

Verfahrensgang

LAG Berlin-Brandenburg, Urt. vom 10.07.2013 - 17 Sa 2620/10, [IPRspr 2014-70a](#)
BAG, Urt. vom 10.04.2014 - 2 AZR 741/13, [IPRspr 2014-70b](#)

Rechtsgebiete

Arbeitsrecht → Arbeitsrecht gesamt bis 2019

Rechtsnormen

07-308 BeamteD (Algerien) **Art. 60 ff.**; 07-308 BeamteD (Algerien) **Art. 69**
90-11 ArbeitsverhG (Algerien) **Art. 3**; 90-11 ArbeitsverhG (Algerien) **Art. 73**
EGBGB **Art. 27**; EGBGB **Art. 27 ff.**; EGBGB **Art. 30**
EUGVVO 44/2001 **Art. 18**; EUGVVO 44/2001 **Art. 18 f.**; EUGVVO 44/2001 **Art. 18 ff.**;
EUGVVO 44/2001 **Art. 19**; EUGVVO 44/2001 **Art. 21**; EUGVVO 44/2001 **Art. 60**
GG **Art. 25**
GVG **§ 20**
KSchG **§ 1**; KSchG **§ 9**; KSchG **§ 14**
Rom I-VO 593/2008 **Art. 28**

Fundstellen

nur Leitsatz
BB, 2014, 51

Permalink

<https://iprspr.mpipriv.de/2014-70a>

Lizenz

Copyright (c) 2024 [Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht](#)



Dieses Werk steht unter der [Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz](#).

den Niederlanden zu einer Kollision mit einem Tankschiff kam. Von den sieben Containern blieben hierbei drei unversehrt, der Inhalt von vier Containern erlitt Totalschaden.

Das LG hat die Bekl. als Gesamtschuldnerin unter Klageabweisung im Übrigen zur Zahlung an die Kl. zu 1) verurteilt. Hiergegen wenden sich die Kl. mit ihrer Berufung.

Aus den Gründen:

„II. Die zulässige Berufung der Kl. hat teilweise Erfolg ...

1. ... a. Da sich die Kollision bei einem grenzüberschreitenden Binnenschiffahrts-transport von E. nach A. in niederländischen Hoheitsgewässern ereignet hat, findet auf den Schadensfall die CMNI Anwendung. Dabei kann dahinstehen, ob es sich bei dem Binnenschiffahrtstransport um einen eigenständigen, von der per Umladung zu erfolgenden Verschiffung von A. nach Übersee zu unterscheidenden Transportauftrag handelte oder ob ein einheitlicher Frachtvertrag im Sinne des § 452 HGB und damit ein Multimodalvertrag abgeschlossen worden war. Denn die Anwendbarkeit der CMNI folgt entweder unmittelbar aus Art. 2 I CMNI oder – für den Fall eines Multimodaltransports – aus Art. 2 I CMNI i.V.m. §§ 452, 452a HGB, die auch für den Fixkostenspediteursvertrag gelten und hier nach Art. 28 I 1, IV 1 EGBGB a.F. zur Anwendung gelangen. Ergänzend gelangt – soweit hierfür nach Art. 29 I CMNI Raum ist – nach Art. 29 II und III CMNI deutsches Recht zur Anwendung.“

10. Arbeitsrecht

Siehe auch Nrn. 155, 156, 157

70. *Im Rahmen des § 20 II GVG richtet sich die Abgrenzung zwischen hoheitlicher und nicht-hoheitlicher Staatstätigkeit nach dem rechtlichen Charakter des konkreten staatlichen Handelns oder des entstandenen Rechtsverhältnisses. Hierbei ist erheblich, in wieweit ein ausländischer Staat (hier: Algerien) eine ihm zustehende Hoheitsgewalt ausgeübt hat. Handelt es sich bei dem streitgegenständlichen Rechtsverhältnis um einen Arbeitsvertrag, ist zu klären, ob der Arbeitnehmer hoheitlich tätig ist.*

Die Abgrenzung zwischen hoheitlichem und privatem Handeln ist in Ermangelung eines völkerrechtlichen Maßstabs nach dem Recht am Sitz des entscheidenden Gerichts vorzunehmen. Handlungen der auswärtigen und militärischen Gewalt, der Gesetzgebung sowie die Ausübung der Polizeigewalt und die Rechtspflege sind stets hoheitlich.

Ein Arbeitnehmer, der als Fahrer beschäftigt ist und in Ausübung dieser Tätigkeit weder den Botschafter noch Diplomatenpost befördert, erfüllt keine Aufgaben, die in funktionellem Zusammenhang mit den konsularischen Aufgaben einer Botschaft stehen.

Eine vor Entstehung der Streitigkeit getroffene Gerichtsstandsvereinbarung darf für einen Arbeitnehmer nicht den Ausschluss der in der EuGVO vorgesehenen Gerichtsstände bewirken, sondern kann lediglich die Befugnis begründen oder erweitern, unter mehreren zuständigen Gerichten zu wählen.

Kommt die Anwendbarkeit mehrerer Rechtsordnungen in Betracht, ist die Rechtsordnung zu bestimmen, die für den Arbeitnehmer die günstigere Regelung vorsieht. [LS der Redaktion]

a) LAG Berlin-Brandenburg, Urt. vom 10.7.2013 – 17 Sa 2620/10: Leitsatz in BB 2014, 51.

b) BAG, Urt. vom 10.4.2014 – 2 AZR 741/13: RIW 2014, 691; IPRax 2015, 342, 309 Aufsatz *Mankowski*; AP Nr. 8 zu § 20 GVG. Leitsatz in BB 2014, 2228.

[Vorgehende Entscheidungen des LAG Berlin-Brandenburg vom 14.1.2009 – 17 Sa 1719/08 – und des BAG vom 1.7.2010 – 2 AZR 270/09 – sowie die EuGH-Vorlage des LAG vom 23.3.2011 – 17 Sa 2620/10 – wurden bereits im Band IPRspr. 2010 unter der Nr. 179a und b bzw. im Band IPRspr. 2011 unter der Nr. 172 abgedruckt.]

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer ordentlichen Kündigung und Ansprüche aus Annahmeverzug. Der Kl. ist algerischer Herkunft. Er besitzt die algerische und die deutsche Staatsangehörigkeit. Die Bekl. ist die Demokratische Volksrepublik Algerien. Sie beschäftigt in ihrer Berliner Botschaft regelmäßig mehr als zehn Arbeitnehmer, darunter den Kl. Dieser ist dort seit 2002 auf der Grundlage eines in französischer Sprache verfassten Arbeitsvertrags als einer von drei Kraftfahrern tätig. Ihm obliegt es, Gäste und Mitarbeiter zu fahren sowie Post der Botschaft zu befördern. Diplomatenpost wird von einem anderen Mitarbeiter der Botschaft entgegengenommen und weitergeleitet. Der Arbeitsvertrag sieht für Meinungsverschiedenheiten und Streitigkeiten die Zuständigkeit der algerischen Gerichte vor und weist den Kl. der deutschen Sozialversicherung zu. Seine Steuern führt der Kl. in Deutschland ab. 2007 kündigte die Bekl. das Arbeitsverhältnis zum Kl. Mit seiner Klage hat sich der Kl. gegen die Kündigung gewandt.

Das ArbG hat die Klage als unzulässig abgewiesen. Das LAG hat ihr stattgegeben. Mit der Revision verfolgt die Bekl. ihr Begehren weiter, die Klage insgesamt abzuweisen.

Aus den Gründen:

a) LAG Berlin-Brandenburg 10.7.2013 – 17 Sa 2620/10:

„A. I. Die Bekl. unterliegt der deutschen Gerichtsbarkeit.

1. Die deutsche Gerichtsbarkeit erstreckt sich nach § 20 II GVG nicht auf Personen, die gemäß den allgemeinen Regeln des Völkerrechts, aufgrund völkerrechtlicher Vereinbarungen oder sonstigen Rechtsvorschriften von ihr befreit sind. Nach dem als Bundesrecht im Sinne von Art. 25 GG geltenden allgemeinen Völkergewohnheitsrecht sind Staaten der Gerichtsbarkeit anderer Staaten nicht unterworfen, soweit ihre hoheitliche Tätigkeit von einem Rechtsstreit betroffen ist. Die diplomatischen und konsularischen Beziehungen der Staaten dürfen nicht behindert werden; dies steht der Beurteilung ihres hoheitlichen Handelns durch die rechtliche Prüfung durch ein Gericht entgegen (BAG, Urt. vom 1.7.2010 – 2 AZR 270/09¹, AP Nr. 5 zu Art. 25 GG m.w.N.).

2. Die Abgrenzung zwischen hoheitlicher und nicht-hoheitlicher Staatstätigkeit richtet sich nicht nach deren Motiv oder Zweck. Maßgebend ist die Art der umstrittenen staatlichen Handlung oder des streitigen Rechtsverhältnisses, wobei die Abgrenzung grundsätzlich nach dem Recht des entscheidenden Gerichts zu beurteilen ist. Eine arbeitsrechtliche Bestandstreitigkeit zwischen einem Botschaftsangestellten und dem betreffenden Staat unterliegt nach der Rspr. des BAG nicht der deutschen Gerichtsbarkeit, wenn der Arbeitnehmer für den anderen Staat hoheitlich tätig geworden ist. Dabei kommt es auf den Inhalt der Tätigkeit, nicht jedoch auf die rechtliche Form der Rechtsbeziehung an. Betrifft die arbeitsvertraglich geschuldete Leistung des Arbeitnehmers eine originär hoheitliche Aufgabe, schließt dies die deutsche

¹ IPRspr. 2010 Nr. 179b.

Gerichtsbarekeit aus. Entscheidend ist der funktionale Zusammenhang zwischen den diplomatischen Aufgaben und der zu beurteilenden Tätigkeit (BAG aaO m.w.N.). Nichts anderes gilt für sonstige arbeitsrechtliche Streitigkeiten, in denen der bei dem ausländischen Staat beschäftigte Arbeitnehmer Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis geltend macht, gleich, ob sie von dem Ausgang einer Bestandsstreitigkeit abhängen oder nicht. Ist der Arbeitnehmer im originär hoheitlichen Bereich tätig, kann durch deutsche Gerichte nicht beurteilt werden, ob und ggf. welche Ansprüche aus dieser Beschäftigung folgen; denn damit ginge ggf. eine Beurteilung des hoheitlichen Handelns einher. Fehlt hingegen ein Zusammenhang zwischen dem hoheitlichen Bereich und der Tätigkeit des Arbeitnehmers, ist die deutsche Gerichtsbarkeit nicht nach § 20 II GVG ausgeschlossen.

3. Der Kl. war für die Bekl. nicht hoheitlich tätig. Seine arbeitsvertraglich geschuldete Tätigkeit als Fahrer beinhaltete lediglich, Personen und Post zu befördern, wobei es für die Einordnung seiner Aufgaben nicht darauf ankommt, ob es sich um offene oder um verschlossene Sendungen handelte; zudem wurde die eigentliche Diplomatenpost nicht von dem Kl., sondern von einem weiteren Botschaftsmitarbeiter befördert. Es handelte sich um eine bloße Hilfstätigkeit, die nicht den erforderlichen Bezug zu dem hoheitlichen Bereich der Bekl. aufwies. Die Bekl. kann auch nicht mit Erfolg geltend machen, der Kl. sei auch als Dolmetscher eingesetzt und in diesem Zusammenhang hoheitlich tätig geworden. Hierfür wäre es erforderlich gewesen, dass dem Kl. aufgrund seiner Herkunft und seiner Sprachkenntnisse aufgegeben war, seine Tätigkeit als Fahrer mit der des Dolmetschers zu verbinden, um so in nennenswertem Umfang zur Anbahnung und Pflege von Gesprächskontakten beizutragen, die der Pflege politischer, kultureller, wirtschaftlicher und wissenschaftlicher Beziehungen dienen (BAG aaO) ...

II. Die internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte ist gegeben.

1. Die Zuständigkeit der Gerichte der Mitgliedstaaten der EU wird durch die EuGVO geregelt; sie gilt verbindlich und unmittelbar und verdrängt ihr widersprechende nationale Bestimmungen (BAG aaO m.w.N.). Nach Art. 19 EuGVO kann ein Arbeitgeber, der seinen Wohnsitz im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats hat, vor den Gerichten des Mitgliedstaats verklagt werden, in dem er seinen Wohnsitz hat; für juristische Personen kommt es gemäß Art. 60 I EuGVO auf den Ort des satzungsmäßigen Sitzes, der Hauptverwaltung oder der Hauptniederlassung an. Hat ein Arbeitgeber, der mit einem Arbeitnehmer einen individuellen Arbeitsvertrag abgeschlossen hat, im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats keinen Wohnsitz in dem genannten Sinne, besitzt er aber in einem Mitgliedstaat eine Zweigniederlassung, Agentur oder sonstige Niederlassung, so wird er für Streitigkeiten aus seinem Betrieb so behandelt, wie wenn er seinen Wohnsitz im Hoheitsgebiet dieses Mitgliedstaats hätte, Art. 18 II EuGVO.

2. Die Bekl. hat keinen Wohnsitz im Gebiet der EU. Ihre Berliner Botschaft ist jedoch nach dem Urteil des EuGH vom 19.7.2012 (Ahmed Mahamdia ./ République algérienne démocratique et populaire, Rs C-154/11), das auf das Vorabentscheidungsersuchen der Berufungskammer ergangen ist, als ‚Niederlassung‘ im Sinne von Art. 18 II EuGVO anzusehen, was zur Zuständigkeit der deutschen Gerichte führt. In einem Rechtsstreit über einen Arbeitsvertrag, den die Botschaft eines Drittstaats im Namen des Entsendestaats geschlossen hat, handelt es sich danach bei der Bot-

schaft um eine Niederlassung in dem genannten Sinn, wenn die vom Arbeitnehmer verrichteten Aufgaben nicht unter die Ausübung hoheitlicher Befugnisse fallen. Diese Voraussetzungen sind im vorliegenden Fall gegeben. Der Arbeitsvertrag wurde durch die Berliner Botschaft der Bekl. abgeschlossen. Die Tätigkeit des Kl. unterfiel – wie bereits ausgeführt – nicht dem hoheitlichen Bereich.

3. Die nach Art. 19 Nr. 1, 18 II EuGVO begründete Zuständigkeit deutscher Gerichte ist nicht durch die arbeitsvertraglich vereinbarte Zuständigkeit algerischer Gerichte ausgeschlossen. Von den Vorschriften der Art. 18 ff. EuGVO kann nach Art. 21 Nrn. 1 und 2 EuGVO nur abgewichen werden, wenn die Vereinbarung über die Zuständigkeit eines anderen Gerichts nach der Entstehung der Streitigkeit getroffen wurde oder wenn sie dem Arbeitnehmer die Befugnis einräumt, andere als die in Art. 18 und 19 EuGVO genannten Gerichte anzurufen. Diese Voraussetzungen sind im vorliegenden Fall nicht gegeben. Die arbeitsvertragliche Gerichtsstandsvereinbarung wurde vor dem Entstehen der im vorliegenden Rechtsstreit zu beurteilenden Streitigkeit abgeschlossen, so dass Art. 21 Nr. 1 EuGVO nicht zur Anwendung kommt. Nach dem Urteil des EuGH vom 19.7.2012 (aaO) betrifft Art. 21 Nr. 2 EuGVO lediglich eine Gerichtsstandsvereinbarung, die dem Arbeitnehmer die Möglichkeit eröffnet, außer den nach Art. 18 f. EuGVO normalerweise zuständigen Gerichte andere Gerichte anzurufen; die nach Art. 18 f. EuGVO begründete Zuständigkeit kann jedoch nicht aufgrund einer vor Entstehen der Streitigkeit vereinbarte Gerichtsstandsvereinbarung ausgeschlossen werden.

B. Die Klage ist nur zum Teil begründet.

I. Das Arbeitsverhältnis ist durch die Kündigung vom 29.8.2007 nicht aufgelöst worden. Die Kündigung ist gemäß § 1 I, II KSchG sozial ungerechtfertigt und damit rechtsunwirksam.

1. Die Vorschriften des KSchG sind nach Art. 27 ff. EGBGB auf das Arbeitsverhältnis der Parteien anzuwenden; die Rom-I-VO vom 17.06.2008 gilt nur für Verträge, die nach dem 17.12.2009 abgeschlossen wurden (Art. 28 Rom-I-VO).

a) Ein Vertrag unterliegt nach Art. 27 I 1 EGBGB dem von den Parteien gewählten Recht. Die Rechtswahl muss nicht ausdrücklich erfolgen, sondern kann sich auch aus den Bestimmungen des Vertrags oder aus den Umständen des Falls ergeben. Bei Schuldverträgen sind insbesondere aus Gerichtsstandsklauseln, Schiedsklauseln, vertraglichen Bezugnahmen auf ein bestimmtes Recht sowie aus der Vereinbarung eines für beide Parteien gemeinsamen Erfüllungsorts typische Hinweise auf eine stillschweigende Rechtswahl ergeben; bei Arbeitsverträgen kommt ferner der Bezugnahme auf Tarifverträge und sonstige Regelungen am Sitz des Arbeitgebers Bedeutung bei der Feststellung einer stillschweigenden Rechtswahl zu (BAG aaO m.w.N.).

Die Wirkungen einer Rechtswahl sind bei Arbeitsverträgen und -verhältnissen nach Art. 30 I EGBGB eingeschränkt. Die Rechtswahl darf nicht dazu führen, dass dem Arbeitnehmer der Schutz entzogen wird, der ihm durch die zwingenden Bestimmungen des Rechts gewährt wird, das nach Art. 30 II EGBGB mangels einer Rechtswahl anzuwenden wäre. Hierbei handelt es sich um das Recht des Staats, in dem der Arbeitnehmer in Erfüllung des Vertrags gewöhnlich seine Arbeit verrichtet (Art. 30 II Nr. 1 EGBGB), es sei denn, dass sich aus den Umständen ergibt, dass der Arbeitsvertrag oder das Arbeitsverhältnis engere Verbindungen zu einem anderen Staat aufweist; in diesem Fall ist das Recht dieses anderen Staats anzuwenden.

b) Die Parteien haben die Anwendung algerischen Rechts gewählt. Zwar ist eine ausdrückliche Wahl dieses Rechts nicht erfolgt, aus den Umständen des Falls ergibt sich jedoch mit der erforderlichen Klarheit, dass das Arbeitsverhältnis nach algerischem Recht durchgeführt werden sollte. Dies folgt zunächst aus der unter VI. des Arbeitsvertrags geregelten Gerichtsstandsvereinbarung, nach der für Streitigkeiten aus dem Vertrag ausschließlich die algerischen Gerichte zuständig sein sollten. Dies weist, was in dem Urteil der Berufungskammer vom 14.1.2009² nicht hinreichend gewürdigt worden ist, eindeutig darauf hin, dass auch das materielle Recht Algeriens maßgebend sein sollte (BAG aaO). Anderenfalls müssten die algerischen Gerichte deutsches Recht anwenden, was kaum dem Vertragswillen der Parteien entsprochen haben dürfte. Die Bedeutung der Gerichtsstandsvereinbarung für die Feststellung einer Rechtswahl ist nicht dadurch gemindert, dass gleichwohl eine internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichte gegeben ist. Es kommt hinzu, dass der Kl. im öffentlichen Dienst des algerischen Staats beschäftigt werden sollte, der Vertrag in französischer und nicht in deutscher Sprache verfasst ist, der Kl. aus Algerien stammt und (auch) die algerische Staatsangehörigkeit besitzt. Die Sanktionsregelung in § 7 des Arbeitsvertrags findet sich zudem auch – worauf noch einzugehen sein wird – in Art. 60 des Décret présidentiel n° 07-308 du 29 septembre 2007 fixant les modalités de recrutement des agents contractuels, leur droits et obligations, les éléments constitutifs de leur rémunération, les règles relatives à leur gestion ainsi que le régime disciplinaire qui leur est applicable (J.O. n° 61/14) für einen Vertragsbediensteten des algerischen öffentlichen Dienstes, während die genannten Sanktionsmittel jedenfalls nicht Gegenstand deutscher Rechtsvorschriften sind. Die Parteien haben ferner in § 8 III des Vertrags für einen bestimmten Fall (Aufhebung des Vertrags durch die Bekl.) auf deutsche Rechtsvorschriften verwiesen, was den Schluss erlaubt, dass im Übrigen deutsches Recht nicht zur Anwendung kommen sollte. Soweit der Kl. darauf hinweist, dass ihm – einmal angenommen – Entgeltfortzahlung und Urlaub nach deutschem Recht gewährt worden sei, kommt dem angesichts der genannten Umstände, die auf die Wahl algerischen Rechts hindeuten, keine ausschlaggebende Bedeutung zu; im Übrigen kann die Gewährung von Entgeltfortzahlung und Urlaub auch auf die Hinweise des AA der Bundesrepublik Deutschland über die gegenüber den Ortskräften einzuhaltenden arbeits- und sozialrechtlichen Mindeststandards zurückzuführen sein. Die Erfüllung der beiderseitigen Vertragspflichten in Deutschland und die Bezahlung in Euro erklären sich aus der vereinbarten Tätigkeit des Kl. für die Berliner Botschaft der Bekl. und sprechen deshalb nicht gegen die Wahl algerischen Rechts. Die Zugehörigkeit zur deutschen Sozialversicherung und die Steuerschuld des Kl. in Deutschland betrafen nicht den arbeitsrechtlichen Kern des vertraglichen Pflichtengefüges und sind daher für die Frage der Rechtswahl ebenfalls ohne Aussagekraft (BAG aaO).

c) Das KSchG findet trotz der Wahl algerischen Rechts nach Art. 30 I EGBGB Anwendung.

aa) Die Bestimmungen des KSchG sind zwingend; sie können nicht durch eine vertragliche Vereinbarung abbedungen werden.

² IPRspr. 2010 Nr. 179a.

bb) Ohne eine Wahl des algerischen Rechts würde nach Art. 30 II EGBGB deutsches Arbeitsrecht und damit auch deutsches Kündigungsschutzrecht zur Anwendung kommen.

(1) Der Kl. hat in Erfüllung seines Vertrags ausschließlich in Deutschland gearbeitet, was nach Art. 30 II Nr. 1 EGBGB zu einer Regelanknüpfung seines Arbeitsverhältnisses an deutsches Recht führt.

(2) Diese Regelanknüpfung wurde nicht nach Art. 30 II Halbs. 2 EGBGB beseitigt. Es bestehen keine engeren Verbindungen des Arbeitsvertrags des Kl. zu Algerien als zu Deutschland.

(a) Ob ein Arbeitsvertrag engere Verbindungen zu einem anderen Staat aufweist, ist aufgrund der Gesamtheit der Umstände des jeweiligen Einzelfalls festzustellen. Die Verbindung zu dem anderen Staat muss stärker sein als die z.B. durch die Regelanknüpfung zu dem Recht des Arbeitsorts hergestellte Beziehung. Primäre Anknüpfungspunkte sind der Arbeitsort, der Sitz des Arbeitgebers, die Staatsangehörigkeit beider Vertragsparteien und der Wohnsitz des Arbeitnehmers. Ferner sind die Vertragssprache und die Währung, in der die Vergütung gezahlt wird, zu berücksichtigen sowie ggf. weitere vertragswesentliche Gesichtspunkte, die in ihrer Gesamtheit hinreichendes Gewicht haben, um die Bedeutung der Regelanknüpfung zu überwinden. Das von der Regelanknüpfung berufene Recht wird nur verdrängt, wenn die Gesamtheit wichtiger und nicht nur nebensächlicher Anknüpfungsmerkmale zu einem anderen Ergebnis führt. Die ausdrückliche oder stillschweigende Rechtswahl als solche ist dabei ohne Belang, weil es gerade auf das ohne Rechtswahl maßgebliche Recht ankommt (BAG, Urt. vom 11.12.2003 – 2 AZR 627/02³, AP Nr. 6 zu Art. 27 EGBGB n.F.; vgl. ferner BAG, Urt. vom 13.11.2007 – 9 AZR 134/07⁴, AP Nr. 8 zu Art. 27 EGBGB n.F.; Urt. vom 9.7.2003 – 10 AZR 593/02⁵, AP Nr. 261 zu § 1 TVG Tarifverträge: Bau; Urt. vom 12.12.2001 – 5 AZR 255/00⁶, AP Nr. 10 zu Art. 30 EGBGB; Urt. vom 20.11.1997 – 2 AZR 631/96⁷, AP Nr. 1 zu § 18 GVG).

(b) Bei Anwendung dieser Grundsätze bleibt es bei der Regelanknüpfung des Arbeitsvertrags an deutsches Recht. Der Arbeitsvertrag des Kl. weist bei einer Würdigung der Gesamtheit der Umstände keine engere Verbindung zu Algerien als zu Deutschland auf. Er wurde in Deutschland geschlossen und verpflichtete den Kl. ausschließlich zu einer Arbeitsleistung in Berlin. Der Kl. hatte bei Vertragsschluss seinen Wohnort in Berlin. Er wurde in Euro bezahlt und unterlag dem deutschen Sozialversicherungsrecht, ein Gesichtspunkt, der im Rahmen des Art. 30 II EGBGB berücksichtigt werden kann (vgl. BAG, 2 AZR 627/02 aaO). Die Verbindungen zu Algerien sind demgegenüber jedenfalls nicht stärker ausgeprägt. Zwar ist der Kl. algerischer Herkunft und besitzt (auch) die algerische Staatsangehörigkeit, was für seine Einstellung – dies kann zugunsten der Bekl. unterstellt werden – von Belang war. Der Arbeitsvertrag wurde ferner in französischer Sprache abgefasst und verpflichtete den Kl. zu einer Tätigkeit in einer Botschaft des algerischen Staats, der dort als souveräner Staat auch oder gar überwiegend hoheitliche Aufgaben wahrnimmt. Insgesamt wiegen die für eine Anknüpfung an Algerien sprechenden Umstände jedoch nicht schwerer als die für die Regelanknüpfung an deutsches Recht

³ IPRspr. 2003 Nr. 46b.

⁴ IPRspr. 2007 Nr. 50.

⁵ IPRspr. 2003 Nr. 50.

⁶ IPRspr. 2001 Nr. 52.

⁷ IPRspr. 1997 Nr. 58.

streitenden Gesichtspunkte; mangels einer Rechtswahl wäre daher deutsches Recht anzuwenden gewesen.

cc) Die zwingenden Bestimmungen des KSchG gewähren dem Kl. einen größeren Schutz gegen die Auflösung seines Arbeitsverhältnisses als das algerische Recht; sie finden daher trotz der getroffenen Rechtswahl Anwendung.

(1) Das KSchG lässt eine Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch eine ordentliche Kündigung nur zu, wenn die Kündigung sozial gerechtfertigt ist, d.h., sie muss durch Gründe, die in der Person oder in dem Verhalten des Arbeitnehmers liegen, oder durch dringende betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers entgegenstehen, bedingt sein (§ 1 I, II KSchG). Das gesamte Kündigungsschutzrecht wird von dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz beherrscht. Der Arbeitgeber darf danach das Arbeitsverhältnis nur durch Kündigung auflösen, wenn es keine Möglichkeit gibt, das Arbeitsverhältnis fortzusetzen (zur personenbedingten Kündigung: BAG, Urt. vom 23.4.2008 – 2 AZR 1012/06, DB 2008, 2091 f.; zur verhaltensbedingten Kündigung: BAG, Urt. vom 19.4.2012 – 2 AZR 186/11, NZA 2013, 27 ff.; zur betriebsbedingten Kündigung: BAG, Urt. vom 26.6.2008 – 2 AZR 1109/06, AP Nr. 180 zu § 1 KSchG 1969, st. Rspr.). Eine Auflösung des Arbeitsverhältnisses nach Ausspruch einer sozial ungerechtfertigten Kündigung kommt auf Antrag des Arbeitgebers nur in Betracht, wenn eine den Betriebszwecken dienliche weitere Zusammenarbeit zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer nicht zu erwarten ist, § 9 I KSchG. An diese Auflösungsgründe sind strenge Anforderungen zu stellen, weil das KSchG ein Bestandsschutz- und kein Abfindungsgesetz ist (BAG, Urt. vom 24.3.2011 – 2 AZR 674/09, AP Nr. 67 zu § 4 KSchG 1969). Nur bei leitenden Angestellten im Sinne des § 14 II KSchG, die zur selbständigen Einstellung und Entlassung von Arbeitnehmern berechtigt sind, bedarf der Auflösungsantrag des Arbeitgebers keiner Begründung, mit der Folge, dass das Arbeitsverhältnis ohne weiteres gegen Zahlung einer Abfindung aufgelöst werden kann.

(2) Das algerische Arbeitsrecht gewährt dem Arbeitnehmer keinen vergleichbaren Bestandsschutz.

Bereits ein Arbeitnehmer, der im privaten Wirtschaftsbereich beschäftigt wird und für den deshalb das Gesetz Nr. 90-11 – loi n° 90-11 relative aux relations de Travail – vom 21.4.1990 i.d.F. vom 11.1.1997 (J.O. n° 3/5) zur Anwendung kommt, kann bei Ausspruch einer ordentlichen arbeitgeberseitigen Kündigung letztlich nicht erreichen, dass sein Arbeitsverhältnis fortgesetzt wird. Zwar ist vor Ausspruch der Kündigung ein bestimmtes Verfahren einzuhalten, das insbesondere eine Anhörung des Arbeitnehmers beinhalten muss (Art. 73-2 Gesetz Nr. 90-11). Auch kann die Kündigung nur auf wirtschaftliche oder verhaltensbedingte Gründe (Art. 73 Gesetz Nr. 90-11) gestützt werden; eine personenbedingte Kündigung ist nicht vorgesehen. Wird das Verfahren nicht eingehalten, hebt das angerufene Gericht den Kündigungsbeschluss auf und verpflichtet den Arbeitgeber, sich an das vorgesehene Verfahren zu halten; ferner wird dem Arbeitnehmer eine Entschädigung zugesprochen, die nicht unter dem Lohn liegen darf, den der Arbeitnehmer bei einer Weiterarbeit erhalten hätte (Art. 73-4 [1] Gesetz Nr. 90-11). Zudem kann das Gericht die Wiedereingliederung des Arbeitnehmers anordnen, wenn ein ausreichender Kündigungsgrund nicht vorliegt. Der Arbeitgeber ist jedoch berechtigt, die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers abzulehnen, ohne dass hierfür Gründe vorliegen müssen; er ist in

diesem Fall verpflichtet, an den Arbeitnehmer eine Entschädigung von mindestens sechs Monatslöhnen zu zahlen (Art. 73-4 Gesetz Nr. 90-11). Eine Weiterbeschäftigung kann der Arbeitnehmer bei dieser Sachlage trotz unwirksamer Kündigung letztlich nicht erreichen, sondern muss sich auf eine finanzielle Leistung für den Verlust des Arbeitsplatzes verweisen lassen.

Der Kündigungsschutz eines im öffentlichen Dienst des algerischen Staats Beschäftigten bleibt hinter dem durch das algerische Gesetz Nr. 90-11 gewährten Bestandsschutz noch zurück. Dabei ist zwischen ‚Beamten‘ im engeren Sinn (*fonctionnaires*) und den ‚Vertragsbediensteten‘ (*agents contractuels*) zu unterscheiden, auf die das Gesetz Nr. 90-11 nach Art. 3 keine Anwendung findet. Für die Beamten gilt demgegenüber die Ordonnance n° 06-03 du 15 juillet 2006 portant statut général de la Fonction publique (J.O. n° 46/3) und für die Vertragsbediensteten das o.g. Décret présidentiel. Der Kl. wurde ausweislich des Vertrags vom 1.9.2002 als Vertragsbediensteter eingestellt, so dass für seine Rechtsstellung das genannte Décret présidentiel maßgebend ist. Dieses sieht vor, dass das Arbeitsverhältnis durch den Ablauf des Vertrags, die ordnungsgemäße akzeptierte eigene Kündigung (des Arbeitnehmers), die fristlose Kündigung, die fristgerechte Entlassung mit Abfindung, die Versetzung in den Ruhestand und den Eintritt des Todes endet (Art. 69 Décret présidentiel). Im Falle einer Vertragspflichtverletzung, einer Verletzung der Disziplin oder eines sonstigen Fehlers kann es zu einer Disziplinarmaßnahme kommen, nämlich einer schriftlichen Verwarnung, einer Rüge, einer Suspendierung für eine Dauer von vier bis acht Tagen und einer fristlosen Vertragskündigung ohne Abfindung; Letztere setzt ein Verfahren vor dem Disziplinarausschuss voraus (Art. 60 ff. Décret présidentiel). Der Vertragsbedienstete hat demgegenüber keine Möglichkeit, sich gerichtlich gegen eine ordentliche Beendigung des Vertragsverhältnisses gegen Zahlung einer Abfindung zur Wehr zu setzen. Ihm kommt damit kein mit dem Kündigungsschutz vergleichbarer Bestandsschutz zu ...

Dem Kl. steht ein Anspruch auf Beschäftigung bis zum rechtskräftigen Abschluss des Rechtsstreits nicht zu; die mit dem Klageantrag zu 2) verfolgte Klage war daher abzuweisen.

a) Ein Arbeitnehmer hat nach st. Rspr. des BAG (grundlegend: BAG GS, Beschl. vom 27.2.1985 – GS 1/84, AP Nr. 14 zu § 611 BGB [Beschäftigungspflicht]) einen Anspruch gegen den Arbeitgeber, bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsrechtsstreits zu den bisherigen Arbeitsbedingungen weiterbeschäftigt zu werden, sofern dem nicht schützenswerte Interessen des Arbeitgebers entgegenstehen. Der Anspruch hängt von einer Abwägung der beiderseitigen Interessen im Kündigungsfall ab. Er beruht nicht auf einer zwingenden Schutznorm im Sinne des Art. 30 EGBGB und findet daher angesichts der Rechtswahl der Parteien keine Anwendung.

b) Das algerische Arbeitsrecht beinhaltet keinen Anspruch des gekündigten Arbeitnehmers, während des Streits über die Wirksamkeit der Kündigung tatsächlich beschäftigt zu werden. Was den privaten Wirtschaftsbereich angeht, ist Art. 73-4 Gesetz Nr. 90-11 zu entnehmen, dass das Gericht zwar die Wiedereingliederung des Arbeitnehmers in das Unternehmen anordnen kann, der Arbeitgeber jedoch die Möglichkeit hat, die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses abzulehnen; eine – auch nur vorläufige – Beschäftigung kann von dem Arbeitnehmer danach nicht durchgesetzt werden. Für die Vertragsbediensteten im öffentlichen Dienst des algerischen

Staats sieht das Décret présidentiel n° 07-308 eine Verpflichtung zur Weiterbeschäftigung (erst recht) nicht vor. Bei dieser Sachlage fehlt eine rechtliche Grundlage für den geltend gemachten Weiterbeschäftigungsanspruch des Kl.“

b) BAG 10.4.2014 – 2 AZR 741/13:

„B. Die Revision ist unbegründet. Das LAG hat die Klage zu Recht für zulässig und begründet gehalten.

I. 1. Die deutsche Gerichtsbarkeit ist gegeben.

a) Nach § 20 II VVG i.V.m. dem allgemeinen Völkergewohnheitsrecht als Bestandteil des Bundesrechts (Art. 25 GG) sind Staaten der Gerichtsbarkeit anderer Staaten insoweit nicht unterworfen, wie ihre hoheitliche Tätigkeit von einem Rechtsstreit betroffen ist. Es ist mit dem Prinzip der souveränen Gleichheit von Staaten und dem daraus abgeleiteten Rechtsprinzip, dass Staaten nicht übereinander zu Gericht sitzen, nicht zu vereinbaren, dass ein deutsches Gericht hoheitliches Handeln eines anderen Staats rechtlich überprüft (vgl. BVerfG, 17.3.2014 – 2 BvR 736/13¹, Rz. 20; 6.12.2006 – 2 BvM 9/03², Rz. 34, BVerfGE 117, 141; BAG, 25.4.2013 – 2 AZR 960/11, Rz. 13; 10.4.2013 – 5 AZR 78/12³, Rz. 14).

aa) Die Abgrenzung zwischen hoheitlicher und nicht-hoheitlicher Staatstätigkeit richtet sich nach dem rechtlichen Charakter des konkreten staatlichen Handelns oder des entstandenen Rechtsverhältnisses. Es kommt darauf an, ob der ausländische Staat in Ausübung der ihm zustehenden Hoheitsgewalt oder wie eine Privatperson tätig geworden ist. Geht es – wie hier – um eine Streitigkeit aus einem Arbeitsverhältnis, ist maßgebend, ob die dem Arbeitnehmer übertragenen Aufgaben ihrer Art nach hoheitlich oder nicht-hoheitlich sind. Entscheidend sind der Inhalt der ausgeübten Tätigkeit (BAG, 2 AZR 960/11 aaO Rz. 14; 5 AZR 78/12 aaO Rz. 16 m.w.N.) sowie ihr – bestehender oder nicht bestehender – Zusammenhang mit den diplomatischen und konsularischen Aufgaben (vgl. BAG, 1.7.2010 – 2 AZR 270/09⁴, Rz. 13).

bb) Mangels völkerrechtlicher Unterscheidungsmerkmale ist diese Abgrenzung grundsätzlich nach dem Recht am Sitz des entscheidenden Gerichts vorzunehmen (BVerfG, 2 BvR 736/13 aaO Rz. 22; 12.4.1983 – 2 BvR 678/81 u.a.⁵, Rz. 139, BVerfGE 64, 1). Ungeachtet seiner ist stets hoheitlich nur das staatliche Handeln, das dem Kernbereich der Staatsgewalt zuzurechnen ist. Zu ihm gehören die Betätigung der auswärtigen und militärischen Gewalt, die Gesetzgebung, die Ausübung der Polizeigewalt und die Rechtspflege (BVerfG, 2 BvR 736/13 aaO; 13.12.1997 – 2 BvM 1/76⁶, Rz. 121, BVerfGE 46, 342; BAG, 2 AZR 960/11 aaO Rz. 15; 5 AZR 78/12 aaO Rz. 15).

b) Danach ist die Bekl. im Streitfall nicht von der deutschen Gerichtsbarkeit befreit. Der Kl. nimmt keine hoheitlichen Aufgaben wahr.

aa) Nach den Feststellungen des LAG oblag es dem Kl., Gäste und Mitarbeiter der Botschaft zu fahren. Er hatte ferner Post zu befördern. Diplomatenpost wurde hingegen nicht von ihm, sondern von einem anderen Mitarbeiter übermittelt.

¹ Siehe unten Nr. 154.

² IPRspr. 2006 Nr. 106.

³ IPRspr. 2013 Nr. 167.

⁴ IPRspr. 2010 Nr. 179b.

⁵ IPRspr. 1983 Nr. 127.

⁶ IPRspr. 1977 Nr. 117.

Zugunsten der Bekl. hat das LAG unterstellt, der Kl. sei bei Besuchen offizieller Delegationen aus Algerien als Fahrer eingesetzt worden und habe dabei Dolmetscheraufgaben übernehmen müssen.

bb) Auf dieser Grundlage hat das LAG mit Recht angenommen, die vom Kl. ausgeübten Tätigkeiten wiesen keinen funktionellen Zusammenhang mit den diplomatischen und konsularischen Aufgaben der Botschaft auf. Der Transport von Personen und Post hat nicht den erforderlichen Bezug zum hoheitlichen Bereich. Der Kl. fuhr Delegationen, in der Regel dagegen nicht den Botschafter. Diplomatenpost hat er nicht befördert. Der als richtig unterstellte Vortrag der Bekl. weist keine Anhaltspunkte dafür auf, dass die Dolmetschertätigkeit des Kl. über die Beseitigung allgemeiner Verständigungsprobleme hinausging und etwa in Zusammenhang mit der Pflege politischer, kultureller, wirtschaftlicher oder wissenschaftlicher Beziehungen stand oder doch zumindest der Anbahnung solcher Gesprächskontakte diene. Überdies ist nicht zu erkennen, dass der Kl. die behaupteten Dolmetschertätigkeiten in einem nennenswerten, über vereinzelte Gelegenheiten hinausgehenden Umfang wahrgenommen hätte. Dass die Tätigkeit des Kl. gleichwohl das Vertrauen der Bekl. in seine Zuverlässigkeit und Verschwiegenheit voraussetzt, begründet nicht die hoheitliche Natur seiner Aufgaben.

2. Die deutschen Gerichte sind international zuständig.

a) Die internationale Zuständigkeit richtet sich nach der EuGVO. Nach Art. 19 Nr. 1 EuGVO kann ein Arbeitgeber vom Arbeitnehmer vor den Gerichten des Mitgliedstaats verklagt werden, in dem der Arbeitgeber seinen Wohnsitz hat. Gesellschaften und juristische Personen haben ihren Wohnsitz an dem Ort, an dem sich ihr satzungsmäßiger Sitz, ihre Hauptverwaltung oder ihre Hauptniederlassung befindet (Art. 60 I EuGVO). Hat der Arbeitgeber im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats keinen Wohnsitz, besitzt er aber in einem Mitgliedstaat etwa eine Niederlassung, so wird er für Streitigkeiten aus ihrem Betrieb so behandelt, wie wenn er seinen Wohnsitz im Hoheitsgebiet dieses Mitgliedstaats hätte (Art. 18 II EuGVO). Streiten die Parteien eines Rechtsstreits über einen Arbeitsvertrag, den die Botschaft im Namen des Entsendestaats geschlossen hat, handelt es sich bei der Botschaft um eine ‚Niederlassung‘ im Sinne von Art. 18 II EuGVO, wenn die vom Arbeitnehmer verrichteten Aufgaben nicht unter die Ausübung hoheitlicher Befugnisse fallen (EuGH, Ur. vom 19.7.2012 – Ahmed Mahamdia ./ République algérienne démocratique et populaire, Rs C-154/11).

b) Danach sind im Streitfall die deutschen Gerichte zuständig. Die Botschaft der Bekl. in Berlin ist eine Niederlassung im Sinne von Art. 18 II EuGVO. Die Parteien streiten über den Bestand eines zwischen dem Kl. und der Botschaft geschlossenen Arbeitsverhältnisses und über sich daraus ergebende Ansprüche. Der Kl. nimmt keine hoheitlichen Aufgaben wahr.

3. Die Zuständigkeit der deutschen Gerichte ist durch die Parteien vertraglich nicht wirksam abbedungen worden. Ihre Gerichtsstandsvereinbarung ist gemäß Art. 23 V EuGVO unwirksam.

a) Eine Gerichtsstandsvereinbarung läuft im Sinne von Art. 23 V EuGVO den Regelungen in Art. 21 EuGVO zuwider, wenn sie von Vorschriften des 5. Abschnitts der EuGVO abweicht und nicht nach Entstehung des Rechtsstreits getroffen worden ist (Art. 21 Nr. 1 EuGVO) oder nicht die Befugnis einräumt, andere als im 5.

Abschnitt angeführte Gerichte anzurufen (Art. 21 Nr. 2 EuGVO). Diese Befugnis ist dahin zu verstehen, dass sie Gerichtsstände begründen muss, die zu den in Art. 18 f. EuGVO vorgesehenen Gerichtsständen noch hinzukommen. Eine vor Entstehung der Streitigkeit getroffene Gerichtsstandsvereinbarung darf für einen Arbeitnehmer nicht den Ausschluss der in der EuGVO vorgesehenen Gerichtsstände bewirken, sondern kann lediglich die Befugnis begründen oder erweitern, unter mehreren zuständigen Gerichten zu wählen (EuGH [Mahamdia] aaO Rz. 62; BAG, 20.12.2012 – 2 AZR 481/11⁷, Rz. 32).

b) Die Gerichtsstandsvereinbarung der Parteien wurde vor Entstehung der Streitigkeit getroffen und weicht von den Vorschriften des 5. Abschnitts der EuGVO ab. Die Zuständigkeit der algerischen Gerichte konnte deshalb allenfalls zusätzlich zu der der deutschen Gerichte vereinbart werden. Eine Derogation von deren sich aus Art. 18 f. EuGVO ergebenden Zuständigkeit war nicht wirksam möglich.

II. ... 1. Das Arbeitsverhältnis der Parteien ist durch die Kündigung der Bekl. vom 29.8.2007 nicht aufgelöst worden.

a) Die Wirksamkeit der Kündigung ist nach deutschem materiellen Recht zu beurteilen.

aa) Die Bestimmung des auf das Arbeitsverhältnis der Parteien anwendbaren materiellen Rechts richtet sich nach Art. 27 ff. EGBGB (a.F.). Die Rom-I-VO findet gemäß ihrem Art. 28 auf den Streitfall noch keine Anwendung. Der Arbeitsvertrag der Parteien wurde vor dem 17.12.2009 geschlossen.

bb) Nach Art. 27 I 1 EGBGB (a.F.) unterliegt ein Vertrag dem von den Parteien gewählten Recht. Die Rechtswahl muss nicht ausdrücklich erfolgen. Sie kann sich mittelbar aus den Bestimmungen des Vertrags oder aus den Umständen des Falls ergeben. Bei Arbeitsverträgen können etwa Gerichtsstandsklauseln, vertragliche Bezugnahmen auf ein bestimmtes Recht oder die Vereinbarung eines für beide Parteien gemeinsamen Erfüllungsorts Hinweise auf die getroffene Wahl geben (vgl. BAG, 2 AZR 960/11 aaO Rz. 25; 2 AZR 270/09 aaO Rz. 28).

cc) Gemäß Art. 30 I EGBGB (a.F.) darf die Rechtswahl der Parteien bei Arbeitsverträgen und Arbeitsverhältnissen nicht dazu führen, dass dem Arbeitnehmer der Schutz entzogen wird, der ihm durch die zwingenden Bestimmungen des gemäß Art. 30 II Halbs. 1 EGBGB (a.F.) ohne Rechtswahl anwendbaren Rechts gewährt wird. Die Vorschrift soll gewährleisten, dass dem Arbeitnehmer als der typischerweise sozial und wirtschaftlich schwächeren Partei durch die Rechtswahl nicht der Mindestschutz ‚seines‘ Rechts entzogen wird (BT-Drucks. 10/504 S. 81). Diese Anwendung zwingender Bestimmungen setzt voraus, dass sie zu günstigeren Ergebnissen führt als das gewählte Recht (BAG, 29.10.1992 – 2 AZR 267/92 [zu III. 2. c) der Gründe], BAGE 71, 297; 24.8.1989 – 2 AZR 3/89⁸ [zu A. II. 3. a) bb) der Gründe], BAGE 63, 17). Dafür ist ein Günstigkeitsvergleich durchzuführen. Die zwingenden Bestimmungen des nach Art. 30 II Halbs. 1 EGBGB (a.F.) maßgebenden Rechts sind den entspr. Regelungen der gewählten Rechtsordnung gegenüberzustellen (BAG, 13.11.2007 – 9 AZR 134/07⁹, Rz. 52, BAGE 125, 24). Bieten Letztere keinen vergleichbaren Schutz, sind die nach Art. 30 II Halbs. 1 EGBGB (a.F.) einschlägigen Vorschriften anzuwenden. Etwas anderes gilt gemäß Art. 30 II Halbs. 2

⁷ IPRspr. 2012 Nr. 201.

⁸ IPRspr. 1989 Nr. 72.

⁹ IPRspr. 2007 Nr. 50.

EGBGB (a.F.) nur dann, wenn das Arbeitsverhältnis nach der Gesamtheit der Umstände engere Verbindungen ‚zu einem anderen Staat‘ aufweist.

dd) In Anwendung dieser Grundsätze hat das LAG zu Recht angenommen, zwar hätten die Parteien im Streitfall konkludent die Anwendung algerischen Rechts vereinbart, die Wirksamkeit der Kündigung sei jedoch an den Bestimmungen des deutschen KSchG zu messen. Die Anwendbarkeit des deutschen Rechts folgt aus Art. 30 I, II EGBGB (a.F.). Das algerische Recht enthält keine dem deutschen Kündigungsrecht gleichwertigen Schutzvorschriften. Das Arbeitsverhältnis weist auch keine engeren Verbindungen zur Bekl. auf.

(1) Das LAG durfte von einer stillschweigenden Wahl des algerischen Rechts ausgehen. Schon die Vereinbarung, es sollten die algerischen Gerichte für die Beilegung von Streitigkeiten zuständig sein, ist ein gewichtiger Hinweis darauf, dass die Parteien auch algerisches Recht zur Anwendung bringen wollten. Es ist nicht anzunehmen, dass sie gewollt haben, die algerischen Gerichte sollten nach deutschem materiellen Recht entscheiden. Damit hätten sie sich um den Vorteil einer mit dem anzuwendenden Recht in jeder Hinsicht vertrauten Gerichtsbarkeit gebracht. Hinzu kommt, dass Vertragssprache das Französische ist und der Kl. im öffentlichen Dienst der Bekl. beschäftigt wurde (vgl. BAG, 2 AZR 270/09 aaO Rz. 29). Demgegenüber kommt dem Arbeitsort in Deutschland und der Vergütung in Euro für die Rechtswahl wenig Bedeutung zu. Das Gleiche gilt für den Umstand, dass der Kl. der deutschen Sozialversicherung unterlag und die Steuerschuld in Deutschland anfiel. Dies betrifft nicht den arbeitsrechtlichen Kern des vertraglichen Pflichtengefüges (BAG, 2 AZR 270/09 aaO).

(2) Trotz der von den Parteien getroffenen Wahl des algerischen Rechts ist die Wirksamkeit der Kündigung nach dem deutschen KSchG zu beurteilen.

(a) Die Vorschriften der §§ 1 bis 14 KSchG sind nicht schon wegen Art. 34 EGBGB (a.F.) anzuwenden. Sie stellen keine ‚Eingriffsnormen‘ im Sinne dieser Bestimmung dar (BAG, 2 AZR 270/09 aaO Rz. 31; 2 AZR 3/89 aaO [zu A. II. 6. c) der Gründe]).

(b) Die Anwendbarkeit der §§ 1 bis 14 KSchG folgt aus Art. 30 I EGBGB (a.F.). Sie sind ‚zwingende Bestimmungen‘ im Sinne der Regelung. ‚Zwingende Bestimmungen‘ sind solche, die vertraglich nicht abbedungen werden können und dem Schutz des Arbeitnehmers dienen (*Staudinger-Magnus* [Stand 2002] Art. 30 EGBGB Rz. 72; *Schlachter*, NZA 2000, 57, 60). Das trifft auf die §§ 1 bis 14 KSchG zu (vgl. BAG, 2 AZR 3/89 aaO [zu A. II. 3. a) aa) der Gründe]; *Staudinger-Magnus* aaO Rz. 79).

(c) Die Vorschriften der §§ 1 bis 14 KSchG wären auf das Arbeitsverhältnis der Parteien anwendbar, wenn diese eine Rechtswahl nicht getroffen hätten. Ohne Rechtswahl unterliegen Arbeitsverträge und Arbeitsverhältnisse nach Art. 30 II Halbs. 1 Nr. 1 EGBGB (a.F.) dem Recht des Staats, in dem der Arbeitnehmer in Erfüllung des Vertrags gewöhnlich seine Arbeit verrichtet. Der Erfüllungsort liegt im Streitfall in Deutschland. Dies gilt auch, soweit der Kl. seine Arbeitsleistung auf dem Botschaftsgelände erbringt. Das Botschaftsgelände eines ausländischen Staats als solches ist nicht extritorial (BAG, 15.2.2005 – 9 AZR 116/04¹⁰ [zu B. I. 2 der Gründe]; 10.5.1962 – 2 AZR 397/61¹¹ [zu II. der Gründe]).

¹⁰ IPRspr. 2005 Nr. 90b.

¹¹ IPRspr. 1962–1963 Nr. 19.

(d) Das deutsche Recht als Regelstatut wird im Streitfall nicht gemäß Art. 30 II Halbs. 2 EGBGB (a.F.) verdrängt. Das Arbeitsverhältnis der Parteien weist keine engeren Verbindungen zu Algerien als zu Deutschland auf. Dies hat das LAG zutreffend erkannt.

(aa) Es kann dahinstehen, ob der Begriff der ‚engeren Verbindungen‘ revisionsrechtlich in vollem Umfang oder nur eingeschränkt überprüfbar ist (vgl. BAG, 11.12.2003 – 2 AZR 627/02¹² [zu II. 3. d) der Gründe]; 2 AZR 267/92 aaO [zu III. 4. c) cc) der Gründe]). Die Würdigung des LAG hält auch einer uneingeschränkten Überprüfung stand.

(bb) Für die Beantwortung der Frage, ob ‚engere Verbindungen‘ zu einem anderen Staat im Sinne der Ausnahmeregelung vorliegen, ist nach dem Gesetzeswortlaut auf die ‚Gesamtheit der Umstände‘ abzustellen. Dabei ist nicht allein die Anzahl der für eine Verbindung zu dem einen oder dem anderen Staat sprechenden Kriterien maßgebend. Es ist vielmehr eine Gewichtung der Anknüpfungsmomente vorzunehmen. Wesentliches Kriterium ist in diesem Zusammenhang der Ort, an welchem der Arbeitnehmer seine Steuern und Abgaben entrichtet und der Sozialversicherung angeschlossen ist (vgl. zu Art. 6 II EVÜ, welcher der Vorschrift des Art. 30 EGBGB (a.F.) zugrunde liegt: EuGH, Urt. vom 12.9.2013 – Anton Schlecker ./ Melitta Josefa Boedeker, Rs C-64/12, Rz. 41). Daneben sind der Arbeitsort, der Sitz des Arbeitgebers, die Staatsangehörigkeit der Vertragsparteien, der Wohnsitz des Arbeitnehmers u.a. zu berücksichtigen (vgl. BAG, 9 AZR 134/07 aaO Rz. 50; 2 AZR 627/02 aaO [zu II. 3. c) der Gründe]). Vertragsimmanente Gesichtspunkte wie die Vertragssprache, die Währung, in der die Vergütung gezahlt wird, oder die Bezugnahme auf Rechtsvorschriften eines bestimmten Staats haben nachrangige Bedeutung. Andernfalls hätte es der Arbeitgeber in der Hand, das vom Gesetzgeber vorgesehene Günstigkeitsprinzip durch die Vertragsgestaltung und entspr. Abreden zu unterlaufen. Eine solche Disposition über den zwingenden Arbeitnehmerschutz soll Art. 30 I EGBGB (a.F.) gerade verhindern (*Thüsing*, BB 2003, 898, 900). In seinem Rahmen kommt es auf davon unabhängige, objektive Umstände an (BAG, 2 AZR 627/02 aaO; *Thüsing* aaO). Sollen die Einzelumstände auf die engere Verbindung zu einem anderen Staat verweisen, müssen sie insgesamt das Gewicht der Regelanknüpfung deutlich übersteigen (vgl. BAG, 2 AZR 627/02 aaO; 2 AZR 267/92 aaO [zu III. 4. c) aa) der Gründe]).

(cc) Danach begegnet die Annahme des LAG, das Arbeitsverhältnis der Parteien weise keine engere Verbindung zu Algerien als zu Deutschland auf, keinen rechtlichen Bedenken. Die vorrangig zu berücksichtigenden Kriterien bestärken die Regelanknüpfung an das deutsche Recht. Die Parteien haben den Arbeitsvertrag in Deutschland geschlossen. Der Kl. hat seinen Wohnsitz in Berlin und erbrachte die vertraglich geschuldete Tätigkeit ausschließlich in Deutschland. Seine Vergütung wurde in Euro gezahlt. Er unterlag dem deutschen Sozialversicherungsrecht und führte seine Steuern in Deutschland ab. Neben der algerischen besitzt er auch die deutsche Staatsangehörigkeit. Zwar ergibt sich aus seiner Herkunft sowie aus dem Umstand, dass er im öffentlichen Dienst der Botschaft der Bekl. beschäftigt und der Arbeitsvertrag in französischer Sprache verfasst wurde, eine Verbindung auch zum algerischen Staat. Diese Gesichtspunkte überwiegen aber die für die Verbind-

¹² IPRspr. 2003 Nr. 46b.

dung mit Deutschland sprechenden und der Regelanknüpfung zugrunde liegenden Aspekte nicht.

(e) Die Vorschriften des KSchG gewährleisten einen weitergehenden Schutz gegen die Beendigung von Arbeitsverhältnissen als das algerische Recht.

(aa) Die Frage, welche der in Betracht kommenden Rechtsordnungen für den Arbeitnehmer günstigere Regelungen enthält, ist eine Rechtsfrage, die objektiv und nach dem Maßstab des Gesetzes zu beantworten ist (*Schlachter* aaO, 61). Dazu ist ein Sachgruppenvergleich vorzunehmen (*Staudinger-Magnus* aaO Rz. 84; MünchKomm-Martiny, 4. Aufl., Art. 30 EGBGB Rz. 40; *Schlachter* aaO). Zu vergleichen sind die in einem inneren, sachlichen Zusammenhang stehenden Teilkomplexe der fraglichen Rechtsordnungen. Die Günstigkeit anhand eines Vergleichs je einzelner Normen zu bestimmen, ist nicht sachgerecht. Dies könnte dazu führen, dass der Arbeitnehmer durch eine Kombination einzelner Vorschriften der jeweiligen Rechtsordnung einen Schutzstandard erlangt, der über demjenigen liegt, den die betroffenen Rechtsordnungen tatsächlich gewähren (*Soergel-v. Hoffmann*, BGB, 12. Aufl., Art. 30 EGBGB Rz. 32; *Thüsing* aaO 899; *Schlachter* aaO; *Birk*, RdA 1989, 201, 206). Eine solche Besserstellung entspricht nicht dem Schutzzweck der Norm. Auch ein abstrakter ‚Gesamtvergleich‘ der Rechtsordnungen ohne Rücksicht auf die zu beurteilende Sachfrage würde dem Sinn und Zweck von Art. 30 I EGBGB (a.F.) nicht gerecht. Dieser besteht darin, dem Arbeitnehmer im Einzelfall den ihm nach dem Regelstatut zustehenden Schutz zu erhalten. Dem Arbeitnehmer wäre nicht gedient, wenn das gewählte Recht zwar ‚alles in allem‘ das günstigere wäre, sich für den konkreten Streitgegenstand aber als unvorteilhafter erwiese (MünchKomm-Martiny aaO).

(bb) Ist ein Vergleich des von den jeweiligen Rechtsordnungen gewährleisteten Kündigungsschutzes vorzunehmen, sind die Anforderungen an das Vorliegen eines Kündigungsgrunds, die Kündigungsfrist, die Möglichkeit des Arbeitnehmers, im Fall einer ungerechtfertigten Kündigung den Erhalt seines Arbeitsplatzes und eine Weiterbeschäftigung zu erreichen, sowie mögliche Kompensationen für den Verlust des Arbeitsplatzes in den Blick zu nehmen. Dabei kommt es auf die Ergebnisse einer Anwendung der jeweiligen Rechtsordnung auf den fraglichen Streitgegenstand an (zu Art. 8 I Rom-I-VO: *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, 2013, § 9 Rz. 59; MünchKomm-Martiny aaO; *Markovska*, RdA 2007, 352, 355). Sieht das Recht eines Staats für verschiedene Gruppen von Arbeitnehmern unterschiedliche Regelungen vor, sind diejenigen Vorschriften mit dem Recht des anderen Staats zu vergleichen, die auf den betroffenen Arbeitnehmer Anwendung finden. Im Streitfall ist danach der Kündigungsschutz eines Arbeitnehmers im öffentlichen Dienst der Bekl. demjenigen gegenüberzustellen, den ein Arbeitnehmer erfährt, auf dessen Arbeitsverhältnis das KSchG Anwendung findet.

(cc) Der Vergleich ist mit Blick auf die vom LAG ermittelten Vorschriften des algerischen Rechts durchzuführen. Zwar handelt es sich bei ihnen nicht um ‚Tatsachen‘, sondern um das anzuwendende (ausländische) Recht. Das Revisionsgericht darf deshalb auch ohne eine formelle Verfahrensrüge weitergehende Ermittlungen anstellen (BAG, 10.4.1975 – 2 AZR 128/74¹³ [zu IV. 2 der Gründe], BAGE 27, 99; *Germelmann/Matthes/Prütting-Müller-Glöge*, ArbGG, 8. Aufl., § 73 Rz. 2; GK-

¹³ IPRspr. 1975 Nr. 30b.

ArbGG-Mikosch [Stand: April 2011] § 73 Rz. 16). Dies ist jedoch nur dann geboten, wenn Anhaltspunkte dafür bestehen, dass sich die Rechtslage nach dem ausländischen Recht anders darstellt, als vom LAG vorausgesetzt (BAG, 25.4.2013 – 6 AZR 49/12¹⁴, Rz. 119; 2 AZR 267/92 aaO [zu VI. der Gründe]). Im Streitfall hat die Revision eine unzureichende oder fehlerhafte Feststellung des algerischen Rechts nicht gerügt. Sie ist auch objektiv nicht erkennbar.

(dd) Das algerische Recht unterscheidet zwischen den Beamten (*fonctionnaires*) und den ‚Vertragsbediensteten‘ (*agents contractuels*). Für die Gruppe der Vertragsbediensteten, zu der der Kl. gehört, gilt das nach den Feststellungen des LAG auf den Streitfall anzuwendende Décret présidentiel n° 07-308 du 29 septembre 2007. Gemäß Art. 69 des Décret présidentiel kann das Arbeitsverhältnis durch den Ablauf des Vertrags, die ordnungsgemäße akzeptierte Eigenkündigung des Arbeitnehmers, die fristlose Kündigung, die fristgerechte Entlassung mit Abfindung, die Versetzung in den Ruhestand und den Tod des Bediensteten enden. Im Falle der Vertragspflichtverletzung, einer Verletzung der Disziplin oder eines sonstigen Fehlers kann es zu einer Disziplinarmaßnahme kommen. Ein Arbeitnehmer des öffentlichen Diensts hat keine Möglichkeit, den Fortbestand seines Arbeitsverhältnisses geltend zu machen. Für ihn ist auch ein gesetzlicher Abfindungsanspruch nicht vorgesehen. Damit gewährleistet das algerische Recht jedenfalls für einen Beschäftigten des öffentlichen Diensts keinen Kündigungsschutz, der dem aus §§ 1 bis 14 KSchG folgenden Schutz gleichwertig wäre. Ob etwas anderes zu gelten hätte, wenn das algerische Recht für den Verlust des Arbeitsplatzes auch im öffentlichen Dienst die Zahlung einer Abfindung vorsähe – wie dies im privaten Wirtschaftsbereich der Fall ist –, bedarf keiner Entscheidung ...

Der Zahlungsanspruch ist berechtigt. Der Kl. hat Anspruch auf seine Vergütung für die Monate November 2007 bis Juli 2012 abzgl. der von der Agentur für Arbeit erbrachten Leistungen. Der Anspruch ergibt sich – auch – aus dem von den Parteien gewählten algerischen Recht.

a) Ist der vom Arbeitnehmer geltend gemachte Anspruch bereits nach dem gewählten Recht in vollem Umfang begründet, kann ihm das objektiv geltende Vertragsstatut keine günstigere Position verschaffen. Es kommt deshalb nicht darauf an, ob es sich bei den Regelungen über die Vergütung aus Annahmeverzug nach § 615 BGB um zwingendes Recht im Sinne von Art. 30 I EGBGB (a.F.) handelt ...

c) Die darauf beruhende Annahme des LAG, die Zahlungsansprüche des Kl. seien nach algerischem Recht begründet, hält der revisionsrechtlichen Überprüfung stand.

aa) Die Anwendung des algerischen Rechts durch das LAG kann vom BAG nachgeprüft werden. § 73 ArbGG schließt die Revisibilität ausländischen Rechts nicht aus (BAG, 2 AZR 128/74 aaO [zu IV. 1 der Gründe] unter Aufgabe von BAG 20.7.1967 – 2 AZR 372/66¹⁵). Dies steht nicht im Widerspruch zur Rspr. des BGH. Soweit dieses ausländische Recht für nicht revisibel hält, beruht dies auf der Auslegung von § 545 I ZPO. Die Vorschrift ist aufgrund ihrer Entstehungsgeschichte auch in ihrer seit dem 1.9.2009 g.F. nicht mit § 73 ArbGG vergleichbar (BGH, 4.7.2013 – V ZB 197/12¹⁶, Rz. 23, BGHZ 198, 14).“

¹⁴ IPRspr. 2013 Nr. 291.

¹⁵ IPRspr. 1966–1967 Nr. 50b.

¹⁶ IPRspr. 2013 Nr. 2.