

Auslandsarbeit unter deutschem Recht

Wolfgang Däubler

I. Einleitung

Wenn Meister Birk eine Festschrift erhält, erscheint es fast schon als „Muss“, einen Beitrag zum Kollisionsrecht zu schreiben. Dennoch möchte ich mich diesem vermuteten Mainstream nicht anschließen, sondern ein Thema behandeln, das immer ein wenig im Schatten stand: Was geschieht eigentlich, wenn in Anwendung des geltenden Kollisionsrechts deutsches materielles Arbeitsrecht Anwendung findet? Auf den ersten Blick scheint hier alles in Ordnung zu sein – die Betroffenen sind in einem sicheren Hafen gelandet, dem Gericht bleibt das Abenteuer mit ungewissem Ausgang erspart, das häufig mit der Anwendung ausländischen Rechts verbunden ist.

Nur: So einfach liegen die Dinge nicht. „Deutsches Recht“ bei Arbeit im Inland ist keineswegs mit „Deutschem Recht“ bei Arbeit im Ausland identisch. Im geschriebenen Recht wird dies nur ausnahmsweise deutlich, da explizite Vorschriften für Auslandssachverhalte relativ selten sind. Dennoch gibt es einige ältere und neuere Beispiele.

§ 75b HGB sah die Möglichkeit eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbots auch ohne Karenzentschädigung vor, wenn der Handlungsgehilfe im außereuropäischen Ausland tätig war. Im Jahre 1980 erklärte das BAG¹ diese (vorkonstitutionelle) Bestimmung für verfassungswidrig, weil sie die Berufsfreiheit der Betroffenen in unzumutbarer Weise einschränke. In der Folgezeit wurde die Vorschrift nicht mehr angewandt, ihr Text blieb kursiv geschriebener Inhalt der Gesetzessammlungen. Erst durch Art. 7 des Vierten Euro-Einführungsgesetzes v. 21. 12. 2000² wurde sie mit Wirkung vom 01. 01. 2002 auch formell aufgehoben. Geblieben ist demgegenüber die Norm des § 92c HGB, die die Schutzbestimmungen des Handelsvertreterrechts für dispositiv erklärt, soweit sich die Tätigkeit außerhalb der EU und des EWR vollzieht.

Im Arbeitsrecht existieren zwei neuere Vorschriften. § 5 Abs. 2 EFZG regelt die Anzeigepflicht bei Arbeitsunfähigkeit, wenn sich der Arbeitnehmer bei Ausbruch der Krankheit im Ausland befindet. § 2 Abs. 2 NachwG verlangt eine zusätzliche Dokumentation, wenn der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung länger als einen Monat außerhalb der Bundesrepublik Deutschland zu erbringen hat.

¹ BAG NJW 1981, 1174 = BB 1981, 553.

² BGBl. I S. 1983.

Dabei müssen die Dauer der im Ausland auszuübenden Tätigkeit, die Währung, in der die Vergütung bezahlt wird, eine Auslandszulage samt zusätzlicher Sachleistungen und die vereinbarten Rückkehrbedingungen festgehalten werden³.

Die Probleme werden sehr viel deutlicher, wenn man die einschlägige Rechtsprechung in Augenschein nimmt. So hatte etwa das BAG darüber zu entscheiden, ob der Arbeitgeber auch die „Rückumzugskosten“ aus Hongkong bezahlen musste, als der dorthin entsandte Arbeitnehmer wegen der bevorstehenden Schließung der Niederlassung von sich aus kündigte⁴. Dramatischer war der Fall, dass ein Fahrer außerhalb der Grenzen der Bundesrepublik wegen eines Verkehrsunfalls in Haft genommen, dann aber gegen Kautions wieder freigelassen wurde: Da nicht mit einem rechtsstaatlichen Verfahren zu rechnen war, suchte der Betroffene das Weite und verlangte nun von seinem Arbeitgeber Ersatz der verfallenen Kautions.⁵ Aufmerksamkeit verdient auch eine Entscheidung, die einen nach Saudi-Arabien entsandten Elektrofachmeister betraf, der als Schwerbehinderter anerkannt war: Seine Kündigung war ohne Zustimmung der (damaligen) Hauptfürsorgestelle möglich, da sich der Anwendungsbereich der einschlägigen Teile des Schwerbehindertengesetzes auf das Inland beschränkte⁶. Probleme dieser Dimension würden bei Arbeit im Inland nicht auftauchen.

Wie das deutsche Arbeitsrecht in einer fremden „Umwelt“ funktionieren kann, scheint noch nicht ausreichend geklärt. Die Pflichten des Arbeitgebers in einer solchen Situation würden bislang „keine prominente Rolle“ spielen, heißt es aus durchaus berufenem Munde⁷. Nach Klärung der kollisionsrechtlichen Fragen würde die Internationalität des zu würdigenden Lebenssachverhalts üblicherweise aus dem Blickfeld geraten, stellen andere Autoren fest⁸.

Auslandsarbeit unter deutschem Recht findet insbesondere bei vorübergehender Entsendung statt, wobei das Merkmal „vorübergehend“ recht großzügig gehandhabt wird⁹. Auch eine dauerhafte Auslandsarbeit kann unter deutschem Recht erfolgen, weil zu diesem die „engeren Verbindungen“ im Sinne des Art. 30 Abs. 2 EGBGB bestehen oder weil dieses nach Art. 30 Abs. 1 EGBGB von den Parteien ausdrücklich gewählt wurde. Paradebeispiel für die erste Variante ist die nach Tunesien entsandte Reiseleiterin, deren Arbeit weiterhin von Deutschland aus gesteuert wurde¹⁰.

³ Dazu *Birk*, NZA 1996, 281, 287; *Schaefer*, Das Nachweisgesetz (2000), Teil D Rn. 166 ff.

⁴ BAG DB 1996, 533.

⁵ BAG AP Nr. 7 zu § 611 BGB Gefährdungshaftung.

⁶ BAG AP Nr. 15 zu § 12 SchwbG.

⁷ *Schliemann*, BB 2001, 1302.

⁸ v. *Bar/Mankowski*, Internationales Privatrecht, Bd. I (2003), § 4 Rn. 17.

⁹ S. *Birk*, FS Molitor (1988), S. 19, 35 ff. Zu den einzelnen Gestaltungsformen der Entsendung s. *Hoppe*, Die Entsendung von Arbeitnehmern ins Ausland. Kollisionsrechtliche Probleme und internationale Zuständigkeit (1999), S. 30; weiter *Mauer*, Personaleinsatz im Ausland (2003), Rn. 361 ff. Knappe Zusammenfassung bei *Gotthardt*, MDR 2001, 961 und *Reiter*, NZA 2004, 1246, 1247.

¹⁰ BAG AP Nr. 27 zu Internationales Privatrecht Arbeitsrecht.

Angesichts des anderen Umfelds können sich drei Gruppen von Sachproblemen ergeben:

– Die Auslandsarbeit bringt eine Menge zusätzlicher Aufwendungen mit sich¹¹. Dies betrifft nicht nur Reisekosten und Kaufkraftausgleich, sondern ggf. auch die Sorge um die mitreisende Familie. Auch hat ein „Rückruf“ ersichtlich einschneidendere Wirkungen als eine Versetzung von Hamburg nach Düsseldorf. Einige dieser Probleme wie z.B. die Kosten des Rücktransports stellen sich auch bei Seeleuten und haben im Seemannsgesetz eine ausdrückliche Regelung gefunden, die im Einzelfall hilfreich sein kann (dazu unten II).

– Die ausländische Umwelt führt ggf. dazu, dass bei der Erbringung der Arbeitsleistung zwingende Normen des Ortsrechts zu beachten sind. Wird in einem mohammedanischen Land freitags nicht gearbeitet, ist dies auch für einen Mitarbeiter von Bedeutung, der in seinem deutschen Arbeitsvertrag „Arbeit von Montag bis Freitag“ stehen hat. Andere „Interventionen“ der Rechtsordnung des Gastlandes betreffen den Arbeitsschutz sowie die Begrenzung von Dauer und Lage der Arbeitszeit (dazu unten III).

– Der wohl wichtigste Unterschied zu einem in Deutschland vollzogenen Arbeitsverhältnis folgt aus der „Selbstbeschränkung“ des deutschen Rechts: Nicht nur der bereits erwähnte Sonderkündigungsschutz von Schwerbehinderten, sondern auch zahlreiche andere Normen finden keine Anwendung, weil ihr Anwendungsbereich grundsätzlich auf das deutsche Territorium beschränkt wird. Dies bedarf der Überprüfung. Weiter hat das Arbeitsvertragsrecht durch die Übernahme der AGB-Kontrolle (§ 310 Abs. 4 S. 2 BGB) und durch den Erlass des AGG eine Weiterentwicklung erfahren, die möglicherweise auch im vorliegenden Zusammenhang von Bedeutung ist (unten IV).

II. Modifizierte Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis mit Rücksicht auf das andere Umfeld

1. Grundsatz

Die Erfüllung der Hauptpflichten aus dem Arbeitsverhältnis bestimmt sich nach deutschem Recht¹². Auch die Nebenpflichten werden erfasst, zu denen insbesondere auch Informations- und Aufklärungspflichten vor Antritt der Tätigkeit und Unterstützungspflichten während ihrer Durchführung gehören¹³. Dasselbe gilt für den allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz¹⁴ und die Diskriminierungsverbote nach dem AGG¹⁵. Bei der konkreten Anwendung sind die Beson-

¹¹ Instruktiver Überblick bei *Krekler*, FS Schlemmer (1990), S. 441.

¹² S. statt aller *Birk*, *RabelsZ* 46 (1982), 384, 396.

¹³ Einzelheiten bei *Schliemann*, BB 2001, 1305.

¹⁴ *MünchArbR/Birk*, 2. Aufl. (2000), § 20 Rn. 158.

¹⁵ *Däubler*, in: *Däubler/Bertzbach* (Hrsg.), AGG (2007), Einl. Rn. 253.

derheiten der Auslandsarbeit zu berücksichtigen. Dies kann dazu führen, dass man einzelne Normen modifiziert oder neue Regeln entwickelt¹⁶. Maßstab hierfür muss die Herstellung eines äquivalenten Schutzstandards sein; die Auslandsarbeit als solche kann keinen geminderten Status rechtfertigen¹⁷.

2. Vergütungsprobleme

In der Praxis ist es allgemein üblich, einem für kürzere oder längere Zeit ins Ausland entsandten Arbeitnehmer einen Kaufkraftausgleich zu gewähren¹⁸. Auch ohne ausdrückliche Vereinbarung müsste man dies annehmen, da andernfalls eine Verschiebung des Verhältnisses von Leistung und Gegenleistung eintreten würde, die ihrerseits einer ausdrücklichen Vereinbarung bedürfte.

Nach § 107 Abs. 1 GewO ist das Arbeitsentgelt in Euro zu berechnen und auszuzahlen. Diese Vorschrift hat zwingenden Charakter¹⁹. Gleichzeitig sieht jedoch § 2 Abs. 2 Nr. 2 NachwG vor, dass bei Auslandsarbeit die Währung zu dokumentieren ist, in der das Arbeitsentgelt ausgezahlt wird. Dies setzt stillschweigend voraus, dass die Euro-Regel im Einzelfall durchbrochen werden kann. Ihrem Sinn nach will sie dem Arbeitnehmer einen frei verfügbaren Geldbetrag sichern, damit er seine Lebensbedürfnisse ohne Zusatzaufwand oder Umtauschverluste befriedigen kann. Dieser Zweck wird verfehlt, wenn sich der Euro nicht in die lokale Währung transferieren lässt oder wenn dies mehr als nur symbolische Kosten verursacht. In diesem Fall wäre der Arbeitnehmer ähnlichen Beschränkungen unterworfen wie bei Sachleistungen, die sich nicht oder nicht ohne Abschlag zu Geld machen lassen. Für Letztere ist deshalb in § 107 Abs. 2 S. 1 GewO eine Regelung getroffen, wonach sie nur zulässig sind, wenn eine entsprechende Abmachung dem Interesse des Arbeitnehmers oder der Eigenart des Arbeitsverhältnisses entspricht. Diese Regelung lässt sich auf das Währungsproblem übertragen; auch hier muss es deshalb möglich sein, zumindest einen Teil der Vergütung in fremder Währung zu bezahlen. Darin liegt eine Modifikation von § 107 Abs. 1 GewO für Auslandssachverhalte, die sich im Übrigen auch auf Art. 32 Abs. 2 EGBGB stützen lässt²⁰. In der Regel wird eine Auf-

¹⁶ S. statt aller *Franzen*, IPRax 2000, 510; *Junker*, Internationales Arbeitsrecht im Konzern (1992), S. 383.

¹⁷ Dies verlangt sparsamen Umgang mit der Sonderanknüpfung. Würde man etwa die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, das Betriebsrisiko, die betriebliche Interessenvertretung sowie Zulässigkeit und Folgen eines Arbeitskampfes und weitere Fragen automatisch dem Ortsrecht unterstellen, würde das Arbeitsverhältnis nicht nur „zerstückelt“ und in zahlreiche nicht notwendig harmonisierende Elemente aufgeteilt. Vielmehr wären auch die Unterschiede zum Inlandsarbeitsverhältnis so groß, dass sich selbst durch Anpassung der deutschen Sachnormen keine annähernde Gleichwertigkeit der Beschäftigungsbedingungen mehr herstellen ließe.

¹⁸ Vgl. etwa *Krekler* (Fn. 11), S. 451; *Mauer* (Fn. 9), Rn. 211.

¹⁹ *Henssler/Willemsen/Kalb (HWK)/Lembke*, Arbeitsrecht Kommentar, 2. Aufl. (2006), § 107 GewO Rn. 16.

²⁰ So *Schlachter*, NZA 2000, 57, 62.

teilung den Wünschen des Arbeitnehmers am besten entsprechen²¹. Wechselkursschwankungen lassen sich in der Weise auffangen, dass man einen Gesamtbetrag in Euro vereinbart und den Fremdwährungsanteil dann zum „Tageskurs“ umrechnet. Bei Festbeträgen hätte man das Problem, unter Umständen sehr häufig wegen Änderungen der Lebenshaltungskosten oder der Paritäten über eine Anpassung verhandeln zu müssen.

In der Regel wird eine „Auslandszulage“ gewährt. Sie will das erhöhte Maß an Belastungen und Flexibilität abgelden, das üblicherweise von einem Auslandsmitarbeiter verlangt wird²².

3. Aufwendungsersatz

Wird ein Arbeitnehmer zu einer ausländischen Niederlassung oder Tochtergesellschaft entsandt, so gehen die Reisekosten zu Lasten des Arbeitgebers.²³ Hat der Arbeitnehmer sein Ticket aus eigener Tasche bezahlt, kann er nach § 670 BGB vom Arbeitgeber Ersatz verlangen²⁴. Auch die Umzugskosten hat nach der Rechtsprechung des BAG²⁵ der Arbeitgeber zu tragen, da die Änderung des Arbeitsorts im dienstlichen Interesse erfolgt; im konkreten Fall war es um die Versetzung eines Bundeswehrtechnikers von Paris nach Wilhelmshaven gegangen.

Die Frage des Umzugs kann vertraglich geregelt werden. Je nach räumlicher Entfernung und Kosten wird es sinnvoller sein, nur eine beschränkte Anzahl von Gegenständen mitzunehmen und sich ggf. Möbel vor Ort zu kaufen.

Geht es um einen Auslandsaufenthalt von mehr als einem Jahr, ist ein Umzug auch der Familie angemessen. Die dadurch verursachten Aufwendungen sind gleichfalls nach § 670 BGB zu erstatten. Für den Schulbesuch der Kinder entstehen in vielen Ländern zusätzliche Kosten, da deutsche oder internationale Schulen typischerweise nicht unerhebliche „Gebühren“ verlangen.

4. Urlaub und Familienheimfahrten

Der Urlaubsanspruch gehört zum Arbeitsstatut²⁶; in den hier interessierenden Fällen ist somit deutsches Recht anwendbar. Der gesetzliche Mindesturlaub von vier Wochen dürfte in aller Regel um mindestens zwei Wochen überschritten werden. Nach den bei uns üblichen Grundsätzen bestimmt sich auch die Mög-

²¹ Schaefer (Fn. 3), Teil D Rn. 168; Gotthardt, MDR 2001, 961, 964.

²² Einzelheiten bei Mauer (Fn. 9), Rn. 217.

²³ Ebenso § 26 SeemG für die Fahrt vom Ort des Vertragsabschlusses zum Schiff als Einsatzort. Auch wird nach § 33 SeemG während dieser Zeit die Grundheuer bezahlt.

²⁴ Franzen, AR-Blattei SD 920 Rn. 164, 171.

²⁵ BAG AP Nr. 4 zu § 44 BAT.

²⁶ Birk, RabelsZ 46 (1982), 384, 397; Franzen, AR-Blattei SD 920 Rn. 133, 160; Gotthardt, MDR 2001, 961, 964; MünchKommBGB/Martiny, 4. Aufl. (2006), Art. 30 EGBGB Rn. 96; Winkler von Mohrenfels, EAS, B 3000 Rn. 138.

lichkeit zum Freizeitausgleich sowie die evtl. Pflicht zur Bezahlung von Überstundenzuschlägen.

Soweit ein „Nachzug“ der Familie nicht geplant ist oder noch nicht stattgefunden hat, müssen Familienheimfahrten möglich sein²⁷. Dies folgt aus einer im Lichte des Art. 6 Abs. 1 GG interpretierten Nebenpflicht aus dem Arbeitsverhältnis.

5. Risiken und ihre Absicherung

Wer im Ausland arbeitet sieht sich spezifischen Risiken ausgesetzt. Erinnert sei an den oben²⁸ erwähnten Fall der bewusst preisgegebenen Kautions. Weniger existenziell (wenngleich für den Betroffenen schmerzlich) war die Situation, dass aus einem in Ungarn auf dem Firmenparkplatz abgestellten Pkw persönliche Gebrauchsgegenstände gestohlen wurden. Nach Auffassung des LAG Baden-Württemberg²⁹ war das Liegen-Lassen unter den gegebenen Umständen grob fahrlässig, so dass der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber keinen Ersatz verlangen konnte. Jeder vernünftige Mensch wisse, dass in Osteuropa die Diebstahlsgefahr besonders ausgeprägt sei, und dies insbesondere dann, wenn sich die Gegenstände in einem Pkw der gehobenen Klasse (hier: Mercedes) befinden würden. Dabei erfolgt eine „Anpassung“ des deutschen Rechts zu Lasten des Arbeitnehmers – ein an sich durchaus richtiges Vorgehen, wenngleich man in gefährlicher Nähe zu Vorurteilen gerät, wenn man Globaleinschätzungen wie das häufige Auftreten von Dieben nicht statistisch untermauert, sondern als „evident“ von jedem Begründungszwang freistellt.

Das Risiko, krank zu werden, kann unter extremen klimatischen und hygienischen Bedingungen erheblich höher als in der Heimat sein. Vor einer Entsendung muss daher die gesundheitliche Eignung der fraglichen Person geklärt werden. Unterbleibt dies, liegt darin eine Verletzung des § 618 BGB, die ggf. zum Schadensersatz verpflichtet.

Erkrankt ein Arbeitnehmer im Ausland, steht ihm Entgeltfortzahlung nach Maßgabe der §§ 3 und 4 EFZG zu. Dies ist unproblematisch, soweit ein Fall der Ausstrahlung nach § 4 SGB IV vorliegt, da dann auch die deutsche Krankenversicherung anwendbar bleibt. Ist diese Verbindung gekappt, kommt es allein darauf an, ob man den Entgeltfortzahlungsanspruch privatrechtlich oder sozialversicherungsrechtlich qualifiziert. Der deutsche Gesetzgeber hat sich m. E. für das Erstere entschieden³⁰, was allerdings ggf. zur Folge hat, dass ausländisches Sozialversicherungsrecht gleichfalls einen (Teil-) Lohnausgleich vorsieht. Eine solche Normenhäufung ist jedoch nichts Ungewöhnliches und schafft auch keine

²⁷ Franzen, AR-Blattei SD 920 Rn. 165.

²⁸ S. Fn. 5.

²⁹ LAG Baden-Württemberg v. 08. 12. 2000 – 5 Sa 36/00 (juris).

³⁰ Anders Winkler von Mohrenfels, EAS, B 3000 Rn. 140 m. w. N. über den Diskussionsstand.

unüberwindbaren Probleme: Ihrem Sinn nach reduziert sich in einem solchen Fall die Entgeltfortzahlung auf die Differenz zwischen der Leistung der ausländischen Sozialversicherung und dem fortzuzahlenden Entgelt. Eine Kumulation beider Leistungen muss selbstredend ausscheiden. Wollte man stattdessen auch die §§ 3, 4 EFZG sozialversicherungsrechtlich anknüpfen, hätte man das Problem, dass eine typischerweise hinter dem deutschen Recht zurückbleibende Regelung Platz greifen würde, die Arbeit im Ausland also trotz identischer deutscher Rechtsordnung schlechter als die Arbeit im Inland behandelt würde.

Die Haftung der Arbeitsvertragsparteien bestimmt sich nach dem Vertragsstatut, d. h. in der hier interessierenden Konstellation nach deutschem Recht³¹. Daran ändert sich auch nichts, wenn zugleich die Voraussetzungen einer unerlaubten Handlung erfüllt sind: Nach Art. 41 Abs. 1 Nr. 1 EGBGB schafft der Arbeitsvertrag die nähere Verbindung zu Deutschland, die einem Rückgriff auf das Tatortrecht entgegensteht³². Besonderheiten ergeben sich bei Unfällen. Soweit ein Fall der Ausstrahlung nach § 4 SGB IV vorliegt, ist zwar die entsandte Arbeitskraft noch versichert und partizipiert auch an den Haftungsprivilegien der §§ 104, 105 SGB VII³³, doch wirkt dies nicht im Verhältnis zu ausländischen Arbeitskollegen, denen gegenüber sie im Zweifel nach allgemeinen Regeln haftet. Wird der Bereich der Ausstrahlung verlassen, so ist auch der Mitarbeiter nicht mehr geschützt und muss seine Schäden selbst tragen, soweit er nicht vom Arbeitgeber nach § 670 BGB Ersatz verlangen kann³⁴. Dieser kann sich seinerseits nicht mehr auf § 104 SGB VII berufen³⁵.

In der Literatur wird mit Recht der Standpunkt vertreten, der Arbeitgeber müsse derartige Risiken durch Abschluss einer zusätzlichen Unfall- und Berufshaftpflichtversicherung auffangen³⁶. Auch eine zusätzliche Krankenversicherung ist geboten, sofern im Gastland eine gute medizinische Versorgung nur in Privatkliniken verfügbar ist, die auf der Grundlage einer (deutschen oder ausländischen) Sozialversicherung nicht zugänglich sind. Das BAG³⁷ hat sich mit der relativ allgemeinen Festlegung begnügt, der Arbeitgeber sei zum Abschluss einer zusätzlichen Unfallversicherung nur verpflichtet, wenn im Ausland „ein unzureichender gesetzlicher Schutz“ bestehe oder der Arbeitnehmer besonders gefährlichen Umständen ausgesetzt sei. Dies lässt es durchaus zu, den hier skizzierten Notwendigkeiten Rechnung zu tragen. Im Seearbeitsrecht wird der Reeder selbst in die Pflicht genommen; er muss nach § 42 SeemG für „ausreichende und zweckmäßige“ Krankenfürsorge eintreten.

³¹ *Winkler von Mohrenfels*, EAS, B 3000 Rn. 143 m. w. N.

³² Einzelheiten bei *MünchArbR/Birk* (Fn. 14), § 20 Rn. 144; *Däubler*, RIW 2000, 255, 256.

³³ So auch *Winkler von Mohrenfels*, EAS, B 3000 Rn. 144.

³⁴ Mangels Verschuldens des Arbeitgebers dürfte § 618 BGB in vielen Fällen ausscheiden.

³⁵ *MünchArbR/Birk* (Fn. 14), § 20 Rn. 150; *Gitter*, NJW 1965, 1108.

³⁶ *Franzen*, AR-Blattei SD 920 Rn. 168; *Schliemann*, BB 2001, 1305.

³⁷ BAG v. 04. 05. 1983 – 5 AZR 108/81 (nicht veröffentlicht).

Keine „Absicherung“ ist möglich, wenn im Gastland Kriegs- oder Bürgerkriegsgefahr besteht oder wenn es effektiv zu kriegerischen Auseinandersetzungen kommt. Ob ein weiterer Verbleib zumutbar ist, bestimmt sich mangels besserer Anhaltspunkte danach, ob das Auswärtige Amt die deutschen Staatsangehörigen zum Verlassen des Landes aufgefordert hat; ist dies der Fall, wird die Arbeit unzumutbar im Sinne des § 275 Abs. 3 BGB³⁸. Dasselbe kann bei Seuchengefahr der Fall sein³⁹.

Problematisch ist lediglich, ob in solchen Fällen nach den Grundsätzen der Betriebsrisikolehre ein Anspruch auf Entgeltfortzahlung besteht. Dies wird man grundsätzlich bejahen müssen, da die Ermöglichung der Arbeit zur Risikosphäre des Arbeitgebers gehört⁴⁰. Auch der vorzeitige Heimflug ist in solchen Fällen durch die Arbeit verursacht und geht deshalb zu seinen Lasten⁴¹. Im Einzelfall kann es allerdings dazu kommen, dass für den zurückgekehrten Arbeitnehmer keine Verwendungsmöglichkeit mehr besteht und deshalb – unter Berücksichtigung der Grundsätze über die soziale Auswahl – eine betriebsbedingte Kündigung ausgesprochen wird. Dies werden aber typischerweise sehr seltene Fälle sein.

6. Rückruf

Hat sich der Arbeitnehmer durch sein Verhalten in der ausländischen Umgebung „unmöglich“ gemacht und wird er deshalb von Geschäftspartnern „geschnitten“, so kann er zurückgerufen werden. Eine entsprechende Abmachung im Arbeitsvertrag oder einem Zusatzabkommen stößt auf keine Bedenken⁴². Hat man einen solchen Fall nicht bedacht, kommt eine personen- oder verhaltensbedingte Änderungskündigung in Betracht, sofern eine Weiterbeschäftigung im Stammhaus möglich ist. Ein Rückruf qua Direktionsrecht scheidet demgegenüber nach allgemeiner Auffassung aus.

Behält sich der Arbeitgeber vor, den Arbeitnehmer „bei Bedarf“ zurückzubehalten, so ist eine solche Klausel nur möglich, wenn sie nach § 305 Abs. 1 S. 3 BGB „ausgehandelt“ wurde⁴³. In allen anderen Fällen ist eine Überprüfung am Maßstab des § 308 Nr. 4⁴⁴ sowie des § 307 Abs. 1 BGB erforderlich. § 308 Nr. 4 betrifft die Gegenleistung des Arbeitgebers, deren einseitige Herabsetzung nur

³⁸ Diller/Winzer, DB 2001, 2094, 2095. § 67 Nr. 6 SeemG gibt dem einzelnen Besatzungsmitglied ein Recht zur fristlosen Kündigung, wenn das Schiff ein Gebiet befahren soll, in dem es besonderen Gefahren durch bewaffnete Auseinandersetzungen ausgesetzt ist.

³⁹ Vgl. § 67 Nr. 5 SeemG: Anlaufen eines verseuchten Hafens als Grund zur fristlosen Kündigung durch den Seemann.

⁴⁰ A. A. Diller/Winzer, DB 2001, 2094, 2095.

⁴¹ A. A. Diller/Winzer, DB 2001, 2094, 2096.

⁴² Reiter, NZA 2004, 1246, 1254.

⁴³ Zu diesem Begriff s. Däubler/Dorndorf, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht, 2. Aufl. (2007), § 305 BGB Rn. 22 ff. m. w. N.

⁴⁴ Richtig Franzen, AR-Blattei SD 920 Rn. 170.

unter Benennung der Gründe im Vertrag und in einer Höhe von bis zu 25% der Gesamtvergütung möglich ist⁴⁵. Der Wegfall der Auslandszulage wird diese quantitative Grenze ggf. nicht erreichen, doch wäre eine Pauschalformel wie „nach Bedarf“ nicht ausreichend. Darüber hinaus geht es aber um eine tiefgreifende Umgestaltung des Arbeitsverhältnisses; der Beschäftigte wird aus seinen ggf. in Jahren aufgebauten sozialen Zusammenhängen herausgerissen und muss sich nicht nur meist auf eine veränderte Arbeit, sondern auch auf ein grundlegend anderes soziales Umfeld einstellen. Schon aus Gründen der Transparenz wird er deshalb verlangen können, dass die Gründe präzise umschrieben sind; dazu kann beispielsweise die Aufgabe des fraglichen Auslandsmarktes und ein Fehlverhalten oder eine schwere Erkrankung des Beschäftigten zählen, die ein weiteres Arbeiten im Ausland sinnlos machen.

7. Kündigungsschutz

Wer im Ausland unter deutschem Arbeitsrecht arbeitet, kann sich nicht nur auf die Kündigungsfristen des § 622 BGB, sondern auch auf das KSchG berufen. Dies ist in Rechtsprechung⁴⁶ und Lehre⁴⁷ prinzipiell anerkannt. Allerdings gilt dies nur „grundsätzlich“; die zahlreichen möglichen Ausnahmen sowie das häufige Versagen des Sonderkündigungsschutzes hängen mit der „Selbstbeschränkung“ des deutschen Arbeitsrechts zusammen und sind deshalb an späterer Stelle zu behandeln⁴⁸.

Die Rechtsprechung hatte sich u. a. mit dem Fall zu befassen, dass ein libyscher Projektleiter die Kündigung eines in Libyen tätigen deutschen Bauingenieurs verlangte. Nach BAG⁴⁹ finden hier die Grundsätze über die Druckkündigung Anwendung, die im konkreten Fall nicht beachtet waren. Führt eine rechtswidrige Kündigung zu Steuernachteilen, so können diese nach bisheriger Rechtsprechung grundsätzlich nicht als Schaden geltend gemacht werden⁵⁰.

Zum deutschen Kündigungsschutz gehört auch die Drei-Wochen-Frist des § 4 KSchG. Soweit im konkreten Fall ein ausländisches Gericht zuständig ist, kann die Frist auch durch Klage bei ihm gewahrt werden⁵¹.

Wurde ein Arbeitnehmer ausschließlich für einen Auslandseinsatz eingestellt, soll es nach einer (nicht veröffentlichten) Entscheidung des BAG⁵² möglich sein, den Arbeitnehmer zur Erstattung der Reisekosten zu verpflichten, wenn er beispielsweise vor Ablauf eines Jahres durch Eigenkündigung wieder ausscheidet

⁴⁵ BAG NZA 2007, 87.

⁴⁶ BAG IPRax 2000, 540.

⁴⁷ MünchArbR/*Birk* (Fn. 14), § 20 Rn. 200; *Franzen*, IPRax 2000, 509; *Reiter*, NZA 2004, 1246, 1248; *Wulff*, AiB 2006, 140ff.

⁴⁸ S. unten IV.

⁴⁹ BAG DB 1986, 2498.

⁵⁰ LAG Frankfurt/Main DB 1986, 52; unentschieden BAG DB 1991, 445.

⁵¹ MünchArbR/*Birk* (Fn. 14), § 20 Rn. 203.

⁵² BAG v. 26. 03. 1985 – 3 AZR 200/82 (nicht veröffentlicht).

oder Anlass für eine verhaltensbedingte Kündigung gegeben hat. Ob dies heute einer Kontrolle am Maßstab des § 307 Abs. 1 BGB standhalten würde, erscheint höchst zweifelhaft. Was die Umzugskosten betrifft, so ist bei rein innerstaatlichen Sachverhalten ein Rückzahlungsvorbehalt der Art möglich, dass die Kosten zurückgezahlt werden müssen, wenn der Arbeitnehmer vor Ablauf von drei Jahren wieder ausscheidet und hierfür selbst die Ursache gesetzt hat⁵³. Anders als bei der Rückzahlung von Fortbildungskosten wird bisher keine Staffelung in der Weise verlangt, dass der Betrag sich mit dem Zeitablauf immer mehr verringert. In der Literatur wird deshalb zu Recht gefordert, dass jedenfalls dann, wenn sich die Kosten auf mehr als ein Monatsgehalt belaufen, eine entsprechende Regelung möglich sein muss⁵⁴. Die Kosten für die Rückfahrt bzw. den Rückflug des Arbeitnehmers hat der Arbeitgeber zu übernehmen; insoweit kann auf den Rechtsgedanken des § 72 SeemG zurückgegriffen werden.

8. Gerichtsstandsvereinbarungen

§ 38 Abs. 2 ZPO lässt eine Gerichtsstandsvereinbarung zu, wenn eine der Parteien keinen allgemeinen Gerichtsstand im Inland hat, was auch für den Arbeitsvertrag gilt⁵⁵. Dies kann bei dauerhafter Entsendung der Arbeitnehmer sein, doch ist auch an den Fall zu denken, dass Arbeitgeber eine ausländische Gesellschaft ist. Vorrangig gegenüber § 38 Abs. 2 ZPO ist jedoch die EG-VO 44/2001⁵⁶, die immer dann eingreift, wenn der Arbeitgeber seinen Sitz oder zumindest eine Niederlassung im Territorium der EU hat⁵⁷. Art. 21 der VO lässt eine Gerichtsstandsvereinbarung nur dann zu, wenn sie dem Arbeitnehmer eine zusätzliche Option eröffnet oder wenn die Streitigkeit bereits entstanden ist. Soweit die VO nicht eingreift und Gerichtsstandsvereinbarungen formularmäßig oder in einem Verbrauchervertrag nach § 310 Abs. 3 BGB getroffen werden, sind sie einer Angemessenheitskontrolle nach § 307 Abs. 1 BGB zu unterziehen. In diesem Rahmen ist zu berücksichtigen, dass der EuGH für den Bereich des traditionellen Verbraucherrechts formularmäßige Gerichtsstandsvereinbarungen generell als Verstoß gegen die EG-Klauselrichtlinie angesehen hat⁵⁸. Angesichts der Unterstellung von Arbeitsverträgen unter die AGB-Kontrolle durch den deutschen Gesetzgeber werden die gleichen Maßstäbe auch hier anzuwenden sein, zumal Besonderheiten des Arbeitsrechts nicht ersichtlich sind. Allerdings liegt es nahe, entsprechend Art. 21 der VO Gerichtsstandsvereinbarungen zugunsten des Arbeitnehmers zuzulassen.

⁵³ BAG AP Nr. 50 zu Art. 12 GG.

⁵⁴ ErfK/Preis, 7. Aufl. (2007), § 611 BGB Rn. 550.

⁵⁵ Germelmann/Matthes/Prütting/Müller-Glöge/Matthes, ArbGG, 5. Aufl. (2004), § 2 ArbGG Rn. 174.

⁵⁶ ABIEG 2001 Nr. L 12/1, abgedruckt auch als Nr. 103 im Schönfelder-Ergänzungsband.

⁵⁷ Einzelheiten bei Däubler, NZA 2003, 1297 ff.

⁵⁸ EuGH Rs. C-240/98, DB 2000, 2056.

III. Interventionen des ausländischen Rechts

In einigen Fällen lässt sich ein dem deutschen Recht unterliegendes Arbeitsverhältnis auch bei identischem Inhalt nicht in gleicher Weise wie im Inland durchführen.

Einig ist man sich darüber, dass die Feiertage am Arbeitsort zu berücksichtigen sind⁵⁹. Dabei spielt es keine Rolle, ob mehr oder weniger Feiertage als im Inland anfallen⁶⁰. Daneben können die deutschen Feiertage dann allerdings nicht gefeiert werden⁶¹. Ist die Frage in den Arbeitsverträgen angesprochen, müssen diese in ergänzender Auslegung an die Verhältnisse im Ausland angepasst werden. Ist von einer Arbeit „Montag bis Freitag“ die Rede, entspricht aber im Gastland der Freitag unserem Sonntag, ist je nach Ortsüblichkeit stattdessen am Samstag oder Sonntag zu arbeiten.

Der Eingriff in das deutsche Arbeitsstatut geht nicht weiter als vom Feiertagsrecht des Gastlandes her erforderlich: Die Fortzahlung des Entgelts richtet sich nach deutschem Recht⁶². Genauso ist zu entscheiden, wenn wegen eines hoheitlichen Eingriffs, z. B. einer vorübergehenden oder dauernden Betriebsschließung nicht mehr gearbeitet werden kann. Auch die Rechtsfolgen des Betriebsrisikos nach Ortsrecht zu bestimmen, würde bedeuten, ohne zwingende Notwendigkeit einen wesentlichen Bestandteil des deutschen Arbeitsrechts preiszugeben.

Zu berücksichtigen ist weiter das Arbeitsschutzrecht des Gastlandes. Auch insoweit bestehen keine Meinungsunterschiede⁶³. Lässt dieses Verbesserungen zu, gebietet es § 618 BGB, den Arbeitnehmer nach den ggf. besseren deutschen Standards zu behandeln⁶⁴.

Zu beachten sind schließlich die zwingenden Vorschriften des Gastlandes über Lage und Dauer der Arbeitszeit⁶⁵. Praktische Bedeutung gewann dies für einen GTZ-Mitarbeiter in Saudi-Arabien, der die ortsübliche Arbeitszeit von 54 Wochenstunden ableisten musste; der einschlägige Tarifvertrag hatte den Arbeitgeber zu einer entsprechenden Anpassung des 40-Stunden-Arbeitsvertrags ermächtigt⁶⁶. Da Tarifverträge durch § 310 Abs. 4 S. 1 aus der AGB-Kontrolle ausgenommen sind, bestehen gegen eine derartige Bestimmung trotz ihrer Wei-

⁵⁹ *Birk*, *RabelsZ* 46 (1982), 384, 397; *Deinert*, *RdA* 1996, 339, 342; *Gotthardt*, *MDR* 2001, 961, 964; *Franzen*, *AR-Blattei* SD 920 Rn. 161; *Schlachter*, *NZA* 2000, 57, 63; *Wulff*, *AiB* 2006, 140, 142.

⁶⁰ *Schlachter*, *NZA* 2000, 57, 63.

⁶¹ *Däubler*, *AuR* 1990, 1, 6. *Gamillscheg* (*Internationales Arbeitsrecht* [1959], S. 284) will für wichtige Feiertage eine Ausnahme machen, was insbesondere dann in Betracht kommt, wenn im Ausland weniger Feiertage als im Inland begangen werden.

⁶² *Franzen*, *AR-Blattei* SD 920 Rn. 161; *Gotthardt*, *MDR* 2001, 961, 964.

⁶³ BAG AP Nr. 2 zu § 4 TVG Arbeitszeit; *ErfK/Schlachter* (Fn. 54), Art. 34 EGBGB Rn. 21; *Däubler*, *AuR* 1990, 1, 6.

⁶⁴ Angedeutet auch bei *Birk*, *RabelsZ* 46 (1982), 384, 412.

⁶⁵ *Franzen*, *AR-Blattei* SD 920 Rn. 159; für Beachtung der Höchstarbeitszeit nach ausländischem Recht auch *Reiter*, *NZA* 2004, 1246, 1253.

⁶⁶ BAG AP Nr. 2 zu § 4 TVG Arbeitszeit.

te keine durchschlagenden Einwände; der Arbeitgeber muss sich bei der Ausübung seiner Befugnisse lediglich eine Billigkeitskontrolle nach § 315 BGB gefallen lassen⁶⁷. Als arbeitsvertragliche Klausel würde eine derartige Bestimmung dagegen auf Bedenken stoßen, die insbesondere in fehlender Transparenz liegen könnten⁶⁸.

IV. Selbstbeschränkung des deutschen Arbeitsrechts

Die eigentlichen Hindernisse gegen einen äquivalenten Schutz der Auslandsarbeit liegen nicht in der Intervention des fremden Rechts, die – wie gezeigt – nur Probleme mittlerer Reichweite aufwirft. Die Schwierigkeit liegt vielmehr darin, dass wesentliche Teile des deutschen materiellen Rechts so interpretiert werden, als könnten sie nicht auf Auslandssachverhalte erstreckt werden. Dies gilt für den allgemeinen und den besonderen Kündigungsschutz sowie für die Betriebsverfassung.

1. Allgemeiner Kündigungsschutz

Nach der Rechtsprechung des BAG⁶⁹ greift der Schutz des KSchG nur dann ein, wenn die fragliche Person einem inländischen Betrieb zuzuordnen ist, der den Grenzwert des § 23 Abs. 1 S. 2 und 3 KSchG (heute: mehr als 10 Arbeitnehmer) im Inland erreicht. Im Ausland gelegene Betriebsteile werden nicht berücksichtigt, und zwar selbst dann nicht, wenn im konkreten Fall ein ausländisches und ein inländisches Unternehmen einen Gemeinschaftsbetrieb unterhalten.

Die Begründung für diese These ist recht einsilbig; der Gesetzgeber könne nur Normen für das Inland erlassen und deshalb gelte das KSchG allein für hier gelegene Betriebe⁷⁰. Dies ist ersichtlich zu kurz gedacht.

Zum einen schließt es der auf das Inland beschränkte Geltungsbereich in keiner Weise aus, dass auch Auslandssachverhalte als Tatbestandsmerkmale erfasst werden. Im Zusammenhang mit dem Sonderkündigungsschutz Schwerbehinderter hat das Gericht selbst betont, dem Gesetzgeber stehe es frei, behördliche Zuständigkeiten auch für im Ausland vollzogene Arbeitsverhältnisse zu schaffen⁷¹. Der „Geltungsbereich“ ist – die quasi banale Feststellung sei erlaubt – nicht mit dem „Anwendungsbereich“ identisch. Zum zweiten wird kein Sachargument dafür genannt, weshalb ein Betrieb gewissermaßen an der Staatsgrenze

⁶⁷ BAG AP Nr. 2 zu § 4 TVG Arbeitszeit.

⁶⁸ S. BAG NZA 2006, 423, wonach der Arbeitgeber lediglich ermächtigt werden kann, die Dauer der Wochenarbeitszeit aus vertraglich festgelegten Gründen um bis zu 25% zu verlängern.

⁶⁹ BAG NZA 1998, 141; NZA 2004, 1380.

⁷⁰ So BAG NZA 1998, 141.

⁷¹ BAG AP Nr. 15 zu § 12 SchwbG.

abgeschnitten wird – wie als ob alles, was dahinter liegt, eine suspektere Realität zweiter Klasse wäre. Etwaige Schwierigkeiten bei der sozialen Auswahl wären nicht unüberwindbar, zumal auch ein in zwei Staaten angesiedelter Betrieb eine Leitung hat, die über die Mitarbeiterdaten verfügt. Zum dritten wurde auch nicht ansatzweise der Versuch unternommen, auf den Sinn der Kleinbetriebsklausel abzustellen. Dieser liegt darin, kleine Einheiten, die als wirtschaftlich weniger belastbar eingestuft werden, von den „Erschwernissen“ des Kündigungsschutzes freizustellen – eine Erwägung, die dazu führt, dass sich die „Kleinbetriebsklausel“ eine teleologische Reduktion gefallen lassen muss, wenn hinter einem kleinen Betrieb ein mittleres oder großes Unternehmen steht⁷². Die wirtschaftliche Belastbarkeit ist aber ersichtlich nicht deshalb geringer, weil sich ein Teil des Arbeitsprozesses im Ausland vollzieht⁷³.

In seiner Entscheidung vom 21. Januar 1999 hat das BAG⁷⁴ möglicherweise einen Kurswechsel vollzogen. Ein nach Lateinamerika entsandter Chemieingenieur unterlag dem deutschen Arbeitsrecht, war aber keinem deutschen Betrieb mehr zuzuordnen. Gleichwohl seien „die Grundgedanken des § 1 KSchG entsprechend anzuwenden“, weil das deutsche Arbeitsrecht wirksam vereinbart worden war. § 1 KSchG wurde deshalb analog angewandt. Außerdem könne von dem Gekündigten nicht verlangt werden, eine konkrete Weiterbeschäftigungsmöglichkeit in einem anderen lateinamerikanischen Land zu benennen, da die hierfür notwendigen Informationen für ihn nicht zugänglich seien. Damit ist mit Recht den Spezifika der Auslandsarbeit Rechnung getragen worden; insofern hat das Gericht eine „Sachnorm“ beweisrechtlichen Inhalts entwickelt.⁷⁵ Die frühere Rechtsprechung wurde allerdings nicht aufgegeben, sondern mit dem Argument „gerettet“, dort sei es nur um die Anwendung des KSchG im Inland gegangen, während hier das bewusst gewählte deutsche Recht im Vordergrund stehe. Der Leser fragt sich ein wenig verwundert, weshalb eine Rechtswahl „mehr“ deutsches Recht zur Anwendung bringt als die Verwirklichung eines Tatbestands, bei dem sich die Anwendung des deutschen Rechts unmittelbar aus dem Gesetz ergibt⁷⁶. Für eine arbeitsvertragliche Geltungserstreckung speziell des Kündigungsschutzes innerhalb des anwendbaren deutschen Rechts bestanden keine Anhaltspunkte.

Ein abweichendes Ergebnis könnte dann erwägenswert sein, wenn man den Kündigungsschutz nicht einfach zum Arbeitsstatut rechnet, sondern ihn geson-

⁷² BVerfG NZA 1998, 470.

⁷³ Kritisch zur BAG-Rechtsprechung auch *Franzen*, IPRax 2000, 509; *Junker*, RIW 2001, 94, 104; *Kittner/Däubler/Zwanziger/Deinert*, KSchR, 7. Aufl. (2007), § 23 KSchG Rn. 22; *Kraft*, SAE 1999, 272, 273; *Löwisch/Spinner*, Kündigungsschutzgesetz, 9. Aufl. (2004), Vorbem. zu § 1 KSchG Rn. 33; *Mauer*, FS Leinemann (2006), S. 733; *KR/Weigand*, 8. Aufl. (2007), § 23 KSchG Rn. 19c. Die Rechtsprechung übernehmen dagegen *v. Hoyningen-Huene/Linck*, KSchG, 14. Aufl. (2007), § 23 KSchG Rn. 6. Restriktiv auch *M. Schmidt*, NZA 1998, 169.

⁷⁴ BAG AP Nr. 9 zu § 1 KSchG 1969 Konzern = NZA 1999, 539.

⁷⁵ Zustimmend *Lingemann/v. Steinau-Steinrück*, DB 1999, 2161, 2165.

⁷⁶ MünchArbR/*Birk* (Fn. 14), § 20 Rn. 86.

dert anknüpft⁷⁷. Handelt es sich um zwingende Normen im Sinne des Art. 34 EGBGB, scheint eine Anwendung auf Auslandssachverhalte nicht in Betracht zu kommen⁷⁸. Eine Regel „im Inland immer, im Ausland nie“ lässt sich jedoch in den Fällen des Art. 34 EGBGB keineswegs aufstellen. Einsichtig ist sie nämlich nur dann, wenn es ausschließlich um innerstaatliche Sozial- und Arbeitsmarktpolitik geht. Die Einschaltung der Bundesagentur für Arbeit nach den §§ 17 ff. KSchG ist ersichtlich vom Gesetzgeber nicht gewollt, wenn sich die Entlassungen vorwiegend im Ausland ereignen. Die Situation ist jedoch eine ganz andere, wenn die zwingende Norm auch Individualinteressen schützt, das Allgemeininteresse also (auch) deshalb auf den Plan tritt, weil es z. B. um den Schutz der Gesundheit einer schwangeren Frau oder um die existenzielle Absicherung von Beschäftigten geht. Das BAG hat in seiner Flugbegleiterinnen-Entscheidung⁷⁹ den Standpunkt vertreten, „zwingende Normen“ im Sinne des Art. 34 EGBGB würden nur dann angewandt, wenn ein ausreichender Inlandsbezug bestehe. Dieser wurde im konkreten Fall darin gesehen, dass die Klägerin deutsche Staatsangehörige war, der deutschen Sozialversicherung unterlag und ihren Wohnsitz in Deutschland hatte. Bei einem stärkeren Inlandsbezug wäre das deutsche Recht von vorneherein in vollem Umfang anzuwenden gewesen. Hätte man wirklich in einem solchen Fall die Entgeltfortzahlung bei Krankheit und den Zuschuss zum Mutterschaftsgeld verweigert, die das Gericht als Eingriffsnormen qualifizierte?⁸⁰ Die Tatsache, dass hinter einer Norm besonders gewichtige Interessen stehen, kann schlechterdings nicht von vorneherein und völlig undifferenziert eine Beschränkung auf Inlandssachverhalte rechtfertigen.

2. Sonderkündigungsschutz

Verrichtet ein Schwerbehinderter seine Arbeit im Ausland, muss das Integrationsamt seiner Kündigung nur dann zustimmen, wenn sein Tätigkeitsbereich als „Ausstrahlung“ eines inländischen Betriebes angesehen werden kann⁸¹. Das Gericht beruft sich darauf, die einschlägige Vorschrift (heute: § 85 SGB IX) gehöre zum öffentlichen Recht, das sich nur auf Arbeit beziehe, die innerhalb des räumlichen Geltungsbereiches des Gesetzes geleistet werde. Allerdings wäre – und dies ist als beträchtliche Konzession an die Kritiker des überkommenen Territo-

⁷⁷ So insbesondere *Krebbler*, Internationales Privatrecht des Kündigungsschutzes bei Arbeitsverhältnissen (1997), S. 304 ff.

⁷⁸ Vgl. *Junker* (Fn. 16), S. 291, der die Nichtanwendung einer Norm auf Auslandssachverhalte zu Recht als wichtiges Indiz für die Qualifizierung als Eingriffsnorm im Sinne des Art. 34 EGBGB ansieht.

⁷⁹ BAG AP Nr. 10 zu Art. 30 EGBGB.

⁸⁰ Vgl. auch den Fall, dass bei Auslandsarbeit kein Mutterschaftsgeld bezahlt wird, weil der Anwendungsbereich der deutschen Sozialversicherung verlassen ist; hier wird meist der Zuschuss auf 100% aufgestockt. Dazu auch LSG Berlin IPRspr 1984, 98.

⁸¹ BAG AP Nr. 15 zu § 12 SchwbG mit Anm. *Gamillscheg*, der ausdrücklich betont, die Ausstrahlungsfälle seien unstrittig (Bl. 4 Rückseite). Ebenso *Mauer* (Fn. 9), Rn. 495.

realitätsprinzips zu werten – dem Gesetzgeber eine abweichende Regelung möglich, doch sei eine solche im Schwerbehindertengesetz nicht erfolgt⁸².

Das Gericht hatte keine Veranlassung, sich Gedanken darüber zu machen, ob es denn für den entfallenden Schutz irgendeine Kompensation geben könnte. Denkbar wäre, dass das Recht des Arbeitsorts zwingende Vorschriften kennt, die es zugunsten eines Schwerbehinderten auch bei (aus seiner Sicht) ausländischem Arbeitsstatut anwendet. Die Ausstrahlungswirkung unseres Rechts und unserer kollisionsrechtlichen Figuren mag groß sein – dass auch in Saudi-Arabien (wo der Fall spielte), in Brasilien oder in Indien dem deutschen Vorbild gefolgt wird, ist eine höchst ungewisse Hoffnung. Kennt das ausländische Recht keine einschlägigen Normen, weil es beispielsweise der Lehre folgt, sie würden von Einstellungen abhalten, oder weil es dem Problem keine Bedeutung beigemessen hat, so steht der Betroffene ohne Schutz da. Wer Freude an ungewöhnlichen Konstruktionen hat, könnte auf den Gedanken verfallen, die staatliche Kontrolle der Kündigung von Schwerbehinderten zu unserem *ordre public* zu rechnen⁸³ und sähe sich dann in der aparten Situation, nicht ein fremdes, sondern das eigene Recht wegen inakzeptabler Resultate korrigieren zu müssen. Doch eine solche Spekulation ist nicht erforderlich. Ein Ausweg liegt darin, das Gesetz in Bezug auf die Zuständigkeitsregeln zu ergänzen: Der Schutzauftrag des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG und des Art. 5 der EG-Richtlinie 2000/78/EG⁸⁴ verlangt, dass jedenfalls solche Kündigungen einbezogen werden müssen, die auf eine Arbeitgeberhandlung im Inland zurückgehen. Zuständig wäre die Behörde am Sitz des Arbeitgebers bzw. der Konzernspitze. Eine Hilfslösung könnte in einer verstärkten Berücksichtigung der Schwerbehinderung im Rahmen der Interessenabwägung liegen, die bei der verhaltens- und bei der personenbedingten Kündigung stattzufinden hat. Bei der betriebsbedingten Kündigung wäre der Schwerbehinderung besonders starke Bedeutung im Rahmen der sozialen Auswahl beizumessen.

Die Problematik stellt sich im Rahmen des Mutterschutzes in gleicher Weise⁸⁵. Auch hier wäre eine Schutzlosigkeit nicht hinnehmbar, auch hier sind vergleichbare Auffangmöglichkeiten zu diskutieren. In beiden Fällen sind überdies die Diskriminierungsverbote nach dem AGG und den EG-Richtlinien zu beachten. Sie würden eine „Auffanglinie“ darstellen, wenn der Sonderkündigungsschutz entgegen dem hier Vertretenen nicht eingreifen könnte⁸⁶. Obwohl sie zu den zwingenden Normen nach § 7 AEntG gehören, besteht keinerlei Anlass, ihren Anwendungsbereich auf das Inland zu beschränken.

⁸² BAG AP Nr. 15 zu § 12 SchwbG (Bl. 4).

⁸³ In diese Richtung *Gerauer* (Hrsg.), *Auslandseinsatz von Arbeitnehmern* (2000), Teil A Rn. 9.

⁸⁴ ABIEG 2000 Nr. L 303/16.

⁸⁵ MünchArbR/*Birk* (Fn. 14), § 20 Rn. 175; *Mauer* (Fn. 9), Rn. 497.

⁸⁶ Zur Anwendung des AGG bei Auslandsarbeit s. oben Fn. 15.

3. Einschaltung eines Betriebsrats

Das BetrVG findet nur auf Betriebe Anwendung, die sich im Inland befinden. Dies folgt nicht aus einem quasi naturrechtlich geltenden Territorialitätsprinzip, sondern schlicht daraus, dass zur Rechtsordnung der „Umwelt“ des Betriebs die engsten Beziehungen bestehen⁸⁷. Miterfasst sind solche Auslandstätigkeiten, die zum Betrieb gehören, was nicht nur die (vorübergehende) Entsendung erfasst. Auch sog. Auslandsarbeitsverhältnisse sind entgegen dem BAG⁸⁸ einzubeziehen, da die Betriebszugehörigkeit nicht davon abhängen kann, in welchem Teil der einheitlichen Organisation „Betrieb“ der fragliche Arbeitnehmer seine Arbeit begonnen hat.

Selbstständige Betriebe im Ausland fallen nicht unter das BetrVG. Eine Aufanglösung, die eine definitive Schlechterstellung vermeidet, kann jedoch in den meisten Fällen mit Hilfe von Tarifverträgen geschaffen werden. Nach ständiger Rechtsprechung des BAG⁸⁹, der die Literatur fast ausnahmslos zustimmt⁹⁰, können sich Tarifverträge auch auf Auslandsarbeit erstrecken, die unter deutschem Recht geleistet wird⁹¹. Konsequenter Weise wird es deshalb auch als möglich angesehen, durch Tarifvertrag eine Interessenvertretung zu bilden, sofern die (meisten) Beschäftigten in der fraglichen Einheit nach deutschem Recht arbeiten und das ausländische Recht eine entsprechende Regelung nicht verbietet⁹². Soweit das BetrVG nicht eingreift, kommt § 3 Abs. 2 TVG auch in Bezug auf organisatorische Normen voll zur Geltung. Das BAG hat deshalb beispielsweise die tarifliche Errichtung einer Interessenvertretung in einem reinen Ausbildungsbetrieb gebilligt⁹³. Eine solche Interessenvertretung wäre am Gesamt- bzw. Konzernbetriebsrat beteiligt, wenn sie dieselben Rechte wie ein von Gesetzes wegen verfasster Betriebsrat hat⁹⁴. Möglich ist auch die Bildung einer Interessen-

⁸⁷ Eingehend *Däubler*, Betriebsverfassung in globalisierter Wirtschaft (1999), S. 25 ff. Ähnlich MünchArbR/*Birk* (Fn. 14), § 22 Rn. 5 f.; *Reiter*, NZA 2004, 1246, 1250 und insbesondere *Junker* (Fn. 16), S. 374 ff.

⁸⁸ BAG AP Nr. 15 zu § 12 SchwbG.

⁸⁹ BAG NZA 1991, 386; DB 1992, 98; AP Nr. 245 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag; AP Nr. 180 zu § 626 BGB = ZTR 2005, 260.

⁹⁰ *Birk*, NJW 1978, 1837; MünchArbR/*Birk* (Fn. 14), § 21 Rn. 50; *Däubler*, Arbeitsrecht 1, 16. Aufl. (2006), Rn. 461; ErfK/*Schlachter* (Fn. 54), Art. 34 EGBGB Rn. 27; *Gamillscheg* (Fn. 61), S. 361; *Hergenröder*, AR-Blattei SD 1550.15 Rn. 83, 85; HWK/*Strick* (Fn. 19), Art. 27, 30, 34 EGBGB Rn. 48; MünchKommBGB/*Martiny* (Fn. 26), Art. 30 EGBGB Rn. 84; *Reiter*, NZA 2004, 1246, 1251; *Wiedemann/Thüsing*, 7. Aufl. (2007), § 1 TVG Rn. 95; anders nur *Löwisch/Rieble*, 2. Aufl. (2004), Grundlagen Rn. 90 ff.

⁹¹ Umstritten ist nur, ob dies auch für Arbeit unter ausländischem Statut gilt. Dazu neuestens verneinend BAG RdA 2004, 175 mit berechtigter Kritik von *Schlachter*.

⁹² Grundlegend *Junker* (Fn. 16), S. 377 ff. Weiter *Birk*, FS Beitzke (1979), S. 831, 857; *Däubler*, AuR 1990, 1, 9; *Gamillscheg*, Anm. zu BAG v. 30.04.1987, AP Nr. 15 zu § 12 SchwbG (Bl. 8); *Wiedemann/Thüsing* (Fn. 90), § 1 TVG Rn. 95; einschränkend *Walz*, Multinationale Unternehmen und internationaler Tarifvertrag (1981), S. 152.

⁹³ BAG NZA 2005, 371.

⁹⁴ So § 3 Abs. 5 BetrVG für die Fälle, in denen im Anwendungsbereich des BetrVG eine tarifliche an die Stelle einer gesetzlichen Interessenvertretung tritt.

vertretung durch einheitlich gestaltete Arbeitsverträge⁹⁵ – eine Konstellation, über die schon das RAG zu entscheiden hatte⁹⁶. Allerdings kann eine solche privatautonom errichtete Vertretung keine Delegierten in den Gesamt- oder Konzernbetriebsrat entsenden.

Durch diese Möglichkeiten ist die prinzipielle Äquivalenz mit der Inlandsarbeit gewahrt. In der Betriebsverfassung wie im Tarifrecht öffnet das Gesetz nur die Türen; ob wirklich hindurchgegangen wird, hängt von den faktischen Umständen und der Distanz insbesondere des Arbeitgebers zum kollektiven Arbeitsrecht ab⁹⁷.

Soweit das BetrVG Anwendung findet, hat man immer noch mit der Schwierigkeit zu kämpfen, dass nach einer älteren Entscheidung des BAG⁹⁸ der Betriebsrat auch keine Teilbetriebsversammlung im Ausland einberufen und durchführen darf. Die Literatur kritisiert dies fast einhellig⁹⁹, weil es Handlungen des Betriebsrats wie Hoheitsakte behandelt, obwohl das Betriebsverfassungsrecht seit dem Zweiten Weltkrieg nicht mehr dem öffentlichen Recht zugeordnet wird. Es wäre wünschenswert, wenn die Rechtsprechung bald Gelegenheit bekäme, das im Zeitalter der Globalisierung wie ein Überbleibsel einer vergangenen Epoche erscheinende Judikat aus der Welt zu schaffen. Sie könnte sich hierbei nicht zuletzt auch auf klare Aussagen des Jubilars stützen¹⁰⁰.

⁹⁵ So auch das BAG NZA 2002, 397 für ein Redaktionsstatut, das die Beteiligung von Tendenzträgern in mitbestimmungsfreien Angelegenheiten ermöglichte.

⁹⁶ RAG JW 1932, 606 mit Anm. *Kahn-Freund*.

⁹⁷ Zum hier nicht näher untersuchten Arbeitskampf s. *Däubler* (Fn. 90), Rn. 694 ff.

⁹⁸ BAG AP Nr. 3 zu § 42 BetrVG 1972 (Bl. 2).

⁹⁹ S. statt aller *Junker* (Fn. 15), S. 387 f.; *Mauer* (Fn. 9), Rn. 446.

¹⁰⁰ MünchArbR/*Birk* (Fn. 14), § 22 Rn. 19.