

**Bedeutung des Schutzes von Amtsträgern**

etriebsverfassung gerecht geworden. Die erst nachträglich im Anschluß an eine entsprechende Judikatur (vgl. BAG AP Nr. 1 zu § 78 BetrVG 1972) in das Gesetz eingefügte Bestimmung reagiert auf den besonderen Umstand, daß Ausbildungsverhältnisse mit deren Abschluß enden und gleichzeitig kein Anspruch auf einen neuen Arbeitsvertrag besteht. Ohne eine Überleitungsregelung wäre nicht nur die Kontinuität der Jugend- und Auszubildendenvertretung gefährdet. Vielmehr müßte vor allem in Zeiten einer Stellenknappheit damit gerechnet werden, daß sich Jugendliche in Kenntnis der möglichen beruflichen Nachteile eines Engagements in einer Arbeitnehmervertretung, die das Gericht zutreffend schildert, erst gar nicht für eine Kandidatur zur Verfügung stellen würden.

Die Übernahme von Angehörigen der Jugend- und Auszubildendenvertretung auch bei nur begrenzter Stellenanzahl ist keine Bevorzugung gegenüber anderen Bewerbern, die aufgrund ihrer Qualifikation ansonsten den Arbeitsvertrag erhalten hätten. Die Vorschrift des § 78 a BetrVG ist lediglich ein Reflex aus der Tatsache der Zugehörigkeit zu einer Arbeitnehmervertretung, die allein zum Ziel hat, Benachteiligungen aufgrund der Tätigkeit in einer von der Betriebsverfassung vorgesehenen Einrichtung zu vermeiden.

Thomas Kreuder, Rechtsanwalt,  
Bad Homburg v.d.H.

## Vertragsrecht

### Billigarbeitskräfte in Deutschland

§§ 138, 612 BGB; Art. 30 Abs. 1 und 2 EGBGB; AÜG

**Sittenwidriger Hungerlohn eines ausländischen Arbeitnehmers; § 138 BGB und anwendbares ausländisches Recht; Anwendbarkeit des AÜG auf grenzüberschreitenden Arbeitskräfteverleih**

1. Auf das zwischen einem deutschen Arbeitgeber und einem ausländischen Arbeitnehmer abgeschlossene Arbeitsverhältnis findet nach Art. 30 Abs. 2 Nr. 1 EGBGB deutsches Recht Anwendung.

2. Die Vereinbarung eines Lohnes, der deutlich unter der Hälfte der tariflichen Vergütung liegt, verstößt gegen die guten Sitten nach § 138 BGB und ist nichtig. Statt dessen schuldet der Arbeitgeber nach § 612 BGB den Tariflohn als „übliche Vergütung“.

3. Wird mit einem im Ausland ansässigen Arbeitgeber ein Arbeitsvertrag geschlossen, der ausschließlich in Deutschland zu erbringende Arbeitsleistungen zum Gegenstand hat, so findet nach Art. 30 Abs. 2 Nr. 1 EGBGB gleichfalls deutsches Recht Anwendung. Die Vereinbarung ausländischen Rechts nach Art. 30 Abs. 1 EGBGB würde nichts an der Anwendung des § 138 BGB ändern.

4. Will eine ausländische Gesellschaft ihrer Geschäftstätigkeit ausschließlich in Deutschland nachgehen, so hat sie hier auch ihren Sitz. Ist sie nur im Ausland, nicht aber im Inland im Handelsregister eingetragen, gilt sie als noch nicht existent. In entsprechender Anwendung des § 11 Abs. 2 GmbHG haftet der für sie Handelnde persönlich.

5. Übernimmt eine in Deutschland ansässige Firma von einer ausländischen Gesellschaft einen Arbeitnehmer, so findet das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz Anwendung. Dieses greift immer dann ein, wenn der Einsatzort in Deutschland liegt.

*ArbG Wesel, Urteil vom 3. 5. 1995  
— 3 Ca 3619/4 —*

### Sachverhalt:

Der klagende Arbeitnehmer war vom 1. 8. bis 15. 9. 1994 als Spezialaufarbeiter in Geldern (NRW) tätig. Dafür erhielt er einen Betrag von insgesamt DM 1 884,— netto. Im August hatte er 60, im September 22 Überstunden geleistet. Unter Zugrundelegung der Bautarife hätte sich eine Bruttovergütung von DM 9 215,88 ergeben.

Der Beklagte ist als Einzelkaufmann Inhaber der M. Wohnbau GmbH in Geldern. Schon vor Arbeitsbeginn hatte er den Kläger bei der zuständigen AOK angemeldet. Der Arbeitseinsatz selbst wurde im wesentlichen von der Firma M. Wohnbau gesteuert.

Der auf Zahlung der Differenz zwischen den DM 1 884,— und dem Tariflohn in Anspruch genommene Beklagte bestritt die Zuständigkeit des ArbG Wesel. In Wirklichkeit habe er als Geschäftsführer der in Porto/Portugal ansässigen Firma CL LDA gehandelt; dabei sei ein Arbeitsverhältnis nach portugiesischem Recht zustande gekommen, zumal der Kläger selbst die portugiesische Staatsangehörigkeit besitze. Die CL LDA sei im Juni 1994 zum portugiesischen Handelsregister angemeldet worden. Die Eintragung sei jedoch etwas verspätet erst am 4. 8. 1994 erfolgt. Daraufhin habe er den Kläger bei der AOK wieder abgemeldet und zum 1. 8. 1994 bei der Kranken-, Arbeitslosen- und Ren-

tenversicherung in Portugal angemeldet. Die portugiesische Firma besitze in Deutschland keinerlei Niederlassung; auch sei Erfüllungsort für das Arbeitsverhältnis Porto gewesen. Der Kläger habe sein Geld auch über die portugiesische Firma erhalten. Diese sei als „Nachunternehmer“ für die (deutsche) Firma R Bauunternehmung tätig gewesen. Im Rahmen dieses Auftrages habe der Kläger dann in Deutschland gearbeitet. Es fehle daher schon an einem deutschen Gerichtsstand.

Der Kläger bestreite, daß es die portugiesische Firma überhaupt gäbe. Auch würden keinerlei wirksamen Werkverträge mit irgendwelchen Auftraggebern vorliegen.

**Aus den Gründen:**

Das ArbG Wesel bejahte seine Zuständigkeit und gab der Klage in vollem Umfang statt.

Aufgrund der Anmeldung des Klägers bei der zuständigen AOK sei der Beklagte als Arbeitgeber aufgetreten. Daß er in Wirklichkeit gleichwohl in Vertretung der portugiesischen Gesellschaft gehandelt habe, hätte er beweisen müssen. Dies war ihm ersichtlich nicht gelungen. Vor Gericht hatte er lediglich den Abschluß eines schriftlichen Arbeitsvertrags behauptet, diesen aber nicht vorgelegt. Er müsse bei der portugiesischen Vertragspartnerin bleiben und auch eine Fotokopie sei nicht möglich. Da er keine besonderen Hindernisse vorgetragen hatte, sondern im Gegenteil als Geschäftsführer hätte unschwer das Papier beibringen können, sah das Gericht den Beweis als nicht geführt an und qualifizierte ihn deshalb als Arbeitgeber. Damit war die Zuständigkeitsfrage in positivem Sinne entschieden. Auf das zwischen einem deutschen Arbeitgeber und einem ausländischen Arbeitnehmer zustande gekommene Arbeitsverhältnis findet deutsches Recht nach Art. 30 Abs. 2 Nr. 1 EGBGB Anwendung, da der Arbeitsort in Deutschland liegt. Die gezahlte Vergütung lag unter der Hälfte des Tariflohns und verstieß deshalb gegen § 138 BGB. Nach § 612 Abs. 2 BGB war die „übliche Vergütung“ geschuldet, die mit dem Tariflohn identisch war.

Im konkreten Fall hätte diese Begründung voll ausgereicht, um das Ergebnis zu tragen. Das ArbG Wesel stellte jedoch weitere Erörterungen an — vermutlich aus der Überlegung heraus, auch für andere denkbare Sachverhaltsvarianten eine Lösung parat zu haben.

Auch wenn ein Arbeitsvertrag mit der portugiesischen Firma zustande gekommen wäre, bliebe gleichwohl deutsches Arbeitsrecht anwendbar: Der Arbeitsort wäre auch in diesem Fall allein Deutschland, „engere Verbindungen“ zu Portugal müßten gegenüber der Anknüpfung am Arbeitsort deutlich überwiegen, was hier nicht der Fall sei. Sollte im

Arbeitsvertrag portugiesisches Arbeitsrecht vereinbart worden sein, so bleibe § 138 BGB gleichwohl anwendbar. Dabei könne dahinstehen, ob es sich um eine zwingende Schutznorm des Ortsrechts handele, von der nach Art. 30 Abs. 1 EGBGB auch durch Rechtswahl nicht abgewichen werden könne, ob § 138 BGB zum deutschen Ordre public im Sinne des Art. 6 EGBGB gehöre oder ob er eine auch gegenüber ausländischem materiellem Recht durchzusetzende Eingriffsnorm im Sinne des Art. 34 EGBGB darstelle.

Die Haftung des Beklagten ergäbe sich darüber hinaus aus zwei weiteren Erwägungen.

Zum einen war die portugiesische Firma im Zeitpunkt des (angeblichen) Vertragsabschlusses noch nicht im dortigen Handelsregister eingetragen. Dies war zwar ab dem 4. 8. 1994 gewissermaßen geheilt, doch bestand die weitere Besonderheit, daß sich die Geschäftstätigkeit ausschließlich in Deutschland vollziehen sollte. Nach der sog. Sitztheorie kommt es aber für die auf eine Handelsgesellschaft anwendbare Rechtsordnung darauf an, wo sie ihre effektive Verwaltung führt und nicht darauf, wo sie laut Satzung existieren und ins Handelsregister eingetragen werden soll. Im Land ihres tatsächlichen Sitzes, nämlich Deutschland, war sie aber nicht ins Handelsregister eingetragen, so daß der Beklagte in entsprechender Anwendung des § 11 Abs. 2 GmbHG für die eingegangenen Verpflichtungen selbst einstehen mußte.

Zum zweiten wurde der Arbeitseinsatz des Klägers von dem Beklagten gesteuert. Von einer werkvertraglichen Beziehung, die der portugiesischen Firma zumindest einen Teil des Direktionsrechts belassen hätte, konnte jedoch nicht die Rede sein. Der Sache nach lag daher Arbeitnehmerüberlassung vor, für die der „Verleiher“, d. h. die portugiesische Firma keine Erlaubnis nach § 1 AÜG hatte. Eine solche ist aber auch dann erforderlich, wenn ein ausländisches Unternehmen Arbeitnehmerüberlassung im Inland betreiben will: Für die Anwendung des AÜG kommt es allein auf den Einsatzort an. Wegen der fehlenden Erlaubnis war ein Arbeitsverhältnis zum „Entleiher“, d. h. dem Beklagten zu fingieren (§ 10 AÜG), dessen Inhalt sich gleichfalls — was die Lohnhöhe anging — nach den §§ 138, 612 Abs. 2 BGB bestimmt.

**Anmerkung:**

Der Entscheidung ist im Ergebnis wie in der Begründung zuzustimmen. Sie ist ein wichtiges Beispiel dafür, daß Lohndumping schon nach geltendem Recht mit juristischen Mitteln bekämpft werden kann.

Die Entscheidung ist über den Einzelfall hinaus von Bedeutung, weil sie durch ihre Hilfservägungen

**Zuständigkeit des Arbeitsgerichts**

**Sitz der effektiven Verwaltung**

**unerlaubte Arbeitnehmerüberlassung**

**Arbeitsamt und „engere Verbindungen“**

**Bekämpfung von Lohndumping**

auch viele Konstellationen miteinfaßt, die rechtlich besser beratene Arbeitgeber für sich auszunutzen versuchen.

Wichtig ist zunächst die Feststellung, daß deutsches Arbeitsrecht auch dann eingreift, wenn der Arbeitsvertrag mit einer ausländischen Arbeitgeberfirma abgeschlossen wurde; die Regelanknüpfung am Arbeitsort nach Art. 30 Abs. 2 Nr. 1 EGBGB muß jedenfalls dann den Vorrang behalten, wenn — wie im vorliegenden Fall — ausschließlich im Inland gearbeitet wird. In einem solchen Fall schafft auch die gemeinsame Staatsangehörigkeit beider Arbeitsvertragsparteien als solche keine „engeren Verbindungen“ zu dem ausländischen Staat (im vorliegenden Falle: Portugal). Allerdings stellt sich in diesem Fall die Frage nach dem deutschen Gerichtsstand. Dieser bestimmt sich mittlerweile auch im Verhältnis zu Portugal nach dem Europäischen Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommen (EuGVÜ — abgedruckt bei Däubler-Kittner-Lörcher, Internationale Arbeits- und Sozialordnung, unter Nr. 480). Danach kann der ausländische Arbeitgeber im Inland verklagt werden, wenn er hier eine „Zweigstelle, Agentur oder sonstige Niederlassung“ besitzt (Art. 5 Nr. 5 EuGVÜ). Geklagt werden kann weiter am „gewöhnlichen Arbeitsort des Arbeitnehmers“ (Art. 5 Nr. 1 2. Halbsatz EuGVÜ) sowie dort, wo die Zahlungspflicht zu erfüllen ist (Art. 5 Nr. 1 1. Halbsatz EuGVÜ). Liegen — was bei kurzfristig entsandten Arbeitskräften durchaus denkbar ist — alle diese Voraussetzungen im Einzelfall nicht vor, kommt immer noch der Gerichtsstand der unerlaubten Handlung nach Art. 5 Nr. 3 EuGVÜ in Betracht: Die Zahlung von sittenwidrig niedrigen Löhnen ist zugleich eine unerlaubte Handlung nach § 826 BGB (näher Däubler DB 1995, 730). Die Vollstreckung des Urteils ist dann rechtlich kein Problem mehr; faktisch können sich natürlich unübersteigbare Hindernisse ergeben, wenn sich die Arbeitgeberfirma ins Nichts auflöst oder immer nur eine Phantomexistenz hatte.

Interessant und alles andere als alltäglich ist der Rückgriff auf die Sitztheorie im Gesellschaftsrecht. Ohne dies im einzelnen mit Stimmen aus der sehr reichhaltigen Diskussion zu belegen, hat das ArbG Wesel das einzig Richtige getan und einem „Ausweichen“ in ein Land, wo gar keine Aktivitäten beabsichtigt sind, die Anerkennung versagt. Anders entscheidet man insoweit im Gesellschaftsrecht der USA, wo es allein auf den in der Satzung festgelegten Sitz ankommt. Meist ist dieser dann im kleinen Staate Delaware, wo die geringsten Anforderungen an Publizität, Aufbringung des Grundkapitals usw. bestehen (für Interessierte: Merkt, US-amerikanisches Gesellschaftsrecht, Heidelberg 1991, S. 54 ff.).

Die größte praktische Bedeutung dürften die Ausführungen zum AÜG haben: Sobald eine im Inland ansässige Firma den Arbeitseinsatz effektiv plant und durchführt, ist sie „Entleiher“ und damit in der Regel zugleich Arbeitgeber wider Willen, da die ausländische Gesellschaft kaum über eine Erlaubnis nach § 1 AÜG verfügen wird. Auch der denkbare Trick deutscher Unternehmer, im Ausland eine Tochtergesellschaft zu gründen, die dort billige Arbeitskräfte rekrutiert und sie nach Deutschland schickt, wäre mit den Argumenten des ArbG Wesel zu durchkreuzen: Selbst wenn keine unerlaubte Arbeitnehmerüberlassung vorläge, würde doch § 138 BGB eingreifen, der eine beliebige Unterbietung des deutschen Lohnniveaus ausschließt. In der Praxis dürfte deshalb das Problem im Vordergrund stehen, einen zur Klage bereiten Arbeitnehmer zu finden. Dies wird ein Stückchen einfacher, weil das ArbG Wesel zeigt: Man kann sich auch mit juristischen Mitteln wehren.

**Prof. Dr. Wolfgang Däubler,  
Bremen**

## **Gerichtsstand**

## **Keine Flucht ins Niemandland**