

Ausgewählte arbeitsrechtliche Probleme der Rom I-Verordnung

1. Einführung – Grenzüberschreitende Arbeitsverhältnisse versus nationales Arbeitsrecht

Geschäfte werden immer internationaler und Unternehmen dementsprechend zunehmend grenzüberschreitend tätig. Parallel zu diesem Prozess hat die Anzahl der Arbeitsverhältnisse mit ausländischem Bezug stark zugenommen. Diese Tendenz wird auch dadurch unterstützt, dass die Europäische Union sowohl die Mobilität der Arbeitnehmer als auch die Mobilität der Unternehmen innerhalb der Europäischen Union besonders fördert. Diese grenzüberschreitende Tätigkeit der Unternehmen und Arbeitnehmer soll durch die Gewährleistung der vier Grundfreiheiten sichergestellt werden. Die Freizügigkeit der Waren, Dienstleistungen, Kapital und Arbeitnehmer hat dazu beigetragen, dass sowohl die Unternehmen, als auch die Arbeitnehmer weniger Hürden vorfinden, wenn sie grenzüberschreitend tätig werden. Durch diesen Prozess arbeiten immer mehr Arbeitnehmer für kürzere oder längere Zeit im Ausland.

Das Arbeitsrecht war und bleibt aber grundsätzlich nationales Recht. Dies bedeutet, dass sich der räumliche Anwendungsbereich des nationalen Arbeitsrechts üblicherweise auf das Gebiet eines Staates beschränkt. Gerade deswegen soll das nationale Arbeitsrecht nicht alleine bestimmen, welches Recht Anwendung findet, wenn sich ein Arbeitsverhältnis an mehreren Staaten anknüpft. Gibt es in einem Arbeitsverhältnis mehrere Elemente, die sich auf unterschiedliche Staaten beziehen, dann gibt das internationale Privatrecht – auch Kollisionsrecht genannt – Auskunft darüber, welches Recht Anwendung finden soll.

2. Welche Vorschriften bestimmen das anwendbare Recht?

Bei der Frage, wie das anwendbare Recht bestimmt wird, sind drei Rechtsquellen zu beachten. Erstens spielt traditionell das internationale Privatrecht eine Rolle. Dabei ist das Übereinkommen von Rom¹ (Europäisches Vertragsübereinkommen, im Folgenden: EVÜ) von großer Bedeutung, ein völkerrechtlicher Vertrag, der von den damaligen Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft im Jahre 1980 in Rom geschlossen wurde. Alle neuen Mitgliedstaaten der EG haben dieses Übereinkommen unterzeichnet. Das EVÜ war nicht ohne Vorgänger auf dem Gebiet des internationalen Privatrechts. Es wurde bereits im Jahre 1968 das Brüsseler Übereinkommen unterzeichnet, das die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen geregelt hat.²

1 Übereinkommen 80/934/EWG über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht, das am 19. Juni 1980 in Rom zur Unterzeichnung aufgelegt wurde.

2 Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (unterzeichnet am 27. September 1968) (Brüsseler Übereinkommen oder

Zweitens muss auf der Ebene der Europäischen Union die Rom I-Verordnung³ (im Folgenden: Rom I-VO) erwähnt werden, die das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht regelt. Das in der Rom I-VO geregelte internationale Vertragsrecht stellt europäisches Kollisionsrecht dar. Die Rom I-Verordnung – zusammen mit der Rom II-Verordnung – bilden einen gewichtigen Meilenstein auf dem Weg der gemeinschaftsrechtlichen Vereinheitlichung des Kollisionsrechts.⁴

Durch die Regelungen der EU wird das internationale Privatrecht teils abgelöst und ersetzt. Die Abgrenzung erfolgt durch den unterschiedlichen zeitlichen Geltungsbereich. Art. 24 Rom I-VO stellt ferner das Verhältnis zwischen dem EVÜ und der Rom I-VO klar. Dementsprechend tritt die Verordnung in den Mitgliedstaaten an die Stelle des EVÜ. Das bedeutet jedoch nicht, dass die Verordnung das EVÜ gänzlich ersetzt, da es in das nationale Recht umgesetzt wurde und diese Regelungen müssen aufgehoben werden.

Andere gemeinschaftsrechtliche Vorschriften spielen auch eine wichtige Rolle im arbeitsrechtlichen Kollisionsrecht. Auch die Rom II-Verordnung⁵ – die hier nicht behandelt werden soll – enthält kollisionsrechtliche Regelungen, die für das Arbeitsrecht von Relevanz sind. So bestimmt deren Artikel 9 das anwendbare Recht betreffend die Haftung für Schäden, die aus Arbeitskämpfmaßnahmen entstanden sind. Es gibt auch Richtlinien mit kollisionsrechtlichen Vorschriften. So enthalten z.B. die Entsenderichtlinie⁶, die Richtlinie 2008/104/EG über Leiharbeit⁷ und die Richtlinie 2008/94/EG über den Schutz der Arbeitnehmer bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers⁸ solche Regelungen. Art. 9 der zuletzt erwähnten Richtlinie bestimmt, welcher Mitgliedstaat zuständig für die Befriedigung der nicht erfüllten Arbeitnehmeransprüche ist, wenn ein Unternehmen, das in mehreren Mitgliedstaaten tätig ist, zahlungsunfähig wird. Das ist jener Mitgliedstaat, in dessen Hoheitsgebiet die betreffenden Arbeitnehmer ihre Arbeit gewöhnlich verrichten.

Als dritte Rechtsquelle muss das nationale Arbeitsrecht erwähnt werden, das auch Regelungen darüber enthält, welches Recht anwendbar ist. Dies erfolgt z.B. durch die Bestimmung des räumlichen Anwendungsbereiches der arbeitsrechtlichen Gesetze.

Europäisches Gerichtsstandsübereinkommen, EuGVÜ). Es wurde in 1988 mit dem Lugano Übereinkommen ergänzt: Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen geschlossen in Lugano am 16. September 1988. Ziel des Lugano Übereinkommens war es, die Regel des Brüsseler Übereinkommens auch auf die Mitgliedstaaten der Europäischen Freihandelsassoziation (EFTA) anzuwenden. Es gibt nur kleine Unterschiede zwischen den zwei Übereinkommen. Damit wurde ein relativ einheitliches System der gerichtlichen Zuständigkeit und der Vollstreckung der gerichtlichen Entscheidungen in West-Europa geschaffen.

3 Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I).

4 Das Brüsseler Übereinkommen wurde bereits in 2000 gemeinschaftsrechtlich vereinheitlicht und durch eine Verordnung abgelöst: Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates vom 22. Dezember 2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Brüssel I-Verordnung oder EuGVVO).

5 Verordnung (EG) Nr. 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („Rom II“)

6 Richtlinie 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen.

7 Richtlinie 2008/104/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. November 2008 über Leiharbeit.

8 Richtlinie 2008/94/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Oktober 2008 über den Schutz der Arbeitnehmer bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers.

3. Das Ziel der Rom I-Verordnung

Das Ziel der Ausarbeitung der Rom I-VO war die Harmonisierung der kollisionsrechtlichen Regelungen auf der Ebene der Europäischen Union, um eine einheitliche Rechtsanwendung sicherzustellen. Es war erforderlich, europäisches Kollisionsrecht mit den Richtlinien und Verordnungen der EU in Einklang zu bringen. Durch ein internationales Übereinkommen und die naturgemäß unterschiedlichen Umsetzungsmethoden konnte dieses Ziel nicht garantiert werden. In der Europäischen Union ist es wichtig, Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit der Rechtsstreitigkeiten zu gewährleisten. Eine unmittelbar geltende Verordnung kann diese Aufgabe besser erfüllen, als ein internationales Übereinkommen. In der EU sollte es nicht vorkommen, dass die nationalen Kollisionsrechte auf unterschiedliche Rechtssysteme verweisen. Diese Situation würde nicht nur gegen die Rechtssicherheit, sondern auch gegen die Verwirklichung der Grundfreiheiten des EG-Vertrages wirken. Für die Verwirklichung des Europäischen Binnenmarktes ist es notwendig, dass die Mitgliedstaaten auf das gleiche Recht verweisen, d.h. das gleiche nationale Recht anwenden, unabhängig davon, vor welchem Gericht in welchem Staat die Klage erhoben wurde. Dadurch werden die Rechtsstreitigkeiten und deren Ergebnisse voraussehbar und berechenbar.

Im Entstehungsprozess der Rom I-Verordnung hat die Europäische Kommission im Jahre 2003 ein Grünbuch⁹ vorgelegt, in dem sie das Übereinkommen von Rom analysiert und einen ausführlichen Katalog über dessen umstrittenste Fragen aufgestellt hat. Deklariertes Ziel des Grünbuches war es, eine breite Diskussion über die Umwandlung des Übereinkommens von Rom in ein Gemeinschaftsinstrument zu generieren und die Interessierten zur Stellungnahme über die umstrittenen Fragen aufzufordern.¹⁰

4. Anwendungsbereich des Art. 8 Rom I-VO

4.1. Zeitlicher Anwendungsbereich

Der zeitliche Anwendungsbereich der Verordnung richtet sich allein nach dem Zeitpunkt des Abschlusses des Arbeitsvertrages. Art. 28 Rom I-VO besagt, dass die Verordnung auf Verträge anzuwenden ist, die nach dem 17.12.2009 geschlossen wurden. Interessant ist die Frage, ob wesentliche Änderungen eines bestehenden Vertrages unter diesen Artikel fallen. Einige vertreten die Meinung, dass wenn die nach diesem Zeitpunkt erfolgte Umgestaltung eines bestehenden Vertrages so substantiell ist, dass sie als neue

9 Grünbuch über die Umwandlung des Übereinkommens von Rom aus dem Jahr 1980 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht in ein Gemeinschaftsinstrument sowie über seine Aktualisierung. (von der Kommission vorgelegt) Brüssel, den 14.1.2003 KOM(2002) 654 endgültig.

10 Esgab 82 Antworten auf das Grünbuch. Sie kamen von Staaten, Industrieverbänden, Finanzorganisationen, Verbraucherverbänden, juristischen Verbänden und wissenschaftlichen Gesellschaften. Siehe: Czigler, Dezső Tamás – Gyöngy, Mónika, A szerződéses kötelezettségekre alkalmazandó jogról szóló Róma I. rendelet elfogadásának előzményei és a jogalkotás menete, In: Palásti, Gábor – Vörös, Imre, (Hrsg.) *Európai kollíziós kötelmi jog, A szerződésekre és a szerződésen kívüli jogviszonyokra alkalmazandó európai jog*, KRIM Bt, Budapest 2009. S. 12-13.

Vereinbarung angesehen werden kann, für sie die Rom I-VO gilt.¹¹ Die am 17.12.2009 oder früher geschlossenen Arbeitsverträge fallen dagegen weiterhin unter das EVÜ.

4.2. Räumlicher Anwendungsbereich

Die Rom I-VO gilt unmittelbar in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union mit Ausnahme Dänemarks.¹² Daraus folgt, dass der Rom I-VO Vorrang vor dem nationalen Kollisionsrecht zu gewährleisten ist.¹³ Eine Besonderheit der Verordnung stellt die Tatsache dar, dass sie für sich universelle Geltung beansprucht. Das bedeutet, dass gemäß Art. 2 Rom I-VO die Verordnung auch dann anzuwenden ist, wenn das Recht, auf das sie verweist, nicht das Recht eines Mitgliedstaates ist. Wird das Arbeitsverhältnis von einem mitgliedstaatlichen Gericht beurteilt, gilt die Rom I-VO auch dann, wenn das Arbeitsverhältnis keinen Bezug zu einem Mitgliedstaat besitzt.¹⁴ Die Verordnung hat diese Lösung aus Art. 2 des EVÜ übernommen.

4.3. Sachlicher Anwendungsbereich

Der sachliche Anwendungsbereich der Rom I-Verordnung betreffend das Arbeitsrecht erfasst gemäß Art. 8 nur die Individualarbeitsverträge.¹⁵ Der Begriff Individualarbeitsvertrag wird in der Verordnung nicht näher definiert. Deswegen stellt sich die Frage, wie ein Individualarbeitsvertrag zu qualifizieren ist. Einige argumentieren für das „lex fori“-Prinzip, welches verlangt, dass der Arbeitsvertrag nach dem Recht des Gerichtsstaates zu bestimmen ist. Die andere Meinung befürwortet das „lex causae“-Prinzip, nach dem ein Rechtsverhältnis nach dem Recht qualifiziert wird, das nach dem Kollisionsrecht anwendbar wäre.¹⁶ Die nationale Qualifizierung des Begriffes des Arbeitsvertrages könnte zu verschiedenen Auslegungen führen, weil es in den einzelnen Mitgliedstaaten sehr unterschiedliche Konzepte für die Unterscheidung zwischen dem Arbeitsverhältnis und anderen Dienstverhältnissen gibt. Die herrschende Lehre ist sich deswegen darüber einig, dass die Begriffe Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis einheitlich europäisch ausgelegt werden sollten und dabei die Rechtsprechung des EuGH zum Arbeitnehmerbegriff berücksichtigt werden sollte.¹⁷ Dafür spricht auch die

11 Wolfgang Wurmnest, Das neue Internationale Arbeitsvertragsrecht der Rom I-Verordnung, *EuZA*, Bd. 2 (2009), S. 481-499, S. 486.

12 Dazu siehe über die Position Dänemarks Art. 69. und Art. 1, 2 Protokoll Nr. 5 des Vertrages von Amsterdam. Dänemark nimmt an der justiziellen Zusammenarbeit der Gemeinschaft nicht teil, sondern wendet auf grenzüberschreitende Fälle weiterhin das EVÜ an.

13 Junker, *Arbeitsverträge*, S. 112.

14 Junker, *Arbeitsverträge*, S. 112.

15 Art. 6 des EVÜ hat noch über „Arbeitsverträge und Arbeitsverhältnisse von Einzelpersonen“ gesprochen. Nach herrschender Ansicht ist diese sprachliche Änderung von keiner inhaltlichen Relevanz. Junker, *Arbeitsverträge*, S. 113.

16 Blefgen, 18 ff.

17 So z.B. Junker, *Arbeitsverträge*, 113 f. Zu den verschiedenen Auffassungen siehe: Hannah Blefgen, *Die Anknüpfung an die einstellende Niederlassung des Arbeitgebers im Internationalen Arbeitsvertragsrecht*, Nomos Verlag, Baden-Baden 2006. S. 19-25. Dieter Martiny, Rn. 4832. In: Christoph Reithmann / Dieter Martiny, (Hrsg.) *Internationales Vertragsrecht, Das internationale Privatrecht der Schuldverträge*, 7. Aufl.; Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 2010.

Tatsache, dass die einheitliche Auslegung der Rom I-VO nur durch die Rechtsprechung des EuGH zu gewährleisten ist.¹⁸ Da der Arbeitnehmerbegriff durch den EuGH relativ weit ausgelegt wird, sollte auch derjenige des Arbeitsverhältnisses weit ausgelegt werden. Wichtigste Eigenschaften eines Arbeitsverhältnisses sind, dass es eine abhängige, weisungsgebundene und entgeltliche Tätigkeit zum Gegenstand hat.¹⁹

Die Rom I-Verordnung beschränkt sich nur auf Individualarbeitsverhältnisse. Die grenzüberschreitenden kollektivrechtlichen Situationen werden traditionell von den internationalen kollisionsrechtlichen Normen nicht erfasst. Die Beurteilung der grenzüberschreitenden kollektiven arbeitsrechtlichen Fragen ist deswegen sehr widersprüchlich. Die kollektivrechtlichen Regelungen der einzelnen Mitgliedsstaaten sind sehr unterschiedlich und es ist nicht immer eindeutig, ob eine kollektivrechtliche oder eine betriebsverfassungsrechtliche Regelung eines Staates auf den Arbeitnehmer anzuwenden ist. Wie der Fall *Laval* gezeigt hat, kann Streik heutzutage auch grenzüberschreitende Folgen verursachen. Da das EVÜ und die Rom I-Verordnung nichts über kollektivrechtliche Fragen aussagen, muss grundsätzlich das jeweilige nationale Recht Anwendung finden und die grenzüberschreitenden Aspekte des kollektiven Arbeitsrechts regeln.

5. Grundprinzip – Die Rechtswahl

5.1. Welches Recht kann gewählt werden?

Die Grundregel der Rom I-VO ist die freie Rechtswahl der Parteien (Art. 8. Abs. 1). Die Arbeitsvertragsparteien eines Vertrages mit Auslandsberührung können das für das Arbeitsverhältnis maßgebliche Recht selbst bestimmen. Das Arbeitsverhältnis bedarf keiner besonderen objektiven Beziehung zu der vereinbarten Rechtsordnung. Der Kreis der wählbaren Rechtsordnungen ist nicht beschränkt. Es ist daher vorstellbar und erlaubt, ein Recht auszuwählen, zu dem das Arbeitsverhältnis keine Beziehung aufweist.²⁰ Diese scheinbar sehr große Freiheit der Parteien wird jedoch durch die drei Schranken der Rechtswahl wesentlich eingeschränkt.

Unter dem EVÜ galt nach herrschender Lehre, dass die Parteien nur das Recht eines Staates auswählen dürfen, nicht aber ein internationales Abkommen, *lex mercatoria* oder die allgemeine Prinzipien des Rechts. Während des Entstehungsprozesses der Rom I-VO gab es eine breite Diskussion darüber, ob es ermöglicht werden sollte, auch nicht-

18 Wurmnest, S. 485. Seiner Meinung nach schließt es die Anwendung der Rechtsprechung des EuGH nicht aus, dass nach dem EuGH selbst er keinen einheitlichen Arbeitnehmerbegriff ausgearbeitet hat. Die wichtigsten Eigenschaften des Arbeitnehmerbegriffes sind trotzdem der Rechtsprechung zu entnehmen.

19 Siehe EuGH 3.7.1986 – C-66/86. Rn. 16 f. (Lawrie-Blum); EuGH 12.5.1998 – C-85/96. Rn. 32. (Martínez Sala); EuGH 23.3.2004 – C-138/02. Rn. 26. (Collins).

20 Monika Schlachter, In: *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, Thomas Dieterich / Rudi Müller-Glöge / Ulrich Preis / Günter Schaub, (Hrsg.) 7. Aufl. Verlag C.H.Beck, München 2007. Art. 34. EGBGB Rn. 4. Helmut Heiss, Party Autonomy, In: Franco Ferrari / Stefan Leible, (ed.) *Rome I Regulation - The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, Sellier European Law Publishers GmbH, Munich 2009. S. 2.

staatliches Recht zu wählen.²¹ Das wichtigste Argument gegen die Möglichkeit der Wahl nichtstaatlicher Regelwerke war, dass diese kein umfassendes Normensystem bilden.²²

Eine Neuigkeit der Rom I-VO im Vergleich zum Übereinkommen von Rom wird im 13. Erwägungsgrund der Preamble festgelegt. Dann wird es den Parteien erlaubt, „in ihrem Vertrag auf ein nichtstaatliches Regelwerk oder ein internationales Übereinkommen Bezug zu nehmen.“²³ Dies ändert jedoch die früher vertretene Auffassung bezüglich des EVÜ nicht maßgeblich. Bezugnahme bedeutet nämlich nicht die Wahl eines nichtstaatlichen Regelwerkes, sondern nur eine materiellrechtliche Rechtswahl.²⁴

Es stellt sich die Frage, welches „nichtstaatliche Regelwerk“ („non-State body of law“) oder „internationale Übereinkommen“ („international convention“) für das Arbeitsrecht Bedeutung haben könnte. Man könnte an die zahlreichen Übereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation denken. Sie sind jedoch als völkerrechtliche Abkommen nicht immer eindeutig und regeln immer nur einzelne Gebiete des Arbeitsrechts und stellen somit kein umfassendes Normensystem dar. Ein Verweis auf solche Übereinkommen wäre deswegen nicht als Rechtswahl, sondern als materielles Recht zu bewerten.²⁵ Für das Arbeitsrecht ist also diese Öffnung in Richtung nichtstaatliches Recht offensichtlich von geringer Relevanz als für das Handelsrecht oder Schuldvertragsrecht.²⁶

5.2. Stillschweigende Rechtswahl

Die Rechtswahl kann ausdrücklich oder auch stillschweigend erfolgen. Eine wichtige Veränderung gibt es in der Rom I-VO, da die Bedingungen einer stillschweigenden Rechtswahl etwas strikter und enger geworden sind als es im Übereinkommen der Fall war. Das Übereinkommen von Rom hat von der Rechtswahl verlangt, dass sie mit „hinreichender Sicherheit“ (auf Englisch „demonstrated with reasonably certainty“, auf Französisch „façon certaine“) erfolgt. Art. 3 Abs. 1 Satz 2 der Rom I-VO fordert, dass sich die Rechtswahl „eindeutig“ (auf Englisch „clearly demonstrated“) aus den Bestimmungen des Vertrages oder aus den Umständen des Falles ergeben muss.²⁷ Durch die veränderte Formulierung will die Verordnung vorbeugen, dass nationale Gerichte ihre eigene Zuständigkeit feststellen, auch wenn die stillschweigende Rechtswahl nicht überzeugend genug war. Diese Änderung der Formulierung

21 Siehe Grünbuch 3.2.3. Parteiautonomie (Artikel 3 Absatz 1) – Wahl nichtstaatlicher Regelungen.

22 Andere Auffassung vertritt Leible. Seiner Meinung nach sollten grundsätzlich auch nichtstaatliche Regelwerke gewählt werden können, weil sie ihre Funktion erfüllen könnten. Näher dazu Stefan Leible, *Rechtswahl*, 41-55. In: Franco Ferrari / Stefan Leible, (Hrsg.) *Ein neues Internationales Vertragsrecht für Europa – Der Vorschlag für eine Rom I-Verordnung*, Studien zum Internationalen Privat- und Verfahrensrecht, Bd. 10. Jenaer Wissenschaftlicher Verlagsgesellschaft, 2007. S. 48 f. Gegen die Möglichkeit der Wahl eines nichtstaatlichen Regelwerkes siehe auch Junker, *Arbeitsverträge*, S. 117 f.

23 Die englische Fassung: “This Regulation does not preclude parties from incorporating by reference into their contract a non-State body of law or an international convention.”

24 Wurmnest, S. 487; Ulrich Magnus, *Die Rom I-Verordnung*, *IPRax* 2010, 27-44. S. 33. Leible vertritt die Meinung, dass die materiellrechtliche Rechtswahl in den meisten Fällen keine ausreichende Lösung ist. Leible, *Rechtswahl*, 48.

25 Wurmnest, S. 487.

26 Wurmnest, S. 488.

27 Es gibt auch solche Meinung, nach der die Änderung des Wortlautes nicht zu einer Änderung des Inhaltes führt, sondern das Ziel dieser Modifikation war es nur, die englische und deutsche Fassung mit dem französischen Text in Einklang zu bringen. So Heiss, 1 f.

wird allerdings aus dem ungarischen Text der Verordnung nicht deutlich. Im ungarischen Text der Rom I-VO und des EVÜ wird nämlich der gleiche Ausdruck benutzt.²⁸

Bei der Entstehung der Rom I-Verordnung war es sehr umstritten, wie die Voraussetzungen der stillschweigenden Rechtswahl formuliert werden sollten. Das Grünbuch widmet der Frage eigenen Absatz, wie die stillschweigende Rechtswahl von dem hypothetischen Willen der Parteien abgegrenzt werden kann.²⁹ Auch das Grünbuch gibt zu, dass die Grenze zwischen diesen zwei Formen äußerst fließend ist. Abweichende Auslegungen in den verschiedenen Staaten sind auch auf die unterschiedlichen Sprachfassungen des EVÜ zurückzuführen. Das ist auch der Grund dafür, warum die deutschen und englischen Gerichte mehr dazu neigen, eine stillschweigende Rechtswahl zu bejahen, auch wenn sich diese Entscheidung aus dem Vertrag selbst nicht ergeben hat.³⁰ Diesem sog. „Heimwärtsstreben“ der Gerichte wollte der Gemeinschaftsgesetzgeber ein Ende setzen, um den tatsächlichen Parteiwillen mehr Raum zu geben. Durch die Änderungen sollen die objektiven Umstände des Arbeitsverhältnisses den subjektiven Vorstellungen des Richters vorgehen.³¹ Es dürfen jedoch keine überspannten Anforderungen an die Formulierung und an die Genauigkeit der Rechtswahl gestellt werden.³²

Es ist allerdings weiterhin eine offene Frage, wann eine eindeutige Rechtswahl vorliegt. In welchen Fällen ist die Rechtswahl eindeutig? Nehmen wir an, dass die Vertragsparteien die ausschließliche Zuständigkeit eines bestimmten Gerichts für die Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien vereinbaren. Bedeutet diese Klausel ohne weitere Faktoren, die die Rechtswahl unterstützen würden, bereits eine stillschweigende Rechtswahl?³³ Bei dem Entstehungsprozess der Rom I-Verordnung wurde auch diese Frage eingehend diskutiert. Nach mehreren Vorschlägen haben die Parteien letztendlich im zwölften Erwägungsgrund der Preamble festgelegt, dass die ausschließliche Zuständigkeit eines oder mehrerer Gerichte bei der Feststellung der Rechtswahl einer der zu berücksichtigenden Faktoren sein sollte.³⁴ Dies bedeutet, dass

28 „kellő bizonyossággal“ (mit hinreichender Sicherheit)

29 Die hypothetische Rechtswahl ist nichts anderes, als eine breit ausgelegte stillschweigende Rechtswahl. Bei einer hypothetischen Rechtswahl überlegen die Gerichte, welches Recht die Parteien gewählt hätten, wenn sie eine Rechtswahl getroffen hätten. Grünbuch 3.2.4. Parteiautonomie – Definition der stillschweigenden Rechtswahl (Artikel 3 Absatz 1) S. 28.

30 Grünbuch 3.2.4.2. Probleme mit der Anwendung von Artikel 3, S. 28f. Wurmnest, S. 489.

31 Es gab sogar solche Vorschläge, dass die Verordnung die Katalog der Umstände enthalten könnte, die auf die stillschweigende Rechtswahl deuten könnten. Kritiker dieses Vorschlages haben hervorgehoben, dass die Gerichte hätten sich wahrscheinlich viel zu sehr an diese Katalog gebunden. So Csöndes, Mónika – Nemessányi, Zoltán, *Jogválasztás a Római Egyezménytől a Róma I. rendelet tervezetéig, Jogtudományi Közlöny*, 2008. május, 239-250. S. 244.

32 Leible, S. 43.

33 Die Bedeutung der Vereinbarung der Zuständigkeit eines Gerichts für die stillschweigende Rechtswahl wird in der ungarischen Literatur durch Csöndes / Nemessányi ausführlich behandelt. Siehe Csöndes – Nemessányi, S. 244-246.

34 Im Art. 3 des Entwurfs der Rom I-VO war noch die Annahme festgelegt, dass wenn sich die Vertragsparteien in der ausschließlichen Zuständigkeit eines oder mehrerer Gerichte einigen, dann ist die stillschweigende Rechtswahl des Rechts dieses Staates anzunehmen. Leible hat gefordert, dass diese Auslegungsregel statt dem Gesetzestext in den Erwägungsgründen seinen Platz finden sollte. Er hat ferner auch dafür plädiert, dass einer Gerichtsstandsvereinbarung höchstens nur Indizwirkung beigemessen sollte, sie soll jedoch keine Vermutung darstellen. Beide Vorschläge wurden übernommen. Siehe in: Leible, S. 44 f. Zu den verschiedenen Vorschlägen während der Entstehung der Rom I-Verordnung siehe Csöndes/Nemessányi, S. 245-246. und Czigler/Gyöngy, S. 13-18.

die Vereinbarung eines ausschließlichen Gerichtsstandes ein wichtiges Zeichen für die stillschweigende Wahl des Rechts des Gerichtsortes ist.³⁵ Vereinbaren also die Vertragsparteien den ausschließlichen Gerichtsstand, ist beim Fehlen von Hinweisen auf einen abweichenden Willen die stillschweigende Rechtswahl festzustellen.³⁶

Weniger eindeutig scheint eine Rechtswahl zu bestehen, wenn der Arbeitsvertrag auf eine Vorschrift oder auf die Kündigungsschutzregelungen eines bestimmten Staates oder aber auf einen Tarifvertrag verweist. Meiner Meinung nach stellen solche Klauseln keine eindeutige Verweise auf die Wahl des Rechtssystems eines bestimmten Staates dar. Deswegen sollte eine solche Klausel nach der Rom I-Verordnung für eine stillschweigende Rechtswahl nicht ausreichen.³⁷ Meiner Meinung nach ist dieser Fall ein ausgezeichnetes Beispiel dafür, dass solche Fälle, die früher als stillschweigende Rechtswahl gegolten haben, nach den höheren Anforderungen der Rom I-VO nicht mehr so zu qualifizieren sind.

6. Die drei Schranken der Rechtswahl

6.1. Die erste und zweite Schranken – Günstigkeitsvergleich

Die freie Rechtswahl bietet der stärkeren Vertragspartei, nämlich den Arbeitgeber die Möglichkeit, das Recht auszuwählen, das überwiegend für ihn günstig ist und die schwächere Partei, den Arbeitnehmer, ungünstig trifft. Deswegen wurde der freien Rechtswahl zum Schutz des Arbeitnehmers Grenzen gesetzt. Das Übereinkommen von Rom hat der Rechtswahl zwei Schranken gesetzt. Diese wurden durch die Rom I-Verordnung übernommen und eine weitere Schranke wurde eingebaut. Grundprinzip der Schranken ist der Günstigkeitsvergleich. Dieser beschränkt die tatsächliche Rechtswahl auf eine Weise, die in Zweifel stellt, ob man über eine wirkliche Wahl tatsächlich noch reden kann. Das eindeutige Ziel des Günstigkeitsvergleiches ist der Schutz des Arbeitnehmers. Der Günstigkeitsvergleich wirft allerdings schwierige Fragen auf, die durch die Rom I-VO nicht gelöst wurden. Dieses Problem wird nur dadurch aufgelockert, dass die Vertragsparteien meistens das Recht auswählen, das auch nach den objektiven Anknüpfungselementen mit dem Arbeitsverhältnis ohnehin die engste Beziehung aufweist.³⁸

Die erste Schranke bilden die imperativen Regelungen des Staates, die ohne Rechtswahl auf das Rechtsverhältnis Anwendung finden würden (Art. 3 Abs. 3). Wenn alle Elemente des Sachverhaltes zum Zeitpunkt der Rechtswahl für einen anderen als denjenigen Staat sprechen, dessen Recht gewählt wurde, müssen trotz der Rechtswahl die zwingenden Vorschriften dieses Staates Anwendung finden.

³⁵ Wurmnest, S. 489.

³⁶ Magnus, S. 33.

³⁷ A.A. Wurmnest, S. 489. und Martiny, Rn. 4839.

³⁸ Berke, Gyula, A nemzetközi (kollíziós) munkajog, In: Berke, Gyula / Gyulavári, Tamás / Kiss, György, *Külföldiek foglalkoztatása Magyarországon*, KJK Kerszöv, Budapest 2002. 103-113. S. 103, 109. Abbo Junker, Das Internationale Arbeitsrecht im Spiegel der Rechtsprechung, In: *Festschrift 50 Jahre Bundesarbeitsgericht*, 2004, S. 1197, 1200.

Die zweite Schranke ist eine spezielle Einschränkung für die Arbeitsverhältnisse gemäß Art. 8 Abs. 1 Satz 2. Danach darf die Rechtswahl der Parteien nicht dazu führen, dass dem Arbeitnehmer der Schutz entzogen wird, der ihm durch Bestimmungen gewährt wird, von denen nicht durch Vereinbarung abgewichen werden darf. Die Rechtswahl der Parteien wird dadurch wesentlich eingegrenzt, dass auf Grund objektiver Anknüpfung maßgebliche zwingende arbeitsrechtliche Vorschriften auf das Arbeitsverhältnis Anwendung finden müssen. Das gewählte Recht ist weiterhin anwendbar, aber die zwingenden Normen des Staates des Arbeitsplatzes oder der Niederlassung gehen vor.

Während die erste Schranke eine allgemeine Einschränkung darstellt, ist die zweite Schranke eine spezielle Regel für das Arbeitsverhältnis. Bei der zweiten Schranke reicht nur ein Element – nämlich normalerweise der gewöhnliche Arbeitsort – aus, um die Rechtswahl einzuschränken. Deswegen ist im Arbeitsrecht die erste Regel von keiner Bedeutung.

Bei der Einschränkung der Rechtswahl bei den Individualarbeitsverhältnissen hat sich der Wortlaut verändert. Das EVÜ hat die „zwingenden Bestimmungen des Rechts“ und „mandatory rules of the law“ in Art. 6 Abs. 1 geregelt, während jetzt Art. 8 Abs. 1 S. 2 der Rom I-VO folgendermaßen formuliert: „Bestimmungen (...), von denen (...) nicht durch Vereinbarung abgewichen werden darf“ (auf Englisch: „provisions that cannot be derogated from by agreement“).

Das Ziel dieser Schranke war und bleibt der Schutz des Arbeitnehmers. Es soll verhindert werden, dass der stärkere Arbeitgeber das anwendbare Recht einseitig bestimmt und damit den Arbeitnehmer unverhältnismäßig benachteiligt. Somit kann durch Rechtswahl nicht der Schutz des Arbeitnehmers entzogen werden, der ihm ohne Rechtswahl zustehen würde. Die dem Arbeitnehmer günstigere Regelung erhält Vorrang. Ferner ist auch der Zweck dieser Regelung der Schutz des Arbeitsmarktes. Diese Regelung schützt den Arbeitsmarkt vor ungünstigeren und billigeren Arbeitskräften dadurch, dass die Minimalstandards des Arbeitsrechts des Empfängerstaates auf den Arbeitnehmer Anwendung finden müssen.

Die Abwägung zwischen den Vorschriften zur Feststellung, welche günstiger ist, erfolgt durch den Vergleich der Ergebnisse, zu denen die betreffenden Rechtsordnungen führen würden. Pauschale Vergleiche – wenn man z.B. die Kündigungsschutzsysteme zweier Staaten vergleicht – sind wenig sinnvoll. Genauso wenig ist es aber vorstellbar, dass man einzelne Regelungen miteinander vergleicht, z.B. die Kündigungsfristen in den zwei Rechtssystemen. Eine Kumulation der Vorteile beider Rechtsordnungen ist ebenfalls nicht erlaubt.³⁹ Die herrschende Lehre befürwortet einen Sachgruppenvergleich, der auch beim tarifvertragsrechtlichen Günstigkeitsprinzip des § 4 Abs. 3 TVG erfolgt.⁴⁰ Diese Schranke muss nach der internationalen Praxis eng ausgelegt werden und kann nicht dazu führen, dass der Arbeitnehmer die besten Regelungen aus mehreren Rechtssystemen herauspickt.

Einen Mangel der Rom I-VO stellt es dar, dass Art. 8 nicht festlegt, welche Art die durchzusetzenden Vorschriften sein müssen. Eine einheitliche Interpretation des

39 Martiny, Rn. 4846.

40 Zum Sachgruppenvergleich betreffend § 4 Abs. 3 TVG siehe Rolf Wank In: Herbert Wiedemann (Hrsg.) *Tarifvertragsgesetz*, Verlag C.H.Beck, München 2007. § 4 TVG, Rn. 470. ff.

Ausdruckes „Bestimmungen, von denen durch Vereinbarung nicht abgewichen werden darf“ durch den EuGH wäre erforderlich. Grundvoraussetzung ist, dass sie nicht dispositiv, also für die Parteien nicht abdingbar sein dürfen. Sie müssen ferner Schutzvorschriften sein, d.h. sie müssen die Rechtsstellung des schwächeren Vertragsteiles verbessern. Art. 8 unterscheidet sich nicht danach, ob die Schutzvorschriften öffentlichrechtlicher oder privatrechtlicher Natur sind. Es muss sich jedoch um Bestimmungen handeln, die Auswirkungen auf den Inhalt des Arbeitsverhältnisses haben, also solche die nicht nur Gebote an den Arbeitgeber darstellen. Wenn man den Begriff Schutzvorschriften weit interpretiert, dann kann das gewählte Recht praktisch in jeder einzelnen Frage durch günstigere Bestimmungen des anderen Rechts korrigiert werden. In Betracht kommen insbesondere Normen über Kündigungsschutz, Lohnzahlung und Urlaubsansprüche. Solche zwingenden Bestimmungen sind z.B. Vorschriften über gesetzliche Mindestlöhne, Schutzvorschriften über den Lohnanspruch ohne Arbeit (Betriebsrisiko, Feiertagsbezahlung) oder zwingende Vorschriften des Kündigungsschutzrechts.⁴¹

6.2. Die gemeinschaftsrechtliche Schranke – Art. 3. Abs. 4. (Binnenmarktklausel)

Es gibt eine neue Einschränkung der Rechtswahl in der Rom I-Verordnung, die es im Übereinkommen von Rom noch nicht gab.⁴² Wenn alle anderen Elemente des Sachverhaltes zum Zeitpunkt der Rechtswahl an einen oder an mehrere Mitgliedstaaten anknüpfen, müssen trotz Rechtswahl eines Drittstaates die zwingenden Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts Anwendung finden.⁴³ Die Binnenmarktklausel gründet eine Regel auf EU-Ebene parallel zu Art. 3. Abs. 3 auf nationaler Ebene.⁴⁴ Das Gemeinschaftsrecht muss in der von dem Mitgliedstaat umgesetzten Form angewendet werden. Das Ziel dieser Regelung war es, den zwingenden Regelungen des Gemeinschaftsrechts – einschließlich des nationalen Rechts, das als Ergebnis der Umsetzung des Gemeinschaftsrechts entstanden ist – Geltung zu verleihen.

Interessant ist die Frage – auch wenn sie eher von theoretischer Relevanz ist – wie Art. 4 zur Anwendung kommt, wenn die Parteien das Recht eines Mitgliedstaates gewählt haben, der Teile des Gemeinschaftsrechts nicht oder nicht korrekt umgesetzt hat.⁴⁵ Gründe der Rechtssicherheit und der Freiheit der Rechtswahl sprechen dafür, dass dieses Recht trotz gemeinschaftswidriger oder nicht gemeinschaftskonformer Regelungen vollständig Anwendung finden soll.

41 Martiny, Rn. 4918. und 4928.

42 Die Einführung dieser Regel kann auf den legislativen Vorschlag von Jürgen Basedow zurückgeführt werden. Siehe: Jürgen Basedow, Materielle Rechtsangleichung und Kollisionsrecht, In: Schnyder/Heiss/Rudisch (eds.) *Internationales Verbraucherschutzrecht*, Tübingen 1995, S. 11, 34. Verweis von Heiss, S. 4.

43 Art. 3 Abs. 4 Rom I-VO wird teilweise durch Art. 8. Abs. 1 Rom I-VO verdrängt, wenn Teile des Gemeinschaftsrechts als zwingendes Recht gelten, von denen nicht durch Vereinbarung abgewichen werden darf. Siehe Wurmnest, S. 490.

44 Heiss, S. 4.

45 Siehe die Behandlung dieser Fragestellung bei Magnus, S. 34.

7. Zwingende Vorschriften und Eingriffsnormen

7.1. Die zwei Kategorien der zwingenden Vorschriften

Die Rom I-Verordnung hat bezweckt, den Ausdruck „zwingende Bestimmung“ besser zu definieren als es das EVÜ gemacht hat. Das EVÜ hat betreffend die Individualarbeitsverhältnisse generell über „zwingende Vorschriften“ (mandatory rules) in Art. 7 und über „zwingende Bestimmungen des Rechts“ (mandatory rules of the law) in Art. 6 Abs. 1 gesprochen mit der Folge, dass die beiden Artikel die gleiche Bedeutung hatten. Der 37. Erwägungsgrund der Verordnung sagt aus, dass „der Begriff „Eingriffsnormen“ von dem Begriff „Bestimmungen, von denen nicht durch Vereinbarung abgewichen werden kann“, unterschieden werden sollte und enger ausgelegt werden muss“. Das Ziel der Rom I-VO war es damit, den früher einheitlichen Begriff auf zwei unterschiedliche Kategorien aufzuteilen. Art. 8 Abs. 1 Rom I-VO spricht über Bestimmungen, von denen nicht durch Vereinbarung abgewichen werden darf. Diese Kategorie wurde bei den Schranken als Günstigkeitsvergleich behandelt. Dazu hat Art. 9 der Verordnung einen neuen Begriff, nämlich denjenigen der „Eingriffsnorm“ („overriding mandatory provisions“) eingeführt. Wie der vorhin erwähnte Erwägungsgrund festlegt, sind die Eingriffsnormen enger auszulegen, als die imperativen Vorschriften. Die Rom I-VO hat folglich die zwei Kategorien klarer von einander abgegrenzt. In Folgenden werden die Abgrenzungsmerkmale dieser zwei Kategorien der zwingenden Vorschriften untersucht und die Eingriffsnormen ausführlicher behandelt.

Zwischen den zwei Kategorien der zwingenden Vorschriften gibt es Berührungspunkte und Überschneidungen.⁴⁶ Aufgrund des Inhaltes und der Zielrichtung der beiden Normen ist es jedoch möglich, eine Abgrenzung zu schaffen. Während Art. 8 arbeitsrechtliche Vorschriften, d.h. Arbeitnehmerschutzvorschriften erfasst, bezieht sich Art. 9 Abs. 1 auf allgemeinere Vorschriften, die den öffentlichen Interessen dienen.⁴⁷ Eingriffsnormen können nur öffentlich-rechtliche Regelungen sein. Bestimmungen, von denen gemäß Art. 8 Abs. 1 Satz 2 Rom I-VO nicht durch Vereinbarung abgewichen werden darf können jedoch sowohl privatrechtliche, als auch öffentlich-rechtliche Regelungen sein. Dadurch entsteht meiner Meinung nach eine gewisse Überlappung, da die öffentlich-rechtlichen Vorschriften von beiden Regeln erfasst werden.

7.2. Eingriffsnormen – Eine neue Kategorie

Art. 7 EVÜ hat früher die zwingenden Vorschriften geregelt. Es war nicht eindeutig, welche Regeln als zwingende Vorschriften anzusehen sind. Die herrschende Meinung vertrat die Auffassung, dass solche Regelungen zu dieser Kategorie gehören, die nicht nur dem Schutz von Individualinteressen des Arbeitnehmers dienen, sondern staats- und wirtschaftspolitische Zielen, d.h. öffentliche Gemeinwohlinteressen verfolgen.⁴⁸

⁴⁶ Martiny, Rn. 4905 f.

⁴⁷ Martiny behandelt die verschiedenen Phasen des Arbeitsverhältnisses einzeln sowie die wichtigsten arbeitsrechtlichen Vorschriften und qualifiziert sie, nach welchem Recht sie bei grenzüberschreitenden Arbeitsverhältnissen zu bestimmen sind. Martiny, Rn. 4914 ff.

⁴⁸ So z.B. Deinert, S. 150.

Art. 9 Abs. 1 der Verordnung gibt eine Definition der Eingriffsnorm („overriding mandatory provisions“). Diese Definition wurde aus dem *Arblade-Urteil*⁴⁹ des EuGH übernommen. Nach dieser Begriffsbestimmung sind solche Regelungen Eingriffsnormen, die für die Wahrung des öffentlichen Interesses, insbesondere der politischen, sozialen und organisatorischen Interessen des Staates entscheidend sind. Diese Definition scheint eindeutig einen engeren Kreis der Regelungen zu umfassen als das EVÜ. Unter der Geltung des EVÜ gab es die herrschende Meinung, dass sich die Normen des Sonderprivatrechts auch als Eingriffsnormen eignen, wenn sie auch gewichtigen öffentlichen Interessen dienen. Diese Auffassung könnte durch die neue Definition Veränderungen erfahren. Als Eingriffsnormen können in der Zukunft nur solche Regelungen qualifiziert werden, die entscheidend für die Wahrung der aufgezählten Interessen eines Staates sind. Der Begriff „entscheidend“ drückt aus, dass es um besondere öffentliche Interessen gehen muss.⁵⁰

Deinert ist der Auffassung, dass im deutschen Recht zu den Eingriffsnormen beispielsweise die folgenden Regelungen gehören: das Massenentlassungsrecht nach §§ 17 ff. KSchG, der Sonderkündigungsschutz für Arbeitnehmervertreter nach §§ 15 KSchG, 103 BetrVG, der Lohnfortzahlungsanspruch nach § 3 EFZG oder die Beschäftigungspflicht nach § 71 SGB IX sowie der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz.⁵¹ Nach *Martiny* wird z.B. das Diskriminierungsverbot des § 2 Nr. 7 AEEntG als Eingriffsnorm qualifiziert.⁵² Bei vielen Vorschriften ist es jedoch äußerst umstritten, ob sie zu den Eingriffsnormen gehören. Ein gutes Beispiel dafür stellt der allgemeine Kündigungsschutz dar. Nach einer Auffassung dient er nur dem Schutz der schwächeren Partei; andere meinten noch betreffend das EVÜ, dass er eine Eingriffsnorm darstellt.⁵³ Es ist fraglich, wie solche Normen nach der Neuformulierung zu beurteilen sind. Meiner Meinung nach bringt der neue Begriff und die neue Definition eine engere Auslegung mit sich und der Kreis der Regelungen, die unter diesen Begriff gehören, muss enger ausgelegt werden.

Eine weitere umstrittene Frage ist, ob die zwingenden Vorschriften eines Tarifvertrages auch Anwendung finden müssen. In der Literatur wird zwischen Tarifverträgen und solchen die für allgemeinverbindlich erklärt wurden differenziert. Die allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträge können als Eingriffsnormen angesehen werden, da diese durch die Allgemeinverbindlicherklärung naturgemäß den öffentlichen Interessen dienen.⁵⁴ Anders wird diese Frage bei Tarifverträgen ohne Allgemeinverbindlicherklärung beurteilt.⁵⁵ Bei diesen hängt die Antwort auch davon ab, wie der Geltungs-

49 Siehe *Arblade* Entscheidung des EuGH. 23.11.1999. C-369/96. Slg. 1999, I-8453. Rn. 30.

50 Karsten Thorn, *Eingriffsnormen*, S. 129-149. In: Franco Ferrari / Stefan Leible, (Hrsg.) *Ein neues Internationales Vertragsrecht für Europa – Der Vorschlag für eine Rom I-Verordnung*, Studien zum Internationalen Privat- und Verfahrensrecht, Bd. 10. Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft 2007.

51 Siehe die Beispiele mit Literaturhinweise bei *Deinert*, S. 152.

52 *Martiny*, Rn. 4916.

53 Siehe dazu *Deinert* S. 152.

54 Siehe dazu die Ausführungen bei *Deinert*, S. 151.

55 A.A. vertritt *Schlachter*, die auf der Grundlage einer BAG Entscheidung dafür spricht, dass ein allgemeinverbindlicherklärter Tarifvertrag nicht als Eingriffsnorm angesehen werden kann. *Erfk/Schlachter* Art. 34. EGBGB Rn. 19.

bereich des Tarifvertrages geregelt wird. Binden sie nur die Organisierten, können sie durch ihren eingeschränkten Wirkungsbereich nicht den öffentlichen Interessen dienen. Gelten die Tarifverträge jedoch für alle Arbeitnehmer des tarifgebundenen Arbeitgebers, wie z.B. in Ungarn, hat der Tarifvertrag einen weiteren Geltungsbereich, der den öffentlichen Interessen dienen kann.

8. Welches Recht ist ohne Rechtswahl anzuwenden? – Die objektiven Anknüpfungsregeln

Die objektiven Anknüpfungsregeln des EVÜ sind grundsätzlich unverändert geblieben. Es muss zunächst geprüft werden, ob es einen gewöhnlichen Arbeitsort gibt. Gibt es keinen solchen in einem Staat, findet das Recht der einstellenden Niederlassung Anwendung. Weiterhin besteht die Möglichkeit bei atypischen Fällen diese zwei Regeln durch die Ausweichklausel zu korrigieren, wenn das Arbeitsverhältnis eine engere Beziehung zu einem anderen Recht aufweist.

8.1. Der gewöhnliche Arbeitsort

Die Grundregel besagt gemäß Art. 8. Abs. 2, dass das Recht des gewöhnlichen Arbeitsortes anzuwenden ist (*lex loci laboris*). Wenn es im Arbeitsverhältnis einen gewöhnlichen Arbeitsort gibt, auch wenn der Arbeitnehmer vorübergehend anderswo arbeitet, findet das Recht dieses Ortes Anwendung. Der gewöhnliche Arbeitsort ist der Ort, an dem der Arbeitnehmer den überwiegenden Teil seiner Arbeitsleistung erbringt. Entscheidend ist also, in welchem Staat der Mittelpunkt der Tätigkeit liegt. Sind der vertraglich vereinbarte Arbeitsort und der tatsächliche Arbeitsort unterschiedlich, kommt es darauf an, an welchem Ort die tatsächliche Arbeitsleistung erbracht wird.⁵⁶

Die Entsenderichtlinie hat das Kollisionsrecht für entsandte Arbeitnehmer wesentlich verändert, ohne dass diese Veränderung ausdrücklich in der Rom I-Verordnung Ausdruck gefunden hätte. Früher wurde noch davon ausgegangen, dass ohne Rechtswahl bei längeren Entsendungen nach dem Prinzip des gewöhnlichen Arbeitsortes das Recht des Staates auf das Arbeitsverhältnis Anwendung findet, in dem der Arbeitnehmer entsandt wurde. Dieser Auffassung kann gemäß der Entsenderichtlinie nicht mehr gefolgt werden. Daraus folgt nämlich, dass bei einer Entsendung auf das Arbeitsverhältnis weiterhin das Recht des Sendestaates anzuwenden ist und nur angesichts der in der Entsenderichtlinie aufgelisteten Arbeitsbedingungen die Regelungen des Empfängerstaates Anwendung finden. Die Richtlinie formuliert diese Bedingungen als Mindestbedingungen für die entsandten Arbeitnehmer. In der *Luxemburg*-Entscheidung⁵⁷ hat der EuGH jedoch klargestellt, dass sie auch Höchstarbeitsbedingungen bedeuten und dementsprechend ist es dem Empfängerstaat untersagt, seine eigenen Regelungen über die in der Richtlinie aufgelisteten Arbeitsbedingungen hinaus auf das Arbeitsverhältnis anzuwenden.

⁵⁶ Bleggen, S. 33-34.

⁵⁷ Urteil des Europäischen Gerichtshofes vom 19. Juni 2008, Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Großherzogtum Luxemburg, Rechtssache C-319/06.

Der Begriff „gewöhnlicher Arbeitsort“ wurde modifiziert. Art. 8 Abs. 2 der Rom I-Verordnung wurde im Vergleich zu dem Übereinkommen von Rom mit dem Ausdruck „andernfalls von dem aus“ ergänzt. Dies kann „von dem aus“-Klausel genannt werden.⁵⁸ Diese Ergänzung drückt aus, dass das Recht des Staates Anwendung finden soll, von dem aus der Arbeitnehmer gewöhnlich seine Arbeit errichtet (in der englischen Version; „the law of the country in which or, failing that, from which the employee..“ im französischen Text: „la loi du pays dans lequel ou, à défaut, à partir duquel le travailleur...“). Diesen Begriff enthielt das Übereinkommen nicht.

Mit der „von dem aus“-Klausel hat die Rom I-VO die wichtigsten Aussagen zweier EuGH-Entscheidungen zum Brüsseler Übereinkommen übernommen. Beide Urteile dienen dem Ziel, auch bei häufiger, grenzüberschreitender Reisetätigkeit die Anknüpfung an den gewöhnlichen Arbeitsort zu bewahren und dadurch den Arbeitnehmer zu schützen.⁵⁹ In der *Mulox v Geels* Entscheidung⁶⁰ hat der EuGH festgelegt, dass als gewöhnliche Arbeitsort der Ort anzusehen ist, an dem oder von dem aus der Arbeitnehmer seine Pflichten gegenüber seinem Arbeitgeber hauptsächlich erfüllt. Im Fall *Rutten v. Cross Medical*⁶¹ hat der EuGH den Bestand eines gewöhnlichen Arbeitsortes bei einem Arbeitnehmer festgestellt, der ein Drittel seiner Arbeitszeit im Ausland verbracht hat, aber ein Büro im Inland hatte, wohin er immer wieder zurückkehrte und seine Arbeit von dort erledigte. In diesem Fall hat der Arbeitnehmer seine Tätigkeit in mehreren Mitgliedstaaten verrichtet. Der gewöhnliche Arbeitsort war der Ort, den der Arbeitnehmer zum tatsächlichen Mittelpunkt seiner Berufstätigkeit gemacht hat. Für die Bestimmung dieses Ortes ist der Umstand zu berücksichtigen, dass der Arbeitnehmer den größten Teil seiner Arbeitszeit in einem Staat verbringt, in dem er ein Büro hat, von dem aus er seine Tätigkeit für seinen Arbeitgeber organisiert und wohin er nach jeder im Zusammenhang mit seiner Arbeit stehenden Auslandsreise zurückkehrt. In der Literatur wird auch dafür plädiert, dass ein gewöhnlicher Arbeitsort festzustellen ist, wenn der Arbeitnehmer mindestens 60% seiner Arbeitszeit an einem bestimmten Ort in einem Staat verbringt.⁶²

Die „von dem aus“-Klausel kommt nicht nur dann zur Anwendung, wenn der Arbeitnehmer seine Arbeit in mehreren Staat verrichtet. Denken kann man auch an Telearbeit, oder z.B. an Callcenter Arbeit, bei welcher der Arbeitnehmer physisch in einem ganz anderen Staat sein kann. Es gab jedoch in der Literatur auch früher die Meinung, dass in Fällen von Heimarbeit oder internationaler Telearbeit der Ort der tatsächlichen Arbeitsleistung den gewöhnlichen Arbeitsort bestimmt.⁶³ Die Ergänzung der Bestimmung des gewöhnlichen Arbeitsortes hat jedoch bei solchen Arbeitsverhältnissen das anwendbare Recht klargestellt.

58 Wurmnest, S. 492.

59 Junker, *Arbeitsverträge*, S. 121f.

60 EuGH C-125/92. von 13.7.1993. *Mulox v. Geels*, Slg. 1993, I-4075, insb. Rn. 24.

61 EuGH C-383/95. von 9.1.1997. *Rutten v. Cross Medical*, Slg. 1997, I-57.

62 Siehe Peter Mankowski, *Der gewöhnliche Arbeitsort im Internationalen Privat- und Prozessrecht*, *IPRax*, 1999, 332-338. 336; Felipe Temming, *Europäisches Arbeitsprozessrecht: Zum gewöhnlichen Arbeitsort bei grenzüberschreitend tätigen Außendienstmitarbeitern*, *IPRax*, 2010, Heft 1, S. 59-66. 64; Blefgen, S. 49-50.

63 Blefgen, S. 34.

8.2. Das Recht der einstellenden Niederlassung

Kann das anzuwendende Recht nicht nach der gewöhnlichen Arbeitsort bestimmt werden, dann unterliegt der Arbeitsvertrag dem Recht des Staates, in dem sich die Niederlassung befindet, die den Arbeitnehmer eingestellt hat. Diese Regel gilt in der Rom I-Verordnung gemäß Art. 8 Abs. 3 der Verordnung als Ersatzregel des gewöhnlichen Arbeitsortes, wenn der gewöhnliche Arbeitsort nicht bestimmt werden kann. Nach dem Wortlaut des EVÜ – in dem die Anknüpfung an den gewöhnlichen Arbeitsort und an die einstellende Niederlassung mit einem „oder“ erfolgt ist – war es nicht eindeutig, ob die einstellende Niederlassung als Anknüpfungselement eine Alternative zum gewöhnlichen Arbeitsort ist oder aber eine Ersatzregel. In der Literatur wurde die Anknüpfung an die einstellende Niederlassung als Ersatzregel wahrgenommen. Diese Auffassung und der Anspruch der Klarstellung sind in der neuen Formulierung zum Ausdruck gekommen. Die Rom I-Verordnung stellt klar, dass die einstellende Niederlassung nur dann das anzuwendende Recht bestimmen soll, wenn es nicht nach dem gewöhnlichen Arbeitsort festgestellt werden kann.⁶⁴

Typische Sachverhalte, in denen diese zweite Regel zur Anwendung kommt, sind diejenigen Fälle, in denen der Arbeitnehmer seine Arbeit gewöhnlich nicht in einem, sondern in verschiedenen Staaten verrichtet, d.h. wenn er wechselnde Arbeitsorte hat und damit ein Mittelpunkt der Tätigkeit nicht festgestellt werden kann.⁶⁵ Dabei ist auf die tatsächliche körperliche Tätigkeit und nicht auf telefonische oder per Internet durchgeführte Arbeiten abzustellen. Typische Beispiele für solche Arbeitnehmer sind Handelsvertreter mit grenzüberschreitender Tätigkeit, international tätige Journalisten, Monteure im Auslandseinsatz oder die für einen Konzern in verschiedenen Staaten eingesetzten Arbeitnehmer.⁶⁶

Die Rom I-VO hat nicht klargestellt, wie der Begriff der einstellenden Niederlassung zu definieren ist.⁶⁷ Eine Niederlassung ist eine dauerhaft angelegte organisatorische Einheit, die auch ein Betriebsteil oder eine Zweigstelle sein kann. Sie braucht gewisse Dauerhaftigkeit; d.h. Beauftragte oder Vertreter des Arbeitgebers ohne ständiges Büro können nicht als Niederlassung qualifiziert werden.⁶⁸ Grundsätzlich gilt als einstellende Niederlassung der Ort, an dem der Arbeitnehmer eingestellt wurde, d.h.

64 Deinert, S. 147.

65 Der andere Sachverhalt, bei dem keinen gewöhnlichen Arbeitsort festzustellen ist, ist die Tätigkeit im staatsfreien Gebiet, wie z. B. Arbeit auf einer Bohrinself auf hoher See, der nicht auf dem Hoheitsgebiet eines Staates ist, die Arbeit in der Antarktis oder in einer Raumstation. Solche Fälle sind jedoch nur von kleiner praktischer Relevanz. Siehe Blefgen, 50 f. Beispiele dazu auch bei Mankowski, *Employment Contracts under Article 8 of the Rome I Regulation*, S. 181 f. In: Franco Ferrari – Stefan Leible, (ed.) *Rome I Regulation - The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, Sellier European Law Publishers GmbH, Munich 2009.

66 Siehe die Beispiele bei Blefgen, S. 42.

67 In der deutschsprachigen Literatur wird teilweise die Auffassung vertreten, dass der Begriff der einstellenden Niederlassung inhaltlich dem Betriebsbegriff entspricht. Siehe dazu Blefgen, S. 53-56 und Fn. 239. Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden, da der Begriff der einstellenden Niederlassung breiter auszulegen ist, als der Betriebsbegriff.

68 Blefgen, S. 57 f.

an dem der Arbeitsvertrag unterschrieben wurde.⁶⁹ Der formale Vertragsschluss kann jedoch kein ausschließliches Kriterium darstellen. Dadurch könnte nämlich der Arbeitgeber einseitig entscheiden, wo der Arbeitsvertrag unterschrieben wird und somit das anwendbare Recht einseitig bestimmen.⁷⁰ Um eine derartige einseitige Rechtswahl und den Missbrauch dieser Regel zu vermeiden, soll der Ort als Niederlassung berücksichtigt werden, von dem aus das Arbeitsverhältnis betreut wird, der Arbeitnehmer die Instruktionen erhält und dadurch seine Arbeit koordiniert wird.⁷¹

8.3. Ausweichklausel

Ergibt sich aus der Gesamtheit der Umstände, dass der Arbeitsvertrag oder das Arbeitsverhältnis anhand aller Umstände des Falles eine engere Verbindung mit einem anderen Staat aufweist, als mit demjenigen, in dem der gewöhnliche Arbeitsort oder der Ort der Einstellung liegt, ist das Recht dieses anderen Staates anzuwenden. Das ist jedoch eher der Ausnahmefall. Diese Regel dient der Einzelfallgerechtigkeit, geht aber zu Kosten der Rechtssicherheit, da in den einzelnen Fällen nicht vorhersehbar ist, welcher Umstand das Recht letztendlich bestimmen wird.⁷²

Die Rom I-VO lässt offen, welche Kriterien berücksichtigt werden sollten. Die unter der Geltung des EVÜ herausgearbeiteten Umstände können dabei weiterhin eine Rolle spielen. Solche wichtigen Umstände, die einzeln oder meistens zusammen den gewöhnlichen Arbeitsort und die einstellende Niederlassung überlagern können, stellen z.B. die gemeinsame Staatsbürgerschaft des Arbeitgebers und des Arbeitnehmers (oder der Sitz des Arbeitgebers), der Wohnort des Arbeitnehmers, die Sprache des Arbeitsvertrages oder die Währung des Entgeltes dar. *Gamillscheg* hat noch dafür argumentiert, dass diese Ausweichklausel z.B. bei entsandten Arbeitskräften eine Rolle spielen kann.⁷³ Dieser Meinung ist heute anhand der Entsenderichtlinie nicht mehr zu folgen, da sie nicht nur die Mindest-, sondern auch die Höchstarbeitsbedingungen der entsandten Arbeitnehmer festlegt. Doch können viele Situationen vorkommen, in denen die Ausweichklausel zur Anwendung kommt.⁷⁴

8.4. Besondere Arbeitsverhältnisse

Es gibt spezielle Arbeitsverhältnisse, bei denen der Arbeitsplatz sich grenzüberschreitend bewegt und es deswegen keinen gewöhnlichen Arbeitsort gibt. Während der Gel-

69 Zu der ausführlichen Auslegung des Einstellungsbegriffes siehe Blefgen, S. 72-87.

70 *Gamillscheg*, *ZfA* 1983, S. 307, 334. *Junker*, *Das Internationale Arbeitsrecht im Spiegel der Rechtsprechung*, S. 1197, 1204. *Wurmnest*, S. 491.

71 *Deinert*, S. 147.

72 *Deinert*, S. 147.

73 *Gamillscheg*, *ZfA* 1983, S. 307, 340.

74 Wenn eine in Ungarn lebende japanische Familie eine japanische Babysitter einstellt und die in Yen ausbezahlt, wird dieses Arbeitsverhältnis eine engere Beziehung zum japanischen Arbeitsrecht aufweisen als zum ungarischen. Häufig kommt es vor, dass ungarische Staatsbürger, die in Ungarn nah zur österreichischen Grenze wohnen, in Österreich an einer Tankstelle arbeiten. Wenn diese Tankstelle von einer Gesellschaft mit ungarischem Sitz betrieben wird, können diese Umstände auch darauf hindeuten, dass das Arbeitsverhältnis einen engeren Kontakt zum ungarischen Arbeitsrecht aufweist.

tung des EVÜ sprach sich eine Ansicht dafür aus, dass in solchen Fällen das Recht der einstellenden Niederlassung maßgebend sei, das aber gegebenenfalls durch die Ausweichklausel ersetzt werden könne.⁷⁵ Die herrschende Meinung befürwortete jedoch die Anknüpfung an das Recht des gewöhnlichen Arbeitsortes.⁷⁶ Dieser letzteren Auffassung kann gemäß der Rom I-VO gefolgt werden, weil jetzt eindeutiger geworden ist, dass, wenn die Tätigkeit regelmäßig von einer Basis ausgehend verrichtet wird, dann ist der gewöhnliche Arbeitsort entscheidend.⁷⁷

Bei Seeleuten an Hochseeschiffen wurde unter der Geltung des EVÜ der gewöhnliche Arbeitsort meistens durch die Flagge des Schiffes bestimmt, auf dem die Seeleute gearbeitet haben.⁷⁸ Diesem Prinzip ist heute grundsätzlich weiterhin zu folgen. Bei Seeleuten kann ein gewöhnlicher Arbeitsort nicht mit der „von dem aus“-Klausel festgestellt werden, da sie häufig nicht zu einem bestimmten Hafen zurückkehren. Man kann davon ausgehen, dass, wie früher, das Recht der Flagge, als der gewöhnliche Arbeitsort maßgebend sein könnte. Wenn der Seemann seine Arbeit auf Schiffen mit unterschiedlichen Flaggen verrichtet, kann die zweite Regel Anwendung finden, nach der das Recht der einstellenden Niederlassung anzuwenden ist. Um ungerechte Ergebnisse zu vermeiden, kann man auf die Ausweichklausel zurückgreifen und auf diese Weise dasjenige Recht anwenden, das eine engere Verbindung zum Sachverhalt aufweist.⁷⁹

Es war umstritten, welches Recht anhand der objektiven Anknüpfung auf das fliegende Personal, das auf internationalen Routen eingesetzt wird, Anwendung finden soll. Als Anknüpfungselement wurde der Registrierungsort des Flugzeuges als der gewöhnliche Arbeitsort erwähnt. Dagegen kann man einwenden, dass Flugzeugbesatzungen häufig auf verschiedenen Routen eingesetzt werden und der Registerort keine Bedeutung für das Arbeitsverhältnis hat. Es war also fast unmöglich, einen gewöhnlichen Arbeitsort festzustellen. Deswegen wurde auch bisher meistens die einstellende Niederlassung als Anknüpfungselement angewandt.

Die Rom I-VO hat die Frage nach dem anwendbaren Recht auf das fliegende Personal nicht klargestellt. Der ergänzte Wortlaut des Art. 8 Abs. 2, nach dem auch der Ort von Bedeutung ist, „von dem aus“ der Arbeitnehmer gewöhnlich seine Arbeit verrichtet, bietet eine Möglichkeit für die Einbeziehung des fliegenden Personals in diese Kategorie. Verrichtet also das fliegende Personal seine Arbeit regelmäßig von einem Flughafen, von dem auch betreut wird und wohin er zurückkehrt, kann man diesen Flughafen als gewöhnlicher Arbeitsort definieren. Wird hingegen die Arbeit ohne Rückkehr zu einem bestimmten Staat verrichtet – was heutzutage eher der Regelfall ist – muss man auf die einstellende Niederlassung zurückgreifen.⁸⁰

Diese dogmatischen Überlegungen haben allerdings nur kleine praktische Relevanz, wenn man bedenkt, dass beim Bestehen eines Stützpunktes, von dem aus das Flugpersonal die Instruktionen erhält, beide Anknüpfungselemente, nämlich sowohl

75 Deinert, S. 147.

76 Blefgen, S. 104.

77 Deinert, S. 147.

78 Andere sprechen eher für die einstellende Niederlassung, wie auch der Giuliano – Lagarde Bericht, BT-Drucks. 10/503, S. 58.

79 Blefgen, S. 104-106. Wurmnest, S. 497-498.

80 Wurmnest, S. 496-497.

der gewöhnliche Arbeitsort als auch die einstellende Niederlassung zum gleichen Ergebnis führen.⁸¹

9. Fazit

Die Rom I-VO hat größtenteils die Regelungen und Instrumente des EVÜ übernommen und sich auf kleinere Änderungen beschränkt. Nur wenige Neuerungen wurden eingeführt, die meistens der Klarstellung der früher umstrittenen Normen dienen. Das Ziel der Rom I-VO war es nicht, das europäische Kollisionsrecht zu revolutionieren, sondern vorsichtig weiterzuentwickeln.⁸² Soll die Rom I-Verordnung als Ganzes bewertet werden, kann man verschiedene Aspekte hervorheben. Aus der Natur der gemeinschaftsrechtlichen Verordnung ergibt sich, dass sie zur Vereinheitlichung des Rechts der Mitgliedstaaten besser beitragen wird als dies ein internationales Abkommen, wie das EVÜ, konnte. Der EuGH kann durch die Auslegung der Regelungen auch eine große Rolle in der Vereinheitlichung und in der Stärkung der Rechtssicherheit spielen.

Von den Veränderungen in der Rom I-Verordnung ist die strengere Anforderung an eine stillschweigende Rechtswahl jedenfalls zu begrüßen. Die neue Regelung versucht, das „Heimwärtsstreben“ der Gerichte zurückzudrängen. Allerdings ist die Meinung in der Literatur noch nicht eindeutig bezüglich der Frage, wann eine stillschweigende Rechtswahl nach der neuen Regelung besteht.

In Zukunft soll auch derjenige Ort als gewöhnlicher Arbeitsort angesehen werden, von dem aus die Arbeit verrichtet wird. Diese Ergänzung ist zu begrüßen, weil sie in mehreren Fällen Präzisierung gebracht hat. Sie hilft in Fällen, in denen der Arbeitnehmer häufig im Ausland arbeitet oder Telearbeit leistet. Darüber hinaus kann sie in begrenzter Weise auch beim fliegenden Personal Bedeutung erlangen.

Es wurde im Erwägungsgrund Nr. 36 Satz 1 definiert, in welchen Fällen man über eine vorübergehende Arbeitsleistung im Ausland sprechen kann. Diese Definition ist nicht verfehlt, soll aber nicht als strikte Regel verstanden werden. Bei Entsendungen innerhalb eines Konzerns wird nach Erwägungsgrund Nr. 36 Satz 2 grundsätzlich das anwendbare Recht des gewöhnlichen Arbeitsortes sogar beim Abschluss eines Lokalarbeitsvertrages nicht geändert.

Die Einführung der Binnenmarktklausel als eine weitere Grenze für die Rechtswahl kann als natürliche Entwicklung gesehen werden, die zwar den Günstigkeitsvergleich weiter erschwert, aber für die einheitliche Rechtsanwendung günstig ist.

Es gab umstrittene Fragen im EVÜ, die auch durch die Rom I-Verordnung nicht klargestellt worden sind. So wurde z.B. der Maßstab des Günstigkeitsvergleichs der Auslegung des EuGH überlassen.

81 Wurmnest, S. 497.

82 Junker, *Arbeitsverträge*, S. 112.