

Bruno Köbele  
Karl-Heinz Sahl (Hrsg.)

# Die Zukunft der Sozialkassensysteme der Bauwirtschaft im Europäischen Binnenmarkt



Europahandbuch für Arbeitnehmer

**bund**  
VERLAG

## Die Mitwirkungsrechte des Betriebsrats bei grenzüberschreitender Entsendung von Arbeitnehmern

Wolfgang Däubler

### A. Die Problematik

Die Veranstalter haben mir ein Thema gegeben, das auf den ersten Blick sehr trocken klingt. »Die Mitwirkungsrechte des Betriebsrats bei grenzüberschreitender Entsendung von Arbeitnehmern« scheint eine eher rechtstechnische Frage anzusprechen. Man vermutet, daß es um einen selten vorkommenden Sonderfall des § 99 BetrVG geht, der in den Kommentaren nicht oder nur an vorletzter Stelle behandelt wird.

Die traditionelle Juristenoptik täuscht. Die deutsche Wirtschaft ist in hohem Maße internationalisiert. Dies zeigt sich nicht nur daran, daß fast ein Drittel des Bruttosozialprodukts exportiert wird. Viel wichtiger sind in unserem Zusammenhang die deutschen Direktinvestitionen im Ausland, die sich – stille Reserven nicht mitgerechnet – auf ca. 180 Mrd. DM belaufen. Der europäische Binnenmarkt wird diese Entwicklung verstärken. Sie erstreckt sich in wachsendem Umfang auch auf den Dienstleistungssektor.

Wer im Ausland Produktionsstätten und Vertriebssysteme errichtet oder Dienstleistungen erbringt, wird dies nicht ohne vorübergehende oder dauernde Entsendung deutscher Arbeitskräfte tun können. Ob der Betriebsrat hier mitzusprechen hat oder nicht, ist daher ein Problem von großer und in Zukunft wachsender Bedeutung.

Im Gegensatz zu vielen anderen Sektoren sind im Baubereich nicht nur gehobene und leitende Angestellte, sondern auch Arbeiter betroffen.

Die Einschaltung des Betriebsrats ist aber nicht nur dann von Interesse, wenn inländische Arbeitskräfte ins Ausland entsandt werden. Nicht weniger wichtig – ja in den letzten 1 bis 2 Jahren besonders brisant – ist die Frage der Entsendung vom Ausland ins Inland. Ein ausländischer Subunternehmer übernimmt z. B. mit seinen Leuten bestimmte Aufgaben, die auch vom deutschen Betrieb erledigt werden könnten. Zu Beginn der Binnenmarktdiskussion war sehr viel von Portugiesen die Rede, die in der

Gemeinschaft für soziales Dumping sorgen könnten. Immerhin lagen (und liegen) ihre Durchschnittslöhne bei etwa einem Drittel des deutschen Niveaus. Das Europäische Parlament hat sich in der Tat vor einiger Zeit damit befaßt, daß beim Bau von Euro-Disneyland bei Paris portugiesische Arbeitskräfte ungefähr 10 % der in Frankreich üblichen Vergütung erhalten haben. Innerhalb der EG sind derartige Dinge allerdings eher Einzelfälle. Viel gravierender sind deshalb die Aktivitäten osteuropäischer Firmen, die ihre Leute auf deutsche Baustellen schicken. Ein Pole verdient in DM sehr viel weniger als ein Portugiese und wird seine Tätigkeit des Wechselkurses wegen gleichwohl attraktiv finden. Vergleichbares vollzieht sich im Verhältnis von Polen und Rußland: Der Zlotys wegen kommen Russen nach Polen, die ihre Leistungen im Kleinhandel und auf dem Bausektor anbieten. Daneben existiert hier wie dort eine Grauzone halblegaler und illegaler Tätigkeiten. Ob der Betriebsrat eines deutschen Bauunternehmers in solchen Fällen aktiv werden und soziales Dumping verhindern kann, ist alles andere als eine trockene, rechtsdogmatische Seminarfrage. Hier geht es um Arbeitsplätze, darüber hinaus aber auch um die Verteidigung der deutschen Löhne und Arbeitsbedingungen insgesamt.

Gestatten Sie mir, daß ich zunächst die Einschaltung des Betriebsrats in dem vergleichsweise harmlosen Fall der Entsendung aus der Bundesrepublik ins Ausland behandle. Im zweiten Abschnitt soll es dann um den umgekehrten Fall, um die Entsendung vom Ausland ins Inland gehen.

### B. Die Entsendung inländischer Arbeitskräfte ins Ausland

#### I. Zustimmungsverweigerungsrecht des Betriebsrats nach § 99 BetrVG

Die Entsendung ins Ausland stellt betriebsverfassungsrechtlich im Regelfall eine Versetzung dar. Nach § 95 Abs. 3 Satz 1 BetrVG liegt sie dann vor, wenn ein »anderer Arbeitsbereich« zugewiesen wird, und zwar entweder für mehr als einen Monat oder in der Weise, daß sich eine »erhebliche Änderung der Umstände« ergibt. Schon die vorübergehende Entsendung ins Ausland erfüllt fast immer die Voraussetzungen dieser Vorschrift: Häufig wird sie länger als einen Monat dauern, zumindest wird sie mit einer erheblichen Änderung der Arbeitsumstände verbunden sein. Nach § 95 Abs. 3 Satz 2 BetrVG besteht allerdings dann eine Ausnahme, wenn Arbeitnehmer »nach der Eigenart ihres Arbeitsverhältnisses üblicherweise nicht ständig an einem bestimmten Arbeitsplatz beschäftigt« werden; in

diesem Fall gilt die Bestimmung des jeweiligen Einsatzortes nicht als Versetzung. Bei Baukolonnen wird diese Voraussetzung des öfteren erfüllt sein. Dabei ist jedoch zu beachten, daß die Ausnahmevorschrift des § 95 Abs. 3 Satz 2 BetrVG nur dann eingreift, wenn der bisher praktizierte Rahmen beibehalten wird. Eine Gruppe von Bauarbeitern, die zunächst in Essen, dann in München und dann in Kiel eingesetzt wurde, kann auch nach Saarbrücken geschickt werden, ohne daß der Betriebsrat ein Zustimmungsverweigerungsrecht hätte. Wird der bisherige Rahmen jedoch überschritten und werden die Beschäftigten ins Ausland geschickt, greift die allgemeine Vorschrift des § 95 Abs. 3 Satz 1 wieder ein.

Der Grundgedanke dieser Regelung ist relativ einfach: Wenn wegen der Natur der Tätigkeit sowieso ein Ortswechsel selbstverständlich ist, soll der Betriebsrat nicht eingeschaltet werden; sobald sich jedoch der Gesamteinsatzbereich und damit der übliche Wechsel ändert, ist die Situation vergleichbar der eines kaufmännischen Angestellten, der von Hamburg nach Düsseldorf versetzt wird. Auf den vorliegenden Fall übertragen, bedeutet dies, daß der Betriebsrat auch dann zu beteiligen ist, wenn Arbeitnehmer in einen Staat entsandt werden, wo sie bisher noch nicht tätig waren. Es gibt keinen Grundsatz, wonach Beschäftigte, die in einem bestimmten Land gearbeitet haben, deshalb auch wie selbstverständlich in einem anderen Land arbeiten müßten. Das geltende Recht kennt – der Ausdruck sei gestattet – keine staatlich anerkannten Globetrotter: Dazu sind die Rahmenbedingungen von Staat zu Staat viel zu verschieden. Arbeitsschutzvorschriften, Arbeitszeitrecht, Feiertagsrecht usw. differieren auch innerhalb der EG so stark, daß die Arbeit in einem neuen Land zu einer »erheblichen Änderung der Umstände« führt, unter denen die Arbeit zu leisten ist. Dies gilt auch bei der Abordnung zu einer Arbeitsgemeinschaft. Das Zustimmungsverweigerungsrecht des Betriebsrats scheidet daher nur dann aus, wenn der Arbeitnehmer mit einer bestimmten Regelmäßigkeit immer in denselben Ländern eingesetzt wird.

## II. Die Betreuung der entsandten Arbeitskräfte durch den Betriebsrat

Wer vorübergehend oder auf Dauer ins Ausland entsandt wird, unterliegt weiter deutschem Arbeitsvertragsrecht. Dies rechtfertigt sich mit dem Gedanken der sog. Ausstrahlung, notfalls damit, daß auch bei lang dauernder und relativ selbständiger Auslandstätigkeit die Verbindungen zum Inland immer noch enger sind als die zur Rechtsordnung am Arbeitsort.

Für das Betriebsverfassungsrecht sind diese Grundsätze allerdings nicht

maßgebend. Nach ständiger Rechtsprechung des BAG und nach herrschender Auffassung in der Literatur gilt insoweit das Territorialitätsprinzip: Das BetrVG gilt für alle inländischen Betriebe ohne Rücksicht auf den Sitz des Unternehmens, es beschränkt sich andererseits aber auch darauf, und ergreift ausländische Betriebe deutscher Unternehmen grundsätzlich nicht. Davon gibt es nur eine, allerdings recht wichtige Ausnahme, die mit dem Stichwort »Ausstrahlung« bezeichnet wird. Wie sehen deren Voraussetzungen im einzelnen aus?

Die Rechtsprechung ging lange Zeit davon aus, daß eine »Ausstrahlung« dann vorliegt, wenn einzelne Beschäftigte nur zu einer vorübergehenden Tätigkeit ins Ausland entsandt werden. Nur sie sollten weiter zum inländischen Betrieb zählen, nur in bezug auf diese Gruppe konnte der Betriebsrat Beteiligungsrechte ausüben. Bei Entsendung auf Dauer hatte der Betriebsrat nicht mehr mitzureden.

Im Jahre 1990 hat das Bundesarbeitsgericht seine Rechtsprechung gelockert. Ob eine Ausstrahlung in diesem Sinne vorliege, hänge von den Gesamtumständen des Einzelfalles ab (BAG DB 1990, 992). Entscheidend komme es darauf an, ob noch eine ausreichende Verbindung mit dem Inlandsbetrieb gegeben sei. Ein gewichtiges (wenn auch nicht allein ausschlaggebendes) Indiz hierfür sei die Dauer der Auslandstätigkeit. Wer nur vorübergehend dort Arbeit leisten solle, bleibe typischerweise noch an den Inlandsbetrieb angekoppelt. Auch bei einer auf Dauer berechneten Tätigkeit – und dies ist eine neue Aussage – könne eine Ausstrahlung vorliegen. Dabei sei wichtig, ob der Arbeitgeber ein Rückrufsrecht besitze und ob der Arbeitseinsatz vom Inland aus geplant werde. Ist beides der Fall, wird die Ausstrahlung im Normalfall zu bejahen sein. Das BAG nahm dies jedenfalls im Falle einer Reiseleiterin an, die zwar auf unbestimmte Zeit nach Tunesien entsandt war, die die zu betreuenden Gruppen aber von Deutschland aus zugewiesen erhielt; auch hatte sich der Arbeitgeber ein Rückrufrecht vorbehalten.

Die »Öffnung« des Ausstrahlungsbegriffs ist eine konsequente Anwendung von Sinn und Zweck der Betriebsverfassung: Da diese Weisungsgewalt des Arbeitgebers an gewisse Schranken binden will, kann es nicht darauf ankommen, ob die Weisungen im Inland oder im Ausland zu befolgen sind. Auch wird auf diese Weise eine Annäherung an das Arbeitsvertragsrecht erreicht; die Zahl jener Personen, die ins Ausland entsandt sind, aber trotz Anwendung deutschen Arbeitsvertragsrechts nicht vom Betriebsrat repräsentiert und geschützt werden, wird sich um einiges verringern.

Die praktischen Konsequenzen sind nicht zu unterschätzen. Personen, die

qua Ausstrahlung weiter dem deutschen Betriebsverfassungsrecht unterliegen, behalten das aktive und das passive Wahlrecht. Sie können im Prinzip die Sprechstunde des Betriebsrats in Anspruch nehmen und an Betriebsversammlungen teilnehmen. In der Praxis ist dies allerdings schwer durchzuhalten, da man sich zwar eine Reise von Luxemburg oder Lüttich zur Betriebsversammlung in Köln vorstellen kann, kaum aber einen Flug aus Singapur oder aus Buenos Aires. Bisher ist – soweit ersichtlich – auch noch kein Fall vor Gericht gekommen, in dem ein Beschäftigter wirklich auf Kosten des Arbeitgebers 8 oder 10 Stunden geflogen wäre, um zur Betriebsversammlung zu kommen. Vermutlich würde er seinen Prozeß auch verlieren, da solche Unverhältnismäßigkeiten mit dem Grundgedanken des Betriebsverfassungsrechts schwer in Einklang zu bringen sind. Gerade dies zeigt jedoch, daß eine Ausweidlösung unabdingbar ist. Sinnvoll wäre, daß ein Betriebsratsmitglied im Ausland eine Teilbetriebsversammlung durchführt, wenn sich eine relevante Zahl von sagen wir 10–15 Arbeitnehmern in einer ausländischen Betriebsstätte befindet. Auch der Arbeitgeberkommentar von Hess-Schlochauer-Glaubitz bejaht eine solche Möglichkeit (vor § 1 Rn. 9) – das BAG hat etwas Derartiges bisher leider abgelehnt. Der Sache nach hat es den Betriebsrat wie eine Verwaltungsbehörde behandelt, die im Ausland ja gleichfalls nicht tätig werden darf – eine wenig sinnvolle Vorstellung, die den privatrechtlichen Charakter der Betriebsverfassung verkennt.

Niemand nimmt im übrigen Anstoß daran, wenn die Gesellschafter einer deutschen GmbH sich in einem Züricher Hotel versammeln oder wenn sie in Übersee tagen. Warum bei einer von einem Betriebsratsmitglied geleiteten Betriebsversammlung anderes gelten soll, ist nicht ersichtlich, zumal es ausländische Rechtsordnungen vermutlich kaltläßt, ob die Deutschen sich zum gemeinsamen Singen von Volksliedern oder zur Teilbetriebsversammlung zusammenfinden. Wir hätten jedenfalls gegen entsprechende Aktivitäten von US-Bürgern, Franzosen oder Niederländern nicht das geringste einzuwenden. Solange sich das BAG keines Besseren besonnen hat, bleibt jedoch nur als zweite Auffanglinie, sich entweder mit dem Arbeitgeber zu verständigen oder von Zeit zu Zeit ein Betriebsratsmitglied an den ausländischen Arbeitsort zu schicken, das dort Sprechstunden abhält – ein Vorschlag, den immerhin zwei neuere Kommentare machen.

Sieht man von diesen Schwierigkeiten einmal ab, hat der Betriebsrat in bezug auf die Arbeitskräfte, die weiter in der beschriebenen Weise an den Betrieb angekoppelt bleiben, alle Mitbestimmungs- und Mitwirkungsrechte. Vor Kündigungen muß er nach § 102 Abs. 1 BetrVG gehört werden, bei

Versetzungen hat er ein Zustimmungsverweigerungsrecht nach § 99 BetrVG, bei Betriebsänderungen kann er über Interessenausgleich und Sozialplan verhandeln. Auch sind die in diesem Rahmen ins Ausland Entsandten mitzuzählen, wenn es beispielsweise um die Wahl eines Wirtschaftsausschusses oder um das Hineinwachsen in die Unternehmensmitbestimmung geht.

### C. Die Entsendung ausländischer Arbeitskräfte ins Inland

Der rechtliche Status der Arbeitnehmer, die von ihrem ausländischen Arbeitgeber ins Inland entsandt werden, unterliegt weiter dem ausländischen Arbeitsvertragsrecht. Insoweit gilt mit umgekehrtem Vorzeichen dasselbe, was oben zum Fall der Entsendung deutscher Arbeitskräfte ins Ausland gesagt wurde.

Die Selbstverständlichkeit, daß wir ausländischen Arbeitsvertragspartnern das ermöglichen, was wir für deutsche Arbeitsvertragsparteien beanspruchen, hat allerdings im Tarifrecht ganz erhebliche Konsequenzen. In seiner Entscheidung vom 4. Mai 1977 hat das BAG den Standpunkt vertreten, deutsche Tarifverträge könnten als Teil des deutschen Rechts nicht auf Arbeitsverhältnisse erstreckt werden, die ausländischem Recht unterliegen. Im konkreten Fall ging es um die Tarife über die Sozialkassen des Baugewerbes; auch die Tatsache, daß sie für allgemeinverbindlich erklärt waren (und sind), blieb ohne Bedeutung. Zwar würde die Nicht-Heranziehung zu den Sozialkassen einen Wettbewerbsvorteil begründen, doch sei ja der deutsche Arbeitsmarkt durch das Erfordernis der Arbeitserlaubnis geschützt.

In der Literatur hat diese Entscheidung mit Recht erhebliche Kritik erfahren. Nach Art. 34 des Einführungsgesetzes zum BGB sind solche inländischen Normen auch gegenüber ausländischem Sachrecht durchzusetzen, also unmittelbar anzuwenden, in denen ein Gemeininteresse des deutschen Rechts zum Ausdruck kommt. Dies wird z. B. für die Betriebsverfassung angenommen, die deshalb auch dann eingreift, wenn in deutschen Betrieben ausnahmsweise unter ausländischem Arbeitsrecht gearbeitet wird. Ob auch jeder Tarifvertrag diese Qualität besitzt, wird man bezweifeln können, stellt er doch primär einen Interessenausgleich zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern dar. Bei Allgemeinverbindlichkeit ist die Situation jedoch anders; hier ist das öffentliche Interesse nach § 5 Abs. 1 TVG ausdrücklich Voraussetzung für ihre Anordnung gewesen.

Hier muß deshalb Art. 34 EGBGB eingreifen. Das Erfordernis der Arbeitserlaubnis ist kein Gegenargument. Im Rahmen der EG entfällt es von vornherein, da das Gemeinschaftsrecht Freizügigkeit der Arbeitskräfte garantiert. Aber auch im Verhältnis zu Angehörigen von Drittstaaten gibt es keine Anhaltspunkte dafür, daß die Arbeitserlaubnis für sich Exklusivität in dem Sinne beanspruchen würde, daß nur dieses Mittel eingesetzt werden könnte. Dies schon deshalb nicht, weil sie nur den Arbeitsmarkt schützt, bei den Sozialkassen aber auch die Wettbewerbsbedingungen unter den konkurrierenden Unternehmen in Frage stehen. Es wäre Zeit, die Rechtsprechung zu revidieren.

Kann der Betriebsrat den Einsatz von Subunternehmern unter diesen Umständen verhindern? Solange die kollisionsrechtliche Rechtsprechung des BAG nicht revidiert ist, liegt hier das wichtigste Mittel der Schadensbegrenzung. Folgt man auch hier der BAG-Rechtsprechung, so sind leider dem Betriebsrat meist die Hände gebunden.

In Betracht kommt auch hier das Beteiligungsrecht nach § 99 BetrVG, dieses Mal unter dem Aspekt, daß der Einsatz der Fremdfirmenleute eine »Einstellung« sein könnte. Das BAG stellt in seiner Rechtsprechung nicht darauf ab, wie das Vertragsverhältnis zwischen dem in den Betrieb kommenden Arbeitnehmer und dem Arbeitgeber beschaffen ist. Entscheidend soll es allein auf die Eingliederung in die Organisation ankommen. Ein selbständiger Taxifahrer, der vorübergehend für eine bestimmte Taxizentrale fährt, wird im Sinne des § 99 BetrVG »eingestellt«, so daß der Betriebsrat zustimmen muß. In seiner neuesten Rechtsprechung stellt das BAG (DB 1991, 1334) allerdings hohe Anforderungen an die Eingliederung. Die Tatsache, daß Arbeitnehmer Tätigkeitsfelder übernehmen, die bisher von Betriebsangehörigen erledigt wurden, sowie der weitere Umstand, daß mit ihrem Arbeitgeber alle Einzelheiten ihrer Tätigkeit abgesprochen wurden, soll für sich allein nicht ausreichen; notwendig sei vielmehr darüber hinaus, daß der Inhaber des einstellenden Betriebes selbst über Ort und Zeit der Arbeitsleistung befinde.

Der Sache nach bedeutet dies, daß § 99 BetrVG nur noch dann eingreift, wenn ein Fall echter oder unechter Leiharbeit vorliegt; solange der fremde Arbeitgeber auch nur noch ein Fünkchen eigener Weisungsgewalt besitzt, kann der Betriebsrat nicht mitbestimmen. Auch die Tatsache, daß auf diese Weise innerbetriebliche Arbeitsplätze verlorengehen, soll ohne Bedeutung sein; der Betriebsrat müsse notfalls über Interessenausgleich und Sozialplan verhandeln.

Diese Situation ist wenig ermutigend. Das BAG müßte die Eingliederung in

die betriebliche Organisation genügen lassen, ist letztere doch der eigentliche Wirkungsbereich des Betriebsrats. Das Unterworfenensein des Arbeitnehmers unter fremde Weisungsgewalt, das die Betriebsverfassung abmildern will, wird dort praktisch. Dies wird nicht zuletzt an den Zustimmungsverweigerungsgründen des § 99 Abs. 2 BetrVG deutlich: Nr. 3 stellt etwa darauf ab, ob im Betrieb beschäftigte Arbeitnehmer mit Rücksicht auf die Einstellung gekündigt werden oder sonstige Nachteile erleiden, Nr. 6 verweist auf die drohende Störung des Betriebsfriedens. Auch ist das BAG in anderen Zusammenhängen sehr viel aufgeschlossener; so greift etwa der Haftungsausschluß unter Arbeitskollegen nach § 637 RVO bereits dann ein, wenn der Arbeitnehmer eines fremden Betriebes für einige Minuten in die innerbetrieblichen Arbeitsabläufe eingebunden ist.

Dem Betriebsrat steht wenigstens das Recht zu, Einblick in die mit dem Drittunternehmer geschlossenen Verträge zu nehmen. Weiter kann er sich über den tatsächlichen Arbeitseinsatz der Fremdfirmenleute informieren. In einer Reihe von Fällen wird dabei deutlich werden, daß entweder tatsächlich eine enge Eingliederung im Sinne der BAG-Rechtsprechung oder daß in Wahrheit illegale Arbeitnehmerüberlassung vorliegt. In beiden Fällen stehen gleich mehrere Gründe für eine Zustimmungsverweigerung zur Verfügung:

In Betracht kommt § 99 Abs. 2 Nr. 3, weil den bisher Beschäftigten Nachteile bis hin zur Kündigung drohen, daneben aber auch Nr. 4, weil Dumping-Praktiken auch die ausländischen Kollegen benachteiligen. Bei illegaler Arbeitnehmerüberlassung liegt außerdem ein Verstoß gegen Nr. 1 vor; insofern ist die Situation keine andere als bei der Beschäftigung von Schwarzarbeitern.

#### D. Regelungsbedarf

Lassen Sie mich abschließend zwei Forderungen formulieren.

Zum einen muß sichergestellt sein, daß die Sozialkassentarife auf jede Form abhängiger Arbeit im Bausektor erstreckt werden, die sich in der Bundesrepublik vollzieht. Entscheidende Voraussetzung ist eine Änderung der Rechtsprechung. Notfalls müßte der Gesetzgeber in einer kleinen Ergänzung zu § 5 TVG eine entsprechende Festlegung treffen. Auch vom EG-Recht her besteht hier grünes Licht: Der Europäische Gerichtshof hat im Fall Rush-Portuguesa entschieden, jeder Mitgliedstaat habe das Recht, seine Sozialstandards auch auf solche Tätigkeiten auszudehnen, die im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit von einem ausländischen Arbeitgeber

und seinen Beschäftigten erbracht werden. Auch der Entwurf der sog. Entsenderichtlinie greift diesen Gedanken auf.

Zum zweiten muß der Betriebsrat die Möglichkeit erhalten, unlautere Beschäftigungspraktiken zu verhindern. Dies heißt, daß § 99 BetrVG anders zu interpretieren ist, daß der Fremdfirmeneinsatz immer dann unter dieses Mitbestimmungsrecht fällt, wenn durch die Fremdfirma ein Teil der bisherigen betrieblichen Tätigkeiten übernommen wird und dadurch Arbeitsplätze in Gefahr kommen. Vielleicht sollte man sich daran erinnern, daß das schwedische wie das amerikanische Arbeitsrecht in solchen Fällen den Arbeitgeber verpflichten, zunächst die betriebliche Interessenvertretung einzuschalten und mit dieser über die beabsichtigte Maßnahme zu verhandeln.

Solange Rechtsprechung oder Gesetzgebung keinen Wandel schaffen, sollte man auch über eine tarifliche Regelung diskutieren. Gerade im Zusammenhang mit § 99 BetrVG hat das BAG entschieden, daß die Rechte des Betriebsrats durch Tarifvertrag erweitert werden können. Dies gilt nicht nur für ihre Intensität (volle Mitbestimmung statt bloßer Zustimmungsverweigerung), sondern auch für ihren Gegenstand – der Einstellungsbegriff der Rechtsprechung könnte daher erweitert werden. Wenn ich recht sehe, ist die argumentative Ausgangssituation gar nicht schlecht – auch die Arbeitgeberseite erklärt ja, kein soziales Dumping und keine arbeitsrechtsfreie Zone zu wollen. Sie wird sich nicht beklagen können, wenn man sie an ihrem Wort festhält. Entscheidend ist allerdings weniger diese Überlegung als das Ziel: Die Rechte und Handlungsmöglichkeiten der Betriebsräte müssen gestärkt werden. Dies dient nicht nur den Belegschaften, sondern nützt der Entwicklung des Arbeitsmarktes – wir alle profitieren davon, wenn es in unserem Land kein soziales Dumping gibt.

## Aussprache

Rolf Birk

Meine Damen und Herren! Ich möchte mich sozusagen als Bedenkenträger aufspielen und einige Bemerkungen zu dem machen, was Herr Däubler gesagt hat. Was die Entsendung ins Ausland angeht – das läßt sich ja nachlesen –, sind wir weitgehend einer Meinung. Wir beide sind mehr oder weniger allein auf diesem Gebiet tätig – mit gelegentlicher Beteiligung anderer. Von daher handelt es sich um ein Zwiegespräch.

Etwas haben Sie übergangen – das paßt natürlich auch besser zu dem, was zum Resultat führt –: Fangen wir an beim Versetzungsbegriff des § 99 bzw. des § 95 Abs. 3 BetrVG. Ursprünglich war die Rechtsprechung des BAG, daß § 95 Abs. 3 nur betriebsbezogen zu verstehen sei.

Wenn das der Fall ist und es dann um das Ausscheiden aus dem Betrieb oder sogar um das Drinbleiben geht, je nachdem, was der Fall ist, dann wird z. B. die Entsendung formal – bei Wortauslegung – nicht erfaßt. Man könnte dann daran denken, daß sie sinngemäß erfaßt wird. Oder man könnte – was ja im Betriebsverfassungsrecht völlig unbekannt ist – eine Vorschrift vielleicht auch analog anwenden. Zu dieser Ausschöpfung des methodischen Instrumentariums zögert der Erste Senat bisher. Er sagt nichts dazu.

Zweitens – das ist das wesentliche – zur Frage der Integration in den inländischen Betrieben. Dabei geht es darum: Wie lang oder wie breit muß die Nabelschnur sein, wenn der Betrieb sich draußen befindet. Das ist ja auch im internen Recht ein Problem, etwa bei den Außendienstmitarbeitern. Gehören die überhaupt dazu, wenn nur ihre Karteikarte im Lohnbüro geführt wird?

Das ist also ein allgemeines Problem. Die Rechtsprechung ist in dem Zusammenhang unsicher, wie überhaupt die Frage der Betriebszugehörigkeit sehr schwankend behandelt wird. Die Rechtsprechung ist hier ähnlich

schwankend wie beim Versetzungsbegriff: rein in die Kartoffeln, raus aus den Kartoffeln; einmal wird auf individualrechtliche Konstruktionen zurückgegriffen, dann aber wieder nicht.

Also in bezug auf das Rückrufrecht lautet die Frage: Was bindet den Arbeitnehmer an den Betrieb? An den Arbeitgeber jedenfalls bindet ihn der Arbeitsvertrag. Aber der Arbeitsvertrag bindet den Arbeitnehmer nicht notwendigerweise an den Betrieb. Deshalb ist hier doch eine gewisse Differenzierung notwendig.

Dann komme ich zur Allgemeinverbindlicherklärung und zur Anwendbarkeit solcher Tarifverträge. Sie haben mit Recht darauf hingewiesen, daß Artikel 34 EGBGB eine Möglichkeit darstellt. Zuvor muß man allerdings – je nach Fallkonstellation prüfen, ob nicht bereits die sogenannten zwingenden Bestimmungen im Rahmen des Art. 30 EGBGB – wenn deutsches Recht objektives Vertragsstatut sein sollte –, die allgemeinverbindlichen Tarifverträge, zu berücksichtigen sind.

Die Frage ist – wir haben das gestern bei dem belgischen Kollegen erörtert –, ob man der Auffassung ist, daß kategorisch jeder allgemeinverbindliche Tarifvertrag – weil er sozusagen formal paßt – angewendet werden soll, oder ob man nicht eine gewisse Einschränkung – ich habe das Urteil des BAG eher so verstanden – machen muß. Das ist meines Erachtens nicht so klar gewesen, wie es immer dargestellt wird.

Eine Möglichkeit besteht auch darin, daß man sagt: Im Prinzip ist er anwendbar, aber nur dann, wenn der Schwerpunkt der Tätigkeit im Anwendungsbereich des Tarifvertrages liegt. Das ist ja häufig nicht der Fall, so daß man eine teleologische Reduktion – oder wie immer man das nennen will – eingreifen läßt.

Ein anderer Punkt ist die Frage der Einstellung, die Sie insbesondere im Hinblick auf den zweiten Bereich – Entsendung ins Inland – angesprochen haben. Da möchten Sie im Zusammenhang mit der Subunternehmer-Problematik zu einer Mitwirkung bzw. Mitbestimmung des Betriebsrates kommen.

Hier habe ich gewisse Bedenken, sowohl sozialpolitischer als auch rechtlicher Art. Zunächst zu meinen Bedenken rechtlicher Art: Ich glaube nicht, daß man alle Fälle gleich behandeln kann, in denen fremde Arbeitnehmer in einem anderen Betrieb tätig sind. Das erstreckt sich vom Malergesellen bis hin zum Subunternehmer – das geht bis zur Ausgliederung von Unternehmensfunktionen, wenn das nur formal der Fall ist. Dann wäre im konkreten

Einzelfall die Möglichkeit gegeben, über Mißbrauchstatbestände und ähnliche Tatbestände etwas zu erreichen.

Die Frage ist aber, ob man hier generell eine Einstellung annehmen sollte. Das kann man einmal über die Eingliederung machen. Zum anderen könnte man auch über die Bewertung der Vertragsbeziehungen weiterkommen. Ich glaube nämlich nicht, daß man das völlig lösen sollte von dem zugrundeliegenden Rechtsgrund, warum die nun dort tätig sind. Sie haben darauf hingewiesen, daß man bisher jedenfalls mehr oder weniger danach unterscheidet, ob es sich um echte oder unechte Leiharbeit handelt.

Im übrigen ist in bezug auf die Einstellung folgendes – das ist wichtig und spricht gegen das, was Sie gesagt haben – festzuhalten: Wenn man vom positiven Recht ausgeht, so hat ja – sozusagen in der Fortbildung der früheren Rechtsprechung des BAG – der Gesetzgeber das AÜG geändert. Er hat eine gewisse Aufteilung bei der unechten Leiharbeit, der gewerblichen Leiharbeit, vorgenommen und hält nicht mehr allein den Betriebsrat des Entleihers, sondern die Betriebsräte von Verleiher und Entleiher für zuständig. Von daher kommt man, glaube ich, eher zu einer restriktiven Interpretation.

Im Hinblick auf die Argumentation bezüglich des § 637 RVO habe ich Zweifel, weil die Voraussetzungen ganz andere sind. Dabei geht es darum, dem Arbeitnehmer zu helfen, möglichst weitgehend die Privilegierung des § 637 einzubringen. Das ist so ein bißchen Rosinentheorie, was Sie da betrieben haben. Dieses Argument eignet sich meines Erachtens nicht so sehr hinsichtlich betriebsverfassungsrechtlicher Fragen.

Der nächste Punkt betrifft das Subcontracting. Darauf werde ich aber nicht eingehen; das ist ein besonderer Punkt. Das hängt auch davon ab, wie man die Position des Arbeitgebers sieht. Hierbei geht es um die unternehmerische Position, darum, wie weit der mitbestimmungsfreie Raum reicht bei unternehmerischen Entscheidungen, ob ich Unternehmerfunktionen ausgliedere oder nicht.

*Ernst-Ludwig Laux*

Auch wenn es fast schon einen Vorgriff auf die Diskussion nachher ist, möchte ich diese Frage doch an Sie, Herr Däubler, sowie an die anderen Damen und Herren Juristen oder Arbeitgebervertreter stellen.

Wir haben uns jetzt darum gekümmert, wie die Sozialkassen zu sichern sind. Dazu haben wir gestern viele Vorträge gehört. Jetzt meine Frage als Nichtjurist, aber als auf dem Tarifgebiet Tätiger: Ist es möglich, daß wir den

persönlichen Geltungsbereich in den Rahmentarifverträgen in dem Sinne verändern, daß wir dort nicht nur die gewerblichen Arbeitnehmer erwähnen, die den bundesdeutschen Rentenversicherungen angehören, sondern alle, die im Baugewerbe beschäftigt sind, und daß wir die von Ihnen, Herr Däubler, angesprochene Allgemeinverbindlichkeit nach wie vor benötigen, weil sie im öffentlichen Interesse wichtig ist? Damit würden alle, die Bauleistung erbringen – das wird ja in den weiteren Punkten der Rahmentarifverträge beschrieben –, unter die allgemeinverbindlichen Tarifverträge fallen. Wäre dies ein Weg, über den weiter nachzudenken sich lohnen würde? Oder wäre das, juristisch gesehen, eine Sackgasse?

*Wolfgang Däubler*

Das Zwiegespräch mit Herrn Birk ist meist – aus landsmannschaftlichen wie aus sonstigen Gründen – recht unterhaltsam. Ich will es hier jedoch auf einige wesentliche Punkte konzentrieren – der Rest läßt sich ja vielleicht in kleinerem Kreis besprechen.

Zunächst zum Versetzungsbegriff. Auch wenn man ihn konsequent und ohne Ausnahme auf den Betrieb bezieht, werden jedenfalls in dem uns interessierenden Zusammenhang alle Ausstrahlungsfälle erfaßt. Wer vorübergehend oder unter Beibehaltung einer engen Ankoppelung ans Inland im Ausland arbeitet, gehört weiter zum Betrieb. Angesichts der veränderten Bedingungen, unter denen er arbeitet, wird allerdings immer eine Versetzung im Sinne des § 95 Abs. 3 BetrVG vorliegen. Schwierig wird es nur dann, wenn der Bereich der Ausstrahlung überschritten ist, wenn die Nabelschnur zum Inlandsbetrieb gekappt oder so dünn geworden ist, daß auch nach der neueren Rechtsprechung des BAG die Zugehörigkeit zum Inlandsbetrieb endet. Ob man hier noch eine Versetzung im Rechtssinne annehmen kann oder ob ein schlichtes Ausscheiden aus dem Betrieb – vergleichbar der Kündigung – vorliegt, habe ich in meinem Referat nicht erörtert. Ich neige zur ersten Lösung, da man sonst einen beteiligungsfreien Raum riskiert: Wenn der Betriebsrat bei der innerbetrieblichen Versetzung ein Zustimmungsverweigerungs- und bei der Kündigung ein Anhörungsrecht hat, wäre es wenig konsequent, ihn bei der Zwischenform der Ausgliederung aus dem Betrieb außen vor zu lassen.

Zum Problem der Allgemeinverbindlichkeit. Es steht den Tarifparteien frei, nicht jede in der Bundesrepublik geleistete Arbeit einzubeziehen, sondern ein gewisses quantitatives Minimum von z. B. einem Monat zu verlangen. Man müßte allerdings recht präzise sein, da es sich um eine »umgehungsanfällige« Materie handelt. Von der Normsetzungstechnik her wäre eine

solche Bestimmung nichts Ungewöhnliches. So sieht etwa § 24 Abs. 1 BAT einen finanziellen Ausgleich vor, wenn jemand mindestens einen Monat eine höherwertige Tätigkeit ausgeübt hat – wer darunter bleibt, wird offensichtlich nicht von dieser Begünstigung erfaßt.

Zur Eingliederungstheorie. Ich habe den Fall des § 637 RVO erwähnt, weil dort nach der Rechtsprechung schon eine Einbindung in die betriebliche Organisation von wenigen Minuten Dauer zur Einbeziehung des betreffenden Arbeitnehmers und damit zum Haftungsprivileg des § 637 führt. Mir will nicht einleuchten, daß in der Betriebsverfassung plötzlich ganz andere Maßstäbe gelten sollen, daß von Eingliederung nur dann die Rede ist, wenn der in Frage stehende Arbeitgeber über Ort und Zeit des Arbeitseinsatzes umfassend entscheiden kann. Die Argumentationslast hat derjenige, der hier ein unterschiedliches Vorgehen behauptet, der – aus welchen Erwägungen auch immer – aus dem Normzweck heraus eine höhere Schwelle für die »Eingliederung« konstruieren möchte. Im übrigen erscheint mir die rechtsdogmatische Diskussion nicht immer durch das nötige Maß an Offenheit geprägt. Auf der einen Seite erklärt man die Vertragstheorie zur alleinseligmachenden und versieht die Eingliederungstheorie mit negativen Wertungen, die sie in die Nähe einer historischen Skurrilität rücken. Auf der anderen Seite gibt es die genannten Fälle des § 637 RVO und des § 99 BetrVG, wo man sie dann – ohne es ausdrücklich zu sagen – mit gutem Gewissen praktiziert.

Nun zur Frage von Herrn Laux. Ich würde es für sehr sinnvoll halten, den personellen und betrieblich-fachlichen Geltungsbereich der Tarifverträge über die Sozialkassen entsprechend zu verändern. Das Gesetz läßt den Tarifparteien insoweit alle Freiheit. Möglich ist auch, Arbeitsverhältnisse einzubeziehen, die ausländischem Recht unterliegen. Dies ist zwar umstritten, aber die Mehrzahl der Autoren sieht dies mittlerweile als zulässig an – ich habe mich insoweit auch eines Besseren besonnen. Ohne Allgemeinverbindlicherklärung sind dadurch allerdings nur Personen erfaßt, die Mitglied der Gewerkschaft sind und deren Arbeitgeber dem Deutschen Arbeitgeberverband angehört. Solche Fälle werden selten sein. Wird dann jedoch die Allgemeinverbindlicherklärung ausgesprochen, würde man auch die in Deutschland aktiven Außenseiter-Unternehmen und Außenseiter-Arbeitnehmer erfassen. Voraussetzung ist allerdings, daß das BAG seine Rechtsprechung von 1977 revidiert. Dafür sprechen gute Gründe; ich will mich in diesem Punkt nicht wiederholen. Will man soziales Dumping abwehren, müssen in der Tat zwei Voraussetzungen erfüllt sein: Die Tarifverträge müssen ihrer eigenen Formulierung nach auch die potentiellen »Dumping-Ar-

beitsverhältnisse« erfassen und sie müssen mit der beschriebenen, über den Status quo der BAG-Rechtsprechung hinausgehenden Weise für allgemeinverbindlich erklärt werden. Beides erscheint schwierig, gewiß – unüberwindbar ist die Hürde allerdings nicht, wenn alle Beteiligten darüber einig sind, Gefährdungen des deutschen Arbeitsmarkts abzuwehren.

*Jan Cremers*

Ich habe eine Frage, die etwas weiter geht als die von Ernst-Ludwig Laux. Wir haben im Rahmen unserer Gespräche auf europäischer Ebene, mit der Kommission und auch dem Europäischen Parlament, über die Frage der Entsenderichtlinie, über die wir gestern sprachen, weitgehende Änderungsvorschläge gemacht. Ein Vorschlag wurde von uns als Alternative zur Dreimonatsfrist gesehen. Denn wir wollten sie heraushaben. Es ist schlecht, daß es eine Frist gibt. Das hatte ich gestern schon gesagt, das brauche ich hier nicht zu wiederholen. Wir sehen ein, daß es in einem Tarifvertrag Teile gibt, die keine Relevanz für Leute haben, die nur einen Monat oder sechs Wochen lang irgendwo in einem anderen Land arbeiten. Aber es ist nicht möglich, das mit einer Frist zu regeln.

Deswegen haben wir als Alternative vorgeschlagen, in die Entsenderichtlinie hineinzuschreiben: Von Anfang an müssen Tarife usw. eingehalten werden – das brauche ich nicht zu wiederholen –, aber die Tarifpartner haben die Möglichkeit, auf nationaler Ebene zu entscheiden, welche Teile eines Tarifvertrages keine Relevanz für ausländische Arbeitnehmer haben, die nur kurzfristig in einem bestimmten Land arbeiten.

Die Abgeordneten haben das sogar übernommen. Wir hatten eine Mehrheit. Ich habe gar nicht geprüft, ob es juristisch möglich ist, zu sagen: Es gibt eine europäische Direktive – die muß natürlich in nationales Recht umgesetzt werden –, die Tarifpartnern auf nationaler Ebene die Möglichkeit gibt, zu sagen, dieser oder jener Artikel habe keine Relevanz, weil die Leute nur drei Monate oder sechs Wochen dort seien.

Ich glaube, das würde für uns bedeuten, daß wir differenzieren könnten. Wir könnten dort, wo es starke Tarife und eine starke Arbeitsgesetzgebung gibt, diese aufrechterhalten, und daneben könnte es dann doch eine europäische Richtlinie geben. – Ich hoffe, die Frage ist deutlich geworden.

*Meinhard Zumfelde*

Herr Professor Däubler, wie soll die in Ihrem Vortrag erwähnte Änderung des Tarifvertragsgesetzes aussehen? Das hängt ja wohl mit der Änderung des Geltungsbereichs der Tarifverträge zusammen.

Des weiteren habe ich noch eine Anmerkung. Sie sagten, der EuGH habe grünes Licht gegeben. Sozialstandards seien also nicht wettbewerbshindernd. Muß man nicht gerade im Fall der Sozialkassen und der Tarifverträge etwas differenzieren? Wenn der EuGH das festgestellt hat, dann geschah das vielleicht auch mit dem Gedanken, daß die Arbeitnehmer, die hierher ins Inland kommen, auch den gleichen Schutz genießen bzw. die gleichen Standards haben.

Nun frage ich mich jetzt – so, wie im Moment die Kassentarifverträge gestaltet sind –, ob die Anwendung der Tarifverträge im wesentlichen nicht doch darauf hinausläuft, daß gezahlt wird, die einzelnen Arbeitnehmer aber nichts zurückbekommen. Muß die Problematik nicht unter diesem Blickwinkel gesehen werden?

Das nächste Problem betrifft die Ausstrahlung: Wir haben in bezug darauf, wann Ausstrahlung ins Ausland gegeben ist, immer auf verschiedene Kriterien abgestellt. Könnte nicht auch ein Kriterium sein, ob der Arbeitnehmervertreter in dem ausländischen Betrieb wahlberechtigt ist, also dort in die Arbeitnehmervertretung gewählt werden kann bzw. wählen kann?

Ich kenne Fälle, wo ein rechtsfreier Raum entstand, zum Beispiel bei Airbus Industrie. Man war nicht mehr an den Betrieb in Deutschland gebunden, aber man durfte in dem ausländischen Betrieb nicht zum Betriebsrat wählen. Dabei geht es also um eine Problematik der Kollision, wenn man so will.

Eine letzte Frage, die mich als Arbeitsrichter etwas interessiert – dabei geht es um die Zustimmung des Betriebsrates bei Arbeitnehmern, die aus dem Ausland oder dem Inland, das ist dieselbe Problematik, kommen – : Wie kann man eigentlich im vorhinein – wenn man diese Eingliederungstheorie anwendet – wissen (außer daß man die Verträge hat, und Papier ist ja geduldig), wie sich dann faktisch diese Arbeit in dem fremden Unternehmen vollzieht, ob es in Richtung auf unerlaubte Arbeitnehmerüberlassung geht oder ob ein reiner Werkvertrag vollzogen wird. Hier würde ich mich vielleicht doch Ihrem Plädoyer anschließen wollen, eine generelle Lösung zu finden, wo generell der Betriebsrat eingeschaltet werden muß.

*Peter Hanau*

Das Problem, wie man überhaupt die Ausländer in den Geltungsbereich des deutschen Tarifvertrages hineinbekommt, wollen Sie mit Art. 34 EGBGB lösen, Herr Däubler. Das ist natürlich die stärkste Waffe. Dann hat man sie immer und alle.

Auch ich liebäugle damit, aber die Entwicklung läuft anders, Herr Däubler.

Schon die Richtlinie hat ja ein ganz anderes Konzept. Wenn nämlich alle allgemeinverbindlichen Tarifverträge immer unter Art. 34 EGBGB oder die entsprechende Vorschrift des Abkommens über das internationale Vertragsrecht fielen, wäre kein Raum für eine Richtlinie, die ja allgemeinverbindliche Tarifverträge erfaßt, aber nur unter engen Voraussetzungen und über spezielle Materien.

Es hat wohl auch keinen Sinn, zu kraß zu sein. Wahrscheinlich macht es keinen Sinn, alle Niederländer, Franzosen und Belgier, die von Haus aus schon gute Kassen haben, hineinzuzwängen. Wir werden also wohl differenziertere Lösungen suchen müssen.

Was nun die Betriebsverfassung – und hier erstens die Ausstrahlung – angeht, so hat Herr Birk, ich glaube, mit Recht, betont – und auch die Entwicklung in der Wissenschaft geht dahin –, daß es gar kein spezielles auslandsrechtliches Ausstrahlungsproblem gibt, sondern daß es mit dem inländischen identisch ist.

Das müßte noch mal mit dem BAG diskutiert werden, das immer meint, der Außendienst im Ausland sei nach anderen Kriterien zu beurteilen als im Inland. Das ist wahrscheinlich nicht der Fall – mit der Folge, daß ich auch allem zustimmen würde, was Sie sagen. Es gibt keine prinzipiellen Bedenken gegen die Tätigkeit des Betriebsrates so, wie es im Inland möglich wäre, abgesehen von der Frage der Verhältnismäßigkeit der Kosten. Wahrscheinlich ist das gar kein Ausstrahlungsproblem. Wenn es Ausstrahlung ist, ist das im Inland und im Ausland dasselbe.

Dann habe ich mich gewundert, Herr Däubler, daß Sie im Zusammenhang mit der Ausstrahlung – es geht um die Frage, wie man das nun praktisch organisiert – nicht den § 3 BetrVG erwähnt haben, der ja für Arbeitnehmer unter besonderen Bedingungen tarifliche Sonderregelungen der Betriebsverfassung vorsieht.

Dies hier ist, glaube ich, der geeignete Ort, um die Frage an die Tarifparteien aufzuwerfen: Kann man über den § 3 BetrVG zu vernünftigen Sonderregelungen kommen, wo dann in bezug auf den Betriebsrat steht: »Economy-Class« oder »Business-Class« – ich will da nichts präjudizieren? Jedenfalls geht es darum, daß man das praktisch regelt.

Einstrahlung ist ein ganz heikler Punkt. Ich bin froh, Herr Däubler, daß Sie auch endlich mal darauf hinweisen, daß wir eine Renaissance der Eingliederungstheorie haben. Sie lebt, sie wird immer totgesagt, aber sie ist ausgesprochen munter.

Aber weil das als theoretischer Topos nicht mehr gesehen wird, ist die

Diskussion auch immer punktuell und eng. Ich will nur beisteuern: Wir haben leider noch zu viele Eingliederungsbegriffe. Sie hängen sich an den des § 637 RVO an. Der paßt aber schon darum nicht, weil wir in der Bestimmung auch noch den engeren Begriff des Betriebsangehörigen haben und weil wir andererseits beim AÜG auch mit Eingliederung arbeiten. Das würde dann doch wieder dafür sprechen, nur den AÜG-Bereich zu sehen.

Darüber muß sicher noch nachgedacht werden. Aber ich bin ganz Ihrer Meinung: Das muß in die Renaissance der Eingliederungstheorie eingeordnet werden.

*Karl-Heinz Sahl*

Ich schlage vor, daß ich noch vor Herrn Professor Däubler zu der Frage Stellung nehme: Wie sieht es aus mit der Zahlungspflicht der Betriebe und der Erstattungsleistung der Kassen? Danach würde ich Herrn Professor Däubler das Schlußwort überlassen.

Zu dem Problem, das Herr Zumfelde angesprochen hat: Wir haben ja im Sozialkassenbereich in der Bundesrepublik im wesentlichen fünf Leistungen, die – bis auf eine – nicht an staatliche Sozialleistungen anknüpfen. An staatliche Sozialleistungen wird im Bereich der Zusatzversorgung angeknüpft. Die Zusatzversorgung wird im Grunde nur zusätzlich zu Renten aus der nationalen gesetzlichen Rentenversicherung gewährt.

Ein Problem würde sich sicherlich ergeben, wenn Arbeitnehmer in einem Land – wie z. B. Italien –, wo die Rente früher gewährt wird, in Rente gehen. Wenn dort die Rente fällig würde, gäbe es noch keine deutsche Zusatzversorgung. Da aber irgendwann zusätzlich die deutsche Teilrente gezahlt wird, wenn die Zeiten zusammenpassen, würde ab dem Zeitraum auch eine deutsche Rente gezahlt werden. Das setzt voraus, daß bestimmte Mindestwartezeiten auch in der deutschen Zusatzversorgung vorliegen. Wer also nur fünf oder sechs Jahre lang in seinem Berufsleben – und das möglicherweise noch mit mehreren Unterbrechungen – auf Baustellen in der Bundesrepublik tätig war, würde keine Leistungen von dieser Kasse erhalten. Das muß man sehen.

Von den anderen vier Leistungen ist der Urlaub die bedeutendste. Auf den Urlaub entfallen etwa 65 Prozent bis 70 Prozent des Beitrages. Das, was an Beiträgen für den Urlaub eingezahlt wird, geht in keinem Fall verloren. Nur ist es so: Wenn der Urlaub nicht nach unserem Tarifvertrag gewährt wird, erhält der Betrieb natürlich keine Erstattung von der Kasse für das Geld, das er eingezahlt hat. Dennoch sind die Beiträge, die abgeführt worden

sind – das wird häufig übersehen – nicht verloren. Dieser Erstattungsanspruch des Arbeitgebers wandelt sich nämlich nach einer gewissen Zeit in einen Direktanspruch des Arbeitnehmers gegenüber der Urlaubskasse um. Hier kann man nicht sagen: Die Betriebe zahlen ein, und letztlich ergibt sich aus dieser Beitragspflicht keine Erstattungspflicht. Diese Gelder sind nicht verloren. Das sind etwa 10 Prozent der Sozialkassenbeiträge.

Ich komme dann zum Lohnausgleich: Er wird natürlich nur bei einer bestimmten Mindestarbeitsdauer in der Bundesrepublik Deutschland gezahlt. Und man muß an bestimmten Tagen noch in einem Arbeitsverhältnis stehen. Auch da kann es Probleme geben. Das ist aber vom Volumen her nicht so bedeutend.

Der dritte Bereich ist der der sogenannten Winterausgleichszahlung. Dies bedingt – das hat Herr Matthes schon ausgeführt –, daß die Voraussetzungen für den Lohnausgleich erfüllt sind und der Arbeitnehmer am 31. März in einem Arbeitsverhältnis zu einem deutschen Baubetrieb steht. Das wäre möglicherweise in bezug auf die Beitragspflicht der Betriebe keine diskriminierende Bestimmung.

Der letzte Bereich ist nur national zu sehen. Dabei handelt es sich im Grunde um die Finanzierung der beruflichen Bildung. Zwei Jahre lang werden Ausbildungsvergütungen – im ersten Jahr in vollem Umfang – erstattet. Das ist natürlich – das muß man sehen – eine rein nationale Erstattung. Vom Beitragsvolumen her gesehen ist auch das nicht überwältigend. Es macht derzeit von den 20 Prozent, glaube ich, 1,6 Prozent aus.

#### *Carl Brocksiepe*

Herr Sahl, Sie sagen: Der Anspruch auf Erstattung des gezahlten Urlaubsentgelts wandelt sich in einen Anspruch des Arbeitnehmers um. Das ist zwar richtig – aber nur dann, wenn der Urlaub bzw. der Urlaubsabgeltungsanspruch verfallen ist. In den Fällen, wo ein ausländischer Betrieb, der erfaßt ist, Urlaub gewährt hat, ist für eine Umwandlung überhaupt kein Raum. Da liegen natürlich – man muß das sehen – Schwierigkeiten.

#### *Karl-Heinz Sahl*

Das ist völlig richtig. Der Direktanspruch des Arbeitnehmers entsteht im Grunde erst dann, wenn die Erstattungsansprüche des Betriebes verfallen sind. Vielen Dank, Herr Brocksiepe, für die Klarstellung.

Dann bitte ich Herrn Professor Däubler um das Schlußwort.

#### *Wolfgang Däubler*

Ich muß Sie zunächst um Verständnis dafür bitten, daß ich in der vorgegebenen Zeit von einer guten halben Stunde nicht auf alle Umsetzungsfragen eingehen konnte, die sich dann ergeben, wenn man sich eine veränderte BAG-Rechtsprechung zur Allgemeinverbindlicherklärung und zu § 99 BetrVG vorstellt. Insofern bin ich dankbar, daß eine ganze Reihe von Fragen aufgeworfen wurden, die mir die Möglichkeit geben, das System in einzelnen Punkten zu vervollständigen.

Zu Herrn Cremers. Die Tarifparteien haben das von niemandem ernsthaft bestrittene Recht, den Geltungsbereich ihrer Normen frei zu bestimmen, sofern sie dadurch nicht gegen Grundrechte wie z. B. die Gleichberechtigung von Mann und Frau verstoßen. Zur freien Festlegung des Geltungsbereichs gehört es auch, daß man bestimmte Vorschriften auf eine einzelne Personengruppe bezieht, die nur auf diese und nicht etwa auf alle tarifgebundenen Arbeitnehmer Anwendung finden. Um ein ganz traditionelles Beispiel zu wählen: Man kann bestimmte Rechte für langjährig Beschäftigte festlegen, was für die übrigen Arbeitnehmer allenfalls Anwartschaften zur Folge hat. So hätte ich auch keine Bedenken dagegen, die ganz kurzfristige Arbeit von Ausländern im Inland aus der Tarifgeltung auszunehmen, weil die administrativen Probleme und Friktionen viel zu groß wären – insoweit wäre auch der Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG beachtet, der ja Differenzierungen aus sachlichem Grund durchaus zuläßt.

Herr Zumfelde hat nach einer Änderung des TVG gefragt. Ich hoffe meinerseits primär auf eine Änderung der BAG-Rechtsprechung. Nach meiner Einschätzung ist sie sehr viel flexibler; fünf Richter zu überzeugen, mag gerade hier einfacher sein als eine Parlamentsmehrheit zu finden. Der Bundestag würde sich jedenfalls sehr schwer tun, das TVG zu ändern. Da er sehr vielfältigen Einflüssen ausgesetzt ist, kann man sich ohne viel Phantasie vorstellen, daß ein »Gesetz zur Reform des Tarifvertragsrechts« nicht nur die Allgemeinverbindlicherklärung im hier diskutierten Sinne erweitern, sondern beispielsweise auch Öffnungsklauseln in der Richtung enthalten würde, daß bei schlechtem Geschäftsgang durch Betriebsvereinbarung vom Tarifvertrag zu Lasten der Arbeitnehmer abgewichen werden kann.

Was die Rückerstattung von Beiträgen angeht, die von Personen gezahlt werden, die nicht in den Genuß von Leistungen kommen, so kennen wir aus der Rentenversicherung eine ähnliche Problematik. Auch dort kann es passieren, daß jemand eine Reihe von Jahren im Inland arbeitet und vor Erreichen der Anwartschaftszeit in seine Heimat zurückkehrt oder in einen Drittstaat »weiterwandert«. Innerhalb der EG ist dies kein Problem mehr, da

aufgrund der Verordnung Nr. 1408/71 eine Zusammenrechnung erfolgt. Im Verhältnis zu Drittstaaten hängt alles davon ab, ob ein vernünftiges Sozialversicherungsabkommen existiert. Wo dieses fehlt, bleibt im Grunde nur die Möglichkeit, daß der Betreffende seine Beiträge zurückerhält, weil er keinen definitiven Versicherungsschutz erworben hat. Allerdings wird man auch dieses Mittel nur dann anwenden, wenn der Verlust unzumutbar wäre. Wer im Inland fünf Monate lang Beiträge zur Arbeitslosenversicherung bezahlt hat, kann – wenn ich recht informiert bin – diese auch dann nicht zurückverlangen, wenn ihm in seinem Heimatstaat die deutsche Versicherungszeit in keiner Weise von Nutzen ist. Die Sozial- und Arbeitslosenversicherung ist nicht auf einem starren Gegenseitigkeitsverhältnis aufgebaut; man nimmt in Kauf, daß in einzelnen Fällen Beiträge bezahlt werden müssen, obwohl kein Leistungsanspruch entsteht. Bei den Sozialkassen käme durchaus eine Regelung wie in der Rentenversicherung in Betracht. Über die Einzelheiten müßte man diskutieren. Der Grundgedanke scheint mir jedenfalls richtig zu sein, daß die Betreffenden irgendwie entschädigt werden, weil sie aus strukturellen Gründen keine Leistungen in Anspruch nehmen konnten.

Nun zu einer weiteren Ausstrahlungs-Frage. Kann ein Arbeitnehmer oder eine Arbeitnehmergruppe weiterhin dem inländischen Betrieb zugeordnet werden, auch wenn im Ausland Wahlrecht zur dortigen betrieblichen Interessenvertretung besteht? Ich habe keine Bedenken, mit einem eindeutigen »Ja« zu antworten. Ich kann mich dabei auf das BAG stützen, das in seiner Entscheidung zu der nach Tunesien entsandten Reiseleiterin entschieden hat, die Integration in einen Auslandsbetrieb sei ein Indiz gegen die Annahme einer Ausstrahlung, schließe diese aber nicht von vornherein aus, wenn sehr viele Gegenindizien für eine fortdauernde Ankoppelung an den Inlandsbetrieb sprechen. Im Einzelfall kann dies zu einem doppelten Wahlrecht führen. Auch dies sollte niemanden stören. Selbst im innerstaatlichen Bereich kennen wir derartiges: Haben beispielsweise zwei Unternehmen einen Gemeinschaftsbetrieb und wurde dort ein Betriebsrat gewählt, so kann dieser Delegierte in die Gesamtbetriebsräte der jeweiligen Mutterunternehmen entsenden. Das gleiche gilt beim Gemeinschaftsunternehmen, dessen Betriebsrat in beiden Konzernbetriebsräten vertreten ist. Der Grundgedanke ist der, daß überall dort eine Vertretung stattfinden muß, wo arbeitnehmerbezogene Entscheidungen fallen. Bei atypischer, zwischen verschiedenen Instanzen aufgespaltener Entscheidungskompetenz erfordert dies eine Mehrfachvertretung. Dies ist keine Privilegierung, sondern nichts anderes als eine konsequente Anpassung an die internen Strukturen

der Arbeitgeberseite. Genauso bei der Auslandsentsendung: Wenn eben sowohl die Leitung des Auslandsbetriebs als auch die Leitung des Inlandsbetriebs auf das Arbeitsverhältnis einwirken können, ist auch im Verhältnis zu beiden das Korrektiv der betriebsverfassungsrechtlichen Mitbestimmung angebracht. Im übrigen zeigt der Airbus-Fall, wie schwer sich u. U. ausländische Rechtsordnungen tun, den dorthin entsandten Arbeitskräften Wahlrecht zu ihren eigenen Interessenvertretungen zu geben. In Frankreich ging der Streit durch alle Instanzen. Ich würde in solchen Fällen sichergehen und jedenfalls das Wahlrecht zur deutschen Interessenvertretung beibehalten wollen.

Sehr wichtig ist die weitere Frage: Wie kann eigentlich der Betriebsrat die nötigen Informationen bekommen, um beurteilen zu können, ob Illegales im Spiel ist? Die abgeschlossenen Verträge mit dem Drittunternehmer sind sicher wichtig, aber sie allein bringen nicht viel. Erfahrungsgemäß neigen alle Beteiligten dazu, in Verträge nichts hineinzuschreiben, was Schwierigkeiten mit der Gewerbeaufsicht oder dem Arbeitsgericht provozieren könnte; wer juristisch beraten ist, wird »wasserdichte« Formulierungen wählen. Unter diesen Umständen gibt es im Grunde nur die Möglichkeit, die Praxis selbst zu kontrollieren. Nach der Rechtsprechung des BAG bestimmt sich das Vorliegen illegaler Arbeitnehmerüberlassung nicht nach dem Buchstaben der Verträge, sondern allein danach, wie der tatsächliche Arbeitseinsatz aussieht, wer also faktisch Arbeitsanweisungen erteilt. Der Betriebsrat müßte daher – wann immer es möglich ist – überraschend Baustellen besuchen, dürfte dies aber sinnvollerweise nicht vorher ankündigen. Sonst hätte man denselben Effekt wie bei einer entsprechenden Vorwarnung durch die Gewerbeaufsicht: Alles wäre wunderschön in Ordnung, Korrektheit und Freundlichkeit würden keine Grenzen kennen. Auch ein nicht freigestellter Betriebsrat, der nur die Rechte aus § 37 Abs. 2 BetrVG hat, muß im übrigen nur »in groben Zügen« angeben, aus welchem Anlaß er in den nächsten Stunden nicht arbeiten wird. Er muß also bei seiner Abmeldung nicht etwa eine konkrete Baustelle benennen und den von ihm verfolgten Kontrollzweck, sondern kann ganz allgemein von »Baustellenbesuch« oder »Fragen des Arbeitsschutzes« sprechen. Im Rahmen ihrer Möglichkeiten sind daher die Betriebsräte gefordert, das Machbare zu tun.

Herr Hanau hat das sehr diffizile Problem aufgeworfen, was geschieht, wenn unsere Tarifregelungen über Gemeinsame Einrichtungen auf solche Ausländer erstreckt werden, die in ihren Ländern von entsprechenden Kassen erfaßt und dadurch gut versorgt sind. Während bislang die Ausklammerung aus dem deutschen System für bestimmte ausländische An-

bieter einen starken Wettbewerbsvorteil darstellte, tritt in diesem Fall für eine andere Gruppe von Anbietern eine deutliche Benachteiligung ein: Es kann nämlich passieren, daß diejenigen, die aus Ländern wie Holland, Frankreich, Belgien usw. kommen, zweimal bezahlen müssen, d. h. sowohl bei uns als auch in ihrem Heimatstaat. Innerhalb der EG wäre dies ein eindeutiger Verstoß gegen die Wettbewerbsgleichheit zwischen Dienstleistungserbringern aus verschiedenen Mitgliedstaaten. Eine Satzung, die eine Doppelanspruchnahme vorsehen würde, müßte daher insoweit als gemeinschaftsrechtswidrig außer Anwendung bleiben. Sinnvoll wäre allerdings, die Allgemeinverbindlicherklärung entsprechend zu beschränken, also solche Arbeitskräfte auszunehmen, die einer in etwa vergleichbaren Einrichtung in ihrem Heimatstaat zugeordnet sind und daraus auch Leistungen während ihrer Arbeit in Deutschland erhalten können.

Zustimmen möchte ich Ihnen auch bei der These, daß sich das Ausstrahlungsproblem im Inland genauso wie bei einem grenzüberschreitenden Arbeitseinsatz stellt. Wir haben im Inland zwar ein einheitliches Arbeitsrecht, jedoch bisweilen unterschiedliche Tarifverträge: Welcher von ihnen eingreift, bestimmt sich danach, ob im Verhältnis zum bisherigen Stammbetrieb eine Ausstrahlung vorliegt oder ob eine volle Integration in den »Arbeitsbetrieb« ohne Anbindung an den Entsendungsbetrieb erfolgt. Dies wird insbesondere dort problematisch, wo es anders als in der Bauindustrie einen regionalen Flickenteppich an Tarifverträgen gibt. Wir sprechen hier von interlokalem Recht der Tarifverträge; die Regeln sind keine prinzipiell anderen als im traditionellen Kollisionsrecht. Es gibt dazu eine Reihe von LAG-Entscheidungen aus den 50er und 60er Jahren. Damit war die Diskussion zunächst im wesentlichen beendet, bis in jüngster Zeit dieselbe Frage wieder im Verhältnis zwischen alten und neuen Bundesländern auftauchte. Auch hier spricht alles dafür, nach einheitlichen Maßstäben zu verfahren.

Was die tarifliche Schaffung einer Interessenvertretung betrifft, so finde ich auch dies in hohem Maße beifallswert. So könnte man überall dort, wo das deutsche Betriebsverfassungsrecht nicht mehr anwendbar ist, weil die Grenzen der Ausstrahlung überschritten sind, eine tarifliche Vertretung schaffen – § 3 BetrVG steht nicht entgegen und auch eine staatliche Genehmigung ist nicht erforderlich, weil insoweit ja das Gesetz gar nicht mehr greift. In den viel häufigeren und wichtigeren Fällen der Ausstrahlung bewegen wir uns dagegen im Rahmen des BetrVG. Hier läßt sein § 3 ausreichend Spielräume. So könnte man für ausländische Baustellen eine Einrichtung vorsehen, die es auch einmal im Inland gab, nämlich

Baustellendelegierte. Die staatliche Genehmigung dürfte kaum Schwierigkeiten machen. Voraussetzung ist natürlich, daß die Tarifparteien ein entsprechendes Bedürfnis sehen. Auf Dauer scheint es aus meiner Sicht wenig sinnvoll, sich mit Telefon und Telefax zu begnügen – hier kommt eine weitere Aufgabe auf die Tarifpolitik zu, die in anderen Branchen möglicherweise sehr viel mehr im Hintergrund steht.

*Gerd Syben*

Es ist immer sehr interessant, über die Fachgrenzen hinweg zuzuhören. Ich würde gern zwei Anregungen, die ich durch die Beiträge der Kollegen der juristischen Disziplin bekommen habe, zurückgeben – gewissermaßen um Ihre Diskussion ein bißchen aufzumischen, wie man sagen könnte.

Die eine betrifft den Begriff des Arbeitsmarktes. Ich glaube, wir müssen uns allmählich davon lösen, den Arbeitsmarkt noch nationalstaatlich zu definieren. Der Arbeitsmarkt ist heute mindestens europäisch geworden – in vielen Fällen nicht einmal mehr das. Das heißt, die rechtlichen Regelungen, die daran festhalten, daß der Arbeitsmarkt nationalstaatlich definiert sein könnte, sind zumindest de facto zu einem erheblichen Teil außer Kraft gesetzt. Darauf werden die Gesetzgebung und die Rechtsprechung wahrscheinlich in irgendeiner Form reagieren müssen.

Die zweite Anregung betrifft den Begriff des Betriebs. Man denkt normalerweise, man weiß, was ein Betrieb ist. Wenn man sich aber soziologisch damit beschäftigt, wird die Grenze des Betriebs sehr schnell fließend. Betrachten Sie heute nur die Beziehungen der Automobilkonzerne zu ihren Zulieferern. Es wird nicht nur über die Produkteigenschaften bestimmt, was in einem Zulieferbetrieb gefertigt wird, sondern es wird sehr direkt auf die Fertigungsbedingungen eingewirkt.

Das heißt, die Zulieferbetriebe sind in vielen Fällen de facto keine selbständigen Betriebe mehr. Rechtlich – vor allem eigentumsrechtlich – sind sie natürlich selbständig, aber im Hinblick auf die Gestehungsbedingungen dessen, was dort passiert, sind sie eigentlich nicht mehr selbständig. Ich denke, auch viele Subunternehmen in der Bauwirtschaft sind de facto keine selbständigen Betriebe mehr, weil sie über ihre Gestehungsbedingungen keine Hoheit mehr haben; diese bestimmen andere.

Im Hinblick darauf – das betrifft den Eingliederungsbegriff, mit dem Sie sich herumschlagen – müßte man neu überlegen: Was ist in diesem Sinne de facto ein Betrieb?

*Karl-Heinz Sahl*

Ich glaube, soziologische oder ökonomische Kenntnisse sind immer auch für die juristische Diskussion befruchtend. Ich habe aber oftmals den Eindruck, daß dies unsere Arbeit noch mehr erschwert.

*Gerd Syben*

Das sollte es auch.

*Wolfgang Däubler*

Für die Juristen kann ich sagen: Das Problembewußtsein beim Betriebsbegriff existiert. Es gibt eine Masse juristischer Literatur zu dem Thema, die sich insbesondere auf Phänomene der Just-in-Time-Produktion und auf die Betriebs- und Unternehmensaufspaltung bezieht. Es wird sehr wohl wahrgenommen, daß es weite und wachsende Bereiche gibt, in denen die Organisation des Arbeitsprozesses nicht mehr die traditionellen klaren Konturen wie in der Vergangenheit hat, wo »Betrieb« und »Werkshalle« dasselbe waren.

Auch beim Arbeitsmarkt, der allerdings stärker eine Domäne der Ökonomen ist, gibt es Problembewußtsein. Die Begrenzungen sind dort allerdings noch sehr viel deutlicher spürbar – die Arbeitsämter kommen bislang mit Recht nicht auf den Gedanken, einen Arbeitslosen ins Ausland zu vermitteln und ihm bei einer Absage ggf. eine Sperrfrist aufzuerlegen. Auch sorgt das nationale Arbeits- und Arbeitsförderungsrecht dafür, daß immer noch sehr viel an nationaler Segmentierung übrigbleibt. Wir werden sicher darüber noch viel nachzudenken haben.

## **Der Europäische Binnenmarkt – das Ende einer nationalen branchenspezifischen Tarif- und Sozialpolitik?**

Podiumsdiskussion

*Christian Schulte*

Ich will ansprechen und in unsere Hinterköpfe bringen, wie die Rahmenbedingungen für den Binnenmarkt, politisch gesehen, sind. Es macht sich doch ziemliche Betroffenheit auch beim Beobachter breit, der sich das Ambiente anschaut. Die soziale Schieflage ist ungeheuer groß. Irgendwo stimmt das Koordinatensystem nicht, wie ich meine. Auch das gehört dazu, wenn man das Thema Sozialkassen näher erörtert.

Es ist interessant, was sich in Brüssel tut, wo und wie sich die Kräfte formiert haben. Die Wirtschaft ist bereits mit großen Apparaten dort vertreten. Sie praktiziert bereits jetzt Lobbyismus in Reinkultur. Auf der anderen Seite ist es eine sehr, sehr bescheidene Größe, was der Europäische Gewerkschaftsbund und die anderen Gewerkschaften zu bieten haben; es ist erbärmlich.

Politisch gesehen – um das Koordinatensystem näher anzuschauen – gibt es mit Mühe und Not – das haben wir alle in den letzten zwei Jahren beobachtet – kurz vor Toresschluß gerade einige plakative Verständigungen, mehr eigentlich nicht. Auch rechtlich bleibt eine Menge offen. Das haben wir in den letzten anderthalb Tagen sehr deutlich gehört. Wir haben allerdings nur über ein Generalthema gesprochen; es gibt noch eine ganze Palette denkbarer juristischer Herausforderungen im Zusammenhang mit dem Binnenmarkt – arbeitsrechtlich, sozialrechtlich –, die überhaupt noch nicht angepeilt sind – und dies, obwohl der Binnenmarkt vor der Tür steht.

Mich hat verwundert: In den letzten drei Jahren hat man den Binnenmarkt so angesprochen, als werde er schon morgen stattfinden – politisch, journalistisch, gewerkschaftlich. Aber eigentlich war noch viel Zeit. Ich frage mich nur: Ist die Zeit genutzt worden? Ich muß mir die Antwort geben: nein. Jetzt aber steht der Binnenmarkt wirklich vor der Tür. Ein paar Wochen noch, dann ist er da.