

Auslandsarbeit

Neuntes Göttinger Forum zum Arbeitsrecht

Am 3. 11. 2011 fand bereits zum neunten Mal das Göttinger Forum zum Arbeitsrecht statt, das sich mittlerweile als „Highlight der arbeitsrechtlichen Szene“ (Dr. Ivo Natzel, Bundesarbeitgeberverband Chemie) etabliert hat. Der Verein zur Förderung der Arbeitsrechtsvergleichung und des internationalen Arbeitsrechts e. V. sowie das Institut für Arbeitsrecht der Universität Göttingen als Initiatoren und Veranstalter des Göttinger Forums konnten in diesem Jahr über 140 interessierte Teilnehmer aus Wissenschaft und Praxis begrüßen. Der Vorsitzende des Fördervereins, Prof. Dr. Hansjörg Otto, eröffnete die Tagung zum Thema „Auslandsarbeit“ und übergab mit einigen einleitenden Gedanken über das beim Einsatz von Arbeitnehmern im Ausland zur Anwendung gelangende Recht das Wort an die Referenten.

Prof. Dr. Dr. h. c. Eberhard Eichenhofer (Universität Jena), dem der besondere Dank der Veranstalter galt, da er sich trotz seines auf denselben Tag fallenden Geburtstages als Referent zur Verfügung gestellt hatte, eröffnete die Vortragsrunde mit dem Thema „Anknüpfung im internationalen Arbeitsrecht und im internationalen Sozialrecht“. Eichenhofer referierte über das Zusammenspiel von Arbeits- und Sozialrecht sowie deren Anknüpfungen im internationalen Kontext. Er betonte den grundsätzlichen Gleichlauf der beiden Rechtsgebiete, stellte aber auch einige Ausnahmen vor, in denen beide Rechtsgebiete auseinanderfallen und wie dieser unerwünschte Effekt über eine sog. Sonderanknüpfung gelöst werden kann. Im Regelfall beruhen sowohl das Arbeits- als auch das Sozialrecht, dessen für den Arbeitnehmer wichtigster Bereich das Sozialversicherungsrecht ist, auf abhängiger Arbeit. Im Rahmen kollisionsrechtlicher Fragestellungen ging Eichenhofer auf das internationale Privatrecht der einzelnen Mitgliedstaaten sowie insbesondere auf die ROM I-Verordnung ein. Er gab einen Überblick über die ROM I-Verordnung und führte aus, dass die Vertragsparteien grundsätzlich die Wahl haben, welches Recht zur Anwendung gelangen soll. Hierbei steht ihnen nicht nur das Recht der beteiligten Mitgliedstaaten, sondern auch das Recht eines Drittstaates zur Verfügung. Wurde keine Vereinbarung getroffen, ist die „Nähe“ zu einem Rechtsstaat entscheidend. In diesem Zusammenhang erklärte er die in Kollisionsnormen enthaltenen Merkmale des Anknüpfungsgegenstandes (materiell rechtliche Anknüpfung) und des Anknüpfungspunktes (formale Anknüpfung, z. B. Wohnsitz, Beschäftigungsort, Vereinbarung). Zu den Möglichkeiten der Rechtswahl führte Eichenhofer einschränkend aus, dass das Recht des gewöhnlichen Beschäftigungsortes aufgrund des Günstigkeitsgrundsatzes zwar verbessert, aber nicht verschlechtert werden dürfe. Im Rahmen des internationalen Sozialversicherungsrechts, welches sich grundsätzlich an dem System der sozialen Sicherung der „Bismarckstaaten“ orientiert, ging er auf die Regelanknüpfung des Ortes der gewöhnlichen Erwerbstätigkeit sowie die Einordnung selbständig Erwerbstätiger, bei denen regelmäßig an den Sitz des Selbständigen angeknüpft wird, ein. Ferner machte Eichenhofer einige Ausführungen zu vorübergehenden Auslandsentsendungen (solche von weniger als 24 Monaten) und der grundsätzlichen Beibehaltung des jeweiligen Sozialversicherungsrechts. Bei der sich anschließenden von Prof. Dr. Rüdiger Krause (Institut für Arbeitsrecht, Universität Göttingen) geleiteten Diskussion stand die kollisionsrechtliche Beurteilung von internationalen Sachverhalten im Vordergrund.

Raphaël Callens, Master en Droit (Universität Paris Ouest Nanterre), vom Institut für Arbeitsrecht, Universität Göttingen, referierte zu dem Thema „Verdrängung deutschen Arbeitsrechts bei Auslandsarbeit durch das Ortsrecht am Beispiel Frankreichs“. Callens ging auf das sog. Europäische Schuldvertragsübereinkommen (EVÜ) und die ROM I-Verordnung ein und stellte die in Frankreich zur Beibehaltung des französischen Rechts vorhandenen Mechanismen vor. Zur Verfügung stehen arbeitnehmerschützende zwingende Vorschriften des gewöhnlichen Arbeitsortes, Eingriffsnormen und der (praktisch nahezu bedeutungslose) *ordre public*-Vorbehalt. Allerdings bestünde in der jüngeren französischen

Kurzbeiträge und Informationen

Rechtsprechung die Tendenz, die Anknüpfung an den gewöhnlichen Arbeitsort und damit einhergehend die Anwendung französischen Rechts eher restriktiv zu handhaben. Vielmehr gelange die französische Judikatur über die Annahme einer stillschweigenden Rechtswahl vermehrt zur Anwendung fremden Rechts. Callens stellte zur Veranschaulichung der französischen Sichtweise verschiedene Fallbeispiele vor und ging am Ende auf prozessuale Spielräume der Richter ein. Allerdings sei infolge des EuGH-Urteils in der Rechtssache *Koelzsch* aus März 2011 eine Änderung der französischen Rechtsprechung zu erwarten, da der EuGH in seiner Entscheidung im Gegensatz zur momentanen französischen Judikatur eine extensive Auslegung des Arbeitsortes befürworte.

Sven Spieler (Stellvertretender Geschäftsführer des Arbeitgeberverbandes Chemie Baden-Württemberg e.V.) referierte über „Fallgestaltungen der Auslandsarbeit und Beratung auf der Grundlage praktischer Erfahrungen“. Spieler stellte die Klassiker der bei arbeitsvertraglichen Konstellationen mit Auslandsbezug zur Anwendung kommenden Konstruktionen vor. Er begann mit einem einfach gelagerten Fall von einem inländischen Arbeitgeber mit einem im Inland beschäftigten Arbeitnehmer, der dauerhaft oder vorübergehend ins Ausland entsendet werden soll und arbeitete sich über Konstruktionen mit zwei Arbeitgebern und unterschiedlichen Weisungsbefugnissen weiter über eine Arbeitgeberholding bis hin zu einer äußerst komplexen Matrixstruktur vor. Rechtsgrundlage für das Arbeitsverhältnis bilden regelmäßig der Arbeitsvertrag plus eine kollektivrechtliche Regelung oder – wohl noch häufiger – plus ein sog. Entsendevertrag. Er betonte, dass die arbeitsvertragliche Anbindung die entscheidende Vorfrage sei, die in der Praxis zur Gestaltungsfrage werde und nannte sowohl Gründe, die für eine Anbindung im Inland (z. B. Rückruf, Beibehaltung betrieblicher Regelungen etc.) sprechen, als auch Gründe, die für eine Anbindung im Ausland (z. B. lokale Erfordernisse, Arbeitserlaubnis, Haftungsgründe, Teilnahme an Gratifikationsprogrammen etc.) sprechen. Im Ergebnis wird häufig die Form eines sog. *split contracts* gewählt. Darunter ist die Aufspaltung arbeitsvertraglicher Rechtsgrundlagen in einen inländischen und einen daneben bestehenden ausländischen Arbeitsvertrag zu verstehen.

Rechtsanwalt Dr. Christian Reichel (Baker & McKenzie, Frankfurt) referierte über „Internationale Arbeitsverhältnisse – Fallstricke und Gestaltungsmöglichkeiten aus anwaltlicher Sicht“. Im Fokus seines Vortrages stand die Fragestellung, was ein Arbeitgeber beim Auslandseinsatz von Arbeitnehmern regeln sollte. Er verdeutlichte die Problematik anhand eines Fallbeispiels, in dem ein IT-Service-techniker in verschiedenen Ländern eingesetzt wurde bzw. in dem mehrere mögliche vertragliche und/oder weisungsgebundene Anknüpfungspunkte bestanden. Aufhänger des Falles war die beabsichtigte Kündigung des Arbeitnehmers und die damit einhergehende Frage, wer nun eigentlich Arbeitgeber sei und welche kündigungrechtlichen Vorschriften zur Anwendung gelangen. Als Arbeitgeber kämen je nach Beurteilung im Einzelfall letztlich eine, zwei oder gleich alle länderspezifisch zuständigen Personen in Betracht. Hintergrund für diese Beurteilung ist, dass viele Länder nicht nur den Arbeitsvertrag, sondern, wie beispielsweise die USA, ein *de facto Employment* zur Begründung eines Arbeitsverhältnisses ausreichen lassen. Entscheidendes Kriterium ist regelmäßig die Weisungsbefugnis. In einigen Ländern wird hingegen alternativ oder zusätzlich die Eingliederung in betriebliche Strukturen verlangt. Erhebliche Auswirkungen erlangt die richtige Zuordnung des Arbeitsverhältnisses vornehmlich durch die Geltung des Kündigungsschutzrechts des jeweiligen Landes. So sind die formellen Voraussetzungen, unter denen erstens eine Kündigung überhaupt möglich ist, zweitens welche formalen Anforderungen eingehalten werden müssen (z. B. Schriftform?) und drittens wer zu ihrem Ausspruch gegenüber dem Arbeitnehmer befugt ist, von Land zu Land verschieden. Reichel verdeutlichte anhand des aufgezeigten Falles, welche rechtlichen Risiken für den Arbeitgeber in derartigen Situationen bestehen. Aus Praktikersicht stellte er die Arbeitnehmerüberlassung als einen gangbaren Weg für den Fall dar, dass der Arbeitgeber beabsichtigt, nur Weisungsrechte weiterzugeben, darüber hinaus aber kein neues Arbeitsverhältnis mit einem weiteren Arbeitgeber begründet wer-

den soll. In der folgenden von Prof. Dr. *Olaf Deinert* (Institut für Arbeitsrecht, Universität Göttingen) geleiteten Diskussionsrunde wurden insbesondere Fragen der Regelungsbedürftigkeit, die Möglichkeit der Arbeitnehmerüberlassung sowie die Frage nach einer Gerichtsstandsvereinbarung erörtert.

Am späten Nachmittag wurde sodann der Bogen von der Theorie zur Praxis geschlossen und die Tagung durch „Statements aus der Praxis“ unter Leitung von Dr. *Ivo Natzel* (Bundesarbeitgeberverband Chemie) abgerundet. Aus unternehmerischer Sicht referierten:

Ingolf Prüfer (Deere & Company) über „Erfahrungen aus den USA“, Dr. *Karen Lange* (Volkswagen AG) über „Erfahrungen aus Europa“ und Dr. *Dieter Buhl* (Daimler AG) über „Erfahrungen aus der Volksrepublik China“.

Als Quintessenz aus den Vorträgen der drei Referenten kann man regionenübergreifend festhalten, dass international agierende Unternehmen aus Gerechtigkeitswägungen versuchen, unternehmensintern möglichst einheitliche Regelungen für Entsendungen und deren Bedingungen zu verwenden (*Entsendepolicies*). Des Weiteren wird nach dem Zweck der jeweiligen Entsendung und der daraus resultierenden Dauer unterschieden, so dass es die Gruppen der kurz-, mittel- und langfristigen Entsendungen gibt. *Prüfer* stellte beispielhaft für sein Unternehmen die Gruppen „Strategische Entsendungen“ zum Aufbau neuer Geschäftsfelder (langfristig, ca. 2–5 Jahre), „Wissenstransfer“ (mittelfristig, ca. 6 Monate bis 2 Jahre) und das „Development Assignment“ als Mitarbeitertraining (kurzfristig, ca. 6 Wochen bis 1 Jahr) vor. Frau *Lange* ergänzte, dass VW grundsätzlich mit zwei Entsendetypen arbeite, dem sog. *short term* und dem *long term Assignment*. Auf diese Weise könne sichergestellt werden, dass der zu entsendende Arbeitnehmer das für ihn passende *Entsendepackage* bekommt. *Buhl* erläuterte zudem einkommenssteuerliche Implikationen, welche durch eine Entsendung entstehen. Neben zahlreichen Beispielen aus verschiedenen Regionen und Ländern, welche die Referenten sehr anschaulich darstellten (der spanische Hochzeitsurlaub, der Umzug nach Russland oder aber der vietnamesische Chauffeur), gab *Buhl* einen darüber hinausgehenden allgemeinen Überblick über das chinesische Rechtssystem.

Abschließend sei darauf hingewiesen, dass die Präsentationen und Thesenpapiere auf der Internetseite „Veranstaltungsreihe – Göttinger Forum“ (<http://www.uni-goettingen.de/de/107710.html>) eingestellt worden sind und die Vorträge der Referenten *Eichenhofer* und *Callsen* in der EuZA 2012 (voraussichtlich Heft 2) abgedruckt werden sollen.

Es bleibt zu hoffen, dass das Zehnte Göttinger Forum, das am 8. 11. 2012 zum Thema „Die Bedeutung der Grundrechtscharta und der EMRK für das Arbeitsrecht“ stattfinden soll, an den Erfolg der diesjährigen Veranstaltung anknüpfen wird.

Wissenschaftliche Mitarbeiterin *Astrid Siebert*,
Georg-August-Universität Göttingen

Wandlungen in der Rechtsprechung: Neue Entwicklungen im Kündigungsschutz- und Arbeitskampfrecht

Tagung des Deutschen Arbeitsgerichtsverbands e. V. in Hannover

Am 29. 9. 2011 fand die Ortstagung Hannover an der Juristischen Fakultät der Leibniz-Universität in deren Hauptgebäude, dem ehemaligen Welfenschloss, statt. Der Präsident des Landesarbeitsgerichts Niedersachsen, Prof. Dr. *Gert-Albert Lipke*, eröffnete die Tagung, die Lehrstuhlinhaber Prof. Dr. *Ulrike Wendeling-Schröder* und Prof. Dr. *Roland Schwarze* moderierten die Veranstaltung.

Lipke wies die zahlreichen interessierten Zuhörer auf die nächste niedersächsische Landestagung des Deutschen Arbeitsgerichtsverbandes hin, die am 18. und 19. 10. 2012 in Braunschweig stattfindet. Im Anschluss an die Vorstellung der Referenten und Themen übergab *Lipke* das Wort an den niedersächsischen Justizminister *Bernd Busemann*. *Busemann* erinnerte an die letzte Tagung im November 2009, die noch ganz im Zeichen der Finanz- und Wirtschaftskrise gestanden habe. Der hierdurch verursachte Anstieg der Verfahren in der niedersächsischen Arbeitsgerichtsbarkeit um 14,2% sei jedoch in 2010 von einem Rückgang um 15,4% gefolgt gewesen. In 2011 sei, soweit absehbar, ein weiterer Rückgang der Eingangszahlen zu verzeichnen. *Busemann* dankte allen Richterinnen und Richtern der niedersächsischen

Arbeitsgerichtsbarkeit dafür, dass die laufenden Bestände auf landesweit 8747 Verfahren abgesenkt werden konnten. Zur Personalberechnung für 2011 führte er aus, dass die „Pebsby“-Zahlen für den höheren Dienst bei 1,01, für den gehobenen Dienst bei 1,13 und für den mittleren Dienst bei 0,94 lägen. Politisch gelte nach wie vor die Ansage, dass eine „Pebsby“-Belastung von 1,0 in allen Bereichen das Ziel bleibe.

Im Anschluss gab *Wendeling-Schröder* das Wort an den ersten Referenten, Dr. *Mario Eylert*, zum Thema „Emmely und die Folgen – Bagatelldelikte und Kündigungsschutz“. *Eylert* ist seit 2001 Richter am Bundesarbeitsgericht, wo er mehrere Jahre in dem für das Kündigungsschutzrecht zuständigen Zweiten Senat tätig war. Dies prädestinierte ihn für das gewählte Thema als Referenten, auch wenn er seinerzeit, wie er betonte, an der Entscheidung nicht mitwirkte.

Eylert wies darauf hin, dass Kündigungen wegen sogenannter Bagatelldelikte zwar kein Massenphänomen seien, im Alltag bundesdeutscher Arbeitsgerichte aber nach wie vor eine große Rolle spielten. Nur selten habe in letzter Zeit ein Arbeitsrechtsfall so viel Aufmerksamkeit erregt wie der Fall der Berliner Supermarktkassiererin *Barbara Emme* („Emmely“ oder „Pfandbon“-Entscheidung, Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 10. 6. 2010 – 2 AZR 541/09, NZA 2010, 1227). Es ging dort um die Frage, ob das unerlaubte Einlösen von zwei Leergutbons („Pfandbons“) im Wert von 1,30 Euro, die ein Kunde vergessen hatte und für deren Verwahrung die Arbeitnehmerin eigentlich hätte sorgen sollen, die fristlose Kündigung des seit rund 30 Jahren bestehenden Arbeitsverhältnisses rechtfertigte. *Eylert* hob zunächst hervor, dass er nicht den Eindruck habe, dass die erhebliche mediale Aufmerksamkeit und das große Unterstützerkomitee der Arbeitnehmerin auf die höchstrichterliche Entscheidung des Falles Einfluss gehabt habe. Er betonte, dass die „offene“ Ausgestaltung des Tatbestandsmerkmals „wichtiger Grund“ in § 626 Abs. 1 BGB (und auch des verhaltensbedingten Kündigungsgrundes in § 1 Abs. 2 KSchG) keinen Raum für pauschale Antworten ließe. Es gebe eine Vielzahl möglicher Pflichtverletzungen, was eindeutigen und berechenbaren Ergebnissen enge Grenzen setze. Der Grundsatz „Wer klaut, fliegt!“ habe noch nie zugebrochen; das „Verdienst“ der Entscheidung liege darin, dies durch die Betonung einer Prognosenotwendigkeit und einzelfallorientierter Interessenabwägung in das Bewusstsein gerückt zu haben.

Zu den kündigungrechtlichen Rahmenbedingungen hob *Eylert* hervor, dass es im Arbeitsrecht anders als im Strafrecht von je her nicht darum geht, ein vertragswidriges Verhalten zu „bestrafen“, sondern nur darum, das Risiko weiterer Vertragspflichtverletzungen zukünftig zu vermeiden. Nach dem Prognoseprinzip ist zu prüfen, ob die begangene Pflichtverletzung sich auch noch in der Zukunft belastend auswirkt. Als einseitiger Eingriff in das bestandsgeschützte Arbeitsverhältnis muss die Kündigung aber dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz genügen. Sie darf nur als unausweichlich letzte Maßnahme des Kündigungsberechtigten dienen und ist nur dann gerechtfertigt, wenn nach den konkreten Sachverhalts Umständen keine möglichen und angemessenen mildereren Mittel zur Verfügung stehen, um zukünftige Vertragsstörungen zu verhindern. *Eylert* wies nachdrücklich auf das Stufenverhältnis von Abmahnung (§ 314 BGB), ordentlicher und außerordentlicher Kündigung hin. Ob eine außerordentliche Kündigung dem „ultima-ratio-Prinzip“ genüge, könne letztlich nur nach einer wertenden Betrachtung sämtlicher Umstände des Einzelfalles beurteilt werden. *Eylert* referierte die gefestigte Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, wonach eine Abmahnung nur dann entbehrlich ist, wenn eine Verhaltensänderung in der Zukunft – selbst nach Abmahnung – nicht zu erwarten ist oder wenn eine solch schwere Vertragspflichtverletzung vorliegt, dass eine Hinnahme durch den Arbeitgeber offensichtlich und für den Arbeitnehmer erkennbar ausgeschlossen ist. Er machte darauf aufmerksam, dass diese Grundsätze auch bei Störungen im Vertrauensbereich gelten, da nach höchstrichterlicher Rechtsprechung durch zukünftige Vertragstreue auch verlorenes Vertrauen zurück gewonnen werden kann.

Nach Auffassung *Eylerts* hat die „Pfandbon“-Entscheidung keinen Paradigmenwechsel herbeigeführt. Auch in der bekannten „Bienenstichentscheidung“ wird in den Leitsätzen hervorgehoben, ob der Diebstahl von Sachen mit geringem Wert ausreiche, einen wichtigen Grund für eine außerordentliche Kündigung abzugeben, hänge von der unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalles vorzunehmenden Interessenabwägung ab. In der praktischen Rechtsanwendung, so *Eylert*, gerate der zwar im