

Schriften zum Arbeitsrecht und Wirtschaftsrecht 62

Herausgegeben von Abbo Junker

Angela Nunes Fernandes Gil Wolf

Arbeitnehmereinsatz im Ausland

Das auf doppelte Arbeitsverhältnisse
anwendbare Recht am Beispiel
der Vertragsgestaltung
eines internationalen Konzerns

Erster Teil: Einleitung

A. Gegenstand der Untersuchung

Durch die Globalisierung der Wirtschaft ist für international agierende Konzerne der grenzüberschreitende Einsatz von Arbeitnehmern¹ heute ein betriebliches Erfordernis,² das gerade aus Wettbewerbsgründen gewollt ist. Auch wenn der Einsatz von Arbeitnehmern im Ausland für die internationalen Personalbereiche solcher Konzerne bereits Routine ist, nimmt die Komplexität der Sachverhalte und der jeweiligen Vertragsgestaltung zu. Dies liegt zum Teil an der Ausweitung der Geschäftsbeziehungen auf Staaten, die die Beschäftigung von Arbeitnehmern aus dem Ausland an besondere aufenthaltsrechtliche Voraussetzungen knüpfen. Zudem wird die Attraktivität eines Arbeitgebers als Wettbewerbsfaktor dadurch erhöht, dass flexible Vertragsgestaltungen, die die internationale Mobilität von Arbeitnehmern fördern, angeboten werden.

In diesem Zusammenhang sind doppelte Vertragskonstellationen eine übliche Form der Vertragsgestaltung bei Arbeitnehmereinsätzen im Ausland innerhalb internationaler Konzerne: Hierbei werden die Hauptleistungspflichten³ des ursprünglichen Arbeitsvertrages mit dem Arbeitgeber im Herkunftsstaat (sog. „Stammarbeitsvertrag“⁴ oder „Rumpfarbeitsvertrag“⁵)⁶ ruhend gestellt; ein akti-

1 Im Folgenden wird der Begriff „Arbeitnehmer“ sowohl für männliche als auch für weibliche Beschäftigte verwendet.

2 Zu den Gründen, beispielsweise: *Eser*, BB 1994, 1991; *Gnann/Gerauer*, Arbeitsvertrag bei Auslandsentsendung, 2002, S. 1 f.; *Hofmann/Nowak/Rohrbach*, Auslandsentsendung, 2002, S. 8; *Mullaney*, Global mobility in a brave new world, *PricewaterhouseCoopers* (Hrsg.), International Assignment Perspectives 2007, 1 (2).

3 D. h. die Pflicht des Arbeitnehmers, die vertraglich vereinbarte Arbeitsleistung zu erbringen, und die Pflicht des Arbeitgebers, die entsprechende Vergütung für diese Leistung zu zahlen.

4 *Hoppe*, Die Entsendung von Arbeitnehmern ins Ausland, 1999, S. 38 ff; *Junker*, ZIAS 9 (1995), 564 (577); *Mankowski*, RIW 2004, 133 (134).

5 *Junker*, ZIAS 9 (1995), 564 (577); *ders.* FS Kropholler, 2008, S. 481; *Mankowski*, RIW 2004, 133 (134).

6 Der in der Praxis häufig verwendete Begriff „ruhendes Arbeitsverhältnis“ ist unpräzise, da Nebenpflichten aus dem Stammarbeitsverhältnis während des Auslandseinsatzes aktiv bestehen (z. B. im Zusammenhang mit der Fortführung der betrieblichen Altersversorgung des Stammarbeitgebers sowie die Garantie des Arbeitgebers darüber, dass

ver lokaler Arbeitsvertrag wird im Einsatzstaat mit einer Konzerntochtergesellschaft abgeschlossen (Lokalarbeitsvertrag).

Dieses vertragliche Konstrukt entsteht in der Regel aus personalpolitischen Erwägungen, um die konzerninterne internationale Mobilität von Arbeitnehmern zu fördern. Bei internationalen Personalbewegungen erleichtert die Beibehaltung der arbeitsrechtlichen Bindung des Arbeitnehmers an die Heimatgesellschaft seine Entscheidung über den Abschluss eines Arbeitsvertrages mit einer Konzerngesellschaft im Ausland. Nachfolgend werden diese Sachverhalte als „Versetzen“ bezeichnet.⁷

Eine doppelte Vertragskonstellation kann im Rahmen von internationalen Arbeitnehmereinsätzen aber auch aus der rechtlichen Notwendigkeit heraus entstehen. Die Verschärfung aufenthaltsrechtlicher Vorschriften hat in den letzten Jahren in nichteuropäischen Staaten zugenommen.⁸ Bei grenzüberschreitenden Arbeitnehmereinsätzen über den gewöhnlichen Rahmen einer Dienstreise hinaus verlangen immer mehr Staaten ein „Arbeitsvisum“. Häufig setzt dessen Erteilung einen Lokalarbeitsvertrag mit einem im Tätigkeitsstaat ansässigen Unternehmen voraus; eine Zusatzvereinbarung zum bestehenden Arbeitsvertrag in Deutschland genügt nicht. Diese Tatsache führt dazu, dass Arbeitnehmereinsätze im Ausland, für die ursprünglich neben dem Weiterbestehen des inländischen Arbeitsvertrages nur eine Zusatzvereinbarung für die Dauer des Auslandseinsatzes vorgesehen war (klassische „Entsendung“),⁹ als doppelte Arbeitsverhältnisse gestaltet werden müssen. Nachfolgend werden diese Sachverhalte als „Entsendungen“ bezeichnet.¹⁰

Was die Gestaltung der internationalen Arbeitnehmermobilität innerhalb internationaler Konzerne betrifft, ist es im Vorfeld für die operativen Personalbereiche der jeweiligen Tochtergesellschaften von Bedeutung, zu erfahren, welches Recht auf die jeweiligen Arbeitsverhältnisse während des Auslandseinsatzes anwendbar ist. Nur dadurch können vertragliche Risiken minimiert und ein reibungsloses

der Arbeitnehmer nach Beendigung des Auslandseinsatzes in die Stammgesellschaft zurückkehren wird); siehe dazu: *Junker*, FS Kropholler, S. 485.

7 Bei „Versetzung“ handelt es sich nicht um einen rechtlichen, sondern um einen betriebswirtschaftlichen Begriff, der in den personalpolitischen Richtlinien des Konzerns A festgelegt ist. Es gibt keine einheitliche Terminologie hinsichtlich der Klassifizierung von arbeitsrechtlichen Sachverhalten mit Auslandsberührung. In der betrieblichen Praxis werden unterschiedliche Begriffe verwendet (wie z. B. Entsendung, Abordnung, Delegation und Versetzung).

8 Z. B. Indien und Russland.

9 Zu diesem Grundtypus siehe *Mauer*, RIW 2007, 92.

10 Bei „Entsendung“ handelt es sich nicht um einen rechtlichen, sondern um einen betriebswirtschaftlichen Begriff, der in den personalpolitischen Richtlinien des Konzerns A festgelegt ist.

Personalmanagement betrieben werden. In diesem Zusammenhang befasst sich die folgende Dissertation mit der Bestimmung des auf den Arbeitsvertrag anzuwendenden Rechts (Arbeitsvertragsstatut) in der Konstellation „Rumpfarbeitsverhältnis“ im Herkunftsstaat und „aktives“ Arbeitsverhältnis (Lokalarbeitsverhältnis) im Beschäftigungsstaat. Die Untersuchung soll anhand der Beispiele von Arbeitnehmereinsätzen im Ausland eines internationalen Konzerns (nachfolgend Konzern A) und aus der Perspektive einer hundertprozentigen Tochtergesellschaft (nachfolgend Tochtergesellschaft B) mit Sitz in der Bundesrepublik Deutschland erfolgen.

Der Konzern A ist weltweit vertreten, in den meisten Fällen durch Tochtergesellschaften, welche nach den gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen der jeweiligen Länder gegründet wurden. A beschäftigt ca. 118.000 Arbeitnehmer weltweit, davon 43.000 im Teilkonzern Deutschland.¹¹ Die Tochtergesellschaft B beschäftigt ca. 12.000 Arbeitnehmer.¹²

Die Anzahl der Arbeitnehmereinsätze im Ausland steigt jährlich, insbesondere in Staaten außerhalb der Europäischen Union. Es ist davon auszugehen, dass sich diese Tendenz in den nächsten Jahren fortsetzen wird.¹³

B. Fragestellung

Die Anzahl der Gerichtsentscheidungen,¹⁴ die doppelte Arbeitsverhältnisse betreffen, ist bisher spärlich. Die Beantwortung der Frage nach dem auf doppelte Arbeitsverhältnisse anzuwendenden Recht wird in der Fachliteratur kontrovers diskutiert. Die kollisionsrechtliche Problematik bei der Fallkonstellation „Rumpfarbeitsvertrag und Lokalarbeitsvertrag“ wurde bereits Anfang der 1980er Jahre erörtert.¹⁵ Die überwiegende Mehrheit der Beiträge in der internationalprivatrechtlichen Literatur, die sich mit der Frage nach dem auf Arbeitsverhältnisse mit

11 Konzerninterner Personalbericht 2008.

12 Unternehmensinterner Personalbericht 2007.

13 Diese Tendenz ist auch in anderen internationalen Konzernen erkennbar. Dazu, *Price-waterhouseCoopers*, Global International Assignment Policy Survey 2004, EMEA Report, S. 58.

14 EuGH 10.04.2003 – Rs. C-437/00, Slg. 2003-I, 3573, 3603 Rn. 23-25 – Pugliese/Finmeccanica SpA Betriebsanteil Alenia Aerospazio, zur Verfügung gestellt auf <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62000J0437:DE:NOT> (zuletzt abgerufen am 30.9.2009) = ZZPInt 8 (2003), 486, mit Anmerkung von Junker, 491; BAG 21.1.1999 – 2 AZR 648/97, BAGE, 90, 353 = NZA 1999, 539 = IPRax 2000, 540, dazu Franzen, IPRax 2000, 506; östOGH 29.6.1988, 9 Ob A 130/88, ZAS 1990, 58.

15 Birk, RabelsZ 46, 1982, 384 (393 f.); Kronke, Rechtsstatsachen, kollisionsrechtliche Methodenentfaltung und Arbeitnehmerschutz im IAR, 1980, S. 40 f. u. 55.

Auslandsberührung anzuwendenden Recht befassen, widmet sich jedoch nicht der kollisionsrechtlichen Analyse von unterschiedlichen Subtypen innerhalb der vertraglichen Gestaltungsform „Rumpf- und Lokalarbeitsvertrag“.¹⁶ Es wurde noch nicht umfassend untersucht, ob inhaltliche Unterschiede zwischen doppelten Arbeitsverhältnissen, die aus personalpolitischen Erwägungen der beteiligten Arbeitgeber entstehen („Versetzungen“), und denjenigen, die aufgrund aufenthaltsrechtlicher Anforderungen des aufnehmenden Staates entstehen müssen („Entsendungen“), kollisionsrechtliche Relevanz haben könnten. Der aufenthaltsrechtlich bedingte Abschluss eines Lokalarbeitsvertrages wird teilweise in der Literatur als Scheinrechtsgeschäft bewertet.¹⁷

Hinsichtlich der kollisionsrechtlichen Beurteilung von doppelten Arbeitsverhältnissen sind nach herrschender Meinung im Schrifttum Stamm- und Lokalarbeitsvertrag getrennt voneinander zu betrachten (selbständige Anknüpfung).¹⁸ Mangels Rechtswahl ist in der Regel deutsches Recht auf den Arbeitsvertrag im Herkunftsstaat (Deutschland) anzuwenden; für den ausländischen Arbeitsvertrag gilt das Recht des Beschäftigungsstaates.

Dieser Ansatz verkennt allerdings, dass Entsendungen in der Form von doppelten Arbeitsverhältnissen, für die ursprünglich kein Lokalarbeitsvertrag im Gastland angedacht war, in der Regel ihren Schwerpunkt im abgebenden Staat haben: Bei solchen Auslandseinsätzen kann die Anwendung von zwei Rechtsordnungen (jeweils auf den Rumpfarbeitsvertrag und auf den Lokalarbeitsvertrag) in der Praxis zu Unklarheiten während des Auslandseinsatzes führen: Hat beispielsweise ein Arbeitnehmer, der in Indien mit einem Lokalarbeitsvertrag (und Rumpfarbeitsverhältnis in Deutschland) eingesetzt ist, während der Auslandsbeschäftigung keinen Anspruch auf Elternzeit nach § 15 BEEG¹⁹, weil im lokalen Recht diese Rechtsfigur unbekannt ist?

Ein weiteres Beispiel liefert das neue chinesische Arbeitsvertragsrecht (seit 01.01.2008 in Kraft):²⁰ Nach § 42 des Arbeitsvertragsgesetzes besteht besonderer

16 Z. B.: *Gotthardt*, MDR 2001, 961 ff.; *Heilmann*, Das Arbeitsvertragsstatut, 1991, S. 149 ff.; *Hoppe*, S. 125 ff.; *Oberklus*, Die rechtlichen Beziehungen des zu einem Tochterunternehmens im Ausland entsandte Mitarbeiters zum Stammunternehmen, 1991, S. 62; *Pohl*, NZA 1998, 735 (738); *Sauerzapf*, Ruhendes Arbeitsverhältnis und grenzüberschreitende Arbeitnehmerentsendung im Konzern, 2004, S. 61 ff.

17 *Hoppe*, S. 207; siehe Beispiel in: *Junker*, Internationales Arbeitsrecht im Konzern, 1992, S. 209 f; *ders.* ZIAS 9 (1995), 564 (578).

18 *Heilmann*, S. 149; *Hergenröder*, ZfA 30 (1999), 1 (21); *Junker*, IAR im Konzern, S. 215; *ders.*, Arbeitnehmereinsatz im Ausland, 2007, S. 54; *Sauerzapf*, S. 65; *Thüsing*, Europäisches Arbeitsrecht, 2008, § 11, Rn. 19.

19 Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz, vom 5.12.2006, BGBl. I S. 2748.

20 Eine offizielle Übersetzung des Gesetzes in englischer Sprache liegt nicht vor. Die Ausführungen basieren auf dem Aufsatz von *Guang Li/Frik*, NZA 2008, 86 ff.

Kündigungsschutz für langjährig Beschäftigte: Ist der Arbeitnehmer beim Arbeitgeber seit mindestens 15 Jahren ununterbrochen beschäftigt und wird in weniger als fünf Jahren in den gesetzlichen Ruhestand eintreten, so ist die ordentliche Kündigung ausgeschlossen.²¹ Ist chinesisches Recht auf den Lokalarbeitsvertrag anwendbar, so stellt sich folgende Frage: Da in der Regel bei konzerninternen Arbeitnehmerversetzungen die Betriebszugehörigkeit innerhalb des Konzerns fortgeschrieben und in den jeweiligen Arbeitsverträgen aufgenommen wird, darf bei Erfüllung der o. g. Voraussetzungen der Lokalarbeitsvertrag in China nicht ordentlich gekündigt werden?

Eine Wahl des deutschen Rechts im Lokalarbeitsvertrag wird in mehreren Fällen den Parteien nicht weiterhelfen: Erstens lassen mehrere Staaten die Wahl ausländischen Rechts in Lokalverträgen nicht zu.²² Zweitens gilt nach den Kollisionsnormen für Arbeitsverhältnisse in der Rom I-Verordnung²³ (im Folgenden: „Rom I-VO“) eine Rechtswahl nicht uneingeschränkt. Die zwingenden Arbeitnehmerschutzbestimmungen, die mangels Rechtswahl nach Art. 8 Abs. 2 bis 4 Rom I-VO anzuwenden wären, dürfen nicht durch die Rechtswahl umgangen werden. Hiernach ist eine vergleichende Betrachtung zwischen den Vorschriften des gewählten Rechts und desjenigen Rechts, das ohne Rechtswahl anzuwenden wäre (Günstigkeitsvergleich), immer erforderlich. Dieser Vergleich kann zu Ergebnissen führen, mit welchen die Parteien nicht gerechnet haben.²⁴ Aus diesen Gründen wird im Schrifttum für die Praxis teilweise empfohlen, eine Wahl des Rechts zu treffen, das sich aus der objektiven Anknüpfung ergeben würde.²⁵ Nur dadurch würde ein Günstigkeitsvergleich entfallen.

Während, wie oben erwähnt, die Mehrheit der Autoren bei einem vorübergehenden Arbeitnehmereinsatz im Ausland allgemein die Anwendung getrennter Rechtsordnungen auf die jeweiligen Arbeitsverträge vertritt, befürworten andere Stimmen, dass für den Arbeitsvertrag mit der Konzerngesellschaft im Ausland auch das Recht des ersten Arbeitsvertrages gilt, solange die Auslandsbeschäftigung vorübergehend ist.²⁶

Diese Auffassung mag in den Fällen, die ursprünglich als klassische Entsendung (aktiver Arbeitsvertrag mit Zusatzvereinbarung) angedacht wurden, zu ei-

21 *Guang Li/Frik*, NZA 2008, 86.

22 So z. B. Russland.

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

24 *Hergenröder*, ZfA 30 (1999), 1 (13).

25 *Eser*, BB 1994, 1991 (1993); *Gotthardt*, MDR 2001, 961 (962); *Schlachter*, NZA 2000, 57 (59); *Thüsing*, BB 2003, 898 (899).

26 *Leipold*, GS Blomeyer, 2004, 143 (152); *MünchKomm/Martiny*, Art. 30 EGBGB, Rn. 60; *Soergel/von Hoffmann*, Art. 30 EGBGB, Rn. 52.