

Verfahrensgang

BAG, Urt. vom 22.10.2015 – 2 AZR 720/14, [IPRspr 2015-68](#)

Rechtsgebiete

Arbeitsrecht → Arbeitsrecht gesamt bis 2019

Rechtsnormen

AEntG § 2

ArbGG § 73

BGB § 134; BGB § 626

Cc 1942 (Italien) **Art. 1464**; Cc 1942 (Italien) **Art. 2110**

EFZG § 5

EGBGB **Art. 6**; EGBGB **Art. 27**; EGBGB **Art. 27 ff.**; EGBGB **Art. 30**; EGBGB **Art. 32**; EGBGB **Art. 34**

EuGVVO 1215/2012 **Art. 66**

EUGVVO 44/2001 **Art. 1**; EUGVVO 44/2001 **Art. 22**; EUGVVO 44/2001 **Art. 24**; EUGVVO 44/2001 **Art. 60**

EVÜ **Art. 3**; EVÜ **Art. 6**; EVÜ **Art. 7**

FIRG § 21

GG **Art. 3**

Gleichbehandlungs-Rahmen-RL 2000/78/EG **Art. 1**; Gleichbehandlungs-Rahmen-RL 2000/78/EG **Art. 2**

KSchG § 1; KSchG §§ 1 ff.; KSchG § 4

Rom I-VO 593/2008 **Art. 1**; Rom I-VO 593/2008 **Art. 3**; Rom I-VO 593/2008 **Art. 8**; Rom I-

VO 593/2008 **Art. 8 f.**; Rom I-VO 593/2008 **Art. 9**; Rom I-VO 593/2008 **Art. 21**; Rom I-

VO 593/2008 **Art. 28**

SGB IX § 84; SGB IX § 85; SGB IX §§ 85 ff.

Soziale Sicherungssysteme-Koordinierungs-VO I 883/2004 **Art. 11**; Soziale Sicherungssysteme-

Koordinierungs-VO I 883/2004 **Art. 13**

Soziale-Sicherheit-VO 1408/71 **Art. 13 f.**

SRÜ **Art. 91**; SRÜ **Art. 92**

ZPO § 286; ZPO § 293; ZPO § 561; ZPO § 563

Fundstellen

LS und Gründe

BAGE, 153, 138

NZA, 2016, 473

RIW, 2016, 375, mit Anm. *Mankowski*

nur Leitsatz

BB, 2016, 884

Aufsatz

von Mohrenfels, EuZA, 2017, 101

Permalink

<https://iprspr.mpipriv.de/2015-68>

Lizenz

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



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

aa) Das Rechtsverhältnis der Parteien unterliegt aufgrund der in § 12 Ziff. 3 ausdrücklich getroffenen Rechtswahl deutschem Recht (Art. 3 I 1 Rom-I-VO). Anhaltspunkte dafür, dass diese Rechtswahl nach Art. 8 I 2 Rom-I-VO (teilweise) unwirksam und daher auf den Bestandsstreit der Parteien (auch) ukrainisches Recht anzuwenden sein könnte, sind weder vorgetragen noch ersichtlich.

bb) Die Anwendung der Vorschriften des Ersten Abschnitts des KSchG ist nicht durch § 14 I KSchG ausgeschlossen. Nach dieser Bestimmung gilt der allgemeine Kündigungsschutz nicht in Betrieben einer juristischen Person für die Mitglieder des Organs, das zur gesetzlichen Vertretung der juristischen Person berufen ist (Nr. 1) sowie in Betrieben einer Personengesamtheit für die durch Gesetz, Satzung oder Gesellschaftsvertrag zur Vertretung der Personengesamtheit berufenen Personen (Nr. 2). Die Bestimmung gilt jedoch nur im unmittelbaren Verhältnis der juristischen Person bzw. Personengesamtheit zu ihrem Organvertreter, d.h. also für Kündigungen, die die juristische Person oder Personengesamtheit gegenüber ihren unmittelbaren Organvertretern ausspricht (BAG, Urt. vom 15.4.1982 – 2 AZR 1101/79, AP Nr. 1 zu § 14 KSchG 1969).“

68. *Bei der Bestimmung des auf einen Arbeitsvertrag anwendbaren Rechts ist für die Ermittlung „engerer Verbindungen“ zu einem anderen Staat im Sinne des Art. 30 II 2 EGBGB (alter Fassung) auf die „Gesamtheit der Umstände“ abzustellen.*

Bei der „Gesamtheit der Umstände“ ist nicht allein die Anzahl der für eine Verbindung zu dem einen oder dem anderen Staat sprechenden Kriterien maßgebend. Es müssen vielmehr die Anknüpfungsmomente gewichtet werden. Wesentliches Kriterium ist dabei der Ort, an dem der Arbeitnehmer seine Steuern und Abgaben entrichtet und der Sozialversicherung angeschlossen ist. [LS der Redaktion]

BAG, Urt. vom 22.10.2015 – 2 AZR 720/14: BAGE 153, 138; RIW 2016, 375 mit Anm. Mankowski; NZA 2016, 473. Leitsatz in BB 2016, 884.

[Das vorgehende Urteil des LAG Mecklenburg-Vorpommern vom 3.4.2014 – 4 Sa 57/13 – wurde bereits im Band IPRspr. 2014 unter der Nr. 76 abgedruckt.]

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer ordentlichen Kündigung. Der 1962 geborene Kl. war bei der Bekl., einer Gesellschaft italienischen Rechts mit Sitz in Genua, seit 2006 zunächst als Second Engineer, dann als Chief Engineer für den Einsatz auf Kreuzfahrtschiffen beschäftigt. Bei Abschluss der in deutscher Sprache gehaltenen arbeitsvertraglichen Vereinbarungen der Parteien wurde die Bekl. von ihrer Zweigniederlassung in Rostock vertreten. Diese war – neben der Bekl. – berechtigt, dem Kl. im Rahmen seiner Bordeinsätze Weisungen zu erteilen. Die Parteien hatten die Geltung italienischen Rechts und bestimmter italienischer Tarifverträge sowie den Sitz der Bekl. als Gerichtsstand vereinbart. Diese entrichtete für den Kl. von der Bruttoheuer die Beiträge zur italienischen Sozialversicherung und führte für ihn in Italien nach den dortigen gesetzlichen Regelungen Lohnsteuer ab. Die Kreuzfahrtschiffe, auf denen der Kl. vertragsgemäß eingesetzt wurde, liefen allesamt unter italienischer Flagge. 2009 trennte sich der Kl. bei einem Unfall im privaten Bereich einen Unterarm ab, woraufhin ihm ein Grad der Behinderung von 60 zuerkannt wurde. Die Berufsgenossenschaft verweigerte dem Kl. die Erteilung eines Seediensstauglichkeitszeugnisses. In einem von ihm angestrebten Eilverfahren verpflichtete das OVG sie, dem Kl. ein solches Zeugnis unter bestimmten Voraussetzungen zu erteilen. Ende September 2010 kündigte die Bekl. das Arbeitsverhältnis der Parteien. Mit seiner Klage hat der Kl. sich gegen die Kündigung gewandt. Die Vorinstanzen haben, nachdem das ArbG ein Sachverständigengutachten zum italienischen Recht eingeholt hatte, die Klage abgewiesen. Mit der Revision verfolgt der Kl. seine Begehren weiter.

Aus den Gründen:

„[11] Die Revision ist begründet. Mit der gegebenen Begründung durfte das LAG die Klage nicht abweisen. Ob die Kündigung der Bekl. vom 24.9.2010 wirksam

ist, steht noch nicht fest. Das führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung des Rechtsstreits an das LAG.

[12] A. Die internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichte für das am 14.10.2010 anhängig gemachte Verfahren bestimmt sich nach der EuGVO. Deren Neufassung in Form der VO (EU) Nr. 1215/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 12.12.2012 (ABl. Nr. L 351/1) ist nach ihrem Art. 66 nur auf Verfahren anzuwenden, die am oder nach dem 10.1.2015 eingeleitet worden sind. Bei einem Arbeitsrechtsstreit handelt es sich um eine zivilrechtliche Streitigkeit im Sinne von Art. 1 I EuGVO (BAG, 24.9.2009 – 8 AZR 306/08¹ Rz. 27, BAGE 132, 182). Die Bekl. hat ihren Sitz im Sinne des Art. 60 EuGVO in einem Mitgliedstaat, nämlich in Italien. Die Zuständigkeit der deutschen Gerichte folgt jedenfalls aus Art. 24 EuGVO, weil die Bekl. sich in der streitigen Verhandlung vor dem ArbG auf das Verfahren eingelassen hat und eine anderweitige ausschließliche Zuständigkeit gemäß Art. 22 EuGVO nicht besteht (zu den Voraussetzungen des Art. 24 EuGVO vgl. für das arbeitsgerichtliche Verfahren: BAG, 24.9.2009 aaO Rz. 36 ff.; für Zivilverfahren im Allgemeinen s. BGH, 19.5.2015 – XI ZR 27/14² Rz. 17 ff.) ...

[16] 1. Das LAG ist allerdings ohne Rechtsfehler davon ausgegangen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien italienischem Vertragsstatut unterliegt.

[17] a) Das anwendbare materielle Recht bestimmt sich nach Art. 27 ff. EGBGB (a.F.). Die Rom-I-VO findet keine Anwendung, weil der Arbeitsvertrag der Parteien vor dem 17.12.2009 ‚geschlossen‘ [zu den möglichen Bedeutungen dieses Begriffs vgl. BAG, 25.2.2015 – 5 AZR 962/13³ (A) Rz. 12] wurde (Art. 28 Rom-I-VO). Im Übrigen stellte sich die Rechtslage im Streitfall gemäß Art. 3, 8 und 9 Rom-I-VO nicht anders dar als nach Art. 27 ff. EGBGB (a.F.).

[18] b) Dem Vertragsstatut unterliegt auch der privatrechtliche Kündigungsschutz nach dem KSchG [vgl. BAG, 30.4.1987 – 2 AZR 192/86⁴ zu II. 3. b) der Gründe, BAGE 55, 236; 19.6.1986 – 2 AZR 563/85⁵ zu B. I der Gründe].

[19] c) Die Parteien haben in Ziff. 22 des Anstellungsvertrags vom 12.5.2006 ausdrücklich die Geltung italienischen Rechts vereinbart (Art. 27 I EGBGB [a.F.]).

[20] d) Die Rechtswahl der Parteien konnte nicht im Sinne von Art. 30 I EGBGB (a.F.) dazu führen, dass dem Kl. der Schutz entzogen würde, der ihm durch die zwingenden Bestimmungen des Rechts gewährt wird, das nach Art. 30 II EGBGB (a.F.) mangels einer Rechtswahl anzuwenden wäre. Das Arbeitsverhältnis unterlag nach letztgenannter Vorschrift auch objektiv italienischem Vertragsstatut.

[21] aa) Nach Art. 30 II Nr. 1 EGBGB (a.F.) ist auf Arbeitsverträge und Arbeitsverhältnisse das Recht des Staats objektiv anwendbar, in dem der Arbeitnehmer in Erfüllung des Vertrags gewöhnlich seine Arbeit verrichtet, selbst wenn er vorübergehend in einen anderen Staat entsandt ist. Das Kriterium des Staats, in dem die Arbeit gewöhnlich verrichtet wird, bezieht sich auf den Ort, an dem oder von dem aus der Arbeitnehmer seine beruflichen Tätigkeiten tatsächlich ausübt, und, in Ermangelung eines Mittelpunkts seiner Tätigkeiten, auf den Ort, an dem der Arbeit-

¹ IPRspr. 2009 Nr. 184.

² Siehe unten Nr. 227.

³ Siehe oben Nr. 62.

⁴ IPRspr. 1987 Nr. 36.

⁵ IPRspr. 1986 Nr. 46.

nehmer den größten Teil seiner Tätigkeiten verrichtet (vgl. EuGH, 15.12.2011 – Jan Voogsgeerd ./ Navimer S.A., Rs C-384/10 Rz. 37, Slg. 2011 I-13275 zu Art. 6 II EVÜ, der der Vorschrift des Art. 30 EGBGB [a.F.] zugrunde liegt).

[22] (1) Der Kl. war vertragsgemäß ausschließlich auf Kreuzfahrtschiffen tätig, so dass ein gewöhnlicher Arbeitsort im Sinne einer festen Einrichtung nicht vorlag. Allerdings liefen alle Schiffe, auf denen er zum Einsatz kam, unter italienischer Flagge.

[23] (a) Zumindest auf hoher See unterstehen Schiffe, die unter der Flagge eines einzigen Staats fahren, nach Art. 92 I 1 des Seerechtsübereinkommens der Vereinten Nationen vom 10.12.1982 (BGBl. 1994 II 1799; nachfolgend: SRÜ) ausschließlich der Hoheitsgewalt dieses Staats. Gemäß Art. 91 I 2 SRÜ besitzen sie jedenfalls dann, wenn – wie hier – eine ‚echte Verbindung‘ (*genuine link*) zu diesem besteht, die Staatszugehörigkeit des Staats, dessen Flagge zu führen sie berechtigt sind. Auch wenn ‚Hoheitsgewalt‘ nicht mit ‚Hoheitsgebiet‘ gleichzusetzen ist (vgl. *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, 2013, § 9 Rz. 163; s.a. *Palandt-Thorn*, BGB, 74. Aufl., Art. 8 Rom I-VO Rz. 12, der auf hoher See von staatsfreiem Gebiet ausgeht), liegt es nahe, die Flagge als maßgebliches Kriterium für den gewöhnlichen Arbeitsort anzusehen. Hierdurch würde eine eindeutige Zuordnung zu einem Staat möglich (vgl. BAG, 24.9.2009 aaO Rz. 46 f. zu Art. 19 Nr. 2 lit. a EuGVO; *Block* in *Deinert*, Internationales Recht im Wandel. Symposium für Peter Winkler von Mohrenfels, 2013, 45, 81; *Staudinger-Magnus*, BGB, Neub. 2011, Art. 8 Rom I-VO Rz. 149; *Wurmnest*, EuZA 2009, 481, 497; *Junker* in FS Heldrich, 2005, 719, 730 f.). Die Anknüpfung an die Flagge böte dem Arbeitnehmer ein hohes Maß an Rechtssicherheit (*Gräf*, ZfA 2012, 557, 585). Der Gefahr, das anwendbare Recht durch ‚Ausflagung‘ manipulieren zu können (vgl. *Palandt-Thorn* aaO), würde durch Art. 30 II 2 EGBGB (a.F.) begegnet (*Franzen*, AR-Blattei SD 1450.2 Rz. 11). Danach wäre das Recht des ‚Flaggenstaats‘ nicht berufen, wenn der Arbeitsvertrag oder das Arbeitsverhältnis nach der Gesamtheit der Umstände engere Verbindungen zu einem anderen Staat aufwiese. Gegen das Abstellen auf die Flagge könnte nicht § 21 IV 1 des Gesetzes über das Flaggenrecht der Seeschiffe und die Flaggenführung der Binnenschiffe (Flaggenrechtsgesetz) vom 26.10.1994 (BGBl. I 3140) angeführt werden, wonach das Heuerverhältnis auf einem sog. Zweitregisterschiff nicht schon dann deutschem Recht unterliegt, wenn das Schiff unter der Bundesflagge fährt. Dabei handelt es sich allenfalls um eine negative einseitige Kollisionsnorm, nicht um eine umfassende Regelung der Bedeutung der Flagge (vgl. *Deinert*, RdA 2009, 144, 147; *Palandt-Thorn* aaO).

[24] (b) Indes stellen weder das EGBGB noch das EVÜ ausdrücklich darauf ab, unter welcher Flagge ein Schiff fährt (anders etwa Art. 13, 14 der VO [EWG] Nr. 1408/71 des Rates zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und deren Familien, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern vom 14.6.1971 [ABl. L Nr. 149/2; vgl. dazu EuGH, 19.3.2015 – L. Kik ./ Staatssecretaris van Financiën, Rs C-266/13 Rz. 56 und Art. 11 der VO [EG] Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit vom 29.4.2004 [ABl. Nr. L 166/1]). Der EuGH hat dieses Kriterium bislang ebenfalls nicht zur Bestimmung des gewöhnlichen Arbeitsorts im Sinne des EVÜ herangezogen (vgl. EuGH aaO Voogsgeerd).

[25] (2) Könnte, weil eine Anknüpfung an die Flagge der ‚Einsatzschiffe‘ nicht in Betracht käme, kein Ort festgestellt werden, an dem der Kl. gewöhnlich seine Arbeit verrichtet hat, ist nach den unangefochtenen Feststellungen des LAG auch kein Ort ersichtlich, von dem aus er den größten Teil seiner Tätigkeit ausgeübt hat.

[26] (a) Um den Ort zu ermitteln, von dem aus die Arbeit ausgeübt wird, sind bei Arbeitsverhältnissen in der Seefahrt alle Umstände zu berücksichtigen, die die Tätigkeit des Arbeitnehmers kennzeichnen, insbes. in welchem Staat sich der Ort befindet, von dem aus er Anweisungen erhält, oder der Ort, an dem er sich melden muss, bevor er seine Fahrten antritt (vgl. EuGH aaO Voogsgeerd Rz. 40 zu Art. 6 II EVÜ).

[27] (b) Der Kl. mag zwar Anweisungen aus der Niederlassung der Bekl. in Rostock erhalten haben. Jedoch hat er nicht behauptet, seine Fahrten stets von Deutschland aus angetreten zu haben. Das lässt sich auch dem Arbeitsvertrag der Parteien nicht entnehmen. Vielmehr gingen sie ausweislich der Regelung zur Erstattung von Reisekosten in Ziff. 7 des Anstellungsvertrags vom 12.5.2006 davon aus, dass sich die ‚Einsatzorte‘ durchaus auch in anderen Ländern befinden können und die betreffenden Schiffe keineswegs immer in deutschen Häfen liegen müssen. Das LAG hat nicht festgestellt, dass der Kl. sich vor sämtlichen Einsätzen – auch vor solchen, die im Ausland begannen – in der deutschen Niederlassung der Bekl. habe melden müssen.

[28] bb) Wenn der Arbeitnehmer seine Arbeit gewöhnlich nicht in ein und demselben Staat verrichtet, bestimmt sich das objektiv anwendbare Recht gemäß Art. 30 II Nr. 2 EGBGB (a.F.) danach, wo sich die Niederlassung befindet, die ihn eingestellt hat (vgl. EuGH, 12.9.2013 – Anton Schlecker ./ Melitta Josefa Boedeker, Rs C-64/12 Rz. 32; Voogsgeerd aaO Rz. 32 jeweils zu Art. 6 II EVÜ). Da der Kl. von der Niederlassung der Bekl. in Rostock eingestellt wurde, gelänge hiernach deutsches Recht zur Anwendung.

[29] cc) Gemäß Art. 30 II 2 EGBGB (a.F.) gilt die nach Art. 30 II Nrn. 1 und 2 EGBGB (a.F.) ‚an sich‘ zu treffende Zuordnung dann ausnahmsweise nicht, wenn sich aus der Gesamtheit der Umstände ergibt, dass der Arbeitsvertrag oder das Arbeitsverhältnis engere Verbindungen zu einem anderen Staat aufweist. In diesem Fall ist das Recht dieses anderen Staats anzuwenden.

[30] (1) Um zu klären, 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. Vielmehr müssen die Anknüpfungsmomente gewichtet werden. Zu berücksichtigen sind u.a. der Arbeitsort, der Sitz des Arbeitgebers, die Staatsangehörigkeit der Vertragsparteien und der Wohnsitz des Arbeitnehmers. Vertragssimmanente 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 derartige Disposition über den zwingenden Arbeitnehmerschutz soll Art. 30 I EGBGB (a.F.) gerade verhindern. In seinem Rahmen kommt es auf davon unabhängige, objektive Umstände an (vgl. BAG, 10.4.2014

– 2 AZR 741/13⁶ Rz. 43). Ein wesentliches Kriterium ist dabei der Ort, an dem der Arbeitnehmer seine Steuern und Abgaben entrichtet und der Sozialversicherung angeschlossen ist (vgl. EuGH aaO [Schlecker] Rz. 41 zu Art. 6 II EVÜ). Sollen die Einzelumstände auf engere Verbindungen zu einem anderen Staat verweisen, müssen sie insgesamt das Gewicht der einschlägigen Regelanknüpfung deutlich übersteigen (vgl. BAG, 10.4.2014 aaO). Die Würdigung des Berufungsgerichts ist revisionsrechtlich nur eingeschränkt überprüfbar, soweit sie auf tatsächlichem Gebiet liegt [offengelassen von BAG, 10.4.2014 aaO; 11.12.2003 – 2 AZR 627/02⁷ zu II. 3. d) der Gründe; vgl. BGH, 9.3.1977 – IV ZR 112/76]. Innerhalb der aufgezeigten Grenzen kommt dem Berufungsgericht zudem ein Spielraum bei der Gewichtung der von ihm festgestellten Anknüpfungsmomente zu. Es muss alle Gesichtspunkte berücksichtigen, die das Arbeitsverhältnis kennzeichnen, und den- oder diejenigen würdigen, der bzw. die seiner Ansicht nach ‚am maßgeblichsten‘ ist bzw. sind (so EuGH aaO [Schlecker] Rz. 40 zu Art. 6 II EVÜ).

[31] (2) Nach diesen Grundsätzen ist die Annahme des LAG revisionsrechtlich nicht zu beanstanden, das Arbeitsverhältnis der Parteien weise nach der Gesamtheit der Umstände engere Verbindungen zu Italien als zu Deutschland auf.

[32] (a) Das LAG hat zutreffend erkannt, dass die nachrangige Regelanknüpfung des Art. 30 II Nr. 2 EGBGB (a.F.) nach Deutschland weist und der Kl. aus der einstellenden Niederlassung in Rostock auch Anweisungen erhalten hat. Dass die vertraglichen Vereinbarungen der Parteien in deutscher Sprache gehalten sind und ihm An- und Abreisekosten nicht erstattet wurden, wenn das Schiff in einem deutschen Hafen lag, musste es dagegen nicht als maßgeblich ansehen. Es handelte sich um vertragsimmanente Umstände. Der Tatsache, dass der Kl. deutscher Staatsangehöriger mit Wohnsitz im Bundesgebiet ist, steht – gleichsam ‚neutralisierend‘ – gegenüber, dass es sich bei der Bekl. um eine Gesellschaft italienischen Rechts mit Sitz in Italien handelt. Zudem hatten die Parteien – was freilich von untergeordneter Bedeutung ist – italienische Tarifverträge in Bezug genommen und als Gerichtsstand für Streitigkeiten aus ihrem Arbeitsverhältnis den Sitz der Bekl. bestimmt.

[33] (b) Bei dieser Sachlage durfte das LAG maßgeblich darauf abstellen, dass für den Kl. Lohnsteuer in Italien abgeführt wurde und für sein Beschäftigungsverhältnis gemäß Art. 13 II lit. b und Art. 14 II lit. c der VO (EWG) Nr. 1408/71 (bis zum 30.4.2010) bzw. nach Art. 11 IV und Art. 13 der VO (EG) Nr. 883/2004 (ab dem 1.5.2010) das italienische Recht der sozialen Sicherheit galt, weil er ausschließlich an Bord von Schiffen tätig war, die unter italienischer Flagge fuhren und er durch ein Unternehmen mit Sitz in Italien vergütet wurde, ohne dass er – so die Einschränkung in Art. 13 I lit. b der VO (EG) Nr. 883/2004 – einen ‚wesentlichen Teil seiner Tätigkeit‘ im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland ausgeübt hätte.

[34] dd) Unterfiel das Arbeitsverhältnis jedenfalls nach Art. 30 II 2 EGBGB (a.F.) italienischem Vertragsstatut, folgt die Geltung des – deutschen – KSchG auch nicht aus Art. 34 EGBGB (a.F.). Die §§ 1 bis 14 KSchG stellen keine ‚Eingriffsnormen‘ im Sinne der Vorschrift dar (BAG, 1.7.2010 – 2 AZR 270/09⁸ Rz. 31).

[35] 2. Die sich nach dem Recht der lex fori richtende Auslegung des Hauptantrags (BAG, 16.12.2010 – 2 AZR 963/08⁹ Rz. 14), die das Revisionsgericht selbst

⁶ IPRspr. 2014 Nr. 70b.

⁷ IPRspr. 2003 Nr. 46b.

⁸ IPRspr. 2010 Nr. 179b.

⁹ IPRspr. 2010 Nr. 255 (LS).

vornehmen kann (BAG, 13.12.2007 – 2 AZR 818/06 Rz. 20), ergibt, dass er nicht schon deshalb abzuweisen ist, weil ital. materielles Recht berufen ist.

[36] a) Nach deutschem Prozessrecht ist die Unwirksamkeit einer Kündigung grundsätzlich – unabhängig von der Anwendbarkeit des KSchG – mit einem Antrag gemäß § 4 Satz 1 KSchG geltend zu machen. Eben dies hat der Kl. getan. Dabei ist aus der Klagebegründung deutlich geworden, dass er die Unwirksamkeit der Kündigung unabhängig vom maßgeblichen Vertragsstatut – mithin ggf. auch nach italienischem Recht – geltend machen möchte [dazu, dass es sich bei § 4 Satz 1 KSchG um eine Norm des ‚formellen Rechts‘ handelt, vgl. BAG, 18.4.1996 – 8 AZR 867/93 zu B. I. 3. b) der Gründe, BAGE 83, 11].

[37] b) Der Kl. hat nicht deshalb den ‚falschen‘ Antrag gewählt, weil nach italienischem materiellem Recht auch eine unwirksame Kündigung das Arbeitsverhältnis auflöste. Genießt der Arbeitnehmer den sog. realen Kündigungsschutz (*tutela reale*), weil – wie vermutlich bei der Bekl. – im Unternehmen mehr als 60 Arbeitnehmer beschäftigt sind, ist eine vom Arbeitgeber unberechtigt erklärte Kündigung ex tunc unwirksam. Das Arbeitsverhältnis besteht fort. Der Arbeitnehmer hat einen Anspruch auf ‚Wiedereingliederung‘ (vgl. *Bovenberg*, Kündigung und Kündigungsschutz im Italienischen Arbeitsrecht, 2003, 113; *Radoccia in Henssler-Braun*, Arbeitsrecht in Europa, 3. Aufl., Italien Rz. 334 ff.; *Hofmann-Coslovich*, Arbeitsrecht in Italien, 1996, Rz. 128 ff.; *Nogler*, AuR 2014, 93, 95; *Piras*, Kündigungsschutz im Arbeitsrecht, 2006, 48 und 56; unklar das vom ArbG eingeholte Gutachten, dort S. 7). Wird geltend gemacht, das Arbeitsverhältnis sei durch eine bestimmte Kündigung nicht aufgelöst worden, bestehe also fort, umfasst dies die im italienischen Recht vorgesehene ‚Wiedereingliederung‘.

[38] III. Das LAG durfte auf der Grundlage der bisher von ihm getroffenen Feststellungen nicht annehmen, die Kündigung der Bekl. vom 24.9.2010 sei nach Maßgabe des italienischen materiellen Rechts wirksam.

[39] 1. Gemäß Art. 2110 ital. Cc ist eine Kündigung, die im Hinblick auf eine Krankheit erklärt wird, nicht zulässig, wenn der Arbeitnehmer nicht eine gewisse Mindestzeit arbeitsunfähig erkrankt ist (*tempo cosiddetto di comporto*). Nach Ablauf des sog. *comporto* ist eine fristgerechte Kündigung – vorbehaltlich der evtl. bestehenden Notwendigkeit des Angebots einer anderweit möglichen Beschäftigung – ohne weitere Rechtfertigung begründet, wenn die Krankheit fort dauert. Die Überwindung des *comporto* stellt dann einen selbständigen Kündigungsgrund dar (vgl. *Bovenberg* aaO 66). Die Dauer des *comporto* ist in Art. 2110 Cc nicht festgelegt. Für Seearbeitsverhältnisse existieren nach dem vom ArbG eingeholten Gutachten auch sonst keine diesbzgl. gesetzlichen oder tarifvertraglichen Regelungen, so dass sich die Länge des *comporto* nach der betrieblichen Übung bzw. nach Billigkeits-erwägungen richtet (vgl. auch *Hofmann-Coslovich* aaO Rz. 112, 115).

[40] 2. Das LAG hat angenommen, die Kündigung sei nach Art. 2110 Cc wirksam. Der Kl. sei aufgrund des Unfalls im Oktober 2009 erkrankt und deshalb solange arbeitsunfähig gewesen, bis die Bekl. die Kündigung erklärt habe. Das sei durch die von ihm bei der Bekl. für die Zeit bis einschl. 24.9.2010 eingereichten Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen belegt. Der den Kl. behandelnde Arzt habe nicht als Zeuge vernommen werden dürfen. Damit wäre eine unzulässige Ausforschung betrieben worden. Eine bewusste Täuschung der Sozialversicherungsträger und der

Bekl. habe die Kammer ausgeschlossen. Damit sei der *comporto* von 180 Tagen überwunden worden. Im Kündigungszeitpunkt sei der Kl. nach wie vor arbeitsunfähig gewesen. Daran ändere der Umstand nichts, dass ihm bereits Ende Februar 2010 eine myoelektrische Prothese angepasst worden sei. Ein Erster Offizier auf einem Kreuzfahrtschiff müsse seediensttauglich sein. Hierfür müsse er über alle Gliedmaßen verfügen.

[41] 3. Diese Ausführungen halten einer revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand. Das gilt unabhängig davon, ob die Anwendung ausländischen Rechts als solche im Verfahren vor den Gerichten für Arbeitssachen nach § 73 ArbGG revisibel [so BAG, 24.8.1989 – 2 AZR 3/89¹⁰ zu A. II. 4. a) der Gründe, BAGE 63, 17] oder ob auch nach Maßgabe des ArbGG bei unzureichender oder fehlerhafter Ermittlung von Bestehen und Inhalt des ausländischen materiellen Rechts lediglich die Verfahrensrüge eröffnet ist (vgl. BGH, 4.7.2013 – V ZB 197/12¹¹, BGHZ 198, 14; Roth, NJW 2014, 1224 für die ZPO bzw. das FamFG). Der Kl. hat drei durchgreifende Verfahrensrügen erhoben. Mit einer davon moniert er gemäß § 293 ZPO, dass das LAG den Inhalt des italienischen Rechts nicht umfassend ermittelt habe. Die beiden anderen Rügen stützen sich ohnehin auf die der *lex fori* zuzuordnende Vorschrift des § 286 I ZPO.

[42] a) Zum einen beanstandet der Kl. nach § 293 ZPO zu Recht, das LAG habe nicht untersucht, welchen Beweiswert das italienische Recht einer – deutschen – Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung für das Vorliegen einer *malattia* im Sinne von Art. 2110 Cc beimisst.

[43] aa) Gemäß Art. 32 III 1 EGBGB (a.F.) ist das für den Vertrag maßgebliche Recht insoweit anzuwenden, wie es für vertragliche Schuldverhältnisse gesetzliche Vermutungen aufstellt oder die Beweislast verteilt. Danach ist die Frage des Beweiswerts einer Urkunde nicht nach dem Verfahrensrecht, sondern nach dem materiellen Recht zu beantworten.

[44] bb) Das LAG hat nicht festgestellt, wie der für das Vorliegen von Kündigungsgründen beweisbelastete Arbeitgeber (Nogler, AuR 2003, 321, 322) nach italienischem Recht die Krankheit des Arbeitnehmers nachzuweisen hat. Es hat nicht aufgeklärt, ob das italienische Recht eine § 5 EFZG vergleichbare Regelung enthält und welcher Beweiswert einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung im Rahmen eines ‚Kündigungsschutzprozesses‘ zukommt. Es hat vielmehr die Grundsätze des deutschen Entgeltfortzahlungsrechts angewandt.

[45] b) Zum anderen rügt der Kl. gemäß § 286 I ZPO, das LAG habe selbst dann, wenn den Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen nach italienischem Recht die von ihm – dem Berufungsgericht – angenommene Wirkung einer tatsächlichen Vermutung zukommen sollte, den durch ihn – den Kl. – dazu angebotenen Beweis erheben müssen, dass aus ärztlicher Sicht seit Ende Februar 2010 ‚eigentlich‘ keine Bedenken mehr gegen eine Wiederaufnahme seiner Tätigkeit bestanden hätten. Auch diese Rüge greift durch.

[46] aa) Das Angebot, den behandelnden Arzt zu diesem Punkt als Zeugen zu vernehmen, durfte das LAG nicht mit der Begründung unbeachtet lassen, es hätte anderenfalls einen Ausforschungsbeweis erhoben. Der Vortrag des Kl. ist ausreichend substantiiert.

¹⁰ IPRspr. 1989 Nr. 72.

¹¹ IPRspr. 2013 Nr. 2.

[47] (1) Eine Partei genügt ihrer Darlegungslast, wenn sie Tatsachen vorträgt, die in Verbindung mit einem Rechtssatz geeignet sind, das geltend gemachte Recht als in ihrer Person entstanden erscheinen zu lassen. Unerheblich ist dabei, wie wahrscheinlich die Darstellung ist und ob sie auf eigenem Wissen oder einer Schlussfolgerung aus Indizien beruht. Es ist dann Sache des Tatrichters, in die Beweisaufnahme einzutreten und hierbei ggf. die Zeugen nach weiteren Einzelheiten zu befragen (vgl. BAG 1.7.2010 aaO Rz. 19 m.w.N.).

[48] (2) Danach hätte der Beweisantritt nur dann unbeachtet bleiben dürfen, wenn die ihm zugrunde liegende Behauptung als gänzlich substanzlos, willkürlich, aus der Luft gegriffen oder ins Blaue hinein aufgestellt erschiene. Der Kl. hat indes nicht bloß vorgetragen, er sei entgegen den anderslautenden ärztlichen Bescheinigungen arbeitsfähig gewesen. Vielmehr hat er dargelegt, sein Arzt habe die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen allein deshalb ausgestellt, weil ihm – dem Kl. – kein Seediensstauglichkeitszeugnis mehr erteilt worden sei. Aus ärztlicher Sicht hätten, nachdem ihm Ende Februar 2010 eine myoelektrische Prothese angepasst worden sei, ‚eigentlich‘ keine Bedenken dagegen bestanden, dass er die Tätigkeit auf See wieder aufnehmen. Da der Kl. medizinischer Laie ist, konnte von ihm nicht verlangt werden, weitere Details vorzutragen. Er durfte sich darauf beschränken, die Einschätzung seines Arztes mitzuteilen und diesen als – sachverständigen – Zeugen zu benennen.

[49] bb) Das LAG durfte, ohne den behandelnden Arzt als Zeugen vernommen zu haben, auch nicht davon ausgehen, dieser werde den Vortrag des Kl. nicht zu seiner – des LAG – vollen Überzeugung im Sinne von § 286 I ZPO bestätigen können. Ob eine Behauptung wahr ist, kann im Allgemeinen erst beurteilt werden, wenn der für sie angebotene Beweis erhoben worden ist [BAG, 5.11.2003 – 5 AZR 562/02 zu I. 2. d) aa) der Gründe]. Anderenfalls nimmt das Gericht eine Beweismwürdigung unzulässigerweise vorweg (BVerfG, 22.1.2001 – 1 BvR 2075/98 zu II. 1 der Gründe). So lag es auch hier.

[50] c) Die von der Revision aufgezeigten Verfahrensfehler sind entscheidungserheblich. Sollte das Vorliegen von Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen dem Arbeitnehmer nach italienischem Recht nicht den Vortrag abschneiden, er sei ‚in Wahrheit‘ arbeitsfähig gewesen, und sollte der behandelnde Arzt ‚eigentlich‘ davon überzeugt gewesen sein, dass der Kl. spätestens seit Anpassung der myoelektrischen Prothese Ende Februar 2010 wieder imstande war, die geschuldete Arbeitsleistung zu erbringen, müsste die Bekl. im Einzelnen darlegen und ggf. beweisen, dass der Kl. tatsächlich über einen nach Art. 2110 Cc erheblichen Zeitraum vor Zugang der Kündigung sowie noch im Kündigungszeitpunkt arbeitsunfähig war.

[51] C. Die Entscheidung des LAG, den Hauptantrag abzuweisen, stellt sich nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 561 ZPO). Es steht nicht fest, dass die Kündigung der Bekl. vom 24.9.2010 wirksam ist.

[52] I. Es kann dahinstehen, ob es sich bei der nach italienischem Recht einzuhaltenden Widerspruchsfrist von 60 Tagen (vgl. *Radoccia* aaO Rz. 326, 333) um eine materielle oder prozessuale Anforderung handelt. Der Kl. hat die vorliegende Klage allemal fristgerecht erhoben.

[53] II. Selbst wenn das italienische Recht vorsehen sollte, dass ein Schlichtungsverfahren durchzuführen ist, bevor Klage gegen eine Kündigung erhoben wird (so wohl *Radoccia* aaO), wäre der Kl. dazu nicht verpflichtet gewesen. Die Vorschaltung eines Schlichtungsverfahrens ist dem Verfahrensrecht zuzuordnen. *Lex fori* ist hier nicht das italienische, sondern das deutsche Recht (vgl. BAG, 16.12.2010 aaO; s. jetzt auch Art. 1 III Rom-I-VO).

[54] III. Die Kündigung ist nicht nach Art. 1464 Cc wirksam.

[55] 1. Bedarf der Arbeitnehmer einer behördlichen Erlaubnis, um die vertraglich geschuldete Tätigkeit zu verrichten, und wird ihm diese Erlaubnis entzogen oder nicht mehr erteilt, wird ihm die Erbringung der Arbeitsleistung unmöglich. In diesem Fall kann der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis wegen Unmöglichkeit gemäß Art. 1464 Cc beenden (vgl. *Bovenberg* aaO 64 f.; *Piras* aaO 53).

[56] 2. Es ist fraglich, ob die Bekl. sich auf diesen Kündigungsgrund noch berufen könnte. Im Kündigungsschreiben hatte sie erklärt, die Kündigung werde auf Art. 2110 Cc und die – vermeintliche – lange Arbeitsunfähigkeit des Kl. gestützt. Nach dieser Mitteilung könnte es ihr verwehrt sein, die Kündigung auf einen anderen als den – einzig – genannten Grund zu stützen (*immutabilità dei motivi di licenziamento*; vgl. *Bovenberg* aaO 67; *Hofmann-Coslovich* aaO Rz. 124) ...

[69] bb) Die Beschränkung des Zustimmungserfordernisses auf Kündigungen von Arbeitsverhältnissen, die deutschem Vertragsstatut unterliegen, bedeutet keine Vermischung von privatem und öffentlichem Recht. Die Geltung des § 85 SGB IX bestimmt sich nicht unmittelbar nach Art. 27 ff. EGBGB (a.F.) oder Art. 3, 8 und 9 Rom-I-VO. Dem Vertragsstatut kommt für die Anwendbarkeit der Norm nur insofern – mittelbare – Bedeutung zu, als § 85 SGB IX seine eigene Geltung von der Anwendbarkeit deutschen Arbeitsvertragsrechts abhängig macht.

[70] cc) Dem Schutzzweck der §§ 85 ff. SGB IX ist auch so Genüge getan. Der (ausländische) Arbeitgeber könnte nicht etwa ‚einfach‘ das objektiv geltende deutsche Recht mit der Folge ‚abwählen‘, dass das Zustimmungserfordernis nach § 85 SGB IX entfele.

[71] (1) Hätte das Arbeitsverhältnis abgesehen von der Rechtswahl und ggf. einer diese flankierenden Gerichtsstandsvereinbarung keinerlei Auslandsbezug, scheiterte ein Umgehungsversuch bereits an Art. 27 III EGBGB (a.F.) bzw. Art. 3 III Rom-I-VO. Liegt ein sog. Binnensachverhalt im Sinne der Vorschriften vor, berührt die Rechtswahl der Parteien nicht die Anwendung derjenigen Bestimmungen des deutschen Rechts, von denen nicht durch Vereinbarung abgewichen werden kann. Eine solche – einfach – zwingende Norm ist auch § 85 SGB IX.

[72] (2) Handelte es sich dagegen um einen Sachverhalt, der solcherart Auslandsbezüge aufweist, dass er von Art. 27 III EGBGB (a.F.) bzw. Art. 3 III Rom-I-VO nicht erfasst ist, d.h. wäre der Sachverhalt im Zeitpunkt der Rechtswahl nicht nur mit einem Staat verbunden (vgl. dazu *Palandt-Thorn* aaO Art. 3 Rom I-VO Rz. 5), würde einem Umgehungsversuch durch Art. 30 I EGBGB (a.F.) bzw. Art. 8 I 2 Rom-I-VO begegnet. Nach diesen Vorschriften darf eine Rechtswahl der Parteien nicht dazu führen, dass dem Arbeitnehmer der Schutz entzogen wird, der ihm durch die – einfach – zwingenden Bestimmungen des objektiv anwendbaren – im hiesigen Zusammenhang: deutschen – Rechts gewährt wird. Ob dem Arbeitnehmer durch eine Rechtswahl der Schutz der zwingenden arbeitsrechtlichen Bestimmungen des

objektiv, d.h. des ohne Rechtswahl maßgeblichen Rechts entzogen wird, ist durch einen Vergleich der beiden Rechtsordnungen zu ermitteln. Bei diesem Günstigkeitsvergleich ist jeweils auf die Ergebnisse abzustellen, zu denen die Rechtsordnungen in dem betreffenden Teilbereich im Einzelfall gelangen (BAG, 10.4.2014 aaO Rz. 34). Dabei ist gleichgültig, ob die ‚abgewählten‘ Normen dem privaten oder dem öffentlichen Recht angehören (vgl. *Palandt-Thorn* aaO Art. 8 Rom I-VO Rz. 9). Im Verhältnis zum italienischen Recht griffe bspw. das Zustimmungserfordernis nach § 85 SGB IX i.V.m. § 134 BGB, weil Ersteres ausweislich des vom ArbG eingeholten Gutachtens keinen Sonderkündigungsschutz für Schwerbehinderte in Gestalt eines Kündigungsverbots mit Erlaubnisvorbehalt kennt und es deshalb für diesen Teilbereich bei der Geltung des für den Arbeitnehmer günstigeren deutschen Rechts verbliebe.

[73] dd) Es begegnet keinen unionsrechtlichen Bedenken, den Geltungsbereich des SGB IX in der dargestellten Weise zu begrenzen. Das Unionsrecht – einschl. des Übereinkommens der Vereinten Nationen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen durch die Europäische Gemeinschaft vom 26.11.2009 (ABl. Nr. L 23/35; vgl. Beschluss 2010/48/EG des Rates; zur Gesetzeskraft der UN-Behindertenrechtskonvention in Deutschland s. BGBl. 2008 II 1419 u. BGBl. 2009 II 812) – verlangt nicht nach einem Kündigungsverbot mit Erlaubnisvorbehalt für die Kündigung des Arbeitsverhältnisses eines schwerbehinderten Menschen (vgl. *ErfK-Rolfs*, 15. Aufl., § 85 SGB IX Rz. 3) ...

[76] II. Es kann dahinstehen, ob die Bekl. ein Präventionsverfahren gemäß § 84 I SGB IX und ein betriebliches Eingliederungsmanagement (bEM) nach § 84 II SGB IX hätte durchführen müssen. Das Durchlaufen dieser Verfahren ist keine formelle Wirksamkeitsvoraussetzung für eine Kündigung (vgl. zuletzt BAG, 13.5.2015 – 2 AZR 565/14 Rz. 28 für das bEM). Vielmehr handelt es sich jeweils um Konkretisierungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im Rahmen der Prüfung des § 1 II KSchG bzw. des § 626 I BGB. Unterbleibt ein Präventionsverfahren oder bEM, kann dies nur dann Folgen für die Wirksamkeit einer ordentlichen Kündigung haben, wenn das KSchG anwendbar ist. Das zeigt sich u.a. daran, dass § 84 I SGB IX an die Terminologie des § 1 II KSchG (‚personen-, verhaltens- oder betriebsbedingte Schwierigkeiten‘) und § 84 II SGB IX mit dem Erfordernis einer sechswöchigen Arbeitsunfähigkeit an die vom BAG entwickelten Voraussetzungen der sozialen Rechtfertigung einer krankheitsbedingten Kündigung anknüpft (vgl. BAG, 24.1.2008 – 6 AZR 96/07 Rz. 31 ff. für Kündigungen, auf die wegen Nichterfüllung der Wartezeit nach § 1 I das KSchG keine Anwendung findet). Danach zeitigt bei einer ordentlichen Kündigung ein Verstoß des Arbeitgebers gegen seine Verpflichtungen aus § 84 I, II SGB IX grunds. auch dann keine Folgen für deren Wirksamkeit, wenn das KSchG deshalb nicht gilt, weil das gekündigte Arbeitsverhältnis – wie dasjenige des Kl. – nicht dem deutschen Vertragsstatut unterlag. Anders stellt es sich nur dar, wenn eines der ... ‚Umgehungsszenarien‘ vorliegt. Bei § 84 I, II SGB IX handelt es sich zwar um einfach zwingende Vorschriften im Sinne von Art. 27 III EGBGB (a.F.) bzw. Art. 3 III Rom-I-VO und im Sinne von Art. 30 I EGBGB (a.F.) bzw. Art. 8 I 1 Rom-I-VO, aber nicht um international zwingende Eingriffsnormen im Sinne von Art. 34 EGBGB (a.F.) bzw. Art. 9 II Rom-I-VO. Insbesondere sind die beiden Regelungen – anders als z.B. diejenigen des SGB VII – keine solchen des Ar-

beitsschutzrechts im Sinne von § 2 Nr. 5 AEentG und ist § 84 I SGB IX – anders als etwa § 81 II SGB IX – keine ‚Nichtdiskriminierungsbestimmung‘ im Sinne von § 2 Nr. 7 AEentG (vgl. *Däubler-Lakies*, TVG, 3. Aufl., § 2 AEentG Rz. 10 und 12).

[77] III. Indem sie die Kündigung erklärt hat, obwohl die Erteilung eines ‚vorläufigen‘ Seediensttauglichkeitszeugnisses aufgrund entspr. Gerichtsentscheidungen unmittelbar bevorstand, hat die Bekl. sich nicht selbstwidersprüchlich verhalten.

[78] 1. Das Prinzip von Treu und Glauben ist als übergesetzlicher Rechtssatz allen Rechtsordnungen – ausweislich des vom ArbG eingeholten Gutachtens auch der italienischen – immanent [vgl. BGH, 14.10.1992 – VIII ZR 91/91 zu II. 5. a) der Gründe, BGHZ 120, 10]. Ein deutsches Gericht hat den Einwand treuwidrigen Verhaltens – unabhängig vom anwendbaren Recht – zudem gemäß Art. 6 EGBGB (a.F.) unter dem Gesichtspunkt des *ordre public* von Amts wegen zu berücksichtigen.

[79] 2. Der Kl. hat behauptet, die Bekl. habe ihm zugesichert, ihn wieder als Chief Engineer zu beschäftigen, falls ‚die Berufsgenossenschaft‘ seine Seediensttauglichkeit feststelle. Das LAG hat dieses Vorbringen dahin gewürdigt, dass die Bekl. ihm mitgeteilt habe, er solle ein neues Tauglichkeitszeugnis beantragen und sie werde ‚vorerst während der Erkrankung bzw. Krankschreibung nicht kündigen‘. Diesem Verständnis tritt die Revision nicht entgegen. Es deckt sich vielmehr mit dem von ihr in Bezug genommenen Vortrag des Kl. in der Berufungsbegründung, wonach die Parteien am 8.4.2010 erneut übereingekommen seien, ‚dass zunächst abgewartet werden sollte, ob die Berufsgenossenschaft die Seediensttauglichkeit wieder bestätigen würde‘. Danach ist ein treuwidrig selbstwidersprüchliches Verhalten der Bekl. nicht ersichtlich.

[80] a) Nach dem eigenen Vortrag des Kl. hat diese ihm einen Einsatz als Chief Engineer nur für den Fall in Aussicht gestellt, dass die Berufsgenossenschaft kraft eigener Überzeugung zu der Einschätzung gelange, er sei trotz des Fehlens eines Unterarms seediensttauglich. Hingegen lässt sich seinem Vorbringen nicht entnehmen, die Bekl. habe ihr mögliches – künftiges – Kündigungsrecht nach Art. 2110 Cc – zumal auf unbestimmte Zeit – an den Ausgang von Gerichtsverfahren ‚binden‘ wollen, in denen es darum geht, die Berufungsgenossenschaft gegen ihre eigene Einschätzung dazu zu verpflichten, dem Kl. ein – vorläufiges – Seediensttauglichkeitszeugnis zu erteilen. Dementsprechend ließ die Bekl. dem Kl., nachdem dieser ihr mit Schreiben vom 30.6.2010 mitgeteilt hatte, dass er rechtliche Schritte unternehme, um das Zeugnis zu erhalten, mit Anwaltsschreiben vom 15.7.2010 antworten, dass sie davon ausgehen müsse, er sei dauerhaft untauglich, an Bord eines ihrer Schiffe eingesetzt zu werden.

[81] b) Nach dem vom LAG ohne Rechtsfehler zugrunde gelegten Verständnis ihrer ‚Zusicherung‘ hat die Bekl. das Arbeitsverhältnis des Kl. auch nicht deshalb ‚zur Unzeit‘ (vgl. LAG Bremen, 29.10.1985 – 4 Sa 151/85) gekündigt, weil sie die Kündigung unmittelbar nach Erhalt seiner Mitteilung von dem für ihn günstigen Ausgang der Eilverfahren vor den Verwaltungsgerichten erklärt hat. Vielmehr musste sie damit rechnen, dass seine ‚Krankschreibung‘ enden und er seinen Einsatz an Bord verlangen würde. Das galt es aus Sicht der Bekl. – gemäß der Einschätzung der von ihr gleichsam als ‚Sachverständige‘ anerkannten Berufsgenossenschaft – wegen der damit vermeintlich verbundenen Risiken zu verhindern.

[82] E. Nach der Zurückverweisung (§ 563 I 1 ZPO) wird das LAG zunächst die Begründetheit des Hauptantrags zu prüfen haben. Dafür gibt der Senat nachstehende Hinweise:

[83] I. Es wird aufzuklären sein, ob der Kl. aufgrund der Zahl der im Unternehmen der Bekl. beschäftigten Arbeitnehmer (mehr als 60) den sog. realen Kündigungsschutz (*tutela reale*) genießt. Sollte dies – wider Erwarten – nicht der Fall sein, wäre zu ermitteln, ob und ggf. mit welchen Folgen nach italienischem Recht Kündigungsschutz für Arbeitnehmer kleinerer Unternehmen besteht.

[84] II. Jedenfalls dann, wenn dem Kl. der sog. reale Kündigungsschutz zukommen sollte, wird zu ermitteln sein, welche Grundsätze das italienische Recht zum Beweis einer *malattia* im Sinne von Art. 2110 Cc aufstellt. Ggf. werden die von den Parteien zu der strittigen Frage angebotenen Beweise zu erheben und zu bewerten sein, ob der Kl. für erhebliche Zeit arbeitsunfähig war.

[85] 1. Sollte sich nach einer möglichen Beweisaufnahme der Vortrag des Kl. bestätigen, er sei entgegen den anderslautenden ärztlichen Bescheinigungen aus der Sicht seines behandelnden Arztes ‚in Wahrheit‘ arbeitsfähig gewesen, wird die Bekl. im Einzelnen darlegen und beweisen müssen, dass er für die Dauer des *comporto* und über den Kündigungszeitpunkt hinaus aufgrund einer *malattia* nicht imstande war, die geschuldete Arbeitsleistung zu erbringen.

[86] 2. Sollte die Beweisaufnahme ergeben, dass der Kl. seit Oktober 2009 fortlaufend arbeitsunfähig war, wäre die Kündigung, weil der *comporto* abgelaufen war, möglicherweise wirksam.

[87] a) Dann wird sich das LAG mit der Frage auseinandersetzen müssen, ob die Bekl. dem Kl. eine anderweitige Beschäftigung anbieten musste und ob sie dies ggf. in ausreichender Weise getan hat (von einer derartigen Verpflichtung gehen aus: *Bovenberg aaO* 65; *Piras aaO*).

[88] b) Wenn sich die Kündigung hiernach als wirksam erweisen sollte, wird das LAG zu prüfen haben, ob ein anderes Ergebnis daraus folgt, dass der Kl. wegen seiner in dem Fehlen eines Unterarms liegenden Behinderung diskriminiert wurde.

[89] aa) Das LAG hat in der angefochtenen Entscheidung nicht dargestellt, wie das italienische Recht zu dieser Frage ausgestaltet ist. Es hat lediglich apodiktisch festgestellt, dieses enthalte keine Vorschriften, die im Hinblick auf eine Diskriminierung wegen der Behinderung zu einem für den Kl. günstigeren Ergebnis führen könnten als die Regelungen des – deutschen – AGG. Dies trifft nicht die gesamte Problematik.

[90] (1) Zum einen ist fraglich, ob Art. 2110 Cc – nebst ihm möglicherweise ‚flankierenden‘ Bestimmungen des italienischen Rechts – den Vorgaben der Richtlinie 2000/78/EG des Rates zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf vom 27.11.2000 (ABl. Nr. L 303/16) genügt [vgl. dazu EuGH, 11.4.2013 – HK Danmark, handelnd für Jette Ring ./, Dansk almennyttigt Boligselskab (C-335/11) und HK Danmark, handelnd für Lone Skouboe Werge ./, Dansk Arbejdsgiverforening, handelnd für Pro Display A/S (C-337/11) Rz. 65 ff.]. Falls dies zu verneinen sein sollte, ist weiter fraglich, ob den dort aufgestellten Anforderungen zumindest durch eine unionsrechtskonforme Auslegung des italienischen Rechts Geltung verschafft werden könnte bzw. durch italienische Gerichte bereits verschafft worden ist (zu Grundlage, Ziel

und Grenzen der unionsrechtskonformen Auslegung vgl. EuGH, 24.1.2012 – *Maribel Dominguez* ./ Centre informatique du Centre Ouest Atlantique und Préfet de la région Centre, Rs C-282/10 Rz. 24 ff.).

[91] (2) Zum anderen ist denkbar, dass der Kl. durch die streitbefangene Kündigung wegen seiner Behinderung (verdeckt) unmittelbar im Sinne von Art. 2 II lit. a der Richtlinie 2000/78/EG bzw. der entspr. Vorschrift des italienischen Rechts diskriminiert worden ist.

[92] (a) Eine Anknüpfung an das Merkmal der Behinderung kommt zumindest in Betracht. Die Bekl. sieht das Fehlen eines Unterarms als Ausschlusskriterium für einen Einsatz als Chief Engineer an Bord ihrer Schiffe an. Auch unberechtigte Stereotypisierungen können zu (unabsichtlichen) Diskriminierungen führen. Darauf, ob die Bekl. glaubte, Art. 2110 Cc i.V.m. der bis zum 20.8.2014 geltenden Verordnung über die Seedensttauglichkeit (SeeDTauglVO) gebiete die Kündigung, kommt es nicht an (vgl. BAG, 19.12.2013 – 6 AZR 190/12 Rz. 44, BAGE 147, 60).

[93] (b) Eine sog. verdeckte unmittelbare Ungleichbehandlung liegt vor, wenn nach einem scheinbar objektiven, nicht diskriminierenden Kriterium (dauerhafte Seedenstuntauglichkeit) unterschieden wird, das jedoch in untrennbarem Zusammenhang mit einem in Art. 1 der Richtlinie 2000/78/EG genannten Grund (Behinderung) steht und ausschließlich Träger dieses Diskriminierungsmerkmals trifft (vgl. BAG, 19.12.2013 aaO Rz. 46). Das könnte hier der Fall sein. Kündigungsgrund ist die vermeintliche Unfähigkeit des Kl., die geschuldete Arbeitsleistung zu erbringen. Diese nach Auffassung der Bekl. dauerhaft bestehende Unfähigkeit ergab sich allein daraus, dass ihm ein Unterarm fehlt. Nach ihrer Ansicht handelt es sich dabei mit Blick auf Nr. 20 der Anlage 1 zu § 2 I 2 SeeDTauglVO um einen absoluten und ‚irreparablen‘ Ausschlussgrund. Es erscheint möglich, dass eine Kündigung, die wegen einer der dort aufgeführten (chronischen) Erkrankungen, gesundheitlichen Schäden und Schwächen erklärt wird, in allen Fällen wegen einer ‚Behinderung‘ (zum unionsrechtlichen Behindertenbegriff vgl. EuGH, 11.4.2013 aaO Rz. 47) erfolgt. Das wiederum könnte bedeuten, dass das Arbeitsverhältnis eines nicht behinderten Chief Engineers in einer sonst mit der Situation des Kl. vergleichbaren Lage nicht gekündigt worden wäre (vgl. BAG, 19.12.2013 aaO Rz. 46 ff.).

[94] (3) Das LAG wird die Frage nach einer Ungleichbehandlung wegen der Behinderung dahinstehen lassen können, wenn eine solche Benachteiligung jedenfalls gerechtfertigt wäre. So dürfte es – zumindest unionsrechtlich – liegen, wenn die Bekl. nicht imstande sein sollte, eine bestehende Leistungsunfähigkeit des Kl. durch angemessene Vorkehrungen, d.h. durch effektive und praktikable, sie nicht unzumutbar belastende Maßnahmen zu beseitigen (vgl. BAG, 20.11.2014 – 2 AZR 664/13 Rz. 60 m.w.N.). Dabei wird zu beachten sein, dass § 2 I SeeDTauglVO die Bekl. nicht von der Pflicht entband, im zumutbaren Rahmen angemessene Vorkehrungen zu treffen, um den Kl. als Chief Engineer an Bord eines ihrer Kreuzfahrtschiffe beschäftigen zu können. Die SeeDTauglVO führte das Fehlen von Gliedmaßen nicht als Tatbestand, der die Seedensttauglichkeit absolut und in jedem Fall ausschloss. Vielmehr kam es darauf an, ob der Betreffende deshalb ‚den Anforderungen seines Dienstzweiges nicht gewachsen‘ war. Zudem lag gemäß § 2 II SeeDTauglVO Seedensttauglichkeit nur dann vor, wenn unter Berücksichtigung des Lebensalters, der Berufserfahrung und der Tätigkeit des Untersuchten nicht zu befürchten stand,

dass er oder andere Personen an Bord oder die Schiffssicherheit gefährdet würden. Soweit der Kl. lediglich mit bestimmten Maßgaben hinsichtlich der Mindestzahl und der Qualifikationen des ihm unterstellten Personals seediensttauglich sein sollte, wird festzustellen sein, ob die Bekl. dem in zumutbarer Weise hätte Rechnung tragen können.

[95] bb) Auf die kollisionsrechtliche Anwendbarkeit des – deutschen – AGG wird es nur in dem – unwahrscheinlichen – Fall ankommen, dass die Kündigung sich nach italienischem ‚Kündigungs- und Diskriminierungsrecht‘ allein deshalb als wirksam erweist, weil dieses die Vorgaben der Richtlinie 2000/78/EG – auch bei Ausschöpfung der Möglichkeiten einer unionsrechtskonformen Auslegung – nicht umgesetzt hat. Deshalb belässt der Senat es insofern bei folgenden Hinweisen:

[96] (1) Zwar spricht – nicht zuletzt mit Blick auf die Klarstellung in § 2 Nr. 7 AEentG – vieles dafür, dass die Diskriminierungsverbote des AGG Eingriffsnormen im Sinne von Art. 34 EGBGB (a.F.) bzw. Art. 9 II Rom-I-VO darstellen, die ohne Rücksicht auf das auf den Vertrag anzuwendende Recht den Sachverhalt international zwingend regeln (vgl. nur *Deinert*, Int. Arbeitsrecht aaO § 12 Rz. 88; *ErfK-Schlachter* aaO Vorb. zum AGG Rz. 7 jeweils m.w.N.; soweit sie durch Art. 3 GG gesondert verbürgt sind, werden die Diskriminierungsverbote teilweise auch dem deutschen *ordre public* im Sinne von Art. 6 EGBGB [a.F.] bzw. Art. 21 Rom-I-VO zugerechnet; vgl. *Bauer-Krieger*, AGG, 4. Aufl., Einl. Rz. 40).

[97] (2) Auch dürfte im Streitfall der erforderliche, über die Zuständigkeit der deutschen Gerichte hinausgehende Bezug zur deutschen Rechtsordnung bestehen (zur Problematik vgl. *ErfK-Schlachter* aaO Art. 9 Rom-I-VO Rz. 21 m.w.N.). Der Kl. hat nicht nur seinen Wohnsitz im Bundesgebiet. Er wurde zudem von der Niederlassung der Bekl. in Rostock eingestellt und erhielt Weisungen von dieser. Fraglich wäre allenfalls, ob er im Sinne von § 2 AEentG ‚im Inland beschäftigt‘ wurde.

[98] (3) Sollte das italienische Recht nicht den durch die Richtlinie 2000/78/EG vorgeschriebenen Mindeststandard gewähren, ist es unionsrechtlich unbedenklich, die der Umsetzung dieser Richtlinie dienenden Diskriminierungsverbote des AGG über Art. 34 EGBGB (a.F.) bzw. Art. 9 II Rom-I-VO zur Geltung zu bringen (für den Fall, dass auf einen Vertrag das Recht eines anderen Mitgliedstaats der EU anzuwenden ist, das den durch eine Richtlinie vorgeschriebenen Mindeststandard gewährt, vgl. demgegenüber EuGH, 17.10.2013 – *United Antwerp Maritime Agencies* [Unamar] NV *.f.* Navigation Maritime Bulgare, Rs C-184/12 Rz. 50 ff. zu Art. 3, 7 II EVÜ und der Richtlinie 86/653/EWG des Rates zur Koordinierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten betreffend die selbständigen Handelsvertreter vom 18.12.1986 [ABl. Nr. L 382/17]).

[99] III. Bei den weiteren Ermittlungen zum Inhalt des italienischen Rechts – ggf. unter Einholung eines weiteren Sachverständigengutachtens – wird zu beachten sein, dass die Ermittlung ausländischen Rechts sich nicht auf die Heranziehung der einschlägigen Rechtsquellen beschränken darf, sondern auch deren konkrete Ausgestaltung in der ausländischen Rechtspraxis, insbes. in der ausländischen Rspr. zu berücksichtigen hat. Insofern muss das Berufungsgericht die ihm zugänglichen Erkenntnisquellen ausschöpfen [vgl. BGH, 14.1.2014 – II ZR 192/13¹² Rz. 15; 23.6.2003 – II ZR 305/01¹³ zu II. 2. a) der Gründe].“

¹² IPRspr. 2014 Nr. 276.

¹³ IPRspr. 2003 Nr. 1b.