfolgen für Personalrat

- Dienststelle, für die Personalrat zuständig war, kann bei Betriebsübergang auf privaten Träger untergehen
- Personalrat ist für den fortgeführten Betrieb beim privaten Träger nicht zuständig, auf Betrieb eines privaten Trägers findet nicht Personalvertretungsgesetz, sondern Betriebsverfassungsgesetz Anwendung
- **Mögliche Lösung: Übergangsmandat** des Personalrats bis zur Neuwahl eines Betriebsrats beim neuen Arbeitgeber? – Wird von der herrschenden Meinung abgelehnt, so dass PR mit Übergang die übergehenden AN nicht mehr vertritt
- **Wichtig:**
 - Klärung vorab, ob Personalrat besteht und für welche Dienststelle (eigener PR für Eigenbetrieb „Stadtgarten“?) er zuständig ist
 - Beteiligungsrechte des Personalrats beachten

Prüfung des Modells – Arbeitsrechtliche Aspekte

Zur klärende Fragen:

- ▶ **Welche Mitarbeiter und wie viele sind dem Betrieb „Stadtgarten“ zuzuordnen?**
- ▶ **Sollen alle Mitarbeiter, die derzeit beim Eigenbetrieb „Stadtgarten“ tätig sind, auf die T + M GmbH übergehen?**
- ▶ **Gelten für die Mitarbeiter des Eigenbetriebs Tarifverträge und, wenn ja, welche?**
- ▶ **Gelten für die Mitarbeiter der T + M GmbH Tarifverträge und, wenn ja, welche?**
- ▶ **Gibt es Dienstvereinbarungen für den Eigenbetrieb und, wenn ja, welche?**
- ▶ **Gibt es Betriebsvereinbarungen bei der T + M GmbH und, wenn ja, welche?**
- ▶ **Gibt es einen Personalrat des Eigenbetriebs „Stadtgarten“?**
- ▶ **Gibt es einen Betriebsrat der T + M GmbH?**

Für Ihre Fragen stehen wir gerne zur Verfügung.



Rechtsanwalt/Steuerberater
Dr. Michael Klett

Baker Tilly

Calwer Straße 7
70173 Stuttgart

T: +49 711 933046-229
F: +49 711 933046-210

michael.klett@bakertilly.de



Rechtsanwalt/Steuerberater
Enno Thönnies

Baker Tilly

Calwer Straße 7
70173 Stuttgart

T: +49 711 933046-444
F: +49 711 933046-210

enno.thoennes@bakertilly.de



Rechtsanwältin/FAin für Verwaltungsrecht
Gabriele Heise

Baker Tilly

Calwer Straße 7
70173 Stuttgart

T: +49 711 933046-444
F: +49 711 933046-210

gabriele.heise@bakertilly.de