



## Newsletter Arbeitsrecht

**News zum Jahresende:  
Aktuelle Entwicklungen, die Sie kennen sollten!**

**Reform des Fremdpersonaleinsatzes**

**AGG: Benachteiligung bei der Bewerberauswahl  
wegen Transsexualität**

**Einschränkung des Geltungsbereichs einer  
Betriebsvereinbarung**

November 2016

# Inhalt

Editorial	1
Interview	2
Reform des Fremdpersonaleinsatzes	4
Aktuelles Urteil Arbeitsrecht	10
Aktuelles Urteil betriebliche Altersversorgung	12
Veranstaltungskalender	13
Newsletterarchiv	15
Hogan Lovells e-Newsletter	16
Ihre Ansprechpartner	17

# Editorial

Liebe Leserin,  
lieber Leser,

geht es Ihnen auch so? Mit leichtem Staunen schaut man auf den Kalender und stellt fest, dass sich ein Jahr schon wieder dem Ende neigt. Wir haben nun November und damit befinden sich viele von Ihnen bereits im "Jahresendspurt" vor den herannahenden Weihnachtsfeiertagen. Wir hoffen, Sie finden dennoch die Zeit, um ein wenig inne zu halten, die wesentlichen Entwicklungen des Jahres 2016 Revue passieren zu lassen und einen kurzen Ausblick auf Kommendes anzustellen. Unsere Frankfurter Kollegin Dr. Nadine Kramer möchte Ihnen dies im Interview dieser Newsletter Ausgabe mit einem Überblick über wichtige arbeitsrechtliche Entscheidungen, die in diesem Jahr publik wurden, sowie für das Jahr 2017 anstehende gesetzliche Neuregelungen erleichtern.

Ganz in diesem Zeichen widmet sich auch der Hauptbeitrag dieser Ausgabe den gesetzlichen Neuerungen, die durch die Reform des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG) zum 1. April 2017 in Kraft treten werden. Diese betreffen nicht nur die Einführung einer Höchstüberlassungsdauer, Änderungen beim Equal Pay sowie das Verbot des Einsatzes von Leiharbeitnehmern als Streikbrecher. Zudem werden die Abgrenzung zwischen Arbeitnehmerüberlassung und Werk-/ Dienstleistungsverträgen sowie der Umgang mit "verdeckter Arbeitnehmerüberlassung" nach Wegfall der Rettungs-/ Schutzschirmlösung Unternehmen beim Einsatz von Fremdpersonal vor neue Hürden stellen.

In der Rubrik "Aktuelles Urteil Arbeitsrecht" stellt Ihnen Dr. Nadine Kramer eine Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts (BAG) zum Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG) vor. Nachdem es in der letzten Newsletter Ausgabe im Oktober um AGG-Hopper ging, steht dieses Mal die Frage der

Benachteiligung eines Bewerbers wegen Transsexualität im Vordergrund.

Unsere Experten des Betriebsrentenrechts stellen Ihnen eine aktuelle Entscheidung des BAGs zur Einschränkung individualvertraglich geregelter Versorgungszusagen durch eine zeitlich nachgelagerte Betriebsvereinbarung vor.

Zu guter Letzt bleibt uns nur noch auf die letzte Veranstaltung der Reihe "Update Arbeitsrecht Herbst 2016" in diesem Jahr am 29. November 2016 in Frankfurt hinzuweisen. Wer sich kurzentschlossen noch anmelden möchte, findet die entsprechenden Informationen auf S. 13 dieses Newsletters.

Eine interessante Lektüre wünscht Ihnen

Ihre Hogan Lovells Praxisgruppe Arbeitsrecht

## Interview

News zum Jahresende: Aktuelle Entwicklungen, die Sie kennen sollten!



**Dr. Nadine Kramer**  
Senior Associate, Frankfurt am Main  
T +49 (69) 96236 331  
nadine.kramer@hoganlovells.com

**Das Jahr neigt sich dem Ende. Zeit, um kurz inne zu halten, die wesentlichen Entwicklungen Revue passieren zu lassen und einen kurzen Ausblick auf Kommendes anzustellen. Im Folgenden werden wichtige arbeitsrechtliche Entscheidungen kurz dargestellt sowie ein Überblick über anstehende gesetzliche Neuregelungen gegeben. Über welche gesetzlichen Reformen sprechen wir hier denn genau?**

**Dr. Nadine Kramer:** Die wichtigste Reform betrifft das **Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG)**, der sich auch der Hauptbeitrag dieses Newsletters widmet. Diese wird zwar erst zum 1. April 2017 in Kraft treten, dennoch bleibt Unternehmen, die Leiharbeiter einsetzen, "unter dem Strich" nur wenig Zeit, ihre bisherige Praxis an die neuen gesetzlichen Vorgaben anzupassen.

Weiter ist die Änderung des **§ 309 Nr. 13 BGB** zu nennen, der künftig die Textform für rechtlich relevante Erklärungen genügen lässt und dadurch vor allem zu Anpassungsbedarf bei neu abzuschließenden (Standard-)Arbeitsverträgen und wohl auch bei Vertragsänderungen führt.

Des Weiteren soll das **Mutterschutzgesetz (MuSchG)** durch eine Ausweitung des Anwendungsbereichs sowie einer Verpflichtung zur abstrakten Gefährdungsbeurteilung für jeden Arbeitsplatz novelliert werden.

Außerdem liegt ein Entwurf des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (BMFSFJ) zum sogenannten "**Entgeltgleichheitsgesetz**" vor, welches zur Herstellung von mehr Lohn-gerechtigkeit zwischen Frauen und Männern beitragen soll. Im Zentrum steht dabei die Erzielung einer größeren Transparenz beim Entgelt durch Auskunftsansprüche, die durch den Arbeitgeber,

den Betriebsrat oder Vertreter der Tarifvertragsparteien erfüllt werden müssen.

Zudem wurde Ende Oktober auch das sogenannte "**Flexirentengesetz**" vom Bundestag verabschiedet, dessen Neuregelungen zum Teil zum Jahresbeginn bzw. erst zur Jahresmitte 2017 in Kraft treten werden. Hierzu zählt u.a. die verbesserte Möglichkeit, vor Erreichen der Regelaltersgrenze eine Teilzeitarbeit durch eine Teilrente zu ergänzen. Auch die Weiterarbeit über die (Regel-)Altersgrenze hinaus wird attraktiver, denn wer zukünftig auf die bestehende Versicherungsfreiheit verzichten, kann so weitere Entgeltpunkte und damit einen höheren Rentenanspruch in der gesetzlichen Rentenversicherung erwerben. Darüber hinaus wird die Beschäftigung älterer Arbeitnehmer für Unternehmen attraktiver gestaltet, weil der bisher anfallende gesonderte Arbeitgeberbeitrag zur Arbeitslosenversicherung für Beschäftigte jenseits der Regelaltersgrenze für fünf Jahre entfällt.

Im Kontext der rentenrechtlichen Änderungen ist auch der von dem Bundesministerium für Arbeit und Soziales (BMAS) gemeinsam mit dem Bundesministerium der Finanzen (BMF) erarbeitete Referentenentwurf eines Gesetzes zur Stärkung der betrieblichen Altersversorgung (**Betriebsrentenstärkungsgesetz**), der am 4. November 2016 in die Ressortabstimmung gegeben wurde, zu nennen. Dieser zielt darauf, die Verbreitung der betrieblichen Altersvorsorge insbesondere in kleinen und mittleren Unternehmen und bei Geringverdienenden zu stärken. Die Änderungen betreffen nicht nur das Betriebsrentengesetz (BetrAVG), sondern auch die steuer- und sozialrechtlichen Rahmenbedingungen der betrieblichen Altersversorgung.

Schließlich ist die **EU-Datenschutzgrund-Verordnung** am 25. Mai 2016 in Kraft getreten. Sie findet in Deutschland nach einer Übergangsfrist von zwei Jahren und damit ab dem 25. Mai 2018 Anwendung. Da mit diesem Thema ganze Bücher gefüllt werden können, verweise ich an dieser Stelle auf das Interview in der Oktober-Ausgabe unseres Newsletters.

**Das sind ja interessante Neuigkeiten zur Gesetzgebung. Gibt es auch neuere Entwicklungen in der Rechtsprechung?**

**Dr. Nadine Kramer:** Natürlich. Es vergeht kaum ein Jahr, in dem uns die Arbeitsgerichte nicht mit mehr oder minder erfreulichen Entscheidungen versorgen. So hat das Bundesarbeitsgericht (BAG) beispielsweise mit Urteil vom 25. Mai 2016 (Az. 2 AZR 345/15) entschieden, dass eine abschließende Stellungnahme des Betriebsrats, die den Ausspruch einer Kündigung vor Ablauf der Wochenfrist des § 102 Abs. 2 S. 1 BetrVG ermöglicht (bzw. der Drei-Tages-Frist bei einer außerordentlichen Kündigung), nur vorliegt, wenn der Arbeitgeber sich aufgrund besonderer Anhaltspunkte darauf verlassen darf, dass sich der Betriebsrat bis zum Ablauf der Frist des § 102 Abs. 2 S. 1 und Abs. 3 BetrVG nicht mehr äußern wird.

**Was ist daran neu? Galt nicht schon immer der Grundsatz, dass der Arbeitgeber die Kündigung vor Ablauf der Stellungnahmefrist für den Betriebsrat erklären darf, wenn dieser eine abschließende Stellungnahme abgegeben hat?**

**Dr. Nadine Kramer:** Ja, das ist richtig. Allerdings hat das BAG bislang angenommen, dass eine abschließende Stellungnahme des Betriebsrats schon dann vorliege, wenn dieser keine weitere Erörterung mehr wünsche. Dies gilt nach der aktuellen Rechtsprechung nicht mehr. Es bedarf vielmehr sicherer Anhaltspunkte dafür, dass sich der Betriebsrat in keinem Fall mehr – auch nicht ergänzend – zu der Kündigungsabsicht äußern wird. Wenn solche fehlen, sollte der Arbeitgeber, der die Kündigung vor Ablauf der Stellungnahmefrist des Betriebsrats erklären will, bei dem Betriebsratsvorsitzenden nachfragen und um entsprechende Klarstellung bitten. Auf dessen Auskunft darf er sich dann aber verlassen. Bei der Mitteilung, dass die Stellungnahme des Betriebsrats abschließend ist, darf der Arbeitgeber die Kündigung vor Ablauf der entsprechenden Frist aussprechen. Es bietet sich daher an, bei der Anhörung des Betriebsrats bereits eine Antwortseite vorzusehen, die auch die Option enthält, dass die Stellungnahme des Betriebsrats abschließend ist, welche der Betriebsratsvorsitzen-

de durch Ankreuzen oder sonstiges Kennzeichnen wählen kann.

**Danke für den Tipp! Mindestens ebenso spannend ist aber auch die Frage, wann überhaupt die Chance besteht, eine sozial gerechtfertigte Kündigung zu erklären. Gibt es auch hierzu etwas Neues?**

**Dr. Nadine Kramer:** Ja, das BAG hat sich in einem Urteil vom 19. November 2015 (Az. 2 AZR 217/15) mit der Frage befasst, ob eine ordentliche verhaltensbedingte Kündigung in Betracht kommt, wenn der Arbeitgeber den betroffenen Arbeitnehmer zur Entschuldigung für von ihm getätigte beleidigende Äußerungen auffordert, der Arbeitnehmer dem auch mehr oder weniger nachkommt, der Arbeitgeber aber hiermit nicht zufrieden ist, oder ob das Kündigungsrecht ähnlich wie bei einer Abmahnung verwirkt ist. Hintergrund für den grundsätzlichen Wegfall des Kündigungsrechts bei einer Abmahnung ist, dass in dem Ausspruch einer Abmahnung regelmäßig der konkludente Verzicht auf das Recht zur Kündigung aus den abgemahnten Gründen liegt. Der Arbeitgeber gibt mit einer Abmahnung in aller Regel zu erkennen, dass er das Arbeitsverhältnis noch nicht als so gestört ansieht, als dass er es nicht fortsetzen könnte. Dies gilt allerdings dann nicht, wenn der Abmahnung selbst oder den Umständen zu entnehmen ist, dass der Arbeitgeber die Angelegenheit mit der Abmahnung nicht als "erledigt" ansieht.

Letzteres war in dem dem Urteil zugrunde liegenden Sachverhalt der Fall. Das BAG hat bei der Entscheidung betont, dass für die Beurteilung, ob das Verhalten des Arbeitnehmers im Sinne von § 1 Abs. 2 S. 1 KSchG eine Kündigung bedingt, ein objektiver Maßstab gilt. Maßgeblich ist demnach nicht, ob der Arbeitgeber meint, ihm sei die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht zuzumuten, und ob er weiterhin hinreichendes Vertrauen in den Arbeitnehmer hat. Relevant ist vielmehr, ob ihm die Weiterbeschäftigung – bei der ordentlichen Kündigung auch über den Ablauf der Kündigungsfrist hinaus – aus der Sicht eines objektiven und verständigen Betrachters unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls zumutbar ist oder nicht.

# Reform des Fremdpersonaleinsatzes

## Durchbruch oder Rückschritt?

Welche Assoziation wird mit dem Begriff "Werkvertrag" aktuell verbunden? Etwa ein Vertragsmodell, welches seit Jahrzehnten im BGB verankert ist und sich in der Praxis bewährt hat? Leider nicht. Bereits seit mehreren Jahren wird dieser Vertragstyp als ein Instrument zum Missbrauch und Unterlaufen von Arbeitnehmerschutzstandards angesehen. "Werkverträge" werden meist in einem Zug mit presseträchtigen "Skandalen" genannt. Vor diesem Hintergrund verwundert es nicht, dass sich die Regierungskoalition auf ein Gesetzgebungsverfahren zur Reform des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG) und "gegen den Missbrauch von Werkverträgen" einigte. Das diesbezügliche Gesetzgebungsverfahren steht kurz vor dem Abschluss. Die Beschlussempfehlung des Ausschusses für Arbeit und Soziales wurde am 21. Oktober 2016 von dem Bundestag angenommen. Am 25. November 2016 wird der Bundesrat das Gesetz verabschieden. Es soll am 1. April 2017 in Kraft treten. Wird damit jetzt "alles gut"? Leider lautet die klare Antwort auch hier wieder "Nein". Zwar wurden im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens verfolgte Tendenzen zu einem Rückschritt zu längst geänderten, da als untauglich qualifizierten rechtlichen Regelungen, wie etwa die intendierte Kodifizierung eines Kriterienkatalogs zur Bestimmung der Arbeitnehmereigenschaft überwunden. Allerdings enthält das Gesetz zahlreiche überflüssige Restriktionen und Regelungen.

### 1. Wesentliche Neuregelungen

Die Neuregelungen betreffen sowohl die Arbeitnehmerüberlassung als solche als auch den Einsatz von Fremdpersonal auf der Basis von Werkverträgen. Darüber hinaus werden die Berücksichtigung von Leiharbeitnehmern bei den Schwellenwerten geregelt sowie die Beteiligungsrechte des Betriebsrats des Entleiherbetriebs bezüglich des Fremdpersonaleinsatzes festgeschrieben. Im Einzelnen:

#### 1.1. Änderungen bei der Arbeitnehmerüberlassung

Die Arbeitnehmerüberlassung wird in § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG-E legal definiert. Darüber hinaus wird eine Höchstdauer der Arbeitnehmerüberlassung von 18 Monaten eingeführt (§ 1 Abs. 1 b AÜG-E). Diese

Frist knüpft an die Person des Leiharbeitnehmers (personenbezogene Betrachtung), nicht an den von dem einzelnen Leiharbeitnehmer besetzten Arbeitsplatz (arbeitsplatzbezogene Betrachtung) an. Dies führt dazu, dass derselbe Arbeitsplatz auch länger als 18 Monate mit Leiharbeitnehmern besetzt sein kann, lediglich die Person des Leiharbeitnehmers ist nach 18 Monaten auszuwechseln. Bei der Fristberechnung werden Unterbrechungen der Überlassung an denselben Entleiher nicht berücksichtigt, wenn sie nicht drei Monate übersteigen. Entscheidend ist hierfür allein der Einsatz bei dem Entleiher, unerheblich ist, auf welcher Grundlage dieser stattfindet. Daher ändert auch der Wechsel des Verleihers an dem Fristlauf nichts. Dies bedeutet, dass erst nach einer mindestens dreimonatigen Unterbrechung des Einsatzes bei dem Entleiher die Frist der Überlassungshöchstdauer neu beginnt.

Die Überlassungshöchstdauer kann durch Tarifverträge der Einsatzbranche für tarifgebundene Entleiher verkürzt oder ausgedehnt werden. Im Geltungsbereich eines solchen Tarifvertrags kann die abweichende tarifvertragliche Regelung in Betrieben nicht tarifgebundener Entleiher durch Betriebsvereinbarung inhaltsgleich übernommen werden. Ferner kann ein solcher Tarifvertrag eine Öffnungsklausel für abweichende Regelungen durch Betriebsvereinbarung des tarifgebundenen Entleihers enthalten. Auch nicht tarifgebundene Entleiher können von einer solchen Öffnungsklausel Gebrauch machen, wobei für diese eine Obergrenze von 24 Monaten gilt. Diese Begrenzung findet aber keine Anwendung, wenn der Tarifvertrag selbst eine abweichende Überlassungshöchstdauer für eine Betriebsvereinbarung aufgrund der Öffnungsklausel festlegt. Der Entleiher muss von dem Geltungsbereich dieses Tarifvertrags erfasst sein. Fällt der Betrieb des Entleihers unter den Geltungsbereich mehrerer Tarifverträge, ist auf den repräsentativsten abzustellen. Bei der Feststellung der Repräsentativität soll vorrangig die Zahl der tarifgebundenen Unternehmen sowie der tarifgebundenen Arbeitnehmer maßgeblich sein.

Die Frist beginnt erst mit dem Inkrafttreten der Neuregelungen am 1. April 2017, das bedeutet, dass

die Überlassungshöchstdauer erstmals am 1. Oktober 2018 überschritten werden kann. Die Rechtsfolgen bei einem Verstoß gegen die Überlassungshöchstdauer sind gravierend. Neben der Möglichkeit zur Versagung der Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis wegen Unzuverlässigkeit und der Verhängung einer Geldbuße gegen den Entleiher von bis zu EUR 30.000, wird ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Entleiher und dem Leiharbeitnehmer fingiert. Das Arbeitsverhältnis bleibt nur dann zu dem Verleiher bestehen, wenn der Leiharbeitnehmer von dem ihm eingeräumten Widerspruchsrecht Gebrauch macht. Mit diesem Widerspruchsrecht, welches in Form einer sogenannten "Festhaltenserklärung" ausgeübt werden muss, stellt der Gesetzgeber aber gleichzeitig erhebliche bürokratische Hürden für die Praxis auf.

Relevante Neuerungen ergeben sich auch bei der Gleichstellung der Leiharbeitnehmer mit der Stammbesellschaft. Der Equal-Pay-Grundsatz wird erheblich verschärft. Eine dauerhafte Abweichung durch Tarifvertrag wird zukünftig nicht mehr möglich sein. Von dem Grundsatz der Gleichheit der wesentlichen Arbeitsbedingungen kann grundsätzlich nur für die ersten neun Monate der Überlassung durch Tarifvertrag abgewichen werden. Darüber hinausgehende Abweichungen sollen nur möglich sein, wenn für das Arbeitsverhältnis ein (Branchen-)Zuschlagstarifvertrag gilt, der nach einer Einarbeitungszeit von längstens sechs Wochen eine stufenweise Heranführung des Arbeitsentgelts an das vergleichbare tarifvertragliche Arbeitsentgelt in der Einsatzbranche vorsieht. Die Tarifvertragsparteien der Zeitarbeitsbranche haben hierzu das gleichwertige tarifvertragliche Arbeitsentgelt vergleichbarer Arbeitnehmer in der Einsatzbranche festzulegen. Dieses müssen die Leiharbeitnehmer spätestens nach 15 Monaten erreichen. Kurzfristige Unterbrechungen des Einsatzes bei demselben Entleiher werden wie bei der Frist der Überlassungshöchstdauer nicht berücksichtigt. Solche liegen vor, wenn die Unterbrechung nicht mindestens drei Monate beträgt.

Eine weitere wesentliche Neuregelung besteht in der Festschreibung eines Verbots von Leiharbeit-

nehmern als Streikbrecher. Über das bisherige Leistungsverweigerungsrecht des Leiharbeitnehmers bei einem Streik verbunden mit einer entsprechenden Hinweispflicht des Verleihers hinaus, ist dem Entleiher künftig verboten, Leiharbeitnehmer als Streikbrecher einzusetzen. Bei einem Verstoß gegen dieses Einsatzverbot droht dem Entleiher die Verhängung eines Bußgelds von bis zu EUR 500.000.

### **1.2. Änderungen beim Einsatz auf der Grundlage von Werkverträgen**

Bisher konnte sich der Auftragnehmer bei einem als Werkvertrag konzipierten Einsatz, der sich tatsächlich bereits von Beginn an oder im Laufe der Vertragsbeziehung als Arbeitnehmerüberlassung darstellte (sogenannte verdeckte Arbeitnehmerüberlassung) auf eine erteilte Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis berufen und so die Fiktion eines Arbeitsverhältnisses des Leiharbeitnehmers zum Auftraggeber verhindern. Diese Wirkung einer vorhandenen Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis wurde vom Bundesarbeitsgericht (BAG) jüngst ausdrücklich auch für den Fall einer verdeckten Arbeitnehmerüberlassung bestätigt (Urteil v. 12. Juli 2016 – 9 AZR 352/15). Dies ist künftig nicht mehr möglich. Eine vorhandene Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis (oft auch als "Vorratserlaubnis" bezeichnet) ist nur noch beachtlich, wenn der Vertrag, der dem Einsatz des Arbeitnehmers zugrunde liegt, als Arbeitnehmerüberlassung bezeichnet ist, es muss ein ausdrücklicher Hinweis in dem Überlassungsvertrag enthalten sein (§ 1 Abs. 1 S. 5 AÜG-E; sogenannte Kennzeichnungspflicht). Des Weiteren muss der Leiharbeitnehmer vor der Überlassung darauf hingewiesen werden, dass er als Leiharbeitnehmer tätig werden soll. Außerdem müssen die einzelnen Leiharbeitnehmer vor der Überlassung bezeichnet werden (§ 1 Abs. 1 S. 6 AÜG-E; sogenannte Konkretisierungspflicht).

Bei einem Verstoß gegen diese Offenlegungspflicht sind die Arbeitsverträge zwischen dem Verleiher und den Leiharbeitnehmern künftig unwirksam, es wird ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Entleiher und den Leiharbeitnehmern fingiert, wenn diese nicht von ihrem Widerspruchsrecht Gebrauch machen. Des Weiteren kommt die Verhängung eines

Bußgelds gegenüber dem Verleiher und dem Entleiher in Betracht.

### 1.3. Änderungen bei den Schwellenwerten

Mit Ausnahme des § 112a BetrVG zählen Leiharbeitnehmer künftig bei allen betriebsverfassungsrechtlichen Schwellenwerten mit. Dies gilt auch für das Europäische-Betriebsräte-Gesetz (EBRG). Auch bei den Schwellenwerten, die die Unternehmensmitbestimmung betreffen, etwa nach dem Mitbestimmungsgesetz (MitbestG) oder dem Drittelbeteiligungsgesetz (DrittelbG), zählen Leiharbeitnehmer künftig mit. Bei den Anwendungsschwellenwerten, die darüber entscheiden, ob das jeweilige Gesetz gilt, ist dies jedoch nur der Fall, wenn die Gesamtdauer des Entleihs sechs Monate übersteigt.

### 1.4. Neuregelungen zu den Beteiligungsrechten des Betriebsrats des Entleihers

Die Informationsrechte des Betriebsrats des Entleihers beziehen sich künftig auch auf den Umfang des Einsatzes, den Einsatzort und die Arbeitsaufgaben des Fremdpersonals (§ 80 Abs. 2 S. 1 BetrVG-E). Der Betriebsrat kann in diesem Zusammenhang auch die Vorlage der Verträge, die dem Einsatz des Fremdpersonals zugrunde liegen verlangen. Im Rahmen seines Beteiligungsrechts bei der Personalplanung kann er auch Informationen über einen geplanten Fremdpersonaleinsatz fordern (§ 92 Abs. 1 S. 1 BetrVG-E).

### 1.5. Sonstige Änderungen

Die Geltung des Verbots des Kettenverleihs wird festgeschrieben. Außerdem entfallen statistische Meldepflichten für den Verleiher.

Die Überlassungshöchstdauer stellt einen erheblichen Rückschritt dar. Es gab bereits Überlassungshöchstdauern, die im Zuge der "Hartz-Gesetze" aufgehoben wurde.

Eine Überlassungshöchstdauer ist aber auch nicht erforderlich, um eine angemessenes Schutzniveau zugunsten der Leiharbeitnehmer herzustellen oder ein solches zu verbessern. Sie wird insbesondere den Gegebenheiten in der Praxis nicht gerecht. Nur 25 % der Leiharbeitsverhältnisse besteht statistischen Quellen zufolge neun Monate oder länger.

Mehr als die Hälfte der beendeten Leiharbeitsverhältnisse endet nach weniger als drei Monaten. Inwiefern vor diesem Hintergrund weitere Restriktionen, insbesondere in zeitlicher Hinsicht, etwas an dieser Situation ändern oder diese gar für die Leiharbeitnehmer verbessern könnten, bleibt schleierhaft. Das Gegenteil wird vielmehr der Fall sein. Durch die Überlassungshöchstdauer werden ständig wechselnde Einsätze bei unterschiedlichen Verleihern gerade gefördert. Darüber hinaus ist zu beachten, dass grundsätzlich nach einer Überlassungsdauer von neun Monaten an denselben Verleiher der Gleichstellungsgrundsatz ("Equal Pay") zugunsten des Leiharbeitnehmers eingreift und er damit im Hinblick auf die wesentlichen Arbeitsbedingungen wie ein Stammbeschäftigter des Entleihers behandelt wird. Diesen Schutz verliert er aber, wenn er kurz vor dem Ende der Überlassungshöchstdauer bei dem Entleiher abgezogen und, da der Entleiher ihn nicht einstellen kann oder will, bei einem anderen Entleiher eingesetzt wird oder sogar mangels anderweitiger Beschäftigungsmöglichkeiten von dem Verleiher eine betriebsbedingte Kündigung erhält. Der für die Notwendigkeit der Überlassungshöchstdauer weiter angeführte Schutz der Stammbeslegschaft ist ebenfalls nicht geeignet, diese zu rechtfertigen. Der Einsatz von Leiharbeitnehmern schwächt ihre Position nicht. Im Gegenteil: Nach der Rechtsprechung müssen bei wirtschaftlichen Schwierigkeiten erst die Leiharbeitnehmer abgezogen werden, bevor betriebsbedingte Kündigungen gegenüber den Stammbeschäftigten möglich sind.

Auch aus europarechtlichen Gründen ist eine Überlassungshöchstdauer nicht geboten. Der bisherige Verzicht auf die gesetzliche Festlegung einer Überlassungshöchstdauer wurde vor kurzem von der Europäischen Kommission als zulässig angesehen (Beschwerdeverfahren gegen Deutschland, Az.: CHAP(2015)00716). Sie stellte ein Vertragsverletzungsverfahren ein, dass aufgrund des Umstands, dass das deutsche Recht die unbefristete Arbeitnehmerüberlassung zumindest nicht ausdrücklich verbietet, eingeleitet worden war.

Ebenfalls verfehlt ist die jetzt vorliegende Ausgestaltung des Widerspruchsrechts der Leiharbeitnehmer. Sie wird voraussichtlich zu unnötiger Bürokratie und aufgrund des Aufwands, den der Leiharbeitnehmer hierfür betreiben muss, zu Hemmnissen bei der Ausübung führen. So ist der Widerspruch durch Abgabe einer sogenannten Festhaltenserklärung an dem Arbeitsverhältnis mit dem Verleiher nur wirksam, wenn der Leiharbeitnehmer diese persönlich bei der für die Durchführung des AÜG zuständigen Agentur für Arbeit vorlegt. Diese muss auf der Erklärung das Datum sowie die Identität des vor Ort anwesenden Leiharbeitnehmers vermerken. Hierdurch soll verhindert werden, dass durch den Verleiher oder Entleiher nachträglich ein Datum eingetragen wird, welches nicht dem tatsächlichen Tag der Erklärung entspricht. Zwar soll dieses Verfahren unkompliziert und unbürokratisch umgesetzt werden und keine strenge Prüfung stattfinden. Ob dies auch so in der Praxis gehandhabt wird, bleibt aber abzuwarten. Aufgrund der sehr knappen Fristen (dazu sogleich) wäre dies aber auch angezeigt.

Damit die Erklärung nicht "auf Vorrat" zu Beginn der Überlassung der Agentur für Arbeit vorgelegt wird, ist sie nur wirksam, wenn sie spätestens am dritten Tag nach der Vorlage bei der Agentur für Arbeit dem Ver- oder Entleiher zugeht. Bei einem späteren Zugang ist die Erklärung unwirksam. Der Leiharbeitnehmer ist für die Übermittlung der Erklärung an den Ver- oder Entleiher verantwortlich. Angesichts der verfassungsrechtlichen Bedeutung des Widerspruchsrechts zur Gewährleistung der Berufsfreiheit des Leiharbeitnehmers sowie der Kürze der Frist erscheint es nicht gerechtfertigt, dem Leiharbeitnehmer das Übermittlungsrisiko aufzuerlegen. Es wäre sachgerecht, für die Fristwahrung die rechtzeitige Vornahme der Übermittlungshandlung an den Ver- oder Entleiher ausreichen zu lassen. Auch erscheint es überzogen, die persönliche Vorlage der Erklärung bei der zuständigen Agentur für Arbeit zu verlangen. Wie bei dem Widerspruchsrecht nach § 613a Abs. 6 BGB bei einem Betriebs(teil)übergang hätte die Einhaltung der Schriftform genügt.

Einziges Lichtblick der Regelung der Überlassungshöchstdauer ist, dass für die Fristbestimmung die personenbezogene, nicht die arbeitsplatzbezogene Betrachtungsweise gewählt wurde. Daher ist nach einer 18-monatigen Beschäftigung eines Leiharbeitnehmers auf einem Arbeitsplatz bei einem Wechsel des Leiharbeitnehmers die Fortführung der Leiharbeit auf diesem Arbeitsplatz möglich. Dies wäre bei dem arbeitsplatzbezogenen Ansatz nicht der Fall gewesen. Positiv ist ferner, dass zumindest durch oder aufgrund tariflicher Vereinbarungen Abweichungen von der Überlassungshöchstdauer möglich sind.

Die Fiktion eines Arbeitsverhältnisses bei einer verdeckten Arbeitnehmerüberlassung, bei der der vermeintliche Werkunternehmer über eine Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis verfügt, ist verfehlt. Entgegen der im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens geäußerten Ansicht besteht in dieser Konstellation ein erheblicher Unterschied zu einer ohne entsprechende Erlaubnis durchgeführten Arbeitnehmerüberlassung. Der vermeintliche Werkunternehmer, der über eine Erlaubnis verfügt, hat das Erteilungsverfahren vor der zuständigen Agentur für Arbeit durchlaufen, seine Zuverlässigkeit wurde geprüft. Dies hebt ihn von Verleihern ab, die nicht über die erforderliche Seriosität verfügen und denen deswegen keine Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis erteilt wurde oder die bewusst ohne eine solche Arbeitnehmer überlassen. Die Fälle der verdeckten Arbeitnehmerüberlassung mit Erlaubnis und des Verleih ohne Erlaubnis sind daher nicht vergleichbar, ihre Gleichbehandlung ist auch nicht zum Schutz der überlassenen Arbeitnehmer angezeigt. Die erforderliche Schutzfunktion wird durch das Erlaubnisverfahren gewährleistet.

Aber nicht nur vor diesem Hintergrund ist die Fiktion eines Arbeitsverhältnisses als Sanktion in diesen Fällen überzogen, sondern auch aufgrund folgenden Umstands: Die Fiktion soll auch greifen, wenn in Unkenntnis der wahren Rechtslage der Vertrag als Werkvertrag und nicht als Arbeitnehmerüberlassungsvertrag bezeichnet wurde. Die Abgrenzung zwischen Werkvertrag und Arbeitnehmerüberlassung ist aber sehr schwierig und gerade

in Grenzfällen nicht immer sicher prognostizierbar. Die Hauptkriterien der Abgrenzung, selbständige Organisation des Arbeitsablaufs (Eingliederung) und Ausübung des arbeitsbezogenen Weisungsrechts werden durch eine Vielzahl weiterer Kriterien ergänzt. Bei diesen handelt es sich beispielsweise um:

- die Vereinbarung eines konkreten Leistungsgegenstands,
- die selbständige Organisation der Leistungserbringung,
- die arbeitsteilige Zusammenarbeit des Fremdpersonals mit den Stammbeschäftigten,
- den Einsatz des Fremdpersonals außerhalb des vereinbarten Leistungsgegenstands,
- die Übernahme eines eigenen wirtschaftlichen Risikos,
- die Anwendung eines Haftungsregimes oder
- die Art der Vergütung.

Entscheidend ist aber immer eine Gesamtbetrachtung in Form einer Abwägung aller Umstände des Einzelfalls. Da insofern ein erheblicher Beurteilungsspielraum besteht, ist insbesondere in den schwierigen Grenzfällen nicht abschätzbar, wie die Arbeitsgerichtbarkeit letztlich entscheiden wird. Der Werkunternehmer ist daher, wenn er die bei verdeckter Arbeitnehmerüberlassung zukünftig drohenden Sanktionen vermeiden will, gezwungen, Arbeitnehmerüberlassungen anstelle von Werkverträgen zu vereinbaren. Dies erscheint gerade in den Konstellationen, in denen der Werkunternehmer die Rechtslage sorgfältig geprüft und entsprechenden Rechtsrat vor Abschluss der Werkverträge eingeholt hat, nicht sachgerecht. In einem solchen Fall liegt offenkundig kein Missbrauch von Werkverträgen vor. Entsprechend der Zielsetzung des Gesetzes hätten derartige Fallgestaltungen nicht erfasst werden dürfen. Das betonte Regelungsziel, die Herstellung von Rechtssicherheit bei der Abgrenzung, wird jedenfalls nicht erreicht.

Zu dieser schwierigen Materie hat unsere Praxisgruppe ein Analyse-Tool entwickelt, mit dem das Risiko des Vorliegens einer verdeckten Arbeitnehmerüberlassung in einem ersten Schritt ermittelt

werden kann. Dieses wird bei Bedarf gerne zur Verfügung gestellt.

Das Einsatzverbot als Streikbrecher führt zu einer Streikpflicht der Leiharbeitnehmer. Dies erscheint nicht nur verfassungsrechtlich bedenklich (Koalitionsfreiheit nach Art. 9 Abs. 3 GG), sondern verwundert auch sehr, da die Leiharbeitnehmer von dem möglicherweise erstreikten Tarifvertrag nicht profitieren. Die gesetzliche Pflicht zur Zwangssolidarisierung der Leiharbeitnehmer ist vor diesem Hintergrund durch nichts gerechtfertigt. Zum Schutz der Leiharbeitnehmer ist das bisherige Leistungsverweigerungsrecht verbunden mit einer diesbezüglichen Hinweispflicht des Verleihers ausreichend.

Auch die umfassende Berücksichtigung von Leiharbeitnehmern bei den Schwellenwerten schießt weit über das Ziel hinaus. Es ist in diesem Kontext auch nicht richtig, dass dies der Rechtsprechung entspricht. Es trifft zwar zu, dass nach dem BAG bei der Ermittlung der maßgeblichen Unternehmensgröße in § 111 S. 1 BetrVG Leiharbeitnehmer, die länger als drei Monate im Unternehmen eingesetzt sind, mitzählen (BAG, Urteil v. 18. Oktober 2011 – 1 AZR 335/10) und dies auch für die Schwellenwerte des § 9 S. 1 BetrVG (BAG, Beschluss v. 13. März 2013 – 7 ABR 69/11) und des § 9 Abs. 1 und Abs. 2 MitbestG gilt (BAG, Beschluss v. 4. November 2015 – 7 ABR 42/13). Gerade der letztgenannte Schwellenwert bezieht sich aber ausschließlich auf das Wahlverfahren. Warum auf dieser Basis Leiharbeitnehmer auch bei der Prüfung der Anwendungsvoraussetzungen der Gesetze zur Unternehmensmitbestimmung (jedenfalls nach sechsmonatiger Einsatzdauer) zu berücksichtigen sein sollen, erläutert die Gesetzesbegründung nicht. Eine solche Rechtfertigung ergibt sich auch nicht aus dem angeführten Schutzzweck der mitbestimmungsrechtlichen Regelungen.

Bei der Festschreibung der Beteiligungsrechte des Betriebsrats des Entleihers ist zu beachten, dass dieser nach der Rechtsprechung bereits weitgehende Informationsrechte hat. Dieser kann schon jetzt gestützt auf § 80 Abs. 2 S. 2 BetrVG die mit den Werkunternehmen bzw. Dienstleistern abgeschlos-

senen Werk-/Dienstverträge verlangen. Dies soll den Betriebsrat in die Lage versetzen, eigenständig zu prüfen, ob sich für ihn Aufgaben ergeben und er zu deren Wahrnehmung tätig werden muss (vgl. hierzu z.B. BAG, Beschluss v. 31. Januar 1989 – 1 ABR 72/87). Als Aufgaben kommen die Überwachungsrechte nach § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG (Einhaltung der geltenden Gesetze) sowie die Beteiligung des Betriebsrats bei der Übernahme von Fremdmitarbeitern zur Arbeitsleistung gemäß § 99 BetrVG in Betracht, wenn tatsächlich Arbeitnehmerüberlassung vorliegt.

Zudem konnte der Betriebsrat schon bisher auf der Basis seines Beteiligungsrechts bei der Personalplanung nach § 92 Abs. 2 BetrVG auch die Vorlage von Listen über die Einsatztage und Einsatzzeiten von Fremdpersonal verlangen, um prüfen zu können, ob er dem Arbeitgeber ein Konzept vorschlagen will, wonach solche Arbeiten in Zukunft durch eigene Mitarbeiter erledigt werden (BAG, Beschluss v. 31. Januar 1989 – 1 ABR 72/87). Durch die Neuregelungen werden diese Grundsätze festgeschrieben. Der Beschlussempfehlung und dem Bericht des Ausschusses für Arbeit und Soziales (Drucksache 18/10064) lässt sich entnehmen, dass die Neuregelung des § 80 Abs. 2 BetrVG den Arbeitgeber, der Fremdpersonal einsetzt, nicht verpflichtet, seinem Betriebsrat auch die Verträge vorzulegen, die der Werkunternehmer mit seinen Arbeitnehmern abgeschlossen hat.

Insgesamt stellt sich die Reform als klarer Rückschritt dar. Viele Regelungen sind zu restriktiv, greifen einen alten, längst überwundenen Rechtszustand auf oder sind rechtlich bedenklich. Dass die Reform dennoch die Kernfunktion der Arbeitnehmerüberlassung als etabliertem Instrument flexiblen Personaleinsatzes stärken kann, ist unwahrscheinlich.



**Dr. Nadine Kramer**  
Senior Associate, Frankfurt am Main  
T +49 (69) 96236 331  
nadine.kramer@hoganlovells.com

# Aktuelles Urteil Arbeitsrecht

## AGG: Benachteiligung bei der Bewerberauswahl wegen Transsexualität

In der Septemerausgabe des Newsletters haben wir Ihnen eine wichtige neue Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) zur Bewerber-eigenschaft von AGG-Hoppnern vorgestellt. Doch auch auf nationaler Ebene war das Bundesarbeitsgericht (BAG) im letzten Jahr nicht untätig – allerdings mit nicht so erfreulichen Auswirkungen wie die jüngste EuGH-Entscheidung. Zwar erscheint die Auffassung des BAG, dass sich die Transsexualität den in § 1 AGG genannten Gründen "Geschlecht" und "sexuelle Identität" zuordnen lasse, noch nachvollziehbar. Nicht verständlich ist allerdings die Tendenz des BAG, dass bereits die Aussage gegenüber einem transsexuellen Bewerber *"Ich dachte, mir sei eine Frau angekündigt worden"*, ein Indiz für eine Benachteiligung wegen des Geschlechts oder sexuellen Identität darstellen könne (BAG v. 17. Dezember 2015 – 8 AZR 421/14).

### Der Fall

Gegenstand der Entscheidung ist die Frage, ob an die Klägerin eine Entschädigung wegen einer Diskriminierung zu zahlen ist. Die Beklagte vertreibt Designerschmuck. Bei der Besetzung offener Stellen arbeitet die Beklagte mit einer Zeitarbeitsfirma dergestalt zusammen, dass die Beklagte dieser eine Stellenbeschreibung für die jeweils zu besetzende Position übermittelt. Diese schlägt ihr daraufhin geeignete Personen vor und vermittelt einen Termin für ein Vorstellungsgespräch. Im Anschluss daran teilt die Beklagte der Zeitarbeitsfirma ihre Auswahlentscheidung mit. Diese schließt sodann mit dem/der von der Beklagten ausgewählten Bewerber/in einen Arbeitsvertrag ab.

Die Klägerin wandte sich aufgrund eines Vermittlungsvorschlags der Agentur für Arbeit an die Zeitarbeitsfirma. Von der dort tätigen Frau W. erfuhr sie, dass bei der Beklagten eine Stelle als Kommissioniererin zu besetzen war. Frau W. vereinbarte einen Termin zur persönlichen Vorstellung der Klägerin bei dem Logistikleiter der Beklagten, Herrn P. Die Klägerin begab sich an dem vereinbarten Ter-

min zu dem Empfang der Beklagten und wartete dort auf Herrn P. Als dieser eintraf, nahm er die Klägerin zunächst nicht als Frau wahr. Die Frage der Klägerin, ob er Herr P. sei, bejahte er. Er sagte ferner: *"Ich dachte, Frau W. hat eine Frau M. zum Gespräch angekündigt."* Die Klägerin verwies darauf, Frau M. zu sein. Die weiteren Einzelheiten des Vorstellungstermins, in dessen Verlauf auch ein Gang in das Lager der Beklagten stattfand, blieben zwischen den Parteien streitig. Der Klägerin wurde nach dem Vorstellungsgespräch auf ihre Nachfrage von Frau W. mitgeteilt, dass sich der Logistikleiter der Beklagten für eine andere Bewerberin entschieden habe.

Sie machte daraufhin eine Entschädigung aufgrund einer Benachteiligung wegen des Geschlechts geltend. Nach der Ablehnung der Beklagten erhob sie Klage. Sie hat dabei zur Begründung ihrer Forderung die Auffassung vertreten, dass das Merkmal "Geschlecht" die Zuordnung zu einer "Geschlechtsgruppe" und damit neben "männlich" und "weiblich" auch "zwischen-geschlechtlich" meine. Herr P., dessen Verhalten sich die Beklagte zurechnen lassen müsse, habe ihre geschlechtliche Identität angezweifelt. Er habe sie zu Beginn des Gesprächs wortlos angesehen und dann nicht nur einmal, sondern zweimal gesagt, dass Frau W. doch eine Frau habe schicken wollen und dies, obwohl sie ihm bereits nach dem ersten Mal geantwortet habe, dass sie die angekündigte Frau M. sei. Herr P. habe schließlich noch hinter die Tür geschaut und so getan als suche er dort eine Frau.

Die Beklagte hat demgegenüber vorgetragen, dass das Treffen anders abgelaufen sei. Insbesondere habe Herr P. nicht die Geschlechtszugehörigkeit der Klägerin infrage gestellt, sondern sich lediglich beim ersten Anblick geirrt. Als er zum Empfang gekommen sei, habe er eine Person gesehen, die er zunächst als einen Mann wahrgenommen habe. Als sich diese ihm zuwandte, sei er irritiert gewesen und habe die oben beschriebene Aussage getroffen. Nach Aufklärung durch die Klägerin habe er sich bei ihr dafür entschuldigt, sie im ersten Moment für einen Mann gehalten zu haben.

Die Klage blieb in den Vorinstanzen erfolglos. Die Revision hatte dagegen Erfolg.

### Die Entscheidung

Das BAG stellt fest, dass die Transsexualität zwar nicht zu den in § 1 AGG genannten Gründen gehört. Sie sei aber sowohl im Rahmen des Diskriminierungsmerkmals "Geschlecht" als auch des Grundes "sexuelle Identität" von Bedeutung. Dem stehe nicht entgegen, dass der Gesetzgeber die Transsexualität nicht dem Grund "Geschlecht", sondern dem Grund "sexuelle Identität" zugeordnet hat. Aus der Gesetzesbegründung ergebe sich, dass von der "sexuellen Identität" homosexuelle Männer und Frauen ebenso wie bisexuelle, transsexuelle oder zwischengeschlechtliche Menschen erfasst werden. Demgegenüber kenne das Unionsrecht diesen Begriff nicht, sondern spreche nur von der sexuellen Ausrichtung und ordne die Transsexualität dem Begriff "Geschlecht" zu. In unionsrechtskonformer Auslegung des § 1 AGG sei die Transsexualität demnach sowohl von dem Grund "Geschlecht" als auch von dem Grund "sexuelle Identität" umfasst.

Da sich eine transsexuelle Person mit dem "Gegengeschlecht" identifiziere, genüge sie ihrer Darlegungslast gemäß § 22 AGG bereits dann, wenn sie Indizien vorträgt, die mit überwiegender Wahrscheinlichkeit darauf schließen lassen, dass sie als eine solche Person wahrgenommen und deswegen benachteiligt wurde. In einem solchen Fall sei die Vermutung begründet, dass der Benachteiligende die Transsexualität im Sinne von § 7 Abs. 1 HS 2 AGG angenommen hat und diese Annahme mitursächlich für seine Entscheidung war. Abschließend hält das BAG hierzu fest, dass die von der Klägerin vorgetragene Umstände nicht von vornherein ungeeignet wären, jedenfalls in einer Gesamtschau die Vermutung zu begründen, Herr P. habe sie nicht "ihrem" Geschlecht zugehörig und damit als transsexuell wahrgenommen und deshalb benachteiligt.

### Fazit

Die Aussage des BAG, dass die von der Klägerin vorgetragene Umstände jedenfalls in ihrer Gesamtschau eine Benachteiligung indizieren, deutet darauf hin, dass dem BAG gegebenenfalls auch allein eine verwunderte Äußerung, wie *"ich dachte, eine Frau sei angekündigt worden"* als Indiz genügen könnte. Eine solche Ausdehnung der Beweiserleichterung wäre allerdings durch nichts gerechtfertigt. Es stellt eine nachvollziehbare und absolut sozial adäquate Reaktion dar, wenn ein Gesprächspartner, der sich auf eine Person eines bestimmten Geschlechts eingestellt hatte, im ersten Augenblick verwundert reagiert, wenn eine Person, die äußerlich dem anderen Geschlecht zugehörig erscheint, den Gesprächstermin wahrnimmt. Der Fall zeigt einmal mehr, dass im Bewerbungsverfahren größte Vorsicht und Sorgfalt geboten ist und Äußerungen möglichst nicht spontan getroffen werden sollten. Um die entsprechende Sensibilität bei den Personalverantwortlichen sicherzustellen, sollten diese über die Entwicklung der Rechtsprechung zum AGG auf dem Laufenden gehalten und entsprechend geschult werden.

Da der Ablauf des Vorstellungsgesprächs zwischen der Beklagten und der Klägerin teilweise strittig war, verwies das BAG den Rechtsstreit letztlich zur weiteren Sachaufklärung zurück an das Landesarbeitsgericht.



**Dr. Nadine Kramer**

Senior Associate, Frankfurt am Main

T +49 (69) 96236 331

nadine.kramer@hoganlovells.com

# Aktuelles Urteil betriebliche Altersversorgung

## Einschränkung des Geltungsbereichs einer Betriebsvereinbarung

**Das Bundesarbeitsgericht (BAG) stellt in einer aktuellen Entscheidung Anforderungen für den Fall auf, dass bereits einzelvertraglich versorgte Mitarbeiter vom Anwendungsbereich einer Betriebsvereinbarung ausgeschlossen werden sollen (BAG v. 19. Juli 2016 – 3 AZR 134/15).**

### Der Fall

Der Kläger hatte ein Schreiben unterzeichnet, mit dem ihm sein Arbeitgeber einen monatlichen Beitrag zur Altersversorgung über eine Pensionskasse zusagte. Später wurde durch Betriebsvereinbarung eine betriebliche Altersversorgung eingeführt, die aber nicht galt für Mitarbeiter, die bereits eine einzelvertragliche Zusage erhalten hatten. Der Kläger verlangte eine Betriebsrente nach den Bestimmungen der Betriebsvereinbarung.

### Die Entscheidung

Das BAG verwies das Verfahren an das Landesarbeitsgericht zurück. Es konnte nicht abschließend entscheiden, ob der Kläger wirksam vom Anwendungsbereich der Betriebsvereinbarung ausgeschlossen worden war.

Mangels ausreichender Tatsachenfeststellungen konnte das Gericht nicht beurteilen, ob in dem Ausschluss einzelvertraglich versorgter Mitarbeiter vom Anwendungsbereich einer Betriebsvereinbarung eine unzulässige Ungleichbehandlung zu sehen ist. Zwar dürfen Arbeitnehmer von einem kollektiven Versorgungssystem des Arbeitgebers ausgeschlossen werden, wenn der damit verfolgte Versorgungszweck bereits durch individuell vom Arbeitgeber zugesagte Leistungen erreicht wird. Der vollständige Ausschluss solcher Arbeitnehmer ist aber nur dann gerechtfertigt, wenn diese mit individuellen Zusagen im Versorgungsfall typischerweise eine zumindest annähernd gleichwertige Versorgung erhalten. Ob dies der Fall ist, muss durch das Landesarbeitsgericht aufgeklärt werden.

Das Gericht weist sodann darauf hin, dass im Fall der Unwirksamkeit der Ausschlussklausel die günstigere Regelung Anwendung findet. Denn bei einer Kollision zwischen den Regelungen einer Betriebs-

vereinbarung und einer einzelvertraglichen Vereinbarung gelangt die Betriebsvereinbarung im Arbeitsverhältnis nur dann zur Anwendung, wenn die einzelvertragliche Vereinbarung keine für den Arbeitnehmer günstigere Regelung enthält.

### Fazit

Bei der Bestimmung des Anwendungsbereichs einer Betriebsvereinbarung zur betrieblichen Altersversorgung ist Vorsicht geboten. Eine doppelte Versorgung aus zwei Rechtsgrundlagen wird regelmäßig nicht gewünscht sein. Allerdings ist ein Ausschluss von Arbeitnehmern, die bereits eine einzelvertragliche Zusage erhalten haben, nicht ohne weiteres zulässig. Dies stellt eine unzulässige Ungleichbehandlung dar, wenn die einzelvertragliche Zusage nicht gleichwertig ist im Vergleich zur Zusage der Betriebsvereinbarung.

Das Gericht erläutert jedoch nicht, was unter "gleichwertig" zu verstehen ist. Es weist lediglich darauf hin, dass den Betriebsparteien ein Beurteilungsspielraum zusteht. Ob dies aber erlaubt, den Mitarbeiter auf eine niedriger dotierte einzelvertragliche Zusage zu verweisen, bleibt unklar. Daher sollte in Betracht gezogen werden, statt dem Ausschluss dieser Mitarbeiter eine Anrechnung der Leistung aus der einzelvertraglichen Zusage zu regeln und dadurch doppelte Leistungen aus zwei Rechtsgrundlagen auszuschließen.



### Dr. Thomas Frank

Senior Associate, München

T +49 (89) 29012 171

thomas.frank@hoganlovells.com

# Veranstaltungskalender

## Update Arbeitsrecht Herbst 2016

### Die Veranstaltung

In gewohnter Art und Weise bringen wir Sie mit unserer Veranstaltungsreihe "Update Arbeitsrecht" an allen deutschen Hogan Lovells-Standorten auf den neuesten Stand von Rechtsprechung und Gesetzgebung. Sie erhalten komprimierte Informationen und Handlungsempfehlungen für die betriebliche Praxis u.a. zu folgenden Themen:

- Der Brexit und die Folgen für deutsche Arbeitgeber
- Abschied vom BDSG? – Umsetzung der EU-Datenschutz-Grundverordnung in Deutschland
- Aktuelle Rechtsprechung

### Teilnehmerkreis

Unsere Veranstaltungsreihe richtet sich an Geschäftsführer, Vorstände und deren Mitarbeiter, Leiter und Mitarbeiter von Personal-, Stabs- und Rechtsabteilungen sowie Führungskräfte mit Personalverantwortung.

Sie können unsere Veranstaltung nunmehr noch in Frankfurt besuchen:

---

Datum und Veranstaltungsbeginn	Ort	Veranstaltungsort
Dienstag, 29. November 2016, 18.00 Uhr	Frankfurt	Hogan Lovells, Untermainanlage 1, 60329 Frankfurt

---

Im Anschluss an den Vortrag laden wir Sie ab ca. 19.30 Uhr zu einem Get-Together ein, bei dem es die Gelegenheit zum Austausch mit anderen Teilnehmern und den Referenten geben wird.

### Teilnahme und Anmeldung

Die Teilnahme ist selbstverständlich kostenlos. Bitte melden Sie sich spätestens bis fünf Tage vor Beginn der jeweiligen Veranstaltung unter [arbeitsrecht@hoganlovells.com](mailto:arbeitsrecht@hoganlovells.com) (bitte unter Hinweis, dass Ihre Anmeldung über den Newsletter erfolgt) oder mit dem beigefügten Formular an. Bitte geben Sie dabei an, in welchem unserer Büros Sie an der Veranstaltung teilnehmen möchten. Eine Anmeldung per Newsletter erfordert keine weitere Anmeldung per Einladungskarte, sofern Ihnen eine solche in den nächsten Wochen zugehen sollte.

Wir behalten uns ausdrücklich vor, Anmeldungen zurückzuweisen, etwa weil das maximale Fassungsvermögen unserer Räumlichkeiten erreicht ist.

## Update Arbeitsrecht Herbst 2016

Ich nehme gerne teil und melde mich hiermit über den Newsletter für folgende Veranstaltung an:

Frankfurt: Dienstag, 29. November 2016

Absender (bitte angeben):

Name, Vorname: \_\_\_\_\_

Firma: \_\_\_\_\_

Straße: \_\_\_\_\_

Position/Abteilung: \_\_\_\_\_

PLZ/Ort: \_\_\_\_\_

E-Mail: \_\_\_\_\_

Ich kann leider nicht teilnehmen.

Statt meiner wird/werden teilnehmen:

Ich werde begleitet von:

Name: \_\_\_\_\_

Firma: \_\_\_\_\_

Straße: \_\_\_\_\_

Position/Abteilung: \_\_\_\_\_

E-Mail: \_\_\_\_\_

Antwort an: Hogan Lovells International LLP

Andrea Hofer

Karl-Scharnagl-Ring 5

80539 München

F: 089 / 290 12 222

# Newsletterarchiv

2014	Schwerpunktthema
November	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG) – Update zur allgemeinen Rechtsprechung
Dezember	Betriebsrentenanpassung – BAG eröffnet neue Spielräume für Rentnergesellschaften
2015	Schwerpunktthema
Januar	Sicherheit bei E-Mail-Kontrollen: Einwilligung von Mitarbeitern und Betriebsvereinbarungen zur Durchführung von E-Mail-Kontrollen
Februar	Vom Plan zur Realität: Neue Spielregeln für die (Familien-) Pflegezeit
März	Neues vom Gesetzgeber: Mindestlohn, Frauenquote und Tarifeinheit
April	BEEG-Reform: Das neue Recht zu Elternzeit und Elterngeld – Worauf sich Arbeitgeber einstellen müssen
Mai	Die Ferien stehen vor der Tür: Fragen rund um den Urlaub
Juni	Reform des Betriebsrentenrechts zur Umsetzung der Mobilitätsrichtlinie
Juli	Flexibler Übergang in den Ruhestand und Beschäftigung von Rentnern – ein Überblick
August	Compliance und Betriebsrat – typische Konfliktfelder und praktische Lösungen
September	Datenschutz am Arbeitsplatz – Was sind die aktuellen Vorgaben der Rechtsprechung?
Oktober	Sonderheft Safe Harbor: Nach dem Ende von Safe Harbor: Wie man Risiken bei der Übermittlung von Arbeitnehmerdaten in die USA oder andere Drittstaaten vermeidet
November	Beschäftigung von Flüchtlingen in Deutschland – Arbeit als Schlüssel zur Integration
Dezember	Der AÜG-Referentenentwurf – Neue Einschränkungen bei Leiharbeit sowie Werk- und Dienstverträgen geplant
2016	Schwerpunktthema
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

# Hogan Lovells e-Newsletter

Wenn Sie oder Ihre Mitarbeiter anderer Fachabteilungen an weiteren, kostenlosen e-Newslettern von Hogan Lovells interessiert sind, bitten wir um kurze Mitteilung per Fax oder eine E-Mail an unseren Client Service:

Hogan Lovells International LLP

Sebastian Müller

F: +49 (0) 89 290 12 222

E: [sebastian.mueller@hoganlovells.com](mailto:sebastian.mueller@hoganlovells.com)

Bitte senden Sie mir den e-Newsletter*	Wie sind Sie auf uns aufmerksam geworden?
<input type="checkbox"/> Arbeitsrecht <input type="checkbox"/> Automotive <input type="checkbox"/> Capital Markets <input type="checkbox"/> Chemicals <input type="checkbox"/> Commercial <input type="checkbox"/> Corporate <input type="checkbox"/> Energy <input type="checkbox"/> Financial Services <input type="checkbox"/> Immobilienrecht <input type="checkbox"/> Infrastructure, Public and Project Finance <input type="checkbox"/> Intellectual Property (IP) <input type="checkbox"/> Public Sector <input type="checkbox"/> TMT	<input type="checkbox"/> Empfehlung durch Kollegen <input type="checkbox"/> Veranstaltung von Hogan Lovells <input type="checkbox"/> Newsletter anderer Praxisgruppen <input type="checkbox"/> Internetseite von Hogan Lovells <input type="checkbox"/> Eigene Online-Recherche <input type="checkbox"/> Andere, welche _____

Name, Vorname: \_\_\_\_\_

Firma: \_\_\_\_\_

Position/Abteilung: \_\_\_\_\_

Straße: \_\_\_\_\_

PLZ/Ort: \_\_\_\_\_

E-Mail (zwingend): \_\_\_\_\_

*(Bitte in Druckbuchstaben ausfüllen)*

\*Diese Newsletter von Hogan Lovells International LLP erscheinen kostenlos in regelmäßigen Abständen per E-Mail in deutscher Sprache. Wenn Sie am Weiterbezug eines e-Newsletters nicht mehr interessiert sein sollten, können Sie jederzeit eine E-Mail an Ihren Ansprechpartner bei Hogan Lovells oder die Absenderadresse des jeweiligen Newsletter-Versenders schicken. Sie werden dann umgehend aus den Verteilerlisten genommen.

# Ihre Ansprechpartner

---

## Düsseldorf

---

Kennedydamm 24  
40476 Düsseldorf

Dr. Tim Gero Joppich  
[tim.joppich@hoganlovells.com](mailto:tim.joppich@hoganlovells.com)

---

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

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

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

---

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

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)

---

Marlien Telöken  
[marlien.teloeken@hoganlovells.com](mailto:marlien.teloeken@hoganlovells.com)

---

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

---

Sarah Islinger  
[sarah.islinger@hoganlovells.com](mailto:sarah.islinger@hoganlovells.com)

---

---

## Hamburg

---

Alstertor 21  
20095 Hamburg

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

---

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

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

---

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

---

---

**Hamburg**

---

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

---

Dr. Claus Asbeck  
[claus.asbeck@hoganlovells.com](mailto:claus.asbeck@hoganlovells.com)

---

Dr. Sven Schulze  
[sven.schulze@hoganlovells.com](mailto:sven.schulze@hoganlovells.com)

---

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

---

---

**München**

---

Karl-Scharnagl-Ring 5  
80539 München

T +49 (0) 89 29012 0  
F +49 (0) 89 29012 222

Dr. Ingrid Ohmann  
[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)

---

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

---

Felix Wilking  
[felix.wilking@hoganlovells.com](mailto:felix.wilking@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)

---

Alicante  
Amsterdam  
Baltimore  
Brüssel  
Budapest  
Caracas  
Colorado Springs  
Denver  
Dschidda  
Dubai  
Düsseldorf  
Frankfurt am Main  
Hamburg  
Hanoi  
Ho Chi Minh Stadt  
Hongkong  
Houston  
Johannesburg  
London  
Los Angeles  
Luxemburg  
Madrid  
Mailand  
Mexiko-Stadt  
Miami  
Minneapolis  
Monterrey  
Moskau  
München  
New York  
Northern Virginia  
Paris  
Peking  
Perth  
Philadelphia  
Riad  
Rio de Janeiro  
Rom  
San Francisco  
São Paulo  
Schanghai  
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 2016. Alle Rechte vorbehalten.