



# Newsletter Arbeitsrecht

**Das ändert sich im Jahr 2018 im Arbeitsrecht**

**Betriebsratswahl 2018**

**Drei Jahre Kündigungsfrist? Zu lang!**

**Begründung und Beendigung einer  
VBL-Beteiligung**

Januar 2018

# Inhalt

Editorial	1
Interview	2
Betriebsratswahl 2018	5
Aktuelles Urteil Arbeitsrecht	11
Aktuelles Urteil betriebliche Altersversorgung	13
Newsletterarchiv	15
Ihre Ansprechpartner	16

## Editorial

Liebe Leserin,  
lieber Leser,

wir hoffen, Sie sind gut in das neue Jahr gekommen, für das wir Ihnen an dieser Stelle alles Gute, viel Erfolg und Gesundheit wünschen.

Auch wenn wir zum Jahreswechsel immer noch keine neue Bundesregierung haben, so sind gleichwohl eine Reihe neuer Gesetze zum 1. Januar 2018 in Kraft getreten. Was es im Bereich des Arbeitsrechts zu beachten gilt, erläutert Ihnen unser Düsseldorfer Kollege Stefan Richter.

In dem Hauptbeitrag fassen unsere Kollegen Bernd Klemm und Dr. Thomas Frank aus München für Sie nochmals alles Wesentliche für die dieses Frühjahr anstehenden Betriebsratswahlen zusammen.

Justus Frank aus Düsseldorf und Dr. Sabrina Gäbeler aus Frankfurt stellen eine Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vor, bei der es darum geht, ob vertraglich vereinbarte lange Kündigungsfristen nicht nur zum Vorteil des Arbeitnehmers sondern möglicherweise auch zu dessen Nachteil und damit unwirksam sind.

In der gleichen Rubrik informiert Dr. Thomas Frank Sie zudem über eine aktuelle Entscheidung des Bundesgerichtshofs zur (konkludenten) Begründung und (außerordentlichen) Beendigung einer VBL-Beteiligung.

Schließlich können wir Ihnen an dieser Stelle noch spannende Neuigkeiten in eigener Sache verkünden: Wir werden das Format unseres Newsletters in diesem Frühjahr gänzlich neu gestalten. Um Ihnen aktuelle Informationen aus dem Bereich des Arbeitsrechts und der betrieblichen Altersversorgung künftig noch schneller und leichter zugänglich machen zu können, werden wir Ihnen die Beiträge künftig über ein eigenes Webportal anbieten. Näheres hierzu erfahren Sie in Kürze!

Eine interessante Lektüre – diesmal noch in dem bisherigen Format – wünscht Ihnen

Ihre Hogan Lovells Praxisgruppe Arbeitsrecht

# Interview

## Das ändert sich im Jahr 2018 im Arbeitsrecht



**Stefan Richter**  
Counsel, Düsseldorf  
T +49 (0) 211 1368 451  
stefan.richter@hoganlovells.com

**Das neue Jahr 2018 bringt eine Reihe interessanter Gesetzesänderungen mit sich. Neuerungen gibt es vor allem durch eine Reform des Mutterschutzgesetzes, das Inkrafttreten des Entgelttransparenzgesetzes sowie durch die Regelungen des Bundesteilhabegesetzes. Unser Kollege Stefan Richter gibt einen Überblick über die wichtigsten Regeln, die ab sofort zu beachten sind.**

**Das Mutterschutzgesetz wurde umfangreich reformiert. Was ist der Hintergrund dieser Reform?**

**Stefan Richter:** Die Reform des Mutterschutzgesetzes ist die wohl umfangreichste Gesetzesänderung, die im Wesentlichen zum 1. Januar 2018 in Kraft getreten ist. Die Reform war aber auch dringend angezeigt. Die ursprüngliche Fassung des Gesetzes trat schon im Jahr 1952 in Kraft. Seitdem haben sich die gesellschaftlichen Strukturen und die rechtlichen Rahmenbedingungen, die dem Gesetz zugrunde lagen, stark gewandelt. So ist beispielsweise die Erwerbstätigkeit von Frauen heutzutage Normalität. Die Neufassung des Gesetzes stellt insoweit vor eine Modernisierung des Gesetzes dar.

**Was sind die wichtigsten Änderungen?**

**Stefan Richter:** Zum 1. Januar 2018 wurde insbesondere der persönliche Anwendungsbereich des Mutterschutzgesetzes stark erweitert. Erfasst sind neuerdings nicht mehr nur Frauen, die in einem Arbeitsverhältnis stehen. Der Schutz erstreckt sich jetzt vielmehr auch auf Praktikantinnen sowie auf Geschäftsführerinnen einer GmbH, die nicht gleichzeitig Gesellschafterin sind. Unter bestimmten Voraussetzungen sind außerdem Schülerinnen und Studentinnen mit einbezogen.

Auch wird werdenden Müttern durch die Neufassung des Mutterschutzgesetzes ein größeres Mitspracherecht zugestanden.

Zwar gilt immer noch ein grundsätzliches Verbot von Sonn- und Feiertagsarbeit. Eine Ausnahme besteht jedoch neuerdings dann, wenn die schwangere Frau sich ausdrücklich zur Sonn- oder Feiertagsarbeit bereit erklärt, sofern eine Gefährdung von Mutter und Kind ausgeschlossen werden kann.

Eine ähnliche Ausnahme gilt hinsichtlich des Verbots der Beschäftigung schwangerer Frauen während der Nachtzeit, also zwischen 20 und 6 Uhr. Hier muss jedoch neben der ausdrücklichen Erklärung der Schwangeren auch eine Genehmigung der Aufsichtsbehörde vorliegen. Die behördliche Genehmigung erfordert unter anderem eine ärztliche Unbedenklichkeitsbescheinigung. Liegen diese Voraussetzungen vor, ist eine Beschäftigung bis 22 Uhr möglich.

Die Zulässigkeit der Beschäftigung zu bestimmten Zeiten wird somit nunmehr von der Erklärung der werdenden Mutter abhängig gemacht. Wichtig ist, dass diese ihre Entscheidung aber jederzeit widerrufen kann.

Erweitert wurde zudem der Kündigungsschutz im Falle einer Fehlgeburt nach der zwölften Schwangerschaftswoche. Eine Kündigung ist bis zum Ablauf von vier Monaten nach der Fehlgeburt unzulässig.

**Für Schlagzeilen zu Beginn des Jahres hat aber in erster Linie das „Entgelttransparenzgesetz“ gesorgt. Was steckt dahinter?**

**Stefan Richter:** Das Entgelttransparenzgesetz soll – vereinfacht gesagt – die Entgeltgleichheit zwischen Männern und Frauen gewährleisten bzw. fördern. Es verbietet eine unterschiedliche Bezahlung aufgrund des Geschlechts bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit. Das Gesetz ist zwar – von vielen unbemerkt – bereits im Juli 2017 in Kraft getreten. Eine Vielzahl von Rechten und Pflichten wirken sich jedoch seit dem 1. Januar 2018 aus. Dies gilt insbesondere für das Kernelement des Entgelttransparenzgesetzes, namentlich den individuellen Auskunftsanspruch gem. §§ 10 ff. des Gesetzes. Dieser kann seit Januar 2018 geltend gemacht werden.

## Wie funktioniert der Auskunftsanspruch?

**Stefan Richter:** Der Auskunftsanspruch soll – wie der Name des Gesetzes schon sagt – für Entgelttransparenz sorgen. Das Gesetz verleiht Arbeitnehmern jedoch keinen umfassenden Anspruch auf Auskunft über die Gehälter der Kollegen. Vielmehr unterliegt der Anspruch zahlreichen Einschränkungen.

So kann der Auskunftsanspruch nur in Betrieben mit mehr als 200 Beschäftigten geltend gemacht werden. Verlangt werden kann dann eine Auskunft über das durchschnittliche Bruttomonatsgehalt einer Gruppe vergleichbaren Mitarbeitern des anderen Geschlechts mit gleichen oder vergleichbaren Tätigkeiten.

Das Gesetz verlangt aber lediglich, dass der „auf Vollzeitäquivalente hochgerechnete statistischer Median des durchschnittlichen monatlichen Bruttoentgelts“ angegeben wird. Gegenstand des Auskunftsbegehrens ist also nur ein Mittelwert, nicht jedoch das exakte Durchschnittsgehalt. Insoweit ist die Aussagekraft durchaus beschränkt und lässt insbesondere keine Rückschlüsse auf die Bandbreite der Gehälter zu. Das verdeutlicht folgendes vereinfachtes Beispiel: Verdient ein Mitarbeiter EUR 2.500, ein weiterer EUR 4.000 und ein Dritter EUR 8.000 monatlich bei einer vergleichbaren Tätigkeit, so läge das Durchschnittsgehalt bei rund EUR 4.833, während der Median lediglich EUR 4.000 betragen würde. Eine sichere Aussage, wo einzelne Mitarbeiter im „Gehaltsband“ liegen, lässt sich daraus nur bedingt ableiten.

Im Übrigen besteht der Auskunftsanspruch nur, wenn mindestens sechs Beschäftigte des anderen Geschlechts der Vergleichsgruppe angehören.

Jenseits der Zahlenspiele dürfte es in der Praxis aber vor allem schwierig werden, zu beurteilen, ob eine „vergleichbare Tätigkeit“ vorliegt. Denkbar ist vor allem ein Vergleich von Arbeitsbedingungen, Qualifikation oder Kenntnissen.

Der Clou ist aber, dass das Gesetz den „tarifanwendenden“ Arbeitgebern erhebliche Privilegien einräumt. Die gesetzliche Auskunftspflicht kann dann nämlich schon durch die Nennung des jeweiligen Tarifvertrags, aus dem sich die Entgeltgrundsätze ergeben, sowie die Angabe, wo dieser einzusehen ist, erfüllt werden. Weiterer Angaben bedarf es in diesen Fällen nicht. Wichtig ist zu wissen, dass „tarifanwendende“ Arbeitgeber auch solche sind, die nicht tarifgebunden sind, sondern Tarifverträge nur auf Grundlage von arbeitsvertraglichen Bezugnahme Klauseln zur Anwendung bringen.

## Wie muss der Arbeitnehmer vorgehen, um seinen Auskunftsanspruch geltend zu machen?

**Stefan Richter:** Grundsätzlich muss sich der Arbeitnehmer, der seinen Auskunftsanspruch geltend machen will, in Textform (also beispielsweise per E-Mail) an den für ihn zuständigen Betriebsrat wenden. Dieser nimmt dann Einsicht in die relevanten Unterlagen und erteilt die Auskunft. Besteht im Betrieb kein Betriebsrat, wendet sich der Arbeitnehmer direkt an den Arbeitgeber. Die Auskunft muss innerhalb von drei Monaten nach der Anfrage des Arbeitnehmers erteilt werden.

Der Arbeitgeber hat aber das Recht, den Informationsprozess „an sich zu ziehen“ und damit zur Anlaufstelle des Mitarbeiters zu werden. Der Arbeitgeber muss dann zwar auch den Betriebsrat informieren, ist aber ansonsten „Herr des Verfahrens“. Wir gehen davon aus, dass in der Praxis hiervon Gebrauch gemacht wird. Dies dürfte die Hemmschwelle einzelner Mitarbeiter, den Anspruch geltend zu machen, sicher anheben.

Grundsätzlich können Mitarbeiter alle zwei Jahre eine Auskunftsanfrage stellen. Momentan gilt jedoch eine Übergangsregelung: Wird der Auskunftsanspruch innerhalb der ersten drei Jahre ab dem Januar 2018 geltend gemacht, gilt eine Wartezeit von drei Jahren.

Die Wartezeiten müssen jedoch nicht eingehalten werden, wenn sich die Voraussetzungen wesentlich verändert haben. Dies ist beispielsweise bei einem Stellenwechsel der Fall.

### **Was beinhaltet das Entgelttransparenzgesetz noch für Maßnahmen?**

**Stefan Richter:** Neben dem zentralen Element des Auskunftsanspruchs sieht das Gesetz noch ein so genanntes „betriebliches Prüfverfahren“ vor. Arbeitgeber können – freiwillig – ihre Entgeltregelungen und –bestandteile überprüfen und die Beschäftigten sowie den Betriebsrat über die Ergebnisse informieren. Das Gesetz „fordert“ Arbeitgeber mit mehr als 500 Beschäftigten auf, dieses Verfahren einzuhalten. Dies bedeutet aber nicht, dass ein solches Prüfverfahren durchgeführt werden muss, selbst wenn die entsprechenden Schwellenwerte überschritten sind. In der Praxis gehen wir davon aus, dass Arbeitgeber sehr zurückhaltend sein werden, ein solches Prüfverfahren durchzuführen. Eine interne Analyse kann nämlich auch stattfinden, ohne dass sich daraus gleich eine Informationspflicht dem Betriebsrat oder den Mitarbeitern gegenüber ergibt. Wir gehen daher davon aus, dass etwaige interne Erhebungen zur Entgeltstruktur nicht unter dem Stichwort „Prüfverfahren“ durchgeführt werden.

Schließlich müssen Arbeitgeber, die mehr als 500 Beschäftigte einsetzen und lageberichtspflichtig sind, ab 2018 einen „Bericht zur Gleichstellung und Entgeltgleichheit“ erstellen, der Angaben zu den Maßnahmen zur Förderung der Gleichstellung von Frauen und Männern und deren Wirkung sowie nach Geschlecht aufgeschlüsselte Angaben zur durchschnittlichen Zahl der Beschäftigten und Zahl der Vollzeit- und Teilzeitbeschäftigten enthalten muss. Auch hier werden die tarifanwendenden Arbeitgeber bevorzugt: Sie müssen den Bericht nur alle fünf Jahre abgeben, während die anderen Arbeitgeber alle drei Jahre Bericht erstatten müssen.

### **Welche Veränderungen bringt das Bundesteilhabegesetz im Jahr 2018?**

**Stefan Richter:** Das Bundesteilhabegesetz soll die Rechte von Menschen mit Behinderung stärken. Das neue Gesetz tritt in mehreren Stufen in Kraft. Die erste Stufe gilt bereits seit dem 1. Januar 2017. Genau ein Jahr später tritt jetzt die zweite Stufe in Kraft. Diese beinhaltet insbesondere eine Neugliederung des SGB IX, das die wesentlichen Regelungen für Menschen mit Behinderung enthält.

Arbeitsrechtliche Relevanz hat im Rahmen des Bundesteilhabegesetz vor allem die bereits 2017 eingefügte Regelung des § 95 Abs. 2 S. 3 SGB IX. Nach der Neugliederung findet sich diese nunmehr in § 178 Abs. 2 S. 3 SGB IX wieder. Vor jeder Kündigung eines schwerbehinderten Menschen ist die Schwerbehindertenvertretung des Betriebs zu unterrichten und anzuhören.

Die neue Regelung sieht vor, dass die Kündigung unwirksam ist, wenn die Schwerbehindertenvertretung nicht ordnungsgemäß beteiligt wurde. Die Unwirksamkeitsfolge stärkt das Beteiligungsrecht der Schwerbehindertenvertretung erheblich.

# Betriebsratswahl 2018

**Auch in diesem Jahr ist es wieder einmal so weit: Wie alle vier Jahre werden zwischen dem 1. März und dem 31. Mai die regelmäßigen Betriebsratswahlen stattfinden. Viele Arbeitgeber lassen die Wahlen auf sich zukommen und verpassen dadurch mitunter die Möglichkeit das vom Wahlvorstand initiierte Wahlverfahren möglichst schnell, kostengünstig und fehlerfrei durchzuführen.**

## 1. Betriebsratswahl

### 1.1. Wahltag

Der Tag der Stimmabgabe („Wahltag“) muss innerhalb des gesetzlichen Wahlzeitraums, also zwischen dem 1. März und dem 31. Mai 2018 liegen. Somit ist der frühestmögliche Wahltag für die anstehenden regelmäßigen Betriebsratswahlen der 1. März 2018 (Beginn des Wahlzeitraums), sofern im Betrieb ein Betriebsrat bereits besteht. Eine Stimmabgabe vor diesem Tag führt zur Nichtigkeit der Wahl. Eine Wahl nach dem 31. Mai ist hingegen zulässig und nicht fehlerhaft. Wird nämlich bis zu diesem Tag nicht gewählt, ist die Amtszeit des alten Betriebsrats stets vorüber – der Betrieb wird betriebsratslos. Konkret endet die Amtszeit des alten Betriebsrats genau vier Jahre, nachdem sie begonnen hat. Die Betriebsräte haben also ein ureigenes Interesse daran, dass die Wahlen davor stattfinden. Abweichungen von dem vorgeschriebenen Vier-Jahres-Rhythmus lässt § 13 Abs. 2 Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) zu: Die erstmalige Wahl eines Betriebsrats ist beispielsweise jederzeit möglich.

### 1.2. Wahlverfahren

Das BetrVG sieht zwei verschiedene Wahlverfahren vor: neben dem „normalen Wahlverfahren“ gibt es auch ein „vereinfachtes Wahlverfahren für Kleinbetriebe“. Die Bezeichnung der Verfahren gibt bereits vor, dass die Betriebsgröße das entscheidende Kriterium dafür ist, welches Wahlverfahren anzuwenden ist. Entscheidend ist grundsätzlich die Zahl der wahlberechtigten Arbeitnehmer. Das vereinfachte Wahlverfahren ist in Betrieben durchzuführen, die in der Regel weniger als 50 wahlberechtigte Arbeit-

nehmer haben. In größeren Betrieben richtet sich die Wahl hingegen nach dem „normalen Verfahren“. Allerdings kann der Arbeitgeber in Betrieben mit in der Regel 51 bis 100 wahlberechtigten Arbeitnehmern die Anwendung des kostengünstigeren vereinfachten Wahlverfahrens mit dem Wahlvorstand vereinbaren. Eine solche Vereinbarung gilt nur für die aktuelle Betriebsratswahl und muss für die nächste Wahl erneut abgeschlossen werden.

### 1.3. Größe des Betriebsrats

Die Größe des zu wählenden Betriebsrats richtet sich grundsätzlich nach den Verhältnissen, die am Tag des Erlasses des Wahlausschreibens bestanden. Der Wahlvorstand muss aber auch eine Einschätzung vornehmen, wie sich die personelle Stärke des Betriebs zukünftig entwickeln wird. Auch Leiharbeiter müssen bei der Ermittlung der Betriebsratsgröße im Entleiherbetrieb berücksichtigt werden. Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG) kommt es damit im Grunde darauf an, wie viele Arbeitsplätze in der Regel im Betrieb vorhanden sind und welcher Aufwand daher für den Betriebsrat zu erwarten ist (BAG, Beschluss v. 13. März 2013 – 7 ABR 69/11).

### 1.4. Aktives und passives Wahlrecht

Vor jeder Wahl muss der Wahlvorstand eine Wählerliste erstellen, in die alle Wahlberechtigten eingetragen werden. Die Eintragung in diese Liste ist Voraussetzung sowohl für das aktive Wahlrecht – also das Recht, den Betriebsrat mit zu wählen – als auch für das passive Wahlrecht – also das Recht selbst in ein Betriebsratsamt gewählt zu werden.

Der Arbeitgeber sollte kritisch prüfen, ob die Wählerliste den tatsächlichen Verhältnissen entspricht. Häufig schließt der Wahlvorstand ohne weitere Überlegung aus der Wählerliste auf die Betriebsgröße und damit auf die Zahl der Mitglieder des neuen Betriebsrats. Ist die Wählerliste fehlerhaft, kann der Arbeitgeber vor der Wahl im Wege der einstweiligen Verfügung gegebenenfalls eine Korrektur der Wählerliste verlangen.

Auf folgende Arbeitnehmergruppen sollte der Arbeitgeber ein besonderes Augenmerk haben:

- **Leiharbeitnehmer**

Im Entleiherbetrieb steht Leiharbeitnehmern vom ersten bis zum letzten Einsatztag im Betrieb das aktive Wahlrecht zu, wenn sie länger als drei Monate im Betrieb eingesetzt werden sollen (Überlassungszeitraum) und zum Zeitpunkt der Betriebsratswahl im Betrieb beschäftigt sind. Maßgeblich für diesen Überlassungszeitraum ist der Überlassungsvertrag zwischen Entleiher und Verleiher. Ein passives Wahlrecht besteht hingegen nie. Leiharbeitnehmer müssen in der Wählerliste wegen ihres fehlenden passiven Wahlrechts gesondert ausgewiesen werden.

Im Verleiherbetrieb steht den Leiharbeitnehmern sowohl das aktive als auch das passive Wahlrecht zu.

- **Leitende Angestellte**

Leitende Angestellte i.S.d. BetrVG haben weder ein aktives noch ein passives Wahlrecht. Insbesondere wenn die Größe des Betriebsrats "auf der Kippe steht" und Zweifel bestehen, ob ein Arbeitnehmer ein leitender Angestellter i.S.d. BetrVG ist, sollten Arbeitgeber zur Feststellung des betriebsverfassungsrechtlichen Status ein arbeitsgerichtliches Beschlussverfahren einleiten.

- **Auslandsmitarbeiter**

Arbeitnehmer, die ins Ausland entsandt wurden, bleiben im entsendenden Betrieb nur dann wahlberechtigt und wählbar, wenn sie trotz Auslandstätigkeit weiter dem Inlandsbetrieb zuzuordnen sind.

- **Elternzeit**

Arbeitnehmer, die sich zum Zeitpunkt der Betriebsratswahl in Elternzeit befinden, bleiben zwar wahlberechtigt und wählbar, sind bei der Ermittlung der Betriebsgröße aber nicht mitzuzählen, wenn eine Vertretungskraft eingestellt wurde.

- **Altersteilzeit**

Arbeitnehmer, die sich in Altersteilzeit nach dem Blockmodell befinden, sind nur in der aktiven Phase wahlberechtigt und wählbar. Bei Eintritt in die Freistellungsphase verlieren sie ihr aktives und passives Wahlrecht und sind bei der Bestimmung

der Betriebsgröße nicht mitzuzählen. Arbeitnehmer in „kontinuierlicher“ Altersteilzeit sind hingegen wie normale Teilzeitbeschäftigte zu behandeln.

- **Praktikanten**

Praktikanten haben nur ein aktives und passives Wahlrecht, wenn ihnen aufgrund eines Vertrages berufliche Kenntnisse, Fertigkeiten und Erfahrungen vermittelt werden sollen. Dies ist etwa im Rahmen eines schulischen Betriebspraktikums nicht der Fall, da dort nur ein allgemeiner Einblick in das Arbeitsleben vermittelt werden soll.

### 1.5. Wahlwerbung

Haben sich Arbeitnehmer zur Wahl gestellt, dürfen sie oder hinter ihnen stehende Wahlgruppierungen Wahlwerbung betreiben. So ist etwa das Verteilen von Handzetteln während der Arbeitspausen oder vor und nach der Arbeit zulässig, wenn es den Betriebsablauf nicht stört.

### 1.6. Vergütung

Auch wenn die Betriebsratswahl – wie in den meisten Fällen – während der Arbeitszeit stattfindet, ist der Arbeitgeber verpflichtet den Arbeitnehmern trotz der versäumten Arbeitszeit das volle Entgelt zu zahlen.

Ebenso kann die Tätigkeit des Wahlvorstands grundsätzlich während der Arbeitszeit stattfinden und auch diese Arbeitsversäumnis ist vom Arbeitgeber zu vergüten. Zudem sind die Mitglieder des Wahlvorstands für die Wahrnehmung ihrer Tätigkeiten von der Arbeit freizustellen. Insbesondere in Betrieben mit Schichtarbeit kann es vorkommen, dass Wahlvorstandsmitglieder die Tätigkeit für den Wahlvorstand außerhalb ihrer Arbeitszeit ausüben müssen. Ist die Wahlvorstandstätigkeit wirklich erforderlich, haben die Wahlvorstandsmitglieder dann Anspruch auf einen bezahlten Freizeitausgleich.

### 1.7. Kündigungsschutz

Die Mitglieder des Wahlvorstands, Kandidaten auf der Wählerliste, Mitglieder des Betriebsrats und Ersatzmitglieder genießen einen sehr weitgehenden Kündigungsschutz. Der Kündigungsschutz der Mitglieder des Wahlvorstands wird durch die Bestel-

lung erlangt. Der Schutz der Wahlbewerber beginnt, wenn das Wahlverfahren durch die Bestellung eines Wahlvorstandes eröffnet ist und der Wahlbewerber auf einem Wahlvorschlag mit der ausreichenden Zahl von Stützunterschriften steht. Die Kündigung von Wahlbewerbern, die nicht in den Betriebsrat gewählt werden, ist innerhalb von sechs Monaten nach Bekanntgabe des Wahlergebnisses unzulässig, sofern kein wichtiger Grund vorliegt.

Auch Arbeitnehmer, die zu einer Betriebsversammlung einladen, um einen Wahlvorstand in Betrieben ohne Betriebsrat zu bestellen, oder die die Bestellung eines Wahlvorstands beim Arbeitsgericht beantragen, sind durch den besonderen Kündigungsschutz geschützt. Für diese beginnt der Schutz mit der Einladung oder mit Eingang des Antrags bei Gericht und dauert bis zur Bekanntgabe des Wahlergebnisses an. Allerdings sind nur die ersten drei in der Einladung bzw. Antragsstellung aufgeführten Arbeitnehmer geschützt.

### 1.8. Rolle der Gewerkschaften

Häufig unterstützen Gewerkschaften den Wahlvorstand durch Schulungen. Die Gewerkschaft hat zudem ein Recht im Wahlvorstand vertreten zu sein: Gehört dem Wahlvorstand nicht ohnehin ein Gewerkschaftsmitglied an, kann sie einen betriebsangehörigen Beauftragten als nicht stimmberechtigtes Mitglied in den Wahlvorstand entsenden. Zudem kann die Gewerkschaft eigene Wahlvorschläge unterbreiten ("Gewerkschaftsliste").

Der Arbeitgeber sollte zudem wissen, dass die im Betrieb vertretenen Gewerkschaften ein Zutrittsrecht zum Betrieb haben können. Dabei kann die Gewerkschaft grundsätzlich auch während der Arbeitszeit Zutritt verlangen. Allerdings ist der Arbeitgeber vor dem Besuch über Zeit und Zweck des Besuchs zu unterrichten, damit er überprüfen kann, ob das Zutrittsrecht besteht. Ausgeschlossen ist das Zutrittsrecht, soweit ihm unumgängliche Notwendigkeiten des Betriebsablaufs, zwingende Sicherheitsvorschriften oder der Schutz von Betriebsheimnissen entgehen.

## 2. Gestaltungsmöglichkeiten des Arbeitgebers im Vorfeld der Wahl

Aber auch bereits im Vorfeld der Wahl hat der Arbeitgeber einige Gestaltungsmöglichkeiten. Anknüpfungspunkte bieten insbesondere die Struktur des Betriebs, aber auch die Struktur des Betriebsrats.

### 2.1. Gestaltung der betrieblichen Strukturen

Für den Arbeitgeber kann es im Vorfeld der Wahlen von Vorteil sein, zur Vereinfachung oder Weiterentwicklung von Betriebsratsstrukturen Betriebe zusammenzulegen, zu spalten oder ins Ausland zu verlegen bzw. Gemeinschaftsbetriebe aufzulösen oder zu gründen. Bei der Vorbereitung und Umsetzung einer solchen Neuordnung ist jedoch zu beachten, dass in mehrfacher Hinsicht Beteiligungsrechte eines evtl. bereits bestehenden Betriebsrats ausgelöst werden können. Daher sollte ein gewisser zeitlicher Vorlauf eingeplant werden, wenn die Betriebsratswahl 2018 bereits in der gewünschten Zielstruktur beginnen soll.

### 2.2. Gestaltung der Betriebsratsstrukturen

Zudem kann der Arbeitgeber im Vorfeld der Wahl eine Verschlinkung der Betriebsratsstruktur durch Abschluss von Tarifverträgen oder Betriebsvereinbarungen bewirken. So können etwa unternehmenseinheitliche Betriebsräte, Regionalbetriebsräte oder Spartenbetriebsräte gebildet und damit die Kosten der vom Arbeitgeber zu finanzierenden Betriebsratsarbeit gesenkt werden.

Zu beachten ist jedoch, dass stets die Gewerkschaft beteiligt werden muss, wenn im Unternehmen auch nur ein Tarifvertrag angewendet wird. Die Gestaltung der Betriebsratsstruktur erfordert dann einen sog. Zuordnungstarifvertrag. Wurde bereits ein Tarifvertrag abgeschlossen, sollte im Vorfeld der Wahl unbedingt geprüft werden, ob dieser noch wirksam ist; eine Betriebsratswahl, die auf Grundlage eines unwirksam gewordenen Zuordnungstarifvertrags durchgeführt wird, ist anfechtbar und muss ggf. wiederholt werden.

### 2.3. Grenzen der Gestaltungsmöglichkeiten des Arbeitgebers

Es ist dem Arbeitgeber verboten die Wahl zu behindern. Er darf die Wahl auch nicht beeinflussen, indem er den Beteiligten Nachteile zufügt oder androht bzw. Vorteile gewährt oder verspricht. Bei einem Verstoß drohen dem Arbeitgeber Ordnungs- und Zwangsmittel sowie Schadensersatzansprüche. Eine vorsätzliche Behinderung oder Beeinflussung ist sogar strafbar.

### **3. Die Zeit nach der Wahl**

#### **3.1. Beginn der Amtszeit des neuen Betriebsrats**

Wann die Amtszeit des neu gewählten Betriebsrats beginnt, hängt davon ab, ob zum Zeitpunkt der Bekanntgabe des Wahlergebnisses noch ein Betriebsrat besteht oder nicht. Bekanntgegeben ist das Wahlergebnis dabei, wenn es vom Wahlvorstand im Betrieb öffentlich ausgehängt wird.

Besteht zum Zeitpunkt der Bekanntgabe kein Betriebsrat mehr, weil die Amtszeit des bisherigen Betriebsrats bereits abgelaufen ist, so beginnt die Amtszeit des neuen Betriebsrats mit der Bekanntgabe des Wahlergebnisses. Ist die Amtszeit des bisherigen Betriebsrates noch nicht abgelaufen, so beginnt die Amtszeit des neu gewählten Betriebsrats erst am Tag nach dem Ablauf der Amtszeit des bisherigen Betriebsrats.

In Betrieben, in denen erstmals eine Betriebsratswahl stattfindet, stellt sich für den Arbeitgeber die Frage, ab wann er den Betriebsrat beteiligen muss – bereits ab Bekanntgabe des Wahlergebnisses oder erst nach seiner konstituierenden Sitzung. Bedeutung erlangt diese Frage insbesondere vor dem Hintergrund, dass der Arbeitgeber den Betriebsrat vor Ausspruch einer Kündigung anhören muss. Nach der Rechtsprechung des BAG setzt eine Anhörung des Betriebsrats voraus, dass überhaupt ein handlungsfähiger Betriebsrat besteht (BAG, Urteil v. 23. August 1984 – 6 AZR 520/82). Deshalb besteht vor der erstmaligen Konstituierung des Betriebsrats grundsätzlich keine Anhörungspflicht des Arbeitgebers. Möchte ein Arbeitgeber aber ganz sicher gehen, ist er gut beraten, eine Kündigung sogar noch vor Verkündung des Wahlergebnisses auszusprechen.

#### **3.2. Freistellung von Betriebsratsmitgliedern**

Das Gesetz sieht eine Pauschalierung vor, nach der in bestimmtem Umfang Betriebsratsmitglieder vollständig von ihrer beruflichen Tätigkeit freizustellen sind. Durch eine Betriebsvereinbarung kann die Mindestzahl der Freistellungen zwar verringert werden, ein völliger Ausschluss der gesetzlich vorgesehenen Freistellungen ist jedoch unzulässig.

Die freizustellenden Betriebsratsmitglieder werden nach Beratung mit dem Arbeitgeber vom Betriebsrat aus seiner Mitte in geheimer Wahl nach den Grundsätzen der Verhältniswahl gewählt. Das betreffende Betriebsratsmitglied muss aber auch bereit sein, sich von seiner beruflichen Tätigkeit freistellen zu lassen – das Mitglied kann die Freistellung durchaus ablehnen. Die Gültigkeit der Wahl der freizustellenden Betriebsratsmitglieder wird hiervon jedoch nicht beeinflusst.

Im Zusammenhang mit der Freistellung ist auch stets an die Wiedereingliederung von abgewählten und vormals freigestellten Betriebsratsmitgliedern in den betrieblichen Arbeitsprozess zu denken. Dabei gilt der Grundsatz, dass das Betriebsratsmitglied wegen seiner Tätigkeit weder benachteiligt noch begünstigt werden darf. So darf das Betriebsratsmitglied beispielsweise innerhalb eines Zeitraums von einem Jahr nach Beendigung der Amtszeit nur mit Tätigkeiten beschäftigt werden, die auch vergleichbaren Arbeitnehmern mit betriebsüblicher beruflicher Entwicklung zugewiesen werden könnten. Dabei ist zu beachten, dass an fiktive Entwicklungen angeknüpft wird. Um hierfür in der Praxis Anhaltspunkte zu haben, empfiehlt es sich, vergleichbare Mitarbeiter stets in einem sogenannten „Statusvergleich“ festzuschreiben.

Sofern Betriebsratsmitglieder wegen ihrer Freistellung nicht an der betriebsüblichen beruflichen Entwicklung teilnehmen konnten, ist ihnen innerhalb eines Jahres nach Beendigung der Freistellung Gelegenheit zu geben, diese in entsprechenden Umschulungs- und Fortbildungsmaßnahmen nachzuholen. Voraussetzung ist jedoch, dass die unterbliebene berufliche Entwicklung nur durch die Amtstätigkeit des Betriebsratsmitglieds verursacht wurde. Lehnt das Betriebsratsmitglied bereits während der

Freistellungsphase angebotene Fortbildungsmaßnahmen ab oder macht es aus anderen Gründen von diesen kein Gebrauch, sollte der Arbeitgeber dies dokumentieren, um bei späteren Streitigkeiten erfolgreicher argumentieren zu können.

### **3.3. Einfluss der Wahl eines neuen Betriebsrats auf Betriebsvereinbarungen**

Die Wahl des neuen Betriebsrats hat auf bestehende Betriebsvereinbarungen keinen Einfluss. Eine Betriebsvereinbarung endet, wenn sie gekündigt wird oder mit Ablauf der Zeit bzw. Erreichung des Zwecks, für den sie abgeschlossen wurde. Das kann sich der Arbeitgeber zunutze machen: Ist der bisherige Betriebsrat kooperationsbereit, bietet es sich an, regelungsbedürftige Gegenstände noch vor der Betriebsratswahl mittels Betriebsvereinbarung zu regeln. Das gilt natürlich erst Recht, wenn zu erwarten ist, dass der neue Betriebsrat „unkooperativer“ sein wird. Ist hingegen zu erwarten, dass der neue Betriebsrat kooperativer ist als der aktuelle, sollten derzeit laufende Verhandlungen verzögert werden, um sie mit dem neuen Betriebsrat zu beenden.

### **3.4. Einfluss der Wahl eines neuen Betriebsrats auf die Zusammensetzung des Gesamt- und Konzernbetriebsrats**

Mit dem Ende ihrer Amtszeit verlieren die Betriebsratsmitglieder auch ihre sonstigen Funktionen. Dazu zählen insbesondere die Funktionen, die eine Mitgliedschaft im Betriebsrat voraussetzen, wie etwa die Mitgliedschaft im Gesamt- oder Konzernbetriebsrat. Daher muss der neu gewählte Betriebsrat seine Vertreter für den Gesamtbetriebsrat neu bestimmen. In der Praxis ist es freilich häufig so, dass erneut die Mitglieder entsandt werden, die schon von dem alten Betriebsrat in den Gesamtbetriebsrat entsendet worden waren, zumindest, wenn diese noch verfügbar sind. Solange es an einer Beschlussfassung fehlt, führt das bisherige Mitglied sein Mandat übergangsweise fort.

### **3.5. Fehler bei der Durchführung der Wahl**

Unterlaufen dem Wahlvorstand bei der Durchführung des Wahlverfahrens Fehler und wird hierdurch gegen gesetzliche Vorschriften verstoßen,

kann bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen erfolgreich gegen die Betriebsratswahl vorgegangen werden. Im Regelfall erfolgt dies nach der Wahl durch eine Anfechtung. Bei besonders gravierenden Fehlern kann die Wahl sogar für nichtig erklärt werden. In bestimmten Fällen empfiehlt es sich, auch schon während des Wahlverfahrens einzuschreiten und eine einstweilige Verfügung anzustreben. Nur selten wird man einen vollständigen Abbruch der Wahl erreichen können, die Korrektur von offensichtlichen Wahlfehlern ist aber durchaus möglich.

Voraussetzung für eine wirksame Anfechtung ist ein Verstoß gegen wesentliche Vorschriften des Wahlrechts, die Wählbarkeit oder das Wahlverfahren, der vor Abschluss der Wahl nicht berichtigt worden ist. Wichtig ist, dass eine Anfechtung auch bei Vorliegen eines solchen Verstoßes ausgeschlossen ist, wenn durch den Verstoß das Wahlergebnis nicht geändert oder beeinflusst werden konnte. Eine Anfechtbarkeit hat das BAG etwa angenommen, wenn sich bei der Stimmenauszählung mehr Stimmzettel in der Wahlurne befinden als Stimmabgaben in der Wählerliste vermerkt sind und die Abweichung so groß ist, dass sie das Wahlergebnis beeinflussen konnte (BAG, Beschluss v. 12. Juni 2013 – 7 ABR 77/11). Ebenfalls anfechtbar ist nach Auffassung des BAG eine Wahl, bei der der Wahlvorstand eine Vorschlagsliste aufgrund einer unzulässigen Listenbezeichnung zurückgewiesen hat (BAG, Beschluss v. 15. Mai 2013 – 7 ABR 40/11; konkret ging es um die Bezeichnung als „Gewerkschaftsliste“, obwohl die Gewerkschaft nicht hinter dem Wahlvorschlag stand). In solchen Fällen darf der Wahlvorstand nur die unzulässige Bezeichnung, nicht aber die gesamte Liste streichen. Will der Arbeitgeber beim Arbeitsgericht einen Antrag auf Anfechtung der Wahl stellen, muss er dies innerhalb einer Frist von zwei Wochen nach Bekanntgabe des Wahlergebnisses tun.

Je nach Fehler, kann das Gericht den Fehler korrigieren oder die ganze Wahl für ungültig erklären. Erfolgt eine Korrektur, setzt sich der Betriebsrat ab Rechtskraft des Beschlusses entsprechend dem vom Gericht ermittelten Ergebnis zusammen. Erklärt

das Gericht die Wahl für ungültig, muss neu gewählt werden. In beiden Fällen – und dies ist wichtig zu wissen – bleibt der fehlerhaft gewählte Betriebsrat während der gesamten Dauer des Wahlanfechtungsverfahrens mit allen Rechten und Pflichten im Amt. Alle bis zur Korrektur bzw. bis zur Neuwahl vorgenommenen Handlungen des Betriebsrats bleiben aus Gründen der Rechtssicherheit wirksam.

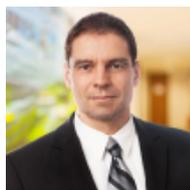
In bestimmten Konstellationen ist die Wahl nicht nur anfechtbar, sondern sogar nichtig. Dies ist der Fall, wenn ein so grober und offensichtlicher Verstoß gegen wesentliche Grundsätze des gesetzlichen Wahlrechts vorliegt, dass nicht einmal der Anschein einer dem Gesetz entsprechenden Wahl vorliegt. Die Hürde für die Nichtigkeit liegt also sehr hoch. Selbst eine Vielzahl verschiedener Verstöße führen in einer Gesamtwürdigung nicht zur Nichtigkeit, wenn jeder dieser Verstöße für sich genommen nur zur Anfechtung berechtigen würden. Beispiele für Fehler, die zur Nichtigkeit führen sind die Wahl eines betriebsfremden Arbeitnehmers; eine Wahl, die ohne Wahlvorstand durchgeführt wird oder die Fälschung von Wahlunterlagen.

Wird eine Wahl für nichtig erklärt, hat der Betriebsrat – anders als bei der Anfechtbarkeit der Wahl – nie wirksam bestanden. Das hat zur Folge, dass alle von diesem Gremium gefassten Beschlüsse und die darauf basierenden Handlungen unwirksam sind. Zudem genießen die „Schein“-Betriebsratsmitglieder nicht den Kündigungsschutz der Betriebsratsmitglieder, sondern sie sind bloß als Wahlbewerber zu behandeln.

Häufig entsteht allerdings schon zu einem frühen Zeitpunkt Streit über Entscheidungen des Wahlvorstands im Wahlverfahren. Um zu vermeiden, dass das kostenträchtige Wahlverfahren bis zum Ende durchgeführt wird, kommt in solchen Fällen die Korrektur der Entscheidung des Wahlvorstands oder der frühzeitige Abbruch der Betriebsratswahl mit umgehender Neueinleitung des Wahlverfahrens in Betracht. Ein effektives Mittel zum Eingriff in die laufende Betriebsratswahl kann hier die Erwirkung einer einstweiligen Verfügung sein.

Allerdings gibt es keine einheitliche Rechtsprechung über die Voraussetzungen eines erfolgreichen Antrags. Das BAG ist im einstweiligen Verfügungsverfahren nicht zuständig, so dass Arbeitgeber mit divergierenden Entscheidungen der Landesarbeitsgerichte leben und umgehen müssen. Insbesondere für den Antrag auf Abbruch der Wahl bestehen daher unterschiedliche Voraussetzungen. Während einige Gerichte davon ausgehen, dass eine einstweilige Verfügung zum Abbruch einer Betriebsratswahl nur dann gerechtfertigt ist, wenn die Wahl nichtig ist, halten andere Gerichte eine einstweilige Verfügung schon dann für gerechtfertigt, wenn zumindest eine erfolgreiche Wahlanfechtung wegen unkorrigierbarer, feststehender Wahlfehler mit Sicherheit zu erwarten ist. Sofern die Erwirkung einer einstweiligen Verfügung in Betracht gezogen wird, sollten daher im Vorfeld Erkundigungen eingeholt werden, in welche Richtung das zuständige Landesarbeitsgericht tendiert.

In der Praxis ist zudem daran zu denken, dass im Verlauf eines Verfahrens auch eine vergleichsweise Einigung erfolgen kann und daher auch in Fällen, in denen der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung wegen der jeweiligen Rechtsansicht des zuständigen Landesarbeitsgerichts keinen Erfolg verspricht, durch die Einleitung eines einstweiligen Verfügungsverfahrens ein Einigungsprozess in Gang gesetzt werden kann. Auch so kann unter Umständen ein späteres Anfechtungsverfahren vermieden werden.



**Bernd Klemm**

Partner, München

T +49 (0) 89 29012 171

bernd.klemm@hoganlovells.com



**Dr. Thomas Frank**

Senior Associate, München

T +49 (0) 89 29012 171

thomas.frank@hoganlovells.com

# Aktuelles Urteil Arbeitsrecht

## Drei Jahre Kündigungsfrist? Zu lang!

**Die Industrie beklagt immer öfter, dass in einigen Berufsfeldern ein flächendeckender Fachkräftemangel bestünde. Amtlich bestätigt wird dies durch die Bundesagentur für Arbeit. Häufig wollen Arbeitgeber deshalb ihre Mitarbeiter durch lange Kündigungsfristen an das Unternehmen binden. Doch hält eine mehrjährige Kündigungsfrist einer rechtlichen Überprüfung stand? Hiermit befasste sich das Bundesarbeitsgericht (BAG).**

### Der Fall

Ausgangspunkt des Rechtsstreits war eine Eigenkündigung des beklagten Arbeitnehmers, welcher als Speditionskaufmann bei der klagenden Arbeitgeberin beschäftigt war. Die Parteien hatten in ihrem Arbeitsvertrag eine beidseitige Kündigungsfrist von drei Jahren zum Monatsende vereinbart, welche dem Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen unterlag. Nach Ausspruch der Kündigung stritten sie über die Wirksamkeit dieser Kündigungsfrist. Während die Arbeitgeberin beim Arbeitsgericht die Feststellung des Fortbestands des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf dieser drei Jahre beantragte, hielt der beklagte Arbeitnehmer die Länge der Kündigungsfrist für unangemessen benachteiligend.

### Die Entscheidung

Das BAG bestätigte mit Urteil vom 26. Oktober 2017, Az. 6 AZR 158/16, die Entscheidung des LAG Sachsen, das die dreijährige Kündigungsfrist dem Arbeitnehmer folgend als unangemessen benachteiligend angesehen und deswegen als unwirksam erachtet hatte (§ 307 Abs. 1 S. 1 BGB).

Das LAG Sachsen urteilte, dass eine dreijährige Kündigungsfrist mit erheblichen Nachteilen für den Arbeitnehmer verbunden sei. In der Praxis führe eine dreijährige Kündigungsfrist für einen „gewöhnlichen“ Arbeitnehmer dazu, dass er bei Kündigungsausspruch noch keine Anschlussbeschäftigung eingehen könne. So suche kaum ein Arbeitgeber, der einen „gewöhnlichen“ Arbeitsplatz besetzen müsse, einen Mitarbeiter für einen so weit in der Zukunft liegenden Zeitpunkt. Deshalb laufe auch der Vorteil des Arbeitnehmers, sich aufgrund

einer längeren Kündigungsfrist frühzeitig um eine neue Arbeitsstelle kümmern zu können, bei einer Zeitspanne von drei Jahren faktisch leer. Der Arbeitnehmer sei daher bei einer Eigenkündigung immer der Gefahr der späteren Arbeitslosigkeit ausgesetzt.

Zusätzlich führe die Möglichkeit einer Kombination aus dreijähriger Kündigungsfrist mit der Möglichkeit einer sofortigen Freistellung dazu, dass sich die Chancen des Arbeitnehmers auf die Erlangung einer Abschlussbeschäftigung (weiter) verschlechterten. Eine dreijährige Freistellung sei faktisch vergleichbar mit einer mehrjährigen Arbeitslosigkeit, welche die Vermittlungschancen auf dem Arbeitsmarkt erheblich verringere.

Die beschriebenen Nachteile können auch nicht durch berechtigte Interessen des Arbeitgebers oder durch gleichzeitige Vorteile des Arbeitnehmers aufgewogen werden. Zwar ermögliche eine längere Kündigungsfrist es, besonders gute Mitarbeiter zu binden und geeignetes neues Personal zu finden. Allerdings könne man insbesondere bei einem Speditionsunternehmen wie dem der hier klagenden Arbeitgeberin kaum annehmen, dass sie drei Jahre benötige, um nach der Eigenkündigung des Arbeitnehmers neue geeignete Mitarbeiter einzustellen und einzuarbeiten. Ebenfalls sei die mit der nachträglich vereinbarten Kündigungsfrist gleichzeitig beschlossene Gehaltserhöhung nicht geeignet, die Nachteile des Arbeitnehmers aufzuwiegen.

### Praxistipp

Es handelt sich bei diesem BAG-Urteil um eine Einzelfallentscheidung. So steht insbesondere nicht fest, ob das BAG nicht anders entscheiden würde, wenn es sich um besonders herausgehobene Positionen oder um ein sehr spezielles Marktsegment handelt. Gleichwohl dürfte gelten, dass eine mehrjährige Kündigung grundsätzlich eine unangemessene Benachteiligung darstellt und nur ausnahmsweise durch besondere Umstände gerechtfertigt sein kann. Der Arbeitgeber sollte deshalb genauestens prüfen, welche Kündigungsfristen er im Einzelfall zur Absicherung des Unternehmens tatsächlich braucht. Denn sollte der Arbeitgeber eine zu

lange Kündigungsfrist vereinbart haben und deshalb die Klausel unwirksam sein, dann gilt die gesetzliche Regelung, wonach der Arbeitnehmer mit einer Frist von vier Wochen zum Fünfzehnten oder zum Ende eines Kalendermonats kündigen kann (§ 622 Abs. 1 BGB).

**Justus Frank**

Associate, Düsseldorf  
T +49 (0) 211 1368 494  
justus.frank@hoganlovells.com

**Dr. Sabrina Gäbeler**

Senior Associate, Frankfurt am Main  
T +49 (0) 69 96236 322  
sabrina.gaebeler@hoganlovells.com

# Aktuelles Urteil betriebliche Altersversorgung

## Begründung und Beendigung einer VBL-Beteiligung

**Der Bundesgerichtshof hat festgestellt, dass ein Beteiligungsverhältnis mit der Versorgungsanstalt des Bundes und der Länder (VBL) unter Umständen durch schlüssiges Verhalten zustande kommen kann und dass die außerordentliche Kündigung einer Beteiligung durch die VBL nicht auf die Satzungsbestimmungen des Jahres 2010 gestützt werden kann (BGH vom 21. Juni 2017, IV ZR 394/14).**

### Sachverhalt

Ein Kreisverband des Deutschen Roten Kreuzes hatte im Jahr 1978 bei seinem Landesverband beantragt, dass seine Mitarbeiter bei der VBL versichert werden. Der Landesverband hatte einen entsprechenden Antrag bei der Bundesorganisation des Deutschen Roten Kreuzes gestellt. Das Generalsekretariat (vermutlich der Bundesorganisation; der Sachverhalt ist insoweit unklar wiedergegeben) hatte an die VBL Fotokopien der zwei Schreiben weitergeleitet, aus denen ersichtlich sei, dass der Kreisverband *„das Generalsekretariat beauftragt hat, die Versicherung für seine Arbeitnehmer durchzuführen“*. Die VBL hatte daraufhin dem Generalsekretariat eine Kontonummer für den Kreisverband mitgeteilt. Ab dem 26. März 2008 teilte dann der Kreisverband der VBL mit, dass *„der gesamte Beleg- und Schriftverkehr sowie sämtliche Meldungen und Bezahlungen“* über ihn abzuwickeln sei.

Zuvor waren zum 31. Dezember 2005 194 Pflichtversicherte vom Kreisverband abgemeldet worden. Weitere 135 Arbeitnehmer waren von zwei Ausgliederungen in eine gemeinnützige GmbH zum 1. Januar 2006 und 2007, sowie eine dritte Ausgliederung auf eine weitere GmbH zum 1. Januar 2009 betroffen. Verhandlungen über die Beteiligung dieser neu gegründeten GmbHs blieben ohne Ergebnis. Daraufhin kündigte die VBL die Beteiligung des Kreisverbandes zum 28. Februar 2010 außerordentlich. Die VBL berief sich dabei auf ihre Satzungsregelung, die als wichtigen Grund für eine außerordentliche Kündigung den Fall regelt, dass *„ein Beteiligter einen wesentlichen Teil der über*

*ihn Pflichtversicherten auf einen oder mehrere Arbeitgeber übertragen hat, der/die an der VBL nicht beteiligt ist/sind“*.

Der Kreisverband wollte gerichtlich feststellen lassen, dass zu keinem Zeitpunkt ein Beteiligungsverhältnis zur VBL bestanden hatte und daher eine Rückabwicklung zu erfolgen habe. Hilfsweise begehrte er die Feststellung, dass die außerordentliche Kündigung der VBL unwirksam war. Hintergrund war vermutlich, dass der Kreisverband im Fall einer Kündigung eine nicht unerhebliche Gegenwertzahlung an die VBL hätte leisten müssen.

### Die Entscheidung

Nach Auffassung des BGH bestand ein Beteiligungsverhältnis. Dieses wurde durch die außerordentliche Kündigung nicht beendet.

Die Richter führen aus, dass das Beteiligungsverhältnis durch schlüssiges Verhalten zustande gekommen sei, so dass eine Rückabwicklung nicht möglich sei. Die Beteiligung an der VBL ergebe sich aus dem Schriftverkehr. Auch die Bitte des Kreisverbandes vom 26. März 2008, die Korrespondenz künftig unmittelbar mit ihm zu führen, könne als Indiz dafür gewertet werden, dass der Kreisverband vom Bestehen seiner Beteiligung ausgegangen sei. Mit der Bestätigung der Anmeldung durch Übermittlung der Kontonummer sei dem Schriftformerfordernis der VBL-Satzung nach Auffassung des BGH genüge getan.

Sollte der Kreisverband nach den Satzungsbestimmungen gar nicht beteiligtenfähig gewesen sei, so sei dies unerheblich. Die Regelungen über die Beteiligtenfähigkeit richte sich nicht an potentielle Beteiligte, sondern an die Organ der VBL, und bezwecke insbesondere nicht, eine Beteiligung an der VBL zu verhindern.

Die Kündigung der VBL sahen die Karlsruher Richter allerdings als unwirksam an, weil die Kündigungsregelung in der Satzung unwirksam sei. Sie sei intransparent, weil sie nicht genau genug beschreibe, unter welchen Voraussetzungen die VBL zu einer außerordentlichen Kündigung berechtigt

sein solle (vgl. § 306 Abs. 1 Satz 2 BGB). Die Kündigung solle möglich sein, wenn ein „wesentlicher Teil“ der Pflichtversicherten auf einen oder mehrere Arbeitgeber übertragen werden, ohne dass aber ersichtlich ist, wie der wesentliche Teil der Pflichtversicherten zu bestimmen sei (z.B. Kopfbzahl oder Lohnsumme). Auch fehle ein Anhaltspunkt ab wann eine Übertragung „wesentlich“ ist.

Schließlich monierten die Richter, dass die Klausel keine zeitliche Begrenzung enthalte, so dass nicht zwingend an den Versichertenbestand vor der jeweiligen Ausgliederungsmaßnahme anzuknüpfen sei, sondern auch sämtliche Strukturmaßnahmen und etwaige Personalzuwächse seit Beginn der Beteiligung zu berücksichtigen sein könnten. Zudem könnte der Arbeitgeber der Regelung nicht entnehmen, ob die VBL auch dann zur Kündigung berechtigt sein soll, wenn er Ausgliederungen vernehme, die durch Personalaufstockungen in anderen Bereichen ausgeglichen werden. Das Gericht kommt zu dem Schluss, dass sich die beteiligten Arbeitgeber nicht darauf einstellen können, ob von ihnen geplante Umstrukturierungen eine außerordentliche Kündigung seitens der VBL nach sich ziehen können.

### Fazit

Für die Begründung einer Beteiligung bei der VBL kann es ausreichen, wenn die VBL eine Kontoverbindung für den Beteiligten zur Verfügung stellt. Insbesondere zeigt sich aber – nicht zum ersten Mal – dass die Satzungsbestimmungen der VBL einer Inhaltskontrolle nicht standhalten. Die satzungsmäßigen Rechte, auf die sich die VBL beruft, sind daher regelmäßig kritisch zu hinterfragen. Dies dürfte auch für die eine oder andere Satzungsbestimmung verschiedener Zusatzversorgungskassen gelten.



**Dr. Thomas Frank**

Senior Associate, München

T +49 (0) 89 29012 171

thomas.frank@hoganlovells.com

# Newsletterarchiv

<b>2015</b>	<b>Schwerpunktthema</b>
Dezember	Der AÜG-Referentenentwurf – Neue Einschränkungen bei Leiharbeit sowie Werk- und Dienstverträgen geplant
<b>2016</b>	<b>Schwerpunktthema</b>
Januar	Entsendung von Mitarbeitern ins Ausland
Februar	Mehr Lohngerechtigkeit zwischen Frauen und Männern – Was bringt der Referentenentwurf des Entgeltgleichheitsgesetzes?
März	Im Dickicht der Zuständigkeiten der Betriebsräte – Zwischen Einzel-, Gesamt- und Konzernbetriebsrat: den richtigen Verhandlungspartner suchen und finden
April	Betriebliches Eingliederungsmanagement: Ein wirksames Mittel gegen krankheitsbedingte Störungen des Arbeitsverhältnisses?
Mai	Zielvereinbarungen und Zielvereinbarungsgespräche
Juni	Low Performance
Juli	Mitbestimmung des Betriebsrats bei Performance Management Systemen
August	„BAV 2018“ – Was ist jetzt zu tun?
September	Incentives – gezielter Einsatz oder „Gießkannenprinzip“?
Oktober	Arbeits- und datenschutzrechtliche Anforderungen an die Implementierung von Talent Management Systemen
November	Reform des Personaleinsatzes – Durchbruch oder Rückschritt?
Dezember	Trennungsmanagement - Zur erfolgreichen Umsetzung von Personalentscheidungen
<b>2017</b>	<b>Schwerpunktthema</b>
Januar	Gesetzliche Neuregelungen im Arbeitsrecht 2017
Februar	Die ewige Gretchenfrage: Freier Mitarbeiter oder Arbeitnehmer?
März	Das "neue" Entgelttransparenzgesetz – ein Update
April	Kleider machen Unternehmen
Mai	Matrix-Strukturen im Arbeitsrecht
Juni	Der neue Beschäftigtendatenschutz kommt: Das Wichtigste auf einen Blick
Juli	Compliance-Ermittlungen und Korrektur von Erklärungen bei der Besteuerung von Arbeitnehmern
August	Pensionsverpflichtungen und M&A – Teil 1: Versorgungswerk des Verkäufers
September	Pensionsverpflichtungen und M&A – Teil 2: Versorgungswerk des Verkäufers
Oktober	Altersgrenzen im Arbeitsrecht

# Ihre Ansprechpartner

## Düsseldorf

---

Kennedydamm 24  
40476 Düsseldorf

T +49 (0) 211 1368 0  
F +49 (0) 211 1368 100

Dr. Tim Gero Joppich

[tim.joppich@hoganlovells.com](mailto:tim.joppich@hoganlovells.com)

---

Stefan Richter

[stefan.richter@hoganlovells.com](mailto:stefan.richter@hoganlovells.com)

---

Charlotte Neubauer

[charlotte.neubauer@hoganlovells.com](mailto:charlotte.neubauer@hoganlovells.com)

---

Justus Frank

[justus.frank@hoganlovells.com](mailto:justus.frank@hoganlovells.com)

---

## Frankfurt

---

Untermainanlage 1  
60329 Frankfurt am Main

T +49 (0) 69 96236 0  
F +49 (0) 69 96236 100

Dr. Kerstin Neighbour

[kerstin.neighbour@hoganlovells.com](mailto:kerstin.neighbour@hoganlovells.com)

---

Tim Wybitul

[tim.wybitul@hoganlovells.com](mailto:tim.wybitul@hoganlovells.com)

---

Dr. Wolf-Tassilo Böhm

[wolf.boehm@hoganlovells.com](mailto:wolf.boehm@hoganlovells.com)

---

Dr. Sabrina Gäbeler

[sabrina.gaebeler@hoganlovells.com](mailto:sabrina.gaebeler@hoganlovells.com)

---

Dr. Nadine Kramer

[nadine.kramer@hoganlovells.com](mailto:nadine.kramer@hoganlovells.com)

---

Dr. Lukas Ströbel

[lukas.stroebel@hoganlovells.com](mailto:lukas.stroebel@hoganlovells.com)

---

Isabelle Brams

[isabelle.brams@hoganlovells.com](mailto:isabelle.brams@hoganlovells.com)

---

## Hamburg

---

Alstertor 21  
20095 Hamburg

T +49 (0) 40 41993 0  
F +49 (0) 40 41993 200

Dr. Eckard Schwarz

[eckard.schwarz@hoganlovells.com](mailto:eckard.schwarz@hoganlovells.com)

---

Matthes Schröder

[matthes.schroeder@hoganlovells.com](mailto:matthes.schroeder@hoganlovells.com)

---

Dr. Leif Hansen

[leif.hansen@hoganlovells.com](mailto:leif.hansen@hoganlovells.com)

---

Marco Neugeboren

[marco.neugeboren@hoganlovells.com](mailto:marco.neugeboren@hoganlovells.com)

---

---

**Hamburg**

---

Julia Fiedler

[julia.fiedler@hoganlovells.com](mailto:julia.fiedler@hoganlovells.com)

---

Fabian Ernst

[fabian.ernst@hoganlovells.com](mailto:fabian.ernst@hoganlovells.com)

---

---

**München**

---

Karl-Scharnagl-Ring 5  
80539 MünchenT +49 (0) 89 29012 0  
F +49 (0) 89 29012 222

Dr. Ingrid Ohmann-Sauer

[ingrid.ohmann@hoganlovells.com](mailto:ingrid.ohmann@hoganlovells.com)

---

Dr. Hendrik Kornbichler

[hendrik.kornbichler@hoganlovells.com](mailto:hendrik.kornbichler@hoganlovells.com)

---

Bernd Klemm

[bernd.klemm@hoganlovells.com](mailto:bernd.klemm@hoganlovells.com)

---

Dr. Lars Mohnke

[lars.mohnke@hoganlovells.com](mailto:lars.mohnke@hoganlovells.com)

---

Dr. Thomas Frank

[thomas.frank@hoganlovells.com](mailto:thomas.frank@hoganlovells.com)

---

Dr. Silvia Lang

[silvia.lang@hoganlovells.com](mailto:silvia.lang@hoganlovells.com)

---

Moritz Langemann

[moritz.langemann@hoganlovells.com](mailto:moritz.langemann@hoganlovells.com)

---

Dr. Werner Thienemann

[werner.thienemann@hoganlovells.com](mailto:werner.thienemann@hoganlovells.com)

---

Anna Huber

[anna.huber@hoganlovells.com](mailto:anna.huber@hoganlovells.com)

---

Dr. Angelika Hafenmayer

[angelika.hafenmayer@hoganlovells.com](mailto:angelika.hafenmayer@hoganlovells.com)

---

Dr. Reimo R. Richarz

[reimo.richarz@hoganlovells.com](mailto:reimo.richarz@hoganlovells.com)

---

Dr. Philipp Lammers

[philipp.lammers@hoganlovells.com](mailto:philipp.lammers@hoganlovells.com)

---

Katrin Maily

[katrin.maily@hoganlovells.com](mailto:katrin.maily@hoganlovells.com)

---

Alicante  
Amsterdam  
Baltimore  
Birmingham  
Boston  
Brüssel  
Budapest  
Caracas  
Colorado Springs  
Denver  
Dubai  
Düsseldorf  
Frankfurt am Main  
Hamburg  
Hanoi  
Ho Chi Minh Stadt  
Hongkong  
Houston  
Jakarta  
Johannesburg  
London  
Los Angeles  
Louisville  
Luxemburg  
Madrid  
Mailand  
Mexiko-Stadt  
Miami  
Minneapolis  
Monterrey  
Moskau  
München  
New York  
Northern Virginia  
Paris  
Peking  
Perth  
Philadelphia  
Rio de Janeiro  
Rom  
San Francisco  
São Paulo  
Schanghai  
Schanghai FTZ  
Silicon Valley  
Singapur  
Sydney  
Tokio  
Ulaanbaatar  
Warschau  
Washington, D.C.  
Zagreb

Unsere Büros  
Kooperationsbüros

[www.hoganlovells.com](http://www.hoganlovells.com)

"Hogan Lovells" oder die "Sozietät" ist eine internationale Anwaltssozietät, zu der Hogan Lovells International LLP und Hogan Lovells US LLP und ihnen nahestehende Gesellschaften gehören.

Die Bezeichnung "Partner" beschreibt einen Partner oder ein Mitglied von Hogan Lovells International LLP, Hogan Lovells US LLP oder einer der ihnen nahestehenden Gesellschaften oder einen Mitarbeiter oder Berater mit entsprechender Stellung. Einzelne Personen, die als Partner bezeichnet werden, aber nicht Mitglieder von Hogan Lovells International LLP sind, verfügen nicht über eine Qualifikation, die der von Mitgliedern entspricht.

Weitere Informationen über Hogan Lovells, die Partner und deren Qualifikationen, finden Sie unter [www.hoganlovells.com](http://www.hoganlovells.com).

Sofern Fallstudien dargestellt sind, garantieren die dort erzielten Ergebnisse nicht einen ähnlichen Ausgang für andere Mandanten. Anwaltswerbung. Abbildungen von Personen zeigen aktuelle oder ehemalige Anwälte und Mitarbeiter von Hogan Lovells oder Models, die nicht mit der Sozietät in Verbindung stehen.

©Hogan Lovells 2018. Alle Rechte vorbehalten.