

§ 2: Die Anwendung des BetrVG auf Sachverhalte mit Auslandsberührung

I. *Das Fehlen einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung*

Unbestreitbarer Ausgangspunkt ist zunächst, daß sich die Frage nach dem anwendbaren Recht überhaupt nur dann stellt, wenn eine (mehr oder weniger intensive) »Auslandsberührung« vorliegt. Ein in Deutschland gelegener Betrieb, der einem hier wohnhaften deutschen Staatsangehörigen gehört und in dem nur deutsche Arbeitnehmer tätig sind, unterfällt ersichtlich dem BetrVG. Konsequenterweise bestimmt deshalb auch Art. 3 Abs. 1 EGBGB, daß die Normen des (1986 neu gefaßten) Internationalen Privatrechts nur auf Sachverhalte »mit einer Verbindung zum Recht eines ausländischen Staates« anwendbar sind.

Besteht ein »Kontakt« zum Ausland, weil sich beispielsweise die betriebliche Tätigkeit vorwiegend jenseits der deutschen Grenzen abspielt oder weil der Betrieb einem ausländischen Unternehmen gehört, so ist nach der anwendbaren Vorschrift des Kollisionsrechts zu fragen. Hier kommen einmal die allgemeinen Vorschriften der Art. 27 ff. EGBGB in Betracht (1); daneben existieren einige Sondervorschriften, die nähere Betrachtung verdienen (2).

1. *Rückgriff auf die Art. 27 ff. EGBGB?*

a) *Beschränkter Anwendungsbereich*

Nach Art. 27 Abs. 1 EGBGB können die Vertragsparteien das auf ihren Vertrag anwendbare Recht wählen. Art. 30 Abs. 1 EGBGB schränkt dies für Arbeitsverträge insoweit ein, als durch eine solche Rechtswahl der zwingende Schutz der Rechtsordnung nicht entzogen werden darf, die »an sich«, d.h. ohne Rechtswahl Anwendung finden würde. Im Interesse des einzelnen Arbeitnehmers gilt insoweit das Günstigkeitsprinzip.

Das »an sich« anwendbare Recht folgt bei Arbeitsverträgen aus Art. 30 Abs. 2 EGBGB. Danach ist grundsätzlich der gewöhnliche Arbeitsort maßgebend, es sei denn, der Arbeitsvertrag würde »engere Verbindungen« zu einem anderen Staat aufweisen. Wird vorübergehend in einem anderen Land gearbeitet, ändert dies nichts an der anwendbaren Rechtsordnung. Findet die Tätigkeit aus-

nahmsweise gewöhnlich nicht in ein und demselben Staat statt, ist nach Art. 30 Abs. 2 Nr. 2 EGBGB das Recht der Niederlassung maßgebend, die den Arbeitnehmer eingestellt hat.¹

Wortlaut wie Entstehungsgeschichte² beschränken diese Regelungen auf die vertragliche Rechtsbeziehung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Ihr Gegenstand ist daher ein anderer als der hier interessierende: Das Betriebsverfassungsrecht hat primär die Beziehungen zwischen der durch den Betriebsrat repräsentierten Belegschaft und dem Arbeitgeber zum Gegenstand. Dem entspricht es, daß ein Betriebsrat nicht durch vertragliche Abmachung, sondern durch Wahl ins Leben gerufen wird. Auch besitzt er Beteiligungsrechte, die zwar zu (kollektiven) Vereinbarungen führen können, die jedoch am ehesten mit Gestaltungsrechten vergleichbar sind.³ Soweit ersichtlich, besteht daher auch Einigkeit darüber, daß Art. 30 EGBGB auf die Betriebsverfassung keine Anwendung findet.⁴

b) *Betriebsverfassung als Teil des Arbeitsstatuts?*

Die Situation ändert sich, wenn man danach fragt, ob das Betriebsverfassungsrecht zu den Normen gehört, die Art. 30 EGBGB für anwendbar erklärt. Konkret gesprochen: Ist im konkreten Fall auf Arbeitsverträge z.B. deutsches Recht anwendbar, könnte man eventuell quasi als Annex das deutsche BetrVG anwenden. Zu dem bis 1986 geltenden Recht ist dies so auch von Schnorr von Carolsfeld⁵ und von Gamillscheg⁶ vertreten worden. Letzterer verwies insbesondere auf praktische Bedürfnisse, die für eine Konkordanz von Arbeits- und Betriebsverfassungsstatut sprechen. Eine für kürzere oder längere Zeit im Ausland tätige deutsche Arbeitsgruppe müsse ihr Betriebsverfassungsrecht »mitbringen« können; dasselbe sei ausländischen Beschäftigten in Deutschland zu gestatten. Bei gemischt-nationaler Zusammensetzung der Belegschaft entscheide das für die Mehrheit geltende Arbeitsstatut.

Welche Sachgebiete von dem nach Art. 30 EGBGB berufenen Recht erfaßt sind, regelt Art. 32 EGBGB. Dort sind – allerdings nur als beispielhafte Aufzählung – typisch vertragsrechtliche Fragen wie die Auslegung, die Erfüllung sowie Leistungsstörungen angesprochen. Obwohl Art. 32 Abs. 1 ausdrücklich auch Art. 30 EGBGB in bezug nimmt, sind Fragen des kollektiven Arbeits-

1 Einzelheiten im Überblick bei Däubler RIW 1987, 249 ff.; Dokumentation von Rechtsprechung und Literatur bei Palandt-Heldrich Anm. zu Art. 30 EGBGB.

2 Die Art. 27 ff. EGBGB beruhen auf dem Römischen Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anwendbare Recht, ABIEG vom 9.10.1980, Nr. L 266/1.

3 Zur fehlenden Integration der Beteiligungsrechte des Betriebsrats in das System der subjektiven Rechte s. bereits Däubler AuR 1982, 6 ff.

4 S. statt aller Palandt-Heldrich Art. 30 EGBGB Rn 3; Jaletzke, S. 25 f.

5 RdA 1958, 202 und Arbeitsrecht, S. 421.

6 Internationales Arbeitsrecht, S. 123; ZfA 1983, 321 ff.

rechts an keiner Stelle auch nur andeutungsweise erwähnt. Die arbeitsgerichtliche Rechtsprechung⁷ und die ganz herrschende Lehre⁸ lehnt deshalb auch die Einbeziehung der Betriebsverfassung in das Vertragsstatut ab. Maßgebend hierfür ist weniger die rechtskonstruktive Überlegung, daß Rechte nach dem BetrVG nicht »aus dem Arbeitsverhältnis« abzuleiten wären: Ähnlich wie man das staatliche Arbeitsschutzrecht in das Arbeitsverhältnis inkorporiert und daraus Rechte und Pflichten von Arbeitgeber und Arbeitnehmer ableitet⁹, könnte man dies an sich auch mit der Betriebsverfassung tun.¹⁰ Entscheidend ist vielmehr, daß das BetrVG auch Rechtsbeziehungen regelt, die wie z.B. das Verhältnis von Betriebsrat und Arbeitgeber Eigenständigkeit besitzen und nichts mit dem Arbeitsvertrag zu tun haben. Eine »Ankoppelung« an das Vertragsstatut würde zudem erhebliche praktische Probleme in all den Fällen heraufbeschwören, in denen Arbeitnehmer mit unterschiedlichem Vertragsstatut im selben Betrieb tätig sind. Zwar ist es durchaus denkbar, daß in einem Betrieb gleichzeitig zwei Interessenvertretungen nebeneinander bestehen. So ging es etwa in der BAG-Entscheidung zum amerikanischen Sender »Free Europe« um eine Situation, in der kraft Tarifvertrags nach § 20 Abs. 3 BetrVG 1952 (jetzt: § 3 Abs. 1 BetrVG) für die deutschen Beschäftigten ein Betriebsrat und für die ausländischen Mitarbeiter ein »Nationalitätenbetriebsrat« gewählt worden war.¹¹ Eine solche »flexible Lösung« ist jedoch dort nicht mehr praktikabel, wo vier oder fünf verschiedene Arbeitsvertragsordnungen zur Anwendung kommen, weil bestimmte Fragen wie z.B. Beginn und Ende der Arbeitszeit oder der Arbeitsschutz betriebseinheitlich geregelt werden müssen. Trägt man dem in der Weise Rechnung, daß man auf das Arbeitsstatut der Mehrheit abstellt, wird man dem eigenen Ansatz untreu, da für die Minderheit Arbeits- und Betriebsverfassungsstatut auseinanderfallen. Außerdem kann sich ein mit vielen Komplikationen verbundener Statutenwechsel ergeben, wenn sich die Mehrheitsverhältnisse ändern sollten, was beispielsweise bei der wachsenden Rekrutierung von Ortskräften in einem neu gegründeten Auslandsbetrieb eines deutschen Unternehmens durchaus typisch sein dürfte. Eine »akzessorische« Bestimmung des Betriebsverfas-

7 BAG AP Nr. 16 und 27 zu Internationales Privatrecht Arbeitsrecht; LAG Düsseldorf IPRax 1982, Nr. 39.

8 Birk, FS Schnorr von Carolsfeld, S. 70; DKK-Trümner § 1 Rn 24; Fitting-Kaiser-Heither-Engels § 1 Rn 10; Junker, S. 363; Nikisch, Arbeitsrecht, Bd. III, S. 57; Richardi, Einl. Rn 62; Wimmer, S. 191.

9 Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. I, S. 141 ff.

10 Im Einzelfall wird dieser Schritt auch durchaus getan, so wenn man etwa dem Arbeitnehmer das Recht einräumt, seine Arbeitsleistung nach § 273 BGB zurückzuhalten, wenn der Betriebsrat entgegen § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG dem Einsatz von zur Überwachung geeigneten Geräten noch nicht zugestimmt hat: DKK-Klebe § 87 Rn 135 mwN; im Grundsatz übereinstimmend Richardi § 87 Rn 578.

11 BAG AP Nr. 13 zu Internationales Privatrecht Arbeitsrecht. Eine Pluralität von Interessenvertretungen kannte auch das Übergangsrecht in der DDR – dazu Däubler, Ratgeber Arbeitsrecht, Reinbek 1991, S. 102 ff.

sungsstatuts führt daher zu erheblichen Schwierigkeiten und Reibungsverlusten, die man nach Kräften vermeiden sollte.¹² Auf der anderen Seite kann dem einsehbaren Bedürfnis, daß eine größere Gruppe bei einem längeren Auslandsaufenthalt nicht nur ihr Arbeitsvertragsrecht, sondern auch ihr Betriebsverfassungsrecht »mitbringt«, auch auf andere Weise – nämlich durch tarifliche Rechtswahl – Rechnung getragen werden.¹³

Aus den Art. 27 ff. EGBGB läßt sich daher eine betriebsverfassungsrechtliche Kollisionsnorm auch nicht mittelbar herleiten.

2. Einzelregelungen

a) Seeschifffahrt

In den §§ 114 bis 116 regelt das BetrVG eine Reihe von Fragen, die ersichtlich »Auslandsberührung« aufweisen. Bei der Seeschifffahrt ist dies unvermeidlich, da sich die Schiffe erfahrungsgemäß nur während eines kleinen Teils ihrer Einsatzzeit in deutschen Hoheitsgewässern befinden.

Die See-Betriebsverfassung weist insoweit Besonderheiten auf, als es zwei Mitbestimmungsorgane, den Seebetriebsrat und die Bordvertretung gibt. Nach § 114 Abs. 3 BetrVG bilden sämtliche Schiffe eines Seeschiffahrtsunternehmens den »Seebetrieb«, in dem ein Seebetriebsrat gewählt wird. Auf dem einzelnen Schiff wird in einem vereinfachten Verfahren nach § 115 Abs. 2 BetrVG eine Bordvertretung gewählt.

Zu beachten ist, daß die §§ 114 bis 116 BetrVG nur Anwendung finden, wenn das Arbeitgeberunternehmen seinen Sitz im Geltungsbereich des BetrVG hat und wenn das Schiff außerdem die deutsche Flagge führt. Durch sog. Ausflaggen, d.h. (in der Regel) durch Veräußerung des Schiffes an eine in einem Billigflaggenstaat gegründete Tochtergesellschaft kann diese Bedingung vermieden werden, so daß der Anwendungsbereich der §§ 114 bis 116 immer mehr schrumpft. Unberührt bleiben sie allerdings, wenn das Schiff in das sog. Zweitregister eingetragen wird, was »nur« die Möglichkeit erleichtert, ausländisches Arbeitsvertragsrecht und insbesondere ausländische Heuern zu vereinbaren.¹⁴

Die gesetzliche Regelung nimmt an verschiedenen Stellen darauf Bezug, daß die Seebetriebsverfassung zu einem beträchtlichen Teil im Ausland praktiziert werden muß. Nach § 115 BetrVG ist die Wahl einer Bordvertretung auch dann möglich, wenn sich das Schiff auf hoher See oder in einem fremden

12 Weitere Einwände bei Junker, S. 365 ff.

13 Näher dazu unten III 2 (S. 27 ff.).

14 Eingehend Däubler, Das zweite Schiffsregister. Völkerrechtliche und verfassungsrechtliche Probleme einer deutschen »Billig-Flagge«, Baden-Baden 1988.

Hafen befindet, doch beginnt nach § 115 Abs. 2 Nr. 9 BetrVG die Frist für die Wahlanfechtung erst dann, wenn das Schiff erstmalig einen Hafen im Geltungsbereich des BetrVG oder einen Hafen anläuft, in dem ein Seemannsamt seinen Sitz hat. Eine ähnliche Regelung trifft § 116 Abs. 2 Nr. 8 BetrVG für die Anfechtung der Wahl zum Seebetriebsrat: Auch hier beginnt die Frist erst mit dem Anlaufen eines deutschen Hafens oder eines Hafens mit Seemannsamt, wobei allerdings aus Gründen der Rechtssicherheit nach Ablauf von drei Monaten seit Bekanntgabe des Wahlergebnisses keine Anfechtung mehr möglich ist.

Nach § 116 Abs. 3 Nr. 6 BetrVG kann der Seebetriebsrat nach Unterrichtung des Kapitäns Sprechstunden an Bord abhalten und Bordversammlungen der Besatzungsmitglieder durchführen. Dies gilt an sich nur für die Zeit, in der das Schiff in einem deutschen Hafen liegt, doch nimmt § 116 Abs. 3 Nr. 7 insoweit eine Erweiterung vor, als auch alle europäischen Häfen einbezogen sind, wenn das Schiff innerhalb eines Kalenderjahres keinen deutschen Hafen (sondern beispielsweise nur Rotterdam) anläuft. Im Einvernehmen mit dem Arbeitgeber können Sprechstunden und Bordversammlungen auch in außereuropäischen Häfen durchgeführt werden, wenn hierfür ein dringendes Bedürfnis besteht (§ 116 Abs. 3 Nr. 8).

Die Regelungen lassen den zwingenden Schluß zu, daß Bordvertretung und Seebetriebsrat auch außerhalb der Bundesrepublik tätig werden können.

Die §§ 114 bis 116 BetrVG enthalten nur insoweit eine ausdrückliche Kollisionsnorm, als sie ihr Eingreifen vom Sitz des Arbeitgeberunternehmens und vom Führen der deutschen Flagge abhängig machen. Alle weiteren Regelungen sind »Sachnormen« in dem Sinne, daß bestimmt wird, was bei Eingreifen des deutschen Rechts gelten soll. Bei der Kollisionsnorm handelt es sich um eine typische Sonderregelung, was schon das Tatbestandsmerkmal »Führen der Flagge« deutlich macht. Eine entsprechende Anwendung käme allenfalls auf Ferntransporter, die in Deutschland zugelassen sind und einem hier ansässigen Unternehmen gehören, in Betracht, während der Luftverkehr durch § 117 Abs. 2 BetrVG eine Sonderregelung erfahren hat. Für alle übrigen Bereiche scheidet eine Anknüpfung an Unternehmenssitz und »äußerlichem Symbol« aus. Eine Kollisionsnorm, die auf andere Momente wie z.B. die Belegenheit des Betriebs abstellt, ist dadurch nicht ausgeschlossen.¹⁵

Eine andere Frage ist, inwieweit Rückschlüsse insoweit möglich sind, als das anwendbare deutsche Betriebsverfassungsrecht auch Vorgänge erfaßt, die sich im Ausland abspielen; auf sie wird an späterer Stelle zurückzukommen sein.¹⁶

15 Ebenso im Ergebnis Junker, S. 361; s. auch Birk, FS Schnorr von Carolsfeld, S. 86; Franzen Rn 194.

16 Dazu etwa BAG AP Nr. 3 zu § 42 BetrVG 1972 mit kritischer Anm. Beitzke sowie unten § 4 IV 2 (S. 51 f.).

b) *Luftfahrtunternehmen*

Auslandsbezüge weisen ersichtlich auch Arbeitsverhältnisse auf, die zwischen Luftfahrtunternehmen und dem in den Flugzeugen eingesetzten Personal bestehen. Das BetrVG trifft insoweit keine eigenständige Regelung, sondern läßt in § 117 Abs. 2 lediglich eine tarifliche Betriebsverfassung zu. Wie weit diese im einzelnen reichen kann, inwieweit auch die Niederlassungen ausländischer Fluggesellschaften in Deutschland und Stützpunkte z.B. der Lufthansa im Ausland erfaßt sind, ist aus dem Normtext nicht zu erschließen. Das BAG hat lediglich festgestellt, daß der für LTU geltende Tarifvertrag denselben Geltungsbereich wie das BetrVG habe.¹⁷ Ob insoweit auch eine tarifliche Rechtswahl möglich wäre¹⁸, ist – soweit ersichtlich – bislang nicht angesprochen worden.

c) *Die Sondervorschriften des BPersVG*

Nach § 91 Abs. 1 BPersVG erfaßt die Personalvertretung auch Personen, die für Dienststellen des Bundes im Ausland tätig sind. Dazu zählen insbesondere (aber nicht nur) Botschaften und Konsulate.¹⁹ Eine Beschränkung besteht lediglich insoweit, als die Beschäftigten nicht in eine Stufenvertretung oder in einen Gesamtpersonalrat bei einer Dienststelle im Inland wählbar sind; es wäre allzu aufwendig und kostspielig, müßten zu jeder Sitzung des Hauptpersonalrats beim Auswärtigen Amt auch Personen aus Buenos Aires, Peking oder Canberra eingeflogen werden. Eine weitere wichtige Ausnahme ist durch § 91 Abs. 1 Nr. 1 BPersVG für die sog. Ortskräfte getroffen, d.h. für solche Beschäftigte, die »vor Ort« eingestellt und nicht aus Deutschland entsandt wurden. Ihnen steht nach § 91 Abs. 2 BPersVG lediglich das Recht zu, einen »Vertrauensmann« und höchstens zwei Stellvertreter zu wählen. Gewählt wird durch Handaufheben, bei Widerspruch eines Beteiligten mit geheimen Stimmzetteln. Der Vertrauensmann nimmt Anregungen, Anträge und Beschwerden der Ortskräfte in innerdienstlichen, sozialen und persönlichen Angelegenheiten entgegen und vertritt sie gegenüber dem Dienststellenleiter und dem Personalrat. Er kann seine Funktion während der Arbeitszeit ausüben, besitzt jedoch keinen Kündigungsschutz.²⁰

§ 91 BPersVG enthält eine Kollisionsnorm des Inhalts, daß auf Auslandsdienststellen der Bundesverwaltung deutsches Personalvertretungsrecht Anwendung findet. Gleichzeitig trifft er die beschriebene inhaltliche Regelung, die von den im Inland herrschenden Grundsätzen abweicht.

17 BAG AP Nr. 3 zu § 117 BetrVG 1972 Bl. 3.

18 Zu dieser im allgemeinen Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht, Bd. I, S. 488 ff. mwN.

19 Überblick bei Grabendorff u.a. § 91 Rn 2.

20 Grabendorff u.a. § 91 Rn 20.

Eine analoge Anwendung des § 91 BPersVG auf die Betriebsverfassung kommt nicht in Betracht.²¹ Beide Rechtsgebiete weisen zwar viele Parallelen auf, enthalten jedoch eigenständige Normensysteme, die sich in bestimmten Fragen wie z.B. dem Umfang der Mitbestimmungsrechte unterscheiden.²² Diese Differenzierung kann nicht durch analoge Anwendung von Normen des jeweils anderen Bereichs eingegeben werden. Hinzu kommt, daß die Tätigkeit deutscher Behörden im Ausland nach völkerrechtlichen Grundsätzen nur mit ausdrücklicher Zustimmung des ausländischen Staates möglich ist, dieser also von vornherein bereit ist, insoweit erhebliche Freiräume zu gewähren.²³ Konsequenterweise hat deshalb auch das BAG eine Analogie nicht erwogen.²⁴

3. *Zwischenergebnis*

Das geltende Gesetzesrecht kennt keine ausdrückliche oder stillschweigende Kollisionsnorm für die Betriebsverfassung.²⁵

II. *Der Rückgriff auf das Territorialitätsprinzip*

1. *Die herrschende Rechtsprechung*

Nach ständiger Rechtsprechung des BAG²⁶ und der Instanzgerichte²⁷ gilt für das BetrVG das sog. Territorialitätsprinzip. Dies bedeutet, daß das BetrVG ausschließlich für im Inland gelegene Betriebe Anwendung findet und daß allein für den noch zu besprechenden Fall der Ausstrahlung²⁸ eine Ausnahme gemacht wird. Soweit man sich um eine ausdrückliche Begründung bemüht, wird diese insbesondere darin gesehen, daß es sich beim Betriebsverfassungsrecht um einen wichtigen Bestandteil der Wirtschafts- und Sozialordnung handle, die notwendigerweise auf die Bundesrepublik beschränkt sei.²⁹ An-

21 Ebenso Junker, S. 362.

22 Knapper Vergleich BPersVG-BetrVG bei Däubler, Arbeitsrecht 2, Rn 1795 ff.

23 Vgl. Simitis, Anm. zu BAG AP Nr. 16 zu Internationales Privatrecht Arbeitsrecht.

24 S. die Argumentation in BAG NZA 1997, 493, wo § 91 BPersVG dem für die Betriebsverfassung geltenden Territorialitätsprinzip gegenübergestellt wird.

25 Ebenso Jaletzke, S. 30; Richardi, Einl., Rn 58, 68.

26 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; zuletzt BAG NZA 1997, 493.

27 S. statt aller LAG Berlin IPRax 1981 Nr. 45.

28 Unten § 3 (S. 33 ff.).

29 BAG AP Nr. 16 zu Internationales Privatrecht Arbeitsrecht Bl. 2.

deren Staaten könnten Entscheidungen über die »allgemeine Lebensordnung« in der Bundesrepublik nicht aufgedrängt werden.

2. *Stellungnahmen in der Literatur und Kritik*

Der Rückgriff auf das Territorialitätsprinzip als solches hat in der Literatur sehr unterschiedliche Reaktionen ausgelöst. Während es auf der einen Seite als »hinreichend klar«³⁰ oder jedenfalls »unschädlich«³¹ bezeichnet wird, sprechen andere von einem »schillernden« Begriff,³² der für die praktische Rechtsanwendung »unbrauchbar« sei.³³ Isoliert verwendet, liefere er nur ein Ergebnis, jedoch keine Begründung.³⁴

Die Verwendung des Topos »Territorialitätsprinzip« hat historische Gründe. In der Weimarer Zeit wurde die Betriebsverfassung als Teil des öffentlichen Rechts angesehen, das von vornherein nur auf dem eigenen Staatsgebiet gelten konnte.³⁵ Diese Grundlage ist in der Gegenwart entfallen, da das Betriebsverfassungsrecht generell dem Privatrecht zugeschlagen wird.³⁶ Dazu kommt, daß die territoriale Begrenzung im öffentlichen Recht zwar häufiger als im Privatrecht auftritt, jedoch keineswegs immer und ausnahmslos existiert.³⁷ Einen naheliegenden Ausnahmefall bietet beispielsweise der eben dargestellte § 91 BPersVG.

Das Argument, die Betriebsverfassung sei Teil der »allgemeinen Lebensordnung«, die auf Deutschland beschränkt sei, hat demgegenüber sehr viel mehr Zustimmung erfahren.³⁸ Mit Recht wurde dem jedoch entgegengehalten, daß auch Materien wie das Kündigungsschutzrecht für sich in Anspruch nehmen können, Teil der »Wirtschafts- und Sozialordnung« zu sein; gleichwohl habe man keinerlei Bedenken dagegen, sie als Teil des Arbeitsstatuts auch auf Arbeitsverhältnisse anzuwenden, die im Ausland vollzogen werden, aber deutschem Arbeitsrecht (etwa wegen engerer Verbindungen zum Inland nach dem Schlußsatz des Art. 30 Abs. 2 EGBGB) unterliegen.³⁹ Auch der Gesichts-

30 Walz, S. 53; der Rechtsprechung ausdrücklich zustimmend Weber-Ehrich-Hörchens, Teil A Rn 133.

31 Auffarth, FS Hilger und Stumpf, S. 31.

32 Beitzke, Anm. zu BAG AP Nr. 13 zu Internationales Privatrecht Arbeitsrecht.

33 Richardi, Einl. Rn 61. Eingehende Kritik bei Däubler AWD 1972, 5 f.

34 So MünchArbR-von Hoyningen-Huene § 290 Rn 28. Ebenso Lerche, S. 40.

35 Zur Herkunft des Prinzips aus der Weimarer Zeit s. Hickl, Beilage 1/1987 zu NZA, S. 14; Richardi, Einl., Rn 61 und IPRax 1983, 218; Walz, S. 53. Daß es sich nicht aus dem Völkerrecht herleiten läßt, belegt Schluepers-Oehmen, S. 63 f.

36 DKK-Däubler, Einl. Rn 60; Fitting-Kaiser-Heither-Engels § 1 Rn 228, beide mwN; unentschieden lediglich Hess-Schlochauer-Glaubit, Vor § 1 Rn 15. Zur Entwicklung s. Schluepers-Oehmen, S. 137 ff.

37 Junker, S. 368.

38 S. etwa Reithmann-Martiny Rn 1387; Richardi, Einl., Rn 61; Wimmer, S. 191.

39 So Junker, S. 371; Lerche, S. 40; Nikisch, Arbeitsrecht, Bd. 3, S. 57; kritisch auch Münch-ArbR-von Hoyningen-Huene § 290 Rn 28.

punkt, daß das BetrVG in erheblichem Umfang in Arbeitgeberrechte eingreife und organisatorische Konsequenzen habe⁴⁰, führt nicht weiter, da sich dies in gleicher Weise etwa für Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis oder für Normen des Kündigungsschutzrechts sagen läßt.⁴¹

Der herrschenden Rechtsprechung wird schließlich mit Recht ein methodisches Bedenken entgegengehalten. Anders als dies seit 200 Jahren im Kollisionsrecht üblich ist, fragt sie nicht danach, welches Recht auf einen Sachverhalt mit Auslandsberührung anzuwenden ist. In Übereinstimmung mit der sog. Statutentheorie, die rund 600 Jahre lang (bis etwa 1800) dominierte⁴², wird vielmehr allein darauf abgehoben, welchen territorialen Geltungsanspruch eine innerstaatliche Norm besitzt. Diese Vorgehensweise führt zu nationaler Introvertiertheit, da es definitionsgemäß keine Rolle spielen kann, welche Interessen für die Anwendung eines ausländischen Rechts sprechen könnten. Je häufiger Rechtsverhältnisse mit Verbindungen zu mehreren Staaten auftauchen, um so weniger erscheint ein solcher Ansatz angemessen. Unsere Aufgabe liegt also darin, eine Kollisionsnorm zu entwickeln, die auf die Frage Antwort gibt, nach welchem Recht sich die Betriebsverfassung bei Arbeitsverhältnissen mit Auslandsberührung bestimmt.⁴³

III. *Die Lage des Betriebs als Anknüpfungsmoment*

1. *Der Grundsatz*

a) *Engste Verbindungen*

Soweit keine geschriebenen Kollisionsnormen existieren und sich auch keine entsprechende Anwendung von Normen anbietet, die vergleichbare Konstellationen regeln, ist entsprechend Art. 28 Abs. 1 Satz 1 EGBGB danach zu fragen, zu welchem Staat die in Frage stehende »Arbeitseinheit« die »engsten Verbindungen« aufweist. Dafür spricht, daß sich dies im Regelfall mit den Erwartungen und Wünschen der unmittelbar Betroffenen deckt, daß gleichzeitig aber auch Konflikte mit anderen Staaten im Rahmen des Möglichen minimiert werden: Wir enthalten uns jedes »Nationalismus« und wenden ausländisches Recht an, wenn zu ihm eine höhere Affinität besteht. Daß vollständige Har-

40 So etwa BAG AP Nr. 15 zu § 12 SchwbG Bl. 2 R.

41 Junker, S. 372.

42 Dazu Kegel, S. 137.

43 Ebenso im Ansatz Junker, S. 367; E. Lorenz, in: FS W. Lorenz, S. 445 ff. S. weiter Jaletzke, S. 41.

monie gleichwohl nicht erreicht werden kann, hängt damit zusammen, daß die »engeren Verbindungen« ihrerseits ein auslegungsbedürftiger Begriff sind, der von unterschiedlichen nationalen Gerichten durchaus nicht einheitlich gehandhabt werden muß.

Zu welcher Rechtsordnung hat eine »Arbeitseinheit« oder ein »Betrieb« die engsten Verbindungen? Da Arbeit an einem bestimmten Ort und zu einer bestimmten Zeit geleistet wird, ist die dabei bestehende »Umwelt« die für die Beteiligten wichtigste Größe. An welchen Teil des Tages Arbeit möglich ist, nach welchen Sicherheitsvorkehrungen sie stattfinden muß, wie die Arbeits- teilung und die Organisation beschaffen sein kann – das alles muß sich ver- nünftigerweise nach dem Recht des Arbeitsorts richten. Die Staatsangehörig- keit der Arbeitsvertragsparteien spielt demgegenüber eine völlig nachrangige Rolle.⁴⁴ Derselbe Grundgedanke ist auch in Art. 30 Abs. 2 Nr. 1 EGBGB zum Ausdruck gekommen.

Zur Anwendung berufen ist also das Recht des Staates, in dem der Betrieb liegt.⁴⁵ Insoweit besteht Übereinstimmung mit den Ergebnissen der Rechts- sprechung⁴⁶, doch bleibt anders als nach ihr die Möglichkeit, bei atypischen Konstellationen mit anderer »Interessenlage« zu einem abweichenden Resul- tat zu kommen.⁴⁷ So wäre es z.B. denkbar, bei einem nur von Chinesen be- suchten China-Restaurant die »deutsche Umwelt« in ihrer Bedeutung zurück- treten zu lassen.

Die Anknüpfung an den Lageort des Betriebs läßt sich in Parallele zu Kollisi- onsnormen setzen, die sich für zwei verwandte (wenn auch nicht identische) Konstellationen entwickelt haben.

b) *Parallelfälle*

Zum einen kann man darauf verweisen, daß bei Grundstücken das Recht der Belegenheit der Sache, die sog. *lex rei sitae* eingreift.⁴⁸ Auch hier ist die Ver- bindung zur »Umwelt« sehr viel wichtiger als z.B. die Staatsangehörigkeit des Eigentümers oder des Hypothekengläubigers. Verschiedene Autoren⁴⁹ wen- den sogar die *lex rei sitae* unmittelbar auf das Betriebsverfassungsrecht an, übersehen dabei jedoch zwei Dinge. Zum einen hat insbesondere im Dienst-

44 Ebenso im Ergebnis LAG Düsseldorf IPRax 1982, Nr. 39.

45 Ebenso Jaletzke, S. 83 f.; Junker, S. 374 ff.; Lerche, S. 41; Reiff SAE 1990, 252; Schlüpers- Oehmen, S. 86.

46 Oben Fn 26. Vgl. auch E. Lorenz, in: FS W. Lorenz, S. 452 ff., der die von der Rechtspre- chung praktizierten Grundsätze in eine einseitige Kollisionsnorm umformuliert, ohne daß sich dadurch eine sachliche Änderung ergeben würde. Staudacher (S. 135) verweist auf die ähnliche Rechtslage in anderen EG-Staaten.

47 Näheres unten 2 (S. 27 ff.).

48 Kegel, S. 568 ff. mwN.

49 Auffarth, FS Hilger und Stumpf, S. 32; Boemke NZA 1992, 112; von Hoyningen-Huene, Betriebsverfassungsrecht, § 3 I.

leistungssektor nicht jeder Betrieb ein »sachliches Substrat«; wer als Inhaber eines Reisebüros Pauschalreisen oder wer als Finanzberater Steuersparmodelle vermittelt, benötigt hierfür kaum eigene »Produktionsmittel«; entscheidend ist vielmehr die Person und ihre sozialen Kontakte. Zum zweiten ist die *lex rei sitae* von einer erheblichen Starrheit, die jede Form von vertraglichen Lösungen ausschließt.⁵⁰ Dies erscheint bei Sachen hinnehmbar (wenngleich es bei Veräußerung beweglicher Gegenstände in andere Länder zu einem Wechsel der anwendbaren Rechtsordnung führt und man außerdem noch an den Fall denken muß, daß Sachen sich etwa auf einem Transport nur vorübergehend in ein anderes Rechtsgebiet begeben⁵¹). Bei einer aus Menschen bestehenden Organisation muß man demgegenüber dem Willen der Beteiligten Rechnung tragen, es sei denn, es gäbe überragende Verkehrsinteressen an der Anwendung des Rechts des *Lageorts*. Insoweit ist die Situation eine grundsätzlich andere.⁵²

Eine weitere Auffassung zieht eine Parallele zwischen der Anknüpfung der Betriebsverfassung und dem auf Handelsgesellschaften anwendbaren Recht.⁵³ Bei diesem kommt es darauf an, in welchem Land die Gesellschaft ihren »Sitz« hat.⁵⁴ Gemeint ist damit der Ort, wo die Verwaltung realiter geführt wird. In der Tat liegt es nahe, auf die Rechtsnormen in der »Umgebung« der Entscheidungsträger abzustellen. Ein Unterschied besteht jedoch insoweit, als die Gründung und Auflösung einer Gesellschaft vom Willen der Gesellschafter abhängt, so daß es keines besonderen Instrumentariums bedarf, um ggfs. atypische Konstellationen aufzufangen: Die Beteiligten haben jederzeit die Möglichkeit, den Anknüpfungspunkt »Sitz« ohne viel Aufhebens zu ändern, indem dieser in einen anderen Staat verlagert wird oder – unproblematischer – die Geschäfte einer dort neugegründeten Tochtergesellschaft übertragen werden.

2. *Ausnahmen*

In Einzelfällen kann bei der Belegschaft wie beim Arbeitgeber das Bedürfnis bestehen, den Betrieb einer anderen als der am Ort geltenden Rechtsordnung zu unterwerfen. Dem könnte man dadurch Rechnung tragen, daß man generell eine tarifliche Rechtswahl zuläßt, also die *lex loci laboris* nur dann eingreifen

50 So ausdrücklich MünchArbR-von Hoyningen-Huene § 290 Rn 48.

51 Sog. *res in transitu*. S. im einzelnen Kegel, S. 574 ff.

52 Für überflüssig hält die Parallele deshalb Junker, S. 375.

53 B. Gaul BB 1990, 698; vgl. auch MünchArbR-von Hoyningen-Huene § 290 Rn 26.

54 So die in Kontinentaleuropa und auch in der Bundesrepublik herrschende Sitztheorie, während es die insbesondere in den USA dominierende Gründungstheorie den Gesellschaftern überläßt, in der Satzung das anwendbare Recht zu bestimmen. Näher dazu Großfeld, S. 38 ff.

läßt, wenn keine abweichenden tarifliche Regelung getroffen wurde.⁵⁵ Dies könnte jedoch mit den Ansprüchen des jeweiligen Sitzstaates kollidieren, der sein eigenes Recht nicht zur Disposition der Tarifparteien stellen will. Letztlich kann dies aber dahinstehen, da in der Praxis niemand daran denkt, im Normalfall das am Ort des Betriebes geltende Recht durch ein anderes zu ersetzen. Ein solcher Gedanke kommt vielmehr nur in zwei eher singulären Situationen auf und soll daher nur in bezug auf sie weiterverfolgt werden.

a) *Auslandsbetrieb mit enger Inlandsbindung*

Zum einen ist denkbar, daß ein im Staat A ansässiges Unternehmen im Staat B einen neuen Betrieb errichtet und dort ausschließlich oder vorwiegend eigene Staatsangehörige beschäftigt, die vorher im Land A tätig waren.

Einen entsprechenden Fall hatte schon das Reichsarbeitsgericht zu entscheiden: Im Rahmen von Reparationsleistungen war ein deutsches Unternehmen mit dem Bau einer Talsperre in Südfrankreich betraut worden. Die dorthin entsandten Arbeitnehmer sollten nach ihren Arbeitsverträgen die gleichen Rechte wie bisher genießen, so daß sie einen Betriebsrat wählten, dem allerdings wegen des Territorialitätsprinzips die gesetzlichen Rechte eines Betriebsrats versagt blieben.⁵⁶

Der Bestandsschutzgedanke sowie die Vertrautheit mit dem bisher praktizierten Recht spricht hier dafür, zumindest die Möglichkeit zu eröffnen, das bisherige Recht »mitzunehmen«.

Gegeninteressen des Aufenthaltsstaates sind denkbar, werden aber nicht die Regel sein. Möglich ist, daß er sein System der Interessenvertretung für obligatorisch erklärt, also jede in seinem Herrschaftsbereich befindliche Belegschaft zwingt, von dieser Möglichkeit Gebrauch zu machen. Denkbar ist weiter, daß jede gemeinsame Interessenvertretung als »Ordnungsstörung« angesehen und deshalb illegalisiert wird. Beide Fälle sind nur in extrem autoritären Staaten denkbar, die in dieser Form in der industrialisierten Welt nicht mehr existieren. Soweit es um andere Staaten geht, besteht in aller Regel ein so hohes Interesse an ausländischen Investitionen, daß auf die Einhaltung des eigenen Rechts *de iure* oder *de facto* verzichtet wird. »Freie Produktionszonen«, in denen nicht nur Steuerbefreiung und sonstige Privilegien für ausländische Unternehmen bestehen, mögen als Beispiel dienen.⁵⁷ Wie wenig in der Praxis eine »Störung« der ausländischen Sozialordnung⁵⁸ zu befürchten ist,

55 Dafür grundsätzlich Däubler AWD 1972, 8 ff. Ähnlich Agel-Pahlke, S. 148 f. und Prager, S. 24 f.

56 RAG ARS 12, 111.

57 Überblick bei Fröbel-Heinrichs-Kreye, Umbruch in der Weltwirtschaft, Reinbek 1986, S. 438 ff.

58 Darauf hebt Walz, S. 152, ab.

wird mittelbar an dem fiktiven Fall deutlich, daß polnische oder ungarische Bautrupps nicht ihre niedrigen Löhne, sondern ihr heimisches Recht der betrieblichen Interessenvertretung mitbringen: Wer in aller Welt würde wohl Anstoß daran nehmen, wenn eine Gruppe von 50 polnischen Staatsangehörigen drei Vertreter wählen würde, die mit dem hier befindlichen Betriebsleiter, aber auch mit der Zentrale in Warschau über die Arbeitsbedingungen verhandeln? Vermutlich würde man entsprechende Vorgänge nicht einmal zur Kenntnis nehmen. Gamillscheg verweist zu Recht auf das Beispiel deutscher Arbeitnehmer in Saudi-Arabien, die von dort aus unbeanstandet an einer deutschen Betriebsratswahl teilgenommen hatten⁵⁹, und dies, obwohl das dort geltende islamische Recht nicht eben den Ruf besonderer Mitbestimmungsfreundlichkeit besitzt.⁶⁰ Auch in der Literatur wächst die Zahl derer, die für solche »Exklaven« die Möglichkeit vorsehen wollen, die bisherige Betriebsverfassung beizubehalten.⁶¹ Das BAG hat im Fall des Senders »Free Europe« immerhin die Möglichkeit offengelassen, daß dann, wenn alle Beschäftigten eines in Deutschland befindlichen Betriebes einem ausländischen Arbeitsstatut unterliegen, das Territorialitätsprinzip eine Ausnahme erleidet und damit eine ausländische Betriebsverfassung Anwendung finden könnte.⁶²

Die Rechtswahl muß nicht notwendigerweise durch Tarifvertrag erfolgen. Junker schlägt als Alternative das Votum von 75 % der im Ausland tätigen Belegschaft vor.⁶³ Von Hoyningen-Huene läßt eine Einigung der ausländischen Betriebspartner genügen⁶⁴, was nur dann sinnvoll erscheint, wenn die Interessenvertretung gewissermaßen im rechtsfreien Raum und mit dem Ziel gewählt wurde, eine solche Vereinbarung über das Eingreifen des deutschen Betriebsverfassungsrechts zu treffen. Interessenvertretungen nach ausländischem Recht dürften häufig durch ihre Rechtsordnung daran gehindert sein, sich durch eine entsprechende Abmachung mit der Arbeitgeberseite selbst abzuschaffen.

Die Vereinbarung einer anderen als der am Ort geltenden Betriebsverfassung beginnt dann in ihrer Zulässigkeit zweifelhaft zu werden, wenn im Betrieb

59 Gamillscheg, Anm. zu BAG AP Nr. 15 zu § 12 SchwBG Bl. 7 R.

60 Überblick über Entwicklung und Grundstrukturen des islamischen Rechts bei Zweigert-Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl., Tübingen 1996, S. 296 ff.

61 So insbesondere Junker, S. 357 ff. sowie weiter Birk, FS Beitzke, S. 859; Gamillscheg, Anm. zu BAG AP Nr. 15 zu § 12 SchwBG Bl. 8; MünchArbR-von Hoyningen-Huene § 290 Rn 49; Simitis, FS Kegel, S. 181 f. In ähnliche Richtung Nikisch, Arbeitsrecht, Bd. III, S. 57; Richardi IPRax 1983, 219; Walz, S. 152. Für unbeirrbares Festhalten am Territorialitätsprinzip Fitting-Kaiser-Heither-Engels § 1 Rn 7; Weber-Ehrich-Hörchens, Teil A Rn 135; Weiss-Weyand, Vorbem. Rn 16.

62 BAG AP Nr. 13 zu Internationales Privatrecht Arbeitsrecht Bl. 2 R: »Ob das deutsche Betriebsverfassungsrecht auch für einen im Inland gelegenen Betrieb eines ausländischen Unternehmens mit geschlossener ausländischer Belegschaft und einheitlichem ausländischem Arbeitsvertragsstatut gilt, braucht nicht entschieden zu werden.«

63 Junker, S. 378.

64 MünchArbR-von Hoyningen-Huene § 290 Rn 40.

auch eine erhebliche Anzahl von Ortskräften tätig ist, die im Regelfall an der Anwendung des Ortsrechts interessiert sein werden. In solchen Fällen wäre zu überlegen, ähnlich wie im Fall des Senders Free Europe⁶⁵ eine gespaltene Betriebsverfassung zu praktizieren, also eine separate Vertretung für die Entsandten und für die Ortskräfte zu schaffen. Daß insoweit differenziert werden darf, hat das BAG unlängst am Beispiel des § 91 BPersVG entschieden.⁶⁶

Einzelheiten der praktischen Durchführung sind an späterer Stelle zu erörtern.⁶⁷

b) *Betriebe ohne feste Verankerung*

Einen zweiten Ausnahmefall bilden Betriebe, bei denen eine lokale Verankerung nicht eindeutig festgestellt werden kann. Der viel beschworene Wanderzirkus mag zwar ein »Winterquartier« oder einen »Stammsitz« haben, wohin er regelmäßig für zwei bis drei Monate im Jahr zurückkehrt, doch ist dies keineswegs notwendigerweise so. Möglich ist auch, daß er wie Musik- oder Tennisstars, deren Gefolge unschwer die Grenze des Kleinbetriebs überschreitet, keinen »Basispunkt« hat, sondern immer nur an wechselnden Orten auftritt. Einen solchen a-nationalen Betrieb stellen im Grunde auch die Schiffe unter sog. billigen Flaggen dar, die keinerlei echte Beziehung zu ihrem Flaggenstaat haben und die zugleich Arbeitnehmer aus einem (Entwicklungs-)Land beschäftigen, die mit dem aus einem industrialisierten Land stammenden wirtschaftlichen Eigentümer außer der Arbeit als solcher nichts gemein haben.⁶⁸ Auch bei projektbezogenen »virtuellen Betrieben« sind unschwer Fälle denkbar, in denen die Zuordnung zu einem bestimmten Staat keine reale Grundlage besitzt.

In solchen Fällen fehlender örtlicher Verankerung kann die allgemeine Regel keine Anwendung mehr finden. Auch hier ist die tarifliche (oder sonstige) Einigung der einzige Ausweg, um überhaupt zu einer anwendbaren Rechtsordnung zu kommen. Inwieweit man stattdessen eigenständige Sachnormen für solche internationalisierten Sachverhalte entwickelt (gewissermaßen eine Betriebsverfassung für den »kosmopolitischen« Betrieb), bleibt abzuwarten.

65 S. Fn 62.

66 BAG NZA 1997, 493.

67 Unten § 5 IV (S. 61 ff.).

68 Bei Kloss (Modern Law Review 46, 1983, 774) wird von einem Tarifvertrag berichtet, der zwischen der ITF und dem norwegischen Reeder zugunsten der spanischen Belegschaft auf einem Schiff unter zypriotischer Flagge abgeschlossen wurde.

IV. Welche Sachgebiete erfaßt das anwendbare Betriebsverfassungsrecht?

Beim »Vertragsstatut« bestimmt Art. 32 EGBGB in allerdings nicht abschließender Form, welche Problemkomplexe erfaßt sind. Eine entsprechende Norm fehlt in dem nicht gesetzlich geregelten Betriebsverfassungsrecht. In Zweifelsfällen muß man daher darauf abstellen, ob eine bestimmte Vorschrift dem Zweck einer gemeinsamen Arbeitnehmerrepräsentation entspricht oder ob es sich um Normen mit anderem sachlichem Schwerpunkt handelt.

Erfaßt sind damit im Grundsatz das ganze BetrVG, aber auch Vorschriften anderer Gesetze, die dem Betriebsrat einzelne Rechte gewähren oder Pflichten auferlegen.⁶⁹ Auf der anderen Seite gehören die §§ 81 bis 83 BetrVG nicht hierher, da sie ausschließlich das Einzelarbeitsverhältnis betreffen.⁷⁰

Eine »Nahtstelle« zum Kündigungsschutzrecht (und damit zum Arbeitsstatut) stellt der Weiterbeschäftigungsanspruch nach § 102 Abs. 5 BetrVG dar. Nach dem Wortlaut der Vorschrift greift er nur dann ein, wenn der Betriebsrat Widerspruch gegen die Kündigung erhoben und der betroffene Arbeitnehmer Kündigungsschutzklage eingereicht hat. Unterliegt der einzelne einem ausländischen Arbeitsvertragsrecht, das keinen Schutz gegen unberechtigte Kündigungen und insbesondere keine Weiterbeschäftigung kennt, geht die Bestimmung ersichtlich ins Leere.⁷¹ Sieht allerdings eine ausländische Rechtsordnung einen vergleichbaren Kündigungsschutz einschließlich der Möglichkeit vor, nach gewonnenem Prozeß in den Betrieb zurückzukehren, bestehen gegen die Anwendung des § 102 Abs. 5 BetrVG keine Bedenken. Dieser muß in Fällen eines ausländischen Arbeitsvertragsstatuts an diese spezifische Situation angepaßt werden.⁷² Eine solche Lösung liegt ersichtlich näher am Gesetzeszweck als der schlichte Wegfall wegen Fehlens eines »deutschen Unterbaus«.

69 Beispiel: § 9 ASiG. Zusammenfassende Darstellung bei Pulte NZA 1996, 913 ff.

70 Junker, S. 375 mwN (Fn 122); Schlüpers-Oehmen, S. 117.

71 So ganz generell Auffarth, FS Hilger und Stumpf, S. 39 und Krebber, S. 308 f.

72 Diese Möglichkeit ist nicht bedacht bei Krebber, S. 309. Zu dem sehr viel weitergehenden Versuch, bei »Nicht-Zusammenpassen« von Normen verschiedener Rechtsordnungen eine sog. Angleichung vorzunehmen, s. Kegel, S. 259 ff.

