

Wahlberechtigung zum Seebetriebsrat nach neuem Recht

von Prof. Dr. Wolfgang Däubler, Bremen

## I. Die Fragestellung

Das Wahlrecht zum Seebetriebsrat ist in § 116 in Verbindung mit § 114 BetrVG geregelt. Seebetriebsräte gibt es bei allen Seeschifffahrtsunternehmen mit Sitz in der Bundesrepublik, soweit ihre Schiffe die deutsche Flagge führen.

Durch die Reform der Betriebsverfassung ist im Jahre 2001 die Vorschrift des § 7 Satz 2 BetrVG eingefügt worden, wonach auch „überlassene Arbeitnehmer“ Wahlrecht haben, sofern sie für mehr als drei Monate in dem fraglichen Betrieb tätig sind. Eine davon abweichende Sonderregel für die Seeschiffahrt ist nicht ersichtlich, wengleich dort der Rückgriff auf Fremdfirmenpersonal außerordentlich verbreitet ist. Im Einzelnen soll die Regelung des § 7 Satz 2 näher dargelegt werden, um so den Wahlvorständen eine gewisse Hilfestellung zu gewähren.

Vergleichsweise wenig erörtert ist die weitere Frage, ob dieselben Grundsätze auch dann gelten, wenn das fragliche Schiff in das Internationale Seeschifffahrtsregister (ISR), auch „Zweitregister“ genannt, eingetragen ist. Typischerweise arbeiten in solchen Fällen fast alle Besatzungsmitglieder unter ausländischem Recht. Der Untersuchung bedürftig ist daher, ob auch in diesem Fall die Seebetriebsverfassung in vollem Umfang Anwendung finden kann.

Der dritte Bereich betrifft die sog. Billigflaggenschiffe (beispielsweise Antigua, Panama, Liberia), die von deutschen Reedern formal an eine in dem betreffenden Staat bestehende Tochtergesellschaft übertragen wurden und die deshalb nicht mehr die deutsche Flagge führen. Hinter einer solchen Maßnahme steht der Gedanke der Kostensenkung, die sich aus der Reduzierung der Aufwendungen für Löhne und Gehälter sowie aus der Vermeidung von Steuern und Abgaben ergibt. Ob auch solche Schiffe, die weiterhin vom deutschen Reeder her gesteuert werden, unter die Betriebsverfassung fallen, wird unterschiedlich beurteilt und bedarf deshalb eingehender Untersuchung.

## II. Der gesetzliche Normalfall: Deutsches Schifffahrtsunternehmen mit Schiffen unter deutscher Flagge

### 1. Wahlrecht der Besatzungsmitglieder

Nach § 116 Abs. 1 Satz 1 werden in Seebetrieben Seebetriebsräte gewählt. Nach § 114 Abs. 3 umfasst der Seebetrieb die Gesamtheit der Schiffe eines Seeschifffahrtsunternehmens. § 114 Abs. 2 Satz 1 definiert dieses in der Weise, dass es Handelschifffahrt betreiben und seinen Sitz im Geltungsbereich des BetrVG, d. h. im Bundesgebiet haben muss. Weiter wird in § 114 Abs. 4 BetrVG verlangt, dass es sich bei den Schiffen um sog. Kauffahrteischiffe handelt, die nach dem Flaggenrechtsgesetz

die Bundesflagge führen. Ausgeklammert sind solche Schiffe, die binnen 24 Stunden nach dem Auslaufen an den Sitz eines Landbetriebs zurückkehren; sie werden als Teil des Landbetriebs (und nicht des Seebetriebs) behandelt.

Dem Betreiben eines Seeschifffahrtsunternehmens wird in § 114 Abs. 2 Satz 2 BetrVG die Tätigkeit als Korrespondentreeder, Vertragsreeder, Ausrüster und die Tätigkeit aufgrund eines ähnlichen Rechtsverhältnisses gleichgestellt, soweit Schiffe auch hier zum Erwerb durch die Seeschiffahrt verwendet werden. Weitere Voraussetzung ist, dass der Inhaber Arbeitgeber des Kapitäns und der Besatzungsmitglieder ist oder überwiegend die Arbeitgeberbefugnisse ausübt. Nach dem Gesetz kommt es insoweit auf die tatsächliche Funktion an; das Eigentum einer ausländischen Reederei ist insoweit ohne Bedeutung.

## **2. Wahlberechtigung**

Nach § 116 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG haben Wahlrecht zum Seebetriebsrat alle zum Seeschifffahrtsunternehmen gehörenden Besatzungsmitglieder. Wer Besatzungsmitglied ist, bestimmt sich nach § 3 SeemG. Anders als nach § 7 Satz 1 BetrVG wird dabei kein Mindestalter verlangt; auch Personen unter 18 Jahren haben aktives Wahlrecht, was einen Ausgleich dafür darstellt, dass es in der Seeschiffahrt keine Jugend- und Auszubildendenvertretung gibt.

Ebenso Berg, in: Däubler/Kittner/Klebe (Hrsg.) - im Folgenden: DKK-, Kommentar zum BetrVG, 5. Aufl., Köln 1996, § 116 Rn. 4; Richardi, Kommentar zum BetrVG, 7. Aufl., München 1998, § 116 Rn. 8; Wiese, in: Fabricius-Kraft u. a., Gemeinschaftskommentar zum BetrVG - im Folgenden: GK-Verfasser - Band 2, 6. Aufl., Neuwied u. a. 1998, § 116 Rn. 5

Dabei ist es - ähnlich wie im Falle des § 7 Satz 1 BetrVG - unerheblich, ob das Besatzungsmitglied gerade einem bestimmten Schiff zugeordnet ist und sich an Bord befindet.

S. statt aller Heß/Schlochauer/Glaubitz, Kommentar zum BetrVG, 5. Aufl., Neuwied u. a. 1997, § 116 Rn. 8

Denkbar ist neben Krankheit und Urlaub beispielsweise der Fall, dass vorübergehend eine Seemannsschule besucht wird,

Richardi § 116 Rn. 9

dass vorübergehend im Landbetrieb gearbeitet wird,

GK-Wiese § 116 Rn. 5

oder dass die Arbeit für eine bestimmte Zeit auf einem Schiff unter fremder Flagge erbracht wird.

BAG AP Nr. 1 zu § 116 BetrVG 1972; zustimmend GK-Wiese § 116 Rn. 5; Richardi § 116 Rn. 9

Maßgebend ist allein die Zuordnung zum Seebetrieb als solchem.

Das passive Wahlrecht erfährt durch § 116 Abs. 2 Nr. 2 einige Modifikationen, die hier nicht näher untersucht werden sollen. Zweifelsfragen haben sich dabei - soweit ersichtlich - nicht ergeben.

### 3. Das aktive Wahlrecht überlassener Besatzungsmitglieder

Nach § 7 Satz 2 BetrVG n. F. erstreckt sich das aktive Wahlrecht auf Arbeitnehmer eines anderen Arbeitgebers, die dem Betrieb überlassen und die dort mehr als drei Monate tätig sind.

Das Wahlverfahren einschl. der Wahlberechtigung bestimmt sich in der Seeschifffahrt nach allgemeinen Grundsätzen, sofern sich nicht aus § 116 BetrVG Modifikationen ergeben.

GK-Wiese § 116 Rn. 4; Heß/Schlochauer/Glaubitz § 116 Rn. 7; Richardi § 116 Rn. 7

Da § 116 keinerlei Sonderregeln zu den überlassenen Arbeitskräften enthält, findet § 7 Satz 2 BetrVG daher auch in diesem Zusammenhang Anwendung. Für die sog. echte Leiharbeit wurde dies schon nach altem Recht vertreten.

DKK-Berg § 114 Rn. 21

Hätte man die überlassenen Arbeitskräfte ausschließen wollen, wäre eine Änderung des § 116 geboten gewesen, die jedoch nicht erfolgt ist.

§ 7 Satz 2 setzt voraus, dass die Einsatzzeit mehr als drei Monate beträgt. Ob die Wahl ganz am Anfang oder erst am Ende des vereinbarten Zeitraums stattfindet, ist ohne Bedeutung. Wie in der amtlichen Begründung deutlich gemacht wurde, steht dem überlassenen Arbeitnehmer das aktive Wahlrecht zum Betriebsrat ab dem ersten Arbeitstag im Einsatzbetrieb zu.

BT-Drucksache 14/5741 S. 36; ähnlich Däubler AuR 2001, 286; Schaub NZA 2001, 366

Selbst wenn der letzte Tag eines viermonatigen Einsatzes auf den Wahltag fällt, könnte noch mitabgestimmt werden.

Auch flexible Einsatzformen werden erfasst. Wird ein Arbeitnehmer beispielsweise nur mit Unterbrechungen eingesetzt, sind die einzelnen Arbeitsperioden zu addieren. Ausgenommen sind lediglich solche in der Vergangenheit liegenden Einsätze, nach denen eine Pause von mehr als sechs Monaten eintrat.

Einzelheiten bei Däubler AiB 2001, 287

Was den Personenkreis der „überlassenen Arbeitnehmer“ angeht, so ist unbestritten, dass die unter das AÜG fallenden Leihar-

beitnehmer erfasst werden. Einbezogen ist aber auch die vom AÜG ausgeklammerte nicht-gewerbliche Arbeitnehmerüberlassung.

Ebenso Konzen RdA 2001, 83; Löwisch BB 2001, 1737

Auch die Überlassung innerhalb desselben Konzerns wird erfasst. Maßgebend ist für die „Überlassung“ letztlich die Tatsache, dass die Arbeit nach den Weisungen des Einsatzbetriebs, im konkreten Fall: des Kapitäns erfolgt. Die amtliche Begründung zu § 7 Abs. 2 nimmt die Überlassung von Arbeitnehmern dann an, „wenn sie in den Einsatzbetrieb derart eingegliedert sind, dass sie dem Weisungsrecht des Betriebsinhabers unterliegen.“

So BT-Drucksache 14/5741 S. 36

Wie die Rechtsbeziehungen zu einer „Vermittlungsagentur“ oder einem „Auftragnehmer“ beschaffen sind, spielt in diesem Zusammenhang keine Rolle.

#### **4. Berücksichtigung der überlassenen Arbeitnehmer bei der Größe des Seebetriebsrats**

§ 116 Abs. 2 Nr. 3 BetrVG legt die Größe des Seebetriebsrats abweichend von § 9 BetrVG fest. Danach besteht der Seebetriebsrat aus einer Person, wenn im Seebetrieb zwischen 5 und 400 wahlberechtigte Besatzungsmitglieder beschäftigt sind. Bei

einer Zahl von 401 - 800 steigt die Zahl auf drei Betriebsratsmitglieder, bei mehr als 800 Beschäftigten auf 5 Mitglieder. Ob diese niedrigen Zahlen auch unter Berücksichtigung der Existenz einer Bordvertretung ausreichend sind, soll hier nicht weiter problematisiert werden. Maßgebend ist im Übrigen die Zahl der Besatzungsmitglieder im Zeitpunkt des Wahlausschreibens.

S. statt aller GK-Wiese § 116 Rn. 10

Da die überlassenen Arbeitnehmer wahlberechtigt sind, müssen sie schon vom Wortlaut der gesetzlichen Bestimmung her auch im Rahmen des § 116 Abs. 2 Nr. 3 mitgezählt werden.

So auch im Falle des § 9 Löwisch BB 2001, 1737

Zweifel haben sich in einem Teil der Literatur nur bei solchen Bestimmungen ergeben, die ausschließlich auf „Arbeitnehmer“ abstellen, die in der Regel im Betrieb beschäftigt sind. Die Mehrzahl der Autoren berücksichtigt auch dort den Personenkreis des § 7 Satz 2.

Hanau NJW 2001, 2515; Reichold NZA 2001, 861; Däubler AuR 2001, 286; a. A. Löwisch BB 2001, 1737; wohl auch Richardi NZA 2001, 350

Dies lässt sich zusätzlich mit der Erwägung rechtfertigen, dass ja auch befristet Beschäftigte vollen Zählwert haben.

Auch vom Sinn der Grenzwerte her spricht alles für eine solche Lösung. Zum einen geht es darum, dem in größeren Einheiten bestehenden höheren Arbeitsanfall beim Betriebsrat Rechnung zu tragen. Er entsteht in gleicher Weise, wenn statt „eigener“ Arbeitnehmer Leiharbeitskräfte beschäftigt werden. Zum zweiten wird die Größe insbesondere des Unternehmens vom Gesetzgeber als Indiz für wirtschaftliche Belastbarkeit gesehen. Bei dieser kommt es gleichfalls nicht darauf an, ob der Arbeitgeber ausschließlich mit eigenen oder zum Teil auch mit fremden Arbeitskräften tätig wird. Schließlich ist im Bericht des Arbeits- und Sozialausschusses an das Plenum des Bundestags zustimmend referiert, der Vertreter der Bundesregierung habe auf Befragen ausgeführt, der Personenkreis des § 7 Satz 2 habe das aktive Wahlrecht und sei „folglich“ bei den Arbeitnehmergrenzzahlen z. B. im Rahmen der §§ 9 und 38 zu berücksichtigen.

BT-Drucksache 14/6352 S. 54

Überlassene Arbeitskräfte zählen daher insoweit zum Betrieb und sind bei den „Grenzwerten“ mitzuzählen.

### III. Tätigkeit auf Schiffen, die in das sog. zweite Schiffsregister eingetragen sind

Durch das „Gesetz zur Einführung eines zusätzlichen Registers für Seeschiffe unter der Bundesflagge im internationalen Verkehr“ vom 23. März 1989 (BGBl I S. 550) wurde u. a. § 21 Abs. 4 in das Flaggenrechtsgesetz eingefügt, wo bestimmt ist:

„Arbeitsverhältnisse von Besatzungsmitgliedern eines im Internationalen Seeschiffregister eingetragenen Kauffahrteischiffes, die im Inland keinen Wohnsitz oder ständigen Aufenthalt haben, unterliegen bei der Anwendung des Artikels 30 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche vorbehaltlich der Rechtsvorschriften der Europäischen Gemeinschaft nicht schon aufgrund der Tatsache, dass das Schiff die Bundesflagge führt, dem deutschen Recht.“

Ein großer Teil der weiterhin unter deutscher Flagge fahrenden Schiffe hat von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht. Auf dieser Grundlage werden insbesondere Matrosen aus Entwicklungsländern zu Löhnen und Arbeitsbedingungen beschäftigt, die weit unter dem deutschen Niveau liegen. Der Zielsetzung des § 21 Abs. 4 Satz 1 Flaggenrechtsgesetz entsprechend unterliegen die Arbeitsverhältnisse dabei ausländischem Recht.

S. als Beispiel BAG NZA 1995, 1192, wonach indische Seeleute auf einem Zweitregisterschiff indischem Arbeitsrecht unterlagen

Fraglich könnte sein, ob diese Regelung nur das Arbeitsverhältnis des einzelnen Seemannes erfasst, oder ob auch die Betriebsverfassung einbezogen und damit zur Disposition gestellt ist. In der Literatur wird eine solche Konsequenz mit Recht einhellig abgelehnt: § 21 Abs. 4 Flaggenrechtsgesetz bezieht sich ausschließlich auf das Einzelarbeitsverhältnis und lässt die Anwendung anderer Vorschriften unberührt. Traditionellerweise wird nun die Betriebsverfassung selbstständig angeknüpft: Ohne Rücksicht auf das auf die Einzelarbeitsverhältnisse anwendbare Recht bestimmt sie sich nach dem Ort des Betriebssitzes, weil zu dem dort geltenden Recht die intensivsten Beziehungen bestehen.

Einzelheiten bei Däubler, Betriebsverfassung in globalisierter Wirtschaft, Baden-Baden 1999, S. 25 ff. m. w. N.

Die Rechtsprechung des BAG fasst diese Vorgehensweise unter dem Schlagwort des „Territorialitätsprinzips“ zusammen.

S. BAG AP Nr. 27 zu Internationales Privatrecht Arbeitsrecht; BAG AP Nr. 15 zu § 12 SchwbG Bl. 2 R; BAG AP Nr. 41 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung Bl. 4; weiter BAG NZA 1997, 493

Dies lässt sich damit rechtfertigen, dass die Betriebsverfassung zu den zwingenden Normen im Sinne des Art. 34 EGBGB gehört, da es nicht allen um den Ausgleich von Privatinteressen,

sondern um ein Stück Sozialordnungsrecht, um einen wesentlichen Teil der Arbeitsbeziehungen in der Bundesrepublik geht.

In diese Richtung BAG AP Nr. 16 zu Internationales Privatrecht Arbeitsrecht Bl. 2

Dies würde nicht einmal dann in Frage gestellt, wenn sämtliche auf dem Schiff tätigen Personen einem ausländischen Arbeitsvertragsrecht unterliegen würden.

Ebenso Basedow, Billigflaggen, Zweitregister und Kollisionsrecht in der Deutschen Schifffahrtspolitik, in: Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, Heft 31 (1989) S. 86 m. w. N.; Schlachter, NZA 2000, 63

Soweit ersichtlich, ist man sich in der Literatur deshalb einig, dass die auf Zweitregisterschiffen tätigen Besatzungsmitglieder volles aktives und passives Wahlrecht zum Seebetriebsrat haben.

Basedow, a. a. o., S. 88; GK-Wiese § 114 Rn. 19; Richardi § 114 Rn. 34; Däubler, Betriebsverfassung in globalisierter Wirtschaft, S. 20

Dies gilt selbstredend auch für solche Besatzungsmitglieder, die von Drittfirmen für mehr als drei Monate zur Verfügung gestellt werden. Soweit das Weisungsrecht - was bei einem Schiff schwerlich anders denkbar ist - beim Kapitän liegt, ist damit

die Voraussetzung des § 7 Satz 2 BetrVG n. F. erfüllt. Die Rechtsnatur des Vertrages mit der „Bemannungsagentur“ ist ohne Bedeutung. Auch spielt es keine Rolle, ob nach deutschem Recht oder nach dem Recht des Staates, in dem der Seemann rekrutiert wurde, unerlaubte oder erlaubte Arbeitsvermittlung vorlag. § 7 Satz 2 stellt mit Recht nur auf die faktischen Verhältnisse im „Arbeitsbetrieb“ ab; alles andere würde zu einem unzumutbaren Maß an Rechtsunsicherheit führen.

^.

#### IV. Tätigkeit auf sog. Billigflaggenschiffen

u

##### 1. Die Problematik

Nach dem Wortlaut des § 114 Abs. 4 Satz 1 BetrVG sind Schiffe unter fremder Flagge auch dann nicht von der deutschen Betriebsverfassung erfasst, wenn sie einem Seeschifffahrtsunternehmen mit Sitz in Deutschland gehören oder wenn sie vom Inland aus eingesetzt werden. Der Gesetzgeber will damit der Tatsache Rechnung tragen, dass das Führen einer bestimmten Flagge grundsätzlich eine enge Bindung an den Staat indiziert, der das Recht zum Führen dieses „Symbols“ verliehen hat. Zwar ist mittlerweile anerkannt, dass Schiffe kein „schwimmendes Stück fremdes Territorium“ darstellen (da andernfalls beispielsweise eine Kontrolle durch Hafenbehörden nur aufgrund besonderer Abmachung möglich wäre), doch liegt jedenfalls in

solchen Fällen eine engere Zuordnung zum Flaggenstaat als zu anderen Staaten vor.

S. statt aller Drobnig-Puttfarken, Arbeitskampf auf Schiffen fremder Flagge. Das anwendbare Recht, Kehl u. a. 1989, S. 48 ff. m. w. N.

Fraglich ist jedoch, ob dieser herkömmliche Grundsatz auch den Fall erfassen will, dass die Flagge eines bestimmten Landes nur gewählt wurde, um Steuern und Lohnkosten zu sparen, L, ohne 3

Basedow, a. a. O., S. 89/90; zu den Gründen für die sog. Ausflagging s. bereits Leffler, Das Heuerverhältnis auf ausgeflaggten deutschen Schiffen, Berlin 1978, S. 15 ff.

Die in § 114 Abs. 4 Satz 1 BetrVG angeordnete Selbstbeschränkung des deutschen Rechts könnte in derartigen Konstellationen hinfällig sein, weil sie zu zweckwidrigen, <sup>den Sinn der Vorschrift</sup> Ergebnissen führen <sup>wird</sup> würde.

Das BAG hat diese Frage in einer Entscheidung vom 17.09.1974 dahingestellt sein lassen (BAG AP Nr. 1 zu § 116 BetrVG 1972 Bl. 5 R) und ausgeführt:

„Man hat es ... bei der international geltenden Abgrenzung nach dem Recht der Flagge belassen. Demnach sind Besatzungsmitglieder von Schiffen unter ausländischer Flagge nicht wahlberechtigt zum Seebetriebsrat eines Seeschiffahrtsunternehmens mit Sitz im Geltungsbereich des BetrVG

1972. Ob etwa für sog. ‚Billige Flaggen‘ etwas anderes zu gelten hat, wenn keine echte Verbindung („genuine link“) zwischen dem Schiff und dem die Flagge verleihenden fremden Staat besteht, kann hier dahinstehen.“

In der Literatur sind die Auffassungen geteilt, doch wird eine Einbeziehung der Billigflaggenschiffe in die Betriebsverfassung mehrheitlich abgelehnt.

Für Einbeziehung DKK-Berg § 114 Rn. 12; dagegen Basedow, a. a. O., S. 89; GK-Wiese § 114 Rn. 20; Richardi § 114 Rn. 34

Insoweit stellt sich die Frage, ob auch solche Schiffe der deutschen Betriebsverfassung unterliegen, die einem deutschen Reeder gehören und von diesem auch eingesetzt werden, die jedoch aus den erwähnten Gründen eine Billigflagge führen.

## 2. Die kollisionsrechtliche Bedeutung einer Billigflagge

Das Problem, ob und mit welchem Gewicht die Flagge Anknüpfungspunkt für die anwendbare Rechtsordnung ist, wurde bislang praktisch nur in Bezug auf das Heuverhältnis des einzelnen Seemannes erörtert.

Grundlegend dazu Leffler, Das Heuverhältnis auf ausgeflaggten deutschen Schiffen, a. a. O.

In diesem Bereich besteht eine deutliche Tendenz in Rechtsprechung und Literatur, sich an anderen Anknüpfungsmomenten wie der Staatsangehörigkeit des Seemanns, dem Einstellungsort usw. zu orientieren und der Flagge allenfalls die Bedeutung eines Elementes unter vielen beizumessen.

In einer Entscheidung vom 17.07.1980 hat das LAG Baden-Württemberg den Standpunkt vertreten, die (zyprische) Billigflagge sei lediglich ein relativ sekundärer <sup>Anhalts</sup> Anknüpfungspunkt bei der Bestimmung der anwendbaren Rechtsordnung.

LAG Baden-Württemberg AP Nr. 19 zu Internationales Privatrecht Arbeitsrecht

<sup>Andere</sup> ~~Anhalts~~ <sup>Schlüsselpunkte</sup> Objektive ~~Anhalts~~punkte könnten eine Abweichung vom Recht der Flagge legitimieren. Sie wurden im konkreten Fall bejaht: Die Anteilseigner der deutschen Reederei waren ebenso wie die den Arbeitsvertrag abschließende Person deutsche Staatsangehörige, die Heuer war in deutscher Währung geschuldet, Vertragssprache war deutsch. Schließlich wurden die Zahlungen regelmäßig auf das Konto des Arbeitnehmers bei einer Stuttgarter Bank überwiesen. Das Recht der Flagge musste daher zurückstehen; es wurde deutsches Recht angewandt.

In einer Entscheidung vom 24.08.1989 vertrat das BAG den Standpunkt, es könne dahinstehen, ob sich das anwendbare Recht nach der Flagge des Schiffes bestimme.

Bemerkenswert ist, dass dies sogar in einem Fall geschah, bei dem die Problematik der Billigflaggen keine Rolle spielte; vielmehr ging es um eine unter deutscher Flagge fahrende Kanalfähre, auf der eine englische Staatsangehörige tätig war.

In der Literatur ist gleichfalls die Ansicht im Vordringen, wonach die Flagge nur ein Anknüpfungsmoment neben anderen ist und im Falle eines Billigflaggenstaats weitgehend zurücktritt.

S. etwa Palandt-Heldrich, BGB, 61. Aufl., München 2001, Art. 30 EGBGB Rn. 7: Die primäre Anknüpfung an das Recht der Flagge des Schiffes ist hinfällig, „da sie im Zeitalter der Billigflaggen kein taugliches Indiz für die Bestimmung des sach nächsten Rechts ist.“ Ähnlich Puttfarcken RIW 1995, 625; anders noch Mankowski RabelsZ 53 (1989) S. 504, der jedoch die Möglichkeit der Gesetzesumgehung zugesteht.

Ähnlich wie in den genannten Entscheidungen des LAG Baden-Württemberg und des BAG wird auf die allgemeinen Kriterien für das anwendbare Recht, insbesondere auf die Ausweichklausel nach Art. 30 Abs. 2 letzter Halbsatz EGBGB zurückgegriffen.

Paradigmatisch BAG NZA 1995, 1192, wonach auf einem sog. Zweitregisterschiff indisches Arbeitsrecht angewandt wurde.

Je geringer die Bindung zum Land der Flagge, umso geringer wird auch das Gewicht dieses Anknüpfungsmerkmals.

Ebenso Junker, Internationales Arbeitsrecht im Konzern, Tübingen 1992, S. 59, 197, 482; Leffler RdA 1978, 101; ders., Heuverhältnis, a. a. O., S. 146 ff.; weitere Nachweise bei Martiny, in: Münchener Kommentar zum BGB, 3. Aufl., München 1997, Art. 30 Rn. 38 c

Auch ausländische Gerichte greifen daher bei der Bestimmung des anwendbaren Rechts auf die tatsächlichen Verhältnisse zurück und messen der Billigflagge keine Bedeutung zu.

Nachweise bei Leffler RdA 1978, 98

So hat ein US-amerikanisches Gericht bereits im Jahre 1959 festgestellt (zitiert bei Leffler RdA 1978, 99):

„The practice in this type of case of looking through the facade of foreign registration and incorporation to the American ownership behind it is now well established.“

Angesichts der immer weiteren Verbreitung von Billigflaggen ist ein solcher Durchgriff heute mehr denn je angemessen.

Auch das Gesetz über das sog. Zweite Schiffsregister fügt sich in diese Entwicklung ein: Kraft ausdrücklicher Festlegung hat es ein Anknüpfen an der (deutschen) Flagge für die Arbeitsver-

hältnisse der außerhalb Deutschlands wohnenden Seeleute ausgeschlossen, um so zu einer Verbilligung der Lohnkosten beizutragen.

### 3. Übertragung auf die Betriebsverfassung

Das Kollisionsrecht der Betriebsverfassung beruht wie das des Arbeitsvertragsrechts auf dem Gedanken, möglichst die Rechtsordnung zur Anwendung kommen zu lassen, mit der die engste Affinität besteht. Dies ist im Normalfall das Recht des Staates, auf dessen Gebiet sich der Betrieb befindet. Nach traditioneller Praxis konnte man diese Regel auch auf Schiffe erstrecken, was § 114 Abs. 4 Satz 1 BetrVG ja auch im Wege einer einseitigen Kollisionsnorm tut. Bei Billigflaggen entfällt jedoch die Grundlage für diese Anknüpfung, da keinerlei nähere Beziehungen zum Flaggenstaat bestehen. Ein dem § 114 Abs. 4 Satz 1 etwa zu entnehmender Gegenschluss: „Wer eine ausländische Flagge führt, unterliegt nicht dem deutschen BetrVG“, ist insoweit daher nicht mehr angebracht.

Wie ist der „Ort der Belegenheit“ eines solchen Schiffes zu bestimmen? Entscheidend kommt es darauf an, von welchem Staat aus das Schiff eingesetzt wird, wo sich der „effektive Sitz“ der Entscheidungsträger befindet. Dies rechtfertigt sich mit der spezifischen Zielsetzung einer betrieblichen Interessenvertretung, die ein gewisses Gegengewicht gegen die einseitige

Anordnungsbefugnis der Arbeitgeberseite darstellen will. Außerdem werden auf diesem Wege am ehesten Widersprüche zu der „Umwelt“ vermieden, in der sich die Verhandlungen zwischen Betriebsrat und Unternehmensleitung abspielen.

Vgl. Däubler, Betriebsverfassung in globalisierter Wirtschaft, a. a. O., S. 26; MüKo-Martiny, a. a. O., Art. 30 Rn. 58

Weiter kann man sich auf den Rechtsgedanken des Art. 28 EGBGB stützen, der überall dort die engsten Verbindungen für maßgebend erklärt, wo es an einer (hier nicht in Betracht kommenden) parteiautonomem Wahl der Rechtsordnung fehlt. Es findet also deutsches Recht Anwendung.

Auch in anderen Teilen des Rechts wird vermehrt auf den Gesichtspunkt abgestellt, Anknüpfungsmomente nicht zu berücksichtigen; die nur formal, gewissermaßen dem äußeren Anschein nach gegeben sind. So vertritt etwa das ArbG Wesel den Standpunkt, eine in Portugal ins Register eingetragene Gesellschaft, die sich ausschließlich in Deutschland gewerblich betätigt, habe in Wahrheit ihren Sitz im Inland und müsse sich nach deutschem Recht behandeln lassen; da sie hier nicht im Handelsregister eingetragen sei, würden entsprechend § 54 Satz 2 BGB die für sie handelnden Personen persönlich haften.

Im selben Sinne hat das OLG Sachsen-Anhalt im Fall einer Gesellschaft entschieden, die in den USA registriert war, ihre gesamten Aktivitäten jedoch in der Bundesrepublik entfaltetete.

OLG Sachsen-Anhalt, Urteil v. 19.12.1995, 7 U 146/95 (Juris-Abfrage): Haftung der handelnden Personen entsprechend § 179 BGB

Die Eigenschaft als portugiesische bzw. amerikanische Gesellschaft wurde in beiden Fällen letztlich aus dem Gedanken heraus verneint, dass zum Staat der Eintragung kein „echtes Band“ („genuine link“) bestehe. Dasselbe muss für den Fall gelten, dass ein Billigfluggeschiff einer zum Zwecke der Ausflagung im Konsulat des Billigflaggenstaats errichteten Handelsgesellschaft des dortigen Rechts übereignet wurde.

Auch der Bundesgerichtshof zieht denselben Rechtsgedanken heran, wenn es um die Bestimmung der Zuständigkeit deutscher Gerichte nach § 23 ZPO geht. Nach dem Wortlaut dieser Vorschrift reicht es an sich aus, wenn die beklagte Partei irgendeinen vermögenswerten Gegenstand wie z. B. ein Bankkonto im Inland besitzt. Das Gericht lässt dies jedoch nicht ausreichen, sondern verlangt einen weitergehenden Inlandsbezug, der sich z. B. in der Vornahme von Rechtsgeschäften manifestieren kann.

Auch im hier unmittelbar relevanten Bereich hat dieser Gedanke Niederschlag gefunden. Das OVG Hamburg hat bei der Rückforderung einer Beihilfe, die an das Führen der deutschen Flagge geknüpft war, auf den tatsächlichen wirtschaftlichen Tatbestand abgestellt.

OVG Hamburg TransportR 2000, 268

Auch die Vorschrift des § 114 Abs. 2 Satz 2, wonach es entscheidend nicht auf das formale Eigentum, sondern auf die „Verwendung“ des Schiffes z. B. durch einen Vertragsreeder ankommt, stellt auf die tatsächlichen Entscheidungsstrukturen ab.

Konsequent insoweit BAG AP Nr. 1 zu § 114 BetrVG 1972, wonach die deutsche Betriebsverfassung bei einem (das effektive Kommando führenden) ausländischen Vertragsreeder keine Anwendung findet

Die in der Literatur gegen eine solche Auffassung vorgebrachten Einwände vermögen demgegenüber nicht zu überzeugen. Wenn etwa darauf verwiesen wird, die Wahlberechtigung knüpfe an die Rentenversicherungspflicht an,

Basedow, a. a. O., S. 89

so hat dies mit der Reform 2001 seine Grundlage verloren: § 6 BetrVG wurde aufgehoben, § 7 stellt ausschließlich auf die Ar-

beitnehmereigenschaft ab. Weiter kommt es entgegen Basedow auch nicht darauf an, das Ausweichen in die Billigflagge als Gesetzesumgehung zu qualifizieren: Allein entscheidend ist, dass eine Flagge, die auf keiner ernsthaften inhaltlichen Beziehung zum Flaggenstaat beruht, nicht als Anknüpfungsmoment für die anwendbare Rechtsordnung behandelt werden kann. Inhaltlich geht es um den Nachvollzug eines kollisionsrechtlichen Wandels, der im Arbeitsvertragsrecht bereits weitestgehend Anerkennung gefunden hat.

Als Ergebnis ist daher festzuhalten, dass das BetrVG über § 114 Abs. 4 Satz 1 hinaus nach allgemeinen Grundsätzen auch Billigflaggenschiffe deutscher Reeder ergreift. Voraussetzung ist, dass das wirtschaftliche Eigentum, insbesondere die Entscheidungskompetenz über den Einsatz des Schiffes bei einer im Inland tätigen Gesellschaft bzw. bei einer hier wohnenden natürlichen Person liegt. Die vom BAG offen gelassene Frage ist daher in positivem Sinne zu beantworten.