

§ 3: Auslandsarbeit unter dem BetrVG – Die Lehre von der sog. Ausstrahlung

I. Ausgangspunkt und Anwendungsfälle

Im vorigen Kapitel wurde herausgearbeitet, daß – von atypischen Konstellationen abgesehen – das deutsche Betriebsverfassungsrecht auf alle Betriebe anwendbar ist, die in der Bundesrepublik gelegen sind. Was dies konkret bedeutet, welche Lebenssachverhalte davon erfaßt werden, soll im folgenden näher untersucht werden.

1. »Vollbetrieb« oder »fragmentarischer Betrieb« im Inland?

Nach der Rechtsprechung des BAG ist ein Betrieb eine »organisatorische Einheit, innerhalb derer der Unternehmer allein oder zusammen mit seinen Mitarbeitern mit Hilfe sächlicher und immaterieller Mittel bestimmte arbeitstechnische Zwecke fortgesetzt verfolgt«¹. Geht man aus pragmatischen Gründen davon aus, so ergeben sich verschiedene Elemente:²

- Der Betrieb muß einen »Inhaber«, vom BAG »Unternehmer« genannt, haben.
- Es muß sich zweitens um eine »organisatorische Einheit« handeln, die von dem Inhaber gesteuert wird. Hierfür bedarf es eines »Leitungsapparats«³.
- Die Organisation ist drittens durch bestimmte arbeitstechnische Zwecke definiert.⁴ Sie besteht aus »sächlichen und immateriellen Mitteln« wie z.B. Maschinen oder langjährige Kundenbeziehungen und in der Regel aus Arbeitnehmern, die zur Erreichung des »Betriebsziels« eingesetzt werden.

Rechtsprechung und Literatur gehen bislang unausgesprochen davon aus, daß alle diese »Betriebs Elemente« im Inland verwirklicht sind. So wird etwa die

1 Ständige Rechtsprechung; s. etwa BAG NZA 1992, 894 und BAG AP Nr. 9 zu § 1 BetrVG 1972.

2 Näher dazu DKK-Trümner § 1 Rn 50 ff.

3 So etwa BAG AP Nr. 9 zu § 1 BetrVG 1972.

4 Es können gleichzeitig mehrere arbeitstechnische Zwecke verfolgt werden – so BAG AP Nr. 9 zu § 23 KSchG 1969.

Einbeziehung von Personen, die ausschließlich für Auslandseinsätze eingestellt wurden, mit dem Argument abgelehnt, es fehle ihnen eine ausreichende Bindung an den inländischen Betrieb, sie hätten gewissermaßen »nie dazugehört«.⁵

In der Praxis dürfte der »reine Inlandsbetrieb« bislang die Regel sein, so daß gegen eine solche stillschweigende Annahme an sich nichts zu erinnern ist. Durch den expandierenden Einsatz von Informationstechnologien kann sich diese Situation allerdings ändern. So wäre es denkbar, daß der Vertrieb eines nur im Ausland abgesetzten Produkts so organisiert ist, daß lediglich die Einsatzplanung und die Personalentscheidungen bei einer in Inland ansässigen Person konzentriert sind, während sich sämtliche Außendienstmitarbeiter und auch der benutzte Rechner im Ausland befinden. Fällt auch ein solcher »fragmentarischer« Inlandsbetrieb unter das BetrVG?

Eine Antwort läßt sich nur dadurch gewinnen, daß man auf Sinn und Zweck der Kollisionsnorm abstellt. Diese will die Rechtsordnung zur Anwendung bringen, zu der im Hinblick auf die Aufgabenstellung der Betriebsverfassung die engsten Verbindungen bestehen. Da es primär um die Einschränkung von Arbeitgeberbefugnissen durch Beteiligungsrechte der Belegschaftsvertretung geht, bestehen zum Ort des Entscheidungszentrums die unmittelbarsten Beziehungen. Eine ähnliche Überlegung liegt der Richtlinie über Europäische Betriebsräte und den nationalen Ausführungsgesetzen zugrunde: Auch sie fragen nicht danach, wieviele Ressourcen (räumlich betrachtet) bei der zentralen Leitung konzentriert sind, sondern stellen ausschließlich darauf ab, wo das europaweite Entscheidungszentrum angesiedelt ist.⁶ Schließlich ist zu beachten, daß nach der Definition des BAG zu einem Betrieb nicht notwendigerweise immer Arbeitnehmer gehören; auch insoweit kann es keine Rolle spielen, wenn diese ausschließlich außerhalb der deutschen Grenzen tätig sind.

Problematischer ist demgegenüber die umgekehrte Konstellation, daß sich der Leitungsapparat im Ausland befindet, Beschäftigte aber im Inland in einer von dort gesteuerten Organisation tätig sind. Darauf ist des Sachzusammenhangs wegen an späterer Stelle, d.h. dann einzugehen, wenn es um die in Deutschland erbrachte Arbeit für ausländische Unternehmen geht.⁷

5 BAG AP Nr. 17 zu Internationales Privatrecht Arbeitsrecht; BAG AP Nr. 15 zu § 12 SchwbG; ebenso z.B. Birk RdA 1984, 137; Fitting-Kaiser-Heither-Engels § 1 Rn 20.

6 Das dort geltende Recht ist dann mangels Rechtswahl auch für die Vereinbarung maßgebend, die zwischen zentraler Leitung und besonderem Verhandlungsgremium getroffen wurde. Dazu Däubler, FS Schaub, S. 95 ff.

7 Dazu unten § 6 II (S. 64 ff.).

2. Anwendungsfälle

Unter dem Stichwort der »Ausstrahlung« werden in Rechtsprechung und Literatur eine Reihe typischer Konstellationen erörtert, die hier kurz vorgestellt seien.

Zum einen kann die Verbindung zum Inland durch das einzelne Beschäftigungsverhältnis hergestellt werden. Hierbei werden drei Gruppen von Arbeitnehmern unterschieden. Am wichtigsten sind die aus dem inländischen Betrieb ins Ausland Entsandten. Ihre »Mission« kann vorübergehenden oder dauernden Charakter haben, sie können alleine arbeiten oder in einen ausländischen Betrieb integriert sein. Daneben stehen die sog. Auslandsarbeitnehmer, die ausschließlich für einzelne Auslandseinsätze eingestellt werden. Dritte Gruppe sind die sog. Ortskräfte, die im Ausland rekrutiert werden und dort in der Regel in einen Arbeitszusammenhang integriert sind.

Zum zweiten ist denkbar, daß sich ganze Betriebsteile im Ausland befinden. Können sie – mit oder ohne Rückgriff auf § 4 BetrVG – dem Inlandsbetrieb zugeordnet werden? Auch hier läßt sich danach unterscheiden, ob die Teilorganisation aus dem Inland dorthin verlegt oder dort neu aufgebaut wurde. Auch läßt sich möglicherweise danach differenzieren, ob eine vorübergehende oder eine dauernde Auslandsaktivität vorliegt.

Zunächst wird allerdings die Frage zu klären sein, welcher konkrete Inhalt dem Begriff »Ausstrahlung« zukommt und ob er ggfs. durch den der »Betriebszugehörigkeit« zu ersetzen ist.

II. Betriebszugehörigkeit statt »Ausstrahlung«

1. »Ausstrahlung« als selbständige Rechtsfigur?

Nach der Rechtsprechung des BAG findet das BetrVG auch auf solche Arbeitnehmer Anwendung, deren Tätigkeit sich als »Ausstrahlung« des Inlandsbetriebs darstellt.⁸ Dazu gehören insbesondere die nur vorübergehend ins Ausland Entsandten, doch sind auch auf Dauer im Ausland Tätige dann einzubeziehen, wenn die Gesamtumstände ergeben, daß eine enge Bindung zum Inlandsbetrieb fort dauert.⁹ Demgegenüber liegt keine Ausstrahlung vor, wenn

8 S. etwa BAG AP Nr. 15 zu § 12 SchwbG; BAG AP Nr. 17 und 27 zu Internationales Privatrecht Arbeitsrecht Bl. 2 R.

9 BAG AP Nr. 27 zu Internationales Privatrecht Arbeitsrecht – Reiseleiterin in Tunesien.

die Einstellung nur zum Zwecke der Beschäftigung im Ausland erfolgte¹⁰ oder wenn es sich um Ortskräfte handelte.¹¹

Daß der Begriff »Ausstrahlung« in diesem Zusammenhang verwendet wird, ist nachhaltig kritisiert worden. Was damit gemeint sei, sei »schwer zu bestimmen«¹²; der Begriff sei »konturenlos«¹³ und »schillernd«¹⁴, ihm könne kein Maßstab für die Rechtsanwendung entnommen werden.¹⁵ Er sei ebenso nichtssagend und irreführend wie das Territorialitätsprinzip.¹⁶

Diesem »Leerformel«-Vorwurf läßt sich nicht mit einem Hinweis auf § 4 Abs. 1 SGB IV begegnen. Dort wird zwar für den Bereich der Sozialversicherung gleichfalls von »Ausstrahlung« in dem Sinne gesprochen, daß die Rechtsbeziehung zum Sozialversicherungsträger erhalten bleibt, wenn die Entsendung »infolge der Eigenart der Beschäftigung oder vertraglich im voraus zeitlich begrenzt ist.« Damit ist aber ein Sachverhalt geregelt, der sich in zweierlei Hinsicht wesentlich vom hier zu erörternden unterscheidet. Zum einen geht es bei § 4 SGB IV nur um eine reine Rechtsbeziehung, während die Betriebszugehörigkeit und das daraus abgeleitete Vertretungsmandat des Betriebsrats (auch) eine faktische Eingliederung in den Betrieb voraussetzt.¹⁷ Was für ein Rechtsverhältnis gilt, muß nicht notwendigerweise auch auf eine faktische Beziehung Anwendung finden können.¹⁸ Zum zweiten geht es funktional bei der Sozialversicherung um etwas völlig anderes als in der Betriebsverfassung: Während bei jener gleichartige Risiken aufgefangen werden sollen, steht hier die Repräsentation potentiell gleichgelagerter Interessen in Frage.¹⁹ Dies kann – wie nicht zuletzt die neueste Rechtsprechung des BAG zeigt²⁰ – durchaus dazu führen, daß auf Dauer ins Ausland Entsandte weiterhin durch die Betriebsverfassung geschützt werden, was den Rahmen der »Ausstrahlung« nach § 4 SGB IV weit überschreitet.

Dem Konzept der Ausstrahlung wird weiter entgegengehalten, sie durchbreche das Territorialitätsprinzip²¹ und sei deshalb als Ausnahme eng auszulegen.²² Zu ihrer Verteidigung wird vorgebracht, daß es in Wirklichkeit nur

10 So besonders nachhaltig BAG AP Nr. 17 zu Internationales Privatrecht Arbeitsrecht – GTZ-Projekt in Kolumbien.

11 LAG Düsseldorf IPRspr 1982, Nr. 39.

12 Hess-Schlochauer-Glaubitz, Vor § 1 Rn 4.

13 GK-Kreutz § 7 Rn 32.

14 Franzen Rn 192.

15 Richardi, Einl., Rn 69 und IPRax 1983, 218.

16 Birk, FS Molitor, S. 29.

17 So im hier interessierenden Zusammenhang Birk, FS Molitor, S. 24, 32; Boemke NZA 1992, 113; Reiff SAE 1990, 252; allgemein: DKK-Trümner § 5 Rn 12 ff.

18 Hickl Beilage 1/1987 zu NZA, S. 14; kritisch weiter Corts AuR 1981, 256; Steinmeyer DB 1980, 1542.

19 Joost, S. 308.

20 BAG AP Nr. 27 zu Internationales Privatrecht Arbeitsrecht – Reiseleiterin in Tunesien.

21 LAG Düsseldorf IPRspr 1982 Nr. 39 = DB 1982, 962.

22 LAG Berlin DB 1979, 2234.

darum gehe, den persönlichen Geltungsbereich des BetrVG abzustecken.²³ Außerdem würde es dem Schutzgedanken des Gesetzes zuwiderlaufen, wären einzelne Beschäftigte selbst bei kurzfristigem Auslandsaufenthalt dem Schutz der Betriebsverfassung entzogen.²⁴

2. Betriebszugehörigkeit als entscheidendes Kriterium

Vom hier vertretenen Ansatz aus stellen sich diese Fragen nicht. Es kann nicht darum gehen, Abweichungen von einem (eng interpretierten) Territorialitätsprinzip zu begründen. Vielmehr geht es allein um die Frage, wer zum »Betrieb« zählt, der als »Grundeinheit« für die vom Gesetz ermöglichte Repräsentations- und Vertretungsstruktur fungiert. Ein Betriebsrat wird in »Betrieben« gewählt, er kann die Anliegen der dort tätigen Arbeitnehmer aufgreifen und durch Ausübung seiner Beteiligungsrechte ihre Arbeitsbedingungen gestalten. Insoweit gilt bei grenzüberschreitenden Sachverhalten nichts anderes als bei rein innerstaatlichen. Einer Ausdehnung durch »Anlagerung« zusätzlicher Einheiten bedarf es nicht.

Auch die Rechtsprechung des BAG²⁵ und die ganz überwiegende Auffassung in der Literatur²⁶ vertreten heute den Standpunkt, daß der Begriff »Ausstrahlung« nur die Funktion eines Etiketts ohne eigenständigen Inhalt hat: In Wirklichkeit ist der Betriebsbegriff »sedes materiae«²⁷, geht es um die »personellen Außengrenzen«²⁸ des Betriebs. Im folgenden ist daher allein zu fragen, inwieweit im Ausland tätige Arbeitnehmer einem inländischen Betrieb zugechnet werden können.

23 Vgl. BAG AP Nr. 41 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung; Boemke NZA 1992, 113; Löwisch, Vorbem. vor § 1 Rn 7.

24 So BAG AP Nr. 17 zu Internationales Privatrecht Arbeitsrecht Bl. 2 R; BAG AP Nr. 15 zu § 12 SchwBG; LAG Berlin IPRspr 1981 Nr. 45; LAG Düsseldorf IPRspr 1982 Nr. 39; Corts AuR 1981, 255; Reithmann-Martiny Rn 1387; Reiff SAE 1990, 251.

25 BAG AP Nr. 3 zu § 42 BetrVG 1972; BAG AP Nr. 17 und 27 zu Internationales Privatrecht Arbeitsrecht; BAG AP Nr. 3 zu § 117 BetrVG 1972.

26 Auffarth, FS Hilger und Stumpf, S. 35; Birk, FS Molitor, S. 21; Boemke NZA 1992, 113; B. Gaul BB 1990, 699; Junker, S. 383; MünchArbR-von Hoyningen-Huene § 290 Rn 35; Richardi, Einl., Rn 70; Zöllner-Loritz § 9 III 4.

27 Hickl, Beilage I/1987 zu NZA, S. 14.

28 GK-Kreutz § 7 Rn 32. Ähnlich Lerche S. 43.

III. Die Beschäftigung einzelner Mitarbeiter im Ausland

1. Entsendung

Von »Entsendung« ist herkömmlicherweise dann die Rede, wenn ein zunächst im inländischen Teil des Betriebs Beschäftigter ins Ausland »abgeordnet« wird. Die bloße Vorbereitung der Auslandstätigkeit im Inland macht die betreffende Person nicht zu einer entsandten Arbeitskraft. Im einzelnen ist zu unterscheiden:

a) *Vorübergehende Tätigkeit ohne Integration in einen Auslandsbetrieb*

Auf gesichertem Boden bewegt man sich, solange es um eine »vorübergehende« Entsendung geht, die nicht mit einer Eingliederung in einen im Ausland befindlichen Betrieb verbunden ist: Rechtsprechung²⁹ und Literatur³⁰ vertreten hier gleichermaßen den Standpunkt, daß sich nichts an der bisherigen Betriebszugehörigkeit ändert. Gedacht ist dabei beispielsweise an Montagearbeiter und Lkw-Fahrer. Hier liegt der klassische Anwendungsbereich der »Ausstrahlungslehre«, hier ist das Argument besonders einleuchtend, daß eine im Interesse des Arbeitgebers erfolgende Auslandstätigkeit nicht zum Wegfall des Schutzes durch die Betriebsverfassung führen darf.³¹ Auch ist mit Recht darauf verwiesen worden, daß eine unterschiedliche Behandlung der entsandten und der »zu Hause gebliebenen« Arbeitnehmer gegen den Gleichheitssatz verstoßen würde.³²

Wie lange ein »vorübergehender« Aufenthalt im Ausland dauern darf, ist nicht abschließend geklärt. Das Reichsarbeitsgericht war hier relativ großzügig und nahm einen »Ausstrahlungsfall« auch dann noch an, als ein Tiefbautechniker für maximal fünf Jahre nach Buenos Aires entsandt wurde.³³ Eine exakte Obergrenze existiert nicht.³⁴ Für sie würde auch keine Rechtsgrundlage existieren, da § 4 SGB IV nicht herangezogen werden kann.³⁵ Am Beispiel der Montagearbeiter und der Lkw-Fahrer wird dies unmittelbar einsichtig. An der Betriebszugehörigkeit ändert sich nichts.

29 BAG AP Nr. 16 zu Internationales Privatrecht Arbeitsrecht Bl. 2 R, ständige Rechtsprechung; LAG Hamm DB 1980, 1031; LAG Berlin IPRspr 1981, Nr. 45.

30 Fitting-Kaiser-Heither-Engels § 1 Rn 17; von Hoyningen-Huene § 3 I; Weiss-Weyand, Vorbem. Rn 18 u.a.

31 S. oben Fn 24.

32 Vgl. Fitting-Kaiser-Heither-Engels § 1 Rn 21.

33 RAG ARS 8, 294, 301. Damals gab es noch keine Transatlantikflüge, die Schiffsreise dauerte mehrere Wochen.

34 Boemke NZA 1992, 114; Corts AuR 1981, 256; B. Gaul BB 1990, 700.

35 Dazu oben II 1 (S. 35 ff.); für eine Jahresfrist LAG Berlin BB 1977, 1302; Birk, FS Schnorr von Carolsfeld, S. 79.

b) *Vorübergehende Tätigkeit und Eingliederung in einen ausländischen Betrieb*

In der Praxis kommt es vermutlich nicht selten vor, daß ein vorübergehend ins Ausland entsandter Arbeitnehmer in einen dort bestehenden Betrieb integriert wird. Beispiel ist etwa die Vertretung eines auf Dauer zu einer Tochtergesellschaft Entsandten, der für einige Zeit ausfällt, sowie der zeitlich begrenzte Auftrag, eine Umstrukturierungsmaßnahme vorzunehmen oder in einem befreundeten Betrieb den dortigen Spezialisten das gewünschte Know-how zu vermitteln.

Auch hier besteht im wesentlichen Einigkeit: Das BetrVG bleibt anwendbar, der einzelne soll nicht dadurch schlechter stehen, daß er im Interesse des Arbeitgebers eine solche Aufgabe übernimmt.³⁶ Unschädlich ist, daß auf diese Weise eine mehrfache Betriebszugehörigkeit entsteht, wird diese doch auch bei rein innerstaatlichen Fällen grundsätzlich akzeptiert.³⁷ Ohne Bedeutung ist auch, wenn das Arbeitsverhältnis während des Auslandseinsatzes zum Ruhen gebracht wird und dafür ein Arbeitsvertrag mit der ausländischen Niederlassung abgeschlossen wird.³⁸

Im Einzelfall können sich Kollisionen zwischen deutschen Betriebsvereinbarungen und dem »betrieblichen Recht« im Aufnahmebetrieb entstehen; darauf ist an späterer Stelle einzugehen.³⁹

c) *Auf Dauer berechnete Tätigkeit ohne Integration in einen Betrieb*

Nach traditioneller Auffassung waren die Grenzen der »Ausstrahlung« überschritten, wenn die Auslandstätigkeit auf Dauer berechnet war.⁴⁰ Das BAG hat dies jedoch in seiner Entscheidung vom 7.12.1989⁴¹ anders gesehen und den Standpunkt vertreten, die Dauer der Auslandstätigkeit habe lediglich Indizcharakter. Genau wie die Integration in einen ausländischen Betrieb spreche sie für eine Loslösung von der inländischen Organisation, während etwa die Planung und Zuteilung der Arbeit vom Inland aus für eine fortdauernde Bindung spreche. Auch das Recht zum Rückruf oder eine Rückkehrgarantie

36 BAG AP Nr. 16 zu Internationales Privatrecht Arbeitsrecht Bl. 2 Rn; BAG AP Nr. 3 zu § 117 BetrVG 1972; ArbG Herne DB 1980, 791; Auffarth, FS Hilger und Stumpf, S. 35; Boemke NZA 1992, 114; GK-Kraft § 1 Rn 25; Junker, S. 385; MünchArbR-von Hoyningen-Huene § 290 Rn 36; Weber-Ehrich-Hörschens Teil A Rn 108; a.A. GK-Kreutz § 7 Rn 35.

37 Birk, FS Molitor, S. 36; B. Gaul BB 1990, 700; GK-Kreutz § 7 Rn 22 a.E.; Junker, S. 385.

38 B. Gaul BB 1990, 699. Anders für den Fall der Vertragsauflösung Birk, FS Molitor, S. 37. Zur Vertragspraxis bei Entsendung s. die Ergebnisse der empirischen Untersuchung von Kronke, Rechtsstatsachen, S. 54 ff.

39 Dazu unten § 4 V 2 (S. 54 f.).

40 S. etwa Simitis, Anm. zu BAG AP Nr. 16 zu Internationales Privatrecht Arbeitsrecht Bl. 5.

41 AP Nr. 27 zu Internationales Privatrecht Arbeitsrecht.

deute in diese Richtung. Die Literatur hat dieser neuen »Generalklausel«⁴² im wesentlichen zugestimmt⁴³ und hinzugefügt, ein weiteres Indiz sei das Eingreifen des deutschen Arbeitsvertragsstatuts.⁴⁴

Das BAG hat damit einen wichtigen Schritt zur Umsetzung des eigenen Ausgangspunktes getan: Wenn es letztlich allein auf die Betriebszugehörigkeit ankommt, kann man den Kreis der erfaßten Arbeitnehmer nicht auf die vorübergehend Entsandten beschränken. Wird bei einem rein innerstaatlich tätigen Unternehmen ein Arbeitnehmer auf Dauer in den Außendienst versetzt, würde niemand daran zweifeln, daß er weiterhin einem Betrieb des Arbeitgebers angehört. In kleineren Unternehmen kann dies der bisherige Betrieb sein, in anderen kommt eine selbständige Einheit »Vertrieb« in Betracht. Bei Auslandsachverhalten kann insoweit nichts anderes gelten; der betriebsverfassungsrechtliche Status eines angestellten Vertreters einer Hamburger Firma ist derselbe, ob er nun seiner Tätigkeit von Kehl oder von Straßburg aus nachgeht. Angesichts der Möglichkeiten moderner Telekommunikation ist er selbst in entfernten Ländern unschwer telefonisch und per e-mail erreichbar. Konsequenz wäre es deshalb, bei fehlender Integration in einen Auslandsbetrieb der Dauer überhaupt keine Bedeutung beizumessen; solange die Arbeit vom Inland aus gesteuert werden kann, bleibt die Betriebszugehörigkeit erhalten.⁴⁵ Wird ein an sich bestehendes Direktionsrecht nicht ausgeübt, ist dies rechtlich ohne Bedeutung.⁴⁶

d) Auf Dauer berechnete Tätigkeit und Eingliederung in einen ausländischen Betrieb

Die Situation ändert sich, wenn der entsandte Arbeitnehmer in einen ausländischen Betrieb (z.B. die dortige Forschungsabteilung) integriert wird. Hier ist es in der Tat gerechtfertigt, auf die Umstände des Einzelfalls abzuheben und danach zu fragen, ob noch eine für die Fortdauer der Betriebszugehörigkeit erforderliche »Anbindung« an die bisherige Organisation besteht. Insoweit besteht zunächst eine gewisse Vermutung dafür, daß der Inlandsbezug verlorengegangen ist.⁴⁷ Sie kann nur durch gewichtige Gegenindizien ausgeräumt werden. Die größte Bedeutung hat insoweit die etwa im deutschen Betrieb verbliebene Möglichkeit, in die Arbeitsprozesse einzugreifen, dem entsandten Arbeitnehmer Weisungen zu erteilen und ihn ggfs. zurückzurufen. Auch die Tatsache, daß er seine Vergütung weiter teilweise im Inland erhält und deut-

42 E. Lorenz Anm. zu BAG AP Nr. 27 zu Internationales Privatrecht Arbeitsrecht Bl. 7.

43 Boemke NZA 1992, 113; Hess-Schlochauer-Glaubitz Vor § 1 Rn 6; B. Gaul BB 1990, 700; Junker, S. 383; MünchArbR-von Hoyningen-Huene § 290 Rn 40; Richardi, Einl., Rn 72.

44 E. Lorenz, Anm. zu BAG AP Nr. 27 zu Internationales Privatrecht Arbeitsrecht Bl. 7 R.

45 Auf das Direktionsrecht heben auch Fitting-Kaiser-Heither-Engels § 1 Rn 63 ab.

46 So in bezug auf den Arbeitnehmerbegriff BAG DB 1997, 47.

47 Ähnlich Löwisch, Vorbem. zu § 1 Rn 7.

schem Arbeitsrecht untersteht, ist von erheblicher Bedeutung. Wird das Arbeitsverhältnis zum Inhaber des inländischen Betriebs allerdings definitiv und ohne ein Recht zur Rückkehr aufgelöst, spricht dies entscheidend dafür, daß das Band zum bisherigen Betrieb durchschnitten ist.

2. *Die sog. Auslandsarbeitsverhältnisse*

Das BAG hat es in zwei Entscheidungen abgelehnt, das BetrVG auf Arbeitnehmer zu erstrecken, die ausschließlich für Auslandseinsätze eingestellt worden waren.⁴⁸ In einem solchen Fall liege keine Bindung an den inländischen Betrieb vor, da das Arbeitsverhältnis vereinbarungsgemäß erst mit der Ausreise aus Deutschland begonnen habe. Das LG Frankfurt hat dem BAG zugestimmt, im Bereich der Unternehmensmitbestimmung jedoch gegenteilig entschieden.⁴⁹ In der Literatur sind die Meinungen unterschiedlich; ein Teil der Autoren schließt sich dem BAG an⁵⁰, ein anderer akzeptiert die vom BAG errichtete Schranke nicht.⁵¹

Geht man davon aus, daß es allein auf die Zugehörigkeit zur organisatorischen Einheit »Betrieb« ankommt, kann es keine Rolle spielen, ob die betreffende Person bereits früher im Inland tätig war oder nicht. Die gegenteilige Auffassung des BAG läßt stillschweigend den Betrieb an der Landesgrenze enden und bezieht im Ausland tätige Mitarbeiter nur dann ein, wenn diese zunächst »dazugehört« haben und dann auf Veranlassung des Arbeitgebers in fremdes Territorium verpflanzt wurden. Darin liegt eine unausgesprochene Anwendung des Territorialitätsprinzips, das angeblich nicht nur den Geltungs- und Anwendungsbereich des BetrVG, sondern auch die räumliche Ausdehnung von Betrieben beschränken soll. Hierfür besteht keinerlei Rechtsgrundlage; stellt man mit dem BAG – wie dies auch hier befürwortet wird⁵² – allein auf die Betriebszugehörigkeit ab, so kann es nur auf die ausgeübte Funktion innerhalb eines organisatorischen Zusammenhangs, nicht aber auf das Staatsgebiet ankommen. Mit Recht hat Richardi darauf verwiesen, daß es nicht angehe, bei Betrieben, die ausschließlich Projekte im Ausland betreuen, einen großen Teil der Beschäftigten von der Betriebsverfassung auszuschließen.⁵³ Niemand würde bei einem Inlandssachverhalt ernsthaft die Auffassung ver-

48 BAG AP Nr. 15 zu § 12 SchwbG; BAG AP Nr. 17 zu Internationales Privatrecht Arbeitsrecht.

49 LG Frankfurt IPRspr 1983, 235.

50 Auffarth, FS Hilger und Stumpf, S. 36; Birk RdA 1984, 137; Fitting-Kaiser-Heither-Engels § 1 Rn 19, 20; B. Gaul BB 1990, 699. Vgl. auch Corts AuR 1981, 255.

51 Boemke NZA 1992, 115; Jaletzke, S. 140; Junker, S. 383; Reiff SAE 1990, 255; Richardi, Einl., Rn 72 und IPRax 1983, 219; Wimmer, S. 195 Fn 41.

52 S. oben II 1 (S. 35 ff.).

53 Richardi, Einl. Rn 72 und IPRax 1983, 219.

treten, ein Arbeitnehmer, der nie im Innendienst gearbeitet habe und sofort im Außendienst eingesetzt werde, gehöre nicht zum Betrieb. Ein sachlicher Grund, warum man bei Auslandsmitarbeitern anders verfahren sollte, ist nicht ersichtlich. Angesichts der Reiseleiterin-Entscheidung, die eine Gesamtbetrachtung verlangte und dabei nicht auf eine frühere Tätigkeit im Inlandsbetrieb abstellte⁵⁴, erscheint es überdies höchst zweifelhaft, ob das Gericht heute noch bei der früher vertretenen Auffassung bleiben würde.⁵⁵

3. Ortskräfte

Soweit in Rechtsprechung und Literatur Stellungnahmen vorhanden sind, wird die Anwendung der Betriebsverfassung auf Ortskräfte generell abgelehnt.⁵⁶ In der Praxis wird dies in aller Regel zutreffen, da die aus dem ausländischen Arbeitsmarkt rekrutierten Personen so gut wie immer in einen dort existierenden Betrieb integriert sind und keinerlei unmittelbaren Kontakt zum deutschen Betrieb haben. Ihre Arbeit wird »vor Ort« organisiert, Arbeitsbedingungen und Vergütung richten sich nach dem dort Üblichen. Dennoch sind Ausnahmefälle denkbar, die bisher nicht berücksichtigt wurden. Zum einen können Ortskräfte damit betraut werden, auch ohne Integration in einen Betrieb bestimmte Aufgaben zu erfüllen, z.B. potentielle Kunden zu besuchen, zu denen sie sehr viel leichter Kontakte aufbauen können als eine entsandte Arbeitskraft. Zum zweiten ist denkbar, daß zwar eine Eingliederung in einen Betrieb am Arbeitsort vorliegt, gleichzeitig jedoch eine enge Anbindung an den deutschen Betrieb erfolgt: Die Arbeit wird von hier dirigiert, die Bezahlung erfolgt nach deutschen Tarifen, eine Überwechslung in die Zentrale ist nicht ausgeschlossen. Im ersten Fall spricht alles, im zweiten einiges dafür, eine Zugehörigkeit zum deutschen Betrieb anzuerkennen; die »Herkunft« aus dem deutschen oder dem lokalen Arbeitsmarkt kann für die Frage der Zugehörigkeit zu einem bestimmten organisatorischen Zusammenhang nicht von Bedeutung sein. Zum LPersVG NW hat das OVG NRW⁵⁷ überdies die Auffassung vertreten, Ortskräfte des Studios Brüssel des WDR seien in der Personalvertretung einbezogen, weil es sich um Arbeit in einem rechtlich verselbstständigen Teil einer Dienststelle handelte. Dies wird man auf ausländische Betriebsteile i. S. der Betriebsverfassung⁵⁸ übertragen können.

54 BAG AP Nr. 27 zu Internationales Privatrecht Arbeitsrecht.

55 In dem vom BAG entschiedenen Fall war die Reiseleiterin mangels freier Stelle zunächst fünf Monate lang im Innendienst als Telefonistin beschäftigt worden, ehe sie dann in ihrem eigentlichen Metier eingesetzt wurde. Die »Vordienstzeit« wurde vom BAG nicht als Indiz für das Vorliegen einer Betriebszugehörigkeit herangezogen.

56 LAG Düsseldorf IPRspr 1982, Nr. 39; GK-Kreutz § 7 Rn 35; Richardi, Einl., Rn 74 und IPRax 1983, 221.

57 PersR 1991, 64.

58 Unten IV 2 (S. 44 ff.).

4. Zuordnung zu welchem Betrieb?

Besitzt das Arbeitgeberunternehmen mehrere Betriebe im Inland, kann zweifelhaft sein, wem ein im Ausland tätiger Arbeitnehmer betriebsverfassungsrechtlich zuzuordnen ist. Entsprechende Schwierigkeiten können auch bei Vertriebssystemen ohne Auslandsbezug auftreten.⁵⁹

Läßt sich die Feststellung treffen, daß der Auslandsmitarbeiter schwerpunktmäßig für einen Betrieb tätig ist, sollte er diesem zugerechnet werden.⁶⁰ Ihn jedem Betrieb zuzuordnen, dessen arbeitstechnischen Zweck er mit einem kleineren Teil seiner Arbeitszeit fördert, würde zu einer Vielzahl von Betriebszugehörigkeiten führen. Darin läge eine sachlich nicht gerechtfertigte Privilegierung: Der einzelne könnte sich nicht nur den Ansprechpartner frei aussuchen, sondern wäre stimmenmäßig mehrfach im Gesamtbetriebsrat repräsentiert. Dies überzeugt wenig. Auch ist an § 6 BetrVG zu erinnern, der eine andere Gruppe von »Außenmitarbeitern«, nämlich die Heimarbeiter, nur dann einem Betrieb zurechnet, wenn sie »in der Hauptsache« für diesen tätig sind.

Läßt sich eine schwerpunktmäßige Zuordnung nicht feststellen, weil beispielsweise der im Ausland tätige Kundendienst die Produkte dreier verschiedener Betriebe gleichermaßen betreut, kommt eine Zuordnung zur Hauptverwaltung in Betracht.⁶¹ Eine Alternative würde nur darin bestehen, entweder doch eine mehrfache Betriebszugehörigkeit innerhalb desselben Unternehmens zu akzeptieren⁶² oder sich mit der Figur eines betriebslosen Arbeitnehmers anzufreunden⁶³, was dem Schutzzanliegen des Gesetzes diametral zuwiderlaufen würde.⁶⁴

IV. Betriebsteile und Nebenbetriebe im Ausland?

1. Gruppe auf vorübergehendem Auslandseinsatz

Entsendung oder Einstellung für einen Auslandseinsatz werden sich nicht notwendigerweise immer nur auf einzelne Personen beziehen. Möglich (und keineswegs selten) ist auch, daß eine organisatorisch verbundene Gruppe von

59 Dazu etwa Bösche-Grimberg, FS Gnade, S. 380 ff.

60 Vgl. DKK-Trümner § 5 Rn 49; Birk, FS Molitor, S. 35.

61 Vgl. Birk, FS Molitor, S. 35.

62 Dafür DKK-Trümner § 5 Rn 49; Wedde, S. 203; wohl auch GK-Kreutz § 7 Rn 32.

63 Dafür aber Säcker-Joost, S. 71.

64 Richardi, Einl., Rn 73 u.a.

Beschäftigten eine Auslandstätigkeit übertragen erhält. Zu denken ist etwa an Baukolonnen, aber auch an ein Kundendienstteam, dessen Mitglieder sich infolge des unterschiedlichen Qualifikationsprofils wechselseitig ergänzen. Unproblematisch ist der Fall eines zeitlich begrenzten Auftrags: Die oben genannten Grundsätze finden Anwendung, an der Zugehörigkeit zum Inlandsbetrieb ändert sich nichts.⁶⁵ Schwieriger ist eine andere Konstellation.

2. *Organisation im Ausland*

Ist die Tätigkeit auf Dauer gedacht, entsteht automatisch auf dem ausländischen Territorium eine feste organisatorische Struktur. Sie kann je nach den Umständen ein Betriebsteil, ein Nebenbetrieb oder ein selbständiger Hauptbetrieb sein.⁶⁶ Dieselbe Frage stellt sich im übrigen auch dann, wenn eine ausländische Betriebsstätte aufgekauft und mit den vorher dort tätigen Arbeitnehmern weiterbetrieben wird.

a) *Unselbständiger Betriebsteil*

Liegt ein unselbständiger Betriebsteil vor, wäre dieser dem Inlandsbetrieb zuzurechnen, da § 4 Satz 1 BetrVG nur die selbständigen Betriebsteile mit mindestens fünf Beschäftigten für betriebsratsfähig erklärt. Das BAG hat eine solche Zurechnung allerdings in zwei älteren Entscheidungen abgelehnt und sich dabei auf das Territorialitätsprinzip berufen.⁶⁷ Dies vermag schon deshalb nicht zu überzeugen, weil sich das Gericht auf diese Weise zu seiner Aussage in Widerspruch setzt, inhaltlich komme es allein auf den Betriebsbegriff an.⁶⁸ Schneidet man diesem die jenseits der deutschen Grenzen liegenden Teile ab, ergibt sich die erhebliche Ungereimtheit, daß ein, zwei oder drei entsandte Arbeitskräfte als solche sehr wohl auch bei Auslandstätigkeit weiter dem BetrVG unterliegen, während dies selbst für den kleinsten Betriebsteil nicht der Fall sein soll.⁶⁹

65 Richardi, Einl., Rn 69.

66 Zur Möglichkeit einer einvernehmlichen Bestimmung des anwendbaren Rechts s. oben § 2 III 2. (S. 28 ff.).

67 BAG AP Nr. 16 zu Internationales Privatrecht Arbeitsrecht Bl. 2, bestätigt in BAG AP Nr. 3 zu § 117 BetrVG 1972 Bl. 3. Ebenso BAG NZA 1998, 141 im Zusammenhang mit § 23 Abs. 1 S. 2 KSchG.

68 S. die Nachweise oben Fn 25.

69 Anders deshalb auch mit Recht Boemke NZA 1992, 113; Fitting-Kaiser-Heither-Engels § 1 Rn 11; Jaletzke, S. 93; MünchArbR-von Hoyningen-Huene § 290 Rn 34; Schlüpers-Oehmen, S. 93; der Tendenz nach auch Reiff SAE 1990, 253; widersprüchlich GK-Kraft § 1 Rn 21, 25. Wie hier für die Personalvertretung OVG NRW PersR 1991, 64.

b) *Selbständiger Betriebsteil*

Bei selbständigen Betriebsteilen und bei Nebenbetrieben mit mindestens fünf Beschäftigten könnte man an sich in Anwendung des § 4 BetrVG »selbständige« Größen annehmen, die dann wie gewöhnliche Auslandsbetriebe aus dem Anwendungsbereich des BetrVG herausfallen würden. Damit wäre aber der Sinn des § 4 BetrVG in sein Gegenteil verkehrt: Er will sicherstellen, daß eine möglichst arbeitnehmernahe und effektive Interessenvertretung stattfinden kann.⁷⁰ Außerdem soll – soweit der Grenzwert des § 1 BetrVG erreicht ist – möglichst kein Arbeitnehmer ohne Interessenvertretung durch einen Betriebsrat bleiben; gerade deshalb werden Nebenbetriebe mit weniger als fünf Beschäftigten nach § 4 Satz 2 BetrVG dem Hauptbetrieb zugeschlagen.⁷¹

Befinden sich selbständige Betriebsteile im Ausland, kommt die von § 4 Satz 1 BetrVG als selbstverständlich vorausgesetzte Betriebsratswahl nicht in Betracht. Die Vorschrift muß sich daher eine teleologische Reduktion gefallen lassen: Sie erfaßt den im Ausland gelegenen selbständigen Betriebsteil nicht. Insoweit bleibt es beim allgemeinen Betriebsbegriff, wonach – was vom Wortsinn her nicht eben überrascht – der Betrieb alle seine (selbständigen und unselbständigen) Teile umfaßt.

c) *Nebenbetriebe*

Nebenbetriebe sind demgegenüber vom Gesetz von vornherein als selbständige Größen konzipiert. Bei ihnen greift im Interesse einer wirksamen Mitbestimmung lediglich die Zurechnungsbestimmung des § 4 Satz 2 BetrVG ein, die eine »lückenlose« Vertretung ermöglichen will. Von diesem Zweck her ist sie auch dann anzuwenden, wenn der Mini-Nebenbetrieb im Ausland liegt. Auch den größeren Nebenbetrieb der inländischen Einheit zuzurechnen, ist allerdings nicht möglich, da die vom Gesetz gewollte Trennung in Haupt- und Nebenbetrieb ohne ausdrückliche Rechtsgrundlage auch bei Auslandssachverhalten nicht einfach eingeebnet werden kann.⁷²

70 BAG AP Nr. 28 zu § 99 BetrVG 1972; ebenso DKK-Trümner § 4 Rn 33; Richardi § 4 Rn 18. Dies übersieht Schlüpers-Oehmen, S. 93.

71 DKK-Trümner § 4 Rn 2; Reiff SAE 1990, 253; zur Ausdehnung des § 4 Satz 2 auf andere Kleinsteinheiten s. Richardi § 4 Rn 42, 43.

72 Jaletzke, S. 94.

d) *Betrieb im Ausland*

Begibt sich ein gesamter Betrieb vorübergehend ins Ausland (Wanderzirkus, Orchester, Schiff), so nimmt er sein heimisches Recht mit. Insoweit werden normalerweise keine Probleme gesehen.⁷³

⁷³ Birk, FS Schnorr von Carolsfeld, S. 77; Reithmann-Martiny Rn 1387.