

KONTAKTPERSONEN:

Dr. Christian Bloth, Fachanwalt für Arbeitsrecht,  
Frankfurt (Editor)  
Roland Weiß, Frankfurt  
Bettina Kreimer, Frankfurt  
Therese Falkjaer Jensen, Berlin  
Dr. Kerstin Kamp-Wigforss, LL.M., Stockholm

E-Mail: [MannheimerSwartlingArbeitsrechts-News@msa.se](mailto:MannheimerSwartlingArbeitsrechts-News@msa.se)

FRANKFURT AM MAIN  
Wildunger Straße 9  
D-60487 Frankfurt am Main  
Tel: +49 69 974 01 20  
Fax: +49 69 741 01 43

BERLIN  
Mauerstraße 83-84  
D-10117 Berlin  
Tel: +49 30 22 66 99 0  
Fax: +49 30 22 66 99 10

STOCKHOLM  
Normalmstorg 4  
Box 1711, SE-111 87 Stockholm  
Tel: +46 8 505 765 00  
Fax: +46 8 505 765 01

# Newsletter

## ARBEITSRECHT Deutschland

### AGG

#### ***Gleichbehandlungsfragen auf dem Prüfstand***

Eine der zentralen Fragen im Hinblick auf das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz („AGG“) dürfte die Wirksamkeit des § 2 Abs. 4 sein, wonach für Kündigungen ausschließlich die Bestimmungen zum allgemeinen und besonderen Kündigungsschutz gelten sollen. So wird diese Regelung, die auf einem politischen Kompromiss der Parteien der Großen Koalition kurz vor Verabschiedung des Gesetzes im Bundestag beruht, von verschiedensten Seiten als nicht mit dem Europarecht vereinbar angesehen. Beispielsweise hat ein einzelnes Arbeitsgericht, das ArbG Osnabrück, am 5. Februar 2007 diese Regelung als europarechtswidrig und damit als unanwendbar bezeichnet. Aber auch die Europäische Kommission hat nunmehr ein Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland eingeleitet und zwar mit dem Hinweis darauf, dass das nationale Recht im Hinblick auf Diskriminierungsschutz Entlassungen nicht abdecke. Sollte die Bundesregierung diesen Vorhalt der Kommission nicht überzeugend entkräften können, so droht Deutschland letztendlich ein gerichtliches Vertragsverletzungsverfahren, an dessen Ende die in § 2 Abs. 4 AGG genannte Ausnahme wegfallen könnte. E-

benfalls hat die Kommission Bedenken gegen die kurze Frist von nur zwei Monaten (§ 21 Abs. 5 AGG), innerhalb derer Arbeitnehmer Verstöße gegen das AGG geltend machen können.

Aber auch die Rechtsprechung ist nicht untätig. Bestimmungen des nationalen Rechts dem Europäischen Gerichtshof zur Entscheidung vorzulegen. So hat das LAG Düsseldorf mit Beschluss vom 21. November 2007 (Az. 12 Sa 1311/07) beschlossen, die Regelung des § 622 Abs. 2 Satz 2 BGB dem EuGH zur Prüfung vorzulegen. Danach werden Zeiten, die vor der Vollendung des 25. Lebensjahres des Arbeitnehmers liegen, bei der Berechnung der Beschäftigungsdauer und somit der Dauer der Kündigungsfrist nicht berücksichtigt. Werden jüngere Arbeitnehmer, trotz eventuell längerer Beschäftigung, gegenüber älteren Arbeitnehmern mit einer kürzeren Beschäftigung als die jüngeren Arbeitnehmer unzulässig diskriminiert? Oder ist eine solche vorhandene Benachteiligung gerechtfertigt, weil ihnen im Hinblick auf ihr Alter oder geringere soziale, familiäre und private Verpflichtungen eine höhere berufliche und persönliche Flexibilität zuzumuten ist?

Dr. Christian Bloth, [cbl@msa.se](mailto:cbl@msa.se)

#### ***AGG gilt auch für betriebliche Altersversorgung***

Mit Urteil vom 11. Dezember 2007 (Az. 3 AZR 249/06) entschied das Bundesarbeitsgericht, dass das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz („AGG“) auch in der betrieblichen Altersversorgung Geltung hat, auch wenn es laut § 2 Abs. 2 S. 2 AGG heißt, dass für „die betriebliche Altersversorgung das Betriebsrentengesetz gelte“.

Der zur Entscheidung vorgelegte Fall betraf die Frage der Diskriminierung wegen des Geschlechts einer im Jahre 2000 aus dem Arbeitsverhältnis ausgeschiedenen Arbeitnehmerin. Diese fühlte sich dadurch benachteiligt, dass die Versorgungsordnung ihres Arbeitgebers für männliche Arbeitnehmer eine an keine weiteren Voraussetzungen geknüpfte Hinterbliebenenversorgung vorsah, während für weibliche Beschäftigte die Gewährung von Witwen- und Hinterbliebenenversorgung davon abhängig gemacht wurde, dass die betroffene Arbeitnehmerin den Unterhalt ihrer Familie überwiegend bestritten hatte. Dies wurde vom Gericht als unzulässige Benachteiligung wegen des Geschlechts angesehen.

Wie ist nun die oben genannte Regelung des § 2 Abs. 2 S. 2 AGG zu verstehen, wonach „für die betriebliche Altersversorgung das Betriebsrentengesetz gilt“? Die Vorschrift,

so die Richter, sei lediglich als Kollisionsregel zwischen den beiden Gesetzen zu verstehen. Soweit das Betriebsrentengesetz in seinen Bestimmungen an die vom AGG erfassten Merkmale, wie z.B. das Alter anknüpft, gelten nur diese. Erfolge eine Differenzierung an nicht vom Betriebsrentengesetz genannte Kriterien, wie beispielsweise hier das Geschlecht, so müsse sich die Versorgungsordnung am AGG messen lassen.

Bettina Kreimer, [bek@msa.se](mailto:bek@msa.se)

### **Vom Chef „gemobbt“**

Wie sehr es dem Arbeitgeber anzuraten ist, Verstöße gegen das Antidiskriminierungsrecht ernst zu nehmen und zu unterbinden zeigt ein weiteres aktuelles Urteil des Bundesarbeitsgerichts („BAG“) (Urt. v. 25. Oktober 2007, Az. 8 AZR 593/06). Hier wurde der Arbeitgeber zur Zahlung eines Schmerzensgeldes verurteilt, weil er mobbingtypische Verhaltensweisen eines Chefarztes nicht hinreichend unterbunden hatte und er sich diese zurechnen lassen musste. Das Urteil betraf eine Fallgestaltung, die vor dem Inkrafttreten des AGG lag, gleichwohl nahm das BAG dies zum Anlass, auch auf die Rechte des Arbeitnehmers nach dem AGG einzugehen.

Der Fall lag wie folgt: Ein Oberarzt war durch den Chefarzt in seiner fachlichen Qualifikation über einen längeren Zeitraum „herabgewürdigt“ und „erniedrigend behandelt“ worden. Deshalb erkrankte er psychisch. Der Oberarzt hatte neben Schmerzensgeld auch verlangt, dass das Anstellungsverhältnis mit dem Chefarzt gekündigt werde; hilfsweise verlangte er einen neuen Arbeitsplatz, in dem er nicht mehr den Weisungen des Chefarztes unterläge. Klage und Berufung des Oberarztes blieben ohne Erfolg. Die Erfurter Richter sahen zwar einen Anspruch auf Entlassung des Chefarztes als nicht gegeben an und auch ein neuer Arbeitsplatz im Unternehmen könne dem Betroffenen nur dann zustehen, wenn ein sol-

cher vorhanden sei, was hier nicht der Fall war. Den Schmerzensgeldanspruch aber bejahte das Gericht entgegen der Vorinstanz.

Nach Ansicht der Richter war die psychische Erkrankung auf die Verhaltensweisen des Chefarztes zurückzuführen. Der Arbeitgeber habe diese nicht nachhaltig unterbunden. Zwar habe er ein „Konfliktlösungsverfahren“ eingeleitet, dies sei jedoch erfolglos geblieben und reichte nach Ansicht der Richter nicht aus, die andauernde Persönlichkeitsverletzung des Oberarztes zu verhindern. Für die Handlungen des Chefarztes müsse der Arbeitgeber nun einstehen, da dieser sein Erfüllungsgeld sei. Über die Höhe des Schmerzensgeldes hat das Landesarbeitsgericht zu entscheiden, an welches der Fall zurückverwiesen wurde. Auch das AGG kennt einen Anspruch auf Schmerzensgeld bzw. Schadenersatz (vgl. § 15 AGG), wenn ein Arbeitnehmer aus Gründen die Diskriminierungsmerkmale darstellen (z.B. Alter, Geschlecht, Religion), gemobbt wird. Das AGG enthält in § 3 Abs. 3 sogar eine Definition des Mobbing, was häufig übersehen wird.

Bettina Kreimer, [bek@msa.se](mailto:bek@msa.se)

### **Zwangsversetzung in den Ruhestand nach Erreichen des Rentenalters keine unzulässige Altersdiskriminierung**

Sind sich die nationalen Gerichte bei der Auslegung gemeinschaftsrechtlicher Regelwerke nicht sicher, kommt es zur Vorlage beim Europäischen Gerichtshof („EuGH“). Dies war auch Anlass für das Urteil des EuGH vom 16. Oktober 2007 (Az. C-411/05). Hier ging es um die Zwangsversetzung eines spanischen Arbeitnehmers in den Ruhestand nach Erreichen des Rentenalters von 65 gestützt auf tarifvertragliche Vorschriften. Das vorliegende spanische Gericht beehrte eine Vorabentscheidung hinsichtlich der Vereinbarkeit solcher tarifvertraglichen Regelungen mit

Art. 13 EG- Vertrag sowie der europäischen „Gleichbehandlungsrichtlinie“ 2000/78/EG.

Der EuGH befand, dass Tarifverträge grundsätzlich vorschreiben dürfen, dass Arbeitnehmer nach Erreichen des Rentenalters auch gegen ihren Willen in den Ruhestand versetzt werden. Hierin liege zwar eine Benachteiligung wegen des Alters und damit ein Verstoß gegen die Gleichbehandlungsgrundsätze. Diese Ungleichbehandlung sei aber regelmäßig gerechtfertigt, wenn hiermit bestimmte objektive legitime Ziele verfolgt würden. Dies war im zu Grunde liegenden Fall gegeben, da die Klauseln betreffend den Ruhestand auf Betreiben der Sozialpartner mit dem Ziel in die Tarifverträge aufgenommen worden waren, eine bessere Beschäftigungsverteilung zwischen den Generationen zu fördern und Arbeitslosigkeit abzubauen. Es wurde auf Art. 6 der Richtlinie verwiesen, wonach solche Maßnahmen möglich sind, wenn sie angemessen und erforderlich sind, um bestimmte rechtmäßige Ziele in der Beschäftigungspolitik bzw. Arbeitsmarktpolitik zu erreichen.

Bettina Kreimer, [bek@msa.se](mailto:bek@msa.se)

### **KÜNDIGUNGSSCHUTZ: ABFINDUNGEN NACH § 1a KSchG IM FOKUS DES BAG**

#### **Abfindungshöhe**

Nach § 1a KSchG hat der Arbeitnehmer Anspruch auf Zahlung einer Abfindung in Höhe von 0,5 Monatsverdiensten pro Beschäftigungsjahr, wenn der Arbeitgeber betriebsbedingt kündigt und der Arbeitnehmer nicht innerhalb der dreiwöchigen Frist Kündigungsschutzklage erhebt. Zweck dieses gesetzlichen Anspruchs ist, durch eine einvernehmliche außergerichtliche Abrede das Arbeitsverhältnis zu beenden, um auf diesem Weg eine etwaige gerichtliche Auseinandersetzung zu vermeiden. In einem

Streitfall hatte der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer betriebsbedingt gekündigt und diesen darauf hingewiesen, dass er bei Verstreichenlassen der Klagfrist eine Abfindung beanspruchen könne. Der Betriebsrat hatte auf seiner Stellungnahme zum Kündigungsschreiben vermerkt, dass eine Abfindung von €8.000 vereinbart sei, welche der Arbeitgeber nach Ablauf der Klagfrist, in der die Klage erhoben wurde, dann auch an den Arbeitnehmer auszahlte. Der Arbeitnehmer war der Ansicht, dass ihm unter Anwendung des § 1 a Abs. 2 KSchG weitere € 4.000 als Abfindung zustünden, da die Abfindung auf Basis seines Gehalts falsch berechnet sei.

Die Klage hatte vor dem BAG (Urt. v. 13. Dezember 2007, Az. 2 AZR 807/06) Erfolg: das Gericht entschied, dass es grundsätzlich möglich ist, eine geringere Abfindung als nach § 1 a KSchG vorgesehen zu vereinbaren, also auch z.B. eine Abfindung in Höhe von € 8.000. Den Arbeitgeber trifft dann jedoch die Pflicht, dem Arbeitnehmer im Kündigungsschreiben hinreichend deutlich mitzuteilen, dass es sich bei der Höhe der Abfindung um eine geringere handelt, als sie sich rechnerisch nach § 1a Abs.2 KSchG ergeben würde und dass das Abfindungsangebot nicht als ein solches nach § 1a KSchG zu verstehen ist. Da dies nicht der Fall war, entstand ein Anspruch in gesetzlicher Höhe, der Arbeitgeber hatte also nachzuzahlen.

Dietmut Lewin, [ref2ffm@msa.se](mailto:ref2ffm@msa.se)

### **Voraussetzung des Abfindungsanspruchs: Keine Klage!**

Das BAG hatte auch in einem anderen Fall über Voraussetzungen des Abfindungsanspruchs nach § 1a KSchG zu entscheiden. Ein Arbeitgeber hatte einer Arbeitnehmerin ebenfalls betriebsbedingt gekündigt und ihr ein Abfindungsangebot in der Höhe berechnet nach § 1 a KSchG unterbreitet. Dennoch erhob sie Kündigungsschutzklage, zunächst gegen die Rechtsvorgängerin des Arbeitge-

bers und anschließend gegen dessen Nachfolger. Die Klagen nahm die Arbeitnehmerin später zurück. Sie war der Auffassung, dass ihr der Abfindungsanspruch nach § 1a KSchG dennoch zustünde, weil sie die Klagen und den Antrag zurückgenommen habe. Ihr Begehren hatte vor dem BAG keinen Erfolg (Urt. vom 13. Dezember 2007, Az. 2 AZR 971/06). Zu Recht. Der oben beschriebene gesetzgeberische Zweck des § 1a KSchG wird gerade auch dann unterlaufen, wenn der Arbeitnehmer seine Klage oder den Antrag auf nachträgliche Klagezulassung zurücknimmt. In einem solchen Fall wurde der Arbeitgeber gerade nicht vor einem gerichtlichen Verfahren verschont.

Dietmut Lewin, [ref2ffm@msa.se](mailto:ref2ffm@msa.se)

## **ARBEITSVERTRAGSRECHT**

### **Neue Auslegung von Bezugnahme Klauseln**

In Arbeitsverträgen findet sich häufig eine sog. Bezugnahme Klausel – d.h. es wird auf einen Tarifvertrag Bezug genommen.

Wenn auf einen bestimmten Tarifvertrag in einer konkreten Fassung Bezug genommen wird, handelt es sich um eine statische Bezugnahme Klausel, deren Auslegung keine Probleme bereitet. Wenn hingegen auf einen Tarifvertrag in seiner „jeweils gültigen Fassung“ Bezug genommen wird, handelt es sich um eine „dynamische“ Bezugnahme Klausel. Das Bundesarbeitsgericht („BAG“) hat seine Rechtsprechung zu der Auslegung dieser Klausel im letzten Jahr geändert, was in vielen Arbeitsverträgen erhebliche Bedeutung erlangen könnte, wenn der Arbeitgeber nicht mehr tarifgebunden ist oder auch einem anderen Tarifvertrag angeschlossen ist als den in Bezug genommenen. Mit der Bezugnahme Klausel wird sichergestellt, dass dann, wenn der Arbeitgeber tarifgebunden ist, auch nicht organisierte Arbeitnehmer auf Basis desselben Tarifvertrages arbeiten wie organisierte Arbeitneh-

mer („Gleichstellungsabrede“). Die Bezugnahme Klausel wurde so ausgelegt, als solle sie eine eventuell fehlende Tarifbindung des Arbeitnehmers ersetzen.

Die bisherige Auslegung hatte zu Folge, dass die Bezugnahme Klausel ihre Dynamik verlor und nur noch statisch weiter galt, sofern die Tarifbindung des Arbeitgebers nachträglich wegfiel, z.B. durch Austritt aus dem Arbeitgeberverband. Folglich mussten u.a. Gehaltserhöhungen des in Bezug genommenen Tarifvertrages nicht mehr weitergegeben werden. Der Tarifvertrag wurde gleichsam „eingefroren“.

Mit Urteil vom 14. Dezember 2005 (Az. 4 AZR 536/04) kündigte das BAG an, dass es eindeutig formulierte dynamische Bezugnahme Klauseln in Zukunft nicht mehr zu Lasten der Arbeitnehmer auslegen, also die Dynamik trotz fehlender Tarifbindung des Arbeitgebers weiter gelten lassen werde. Diese Ankündigung hat das BAG mit seinem Urteil vom 18. April 2007 (Az. 4 AZR 652/05) umgesetzt. Trotz Austritt aus dem Arbeitgeberverband wird somit aufgrund der Dynamik der Klausel der Arbeitgeber auch an künftigen Tarifanpassungen teilnehmen.

Das BAG begründet seine Rechtsprechungsänderung mit der Anwendung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen auf Arbeitsverträge seit der Schuldrechtsreform und dem Transparenzgebot. Das Gericht führt aus, dass Zweifel bei der Auslegung von vorformulierten Klauseln zu Lasten des Arbeitgebers als Verwender der vorformulierten Arbeitsverträge gehen müssten. Wenn nicht weitere Umstände hinzukämen, die eine andere Auslegung rechtfertigten, seien Bezugnahme Klauseln künftig gemäß ihrer Formulierung auszulegen und behalten in der Regel damit ihre Dynamik, selbst wenn der Arbeitgeber seine Tarifbindung aufgäbe. Möglicherweise ungleiche Arbeitsbedingungen im Betrieb nimmt das BAG dabei in Kauf.

Etwas anderes könnte bei einem Betriebsübergang gelten. Nach Auffassung des EuGH (vgl. Werhof-Entscheidung vom 09. März 2006 - Rs. C-499/04) steht das Grundrecht der negativen Vereinigungsfreiheit der dynamischen Weitergeltung entgegen. Sofern ein Betrieb von einem tarifgebundenen Arbeitgeber auf einen nicht-tarifgebundenen Erwerber überginge, müsse die Dynamik der Bezugnahme enden. Das BAG hat sich in seinem Urteil vom 18. April 2007 nicht mit der Werhof-Entscheidung auseinander setzen müssen. Es bleibt deshalb abzuwarten, wie das BAG in einem Fall mit Betriebsübergang entscheiden wird.

Für die Zukunft bedeutet die geänderte Rechtsprechung, dass der Arbeitgeber sorgfältig überlegen sollte, welchen Zweck er mit der Bezugnahme verfolgt, um sich dann nach rechtlicher Beratung für eine klare und rechtssichere Formulierung zu entscheiden. Es ist zu erwarten, dass die Bezugnahme-klausel dann umfangreicher ausfallen und mehrere Absätze enthalten wird. Insbesondere muss Vorsorge für den Fall des Endes der Tarifbindung getroffen werden.

Problematisch bleiben Alt-Verträge. Bis Ende 2005 hatte die Praxis keinen Anlass, die Formulierung von Bezugnahme-klauseln zu überarbeiten, da das BAG in den Jahren 2002 bis 2005 an seiner bisherigen Rechtsprechung unverändert festgehalten hat.

Das BAG hat jedoch entschieden, dass die neuen Auslegungsregeln bereits ab dem 01. Januar 2002 – also seit Inkrafttreten der Schuldrechtsreform - gelten. Ein Vertrauensschutz wird insoweit nicht gewährt. Dem Arbeitgeber bleiben jetzt nur die Möglichkeiten entweder alte Arbeitsverträge einvernehmlich zu ändern oder bei Wegfall seiner Tarifbindung betriebsbedingte Änderungskündigungen auszusprechen.

Thereze Falkjaer-Jensen, [tfj@msa.se](mailto:tfj@msa.se)

### **Bonuszahlung auch ohne konkrete Zielvereinbarung**

In der Praxis kommt es immer wieder vor, dass in einem Anstellungsvertrag auf eine bis zu einem bestimmten Zeitpunkt jährlich neu zu verabschiedende Bonusvereinbarung verwiesen wird, ohne dass diese dann tatsächlich verabschiedet wird. Dann stellt sich – zumeist im Rahmen von Auseinandersetzungen über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses – die Frage, ob der Arbeitnehmer dennoch Anspruch auf einen Bonus hat und wie sich dieser errechnet. Besonders problematisch wird dies, wenn auf Grund der Kündigung das Arbeitsverhältnis unterjährig enden soll.

Das BAG hat nun in einem Urteil vom 12. Dezember 2007 (Az. 10 AZR 97/07) festgestellt, dass ein Arbeitnehmer Anspruch auf eine Bonuszahlung haben kann, wenn eine Zielvereinbarung aus von dem Arbeitgeber zu vertretenden Gründen nicht zustande kam. Der Arbeitnehmer ist so zu stellen, wie er gestanden hätte, wäre die Zielvereinbarung wie in dem Anstellungsvertrag vorgesehen, verabschiedet worden. In dem zugrunde liegenden Sachverhalt hatte ein von der Beklagten als Leiter der Abteilung Vertrieb und Marketing eingestellter Arbeitnehmer auf die Zahlung eines anteiligen Bonus für die Monate Januar bis März 2006 geklagt. Die Beklagte hatte ihm in dem Arbeitsvertrag eine Bonuszahlung von €50.000 zugesagt, wenn er die gemeinsam für jedes Geschäftsjahr festzulegenden Ziele erreicht. Nachdem die Beklagte das Arbeitsverhältnis im Dezember 2005 zum 31. März 2006 gekündigt hatte und eine Zielvereinbarung der Parteien für die Monate Januar bis März 2006 nicht getroffen worden war, verlangte der Kläger von der Beklagten ohne Erfolg für diesen Zeitraum einen anteiligen Bonus in Höhe von €12.500. Das Landesarbeitsgericht hatte zur Ermittlung der Höhe der Bonuszahlung darauf abgestellt, inwieweit der Kläger die

für das Jahr 2005 vereinbarten Ziele erreicht hatte. Dies war, so das BAG, so nicht zulässig. Das BAG rügte dabei nicht die Zuerkennung des Anspruchs an sich, sondern dessen Berechnung. Das BAG meint, der Arbeitnehmer sei so zu stellen, wie wenn der Arbeitgeber sich ordnungsgemäß verhalten hätte, also eine Zielvereinbarung für 2006 verabschiedet hätte. Es sei daher der dem Kläger auf Grund der unterbliebenen Zielvereinbarung für die Monate Januar bis März 2006 entstandene Schaden zu ermitteln. Ein Mitverschulden des Arbeitnehmers kann sich anspruchsmindernd auswirken, wenn dieser den Arbeitgeber nicht zur Vorgabe der Ziele auffordert.

Roland Weiß, [rwe@msa.se](mailto:rwe@msa.se)

### **Vorsicht bei der Wahl ausländischen Rechts im Arbeitsvertrag**

Grundsätzlich sind auch Arbeitsvertragsparteien frei, den Arbeitsvertrag einer ausländischen Rechtsordnung zu unterstellen. Gemäß Artikel 30 EGBGB darf die Rechtswahl der Arbeitsvertragsparteien jedoch nicht dazu führen, dass dem Arbeitnehmer der Schutz entzogen wird, der bei Beachtung des ohne die Rechtswahl anwendbaren Rechts anzuwenden wäre. Diese Vorschrift kann dazu führen, dass sich der Arbeitnehmer die „Rosinen“ sowohl des vereinbarten Rechts als auch des mangels Rechtswahl anzuwendenden Rechts „herauspickt“.

Dennoch wird in Arbeitsverträgen mit Auslandsbezug (Arbeitgeber mit Sitz im Ausland, Muttergesellschaft mit Sitz im Ausland etc.) immer wieder auch ausländisches Recht gewählt, so auch in einem Sachverhalt, der einem Urteil des Bundesarbeitsgerichts („BAG“) vom 13. November 2007 (Az. 9 AZR 134/07) zugrunde lag.

Die Klägerinnen mit deutscher Staatsangehörigkeit waren seit mehreren Jahren als Flugbegleiterinnen bei der beklagten US-amerikanischen Fluggesellschaft beschäf-

tigt. Anlässlich einer Eignungsschulung in Chicago unterschrieben sie eine von der Beklagten in englischer Sprache formulierte Urkunde. Danach sollte für Streitigkeiten ausschließlich die Gerichtsbarkeit der USA zuständig sein. Zudem sollte das Recht des Staates Illinois gelten. Die Klägerinnen wurden von der „Base“ der Beklagten in Frankfurt am Main betreut. Ihr Einsatz wurde hingegen von Chicago gesteuert. Sie arbeiteten auf den Flugstrecken Frankfurt und den USA. Im Verlauf des Arbeitsverhältnisses machten die Klägerinnen – gestützt auf das TzBfG – eine Verringerung ihrer Arbeitszeit geltend. Zweifelhaft war, ob sie sich überhaupt auf das TzBfG berufen konnten.

Die Vorinstanzen hatten die Klage mit der schlichten Begründung abgewiesen, dass ausländisches Recht vereinbart sei und daher das TzBfG nicht gelte. Das BAG hob das Urteil des Hessischen LAG auf und verwies es zur weiteren Tatsachenaufklärung zurück. Zwar sei wirksam ausländisches Recht vereinbart worden. Es hätte jedoch, so das BAG, geprüft werden müssen, ob und gegebenenfalls welche für die Arbeitsverhältnisse der Flugbegleiterinnen maßgebenden Entscheidungen (in personellen und sozialen Angelegenheiten) selbstständig in der Base in Frankfurt am Main getroffen werden. Daraus könne sich eine engere Verbindung zum Recht der Bundesrepublik Deutschland als zu dem von Illinois ergeben und damit auch das TzBfG anwendbar sein.

Sollte die Base in Frankfurt am Main als einstellende Niederlassung anzusehen sein, so ist davon auszugehen, dass sich die Klägerinnen trotz wirksamer Wahl ausländischen Rechts auf Regelungen des TzBfG als Teil des Schutzes, der bei Anwendung des ohne die Rechtswahl anwendbaren Rechts anwendbar wäre, berufen können.

Roland Weiß, [rwe@msa.se](mailto:rwe@msa.se)

## BETRIEBSÜBERGANG

### *Änderung der Vergütung nach Betriebsübergang*

Immer wieder hört man, dass im Falle eines Betriebsüberganges Arbeitsvertragsbedingungen während eines Jahres nach Übergang des Arbeitsverhältnisses nicht geändert werden dürften. Dass dies für eine spezifische Situation im Arbeitsverhältnis gilt, nämlich dass Arbeitsbedingungen durch Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung geregelt sind und diese als kollektive Vereinbarung beim neuen Arbeitgeber nicht gelten, scheint weniger bekannt zu sein. Selbstverständlich können Arbeitsvertragsparteien Arbeitsbedingungen durch Individualvereinbarung ändern. So geschah dies auch im Fall, der einem Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 7. November 2007 (Az. 5 AZR 1007/06) zugrunde lag. Die Arbeitnehmerin erhielt neben einem tariflichen Grundgehalt auch eine Funktionszulage. Wenige Wochen nach Übergang des Betriebes vereinbarten die Parteien, dass die Funktionszulage entfallen solle. Die Klägerin erhielt hierfür als Ausgleich eine Einmalzahlung. Die Wirksamkeit dieser arbeitsvertraglichen Regelung bezweifelte die Mitarbeiterin, hatte jedoch damit keinen Erfolg.

Dr. Christian Bloth, [cbl@msa.se](mailto:cbl@msa.se)

### *Betriebliche Altersversorgung und Betriebsübergang*

Sollten Arbeitsbedingungen in einem Betrieb, der veräußert wird, tarifvertraglich oder im Rahmen einer Betriebsvereinbarung geregelt sein und ist der neue Arbeitgeber, also der Erwerber nicht tarifgebunden, bzw. besteht dort kein Betriebsrat, so gelten Tarifverträge bzw. Betriebsvereinbarungen individualvertraglich fort. Was gilt aber, wenn z.B. Altersversorgung beim Veräußerer des Betriebes basierend auf einem Tarifvertrag gewährt wird, bei dem Erwerber

jedoch auf Basis einer Betriebsvereinbarung? In § 613 a Abs. 1 Satz 3 BGB heißt es nämlich, dass eine solche individualvertragliche Weitergeltung kollektiv arbeitsrechtlicher Bestimmungen dann nicht gilt, wenn bei dem Erwerber entsprechender Regelungsgegenstand durch Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung geregelt wird: Verdrängt also die Betriebsvereinbarung vormalig geltende tarifvertragliche Regelungen? Das Bundesarbeitsgericht sagt in einem Urteil vom 13. November 2007 (Az. 3 AZR 199/06) nein. Sinn und Zweck des § 613 a BGB sei es, dem Arbeitnehmer die bisherigen Arbeitsbedingungen zu erhalten. Bei Betriebsvereinbarungen über Altersversorgung bestimmten die Betriebsräte nicht über deren Höhe mit, sondern lediglich bei den Anspruchsvoraussetzungen und ähnlichem. Bei tarifvertraglich gestützter Altersversorgung bestimmten hingegen die Tarifvertragsparteien die Höhe der Ansprüche mit. Von daher sei eine betriebliche Regelung nicht gleichzusetzen mit einer tarifvertraglichen Regelung, können diese also nicht verdrängen. Eine tarifvertragliche Altersversorgung gilt also individualvertraglich fort, falls der Übernehmer eine solche Versorgung nur gestützt auf betriebsverfassungsrechtliche Bestimmungen anbietet.

Dr. Christian Bloth, [cbl@msa.se](mailto:cbl@msa.se)

## **BLICK NACH SCHWEDEN: ENDE DES ANSCHLUSSZWANGS AN SCHWEDISCHE TARIFVERTRÄGE FÜR EU-UNTERNEHMEN?**

Deutsche Unternehmen, besonders aus der Baubranche, sind bei ihren Tätigkeiten in Schweden in der Vergangenheit das eine oder andere Mal von einem Umstand überrascht worden, der ihnen zu Hause unbekannt war: Schwedische Gewerkschaften versuchten, z.T. sogar durch Blockaden, diese Unternehmen zu zwingen, schwedische Tarifverträge zu akzeptieren, selbst

[www.mannheimer-swartling.de](http://www.mannheimer-swartling.de)

**MANNHEIMER SWARTLING**  
Stockholm Göteborg Malmö Helsingborg New York Frankfurt Berlin St. Petersburg Moskau Brüssel Shanghai Hongkong

wenn diese im Herkunftsland bereits einen auch für die nach Schweden entsandten Arbeitnehmer geltenden Tarifvertrag abgeschlossen hatten. Nach derzeit geltendem schwedischem Arbeitsrecht ist es möglich, dass Gewerkschaften Arbeitskampfmaßnahmen gegen ausländische Unternehmen vornehmen können, wenn diese vorübergehend in Schweden tätig sind und ihre eigenen Arbeitnehmer mitbringen. Dies ist nach der noch geltenden so genannten Lex Britannia Regelung im schwedischen Mitbestimmungsgesetz sogar zulässig, wenn das ausländische Unternehmen an einen Tarifvertrag im Heimatland gebunden ist. Arbeitskampfmaßnahmen sind in Schweden also selbst mit dem Ziel erlaubt, die ausländischen tariflichen Regelungen durch einen schwedischen Tarifvertrag zu verdrängen.

Die Wirksamkeit der schwedischen Lex Britannia Regelung ist nun jedoch durch ein Urteil des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) vom 18. Dezember 2007 (so genanntes „Vaxholm-Urteil“, Rechtssache C-341/05) in Frage gestellt worden. Hintergrund des Verfahrens war, dass die lettische Baufirma Laval un Partneri Ltd („Laval“) im Jahr 2004 durch ihre damalige schwedische Tochtergesellschaft L & P Baltic Bygg AB („Baltic“) eine Schule in Vaxholm bauen sollte, sich aber mit der Gewerkschaft Svenska Byggnadsarbetareförbundet („Byggnads“) nicht über die Bedingungen eines Anschlusstarifvertrages einigen konnte. Laval schloss anstelle dessen zwei Tarifverträge mit der lettischen Gewerkschaft der Arbeitnehmer im Baugewerbe ab. Von den 35 nach Schweden entsandten lettischen Arbeitnehmern gehörte keiner einer schwedischen Gewerkschaft an.

Im November 2004 begann Byggnads mit einer Blockade der Baustelle, der sich die Gewerkschaft Svenska Elektrikerförbundet („SEF“) mit Solidaritätsmaßnahmen anschloss. Gegen Ende Dezember 2004 ver-

ließen die lettischen Arbeitnehmer Schweden. Baltic wurde im März 2005 für insolvent erklärt. Laval erhob im Dezember 2004 Klage vor dem schwedischen Arbeitsgericht und beantragte, die Blockade der Gewerkschaft Byggnads sowie die Solidaritätsmaßnahmen der SEF für rechtswidrig zu erklären und ihre Beendigung anzuordnen. Zusätzlich beantragte Laval Ersatz des ihr entstandenen Schadens durch Byggnads und SEF.

Das Arbeitsgericht wandte sich an den EuGH und fragte an, ob es mit den Vorschriften des EG-Vertrags über die Dienstleistungsfreiheit und das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit sowie mit der Richtlinie über die Entsendung von Arbeitnehmern vereinbar sei, dass Gewerkschaften durch Arbeitskampfmaßnahmen ausländische Dienstleister dazu zwingen können, einen Tarifvertrag im Gastland abzuschließen, wenn in Schweden die Rechtsvorschriften zur Entsendung von Arbeitnehmern keine ausdrücklichen Bestimmungen über die Anwendung von Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen in einem Tarifvertrag enthalten. Die zweite Frage war, ob die oben genannten europarechtlichen Vorschriften der Lex Britannia Regelung im schwedischen Mitbestimmungsgesetz entgegenstehen.

Der EuGH entschied, dass sich die spezifischen Verpflichtungen, die mit dem Beitritt zum schwedischen Baurarifvertrag verbunden sind, nicht im Hinblick auf den Arbeitnehmerschutz gegen Sozialdumping rechtfertigen lassen. Die entsendenden ausländischen EU-Arbeitgeber seien nämlich bereits infolge der Entsendungsrichtlinie gehalten, zwingende Bestimmungen über ein Mindestmass an Schutz im anderen EU-Mitgliedstaat zu beachten. Der Zwang zu Lohnverhandlungen könne weiter nicht im Hinblick auf das im Allgemeininteresse liegende Ziel des Arbeitnehmerschutzes ge-

rechtfertigt werden. Es lasse sich nämlich in der Praxis nicht oder nur erschwert feststellen, welche Verpflichtungen hinsichtlich des Mindestlohns nach dem schwedischsprachigen Tarifvertrag zu beachten sind. Die oben genannten europarechtlichen Vorschriften verbieten es also laut EuGH einer Gewerkschaft, durch Arbeitskampfmaßnahmen einen ausländischen EU-Dienstleister dazu zu zwingen, mit ihr über die zu zahlenden Lohnsätze zu verhandeln und einem Tarifvertrag beizutreten, der Klauseln enthält, die für Arbeitnehmer günstigere Bedingungen als die vorsehen, die sich aus den einschlägigen heimatlichen Gesetzen und Tarifverträgen ergeben. Der EuGH stellte weiter fest, dass die schwedische Lex Britannia Regelung eine Diskriminierung im europäischen Dienstleistungsverkehr darstellt, da sie Tarifverträge nicht berücksichtigt, durch die entsendende EU-Unternehmer bereits im Heimatland gebunden sind.

Für ausländische EU-Unternehmen sollte nun nach dem Vaxholm-Urteil der Zugang nach Schweden nicht mehr mit der Gefahr belastet sein, sich einem schwedischen Tarifvertrag unterwerfen oder gar Arbeitskampfmaßnahmen befürchten zu müssen. Dies gilt zumindest dann, wenn diese einem heimatlichen Tarifvertrag angeschlossen sind.

*Dr. Kerstin Kamp-Wigforss, [kca@msa.se](mailto:kca@msa.se)*