

Arbeit und Recht

Zeitschrift für Arbeitsrechtspraxis
Herausgeber: Deutscher Gewerkschaftsbund

1/90

Januar 1990 · Jahrgang XXXVIII

Professor Dr. Wolfgang Däubler, Bremen

Arbeitsrecht und Auslandsbeziehungen *

I. Einführung

Die deutsche Wirtschaft ist in hohem Maße internationalisiert. Mehr als ein Viertel des Bruttosozialprodukts wird exportiert¹; der Wert der deutschen Direktinvestitionen im Ausland betrug 1987 157,9 Mrd. DM². Die Zahlen für den Import und die ausländischen Direktinvestitionen in der Bundesrepublik erreichen eine ähnliche Größenordnung³. Außerdem arbeiteten Mitte 1988 über 1,6 Mill. ausländische Arbeitnehmer in unserem Land⁴.

Eine vergleichbare Internationalisierung der Arbeitsbeziehungen existiert nicht. Arbeit wird in der Bundesrepublik fast immer nach deutschem Recht und zu den hier herrschenden Bedingungen erbracht; umgekehrt gelten in ausländischen Tochtergesellschaften deutscher Firmen in der Regel „Ortstarife“ und das dortige Arbeitsrecht. Auch für Tarifverhandlungen und Streiks ist die Internationalisierung der Wirtschaftsbeziehungen im Grunde nur eine

Rahmenbedingung neben anderen: Gute Exportkonjunktur kann den Verteilungsspielraum erhöhen, im Ausland gemachte Verluste können das Unternehmen wie die ganze Branche in Schwierigkeiten bringen. Im übrigen spielt der Drang in die Weite keine Rolle: Um Lohnprozente und die 35-Stunden-Woche wird demnächst allein in der Bundesrepublik verhandelt, ausländische Gewerkschaften werden allenfalls Solidaritätstelegramme schicken. Der grenzüberschreitende Sympathiestreik ist die absolute Ausnahme⁵.

Die nationale Orientierung der Arbeitsbeziehungen, die sich auch in anderen Ländern wiederfindet, hat zu sehr unterschiedlichen Arbeitsrechtsordnungen geführt. Anders als etwa im Zivilrecht haben sich auch kaum „Rechtsfamilien“ herausgebildet, die mehr oder weniger einheitliche Strukturen aufweisen würden; die Vielfalt dominiert, nicht die Einheit⁶. Auch Löhne und Arbeitszeit liegen oft weit auseinander; in der Diskussion um den Industriestandort Bundesrepublik wird oft darauf verwiesen, die Stundenlöhne seien nach der Schweiz die höchsten und die Jahresarbeitszeit sei nach Schweden die zweitkürzeste⁷. So wichtig die letzten beiden Faktoren sind – es ginge nicht an, sie zu verabsolutieren und Rechte, die sich, wie Meinungsfreiheit am Arbeitsplatz, Streik und Mitbestimmung, nicht in Mark und Pfennig ausdrücken lassen, von vornherein aus der vergleichenden Betrachtung auszuschneiden. Auch aus Unternehmersicht wäre dies zu kurz gedacht: Die Verfügbarkeit qualifizierter Arbeitskräfte, eine bestimmte Arbeitshaltung, aber auch die gut ausgebaute Infrastruktur sowie ein berechenbares Verhalten der Behörden sind u.a. Standortvorteile, die den hohen Preis der Arbeitskraft mehr als kompensieren⁸. Arbeitskosten und Arbeitsbeziehungen sind nur ein Faktor im internationalen Wettbewerb. Dies macht die vorhandenen Unterschiede wirtschaftlich möglich.

Die nationalstaatliche Ausrichtung der Arbeitsbeziehungen wird durch das Kollisionsrecht bestätigt. Öffentlich-rechtliche Normen einschließlich des Arbeitsschutz- und des Sozialversicherungsrechts folgen herkömmlicher Auf-

* Der Beitrag gibt die überarbeitete Fassung eines Vortrags wieder, den der Verfasser am 2.11.1989 vor der 8. Landestagung Bremen des Deutschen Arbeitsgerichtsverbandes gehalten hat. Die Vortragsform wurde weitgehend beibehalten.

1 Konkret: Im Jahre 1988 Exporte in Höhe von 567,75 Mrd. DM bei einem Bruttosozialprodukt von 2 121,5 Mrd. DM (Statistisches Jahrbuch 1989 S. 242, 542).

2 Statistisches Jahrbuch 1989 S. 581 (für 1987).

3 Statistisches Jahrbuch 1989 S. 242: Import im Wert von 439,768 Mrd. DM (für 1988); Statistisches Jahrbuch 1989 S. 580: 101,7 Mrd. ausländischer Direktinvestitionen in der Bundesrepublik (für 1987).

4 Statistisches Jahrbuch 1989 S. 104.

5 Einige Beispiele jedoch bei Hergenröder, Der Arbeitskampf mit Auslandsberührung (1987), S. 3 ff.

6 Näher Däubler, Comparative Labor Law 4 (1981), S. 79 ff. Zu den dadurch geschaffenen Problemen für die Rechtsvergleichung vgl. Moll, „Arbeitsrechtsvergleichung“, RdA 1984 S. 223, 234 ff.

7 Angaben nach Vogel, „Die Bundesrepublik Deutschland im internationalen Standortwettbewerb“ in EG-Binnenmarkt '92 – Chancen und Risiken für Betriebe, 2. Aufl., S. 25, 33 ff.

8 Andernfalls wäre es nicht erklärbar, weshalb die Bundesrepublik im Jahre 1988 einen Ausfuhrüberschuß von 128 Mrd. DM erzielte (Statistisches Jahrbuch 1989 S. 242).

fassung nach dem Territorialitätsprinzip⁹. Dasselbe gilt für die Betriebsverfassung¹⁰. Im Arbeitsvertragsrecht bestand bis 1986 volle Parteiautonomie, nunmehr gilt grundsätzlich das Recht des Arbeitsortes mit der Maßgabe, daß durch Rechtswahlvereinbarung der dadurch geschaffene Schutzstandard nicht verringert werden darf¹¹. Daß deutsche Gewerkschaften unter diesen Bedingungen ausschließlich Tarifverträge deutschen Rechts abschließen, vermag niemanden zu überraschen¹². Über Ausnahmen wird an späterer Stelle zu reden sein¹³.

II. Internationalisierung durch den Europäischen Binnenmarkt?

Ändert sich an dem beschriebenen Zustand etwas, wenn am 31. 12. 1992 (oder auch einige Zeit später) der Europäische Binnenmarkt Wirklichkeit wird? Konsequenzen könnten sich aus der Eigengesetzlichkeit des „Großen Marktes“ (1) aber auch aus supranationaler Rechtssetzung ergeben (2).

1. Auswirkungen des Marktes ohne Grenzen

Erfüllt das „Wachstumsprojekt Binnenmarkt“ die Erwartungen, ist mit einem höheren Sozialprodukt und mehr Arbeitsplätzen zu rechnen¹⁴. Selbst wenn sich – was niemand so recht glaubt – die optimistischsten Prognosen als richtig erweisen¹⁵, wird es auf einzelnen Märkten für Güter und Dienstleistungen erhebliche Veränderungen geben, die nicht nur zugunsten der Beschäftigten ausschlagen. Einem von EG-Beamten erarbeiteten Bericht zufolge¹⁶ wird dies insbesondere dort der Fall sein, wo bisher – z.B. in Form von unterschiedlichen Sicherheitsvorschriften – technische Handelshemmnisse bestehen und wo gleichzeitig der Staat als wesentlicher Nachfrager auftritt. Hier können Marktanteile verlorengehen, weil die öffentliche Hand aus fiskalischen Gründen gezwungen sein wird, auf die billigeren Auslandsangebote zurückzugreifen¹⁷. Als Beispiele werden Turbinengeneratoren, Lokomotiven, aber auch Zentralrechner, Fernmelde- und Fernsprechanlagen sowie Laser-Technik genannt¹⁸. Die Tatsache, daß es auf dem vergleichbar großen US-amerikanischen Markt eine erheblich geringere Zahl von Anbietern als in der EG gibt, vermag die Risiken zusätzlich zu unterstreichen. Realistischerweise ist mit Firmenaufkäufen zu rechnen, doch sind auch Arbeitsplatzabbau und Insolvenzen nicht auszuschließen¹⁹.

In einem relativ engen Sektor der Wirtschaft ist sogar eine gezielte Lohnkostenkonkurrenz denkbar – gemeinhin unter dem Stichwort des „sozialen Dumping“ abgehandelt²⁰. Im Verkehrs- wie im Baugewerbe spielen sonstige Standortfaktoren eine relativ untergeordnete Rolle, so daß auf der Basis niedriger Lohnkosten „Billigangebote“ möglich sind. Die portugiesische Baukolonne, die die Stelle eines deutschen Subunternehmers einnimmt, oder der griechische Spediteur, der einen Transport von Hamburg nach München durchführt, sind keine Hirngespinnste: Sind die Lohnkosten ein ganz wesentlicher Faktor in der Kalkulation und liegen sie bei 30 bis 50 v.H. des deutschen Niveaus²¹, ist eine drastische Unterbietung der deutschen Unternehmen unschwer möglich²². Die sozialen Folgen wären verheerend. Deutsche Arbeitgeber würden entweder Marktanteile verlieren oder evtl. ganz aus dem Markt ausscheiden oder ihrerseits Niederlassungen in den Billiglohnländern eröffnen, die mit dort rekrutiertem Personal

den deutschen Markt bedienen würden. In beiden Alternativen hätten die deutschen Beschäftigten ihre Arbeitsplätze verloren.

Beide Erscheinungen – die Umstrukturierungen bestimmter Märkte wie die Möglichkeit des sozialen Dumping – sind im Grunde Teil der marktwirtschaftlichen Normalität. In vielen Branchen hat die Internationalisierung längst stattgefunden²³, und das Ausweichen auf Billiglohnländer ist nicht erst seit gestern ein Thema²⁴. Der neue „Internationalisierungsschub“ wird an der nationalstaatlichen Orientierung der Arbeitsbeziehungen nichts ändern.

2. Schaffung EG-weiter Arbeitsbeziehungen durch Recht?

Eine Internationalisierung der Arbeitsbeziehungen wäre allerdings in der Weise denkbar, daß die EG selbst Arbeitsrechtsnormen setzt und sich so eine vorrangige Ordnung gewissermaßen über das nationale Recht legt. Mitbestimmung in der Europäischen Aktiengesellschaft (EAG), Europäischer Tarifvertrag und grenzüberschreitender Arbeitskampf wären die wichtigsten Schritte.

9 Vgl. schon *Gamillscheg*, Internationales Arbeitsrecht (1959), S. 187 ff.

10 Vgl. etwa *BAG v. 25. 4. 78*, AP Nr. 16 (= *ArbuR* 1979 S. 122) und v. 21. 10. 80, AP Nr. 17 (= *ArbuR* 1981 S. 252 mit Anm. v. *Corts*), jeweils zu Internationales Privatrecht Arbeitsrecht, zuletzt bestätigt durch *BAG v. 30. 4. 87*, AP Nr. 15 zu § 12 SchwbG = *ArbuR* 1987 S. 319 = *NJW* 1987 S. 2766.

11 Dazu *Birk*, „Die Bedeutung der Parteiautonomie im internationalen Arbeitsrecht“, *RdA* 1989 S. 201 ff.; *Lorenz*, „Das objektive Arbeitsstatut nach dem Gesetz zur Neuregelung des Internationalen Privatrechts“, *RdA* 1989 S. 220 ff.; *Däubler*, „Das neue Internationale Arbeitsrecht“, *RIW* 1987 S. 249 ff.

12 Ob unter bestimmten Umständen auch ein Tarifvertrag ausländischen Rechts abgeschlossen werden könnte, ist wenig erörtert; vgl. jedoch *Birk*, „Internationales Tarifvertragsrecht – eine kollisionsrechtliche Skizze“ in *Festschrift für Beitzke* (1979), S. 831, 847 ff.

13 Vgl. *meine* Ausführungen unter III.

14 So etwa die Prognosen des *Cecchini-Berichts*, wonach mit einer Steigerung des Bruttosozialprodukts von 4,5 – 7 v.H. und mit der Schaffung von 1,8 – 5 Mill. neuer Arbeitsplätze zu rechnen ist; vgl. *Cecchini*, *Europa '92 – Der Vorteil des Binnenmarkts* (1988), S. 132 und passim.

15 Kritik des *Cecchini-Berichts* und Hinweise auf weniger optimistische Prognosen bei *Däubler*, *Sozialstaat EG? Die andere Dimension des Binnenmarktes* (1989), S. 60 ff.

16 Zwischenbericht der interdirektionalen Arbeitsgruppe: *Die soziale Dimension des Binnenmarktes, Soziales Europa, Sondernummer* (Luxemburg 1988).

17 Vgl. Fußnote 16 S. 43.

18 Vgl. Fußnote 16 S. 43.

19 Ebenso *Holeschovsky*, „Die Kosten der Nicht-EG – Ergebnisse des *Cecchini-Berichts*“ in *Binnenmarkt '92: Perspektiven aus deutscher Sicht* (Hrsg. Forschungsgruppe Europa) (1988), S. 27; *Maillet*, „Le Rapport Padoa-Schioppa. Efficacité, Stabilité et Équité“, *RMC* 1988 S. 10.

20 Vgl. etwa *Jacobi*, *Gewerkschaften, industrielle Beziehungen und europäische Einigung*, *Mitbestimmung* 1988 S. 610 ff.

21 Überblick bei *Vogel* (Fußnote 7) S. 33.

22 Vgl. auch den Zwischenbericht (Fußnote 16) S. 65 f., wonach u.a. im Verkehrs- und im Bausektor soziales Dumping nicht völlig von der Hand zu weisen sei.

23 So z.B. in der Schuhindustrie; näher dazu im Zwischenbericht (Fußnote 16) S. 41.

24 Vgl. *Fröbel/Heinrichs/Kreye*, *Umbruch in der Weltwirtschaft* (1986), S. 56; von besonderem Interesse ist die Feststellung, daß die deutsche Inlandsbeschäftigung von 1975 bis 1983 um etwa 1 Mill. geschrumpft, während die Auslandsbeschäftigung deutscher Unternehmen im selben Zeitraum um etwa eine halbe Mill. gestiegen ist (a.a.O. S. 267).

Entsprechende Verordnungen und Richtlinien würden jedenfalls nicht an fehlenden Ermächtigungen im EWG-Vertrag scheitern – zumindest sein Art. 235 ließe sich jederzeit als Rechtsgrundlage heranziehen²⁵. Die praktischen Voraussetzungen hierfür sind jedoch ersichtlich nicht vorhanden – weder in der Vergangenheit noch in der absehbaren Zukunft.

a) Der bescheidene Ertrag der EG-Sozialpolitik

In 30 Jahren EG hat die Gemeinschaft im Bereich der Sozialpolitik und des Arbeitsrechts nicht übermäßig viel zuwege gebracht. Im einzelnen lassen sich drei Phasen unterscheiden²⁶:

– In den Jahren 1958 bis 1972 passierte – pauschal gesagt – eigentlich gar nichts. Es ergingen keine Rechtsakte; sonstige Einwirkungen auf die Arbeitsrechtentwicklung in den Mitgliedstaaten sind nicht ersichtlich. Lediglich das Recht der Wanderarbeitnehmer erfuhr eine eingehende gemeinschaftsrechtliche Regelung.

25 Zu den rechtlichen Möglichkeiten, die der EWG-Vertrag für die Realisierung von Sozialstaatskonzepten bietet, vgl. Däubler (Fußnote 15) S. 76 ff.

26 Dazu auch Hepple, „The crisis in EEC Labour Law“, The Industrial Law Journal 1987 S. 77 ff.; Zachert, „EG-Binnenmarkt und Arbeitsrecht“, ArbuR 1989 S. 161 ff.

27 ABl. Nr. C 13/1 v. 12. 2. 74.

28 ABl. Nr. L 48/29 v. 22. 2. 75, abgedruckt auch in Internationale Arbeits- und Sozialordnung (Hrsg. Däubler/Kittner/Lörcher) (1990), unter Nr. 431.

29 Zweites Gesetz zur Änderung des KSchG v. 30. 4. 78, BGBl. I S. 550.

30 ABl. Nr. L 61/26 v. 5. 3. 77, abgedruckt auch bei Däubler/Kittner/Lörcher (Fußnote 28) unter Nr. 432.

31 EG-Anpassungsgesetz v. 13. 8. 80, BGBl. I S. 1308.

32 Richtlinie des Rates v. 10. 2. 75 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen, ABl. Nr. L 45/19 v. 19. 2. 75, abgedruckt bei Däubler/Kittner/Lörcher (Fußnote 28) unter Nr. 421.

33 Richtlinie des Rates v. 9. 2. 76 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in bezug auf die Arbeitsbedingungen, ABl. Nr. L 39/40 v. 14. 2. 76, abgedruckt bei Däubler/Kittner/Lörcher (Fußnote 28) unter Nr. 422.

34 Eingefügt durch das EG-Anpassungsgesetz v. 13. 8. 80, BGBl. I S. 1308.

35 ABl. Nr. L 283/23 v. 28. 10. 80, abgedruckt bei Däubler/Kittner/Lörcher (Fußnote 28) unter Nr. 433.

36 Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zur Regelung der freiwilligen Teilzeitarbeit, ABl. Nr. C 62/7 v. 12. 3. 82, geänderte Fassung ABl. Nr. C 18/5 v. 22. 1. 83.

37 Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zur Regelung der Zeitarbeit, ABl. Nr. C 128/2 v. 19. 5. 82, geänderte Fassung ABl. Nr. C 133/1 v. 21. 5. 84. Leiharbeit und befristete Beschäftigung sollten in derselben Richtlinie geregelt werden.

38 ABl. Nr. C 297/3 v. 15. 11. 80, geänderte Fassung ABl. Nr. C 217/3 v. 12. 8. 83.

39 Dazu Colneric, „Gleichberechtigung von Mann und Frau im Europäischen Gemeinschaftsrecht“, BB 1988 S. 968 ff., zuletzt EuGH v. 13. 7. 89, AiB 1989 S. 365 mit Anm. v. Nielebock.

40 Überblick bei Koll, „Arbeitsschutz im Europäischen Binnenmarkt“, DB 1989 S. 1234 ff.

41 Richtlinie v. 14. 6. 89 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten für Maschinen, ABl. Nr. L 183/9 v. 29. 6. 89.

42 Kritisch zur Maschinenrichtlinie Börner, Der deutsche Unternehmer vor dem Europäischen Binnenmarkt“, DB 1989 S. 614; Koll (Fußnote 40) S. 1239.

– Die zweite Phase dauerte von 1972 bis 1980 und war insbesondere durch das sozialpolitische Aktionsprogramm von 1974²⁷ gekennzeichnet. In dieser Zeit ergingen eine Reihe von Richtlinien, die in Details auch das deutsche Arbeitsrecht beeinflussten. Auf der Grundlage der sog. Massentlassungsrichtlinie von 1975²⁸ wurde der Begriff der Massentlassung im Kündigungsschutzgesetz geändert²⁹. Die aus dem Jahre 1977 stammende Richtlinie über die Wahrung von Arbeitnehmeransprüchen bei Betriebsübernahme und Fusion³⁰ führte zu einer Neufassung des § 613a BGB³¹. Die beiden Gleichberechtigungsrichtlinien von 1975³² und 1976³³ waren entscheidende Auslöser für die Antidiskriminierungsvorschrift des § 611a BGB³⁴, während die Richtlinie über den Schutz des Arbeitnehmers bei Insolvenz des Arbeitgebers³⁵ nicht über das Konkursausfallgeldgesetz von 1974 hinausging.

– Seit 1980 ist die Produktion arbeitsrechtlicher Normen fast völlig zum Erliegen gekommen. Richtlinienentwürfe über Teilzeitarbeit³⁶, Leiharbeit und befristete Arbeitsverträge³⁷ liegen auf Eis; dasselbe gilt für die sog. Vredeling-Richtlinie über Informations- und Anhörungsrechte in transnationalen Konzernen³⁸. Eine gewisse Ausnahme stellt einmal der Grundsatz der Gleichbehandlung von Mann und Frau dar, der auf der Grundlage der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs wichtige Impulse auch für das deutsche Recht vermittelte³⁹. Zum anderen ist eine rege Normierungstätigkeit auf dem Gebiet des Arbeitsschutzes festzustellen⁴⁰, was damit zusammenhängen mag, daß der gemeinschaftsweite Vertrieb bestimmter Waren (z.B. von Maschinen oder Arbeitsstoffen) durch unterschiedliche Arbeitsschutzvorschriften behindert wird.

Für die weitere Entwicklung gibt es Entwürfe in zwei Richtungen. Ob sie jemals realisiert werden, erscheint sehr zweifelhaft.

b) Vereinheitlichung durch Deregulierung?

Die erste Alternative setzt auf Deregulierung und scheint im Zuge der Zeit zu liegen. „Deregulierung“ meint freilich nicht direkten Rechtsabbau, beispielsweise eine Gemeinschaftsrichtlinie, die den 8-Stunden-Tag, den Kündigungsschutz betrieblicher Interessenvertreter oder den Mutterschutz abschafft. Gedacht ist vielmehr an Vorschriften, die einen mittelbaren Beitrag zur Absenkung von Schutzstandards liefern. Man legt gewissermaßen Minen, die ihre Wirkung erst nach einiger Zeit entfalten werden.

Die eine Gefährdungszone betrifft den Arbeitsschutz. Zwar sieht Art. 118a EWG-Vertrag ausdrücklich vor, daß im Bereich der sog. Arbeitsumwelt nur Mindestnormen beschlossen werden können. Gleichzeitig haben die Gemeinschaftsorgane jedoch auch die Möglichkeit, technische Handelshemmnisse zu beseitigen und einheitliche, keiner Modifikation zugängliche Sicherheitsstandards für Maschinen und andere Produkte zu setzen. Entsprechendes ist im Juni 1989 bereits mit Hilfe der sog. Maschinenrichtlinie geschehen⁴¹. Denkbar ist, daß damit der produktbezogene Arbeitsschutz eine abschließende Regelung durch das Gemeinschaftsrecht erfährt; bessere deutsche Standards könnten nur noch unter den eingeschränkten Voraussetzungen des Art. 100a Abs. 3 EWG-Vertrag aufrechterhalten werden⁴². Eine mögliche Interpretation könnte auch darin liegen, daß nur der Warenverkehr liberalisiert, der Einsatz im Betrieb aber weiter von arbeitsschutzrechtlich

chen Normen abhängig gemacht werden kann. Der Streit darüber hat noch nicht einmal begonnen; welche Position sich letztlich durchsetzt, ist offen.

Ein nicht minder problematisches Vorhaben ist das Statut einer EAG. Nach dem nunmehr vorliegenden Entwurf der EG-Kommission⁴³ soll sie u.a. in der Weise gebildet werden können, daß sich zwei Firmen aus verschiedenen Mitgliedstaaten zusammenschließen. Bei der Wahl des Sitzes sind sie frei⁴⁴. Unterstellt, eine deutsche und eine spanische Gesellschaft machen von dieser Möglichkeit Gebrauch und wählen Madrid als Sitz, so sieht sich die deutsche Belegschaft plötzlich einem ausländischen Arbeitgeber gegenüber. Dies hat Konsequenzen für das Tarifsystem: Die im Ausland ansässige EAG wird schwerlich dem deutschen Arbeitgeberverband beitreten. Was mit den bisherigen Tarifverträgen geschehen soll, ist im Entwurf der Kommission nicht angesprochen; man wird davon ausgehen müssen, daß sie entsprechend der Richtlinie über die Wahrung von Arbeitnehmeransprüchen bei Betriebsübernahme und Fusion⁴⁵ nur bis zu einem Neuabschluß fortgelten. Die spanischen Kollektivverträge bieten andererseits auch keinen Schutz, da sie sich auf in Spanien tätige Belegschaften und nicht auf die neu hinzugewonnene deutsche Zweigstelle beziehen – ganz abgesehen davon, daß es ein sehr glücklicher Zufall wäre, würden sie dieselben Gegenstände mit einem vergleichbaren Resultat regeln. Die so entstehende Lücke könnte nur durch einen Firmentarif geschlossen werden, wenn nicht überhaupt eine „betriebssyndikalistische“ Lösung in Form einer Absprache zwischen betrieblicher Interessenvertretung und EAG-Vorstand zustandekommt. Das System der Branchentarife würde fraktioniert, wenn eine größere Zahl von Unternehmen die neuen Möglichkeiten nutzt. Weshalb sie davon keinen Gebrauch machen sollten, ist nicht ersichtlich: Sie könnten auf der Ebene verhandeln, wo sie in der Regel am stärksten sind⁴⁶.

Anders als die Tarifproblematik wurde die Unternehmensmitbestimmung im Entwurf einer eingehenden Regelung unterworfen. Danach sollen für die EAG grundsätzlich drei Beteiligungsmodelle zur Verfügung stehen, die allerdings nicht gleichwertig sind: Neben einer Vertretung im Aufsichtsrat (die zwischen einem Drittel und der Hälfte der Mitglieder ausmacht) kommen die Schaffung eines separaten Organs mit Informations- und Konsultationsrechten sowie ein tarifvertraglich verhandeltes Modell in Betracht⁴⁷. Um ein „Ausweichen“ vor bestimmten Mitbestimmungsmodellen zu verhindern, soll den Mitgliedstaaten das Recht eingeräumt werden, die Wahlmöglichkeiten zu beschränken; auf diese Weise stünde es beispielsweise der Bundesrepublik frei, den in ihrem Hoheitsgebiet errichteten EAG das „Aufsichtsratsmodell“ vorzuschreiben. Damit ist für das Sachproblem selbst allerdings nur wenig gewonnen. Ist der Sitz – wie in unserem Beispiel – im Ausland, kann selbstredend das zweite oder das dritte Modell gewählt werden.

Trotz der Möglichkeit, arbeitsrechtliche Bindungen durch Rechtsflucht abzustreifen⁴⁸, hat der Vorschlag eines EAG-Statuts bisher eine eher reservierte Aufnahme erfahren⁴⁹. Der Hinweis darauf, die englische Regierung wolle den Unternehmen die Pflicht ersparen, unter einem der drei Modelle wählen zu müssen, ist im Grunde nur der Ausdruck eines strukturellen Problems: Die Mitgliedstaaten

wollen das Recht behalten, in einem so brisanten und sensiblen Bereich wie den Arbeitsbeziehungen selbst die nötigen Veränderungen vornehmen zu können⁵⁰. Auch wer die Deregulierung von Schutznormen als Ziel verfolgt, läßt sich Ausmaß und Tempo einer solchen Entwicklung nicht von den Brüsseler Instanzen vorschreiben. Das Statut einer EAG wäre ein viel stärkerer Eingriff in die nationale Souveränität als die Beseitigung der Zollgrenzen oder die Vereinheitlichung von Sicherheitsstandards. Daß das Konzept überdies wenig ausgereift ist, weil es z.B. eine Repräsentanz anderer als Arbeitgeber- und Arbeitnehmerinteressen ausschließt oder weil es keine Abstimmung zu den anderen Ebenen der Interessenvertretung vornimmt, ist gravierend, aber letztlich nicht ausschlaggebend. Entscheidend ist vielmehr, daß für einen Verzicht auf ein wesentliches Stück nationaler Souveränität keine wirtschaftliche Notwendigkeit besteht. Wie nicht zuletzt die amerikanischen Erfahrungen zeigen⁵¹, kann ein einheitlicher Wirtschaftsraum sehr wohl auch dann funktionieren, wenn das Gesellschaftsrecht Sache der Einzelstaaten bleibt. Sobald der „harte Kern“ der Funktionsvoraussetzungen des gemeinsamen Marktes verlassen ist⁵², erweist sich die EG als wenig entscheidungsfähiger Apparat, der nur auf erheblichen politischen Druck reagiert und der schon gar nicht zu neuen Eingriffen in die nationale Souveränität bereit ist.

c) Vereinheitlichung durch sozialen Fortschritt?

Die Hindernisse, die einer zentral gesteuerten Deregulierung entgegenstehen, sind selbstredend nicht weniger wichtig, wenn es um die „positive Variante“, d.h. um die „Angleichung im Wege des Fortschritts“ geht, von der Art. 117 EWG-Vertrag spricht. Wichtigster Orientierungspunkt ist derzeit eine EG-Charta der sozialen Rechte, die be-

43 Vorschlag für eine Verordnung (EWG) des Rates über das Statut der Europäischen Aktiengesellschaft v. 25. 8. 89, COM (89) 268 endg. – SYN 218, und Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zur Ergänzung des SE-Statuts hinsichtlich der Stellung der Arbeitnehmer v. 25. 8. 89, COM (89) 268 endg. – SYN 219.

44 Eingehende Darstellung des Entwurfs bei *Kolvenbach*, „Statut für die Europäische Aktiengesellschaft (1989)“, DB 1989 S. 1957 ff.

45 Vgl. Fußnote 30.

46 *Lecher*, („Mitbestimmung – ein europäisches Integrationsthema“, Mitbestimmung 1988 S. 628 ff.) verweist zu Recht darauf, daß sich die Unternehmensebene in den meisten EG-Staaten um eine Verlagerung der Kollektivverhandlungen auf die Ebene von Unternehmen und Betrieb bemüht.

47 Einzelheiten im Vorschlag für eine Richtlinie des Rates (Fußnote 43).

48 Ähnliche Effekte hätte die Annahme der Richtlinie über die grenzüberschreitende Fusion von Aktiengesellschaften; vgl. dazu *Däubler*, „Grenzüberschreitende Fusion und Arbeitsrecht“, DB 1988 S. 1850 ff.

49 Zu den Stellungnahmen von Arbeitgeberverbänden und Gewerkschaften vgl. *Kolvenbach* (Fußnote 44) S. 1957; eingehend hierzu und zum Folgenden *Däubler*, „Mitbestimmung – ein Thema für die EG?, KJ Heft 1/1990.

50 Vgl. *Simitis*, „Internationales Arbeitsrecht – Standort und Perspektiven“ in *Festschrift für Kegel* (1977), S. 160, der die geringe Effizienz des Arbeitsvölkerrechts u.a. damit erklärt, daß die Arbeitsbeziehungen einer der zentralsten Bereiche staatlicher Gesellschafts- und Wirtschaftspolitik seien.

51 Dazu *Kübler*, „Verrechtlichung von Unternehmensstrukturen“ in *Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität* (Hrsg. *Kübler*) (1984), S. 172 ff., 192 ff.

52 Zum „produktivistischen“ Ansatz des EWG-Vertrags vgl. *Reich*, Förderung und Schutz diffuser Interessen durch die Europäischen Gemeinschaften (1987), S. 25 ff.

stimmte Schutzstandards von vornherein dem Wettbewerb entziehen soll: Koalitionsfreiheit, Streikrecht, Mindesturlaub und Zugang zur Sozialversicherung z.B. sollen in allen Mitgliedstaaten gleichermaßen verbindlich sein⁵³. Ihres Mindestnormcharakters wegen wäre sie ein geringerer Eingriff in die nationalen Arbeitsbeziehungen als die Verwirklichung des Projekts der EAG. Wie wenig gleichwohl von der Gemeinschaft derzeit zu erwarten ist, hat der Straßburger Gipfel vom Dezember 1989 deutlich gemacht: Selbst eine rechtlich unverbindliche Deklaration, die weit hinter entsprechenden Vorstellungen des EG-Wirtschafts- und Sozialausschusses zurückblieb⁵⁴, fand nicht die Zustimmung der britischen Regierung⁵⁵. Auch in der Gemeinschaft gilt, was im nationalen Bereich längst allgemein anerkannt ist: Rechtsfortschritt wird nicht geschenkt, sondern muß erkämpft werden⁵⁶. Dabei kommt der Arbeitnehmerseite allerdings zustatten, daß die Gemeinschaft eine schwache Legitimationsbasis besitzt – sie muß sozialpolitisch einiges bewirken, will sie nicht die Akzeptanz bei der Bevölkerung langfristig aufs Spiel setzen. Eine solche Einsicht stellt sich allerdings nicht automatisch her: Erster Schritt muß es sein, eine handlungsfähige Gewerkschaftsbewegung auf europäischer Ebene zu schaffen. Dies geschieht nicht durch Einebnung der nationalen Unterschiede, sondern allein durch grenzüberschreitende Kooperation. Diese läßt sich am ehesten im Rahmen einzelner europaweit agierender Konzerne erreichen, sehen sich dort doch die Belegschaften und ihre Interessenvertreter gleichartigen Problemen ausgesetzt. Gemeinsames Handeln wird entscheidend erleichtert, wenn es gelingt, auf vertraglicher Ebene europäische Wirtschaftsausschüsse zu schaffen und die grenzüberschreitende Zusammenarbeit zwischen den Interessenvertretungen zu organisieren⁵⁷. Im Einzelfall kann sich dafür auch ein Vertrag europäischen Rechts nach Art. 118b EWG-Vertrag anbieten⁵⁸. In diesem ganz engen und bescheidenen Rahmen wäre ein Stück „Europäisierung“ der Arbeitsbeziehungen denkbar. Daneben müssen übergreifende Zielvorstellungen entwickelt werden – die Diskussion um eine Charta sozialer Rechte kann insoweit nützliche Anstöße bringen⁵⁹.

53 Zur Garantie sozialer Grundrechte auf Gemeinschaftsebene vgl. zuletzt *Däubler* (Fußnote 15) S. 46 ff. mit weit. Nachweisen.

54 Stellungnahme des Wirtschafts- und Sozialausschusses zu „Die sozialen Grundrechte der Europäischen Gemeinschaften“ v. 22. 2. 89, CES 270/89 (F).

55 Vgl. Handelsblatt v. 11. 12. 89 S. 1.

56 Vgl. *Steinkühler*, „Chancen humaner Zukunftsgestaltung gegenüber Kapitalmacht und Sozialdumping“ in Europa '92 – Industriestandort oder sozialer Lebensraum (Hrsg. Steinkühler) (1989), S. 19 ff.

57 Zum IG Metall-Modell europäischer Wirtschaftsausschüsse vgl. *Blank*, „Gegenmacht im Binnenmarkt organisieren: Perspektiven gewerkschaftlicher Betriebs- und Konzernpolitik“ in Chancen humaner Zukunftsgestaltung gegenüber Kapitalmacht und Sozialdumping (Fußnote 56) S. 230 ff.

58 Näher zur Anwendung des Art. 118b EWG-Vertrag *Däubler*, „Gemeinschaftsrecht und grenzüberschreitende Interessenvertretung“, AiB 1989 S. 47.

59 Hierin liegt auch der Sinn der Konzipierung konkreter Modelle. Dazu *Däubler* (Fußnote 15) S. 112 ff.

60 Ähnliche Einschätzung bei *Isele*, „Auslandsmontage im Arbeitsrecht“ in Festschrift für Ficker (1967), S. 241 f.; *Kraushaar*, „Die Auslandsberührungen des deutschen Arbeitsrechts“, BB 1989 S. 2121 ff.

61 Eingehend *Isele* (Fußnote 60) S. 244 ff.

62 Gegen einen pauschalen Rückschluß aus der Natur der übernommenen Tätigkeit auch *Isele* (Fußnote 60) S. 245.

III. Die ausnahmsweise eintretende „Auslandsberührung“

Trotz der skizzierten Orientierung der Arbeitsbeziehungen auf den nationalen Bereich existieren einzelne Arbeitsverhältnisse mit grenzüberschreitendem Charakter. Wichtiger als die gerne genannten Zirkusartisten oder die Beschäftigten der Schlafwagengesellschaften sind dabei die sog. entsandten Arbeitskräfte. Diese sollen im Ausland beispielsweise Vertriebssysteme aufbauen oder im Management einer ausländischen Tochter Leitungs- und Beratungsfunktionen wahrnehmen. Ingenieure sollen Know how vermitteln und die Käufer von Industrieanlagen mit den notwendigen Informationen versehen. Baukolonnen werden für bestimmte Projekte eingesetzt. Von diesem letzten Fall einmal abgesehen, handelt es sich in aller Regel um gehobene Angestellte mit relativ starker Verhandlungsposition⁶⁰. Personalleiter berichten, daß es oft schwierig sei, Interessenten für eine Auslandstätigkeit zu finden; dies gelte um so mehr, je länger die in Aussicht genommene Tätigkeit dauern soll. Gerichtliche Auseinandersetzungen sind unter diesen Umständen außerordentlich selten; wer überhaupt bereit ist, nach Hongkong, Dublin oder São Paulo zu gehen, kann bei seinem Arbeitgeber in aller Regel mit großem Entgegenkommen rechnen.

Von diesen sog. entsandten Arbeitnehmern sind die Ortskräfte zu unterscheiden, die im jeweiligen Staat eingestellt werden. Sie unterliegen ausschließlich dem dort geltenden Recht.

In vergleichbarer Weise verfahren ausländische Unternehmen, die Niederlassungen in der Bundesrepublik besitzen. Auch hier findet sich die Unterscheidung zwischen (ausländischen) Spezialisten und (deutschen) Ortskräften. Allerdings fällt diese Form der Ausländerbeschäftigung zahlenmäßig kaum ins Gewicht; typisch sind die nicht-entsandten „Gastarbeiter“, die uneingeschränkt dem deutschen Recht unterliegen. Ihre gleichberechtigte Eingliederung in unsere Gesellschaft ist noch lange nicht erreicht.

Neben die „Internationalisierung“ einzelner Arbeitsverhältnisse ist in jüngerer Zeit die „Internationalisierung“ des Informationsflusses getreten. Der grenzüberschreitende Charakter des Arbeitgeberunternehmens wirkt sich auch bei „Ortskräften“ im Bereich der Datenverarbeitung aus. Ist es zulässig und mit geltendem Datenschutzrecht vereinbar, wenn die Personalabteilung das im Ausland stehende Rechenzentrum mitbenutzt? Wie ist eine vom Ausland aus erfolgende logistische Steuerung zu behandeln, fallen doch auch dabei personenbezogene oder jedenfalls personenbeziehbare Daten an?

IV. Entsendung deutscher Arbeitskräfte ins Ausland

1. Voraussetzungen

Wer bisher im Inland gearbeitet hat, kann von seinem Arbeitgeber nicht mit dem schlichten Hinweis auf das Direktionsrecht ins Ausland versetzt werden. Die Auswirkungen auf die Arbeits- und Lebenssituation des Betroffenen sind so gravierend, daß eine Änderung des Arbeitsvertrages notwendig ist⁶¹. Selbst wenn sich dort ein Vorbehalt zugunsten einer Versetzung innerhalb des ganzen Bundesgebietes findet, wird eine Auslandstätigkeit nicht erfaßt. Sie stellt eine Ausnahme dar, deren Zulässigkeit im Einzelfall unzweideutig vereinbart werden muß⁶². Ist diese Voraussetzung erfüllt, kommt allerdings nur noch eine

Billigkeitskontrolle in Betracht, die die herrschende Meinung auf formularmäßig vorformulierte Bedingungen beschränkt⁶³. Zu beachten ist dabei insbesondere die negative Entsprechung zur Freizügigkeit nach Art. 11 GG, d.h. das Recht, seinen Lebensmittelpunkt nicht wechseln zu müssen⁶⁴. Dies bedeutet zumindest, daß die Versetzung gegen den Willen des Betroffenen nur aus dringenden betrieblichen Erfordernissen und nach Abwägung aller anderen Möglichkeiten in Betracht kommt. Große praktische Bedeutung scheint dies allerdings nicht zu besitzen, da sich ein Auslandseinsatz insbesondere bei gehobenen Tätigkeiten in aller Regel sowieso nicht gegen den Willen des Beschäftigten realisieren läßt.

Zur arbeitsvertraglichen muß die betriebsverfassungsrechtliche Grundlage hinzukommen⁶⁵. Schon die vorübergehende Entsendung ins Ausland erfüllt fast immer die Voraussetzungen einer Versetzung nach § 95 Abs. 3 Satz 1 BetrVG; sei es, daß sie länger als einen Monat dauert, sei es, daß sie mit einer erheblichen Änderung der Arbeitsumstände verbunden ist. Der Betriebsrat kann daher nach näherer Maßgabe des § 99 Abs. 2 BetrVG seine Zustimmung verweigern. Scheidet der Arbeitnehmer beim deutschen Arbeitgeber aus und schließt er mit der ausländischen Tochtergesellschaft einen Arbeitsvertrag, so bleibt in der Regel ein „Restarbeitsverhältnis“ zum Inland bestehen, das zumindest ein Rückkehrrecht und die Fortführung der betrieblichen Altersversorgung zum Gegenstand hat⁶⁶. Die Ausgliederung aus der deutschen Belegschaft ist in solchen Fällen keine definitive, so daß nicht etwa ein Aufhebungsvertrag vorliegt, der am Betriebsrat vorbei möglich wäre. Letzteres ist nur dann anzunehmen, wenn die Bindung zum inländischen Betrieb definitiv abgebrochen und eine Rückkehr ausgeschlossen wird. Folgt man der Rechtsprechung, ist der Betriebsrat auch dann nicht zu beteiligen, wenn die Einstellung ausschließlich für einen (kürzeren oder längeren) Auslandseinsatz erfolgt⁶⁷.

2. Rechtsstellung bei vorübergehender Auslandstätigkeit

Wer nur vorübergehend außerhalb der deutschen Grenzen arbeitet, unterliegt weiter dem deutschen Arbeitsrecht. Art. 30 Abs. 2 EGBGB hat dies ausdrücklich klargestellt; vorher galt nichts anderes⁶⁸. Höchstfristen existieren nicht; es kommt allein auf die Abmachungen und Absichten der Beteiligten an, ob die Schwelle zur „Dauerlösung“ überschritten ist⁶⁹. Bei mehrjähriger Auslandstätigkeit kann die Frage auftreten, ob nicht in Wirklichkeit eine Dauerbeschäftigung gewollt ist. Wer einen entsprechenden Wandel des Arbeitsverhältnisses (und unter Umständen auch der anwendbaren Rechtsordnung) behauptet, muß dies beweisen⁷⁰.

Bei der Anwendung des deutschen Rechts ist allerdings der Tatsache Rechnung zu tragen, daß im Ausland gearbeitet wird. Vorschriften, denen das ausländische Recht zwingenden Charakter beilegt, genauer, die auch gegenüber einem abweichenden Arbeitsvertragsstatut durchgesetzt werden, sind zu beachten. Dies gilt etwa für das Arbeitszeit- und das Arbeitsschutzrecht⁷¹. Auch die Feiertage des Gastlandes sind zu beachten⁷². Dies hat Auswirkungen auf das materielle deutsche Recht. Verbietet die ausländische Rechtsordnung bestimmte Arbeiten, liegt ein Leistungshindernis vor, das nach Betriebsrisikogrundsätzen den Lohnanspruch des Arbeitnehmers unberührt läßt⁷³. Die

ausländischen Feiertage müssen grundsätzlich bezahlt werden. Zwar spricht das Feiertagslohnzahlungsgesetz nur von „gesetzlichen Feiertagen“ und meint damit an sich lediglich die in den einzelnen Ländern der Bundesrepublik vorgesehenen. Dennoch wäre es unverständlich, wollte man die deutsche Vorschrift nicht an diese atypische Konstellation anpassen⁷⁴, zumal ja auch das Recht der deutschen Bundesländer erheblich differiert⁷⁵. Allerdings können die deutschen nicht *neben* den ausländischen Festen gefeiert werden⁷⁶. Ob für besonders hohe Feiertage eine Ausnahme zu machen ist⁷⁷, erscheint zweifelhaft; angesichts einer durchschnittlichen Urlaubsdauer von sechs Wochen käme auch die Verweisung auf die Urlaubsmöglichkeit in Betracht.

Die Rechte nach dem Betriebsverfassungsgesetz und dem Mitbestimmungsgesetz, insbesondere das aktive und das passive Wahlrecht, bleiben bei vorübergehender Entsendung ins Ausland erhalten. Der Grundsatz der Ausstrahlung gilt auch hier⁷⁸. Nach Auffassung des *Bundesarbeitsgerichts* rechtfertigt er es allerdings nicht, daß die vorübergehend ins Ausland entsandten Arbeitnehmer dort eine Teil- oder Abteilungsversammlung abhalten könnten; ein derartiges „organschaftliches Handeln“ sei nicht möglich⁷⁹. Dem ist mit Recht in der Literatur widersprochen worden⁸⁰. Weder eine Betriebsversammlung noch eine Betriebsrats-sitzung stellt einen Hoheitsakt dar, für dessen Vornahme die Zustimmung der ausländischen Behörden erforderlich wäre. Der Fall liegt nicht anders als der einer Gesellschafterversammlung; niemand hat je behauptet, die Schweizer Souveränität sei verletzt, wenn sich die Eigentümer einer deutschen GmbH oder einer französischen SARL in einem

63 Nachweise bei *Däubler*, Das Arbeitsrecht 2, 4. Aufl., S. 97 ff.

64 Zur negativen Freizügigkeit vgl. die Nachweise bei *Maunz/Dürig/Herzog/Scholz*, GG (Stand: 1970), Art. 11 Anm. 39.

65 Zur Unabhängigkeit des Mitbestimmungsrechts nach § 99 BetrVG von der Zustimmung des Arbeitnehmers vgl. *BAG v. 18. 2. 86*, AP Nr. 33 zu § 99 BetrVG 1972 = *ArbuR* 1986 S. 220; *Fiting/Auffarth/Kaiser/Heither*, BetrVG, 15. Aufl., § 99 Anm. 29.

66 Vgl. die empirische Untersuchung von *Kronke*, Rechtstatsachen, kollisionsrechtliche Methodenentfaltung und Arbeitnehmerschutz im internationalen Arbeitsrecht (1980), S. 55.

67 *BAG v. 30. 4. 87* (Fußnote 10).

68 Von einem gewohnheitsrechtlich gefestigten Bestand spricht *Lorenz*, „Das objektive Arbeitsstatut nach dem Gesetz zur Neuregelung des Internationalen Privatrechts“, *RdA* 1989 S. 223.

69 *BAG v. 25. 4. 78* (Fußnote 10).

70 Vgl. *Lorenz* (Fußnote 68).

71 *Isele* (Fußnote 60) S. 249; *Simitis* (Fußnote 50) S. 170

72 *Gamillscheg* (Fußnote 9) S. 284.

73 Zur entsprechenden Anwendung von Art. 32 Abs. 2 EGBGB *Däubler* (Fußnote 11) S. 251; *Kraushaar* (Fußnote 60) S. 2123; *Lorenz* (Fußnote 68) S. 224.

74 Vgl. *Jayme*, „Betrachtungen zur ‘dépeçage’ im internationalen Privatrecht“ in *Festschrift für Kegel* (1987), S. 257: Auslandssachverhalte können andere Sachnormen rechtfertigen.

75 Zu den wirtschaftlichen Grenzen einer Differenzierung vgl. *Bay-VerfGH v. 25. 2. 82*, *NJW* 1982 S. 2657.

76 *Däubler* (Fußnote 11) S. 251.

77 Dafür *Gamillscheg* (Fußnote 9) S. 284.

78 Vgl. etwa *BAG v. 10. 9. 85*, AP Nr. 3 zu § 117 BetrVG 1972 = *ArbuR* 1986 S. 29; für die Unternehmensmitbestimmung kann nichts anderes gelten.

79 *BAG v. 27. 5. 82*, AP Nr. 3 zu § 42 BetrVG 1972 = *ArbuR* 1982 S. 388.

80 *Fiting/Auffarth/Kaiser/Heither* (Fußnote 65) § 1 Anm. 20 und § 42 Anm. 55; *Hess/Schlochauer/Glaubitz*, BetrVG, 3. Aufl., vor § 1 Anm. 9.

Züricher Hotel treffen. Von dieser Parallele ganz abgesehen: Die Konsequenz wäre, daß den vorübergehend im Ausland tätigen Beschäftigten die Teilnahme an der deutschen Betriebsversammlung ermöglicht werden müßte – eine aufwendige und zeitraubende Angelegenheit, die meist nicht ernsthaft in Erwägung gezogen wird. Folge der Rechtsprechung ist ein durch nichts gerechtfertigter definitiver Verlust an Partizipationsmöglichkeiten, der nur dadurch etwas gemildert wird, daß Betriebsratsmitglieder das Recht behalten, die im Ausland tätigen Beschäftigten an ihrem Arbeitsplatz aufzusuchen⁸¹.

3. Rechtsstellung bei dauernder Auslandstätigkeit

a) Anwendbare Rechtsordnung

Werden deutsche Arbeitskräfte auf Dauer ins Ausland entsandt, könnte man an sich daran denken, das ausländische Arbeitsrecht als Recht des Arbeitsorts anzuwenden. Praxis und Rechtsprechung sind sich jedoch einig darüber, daß in diesen Fällen eine „engere Verbindung“ zum Inland besteht und damit der Ausnahmetatbestand eingreift, den Art. 30 Abs. 2 EGBGB ausdrücklich offenläßt⁸². Diese „engere Verbindung“ zum Inland ergibt sich daraus, daß der betreffende Mitarbeiter bislang in der Bundesrepublik tätig war, daß er aus einem deutschen Arbeitsverhältnis heraus ins Ausland ging und daß bei den Vertragsverhandlungen und einem eventuellen neuen Vertragstext die deutsche Sprache benutzt wurde⁸³. Üblich ist auch, in einem neuen Vertrag ausdrücklich das deutsche Recht für anwendbar zu erklären; dies hat im Regelfall nur die Qualität eines weiteren, die Inlandsbeziehung verstärkenden Indizes. Liegt der Fall anders, wird beispielsweise ein ausländischer Staatsangehöriger entsandt, der enge Beziehungen zum Gastland besitzt, kann eine Rechtswahlvereinbarung vorliegen, die allerdings die zwingenden Normen des Arbeitsorts nach Art. 30 Abs. 1 EGBGB unberührt lassen muß⁸⁴.

b) Modifikationen des deutschen Arbeitsvertragsrechts

Klarheit über die Anwendung des deutschen Rechts ist bei „Auslandsfällen“ immer nur ein erster Schritt. Der zweite

besteht darin, der Frage nachzugehen, ob die an sich anwendbaren inländischen Arbeitsrechtsnormen an die Besonderheiten einer solchen Tätigkeit angepaßt werden müssen. Die Probleme beginnen bereits im Arbeitsvertragsrecht.

Von Interesse ist zunächst die Vorschrift des § 75b Satz 1 HGB, der seinem Wortlaut nach bei einer Angestellten-tätigkeit außerhalb Europas ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot ohne Karenzenschädigung zuläßt. Das *Bundesarbeitsgericht* hat diese Norm mit Recht als übermäßigen Eingriff in die Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG qualifiziert und außer Anwendung gelassen; auch die Interessen der deutschen Exportwirtschaft könnten kein solches Sonderopfer einer bestimmten Beschäftigten-gruppe rechtfertigen⁸⁵. Die Vorschrift ist daher heute nur noch eine Art gesetzliches Anschauungsmaterial für den allgemeinen Grundsatz, daß die „Auslandsberührung“ eines Arbeitsverhältnisses auch materiellrechtliche Auswirkungen haben kann⁸⁶.

Auslandstätigkeit wird in der Regel mit finanziellen Sonderleistungen entgolten; sie sind – soweit keine kollektivvertragliche Regelung eingreift – Sache der Vereinbarung im Einzelfall. § 115 GewO, wonach die Löhne der Arbeitnehmer in DM zu berechnen und bar auszuzahlen sind, muß restriktiv ausgelegt werden: Soweit die Umwechslung in Landeswährung schwierig wäre, ist in Höhe des im Ausland benötigten Betrages Geld in der dortigen Währung zur Verfügung zu stellen⁸⁷. Andererseits braucht sich der entsandte Arbeitnehmer nicht mit der Fremdwährung abspeisen zu lassen; er kann jederzeit zur Regel des § 115 Abs. 1 GewO zurückkehren.

Die Bezahlung von Feiertagen wird bisweilen dann in Zweifel gezogen, wenn das Gastland häufiger feiert als selbst die vergleichsweise frommen süddeutschen Länder. Dies kann zumindest dann nicht einleuchten, wenn das ausländische öffentliche Recht die Lohnfortzahlung vorschreibt. Aber auch wenn dies nicht der Fall ist, sollte mit Rücksicht auf den Rahmencharakter des Feiertagslohnzahlungsgesetzes eine Vergütung gewährt werden; insoweit gilt nichts anderes als bei der vorübergehenden Entsendung⁸⁸. Immer muß es sich allerdings um „Feiertage“ handeln, was eine Obergrenze von etwa drei Tagen impliziert. Ordnet eine ausländische Rechtsordnung an, daß während einer ganzen Woche oder gar während eines Monats nicht gearbeitet wird, kommt eine Behandlung als „Betriebsferien“ in Betracht. Kann die Arbeit im Gastland aus anderen Gründen nicht erbracht werden, weil beispielsweise die Zulieferungen ausbleiben oder die Ortskräfte die Arbeit verweigern, so hat dies nach den Grundsätzen über das Betriebsrisiko keinen Einfluß auf den Lohn- und Gehaltsanspruch⁸⁹. Die Lehre vom Arbeitskampfrisiko kann bei ausländischen Konflikten keine Anwendung finden⁹⁰.

Die Tatsache der Auslandsarbeit erweitert auch die Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis. Der Arbeitnehmer ist ggf. gehalten, Mehrarbeit zu leisten oder ohne Rückfrage selbständige Entscheidungen zu treffen. Der Arbeitgeber muß einmal pro Jahr einen Heimaturlaub ermöglichen und zu diesem Zweck die Flugkosten übernehmen, wenn die Bundesrepublik nicht innerhalb von 12 bis 18 Stunden mit der Bahn zu erreichen ist⁹¹. Weiter ist der Arbeitgeber im Regelfall verpflichtet, die Kosten für

81 *Fitting/Auffarth/Kaiser/Heither* (Fußnote 65) § 1 Anm. 20.

82 *Däubler* (Fußnote 11) S. 252; *Gamillscheg*, „Ein Gesetz über das internationale Arbeitsrecht“, *ZfA* 1983 S. 340; *Kronke*, „Das Arbeitsrecht im Gesetzentwurf zur Neuregelung des Internationalen Privatrechts“, *DB* 1984 S. 405; *Palandt/Heldrich*, *BGB*, 48. Aufl., Art. 30 EGBGB Anm. 4b a.E.

83 Zu weiteren denkbaren Gestaltungen vgl. *Däubler* (Fußnote 11) S. 252.

84 Dazu *Birk* (Fußnote 11) S. 205 ff.

85 *BAG* v. 16. 10. 80, AP Nr. 15 zu § 75b HGB = *ArbuR* 1981 S. 122 = *NJW* 1981 S. 1174. Zur Möglichkeit, mit einem durch Art. 12 Abs. 1 GG nicht geschützten ausländischen Staatsangehörigen ein unbezahltes Wettbewerbsverbot zu vereinbaren, vgl. *Schaub*, *Arbeitsrechts-Handbuch*, 6. Aufl., §§ 68 I 1, 87 VIII.

86 Dazu schon unter IV 2.

87 Für restriktive Auslegung des § 115 Abs. 1 GewO bei innerstaatlichen Sachverhalten (z.B. Sachbezüge statt Geld) *Schaub* (Fußnote 85) § 87 VIII.

88 Dazu unter IV 2; zum Ganzen vgl. *Gamillscheg* (Fußnote 9) S. 286 ff.

89 *Isele* (Fußnote 60) S. 255.

90 So auch *Hergentröder* (Fußnote 5) S. 311 mit weit. Nachweisen.

91 Ebenso *Isele* (Fußnote 60) S. 259, der jedoch nur einmal alle zwei Jahre einen derartigen Heimaturlaub gewähren möchte. In den letzten 20 Jahren hat sich jedoch der Stellenwert des Urlaubs grundlegend gewandelt, was nicht zuletzt in der (Beinahe-)Verdoppelung seiner Dauer zum Ausdruck kommt.

eine private Kranken- und Unfallversicherung zu tragen. Die Tatsache, daß der Beschäftigte die Leistungen der ausländischen Sozialversicherung in Anspruch nehmen kann⁹², steht dem im Regelfall nicht entgegen: Die apparative Ausstattung polnischer oder argentinischer Krankenhäuser ist in der Regel nicht so geartet, daß dieselben Heilungschancen wie in der Bundesrepublik bestehen. Die Versicherung muß daher die Möglichkeit schaffen, sich in gut ausgestatteten Privatkliniken oder in der Bundesrepublik behandeln zu lassen. Soweit ersichtlich, verfährt die Praxis allgemein nach diesem Grundsatz.

c) Anwendung deutscher Tarifverträge

Was Tarifverträge betrifft, so ergeben sich vergleichsweise geringe Modifikationen. Den Tarifparteien steht es frei, auch im Ausland erbrachte Arbeit zu regeln, ja die Auslandstätigkeit als ausschließlichen Geltungsbereich zu bestimmen⁹³. Letzteres ist etwa für den Tarifvertrag der Fall, der zwischen der Gewerkschaft Erziehung und Wissenschaft und dem Goethe-Institut für die Auslandsmitarbeiter abgeschlossen wurde⁹⁴. Ist die Auslandsarbeit nicht in den Tarifvertrag einbezogen, wird in aller Regel im Arbeitsvertrag eine Bezugnahme vereinbart, es sei denn, es handle sich im konkreten Fall um einen AT-Angestellten⁹⁵. Tarifverträge können auch bestimmen, daß in ihrem Geltungsbereich tätige Arbeitnehmer ausschließlich nach deutschem Arbeitsrecht zu behandeln sind⁹⁶. Ein solcher „Rechtwahltarifvertrag“ hat insbesondere für die Beschäftigung auf deutschen Schiffen Bedeutung erlangt, die in das sog. Zweite Schiffsregister eingetragen sind⁹⁷.

Arbeitskämpfe werden meist selbständig angeknüpft und dem Recht des Arbeitsorts unterstellt⁹⁸. Geht es um den Abschluß eines neuen Tarifvertrages, der auch das im Ausland vollzogene Arbeitsverhältnis umfassen soll, erscheint dies wenig sachgerecht. Tarif- und Arbeitskampfstatut sollten hier zusammenfallen, die Auslandsmitarbeiter sich gemeinsam mit den im Inland Beschäftigten für die Verbesserung ihrer Arbeitsbedingungen einsetzen können. Anderes gilt, wenn es um politische Demonstrationstreiks an die Adresse einer ausländischen Regierung oder um die Unterstützung einer Aktion der Ortskräfte geht: Hier ist grundsätzlich das Recht des Arbeitsorts maßgebend.

d) Betriebsverfassung, Mitbestimmung und öffentlich-rechtliche Teile des Arbeitsrechts

Die eigentlichen Probleme tauchen bei der Betriebsverfassung, der Unternehmensmitbestimmung und den öffentlich-rechtlichen Normen auf.

Das *Bundesarbeitsgericht* folgert aus dem von ihm nicht näher hergeleiteten Territorialitätsgrundsatz, daß das Wahlrecht zum Betriebsrat und zum Aufsichtsrat bei dauerhafter Entsendung ins Ausland endet⁹⁹. Damit fällt diese Gruppe von Beschäftigten aus dem Betriebsverfassungsrecht völlig heraus. Dem Betriebsrat fehlt jedes Mandat, sich um die Belange dieser Arbeitnehmer zu kümmern; vor Kündigungen muß er nicht angehört werden¹⁰⁰. Keine Anwendung finden auch öffentlich-rechtliche Vorschriften. Dies gilt nicht nur für das Arbeitsschutzrecht, sondern beispielsweise auch für die öffentlich-rechtlichen Teile des Schwerbehindertenrechts, so daß die Hauptfürsorgestelle nicht zustimmen muß, wenn der deutsche Arbeitnehmer auf Dauer in Paris oder Saudi-Arabien beschäftigt ist¹⁰¹.

Für diese wegfallenden Teile des deutschen Rechts ist kein Ersatz in Sicht. Die Beteiligung an einer ausländischen Interessenvertretung ist zwar prinzipiell möglich, doch entscheidet über sie das ausländische Recht. Daß insoweit Schwierigkeiten selbst im benachbarten Frankreich entstehen können, zeigt der Fall Airbus Industrie in Toulouse: Während das Tribunal d'Instance von Toulouse den aus anderen EG-Ländern entsandten Arbeitskräften das Wahlrecht zum französischen comité d'entreprise zugesprochen hatte¹⁰², vertrat der Kassationshof die gegenteilige Ansicht und verwies den Rechtsstreit an ein anderes Gericht zurück¹⁰³. Oft wird es überhaupt an vergleichbaren Institutionen fehlen. So kennen keineswegs alle anderen Rechtsordnungen einen Sonderkündigungsschutz für Schwerbehinderte. Dies bedeutet, daß im Ergebnis eine Art Rumpfarbeitsrecht entsteht, und daß eine Gruppe von Arbeitnehmern weit weniger Rechte als normale deutsche Beschäftigte besitzt.

Unter einem solchen fragmentarischen Arbeitsrecht arbeiten zu müssen, kommt bisweilen auch im Inland vor – man denke etwa an Kleinbetriebe, in denen es keinen Betriebsrat gibt und bei denen auch keine Tarifverträge eingreifen¹⁰⁴. Allerdings macht es einen gewaltigen Unterschied, ob die Rechtsordnung vor der Macht der Tatsachen kapituliert oder ob sie sich gewissermaßen selbst ein Bein stellt, indem sie sich unter Berufung auf ein allzu eng verstandenes Territorialitätsprinzip selbst zurücknimmt. Gründe für eine solche Rechtsverkürzung sind nicht ersichtlich. Welche ernsthaften Einwände sollte es in der Bundesrepublik oder im Gastland provozieren, wenn auch die auf Dauer entsandten Arbeitskräfte im Einwirkungsbereich der deutschen Betriebsverfassung bleiben würden? Die Tatsache, daß man bei vorübergehender Auslandstätigkeit anders entscheidet¹⁰⁵, macht deutlich, daß Regelungsinteressen

92 Zur Sozialversicherung bei Auslandsbeschäftigung vgl. *Ahrend/Förster/Rößler*, Steuerrecht der betrieblichen Altersversorgung mit arbeitsrechtlicher Grundlegung, 9. Teil (1989), Rdnr. 100 ff.

93 *Birk* (Fußnote 12) S. 849 ff.; *Waltz*, Multinationale Unternehmen und internationaler Tarifvertrag – Eine arbeitskollisionsrechtliche Untersuchung (1981), S. 147 ff.

94 Mitgeteilt bei *Friedrich*, „Probleme der Tarifverträge mit Auslandsberührung“, RdA 1980 S. 109.

95 Daß im Einzelfall auch zu Lasten des Arbeitnehmers vom Tarifvertrag abgewichen werden könnte, betont zu Recht *Isele* (Fußnote 60) S. 251, doch dürfte dies kaum praktische Bedeutung gewinnen.

96 LAG *Rheinland-Pfalz* v. 16. 6. 81, ArbuR 1982 S. 352 = IPRspr 1981, 94 (Nr. 44); *Birk* (Fußnote 12) S. 849; *Däubler/Hege*, Tarifvertragsrecht, 2. Aufl., Rdnr. 678; *Hagemeyer/Kempen/Zachert/Zilius*, TVG, 2. Aufl., § 4 Anm. 67 f.

97 Näher dazu unten V2.

98 Überblick bei *Hergenröder* (Fußnote 5) S. 40 ff.

99 *BAG* v. 9. 11. 77, AP Nr. 13 zu Internationales Privatrecht Arbeitsrecht = ArbuR 1978 S. 316 und v. 25. 4. 78 (Fußnote 10).

100 *BAG* v. 21. 10. 80 (Fußnote 10), bestätigt in *BAG* v. 30. 4. 87 (Fußnote 10).

101 *BAG* v. 30. 4. 87 (Fußnote 10).

102 Eingehend zu diesem Fall *Le Friant/Zachert*, „Multinationale Konzerne und nationale Mitbestimmung“, AiB 1989 S. 50.

103 So die Mitteilung der Richterin der ersten Instanz, Frau *Lauvernier-Saez*, an den Verfasser. Siehe nunmehr *Le Friant/A. Lyon-Caen*, „Mitbestimmung und europäische Unternehmenskooperation“, AiB 1989 S. 406.

104 Überblick über derartige „Betriebe mit fragmentarischem Arbeitsrecht“ bei *Däubler* (Fußnote 63) S. 758 f.

105 Vgl. oben IV 2.

ausländischer Staaten nicht berührt sind. Soll wirklich das Wahlrecht zum Betriebsrat und zum Aufsichtsrat davon abhängen, daß die Beteiligten die Tätigkeit als „noch vorübergehend“ oder als „schon dauerhaft“ qualifizieren? Das Wahlrecht zur Disposition der Arbeitsvertragsparteien zu stellen, widerspricht zudem den Grundprinzipien unserer Betriebsverfassung. Inkonsequent ist es auch, auf der einen Seite Tarifverträge für Auslandsbeschäftigte zuzulassen, mangels Einbindung in die Betriebsverfassung aber Betriebsvereinbarungen auszuschließen¹⁰⁶. Mit Recht verweist *Birk* darauf, es müsse möglich sein, insoweit eine tarifliche Betriebsverfassung zu schaffen¹⁰⁷. Ist dies zulässig, vermag niemand mehr einzusehen, weshalb dann das Territorialitätsprinzip einer automatischen Einbeziehung der im Ausland Beschäftigten entgegenstehen soll. Schließlich sollte man nicht übersehen, daß auch über die Arbeitsbedingungen auf Dauer entsandter Arbeitskräfte von der Bundesrepublik aus entschieden wird. Es entspricht daher dem Sinn der Betriebsverfassung, die Betroffenen an ihren Institutionen teilhaben zu lassen¹⁰⁸. Das Personalvertretungsrecht ist hier sehr viel konsequenter, da es die in ausländischen Dienststellen des Bundes Beschäftigten voll einbezieht und sogar für die Ortskräfte eine (allerdings schwache) Vertretung vorsieht¹⁰⁹.

Bei öffentlich-rechtlichen Schutzvorschriften besteht nur insofern eine Besonderheit, als sie nicht mit hoheitlichen Mitteln außerhalb des Bundesgebietes durchgesetzt werden können. Im übrigen ist kein Grund ersichtlich, warum sie nicht auf Auslandsstätigkeiten erstreckt werden sollten; auch das *Bundesarbeitsgericht* läßt dies grundsätzlich zu, konnte jedoch im Schwerbehindertengesetz keine entsprechende Geltungserstreckung finden¹¹⁰. Dies befriedigt wenig, da die Möglichkeit einer sozialstaatskonformen (d.h. hier nur: den arbeitsrechtlichen Normalschutz sicherstellenden) Auslegung nicht geprüft wurde. Auch ist nicht ersichtlich, weshalb die Auslandsarbeit ein ausreichender sachlicher Grund für eine derartige Differenzierung zu Lasten bestimmter Beschäftigter sein soll. Als „Auffanglösung“ wäre weiter die These *Gamillschegs* heranzuziehen gewesen, wonach der Kern öffentlich-rechtlicher Schutzvorschriften in die Fürsorgepflicht eingeht und so gewissermaßen auf dem Rücken der privatrechtlichen Arbeitsrechtsnormen ins Ausland mitgenommen wird¹¹¹. Für den Kündigungsschutz des Schwerbehinderten würde dies be-

deuten, daß zwar nicht das im Gesetz vorgesehene Verfahren angewandt, wohl aber besonders strenge inhaltliche Maßstäbe an die Zulässigkeit einer Kündigung anzulegen wären.

e) Ein aktueller Konflikt

Zum Abschluß dieses Teils sei auf einen Fall hingewiesen, der einige Gemüter erhitzt hat. Ein deutscher Bauarbeiter war nach Saudi-Arabien entsandt worden. Sein deutscher Arbeitsvertrag sah in Übereinstimmung mit der tariflichen Regelung eine Überstundenvergütung von 25 v.H. vor. Nach einiger Zeit brachte er in Erfahrung, daß das saudische Recht zwingend einen Überstundenzuschlag von 50 v.H. vorschrieb. Da es mit den Beziehungen zum deutschen Arbeitgeber nicht zum besten stand, klagte er vor dem islamischen Gericht. Dieses wandte – was niemanden überraschte – sein eigenes Recht an und verurteilte den Arbeitgeber zur Nachzahlung¹¹². Dieser bezahlte zähneknirschend und sann auf Rache. Als der Beschäftigte wieder in die Bundesrepublik zurückgekehrt war, sah er sich einem Rückzahlungsverlangen ausgesetzt: Die zusätzlichen 25 v.H. seien ohne Rechtsgrund erworben, das Urteil des islamischen Gerichts in der Bundesrepublik nicht maßgebend. Entsprechende Ansichten wurden auch in der Literatur geäußert¹¹³. Von der Gerechtigkeit oder Ungerechtigkeit eines solchen Ergebnisses einmal ganz abgesehen – entscheidet das deutsche Arbeitsgericht im Sinne des Arbeitgebers, kann ein Rechtsstreit ohne Ende die Folge sein. Dem Arbeitnehmer könnte man es sicherlich nicht verwehren, wegen der in Deutschland vollzogenen Rückzahlung erneut Klage in Saudi-Arabien zu erheben. Aller Voraussicht nach würde das dortige Gericht seine frühere Entscheidung bestätigen, evtl. sogar – sollte die anglo-amerikanische Lehre vom Contempt of Court rezipiert oder Vergleichbares entwickelt worden sein – drakonische Sanktionen gegen den Arbeitgeber verhängen, die eine Reise dorthin zu einem lebensgefährlichen Abenteuer machen könnten. Die deutschen Gerichte sollten in solchen Fällen auf den Entscheidungseinklang achten¹¹⁴ und immer dann, wenn kein Verstoß gegen den deutschen ordre public vorliegt, darauf verzichten, die Resultate ausländischer Verfahren wieder rückgängig zu machen.

V. Arbeit mit Auslandsbezug im Inland

1. Entsandte ausländische Arbeitskräfte

Alle hier skizzierten Probleme können sich in gleicher Weise ergeben, wenn eine ausländische Firma Beschäftigte in die Bundesrepublik entsendet. In Einzelfällen verhalten sich die deutschen Gerichte nicht anders als das islamische Gericht im eben referierten Fall. So wird das Betriebsverfassungsrecht als zwingende Rechtsnorm i.S. des Art. 34 EGBGB angesehen mit der Folge, daß der Betriebsrat vor einer Kündigung auch dann anzuhören ist, wenn der betroffene Arbeitnehmer einem ausländischen Arbeitsvertragsstatut unterliegt¹¹⁵. Das Kündigungsschutzrecht wird demgegenüber als weniger zwingend angesehen; in Extremfällen eines „hire and fire“ hilft die Korrektur über den ordre public nach Art. 6 EGBGB, doch hat die Rechtsprechung bislang nie einen solchen Extremfall angenommen¹¹⁶.

Ein hohes Maß an wirtschaftspolitischer Brisanz besaß der Fall eines jugoslawischen Bautrupps, der von einer jugosla-

106 Auf den Widerspruch verweist auch *Walz* (Fußnote 93) S. 150.

107 *Birk* (Fußnote 12) S. 859; einschränkend *Walz* (Fußnote 93) S. 152.

108 Näher *Däubler*, „Mitbestimmung und Betriebsverfassung im Internationalen Privatrecht“, *RabelsZ*, Bd. 39 (1975), S. 444 ff.; *Schubert*, Unternehmensmitbestimmung und internationale Wirtschaftsverflechtung (1984), S. 94 ff.

109 § 91 BPersVG.

110 *BAG v. 30. 4. 87* (Fußnote 10).

111 *Gamillscheg* (Fußnote 9) S. 189 ff.

112 Der Fall ist geschildert bei *Hohloch*, „Arbeitsverhältnisse mit Auslandsbezug und Vergütungspflicht“, *RIW* 1987 S. 353 ff. mit Fußn. 14.

113 *Hohloch* (Fußnote 112) S. 358 ff.; anders *Gamillscheg* (Fußnote 9) S. 280 f.

114 Zum Entscheidungseinklang als einem zentralen Ordnungsinteresse des IPR vgl. *Kegel*, Internationales Privatrecht, 6. Aufl., S. 86 ff.

115 *BAG v. 9. 11. 77* (Fußnote 99).

116 *BAG v. 20. 7. 67*, AP Nr. 10 (=ArbuR 1968 S. 26) und v. 10. 4. 75, AP Nr. 12 (= ArbuR 1976 S. 28), jeweils zu Internationales Privatrecht Arbeitsrecht.

wischen Firma für einige Zeit ins Bundesgebiet entsandt worden war. Das *Bundesarbeitsgericht* hatte zu entscheiden, ob die für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträge über die Sozialkassen im Baugewerbe auch diesen Fall erfassen oder ob sich der ausländische Wettbewerber insoweit auf das andere Arbeitsstatut berufen konnte. Das Gericht nahm letzteres an¹¹⁷. Auch ein für allgemeinverbindlich erklärter Tarifvertrag könne nur Arbeitsverhältnisse unter deutschem Recht erfassen. Dies klingt plausibel, ist es aber in Wirklichkeit nicht: Der Sinn der Allgemeinverbindlicherklärung würde es gerade im vorliegenden Fall gebieten, eine zwingende Norm des deutschen Rechts i.S. des Art. 34 EGBGB anzunehmen, die auch gegenüber ausländischem Arbeitsstatut durchzusetzen ist. Hier läge ein wichtiges Mittel, um einzelne Erscheinungsformen von sozialem Dumping zu verhindern¹¹⁸.

2. Nichtentsandte ausländische Arbeitnehmer

Die zahlenmäßig bei weitem größte Gruppe von Beschäftigten, deren Arbeitsverhältnis ein Stück Auslandsbezug aufweist, sind die in der Bundesrepublik tätigen ausländischen Arbeitnehmer, früher in Verkennung der Tatsachen „Gastarbeiter“ genannt. Kollisionsrechtlich ergaben sich so gut wie nie Probleme; die Anwendung des deutschen Rechts war auch zu Zeiten außer Streit, als im Arbeitsverhältnis noch die volle Parteiautonomie galt¹¹⁹. Heute folgt dasselbe aus Art. 30 Abs. 2 Nr. 1 EGBGB.

Bei der Rechtsanwendung stellt sich das Problem, inwieweit das deutsche Recht auf spezifische Benachteiligungen dieser Gruppe reagieren, also die durch die Auslandsberührung geschaffene Sondersituation berücksichtigen muß. Das Antidiskriminierungsinstrumentarium ist in diesem Bereich sehr viel weniger ausgebaut als bei der Gleichberechtigung von Mann und Frau; so sind bislang keine Beweislastregeln oder gar Quoten im Gespräch, wie sie in den USA zugunsten von Frauen wie von rassischen Minoritäten gang und gäbe sind¹²⁰. Die Tatsache, daß deutsche Arbeitskräfte arbeitslos sind, macht eine effektive Gleichstellung noch schwieriger und läßt die Erhaltung des Status quo als die relativ beste aller Lösungen erscheinen. Immerhin sorgt die grundsätzliche Anwendung des deutschen Rechts dafür, daß offene oder besonders weitgehende Schlechterstellungen vermieden werden¹²¹. Die Gewerkschaften haben von Anfang an gegen die Beschäftigung von „Billig-Arbeitskräften“ Front gemacht und waren nur unter der Voraussetzung prinzipieller Gleichbehandlung der Ausländer Anfang der 60er Jahre bereit, die Anwerbung ausländischer Arbeitskräfte im Rahmen der Bundesanstalt für Arbeit zu akzeptieren¹²².

Der bislang bestehende Konsens ist durch das Gesetz über das sog. Zweite Schiffsregister für den Bereich der Seeschifffahrt in Frage gestellt worden¹²³. Danach soll es möglich sein, auf Schiffen unter deutscher Flagge ausländische Seeleute zu Heimatheuern zu beschäftigen und damit zu Beträgen, die zwischen 10 und 30 v.H. der deutschen Lohnsätze liegen¹²⁴. Die verfassungsrechtlichen Probleme des Gesetzes sollen hier nicht vertieft werden¹²⁵; über sie wird das *Bundesverfassungsgericht* zu entscheiden haben. Wichtig ist im vorliegenden Zusammenhang die Erkenntnis, daß es sich um eine neue Form der Deregulierung handelt: Nicht nur Tarife und Mitbestimmung¹²⁶, sondern das ganze Arbeitsrecht werden hier zur Disposition der Arbeitgeberseite gestellt.

VI. Grenzüberschreitende Personaldatenverarbeitung

1. Zum Diskussionsstand

Relativ wenig ist die Frage erörtert, ob und ggf. in welchem Rahmen Personaldaten hier beschäftigter Arbeitnehmer im Ausland verarbeitet werden dürfen. Der Problematik fehlt es nicht an Aktualität. Die Rechtsprechung des *Bundesarbeitsgerichts* zu § 87 Abs. 1 Ziff. 6 BetrVG hatte häufig derartige Konstellationen zu beurteilen. So ging es etwa in der „Texaco-Entscheidung“ um die Einführung eines weltweiten Finanzberichtssystems – alle im Rechnungswesen anfallenden Daten wurden in Hamburg in einem Kleincomputer gespeichert und täglich über Satellit einem in Houston/Texas stehenden Zentralcomputer übermittelt¹²⁷. Die „PanAm-Entscheidung“ – grundlegend für die Beteiligungsrechte von Betriebsräten an Bildschirmarbeitsplätzen – hatte Datensichtgeräte zum Gegenstand, die mit einem zentralen Rechner in den USA verbunden waren¹²⁸. Der Beschluß zum Technikerberichtssystem, der zentrale Bedeutung für die Mitbestimmung des Betriebsrats bei der Schaffung von Personalinformationssystemen besitzt, betraf die Firma Rank Xerox; auch hier ging es um eine von der ausländischen Konzernspitze gewollte, grenzüberschreitende Übermittlung von personenbezogenen

117 BAG v. 4. 5. 77, AP Nr. 30 zu § 1 TVG Tarifverträge: Bau = ArbuR 1978 S. 94.

118 Dazu unter II. Zu beachten ist weiter, daß eine durchaus beachtliche Meinung in der Literatur den Standpunkt vertritt, Tarifverträge könnten auch für Arbeitsverhältnisse unter fremdem Arbeitsstatut gelten; vgl. dazu *Birk* (Fußnote 12) S. 860; *Friedrich* (Fußnote 94) S. 115; *Walz* (Fußnote 93) S. 150.

119 *Becker/Braasch*, Recht der ausländischen Arbeitnehmer, 3. Aufl., Rdnr. 122 ff. mit weit. Nachweisen.

120 Dazu etwa *Coen*, „Gleichberechtigung durch Ungleichbehandlung?“, DB 1987 S. 2041, der allerdings – wie in DB 1987 S. 2570 klargestellt – gut die Hälfte seines Aufsatzes mit Übernahmen aus der unveröffentlichten Bremer Examensarbeit von *Hilke Altona* (Maßnahmen zur Durchsetzung der Chancengleichheit von Frauen im US-amerikanischen und bundesdeutschen Recht am Beispiel der Einstellung und Beförderung von Frauen [1984]) bestritten hat.

121 Zu den Gleichbehandlungsproblemen im einzelnen und zu ersten Ansätzen einer „positiven Diskriminierung“ vgl. *Däubler* (Fußnote 63) S. 681 ff. Zum Sprachrisiko zusammenfassend und weiterführend *Jancke*, Das Sprachrisiko des ausländischen Arbeitnehmers im Arbeitsrecht (1987).

122 Zur wirtschaftlichen Bedeutung der Beschäftigung ausländischer Arbeitskräfte vgl. *Däubler*, „Zur rechtlichen und sozialen Stellung der Gastarbeiter in der BRD“, DuR 1974 S. 3-9.

123 Gesetz zur Einführung eines zusätzlichen Registers für Seeschiffe unter der Bundesflagge im internationalen Verkehr (Internationales Seeschiffregister – ISR) v. 23. 3. 1989, BGBl. I S. 549.

124 Zum Hintergrund des Gesetzentwurfs vgl. *Däubler*, Das Zweite Schiffsregister – Völkerrechtliche und verfassungsrechtliche Probleme einer deutschen „Billig-Flagge“ (1988), S. 7 f.

125 Vgl. neben der in Fußnote 124 genannten Schrift insbes. *Geffken*, „Internationales Seeschiffregister verstößt gegen geltendes Recht“, NZA 1989 S. 88 ff. Rechtspolitische Bedenken bei *Hauschka/Henssler*, „Ein ‚Billigarbeitsrecht‘ für die deutsche Seeschifffahrt?“, NZA 1988 S. 597 ff. Ohne Gegenargumente *Werbke*, Die neue Rechtslage nach der Einführung des internationalen Seeschiffregisters (1989).

126 So bei der Europäischen Aktiengesellschaft; vgl. dazu *meine* Ausführungen unter II.

127 BAG v. 26. 10. 82, AP Nr. 10 zu § 111 BetrVG 1972 = ArbuR 1983 S. 250.

128 BAG v. 6. 12. 83, AP Nr. 7 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung = ArbuR 1984 S. 156, 191.

Daten¹²⁹. Inwieweit die Auswertung eines vorhandenen Datenvorrats nicht ohne den Betriebsrat erfolgen darf, war schließlich Gegenstand des Beschlusses zum Fall Opel-Paisy, der gleichfalls eine internationale Dimension besitzt¹³⁰.

Während das Vorliegen eines Mitbestimmungsrechts in solchen Fällen unstrittig ist¹³¹, ist die datenschutzrechtliche Zulässigkeit eines grenzüberschreitenden Informationsflusses alles andere als klar¹³². Darf wirklich der computergestützte Personaleinsatz von der Schweiz aus erfolgen oder die Tourenplanung eines Transportunternehmens von Luxemburg aus?

2. Anwendbarkeit des BDSG?

Zunächst stellt sich das kollisionsrechtliche Problem, ob das Bundesdatenschutzgesetz in solchen Fällen überhaupt anwendbar ist. Das datenschutzrechtliche Seitenstück des Internationalen Privatrechts hat bislang noch keine eindeutigen Strukturen; es besteht eine Vielzahl von Vorschlägen, Einigkeit ist nicht in Sicht¹³³. Im vorliegenden Zusammenhang ist eine Vertiefung allerdings entbehrlich: Der Arbeitnehmerdatenschutz ist Teil des Arbeitsrechts und folgt den für dieses Gebiet maßgebenden Kollisionsnormen. Art und Umfang zulässiger Datenerhebung und Datenverarbeitung ergeben sich der Sache nach allein aus arbeitsrechtlichen Wertungen, die die Pauschalbegriffe des Bundesdatenschutzgesetzes wie „Zweck eines Vertragsverhältnisses“, „schutzwürdige Belange“ u.ä. mit (relativ) konkreten Inhalten füllen. Hinzu kommen arbeitsrechtliche Sondernormen, die wie z.B. das Einsichtsrecht in die Personalakte nach § 83 BetrVG gem. § 45 BDSG den Vorrang besitzen. Diese „Gemengelage“ hätte zur Folge, daß BDSG-spezifische Kollisionsregeln den Arbeitnehmerdatenschutz in zwei Teile aufspalten würden: Was (zufällig) in ausdrücklichen arbeitsrechtlichen Normen steht oder wie das Fragerecht des Arbeitgebers gegenüber Bewerbern von der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung entwickelt wurde, würde der Rechtsordnung X, was sich dagegen „nur“ aus dem Bundesdatenschutzgesetz ergibt, würde der Rechtsordnung Y unterliegen. Unklarheiten und Widersprüche

wären geradezu vorprogrammiert. Soweit ein Arbeitsverhältnis deutschem Recht unterliegt, muß daher auch unser Datenschutzrecht Anwendung finden.

3. Inhaltliche Aussagen

Für den privaten Bereich enthält das Bundesdatenschutzgesetz nur eine Vorschrift, die den grenzüberschreitenden Datenschutz betrifft: § 2 Abs. 3 Nr. 2 BDSG schließt die Auftragsdatenverarbeitung über die Grenze aus. Dies bedeutet, daß auch die Weitergabe an eine ausländische Personalführungsgesellschaft oder an ein Logistikzentrum ohne Rücksicht auf die Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses eine Übermittlung i.S. des § 24 BDSG ist.

Als Rechtfertigung für den grenzüberschreitenden Datenfluß kommt unter diesen Umständen zunächst der Arbeitsvertrag in Betracht. Sieht dieser einen grenzüberschreitenden Einsatz des Arbeitnehmers vor, bewegen sich auch die dafür notwendigen Datenübermittlungen im Rahmen des Zulässigen¹³⁴. Allerdings stellt sich dabei die Frage, ob sich der Arbeitgeber eine Art Pauschalermächtigung zu jeder Art von Datenverarbeitung einräumen lassen kann – was die notwendige Folge einer Freigabe von Übermittlungen in alle jene Länder wäre, die über kein oder nur ein rudimentäres Datenschutzrecht verfügen. Da die informationelle Selbstbestimmung grundsätzlich Teil des deutschen *ordre public* nach Art. 6 EGBGB ist, müssen sich die Verwertungsmöglichkeiten des Arbeitgebers im Rahmen des Zwecks des Arbeitsverhältnisses bewegen und überdies für den Arbeitnehmer nachvollziehbar sein.

Der Rückgriff auf den Arbeitsvertrag löst die Probleme entsandter Arbeitskräfte, nicht jedoch die der transnationalen Steuerung des Personaleinsatzes und der Produktion. Höchst zweifelhaft ist, ob eine Datenverarbeitung, die sich nicht mit dem Arbeitsvertrag rechtfertigen läßt, auf die dritte Alternative des § 24 BDSG gestützt werden kann. Danach würden berechnete Interessen des Arbeitgebers oder eines Dritten für die Übermittlung genügen, sofern dadurch schutzwürdige Belange des Betroffenen nicht beeinträchtigt werden. Von der Systematik der Vorschrift her ist ein solcher Rückgriff ausgeschlossen, da er den vertraglich festgelegten Verarbeitungsrahmen nachträglich gegen den Willen des Arbeitnehmers ausdehnen würde. Selbst wenn man dies anders sehen wollte, wären in der Regel die schutzwürdigen Belange des betroffenen Arbeitnehmers verletzt, da die Durchsetzung von Individualrechten im Ausland schwierig wäre und überdies jeder Datenschutz in Ländern verlorenginge, die über keine einschlägige Gesetzgebung verfügen¹³⁵.

Als realistische Möglichkeit bleibt daher nur noch eine Betriebsvereinbarung, die im Rahmen der Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Ziff. 6 BetrVG abgeschlossen wird. Das *Bundesarbeitsgericht* hat sie als sog. Erlaubnisnorm nach § 3 Satz 1 Ziff. 1 BDSG qualifiziert, ihr also selbständige Bedeutung neben den Verarbeitungsermächtigungen des Bundesdatenschutzgesetzes zugesprochen¹³⁶. Dies heißt nun allerdings nicht, daß sich die Betriebsparteien ohne weiteres über die Interessen der betroffenen Arbeitnehmer hinwegsetzen könnten. Als normsetzende Instanzen sind sie an das informationelle Selbstbestimmungsrecht der Arbeitnehmer gebunden und können überdies nur eine Regelung treffen, die einen billigen Interessenausgleich

129 BAG v. 14.9.84, AP Nr. 9 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung = ArbuR 1985 S. 261.

130 BAG v. 18.2.86, AP Nr. 13 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung = ArbuR 1986 S. 283. Zur Auslagerung der gesamten (weltweiten) Datenverarbeitung auf die Firma EDS vgl. Stein, „Konzernbeherrschung durch EDV?“, ZGR 1988 S. 163 ff.

131 Dazu Däubler, Gläserne Belegschaften? Datenschutz für Arbeiter, Angestellte und Beamte, 2. Aufl. (im Druck), Rdnr. 382 ff.; Gola/Wronka, Handbuch zum Arbeitnehmerdatenschutz (1989), S. 196 ff.; Küpferle/Wohlgemuth, Personaldatenverarbeitende Systeme (1987), S. 100 ff.

132 Vgl. jedoch Bergmann, Grenzüberschreitender Datenschutz (1985); Schapper, „Grenzüberschreitender Datentransfer und Datenschutz“, CR 1987 S. 86 ff.

133 Überblick über die Lösungsansätze bei Bergmann (Fußnote 132) S. 227.

134 Bergmann (Fußnote 132) S. 84 f.; Däubler (Fußnote 131) Rdnr. 253.

135 Zur Möglichkeit, den im Ausland fehlenden Datenschutz durch vertragliche Vereinbarungen auszugleichen und so den „schutzwürdigen Belangen“ Rechnung zu tragen, siehe die Nachweise bei Gola/Wronka (Fußnote 131) S. 149 mit Fußn. 222.

136 BAG v. 27.5.86, AP Nr. 15 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung = ArbuR 1987 S. 149 mit Anm. v. Mostert.

schafft¹³⁷. Von letzterem kann allenfalls dann die Rede sein, wenn sich der Arbeitgeber verpflichtet, auch im Ausland nach deutschen Datenschutzstandards zu verfahren und wenn dem Betriebsrat die Möglichkeit eingeräumt wird, dies in wirksamer Weise zu kontrollieren. So könnte

den Notwendigkeiten grenzüberschreitender Steuerung Rechnung getragen werden, ohne daß gleichzeitig Persönlichkeitsrechte der Arbeitnehmer auf der Strecke bleiben.

137 Näher *Däubler* (Fußnote 131) RdNr. 479 ff., 488 ff.

Wiss. Mitarbeiterin **Marita Körner-Dammann**, Frankfurt (Main)

Namibia – Arbeitsbeziehungen im Umbruch

Einleitung

Für die Zukunft des südlichen Afrikas spielt die Entwicklung in Namibia eine entscheidende Rolle. Der im April 1989 eingeleitete Unabhängigkeitsprozeß hatte mit der Wahl zur verfassungsgebenden Versammlung im November 1989 eine entscheidende Etappe erreicht, wird aber erst mit der formalen Unabhängigkeitserklärung abgeschlossen sein¹.

Das seit 1915 unter südafrikanischer Herrschaft stehende Land wird nicht nur seine politischen und wirtschaftlichen Strukturen neu ordnen, sondern, damit in engem Zusammenhang stehend, auch sein gesamtes Rechtssystem überdenken. Alle wesentlichen Bereiche bedürfen der gesetzlichen Neuregelung. Das reicht von einem neuen Zentralbankgesetz bis zur Reform des Strafrechts und betrifft vor allem auch das Arbeitsrecht. Neue rechtliche Regelungen erfordern aber zunächst eine Bestandsaufnahme und Analyse des bestehenden Systems, um die wesentlichen Ansatzpunkte für notwendige Veränderungen herauszukristallisieren.

A. Administration in der Übergangszeit

Im September 1978 verabschiedete der Sicherheitsrat der Vereinten Nationen die Resolution 435, mit der UNTAG² zur Unterstützung des UN-Sonderbeauftragten für Namibia eingesetzt wurde. Erst zehn Jahre nach der Annahme dieser Resolution, am 22.12.1988, kam es zu einer dreiseitigen Vereinbarung zwischen Angola, Kuba und Südafrika, in der der 1.4.1989 als Beginn der Implementierung der Resolution 435 festgesetzt wurde³. Aufgabe der UNTAG ist die Überwachung des Unabhängigkeitsprozesses, was einerseits die Wahl betraf, sich andererseits aber auch auf die politische Entwicklung bezieht. So hat UNTAG u. a. dafür Sorge getragen, daß Apartheidgesetze aufgehoben, politische Gefangene befreit und die Rückkehr namibischer Flüchtlinge gewährleistet wurde. Im übrigen überwacht UNTAG die Einhaltung des Waffenstillstandes und den Rückzug der südafrikanischen Truppen.

UNTAG übt aber nicht die staatliche Hoheitsgewalt aus. Diese liegt auch während des Unabhängigkeitsprozesses und bis zur eigentlichen Unabhängigkeit bei Südafrika bzw. dem von Südafrika eingesetzten Generaladministrator⁴, der sowohl legislative wie exekutive Befugnisse auf sich vereinigt. In beiden Funktionen wird er von UNTAG nur überwacht.

B. Sozio-ökonomischer Hintergrund

I. Land, Bevölkerung und Lebensbedingungen

Von den nur etwa 1,5 Mill. Einwohnern⁵, die sich aus elf verschiedenen ethnischen Gruppen zusammensetzen – darunter etwa 80000 Weiße – lebt gut die Hälfte im nördlichen, wenig erschlossenen Teil des Landes (Owamboland), meistens von Landwirtschaft und Kleinhandel; ein Teil findet Beschäftigung im Bergbau. Trotz der dünnen Besiedlung weist das Land ein relativ gutes Transportsystem auf, eine der Bedingungen für wirtschaftliche Entwicklung, hat aber erhebliche Defizite im Ausbildungs- und Sozialbereich. Die Analphabetenrate unter Schwarzen ist hoch. Schätzungen sprechen von bis zu 60 v. H.⁶ Die Versorgung mit Gesundheits- und Sozialdiensten ist für Schwarze in den meisten Gegenden rudimentär. Entsprechend sind die Lebensbedingungen außerhalb der Städte, wo eine Mehrheit der schwarzen Bevölkerung noch traditionell in Großfamilien und in der Regel einerseits von Subsistenzlandwirtschaft andererseits vom Einkommen einzelner Familienmitglieder lebt, die in den Städten oder im Bergbau Beschäftigung gefunden haben. Die Zahl dieser Wanderarbeitnehmer wird auf noch etwa 110000 geschätzt⁷.

II. Wirtschaftszweige

Die Landwirtschaft ist insofern der wichtigste Zweig der namibischen Wirtschaft, als sie indirekt die Lebensgrundlage für rund 70 v. H. der namibischen Bevölkerung darstellt⁸. Rein ökonomisch gesehen allerdings fällt dieser

1 Der UNO-Plan sieht einen genauen Unabhängigkeitstag nicht vor.

2 United Nations Transition Assistance Group.

3 Genauer zu den Entwicklungen bis zur Verwirklichung von Resolution 435 siehe den Bericht von *Melber* in Vereinte Nationen 4/89 S. 130 ff.

4 Der Generaladministrator löste die 1985 vom südafrikanischen Staatspräsidenten eingesetzte Übergangsregierung ab.

5 Die offiziellen (südafrikanischen) Statistiken sind nicht nur in der Angabe der Bevölkerungszahl, die eher zu niedrig angesetzt wird, ungenau. Im übrigen gibt es kein verlässliches statistisches Material, sondern nur Schätzungen, wie z. B. die der UNO, die bereits für 1980 von einer Bevölkerungszahl von 1,5 Mill. ausging (United Nations Commissioner for Namibia, Nationhood Programme for Namibia, New York, 1981).

6 *Melber*, „Educational reform – unto what end?“ in Töttemeyer/Kandetu/Werner (Hrsg.), Namibia in Perspective (Windhoek 1987), S. 128, 136.

7 ILO, Apartheid-Sonderbericht des Generaldirektors, Internationale Arbeitskonferenz, 76. Tagung (1989), S. 94.

8 *Wiehahn*, „Industrial Relations in Namibia“ in Optima, Sonderheft Namibia, Vol. 37 No. 2 (Johannesburg 1989), S. 57 ff.