

Recht der Internationalen Wirtschaft

Heft 4 / 33. Jahrgang

April 1987

Das neue Internationale Arbeitsrecht

Von Professor Dr. Wolfgang DÄUBLER, Bremen

Stichworte: Internationales Arbeitsrecht / Arbeitskollisionsrecht / Auslandsbeziehung / Anwendbares Recht / Arbeitsort als Anknüpfung / Wechselnder Einsatzort / Arbeit auf hoher See / Parteiautonomie / Rechtswahl / Unabdingbarer Schutzstandard / Entsandte Arbeitskräfte / Arbeitsvertragsstatut / Deutscher *ordre public* / Zwingendes ausländisches Recht / Übergangsrecht

I. Grundsatzfragen

1. Überblick

Das „Gesetz zur Neuregelung des Internationalen Privatrechts“ vom 25. 7. 1986¹ hat das Arbeitskollisionsrecht erstmals ausdrücklich geregelt. Unter welchen Voraussetzungen Arbeitsverträge mit „Auslandsberührung“ deutschem oder ausländischem Recht unterliegen, bestimmt sich nunmehr nach Art. 30 EGBGB n.F. Die bislang im Vordergrund stehende Parteiautonomie bei der Festlegung des anwendbaren Rechts² wird zurückgedrängt; wie die Begründung zum Regierungsentwurf ausdrücklich betont, lasse die soziale Abhängigkeit des einzelnen Arbeitnehmers einen Interessenausgleich allein auf der Grundlage des Parteiwillens nicht zu³. Nach dem nicht besonders eingängig formulierten Art. 30 EGBGB n.F. gilt nunmehr folgendes:

- Arbeitsverträge und Arbeitsverhältnisse unterliegen grundsätzlich dem Recht des Staates, in dem der Arbeitnehmer gewöhnlich seine Arbeit verrichtet (Abs. 2 Nr. 1). Diese Anknüpfung am Arbeitsort versagt, wenn der Arbeitnehmer „gewöhnlich“ in mehr als einem Staat tätig ist: In diesem Fall gilt das Recht der Niederlassung, die ihn eingestellt hat (Abs. 2 Nr. 2).
- Das so bestimmte Recht ist dann nicht maßgebend, wenn der Arbeitsvertrag oder das Arbeitsverhältnis „engere Verbindungen“ zu einem anderen Staat aufweist; dem Grundprinzip des Art. 28 Abs. 1 Satz 1 EGBGB n.F. entsprechend gilt dann das Recht dieses anderen Staates. Praktisch wichtig ist dies insbes. für entsandte Kräfte.
- Die parteiautonome Rechtswahl ist weiterhin möglich (Abs. 1). Sie darf allerdings nicht dazu führen, daß dem Arbeitnehmer der Schutz entzogen wird, der ihm durch die zwingenden Bestimmungen des ansonsten anwendbaren Rechts („Arbeitsort“ bzw. „engere Verbindungen“) gewährt wird. Hierin liegt der entscheidende Unterschied zur bisherigen Rechtslage.

2. Auslegungsgrundsätze

Art. 30 EGBGB entspricht inhaltlich völlig dem Art. 6 des „Übereinkommens über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht“, dem der Bundestag mit Gesetz vom 25. 7. 1986 zugestimmt hat⁴. Nach Art. 1 Abs. 2 dieses Gesetzes findet das Übereinkommen allerdings kei-

ne unmittelbare innerstaatliche Anwendung. Allein maßgebend für die Praxis wie für den Richter ist daher Art. 30 EGBGB n.F. Art. 36 EGBGB n.F. trägt allerdings der internationalen Herkunft insoweit Rechnung, als bei der Auslegung und Anwendung zu „berücksichtigen“ ist, daß die zugrunde liegenden Regelungen des Übereinkommens „in den Vertragsstaaten einheitlich ausgelegt und angewandt werden sollen“. Man kann dies als Grundsatz der „uniformen“ Auslegung bezeichnen. Was dies konkret bedeutet, wird die Zukunft erweisen. Zu berücksichtigen ist sicherlich die Fassung des Übereinkommens in den Sprachen der übrigen Vertragsstaaten⁵ sowie der Bericht von Giuliano und Lagarde, der die Überlegungen der Verfasser des Übereinkommens wiedergibt⁶. „Einheitlichkeit“ ist damit allerdings noch nicht erreicht, da ja nicht auszuschießen ist, daß ausländische Gerichte dieselben Texte anders verstehen oder aus ihnen abweichende Folgerungen ziehen. Der Richter soll deshalb auch die Gerichtspraxis der anderen Staaten berücksichtigen⁷ und ggfs. auch den dortigen rechtswissenschaftlichen Diskussionsstand erkunden⁸.

Nimmt man diese Vorgaben wirklich ernst, so müßte jedes (Interpretations-)Schrittchen mit einer rechtsvergleichenden Analyse untermauert werden. Solange keine zentralen (und vollständigen) Informationssysteme in bezug auf alle in Betracht kommenden Staaten bestehen, müßte man evtl. auf das Europäische Übereinkommen betreffend Auskünfte über ausländisches Recht vom 7. 6. 1968⁹ zurück-

- 1 BGBl. I, 1142. Das Gesetz ist nach seinem Art. 7 § 2 am 1. 9. 1986 in Kraft getreten. Zu seinem Inhalt siehe O. Sandrock, Die Bedeutung des Gesetzes zur Neuregelung des Internationalen Privatrechts für die Unternehmenspraxis, RIW 1986, 841 ff., sowie J. Basedow, Die Neuregelung des Internationalen Privat- und Prozeßrechts, NJW 1986, 2971 ff.; W. Bernhardt, Die Neuregelung des Internationalen Privatrechts, DB 1986, 2009 ff.; E. Jayme, Das neue IPR-Gesetz - Brennpunkte der Reform, IPRax 1986, 265 ff.; Palandt/A. Heldrich, BGB, 46. Aufl. 1987, Anm. zu Art. 3 EGBGB ff. Zum Regierungsentwurf speziell unter arbeitskollisionsrechtlichen Aspekten F. Gamillscheg, Ein Gesetz über das internationale Arbeitsrecht, ZfA 1983, 307 ff.; H. Kronke, Das Arbeitsrecht im Gesetzentwurf zur Neuregelung des Internationalen Privatrechts, DB 1984, 404 ff.
- 2 Dafür die ständige Rechtsprechung des BAG - s. etwa die Entscheidungen AP Nr. 10, 12, 13 und 23 zu Internationales Privatrecht Arbeitsrecht. In der Literatur grundlegend F. Gamillscheg, Internationales Arbeitsrecht (Arbeitsverweisungsrecht), 1959, S. 100 ff.; kritisch etwa W. Däubler, Grundprobleme des Internationalen Arbeitsrechts, AWD 1972, 1 ff.; S. Simitis, Internationales Arbeitsrecht - Standort und Perspektiven, Festschrift Kegel, 1977, S. 153 ff.
- 3 BT-Drucksache 10/504 S. 81.
- 4 BGBl. II, 809.
- 5 So der RegE, BT-Drucksache 10/504 S. 84. Die französische und englische Fassung ist mit abgedruckt in BGBl. 1986, II, 810 ff.
- 6 Der Bericht ist abgedruckt in BT-Drucksache 10/503. Für Berücksichtigung ausdrücklich auch J. Basedow, NJW 1986, 2977; F. Gamillscheg, ZfA 1983, 313; Palandt/A. Heldrich (Fn. 1), Art. 36 EGBGB Anm. 1.
- 7 BT-Drucksache 10/504 S. 84.
- 8 E. Jayme, IPRax 1986, 266.
- 9 Ausführungsgesetz v. 5. 7. 1974, BGBl. I, 1433.

greifen¹⁰ oder die Wissenschaft einschalten. Ob die dadurch bewirkte Verzögerung von Verfahren zu rechtfertigen ist, wird man bezweifeln müssen. Auch vermag es nicht recht zu befriedigen, daß auf diese Weise eine Art Wettlauf entstehen kann: Diejenigen Gerichte, die erste Entscheidungen publizieren, schlagen gewissermaßen Pflöcke ein, an denen die anderen dann nur noch schwer vorbeikommen. Sinnvoller erschiene es deshalb, bei kontroversen Auslegungsfragen den Europäischen Gerichtshof einzuschalten – eine entsprechende Absichtserklärung der Unterzeichner des Übereinkommens¹¹ scheint allerdings keine Realisierungschancen zu besitzen¹². Vorläufig ist die Problematik freilich noch dadurch entschärft, daß das Übereinkommen erst von 4 Staaten ratifiziert wurde, zu seinem Inkrafttreten aber mindestens 7 Ratifikationsurkunden erforderlich sind¹³. Art. 36 EGBGB n.F. kann daher noch keine volle Wirkung entfalten; es genügt, wenn die Gerichte das Übereinkommen selbst und seine Entstehungsgeschichte berücksichtigen, um für die Zukunft keine negativen Präjudizien zu setzen.

3. Anwendungsbereich des Art. 30 EGBGB n.F.

Ob in einer konkreten Auseinandersetzung Art. 30 überhaupt eingreift, hängt von verschiedenen Voraussetzungen ab.

a) Auslandsberührung

Ein kollisionsrechtlich relevanter Tatbestand liegt nur dann vor, wenn ein Merkmal des Arbeitsverhältnisses über die Grenzen eines Staates hinausweist. Wann dies der Fall ist, sagt auch das neue Gesetz nicht. Unter der Herrschaft einer quasi unbeschränkten Parteiautonomie kann sich insoweit Zurückhaltung empfehlen, um auf diese Weise den Schutz des schwächeren Vertragspartners nur in einem relativ engen Kreis von Fällen zum Problem werden zu lassen¹⁴. Unter dem neuen Recht scheint insoweit mehr Großzügigkeit angebracht, so daß beispielsweise schon die ausländische Staatsangehörigkeit der einen oder anderen Partei ausreicht, ohne daß das Arbeitsverhältnis selbst eine grenzüberschreitende Dimension besitzen würde¹⁵. Praktisch wichtig ist dies insbes. dann, wenn ein Arbeitnehmer in seinem Land von der Tochtergesellschaft eines ausländischen Konzerns beschäftigt wird: Hier liegt eine Auslandsberührung jedenfalls dann vor, wenn er leitende Funktionen ausübt oder wenn er vom Zuschnitt seiner Tätigkeit her regelmäßig mit der ausländischen Zentrale Kontakt hat¹⁶.

Fehlt es an der erforderlichen „Internationalisierung“ des Arbeitsverhältnisses, so ist die Wahl einer fremden Rechtsordnung nicht etwa in toto unwirksam; nach Art. 27 Abs. 3 EGBGB n.F. bleiben in diesem Fall lediglich die zwingenden Bestimmungen des anwendbaren Rechts unberührt, sein dispositiver Teil wird durch die entsprechenden Normen des in Bezug genommenen Rechts ersetzt. Der „Verweisung“ kommt insoweit dieselbe Bedeutung wie einer Bezugnahme auf Allgemeine Geschäftsbedingungen zu. Insoweit würde dann auch eine arbeitsgerichtliche Billigkeitskontrolle eingreifen¹⁷.

b) Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses

Soll Art. 30 EGBGB n.F. eingreifen, muß im konkreten Fall ein „Arbeitsvertrag“ oder „Arbeitsverhältnis“ vorliegen. Ob dies der Fall ist, bestimmt sich in der Bundesrepublik nach deutschem Recht¹⁸. Warum Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis nebeneinander genannt sind, vermag nicht recht einzuleuchten; nach den Intentionen der Verfasser sollte sichergestellt werden, daß auch faktische Arbeitsverhältnisse ohne vertragliche Grundlage erfaßt sind, was sich unschwer aber schon aus Art. 32 Abs. 1 Nr. 5

EGBGB ergeben würde¹⁹. Nicht gemeint ist jedenfalls die Einbeziehung anderer als individualvertraglicher Quellen des Arbeitsverhältnisses: Schon seiner systematischen Stellung nach betrifft Art. 30 EGBGB n.F. nicht etwa das (das Arbeitsverhältnis ja auch inhaltlich gestaltende) Arbeitsschutzrecht oder gar die grenzüberschreitende Wirkung von Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen. Die öffentlich-rechtlichen Bestandteile des Arbeitsrechts sind ebenso wie die Sozialversicherung und das gesamte kollektive Arbeitsrecht nicht positiv geregelt; sie können jedoch über Art. 34 EGBGB als Begrenzung des Arbeitsvertragsstatuts Bedeutung gewinnen²⁰.

c) Rück- und Weiterverweisung sowie Rechtsspaltung

Nach Art. 35 Abs. 1 EGBGB n.F. bezieht sich u. a. auch Art. 30 EGBGB n.F. auf die Sachnormen des anzuwendenden Rechts. Eine Rück- oder Weiterverweisung ist entgegen der allgemeinen Regel des Art. 4 Abs. 1 Satz 1 EGBGB n.F. unbeachtlich. Dies entspricht der bisherigen Rechtsprechung²¹. Art. 35 Abs. 2 EGBGB n.F. bestimmt – ebenfalls in Übereinstimmung mit der bisherigen Praxis –, daß bei Staaten mit mehreren internen Rechtsordnungen jede Gebietseinheit wie ein selbständiger Staat behandelt wird. Insbes. im Verhältnis zu den USA ist daher darauf abzustellen, in welchem Einzelstaat sich der Arbeitsort befindet bzw. zu welchem Einzelstaat engere Verbindungen im Sinne des Art. 30 Abs. 2 EGBGB n.F. bestehen.

II. Das anwendbare Recht

1. Die Anknüpfung am Arbeitsort

Nach Art. 30 Abs. 2 Nr. 1 EGBGB n.F. unterliegen Arbeitsverhältnisse dem Recht des gewöhnlichen Arbeitsorts, sofern nicht der Ausnahmetatbestand einer „engeren Verbin-

10 Dies empfiehlt G. Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 5. Aufl. 1983, § 61.

11 Die „Gemeinsame Erklärung“ ist wiedergegeben in BGBl. 1986, II, 824.

12 So die Einschätzung im Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drucksache 10/5632 S. 38. Kritisch zu der Gesetzgebungstechnik insbes. B. von Hoffmann, Empfiehlt es sich, das EG-Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht in das deutsche IPR-Gesetz zu inkorporieren?, IPRax 1984, 10 ff.; grundsätzlich zustimmend K. Firsching, Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (IPR-VertragsÜ vom 11. 6. 1980), IPRax 1981, 37 ff.

13 Näher dazu O. Sandrock, RIW 1986, 842.

14 Vgl. R. Trinkner (Anm.), BB 1967, 1291 ff.

15 O. Sandrock, RIW 1986, 846 f.

16 Ebenso für Arbeitnehmer mit Leitungsfunktionen F. Gamillscheg, ZfA 1983, 328; zurückhaltender G. Schaub (Fn. 10), § 6 III 1. Der unmittelbare Kontakt mit der Konzernzentrale wird sich angesichts der Einführung von Informationstechnologien auf einen immer größeren Kreis von Arbeitnehmern erstrecken – bemerkenswert etwa, daß sich die grundsätzlichen Entscheidungen des BAG zur Einführung von Bildschirmgeräten und zur technisierten Kontrolle nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG allesamt auf Arbeitnehmer bezogen, die als Beschäftigte amerikanischer Tochtergesellschaften Daten eingaben, die direkt nach den USA übermittelt wurden – s. etwa die Sachverhalte im BAG AP Nr. 10 zu § 111 BetrVG 1972 (Texaco); BAG AP Nr. 7 zu § 87 BetrVG 1972 (Pan Am); BAG AP Nr. 9 zu § 87 BetrVG 1972 (Rank-Xerox).

17 Nachweise bei W. Däubler, Das Arbeitsrecht 2, 4. Aufl. 1986, S. 97 ff.

18 Für Qualifikation nach der lex fori F. Gamillscheg, ZfA 1983, 365; D. Martiny, in: Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 7: Einführungsgesetz (hrsgg. von H. J. Sonnenberger), 1983, vor Art. 12 Rdnr. 185.

19 Kritisch auch F. Gamillscheg, ZfA 1983, 332; zur Einbeziehung des faktischen Arbeitsverhältnisses s. den Bericht von Giuliano und Lagarde, BT-Drucksache 10/503 S. 58.

20 Dazu unten IV.

21 BAG AP Nr. 12 zu Internationales Privatrecht Arbeitsrecht.

„dung“ zu einem anderen Staat vorliegt. Die Entscheidung des Gesetzgebers stimmt mit der generellen, in Art. 28 Abs. 2 Satz 1 EGBGB n.F. getroffenen Festlegung überein, wonach mangels vertraglicher Rechtswahl darauf abzustellen ist, in welchem Staat die „charakteristische Leistung“ zu erbringen ist.

Die Anknüpfung am objektiven Merkmal des gewöhnlichen Arbeitsorts hat den Vorzug, eine Rechtswahl nach dem Geschmack der stärkeren Vertragspartei von vornherein auszuschließen. Weiter spricht für sie die Erwartung, daß das Arbeitsverhältnis einer einheitlichen Gesamtordnung unterliegt, pflegen doch auch kollektives und öffentlich-rechtliches Arbeitsrecht am Ort der tatsächlichen Arbeitsleistung anzuknüpfen. Schließlich sollte man nicht übersehen, daß im zahlenmäßig bei weitem wichtigsten Fall der „Auslandsberührung“, nämlich bei der Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer, seit jeher so verfahren wird; die Parteiautonomie wurde allemal im Sinne der Vereinbarung des Rechts am deutschen, französischen usw. Arbeitsort genutzt²².

Die Betonung dieser Vorzüge darf nicht zu einer Verabsolutierung des Anknüpfens am Arbeitsort führen. Was im Prinzip richtig ist, muß nicht in jedem Einzelfall zu sachgerechten Ergebnissen führen. Dies gilt insbes. für den Fall, daß Arbeitnehmer aus einem Industriestaat in Länder mit unentwickelter Arbeitsrechtsordnung entsandt werden²³. Wie in solchen Fällen zu verfahren ist, wird uns unten beschäftigen²⁴. Probleme ergeben sich aber auch schon dann, wenn jemand nur vorübergehend in einem anderen Land arbeitet oder wenn die Arbeit in verschiedenen Staaten erbracht wird. Beide Fälle haben eine ausdrückliche Regelung erfahren.

a) Ausstrahlung

In Übereinstimmung mit der bisherigen Rechtsprechung²⁵ hat Art. 30 Abs. 2 Nr. 1 EGBGB n.F. die sog. Ausstrahlung anerkannt: Am anwendbaren Recht ändert sich nichts, wenn der Arbeitnehmer „vorübergehend“ in einen anderen Staat entsandt wird. Das Arbeitsrecht ist insoweit mit dem Sozialversicherungsrecht gleichgezogen²⁶; wie bei diesem ist danach nicht nur die vorübergehende Arbeit im Ausland, sondern auch eine entsprechende Tätigkeit eines ausländischen Beschäftigten im Inland kollisionsrechtlich ohne Folgen²⁷. Erfasst sind insbes. Montagetätigkeiten, Arbeiten auf Baustellen, Unterweisung ausländischer Abnehmer beim Anlagenvertrag usw. Entscheidend ist, daß der Zeitpunkt der Rückkehr von vornherein einigermaßen exakt festliegt.

Die Tatsache, daß sich kollisionsrechtlich nichts ändert, darf nicht darüber hinwegtäuschen, daß sich bei der Abwicklung des Arbeitsverhältnisses im Rahmen des bisherigen (z.B. des deutschen) Rechts zahlreiche Probleme ergeben können. So sind nicht nur die Sicherheitsvorschriften am (vorübergehenden) Arbeitsort zu beachten²⁸, sondern etwa auch die Feiertage oder die dort bestehenden öffentlich-rechtlichen Vorschriften über die Arbeitszeit. In entsprechender Anwendung von Art. 32 Abs. 2 EGBGB n.F. sind derlei Leistungshindernisse zu berücksichtigen. Dies bedeutet, daß dem Arbeitnehmer kein finanzieller Nachteil dadurch entstehen darf, daß beispielsweise an bestimmten Tagen nicht gearbeitet werden kann. Gleichzeitig ist aber darauf Bedacht zu nehmen, daß kein Ergebnis entsteht, das weder der einen noch der anderen Rechtsordnung entspricht: Die deutschen und die spanischen Feiertage zu kumulieren, kann sicherlich nicht in Betracht kommen. Dies kann sich schon aus einer sachgerechten Auslegung der arbeitsvertraglichen Abmachungen ergeben, würde notfalls aber auch daraus folgen, daß bei der Anwendung zweier Rechtsordnungen auf denselben Lebenssachverhalt auch außerhalb des Internationalen Arbeitsrechts entsprechend verfahren wird²⁹.

b) Wechselnder Einsatzort

Verrichtet der Arbeitnehmer seine Tätigkeit „gewöhnlich“ in mehr als einem Staat, so findet nach Art. 30 Abs. 2 Nr. 2 EGBGB n.F. das Recht der Niederlassung Anwendung, die ihn eingestellt hat. Erfasst sind damit beispielsweise Beschäftigte von Schlafwagengesellschaften, aber auch Monteure, bei denen sich ein Auslandsaufenthalt an den anderen reiht, ohne daß eine Rückkehr verbindlich festgelegt wäre. Auch kann es Leiharbeiter geben, die in unterschiedlichen Ländern eingesetzt werden.

Richtig ist an der getroffenen Regelung, daß sie einen permanenten Statutenwechsel vermeidet; den Beteiligten wäre wenig damit gedient, sich bei jedem Auslandsaufenthalt auf eine andere Rechtsordnung einstellen zu müssen. Weiter wird man entgegen *Simitis*³⁰ auch nichts dagegen einwenden können, daß mangels anderer Anhaltspunkte auf den Sitz der Arbeitgeberseite abgestellt wird – eine Manipulation des Arbeitsstatuts durch Sitzverlegung stellt keine reale Gefahr dar. Zweifel erweckt jedoch die Tatsache, daß es auf die einstellende Niederlassung ankommen soll: Hier könnte sich ein Arbeitgeber mit vielen Zweigstellen und Tochtergesellschaften in der Tat die allein seinen Interessen entsprechende Lösung aussuchen. Dies kann angesichts der sonst von Art. 30 EGBGB n.F. verfolgten Tendenz schwerlich gemeint sein. Eine gewisse Verobjektivierung bringt es zum einen, wenn man unter „Einstellung“ nicht den beliebig lokalisierbaren Vertragsabschluß, sondern entsprechend dem bei § 99 BetrVG Üblichen³¹ die Eingliederung in die vom Arbeitgeber bestimmte Organisation versteht. Bei Piloten wäre dies der Ort, von dem aus sie normalerweise eingesetzt werden³². Zum zweiten wird man die durch Zuweisung an eine Niederlassung erfolgende verdeckte Rechtswahl einer Billigkeitskontrolle unterziehen³³. So wird man das am Hauptsitz der Gesellschaft anwendbare Recht zugrunde legen, wenn das Recht der Niederlassung deutlich weniger Schutz bietet und keine zusätzlichen Momente ersichtlich sind, die auf die dortige Rechtsordnung hinweisen³⁴. Bei Seeschiffen folgt dieses Ergebnis schon aus der Anknüpfung an das Recht der Flag-

22 Vgl. *S. Simitis* (Fn. 2), S. 162 ff. Die ausländischen Arbeitnehmer aus der kollisionsrechtlichen Betrachtung einfach auszuklammern, erscheint nicht angängig – ganz abgesehen davon, daß sich durchaus „traditionelle“ Fragen ergeben können, wenn etwa auch der Arbeitgeber als kleiner Gewerbetreibender dieselbe ausländische Staatsangehörigkeit wie seine Arbeitnehmer besitzt. Auch ist bislang zu wenig beachtet worden, daß sich die Handhabung des deutschen Arbeitsrechts mit Rücksicht auf die „Auslandsberührung“ Modifikationen gefallen lassen muß; s. als Beispiel die Anpassung der Betriebsrenten nach § 16 BetrAVG bei Wohnsitz des Ruheständlers in seinem Heimatstaat (dazu die kurzen Bemerkungen bei *Birk*, Die betriebliche Altersversorgung bei Auslandsbeziehungen, Festschrift Gerhard Müller, 1981, S. 48).

23 Richtig *H. Kronke*, DB 1984, 405.

24 Unten 2.

25 S. etwa BAG AP Nr. 16 zu Internationales Privatrecht Arbeitsrecht Bl. 2 R; BAG AP Nr. 3 zu § 117 BetrVG 1972 Bl. 3 R.

26 § 4 SGB IV enthält eine sachlich übereinstimmende Regelung.

27 § 5 SGB IV: sog. Einstrahlung.

28 *S. Simitis* (Fn. 2), S. 170.

29 Die Frage wird unter dem Stichwort der „Angleichung“ diskutiert. Dazu *G. Kegel*, Internationales Privatrecht, 5. Aufl. 1985, S. 199 ff.

30 (Fn. 2), S. 173.

31 Dazu die Nachweise bei *W. Däubler*, Das Arbeitsrecht 1, 8. Aufl. 1986, S. 469 f.; *Dietz/Richard*, BetrVG, 6. Aufl. 1982, § 99 Rdnr. 25.

32 *F. Gamillscheg*, ZfA 1983, 334.

33 Vgl. *F. Gamillscheg*, ZfA 1983, 323, der generell eine Billigkeitskontrolle gegenüber autonom bestimmter Rechtswahl im Arbeitsrecht befürwortet.

34 Auch nach bisherigem Recht wurde in der Regel auf den Sitz des Arbeitgeberunternehmens abgestellt – s. etwa *R. Trinkner*, BB 1967, 1291; *MünchKomm/Martiny* (Fn. 18), vor Art. 12 Rdnr. 191 (bei Leiharbeitnehmern Abstellen auf den Betriebsitz des Verleihers).

ge³⁵ – das Problem des „Ausflaggens“ ist leider weder in Art. 30 EGBGB n.F. noch im Europäischen Übereinkommen angesprochen³⁶.

c) Arbeit auf hoher See

Auf die Niederlassung bzw. den Sitz des Arbeitgeberunternehmens ist auch dann abzustellen, wenn die Arbeit im „juristischen Niemandsland“, etwa auf einer Bohrinsel stattfindet, die nicht mehr zu einem bestimmten Staatsgebiet gehört. Entsprechende Überlegungen wurden schon bei der Konzipierung des Europäischen Übereinkommens angestellt³⁷.

2. Die Anknüpfung am Recht der engeren Verbindung

Das Recht des Arbeitsorts bzw. der einstellenden Niederlassung ist nur dann maßgebend, wenn keine engeren Verbindungen zu einem anderen Staat bestehen (Art. 30 Abs. 2 nach Nr. 2 – „Es sei denn“-Klausel). Wann dies der Fall sein soll, wird weder aus den Vorarbeiten des Gesetzes noch aus denen zum Europäischen Übereinkommen deutlich. Sinnvoll und legitim erscheint daher ein Rückgriff auf die bisherige Rechtsprechung, die sich derselben Frage zu stellen hatte, wenn weder eine ausdrückliche noch eine stillschweigende Rechtswahl der Parteien vorlag. Das BAG hat im Fall eines amerikanischen Piloten den Grundsatz aufgestellt, der Einsatz- oder Arbeitsort spiele zwar eine sehr wichtige, jedoch keine so überragende Rolle, daß er auf jeden Fall ausschlaggebend sein müßte³⁸. Als gegenläufiges, zu einer abweichenden Anknüpfung führendes Moment wurde insbes. die gemeinsame Staatsangehörigkeit hervorgehoben; auch kam hinzu, daß sämtliche Flugzeuge in den USA registriert waren, der Schriftverkehr auf Englisch erfolgte und die Vergütung in Dollar berechnet wurde. Im Ergebnis gaben diese Gesichtspunkte den Ausschlag; die Tatsache, daß der Arbeitnehmer in Berlin Steuern und Beiträge zur Sozialversicherung bezahlte, dort auch seinen Wohnsitz hatte und sein Gehalt in DM ausgezahlt bekam, fiel demgegenüber nicht entscheidend ins Gewicht. Allerdings wies das BAG auf die Besonderheiten des Pilotenberufs hin, bei dem nur eine geringere Bindung an einen bestimmten Ort vorhanden sei.

Die topische, verschiedene Gesichtspunkte abwägende Vorgehensweise des BAG bringt es mit sich, daß keine völlig klaren Trennungslinien zwischen den „Normalfällen“ und den „Ausnahmefällen“ zu ziehen sind, bei denen die Verbindung zum Arbeitsort durch engere andere Bindungen überlagert und so letztlich wirkungslos gemacht wird. Dennoch lassen sich – auch unter Berücksichtigung der allerdings noch spärlichen Literatur³⁹ – einige zweifelsfreie Feststellungen treffen.

Eine „engere Verbindung“ ist dann anzunehmen, wenn deutsche Arbeitnehmer von ihrer Arbeitgeberfirma nicht nur vorübergehend zu einer ausländischen Zweigstelle oder Tochtergesellschaft abgeordnet werden⁴⁰. In Fällen dieser Art sprechen die gemeinsame Staatsangehörigkeit, die in der Regel vorgesehene Möglichkeit zur Rückkehr sowie die im Rahmen des „Inlandsarbeitsverhältnisses“ getroffene Abrede über den Auslandsaufenthalt entscheidend für die Beibehaltung des deutschen Rechts. Ein zusätzlicher Gesichtspunkt kann sich noch daraus ergeben, daß sich die deutsche Muttergesellschaft das Recht vorbehält, den Arbeitnehmer zurückzurufen oder ihn in eine andere Niederlassung zu versetzen⁴¹.

Die Bindung lockert sich ein wenig, wenn der „entsandte“ Arbeitnehmer nicht die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt. Stammt er aus jenem Land, in dem er in Zukunft arbeiten soll, wird man die „engere Verbindung“ zum Inland nicht mehr bejahen können. Handelt es sich dagegen um einen „Drittstaatler“, etwa einen Österreicher, so wird man

schwerlich zu einem anderen Ergebnis als bei der Entsendung eines Deutschen kommen.

Wird ein deutscher Arbeitnehmer nicht entsandt sondern als Mitglied der deutschen „Kolonie“ von der ausländischen Niederlassung eingestellt, so wird man unterscheiden müssen: Erfolgte die Beschäftigung speziell mit Rücksicht auf die Eigenschaft als Deutscher, soll etwa der Publikumsverkehr in einer diplomatischen Vertretung abgewickelt oder der Kontakt zum Stammhaus des Unternehmens gepflegt werden, wird die Bindung an deutsches Recht die an das Recht des Arbeitsorts überwiegen⁴². Geht es umgekehrt um eine Tätigkeit, bei der die nationale Herkunft keine Rolle spielt, bleibt es beim Recht des Arbeitsorts. Ein in Sao Paolo wohnhafter Deutscher, der in Brasilien Volkswagen an den aufstrebenden Mittelstand verkaufen soll, unterliegt brasilianischem Arbeitsrecht⁴³.

Dieselben Maßstäbe, die für einen „Export“ des deutschen Arbeitsrechts gelten, müssen auch dann Anwendung finden, wenn es um den „Import“ eines ausländischen Rechts in die Bundesrepublik geht. Was dem deutschen Filialleiter in Singapur recht, muß dem amerikanischen Manager in Frankfurt billig sein. Störungen auf dem Arbeitsmarkt oder ein nicht hinnehmbarer Abbau von Schutzstandards ist über die Sonderanknüpfung zwingenden Rechts zu bewältigen⁴⁴. Da andere Staaten auf ihrem Gebiet genauso verfahren, ergibt sich des öfteren die Situation, daß ein Arbeitsverhältnis gleichzeitig zwei verschiedenen Rechtsordnungen unterliegt. Um einen Fall aus der Rechtsprechung aufzugreifen: Der Kündigungsschutz kann sich nach New Yorker Recht bestimmen, während der Betriebsrat gleichwohl nach § 102 Abs. 1 BetrVG einzuschalten ist⁴⁵. Noch stärker als bei der sog. Ausstrahlung⁴⁶ stellt sich hier das Problem, die verschiedenen Rechtsordnungen miteinander in Einklang zu bringen. Das BAG hat ohne viele kollisionsrechtliche Überlegungen beispielsweise in der genannten Entscheidung zwar § 102 Abs. 1, nicht aber § 102 Abs. 5 BetrVG angewandt, da letzterer die Erhebung einer Kündigungsschutzklage nach deutschem Recht voraussetze⁴⁷.

35 § 1 SeemG. Nach *Palandt/A. Heldrich* (Fn. 1) Art. 30 Anm. 4 a ist die Anknüpfung an das Recht der Flagge überholt, doch läßt sich dies weder mit systematischen Erwägungen (das SeemG. ist die speziellere Norm) noch mit der Entstehungsgeschichte belegen. Der Bericht von *Giuliano* und *Lagarde* (BT-Drucksache 10/503 S. 58) vermerkt nur lakonisch, man habe insoweit auf eine Sondervorschrift verzichtet.

36 Dazu etwa *LAG Baden-Württemberg*, RIW 1981, 272 mit Anm. *Winkler*.

37 S. den Bericht von *Giuliano* und *Lagarde*, BT-Drucksache 10/503 S. 58. Zustimmend *K. Firsching*, IPrax 1981, 41.

38 BAG AP Nr. 12 zu Internationales Privatrecht Arbeitsrecht, auch zum folgenden.

39 *F. Gamillscheg*, ZfA 1983, 339 f.; *H. Kronke* DB 1984, 405 (zum gleichlautenden Entwurf).

40 Ebenso *Gamillscheg*, ZfA 1983, 340; *Kronke*, DB 1984, 405. Zu den arbeitsvertraglichen Voraussetzungen einer derartigen Abordnung s. schon *Isele*, Auslandsmontage im Arbeitsrecht, Festschrift *Ficker*, 1967, S. 245 f.

41 Einen solchen Fall hatte BAG AP Nr. 7 zu § 38 ZPO Internationale Zuständigkeit zum Gegenstand, doch löste das BAG den Fall mit Hilfe einer konkludenten Rechtswahl zugunsten des deutschen Rechts. Zu der Existenz zweier Arbeitsverhältnisse s. unten 4.

42 So für deutsche Ortskräfte von Auslandsvertretungen und Fernsehanstalten *Palandt/A. Heldrich* (Fn. 1), Art. 30 Anm. 4 b.

43 Zu kollisionsrechtlichen Fragen im Verhältnis Bundesrepublik – Brasilien s. *H. Schwarz*, Problematik internationaler Arbeitsverträge, RIW 1976 501 ff.; zum brasilianischen materiellen Arbeitsrecht s. die neueren Darstellungen von *Spilger*, Grundzüge des brasilianischen Arbeitsrechts, RIW 1984, 448 ff. und von *Cesarino Jr.* *Brazilian Labour Law and the Economic Development of the Country*, in: *F. Kübler* (Hrsg.), *Industrialisierung und Recht in Brasilien* 1981, S. 41 ff.

44 Dazu unten IV.

45 BAG AP Nr. 13 zu Internationales Privatrecht Arbeitsrecht.

46 Dazu oben 1 a.

47 BAG AP Nr. 13 zu Internationales Privatrecht Arbeitsrecht, Bl. 3 R.

3. Die verbleibende Parteiautonomie

Nach Art. 30 Abs. 1 EGBGB n.F. bleibt zwar die Rechtswahl zulässig, doch darf durch eine entsprechende Vereinbarung dem Arbeitnehmer nicht der Schutz entzogen werden, den ihm die nach Art. 30 Abs. 2 anwendbare Rechtsordnung gewährt. Damit wird der Tatsache Rechnung getragen, daß sich Rechtswahlklauseln in der Regel in Standardverträgen finden, über deren Inhalt nicht im einzelnen verhandelt wird⁴⁸. Ähnlich wie bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen bedarf die an der Aufstellung nicht beteiligte Seite einer besonderen Absicherung.

a) Vorliegen einer Rechtswahl

Die Vereinbarung einer bestimmten Rechtsordnung muß nicht ausdrücklich erfolgen. Nach Art. 27 Abs. 1 Satz 2 EGBGB n.F. reicht es aus, wenn sie sich „mit hinreichender Sicherheit“ aus den Bestimmungen des Vertrages oder aus den Umständen des Falles ergibt. Eine solche konkludente Rechtswahl liegt etwa dann vor, wenn ein bestimmter Gerichtsstand vereinbart wird⁴⁹, wenn Vertragsmuster mit Begriffen aus einem bestimmten Recht verwendet werden⁵⁰ oder wenn auf die Kündigungsfristen einer bestimmten Rechtsordnung verwiesen wird⁵¹. Im letzteren Fall ist allerdings immer zu prüfen, ob nicht nur das angesprochene Sachgebiet einer bestimmten Rechtsordnung unterstellt werden soll; Art. 27 Abs. 1 Satz 3 EGBGB n.F. läßt nämlich nunmehr ausdrücklich auch eine auf einen Vertragsteil beschränkte Rechtswahl zu⁵².

Nach Art. 27 Abs. 2 Satz 1 EGBGB n.F. muß die Rechtswahl nicht schon bei Abschluß des Vertrages getroffen werden; sie kann auch später, insbesondere im Prozeß erfolgen und ist jederzeit im beiderseitigen Einvernehmen abänderbar.

b) Der unabdingbare Schutzstandard

Bietet die gewählte Rechtsordnung dem Arbeitnehmer weniger Schutz als die nach Art. 30 Abs. 2 EGBGB n.F. eingreifende, macht dies die Rechtswahl als solche nicht unwirksam⁵³. Die Schutzvorschriften der abbedungenen Rechtsordnung ergänzen vielmehr das gewählte Recht und verdrängen ggfs. die weniger weitgehenden oder den Arbeitnehmerschutz behindernden Vorschriften. Dabei ist ohne Bedeutung, ob der Schutz der abbedungenen Rechtsordnung durch Privatrechtsnormen (wie das KSchG), durch öffentliches Recht oder durch Tarifverträge erfolgt⁵⁴. Jeder Unterschreitung wird die Anerkennung versagt. Würde etwa mit auf Dauer in die Bundesrepublik entsandten jugoslawischen Bauarbeitern vereinbart, daß für sie allein jugoslawisches Recht gelte, so müßten die für allgemein verbindlich erklärten Tarifverträge über die Sozialkassen des Baugewerbes gleichwohl Anwendung finden⁵⁵.

Die eigentlich entscheidende Frage lautet freilich, wann das gewählte Recht weniger Schutz als das abbedungene gewährt. Die Begründung des Regierungsentwurfs nennt als vergleichsweise unproblematisches Beispiel das Vorhandensein längerer bzw. kürzerer Kündigungsfristen⁵⁶. Im Regelfall wird der Arbeitnehmer in der Tat interessiert sein, nicht von heute auf morgen vor die Tür gesetzt zu werden. Im Einzelfall kann es allerdings anders liegen: Wie ist zu entscheiden, wenn der Arbeitnehmer recht gerne die 14-tägige Kündigungsfrist der Rechtsordnung X und nicht die 3-monatige der Rechtsordnung Y akzeptieren möchte, weil er kurzfristig eine Stelle bei einem anderen Unternehmen antreten kann? Wie ist zu entscheiden, wenn die eine Rechtsordnung eine großzügig bemessene Entschädigung gewährt, während die andere Kündigungen von staatlicher Genehmigung abhängig macht⁵⁷? Kann eine hohe Vergü-

tung mangelnden Kündigungsschutz kompensieren? Die evidente Schwierigkeit, in solchen Fällen eine überzeugende Antwort zu finden, hat dazu geführt, daß man immer nur sehr kleine Teilbereiche der beiden Arbeitsrechtsordnungen miteinander vergleicht; insoweit läßt sich auch die immer als mißlich empfundene Bewertung anderer Rechte vermeiden⁵⁸. Man muß also Kündigungsfristen, Kündigungsgründe, Abfindungsregelungen, Lohnhöhe usw. fein säuberlich trennen. Selbst dann wird der „Günstigkeitsvergleich“ allerdings häufig schwierig sein; die Probleme sind insoweit aus dem innerstaatlichen Recht bekannt⁵⁹. Daß die Gerichte oft mit solchen Problemen zu tun haben werden, wird man allerdings bezweifeln müssen: Bei entsandten Kräften wurde in der Vergangenheit in der Regel deutsches Recht vereinbart, das nunmehr als „Recht der engeren Verbindung“ automatisch Platz greift, mit Ortskräften wurde typischerweise die Geltung des Ortsrechts vereinbart, das sich nunmehr ebenfalls direkt aus Art. 30 Abs. 2 EGBGB n.F. ergibt. Was bleibt sind einige atypische Entsendungsfälle (Argentinier wird von seiner deutschen Firma nach Argentinien entsandt) sowie die Vereinbarung deutschen Rechts mit (nichtdeutschen) Ortskräften. Bei den hier zu findenden Lösungen kann die französische Rechtsprechung hilfreich sein, die schon seit geraumer Zeit ein kollisionsrechtliches Günstigkeitsprinzip praktiziert⁶⁰.

4. Ein Sonderfall: Die zwei Arbeitsverhältnisse mit entsandten Kräften

Eine empirische Untersuchung durch Kronke hat vor einigen Jahren ergeben, daß ein beträchtlicher Teil der ins-

48 Vgl. H. Kronke, *Rechtstatsachen, kollisionsrechtliche Methodenentfaltung und Arbeitnehmerschutz im internationalen Arbeitsrecht*, 1980, S. 55: Von 10 384 Arbeitsverträgen mit entsandten deutschen Arbeitnehmern und mit deutschen Ortskräften hatten 97% eine standardisierte Rechtswahlklausel, nur in 3% aller Fälle lag eine individuelle Vereinbarung vor. Bei ausländischen Ortskräften stieg der Anteil der Standardisierung sogar auf über 99%.

49 Vgl. BAG AP Nr. 7 zu § 38 ZPO Internationale Zuständigkeit.

50 Vgl. W. Blomeyer/K. Otto, *Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung*, 1984, Einl. Rn. 664 (Vertragsmuster entsprechend deutschem Betriebsrentenrecht).

51 Vgl. Schaub (Fn. 10), § 6 III 3 mit dem berechtigten Hinweis, die Erwähnung nur eines Teiles einer Rechtsordnung könne auch gegen eine umfassende Rechtswahl sprechen.

52 Kritisch dazu *Gamillscheg*, ZfA 1983, 328, doch ist seinen Befürchtungen durch die Unabdingbarkeit des Schutzes der nach Art. 30 Abs. 2 eingreifenden Rechtsordnung die Grundlage entzogen.

53 Vgl. den Bericht von *Giuliano* und *Lagarde*, BT-Drucksache 10/503 S. 57; Begründung des RegE, BT-Drucksache 10/504 S. 81.

54 So ausdrücklich der Bericht von *Giuliano* und *Lagarde*, BT-Drucksache 10/503 S. 57; Begründung des RegE, BT-Drucksache 10/504 S. 81. Ebenso in der Literatur *Gamillscheg*, ZfA 1983, 336; *Kronke*, DB 1984, 405; *Palandt/A. Heldrich* (Fn. 1), Art. 30 Anm. 3c.

55 S. den Fall BAG AP Nr. 30 zu § 1 TVG Tarifverträge: Bau. Im konkreten Fall lag allerdings eine bloße „Einstrahlung“ vor, so daß das BAG im Ergebnis die Anwendung der Tarifverträge zu Recht verneinte – so zutreffend *E. Lorenz* in der Anm. zu BAG, a. a. O.

56 BT-Drucksache 10/504 S. 81.

57 S. die Beispiele bei *Kronke* (Fn. 48), S. 132f. (staatliche Genehmigung der Kündigung nach niederländischem Recht), S. 133f. (Abfindung nach italienischem Recht).

58 Vgl. *Kronke*, DB 1984, 405; gegen einen Gesamtvergleich auch *Gamillscheg*, ZfA 1983, 339.

59 Zum Günstigkeitsvergleich s. W. Däubler/H. Hege, *Tarifvertragsrecht*, 2. Aufl. 1981, Rdnr. 127ff.; H. Wiedemann/H. Stumpf, *Tarifvertragsgesetz*, 5. Aufl. 1977, § 4 Rn. 239ff. Als Alternative kommt weiter in Betracht, allein auf die subjektiven Präferenzen des einzelnen Arbeitnehmers abzustellen. Dazu W. Däubler, AWD 1972, 10ff.

60 Dazu G. *Lyon-Caen/A. Lyon-Caen*, *Droit social international et européen*, 6^e éd. Paris 1985, N° 59ss.

Ausland entsandten deutschen Arbeitskräfte eine Art „Rumpfarbeitsverhältnis“ mit der deutschen Muttergesellschaft beibehält⁶¹. Dies gilt insbesondere für die chemische und die Elektroindustrie⁶², doch schien eine entsprechende Annahme auch bei der Kreditwirtschaft und im Bausektor nicht von vornherein ausgeschlossen⁶³. Auch an anderer Stelle wird von einer Aufteilung der Verträge berichtet⁶⁴. In den Verträgen mit der Auslandsgesellschaft wird dabei z.T. die Geltung des Ortsrechts vereinbart⁶⁵. Der Vertrag mit der Muttergesellschaft enthält insbesondere Regelungen zu den Reisekosten, zum Urlaub, zur betrieblichen Altersversorgung und zu einer möglichen Rückkehr⁶⁶. Beide Verträge können insoweit voneinander unabhängig sein, als die Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch die Auslandsgesellschaft die Rechtsbeziehung zum Stammhaus bestehen läßt⁶⁷.

Die kollisionsrechtliche Behandlung scheint nicht erörtert zu sein. Eine getrennte Anknüpfung beider Verträge ist nach neuem Recht möglich, da es Art. 27 Abs. 1 Satz 3 EGBGB n.F. ausdrücklich zuläßt, die Rechtswahl auf den Teil eines Vertrages zu beschränken, und da Art. 28 Abs. 1 Satz 2 EGBGB n.F. bei dem kraft Gesetzes anwendbaren Recht eine Trennung sogar innerhalb eines Vertrages zuläßt, wenn ein selbständiger Teil eine engere Verbindung zu einem anderen Staat aufweist: Was im Rahmen eines Vertrages möglich ist, muß erst recht dann gelten, wenn die Parteien ein Rechtsverhältnis in zwei getrennten Verträgen regeln.

Geht man zunächst davon aus, daß keine Rechtswahl getroffen wurde, so unterliegt das Rumpfarbeitsverhältnis mit der deutschen Muttergesellschaft eindeutig deutschem Recht. Beim Vertrag mit der Tochtergesellschaft wird man demgegenüber differenzieren müssen: Beschränkt er sich im wesentlichen darauf, die Art und Weise der Erbringung der Arbeitsleistung zu regeln und die Anpassung der Rechte und Pflichten an die örtlichen Gegebenheiten vorzunehmen, so fehlt es an der „engeren Verbindung“ zum deutschen Recht; nach Art. 30 Abs. 2 Nr. 1 EGBGB n.F. gilt insoweit das Recht des Arbeitsorts. Handelt es sich umgekehrt um einen normalen, alle wechselseitigen Rechte und Pflichten regelnden Arbeitsvertrag, der nur durch das Hinzutreten der Mutter ergänzt wird, bleibt es bei der engen Verbindung zum Inland und damit bei der Anwendung des deutschen Rechts⁶⁸.

Wird eine Rechtswahl zugunsten des deutschen oder eines ausländischen Rechts getroffen, so ist Art. 30 Abs. 1 EGBGB n.F. zu beachten: Insoweit gilt das Günstigkeitsprinzip.

Ohne weitere kollisionsrechtliche Konsequenzen ist die in der Literatur vertretene Ansicht, die Konzernmutter habe immer und solange Arbeitgeberpflichten, wie sie den Einsatz der entsandten Arbeitskraft steuert⁶⁹: Die dadurch entstehende Rechtsbeziehung wäre wie das beschriebene Rumpfarbeitsverhältnis zu behandeln.

III. Der Umfang des Arbeitsvertragsstatuts

Die nach Art. 30 EGBGB n.F. eingreifende Rechtsordnung entscheidet nach Art. 31 Abs. 1 EGBGB n.F. über die Wirksamkeit des Arbeitsvertrags oder einzelner Bestimmungen. Wie schon nach bisherigem Recht wird aber die Geschäftsfähigkeit einschließlich der § 113 BGB entsprechenden Sondervorschriften über die Arbeitsaufnahme durch Jugendliche selbständig angeknüpft⁷⁰. Dasselbe gilt nach Art. 11 EGBGB n.F. für die Form von Rechtsgeschäften⁷¹.

Das Vertragsstatut bestimmt nach Art. 32 Abs. 1 und 2 EGBGB n.F. die Art und Weise der Durchführung und

ggfs. Abwicklung des Arbeitsvertrags bzw. eines auf vertragsähnlicher Grundlage beruhenden „faktischen“ Arbeitsverhältnisses. In diesen Bereich fällt die Arbeitspflicht ebenso wie die Pflicht zur Lohnzahlung. Auch die Haftung auf Schadensersatz wird erfaßt, wobei ein Rückgriff auf das Deliktsstatut nach allgemeiner Auffassung ausscheidet⁷². Auch nachvertragliche Wettbewerbsverbote fallen unter das Arbeitsvertragsstatut⁷³. Dasselbe gilt für Arbeitnehmererfindungen⁷⁴. Das nach Art. 30 EGBGB n.F. berufene Recht entscheidet auch über den Kündigungsschutz sowie nach allerdings bestrittener Auffassung über den Bestandsschutz bei Betriebsübergang⁷⁵. Für das neue Recht wird dies durch Art. 32 Abs. 1 Nr. 4 EGBGB n.F. bestätigt, da es hier ebenso wie bei der Kündigung um eine bestimmte Art des „Erlöschens“ des Arbeitsverhältnisses geht.

Die betriebliche Altersversorgung teilte nach bisheriger Auffassung in der Regel, jedoch nicht zwingend das kollisionsrechtliche Schicksal des Arbeitsvertrags⁷⁶. Daran hat sich grundsätzlich nichts geändert; das Arbeitsvertragsstatut gilt im Zweifel auch für den „angelehnten“ Vertrag. Dabei macht es keinen Unterschied, ob eine Direktzusage oder eine Versorgung durch einen verselbständigten Rechtsträger vorliegt.

Eine kollisionsrechtliche Aufspaltung kommt dann in Betracht, wenn eine konzerneinheitliche Versorgungsordnung besteht, die auch (einzelne) nicht-deutsche Ortskräfte

61 *Kronke* (Fn. 48), S. 55: Von den erfaßten deutschen Arbeitskräften, die ins Ausland entsandt oder dort als Ortskräfte eingestellt wurden, besaßen 10364 ausschließlich einen Vertrag mit dem Stammhaus, während 2380 daneben auch einen Arbeitsvertrag mit der Auslandsgesellschaft hatten.

62 *Kronke* (Fn. 48), S. 40f., 44.

63 *Kronke* (Fn. 48), S. 32, 39.

64 *R. Birk*, Das internationale Arbeitsrecht der Bundesrepublik Deutschland, *RabelsZ* 46 (1982), 393; *Rey*, Betriebliche Altersversorgung bei Entsendung eines Mitarbeiters zu einer Auslandstochtergesellschaft, *DB* 1982, 806.

65 *Kronke* (Fn. 48), S. 41 (chemische Industrie).

66 *Kronke* (Fn. 48), S. 40.

67 *Kronke* (Fn. 48), S. 43. In Frankreich hat der Gesetzgeber daraus die Konsequenz gezogen, die Auflösung der Rechtsbeziehungen zum Stammhaus von einer erneuten Kündigung abhängig zu machen. Dazu *G. Lyon-Caen/A. Lyon-Caen* (Fn. 60), N^o 63.

68 Vgl. auch *G. Lyon-Caen/A. Lyon-Caen* (Fn. 60), N^o 59, wonach die (begünstigende) Parteiautonomie versagt und zwingend an das Recht des Arbeitsorts anzuknüpfen ist, wenn es sich um Normen handelt, die für die Belegschaft notwendigerweise einheitlich sein müssen (deutsche Parallele etwa: Betriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Normen im Sinne des § 3 Abs. 2 TVG).

69 So im hier interessierenden Zusammenhang *Birk*, Die Insolvenzversicherung der betrieblichen Altersversorgung im grenzüberschreitenden Konzern, *IPRax* 1984, 140. Ebenso im innerstaatlichen Konzernarbeitsrecht *M. Henssler*, Der Arbeitsvertrag im Konzern, 1983, S. 77ff.; *W. Däubler* (Fn. 17), S. 571f.

70 Art. 7 Abs. 1 EGBGB.

71 Kritisch insoweit mit Recht *Gamillscheg*, *ZfA* 1983, 355.

72 *R. Birk*, *RabelsZ* 46 (1982), 397; *F. Gamillscheg*, *ZfA* 1983, 360; *MünchKomm/Martiny*, vor Art. 12 Rn. 195. Zur geplanten Neuregelung des Deliktsstatuts s. *J. Basedow*, *NJW* 1986, 2972; *O. Sandrock*, *RIW* 1986, 841.

73 *BAG AP Nr. 1* zu § 75b HGB; *F. Gamillscheg*, *ZfA* 1983, 364; *MünchKomm/Martiny*, vor Art. 12 Rn. 201.

74 *Gamillscheg*, *ZfA* 1983, 362; *MünchKomm/Martiny*, vor Art. 12 Rn. 197.

75 So *Birk*, *RabelsZ* 46 (1982), 396; *Gamillscheg*, *ZfA* 1983, 359; *Kronke*, Betriebsveräußerung und Kündigungsschutz im internationalen Arbeitsrecht, *IPRax* 1981, 157; *MünchKomm/Martiny*, vor Art. 12 Rn. 194; anders *LAG Hamburg*, *IPRax* 1981, 175.

76 *BAG AP Nr. 11* zu Internationales Privatrecht Arbeitsrecht (wo das Vorliegen einer besonderen Rechtswahl für das „Ruhegeldverhältnis“ geprüft wurde); *BAG AP Nr. 4* zu § 242 BGB Ruhegehalt; *Birk* (Fn. 22), S. 35ff.; *Blomeyer/Otto* (Fn. 50), Einl. Rn. 664.

einbezieht, deren Arbeitsverhältnis ausländischem Recht unterliegt. In solchen Fällen erweist es sich als nützlich, daß Art. 28 Abs. 1 Satz 2 EGBGB n.F. die selbständige Anknüpfung bestimmter Vertragsteile zuläßt: Das Anwartschafts- wie das Ruhestandsverhältnis weisen eine für das sonstige Arbeitsverhältnis nicht charakteristische besonders enge Verbindung zum Land der Konzernspitze auf: Nicht nur die Leistungen werden von dort her erbracht, auch die Auswahlkriterien und die Höhe der Zahlungen werden dort festgelegt. Weiter kann nicht unberücksichtigt bleiben, daß die Altersversorgung als solche schwerlich funktionieren könnte, müßte sie sich an die Regeln verschiedener Rechtsordnungen anpassen. Schließlich erhebt auch niemand Einwendungen dagegen, daß Arbeitnehmer unter bestimmten Voraussetzungen vom Ausland aus Beiträge zur Sozialversicherung entrichten und daß ihnen Renten dorthin ausbezahlt werden – dies alles unter ausschließlicher Anwendung deutschen Sozialversicherungsrechts. Warum sollte dasselbe nicht auch für die betriebliche Altersversorgung möglich sein? Eines Rückgriffs auf die Parteiautonomie bedarf es daher nicht, abgesehen davon, daß das Günstigkeitsprinzip des Art. 30 Abs. 1 EGBGB n.F. hier eine Verwirrung stiften könnte⁷⁷.

IV. Der Vorbehalt zugunsten zwingenden Rechts und zugunsten des deutschen ordre public

1. Zwingendes deutsches Recht

Nach Art. 34 EGBGB n.F. findet die Anwendung ausländischen Rechts ihre Grenze an denjenigen deutschen Bestimmungen, „die ohne Rücksicht auf das auf den Vertrag anzuwendende Recht den Sachverhalt zwingend regeln“. Welche Vorschriften einen solchen Anspruch erheben, ist unklar. Daß nicht das gesamte zwingende Recht gemeint sein kann, wird schon daran deutlich, daß man sonst das gesamte Vertragskollisionsrecht auf einen Satz zusammenstreichen könnte: Fremde Rechtsordnungen könnten nur dispositive Normen des eigenen Rechts ersetzen. Offensichtlich geht es daher um „besonders zwingende“ Bestimmungen, in denen unverzichtbare nationale Wert- und Ordnungsvorstellungen zum Ausdruck kommen⁷⁸. Der Sache nach handelt es sich dabei um das kollisionsrechtliche Seitenstück staatlicher Intervention in das Wirtschaftsleben⁷⁹.

Niemand wird bestreiten wollen, daß es legitimerweise Fälle gibt, in denen der einzelne Staat seine „Offenheit“ gegenüber fremden Rechtsordnungen zurücknimmt und die eigenen „lois de police“ unbedingt durchsetzen will. Dies wird insbes. bei wichtigen wirtschaftspolitischen und sozialpolitischen Anliegen der Fall sein; die Abwehr von außen kommender Wettbewerbsbeschränkungen nach § 98 Abs. 2 GWB und die Arbeitserlaubnis für ausländische Arbeitnehmer mögen hier als Beispiele stehen.

Die eigentliche Schwierigkeit besteht jedoch darin, halbwegs sichere Kriterien zu ermitteln, wann entsprechend weitreichende „Gemeininteressen“⁸⁰ vorliegen. Wortlaut und Entstehungsgeschichte der Norm sind meist unergiebig, „Gemeininteressen“ werden dem Anspruch nach von jedem Gesetz wahrgenommen. Entsprechend unbefriedigend ist die Praxis: Während das Betriebsverfassungsrecht auch gegenüber Arbeitnehmern unter ausländischem Arbeitsstatut durchgesetzt wird⁸¹, ist dies beim Kündigungsschutzrecht nicht der Fall⁸². Daß die Betriebsverfassung auch die Interessen anderer Arbeitnehmer und letztlich die Sozialordnung der Bundesrepublik berührt, kann die unterschiedliche Behandlung nicht rechtfertigen: Wie etwa die soziale Auswahl nach § 1 Abs. 3 KSchG belegt, geht es auch beim Kündigungsschutz nicht nur um die „Individual-

beziehung“ zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber, wie die Arbeitsmarktentwicklung deutlich macht, kann fast jede Entlassung Allgemeininteressen aufs schwerste beeinträchtigen. Auch der Vorschlag Gamillschegs, darauf abzustellen, ob der Staat die Ahndung von Normverstößen selbst in die Hand nimmt oder ob der einzelne Arbeitnehmer Behörden und Gerichte einschalten muß⁸³, hilft im konkreten Fall nur bedingt weiter: Ob ein Betriebsrat gewählt wird, ist letztlich auch von der Initiative der Arbeitnehmer abhängig, dem Arbeitgeber ist lediglich eine bewußte Behinderung untersagt. Fürs erste mag daher kein anderer Ausweg bestehen, als vor der richterlichen Dezi-sion zu kapitulieren: Das Betriebsverfassungsgesetz scheint ein höheres Maß an Unantastbarkeit als das Kündigungsschutzgesetz zu besitzen⁸⁴.

Eine weiterführende Analyse müßte über die vorhandenen Ansätze hinaus⁸⁵ insbes. zwei Dinge leisten. Zum einen müßte die isolierte arbeitsrechtliche Betrachtung aufgegeben werden: Welchen Geltungsanspruch das innerstaatliche Recht erhebt, läßt sich sinnvoll nur im Zusammenhang mit der gesamten staatlichen Gestaltung der Außenwirtschaftsbeziehungen bestimmen. Eine Rechtsordnung, die sich nicht als protektionistisch versteht und beispielsweise keinen generellen „Überfremdungsschutz“ kennt⁸⁶, kann schwerlich im Arbeitsrecht einen totalen Nationalismus praktizieren. Zum zweiten ist die Frage zu stellen, ob die so gern beschworene Parallele von staatlicher Schutzgesetzgebung im Innern und entsprechender Gestaltung des Kollisionsrechts wirklich zutrifft⁸⁷. Das Problem ist nämlich, ob die von den Normen des internationalen Arbeitsrechts erfaßte Personengruppe genau jenes Schutzbedürfnis (und auch jene Durchsetzungskraft) besitzt, das für den Arbeitnehmer des Mittel- und Großbetriebs im innerstaatlichen Bereich charakteristisch ist. Im Rahmen des Art. 34 EGBGB n.F. geht es nicht um ausländische Arbeitnehmer (deren Unterstellung unter das innerstaatliche Recht außer Streit ist), sondern meist um qualifizierte Arbeitskräfte wie leitende Angestellte, Facharbeiter, Journalisten usw., die auf dem Arbeitsmarkt eine vergleichsweise starke Stellung besitzen. Dies führt dazu, daß die Arbeitgeberseite aus eigenem Antrieb viele Dinge tun wird, zu denen sie im Verhältnis zu einem jederzeit auswechselbaren Hilfsarbeiter ohne gesetzliche Verpflichtung nicht bereit wäre.

77 Eine hier nicht zu diskutierende Frage des Gleichbehandlungsgrundsatzes ist es, inwieweit an sich nicht einbezogene Ortskräfte Berücksichtigung verlangen können. Auch auf das Verhältnis zu solchen „Interessenten“ ist deutsches Recht anwendbar.

78 R. Birk (Fn. 64), *RabelsZ* 46 (1982), 388.

79 Vgl. S. *Simitis* (Fn. 2), S. 157 f. Überblick über die Dogmengeschichte der Sonderanknüpfung von zwingendem Recht bei F. *Gamillscheg*, *ZfA* 1983, 343.

80 Dazu *Kronke* (Fn. 48), S. 153 ff., der den in den USA geprägten Begriff der „Governmental interests“ mit „Gemeinwohlinteressen“ wiedergibt. Kritisch zu diesem Ansatz, der in der Bundesrepublik insbes. von *Joerges* (Zum Funktionswandel des Kollisionsrechts, 1971) vertreten wird, E. *Lorenz*, Zur Struktur des Internationalen Privatrechts, 1977.

81 BAG AP Nr. 13 zu Internationales Privatrecht Arbeitsrecht. Besonders deutlich BAG AP Nr. 16 zu Internationales Privatrecht Arbeitsrecht Bl. 2: Betriebsverfassung als ein „Stück der allgemeinen Lebensordnung“.

82 BAG AP Nr. 10, 13 zu Internationales Privatrecht Arbeitsrecht.

83 F. *Gamillscheg*, *ZfA* 1983, 346.

84 Etwas weitgehend die These von *Birk* (Fn. 22), S. 47, die Unverfallbarkeit von Betriebsrenten sei Ausdruck der spezifischen Sozialordnung der Bundesrepublik. Für Durchsetzung des Kündigungsschutzes von Schwerbehinderten und werdenden Müttern auch bei ausländischem Arbeitsstatut *Trinkner*, BB 1967, 1293.

85 Dazu insbes. *Kronke* (Fn. 48), S. 165 ff.

86 Dazu P. *Behrens*, Kontrolle ausländischer Direktinvestitionen, *RabelsZ* 40 (1976) 233 ff.

87 So aber S. *Simitis* (Fn. 2), S. 157 ff.

Die Tatsache, daß trotz bislang bestehender Parteiautonomie in Standardverträgen nicht pauschal auf unentwickelte Arbeitsrechtsordnungen verwiesen wurde, scheint dies zu bestätigen⁸⁸.

2. Zwingendes ausländisches Recht

Dieselbe Problematik wie für das deutsche kann sich auch für ein ausländisches Recht ergeben. Dies weniger dann, wenn es nach Art. 30 EGBGB n. F. zur Entscheidung berufen ist⁸⁹, als für den Fall, daß es ein legitimes Regelungsinteresse an Vorgängen besitzt, die wir einer anderen Rechtsordnung unterstellen⁹⁰.

Der Regierungsentwurf des IPR-Gesetzes hatte in Übereinstimmung mit Art. 7 Abs. 1 des Europäischen Übereinkommens den Richter ermächtigt, auch derartiges Drittstaatenrecht unter bestimmten Voraussetzungen zu berücksichtigen⁹¹. Im weiteren Gesetzgebungsverfahren wurde diese Vorschrift jedoch aus Gründen der Rechtssicherheit gestrichen⁹², so daß es insoweit beim (recht ungeklärten) Status quo bleibt⁹³. Dies bedeutet, daß der Richter jedenfalls nicht prinzipiell an einem solchen Vorgehen gehindert ist; mit Recht hat etwa niemand daran Anstoß genommen, daß das BAG einem Wettbewerbsverbot die Anerkennung mit der Begründung verweigert hat, die in Frage stehende Tätigkeit sei nach dem (doch wohl öffentlichen) Recht von Kuwait verboten⁹⁴. Sehr häufig werden solche Fragen aber voraussichtlich nicht zu entscheiden sein.

3. Der ordre public-Vorbehalt

Nach Art. 6 EGBGB n. F. ist eine Rechtsnorm eines anderen Staates dann nicht anzuwenden, wenn das Ergebnis mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts offensichtlich unvereinbar wäre. Letzteres ist insbes. dann anzunehmen, wenn sich die Anwendung der Norm nicht mit den Grundrechten vereinbaren läßt. Inhaltlich ist damit nichts grundsätzlich anderes als in Art. 30 EGBGB a. F. ausgesagt⁹⁵, auch nach bisherigem Recht waren die Grundrechte zu berücksichtigen, wobei ihre Geltungsintensität je nach räumlichem Bezug zum Bundesgebiet stärker oder schwächer sein kann⁹⁶.

Ob und in welchem Umfang der ordre public-Vorbehalt im Arbeitsrecht zur Geltung kommt, hängt primär davon ab, wie weit man den Kreis der zwingenden Normen im Sinne des Art. 34 EGBGB n. F. zieht. Rechnet man dazu auch ungeschriebene Sätze oder Anforderungen für einen Minimalerschutz, die aus Grundrechten herzuleiten sind, so bleibt Art. 6 EGBGB n. F. im hier interessierenden Bereich ohne Relevanz⁹⁷. Bisher ist man allerdings nicht so verfahren, sondern hat nur ausdrückliche Normen wie das Betriebsverfassungsgesetz dem ausländischen Recht vorgehen lassen. Grundrechte und allgemeine Rechtsgrundsätze wurden in den ordre public-Vorbehalt verbannt, was ihrer Wirkungskraft nicht sehr zugute kam. Die Rechtsprechung⁹⁸ hatte sich insbes. mit fehlendem Kündigungsschutz nach US-amerikanischem Arbeitsrecht zu befassen: Daß keine Kündigungsgründe vorliegen müssen, wurde angesichts des ja keineswegs universellen Geltungsbereichs des Kündigungsschutzgesetzes zu Recht hingenommen, während der zusätzliche Verlust auch jeder Kündigungsfrist eher Bedenken verursachte⁹⁹.

V. Übergangsrecht

Nach Art. 220 Abs. 1 EGBGB n. F. unterliegen „vor dem 1. 9. 1986 abgeschlossene Vorgänge“ weiterhin dem bisher geltenden Internationalen Privatrecht. In der Literatur ist

daraus der Schluß gezogen worden, es komme auch bei Arbeitsverträgen und anderen Dauerschuldverhältnissen allein auf das Datum des Vertragsschlusses an: Liege dieses vor dem 1. 9. 1986, sei das bisherige Recht unter Umständen noch über Jahrzehnte hin anzuwenden¹⁰⁰. Ausgangspunkt scheint dabei die Vorschrift des Art. 17 des Europäischen Übereinkommens zu sein, die dieses ausdrücklich auf solche Verträge beschränkt, die nach seinem Inkrafttreten in dem betreffenden Staat geschlossen wurden¹⁰¹. Art. 220 Abs. 1 EGBGB n. F. hat diese Selbstbeschränkung jedoch gerade nicht übernommen; „abgeschlossene Verträge“ und „abgeschlossene Vorgänge“ sind nun mal zweierlei. Die weitere Formulierung des deutschen Rechts stellt auch keinen Verstoß gegen das Übereinkommen dar; dieses wird ersichtlich dann nicht verletzt, wenn es auch auf solche Sachverhalte erstreckt wird, auf die es sich gar nicht beziehen wollte. Von einem „abgeschlossenen Vorgang“ kann nun ersichtlich nicht die Rede sein, wenn ein Arbeitsverhältnis nach dem 1. 9. 1986 fort dauert. Insoweit gilt neues Recht mit der Folge, daß ggfs. ein Statutenwechsel eintritt oder der Arbeitnehmer sich auf eine ihm günstigere Rechtsordnung berufen kann. Wollte man anders entscheiden, so müßte man nicht nur ein jahrzehntelanges Nebeneinander zweier kollisionsrechtlicher Ordnungen hinnehmen. Man hätte vielmehr auch größte Mühe, bei Vertragsänderungen die richtige Einordnung zu finden; könnte altes Kollisionsrecht auch dann eingreifen, wenn ein Arbeitnehmer zum ersten Mal ins Ausland entsandt würde oder wenn das Arbeitsverhältnis eine Reihe von Jahren geruht hatte? Das neue Recht gilt deshalb nicht nur für Maßnahmen der Nachwuchsförderung, sondern für alle am 1. 9. 1986 bestehenden Arbeitsverhältnisse¹⁰². Dies ist nicht zuletzt deshalb hinnehmbar, weil sich keine dramatischen Verschiebungen ergeben werden – wenn nicht alles täuscht, wird sich in 99 von 100 Fällen an der anwendbaren Rechtsordnung nichts ändern.

88 Dies ist kein Argument gegen die nunmehr erfolgte Einschränkung der Parteiautonomie: Nicht der Marktentwicklung zu vertrauen, sondern sichere Grundlagen zu schaffen, ist immer legitim – ganz abgesehen davon, daß es Einzelfälle geben kann, in denen der Arbeitgeber irrational handelt oder der Arbeitnehmer eine sehr schlechte Position auf dem Arbeitsmarkt hat.

89 Die öffentlich-rechtlichen Vorschriften des ausländischen Vertragsstatuts können zumindest in der Form vertraglicher Nebenpflichten auch vor deutschen Gerichten Beachtung finden. Bei Widerspruch zu innerstaatlichem Recht im Sinne des Art. 34 EGBGB n. F. geht aber dieses vor – so *Palandt/A. Heldrich* (Fn. 1), Art. 34 Anm. 3b.

90 Beispiele bei *Kronke* (Fn. 48), S. 108 ff.

91 Wortlaut des geplanten Art. 34 Abs. 1 in BT-Drucksache 10/5632 S. 20.

92 S. BT-Drucksache 10/5632 S. 45. Zustimmend *Palandt/A. Heldrich* (Fn. 1), Art. 34 Anm. 1a.

93 *J. Basedow*, NJW 1986, 2978; *O. Sandrock*, RIW 1986, 853; *Kronke*, DB 1984, 406, bezeichnet die Sonderanknüpfung von Drittrechtsnormen als „weitgehend unerforscht“.

94 BAG AP Nr. 1 zu § 74 a HGB.

95 Vgl. die Begründung zum RegE, BT-Drucksache 10/504 S. 42: Veränderung des sachlichen Gehalts wird nicht angestrebt.

96 Grundlegend BVerfGE 31, 58 ff. S. auch den Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drucksache 10/5632 S. 40.

97 Auf den Zusammenhang zwischen den „zwingenden Normen“ (jetzt: Art. 34) und dem ordre public-Vorbehalt verweist zu Recht *S. Simitis* (Fn. 2), S. 158: „Ein gleichsam zur Regel gewordener ordre public“.

98 BAG Nr. 10 zu Internationales Privatrecht Arbeitsrecht.

99 BAG AP Nr. 12 zu Internationales Privatrecht Arbeitsrecht. Die Kündigung wurde im Ergebnis aber nicht beanstandet, da das Arbeitsverhältnis kurze Zeit gedauert hatte, die jederzeitige fristlose Kündigung daher unter den konkreten Umständen nicht zu einem unerträglichen Ergebnis führte.

100 So *O. Sandrock*, RIW 1986, 855; ähnlich *J. Basedow*, NJW 1986, 2973.

101 Auf Art. 17 beruft sich ausdrücklich *J. Basedow*, a. a. O.

102 Für Anwendung des neuen Rechts auf laufende familienrechtliche Verfahren *E. Jayme*, IPRax 1986, 220.