

Grundprobleme des internationalen Arbeitsrechts

— dargestellt am Beispiel Deutschlands und Italiens —

Von Professor Dr. Wolfgang DÄUBLER, Bremen

I. Die Fragestellung

1. Die wachsende Verflechtung der nationalen Wirtschaftsordnungen ist zur Selbstverständlichkeit geworden. Währungskrise, technologische Lücke, „Kapitalexport“ in Entwicklungsländer — das sind nur einige aktuelle Stichworte, die diesen Prozeß deutlich werden lassen. Die rechtliche Bewältigung aller dieser Vorgänge liegt bisher fast ausschließlich in der Hand des Praktikers, der als Anwalt, Syndikus oder Beamter internationaler Organisationen die adäquate juristische Gestaltung zu erarbeiten versucht. Die Wissenschaft hat sich in einem Anflug von Provinzialismus diesen Fragen größtenteils ferngehalten; Hypothek und Erbvertrag, Betrug und Hehlerei sind noch heute sehr viel wichtigere Lehr- und Prüfungsgegenstände als internationales Privatrecht oder Europarecht, ganz zu schweigen von dem Sachkomplex des Außenhandels, der überhaupt nicht thematisiert wird¹. Dabei ist nicht auszuschließen, daß diese Enthaltensamkeit der Praxis nicht unwillkommen ist: Eine allzu intensive Untersuchung des internationalen Kartellrechts² oder des Rechts der internationalen Unternehmensverbindungen³ könnte eventuell für manche Beteiligten unerwünschte Folgen haben und öffentliche Diskussionen über Bereiche auslösen, die sie bisher mehr oder weniger als „Privatangelegenheit“ betrachtet haben⁴. An diesem Zustand etwas ändern zu wollen, kann nicht die Aufgabe der folgenden Ausführungen, ja nicht einmal die eines einzelnen Juristen sein — hier soll aus einem großen unbestellten Feld nur ein kleines Stück herausgegriffen und näher untersucht werden. Was uns an dieser Stelle beschäftigen soll, ist das internationale Arbeitsrecht als ein spezieller, vielleicht selbstständiger Teil des internationalen Privatrechts, die Normen also, die darüber bestimmen, welche Rechtsordnung auf ein Arbeitsverhältnis mit „Auslandsberührung“ Anwendung findet.

2. Die Möglichkeiten einer derartigen „Auslandsberührung“ sind vielfältig. Sie kann durch die Staatsangehörigkeit des Arbeitnehmers vermittelt werden — so in dem quantitativ wichtigsten Fall der Gastarbeiter, die für das wirtschaftliche Wachstum der fortgeschrittensten Industrieländer des Westens von essentieller Bedeutung sind⁵. Sie kann weiter darauf beruhen, daß der Arbeitsvertrag im Ausland abgeschlossen wurde oder dort zu erfüllen ist. Von erheblicher praktischer Relevanz sind des weiteren Verträge mit einem Arbeitgeber, der Niederlassungen in mehreren Staaten besitzt — so wird etwa die Frage nach der anwendbaren Rechtsordnung besonders akut, wenn für die ausländische Zweigstelle oder auch die rechtlich selbständige Tochtergesellschaft einer inländischen Firma gearbeitet wird.

Allen diesen Varianten nachzugehen, würde eine eigene Untersuchung erfordern, da in der Literatur noch keine Klarheit darüber besteht, wann eine ausreichende Auslandsbeziehung vorliegt. Einig ist man sich nur darüber, daß die Vorschriften des internationalen Arbeitsrechts dann ausscheiden, wenn ein deutscher Arbeitnehmer für einen deutschen Arbeitgeber in der Bundesrepublik tätig ist⁶. Ob ein subjektives Merkmal wie die ausländische Staatsangehörigkeit eines Arbeitnehmers, für die Annah-

me eines kollisionsrechtlichen Tatbestands ausreicht, ist bereits zweifelhaft⁷, wirft jedoch in der Praxis deshalb keine Probleme auf, weil die in Staatsverträgen vorgesehenen Musterarbeitsverträge auf das Recht des Aufnahmestaats verweisen⁸. Nahezu unerörtert ist die Frage, ob die bloße Existenz einer im Inland ansässigen Muttergesellschaft auch die von der ausländischen Tochter mit Ausländern begründeten Arbeitsverhältnisse mit einem „internationalen“ Einschlag versieht, der zur Anwendung des Kollisionsrechts führt⁹. Wir konzentrieren unsere Bemühungen deshalb auf eine Variante, die sicherlich innerhalb der Zone des internationalen Arbeitsrechts liegt: Die Arbeit für eine rechtlich unselbständige Zweigstelle eines inländischen Unternehmens im Ausland, ein Fall also, in dem sich Unternehmenssitz und Arbeitsort in verschiedenen Rechtsgebieten befinden. Konkret wollen wir die Problematik des internationalen Arbeitsrechts am Beispiel der Zweigstelle eines deutschen Unternehmens in Italien und der Niederlassung einer italienischen Firma in Deutschland untersuchen. Welchem Recht unterliegt ein Arbeitnehmer deutscher oder italienischer Staatsangehörigkeit, der in der Mailänder Filiale eines Hamburger Unternehmens tätig ist? Welches Arbeitsstatut ist an-

¹ Zutreffend Bernhardt, JZ 1971 S. 581. Freilich sollte man nicht vergessen, daß dies nur ein (und nicht der gravierendste!) Mangel der deutschen Juristenausbildung ist. Zur Kritik am Status quo siehe insbesondere den Sammelband „Neue Juristenausbildung“, herausgegeben vom Loccumer Arbeitskreis, Neuwied und Berlin 1970.

² Dazu grundlegend Kronstein, Das Recht der internationalen Kartelle, Berlin 1967 (mit umfangreichem rechtstatsächlichem Material).

³ Dazu nunmehr die fundierte Arbeit von Koppensteiner, „Internationale Unternehmen im deutschen Gesellschaftsrecht“, Frankfurt/M. 1971.

⁴ Bezeichnend etwa die von Helmut Arndt, Die Konzentration der westdeutschen Wirtschaft, Pfullingen 1966, S. 25 ff., mitgeteilten Schwierigkeiten bei der Durchführung der Konzentrationsenquete der Bundesregierung Anfang der 60er Jahre.

⁵ So waren am 30. 1. 1971 in der Bundesrepublik 1 964 213 ausländische Arbeitnehmer, davon 362 704 Italiener tätig (siehe die Zahlenangaben in RdA 1971 S. 182).

⁶ Simitis JuS 1966 S. 211; Trinkner, BB 1967 S. 1291; AWD 1970 S. 579 f.; Bei dem formelhaften Erfordernis „Auslandsberührung“ belassen es Herm. Kauffmann, DB 1960 S. 497; Nikisch, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. I, 3. Aufl. 1961, § 27 IV 2 (S. 297); Schütze, BB 1968 S. 1129; Szaszy, International Labour Law, Leyden 1968, S. 13.

⁷ Vgl. Simitis JuS 1966 S. 211.

⁸ Vgl. die Vereinbarung zwischen der Bundesregierung und der Regierung der italienischen Republik vom 20. 12. 1955, BABI 1956 S. 31 ff., die in Art. 9 Abs. 1 auf einen (BABI 1956 S. 35 abgedruckten) Musterarbeitsvertrag verweist, der in § 4 die deutschen Gerichte für zuständig und das deutsche Arbeitsrecht für anwendbar erklärt. Weitere Nachweise bei Gamillscheg, Arbeitsrecht der Gegenwart, Bd. 2, S. 19, 20.

⁹ Die Frage dürfte zu bejahen sein, da der Muttergesellschaft nicht nur der wirtschaftliche Erfolg zugutekommt, sondern da sie auch das Verhalten der inländischen Tochter weithin determiniert. Die juristische Selbständigkeit der Tochter fällt demgegenüber nicht ins Gewicht. A. A. Fikentscher RdA 1969 S. 206; vgl. auch Conforti (unten Fußn. 19) S. 235.

wendbar, wenn für die Düsseldorfer Niederlassung einer Turiner Firma gearbeitet wird?

Die praktische Bedeutung dieser Fragestellung ist erheblich; das gilt nicht nur für den „individualrechtlichen“ Bereich des Kündigungsschutzes¹⁰, des Wettbewerbsverbots¹¹ und des Arbeitszeitschutzes, sondern auch für die kollektivrechtliche Gestaltung des Arbeitsverhältnisses. Sind in den angeführten Fällen deutsche oder italienische Tarifverträge anzuwenden¹², richtet sich die betriebliche Vertretung der Arbeitnehmer nach dem deutschen Betriebsverfassungsgesetz oder dem völlig andersartigen neuen italienischen Arbeitnehmerstatut¹³, bestimmt sich die Zulässigkeit von Arbeitskämpfen nach Art. 40 der italienischen Verfassung¹⁴ oder nach der ungleich restriktiveren Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts? Eine Antwort auf diese Fragen scheint dringend, zumal derartige Sachverhalte in Zukunft nicht etwa seltener, sondern sehr viel häufiger auftreten werden.

II. Die sogenannte Ausstrahlung

Die Tätigkeit für eine ausländische Zweigstelle ist nicht immer auf Dauer berechnet. Es kommt vor, daß die Niederlassung selbst nur eine bestimmte Anzahl von Monaten oder Jahren existieren soll — so wenn es um die Durchführung eines großen Bauvorhabens oder um die Erfüllung einer Forschungsaufgabe geht. Häufiger dürfte der Fall sein, daß der einzelne Bedienstete nur für einen beschränkten Zeitraum abgeordnet wird, um etwa andere Arbeitnehmer in die Bedienung neuer Maschinen einzuweisen oder vorübergehende Schwierigkeiten zu beheben. Greifen für diese Übergangszeit die Regeln des internationalen Arbeitsrechts ein oder bleibt kollisionsrechtlich alles beim Alten?

Als erstes hat sich das Reichsversicherungsamt zu dieser Problematik geäußert und dabei den Standpunkt vertreten, Rechte und Pflichten aus der Sozialversicherung würden durch eine zeitlich begrenzte Auslandstätigkeit nicht beeinflusst¹⁵; es liege eine sog. Ausstrahlung vor, die den in Deutschland liegenden Schwerpunkt des Beschäftigungsverhältnisses nicht ins Ausland verlagere. Das Reichsarbeitsgericht hat diese Theorie ins Arbeitsrecht übernommen¹⁶ und bei „gelegentlicher oder geringfügiger“ Tätigkeit¹⁷ in fremdem Rechtsgebiet weiterhin deutsches Recht angewandt. Die Nachkriegsjudikatur hat sich dem angeschlossen¹⁸ und damit nicht nur bei deutschen, sondern auch bei einigen ausländischen Autoren Zustimmung gefunden¹⁹. Auch der Gesetzgeber hat den Gedanken der Ausstrahlung übernommen: Art. 5 Abs. 1 Ziff. 1 des deutsch-italienischen Sozialversicherungsabkommens vom 5. 5. 1953²⁰ enthält ihn ebenso wie Art. 13 lit. a der EWG-Verordnung Nr. 3 über die soziale Sicherheit der Wanderarbeitnehmer²¹.

Trotz dieses offenkundigen Siegeszuges scheint es nicht überflüssig, nach einer plausiblen Begründung zu suchen. Sie dürfte in der Erwägung liegen, daß den Interessen aller Beteiligten wenig gedient wäre, wollte man schon bei relativ kurzen Auslandsaufenthalten Kollisionsrecht zur Anwendung bringen und damit einen Statutenwechsel in Kauf nehmen. Die Verknüpfung mit der ausländischen Rechtsordnung ist in diesen Fällen ähnlich schwach wie bei den sog. res in transitu, bei Waren also, die vom Rechtsgebiet A über das Rechtsgebiet B in den Staat C befördert werden und die trotz des zwingenden Charakters der lex rei sitae nur dem Recht A oder C, nicht jedoch der Transitordnung B unterliegen²².

So sehr das Grundprinzip der Ausstrahlung einleuchtet — ihre exakten Grenzen gegenüber echten Auslandssachverhalten lassen sich schwer bestimmen. Das erwähnte deutsch-italienische Abkommen begrenzt die Fortdauer der Rechtsbeziehungen zur heimischen Sozialversicherung auf sechs Monate und sieht bei nicht voraussehbarer Verlängerung des Auslandsaufenthalts eine weitere Sechs-

Monatsfrist vor, nach deren Ablauf die Übernahme in die Sozialversicherung des Gastlandes auch dann erfolgt, wenn die baldige Rückkehr in den Heimatstaat feststeht²³. Die EWG-Verordnung Nr. 3 verdoppelt beide Fristen auf ein Jahr, was das Problem nicht löst, sondern nur hinauschiebt²⁴. Gamillscheg²⁵ und Szaszy²⁶ lehnen die Übernahme derartiger Grenzen in das internationale Arbeitsrecht als zu starr ab und wollen ausschließlich darauf abstellen, ob im Einzelfall das Arbeitsverhältnis nach einer bestimmten oder zumindest bestimmbarer Zeit im Heimatstaat fortgesetzt werden soll. Dabei wird jedoch nicht beachtet, daß die stärkere Vertragspartei die Figur der Ausstrahlung benutzen kann, um ein ihr genehmes Arbeitsstatut zu erreichen: Zieht sie das bisherige Recht gegenüber der am Arbeitsort geltenden Rechtsordnung vor, wird sie eine vorübergehende Abordnung „vereinbaren“; hält sie umgekehrt das Arbeitsrecht des Aufnahmestaats für vorteilhafter, läßt sich die Abordnung unschwer als auf Dauer berechnet konstruieren. Hier kann nur eine starre Obergrenze vor Mißbräuchen einigermaßen schützen, so daß es sich empfiehlt, die Vorschrift des Art. 13 lit. a der EWG-VO Nr. 3 entsprechend anzuwenden und spätestens nach Ablauf eines Jahres die Regeln des internationalen Arbeitsrechts zwingend eingreifen zu lassen. Im übrigen kann die Ausstrahlung aus unseren weiteren Betrachtungen ausscheiden — uns interessiert der eindeutige Kollisionsfall, die dauernde Tätigkeit in einer ausländischen Zweigstelle.

III. Die Haltung der italienischen Rechtsprechung und Literatur

1. Die italienischen Gerichte der faschistischen Ära verfolgten eine eindeutige Linie: Sie wandten das eigene Recht auf jede Arbeit an, die in Italien erbracht wurde, ohne daß es dabei irgendwie auf die Staatsangehörigkeit der Arbeitsvertragsparteien oder eine abweichende vertragliche Vereinbarung ankam²⁷. Begründet wurde die-

¹⁰ Zur Rechtslage in Italien siehe *Däubler*, *ArbuR* 1971 S. 191.

¹¹ Dazu *Schütze*, *BB* 1968 S. 1129 ff.

¹² Zum italienischen Tarifvertragsrecht siehe *Giugni*, *Introduzione allo Studio dell'autonomia collettiva*, Milano, 1960; *Simi* in: *Riva Sanseverino e Mazzoni*, *Nuovo Trattato di diritto del lavoro*, Padova 1971, S. 305 ff. mit weiteren Nachweisen.

¹³ Dazu *Däubler* *ArbuR* 1971 S. 189 ff., *Meissner*, *RdA* 1970 S. 269 f. und *Freni-Giugni*, *Lo Statuto dei lavoratori*, *Commento alla legge 20 maggio 1970*, n. 300, Milano 1971.

¹⁴ Dazu *Däubler*, *Der Streik im öffentlichen Dienst*, 2. Aufl. 1971, S. 50 ff.; *Mazzoni*, *RdA* 1970 S. 351 ff.; *Pöhlmann*, *Streik und Aussperrung im italienischen Recht*, Diss. Erlangen 1963.

¹⁵ Nachweise bei *Vogel*, *Der räumliche Anwendungsbereich der Verwaltungsrechtsnorm*, 1965, S. 18, *Fußn.* 34–36.

¹⁶ *RAGE* 8 S. 195, 197; *RAG*, *ARS* 8 S. 294, 299; 15 S. 307, 310; 17 S. 401, 403.

¹⁷ *RAG*, *ARS* 8 S. 294, 299.

¹⁸ *ArbG Offenburg*, *NJW* 1955 S. 1944; *LAG Stuttgart*, *RiW* 1957 S. 11; *BAG*, *AP* Nr. 3 und 9 zu *IPR Arbeitsrecht*; *BSG*, *AP* Nr. 1 zu *Internationales Sozialversicherungsrecht*.

¹⁹ *Beitzke*, *RdA* 1951 S. 134; *Gamillscheg*, *Internationales Arbeitsrecht*, 1959, S. 180 ff. (mit Einschränkungen); zur Betriebsverfassung ebenso *Fitting/Kraegeloh/Auffarth*, *Kommentar zum BetrVG*, 9. Aufl. 1970, § 1 Rn 9. In der ausländischen Literatur siehe insbesondere *Conforti*, *L'esecuzione delle obbligazioni nel diritto internazionale privato*, 1962, S. 236; *Szaszy*, *International Labour Law*, S. 118 f. mit weiteren Nachweisen.

²⁰ *BGBI.* II, 1956 S. 4.

²¹ Abgedruckt *BGBI.* II, 1959 S. 473.

²² Vgl. *Kegel*, *Internationales Privatrecht*, 2. Aufl. 1964, S. 252 f. mit weiteren Nachweisen.

²³ Art. 4, 5 I Ziff. 1 des Abkommens (*Fußn.* 20).

²⁴ Art. 13 lit. a VO Nr. 3 (*Fußn.* 21).

²⁵ *Internationales Arbeitsrecht*, S. 182.

²⁶ *International Labour Law*, S. 119.

²⁷ Einzelheiten bei *Gamillscheg*, *Internationales Arbeitsrecht*, S. 150 ff., und *Polleri*, *Mass. Giur. Lav.* 1960 S. 339.

ses sog. Territorialitätsprinzip mit dem öffentlich-rechtlichen Charakter weitester Teile des Arbeitsrechts sowie mit dem *ordre public*, der die Anwendung ausländischer Vorschriften in diesem Bereich nicht dulde²⁷.

Nach dem Zweiten Weltkrieg blieb das Ergebnis zunächst unverändert: Noch im Jahre 1949 führte das Tribunale di Roma aus, jede andere Lösung schaffe Verwirrung auf dem Arbeitsmarkt und mißachte die Tatsache, daß die arbeitsrechtlichen Normen zur Wirtschaftsverfassung des Landes gehörten²⁸. Erst Anfang der 50er Jahre trat ein Wandel ein. Hinsichtlich der dem öffentlichen Recht zuzuordnenden Vorschriften blieb es zwar beim Territorialitätsprinzip²⁹, doch wurden die privatrechtlichen Arbeitsrechtsnormen dem in Art. 25 Abs. 1 der Einleitung zum *codice civile* vorgesehenen Schuldvertragsstatut unterstellt. Konkret bedeutet dies, daß nunmehr grundsätzlich die Arbeitsvertragsparteien die anwendbare Rechtsordnung wählen können; es besteht „Parteiautonomie“³⁰. Zur Begründung beruft man sich auf die allgemeine Formulierung des Art. 25 Abs. 1 Einl. zum *codice civile*, die jede Art Vertrag erfaßt, und hält der früher herrschenden Meinung entgegen, das jetzige Arbeitsrecht sei nur teilweise öffentlich-rechtlicher Natur und könne trotz zahlreicher zwingender Vorschriften nicht pauschal zum *ordre public* gezählt werden³¹. Dennoch kommt es bisweilen zu einem Rückfall in alte Gewohnheiten, so wenn sich etwa ein Mailänder Gericht zwar zur Parteiautonomie bekennt und auf einen im 80 km entfernten Como spielenden Fall schweizer Recht für anwendbar erklärt, dann jedoch meint, die Parteien hätten das ausländische materielle Recht ja nicht vorgetragen, so daß es bei der Anwendung des italienischen Rechts als subsidiärer *lex fori* bleiben müsse³².

2. Die italienische Literatur bietet ein ungleich vielfältigeres Bild. Schon während der faschistischen Ära waren einige kritische Stimmen gegenüber dem herrschenden Territorialitätsprinzip laut geworden³³, die — ähnlich wie in der Rechtsprechung — heute die Oberhand gewonnen haben. Das gilt freilich nur für die privatrechtliche Seite des Arbeitsverhältnisses: Im öffentlichen Recht wird mit einer einzigen Ausnahme³⁴ am Territorialitätsprinzip festgehalten³⁵.

Eine Reihe von Autoren — die heutige Mindermeinung — versucht, das alte Ergebnis mit neuen Argumenten aufrechtzuerhalten. So meint *Venturini*, das Arbeitsverhältnis erzeuge keine vertraglichen, sondern gesetzliche Rechte und Pflichten, so daß Art. 25 Abs. 2 der Einl. zum *codice civile* eingreife, der auf das Recht des Staates verweise, in dem die rechtserzeugende Tatsache — hier also die Leistung der Arbeit — entstanden ist³⁶. Zur Anwendung des italienischen Rechts auf jede in Italien ausgeführte Arbeitnehmertätigkeit versucht *Giuliano* dadurch zu kommen, daß er der an den Arbeitsort anknüpfenden Sondernorm des Art. 9 *codice di navigazione* ein allgemeines Prinzip entnimmt³⁷, obwohl auch die Entstehungsgeschichte für das Vorliegen einer Ausnahmевorschrift spricht³⁸. *Balladore-Pallieri* stützt sich demgegenüber auf den untrennbaren Zusammenhang zwischen privatem und öffentlichem Arbeitsrecht; die Anwendung des Territorialitätsprinzips sei auch deshalb angemessen, weil die meisten einschlägigen Vorschriften, insbesondere die Art. 36 ff. der italienischen Verfassung, nicht Vertragsbedingungen regeln, sondern Person und Würde des Arbeitnehmers schützen wollen³⁹. *Miele* schwächt diesen Gedanken ab, indem er ausländischen Arbeitsrechtsnormen dann die Anerkennung versagt, wenn ihre Anwendung zu einem Verzicht auf verfassungsrechtlich geschützte Befugnisse führen würde⁴⁰.

Die herrschende Meinung bejaht im Gegensatz dazu — ebenso wie die heutige Rechtsprechung — den Grundsatz der Parteiautonomie⁴¹. Sie stützt sich dabei auf Wortlaut und Sinn des Art. 25 Abs. 1 Einl. zum *codice civile*, der

nicht zwischen verschiedenen Vertragstypen unterscheidet⁴². Der freie Wille der Beteiligten⁴³ sei ebenso beachtlich wie ihre bessere Sachkenntnis⁴⁴; auch könne der Arbeitnehmer ein Interesse daran haben, ein ihm günstigeres Arbeitsrecht zu vereinbaren⁴⁵. Die Anwendung verschiedener Rechtsordnungen auf das Arbeitsverhältnis, die aus der andersartigen kollisionsrechtlichen Behandlung des öffentlichen Rechts folge, sei weder unmöglich, noch auch nur außergewöhnlich, da man beispielsweise auch die Geschäftsfähigkeit und die Form des Geschäfts gesondert anknüpfe⁴⁶.

Eine nicht uninteressante Mittelposition nimmt schließlich *Conforti* ein⁴⁷, wenn er die Parteiautonomie auf den Anwendungsbereich derjenigen Normen beschränkt, die sich auf den Vertragscharakter des Arbeitsverhältnisses

²⁸ Entsch. v. 6. 10. 1949, *Mass. Giur. Lav.* 1949 S. 212.

²⁹ Pretura di Napoli, *Mass. Giur. Lav.* 1967 S. 195; Tribunale di Milano, Entsch. v. 3. 10. 1966, *Riv. Dir. Int.* 1967 S. 162; Tribunale di Milano, Entsch. v. 11. 5. 1967, *Riv. Dir. Int.* 1968 S. 135.

³⁰ Tribunale di Milano, *Foro Padano* 1962, I, 404; Pretura di Napoli, *Mass. Giur. Lav.* 1967 S. 195; Tribunale di Milano, Entsch. v. 3. 10. 1966, *Riv. Dir. Int.* 1967 S. 157; Tribunale di Milano, Entsch. v. 11. 5. 1967, *Riv. Dir. Int.* 1968 S. 132, 135. Dies gilt erst recht bei ausländischem Arbeitsort: So schon Tribunale di Roma, Entsch. v. 25. 6. 1951, *Giur. Civ.* 1951 S. 301. Weitere Nachweise bei *Pocar*, *Rev. crit. dr. int. priv.* 1970, S. 682.

³¹ So insbesondere Tribunale di Milano, *Riv. Dir. Int.* 1968 S. 135 ff.

³² Tribunale di Milano *Riv. Dir. Int.* 1968 S. 136: Der Satz „*iura novit curia*“ gelte hier nicht. Vgl. demgegenüber § 293 ZPO, der die Beibringung des ausländischen Rechts durch die Parteien nur als eine Erkenntnisquelle ansieht; primär ist der Richter zur Ermittlung verpflichtet.

³³ Nachweise bei *Gamillscheg*, *Internationales Arbeitsrecht*, S. 155 (Fußn. 139).

³⁴ *Conforti*, (Fußn. 19) S. 218: Soweit nur das Verhältnis Arbeitgeber-Arbeitnehmer betroffen ist, müssen auch ausländische Normen des öffentlichen Rechts von den italienischen Gerichten angewandt werden.

³⁵ *Balladore-Pallieri* in: *Borsi-Pergolesi*, *Trattato di diritto del lavoro*, Vol. V, III edizione, Padova 1960, S. 338 („*principio fondamentale*“); *Consacchi*, *Riv. Dir. Int. priv. e proc.* 1968 S. 9, 19; *Morelli*, *Elementi di diritto internazionale privato italiano*, V edizione, Napoli 1957, S. 153; *Polleri*, *Mass. Giur. Lav.* 1960 S. 335.

³⁶ Zitiert nach *Gamillscheg*, *Internationales Arbeitsrecht*, S. 157. Gegen *Venturini* ausdrücklich *Balladore-Pallieri* (Fußn. 35) S. 343; *Consacchi*, *Riv. Dir. Int. priv. e proc.* 1968 S. 11; *Morelli* (Fußn. 35) S. 153.

³⁷ *Giuliano*, *Riv. giur. lav.* 1952 S. 7 ff.

³⁸ Seine These ist daher auch weithin auf Ablehnung gestoßen: *Ballarino*, *Diritto internazionale privato*, Milano 1970, S. 193; *Morelli* (Fußn. 35) S. 153.

³⁹ *Balladore-Pallieri*, (Fußn. 35) S. 344 ff. Gegen ihn *Consacchi*, *Riv. Dir. Int. priv. e proc.* 1968 S. 9; *Morelli*, (Fußn. 35) S. 154. Für die Beibehaltung des Territorialitätsprinzips jedoch außerdem *Malintoppi*, *Riv. Dir. Int.* 1962 S. 278; *Scognamiglio*, *Diritto del lavoro*, Bari 1969, S. 350.

⁴⁰ *Miele*, *Diritto internazionale privato. Teoria generale*, Padova 1966, S. 159. Vgl. auch *Ballarino*, (Fußn. 38) S. 193.

⁴¹ *Consacchi*, *Riv. Dir. Int. priv. e proc.* 1968 S. 10; *Monaco*, *L'efficacia della legge nello spazio*, in: *Trattato di diritto civile*, diretto da *Vasalli*, Torino 1952, S. 245 ff.; *Morelli*, (Fußn. 35) S. 153 ff.; *Pocar*, *Rev. crit. dr. int. privé* 1970 S. 683; *Quadri*, *Problemi fondamentali di diritto internazionale privato italiano*, V edizione, Napoli 1957, S. 153; *diritto internazionale*, Bd. III, 1940 S. 160 ff.; *Richard*, *Dir. Lav.* 1950, II S. 117; *Vitta*, *Nozioni di diritto internazionale privato*, III edizione, Torino 1960, S. 220 ff.

⁴² *Vitta*, (Fußn. 41) S. 220.

⁴³ *Consacchi*, *Riv. Dir. Int. priv. e proc.* 1968 S. 10.

⁴⁴ *Vitta*, (Fußn. 41) S. 223.

⁴⁵ *Consacchi*, (Fußn. 43) S. 13; a. A. *Szaszy*, *Dir. Int.* 1967 S. 242.

⁴⁶ *Consacchi*, (Fußn. 43) S. 9; *Morelli*, (Fußn. 35) S. 154.

⁴⁷ *Conforti*, (Fußn. 19) S. 219 ff.

beziehen. So entscheide die von den Parteien gewählte Rechtsordnung über Willensmängel beim Vertragsschluß, über das Vorliegen eines Scheingeschäfts sowie über „Möglichkeit und Erlaubtheit des Vertragsobjekts“⁴⁸. Andererseits sei das Recht des Arbeitsorts bei allen Schutznormen zu Gunsten des Arbeitnehmers maßgebend; Minimallohn und Höchstarbeitszeit, Kündigungsschutz und Lohnfortzahlung im Krankheitsfalle⁴⁹ richteten sich daher nach italienischem Recht, wenn in Italien gearbeitet wurde, nach ausländischem Recht, wenn sich die Tätigkeit im Ausland vollziehe.

IV. Der Standpunkt von Rechtsprechung und Literatur in der Bundesrepublik

1. Die deutschen Arbeitsgerichte machen wie die neuere italienische Judikatur einen fundamentalen Unterschied zwischen öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Normen. Für den ersten Fall wird seit über 40 Jahren die Geltung des Territorialitätsprinzips mit geradezu naturrechtlicher Gewißheit behauptet⁵⁰. Eine einzige Entscheidung machte sich die Mühe, eine Begründung zu versuchen: Das Reichsarbeitsgericht führte aus, öffentlich-rechtliche Bestimmungen entsprängen „dem Gewaltverhältnis des Staats zu seinen Untertanen und (können) daher auf Rechtsverhältnisse, die im Ausland wurzeln, keine Anwendung finden, da ihre Anwendung auf der Macht des Staates (beruhe), welche nicht über die Landesgrenzen hinausreichen (können)“⁵¹. Dabei wurde insbesondere in der Weimarer Zeit der Kreis der öffentlich-rechtlichen Normen recht weit gezogen und nicht nur das Betriebsrätegesetz, sondern sogar das Angestelltenkündigungsgesetz dazu gerechnet⁵².

Für den privatrechtlichen Teil des Arbeitsrechts wird in Deutschland seit jeher der Grundsatz der Parteiautonomie bejaht. Von ihm ging nicht nur das Reichsarbeitsgericht aus⁵³; er fand auch nach dem Zweiten Weltkrieg die Anerkennung der meisten Instanzgerichte⁵⁴ und entspricht heute ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts⁵⁵. Eine besondere Begründung schien unter diesen Umständen entbehrlich und wurde — soweit ersichtlich — auch nie versucht. Ansätze für eine abweichende Beurteilung finden sich nur in einer Entscheidung des Landesarbeitsgerichts München aus dem Jahre 1950⁵⁶, in der ausgeführt wird, der Doppelcharakter des Arbeitsverhältnisses als eines personenrechtlichen und als eines räumlich und sachlich gebundenen Rechtsverhältnisses lege den Grundsatz nahe, daß die Tätigkeit des arbeitenden Menschen dem Recht folge, in dessen Anwendungsbereich er sie ausübe. Die Parteiautonomie komme demgegenüber „wohl nur“ im Rahmen des zwingenden materiellen Arbeitsrechts zum Tragen. Eine ähnliche Vorstellung mag der Entscheidung des Zweiten Senats des Bundesarbeitsgerichts vom 5. 5. 1955 zugrunde gelegen haben, wo die Rechtswahl der Parteien mit keinem Wort erwähnt, sondern stattdessen betont wird, Anknüpfungspunkt sei in erster Linie der Sitz des Betriebes⁵⁷.

2. Die deutsche Literatur besitzt nicht den Variantenreichtum der italienischen.

Für das öffentliche Arbeitsrecht wird jedenfalls im Ergebnis am Territorialitätsprinzip festgehalten⁵⁸; deutsches Arbeitsschutzrecht, wie etwa die Arbeitszeitordnung und das Mutterschutzgesetz, erfaßt somit jedes Arbeitsverhältnis, das sich in der Bundesrepublik realisiert⁵⁹, eine These, die einem öffentlich-rechtlichen ordre-public-Vorbehalt gleichkommt⁶⁰. Umgekehrt werden ausländische Arbeitsverhältnisse auch dann nicht erfaßt, wenn sie im übrigen deutschem Recht unterliegen — eine unerfreuliche Konsequenz, die *Beitzke* eine vorsichtige Ausdehnung befürworten ließ⁶¹ und *Gamillscheg* zu der Forderung veranlaßte, in diesen Fällen müsse die Fürsorgepflicht durch Übernahme der innerstaatlichen Schutzvorschriften „angereichert“ werden⁶².

Was den privatrechtlichen Sektor des Arbeitsrechts anlangt, so wird die Wahlfreiheit der Arbeitsvertragsparteien praktisch nicht mehr bestritten⁶³. Auch *Beitzke*, der sich im Anschluß an ältere Stimmen für eine zwingende Anknüpfung an den Arbeitsort aussprach⁶⁴, hat seine Bedenken gegen die Parteiautonomie inzwischen abgemildert⁶⁵. Weiterführende Ansätze finden sich bisher nur bei *Fikentscher*, der der von den Parteien getroffener Rechtswahl dann die Anerkennung versagen will, wenn durch sie der Schutz eines Vertragsbeteiligten oder eines Dritten vereitelt wird⁶⁶.

V. Die Kritik

1. In den Ergebnissen wie auch größtenteils in den Begründungen besteht somit ein hohes Maß an Übereinstimmung zwischen italienischer und deutscher Rechtsprechung und Lehre, was freilich weder auf wechselseitige Beeinflussung noch gar auf Zufälligkeiten, sondern auf die prinzipielle Strukturgleichheit beider Wirtschafts- und Gesellschaftsordnungen zurückzuführen ist⁶⁷. Die Tatsache, daß auch der normative Ausgangspunkt dersel-

⁴⁸ A. a. O. S. 222.

⁴⁹ A. a. O. S. 225, 232.

⁵⁰ RAGE 8 S. 195, 196; 9 S. 40, 42; RAG, ARS 8 S. 294 ff.; ARS 17 S. 401, 403; LAG Düsseldorf, AP Nr. 1 zu IPR Arbeitsrecht; BAG, AP Nr. 4 zu § 1 SchwbeschG; BSG, AP Nr. 1 zu Internationales Sozialversicherungsrecht.

⁵¹ RAGE 9 S. 40, 42.

⁵² RAGE 8 S. 195, 196 (BRG); RAG, ARS 17 S. 401, 403 (AngeKSchG). Das Kündigungsschutzgesetz wird demgegenüber vom Bundesarbeitsgericht, AP Nr. 10 zu IPR Arbeitsrecht, und vom LAG Düsseldorf, AP Nr. 1 zu IPR Arbeitsrecht, zum Zivilrecht gezählt.

⁵³ RAGE 12 S. 184, 188; 15 S. 247, 248; ARS 17 S. 492; ARS 17 S. 401, 402.

⁵⁴ LAG Hamburg, MDR 1947 S. 98; ArbG Göttingen, RdA 1950 S. 117; LAG Frankfurt, AP 1951 Nr. 288; LAG Stuttgart, RdA 1950 S. 116; *dass.* AP 1952 Nr. 130; *dass.* RiW 1957 S. 11; LAG Düsseldorf, AP Nr. 1 zu IPR Arbeitsrecht; nunmehr ebenso LAG Schleswig-Holstein, BB 1969 S. 798 = DB 1970 S. 692. Die meisten dieser Entscheidungen ergingen zum interzonalen Arbeitsrecht; so war etwa bei LAG Stuttgart, RdA 1950 S. 116 die fast mittelalterlich anmutende Frage zu prüfen, ob Stuttgarter oder Schorn-dorfer Recht anzuwenden sei. Zur Gleichartigkeit der Fragestellung BAG, NJW 1955 S. 1005.

⁵⁵ BAG, AP Nr. 2 zu § 124a GewO; BAG, Nr. 1 zu § 74a HGB; BAG, Nr. 36 zu §§ 898, 899 RVO; BAG, Nr. 4 zu § 1 SchwbeschG; BAG, Nr. 3, 4, 9, 11 zu IPR Arbeitsrecht.

⁵⁶ AP 1951 Nr. 114; das Bestehen von Parteiautonomie bleibt dahingestellt bei ArbG Offenburg, NJW 1955 S. 1944.

⁵⁷ BAG, NJW 1955 S. 1005.

⁵⁸ *Beitzke*, DB 1958 S. 224; *Gamillscheg*, Arbeitsrecht der Gegenwart, Bd. 2 S. 35; *Hueck/Nipperdey*, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. I, 7. Aufl. 1963, § 18 IV, S. 105; *Herm. Kauffmann*, DB 1960 S. 496; *Nikisch*, (Fußn. 6) Bd. I § 27 IV 3, S. 298; *Trinkner*, AWD 1966 S. 436.

⁵⁹ *Beitzke*, RdA 1951 S. 135.

⁶⁰ So *Fikentscher*, RdA 1969 S. 207.

⁶¹ *Beitzke*, DB 1958 S. 224.

⁶² *Gamillscheg*, Arbeitsrecht der Gegenwart, Bd. 2, S. 35 f. Ähnlich *Consacchi*, Riv. Dir. Int. priv. e proc. 1988, S. 21 bei fehlender Sozialversicherung im Ausland.

⁶³ So *Gamillscheg*, Arbeitsrecht der Gegenwart, Bd. 2, S. 29; *Gitter*, ZFA 1971 S. 146; *Trinkner*, AWD 1966 S. 434; aus der Literatur siehe weiter *Hueck/Nipperdey*, Bd. I (Fußn. 58) § 18 IV, S. 105; *Herm. Kauffmann*, DB 1960 S. 497; *Mayer-Maly*, SAE 1962 S. 202; *Nikisch*, (Fußn. 6) Bd. I, § 27 IV 3, S. 299; *Schütze*, BB 1968 S. 1129 Fußn. 6.

⁶⁴ *Beitzke*, RdA 1951 S. 134 und DB 1958 S. 224; aus der älteren Literatur siehe etwa *Nußbaum*, Deutsches IPR, 1932, S. 272; *Vischer*, Internationales Vertragsrecht, S. 27.

⁶⁵ *Beitzke*, AR-Blattei, Rechtsquellen III, B II 1 b.

⁶⁶ *Fikentscher*, RdA 1969 S. 208.

⁶⁷ Siehe dazu *Daum*, Die besondere Struktur des Einzelarbeitsverhältnisses im italienischen Recht, Diss. Frankfurt/Main 1970.

be ist, — im öffentlichen Arbeitsrecht wird auf das ungeschriebene Territorialitätsprinzip, im Privatrecht auf die gesetzlich festgelegte (so in Italien) oder gewohnheitsrechtlich anerkannte Parteiautonomie im Schuldvertragsrecht (so in Deutschland) verwiesen — diese Tatsache rechtfertigt es, im folgenden nach einer für beide gleichen Lösung zu suchen, die zunächst eine kritische Betrachtung der eingenommenen Grundpositionen zur Voraussetzung hat.

2. Die von der herrschenden Meinung vorgenommene starre Trennung des öffentlichen vom privaten Arbeitsrecht hat die etwas unangenehme Konsequenz, daß in vielen Fällen zwei verschiedene Rechtsordnungen auf den einheitlichen Lebenssachverhalt „Arbeitsverhältnis“ Anwendung finden. Dies kann zu Widersprüchen führen, weil sich deutsches Zivilrecht nicht fügenlos in italienisches öffentliches Recht einpassen läßt und dasselbe natürlich auch bei umgekehrter Kombination gilt. Für sich allein betrachtet wiegt dieser Einwand freilich nicht schwer; Kollisionen solcher Art können bei jeder sog. Sonderanknüpfung auftreten, so etwa, wenn das nach Art. 7 EGBGB für die Geschäftsfähigkeit und das nach Art. 11 EGBGB für die Form eines Rechtsgeschäfts maßgebende Recht nicht mit der *lex causae*, den die inhaltliche Behandlung des Rechtsverhältnisses bestimmenden Normen, übereinstimmt⁶⁸. Sehr viel gravierender ist demgegenüber das Faktum, daß die Dichotomie von öffentlichem und privatem Sektor häufig zu willkürlichen und unbilligen Ergebnissen führt. Dies wird bei einem Wechsel der begrifflichen Einordnung besonders deutlich: Während das Reichsarbeitsgericht, der in der Weimarer Zeit herrschenden Auffassung folgend, das Betriebsrätegesetz als öffentlich-rechtlich qualifizierte und deshalb auf in Deutschland ansässige Betriebe beschränkte⁶⁹, müßte das Bundesarbeitsgericht von der heute dominierenden privatrechtlichen Theorie aus für das sachlich weithin übereinstimmende Betriebsverfassungsgesetz zum gegenteiligen Ergebnis kommen⁷⁰. Ebensovienig einleuchtend erscheint es, daß der öffentlich-rechtlich ausgestaltete Arbeitsplatzschutz für werdende Mütter⁷¹ auf Arbeitsverhältnisse beschränkt sein soll, die sich auf deutschem Territorium vollziehen, während das privatrechtliche Kündigungsschutzgesetz auch im Ausland tätigen Arbeitnehmern jedenfalls dann zugute kommt, wenn im Arbeitsvertrag für deutsches Recht optiert wurde⁷². Schlicht unsozial war es schließlich, wenn das Reichsarbeitsgericht einem in Frankreich bei der Zweigstelle einer deutschen Firma tätigen Schwerbeschädigten deutscher Nationalität den Schutz des Schwerbeschädigtengesetzes mit der Begründung versagte, das Territorialitätsprinzip verbiete die Anwendung öffentlich-rechtlicher Normen auf Auslandssachverhalte⁷³. Dem heutigen über die Begriffsjurisprudenz hinausgehenden Rechtsbewußtsein vermag es nicht mehr einzuleuchten, daß sich die essentielle Frage der anwendbaren Rechtsnorm nach ihrer Zuordnung zu der einen oder der anderen Hälfte der Rechtsordnung, und nicht — pauschal gesagt — nach der sozialen Funktion der zur Erörterung stehenden Institutionen richtet. Ein derartiges Vorgehen kann auch deshalb auf wenig Verständnis rechnen, als öffentliches und privates Recht sich immer mehr aufeinander zu entwickeln, indem das eine wesentliche Grundsätze des andern übernimmt⁷⁴. Als Beispiel kann einerseits der öffentlich-rechtliche Vertrag dienen, durch den zahlreiche bürgerlich-rechtliche Vorschriften in den hoheitlichen Bereich übertragen wurden⁷⁵, andererseits das sog. Verwaltungsprivatrecht, das von einer Grundrechtsbindung des Staates auch im fiskalischen Bereich ausgeht⁷⁶. Bullinger hat aus dieser engen Verflechtung, die mit zahlreichen anderen Beispielen, auch mit der Übernahme des Verhältnismäßigkeitsprinzips ins Arbeitskampfrecht⁷⁷ zu belegen ist, den Schluß gezogen, daß die Zuordnung eines Rechtsverhältnisses zum einen Bereich die Anwendung von Normen der anderen „Hemisphere“ nicht aus-

schließt⁷⁸. Auf den vorliegenden Fall angewandt, würde dies bedeuten, daß die bloße Qualifizierung als öffentlich- oder privatrechtlich keine ausreichende Grundlage für eine kollisionsrechtliche Differenzierung darstellt.

Mit dieser Feststellung allein ist freilich nur ein bescheidener Fortschritt erreicht. Wir gewinnen zwar die Möglichkeit, die Grenzen zwischen Territorialitätsprinzip und Parteiautonomie anders zu ziehen und damit der Einzelfallgerechtigkeit besser zum Durchbruch zu verhelfen — eine Rechtfertigung oder Widerlegung der beiden Grundsätze als solcher ist damit noch nicht geleistet.

3. Wenden wir unsere Aufmerksamkeit dem Territorialitätsprinzip zu, so empfiehlt es sich zunächst, diesen vieldeutigen Begriff zu präzisieren und in seine unterschiedlichen Erscheinungsformen aufzugliedern. „Territorialität“ kann einmal „intransitiv“ bedeuten, daß nur die eigenen Behörden eine bestimmte Vorschrift zu beachten haben, während sie von ausländischen Staatsorganen nicht zur Kenntnis zu nehmen ist⁷⁹. Zum andern kann die „transitive“ Bedeutung gemeint sein, wonach eine Norm nur auf Sachverhalte Anwendung findet, die im Inland entstanden sind⁸⁰.

Die erste Variante erweckt keinerlei juristische Zweifel: Aus dem Gedanken nationalstaatlicher Souveränität folgt, daß fremde Staatsorgane nicht verpflichtet werden können⁸⁰ — wobei es übrigens keine Rolle spielt, ob privatrechtliche oder öffentlich-rechtliche Normen im Spiele sind. Die zweite Variante ist die hier interessierende: Welche arbeitsrechtlichen Normen finden auf ein Rechtsverhältnis mit Auslandsberührung Anwendung? Sie gliedert sich in zwei Unterfragen: Greift — wie im Fall des in Frankreich tätigen Schwerbeschädigten — deutsches Arbeitsschutzrecht auch bei ausländischem Arbeitsort ein? Und weiter: Müssen die deutschen Gesetze notwendigerweise auf jede in der Bundesrepublik ausgeübte Tätigkeit angewandt werden oder kommt insoweit auch eine Übernahme ausländischen öffentlichen Rechts in Betracht? Das Territorialitätsprinzip gibt in beiden Fällen eine verneinende Antwort. Zumindest bei der ersten Alternative ist dies alles andere als überzeugend: Außerhalb des Arbeitsschutzrechts ist die Anwendung deutschen öffentlichen Rechts auf Auslandssachverhalte so weit verbreitet, daß — wenn überhaupt von einem Prinzip — dann nur von dem gegenteiligen der Extraterritorialität die Rede sein kann. So bestimmt etwa § 3 Abs. 1 StGB, daß das gewiß hoheitlichen Charakter tragende Strafrecht auch auf Auslandstaten eines Deutschen An-

⁶⁸ Zutreffend *Consacchi*, Riv. Dir. Int. priv. e proc. 1968 S. 9; *Gamillscheg*, Internationales Arbeitsrecht, S. 117; *Morelli*, (Fußn. 35) S. 154.

⁶⁹ RAGE 8 S. 195, 196; vgl. auch RAGE 9 S. 40, 46.

⁷⁰ Eine vertragliche Vereinbarung zugunsten der Übernahme des Betriebsrätegesetzes lag vor.

⁷¹ Mutterschutzgesetz vom 24. 1. 1952 in der Fassung vom 18. 4. 1968.

⁷² Für privatrechtliche Qualifizierung des Kündigungsschutzgesetzes: BAG, AP Nr. 10 zu IPR Arbeitsrecht.

⁷³ RAGE 9 S. 40, 42. Vermutlich war die Einsicht in die Unbilligkeit des Ergebnisses dafür maßgebend, daß das Reichsarbeitsgericht zum ersten und einzigen Mal eine Begründung für das Territorialitätsprinzip zu geben versuchte.

⁷⁴ *Bullinger*, Öffentliches Recht und Privatrecht, 1968 S. 75 ff.; *Däubler*, (Fußn. 14) S. 123 ff. jeweils mit weiteren Nachweisen.

⁷⁵ *Forsthoff*, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 9. Aufl. 1966, § 14, 1; *H. J. Wolff*, Verwaltungsrecht, Bd. I, 7. Aufl. 1968, § 44 III.

⁷⁶ *Mertens*, JuS 1963 S. 391 ff.; *Wolff*, (Fußn. 75) I § 23 II b.

⁷⁷ BAG GS, RdA 1971 S. 185 = BB 1971 S. 701.

⁷⁸ *Bullinger*, (Fußn. 74) S. 79 ff.

⁷⁹ *Vogel*, (Fußn. 15) S. 2 ff.

⁸⁰ *Vogel*, (Fußn. 15) S. 126.

wendung findet und § 43 Abs. 1 des Wehrpflichtgesetzes bezieht grundsätzlich auch den im Ausland weilenden Mitbürger mit ein. Der Lohn- und Einkommensteuer unterliegen (bei deutschem Wohnsitz und im Rahmen von Doppelbesteuerungsabkommen) auch im Ausland erzielte Einkünfte⁸¹ und selbst das Verfassungsrecht ist nicht auf innerstaatliche Tatbestände beschränkt. Dies zeigt die in Art. 87 Abs. 1 GG ausdrücklich vorgesehene Institution des Auswärtigen Dienstes sowie die in Art. 74 Ziff. 17 und 21 enthaltene Gesetzgebungskompetenz für Hochseeschifffahrt und Hochseefischerei⁸². Mit aller Deutlichkeit hat vor kurzem das Bundesverfassungsgericht betont, das in Art. 6 Abs. 1 GG jedermann gewährte Recht auf Eheschließung sei von den deutschen Gerichten entgegen ausländischem Familienrecht auch dann zu beachten, wenn eine kollisionsrechtlich relevante Auslandsbeziehung vorliege⁸³ — eine weitere Bestätigung für die These, daß die Beschränkung der Geltung öffentlich-rechtlicher Normen auf das deutsche Staatsgebiet fiktiven Charakter hat. Würde man der herrschenden Meinung im internationalen Arbeitsrecht folgen, so müßte ein in Italien tätiger deutscher Arbeitnehmer zwar unter Umständen dem deutschen Fiskus Steuern bezahlen und sich für am Arbeitsplatz begangene Straftaten vor unseren Gerichten verantworten, die Berufung auf die Arbeitszeitordnung und das Schwerbeschäftigtengesetz bliebe ihm jedoch versagt.

Auch das im Territorialitätsprinzip liegende Axiom der durchgängigen Anwendung auf alle innerstaatlichen Sachverhalte erweist sich als nicht völlig überzeugend. So ist es eine durchaus alltägliche Erscheinung, daß öffentlich-rechtliche Normen nur deutschen Staatsbürgern Befugnisse verleihen; man denke an die Grundrechte, die nicht „jedermann“, sondern nur den Deutschen im Sinne des Art. 116 GG zustehen, oder an § 10 Abs. 1 Buchst. d des Bundespersonalvertretungsgesetzes, der Ausländer vom passiven Wahlrecht ausschließt. Andererseits bezieht sich das ebenso sicher dem öffentlichen Recht zuzurechnende Fremdenrecht⁸⁴ nur auf die sich im deutschen Staatsgebiet aufhaltenden Ausländer. Eine generelle Auslegungsregel zu Gunsten einer automatischen Anwendung des eigenen öffentlichen Arbeitsrechts ist daher abzulehnen, obwohl natürlich in keiner Weise auszuschließen ist, daß der Gesetzgeber im Einzelfall eine Wirkung „erga omnes“ ausdrücklich angeordnet hat. Liegt, wie in der Regel, eine solche Bestimmung nicht vor, so stellt sich die bisher kaum erörterte Frage, ob deutsche Gerichte auch ausländisches öffentliches Recht zur Ausfüllung etwa entstandener Lücken anwenden können. Soweit ersichtlich, finden sich im positiven Recht nur Fälle, in denen eine Vorfrage nach fremden öffentlich-rechtlichen Vorschriften beurteilt wird — so wenn über die Gültigkeit (und den Umfang) einer ausländischen Enteignung zu befinden⁸⁵ oder die Straflosigkeit nach dem Tatortrecht festzustellen ist, die für die Bestrafung von Deutschen von großer, für die Bestrafung von Ausländern von ausschlaggebender Bedeutung ist⁸⁶. Die Heranziehung ausländischen öffentlichen Rechts zur Lösung einer Hauptfrage ist zwar ungewöhnlich, dürfte jedoch im Ergebnis keinen Bedenken unterliegen. Solange das Urteil nicht dem fremden Staat ein bestimmtes Verhalten anbefiehlt oder gar seine Maßnahmen aufzuheben versucht, sondern sich darauf beschränkt, einen Konflikt zwischen Privaten, in concreto zwischen den beiden Arbeitsvertragsparteien, zu lösen, solange liegt keine Verletzung fremder Souveränitätsrechte vor. Jedes andere Ergebnis sähe sich überdies dem Einwand ausgesetzt, daß die häufig zufällige und überdies leicht manipulierbare prozessuale Stellung als Vor- oder Hauptfrage schwerlich über die Anwendbarkeit oder Unanwendbarkeit eines ganzen Normenkomplexes entscheiden kann. Auch insoweit sollte daher nicht am Territorialitätsprinzip festgehalten werden.

4. Der zweite Pfeiler, auf dem das Gebäude der herrschenden Auffassung ruht, ist gleichfalls nicht von großer

Solidität. Die Parteiautonomie führt ein eigenartiges Sonderdasein abseits von allen Diskussionen um Wert und Unwert, um Inhalt und Grenzen zivilrechtlicher Vertragsfreiheit. Zu Recht hat *Fikentscher* darauf hingewiesen, die hochentwickelte „Kontrolle des gewollten Vertrags durch den gerechten Vertrag“ (Larenz) im materiellen Schuldrecht und vor allem im Arbeitsvertragsrecht stehe in eigentümlichem Gegensatz zum fast blinden Vertrauen in die Gerechtigkeit kollisionsrechtlich vereinbarter Rechtswahl⁸⁷. Diese Diskrepanz läßt sich auch nicht mit einer angeblichen Andersartigkeit der Parteiautonomie begründen. Selbst wenn man in ihr keine Ausprägung des Selbstbestimmungsprinzips⁸⁸, sondern ein Mittel zweckmäßigen Interessenausgleichs⁸⁹ oder gar nur eine zu dulden Notlösung⁹⁰ sieht, wird man sich der Frage stellen müssen, wie man auf die faktische Ausnutzung der Parteiautonomie zur Wahrung einseitiger Belange zu reagieren gedenkt⁹¹. Die Gefahr der Pervertierung zu einem Mittel der Fremdbestimmung, mit dem der Stärkere die ihm genehme Rechtsordnung oktroyiert, ist ein um so dringenderes Problem, als die einseitige Ausnutzung der materiellen Vertragsfreiheit jedenfalls vor dem zwingenden innerstaatlichen Recht halt macht, während die Parteiautonomie die Befugnis gewährt, die Anwendung der gesamten Privatrechtsordnung einschließlich ihrer „unabdingbaren“ Bestandteile auszuschließen und im weiten Rahmen des *ordre-public*-Vorbehalts durch ein Recht eigenen Geschmacks zu ersetzen⁹². Dies wäre nur dann unproblematisch, wenn sich die in Frage kommenden Arbeitsrechtsordnungen lediglich in rechtstechnischer Hinsicht unterscheiden würden. In manchen Bereichen des Zivilrechts mag dies schon mit Rücksicht auf den Einfluß des römischen Rechts zutreffen⁹³; im Arbeitsrecht gleiches zu behaupten, wäre angesichts der relativen Autonomie der nationalen Rechtsordnungen sicherlich verfehlt. So macht es etwa einen beträchtlichen Unterschied, ob das deutsche Kündigungsschutzgesetz oder das durch Kündigungsfristen abgemilderte amerikanische *hire-and-fire*-Prinzip Platz greift⁹⁴, und auch im Verhältnis zum italienischen Recht bestehen trotz grundsätzlicher struktureller Übereinstimmung zahlreiche Divergenzen, so etwa im Bereich gefahrgeneigter Arbeit⁹⁵, im Tarif-, Betriebsverfassungs- und Arbeitskammerrecht⁹⁶.

Die machtmäßige Unterlegenheit des Arbeitnehmers bei Abschluß und inhaltlicher Gestaltung des Arbeitsvertrags

⁸¹ § 1 EStG. Zu den Einzelfragen siehe die Kommentierung von *Littmann*, 1969.

⁸² *Vogel*, (Fußn. 15) S. 148.

⁸³ *BVerfG*, NJW 1971 S. 1511.

⁸⁴ *AuslG*, § 12 GewO u. a.

⁸⁵ Siehe *Kegel*, (Fußn. 22) S. 390 ff. mit weiteren Nachweisen.

⁸⁶ Vgl. § 3 Abs. 2, § 4 Abs. 2 StGB.

⁸⁷ *Fikentscher*, RdA 1969 S. 205.

⁸⁸ So für die materielle Vertragsfreiheit *Esser*, Schuldrecht, Bd. I, 4. Aufl. 1970, § 11 I; *Flume*, Das Rechtsgeschäft, § 1, 3 c; *L. Raiser*, JZ 1958 S. 1 ff.; *Ramm*, Einführung in das Privatrecht, Bd. II, 1969, S. G. 360 ff.; *Wolf*, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher Interessenausgleich, 1970, S. 8 ff.

⁸⁹ Vgl. *Bache*, Der internationale Unternehmensvertrag nach deutschem Kollisionsrecht, 1969, S. 56 ff.; *Neuhaus*, Grundbegriffe des Internationalen Privatrechts, 1962, S. 171 ff.; *Vischer*, Internationales Vertragsrecht, S. 26.

⁹⁰ *Simitis*, JuS 1966 S. 210.

⁹¹ Zutreffend *Simitis*, JuS 1966 S. 215; *Trinkner*, AWD 1966 S. 435.

⁹² Ebenso *Simitis*, JuS 1966 S. 210.

⁹³ Allzu weit generalisierend *Vischer*, (Fußn. 89) S. 26.

⁹⁴ Siehe den Fall BAG, AP Nr. 10 zu IPR Arbeitsrecht.

⁹⁵ Dazu *Daum*, (Fußn. 67).

⁹⁶ Dazu *Däubler*, (Fußn. 14) S. 50 ff. und *ArbuR* 1971 S. 189 ff.

ist so evident und in Literatur und Rechtsprechung so weitgehend anerkannt, daß an dieser Stelle keine detaillierte Begründung erforderlich erscheint⁹⁷. Zur Illustrierung der ökonomischen Zwangslage des Arbeitnehmers können die Ausführungen Hueck/Nipperdeys dienen⁹⁸, wonach „im allgemeinen der mittellose zur Verwertung seiner Arbeitskraft wirtschaftlich gezwungene Arbeitnehmer dem im Besitz der Produktionsmittel befindlichen Arbeitgeber gegenüberstehe“, woraus sich ein starkes wirtschaftliches Übergewicht des letzteren ergebe, solange beide nur als einzelne in Betracht kämen. Auch unter den Bedingungen der Vollbeschäftigung besteht die Ungleichheit der Verhandlungspositionen fort; zwar ist der Arbeitnehmer häufig nicht mehr darauf angewiesen, zwischen Vertragsannahme und Arbeitslosigkeit zu wählen, doch wird er sich meist nicht in der Lage sehen, am selben Ort eine seinen Qualifikationen entsprechende andere Arbeit zu finden⁹⁹.

Die mit der Präponderanz des Arbeitgebers gegebene Gefahr einer mißbräuchlichen, das Schutzprinzip verletzenden Rechtswahl¹⁰⁰ wird von Gamillscheg geleugnet¹⁰¹. Die Arbeitnehmerschaft habe sich in ihren Organisationen mächtige Waffen geschmiedet und eine hellhörige Gesetzgebung und Rechtsprechung tue das Ihre, um jeden Mißbrauch der Vertragsfreiheit zu unterbinden. Die Bestimmung der anwendbaren Rechtsordnung sei in Wahrheit Teil der Mitbestimmung am gemeinsamen Arbeitsbereich und wirke sich häufig zu Gunsten des Arbeitnehmers aus. Auch könne man angesichts der gewöhnlich anzutreffenden Rechtsunkenntnis bei beiden Beteiligten nicht annehmen, daß von vornherein eine unbillige Benachteiligung des Arbeitnehmers bezweckt sei¹⁰¹.

Die versuchte Ehrenrettung der Parteiautonomie überzeugt nicht. Die im Laufe der Zeit erkämpften Schutz- und Gegenrechte der Arbeitnehmer sind alles andere als zu unterschätzen — doch das Problem liegt ja gerade darin, ob es zulässig sein soll, im Vertragswege von allen diesen Normen, seien sie tariflicher, gesetzlicher oder judikativer Provenienz abzuweichen. Gamillscheg selbst beschränkt die personelle Tragweite deutscher Tarifverträge auf Fälle eines durch Individualabrede begründeten deutschen Arbeitsstatuts¹⁰² und bekennt sich entgegen verbreiteter Auffassung auch zu der These, die Betriebsverfassung folge dem Arbeitsstatut¹⁰³. Das Hauptargument fällt daher in sich zusammen — zumal es außerdem mit der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts konfrontiert werden müßte, die bei einzelvertraglichen Abreden, die Arbeitnehmerinteressen beeinträchtigen könnten, einen besonderen rechtfertigenden Grund verlangt und damit trotz Eingreifens von Gesetzen und Tarifverträgen ein berechtigtes Mißtrauen gegenüber der Arbeitsvertragsfreiheit zu erkennen gibt¹⁰⁴. Die Vorstellung, in der vertraglichen Rechtswahl vollziehe sich Arbeitnehmermitbestimmung, kann unter diesen Umständen bestenfalls naivem Wunschenken entspringen, ebenso wie der Hinweis auf die beiderseitige Rechtsunkenntnis angesichts der Rechtsabteilungen multinationaler Konzerne nicht eben Realitätssinn verrät¹⁰⁵. Der bloße Symbolcharakter der Wahlfreiheit wird schließlich durch einen Blick auf die Rechtswirklichkeit deutlich: Ein italienischer, jugoslawischer oder türkischer Gastarbeiter, der mit seinem deutschen Arbeitgeber auf Grund „freier Verhandlungen“ die Anwendbarkeit des italienischen, jugoslawischen oder türkischen Rechts vereinbart, ist allenfalls ein juristisches Schulbeispiel¹⁰⁶. Auch der deutsche Arbeitnehmer tritt nach den Worten Sieberts unter ein fertiges, selbstgeschaffenes Recht des Unternehmens¹⁰⁷, das ein so hohes Maß an Verbindlichkeit aufweist, daß die für die Einstellung neuer Arbeitskräfte zuständigen Bediensteten in aller Regel nicht die Befugnis haben, von dem ihnen vorgeschriebenen Normalschema abzuweichen¹⁰⁸.

Die Ineffektivität der Arbeitsvertragsfreiheit hat freilich neben der schwachen Marktposition des Arbeitnehmers noch einen zweiten, sehr viel seltener genannten Grund: Die Einbettung des Einzelnen in arbeitsteilige Produktionsabläufe, die ein individuelles Aushandeln der Bedingungen weithin unmöglich macht¹⁰⁹. Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit können ebensowenig wie die Fließbandgeschwindigkeit oder eine Torkontrolle nur mit dem Einzelnen verabredet werden. Zumindest auf der Ebene der Arbeitskolonne oder Abteilung, meist sogar auf der Ebene des Betriebs muß hier eine einheitliche, für alle gleichermaßen verbindliche Regelung bestehen. Wird sie nicht durch Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung herbeigeführt, so kann der Arbeitgeber die notwendige Uniformität der Bedingungen mit Hilfe seines Direktionsrechts oder dadurch herstellen, daß er allen Verträgen „Allgemeine Arbeitsbedingungen“ zugrunde legt, über die ebensowenig verhandelt wird wie über die aus dem Alltagsleben bekannten Allgemeinen Geschäftsbedingungen. In praxi dürfte dies der übliche Weg sein, so daß auch insoweit von einer freien Bestimmung des Arbeitsstatuts nicht die Rede sein kann.

Wir kommen daher zu dem Ergebnis, daß nicht nur das Territorialitätsprinzip der Rechtsgrundlage entbehrt und überdies zu unvernünftigen Lösungen führt, sondern daß auch die Parteiautonomie nur um den Preis zu rechtfertigen ist, daß der stärkeren Seite die Wahl der anwendbaren Rechtsordnung völlig überlassen bleibt und damit auch zwingende Schutzvorschriften zu ihrer Disposition gestellt werden. Das Kollisionsrecht verdient unter diesen Umständen eine Reform an Haupt und Gliedern, die die notwendige Konkordanz mit den Grundgedanken des materiellen Arbeitsrechts herstellen muß.

5. Man kann sich in einem kleinen Exkurs die Frage stellen, welche gesellschaftlichen Ursachen für die offensichtliche Insuffizienz des Internationalen Arbeitsrechts verantwortlich sind, wäre es doch allzu vordergründig, wollte man die aufgezeigten Unzulänglichkeiten allein fehlender Einsicht der mit diesen Fragen befaßten Juristen zuschreiben. Wie Klaus Vogel im einzelnen nachgewiesen hat, ist das Territorialitätsprinzip ein Kind des Absolutismus — einer Epoche also, in der sich die Personalhoheit der Standesherrn in die unumschränkte Gebietshoheit der Fürsten verwandelte¹¹⁰. Das zugrunde liegende wirtschaftliche System des Merkantilismus erlaubte eine juristische Selbstbeschränkung, die dem eigenen Recht volle Wirksamkeit nur im Innern, dort aber auch gegenüber fremden Staatsangehörigen sicherte. Die Entstehung der

⁹⁷ Vgl. etwa Apel, BB 1968 S. 1445; F. Neumann, RdA 1951 S. 1; Radbruch, Rechtsphilosophie, 5. Aufl. 1956, S. 247; Richardt, Kollektivgewalt und Individualwille bei der Gestaltung des Arbeitsverhältnisses, 1968, S. 110.

⁹⁸ Bd. I (Fußn. 58) § 7 I S. 26.

⁹⁹ Zutreffend Wolf, (Fußn. 88) S. 12, 13.

¹⁰⁰ So auch Fikentscher, RdA 1969 S. 205; Szaszy, Dir. Int. 1967 S. 242; Trinkner, AWD 1966 S. 435. Im Prinzip ebenso Simitis, JuS 1966 S. 215, der allerdings nur das allgemeine Vertragsrecht behandelt.

¹⁰¹ Internationales Arbeitsrecht, S. 115.

¹⁰² Internationales Arbeitsrecht, S. 360 ff.

¹⁰³ Internationales Arbeitsrecht, S. 370.

¹⁰⁴ BAGE 10 S. 65, 71; 13 S. 129, 134; 19 S. 164, 179.

¹⁰⁵ Zur Gamillscheg'schen Methode vgl. auch Kronstein (Fußn. 2) S. 273 f.

¹⁰⁶ Zu den Musterarbeitsverträgen siehe Fußn. 8.

¹⁰⁷ Siebert, Festschrift Nipperdey, 1955, S. 119 ff.

¹⁰⁸ Söllner, Einseitige Leistungsbestimmung im Arbeitsverhältnis, 1966, S. 11. Zur Praxis der Arbeitsvertragsfreiheit vgl. insbesondere auch Rehahn, ArbuR 1963 S. 241 ff.

¹⁰⁹ Hoffmann, Rechtsfortschritt durch werkschaftliche Gegenmacht, 1968, S. 37 f.; Söllner, (Fußn. 108) S. 13 ff. mit weiteren Nachweisen.

¹¹⁰ Vogel, (Fußn. 15) S. 57 ff.

bürgerlichen Warenwirtschaft, die ihren geistesgeschichtlichen Ausdruck im wirtschaftlichen und politischen Liberalismus fand, sprengte die überkommenen Fesseln: Der Freihandel wurde zur neuen ökonomischen Leitidee. Seine juristische Bewältigung konnte nicht mehr mit den Kategorien des alten Kollisionsrechts erfolgen. Das materielle Privatrecht, das den Handel der autonomen Wirtschaftssubjekte zu regeln hatte, wurde aus dem Territorialitätsprinzip ausgeklammert und grundsätzlich privat-autonomer Bestimmung überlassen. Dies war um so unproblematischer, als die Zivilrechtsordnungen der entwickeltesten Länder in ihren Grundstrukturen übereinstimmten und überdies als vorpositives Recht angesehen wurden¹¹¹. Entsprechend dem liberalen Wirtschaftsmodell wurde jedes Rechtssubjekt als gleich (ohn-)mächtig angesehen, so daß die freie vertragliche Vereinbarung auch im Kollisionsrecht aufs Ganze gesehen zu einem materiell gerechten Ergebnis führen konnte. Die Beibehaltung des Territorialitätsprinzips auf dem engen Sektor der Tätigkeit des sog. Nachtwächterstaats war unschädlich, da sich insoweit nicht dasselbe Maß an Auslandsberührungen ergab.

Auf diesem frühliberalen Stand ist das Internationale Arbeitsrecht im Grunde bis heute stehen geblieben; die inzwischen eingetretenen Veränderungen wurden nicht zur Kenntnis genommen. Das hatte zur Folge, daß die im Arbeitsrecht besonders eklatante Pervertierung der Privatautonomie zum Mittel einseitiger Interessendurchsetzung ebensowenig Beachtung fand wie die Entwicklung zum sozialen Vorsorgestaat, auf den — wie die Beispiele des Betriebsrätegesetzes und des Schwerbeschädigtengesetzes zeigen — das Territorialitätsprinzip nur noch in sehr beschränktem Umfange paßt. Das starre Festhalten an liberalen Institutionen hatte hier — wie auch in anderen Teilen des Rechtssystems¹¹² — die Konsequenz, die Position des an sich schon Stärkeren zu festigen. Territorialitätsprinzip auf das Arbeitsschutzrecht angewandt bedeutet konkret, den im Ausland tätigen Arbeitnehmern die Berufung auf die deutschen Gesetze zu versagen und — jedenfalls im Verfahren vor deutschen Gerichten — auch die Vorschriften des ausländischen Rechts nicht eingreifen zu lassen¹¹³. Die Konsequenz ist sozialer Abbau für eine bestimmte Gruppe von Arbeitnehmern und damit gleichzeitig Erweiterung der Dispositionsbefugnisse des Arbeitgebers. Dasselbe gilt für die Parteiautonomie, die unter den gegebenen Bedingungen nicht etwa auf der Ebene eines tendenziell gerechten Interessenausgleichs Selbstbestimmung verwirklicht, sondern dem Unternehmer die Möglichkeit eröffnet, im Rahmen des vom Kollisionsrecht gewährten Spielraums das ihm genehmste Recht zu wählen.

VI. Die eigene Lösung

1. Die Unzulänglichkeiten der bislang herrschenden Meinung könnten uns den Entschluß nahelegen, das Überkommene insgesamt über Bord zu werfen und einen radikalen Neuanfang zu versuchen. So hat Szaszy vorgeschlagen, das Arbeitsstatut nach dem Betriebsort zu bestimmen und jede Änderung durch die Arbeitsvertragsparteien auszuschließen¹¹⁴. Zur Begründung hat er durchaus zutreffend darauf hingewiesen, damit werde die einheitliche rechtliche Behandlung aller Aspekte des Arbeitsverhältnisses sichergestellt und der leidige Streit um die Abgrenzung von öffentlichem und privatem Recht gegenstandslos gemacht¹¹⁵. Die *lex loci laboris* sei in aller Regel auch mit der *lex fori* identisch, so daß die bei Anwendung ausländischen Rechts immer bestehende zusätzliche Gefahr von Rechtsirrtümern wegfallen¹¹⁶. Dem ließe sich noch hinzufügen, die zwingende Anknüpfung an den Betriebsort sichere die Gleichbehandlung aller Arbeitnehmer und sei auch deshalb gegenüber der individuellen Begünstigungen ermöglichenden Parteiautonomie vorzuziehen¹¹⁷.

Damit sind zwar die wichtigsten Vorteile, nicht jedoch die Nachteile der ins Auge gefaßten Lösung aufgezeigt. Die zwingende Unterstellung unter das Recht des Betriebsortes hat zur Folge, daß deutsche beziehungsweise italienische Arbeitnehmer sich unter Umständen arbeitsrechtlichen Regelungen ausgesetzt sehen, die sehr weit hinter die Garantien ihres Heimatrechts zurückgehen. So kann etwa von Entwicklungsländern nicht dasselbe Maß an Sozialleistungen erwartet werden, das sich ein fortgeschrittener Industriestaat selbst dann leisten kann, wenn er seine Wirtschaft auf dem Gewinnmaximierungsprinzip aufbaut¹¹⁸. Überdies wird insbesondere bei einer nicht mehr als Ausstrahlung zu qualifizierenden vorübergehenden Tätigkeit bisweilen bei allen Beteiligten ein materielles oder immaterielles Bedürfnis bestehen, einen Statutenwechsel zu vermeiden. Soll man es wirklich einer Gruppe deutscher Arbeitnehmer unmöglich machen, während einer zweijährigen Auslandstätigkeit nach deutschem Recht zu leben und sich eine Betriebsvertretung nach deutschem Betriebsverfassungsrecht zu wählen? Mir scheint, die richtige Lösung muß derartigen Schematismus vermeiden. Zunächst gilt es in Erinnerung zu rufen, daß die Parteiautonomie oben nur abgelehnt wurde, weil sie das Machtgefälle zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer sowie den kollektiven Charakter zahlreicher Arbeitsbedingungen mißachtete. Würden beide Fehler vermieden, wäre sie als Mittel der Anpassung an die individuellen Bedürfnisse uneingeschränkt zu akzeptieren. Eine solche „verbesserte“ Privatautonomie kennt das materielle Arbeitsrecht, bisher jedoch nicht das deutsche und italienische Kollisionsrecht: Es ist das Tarifsysteem. Seinem Anspruch nach hebt der Tarifvertrag das Ungleichgewicht im Arbeitsverhältnis auf, seinem Regelungsbereich nach erfaßt er auch die kollektiven Arbeitsbedingungen. Nicht die Abrede zwischen Unternehmer und einzelner Beschäftigter, sondern der Kollektivvertrag ist daher das geeignete Mittel, um die Wahl des Arbeitsstatuts vorzunehmen¹¹⁹. Damit wird nicht mehr und nicht weniger als eine liberale Wertentscheidung festgehalten: Das die Individualvertragsfreiheit tragende Selbstbestimmungsprinzip soll auch unter veränderten Umständen Verwirklichung finden.

¹¹¹ Dazu eingehend Vogel, (Fußn. 15) S. 215 ff., der insbesondere das System Savignys auf seine gesellschaftlichen Konstituierungsbedingungen hin befragt.

¹¹² Vgl. etwa die Auseinandersetzungen um das Wesen der Grundrechte als Ausgrenzungen aus der staatlichen Hoheitsgewalt beziehungsweise als Staat und Gesellschaft gestaltende Wertentscheidungen. Dazu Däubler, (Fußn. 14) S. 76 f. mit weiteren Nachweisen.

¹¹³ Die Übernahme in die Fürsorgepflicht stellt nur einen unvollständigen Ersatz dar. Da außerhalb des öffentlichen Dienstes während des bestehenden Arbeitsverhältnisses in aller Regel nicht prozessiert wird (siehe die Angaben bei Ramm in: Naucke-Trappe, Rechtssoziologie und Rechtspraxis, 1970, S. 169), steht der Erfüllungsanspruch immer und der Schadensersatzanspruch meist auf dem Papier. Die einzigen wirksamen Sanktionen — nämlich die Vornahme hoheitlicher, insbesondere strafrechtlicher Maßnahmen entfallen jedoch nach dieser Meinung, da sie nicht ins Zivilrecht übertragbar sind.

¹¹⁴ Szaszy, Dir. Int. 1967 S. 242.

¹¹⁵ Szaszy, Dir. Int. 1967 S. 243 f.

¹¹⁶ Szaszy, Dir. Int. 1967 S. 244.

¹¹⁷ So Nikisch, (Fußn. 6) I, § 27 IV 2, S. 298 für den Betriebsort als subsidiäre Anknüpfung. Siehe auch Beitzke, DB 1958 S. 224; Schnorr von Carolsfeld, RdA 1958 S. 202.

¹¹⁸ Auf dieses Problem weist auch Consacchi, Riv. Dir. Int. priv. e proc. 1968 S. 13, hin.

¹¹⁹ Hueck/Nipperdey, (Fußn. 58) I, § 18 IV und II/1 § 26 VI, S. 532, halten zwar eine Rechtswahl durch Tarifvertrag für möglich, beziehen sie aber nur auf die Tarifwirkungen und sehen im Ausland geleistete Arbeit nur dann als erfaßt an, „wenn überhaupt deutsches Recht anzuwenden ist“, d. h., eine entsprechende privatautonome Option vorliegt.

2. Die tarifliche Rechtswahl schafft keine relevanten rechtstechnischen Schwierigkeiten. Die Tariffähigkeit der Verbände und des einzelnen Arbeitgebers richtet sich — ebenso wie die Tarifwirkungen — nach der vereinbarten Rechtsordnung, so daß etwa ein österreichischer Unternehmer zwar einen Firmentarif deutschen oder italienischen Rechts, nicht jedoch einen Kollektivvertrag nach seiner Heimatrechtsordnung abschließen kann¹²⁰. In Analogie zu Art. 7 Abs. 3 EGBGB dürfte es allerdings ausreichen, wenn das Recht des Abschlußorts beiden Parteien die Befugnis zur Vereinbarung von Tarifverträgen zubilligt¹²¹.

Die eigentliche Rechtsanwendungsproblematik liegt in der Einbeziehung des öffentlichen Rechts. Zwar besteht nach dem Abbau des Territorialitätsprinzips keine Veranlassung mehr, das Wahlrecht auf die Privatrechtsnormen zu beschränken, doch scheint es notwendig, einige verbliebene Schwierigkeiten aus dem Weg zu räumen. Das Reichsarbeitsgericht hat die Anwendung des Betriebsrätegesetzes auf deutsche Arbeitnehmer im Ausland unter anderem auch mit der Begründung abgelehnt, es fehle außerhalb des eigenen Staatsgebiets an zuständigen Behörden und Gerichten, so daß das Gesetz nicht vollziehbar sei¹²². Auch für das geltende Betriebsverfassungsgesetz könnte trotz seiner privatrechtlichen Qualifizierung die Frage auftauchen, wer im Konfliktfalle den Vorsitzenden der Einigungsstelle bestimmt und welches Arbeitsgericht über den Einspruch des Betriebsrats gegen Einstellungen entscheidet¹²³. Außerdem bedarf es beispielsweise einer Klärung, welche Hauptfürsorgestelle der Kündigung eines Schwerbeschädigten zustimmen muß und wie bei Auslandsarbeiten die zuständige Behörde nach § 9 Abs. 3 MuSchG zu bestimmen ist.

Die ausländischen Gerichte und Behörden können ähnliche Funktionen wie ihre deutschen Entsprechungen erfüllen und im Einzelfall auch bereit sein, die deutschen Gesetze anzuwenden. Für ein derartiges Entgegenkommen besteht jedoch keine Gewähr; erst recht ist der inländische Gesetzgeber nicht in der Lage, die Organe eines fremden Staates zu einem solchen Verhalten zu verpflichten. Soll daher die Wahl des deutschen Arbeitsstatuts nicht zu ungerechten oder unsinnigen Ergebnissen führen, so muß die Einschaltung von deutschen Gerichten und Behörden möglich sein¹²⁴.

Was zunächst die Bestimmung der kompetenten Rechtsprechungsorgane betrifft, so unterliegt es keinem Zweifel, daß Klagen aus dem Arbeitsverhältnis und Streitigkeiten zwischen Tarifparteien auch dann im allgemeinen Gerichtsstand des Beklagten erhoben werden, wenn der Arbeitsort im Ausland liegt. Problematisch erscheint nur das Beschlußverfahren, das gemäß § 82 Satz 1 ArbGG bei dem Gericht stattfindet, in dessen Bezirk der Betrieb liegt, so daß bei ausländischen Niederlassungen keine Kompetenz begründet wäre. Hier ist zur Vermeidung von Rechtsverweigerung eine Anpassung der deutschen Rechtsnorm an den Auslandssachverhalt vonnöten: § 82 Satz 1 ArbGG muß auch dann eingreifen, wenn nur das Stammunternehmen im Inland liegt. Rechtskonstruktiv stellt eine derartige Modifikation innerstaatlicher Vorschriften durchaus kein völliges Novum dar. So sieht beispielsweise das Gesetz selbst in § 92 c HGB eine abweichende Regelung für ausschließlich im Ausland tätige Handelsvertreter vor und die Rechtsprechung pflegt trotz Anwendung des deutschen Rechts den Inhalt der guten Sitten im Sinne des § 1 UWG an die fremde Marktverfassung anzupassen, wenn sich der Wettbewerb außerhalb des eigenen Staatsgebiets abspielt¹²⁵. Schwierigkeiten ergeben sich nur bei Fehlen eines deutschen Stammunternehmens — ein Fall, der außerhalb unseres Untersuchungsfeldes liegt, und der am besten mit einer analogen Anwendung des § 36 ZPO zu bewältigen ist. Entsprechende Grundsätze gelten für die Zuständigkeit deutscher Behörden, wobei auch hier primär auf den Sitz des Unternehmens abzustellen ist.

Auch die rechtstechnischen Hindernisse der Anwendung ausländischen öffentlichen Rechts durch einheimische Behörden und Gerichte sind nicht unüberwindlich. Wie bereits ausgeführt, bestehen gegen den Grundsatz als solchen keine Bedenken, da die *ordre-public*-Klausel ein ausreichendes Korrektiv bildet. Dies gilt sogar für Strafvorschriften wie Art. 38 des italienischen Arbeitnehmerstatuts¹²⁶, da nicht einzusehen ist, warum bei frei ausgehandelter Rechtswahl die akzeptierte Ordnung nur bruchstückhaft — nämlich vermindert um ihre schärfsten Sanktionen — Anwendung finden soll. Die darin liegende Verbiegung ihres Systems, durch die die Erfüllung weiterer Vorschriften gefährdet wird, ist durch nichts zu rechtfertigen; auch der Grundsatz „*nulla poena sine lege*“ ist nicht berührt, wenn die (rechtsstaatskonforme) Strafnorm nicht „automatisch“, sondern kraft tariflicher Vereinbarung gilt, kann doch der Einzelne die Strafbarkeit seines Tuns in vollem Umfang voraussehen¹²⁷.

Schließlich könnte man der hier vertretenen Auffassung entgegenhalten, die Einbeziehung des öffentlichen Rechts führe zu zahllosen Normwidersprüchen: Da ausländische Staaten in der Regel dem Territorialitätsprinzip anhängen, nütze die Anwendung deutschen Rechts bei Arbeit im Ausland wenig, da im Ergebnis ja doch die öffentlich-rechtlichen Vorschriften des fremden Staates durchgesetzt würden.

Richtig ist zunächst, daß es zu derartigen Normenkollisionen kommen kann. Im extremsten Fall führen sie zu widersprechenden Imperativen — so wenn das Recht A unter Androhung von zivil- oder gar strafrechtlichen Sanktionen die Vornahme einer bestimmten Handlung befiehlt, während das Recht B gerade diese Handlung — etwa Arbeit an einem nationalen Feiertag — verbietet. Hier ist es im Grunde selbstverständlich, daß dem deutschen Staatsbürger keine Zuwiderhandlungen gegen die

¹²⁰ Österreich kennt keinen Firmentarif. Siehe dazu *Mayer-Maly*, Österreichisches Arbeitsrecht, 1970, S. 187 ff. Die Fragestellung hat natürlich nur dann Sinn, wenn Berührungspunkte zu allen drei Rechtsordnungen bestehen.

¹²¹ Für ausschließliche Maßgeblichkeit des Heimatrechts *Gamillscheg*, Internationales Arbeitsrecht, S. 360; *Hueck/Nipperdey*, a. a. O., II/1 § 26 VI, S. 532.

¹²² RAGE 8 S. 195, 199.

¹²³ Mit *Gamillscheg*, Internationales Arbeitsrecht, S. 372 anzunehmen, dieser Fall werde schon nicht eintreten und es handle sich „um durchaus minder wichtige Hilfsnormen“, führt nicht weiter.

¹²⁴ Das bedeutet, daß bei Wahl des deutschen materiellen Rechts die deutsche Gerichtsbarkeit nicht ausgeschlossen werden kann; andererseits liegt in der Wahl eines deutschen Gerichtsstands nicht notwendigerweise auch eine Entscheidung zugunsten des deutschen Arbeitsrechts (ebenso zur zweiten Frage BAG, NJW 1955 S. 1005). Im übrigen liegt eine Prorogation im freien Willen der Parteien (ebenso RAGE 16 S. 236, 240; RAG, ARS 20 S. 166; BAG, AP Nr. 11 zu IPR Arbeitsrecht), wobei jedoch wegen des Schutzprinzips die Einschränkung zu machen ist, daß der Ausschluß bestehender Zuständigkeiten nur durch Tarifvertrag möglich ist. Siehe dazu auch *Balladore-Pallieri*, a. a. O. (Fußn. 35) S. 350; *Fikentscher*, RdA 1969 S. 208 (Gerichtsbarkeit des Arbeitsorts, wenn Schutzprinzip verletzt).

¹²⁵ BGH, JZ 1964 S. 369 ff.

¹²⁶ Dazu *Däubler*, ArbuR 1971 S. 191 und *Freni-Giugni*, (Fußn. 13) S. 159 ff.

¹²⁷ Nicht überzeugend *Szaszy*, International Labour Law, S. 187, der die Verhängung von Strafsanktionen ablehnt und dafür eine Umformung der Rechtsfolge in Schadensersatz oder Lizenzentzug vorschlägt. Fehlt es im Einzelfall, etwa mangels Publikation, an der Kenntnis des Tarifvertrags, so muß mangels Verschuldens die Strafbarkeit entfallen. Zumindest in diesem Sonderfall ist die sog. Vorsatztheorie anzuwenden.

ausländischen Vorschriften zuzumuten sind — das eigene Recht tritt im Ergebnis zurück¹²⁸. Freilich bedeutet dies nicht, daß nunmehr doch zwei unterschiedliche Rechtsordnungen eingreifen; das ausländische Recht ist vielmehr nur wie eine Tatsache zu berücksichtigen, die die Rechtswidrigkeit und Vorwerfbarkeit eines nach deutschem Recht zu beurteilenden Verhaltens ähnlich beeinflußt wie der Tatbestand der höheren Gewalt. Wesentliche Ungeheimheiten oder Widersprüche ergeben sich dadurch nicht.

Von diesem direkten Aufeinanderprallen zweier Rechtsnormen ist das Fehlen des sog. Entscheidungseinklangs zu unterscheiden. Steht ein ausländisches Kollisionsrecht auf dem Standpunkt, nur sein eigenes öffentliches Recht sei beachtlich, so kann das zur Folge haben, daß es im konkreten Fall zu einem abweichenden Ergebnis gelangt. Dies ist bedauerlich, aber auch im Bereich des allgemeinen Internationalen Privatrechts alles andere als eine Seltenheit, da das Nebeneinander von Ländern mit Domizil — und von Ländern mit Staatsangehörigkeitsprinzip automatisch eine große Zahl derartiger Divergenzen mit sich bringt. Hier kann nur die Vereinheitlichung des Kollisionsrechts dauernde Abhilfe schaffen — ein notwendiges Vorhaben, das im übrigen gerade in den öffentlich-rechtlichen Parallelbereichen der Sozialversicherung und des Steuerrechts bereits ansatzweise Verwirklichung gefunden hat. Das gelegentliche Fehlen des Entscheidungseinklangs ist jedenfalls kein Grund, das eigene Kollisionsrecht auf dem Stand zu halten, den es unter völlig anderen gesellschaftlichen Voraussetzungen bereits in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts erreicht hatte — es ist allenfalls als Aufforderung an die auswärtige Gewalt und den Gesetzgeber zu werten, neben Sozialversicherungsauch Arbeitsschutzabkommen in Erwägung zu ziehen.

3. Bisher scheint die Rechtswahl durch Tarifvertrag keine große praktische Bedeutung zu besitzen¹²⁹. Zwar mag sich dies in Zukunft ändern, zumal sich der vieldiskutierte Europäische Tarifvertrag unter anderem auch durch Option für eine der sechs nationalen Rechtsordnungen realisieren ließe¹³⁰. Vorläufig empfiehlt es sich jedoch dringend, nach der subsidiären Rechtsordnung zu suchen, die bei Untätigkeit der Tarifpartner eingreift.

Zunächst liegt auch hier die Anknüpfung an den Betriebssitz als den Schwerpunkt des Arbeitsverhältnisses nahe, zumal sie neben den bereits erwähnten Vorzügen die manchen beruhigende Tatsache für sich ins Feld führen kann, daß sich insoweit Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre ergeben würde¹³¹. Gleichwohl bleibt ein beachtliches Bedürfnis unbefriedigt, nämlich das Bestreben einzelner Arbeitsvertragsparteien, auch ohne Tarifvertrag die Geltung der *lex loci laboris* zu Gunsten ihres Heimatrechts auszuschließen. Als Mittel kommt wiederum nur eine Vereinbarung in Betracht, die die bekannten Nachteile der Parteiautonomie vermeidet, die also nicht zum Mittel einseitiger Durchsetzung von Arbeitgeberinteressen werden kann.

Versucht man auch hier, die Parallele zum materiellen Arbeitsrecht zu ziehen, so stößt man auf das in § 4 Abs. 3 TVG positivierte Günstigkeitsprinzip. Aus ihm ergibt sich ein Anhaltspunkt für den allgemeineren, aus dem Staatsstaatsprinzip abzuleitenden Satz, daß die Vertragsfreiheit grundsätzlich nur zu Gunsten des Arbeitnehmers wirken darf. Auf das Internationale Arbeitsrecht übertragen würde dies zunächst bedeuten, daß die Arbeitsvertragsparteien von der „an sich“, d. h. ohne besondere Abmachung eingreifenden *lex loci laboris* nur abweichen dürfen, wenn sich dadurch eine Besserstellung des Arbeitnehmers ergibt¹³². In dieser allgemeinen Ausprägung ist das internationalarbeitsrechtliche Günstigkeitsprinzip zwar ein getreues Abbild seiner materiellrechtlichen Entsprechung, stößt jedoch auf unüberwindliche praktische Schwierigkeiten. Während sich ein Tarifvertrag und eine

mehrere Klauseln umfassende vertragliche Abmachung noch unter dem Aspekt der Arbeitnehmerbegünstigung vergleichen lassen¹³³, ist dies bei zwei verschiedenen nationalen Rechtsordnungen ausgeschlossen. Ein derartiges Unterfangen würde nicht nur die Gerichte überfordern, die ein geradezu enzyklopädisches Wissen und einen riesigen Mitarbeiterstab benötigen würden; auch das Ergebnis müßte selbst bei optimalen Arbeitsbedingungen ungewiß bleiben, da sich objektive Kriterien für einen wertenden Vergleich kaum finden lassen. Wie sollte sich ein Richter verhalten, wenn das Recht A viel Urlaub und schlechten Kündigungsschutz, das Recht B wenig Urlaub und guten Kündigungsschutz gewährt und im übrigen keine signifikanten Unterschiede bestehen? Was wäre das Ergebnis, wenn das italienische Arbeitnehmerstatut dem deutschen Betriebsverfassungsgesetz gegenübergestellt würde? Ist — schlagwortartig gesprochen — mehr Streikrecht oder mehr institutionelle Mitbestimmung mit anschließender Zwangsschlichtung vorzuziehen?

Die Beantwortung dieser Fragen scheint nicht nur höchst problematisch, sondern letztlich auch überflüssig. Nimmt man den Grundgedanken der zu Gunsten des Arbeitnehmers wirkenden Parteiautonomie ernst, so kann und darf es nicht Aufgabe der Gerichte sein, die eigenen Werturteile den Beteiligten aufzudrängen. Vielmehr muß der Arbeitnehmer darüber entscheiden, welche nationale Regelung seinen Vorstellungen besser entspricht. Die parteiautonome Vereinbarung einer von der *lex loci laboris* abweichenden Rechtsordnung hat daher zur Folge, daß der Arbeitnehmer bei jeder konkreten Auseinandersetzung sich zu Gunsten der einen oder zu Gunsten der anderen Lösung entscheiden kann. So wäre bis vor kurzem ein bei der italienischen Zweigstelle einer deutschen Firma tätiger Angestellter berechtigt gewesen, im Falle der Kündigung entweder die Entschädigung nach italienischem Recht oder die Wiedereingliederung nach deutschem Kündigungsschutzgesetz zu erstreben¹³⁴. Was ihm versagt bleibt, ist eine „Rosintheorie“, die die Abfindung mit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses verbindet, würde doch ein derartiges Ergebnis nicht nur über das Günstigkeitsprinzip „hinausschießen“, sondern auch dem international privatrechtlichen Satz widersprechen, daß das Kollisionsrecht nicht zu Ergebnissen führen darf, die von keiner der angewandten materiellen Rechtsordnungen gebilligt werden¹³⁵.

Auch die alternative Berufung auf das eine oder das andere Recht mag auf den ersten Blick ungewöhnlich erscheinen. Dennoch findet sich eine gleichartige Lösung bereits im Gesetz, da Art. 11 Abs. 1 EGBGB für die Wahrung der Form sowohl die *lex causae* als auch die *lex loci contractus* ausreichen läßt und damit dem am Fortbestand des Vertrags interessierten Teil die Möglichkeit gibt, sich jeweils auf die ihm günstigste Rechtsordnung zu berufen. Ein ähnlicher Fall eines alternativen Statuts ergibt sich, wenn bei einem Delikt Handlungs- und Erfolgs-

¹²⁸ Wengler, JZ 1965 S. 23.

¹²⁹ Vgl. Hueck/Nipperdey, (Fußn. 58) II/1 § 26 VI, S. 532.

¹³⁰ Zum Europäischen Tarifvertrag siehe Steinberg, RdA 1971 S. 18 ff., der allerdings diesen Fall nicht erörtert.

¹³¹ Vgl. Gamillscheg, Internationales Arbeitsrecht, S. 125 ff. mit weiteren Nachweisen.

¹³² So bisher nur Lyon-Caen, Droit social européen, 1969, S. 271. Vgl. auch Pocar, Riv. Dir. Int. priv. e proc. 1967, S. 742 ff. und Rev. crit. dr. int. priv. 1970, S. 684.

¹³³ Zu den auftauchenden Problemen siehe Hueck/Nipperdey/Stahlhacke, Kommentar zum TVG, 4. Aufl. 1964, § 4 Rn. 237 ff.

¹³⁴ Durch das Arbeitnehmerstatut vom 20. 5. 1970 wurde die „reintegrazione“ auch ins italienische Arbeitsrecht eingeführt. Für Bestimmung der günstigeren Lösung aus dem Einzelfall heraus siehe Jayme, StAZ 1971 S. 73.

¹³⁵ Kegel, (Fußn. 22) S. 108 ff.

ort in verschiedenen Rechtsgebieten liegen und das dem Geschädigten günstigste Recht angewandt wird¹³⁶. Es ist daher nicht einzusehen, warum man im Arbeitsrecht auf diese Rechtsfigur verzichten sollte, obwohl sie dem hier im Vordergrund stehenden Schutzprinzip in vollem Umfang gerecht zu werden verspricht.

Die hier vertretene Konzeption erhält zusätzliche Unterstützung aus dem Bereich des Europäischen Gemeinschaftsrechts. Art. 48 Abs. 2 EWG-Vertrag, Art. 8 der EWG-VO Nr. 15 und andere Vorschriften¹³⁷ verbieten jede auf der Staatsangehörigkeit beruhende Differenzierung zwischen einzelnen Arbeitnehmern in bezug auf Beschäftigung, Entlohnung und sonstige Arbeitsbedingungen. Konkret gesprochen darf kraft des EWG-Rechts ein deutscher Arbeitnehmer in Italien nicht schlechter als seine italienischen Kollegen behandelt, ein italienischer Arbeiter in Deutschland muß den deutschen Beschäftigten gleichgestellt werden. Schnorr hat vor kurzem darauf hingewiesen, daß diese Vorschriften zwei Auslegungen zulassen¹³⁸: Entweder sieht man in ihnen internationale Rechtsanwendungsnormen, die eine den Ausländer benachteiligende Rechtswahl verbieten, oder man spricht ihnen jeden kollisionsrechtlichen Charakter ab und beschränkt sie auf ein materiell-rechtliches Willkürverbot. Der Europäische Gerichtshof hat diese Frage zwar nicht ausdrücklich entschieden¹³⁹, scheint jedoch zur ersten Auffassung zu neigen, da er das deutsche Arbeitsplatzschutzgesetz automatisch auch auf italienische Arbeitnehmer erstreckte und dies unmittelbar aus dem Diskriminierungsverbot ableitete. Dem ist auch uneingeschränkt zuzustimmen, da das Diskriminierungsverbot einen großen Teil seiner Effektivität einbüßen würde, könnte im Wege der einzelvertraglichen Abrede eine andere Rechtsordnung für anwendbar erklärt werden. Dem kann man auch nicht mit *Gamillscheg* entgegenhalten, die Gleichbehandlung sei gerade durch die gegenüber jedem Arbeitnehmer bestehende Wahlfreiheit gewährleistet¹⁴⁰. Einmal wäre weiter nach dem sachlichen Grund zu fragen, der im einen Fall zur Vereinbarung eines neuen Arbeitsstatuts, im anderen zur Beibehaltung der *lex loci laboris* führt, und der sicherlich nicht in der unterschiedlichen Staatsangehörigkeit der einzelnen Arbeitnehmer liegen kann. Zum andern sind keineswegs immer die Voraussetzungen für das Eingreifen der Regeln des internationalen Arbeitsrechts und damit der Wahlfreiheit gegeben. Zwar wird bei einer Tätigkeit für eine ausländische Zweigstelle stets eine ausreichende Auslandsberührung vorliegen, doch ist dies anders, wenn in einem inländischen Unternehmen nebeneinander eigene und fremde Staatsangehörige tätig sind, da sich nur für die letzteren die Frage nach dem anwendbaren Recht stellt.

Legt man das Diskriminierungsverbot des EWG-Rechts in dieser Weise aus, so könnte man *prima vista* zu dem Schluß kommen, allein die zwingende Anknüpfung an den Betriebsort könne dem Gleichbehandlungsgrundsatz gerecht werden; jede vertragliche Bestimmung der anwendbaren Rechtsordnung sei ausgeschlossen. Damit würde man jedoch nicht nur in den schon oben kritisierten Schematismen verfallen, sondern auch das Ziel der gemeinschaftsrechtlichen Normen verfehlen. Obwohl etwa Art. 8 Abs. 1 der VO Nr. 15 in einer sehr allgemeinen Formulierung davon spricht, der ausländische Arbeitnehmer dürfe „nicht anders behandelt werden“ als der eigene Staatsangehörige, ist es Zweck der Vorschrift, lediglich eine Schlechterstellung des von Hause aus schwächeren Ausländers zu verhindern. Es soll wie *Lyon-Caen* treffend bemerkte, keine Arbeitskräfte auf Rabatt, keine Ausbeutungsobjekte zu Schleuderpreisen geben¹⁴¹. Was nicht ausgeschlossen werden soll ist der allerdings seltene Fall einer Besserstellung, die Gewährung zusätzlicher Vorteile an Staatsangehörige anderer Mitgliedsländer. Kollisionsrechtlich bedeutet dies, daß im Verhältnis zwischen Deutschland und Italien das Recht des jeweiligen Betriebsortes als Minimalgarantie eingreifen muß, daß zu

Gunsten des Arbeitnehmers aber wahlweise auch eine andere Rechtsordnung vereinbart werden kann¹⁴². Das internationalarbeitsrechtliche Günstigkeitsprinzip stellt unter diesen Umständen die einzig mögliche Synthese zwischen dem Gleichbehandlungsgrundsatz des EWG-Rechts und dem Bedürfnis der Beteiligten nach Anpassung an die Bedingungen des Einzelfalls dar.

4. Die theoretische Folgerichtigkeit des Günstigkeitsprinzips darf nicht darüber hinwegtäuschen, daß seine praktische Tragweite nicht unbeschränkt ist. Sicherlich ist es möglich, Urlaub, betriebliche Sozialleistungen und allgemeinen Kündigungsschutz gewissermaßen alternativ anzubieten. Erste Schwierigkeiten entstehen schon, wenn es um Genehmigungspflichten nach dem Mutterschutz- oder Schwerbeschäftigtengesetz geht, weil es jedenfalls keine Selbstverständlichkeit darstellt, daß unter Umständen zwei verschiedene Behörden eingeschaltet werden müssen. Könnte man hier noch dadurch Abhilfe schaffen, daß man den Arbeitnehmer für verpflichtet hält, sich bereits vor Einleitung eines entsprechenden Verfahrens für die anwendbare Rechtsordnung zu entscheiden, so scheidet ein solcher Ausweg aus, sobald es um kollektivrechtliche Probleme geht. Aus unmittelbar einsichtigen Gründen ist es nicht möglich, alternativ nach deutscher oder italienischer Betriebsverfassung zu verfahren und es dem einzelnen Arbeitnehmer zu überlassen, ob er sich etwa im Konfliktfall auf die Nichteinschaltung der betrieblichen Gewerkschaftsvertretung des Arbeitnehmerstatuts oder auf die Mißachtung der Betriebsratsbefugnisse beruft. Hier sind von vornherein klare Verhältnisse unabdingbar; in diesem Bereich kann es nur eine anwendbare Rechtsordnung geben.

Da eine einzelvertragliche Rechtswahl ausscheidet¹⁴³, muß bei fehlendem Tarifvertrag entweder das Recht des Betriebsortes eingreifen und auf die Durchsetzung in anderer Richtung gehender Interessen der Beteiligten verzichtet werden, oder man wählt als zweite Alternative die bisher nicht diskutierte Möglichkeit, die Belegschaft durch Abstimmung darüber entscheiden zu lassen, welche Rechtsordnung in concreto Anwendung finden soll. Ein ähnliches organisationsrechtliches Referendum findet sich an verschiedenen Stellen im Betriebsverfassungsgesetz, so etwa in § 13 Abs. 2, wenn über die Frage der gemeinsamen Wahl von Arbeitern und Angestellten entschieden werden soll. Es scheint dies der einzige Notbehelf zu sein, der ernsthaft in Betracht kommen kann, zumal der EWG-rechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz hier ebensowenig wie bei tariflicher Rechtswahl verletzt ist, da das Ergebnis in beiden Fällen die völlige Gleichbehandlung aller im Betrieb Tätigen ist¹⁴⁴.

¹³⁶ *Soergel/Kegel*, 10. Aufl. 1970, Art. 12 Rn. 48. Zum Günstigkeitsprinzip im Kindschaftsrecht siehe *Jayme*, STAZ 1971 S. 73 mit weiteren Nachweisen insbesondere aus der amerikanischen Literatur.

¹³⁷ Art. 9 Abs. 1 VO Nr. 38/64; Art. 7 VO Nr. 1612/65.

¹³⁸ *Schnorr* in Anm. zu BAG, AP Nr. 1 zu Art. 177 EWGV.

¹³⁹ *EuGH*, AP Nr. 2 zu Art. 177 EWGV.

¹⁴⁰ *Gamillscheg*, Arbeitsrecht der Gegenwart, Bd. 2, S. 29.

¹⁴¹ *Lyon-Caen*, Droit social européen, S. 272: „ce qu'il a voulu c'est qu'il n'y ait pas, dans aucun pays de la Communauté, une main-d'oeuvre au rabais qui soit surexploitée“.

¹⁴² Ähnlich *Lyon-Caen*, S. 272. Ansatzweise auch *RAG*, ARS 15 S. 307, das den auf dem deutschen Bahnhof in Basel tätigen Arbeitnehmern sowohl die aus dem schweizerischen Arbeitszeitgesetz, als auch die aus den günstigeren deutschen Tarifnormen folgenden Rechte zusprach.

¹⁴³ Zu einem entsprechenden Fall aus dem Betriebsräterecht siehe *RAGE* 8 S. 195, 198.

¹⁴⁴ Wirkt der Tarifvertrag nur im Verhältnis zu den Organisierten, so ist der Arbeitgeber nach EWG-Recht verpflichtet, die dort getroffene Rechtswahl im Wege Allgemeiner Arbeitsbedingungen auf die Außenseiter auszudehnen. — Bei Änderungen in der Zusammensetzung der Belegschaft ist entsprechend § 22 Abs. 1 Buchst. a BetrVG eine Neuentscheidung erforderlich.

Noch einmal muß jedoch betont werden, daß es sich hierbei nur um eine Hilfskonstruktion handelt; die primäre Lösung liegt nach hier vertretener Auffassung in der tariflichen Festlegung der anwendbaren Rechtsordnung. Es

wird Aufgabe der sozialen Gegenspieler sein, den ihnen eröffneten Spielraum zu nutzen, um so auch im kollisionsrechtlichen Bereich die soziale Selbstverwaltung zur Entfaltung zu bringen.

Extraterritoriale Anwendung des US-Antitrustrechtes und „Personal Jurisdiction“ über ausländische Gesellschaften

Der „lange Arm“ über den Ozean

Von Dr. Jürgen FRISINGER, Heidelberg*

Viele erwarten mit großem Interesse die bevorstehende Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs im Teerfarbenfall¹, in dem der Gerichtshof zum erstenmal auch über die Frage der extraterritorialen Anwendung des Art. 85 EWGV auf Unternehmen aus Nichtmitgliedstaaten wird entscheiden müssen. Das Gericht wird sich weiter mit Zustellungsfragen zu beschäftigen haben, da mehrere Bußgeldbescheide von der Kommission nicht direkt den beteiligten ausländischen Unternehmen im Ausland, sondern deren jeweiligen Töchtern innerhalb der EWG als Teil des „Machtbereiches“ der Mütter zugestellt wurden². Vor diesem Hintergrund will der vorliegende Aufsatz darüber informieren, wie das wohl bedeutendste Kartellrecht in der Welt entsprechende Fragen zu lösen versucht hat, und damit einen rechtsvergleichenden Beitrag zur innereuropäischen Diskussion leisten. Insbesondere soll über wichtige neue Entwicklungen in den USA berichtet werden, die vor allem die praktische Durchsetzung des amerikanischen Kartellrechts gegenüber Unternehmen aus dritten Ländern in Zukunft erheblich erleichtern werden.

I. Die Fragestellung

1. Überblick

1. Nehmen wir an, ein deutsches und ein französisches Unternehmen vereinbaren in Paris im Rahmen einer Aufteilung ihrer Exportmärkte u. a., daß in Zukunft nur das französische Unternehmen in die USA exportiert. Folge wäre eine Beseitigung des Wettbewerbes zwischen den beiden auf dem amerikanischen Markt. Wenn jetzt in den USA von amerikanischen Behörden oder von privater Seite ein Gerichtsverfahren gegen die beiden ausländischen Unternehmen eingeleitet wird, gerichtet etwa auf Beseitigung der Wettbewerbsbeschränkung, Schadensersatz oder eine strafrechtliche Sanktion, so stellen sich dem amerikanischen Gericht³ insbesondere drei Fragen⁴:

1. Besteht zwischen dem amerikanischen Territorium und dem deutschen und französischen Unternehmen eine genügend enge Beziehung, die die Ausübung der amerikanischen Gerichtsbarkeit über sie als zulässig erscheinen läßt (Frage der „personal jurisdiction“⁵ über den Beklagten bzw. Angeklagten)? Dieses allgemeine prozessuale Erfordernis ist eine Besonderheit des angelsächsischen Rechts und ist in jedem Verfahren „in personam“ unabhängig von dem zu entscheidenden materiellen Rechtsstreit zu beachten.

2. Ist auf die im Ausland zwischen ausländischen Unternehmen abgeschlossene Wettbewerbsabrede das amerikanische Kartellrecht überhaupt (generell) anwendbar (materielle Vorfrage der extraterritorialen Anwendbarkeit)?

3. Sind die Tatbestandsmerkmale einer bestimmten materiellen Kartellrechtsnorm verletzt?

Die Verneinung auch nur einer dieser Fragen führt zur Abweisung entweder aus prozessualen Gründen, wie im

Fall fehlender „personal jurisdiction“, oder aus materiellen Gründen. Im Rahmen dieser Untersuchung interessieren nur die ersten beiden Fragen.

Es war bisher eine Besonderheit des amerikanischen Kartellrechts, daß zur Bejahung der „personal jurisdiction“ über ein ausländisches Unternehmen eine „dauernde und erhebliche Geschäftstätigkeit“ (continuous and substantial business) auf amerikanischem Boden gefordert wurde, während man die Frage der extraterritorialen Anwendbarkeit des Kartellrechts — also seiner Anwendung auf außerhalb des amerikanischen Territoriums verursachte Wettbewerbsbeschränkungen der amerikanischen Wirtschaft — weit großzügiger beantwortet: Unabhängig von Nationalität und Sitz der Beteiligten sowie dem Ort der Verursachung der Wettbewerbsbeschränkung soll jede „Auswirkung“ (effect) auf den amerikanischen Binnen- oder Außenhandel die Schranke für die Anwendbarkeit des US-Antitrustrechtes heben. Dabei streitet man sich nur noch darüber, ob die Auswirkung im Einzelfall „direkt“ oder „erheblich“ oder beides zu sein hat. Da derartige

* Die amerikanischen Fundstellen sind nach dem in den USA „herrschenden“ Abkürzungsverzeichnis „A Uniform System of Citation, 11. Aufl. 1967 (herausgegeben von der Harvard Law Review Association), zitiert.

¹ Entscheidung der EG-Kommission vom 24. 7. 1969, ABIEG 1969 L Nr. 195 vom 7. 8. 1969, S. 11 ff. = AWD 1969 S. 369 f.

² Ebenda S. 16.

³ Es kommen nur Bundesgerichte und keine Gerichte der Einzelstaaten in Frage, da die ersteren ausschließliche „jurisdiction“ über die Bundes-Antitrustgesetze haben; vgl. etwa *Ackert v. Ausman*, 1961, 218 N. Y. S. 2d, 29 Misc. 2d 974, 980. Zwar gibt es daneben noch Antitrustgesetze der Einzelstaaten mit Zuständigkeit der einzelstaatlichen Gerichte; diese beschränken sich in ihrer Anwendbarkeit jedoch auf lokale Wettbewerbsbeschränkungen (intrastate commerce) und scheiden daher für internationale Kartellstreitigkeiten fast völlig aus.

⁴ Die örtliche Zuständigkeit („venue“) spielt in Prozessen gegen Ausländer keine Rolle mehr. § 1391 d des Judicial Code sieht seit 1948 generell vor, daß Ausländer in „jedem Distrikt“ verklagt werden können. Diese allgemeine Vorschrift hat insoweit die älteren Spezialbestimmungen der §§ 4 und 12 Clayton Act verdrängt, die sich mit „venue“ in Bundes-Kartellstreitigkeiten beschäftigen. Vgl. etwa *J. Rahl, Common Market and American Antitrust* 1970, S. 132. § 1391 d des Judicial Code gilt sowohl gegenüber ausländischen natürlichen wie auch gegenüber ausländischen juristischen Personen; vgl. *Moore und andere Moore's Federal Practice*, Vol. 1, 2. Aufl. 1964 (1970 Supplement) Ziff. 0.142(6).

⁵ Liegen die Voraussetzungen der „personal jurisdiction“ vor, so kann das Urteil zu einer unbeschränkten persönlichen Haftung führen, die nicht davon abhängt, ob irgendwelche dem Beklagten gehörigen Gegenstände im Gerichtsbezirk belegen sind und wie hoch deren Wert ist. Im Gegensatz dazu steht die „jurisdiction in rem“ und die „jurisdiction quasi in rem“, bei denen das Verfahren in seinen Wirkungen auf die im Gerichtsbezirk belegenen Gegenstände beschränkt ist.