

b) Ort des schädigenden Ereignisses	63
c) Deliktische Annexzuständigkeit.....	64
d) Verdrängende vertragliche Annexzuständigkeit.....	65
4. Gerichtsstand der Niederlassung: Art. 5 Nr. 5 EuGVÜ.....	66
a) Gerichtsstand gem. Art. 5 Nr. 5 EuGVÜ für Arbeitsstreitigkeiten ent- sander Arbeitnehmer	67
b) Bedeutung für die Entsendungstypen	68
aa) Abordnung	68
bb) Delegation	68
cc) Versetzung	68
dd) Ergebnis.....	68
c) Verhältnis zwischen Art. 5 Nr. 1 und Nr. 5 EuGVÜ.....	69
5. Vereinbarung über die Zuständigkeit: Art. 17 EuGVÜ	70
a) Einführung	70
b) Besonderheiten im Arbeitsrecht.....	72
c) Maßgeblicher Beurteilungszeitpunkt für die Wirksamkeit einer Zustän- digkeitsvereinbarung.....	75
6. Zuständigkeit kraft rügeloser Einlassung: Art. 18 EuGVÜ	77
7. Zusammenfassung	78
C. Lugano-Übereinkommen.....	78
D. Deutsche Regelungen der Internationalen Zuständigkeit	79

Dritter Teil

Das anwendbare Recht

A. Art. 30 EGBGB Arbeitsvertragsstatut	81
I. Einleitung	81
II. Anwendbarkeitsvoraussetzungen	82
1. Vorrang von Staatsverträgen	82
2. Auslandsbezug.....	83
3. Zeitlicher Anwendungsbereich.....	84
a) Einführung	84

b) Auslegung.....	86
aa) Wörtliche Auslegung.....	86
bb) Systematische Auslegung.....	87
(1) Art. 17 EVÜ.....	88
(2) Art. 153 ff EGBGB.....	88
cc) Historische Auslegung.....	89
dd) Teleologische Auslegung.....	90
ee) Zusammenfassung.....	91
c) Verfassungskonformität der Auslegung.....	92
d) Ergebnis.....	94
III. Art. 30 I : Rechtswahl.....	94
IV. Günstigkeitsprinzip.....	96
1. Zwingende Vorschriften im Sinne von Art. 30 I EGBGB.....	96
2. Durchführung des Günstigkeitsvergleichs.....	96
a) Abstrakter Gesamtvergleich.....	97
b) Einzelvergleich.....	97
c) Konkreter Gruppenvergleich.....	98
V. Art. 30 II: Objektives Arbeitsvertragsstatut.....	98
1. Systematik von Art. 30 II EGBGB.....	98
2. Statutenwechsel.....	100
3. Auslegungsgrundsätze für eine Begriffsanalyse und -definition.....	101
4. Der Begriff "Arbeitsvertrag".....	103
a) Qualifikation.....	103
aa) Materielle rechtliche Qualifikation nach der lex fori.....	105
bb) Materielle rechtliche Qualifikation nach der lex causae.....	106
cc) Autonome kollisionsrechtliche Qualifikation.....	107
(1) Qualifikation öffentlich-rechtlicher Normen und Eingriffsnormen.....	108
(2) Der autonome Arbeitsvertrags- bzw. Arbeitnehmerbegriff.....	109
(3) Qualifikationsprobleme bei Abordnung und Delegation.....	115
(a) Leiharbeit.....	115

(b) Arbeitnehmerähnliche Personen.....	118
(4) Qualifikationsprobleme bei der Versetzung	125
(a) Ruhevertrag (Stamm-, Rumpfvvertrag).....	125
(b) Beratervertrag (Informationsvertrag).....	132
b) Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis.....	134
aa) Hervorhebung des "Arbeitsverhältnisses".....	134
bb) Bedeutung für Delegation und Abordnung	135
c) Einheitliche oder getrennte Anknüpfung	137
aa) Problemdarstellung	137
bb) Bedeutung für die Entsendungstypen.....	138
(1) Versetzung	138
(2) Abordnung/ Delegation	139
cc) Akzessorietät und dépeçage.....	139
dd) Herleitung der dogmatischen Rechtsgrundlage	140
5. Der Begriff "Gewöhnlicher Arbeitsort".....	142
a) Wortlaut	142
b) Sinn und Zweck der Anknüpfung an den gewöhnlichen Arbeitsort.....	144
aa) "Gewöhnlich" als qualitativ-wertendes Element.....	150
(1) Betriebliche Eingliederung	150
(a) Beitrag des Arbeitnehmers zum Betriebszweck	153
(b) Organisatorische Einbindung in die Betriebsstruktur.....	154
(c) Rechtliche Beziehung zum Betriebsinhaber	155
(d) Räumliche Nähe zur Betriebsstätte (Betriebsort)	156
(e) Einbindung in betriebliche Sozialleistungssysteme.....	156
(f) Zusammenfassung.....	157
(2) Sonstige Merkmale	159
(3) Zusammenfassung	160
bb) "Gewöhnlich" als quantitatives (zeitliches) Element.....	161
(1) Verhältnis zwischen Inlands- und Auslandsarbeit	162
(2) Einstellung allein für eine kurzfristige Tätigkeit	164

(3) Einbeziehung hypothetischer Beschäftigungszeiträume in die Bestimmung des zeitlichen Elementes	164
cc) Der Begriff "vorübergehende Entsendung"	168
(1) Systematische Stellung im Norm- und Satzgefüge	168
(2) Wortbedeutung "Entsendung"	170
(3) Wortbedeutung "vorübergehend"	174
(4) Nachträgliche Änderung des Entsendungszeitraums	181
dd) Zusammenspiel von zeitlichen und qualitativen Elementen	183
c) Ergebnis	185
6. Der Begriff "Niederlassung"	185
7. Der Begriff "engere Verbindung"	188
a) Grundsätze	188
b) Fallgruppen	192
c) Akzessorische oder getrennte Anknüpfung	195
aa) Bedeutung für die Entsendungstypen	195
(1) Delegation und Abordnung	195
(a) Getrennte Anknüpfung von Grundarbeitsvertrag und Zusatz- (Ergänzungs-) vertrag	195
(b) Akzessorische Anknüpfung von Grundarbeitsvertrag und (Ergänzungs-) Zusatzvertrag	196
(2) Versetzung	196
(a) Getrennte Anknüpfung von Rumpf- und Lokalarbeits- verhältnis	196
(b) Akzessorische Anknüpfung von Rumpf- und Lokalarbeits- verhältnis	197
(3) Ergebnis	197
bb) Allgemeine Wertungen und Interessen	197
(1) Konsistenzinteresse/ innerer Entscheidungseinklang	198
(2) Kontinuitätsinteresse	200
(3) Sachzusammenhangsinteresse oder Abspaltungsinteresse/ kollisionsrechtliche Gerechtigkeit	201
cc) Interessen und Wertungen bei den Entsendungstypen	204

(1) Delegation/ Abordnung	204
(2) Versetzung	206
(3) Einzelprobleme	211
(a) Anknüpfung des Beratervertrages	211
(b) Anknüpfung der betrieblichen Altersversorgung	213
(aa) Vertreter einer akzessorischen Anknüpfung	215
(bb) Vertreter einer getrennten Anknüpfung	215
(cc) Streitentscheid	216
(c) Anknüpfung im Rahmen der Arbeitnehmerüberlassung	219
B. Umfang des Arbeitsvertragsstatuts	222
I. Grundsatz: Art. 31, 32 I EGBGB	222
1. Allgemeine Inhalte	223
a) Arbeitspflicht und Direktionsrecht	223
b) Nebenpflichten	223
c) Lohnzahlungspflicht	223
d) Urlaub	224
e) Arbeitnehmerüberlassung	224
f) Bestand und Beendigung	224
2. Die Haftung des Arbeitnehmers als Bestandteil des Arbeitsvertrags- statuts	225
a) Akzessorische oder getrennte Anknüpfung	225
b) Stellungnahme	225
II. Sonderanknüpfungen	227
1. Form des Arbeitsvertrages	227
a) Allgemeine Betrachtung	227
b) Das Nachweisgesetz	229
2. Rechts-, Geschäfts- und Arbeitsvertragsfähigkeit	232
3. Erfüllungsmodalitäten Art. 32 II EGBGB	232
4. Eingriffsnormen: Art. 34 EGBGB	233
a) Begriff und Ursprung	233
b) Die Qualifikation von Eingriffsnormen	235

aa) Sonderprivatrechtsnormen als potentielle Eingriffsnormen	237
bb) Differenzierung zwischen Sonderprivatrechtsnormen und Eingriffsnormen	237
cc) Stellungnahme	238
c) Das Verhältnis von Art. 30 I EGBGB und Art. 34 EGBGB	239
aa) Die Problematik: Exklusivität oder Spezialität	239
bb) Die vorrangige Norm	241
d) Die europäische Entsenderichtlinie und das deutsche Arbeitnehmer- entsendegesetz	242
aa) Ausgangslage	242
bb) Wesentlicher Inhalt	245
(1) Entsenderichtlinie (ERL)	245
(2) Arbeitnehmerentsendegesetz (AEntG)	247
cc) Rechtliche Beurteilung	248
(1) Allgemeine Fragen und Probleme	248
(2) Kollisionsrechtliche Einordnung	249
(3) Entsenderichtlinie und Arbeitnehmerentsendegesetz als Konkretisierung von Art. 34 EGBGB bzw. Art. 7 EVÜ	251
dd) Zusammenfassung	257

Vierter Teil

Resümee

A. Allgemeine Erkenntnisse	259
B. Ergebnisse für die Entsendungstypen	261
I. Abordnung und Delegation	261
II. Versetzung	262
III. Dienstreise und Übertritt	262
C. Fazit	263
Literaturverzeichnis	265
Sachverzeichnis	281

Abkürzungsverzeichnis

AC	Law Reports, Appeal Cases
aE	am Ende
AEntG	Arbeitnehmerentsendegesetz
aF	alte Fassung
AllER	All England Law Reports
aM	andere Meinung, am Main
ARGE	Arbeitsgemeinschaft
Arr Rechtb	Arrondissements Rechtbank
BerDGesVölkR	Bericht der deutschen Gesellschaft für Völkerrecht
BK	Basiskommentar
CA	Court of Appeal
Cass	Cour de Cassation
Co	Company
Corp	Körperschaft
DGFP	Deutsche Gesellschaft für Personalführung
Diss	Dissertation
DRdA	Das Recht der Arbeit
DZWir	Deutsche Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EAS	Europäisches Arbeits- und Sozialrecht
endg	endgültig
EuGVÜ	Europäisches Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen
EVÜ	Römisches EWG-Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht
EzA	Entscheidungen zum Arbeitsrecht
EzAÜG	Entscheidungssammlung zum Arbeitnehmerüberlassungsgesetz
EZPR	Europäisches Zivilprozeßrecht
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
gem	gemäß
GK	Gemeinschaftskommentar
grds	grundsätzlich

GS	Gedächtnisschrift
GVÜ	Europäisches Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen
Hb	Halbband
HL	House of Lords, House of Lord's Cases
ICLQ	The International Comparative Law Quarterly
ISR	Internationales Sozialrecht
IStR	Zeitschrift für Internationales Steuerrecht
iZm	in Zusammenhang mit
IZPR	Internationales Zivilprozeßrecht
KB	Law Reports, King's Bench Division
KOM	Kommission
Lloyd's Rep.	LLoyd's List Law Reports
LQR	The Law Quarterly Review
LR	Law Reports
Ltd	limited
MüKo	Münchener Kommentar
MüHa	Münchener Handbuch
NachwG	Nachweisgesetz
nF	neue Fassung
op	ordre public
oä	oder ähnliches
Plc	public limited company
QB	Law Reports, Queen's Bench Division
Rd	Randnummer
Rev crit	Revue critique de droit international privé
sec	Section
Slg	Sammlung
so	siehe oben
sog	sogenannte
su	siehe unten
v	versus, von, vom
Vor	Vorbemerkung
WiSt	Wirtschaftswissenschaftliches Studium
WLR	The Weekly Law Reports
ZAS	Zeitschrift für Arbeitsrecht und Sozialrecht

ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung

Im übrigen wird auf das Abkürzungsverzeichnis von Hildebert Kirchner (4. Auflage, Berlin, New York 1993) verwiesen.

Erster Teil

Grundlagen

A. Einleitung

Die Untersuchung beschäftigt sich mit der Entsendung von Arbeitnehmern¹ ins Ausland. *Entsendung* wird im folgenden der allgemeine Oberbegriff für den Auslandseinsatz eines Mitarbeiters sein.² Die Übernahme der Begriffsbildung aus dem deutschen Sozialversicherungsrecht (§ 4 SGB IV: "zeitlich begrenzter Auslandseinsatz im Rahmen eines bestehenden Anstellungsverhältnisses") soll nicht ohne weiteres übernommen werden, da sie hinsichtlich Regelungsinhalt und Regelungsursprung von der hier zu behandelnden Problematik abweicht.³

Angesichts der zunehmenden internationalen Verflechtung der Wirtschaft und der Tatsache, daß die Bundesrepublik eines der größten Exportländer der Welt ist, wird die Entsendung von Arbeitnehmern ins Ausland auch in Zukunft von überragender Bedeutung sein. Wachsende Auslandsaktivitäten, z. B. in Form der Erschließung neuer Absatzmärkte oder des Aufbaus einer Auslandsorganisation, verbunden mit der Errichtung neuer Produktionsstätten, sind ohne qualifizierte Mitarbeiter aus dem Inland nicht denkbar und führen so zu einer zunehmenden Entsendung von Arbeitnehmern ins Ausland.⁴

Umgekehrt ist die Konsequenz der hohen Personalkosten am Standort Deutschland nicht nur die Verlagerung von Unternehmen und Produktionsstätten ins Ausland (sogenannte "runaway industries"), sondern auch der vor-

¹ Hierbei kann es sich natürlich auch um Arbeitnehmerinnen handeln. Der Einfachheit halber wird in den folgenden Ausführungen jedoch nur der Begriff "Arbeitnehmer" bzw. "Arbeitgeber" benutzt.

² Ebenso: *Rosenkranz*, Arbeitgeber 1978, 51 (51); *Domsch/ Friebe*, ZfbF "Kontaktstudium" 1979, 215 (215); *Marienhagen/ Pulte*, S. 17; v. *Eckartsberg*, S. 48; anders: *Krekler*, FS Schlemmer, 441 (441): kurzfristiger befristeter Einsatz zur Erledigung eines Auftrages; *Kiepe/ Habermann*, S. 7, 23: zeitlich befristeter Einsatz.

³ Anders *Oberklus*, S. 10 f.

⁴ Näher: *Franzen*, AR-Blattei SD 920, Rd. 1 f.; v. *Landsberg/ Wölke*, Mitarbeiter im Ausland, S. 30 ff; *Gnann*, S. 1. Solche Auslandseinsätze erfolgen häufig im Rahmen internationaler Konzernverbindungen, sind jedoch nicht auf diese beschränkt.

übergehende Einsatz ("Import") ausländischer Arbeitnehmer in Deutschland. Diese verrichten häufig zu deutlich geringeren Lohnkosten ihre Arbeit. Desweiteren nutzen ausländische Unternehmen die Vorteile, die eine ausgereifte Infrastruktur bietet, und kombinieren diese mit den niedrigen Lohnkosten ihrer Arbeitnehmer. Diese Tendenz läßt sich vor allem in der Baubranche beobachten.

Trotz deutlicher Unterschiede zwischen diesen beiden Fallgruppen, stellt sich übereinstimmend die Frage nach dem anwendbaren Recht, d. h. die Frage, welches Recht über die auftretenden arbeitsrechtlichen Probleme entscheidet. In der Praxis scheint diese Frage angesichts der bei einer Auslandsentsendung zunächst akuten Probleme, wie z. B. Wohnungssuche, Gehaltsfindung und Familiennachzug, oft ins Hintertreffen zu geraten. Sollte es aber zu Unstimmigkeiten im Arbeitsverhältnis kommen, so liegt die Bedeutung der maßgeblichen Rechtsordnung auf der Hand: ob ein Rechtsproblem nach deutschem oder nach beispielsweise chinesischem Recht gelöst wird, kann zu völlig unterschiedlichen Ergebnissen führen.

Auch die Tatsache, daß es auf diesem Gebiet nur selten zu gerichtlichen Auseinandersetzungen kommt,⁵ sollte nicht darüberhinwegtäuschen, daß "das Recht nicht nur Grundlage der Streitentscheidung ist -zu der es meist erst am Ende des Arbeitsvertrages kommt-, sondern daß es gelebte Ordnung ist, die tagtäglich den Maßstab für das Verhalten der Parteien und ihre gegenseitigen (wenn auch meist nicht empfundenen) Leistungen gibt".⁶

B. Eingrenzung des Prüfungsgegenstandes

Schwerpunkt der Arbeit ist die Untersuchung der Entsendung von Arbeitnehmern aus der Bundesrepublik ins Ausland. Aufgrund der Aktualität wird jedoch an einigen Stellen auch der umgekehrte Fall, die Entsendung aus dem Ausland in die Bundesrepublik, angesprochen.

Bei der Entsendung von Arbeitnehmern ins Ausland stellen sich eine Vielzahl rechtlicher und praktischer Probleme. Zu nennen sind beispielsweise steuerrechtliche, sozialversicherungsrechtliche und betriebsverfassungsrecht-

⁵ Dies läßt sich u.a. damit erklären, daß es sich häufig um leitende Angestellte handelt, die den Weg zu den Gerichten aus Loyalität scheuen. Sofern es zu einer offenen Auseinandersetzung kommt, wird sie in der Regel außergerichtlich behoben.

⁶ *Gamillscheg, RabelsZ* 23 (1958), 819 (820).

liche Probleme, aber auch die Frage nach der materiell-rechtlichen Zulässigkeit einzelner Vertragsregelungen wird relevant. Eine Analyse sämtlicher Probleme würde jedoch den Rahmen dieser Arbeit sprengen. Es sei daher auf die diesbezügliche Spezialliteratur verwiesen.⁷

Prüfungsgegenstand dieser Arbeit sollen international-privatrechtliche (kollisionsrechtliche⁸) Probleme sein. Diese sollen anhand einer konkreten Analyse der in der Praxis für Auslandsentsendungen auftretenden Vertragsgestaltungen dargestellt und gelöst werden. Ausgenommen werden dabei Arbeitnehmerentsendungen im Bereich der Seeschifffahrt⁹ und Entsendungen im Rahmen öffentlich-rechtlicher Dienstverhältnisse, da diese zahlreiche Besonderheiten aufweisen.

Die Untersuchung beschränkt sich im ersten Teil auf die Darstellung der vertraglichen Regelungen, ohne diese einer rechtlichen Bewertung zu unterziehen. Im Anschluß daran werden im zweiten Teil die internationale Zuständigkeit und im dritten Teil das anwendbare Recht erörtert. Im vierten Teil werden die Ergebnisse der Untersuchung zusammengefaßt.

⁷ Zum Steuerrecht: *Gnann*, S. 54 ff, 74 f; *Bernd Rüdiger Hansen*, Das Lohnsteuerverfahren bei Auslandsmontagen, Arbeitgeber 1978, S. 65 ff; zum Sozialversicherungsrecht: *Eberhard Eichenhofer*, Internationales Sozialrecht, München 1994; *Rolf Schuler*, Internationales Sozialrecht der BRD, Baden-Baden 1988; *Rolf Birk*, Betriebliche Regelungen im internationalen Arbeitsrecht, S. 461 ff, in FS Trinkner 1995; *Rob Cornelissen*, Die Entsendung von Arbeitnehmern in der EG und die soziale Sicherheit, RdA 1996, S. 329 ff; *Klaus Louven/ Christoph Louven*, Sozialversicherungsrechtliche Probleme bei der Entsendung von Arbeitnehmern ins Ausland, NZA 1992, S. 9 ff; zum Betriebsverfassungsrecht: *Reinhold Schlüpers-Oehmen*, Betriebsverfassung bei Auslandstätigkeit, München 1984; *Cornelia Agel-Pahlke*, Der internationale Geltungsbereich des Betriebsverfassungsgesetzes, Frankfurt a.M. 1988; *Egon Lorenz*, Grundsätze des deutschen internationalen Betriebsverfassungsrechts, FS W. Lorenz 1981, S. 441 ff; zu materiellrechtlichen Problemen nach deutschem Recht: *Volkmar Oberklus*, Die rechtlichen Beziehungen des zu einem Tochterunternehmens im Ausland entsandten Mitarbeiters zum Stammunternehmen, Pfaffenweiler 1991, S. 68 ff.

⁸ Zur Begriffsbildung näher: *Kropholler*, IPR, § 1 I-IV, S. 1 ff.

⁹ Ausführlich dazu z. B.: *Peter Mankowski*, Seerechtliche Vertragsverhältnisse im Internationalen Privatrecht, 1995; ders. Internationales Seeschiffregister, Anknüpfung von Heuerverträgen und Qualifikationsfragen im internationalen Arbeitsrecht, IPRax 1996, S. 405 ff; *Frank Eßlinger*, Die Anknüpfung des Heuervertrages unter besonderer Berücksichtigung von Fragen des kollektiven internationalen Arbeitsrechts, München 1991; *Hans-Jürgen Puttfarcken*, Grundrechte im internationalen Rechtsraum - Zur Zweitregisterentscheidung des Bundesverfassungsgerichtes, RIW 1995, S. 617 ff.