

Neue Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht

Zeiwochenschrift für die betriebliche Praxis

Schriftleitung: Prof. Dr. Klaus Schmidt und Hans Joachim Spiegelhalter,
Palmengartenstr. 14, 6000 Frankfurt 1

NZA 17/1990

5. September · 7. Jahrgang 1990 · Seite 673–712

Aufsätze und Berichte

Wahl des anwendbaren Arbeitsrechts durch Tarifvertrag?

Von Professor Dr. Wolfgang Däubler, Bremen

Der nachfolgende Beitrag befaßt sich mit der arbeitsrechtlichen Situation bei der Beschäftigung ausländischer Seeleute. Die Bedeutung des Gesetzes über das Zweite Schiffsregister vom 23. 3. 1989 wird erörtert.

I. Der Anlaß

Durch das Gesetz über das sogenannte Zweite Schiffsregister vom 23. 3. 1989¹ ist die arbeitsrechtliche Situation bei der Beschäftigung ausländischer Seeleute verändert worden². Nach dem neu eingefügten § 21 IV FlaggenrechtsG³ unterliegt der Arbeitsvertrag von Seeleuten, die im Inland keinen Wohnsitz oder ständigen Aufenthalt haben, nicht allein deshalb dem deutschen Recht, weil das Schiff die deutsche Flagge führt. Wie im Gesetzgebungsverfahren ausdrücklich hervorgehoben wurde, soll auf diese Weise die Möglichkeit geschaffen werden, Ausländer entsprechend ihrer „Heimatrechtsordnung“ und insbesondere zu „Heimatlöhnen“ zu beschäftigen⁴.

Obwohl gegen das Gesetz gravierende verfassungsrechtliche Bedenken sprechen⁵, ist es zunächst einmal wirksam und ein wichtiger Faktor für die Tarifpolitik. Nach Schätzungen der Gewerkschaft ÖTV sind inzwischen etwa 40% aller unter deutscher Flagge fahrenden Schiffe in das Zweitregister eingetragen worden⁶. Die Bremer Reederei *Sloman-Neptun* hat am 30. 6. 1989 sechs nach deutschen Tarifen bezahlte Seeleute von dem Gas-

tanker „Zeta Gas“ abgemustert und durch acht philippinische Seeleute ersetzt. Diese verdienen weniger als ein Viertel der deutschen Tariflöhne und unterliegen einem mit einer philippinischen Gewerkschaft abgeschlossenen Tarifvertrag, dessen Inhalt sich weit von deutschen Rechtsvorstellungen entfernt: So soll der Beitritt zu einer anderen Gewerkschaft automatisch zur Kündigung führen (was auf einen sogenannten closed shop hinausläuft), und für zahlreiche – auch kleinere – Verstöße sind fristlose Kündigungen oder „Sanktionen nach Ermessen des Kapitäns“ vorgesehen⁷. Insgesamt sollen etwa 600 Ausländer

1) Gesetz zur Einführung eines zusätzlichen Registers für Seeschiffe unter der Bundesflagge im internationalen Verkehr (Internationales Seeschiffsregister – ISR), BGBl I 1989, 550.

2) Zur Vorgeschichte des Gesetzes s. *Hauschka-Hensler*, NZA 1988, 597; *Geffken*, NZA 1989, 88; *Däubler*, Das Zweite Schiffsregister. Völkerrechtliche und verfassungsrechtliche Probleme einer deutschen „Billigflagge“, 1988, S. 7 ff.

3) Gesetz über das Flaggenrecht der Seeschiffe und die Flaggenführung der Binnenschiffe (Flaggenrechtsgesetz) vom 8. 2. 1951, BGBl I, 79, zuletzt geändert durch Art. 3 des Gesetzes vom 10. 5. 1978 (BGBl I, 613).

4) So die Begründung des Gesetzentwurfs von Koalitionsabgeordneten, der mit einigen kleineren Änderungen Gesetz wurde (BT-Dr 11/2161, S. 4 r. Sp.).

5) S. die in Fußn. 2 genannten Untersuchungen von *Däubler* und *Geffken*.

6) Mitteilung des Leiters der Abteilung Seeschifffahrt, *Dieter Benze*, an den Verfasser vom 18. 1. 1990.

7) Einzelheiten in ÖTV-Report Seefahrt Nr. 4 vom Dezember 1989.

zu derartigen „Billig-Bedingungen“ auf Schiffen unter deutscher Flagge beschäftigt sein⁸. Angesichts dieser Situation hat die Gewerkschaft ÖTV den Versuch unternommen, die Anwendung des deutschen Rechts durch Tarifvertrag zu sichern. Nach einem einwöchigen Streik kam am 21. 10. 1989 ein „Rechtswahltarifvertrag“ zustande, der die Reederei TT-Line zur Beibehaltung deutscher Arbeitsbedingungen verpflichtete⁹. Er gilt für ca. 400 Beschäftigte, die den Fährbetrieb zwischen Trelleborg und Travemünde aufrechterhalten.

Die auf Arbeitsverhältnisse anwendbare Rechtsordnung tariflich festzulegen, ist – soweit ersichtlich – ein Novum in der Tarifgeschichte der Bundesrepublik. Ob sich dieser Schritt ins Neuland mit dem überkommenen Tarifrecht vereinbaren läßt, soll im folgenden untersucht werden.

II. Rechtswahl als Gegenstand der Tarifautonomie

1. Wahlfreiheit der Arbeitsvertragsparteien als Voraussetzung

Eine tarifliche Regelung würde von vornherein ausscheiden, wenn die anwendbare Rechtsordnung abschließend durch Gesetz geregelt wäre. Dies ist ersichtlich nicht der Fall. § 21 IV 1 des neugefaßten Flaggenrechtsgesetzes enthält bezüglich der anwendbaren Rechtsordnung keine vollständige Regelung. Seinem Wortlaut und Sinn nach beschränkt er sich vielmehr darauf, die ausschließliche Anknüpfung an die Flagge auszuschließen; was die an ihrer Stelle maßgebenden Gesichtspunkte sein sollen, wird nicht bestimmt. Während die Gesetzesverfasser ausschließlich davon ausgingen, es würde das „Heimatrecht“ der ausländischen Seeleute zur Anwendung kommen, wird in der juristischen Literatur der Standpunkt vertreten, auch nach der Neuregelung greife in vielen Fällen deutsches Recht ein¹⁰. Letztlich kann dies hier jedoch dahinstehen: Art. 30 I EGBGB läßt auch bei „an sich“ anwendbarem ausländischem Recht die vertragliche Vereinbarung des deutschen Rechts zu. Lediglich die zwingenden Mindestnormen der etwa eingreifenden ausländischen Rechtsordnung dürfen nicht unterschritten werden¹¹ – letzteres spielt jedoch im vorliegenden Zusammenhang keine Rolle. Zwingende gesetzliche Vorschriften stehen einem Rechtswahltarif daher nicht im Wege.

2. Einwirkung auf Unternehmerentscheidungen?

Der Tarifvertrag setzt sich auch nicht dem Einwand aus, in unzulässiger Weise in die unternehmerische Freiheit einzugreifen. Umstritten ist bereits, ob es eine solche Tarifgrenze überhaupt gibt¹². Auch wenn man sie zugrunde legt, könnte man allenfalls die Eintragung in das Zweiregister der unternehmerischen Eigensphäre zuordnen, doch ist auch dies außerordentlich zweifelhaft¹³. Im vorliegenden Fall geht es jedoch nicht darum, sondern ausschließlich um die arbeitsrechtlichen „Folgewirkungen“: Wenn allein Arbeitsverträge und Arbeitsbedingungen betroffen sind, bewegt man sich im traditionellen Kern des tariflich Regelbaren; anders zu entscheiden, würde bedeuten, auch den Abschluß von Tarifverträgen über Löhne und Arbeitszeit in Frage zu stellen.

3. Rechtswahl als Entscheidung über „Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“

a) *Rechtsprechung und Literatur.* Ob die im Arbeitsvertrag mögliche Rechtswahl in den Tarifvertrag „verlagert“ werden kann, ist wenig erörtert. Aus der Rechtsprechung ist lediglich eine Entscheidung des LAG Rheinland-Pfalz zu erwähnen, die es ohne nähere Begründung für zulässig erklärte, die Arbeitsverhältnisse ausländischer Ortskräfte dem deutschen Arbeitsrecht zu unterstellen und so eine

tarifliche Rechtswahl zu treffen¹⁴. Auch die Literatur begnügt sich mit einer eher apodiktischen Begründung. Den Tarifparteien könne es nicht verwehrt sein, eine Regelung zu treffen, wenn das anwendbare Recht der individuellen Beeinflussung offenstehe¹⁵, der Kollektivautonomie komme eine höhere Richtigkeitsgewähr als der Parteiautonomie zu¹⁶. Auch wird auf die Notwendigkeit verwiesen, ins Ausland entsandten deutschen Arbeitnehmern auf diesem Wege eine bessere Absicherung zu verschaffen¹⁷. Gegenstimmen sind nicht ersichtlich¹⁸.

b) *Eigene Stellungnahme.* In der Tat spricht alles dafür, auch eine tarifliche Rechtswahl im hier angesprochenen Sinne zuzulassen. Die Frage der anwendbaren Rechtsordnung gehört in einem ganz elementaren Sinn zu den „Arbeitsbedingungen“, zu deren Wahrung und Förderung die Koalitionen nach Art. 9 III GG berufen sind. Wie gerade der vorliegende Fall deutlich macht, werden bei der Wahl zwischen verschiedenen Rechtsordnungen Löhne und Arbeitsbedingungen unter Umständen in sehr viel intensiverer Weise gestaltet als dies bei den üblichen tariflichen Abmachungen der Fall ist: Die Alternative zwischen 20% und 100% des bisherigen Lohnniveaus steht bei keiner anderen Tarifverhandlung zur Debatte. Selbst wenn die wirtschaftlichen Unterschiede nicht derartig groß wären, bliebe die Wahl zwischen den verschiedenen Arbeitsrechtsordnungen: Anders als im Zivilrecht gibt es keine „Rechtsfamilien“ mit mehr oder weniger vergleichbarem Schutzniveau¹⁹.

Die im Arbeitsvertrag mögliche Rechtswahl auch dem Tarifvertrag zu eröffnen, ist durch dessen Sinn und Zweck geboten. Wie niemand bestreitet, will er auf kollektiver Ebene jenes (relative) Verhandlungsgleichgewicht herstellen, das auf individueller Ebene nicht vorhanden ist²⁰. Wollte man umgekehrt allein die Arbeitsvertragsparteien über die anwendbare Rechtsordnung entscheiden lassen,

8) S. Fußn. 6.

9) Der Tarifvertrag ist im Wortlaut dokumentiert in diesem Heft auf S. 680, über den Verlauf der Verhandlungen informiert ÖTV-Report Seefahrt Nr. 3 vom Dezember 1989.

10) Hauschka-Henssler, NZA 1988, 599.

11) Zur Parteiautonomie unter dem seit 1986 geltenden neuen Recht s. Birk, RdA 1989, 201 ff.; Hönsch, NZA 1988, 114 ff.; Palandt-Heldrich, BGB, 48. Aufl. (1989), Art. 30 EGBGB Anm. 3 m. w. Nachw.

12) Für tarifliche Regelbarkeit der Unternehmerentscheidungen insb. Jahnke, Tarifautonomie und Mitbestimmung, 1984, S. 82 ff.; Runggaldier, Kollektivvertragliche Mitbestimmung bei Arbeitsorganisation und Rationalisierung, 1984, S. 126 ff.; Däubler, Das Grundrecht auf Mitbestimmung, 4. Aufl. (1976) S. 163 ff., 344 ff.; gegen eine entsprechende Regelungsbefugnis Biedenkopf, Gutachten zum 46. DJT, S. 97 ff.; Moll, Künstliche Beschäftigung im Kollektivvertragsrecht der USA und der BRD, 1982, S. 126; Wiedemann-Stumpf, TarifvertragsR, 5. Aufl. (1977), Vorb. 188. Letzteres dürfte überwiegen: S. die Nachw. bei Wiedemann, RdA 1986, 231 ff.

13) Es geht dabei ja nicht um eine Investitionsentscheidung oder eine gesellschaftsrechtliche Umstrukturierung, sondern um eine Maßnahme, die ausschließlich den Einsatz des „Faktors Arbeit“ betrifft.

14) LAG Rheinland-Pfalz, IPRspr 1981, 94 (Nr. 10).

15) So Birk, in: Festschr. f. Beitzke, 1979, S. 831, 849.

16) So Däubler-Hege, TarifvertragsR, 2. Aufl. (1981), Rdnr. 678.

17) Hagemeyer-Kempen-Zachert-Zilius, TVG, 2. Aufl. (1989), § 4 Rdnrn. 67f.

18) Für tarifliche Rechtswahl auch Schnorr, in: Festschr. f. Nipperdey II, 1965, S. 907; Simitis, in: Festschr. f. Kegel, 1977, S. 153, 174 f.; Walz, Multinationale Unternehmen und internationaler Tarifvertrag, 1981, S. 149 Fußn. 18. Zum selben Ergebnis tendiert auch Zöllner, Korreferat, in: Colloque international sur le droit international privé des groupes de sociétés, Genève 1975, S. 211, 217, der diese Frage im Rahmen der Tarifpolitik gegenüber multinationalen Konzernen nur deshalb nicht vertieft, weil eine Vereinheitlichung der Lohnhöhe nicht in Betracht komme.

19) Näher dazu Däubler, Comparative Labor Law 4 (1981), S. 79 ff. Zu den dadurch geschaffenen Problemen für die Rechtsvergleichung s. Moll, RdA 1984, 223 (234 ff.).

20) Vgl. BVerfGE 4, 96 (106 ff.), ständige Rechtsprechung zur Garantie des Kernbereichs der Tarifautonomie durch Art. 9 III GG.

wäre die Gefahr nicht von der Hand zu weisen, daß durch Ausweichen in ein fremdes Recht sogar der Tarifvertrag unterlaufen würde: Zwar vertritt eine verbreitete Meinung in der Literatur den Standpunkt, Tarifverträge könnten auch Arbeitsverhältnisse unter fremdem Arbeitsstatut gestalten²¹, doch hat das BAG selbst bei einem für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrag einen solchen Schritt nicht in Erwägung gezogen²². Im Ergebnis besteht somit kein Zweifel: Die Arbeitsbedingung „anwendbare Rechtsordnung“ kann auch durch Tarifvertrag festgelegt werden.

III. Regelung im obligatorischen oder im normativen Teil?

Im vorliegenden Fall haben sich die Tarifparteien darauf beschränkt, eine Verpflichtung des Arbeitgebers festzulegen, nur Arbeitsverträge nach deutschem Recht abzuschließen. Dies ist auch dann nicht zu beanstanden, wenn eine normative Regelung möglich gewesen wäre; es steht den Tarifparteien frei, nur sich selbst zu binden und nicht unmittelbar auf die Arbeitsverhältnisse der Tarifunterworfenen einzuwirken²³. Bei einem Firmentarif sind dabei auch keine Vollzugsdefizite zu besorgen; würde der Arbeitgeber Arbeitsverträge nach ausländischem Recht abschließen, hätte er die der Gewerkschaft gegenüber bestehende Durchführungspflicht verletzt und könnte deshalb gerichtlich zur Rechenschaft gezogen werden. Würde jedoch eine Rechtswahlklausel in einen Verbandstarif aufgenommen, wäre die Situation eine andere. Würden einzelne Arbeitgeber ausscheren, könnte nach bislang herrschender Auffassung nur der Verband als solcher verpflichtet werden, auf seine Mitglieder im Sinne voller Tariftreue einzuwirken²⁴. Hier gewinnt die Frage entscheidende Bedeutung, ob die Rechtswahlklausel auch mit normativer Wirkung vereinbart werden kann.

Ihrem Inhalt nach zwingt sie den Arbeitgeber dazu, neue Arbeitskräfte nicht zu den Bedingungen eines ausländischen sondern zu Bedingungen des deutschen Rechts einzustellen. Der Abschluß von Arbeitsverträgen wird an eine bestimmte normative Vorgabe gebunden. Insoweit besteht eine gewisse strukturelle Übereinstimmung z. B. mit einer Tarifnorm, die eine Befristungsabrede vom Vorliegen eines sachlichen Grundes abhängig macht und die vom BAG ausdrücklich als Abschlußnorm qualifiziert wurde²⁵. Im Vordergrund steht der Abschluß des Arbeitsvertrags, nicht seine inhaltliche Ausgestaltung²⁶.

Unabhängig davon käme weiter in Betracht, die Rechtswahlklausel als Betriebsnorm i. S. des § 3 II TVG zu qualifizieren. Angesichts der Neuartigkeit des Phänomens sind Äußerungen in der Literatur zu diesem Problem nicht ersichtlich. Einig ist man sich jedoch darüber, daß Abschlußnormen grundsätzlich zugleich Betriebsnormen sein können. Dies gilt beispielsweise für Regeln, durch die die Tätigkeit an einzelnen Arbeitsplätzen vom Vorliegen einer bestimmten Qualifikation abhängig gemacht wird²⁷. Immer dann, wenn es um die Zusammensetzung der Belegschaft und damit um die gesamte betriebliche Ordnung geht, sind die Voraussetzungen einer Betriebsnorm gegeben²⁸. Dies ist etwa für eine Vorschrift allgemein anerkannt, die den Anteil an Lehrlingen verbindlich fest schreibt²⁹. Dasselbe kann nun auch dann gelten, wenn der Anteil der nach ausländischem Recht Beschäftigten fixiert oder im Extremfall ganz ausgeschlossen wird. Schon die extremen Unterschiede bei Löhnen und Sozialleistungen machen deutlich, daß nicht nur einzelne Individuen, sondern alle Belegschaftsangehörigen betroffen wären, würde es auf einem Schiff zwei Gruppen von Beschäftigten ge-

ben. Dies rechtfertigt es, auch hier eine Betriebsnorm anzunehmen. Im Ergebnis bedeutet dies, daß auch Nichtmitglieder der tarifschließenden Gewerkschaft von der Rechtswahlklausel erfaßt sind; eine reine Abschlußnorm würde nur für und gegen die Organisierten wirken³⁰.

Teilt man die Annahme einer Betriebsnorm nicht, bleibt der Weg über eine Gleichstellungsabrede: Die Arbeitgeberseite würde verpflichtet, auch Nichtorganisierte nach Tarif zu behandeln. Diese sogenannten Außenseiterklauseln werden gemeinhin als zulässig angesehen³¹. Dem Arbeitgeber wird durch sie nichts Unbilliges angesonnen, da er in der Regel die Außenseiter sowieso nach Tarifvertrag behandelt. Möglich ist eine solche Abrede aber nur im obligatorischen Teil, so daß sie nur beim Firmentarif mit Sicherheit die gewünschte Garantiewirkung entfaltet.

IV. Ausblick

Der hier dokumentierte Tarifvertrag ist bislang eine Einzelercheinung. Er verdankt seine Existenz einer zumindest ungewöhnlichen gesetzlichen Regelung, die ein Stück „Inland“ dem Weltmarkt für Arbeitskräfte öffnet. Als Abwehr gegen Dumping-Löhne und Dumping-Arbeitsrecht ist der Rechtswahltarif sinnvoll und notwendig. Freilich ist er kein Allheilmittel. Arbeiten etwa DDR-Grenzgänger bei uns zu Niedrig-Löhnen, die sie auf dem grauen Markt in ihre Währung tauschen, so liegt die Ursache nicht im „Rechtsgefälle“, sondern in den Währungsparitäten. Neben wirtschaftspolitischen Mitteln könnte hier eine Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen in gewissem Umfang Abhilfe schaffen.

Soweit es nicht um die Abwehr unlauterer Lohnkonkurrenz geht, könnte der Rechtswahltarif in ausländischen Zweigstellen und Tochtergesellschaften deutscher Unternehmen Bedeutung gewinnen. So könnte ein Bedürfnis bestehen, ausländische Ortskräfte teilweise oder ganz dem deutschen Arbeitsrecht zu unterstellen und sie beispielsweise in eine konzerneinheitliche Altersversorgung einzu beziehen³². Ob sich eine entsprechende Praxis herausbilden wird, ist derzeit nicht absehbar. Immerhin existieren jedoch Tarifverträge für nichtdeutsche (d. h. im Ausland rekrutierte) Arbeitskräfte deutscher Staatsangehörigkeit³³ – warum sollte nicht eines Tages auch ein „Ortskräftestatut“ für nicht-deutsche Arbeitnehmer möglich sein?

21) *Birk*, RdA 1984, 129 (136); *Friedrich*, RdA 1980, 115; *Hauschka-Hensler*, NZA 1988, 599; *Walz* (o. Fußn. 18), S. 148 f.; wohl auch *Reithmann-Martiny*, Internationales VertragsR, 4. Aufl. (1988), Rdnr. 752.

22) BAG, AP § 1 TVG – Tarifverträge: Bau – Nr. 30. Ebenso i. E. *Gamillscheg*, Internationales ArbR, 1959, S. 361 f.

23) Für die Zulässigkeit einer obligatorischen Regelung auch LAG Rheinland-Pfalz, IPRspr 1981, 98.

24) BAG, AP § 1 TVG – Durchführungspflicht – Nr. 1. Zu einem gewerkschaftlichen Klagerecht gegenüber dem einzelnen Arbeitgeber s. *Däubler-Hege*, TarifvertragsR, Rdnrn. 597 ff.

25) BAG, Betr 1988, 1803; vgl. auch LAG Bremen, Betr 1989, 1243.

26) Für eine Abschlußnorm auch *Birk*, in: Festschr. f. Beitzke, S. 849.

27) *Wiedemann-Stumpf* (o. Fußn. 12), § 1 Rdnr. 220; *Däubler-Hege*, TarifvertragsR, Rdnr. 399.

28) *Wiedemann-Stumpf* (o. Fußn. 12), § 1 Rdnr. 243, § 3 Rdnr. 66; *Hage-meier-Kempen-Zachert-Zilius* (o. Fußn. 17), § 3 Rdnr. 13.

29) S. statt aller *Wiedemann-Stumpf* (o. Fußn. 12), § 1 Rdnr. 220 f.

30) Zur Frage, ob ein nachträglicher Gewerkschaftsbeitritt die Bindung an Abschlußnormen herstellt, s. LAG Bremen, Betr 1989, 1243 gegen BAG, Betr 1988, 1803.

31) *Wiedemann-Stumpf* (o. Fußn. 12), § 1 Rdnr. 318; *Höllters*, Harmonie normativer und schuldrechtlicher Abreden in Tarifverträgen, 1973, S. 40 f.; *Däubler-Hege*, TarifvertragsR, Rdnr. 161; anders wohl *Hueck-Nipperdey*, Lehrb. d. ArbR II/1, 7. Aufl. (1967), S. 330.

32) S. auch den Fall LAG Rheinland-Pfalz, IPRspr 1981, 94, bei dem die (tarif-)vertragliche Unterstellung der im Studio Washington des ZDF tätigen amerikanischen Klägerin unter deutsches Arbeitsrecht geprüft wurde.

33) Nachweise bei *Friedrich*, RdA 1980, 109. S. auch den Fall BAG, AP Internationales Privatrecht Arbeitsrecht Nr. 6.