

**Arbeitsvertragliche Gestaltung und anwendbare Rechtsordnung
bei Arbeitnehmer-Erfindungen
im Rahmen der Arbeit
für ein ausländisches Schwesterunternehmen?**

Gutachterliche Stellungnahme

von

Prof. Dr. Wolfgang Däubler, Universität Bremen

A. Sachverhalt und Fragestellung

I. Der Arbeitsvertrag

Am 4.11. 2021 schlossen die Johnson & Johnson Medical GmbH in Norderstedt und der Arbeitnehmer H. einen schriftlichen Arbeitsvertrag. Nach dessen § 1 Abs. 1 sollte H. ab 1.1.2022 die Funktion als „Digital and Clinical Technologies Lead“ am Standort Norderstedt übernehmen. Der Arbeitgeber behielt sich in § 1 Abs. 2 des Arbeitsvertrages vor, Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung nach billigem Ermessen näher zu bestimmen und insbesondere auch zu ändern, soweit die Arbeitsaufgaben gleichwertig bleiben.

§ 1 Abs. 3 des Vertrages erklärte die mit dem Betriebsrat abgeschlossenen Betriebsvereinbarungen auch dann für maßgebend, wenn sie unter dem Niveau der arbeitsvertraglichen Abmachungen bleiben sollten. Weiter wurden in § 1 Abs. 4 die „für den Betrieb jeweils einschlägigen Arbeits- und Geschäftsanweisungen“ in ihrer jeweiligen Fassung für verbindlich erklärt.

§ 2 regelt die Arbeitszeit einschließlich der im Rahmen des gesetzlich Zulässigen geschuldeten Überstunden, § 3 legt die Vergütung fest, die über der Beitragsbemessungsgrenze in der Rentenversicherung liegt.

Die weiteren Bestimmungen betreffen den Urlaub (§ 4), die Kündigungsfristen sowie die Beendigung mit Erreichen der Regelaltersgrenze oder der Bewilligung einer vollen und unbefristeten Erwerbsminderungsrente (§ 5). § 6 behandelt die gesundheitliche Eignung und ihre ggf. notwendig werdende Überprüfung, § 7 regelt die Geheimhaltung von vertraulichen Angelegenheiten und Vorgängen sowie Fragen eines evtl. zur Verfügung gestellten Dienstwagens. § 8 betrifft die „Health Care Compliance“, § 9 das Verhalten bei Krankheit, § 10 die Beschränkung von Nebentätigkeiten. § 11 enthält sog. zweistufige Ausschlussfristen, nimmt davon allerdings Ansprüche aus, die sich aus der Verletzung höchstpersönlicher Rechtsgüter (Leben, Körper, Gesundheit) und

aufgrund grob fahrlässiger Pflichtverletzungen des Arbeitgebers oder seiner Erfüllungsgehilfen ergeben.

§ 12 enthält eine Schriftformklausel, die ihrerseits nur im Wege der Schriftform aufgehoben oder geändert werden kann. Anschließend wird bestimmt:

„Individuelle Vereinbarungen haben stets Vorrang und gelten auch ohne Beachtung des Formerfordernisses (§ 305b BGB)“

II. Die Abtretungserklärung

§ 13 des Arbeitsvertrags bestimmt unter der Überschrift „Sonstige Vereinbarungen“, dass die „Anlage Abtretungserklärung“ Bestandteil des Arbeitsvertrages sei. Diese wurde von Arbeitnehmer H. ebenfalls am 4.11.2021 unterzeichnet. Sie bestimmt in relativ komplizierter Formulierung, dass der „Kandidat“ alle Rechte „an Erfindungen, Verbesserungen und Ideen“ an die Arbeitgeberin abtritt, „die er während der Anstellungsdauer gemacht oder erdacht hat oder machen oder erdenken wird“. Dabei sind auch gemeinsame Erfindungen, Verbesserungen und Ideen einbezogen. Weitere Voraussetzung ist, dass die fragliche Tätigkeit erfolgt „während seiner Anstellung oder während der Arbeitsstunden oder mit Einrichtungen oder Material des Unternehmens oder irgendwelche Themen betreffend, mit denen seine Arbeit für das Unternehmen zusammenhängt oder zusammenhängen mag.“ Gleichgestellt ist der Fall, dass die Aktivität „irgendwelche Unternehmungen“ betrifft, „mit welchen das Unternehmen oder irgendwelche dem Unternehmen angegliederte oder angeschlossene Unternehmen zusammenhängen.“ Evident soll auf diese Weise eine Abgrenzung zwischen dienstlicher und rein privater Tätigkeit vorgenommen werden.

Die Abtretungserklärung bestimmt im folgenden Satz:

„Der Angestellte stimmt weiterhin zu, ohne das Unternehmen zu belasten, außer einer angemessenen Vergütung für die benötigte Zeit und außer

etwaiger Vergütung, die ihm nach deutschem Recht für etwaige Patentrechte zusteht – auf Kosten des Unternehmens alle solche Dokumente einschließlich beantragter Patente auszuführen, anzuerkennen und dem Unternehmen zu übergeben, die für das Unternehmen nötig sein mögen, um besagte Erfindungen, Verbesserungen oder Ideen zu veröffentlichen oder zu schützen, entweder durch Patente oder anderweitig in allen und jeden Ländern, und um das Unternehmen, deren Bevollmächtigte oder deren Nachfolger und Ermächtigte in den Besitz besagter Patente, Erfindungen, Verbesserungen und Ideen zu setzen und alle Hilfe zu leisten, die das Unternehmen benötigen mag in Patent-Verfahren oder Prozessen, besagte Erfindungen, Verbesserungen oder Ideen betreffend.“

Dabei handelt es sich ersichtlich um eine Konkretisierung von Nebenpflichten des Arbeitnehmers, der alles in seiner Macht Stehende tun muss, damit der Arbeitgeber das Patent oder ein anderes Schutzrecht effektiv erhalten kann. Die Art, wie dies formuliert ist, dürfte der US-amerikanischen Vertragspraxis entsprechen. Bemerkenswert und für weitere Überlegungen wichtig ist, dass die Vergütungsansprüche nach dem Arbeitnehmererfindungsgesetz unberührt bleiben.

Im Folgenden wird – allerdings ohne Bezugnahme auf gesetzliche Regeln – das Recht des Arbeitgebers festgelegt, die Erfindung, Verbesserung oder Idee freizugeben und dem Arbeitnehmer „zur beliebigen Verwendung“ zu überlassen.

Der folgende Absatz enthält eine recht weitgehende Vertraulichkeitsklausel. Anderen gegenüber darf der Angestellte auch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses keine vertraulichen Informationen benutzen, die er während seiner Anstellung gewonnen haben mag „bezüglich Verkäufen, Formeln, Verfahren, Methoden, Maschinen, Erzeugnissen, Kompositionen, Ideen, Verbesserungen oder Erfindungen, die dem Unternehmen gehören oder die mit den Geschäften des Unternehmens oder mit denen dem Unternehmen angegliederten oder angeschlossenen Unternehmen zusammenhängen.“

Eine weitere Regelung eröffnet die Möglichkeit, bestimmte Erfindungen von der vorliegenden Regelung auszunehmen.

Schließlich wird der Fall einer Versetzung zu einem anderen Unternehmen des Johnson & Johnson – Konzerns angesprochen. Eine solche Maßnahme soll die Gültigkeit der Rechte und Pflichten aus der vorliegenden „Abtretungserklärung“ nicht beeinträchtigen; anstelle des bisherigen tritt das neue beschäftigende Unternehmen. Damit sind lediglich die Rechtsfolgen einer auf anderer Grundlage erfolgenden Versetzung geregelt; die Vorschrift stellt keine Konzernversetzungsklausel dar.

III. Der bisherige Einsatz

Der Arbeitnehmer H. ist nach den vorliegenden Informationen vor dem 1.1.2022 für die Verb Surgical Inc. in den USA als Arbeitnehmer tätig gewesen. Bei der Verb Surgical Inc. handelt es sich ebenfalls um eine Tochtergesellschaft der Johnson & Johnson. Herr H. hat vor Beginn des mit der Johnson & Johnson Medical GmbH geschlossenen Arbeitsvertrags seinen Lebensmittelpunkt von den USA nach München verlegt.

In München ist Herr H. wie schon zuvor in den USA weiterhin zu 100 % für die Verb Surgical Inc. tätig. In diesem Rahmen hat er (vermutlich im Rahmen einer Forschergruppe) an einer Erfindung mitgewirkt, für die am 14. Oktober 2022 im Namen der Verb Surgical Inc. die US Patentanmeldung US 2023/0121709 A1 eingereicht wurde. Es ist daher davon auszugehen, dass er seinen erfinderischen Beitrag jedenfalls auch nach Beginn seines hier dargestellten Arbeitsverhältnisses am 1.1. 2022 geleistet hat.

Die Arbeit für die Verb Surgical Inc. ist im Arbeitsvertrag an keiner Stelle erwähnt. Insbesondere die Formulierung des § 1 des Vertrages spricht dafür, dass eine bestimmte Aufgabe für die deutsche GmbH erfüllt werden soll.

IV. Die Fragestellungen

Für die Mandantin der Kanzlei Boehmert & Boehmert sind die beiden folgenden Fragen von grundsätzlicher Bedeutung:

1. Ist der Arbeitsvertrag von Herrn H. arbeitsrechtlich angreifbar, weil er ausschließlich für die Verb Surgical Inc. tätig ist?
2. Greift für die Erfindung des Herrn H. das Gesetz über Arbeitnehmererfindungen oder ist US-amerikanisches Recht anzuwenden?

Die erste Frage betrifft bestimmte Aspekte des deutschen materiellen Arbeitsrechts, verlangt aber keine generelle Überprüfung, ob einzelne Vertragsbestimmungen möglicherweise den Grundsätzen der §§ 307 ff. BGB, insbesondere dem Transparenzprinzip des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB entsprechen.

Die zweite Frage ist kollisionsrechtlicher Natur und wirft eine Reihe von Grundsatzfragen auf.

B.) Rechtliche Stellungnahme

I. Die arbeitsvertragliche Zulässigkeit der ausschließlichen Arbeit für ein anderes Konzernunternehmen

Der vorliegende Fall weist die Besonderheit auf, dass der Arbeitnehmer H. auch nach Abschluss des Arbeitsvertrags zu 100 % weiter für Verb Surgical Inc. tätig war und in diesem Rahmen an einer Erfindung mitwirkte. Da der mit der deutschen GmbH geschlossene schriftliche Arbeitsvertrag diese spezifische Art der Arbeit an keiner Stelle erwähnt, stellt sich das Problem, ob eine solche „Überlassung der Arbeitskraft“ des H. an die US-amerikanische Schwestergesellschaft überhaupt vertragskonform ist oder sonstige rechtliche Einwände aufwirft.

1. Probleme des Weisungsrechts

Die Tatsache, dass Herr H. zu 100 % für die Verb Surgical Inc. tätig war und ist, bedeutet zugleich, dass diese im Einzelnen bestimmen konnte, welche Arbeiten er in welcher Zeit zu erledigen hatte. Das Weisungsrecht nach § 611a Abs. 1 Satz 2 BGB und nach § 106 GewO lag in Bezug auf die zu erbringenden Arbeiten nicht bei der GmbH als Vertragsarbeitgeberin, sondern bei der Verb Surgical Inc. Dies wirft die Frage auf, ob das geltende Recht eine solche Gestaltung zulässt.

a) Übertragbarkeit auf Dritte?

Das fachliche, d. h. auf die Arbeitsleistung bezogene Weisungsrecht kann nach der in Rechtsprechung und Literatur herrschenden Auffassung auf Dritte, insbesondere auf ein anderes Konzernunternehmen übertragen werden.

BAG 10.3.1998 – 1 AZR 658/97 – NZA 1998, 1242, wo es in Tz. 24 heißt: „Das Direktionsrecht kann vom Arbeitgeber auf andere Personen übertragen werden, die es dann als Vorgesetzte gegenüber den ihnen unterstellten Arbeitnehmern ausüben.“ In der Sache übereinstimmend bereits BAG

17.1.1979 – 5 AZR 248/78 – AP Nr. 2 zu § 613 BGB, wo es um die Überlassung von Fahrern der damaligen deutschen Bundesbahn an eine private Verkehrsgesellschaft ging. Die arbeitsbezogenen Weisungen wurden dabei von der GmbH der Bahn mitgeteilt, die sie an die Fahrer weitergab. Dies wurde inhaltlich gebilligt. In der Literatur ebenso Bauer/Herzberg, Arbeitsrechtliche Probleme in Konzernen mit Matrixstrukturen, NZA 2011, 711, 714

Dies leuchtet schon deshalb ein, weil der Arbeitgeber innerhalb seines Unternehmens kraft seiner Organisationshoheit bestimmen kann, wer im Einzelnen gegenüber einem bestimmten Arbeitnehmer weisungsbefugt sein soll, und weil es deshalb angesichts konzerninterner Kooperationszusammenhänge naheliegt, auch Angestellte eines anderen Konzernunternehmens damit zu betrauen.

b) Notwendige Zustimmung des Arbeitnehmers

Allerdings besteht in diesem Fall insoweit eine Besonderheit, als § 613 Satz 1 BGB den Arbeitnehmer verpflichtet, die versprochenen Dienste im Zweifel in eigener Person zu erbringen. Daraus zieht § 613 Satz 2 BGB die Konsequenz, dass der Anspruch auf die Dienste im Zweifel nicht übertragbar ist. Dies bedeutet, dass auch das Weisungsrecht als konkrete Ausprägung des Anspruchs auf die Arbeitsleistungen im Zweifel nicht auf Dritte übertragen werden kann. Wie die Formulierung „im Zweifel“ deutlich macht, handelt es sich dabei aber um eine Regel, von der jederzeit durch vertragliche Vereinbarung abgewichen werden kann.

S. statt aller Preis, in: Müller-Glöge/Preis/Gallner/Schmidt (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 24. Aufl., München 2024, § 613 BGB Rn.9 (im Folgenden: Bearbeiter, in: Erfurter Kommentar)

Dies bedeutet, dass es der Zustimmung des Arbeitnehmers bedarf, wenn das Weisungsrecht einem Dritten (Unternehmen, Einzelperson) übertragen wird, der nicht dem Arbeitgeberunternehmen angehört.

So Kort, Matrix-Strukturen und Betriebsverfassungsrecht, NZA 2013, 1318, 1319; Koch, in: Schaub (Begr.), Arbeitsrechts-Handbuch, 20. Aufl., München 2023, § 187 Rn.5, 5a

Da für diese Zustimmung nirgends eine bestimmte Form vorgeschrieben ist, kann sie auch in konkludenter Form erfolgen. Diese liegt etwa dann vor, wenn der Arbeitnehmer widerspruchslös die von dem Dritten ausgehenden Weisungen entgegennimmt und sein Arbeitsverhalten danach ausrichtet.

Ebenso Maschmann, in: Maschmann/Fritz (Hrsg.), Matrixorganisationen, Gesellschaftsrecht – Arbeitsrecht – Datenschutz, München 2019, Kap. 3 Rn.42, der insoweit von einer „stillschweigenden Zustimmung“ spricht.

Dem Vertragsarbeitgeber verbleibt das sog. disziplinarische Weisungsrecht, d. h. alle anderen Befugnisse, die sich aus seiner Stellung als Arbeitgeber ergeben. Dazu gehören etwa Beurteilungen, Abmahnungen und Kündigungen. Würde auch dieses auf ein anderes Unternehmen übertragen, so würde das ganze Arbeitsverhältnis übergehen oder ein Arbeitsverhältnis zu zwei Arbeitgebern entstehen.

Maschmann, a.a.O., Kap. 3 Rn.7

c) Anwendung auf den konkreten Fall

Wendet man diese Grundsätze auf den vorliegenden Fall an, so ergeben sich folgende Konsequenzen:

Die Johnson & Johnson Medical GmbH ist Vertragsarbeitgeber. Das Weisungsrecht in Bezug auf die von Herrn H zu erbringende Arbeitsleistung stand und steht jedoch weiterhin der Verb. Surgical Inc. zu. Die nach § 613 Satz 2 BGB erforderliche Zustimmung hat Herr H. sinngemäß dadurch erklärt, dass er nach dem 1.1.2022 weiterhin ausschließlich für die Verb Surgical Inc. gearbeitet hat.

Die Tatsache, dass der schriftliche Arbeitsvertrag dies nicht erwähnt, ist ohne Bedeutung, da der § 12 des Vertrages ausdrücklich auf § 305b BGB verweist, der auch formlose individuelle Abmachungen zulässt, die den Arbeitsvertrag ergänzen oder von ihm abweichen.

d) AGB-Kontrolle?

Die konkludent erklärte Zustimmung führt auch nicht zu einer unangemessenen Benachteiligung im Sinne des § 307 Abs. 1 BGB. Die AGB-Kontrolle greift auch im vorliegenden Fall ein, weil der Arbeitnehmer von der Rechtsprechung als Verbraucher angesehen wird

Grundlegend BAG 25.5.2005 – 5 AZR 572/04 – NZA 2005, 1111, 1115 f.

und deshalb nach § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB die §§ 307 bis 309 BGB auch dann Anwendung finden, wenn eine Abmachung nur für einen einmaligen Anlass getroffen wurde. Eine Ausnahme gilt nur dann, wenn der Verbraucher die fragliche Klausel von sich aus in die Verhandlungen eingebracht und durchgesetzt hat.

Näher zur Behandlung von Einmalbedingungen s. Deinert, in:

Däubler/Deinert/Walser, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht, 5. Aufl., München 2021, § 310 BGB Rn.7 ff.

Wendet man deshalb die Grundsätze über die AGB-Kontrolle an, so ist gleichwohl keine unangemessene Benachteiligung des Arbeitnehmers H. erkennbar. Die Beibehaltung der bisherigen Organisationsstrukturen kommt vermutlich seinen Interessen eher entgegen als ein Wechsel der Arbeitsumgebung. Davon ganz abgesehen, dürfte es sich um die vertragliche Bestimmung des Verhältnisses von Leistung und Gegenleistung handeln, die mangels verbindlicher gesetzlicher Vorgaben nach § 307 Abs. 3 BGB nicht der AGB-Kontrolle unterliegt. Auch wirft eine Klausel „Fortsetzung der bisherigen Arbeit“ keine Transparenzprobleme auf, obwohl diese nach § 307 Abs. 3 Satz 2 BGB auch bei der „Hauptkondition“ von Bedeutung sind.

Zur Transparenzkontrolle der Zustimmungserklärung s. Maschmann, a.a.O., Kap. 3 Rn.48 f.

e) Zwischenergebnis

Die Ausübung des auf die Arbeit bezogenen Direktionsrechts durch die Verb Surgical Inc. führt nicht zu rechtlichen Bedenken gegen den abgeschlossenen Arbeitsvertrag.

2. Anwendbarkeit des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes?

Wäre das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) im vorliegenden Fall anwendbar, müsste man die Johnson & Johnson Medical GmbH als Verleiher und die Verb Surgical Inc. als Entleiher ansehen. Ein wirksames Leiharbeitsverhältnis würde allerdings voraussetzen, dass die Überlassung an die Verb Surgical Inc. ausdrücklich als Arbeitnehmerüberlassung gekennzeichnet würde. Da dies nicht erkennbar ist, wäre der Arbeitsvertrag mit der GmbH wegen Verletzung der Offenlegungspflicht nach § 9 Abs. 1 Nr. 1a AÜG unwirksam. Ob zugleich nach § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG ein Arbeitsverhältnis zu Verb Surgical Inc. entstehen würde, erscheint wegen deren ausländischem Sitz höchst zweifelhaft. Im umgekehrten Fall, dass ein ausländischer Verleiher ohne Erlaubnis einen Leiharbeitnehmer ins Inland schickt, hat das BAG die Anwendung des § 9 Nr. 1 aF AÜG und damit auch die Entstehung eines Arbeitsverhältnisses zum Entleiher nach § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG aF abgelehnt.

BAG 26.4.2022 – 9 AZR 228/21 – NZA 2022, 1257

Die Frage muss freilich letztlich nicht geklärt werden, da das AÜG im vorliegenden Fall gar nicht anwendbar ist. Nach seinem § 1 Abs. 3 Nr. 2 ist das AÜG im Unterordnungskonzern nach § 18 AktG auf eine Überlassung von einem Konzernunternehmen an ein anderes nur anwendbar, wenn der fragliche Arbeitnehmer „zum Zwecke der Überlassung“ eingestellt und beschäftigt wurde.

Das Vorliegen eines Unterordnungskonzerns hängt nicht von der Rechtsform der beteiligten Unternehmen und auch nicht davon ab, dass nur inländische Unternehmen zum Konzern gehören.

Hamann, in: Schüren/Hamann (Hrsg.), Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, 6. Aufl., München 2022, § 1 Rn.600, 601 m. w. N.

Vielmehr wird lediglich vorausgesetzt, dass eine einheitliche Leitung besteht, was bei Johnson & Johnson nicht in Frage gestellt werden kann.

Weiter darf der Arbeitnehmer nicht zu dem Zweck eingestellt werden, an eine andere Konzerngesellschaft überlassen zu werden. Konzerninterne Verleihfirmen könnten sonst als Mittel eingesetzt werden, um Schutzstandards abzusenken, weshalb für sie das AÜG in vollem Umfang anwendbar ist. Erfolgt dagegen eine Einstellung durch ein Konzernunternehmen und wird der dort beschäftigte Arbeitnehmer für einige Zeit an eine andere Konzerngesellschaft entsandt, um z. B. seine Kenntnisse dort einzubringen, so bestehen keine „leiharbeitstypischen“ Risiken. Das AÜG findet deshalb keine Anwendung.

Der vorliegende Fall weist die Besonderheit auf, dass der Arbeitnehmer H. nicht wie andere aus dem Arbeitsmarkt rekrutiert wurde, sondern schon vorher bei einem Konzernunternehmen, d. h. der Verb Surgical Inc. tätig war. Anlass und Grund für den Abschluss des Arbeitsvertrags war nicht die „Verleihung“ in die USA, sondern der Umstand, dass H. seinen Lebensmittelpunkt nach Deutschland verlagern wollte (oder bereits verlagert hatte), die Beteiligten aber darüber einig waren, dass er seine bisherige Arbeit fortsetzen sollte. Um dieser Situation Rechnung zu tragen, erhielt er einen Arbeitsvertrag nach deutschem Recht, der auf den deutschen Rechtsrahmen und die hier bestehenden Lebensverhältnisse auch in finanzieller Hinsicht abstellt. Damit war ein einvernehmlicher Arbeitgeberwechsel verbunden, der aber keine Auswirkungen auf die Erbringung der Arbeitsleistung haben sollte. Dies ist eine völlig andere Konstellation als die bei der Leiharbeit bestehende: Die erreichte Stellung innerhalb des Konzerns sollte nicht angetastet werden. Das AÜG kann keine Anwendung finden.

3. Datenschutzrechtliche Probleme?

Die Aufteilung des Weisungsrechts und damit der Arbeitgeberfunktionen führt zu einer häufigeren Übermittlung personenbezogener Arbeitnehmerdaten von einem Konzernunternehmen an ein anderes. Dies hat zu zahlreichen datenschutzrechtlichen Überlegungen geführt.

Überblick bei Maschmann, a.a.O., Kap. 5 Rn.1 ff.

Im vorliegenden Zusammenhang kommt hinzu, dass Datenübermittlungen in die USA erfolgen, die seit vielen Jahren Sonderprobleme aufwerfen.

Dazu Däubler, Gläserne Belegschaften. Das Handbuch zum Beschäftigtendatenschutz, 9. Aufl., Frankfurt/Main 2021, Rn.504 ff.

Inzwischen gilt als Rechtsgrundlage das „EU-US Data Privacy Framework“, das die EU-Kommission am 10. Juli 2023 als „angemessen“ anerkannt hat.

Abrufbar unter https://commission.europa.eu/system/files/2023-07/Adequacy%20decision%20EU-US%20Data%20Privacy%20Framework_en.pdf. Dazu die informative Zusammenfassung durch den Bayerischen Landesbeauftragten für den Datenschutz, abrufbar unter <https://www.datenschutz-bayern.de/datenschutzreform2018/aki51.html> (5.1.2024)

Eine ins Einzelne gehende Darstellung und Analyse erscheint im vorliegenden Zusammenhang jedoch nicht angezeigt. Der Datenaustausch, der mit Rücksicht auf die Einbindung des Arbeitnehmers H. in seine bisherige Arbeitsgruppe in den USA erfolgt, hat eine vertragliche Grundlage. Diese liegt zwar nicht in dem Arbeitsvertrag, wohl aber in den Abmachungen, die ausdrücklich oder stillschweigend zwischen dem Arbeitnehmer H. und der Verb Surgical Inc. bzw. zwischen dieser und der Johnson & Johnson Medical GmbH getroffen wurden. Die Durchführung von Verträgen ist nach Art. 6 Abs. 1 Buchstabe b DSGVO eine grundsätzlich ausreichende Rechtsgrundlage für eine Datenübermittlung. Dies gilt

auch im Verhältnis zu Drittstaaten, und zwar nach Art. 49 Abs. 1 Satz 1 Buchstabe b DSGVO sogar dann, wenn in diesen kein angemessenes Datenschutzniveau herrscht. Zu beachten ist im internen wie im grenzüberschreitenden Datenverkehr lediglich das Prinzip der Erforderlichkeit. Daten dürfen nur insoweit übermittelt werden, wie dies für die Erreichung des Vertragszwecks notwendig ist. Auch müssen die Verträge so gestaltet sein, dass sie keine weitergehenden Eingriffe in die informationelle Selbstbestimmung des einzelnen Beschäftigten vorsehen, als dies durch das dem Vertrag zugrunde liegende berechnete Interesse geboten ist. Es ist davon auszugehen, dass diese Voraussetzung im vorliegenden Zusammenhang gewahrt ist.

4. Ergebnis

Der vorliegende Arbeitsvertrag ist arbeits- und datenschutzrechtlich nicht angreifbar.

II. Das Problem des anwendbaren Rechts

Die zweite zu untersuchende Frage geht dahin, ob auf die Erfindung des Herrn H. deutsches Recht in Form des Arbeitnehmererfindungsgesetzes oder US-amerikanisches Recht anwendbar ist.

1. Der schriftliche Arbeitsvertrag als solcher

Betrachtet man lediglich den oben unter A I in seinen wesentlichen Inhalten wiedergegebenen schriftlichen Arbeitsvertrag, so ergeben sich keine kollisionsrechtlichen Probleme: Er weist keinerlei „Auslandsberührung“ auf; ein deutscher Arbeitnehmer hat einen Vertrag mit einer dem deutschen Recht unterliegenden GmbH geschlossen. Deutsches Recht ist damit automatisch anwendbar, da die Tatsache, dass die Johnson & Johnson Medical GmbH einen ausländischen Eigentümer hat, ohne Bedeutung bleibt. Dies wird als so selbstverständlich angesehen, dass im Vertragstext – wie üblich - darauf nicht gesondert hingewiesen wird.

Zum deutschen Recht gehört auch das Arbeitnehmererfindungsgesetz vom 25. Juli 1957 (BGBl I S. 756) in seiner aktuellen Fassung. Von der „Abtretungserklärung“ sind aus ihm folgende Vergütungsansprüche ausdrücklich ausgenommen.

2. Die Ergänzung durch die Einigung über die Fortsetzung der bisherigen Tätigkeit

Wie oben unter A III erwähnt, ist Herr H. weiterhin zu 100 % für die Verb Surgical Inc. tätig. Im Rahmen dieser Tätigkeit hat er an einer Erfindung mitgewirkt, für die in den USA eine Patentanmeldung eingereicht wurde. Durch diese spezifische Gestaltung der Arbeit hat der Arbeitsvertrag eine (ausdrückliche oder stillschweigende) Ergänzung erfahren. Sie schafft ersichtlich einen Auslandsbezug, da ausschließlich für eine ausländische Konzerngesellschaft gearbeitet wurde. Dadurch ist der Anwendungsbereich des Internationalen

Arbeitsrechts eröffnet. Dieses hat seine aktuelle inhaltliche Ausgestaltung durch die sog. Rom I – Verordnung erfahren.

Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht, ABl. Nr. L 177/6, berichtigt ABl. Nr. L 309 S. 87

Art. 8 der Verordnung betrifft das Arbeitsvertragsrecht und die damit zusammenhängenden Fragen.

3. Das auf den ergänzten Vertrag anwendbare Recht

a) Rechtswahl

Nach Art. 8 Abs. 1 Satz 1 Rom I – Verordnung unterliegen Arbeitsverträge in erster Linie dem von den Arbeitsvertragsparteien gewählten Recht. Für die Rechtswahl besteht kein besonderes Formerfordernis; sie kann daher auch konkludent in dem Sinne erfolgen, dass sie aus dem sonstigen Verhalten der Beteiligten rückgeschlossen werden kann.

BAG 13.11.2007 – 9 AZR 134/07 – NZA 2008, 761 Ls.1; Schlachter, in: Erfurter Kommentar, a.a.O., Art. 3,8 und 9 VO (EG) 593/2008 Rn.5; Martiny, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl., München 2021, Art. 8 Rom I – VO Rn.31 (im Folgenden: MÜKo-Martiny), jeweils m. w. N.

Eine ausdrückliche Wahl einer bestimmten Arbeitsrechtsordnung liegt ersichtlich nicht vor. Ob in der ausdrücklichen oder stillschweigenden Vereinbarung, weiter zu 100 Prozent für die Verb Surgical Inc. tätig zu sein, zugleich eine stillschweigende Rechtswahlvereinbarung zugunsten des US-amerikanischen Rechts liegt, lässt sich auf der Grundlage der vorliegenden Informationen nicht mit letzter Sicherheit beurteilen. Da es nur um einen Teil des Arbeitsvertrags – eben die konkret zu erbringende Arbeit – ging, ist die Annahme einer Rechtswahl für den gesamten Arbeitsvertrag wenig naheliegend. Außerdem würde in einem

solchen Fall das Günstigkeitsprinzip gelten: Nach Art. 8 Abs. 1 Satz 2 Rom I – VO darf die Rechtswahl nicht dazu führen, dass dem Arbeitnehmer der Schutz zwingender Vorschriften entzogen wird, auf die er sich bei Fehlen einer Rechtswahl berufen könnte. Unterstellt man, dass ohne Vereinbarung das deutsche Arbeitsrecht anwendbar wäre, würde die Rechtswahl nichts am Eingreifen des Arbeitnehmererfindungsgesetzes ändern. Es würde sich lediglich insoweit eine neue Situation ergeben, als sich der Arbeitnehmer H. ggf. auf günstigere Vorschriften des US-amerikanischen Rechts berufen könnte. Dass dies dem Willen beider Seiten entsprach, kann nicht angenommen werden. Insoweit scheidet eine stillschweigende Rechtswahl für den ganzen Vertrag aus.

b) Gewöhnlicher Arbeitsort

Liegt keine Rechtswahl vor, so ist nach Art. 8 Abs. 2 Satz 1 Rom I – VO das Recht des Staates anwendbar, „in dem oder andernfalls von dem aus der Arbeitnehmer in Erfüllung des Vertrags gewöhnlich seine Arbeit verrichtet.“

Im Normalfall macht die Bestimmung des gewöhnlichen Arbeitsorts keine Schwierigkeiten. Bei Tätigkeiten in einem Betrieb ist dessen geographische Lage gemeint, bei individuellen Tätigkeiten wie etwa der eines angestellten Handelsvertreters kommt es auf das Land der physischen Präsenz an. Probleme ergeben sich dann, wenn der Arbeitserfolg nicht an dem Ort eintritt, wo sich der einzelne Arbeitende befindet. So fällt etwa bei der grenzüberschreitenden Telearbeit das Ergebnis im Büro des Arbeitgebers an, weshalb in der Literatur erwogen wird, die Vorschrift der Art. 8 Abs. 2 Satz 1 Rom I – VO so auszulegen, dass die „Verrichtung“ der Arbeit dort erfolgt und es nicht auf den Ort der physischen Präsenz des Arbeitnehmers ankommt.

Deinert, Herausforderungen der Internationalisierung der Arbeitswelt, DRdA 2022, 155 (DRdA = Das Recht der Arbeit, Wien). In dieselbe Richtung Eichenhofer, Plattformarbeit und Internationales Recht, in: Brose/Greiner u.a. (Hrsg.), Grundlagen des Arbeits- und Sozialrechts, Festschrift Ulrich Preis, München 2021, S. 191, 199 f.

Würde man dem folgen, käme man nicht zur Anwendung des deutschen, sondern des US-amerikanischen Rechts.

Diese Auffassung wird allerdings keineswegs allgemein geteilt. Vielmehr geht – jedenfalls in Deutschland – die ganz herrschende Meinung dahin, dass es auch bei der Telearbeit allein darauf ankommt, wo, d. h. in welchem Land sich der Arbeitende konkret aufhält.

S. die eingehenden Nachweise bei Krebber, in: Franzen/Gallner/Oetker (Hrsg.), Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, 4. Aufl., München 2022, Art. 8 VO (EG) 593/2008 Rn.54; Oetker, in: Kiel/Lunk/Oetker (Hrsg.), Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band I, München 2021, § 13 Rn. 39 (im Folgenden: MünchArbR-Bearbeiter); Däubler, in: Däubler/Hjort/Schubert/Wolmerath (Hrsg.), Handkommentar Arbeitsrecht, 5. Aufl., Baden-Baden 2022, Rom I-VO/EGBGB Rn.18 (im Folgenden: HK-Arbeitsrecht-Bearbeiter)

Auch wird darauf verwiesen, dass die zweite Variante des Art. 8 Abs. 2 Satz 1 („andernfalls von dem aus“) dafür spricht, dass der Ordnungsgeber auf den Ort der physischen Präsenz des Beschäftigten abstellt.

Risak, Grenzüberschreitendes Arbeiten im virtuellen Raum – ein Fall für das europäische Arbeitsrecht? DRdA 2019, 117 ff.

Für diese Position dürften die besseren Argumente sprechen. Das Abstellen auf den „gewöhnlichen Arbeitsort“ in Art. 8 Abs. 2 Rom I – VO hat den Sinn, diejenige Rechtsordnung für anwendbar zu erklären, in deren Geltungsbereich – pauschal gesprochen – die meisten Probleme bei der Durchführung des Arbeitsvertrags auftreten. Dies ist nicht der Ort, wo der Arbeitgeber seinen Sitz hat oder von wo aus die Zahlung des Entgelts eingeleitet wird oder erfolgt, sondern der Ort, wo die Arbeitsleistung erbracht wird. Hier hat das Rechtsverhältnis – kollisionsrechtlich gesprochen – seinen Schwerpunkt, hier stellen sich zahlreiche Fragen über den Umfang der zulässigen Arbeit, über die Beachtung und Auslegung vereinbarter Rechte und Pflichten usw. Für den Arbeitnehmer ist es am ehesten leistbar,

denjenigen Vorschriften Genüge zu tun, die am Arbeitsort gelten, weil er typischerweise mit den Regeln dieses Landes vertraut ist.

Alle diese Überlegungen gelten in gleicher Weise, wenn der Arbeitserfolg in einem anderen Land eintritt, wenn die Erkenntnisse der fraglichen Person per Mail oder Video in ein anderes Land übermittelt werden. Auch dann tauchen mögliche Probleme meist in dem Land auf, in dem sich der Arbeitende befindet, auf seine physische Präsenz kommt es faktisch an. Dies spricht dafür, dass auch bei der Telearbeit nicht von den herkömmlichen Grundsätzen abgewichen wird; die Tatsache, dass der Arbeitserfolg in einem anderen Land eintritt, bleibt ohne Bedeutung.

Im konkreten Fall des Herrn H. bedeutet dies, dass trotz der Ergänzung durch die Fortsetzung der bisherigen Tätigkeit weiterhin deutsches Recht anwendbar wäre.

c) Engere Verbindungen zu einem anderen Staat?

Die Anknüpfung an den gewöhnlichen Arbeitsort ist dann nach Art. 8 Abs. 4 Rom I – VO nicht maßgebend, wenn „engere Verbindungen“ zu einem anderen Staat bestehen, die sich aus der „Gesamtheit der Umstände“ ergeben. In diesem Fall findet das Recht dieses anderen Staates Anwendung.

Der Vorrang der „engeren Verbindungen“ spielt in der Rom I – VO auch an anderer Stelle eine Rolle. In Bezug auf das allgemeine Vertragsrecht verlangt Art. 4 Abs. 3 Rom I – VO, dass eine „offensichtlich“ engere Verbindung zu einem anderen Staat besteht, um eine Abweichung vom allgemeinen Vertragsstatut zu rechtfertigen. Dasselbe ordnet Art. 5 Abs. 3 Rom I – VO für Beförderungsverträge an. Es liegt nahe, dass ein „Ausweichen“ aus der Regelanknüpfung an den Arbeitsort bereits unter weniger gravierenden Voraussetzungen als in den Fällen des Art. 4 Abs. 3 und des Art. 5 Abs. 3 möglich ist. Auf diese Weise soll dem Gericht im Arbeitsrecht ein höheres Maß an Flexibilität eingeräumt werden, um eine den Interessen der Beteiligten angemessene Lösung zu finden.

Martiny, in: Münchener Kommentar zum BGB, a.a.O., Art. 8 Rom I – VO Rn.78; MünchArbR-Oetker § 13 Rn.46

Diese Differenzierung hat jedoch nicht zur Folge, dass das Regel–Ausnahme-Verhältnis zwischen der Anknüpfung am Arbeitsort (bzw. notfalls am Ort der einstellenden Niederlassung) und der Anknüpfung am Recht der engeren Verbindungen aufgehoben oder relativiert wäre. Vielmehr kann von der Anknüpfung am gewöhnlichen Arbeitsort nur abgewichen werden, wenn die dafür sprechenden Gesichtspunkte ein „erhebliches Gewicht“ besitzen.

Schlachter, in: Erfurter Kommentar, a.a.O., Art. 3, 8 und 9 Rom I – VO Rn.17

Das Abstellen auf die „engeren Verbindungen“ muss seinen Ausnahmecharakter bewahren, weil andernfalls erhebliche Rechtsunsicherheit entstehen könnte, wenn oft unklar bliebe, ob nicht doch einzelne Elemente der „Auslandsberührung“ zur Anwendung eines anderen Rechts als dem des gewöhnlichen Arbeitsorts führen. Aus diesem Grunde wird verlangt, dass eine „gewisse Deutlichkeit“

Deinert, Internationales Arbeitsrecht, Tübingen 2013, § 9 Rn.128

oder eine „hinreichende Deutlichkeit“

MünchArbR-Oetker § 13 Rn.46

für die Anknüpfung an die engeren Verbindungen sprechen muss.

Auch die Rechtsprechung ist immer vom Ausnahmecharakter des Rückgriffs auf die „engeren Verbindungen“ ausgegangen.

EuGH 12.9.2013 – C-64/12 – NZA 2013, 1163 – Schlecker (zu Art. 6 Abs. 2 des Römischen Übereinkommens über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anwendbare Recht, das eine übereinstimmende Regelung enthielt); BAG 13.11.2007 – 9 AZR 134/07 – NZA 2008, 761, 765 (Tz.50): Die Verbindung mit dem anderen Staat muss „stärker“ sein als die durch die

Regelanknüpfung zu dem Recht des Arbeitsorts oder der einstellenden Niederlassung hergestellte Beziehung. Noch deutlicher BAG 22.10.2015 – 2 AZR 720/14 – NZA 2016, 473, 475 Tz.30: „Sollen die Einzelfälle auf engere Verbindungen zu einem anderen Staat verweisen, müssen sie insgesamt das Gewicht der einschlägigen Regelanknüpfung deutlich übersteigen.“ Ebenso BAG 26.4.2022 – 9 AZR 228/21 – NZA 2022, 1257 Tz. 39: „Sollen die Einzelfälle auf engere Verbindungen zu einem anderen Staat verweisen, müssen sie insgesamt das Gewicht der einschlägigen Regelanknüpfung deutlich übersteigen.“

Welche Gesichtspunkte im Einzelnen für „engere Verbindungen“ sprechen, ist nicht eindeutig geklärt. Einig ist man sich darüber, dass nicht die Zahl der Gesichtspunkte, sondern ihr Gewicht maßgebend ist.

S. statt aller BAG 22.10.2015 – 2 AZR 720/14 – NZA 2016, 473 Leitsatz 3; EuGH 12.9.2013 – C-64/12 – NZA 2013, 1163, 1166 (Tz. 40)

Auch geht es nicht darum, die für den Arbeitnehmer günstigste Rechtsordnung zu ermitteln; der schwächeren Position des Arbeitnehmers wird dadurch Rechnung getragen, dass die Parteiautonomie durch das automatische Eingreifen der zwingenden Normen des objektiven Arbeitsstatuts beschränkt ist.

Schlachter, in: Erfurter Kommentar, Art. 3, 8 und 9 Rom I – VO Rn.17;
Krebbel, in: Franzen/Gallner/Oetker (Hrsg.), a.a.O., Art. 8 VO (EG) 593/2008 Rn.40; MünchArbR-Oetker § 13 Rn.47

Als wichtiger Gesichtspunkt, aus dem sich eine „engere Verbindung“ ergeben kann, wird u.a. die Frage genannt, wo der Arbeitnehmer seine Steuern bezahlt und wo die Sozialabgaben abgeführt werden.

So ausdrücklich EuGH 12.9.2013 – C-64/12 – NZA 2013, 1163, 1166 (Tz. 41); BAG 22.10.2015 – 2 AZR 720/14 – NZA 2016, 473 Leitsatz 3; kritisch dazu Schlachter, a.a.O., Art. 3, 8 und 9 Rn.17 m. w. N.

Weiter werden als Gesichtspunkte herangezogen die gemeinsame Staatsangehörigkeit von Arbeitgeber und Arbeitnehmer (Ein US-amerikanischer Pilot fliegt in Deutschland für eine in den USA ansässige Fluggesellschaft) oder ein gemeinsamer Wohnort/ständiger Aufenthalt. Daneben spielen weitere objektive Umstände eine Rolle.

Überblick bei BAG 26.4.2022 – 9 AZR 228/21 – NZA 2022, 1257 Tz. 39: „Zu berücksichtigen sind ua. der Arbeitsort, der Sitz des Arbeitgebers, die Staatsangehörigkeit der Vertragsparteien und der Wohnsitz des Arbeitnehmers.“

Keine wesentliche Rolle dürfen vertragsimmanente Gestaltungen wie z. B. die Vertragssprache, die Bezugnahme auf Vorschriften eines bestimmten nationalen Rechts sowie die Währung spielen, in der die Vergütung ausbezahlt wird, da andernfalls der Arbeitgeber in bestimmten Fällen Einfluss auf die Wahl einer ihm genehmen Rechtsordnung nehmen und so die Grenzen der Parteiautonomie unterlaufen könnte.

So auch BAG 26.4.2022 – 9 AZR 228/21 – NZA 2022, 1257 Tz. 39

Wendet man diese Gesichtspunkte im vorliegenden Fall an, so spricht allein das Weisungsrecht der Verb Surgical Inc., die Zusammenarbeit mit anderen Forschern und die Zuordnung des Arbeitsergebnisses für die Anwendung des US-amerikanischen Rechts. Alle übrigen Gesichtspunkte verweisen auf Deutschland: Herr H. wird in Deutschland besteuert und muss hier seine Sozialabgaben bezahlen, er wohnt in München und hat die deutsche Staatsangehörigkeit. Auch die nur hilfsweise heranzuziehende Vertragsgestaltung weist sehr viel stärkere Verbindungen zu Deutschland auf, da die Einbeziehung in die Arbeit für die Verb Surgical Inc. nur durch eine (ausdrückliche oder stillschweigende) Zusatzvereinbarung erfolgte, während der eigentliche Arbeitsvertrag deutschem Recht entsprach. Wie auch immer man die Bedeutung der arbeitsmäßigen Eingliederung in die US-amerikanische Tochtergesellschaft bewerten will – man wird jedenfalls nicht ernsthaft die These vertreten können, dass die Verbindungen zu den USA deutlich stärker als die zu Deutschland seien.

Art. 8 Abs. 4 Rom I – VO kann daher im vorliegenden Fall nicht eingreifen.

4. Anwendbarkeit des US-Rechts auf einen Teil des Arbeitsvertrags?

a) Mögliche Friktionen

Wendet man auf den gesamten Arbeitsvertrag des Herrn H. deutsches Recht an, so kann dies zu beträchtlichen Friktionen führen. Soweit die Verb Surgical Inc. von ihrem Direktionsrecht Gebrauch machen will, muss sie die in § 106 GewO und in § 611a Abs. 1 Satz 2 BGB enthaltenen Grenzen für ihr Weisungsrecht beachten. Dazu gehört etwa auch der Grundsatz, dass „unbillige“ Anordnungen nicht befolgt werden müssen und eine Verweigerung keine Pflichtverletzung darstellt.

BAG 14. 6. 2017 - 10 AZR 330/16 (A) - NZA 2017, 1185; BAG 14.9.2017 – 5 AS 7/17 – NZA 2017, 1452; BAG 18.10.2017 – 10 AZR 330/16 - NZA 2017, 1452; BAG 28.6.2018 – 2 AZR 436/17 - NZA 2018, 1259

Dies dürfte voraussichtlich noch hinnehmbar sein, zumal auch in der Literatur der Standpunkt vertreten wird, die bloße Weisungsbefugnis einer ausländischen Gesellschaft bzw. ihrer Vertreter ändere nichts an der Anwendung des deutschen Rechts.

Reiter in: Maschmann/Fritz (Hrsg.), Matrixorganisationen, a.a.O., Kap. 3 Rn.816 f.

Der vorliegende Fall ist jedoch darauf nicht beschränkt. Arbeitnehmer H. ist nicht nur dem Direktionsrecht der Verb Surgical Inc. unterworfen, sondern auch Teil einer Arbeitsgruppe, die u. a. für die Entwicklung von Patenten verantwortlich ist. Die übrigen Mitglieder der Gruppe befinden sich in den USA, wobei die interne Kooperation per Video oder Mail erfolgen dürfte. Auf ihr Arbeitsverhältnis dürfte mit hinreichender Sicherheit US-amerikanisches Arbeitsrecht anwendbar sein. Dies hat zur Folge, dass der Erlass einheitlicher Weisungen nicht selten auf

Schwierigkeiten stoßen wird, weil unterschiedliche Grenzen zu beachten sind, was die praktische Arbeit erschweren kann.

Weiter gehört die Zusammenarbeit mit den übrigen Gruppenmitgliedern zu den selbstverständlichen Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis. Hier könnten sich insofern Friktionen ergeben, als das deutsche Recht andere Regeln für die Dauer der Arbeitszeit, für die Behandlung von Überstunden, für die Kontrolle des Arbeitsverhaltens vorsieht. Damit wäre ein erhebliches Element von Ungleichheit geschaffen, das über die Koordination der Arbeit in unterschiedlichen Zeitzonen hinaus zusätzliche Erschwernisse beinhalten würde.

Auch die Beteiligung der Gruppenmitglieder an den Erträgen von Erfindungen dürfte inhaltlich nicht übereinstimmen. Dies hätte zur Folge, dass Herr H. eine Ausnahmestellung innerhalb der Gruppe einnehmen würde, weil er sich auf die Regeln des Arbeitnehmererfindungsgesetzes berufen könnte, die vermutlich im US-Arbeitsrecht keine Entsprechung besitzen.

Dazu kommt, dass das Ergebnis der jeweiligen Arbeiten in den USA anfällt und das einschlägige US-Recht auch jenseits des gewerblichen Rechtsschutzes darüber entscheidet, welche Dispositionsmöglichkeiten die Arbeitsvertragsparteien, insbesondere der Arbeitgeber haben.

Dies alles ist Anlass für die Frage, ob ein abgrenzbarer Teil eines Arbeitsverhältnisses einer anderen Rechtsordnung als das übrige Arbeitsverhältnis unterliegen kann.

b) Festlegung des anwendbaren Rechts für einen selbständigen Teil des Arbeitsvertrags durch die Vertragsparteien?

Nach Art. 3 Abs. 1 Satz 3 Rom I – VO kann sich die Rechtswahl auf den ganzen Vertrag, aber auch auf einen Teil desselben erstrecken. Das geltende Recht geht daher davon aus, dass ein Vertrag nicht notwendigerweise in allen seinen Teilen einer einheitlichen Rechtsordnung unterliegen muss. Die auf einen Vertragsteil

bezogene Rechtswahl darf lediglich nicht zur Entstehung unauflösbarer Widersprüche oder dazu führen, dass einheitliche Regelungen eines Sachgebiets auseinandergerissen werden.

Thorn, in: Grüneberg (Hrsg.), BGB, 83. Aufl., München 2024, Art. 3 Rom I – VO Rn.10; Deinert, Internationales Arbeitsrecht, a. a. O., § 9 Rn.35

Dies alles gilt auch für Arbeitsverträge, da Art. 8 Abs. 1 Satz 1 ausdrücklich auf den gesamten Art. 3 verweist.

Magnus, in: Staudinger (Begr.), BGB, Neubearbeitung 2021, Art. 3 Rom I – VO Rn.105

Dass einzelne Teile eines Arbeitsverhältnisses unterschiedlichen Rechtsordnungen unterliegen, ist auch abgesehen von einer Rechtswahl nichts Ungewöhnliches: So gibt es etwa im Arbeitsrecht zahlreiche Eingriffsnormen wie die in § 2 Abs. 1 ANEntG genannten, die auch dann Anwendung finden, wenn das Arbeitsverhältnis einer anderen Rechtsordnung unterliegt. Auch gehören Sonderanknüpfungen in Bezug auf die Form des Vertrages und die Geschäftsfähigkeit der Vertragsparteien zum herkömmlichen Bestand des Kollisionsrechts, obwohl auch sie häufig zur Anwendung verschiedener Rechtsordnungen auf einzelne Bereiche des jeweiligen Arbeitsvertrags führen.

Dass aufgrund des Parteiwillens auf einen Teil des Arbeitsvertrags eine andere Rechtsordnung als auf das Arbeitsverhältnis als Ganzes Anwendung findet, ergibt sich aus Art. 3 Abs. 1 Satz 3 Rom I – VO und ist auch in der Rechtsprechung anerkannt.

BAG 20.4.2004 – 3 AZR 301/03 – NZA 2005, 297 (Vereinbarung in Bezug auf den Gerichtsstand des Erfüllungsorts); BAG 20.11.1997 – 2 AZR 631/96 – NZA 1998, 813 (Vereinbarte Anwendung des deutschen Rechts in Bezug auf den Kündigungsschutz)

Die Rechtswahl kann in gleicher Weise wie für den Arbeitsvertrag als ganzen erfolgen; es ist daher auch eine stillschweigende oder konkludente Wahl möglich.

c) Anwendung auf den vorliegenden Fall

In dem hier zu beurteilenden Fall sind die näheren Umstände nicht bekannt, unter denen mit Herrn H. vereinbart wurde, dass er zu 100 % im bisherigen Rahmen weiterarbeiten soll. Gegenüber den vorher bestehenden Umständen ergab sich eine Veränderung nur insoweit, als nicht mehr in den USA, sondern von München aus gearbeitet werden sollte. Alles andere einschließlich der Zusammenarbeit mit den übrigen Gruppenmitgliedern und der Zuweisung von Aufgaben sollte fortgesetzt werden. Dies legt den Schluss nahe, dass in Bezug auf die Arbeit und ihre Organisation auch das anwendbare Recht bestehen bleiben sollte. Stillschweigend ist damit auch das bisher angewandte Recht nach dem Willen der Beteiligten unverändert geblieben. Auf der anderen Seite sollten sich die regelmäßige Vergütung, der Bestandsschutz und weitere Arbeitsbedingungen dem schriftlichen Arbeitsvertrag entsprechend nach deutschem Recht bestimmen.

Die Wahl des US-amerikanischen Rechts führt allerdings nicht dazu, dass das deutsche Arbeitnehmererfinderrecht unanwendbar würde. Nach Art. 8 Abs. 1 Satz 2 Rom I – VO bleibt im Falle einer Rechtswahl der Schutz durch zwingende Normen des Rechts des gewöhnlichen Arbeitsorts erhalten. Da das Arbeitnehmererfindungsgesetz nach seinem § 22 zwingenden Charakter hat, kommt es dann zur Anwendung, wenn das US-amerikanische Recht hinter seinem Schutzniveau zurückbleibt. Ob dies der Fall ist, lässt sich auf der Grundlage der vorhandenen Informationen nicht sicher beurteilen, doch dürfte einiges dafür sprechen, dass dies der Fall ist.

d) Anwendung ausländischen Rechts auf einen Vertragskomplex kraft enger Verbindungen?

Nimmt man keine stillschweigende Rechtswahl an, so stellt sich das Problem, ob der Fragenbereich „Arbeitsleistung in der Gruppe“ aufgrund enger Verbindungen mit den USA nach dem dort geltenden Recht zu behandeln ist. Die Frage, ob

auch das Anknüpfungskriterium „engere Verbindungen“ eine Aufspaltung in „Gesamtvertrag“ und „selbständiger Vertragsteil“ kennt, hat in der Literatur eingehende Erörterung gefunden.

Aubart, Die Behandlung der dépeçage im europäischen Internationalen Privatrecht, Tübingen 2013; Mankowski, Dépeçage unter der Rom I – Verordnung, in: Bernreuther u.a. (Hrsg.), Festschrift Spellenberg, Köln 2010, S. 261 ff.

Eine definitive Klärung ist nicht erfolgt.

Das europäische Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht vom 19. Juni 1980 (EVÜ)

ABl vom 9.10.1980, L 266/1; abgedruckt auch bei Däubler/Kittner/Lörcher, Internationale Arbeits- und Sozialordnung, 2. Aufl., Köln 1994, Nr. 470

enthielt in seinem Art. 4 Abs. 1 unter der Überschrift „Mangels Rechtswahl anzuwendendes Recht“ die folgende Regelung:

„Soweit das auf den Vertrag anzuwendende Recht nicht nach Artikel 3 vereinbart worden ist, unterliegt der Vertrag dem Recht des Staates, mit dem er die engsten Verbindungen aufweist. Lässt sich jedoch ein Teil des Vertrages von dem Rest des Vertrages trennen und weist dieser Teil eine engere Verbindung mit einem anderen Staat auf, so kann auf ihn ausnahmsweise das Recht des anderen Staates angewendet werden.“

Die Bundesrepublik Deutschland hat dieses Übereinkommen ratifiziert und in Art. 28 Abs. 1 EGBGB (in der damaligen Fassung) den Art. 4 Abs. 1 in das geltende deutsche Recht übernommen.

Die Rom I – VO enthält keine vergleichbare Bestimmung. Die Gründe, weshalb man die Regelung des EVÜ nicht übernommen hat, sind unklar. Die Dokumente, die im Laufe der Ausarbeitung der Rom I – VO erstellt wurden, nennen keine

Gründe, weshalb eine entsprechende Bestimmung in der Rom I – VO nicht mehr enthalten ist. Denkbar ist deshalb, dass man den Verzicht auf die Vorschrift für nicht begründungsbedürftig hielt, denkbar ist aber auch, dass man das Problem schlicht übersehen hat und in Wirklichkeit gar nichts ändern wollte.

In der Literatur sind die Stimmen geteilt. Während zahlreiche Autoren aus der Nichtübernahme von Art. 4 Abs. 1 Satz 2 EVÜ den Schluss ziehen, dass bei einem bloßen Vertragskomplex oder Vertragsteil nicht nach den engeren Verbindungen gefragt werden darf,

So insbesondere Aubart, a.a.O., S. 137 mit eingehenden Nachweisen in Fn.351; ebenso Staudinger-Magnus, a.a.O., Art. 4 Rom I – VO Rn.129; MüKo-Martiny, Art. 4 Rom I – VO Rn.9, 297

stehen andere auf dem Standpunkt, dass die Anknüpfung an die engeren Verbindungen auch bei einem absplittbaren Vertragsteil zulässig seien.

Deinert, Internationales Arbeitsrecht, a.a.O., § 9 Rn.133; Mankowski, Festschrift Spellenberg, a.a.O., S. 261 ff.; Pohl, Grenzüberschreitender Einsatz von Personal und Führungskräften, NZA 1998, 735, 740 (stillschweigend vorausgesetzt)

Der zweiten Position ist im Ergebnis zuzustimmen: Die Gründe, die für eine Abweichung vom Normalstatut zugunsten des Rechts der „engeren Verbindungen“ sprechen, sind nicht weniger gewichtig, wenn ein solcher Bezug nicht beim ganzen Arbeitsverhältnis, sondern nur bei einem Teil desselben vorhanden ist. Auch dann erspart man sich Friktionen und „unpassende“ Normen, weil ein bestimmter Sachbereich eine enge Beziehung zu einer anderen Rechtsordnung hat. Außerdem bestünde jederzeit die Möglichkeit, zwei verschiedene Verträge zu schließen und so den fraglichen Vertragsteil zu verselbständigen und ihn einer anderen Rechtsordnung zu unterstellen. Weiter sind keine Gründe erkennbar, weshalb man zwar durch Parteiautonomie eine „Spaltung“ des anwendbaren Rechts herbeiführen kann, nicht aber dann, wenn wegen der engeren Verbindungen zu einer ausländischen Rechtsordnung evtl.

sogar ein sehr viel stärkeres Bedürfnis für die Anwendung einer anderen Rechtsordnung auf einen Teil des Vertrages besteht.

e) Anwendung auf den konkreten Fall

In der hier zu untersuchenden Konstellation ist der Bereich „Arbeitsleistung zusammen mit der Arbeitsgruppe“ ersichtlich aus dem schriftlichen Arbeitsvertrag ausgeklammert und einer spezifischen Regelung unterstellt. Diese ergibt sich mangels anderer Anhaltspunkte aus der vor Abschluss des Arbeitsvertrags bestehenden Situation: Arbeitnehmer H. ist in gleicher Weise wie zuvor zur Mitwirkung in seiner Arbeitsgruppe verpflichtet, bis auf die räumliche Entfernung und das notwendig gewordene „Zuschalten“ haben sich keine Veränderungen ergeben. Dies bedeutet zugleich, dass der Sachbereich „Arbeitsleistung“ denkbar enge Verbindungen zum Betrieb der Verb Surgical Inc. und damit zum US-amerikanischen Recht besitzt. Dieses ist daher insoweit anwendbar.

Die Anwendung des US-amerikanischen Rechts auf die Arbeit in der Gruppe und ihre Ergebnisse hat zur Folge, dass das amerikanische Recht auch auf die von der Arbeitsgruppe gemachten Erfindungen anwendbar ist.

Das Arbeitnehmererfinderrecht, insbesondere die Zuordnung der Erfindung und eine eventuelle Vergütung wird zum Arbeitsvertragsstatut gezählt: BGH 4.9.2018 – X ZR 14/17 – GRUR 2019, 271 ff.; Deinert, Internationales Arbeitsrecht, a.a.O., § 12 Rn.9; MünchArbR-Oetker, a.a.O., § 13 Rn.126; MüKo-Martiny Art. 8 Rom I – VO Rn.116; Staudinger-Magnus, a.a.O., Art. 8 Rom I – VO Rn.234

Das deutsche Arbeitnehmererfindungsgesetz findet keine Anwendung. Es stellt auch keine Eingriffsnorm im Sinne des Art. 9 Rom I – VO dar, die ohne Rücksicht auf das auf den Vertrag anwendbare Recht immer angewandt werden müsste, wenn ein ausreichender Bezug zu Deutschland vorhanden ist.

Deinert, Internationales Arbeitsrecht, a.a.O., § 12 Rn.9; MünchArbR-Oetker, § 13 Rn.126

Auch gehört das Arbeitnehmererfinderrecht nicht zum deutschen ordre public in dem Sinne, dass eine Unterschreitung des dort vorgesehenen Schutzniveaus gegen Art. 21 Rom I – VO verstoßen würde.

Deinert. Internationales Arbeitsrecht, § 12 Rn.9; MünchArbR-Oetker, § 13 Rn.126

III. Zusammenfassung

Der mit der Johnson & Johnson abgeschlossene Arbeitsvertrag unterliegt keinen rechtlichen Bedenken. Er lässt es zu, das Weisungsrecht einem anderen Konzernunternehmen zu übertragen oder es ihm – wie hier – zu belassen. Die dafür nach § 613 Satz 2 BGB erforderliche Zustimmung des Arbeitnehmers wurde konkludent erteilt. Das AÜG ist im vorliegenden Fall nicht anwendbar. Auch aus dem Datenschutzrecht entstehen keine Bedenken.

Die durch die Abmachung über die Fortsetzung der Tätigkeit für Verb Surgical Inc. ergänzte Arbeitsvertrag weist eine Auslandsberührung auf, so dass die Regeln des Internationalen Privatrechts Anwendung finden. Nach Art. 8 Abs. 2 Rom I – VO unterliegt der Arbeitsvertrag als solcher dem deutschen recht, da eine stillschweigende Rechtswahl für den ganzen Vertrag nicht erkennbar ist und da „engere Verbindungen“ zu den USA gegenüber der Verankerung in Deutschland nicht deutlich überwiegen.

Die Frage der anwendbaren Rechtsordnung stellt sich aber auch für selbständige Teile eines Vertrages, hier: in Bezug auf die Fortführung der bisherigen Tätigkeit für Verb Surgical Inc. Ob dabei eine stillschweigende Rechtswahl zugunsten des US-amerikanischen Rechts vorliegt, kann letztlich dahinstehen, da nach Art. 8 Abs. 2 Satz 2 Rom I – VO das Arbeitnehmererfindungsgesetz als zwingende Schutznorm erhalten bliebe. Möglich ist jedoch die Annahme engerer Beziehungen zum Recht der USA, was einen Rückgriff auf das Arbeitnehmererfindungsgesetz ausschließt.

